

Acten-mäßiges Rechts-Gut-Achten/ über das In Sachen Weiland Alexander Ludewig Schmidt Seiner nachgelassenen Herren Creditoren und Frau Creditorinnen/ Kläger entgegen Dem Herrn Apoth. und Stadt-Hauptmann, Georg Albrecht Herbst/ Beklagten, In puncto ædium brax. legaliter vend. & emt. Von Der löbl. Juristen Facultät der Universität Rostock/ Eingeholten arbitratischen Urthel vom 28ten Dec. 1735.

[Erscheinungsort nicht ermittelbar]: [Verlag nicht ermittelbar], [1736?]

<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn863331874>

Druck Freier  Zugang





I. 6. 41. 3

118'92.

ACTEN-mäßiges

Rechts=

Sut = Nichten/

Über das

In Sachen

Weiland

Alexander Ludewig Schmidt

Seiner nachgelassenen Herren Creditoren und Frau
Creditörinnen/

Kläger

Entgegen

Dem Herrn Apoth. und Stadt-Hauptmann,

Georg Albrecht Herbst/

I. D. 215. 48. + Beklagten,

In puncto ædium brax. legaliter vend. & emt.

Von

Der löbl. Juristen Facultät der Univer-
sität Rostock /

Eingeholten arbitrarischem Urthel vom 2sten Dec. 1735.

22

ACTEN-PROTOKOLL

1800

Protokoll der Versammlung

der

Landesversammlung

der Provinz Pommern



am 10ten Junii 1800

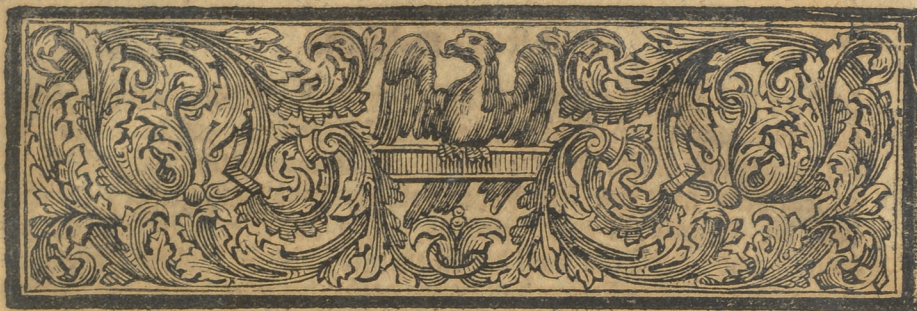
in Rostock

in der Aula des Rostocker Universitätsgebäudes

Die 10te Junii Facultät der Univer-

sität Rostock

hat beschlossen, dass...



S ist Alexander Schmidt anno 1728. in der Kays. Freyen Reichs-Stadt Goslar verstorben, und hat bey seiner, etwa 6. Jahr durch, geführten Haushaltung, ohngeachtet er zu seiner Ausstattung von den Eltern über 3000. Rthlr. bekommen, und eine wohlbemittelte Person geheyrathet, nebst Frau und Kindern über 13000. Thlr. an passiv-

Schulden hinterlassen. Als nun bey deren Entdeckung, weder die Wittve und ihre beyden Curatores, noch die Kinder und ihre Tutores ihres resp. Mannes und Vaters Erbe seyn wollen, der Kinder ihr damahls noch lebender Großvater, auch in Erscheinung solcher ungeheuren Schulden laß, vor seine Enckels rathlicher gehalten, dabon zu abstrahiren, und hergegen vor die Creditores, die ihm ihre Foderungen documentiret, dermassen favorabel sich erkläret und anheischig gemacht, wenn dieses Credit-Wesen, auffer einem, seines Sohnes Ehre menagirenden Concurs-Processse verbleiben würde, und das hinterlassene Vermögen seines Sohnes nicht hinreichen solte, daß er mit ein bis zwey tausend Reichs-Thaler, de propriis einen Beytrag zu der Creditoren ihrer sublevation thun wolle. Als demnach ermeldete Gläubigere diesen Rath und das Erbiethen angenommen, die Wittve Schmidts auch das Brau-Haus quittiret und solches nebst allen mobilien und moventien denenselben übergeben, und wegen ihres Eingebachten, so über 3000. Rthlr. sich erstrecket, (gestalten ihre gesammte Mittel sich über 7000. Rthlr. erstrecket gehabt,) sich als Creditricin verhalten wollen, so ist der Creditoren ihre erste und fürnehmste Sorgfalt dahin gangen, zu keinem Concurs-Processse, aus vielen wohl be-

Tändten Ursachen es gelangen zu lassen, sondern ist nach einem vorgängi-
 gen mit einander gemachten concert per Notarium, ein Inventarium
 verfertigt, und eines theils die Mobilien und moventien losgeschlagen,
 anderentheils aber eine öffentliche lauction davon angestellt, welcher
 denn die Curatores und Tutores, ohne alle Contradiction beyge-
 wohnet, und zum Theil selbst davon ein und anderes käuflich angenom-
 men, und denen Creditoren das Geld dafür bezahlet, vor der Hand
 aber das Haus vermiethet, einen Kauf-Zettel angeschlagen, und die übrige
 Länderey, nebst den Loh-Wesen administriret, bis dieselben endlich
 mit der Wittve Schmidts nicht alleine, wegen ihrer illatorum, auf
 1000. Rthlr. und noch 100. Thlr. so sie vorher an einem auswärtigen
 von ihres Mannes Gläubigern bezahlen müssen, sich verglichen, sondern
 auch endlich bey ein und andern sich angefundnen Käufer des Hauses,
 einen Tag zur Licitation, unter sich bestimmet, dabey deren zweene, der
 Kaufmann Stromer, und der Kaufmann Schmidt, darauf licitiret,
 als mandatarii (so nach der Hoflarischen Weise auch in licitationibus
 sub hasta ihrer principalen Namen verschwiegen gehalten,) da denn
 dem Letztern, als meistbietenden das Schmidtsche Haus vor 4800. Rthlr.
 baaren Geldes, (wie daselbst aller Haus-Kauf geschiehet) zugeschlagen,
 dieser auch einen Gulden pro arha darauf erleget, so unter die Armen
 ausgetheilet, von dem, als den hiebey gemeldten Käufer Herbst, auch die
 gratulationes dazu verschiedentlich angenommen und der Wein-Kauf
 von ein und andern bey dem Apothecker getruncken worden. Da es
 demnach nicht in seinen Kräften gestanden, sofort gegen Einräumung
 des Hauses, wozu Creditores sich erbothen das Kauf-Pretium zu erles-
 gen, haben Creditores ihm dazu dilation bis Michaelis verstattet,
 und der interim schuldigen Zinsen wegen ein reglement mit ihm con-
 certiret, da er wehrender Zeit bey der Creditoren ihrer privat-Zusam-
 menkunft gar verschiedentlich Procurat. Ordinarios und Notarios an
 selbige gesandt, und die eoram Not. immatriculato darauf abgefakte
 Prorocola auch mündliche Antwort an jene abgegeben worden. Wie
 aber hierauf gegen den 1ten Termin, als Johannis-Tag, da er 1000.
 Thlr. zu zahlen versprochen der Contract vollenzogen werden sollen,
 hat der Käufer contra datam fidem und gegen alle Wahrheit den
 abgehandelten Haus-Kauf, vor tractaten halten und davon zurück
 gehen

gehen wollen, dannenhero Creditores, weil alle gültliche Vorstellung nichts gefruchtet, mensc. & An. 17. 33. actione venditi, ihn verklaget, dagegen er sich in dilatoriis, mit der exceptione legitimationis nicht nur aufgehalten, sondern auch exceptionem non competentis actionis, weil die Creditores das Haus nicht verkaufen können, einzuflechten, und mehr auf eine negativam contractus sich zu wenden gesucht, endlich aber noch das periculum evictionis qu. in transitu, mit ein gemenget, wiewol derselbe nichts specificiret noch bescheiniget, auch als leine den, von der Wittve Cramers, wegen des zu nahe geschehenen Baues gemachten und ex post schon verglichenen Anspruch hervor gelehret, nicht minder angeben wollen, daß das Haus ein bonum minus, nemlich der Schmidischen Kinder wäre, welchem denn ex arreacis daß deren Tutores tacite & expressè abstiniret, und also nicht das allergeringste periculum evictionis imminens wäre, die Creditores auch als Verkäufer und Cedenten, ihrer auf dem Hause haftenden hypothecalischen Rechte sich verhielten, und allen eusersten falls über 20000 Rthlr. notoriissime angefessen, bis endlich, wie Acten-kundig ist, auf eine unmaßliche trainirung, zu grosser Belästigung der Creditoren, auf solche Anzeddelung nichts mehr geantwortet, und die Sache geschlossen, da die Acta nach Rostock gesandt, woselbst der Beslagere am 28. Dec. 1735. gänglich von der Klage absolviret werden wollen.

Und zwar aus diesen in margine wörtlich recensirten, so genannten rationibus decidendi, worüber zu mehrerer information ein rechtliches Gutachten verlanget, und solches also folgendlich abgefasset werden:

Wann Domini Jcti Rostockiensis den Contract und die Daraus gegen den Beklagten angestellte Klage vor gegründet und erwiesen wie Rechtens, und Acten gemäß ist, angesehen, so hätte es ihnen auch (1) obgelegen, darauf condemnatorie zu erkennen, quoniam actione fundata & probata regulariter Reus venit condemnandus, per satis notoria. (2) Da der Contract in seinen wesentlichen Stücken richtig ist, und Bestand hat wie damit eingeräumet, daß Bekl. dagegen nicht fort kommen kan, so muß auch daran nichts fehlen.

Rationes Dubitandi & Decidendi.

Wir setzen das Fundament dieser

Würde

Decision nicht in der Unbeständig-
keit des Haupt
Contractus,
ratione des
äußerlichen
sichtbare con-
sensus des
Befl. in rem
& pretium,
allermaßen
derselbe wenn
cætera paria
wären, nicht
fortkommen
könnte.

sichtbares
vitium oder
eine except.
Juris, wodurch
die Klage zernich-
tet, angeführet,
noch der allergeringste
Beweis, am allerwenigsten
aber ein Gegen-
Beweis in denen
Actis anzutreffen,
extra Acta autem
nulla salus, atque
non esse & non
probari paria sunt,
Heeser de
act. Judic.

2. Deß wir
begriinden
uns in diesem
Satz, welchem
andere,
der bescheide-
nen Rechts-
Gelahrten
beyfallt, quod
quoties in li-
mine contra-
ctus imminet
evictio & NB.
simul tanta
distractio in
plures adver-
sarios, emtor
non teneatur
arg.

Würde nun eine Exceptio vorgehend, so müßte solche nicht allein æquitatem Jure N. & G. agnitam haben L. 1. §. 1. 1. 12. de Except. sondern auch intentionem excludens, folglich pe. emtoria seyn. L. 2. §. 6. de Except. und zugleich völliglich dargethan werden. Cum reus excipiendo fiat Actor & non minus illud in quo se fundat probare teneatur.

L. 19. pr. de probat. L. 9. C. h. t. arg. L. 4. C. de Edend. vel etiam negativam si non simplex sit.

(3) So sollen auch jura actoris und rei paria seyn, daher denn desto bedenklicher vorkommen müssen, wenn Domini Rostockienles cætera paria zu seyn, nicht gehalten, nachdem dieselbe, die substantialia des Contractus ohne allen Fehl richtig erkannt, weder ein solches sichtbares vitium oder eine except. Juris, wodurch die Klage zernichtet, angeführet, noch der allergeringste Beweis, am allerwenigsten aber ein Gegen-Beweis in denen Actis anzutreffen, extra Acta autem nulla salus, atque non esse & non probari paria sunt, Heeser de act. Judic.

Es ist diese Thesis und der Satz, wann derselbe legalisiret wird, zum 1ten was den ersten Theil davon betrifft, so weit in L. 24. C. de Edict. gegründet, verb. cum in ipso limine contractus imminet evictio, emtor si satis d. offeratur NB. ad totius vel residui pretii solutionem non competitur. Alleine warum haben denn die Herren Rostockienles nicht fideliter dabey gehandelt, sondern die Worte; si satis datio ei non offeratur vergessen und ausgelassen? ob dieses nicht eine offenbare und contra b. f. lauffende Sache sey, auch so viel heisse, als de legibus und contra jus in thesi zu urtheilen, solches läßt man dahin gestellet seyn, sententia autem contra jus in Thesi lata est ipso jure nulla L. 1. §. 2. de sent. sine Appell. L. 2. C. qv. prov. non est rec. und dabey findet sich (2) zu einer mehrten Erleuterung zu bemerken, daß nicht alleine regulariter

ter die Schadloßhaltung alsdenn erst könne gesucht und gefodert werden, *ubi realiter res fuit evicta, quia tum prius Denuntiatio cum communicatio Citationis & Libelli fieri debet, Mandosa de Inhibit. Qv. 36. 12.* sondern es hat auch die Kurshin n. 1. allhier ex L. 24. C. de Evict. angeführte Exception auf dem Fall einer instehenden Gefahr der *eviction, per quam rem emtam habere non liceat*, nichts mehr in sich, als daß die caution, und zwar, nach der dispositione juris, da eine donunciation geschehen, gefodert werde, voriko in hypothesi zu geschweigen, daß es keiner caution bedürfe, *ubi certæ venditoris sunt facultates. Meo. P. 6. Dec. 30. ut igitur quis se defendat retentione pretii, lis actualiter mota sit, nec evictio præstanda, nisi per sententiam res evicta L. 3. l. 24. C. de Evict. l. 18. s. f. de peric. & comm. R. V. Richter P. 2. Conf. 23. n. 29.*

Und darob ist (3) evident, klar und offenbar, daß das suppositum, in re substrata, ganz und gar impertinent, falsch und inapplicabel sey, weil der major

daß ein *contractus onerosus* absolutè aufgehoben würde, und der contrahirende Theil daraus nicht gehalten, da *evictionis periculum imminens* wäre,

dem hellen klarem Texte des L. 24. C. de Evict. zuwider läuft, und vitio insanabili laboriret, so von dem Befl. wenn er seine ganze Officia dazn anwendet, nicht wird können curiret werden. Massen ja gar remarquabel ist, was A. Faber in Cod. Sab. ad L. 4. Tit. 29. def. 4. p. 412. davon schreibt: *Quamdiu de evict. prædii vend. causa dubia est, Venditoris causa potior est, & ubi imminet pro quanto pretii soluti cautio præstat, non autem licet Emptori discedere à contractu, nisi venditor quoque consentiat. L. S. C. de O & Act. Ejus enim est probare qui dicit non qui negat. l. 2. de Prob.* Steckt nun solches Vitium illegalitatis in dem majore, so ist überflüssig davon weiter zu fragen. Schreitet man nun zum 2ten Theil dieses suppositi in rat. Dec. (denn die rationes dubitandi sind bey dem ganzen Handel fast gar vergessen, weil allenthalben dem Befl. dabey nur das Wort getodet, als ob der Herr Referent dessen Advocatus gewesen, (daß der Befl. alsdenn auch dem Contracte nachzuleben nicht schuldig, weil derselbe mit vielen Gegnern zu thun haben solte, so ist fast nicht zu besinnen, was

Acten-mäßiges

was der Herr Referent damit haben, oder wie er solch suppositum justificiren wolle und könne, denn will ein ohnpartheyischer das notanter vorgesezte NB. ohne alle absurdität appliciren, so heißt es (Imo.) sine lege loqui erubescendum est Nov. 18. c. 5. §. 1. will solches der Herr Referent, von dieser Urthel nicht von sich gesaget wissen, so zeige er juxta princ. Instit. de off. Judicis, worinne dieser Anhang seinen Grund habe. Und denn so ist pro (2do) wohl gar nicht daran zu zweifeln, was die Jura in materia evictionis Sonnenklarlich disponiren, wie daß es nicht alleine res mera facultatis sey, daß ihrer viele ein gemeinschaftliches Gut verkaufen können, sonst würde man gegen alle principia Juris dabey handeln, sondern es sagen auch die klaren Rechte, in allen Systematibus, und bey allen Respondenten und Consultenten, daß ein jeder von solchen contrahenten pro rata oder in Solidum perinde hic est der Schadloshaltung unterworfen, was ist denn dieses anders, wie eine offenbare distractio in plures adversarios, vid. L. 62. §. 1. de evict. l. 62. §. 1. d. t. L. 13. §. 5. L. 9. de V. Oblig. L. 52. §. 4. de Evict. l. 61. §. 1. d. t.

Hier stehen nun die klaren Leges, und da für alle sonst bekannte höchst renomirten DD. welche beyden theils das Widerspiel sagen, daß keine distraktion von vielen contrahenten einen Contract aufheben, und deshalb der nicht halten wollende Theil der Contrahenten, nach dem er mit vielen contrahiret, dabey geschüzet, am allerwenigsten aber von der Klage absolviret werden könne. Bey so bewandten Umständen ist zu verwundern, wie und durch was vor ein recipe solches abfällige remedium de jure in thesi dabey in Sinn und Gemüthe gebracht worden, und zwar sonderlich, daher, weil die Creditores, als venditores pignoris nicht einmal ad evincendum gehalten wären.

l. 50. de Evict. §. 16. de Act. Empti l. 13. 6. L. 59. §. 4. de mand. l. 1. C. de Evict. pign. add. L. 6. 8. de Evict.

3. Wir verbinden damit den Titulum de litigiosis, welcher bey uns noch guter massen in usu ist.

So wenig derothalben die beyden übrigen prämissa von einem periculo Evict. imminente und einer distractione, in plures adversarios, ex jam deductis den allerbittersten Grund haben, so wenig ist es füglich zu begreifen und den penetrantesten Augen klar, was man quoad substratam damit haben wolle. Es erhellet schon so viel aus n. 2. rat. Dec. wie

wie man bey Aburtheilung der kaum gemeldten Puncten gehandelt, und alle bescheidene Rechts-Gelahrte ad assistendum begehret, hier aber heist es, daß der Tit. de litig. zu Rostock noch in usu sey. Es werden nicht leicht oder gar nicht dergleichen Insinuationes bey andern Urtheiln in rat. decidend. jemals angetroffen werden, sollen selbige aber etwas bedeuten, so ist es dem Leser verschwiegen, weil es vorgehen bleiben soll, es heist also: Si non vis intelligi non debes legi. Allen rechtlichen Rechts-Gelahrten ist der Tit. de litig. bekant, die ihn denn auch verstehen, wie er soll verstanden werden, wenigstens aber doch alle wissen, quod actio hypothecaria rem non facit litigiosam ut infra alleg. Dn. de Lyncker confirmat. Haben aber Dni. Rostockenses dabey einen singularismum quid ad alias? und dann ist es nicht gleich justificiret, und bey so bewandten Umständen, wird es desto verdächtiger, weil es nicht deutlich ausgesaget: sed fugit lucem.

Bey so bewandten Umständen, denn da der Contract juxta n. 1. bestehet, auch per n. 2. so wenig, als n. 3. wiederum aufgehoben, und der Tit. de litig. hieher gar nicht quaeriret, indem daß kein Mensch in der Welt das Haus quatt. jemals in Anspruch genommen, so ist es nur ein irriger Wahn davon einiger wenig zu sagen, weil es ein purum non ens ist, cujus nullæ sunt operationes. Und so ist es auch gegen die normam juris, daß der Befl. nunmehr poenitire, welches in Contractu E. V. gar nicht zugelassen, sondern es gehen die Rechte ohne Unterscheid dahin, quod ea sint necessitatis, quæ prius fuerunt voluntatis.

nec damnum sentire videtur, qui sua culpa sentit. l. 203. de R. J.

Als nun der Befl. gar wohl gewußt, und in re notoria wissen sollen und können, daß er mit den Schmidtschen Creditoren contrahiret, so muß man es ja pro affectata ignorantia halten, da nach allen Rechten bekant ist, quod creditor in re quoque aliena jus hypothecæ suæ vendere possit L. 3. pr. L. 7. de distr. pign. & hypoth. l. 13. de pign. act. l. 36. de fidejuss. Richter P. 1. conf. 52. n. 2. 22. vel igno-

B

4. Daher obder Befl. nicht verbandt, diesen Kauf-Contract, webey er sich so vielen Weitläufigkeiten unterworfen, zu halten oder zu erfüllen.

5. Zu einem jealichen Kaufe gehöret ein wohl befugter Verkäufer. Trägt man in applicatione wer derselbe

rante

difmal sey? *raute & invito debitore d. l.* Und mag dagegen gar keine
 So geriren erhebliche Hinderung wirken, da etwa zu zweyen malen die
 sich anfangs Schmidtschen Creditores diese convention unter sich ge-
 eintige wenige machet, daß dasjenige, was auch wenigere davon in com-
 Schmidtsche munem utilitatem schliessen würden, die übrigen ratificir-
 Creditores ten, auch bis dato den qu. Haus-Kauf ratificiret haben.
 dafür, un her- (2) Er folget daraus gar im geringsten nicht, daß daher die
 nach accedi- Creditores unbefugte Verkäuffere wären, sondern es wür-
 ren denselben de (3) auf den Befl. ankommen, daß er zeigte und erwiese,
 einigs andere. was für Creditores, oder andere mehr, vor ein Recht zum Hause qu.
 welches ihme verkauft, hätten? Wer ihn in Anspruch deßhalb ge-
 nommen? oder noch nehmen möchte? und worinn der Grund davon
 bestehe? anders es nur antabatarische Lust-Streiche sind, daß noch an-
 dere mehr sich melden möchten, welches a posse ad esse concludiren sollen.
 Und zu dem Ende ist in denen Rechten versehen, *quod re demum evi-*
cta, atque insuper denunciatione facta etiamsi sciens quis alienam
rem vendiderit, periculum praestari debeat.

L. 16. §. 1. L. 21 de Evict & L. 5. b. L. 86 d. L.

6. Allein was Es ist solchem nach der gegenwärtige passus von einem
 haben dieselben alle samt zu Rechte nicht beständigen Titulo voraus ad n. 5. schon
 vor einen Ti- erlediget, ohne daß derselbe zu einem Kaufe præcise in sen-
 tulum? ge- situ absoluto nicht gehöret, sondern es wird der Titulus
 wißlich keinen Emt. Vend. wovon hier die Rede ist, pro Titulo ad trans-
 der zu Rechte fer. Dominium habili §. 40. de R. D. gehalten, ein je-
 beständig wäre, weil wir der Käufer aber muß sich damit vergnügen, *ubi habere li-*
 in einer daci- ces. L. 10 de Evict. zumahlen da der Befl. diese Stadtkündi-
 one in solut- ge Sache, daß es ein Schmidtsches Haus sey, und seine Ver-
 tum versiren, käuffere als Creditores primordialiter sich dabey verhal-
 indem es kein ten, wol gewußt, vielweniger ist demselben verborgen ge-
 Concurfus wesen, daß der Schmidtschen Kinder Vormünder unter den
 Creditorum übrigen Nachlaß auch das Brau-Haus qu. denen Cre-
 in wahren ditoren, ihre Bezahlung, so gut es seyn mögen, herzuho-
 verstande. len, in solutum überlassen, *quod emtionis vice habe-*
zur, l. 4. C. de Evict. c. 5. X de R. Eccl. non alien. sicque in b. f. em-
zorem jus ex re aliena fructus suos faciendi transferitur l. 38. pr.
de

de acqu. rer. Domin. add. L. II. §. 16. de Act. Emi. Da man dero halben klärlich wol sehen kan, was vor ein Titulus vorhanden, auch in *obscuris* es zu heissen pfeget:

quod id sequendum sit, quod minimum est L. 9. de R. J. Cum primis quia contra eum Interpretatio facienda qui clariorem, propria culpa, legem contractui non dixit clariorem & querit ex eo commodum. L. 203. de R. J. Differt. Dn. Böhmer de eo qui legem contract. dic. deb. clariorem.

So ist ja aller übrige Streit ja nur vom Saun gebrochen und vergebens, und weiß man schier nichts dazu zu sagen, was den Herrn Referenten dahin forciret, auf eine dationem in solutem zu fallen, davon so wenig *contrahentes* der Zeit gedacht, als alle geschene Handlungen es zu erkennen geben, noch selbige der Sachen selbst adaequat zu halten, weil in decidendo nicht caula remota, sondern proxima, absonderlich in E. V. angesehen werden muß. Bey so bewandten Umständen, und da der Bevl. selbst in actis davon nichts gemeldet, im Gegentheil aber mehrfältig von dieser Seite, darinne wiederholet, was für eine importante summam die Creditores zu fodern, und über 6000. Thl. aus dem corpore bonorum noch unbezahlet bleiben, hätte man sich fast zu verwundern, wozu es nöthig weiter über den allergeringsten titulum und das Recht zu dem Schmidtschen Hause zu suchen, als ob es ad essentialia eines Kauffes gehörte, daß man wisse woher der Käufer zur verkauften Waare kommen, denn das wäre fast eben so viel als wie man Schelme und Diebe zu fragen pfeget. In mehrer Erwägung, daß ja die Kläger nicht anders, wie Schmidtsche hypothecarische Creditores contrahiret, als auch Beklagte sie dafür erkannt, würde ihnen nun opponiret, daß sie kein Recht dazu hätten; so dürfften sie nichts mehr erweisen, *quam ades fuisse obligatas, & potius jus habere in pignore, L. II. §. 15. de Act. Emi. Brunn. ad Tit. C. Crud. Evict. pig. non deb.* Nachdem nun das Haus qv. als ein praedium pupillare nicht verkauft, so brauchen auch Creditores weiter keinen titulum dazu. *L. 5. §. 1. de R. eorum & A. F. jam c. l. conf. Strav. S. J. C. ad tit. de distr. pign.* Weil es aber damit ferner schier die 7. Zu einer apparence hat, den Beklagten nur loßzulauffen, daß man nur datione in ade-

solutum ge-
 höret ein sol-
 cher pars dans
 woran nichts
 anzusetzen.
 In facto aber
 sollen dieselbe
 die Schmidts-
 chen Erben
 seyn, und wir
 finden nir-
 gends, daß der
 selben als un-
 mündiger
 Leute wegen
 alles rechtlich
 zugegangen.

a desin. nodum in scyrpo suche, und den Kauf-Contract
 dadurch zu impugniren vermeine, als ob die Schmidtschen
 Kinder datores in solutum seyn solten, so ist vor erst facti
 pernegati, daß dieselben ihres verstorbenen Vaters Erben
 worden, in den Actis hergegen ist verschiedentlich angeführet,
 daß die Vormünder ihres Vaters Erben, wegen seiner offen-
 baren weit präval renden Schulden-Last auf verschiedenes
 Ansinnen der Creditoren nicht werden, noch sich des Hauses
 nebst andern mo- und immobilien annehmen wollen, sondern
 so wohl der von den Creditoren angestellten auction der mo-
 bilien bengewohnet, als dem Anschlage und würclichen
 Verkaufe des Hauses qu. zugesehen, darein auch resp. consen-
 tirt und renunciirt gehabt, *uti docent Replica per Ad-
 junctum lit. A. & porro probari consensus expressus po-
 tuisset, si notoria egerent probatione. Tacitus vero extor-*
actibus presumitur C. 3. de Test. nec ignorantia juris excusaret L. 2.
de F. & F. ignor. vel suppins & aff. negligent. L. 3. §. in tantum
de Incend L. 40. de pæn. qui enim scit & patitur, mandare & ratifi-
care videtur etiam spezzand causa lit L. 26. de min. c. f. de Jurejur.
Nediz conf. 19. 10. Herold. de ratific. c. 4. n. 11. etiam in E. Vend.
Pereira de Em. V. c. 18 Da nun aditio hereditatis auch in suis hære-
 dibus, facti ist, und dieses mit keinem jota erwiesen, das Gegentheil aber
 vielmehr in aperto lieget, so ist nicht wohl zu begreifen, wozu diese Critic
 und alle Ausschweifungen dienen sollen, es wäre denn, daß der Befl.
 sich dahinter verstecken solte, zweifels ohne würde es ihm aber gehen, als
 denen, die andere nicht sehen, vermeinende, daß sie von ihnen auch nicht
 gesehen würden, zumahl es denn auch an sich eine schlechte Kunst ist, sup-
 posita zu machen, und daraus unrichtig zu folgern, auf solche Weise ist
 alles möglich. Und hätte man ja daran gezeifelt, und wäre zum Ver-
 kauf erforderlich, *uti noa*, so würde es finaliter nur dahin redundiren,
 daß sie sich pro hære dibus erkläret, und animosiores emtores, als der
 Befl. ist, verschafft hätten, welches daher ihnen ohnmöglich, weil so viel
 man weiß, ganz keine Schmidtsche Mittel übrig, und mehr wie 6000. Rthlr.
 Schulden unbezahlet bleiben, *utrum vero iudex ea, quæ facta sunt,*
supplere valeat, jura prohibent. vid Tit. C. ut quæ des. Adv.
Nec

Nec inutilibus jam affligi debent amplius affligi. Cum primis, quod notissimum, hereditatem paternam ere alieno obrutam esse, quo casu recte illa repudiatur & alienatur nullis quoque adhibitis requisitis alienationis Dn. B. de Lynck. p. 1. R. 181. n. 22. Anchoran. conf. 197. n. 7. Irentac. Res ult. Molina Tract. 2. D. 5; 8. n. 18. Es ist aber auch nicht genug, daß Dni. Jcti Rostockientes an Repudirung der Vormünder von der Schmidtschen Erbschaft zweifeln, sintemal nicht alleine dieses diesen Kauf-Contract lau und vor sich selbst nicht aufhebet, oder die Creditores dadurch hätten inhabilitiret werden können, ihr jus hypothecæ juxta responsionem ad n. 5. an den Käufer zu überlassen, sondern es haben die Herren Decidentes auch den Kauf approbiret. Und allenfalls eine bessere Bescheinigung wegen der Vormünder von der Schmidtschen Kinder ihrer väterlichen Erbschaft erforderlich hätte seyn sollen, so haben sie aus denen Replicis lit. A. sehen können, daß es schon ad Acta documentiret worden, und wenn diese Beylage A wie man sagt, manquiret, warum haben denn Dni. Respondentes, da sie hierauf verfallen wollen, solche nicht vorher gefodert, und schreiben also contra Acta. Gesezt aber man wolte das contrarium gelten lassen, so ist (1) facti nunquam præsumendi, daß des Beßl. leibl. Bruder als Contutor der Schmidtschen Kinder und qua Secretarius judicis iter alle Protocolla bey dem Schmidtschen Credit. Wesen, und in substrata abgefasset, dazu würde stille geseßen, und ihm sein Verhalten dabey nicht würde eröfnet haben, oder es wäre utrinque gefährlich cachiret. (2) Sind Tutores juxta A. der Erbschaft wegen befraget, haben aber nichts damit zu thun haben wollen. (3) Hat auch dieses der Beßlagte, nachdem er fast täglich mit seinem Bruder gesprochen, und vermuthlich dabey de substrata davon nichts vergessen, solches alles wol gewußt. Und endlich (4) würde es die Frage seyn, eines theils: Ob solches dem Kauf annihilire? Ob der Beßl. die aditionem, oder Kl. die Repudirung erweisen müßte? Derohalben es allen äußersten falls officium judicis erfordert hätte, darüber, wenn es nöthig, zu interloquiren, indem Creditores allenfalls solchen Beweis nicht verkehren können, welchen zu führen, sie niemals sind angewiesen worden, bevorab, da es

3. Der Wittwen Erklärung finden wir wol, aber die nehmen wir pro creditrice. Daß die Vormünder die Erbschaft nomine pupillorum repudiret, wird allenthalben gesaget, aber nirgend bescheiniget.

nicht allein ex Actis & actibus Tutorum erhellet. Nam contractus legitimè ac justè initus, præsumitur, & qui dicit contrarium, ille probet. M de Prob. Concl. 1400. Alciat. Reg. 2. præf. 24. Imo venditio rei alienæ valet in tantum, ut obligatio & actio producantur ex eadem, nec ullam ejus rescissionis causam superesse putandum, nisi dolus vel immodica læsio doceatur, A. Fab. C. s. L. 4. Tit. 3. Def 3. p. 429. 30.

In mehrerer Erwägung, daß Dn. Jcti Rostockienfes die deßfalls ad Acta gebrachte Beylage sub lit A. derselben tenor in Replicis disertè angezeiget, nicht gehabt, wie mögen sie denn (1) sagen, daß der Tutoren ihre renunciation nicht bescheiniget wäre, (2) Eclairciret sich auch solches alles schon ex consensu eorum tacito. Und endlichen sind (3) ex conflictu solcher Gestalt Acta mutila & manca gewesen, folglich sind die Herren Rostockienfes daraus nicht völlig informiret, und haben also auch induciæ ejusmodi absque nullitate nichts erkennen können. Heeser de act. Jud. Vant. de Nullit. Und mag den Creditoren gar nicht verarget werden, noch verfänglich seyn, daß solche Beylage A. nicht registriret. Denn da selbige in der Schrift angegeben, so ist solche vermuthlich auch in exhibitione dar gewesen, und registriret, woher aber solche von denen Actis abhandeln kommen, davon wissen Creditores nichts mehr, als daß sie selbige nicht zurück genommen gehabt haben. So viel aber ist bekant, ex Actis, und sonst, daß des Bekk. Bruder Secretarius causæ vom Anfang bis zum Ende gewesen, der terminus Inrotationis und actus Transm. Act. aber dem Secretario Meyer committiret, und da man dieser Beylage halben in termino Inrotationis sich per recessam zu verwahren begehret, dieser nicht angenommen, sondern allenfalls in contumaciama verfahren werden wollen, dahero der Proeurator derer Creditoren, um nicht noch ein Jahr die Sache aufzuhalten, es hingehen lassen müssen; Allein, warum haben Dni Rostockienfes der Beylage wegen, ad integrâ acta nicht rescribiret gehabt, da sie ihr momentum darauf setzen wollen, daran wohl niemand gedacht hätte.

Daß

Daß aber Dni pronunciantes vermeinet, es hätten die Creditores sich zur Sache nicht legitimiret, davon erhellet ein anders ex actis indem sie laut der dahin übergebenen und in continenti liquid zu machenden, weder von denen Curatoren noch Tutoren widersprochenen Forderungen über 13000 Rthl. zu fodern, und aus dem überkommenen corpore honorum des Schmidtschen Nachlasses schwerlich auf 7000 rthl. kommen können, und obkiret demnach weniger als nichts, daß sie ihre jura an den Käufer, abque ulla formidine, cediren und überlassen mögen, bevorab, da derselbe wohl gewußt, daß er mit ihnen, als Creditoren, gehandelt gehabt, es sey nun dieses in Person, oder per mandatarium geschehen, indem dessen Factum toties, quoties, wie auch ad Acta bescheiniget, von ihm ratificiret und discretioniret worden. Warum aber auf die Aufoderung amplis. senatus man sich nicht eingelassen, (ob man schon derselben in subtrata sich eben nicht erinnert) davon sind die Ursachen schon überflüssig anzund ausgeführet, weil dieses Creditwesen ad Concursum, ohne daß einer von denen Creditoren darum imploriret, ex officio hat wollen gezogen werden. Dahero sie besorget, da sie also im geringsten sich committirten, zumahl so wohl præsumptio b. f. vor sie militiret, niemand über sie sich beschweret, und ihre importanten Forderungen ex Actis voraus bekant, daß dieselben sensim hinein gezogen, und gegen ihre Intention in einen hohen empfindlichen Schaden dürfften gestürzet werden, dafür haltende, daß auch hierbey Except. tua non interest & judicem non agere, nisi imploratum statt finden müßten, zugeschwiegen, daß ja Amplissimus Magistratus aus verschiedenen processen, Verbraung der Brauezeit vom Hause, und andern vielen actibus notoriè schon voraus gewußt, daß Kl. sich pro creditoribus des verstorbenen Alex. Schmidts optimo jure getret gehabt haben. Es kan demnach dieses daher mit den Haaren herbengezogene argument wenig oder nichts dem Bekl. opituliren, indem daß nicht alleine solches à diversis hergeholet, ex quo nihil inferatur, sondern es kan auch der Käufer nicht

10. Weil demnach der Beklagte nicht deutlich vor sich siehet, wie die praten-dirte Verkaufere sich ad causam legitimiren können, voraus da Amplissimus Magistratus fol. 129. coll. fol. 113. von ihnen die Verantwortung gefodert, qua fronte sie sich der Schmidtschen Güter angemasset, so mag dem Käufer in keine Wege verdacht werden, daß er sich der Sache gänzlich entschlagen.

nicht

nicht die geringste widrige Meinung daraus fassen, weil derselbe in seinem Gewissen überflüssig überzeuget, daß er mit seinen Verkäuffern, als *Creditoribus* und *Possesoribus* des Schmidtschen Hauses gehandelt. Es hat auch niemand ihnen ihre Jura jemahls disputiret, und würde allenfalls derselbe nimmermehr ein anders per *juramentum* erhärten können, desfalls von vielen Specialitäten alhier nur dieses zu gedencken, daß wenn die Troublen mit seiner Frau zurück geblieben, oder er *remission* des Kauffpretii erhalten, wie er selbst sich mehrmahls erkläret, oder von andern unverständiger Weise nicht verhärtet, das Werck zu dieser Weitläufftigkeit nimmermehr würde kommen seyn. Wannhero demselben seine Regredirung ohne alles Fundament allerdings von allen unpassionirten nicht mag zu gute gehalten werden.

Will dagegen eingeworfen werden, daß ihm genügen könnte, daß die Verkäuffer ihm die Gewehr versprochen, und daß darum die Kauffe nicht simpliciter rückgängig würden, wenn etwa eine *eviction* zu befahren, so dienet darauf balde, daß in diesem *casu* solches *meri beneplaciti* seyn würden, wenn er der gleichen acceptiret.

Als dannhero niemals aus allen Rechten ein Kauf und Verkauf nach einem andern Model anzusehen, als daß *contractu semel inito*, wie hier eingeräumet, in des einen oder andern Theils seinem Willkühr nicht stehe, sondern da der Käufer *remittam* nicht haben, und behalten sollte, der Verkäufer ihm die Gewehre zu leisten schuldig, wie denn dieses in der Folge nach der *Regula* eingestanden, so ist auch diese *exception* unerfindlich, und hat bis dato weder *lege* noch *D. D.* mögen behauptet werden, daß so einem seine Befugniß disputabel gemacht, wie dennoch hier nicht einmahl geschehen, daß von dem allerverbündlichsten *Contracte* refliret werden könnte. *Cum potius videndum, quid actum, & perfecta E. V. in arbitrium res non collocandum, an obstrictus esse velit L. 2. de Contr. Emt. L. 6. §. 1. d. 1. L. 7. d. 1. Si quidem arbitrio quidem in contenti modo non in contracto negotio utendum, quia definitio juris omne arbitrium excludit. B. de Lynck 1. R. 12. In regula 179. 24. p. 1. R. 9. 32. L. 31. 32. de Ad. Ed.* Gleich wie dannhero die Rostockienfes in ihren *actionibus* allenthoben nicht der ordentlichen methode von der Klage, ob solche fundiret, und erwiesen, und so weiter, wie sonst gebräuchlich ist, gefolget, sondern da sie schon der Klage geständig,

ständig, und solche vor erwiesen gehalten, daß klagende **Creditores quā tales**. und als ihnen das qu. Haus abgetreten, auch da noch keine Erben, oder mehr **Creditores** dargethan, einen andern **statum controversiæ** formiret, und mehr auf die **Convenientz** des **Befl.** als **ad ordinem referendi ac judic.** gesehen, so gestehen dieselben auch alhier klärlich ein, daß nach der **Regul** gemeiner Rechte die **Verkauffere fundatam & probatam intentionem** haben, alleine diesmahl **NB** hätte solcher **Contract** seine **exception**, welche zu unterstützen allerhand **Facta**, welche **Befl.** nicht einmahl angeführet, dahin **detorquiret** (1) Weil es mit der **Schmidtschen** Kindern so unrichtig siehe, indem bis noch mit keinen **Buchstaben ad Acta** beygebracht, daß die **Vormünder** ihre **Pupillen** Erben zu seyn sich erkläret, welches **Facti** ist, und von dem **affirmanti** muß erwiesen werden, das **Gegentheil** aber **per adjact. Lit. A. in Repl.** und **præsumtive ex scientia & diuturna patientia** beygebracht worden. **Masc. conel. 115. 3.** und wurde allensals so **tacitus**, als **expressus consensus**, wenn es nöthig, und von ihnen erfordert werden sollte, erweislich zu machen, nemlich, daß sie nicht Erben seyn wolten, ihre **Mutter** auch daher das **Haus** den **Creditoren** abgetreten, dennoch aber halten jenes **Dni. Rostokienses**, ob es gleich nur gesagt, und den vorsehenden **Streit** nichts angehet, vor erwiesen, dieses aber nicht. (2) Solte der **Titulus evidenter** fehlen, ohngeachtet **Creditores ad acta** solche nothdürfftig gezeigt, wie selbige **qua tales** allenthalben auch leyder! bekant, und von dem **Befl.** niemals geleugnet sind, auch daß ihre **Condition** allzuwohl gewußt, **præsumiret** wird, **Men. L. 3. præf. 88.** sonst in **continenti** solches erweislich zu machen gewesen, so viel aber die **Schmidtschen** Kinder angehet, haben sie deren **Erb-Recht pro titulo** zu allegiren nicht nöthig, es ist auch **hæreditate nondam adita, & repudiata vel ex septennii lapsu pro tali habenda**, nicht von nöthen, weil solches ein **non ens**, wie kan denn mit Grunde

Schmidtsche Kinder noch so unrichtig siehet, da nemlich der **titul 9. evident** ersehlet, da man nicht wissen kan, wie viele **Creditores**, weil keine **edictal citation** verhenget, in aller Welt stehen können, da gar schon hier und da her **Arresta** gesucht worden, des **Cramers** **processes** zuge, schweigen, welcher endlich nicht alleine die **Steine** heben wolte, mässe er fürwahr sehr läbel bey sich thun, wenn er so Häuser kaufen, und sich dergestalt **distrahiren** liesse, **conf. Omnino** **Mev. Dec. P. 8. Dec. 398.** **ibique ver-**
 C
 gesagt

rura judiciorum, als Germaniæ consuetudines und aller Proceſſen Meinung davon alleine nur *D. Knaut* in ſeinem gerichtl. Feuerzeuge, oder erſten *A. B. C. p. 204. ſeq. nachzuſehen* wäre, dahin angewieſen haben. (1) das rechte genuinum actionis genus anzusehen (2) deſſen requiſita zu ponderiren, ob bey ſo bewandten Umſtänden die Creditores dergleichen Kauff treffen mögen, und da hievon die affirmativa per deducta auſſer Streit, und darauf condemnatorie zu erkennen, allenfalls ad exceptiones gehen ſollen, welche alle zuſammen ad exceptiones tertii in ſpecie die Schmidſchen Kinder deren Tutores weder des Verſtorbenen Debitoris Erben worden, noch werden wollen, und was würde es auch dem Beſt. helfen, cum neque hypothecaria faciat rem lingioſam faciat, *B. de Lyncker V. I. R. II. n. 13. 14. neq; debitorum (vel hæredum) alienatio in fraudem vel damnum creditorum alienare poſſit, d. A. c. l. n. 5* und auf ein periculum Evid. einſchlagen, weil jene den Beſt. nichts angehen, dieſes aber weder fundiret noch erwieſen, bevorab da Creditores in dem Stande ſind, uno ictu alle unnöthige Vorſorge niſſe einiger Gefahr, die auſſer allen dicenteren nichts iſt, nieder zu legen. Wannhero gar nicht erlaubt geweſen, ſolcher Geſtalt ex actis non integris auch contra acta & probata für eylig definitive zu erkennen, ſo niemand vermuthen können, angeſehen alle heraus gekünſtelte ſingularia weder ein fundamentum in re haben, und erwieſen, ſondern unter der Regul begriffen, ob ſolche gleich in legibus ſpecificè nicht enthalten, cum jura non de ſingulis loquantur alias ex majori parte prorsus forent inutiles, noch die Jura oder die geringſte præſumptio vera alicujus legatis & quitatis, dergleichen unbeſchrencktes arbitrium geſtatten. Anlangend denn ferner das momentum non ed. tituli, ſo redet dieſer ganze Discours. (1) Von demjenig gen, der noch erſt contrahiren will, und nicht von demjenigen, welcher bereits contrahiret hat, in ſubſtrato aber findet ſich der letztere casus. alleine enthalten, & sic mala fit applicatio re non amplius integra. (2) Hat auch Beſt. wohl gewuſt, daß Kl. als Schmidſche Creditores mit ihm contahiret, und die Frage nur ad vexam angeſehen, ſich ſuper Alotriis mit ihm einzulaffen, ſo in der
Credi-

Creditoren Willen und Freyheit bestanden, sonst sie sich dessen wohl beschieden haben würden, soll es aber auch ein Bedeck. Befl. seiner ignorance seyn, daß er es nicht gewußt, mit wem er contrahiret, solches wird derselbe bey so bewandten Umständen hoffentlich selbst nicht an sich kommen lassen, sonst es von ihme eine wunderliche Beschreibung geben würde, davon man lieber abstrahiren will; Indessen sind sie (3) niemahls ihres bey dieser Sache nöthigen tituli, so wenig in Abrede gewesen, daß es ex actis vielmehr allenthalben bekannt ist, cum primis, quia scire debet quilibet conditionem ejus, cum quo NB contraxit. L. 19. de R. §. & nemo se jurare potest l. 4. §. comp. Si serv. vind. liquidem ejusmodi casibus quoque so'et reconv. quod ab initio null. fuisset. t. t. si Maj. fact. rat. A. Fab. loc. retro add. Am allerwenigsten aber haben die pronunciantes daher Kl. ihres Rechtes verlustig halten können, nachdem sie allenthalben in Actis und specialiter aus ihrer Legitimation gesehen, daß sie sich als Creditores hypothecarii verhalten, denen das Haus qv. tacite & expresse so wohl von der Schmidtschen Wittve, als der Schmidtschen Kinder Vormündern eingeräumet, sich davon, so weit es hinreiche, bezahlt zu machen. Was braucht es denn weiter Zeugniß, oder solcher capriciosen Einstreuungen, so weder ein Fundament haben, oder in continenti, entweder durch eine citation, oder Bescheinigung, wie Tutores 7. Jahr durch, da selbige von den Creditoren verschiedentlich eingeladen, auch Haus und Länderey angeboten, weder zu dem einen, noch dem andern, ihrer pupillen wegen, sich eingestellt, und so wenig damit, als mit der Erbschafft was zu thun haben wollen, nach des Befl. conveniens aber eine offenbare geständige Klage zu castiren, und den Befl. davon zu absolviren, ist nie eine erhörte Sache, cum creditor etiam cedendo suas actiones contra debitorem, hypothec. & personalem videlicet cedendo se liberare queat. Brunn. C. ad Tit. Cred. Evict. pign. etc. l. 6. D. coll. l. 2. C. de Her. vel act. vend. l. 35. de Evict. l. 4. de Pign. & Hyp. Hätte nun auch Befl. an diesen Befugnissen der Creditoren gegen die notorität, ja bessers wissen, noch gezweifelt, so hätten von ihnen demselben die Original-Beschreibungen so

zum Hause kommen, Ja wohl gehet es ihm an, und wie will solches mit der regula bestehen: Quilibet scire debet conditionem ejus, cum quo contrahit.

mit der Contract consodiret und gar nicht aufgehoben wird, wie Dñi. Rostockienſes, wiewohl irriger Meinung ſind. Bey

13. Und ob wohl derſelbe (I. 5. c. Mev. c. I.) daſelbſt von keiner Aufhebung des Contracts redet, ſo ſchreibet er doch von dem richterlichen Arbitrio in ſolchen Caſu, wie ſeiner ge- weſen.

dem Zuſtande nun, da Dñi. Rostockienſes alle Fundamenta der Kl. sicco pede übergangen, und dem Beſt. durch allerhand unzuläſſige Umwege kräftiger, wie er ſelbſt gethan, und thun mögen, das Wort also reden wollen, daß der Contract, wie derſelbe klagend eingeführet, un- verrückt bleibe: Allein der Mevius admittiret in ſolchem caſu ein richterliches arbitrium. Als aber allenthalben deducirter maſſen dieſelben Auctuiren, wie bis anhero klärlich erwieſen, ſo geſchiehet es auch hier, beym arbitrio. Es iſt vor erſt Rechts bekänntlich, quod arbitrium judicis non ſit abſo- lutum, ſed legibus adſtrictum L. I. de uſufr. can. 4. cauſ. 3. 9. 7. auch daß das arbitrium in denen Fällen gar nicht ſtatt habe, darinnen die Rechte inſpecie etwas ver- ordnen, quoniam judicis arbitrio non relinquendum, quod lege definitum eſt, L. I. §. ſin. de. J. delib. Menoch de A. F. Q. l. I. præm. n. 5. cum judici potius incumbat veritatem facti diſquirendi L. 2. ubi DD. de Edendo Auth. qui ſemel C. quom. & quando Jud. etc. alias juſticia denegatur. Wildvogel Reſp. 241. n. 97. Da nun L. 24. C. de Evict und viele andere klare textus (wiewohl auch L. 24. C. de Evict. in facto keine Application finden kan, weder den Kauff aufzuheben, noch bey einem noch unerwieſenen Gewehr- Leistungs-Fall eine retention zu geſtatten, von welchem letztern Caſu daſelbſt nur die Rede iſt) von keinem arbitrio etwas melden, ſondern dahin gehen, daß der Contract, wie er geſchloſſen, erfüllet werden müſſe, ſo ceſſiret alle arbitrage. Und denn ſo redet auch der ange- führte Mevius, wie man ſelbſt eingestanden, von einem andern Caſu, welcher ſich hieher nicht ziehen läſſet, ſtricta quippe interpretatio vel opinio ad alios caſus non trahenda. L. 63. de R. J. ff. C. de re inter alios etc. Jus enim in caſu poſitum, & ex rei circumſtantiis conſi- tuendum. L. 5 §. 2. ad L. Aquil. adeo, ut nec præſumptio ad div. caſ. extendenda, Menoch L. I. q. 57. n. I. ſeq. Bey ſo geſtaltten Sachen iſt es wohl nicht möglich, daß man in die- ſer zum rechtlichen Ausſpruch verſchickten Sache (welche dieſelben mutila & manca, eigenem Geſtändniß nach, gefun- den)

14 Und wir halten uns be- ſtat, unſer arbitrium

den) ein arbitrium sich anheimischen könne, *quod non admittitur ubi lege expr. sancitum est*, Menoch L. I. qu. 44. *propter tot singularia so*
de Praes. Derohalben denn auch pro exigentia causæ & *weit, wie ge-*
veritatis, deren Ausspruch nicht anders, wie illegal sal- *sehen zu ex-*
vo eorum respectu, angesehen, und gehalten werden *tendiren.*
 mag, weil derselbe eines Theils *ultra terminos requisitionis* gehet, *propter tot*
 andernteils auch dabey an einen legalen Beyfall fehlet, *siquidem in*
judicem ut in arbitrum nec compromittere partes possunt, Vant. de *singularia so*
Nullit. p. 240. Gleich wie auch weder Leges noch DD. dazu ange- *weit, wie ge-*
 führet, und vielmehr selbige ihnen allenthalben zuwieder und einstims- *sehen zu ex-*
 mig dahin gehen, daß nicht allein das *periculum evictionis* (so bis *tendiren.*
dato ohnedem unsicher und Wind ist,) den Contract nicht auf-
 hebe, sondern per cautionem, da NB. *Evictio imminens* wäre, als
facti und ganz unerwiesen ist, solches zu *remediren*, *cum talia de-*
beant esse prædicata qualia permittuntur a suis subjectis, die Beur-
 theilung davon aber würde *ex circumstantiis circumspectè*, so doch
 nicht vorhanden, geschehen müssen, *Paul Verryn. de. E. V. c. 8. a.*
2. cui accedit porro, quod hic etiam denunciaio fieri debeat, &
Evictio cesset, ubi Emor præscrivit vel gener. l. 18 l. 27. C. de Evict.
L. 2. C. Commun. utr. c. Auth. c. 48. a. 6. L. 53. §. I. D. l. 8. l. 17.
L. 20. L. 23. C. de Evict. Nachdem L. 24. *C. de Evict.* zu salviren,
 welcher es bey so starcker offt berührter notorischer Angeseffenheit der
 Creditoren ohne das nicht bedarf, juxta Hering. c. 8. n. 68. de fide-
 jusis, drittentheils aber läuft es gegen allen *methodum refer. ac pro-*
 nunciandi, da die Klage erwiesen gehalten, einem *hypotecario* auch
 seine Jura zu veralieniren, so ja die Jura erlauben, und Befl. mit
 den Kl. als Creditoren *contrahiret*, auch das geringste *periculum*
evictionis es nicht hindert, daß man die Klage als unstatthafft erkannt,
 ehe und bevor eine taugliche *peremptoria* gegen solche Klage vorgebracht
 und erwiesen. Hätten Dni. *pronunciantes* über alle Vermuthung
 des Befl. seinen sparsim gethanen, wiewohl sehr *improbabilen* we-
 der einen Schein *Rechtens* habenden noch unerwiesenen, und gar
 nichts würckenden *raisonnements* einigen Beyfall gönnen wollen, und
 können, so würden sie doch die Jura und aller Welt Rechte, ja alle
relationes camerales ap. Deckh. Meichsn. aliosque rc. und supremo-
rum

bs: Non tenentur fragi-
 litationis pe-
 riculo se
 committere.

gefaget werden, daß solcher titulus evidentet in dieser Klas-
 ge, dazu er nicht einmahl erforderlich ist, fehlen, annoch
 erwegende, daß hiev nicht de alienatione bon. pupilla-
 riam qua talium die Rede, ohngeachtet diese *ere alieno*
exigente, absque ullis aliis requisitis auch können alie-
 niret, sondern *de bonis Creditoribus hypothecatis & Possessis, quare*
sub hoc prætectu, quod venditio contra leges facta prorsus nulla sit,
e. g. si tutores rem immobilem absque Decreto alienaverint, non est
rescindenda per jura latius jam ab A. P. c. l. p. 429. 30. l. f. §. 4. 5.
C. de bon. qua lib. l. f. §. 5. C. d. t. cum in dubio pro contr. valido
sent: Vant. de Null. p. 118. n. 2. 3. 4. quia actus etiam nullus, vel per-
peram factus ex imprudentia sua vel culpa ad fav. & commodum
gerentis valet jam cit. Vant. p. 145. n. 54. Imo debitore non exist. sol-
vendo, creditor semper alien. potest juxta retrò add. Trentacin. &
Malinam. (3) Schläget die ratio decidendi wegen mehr vorhande-
 ner Creditoren ebenfalls ein auf den statum evictionis, wovon hier
 keine Rede ist, auch nicht die allergeringste Gefahr davon angegeben.
 Es scheint aber so wohl der Herr Referent, als Befl. auf einen sehr
 irrigen Bahn zu seyn, da doch Creditores ja in das 7te Jahr die
 Schmidtschen Güter possidiret, alle fructus davon genossen, andere
 kleine Schulden, die in concursu nicht einen Kreuzer erhalten hätten,
 bezahlt, als ob der verstorbene debitor viele auswärtige negotia und
 demelées gehabt. Alleine der Befl. und die ganze Stadt wissen es
 besser, daß derselbe intra mœnia einen Brauer agiret, Del und Bor-
 cke schlagen und stampen lassen, auffer der Stadt aber den Ackerbau
 getrieben, und solches ist etwan 6 Jahr geschehen, damit er in das
 Reich der Todten versenken worden. Hätte es aber Befl. vor oder nach
 seiner Vollenziehung des Kauffes verlangt, oder gesucht, daß citatio
 ergehen möchte, würden dieselben solche auch ohne alle contradiction
 haben geschehen lassen, daß sie aber ohne alle Noth und Ursache darauf
 zur Unzeit, und da ohne das Befl. vorsätzlicher weise schon etliche Jahr
 re durch die Sache aufgehalten, keine Kosten dahin angewendet, dar-
 um sind die Creditores, so schon auf viele 1000. Thal. Schaden lei-
 den nicht, wohl aber der Kauffer und jetziger Befl. sehr zu verdencken,
 daß er gefährlicher Weise zurück gehalten, nicht heraus gangen,
 als hätte er selbst sich das Recht, also wie geschehen, sprechen wollen, des-
 halben

halben auf ihn vielmehr alle Schuld zurücke fällt, und er darob anzusehen wäre, *per L. 11. §. 29. de Act. Em. L. 2. C. de Cred. evict. pign. etc.* Ob aber der Contract daher rückgängig worden, solches wird kein Ictus in der Welt statuiren, zumahlen allzu bekant ist, *quod unius dissensu contractus non dissolvatur*, sed eo modo, quo constitutus fuit *utriusque videlicet consensu per iura scilicet notoria.*

(4) Bildet man sich daraus, daß hier und daher Areste schon gesuchet, sehr preverse ein, eines Theils, daß es andere auswärtige, oder einheimische Creditores oder Eigenthümer vom Hause, so rem litigiosam machten, beydes ist falsch, unwahr, auch unrecht appliciret, massen ja des Verkäuffers Hartmanns seine Creditores (die mit ihm in concursu stecken,) solches angehet, die sich alleine an seine noch rückständige Kauff-Gelder zu halten, die man von Seiten Creditorum soluto pretio, conventions-mässig zu bezahlen, toties quoties gericht- und außser gerichtlich sich erkläret gehabt, ist derohalben solches auch ein argumentum à diversis, so nichts evinciren kan. Und denn

(5) gestehet man selbst, daß der Eramersche Zuspruch die Steine nicht hebe, da eben dieser unnütze Streit der Befl. vorher gewusst, nur als lein mit angezettelt, ohngeachtet alles periculum evictionis angehet und dieses hebet niemahls den Contract auf, sondern da es a portée wäre, wie doch nicht ist, so stünde *per iura jam retro ded. Da der Kl. Vermögen zur Caution.* Allermassen denn endlich auch (6) das nach des Befl. seiner Convenienz beygerückte Consilium, das er übel thäte, ic. sehr zudringlich und verdächtig, dabey a' er auch sehr-intempestiv und zu spat, nachdem einmahl al' occurrabiret, und so wenig einseitige pœnitentz zugestaiten, da es vielmehr heisset: *etiam in E. Vend. licet se invicem circumvenire L. 16. §. f. de minor. nec pro dolo venditori imputandi m. sed emtoris libertati, quia vendere licet rem plurimo pretio emtoris vero votum est minimo emere L. 8. C. de R. Vend. Myrsf. 4. Obs. 73.* Als die acta pro consilio des Befl. wozu Kl. die Kosten allein hergegeben, nach Rostock verschicket worden, dafür oder sonst die angeführte Decision 398. p. 8. Mev. Dec. weder im geringsten etwas beytraget, noch die anbey gemeldte Worte von einer zulässigen Caution anzutreffen, bevorb, da nicht alleine dato cas. evict. imminentis (die allenthalben fehlet) nicht allein L. 24. C. de Evict. im Wege stehet, sondern auch zugleich eben da-

16. Saug, daß diese Regul seiner Unvorsichtigkeit wegen die compensation der Unkosten auf den Kä. den trägt. so fort können vorgeleget werden. Und ist gar nicht genug, daß man zu Vertretung des Bevl. seine angebliche Unvorsichtigkeit, so er selbst von sich nicht will gesagt wissen, als favorabel bemäntelt, und daher den contract nicht nur zu annulliren, sondern auch ihn mit Erstattung der also temerè verursachten Kosten zu verschonen, vermeinet. Præliminaliter das Verck anzusehen, laufft es gegen alle offensbare Jura, und würden, da solches angienge die wenigsten Kauff-Contracte bestehen, und die Jura effect-loß bleiben, cum tamen jus ex contractu quæsitum a nemine, nec a serenissimo & summo Pontifice auferri possit. Noch mehr aber wäre auch dieses, daß er mit Erstattung der Unkosten zu verschonen, die er doch evidendissime verursachet gehabt hat. Denn wie ist es denn ins dritte wohl möglich, daß der Bevl. als privilegirter Stadt-Apotheker und Hauptmann, welchen Applisimus Magistratus selbst dafür erkennet, pro supine negligente in einer Sache anzusehen, dessen vigilance und Feisse so wohl die Gemeine Ruhe, und viel tausend Patienten in Verrfertigung der Medicamenten anvertrauet, es ist dieses gar nicht glaubwürdig, er hat auch weder in noch auffer den Acten solches angeführet, sondern es ist die wahre Ursache davon schon retro angeführet, auch gleich Anfangs gemeldet, wie daß sein consensus viel fältig wiederholet worden. Es ist hiebey nicht abzufinnen, wie dieses raisonnement malgrè des Bevl. geschehe, und worin die Probabilität gegründet, denn desto mehr ist es glaubwürdig, da etliche Jahre der Kauf-Zeddel von denen Creditoren angeschlagen, der Bevl. selbst bey auctionirung der Mobilien aus der Creditoren Händen, in den Schmidtschen Hause bekommen, diese auch demselben die Medicamenta vor den verstorbenen debitorem Alex. Schmidt auf sein Begehren bezahlet, so ist im Gegentheil evident, daß er von allem gewußt. Nicht annoch zu gedencken, daß alhier das cautius mercari sehr unrecht angebracht. Und ohngeachtet es fulgor ex pelvi ist, auch kein Fundament hat, kan dadurch dennoch auch, wenn alles wahr wäre, der einmahl

einnahl b. f. richtig geschlossene Contract weder geschwächet, am allerwenigsten aber gar aufgehoben werden.

Gleich wie aber derjenige, so einem Irrlichte einmal folget, auf allerhand irrige Wege verführet zu werden pfleget, so ergeheth es auch diesem Herrn Urtheils-Versasser, da er den ordentl. modum referendi und judicandi verlässet, einen andern statum controversiæ setzet, variiret, und allenthalben auf ungewisse Dinge sich stüzet, damit der Befl. des Anspruchs nur entladen werde, wie dieses aus gegenwärtigen numero 18. ganz evident ist. Denn nachdem er (I) retro die citation der Creditoren, wovon nur eine leere Einbildung ist, auch schon in R. D. zulässig gehalten, so verwirfft er alhier selbige, ratio wäre, weil solche famam defuncti suggilire, und kein concursus creditorum vorhanden, warum dieser nicht excitiret, solches ist ad n. 6. so weit es hier vonnöthen, schon genugsam in Actis auch vielfältig gezeiget, daß es aber dennoch auffer dem entweder von einem Käufer, oder andern Interessenten nicht geschehen könnte und müste, solches läuft gegen die alltägliche praxin, und mag niemanden zu seiner Sicherheit, es geschehe in oder auffer dem Concurs, abgeschlagen werden. Und über das wäre es denn wohl besser, daß defuncti fama suggilliret würde, welches doch hier und dort gegen den defunctum nicht geschehen kan, oder daß entweder Creditores, oder ein Käufer in Unsicherheit gelassen, und in Schaden gestürket würden? wiewohl solches dem Beklagten weder vom Kaufe liberiren, noch a mora aut culpa befreyen kan. Und was noch mehr ist, so heget dieses neue inventum die gefährlichen suiten, daß aus dergleichen unrichtigen supposito, denen Schmidtschen Creditoren, die Hände, das Haus qu. zu verkaufen, gegen aller Welt Rechte verboten seyn solte, weil keine citation geschehen möchte, noch Decretum Magistratus hinzu kommen. Auf das erste ist vorher geantwortet, das letztere, ratione decreti, ist hier eine ganz überflüssige

18.

Wolte jemand noch einwenden, man hätte solten auf citation der Creditoren, und de ceterum Magistratus. ratione der unumständigen Kinder erfehen, und so dennoch den Befl. an den Käufer feste halten; so haben wir selches nicht rathsam noch billig gefunden, weil wir ohne Noth des defuncti famam, da die Creditores die solennia des Concursus nicht urgiren, nicht suggiliren mögen, und über dem wir doch noch bedenken sin den, dem Befl. zu vinculiren, weil

D

überflüssige

den doch der Grund des *Contra et* nicht seine *requisita* hat. überflüssige Sache, weil keiner Unmündigen ihre immobilia in *substrato, qua talia* von den Creditoren verkauffet. Und wenn es möglich wäre, daß ohne erwiesene Antretung der Väterlichen Erbschaft das Haus qu. dafür zu halten, *bone Deus*, was bedürffte es denn eines *Decreti de alienando*, weil *debitor non solvendo* gestorben, und *creditores* über 6000. Thl. mehr zu fodern, als sie aus dessen Nachlasse können bezahlet werden. Es scheint demnach mit dem allen, daß der Herr Referent so wohl in seiner Absicht die Tutores der Schmidtschen Kinder vor *contrahenten* oder *Innhaber* des Hauses, und ihre pupillen vor Erben ihres Vaters angesehen, welches irrig, und in *Actis* davon vielmehr das Gegentheil enthalten, so auch größtentheils von dem *Bell.* nicht abgeleugnet, und so wohl *tacite* als *expresse* vielfältig eingeräumt, ohne daß deren *contradiction* an sich in diesem ihrem *consilio*, weil es *Bell.* fürträglicher, einige Meldung geschehen, so ohnedem nichts hätte würcken können, daher es gar keine Antwort bedarff, und bey allen *numeris* das ganze Gebäude der *Rat. Decid.* zu scheitern gangen.

19. Wir hoffen, daß einem billigen Beurtheiler diese *Decision* gerecht vorkommen werde, daß wir die *Ankosten* compensiret haben, wie schon *en-passant* gerechtfertiget. *Alles von Rechts wege.* Gegeben Rastock in *Collegio nostro*, den 28. Dec. Anno 1735.

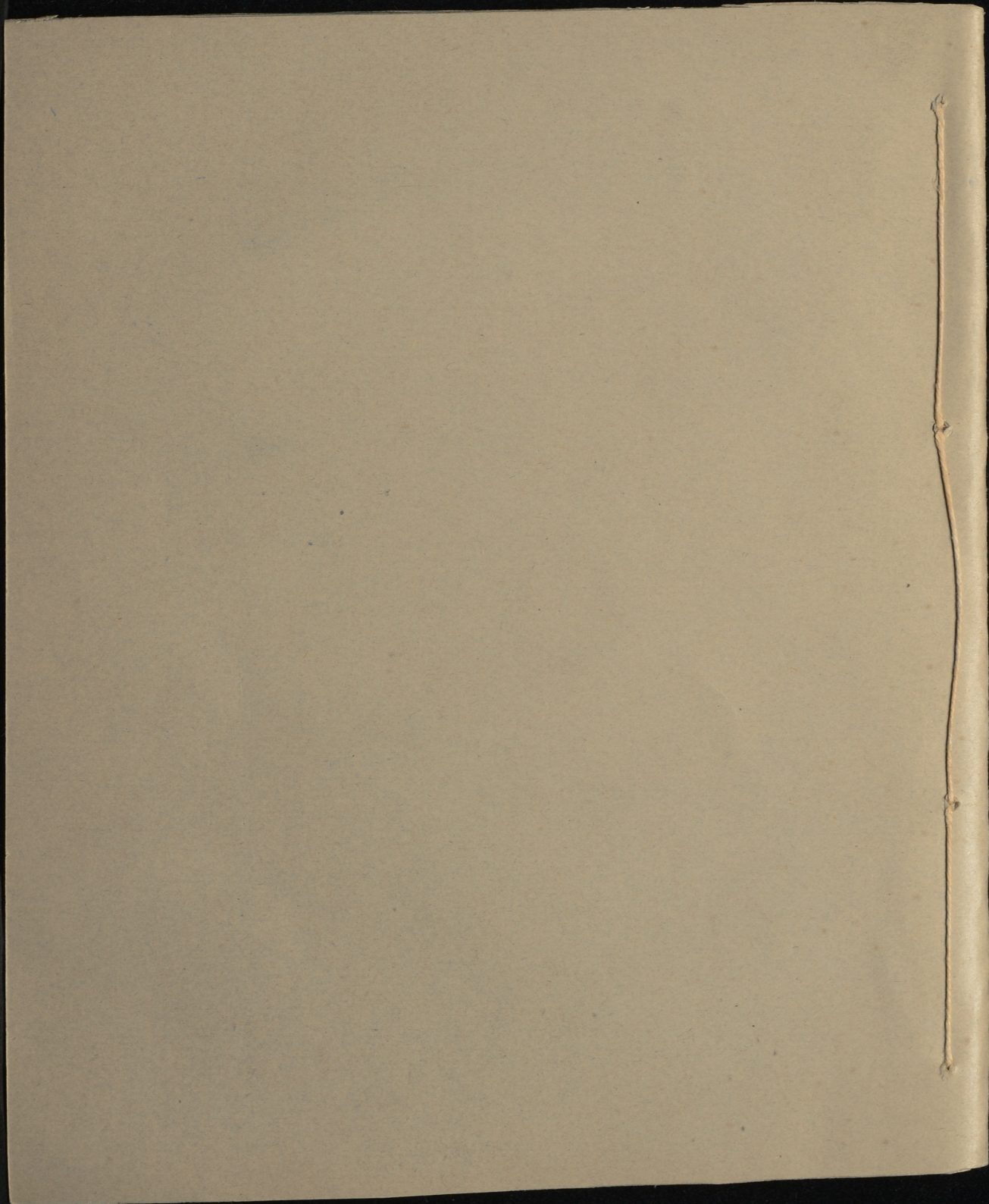
Als dannhero der Herr Referente von dieser Sache nicht alleine zu 2. 3. mahlen in *Rat. Decid.* selbst öffentlich gestanden, daß er bey der Sache nicht den *ordenelichen Weg Rechts* gewandelt, wie solches bis anhero auch gründlich ausgeführet, als doch das *Requisitorial-Schreiben* bey der Acten Abfertigung von *amplissimo magistratu* begehret, und nicht anders, in *extraneum, dissens* auch *compromittiret*, so gehet man weiter *via quadam insolita* fort, und hoffet, daß einem billigen Beurtheiler künftigt diese *Decision* gerecht vorkommen werde. *Notabel*, sehr bedenklich und frembde maß jedermanniglich in die Augen fallen, daß (1) der Herr Referente einen Unterscheid von einem billigen Beurtheiler machet. Es werde nun *oppositorum jure* der andere vor unbillig oder vor ungerecht gehalten, da ja *presumptio indistincte*, vor alle Herren Rechtsgelehrte und Urtheils-Verfasser *qua sacerdotes iustitiz, militiret, cum iustitia sit ars equi*

Dec. Sen. II. a. DD. und Professores der Jur. Facultät in der Universität da selbst.

equi & boni, so sind dergleichen formalien niemals im Gebrauch gewesen. (2) Hoffet der Herr Referent solches, und also weiß er es nicht, wäre aber diese singulare decision denen Rechten gemäß, so weiß er ja, daß selbige auch vor andern Herren Jureconsultis vor gerecht angesehenen würde, cum unica sit Justitia & veritas, man muß fast davor halten, daß Dni. J. Cti. Rostockienles selbst daran sehr gezeiffelt haben müssen, daß diese Urthel Stand halten, weil sie in Sachen dieses Befl. seiner Sache contra die Wittwe Lewenbergs n. 2. 3. R. D. also schreiben: Daß der Beklagte als dortiger Kläger ihr die 300. Thlr. qu. zu erstatten, wenn er als rechtmäßiger Käufer des Schmidischen Hauses durch Urthel und Recht declariret werden solte. Und was bedarf es denn (3) eines solchen dunkeln Unterscheidens von der Billigkeit und Gesetzmäßigkeit. Ist diese vorhanden, so wird jene niemals ausgeschlossen, wäre aber jene die norm und Richtschnur ohne diese der gegenwärtigen decision, wie allenthalben daraus erscheint, so fehlet es an der legalität, und läßt man dahin gestellet seyn, wie sich die gewöhnlichen Worte B. R. W. hier appliciren lassen können. Solchemnach also, und da Kl. diese cavalierement und nach eigenen Sinn abgefaßten Urthel, am allerwenigsten verlangt, und mit 13. thl. niemals würden haben bezahlen wollen. *Si quidem sententia contra jus constitutionis lata, ipso jure nulla est, nec opus est quadam appellatione, etiam contra magistratum. l. 1 §. 2 de Sent. sine appel. l. 2, C. quanio prov. l. 29 §. 7. ad l. Aquil. Mer. 8. 80. n. 6* Allermähsten ja der Punct der Unkosten auch von eben der Beschaffenheit ist, und destomehr die inconvenienz davon wohl zu regardiren, daß der Befl. seine Unvorsichtigkeit vor eine Ursach deren compensation angegeben. *Quare non dubitandum de reformatione cum ejusmodi casu ipse decernens, vel ubi singularem sequitur opinionem. expensas solvere teneatur. Hammel. de Act. Act. c. 49. n. 2. Beij. r. in synt. epif. l. 50. Tit. 13. ad ff.* Weil aber bey dieser ganzen Sache, nescio quo fato, vor den Befl. nur alles ex mero arbitrio vor billig angesehen, ob es gleich offenbarlich den Rechten der wahrn, aber legalen Billigkeit und der täglichen praxi schnurstracks zu wieder läufft, *quo casu sententia vel ex errore, vel nullitate, vel summa in iustitia lata, nulla est habenda, nec*

in rem judicatam transit, nec exequenda est. Mey. 16. 30. P. 2. Dac. 374. 4. Dec. 11, 18. Cyriac. qu. for. 660. n. 12. c. 9. de sentent. & re judic. so wird der klagenden Creditoren und ihres Sachwalter geführte Klage und wohlgegründete Befugniß nicht allein gegen alle falsche ataquen, mediance und Auflagen hiedurch hoffentlich noch mehr seyn befestiget, sondern auch ohne alle Passion überflüssig mithin gezeiget worden, daß diese aus selbst gefaßten eigenen singularen Principiis überschnellter Weise, ohne allen Grund Rechtsens, also nur zu Verlängerung und Schaden der Partheyen definitive, zum Schreck der Kl. verfaßte Urthel, davon vorher und hernach, entweder von denen, die der Creditoren ihrem Interesse zu wider sind, oder keinen legalen Begriff von der Sachen ihrem Zusammenhange haben, gemachten Geschrey gerettet und denen Schmidtschen Creditoren zu deren tieferen Nachdenken, zu Beförderung ihres Interesse völlige Hoffnung pro plenarie resp. reformatoria und Condemnatoria zu Bezahlung der ausgelobten 4800 Rhl. Rauff-Gelder mit Interesse und Kosten dieser Aufsatz verfertigt worden: *Nec curz otiosis sit: quis, sed quid dixerit? Anno MDCCXXXVI.*





Rechts- Gutachten.

26

& boni, so sind dergleichen formalien niemahls im
uch gewesen. (2) Hoffet der Herr Referent sol
nd also weiß er es nicht, wäre aber diese singulare
on denen Rechten gemäß, so weiß er ja, daß selbige
vor andern Herren Jureconsultis vor gerecht angeze
würde, cum unica sit Justitia & veritas, man muß
avor halten, daß Dni. Juri. Rostockienles selbst dar
haben müssen, daß diese Urthel Stand halten, weil sie
Bekl. seiner Sache contra die Wittwe Levenbergs
schreiben: Daß der Beklagte als dertiger Kläger ihr
zu erstatten, wenn er als rechtmäßiger Käufer des
ufes durch Urthel und Recht declariret werden sollte.
es denn (3) eines solchen dunkeln Unterscheidens von
Gesetzmäßigkeit. Ist diese vorhanden, so wird jene
offen, wäre aber jene die norm und Richtschnur ohne
etigen decision, wie allenthalben daraus erscheinet,
legalität, und läßt man dahin gestellet seyn, wie sich
Worte B. N. W. hier appliciren lassen können.
o, und da Kl. diese cavalierement und nach eigenen
Urthel, am allerwenigsten verlanget, und mit 13. thl.
haben bezahlen wollen. *Si quidem sententia contra jus
a, ipso jure nulla est, nec opus est quadam appel-
onra magistratum. l. 1 §. 2 de Sent. sine appel. l. 2,
29 §. 7. ad l. Aquil. MCV. 8. 80. n. 6* Allermas
der Unkosten auch von eben der Beschaffenheit ist, und
onvenienz davon wohl zu regardiren, daß der Bekl.
tigkeit vor eine Ursach deren compensation angege
dubitandum de reformatione cum ejusmodi casu
el ubi singularem sequitur opinione expensas solve-
ammel. de Act. Act. c. 49. n. 2. Bejer. in synt. opif. l.
Weil aber bey dieser ganken Sache, nescio quo fato,
r alles ex mero arbitrio vor billig angesehen, ob es
denen Rechten der wahré, aber legalen Billigkeit und der
hnurstracks zu wieder läuft, *quo casu sententia vel ex
tate, vel summ. in iustitia laesa, nulla est habenda, nec*

D 2

in

the scale towards document

011

Serial No.

Image Engineering Scan Reference Chart TE263