



1774, 3 3

DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS
DE
C R E D I T O R E
H Y P O T H E C A R I O
L I C I T A T O R E
IN SVBHASTATIONE HYPOTHECAE
NON EXCLVDENDO

P. 142
OCCASIONE REFORMAT. FRANCOVRT.
PART. I. TIT. XLVI. §. 4. & 8.

QVAM
AVCTORITATE
ILLVSTRIS IVRECONSULTORVM ORDINIS
ALMAE LVDOVICIANAE
SVB PRAESIDIO
D. IO. CHRISTOPH. KOCH
SEREN. HASSIAE LANDGR. A CONSILIIS INTIMIS
ACADEMIAE PROCANCELLAR. ANTECESSOR, IVR. PRIM.
ET COM. PAL. CAES.

PRO
PRIVILEGIIS DOCTORALIBVS LEGITIME IMPETRANDIS
DIE SEPTEMBR. CIDIÖCCLXXIV.

H. L. Q. C.
DEFENDENDAM PROPONIT
AVCTOR
IOANNES ISAACVS HOFMANN
MOENO - FRANCOVRTANVS

GIESSAE
LITTERIS IO. IAC. BRAVN ACAD. TYPOGR.



SACRI ROMANI IMPERII
LIBERAE REIPUBLICAE MOENO - FRANCOFVRTENSIS
SENATVI AMPLISSIMO

VIRIS
PERILLVSTREBVS MAGNIFICIS GENEROSISSIMIS
PRAENOBILISSIMIS CONSVLTISSIMIS

DOMINIS
PRAETORI
CONSVLIBVS
SCABINIS
SYNDICIS
SENATORIBVS

ET
EX EORVM NVMERO NOVEM
QVI
AVGVSTISSIMO IMPERATORI

SVNT
A CONSILIIIS ACTVALIBVS PATRIAE PATRIBVS
GRATIOSISSIMIS PATRONIS MAECENATIBVS

DOMINIS SVIS
INDVLGENTISSIMIS

OMNIGENAM PROSPERITATEM
PERENNE DVRATVRAM
EA QVA DECET REVERENTIA ATQVE PIETATE
HISCE APPRECATVR
SIMVLQVE
STVDIORVM SVORVM
LEVE HOC SPECIMEN
OMNI ANIMI DEVOTIONE
CONSECRARE
VOLVIT
DEBVT

TANTORVM NOMINVM

CVLTOR NEMINI SECVNDVS
AVCTOR.

PROOEMIUM.



*um summi in utroque
iure honores mihi ri-
te ambiendi sunt, eoque fine, prout
moris est, specimen quoddam Inau-
gurale elaborandum est: haud inuti-
le*

*le duxi, thema, quod in rubro vi-
des, ex Iure Patrio haustum,
idemque saepius in utramque par-
tem disceptatum, eligere.*

*Aequi rerum arbitratores faci-
lius veniam dabunt, si iusto magis
a proposito aberrauerim, quapro-
pter eos speciali imploratione hoc
loco adire, supersedeo.*

SECT. I.



SECT. I.

PRAEMITTENDA DE MODO PROCEDENDI IN EXECVTIONE, ET SVBHASTATIONE.

§. I.

INTROITVS.



Ad propositi tractationem antequam deueniamus, opus esse videtur, quaedam de subhastandi, in vim executionis, modo, secundum ea, quae *Reformatio nostra*, simulque *hodierna Praxis*, iubent, praemittere.

Decreta contra debitorem executione, & condemnatione in certam rem seu fundum non facta, a)

A

eo

a) Reform. P. I. T. 45. §. 8.



eo ordine procedendum, vt primo fiat in eius *mobilibus*. *b)* His non existentibus seu insufficientibus, pergitur ad *immobilia*. *c)* Si & ex his creditori satisfacere nequeat, tandem ad *nomina, actiones & iura*, ac denique ad *arrestum personale* fit progressio. *d)*

§. II.

MODVS EXEQVENDI IN MOBILIA.

Mobilia ad iussu Dni Consulis, cui commissa est executio, vel coram quo lis pendet, aut sigillo iudiciali in domo debitoris subiiciuntur, aut ad audentiam Consularem transportata, ibi deponuntur. Hoc facto ad instantiam creditoris terminus congruus aliquot hebdomadam ad reluendum praefigitur, quo elapso demum capta pignora in vim executionis distractoibus iuratis publicis (*benen geschwornen Austrufern*) traduntur, & observato iuris ordine publica instituitur auctio. *e)*

§. III.

MODVS EXEQVENDI IN IMMOBILIA.

Immobilis vero fundi distractio, in quem creditor decreto Iudicis executionem impetrauit, omissis hodie

b) Ibid. §. 9.

c) Ibid. §. 13.

d) Ibid. §. 14 - 15.

e) Ref., P. I. Tit. 45. §. 17.



die vt plurimum formalibus in Reformatione f) praescriptis, breui manu expeditur, ita ut in dicto decreto distractoribus publicis iam nominatis subhastatio committatur, & haec ab iis in termino praefixo ad effectum deducatur.

§. IV.

SPECIATIM DE MODO DISTRAHENDI SEV SVBHASTANDI HYPOTHECAS IN VIM EXECVTIONIS.

Observatur etiam modus procedendi in Reformatione, g) subhastationi bonorum immobilium praescriptus, in Praxi intuitu publicae distractionis hypothecae; quam in rem in Reformatione h) expressis verbis ita sancitum est:

Oberzehlte Ordnung solle gleichgestalt auch mit denen liegenden Gütern, so durch den Schuldner dem Gläubiger in unserer Canzley eingesezt worden, und folgendes auf erlangten Fehltrage: Zeddel gerichtlich werden feyl getragen, gehalten werden.

Et de hac quidem subhastatione nobis proprie hic est dicendi locus, quam ob rem paucis adhuc illam vberius exponemus.

B

§. V.

f) Ref. P. I. Tit. 46.

g) Reform. P. I. T. 46.

h) ibid. §. 8.



§. V.

PETITIO SCHEDVLAE SVBHASTATORIAE.

Creditor hypothecarius ante omnia per Procuratorem Iudicii ordinarium, mandato instructum, praeuia per recessum oralem seu scriptum facta summaria deductione iuris sui realis, schedulam, qua rem hypothecatam autoritate iudiciali esse venalem publicatur, (Feyltragszettel) *i*) petit.

§. VI.

SCHEDVLA AFFIXA ET SVBHASTATIO REALIS.

Hac impetrata, per quatuor hebdomadam spatium in valuis curiae affigitur *k*), ibique singulis diebus Veneris, & quidem regulariter successiuus seu immediate subsequens *l*) hora pomeridiali I. ad II. hypotheca a dicto procuratore impetrante, qui & executor audit, *m*) sub erecta hasta (unter aufgesteckter Gerichtsberganntungs- oder Kayser) (§. IX. not.) (Fahne) venum exponitur *n*).

§. VII.

i) Celeberr. Autor. der Anmerk. ad Reform. P. II. T. 2. p. 212. seqq. item in Continuat. ult. p. 993. seqq.

k) Ref. P. I. Tit. 46. §. 1.

l) except. vid. in Contin. ult. p. 994. seqq.

m) Ref. l. c. §. 3.

n) ibid.



§. VII.

SCHEDVLA REFIXA EIVSQVE REPRVDCTIO IN IV-
DICIO.

Dilapso spatio, schedula illa per summum appa-
ritorem iudicii (*Obrist: Richter*) refigitur, o) & in-
terea aut repertus est emtor, aut non.

Vtroque casu schedula refixa iam dicta in prima
iuridica a mandatario creditoris s. executore iudiciali-
ter reproducitur p).

§. VIII.

REPERTO EMTORE HIC PERSONALITER COMPARET,
SEV CVM PRVDCTIONE MANDATI SPECIALIS
IBI NOMINATVR.

Caeterum hoc discrimen obseruatur, ut in casu
reperiti emtoris hic, qua primus licitator, iudicio per
executorem ipsum personaliter praesentetur q) & si-
mul summa pretii, qua licitus est, indicetur, addito
petito, ut emtori praesenti fundus, quem in subha-
statione obtinuit, adiudicetur, & is in eum legaliter
immittatur. Haud tamen secundum hodiernum vsu
forensem necessario requiritur, vt ipse verus emtor
in continenti compareat, siquidem, si malit, adhuc in-
cognitus manere potest. Cum enim raro ille ipse li-

B 2

cita-

o) Ref. P. I. T. 46. §. 1.

p) *ibid.* §. 1. & 4.

q) Ref. P. I. T. 46. §. 4.



citationi adfistat, sed mandatarium occulto mandato instructum ad licitationem mittere soleat, sufficit, hunc qua praesumptum licitatore[m] iudicio per executorem praesentari, eique absque nominatione veri emtoris adiudicationem fieri. Immo inualuit mos, seu, ut melius vocari poterit, abusus, vt de nomine dicti emtoris demum tempore immisionis actualis iudicio conflet, quod tamen praescripto Reformationis plane aduersatur, ideoque minime ferendum esset.

§. IX.

ET EIDEM FVNDVS RESERVATA RELVITIOE I4.
DIERVM EVENTVALITER ADIVDICATVR.

Neque denegatur, si nemo contradicit, petita ad iudicatio dicti emtoris veri s. praesumpti, sed fit regulariter in continenti per Dnum Praetorem, s. eius Vicarium iudicio praesidentem viua voce, & per Conclusum protocollo iudiciali insertum, reuultione (Entschüttungszeit) tamen intra terminum XIV. dierum debitori vbique reseruata. r) His peractis, emtor debitori debito modo citato faciendam in termino reuultionem iudicialiter denunciare solet, & debet, s) abstrahendo tamen interim ab omni processu contumacia-

r) Ref. P. I. T. 46. §. 4.

cf. Autor der Anmerk. Contin. ult. p. 995. sq.

s) ibid.



maciali, qui procuratoribus per conclusum commune hoc casu speciatim interdictus est. t)

B 3

§. X.

- r) Conclusum hoc in amplissimo Senatu die 11. Julii 1730. approbatum sequentis est tenoris.

Nachdem Herrn Schultzeiß und Schöffen des Reichs Stadt = Gerichts alhier erschen und wahrnehmen müssen, daß, obwohlen in hiesiger Stadt Reformation ausdrücklich verordnet ist, wann Häuser, oder andere unbewegliche Güther die darinnen bestimmte Zeit über unter der Kaiserl. Fahn öffentlich feylgetragen worden, und der Procurator bey Reproducirung der Feyltrags = Zeddel entweder daß bey während der ordentlicher Feyltragung niemand, so auf das feyl getragene Unterpand einig Gebot gethan, angezeigt, oder denseligen Käufer welcher das meiste darauf geboten, nahmhafft gemacht, michin gebeten, daß im ersten Fall, wann sich unter der Fahn kein Käufer gemeldet, dem ausklagenden Schuld = Herrn oder Creditori, und in zweytem Fall, wann nehmlich ein Käufer sich angegeben, und das meiste Gebot gethan, diesem als meistbietenden Käufer, die Behausung oder unbeweglich Gut quaestionis für das darauf gebotene Capital samt Interessen und Kosten adjudiciret, und die gewöhnliche Immission, Ergängnuß = Brief und Räumung, mit Vorbehalt der den Schuldner competirenden vierzehnen tägigen Entschüttung erkannt werden möch-



§. X.

POST LAPSUM TEMPORIS RELVITIONIS FIT ADIVDI-
CATIO PVRE ET DECERNITVR IMMISSIO.

Elapso & neglecto hoc tempore relvitionis, em-
tor, s. eius procurator denuo in Iudicio comparet, &
lapsum

möchte; der Herr Schultheiß auch, nach Ausweis der ob-
wohlmeldten Stadt-Reformation die geberene Immissio,
Ergängnuß-Brief und Räumung zwar sofort darauf ers-
kannt, jedoch dem Schuldner die vierzehnten tägige Entschüt-
zung ausdrücklich vorbehalten, der Procurator aber immis-
telst, und ehe dieser Termin zu End gelaufen, durch ver-
schiedene Recessen des Schuldners Contumaciam zur Un-
gebühr accusiret, folglich dem gemeinl. verarmten Schuldes-
ner weitere unnötige Kosten verursacher; Als wird um
diesen eingeschlichenen Mißbrauch zu remediren, allen und
jeden Gerichts-Procuratoribus hiermit ernstl. und, bey
Vermeydung willkührlicher Straf, anbefolen, wann der
Herr Schultheiß, nach erkannter Immissio, Ergängnuß-
Brief und Räumung den beklagten Schuldner die vierze-
hentägige Entschützung vorbehalten, vor Ablauf dieses Ter-
mini, mehrerwehnten Schuldners Contumaciam nicht ac-
cusiren, und in diesem und andern Fällen der Stadt-Re-
sformation genau nachzuleben, auch der Gerichtschreiber sol-
ches zu beobachten hiermit erinnert.

Lect. & approb. in Sen. d. 11. Jul. 1730.



lapsum termini accusat, petitque proclama, quo decreto & facto immissionem, litteras adiudicatorias, (Ergängnuß-Brief) u) & euacuationem s. exmissionem debitoris (Räumung) rogat, quae etiam, nullo amplius obstante impedimento, per sententiam nunc pure decernuntur, eoque ipso dominium fundi sub hasta emti, soluto pretio irrevocabiliter in eum transfertur x).

§. XI.

IN CASU NON REPERTI EMTORIS, IMMISSIO ET ADIUDICATIO FIT STATIM, RESERVATA RELVITIONE BIENNALI.

In casu vero *non reperti emtoris*, reproducta iudicialiter schedula subhastatoria, creditor allegat, emtorem se non inuenisse, hincque petit adiudicationem in solutum, immissionem, & euacuationem; y) cui petito quoque per Sententiam defertur, z) reservata debitori secundum hodiernam praxin relvitione biennali. a) Post hanc sententiam immissio realis fit in fundum adiudicatum, & si debitor iudici non pareat, manu

u) earum formam vid. in denen Anmerk. Contin. ult. p. 998.

x) Ref. P. I. T. 46. §. 5.

y) ibid. §. 11.

z) Formulam vid. in d. Anmerk. ad Ref. P. II. T. 8. p. 674.

a) Anmerk. Contin. ult. p. 1041. seqq.



manu militari officio iudicis ab eo possessio transfer-
tur; b) elapso vero biennio, atque vlla vltiori
imploratione s. decreto plenum & irreuocabile in cre-
ditorem transit dominium, c) ita vt nulli plane re-
lutioni, neque ex parte debitoris, neque ex parte
creditorum posteriorum locus detur. d)

§. XII.

DE CASV REPERTI SVB HASTA EMTORIS HIC TANTVM
AGITVR.


De priori tantum casu, reperti scilicet in sub-
hastatione emtoris, hic agere constituimus; vbi haud
raro quaestio controuersa occurrit: an creditor hypo-
thecarius, praesertim prior, in subhastatione hypothecae
concurrere, & inter alios licitatores admitti possit, vt si
pretium pinguius obtulerit, ei prae aliis omnibus
fundus sub hasta expositus, reseruata tantum relutione
XIV. dierum, adiudicandus sit? cuius quaestionis ac-
curatae disquisitioni omnem nostram nunc dicabimus
operam.

SECT.

b) De manu militari vid. l. 68. D. de rei vind. & BYNKERS-
HOEK in Obs. lib. III. c. 14.

c) Ref. P. I. T. 46. §. 13.

d) Ref. l. c.



SECT. II.

SPECIALIS. DISCVSSIO QVAESTIONIS.

I. SECVNDVM IVS ROMANVM CREDITOR
LICERI NON PROHIBETVR.

§. XIII.

DE NOTIONE CREDITORIS HIC OBTINENTE.

Vox *creditoris* saepe saepiusque hic occurrens, quod initio statim monere nos oportet, eum praesertim creditorem significat, qui vel solus in illa re hypothecam habet, vel plures creditores in eadem hypotheca concurrentes iure prioritatis praecedat, s. breuius: qui summum locum in hypotheca tenet. Reliquos enim creditores hypothecarios posteriores *e*) a licitatione non posse arceri, nemo vnquam inficias iuit, nec aliquo, vel specioso, argumento contrarium euinci confirmarique potest: quoniam omnes rationes, creditori anteriori forte opponendae, quas infra enumerabimus, in creditores posteriores plane non quadrant.

§. XIV.

PRIMVS CASVS EX IVRE ROM. SI IPSE DEBITOR
HYPOTHECAM ALIENAT.

His praemissis, ad thematis expositionem ipsam accedamus, & quod primo loco Ius Romanum hac de

e) arg. Ref. P. I. Tit. 46. §. 13.



re nobis suppeditauit, in medium proferamus. Duo casus ibi nobis fuerunt obuii, in hanc materiam incidentes: alterum habet L. 10. C. de *distr. pign.* cuius tenor est: vtrum *debitore* distrahente liceat creditori emere? & hoc quidem loco extra omnis dubitationis aleam positum est, omnino licere secundum verba c. L.

Sane si debitore distrahente comparauerit (*sc. creditor*) consensu emtionem perfectam (si neque dolus aduersarii, neque metus causa gesta arguerentur) reuocari exemplo graue est. ---

§. XV.

ALTER CASVS, SI DISTRACTIO IUDICIALI
AVTORITATE FACTA EST.

Alter casus concernit quaestionem: vtrum subhastatione *iudicialiter* instituta, possit creditor bona debitoris sibi obligata comparere? & ego quidem prohibitum non fuisse persuasum mihi habeo. f) Nam primo expediti iuris est, quod quilibet valide emere queat, qui obligari & conueniri potest, cui permissum

f) L. 16. ff. de *rebus autor. iud.* vbi verba haec: cum bona veneunt debitoris, in comparationem extranei, & eius qui *creditor* cognatusue fit, *potior* habetur *creditor* cognatusue: *magis* tamen *creditor*, quam cognatus: & inter Creditores *potio* is, cui maior pecunia celabitur.



missum est bona immobilia possidere g) & qui lege non prohibetur. h) Praeterea Leges recte affirmant, in hoc casu iudicem potius, cuius autoritate alienatio fit, distrahere, quam creditorem, qui tantum causam praebet. Verba ita se habent: i)

Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit &c.

Tantum etiam abfuit, vt Romani creditorem a licitatione bonorum debitoris excluderint, vt potius illius *περιμίσσεως* in quodam casu largiti sint. k)

Immo, emtore non reperto, aut iusto saltem minus offerente, creditor *ex officio emere* teneri dicitur, l) quo itaque haud obscure significatur, casum, vbi creditor sua sponte, & ipse consentiens, bona debitoris sibi iure pignoris obligata emit, fuisse nec ignotum, nec prohibitum.

C 2

§. XVI.

g) I. H. de SEELEN Diss. de *subhast.* §. 4. PHILIPPI de *subhast.* C. III. comm. 7. no. II.

h) PHILIPPI de *subhast.* Cap. III. com. 7 no. 8. -- 10.

i) L. 2. C. *si in causa iudic.*

k) vid. e L. 16. ff. de *reb. aut. iud.*

l) Iam c. L. 2. in fin. C. *si in Caus. iud.*



§. XVI.

BONA FIDES TAMEN SEMPER REQVIREBATVR.

Attamen, quamuis, vti haecenus demonstraui-
mus, creditori via ad licitationem, de qua quaestio, mini-
me erat clausa, nihilominus bonam fidem vbique,
praesertim a parte creditoris ceu summi licitatoris
fuisse adhibitam oportebat. Si igitur probari poterat,
per suppositam personam principaliter circumueniendi
debitoris causa creditorem emtioni incubuisse, illi fa-
cultas data est, emtionem oblato debito cum vsuris a
creditore reuocandi. *m*)

§. XVII.

CONCLUSIO.

Ex hisce itaque clare liquet, creditorem regula-
riter, & suppositis supponendis apud Romanos bona
debitoris plurimum licitando optime in se transferre
potuisse.

§. XVIII.

AVCTORITATE ICTORVM ID AFFIRMATVR.

Consentit omnis fere praecclarissimorum ICTorum
caterua, ex quibus aliquos laudasse sat erit, BENE-
DICTVS CARPZOVIVS *n*) qui sequentem in mo-
dum ratiocinatur:

Sed cum facta subhaestatione publica a licitatione
nemo

m) c. L. 10. in f. C. de distr. pign.

n) CARPZOVIVS in *Defin. for. P. I. C. 32. def. 51. n. 7. seq.*



nemo excludatur, qui maius pretium offert, eumque in finem praeconizatio inducta fit, vt multi emtores ad licitationem inuitentur, atque tanto plus pignus distrahatur, cur non statim creditor quoque admitti debeat ad licitationem, haud certe animaduertere possum.

In eandem sententiam transferunt MATTHIAS BERLICHIVS, o) IOAN. BRUNNEMANNVS, p) ANTONIVS FABER q) IOAN. PHILIPPI, r) & Celeberr. IO. PHILIP. ORTHIVS. s)

§. XIX.

ETIAM MAGISTRATVS SVB HASTA EMERE POTEST.

Specialem adhuc quaestionem attulit: SAMVEL STRYKIVS, t) scilicet: vtrum magistratus, cuius sub auctoritate & praesidio subhastatio peragitur, ipse possit licitatorum numero sese immiscere? Et STRYKIVS iudicem omnino admittendum esse censet, cuius sententiae & ego subscribere cogor, rationibus, quas attulit,

C 3

o) BERLICH P. I. C. 81. n. 164.

p) BRUNNEMANN ad L. 2. C. si in Cauf. iud.

q) FABER ad Cod. Lib. VIII. Tit. XVII. D. 2. no. I.

r) PHILIPPI de Subhast. C. III. Com. 7. n. 17.

s) Cl. Aut. der Anmerk. Contin. ult. p. 990.

t) STRYKIVS in *Vf. mod.* lib. XVIII. tit. I. §. 2.



tulit, conuictus; quamuis me non fugiat, contrariam non paucis arridere ICTis opinionem. u)

Praestat ipsum STRYKIUM hac de re audire :

Qua occasione quaeritur, an non, si res sub hasta vendatur, ipse Magistratus cum ministris suis licitandi licentiam habeat? Obstat quidem videtur L. 46. ff. de contr. emt. verum ex L. fin. C. de fid. & iur. hast. fisc. contrarium apparet; cum hic publice res venum exponatur, & cuius licentia conceditur, maius pretium offerendi, & alterum, cuiuscunque etiam potentiae sit, excludendi, quod & in foro obtinere testatur, PHILIPPI tr. de subhast. C. 3. comm. 8. n. 3. & seq. licet contrarium cum PAPONIO & ANT. MATHAEO velit WISSENBACH. ad ff. h. t. th. 7.

§. XX.

II. NEC IN IVRE STATVTARIO FRANCO-
FVRTANO EXTAT PROHIBITIO, QVO
MINVS CREDITOR AD LICITATIO-
NEM SIT ADMITTENDVS.

REFORMATIO ANTIQVA ID NOMINATIM PERMITTIT.

Ad *ius patrium* transgredientes videamus, vtrum
hoc

u) Quos vide apud TOB. BARTHIVM in *Dissus. in praxi*
nr. 956. conf. IO. VI.R. von CRAMER *Weslarische*
Nebenstunden P. XXV. p. 134.



hoc prohibitionem contineat, ne creditor bona debitoris sibi iure hypothecae obligata & publice subhaestata emat? Et primo statim loco principium illud satis notum opportune nobis se offert: Ius patrium a iure Romano recedere non solere, sed illud in dubio, & nisi adsint clara verba, semper ita accipiendum explicandumque esse, ne inter vtrumque ius oriatur dissensus. Deficit autem in Iure statuario eiusmodi lex prohibitoria, igitur, in hoc casu, recurrendum est ad ius Romanum. Imo secundum *Reformationem antiquam* x) expressis verbis permittum fuit creditori, in licitatorum numero esse. Quatuor nempe modi ibi referuntur, ex quibus in executione creditor, quonam vti velit, possit eligere, & speciatim illis adnumeratur: quod creditor tanquam extraneus per viam licitationis emere possit.

Verba sunt haec :

Wann nun solch Gut in Vollstreckung der Urteil genommen ist, so mag der Gläubiger us den nachfolgenden Wegen einen uffhiesen. --- ---

Der dritte Weeg, daß der Gläubiger solch Gut als ein Fremder per licitationem kaufen mag. ---

§. XXI

x) Fol. 41. §. 3. -- 7.

cf. Anmerk. ad P. II. T. 3. p. 411.



§. XXI.

QVID NOVA REFORMATIO SANCIAT?

Nova Reformatio, vti (§. anteced.) dictum est, plane hac de re tacet, nisi quod procuratoribus hanc praescribat legem *y*).

Wann liegend Güter also gerichtlich feyl getragen werden: So sehen und wollen wir, daß unsere Stadtgerichts Procuratores, dieselben durch sich oder andere Mittel = Personen, zu kaufen, umb allerley Verdacht und Nachrede zu verhüten, sich gänzlich enthalten --- --- sollen.

§. XXII.

EXPLICATIO HVIVS CONSTITVTIONIS.

Patet ex tenore huius legis, illam praescriptam esse Procuratoribus, minime autem creditoribus, ne in subhastatione faciant licitationem. Et primo quidem intuitu omnibus procuratoribus indistincte veritum id esse videtur, sed, si rem paulo accuratius perpenderit, verosimilius est, eos tantum procuratores subintelligendos esse, qui actui subhastationis dirigendo iudicialiter praeponuntur, ac in Reformatione *executorum* nomine veniunt (§. VI.). Hi scilicet a licitatione arcentur, addita per legem ratione: suspicionis & obreftationis vitandae causa. Legislatores enim

y) P. I. Tit. 46. §. 9.



enim nostris illa Ictorum sententia perplacuit, quod magistratus, subhastationis Praeses, licitari nequeat. (§. XIX.) Illud nunc recte adplicatur ad procuratorem qui autoritate publica subhastationi praeest. Inconueniens enim visum fuit, si ille simul partes licitatoris sumere vellet, quo facile euenire posset, vt fidei publicae interuertendae, saltem minuendae, strueretur occasio 2).

Alius itaque & a priori bene discernendus est casus, si alii procuratores, qui muneri executoris haud vacant, mandatiorum officio fungentes licitentur. Plane enim non apparet ratio, cur hi ad licitandum admitti nequeant. Prohibitio ergo ad solum *priorem* casum est restringenda. Nihilominus Celeberr. ORTHIVS a) in contrariam inclinare sententiam videtur.

§. XXIII.

ANALOGIA IVRIS STATVTARII CONFIRMAT, CREDITOREM VALIDE LICITARI POSSE.

Validissimum quoque argumentum pro sententia nostra ex analogia iuris nostri statutarii peti potest. Exstat nempe in *ordinatione cambiiali Francofurtana* b) lex, quae creditori *pignoratitio* (Pfand-Inhaber) permittit,

2) Numerf. Contin. ult. p. 1038.

a) l. c.

b) de ao. 1739. §. 50.



mittit, pignora, quae publica venditionis lege alienari curat, licitari. En verba totius constitutionis:

Diejenige nun welche vor des Schuldners ausgebrochener Insolvenz sich mit einigen Unterpfändern zu ihrer Sicherheit bedeckt, sind nicht schuldig diese ihre Unterpfänder ad Massam zu liefern, ehe und bevor sie für ihr zu fordern habendes Capital, Zintereffen und Unkosten, völlig bezahlt und befriediget worden; Wann jedoch die übrige Creditores, um den rechten Werth der Unterpfänder zu erfahren, deren Taxir- und Schätzung verlangen würden, hat der Inhaber sich derselben, mit Vorbehalt seines Rechts sich nicht zu weigern; Jedoch daß denen Creditoribus, nach beschehener Taxirung, frey stehet, der Credit-Massa zum Besten, sothane Unterpfänder mit Bezalung des darauf haftenden Capitals, Zintereffen und Unkosten zu reluiren und einzulösen; In solcher Entstehung aber der Inhaber befugt seyn solle, die in Händen habende Unterpfänder entweder um den taxirten Preis in solutum anzunehmen, oder öffentlich an den Meistbietenden durch die geschworne Unterkäufer verganthen zu lassen, in welchem letzteren Falle ihm dann mitzubiehet ohnverwehret ist, &c.

Si itaque in hoc casu secundum expressam legis litteram creditori haud interdicitur, pignorum auctioni,
 si



si velit, licitando interesse: quidni idem liceat in sub-
hastatione *hypothecae*, contraria lege plane non ex-
istente? Argumentationem enim a distractione pignoris ad
distractionem *hypothecae* quoad hanc quaestionem opti-
me procedere, nemo facile negabit, quoniam iusta
diuersitatis ratio non apparet.

§. XXIV.

DE TERMINO RELVITIONIS IN HOC CASU AD XIV.
DIES TANTVM RESTRICTO.

Ostendimus haecenus, vtrumque & Ius Romanum
& Ius statutarium nostrum in eo conspirare, quod
creditor *hypothecarius* possit valide bona debitoris
subhastata plurimum offerendo comparare. Sed excus-
sis his, alia quaestio oritur: in quantum temporis spa-
tium, in casu si obtinuit, debitori reluendi facultas
relicta sit? id quod paululum nos hoc loco occupa-
bit. Primo quidem intuitu putet quis, nullum alium
terminum quam biennalem posse hic obtinere, quo-
niam creditori fundus debitoris adiudicetur, & in hoc
casu dictus terminus per praxin iudicalem obserue-
tur. (§. XII.) Sed maiori fundamento eum intra
XIV. dies finiendum esse arbitramur. Ratio haec est:
Praxis, de qua modo mentio fuit, valet tantum de
casu, si nullus plane emtor reperiatur, & ita credito-
ri fundus debitoris in solutum adiudicetur. Diuersa
autem res est in nostro casu, vbi supponitur, emto-
rem



rem sese obtulisse, quamvis creditor ipse fit emtor, etfi quoque vel solus licitus fuerit. Nam hoc certe in effectu perinde esse debet, siue sint plures, qui vna liciti fuerint, siue solus creditor, qui summae, qua fundus oblatuſ est, aliquid addiderit: vtrumque perinde est, inquam, supposito hoc significato, quod *licitari* denotet: summae principali, qua comprehenduntur fors, vsurae, impensae qualescunque, plus offerendo aliquid adiciere. Simulac igitur creditor hoc vel illo modo publicae licitationi accedit, & in eadem potior est, ideoque emtor fit: tunc in omnia iura emtoris idem succedat necesse est. Respectus *creditoris* tunc plane in illo cessat, & substituitur notio simplicis *emtoris*, non aliter, ac si extraneus emtor rem obtinuisset. Hinc sequitur naturali iuris ratione, vt spatium longius quam XIV. dierum contra illum non competat, intra quod debitori adhuc integrum est, rem *subhastatione* translata rursus a nexu domini solvere, atque reluere: quemadmodum res sese habet contra quemvis alium emtorem (§. IX. X.) c).

§. XXIV.

c) Consentit nobiscum celeberr. Autor. der Anmerk. ad Ref. P. II. §. 4. p. 490. sq. qui hac de re ita scribit:

Wann nun also ein solcher Gläubiger auf ein zu verganz
ihendes Haus oder Gut ein gewisses Geld wirtl. geboret
hat,



§. XXV.

RESOLVTIO QVORVNDAM DVBIORVM.

Quamuis autem thesis nostra (§. XX. seqq.) certissimis
evidentibusque iuris rationibus, atque doctissimorum vi-
rorum

D 3

hat, und derselbe in während der Vergantungs-Zeit, die
nach Maasgab der Reformation im 1sten Theil Tit. 46.
§. 3. in vier nach einander folgenden Freytagen bestehet,
entweder alleine oder mit andern fremden Käusern gebo-
ren, dieselbe aber in dem Gebot selbst übertröffen hat;
so ist er nach Vorschrift des §. 4. jezgedachten Tit. 46.
in das Gut, gleich andern fremden Käusern, gerichtl. ein-
zusetzen, und wann der Schuldner binnen der ihm in
eben demselben §. gegebenen vierzehentägigen Frist sohanes
Haus oder Gut nicht entschüttet; so mag alsdann demsel-
ben keine weitere Entschüttungs-Zeit verstattet werden,
weilen der Gläubiger in diesem Fall, wie ein anderer
fremder Käufer anzusehen ist, und gleiches Recht mit
demselben zu genießen hat, und ob zwar dem Schuldner
nach dem §. 13. des Tit. 46. der Reformat. die zweyjäh-
rige Einlösung gegen den Schuld-Gläubiger gegeben wird:
so ist doch dieses nur von demjenigen Fall zu verstehen,
wann das unter der Fahne seylbar gewesene Gut, da kein
Käufer sich gemeldet, und etwas wirtl. darauf geboten hat,
dem Schuld-Gläubiger zu- und heim erkannt worden ist,
und



rorum auctoritate nititur; sunt tamen quidam, etfi numero pauciores, qui nostrae sententiae subscribere subdubitant. Ne itaque incertos suspensosque lectores nostros deti-

und obgleich, dessen obgeachtet, insgemein das Gegentheil für gegründet gehalten, und, daß jene kurze Entschüttungs-Zeit von vierzehn Tagen nur den fremden Käufer angehe, hingegen die zweyjährige Entschüttung gegen den Gläubiger ohne Unterscheid statt finde, geglaubt wird, -- -- So kann doch nicht wohl ersehen werden, wie sothane wegen der Gläubiger beygebrachte Meinung auf einigen Rechts-Gründen bestehen möge, dann so viel gewiß ist, und oben aus den Kaiserlichen Rechten zur Genüge erwiesen worden ist, daß der Gläubiger zum Mitkaufen des unter die Fahne gebrachten Gutes zugelassen werden könne, L. 15. ff. de reb. author. iud. Mei. p. 1. Dec. 19. n 3. Wann nun derselbe ordentlicher Weise entweder alleine oder nebst andern Käufern das meiste auf das seylbare Gut geboten: so muß, wann anders jene Zulassung einige Wirkung nach sich ziehen, und das von dem Gläubiger beschene Gebot für gültig angesehen werden solle, nothwendiger weise alle diejenige Verordnung, so in einem dergleichen Fall, da ein Käufer sich eingefunden, fürgeschrieben wird, auch dem Gläubiger, welcher alhier nicht, als ein schlechter Gläubiger, sondern ein solcher, der unter

der



defineamus, iuuat eas, quae maxime in contrarium allegantur, rationes adferre, simulque breuiter refutare.

§. XXVI.

1) NEMINEM POSSE ESSE VENDITOREM ATQVE EMTOREM VNIVS REI SIMVL.

Prima earum est: quod contradictionem inuoluat, eandem personam in vna eademque re esse venditorem ac emtorem. Sed cuiam statim non pateat, immerito quandam obiici contradictionem? Quod enim supra (§. XVI.) iam partim praeoccupauimus, hic repetimus. Creditor scilicet in dato casu rem nunquam proprio nomine praeconis voci subiicit, sed iudicium imploratione demum creditoris, atque causa cognita alienationem decernit & rem distrahit. d)

Vbi

der Fahne das feylbar gewesene Gut gekaufft hat, anzusehen ist, zu statten kommen, und mag dahero in diesem Fall die zweyjährige Entschüttung gegen ihn ganz nicht eingewandt werden können, weilien dieselbe in dem §. 13. nur als dann statt findet, wann sich gar kein Käufer gemeldet, und das verpfändete oder sonst in der Execution angegriffene Gut dem Gläubiger für die Schuld heim; und zu erkannt wird. ---

d) testantē formulae sententiae & imprimis schedulae subhastato-
riae, verb: „Ist von Gerichts wegen feyl n.“



Vbi vero publica auctoritate quid alienatur, ibi minus recte dici potest, priuatum esse venditorem, qui hoc loco tantum occasionem distractioni hypothecae praebet, eamque iure suo vrget.

§. XXVII.

2) VIAM AD VARIIS GENERIS COLLUSIONES, ALIAQVE
DAMNA INDE STERNI.

Aliud argumentum, quod quidam in vim contrarii proferre credunt, huius est tenoris: si licet, aiunt, creditori, in bona debitoris licitari, tunc eo ipso illi quasi ferrum porrigitur, quo innocenti huic nimis iam onerato atque oppresso facili negotio nocere, atque per varias artes, collusiones, cet. illi praeciudicia inferre potest: quae vero omnia, si omnis spes bona debitoris eo modo nanciscendi creditori sit adempta, vitari & caueri queunt. Verum enim vero responso in promptu est. In antecedentibus reiteratis vicibus dictum est, magistratum proprie & principaliter repraesentare venditorem, vices eius suscipiendo, siquidem totus actus subhastationis auctoritate iudiciali ordinatur & peragitur. Si hoc conceditur, sicuti nullo modo negari potest, quid obstat, quo minus creditori via ad licitationem pateat? Expediti enim iuris est, quod ea, quae sub auctoritate publica fiunt, habeant vim publicae, adeoque bonae fidei, vim solennitatis legitimique valoris, donec probetur contrarium. Eadem



dem praesumptio propter paritatem rationis & hic militet necesse est. Si itaque probari potest, creditorem mediis illicitis usum fuisse, ad finem, quem sibi proposuit, consequendum: dubium non est, quin debitori laeso superfit remedium contra laedentem ad reuocandum omne id, quod in eius detrimentum dolose actum est. Vt taceamus, totam fere hancce rationem dubitandi aequitate cerebrina niti, quippe quae omni legis fundamento atque adfidentia caret.

§. XXVIII.

3) DEBITORI INTERVERTI BENEFICIUM BIENNALIS
RELVICTIONIS.

Tandem, quod quidem praecipuam valoris speciem prae se fert, opponunt: quod debitor, in cuius favorem tamen beneficium reuivitionis biennalis fit constitutum, in casu, si fundus vi iudicialis ad iudicationem in creditorem transferatur (§. XXIV.), nostro casu, si ipse emtor sit, hoc beneficio priuetur, siquidem tantum XIV. dierum termino, loco illius, adhuc gaudeat (§. modo cit.), quo adeo insigne detrimentum ille inde capiat, necesse fit. Verum enim vero & huic dubio facili negotio occurrere poterit. Certum est, debitori non solum nihil damni inferri, si creditor sit emtor, sed, quod magis est, eum potius semper aliquid lucrari. Quum enim



enim creditor per suppositum fit summus licitator, nonne naturali consequentia inde fluit, eo ipso eum reliquos licitatores, modo plures adfuerint, offerendo superasse, ideoque rem debitoris meliorem reddidisse? supposito autem casu, creditorem fuisse unicum, qui summae, qua res venum exponebatur, aliquid addiderit; & tunc quoque pretium rei auxit; e) ideoque in utroque casu id, quod debitori sub nomine *hyperochae* ex pretio restitui debet, licitatione sua maius fecit.

A quacunq; igitur parte rem consideremus, semper conuincimur, factum, quo creditor fit emtor hypothecae, nequaquam in perniciem & praerudicium debitoris vergere, sed potius semper huic prodesse, quamuis larga manu concedere haud dubitemus, vel saepius accidere posse, quod debitori, neglecto lucro *hyperochae*, multo maioris sit vtilitatis & commodi, si termino reuultionis *biennali* frui liceret quam quod breui satis termino XIV. dierum sese subiicere teneatur, praesertim in illo casu, si creditor vnicus est licitator. Sed hanc rationem conuenientiae saltem per accidens talem, politicam magis, quam legali fundamento

e) Semper autem requiri, vt creditor hypothecarius suspicionem simuleae emtoris in detrimentum debitoris tendentis euitur optimo iure statuit Cel. Aut. d. *Anmerk.* ad Ref. P. II. T. 4. p. 492.



mento nitentem in nostro iure merito nullius momenti aestimari, ex iis, quae factis huc vsque explicata atque demonstrata sunt, clare liquet.

§. XXIX.

PRAEIVDICIVM ALLEGATVR.

Supereft, vt, pro sententia omni ex parte a dubiis vindicata atque liberata, adhuc casum e Praxi ceu optima iuris interprete adferamus, in iudicio patrio secundum sententiam hactenus a nobis propugnata decifum.

Exstat nimirum praeiudicium in causa *Iacob Bernus contra Depoullische Geschwister* D. 2do Jun- 1749. publicatum; sequentis tenoris:

In rechtskräftigen Zusatz: Sachen *Jacob Bernus*, hiesigen Burgers und Handelsmanns, Klägers, C. die in Actis benannte *Depouillische Geschwister* und Erben, Beklagte, wird nunmehr Klägers, modo dessen Beneficial: Erben das unter der Jahr ne feil getragene Haus zum dreyen Schuen genannt, gegen das licitirte quantum der 12500. fl. als meistbietenden Emtori, saluo iure Residui, adiudiciret, mithin dieselbe mit Vorbehalt der denen Debitoribus competirenden vierzehentägigen Entschüttungszeit in dasselbe immittiret.

E 2

Postea



Postea in vim reuisionis acta ad ICTos Hallenses transmissa fuerunt, qui priorem sententiam confirmare haud dubitarunt:

Daß es, der eingewandten Querelae nullitatis ohn geachtet, bey dem am 2. Jun. 1749. eröffneten, Num. Act. 152. sub. Lit. A. befändlichen Bescheide billig verbleibet V. R. W.

Publ. 3. Dec. 1751.



ULB Halle
005 120 055

3



SS.

TA-306







1774, 3 / 3

DISSERTATIO IVRIDICA INAVGVRALIS
DE
C R E D I T O R E
H Y P O T H E C A R I O
L I C I T A T O R E
IN SVBHASTATIONE HYPOTHECAE
NON EXCLVDENDO

P. 196

OCCASIONE REFORMAT. FRANCOVRT.
PART. I. TIT. XLVI. §. 4. & 8.

QVAM
AVCTORITATE
ILLVSTRIS IVRECONSULTORVM ORDINIS
ALMAE LVDOVICIANAE
SVB PRAESIDIO
D. IO. CHRISTOPH. KOCH

SEREN. HASSIAE LANDGR. A CONSILIIIS INTIMIS
ACADEMIAE PROCANCELLAR. ANTECESSOR. IVR. PRIM.
ET COM. PAL. CAES.

PRO
PRIVILEGIIS DOCTORALIBVS LEGITIME IMPETRANDIS

DIE SEPTEMBR. CIDIÖCCLXXIV.

H. L. Q. C.
DEFENDENDAM PROPONIT

AVCTOR
IOANNES ISAACVS HOFMANN
MOENO - FRANCOVRTANVS

GIESSAE
LITTERIS IO. IAC. BRAVN ACAD. TYPOGR.

