Alt. 69.
5.

IVSTI HENNINGII BOEHMERI
ICTI
CONSVLTATIONVM
ET
DECISIONVM IVRIS
TOMVS III.

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-142341983-10/fragment/page=0005

IVSTI HENNINGII BOEHMERI
ICTI
CONSULTATIONVM
ET
DECISIONVM IVRIS
TOMVS III.

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-142341983-10/fragment/page=0006

IVSTI HENNINGII BOEHMERI ICTI

POTENTISSIMI REGIS BORVSSIAE CONSILIARII INTIMI REGIMINIS
DVCATVS MAGDEB. CANCELLARII ACADEMIAE FRIDERICIANAE DIRECTORIS
EIVSDEMQVE PROFESSORIS IVRIS PRIMARII AC FACVLTATIS
IVRIDICAE PRAESIDIS

CONSVLTATIONVM

ET

DECISIONVM IVRIS

TOMI III.

PARS I.

IVRIS ECCLESIASTICI PVBLICI

ET FEVDALIS

SELECTIORA ARGVMENTA

EXHIBENS.

EX SCHEDIS PATERNIS
COLLEGIT CONVENIENTE ORDINE DIGESSIT
CONSPECTV ARGVMENTORVM SVMMARIIS
AC INDICE LOCVPLETISSIMO GENERALI
INSTRVXIT
PRAEMISSA PRAEFATIONE DVPLICI
FILIVS

CAROLVS AVGVSTVS A BOEHMER
POTENTISSIMO REGI BORVSSIAE A CONSILIIS INTIMIS ET
REGIMINIS AC CONSISTORII SVPERIORIS IN DVCATV SILESIAE
QVAE SVNT GLOGOVIAE PRAESES SECVNDVS.



HALAE MAGDEBVRGICAE
IMPENSIS ORPHANOTROPHEI.
MDCCXLVIII.

KEN.FRIED
UNIVERS.
ZVHALLE



SERENISSIMO ET CELSISSIMO

PRINCIPI AC DOMINO

DOMINO

IOANNI CAROLO

PRINCIPI CAROLATI ET BETHANIAE

SACRI ROMANI IMPERII

COMITI SCHOENEICHII

DYNASTAE AMTICII STARGARDI COBERNI

MELLENDORFII SCHLAVPITII BEITSCHII

TARNII PADLIGARI OSTERITII

ET

GERSTORFII

SVPREMI PRINCIPVM IVDICII IN SILESIA

PRAESIDI PERPETVO

POTENTISSIMI BORVSSIAE REGIS

IN SANCTIORI CONSILIO STATVS ET RERVM

BELLICARVM ADMINISTRO

SVPERIORIS REGIMINIS ET CONSISTORII

QVOD VRATISLAVIAE EST

PRAESIDI SVPREMO

ORDINIS AQVILAE NIGRAE PRVSSICAE

EQVITI

DOMINO MEO CLEMENTISSIMO

VITAM SALVTEM PROSPERITATEM.

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-142341983-10/fragment/page=0010

SERENISSIME ET CELSISSIME
PRINCEPS
DOMINE CLEMENTISSIME



CONSVLTATIONVM *atque* DECISIONVM IVRIS *paternarum volumen nouum*, *CELSISSIMO NOMINI TVO inſcriptum*, *TIBI offerre ſuſtineo*, *PRINCIPVM OPTIME*, *non ſine quadam verecundia; at confiſus tamen*

TVA erga auctorem, et erga me, in iisdem iusto ordine digerendis recensendisque occupatum, indulgentia singulari. Qui enim TVAS semper virtutes vehementer et submisse suspexi, SERENISSIME PRINCEPS, colere tanto magis et venerari cœpi, quo illas propius intueri, et in illa, velut munerum necessitudine, insignis prudentiæ TVAE, grauitatis, comitatis, pariter atque in rebus gerendis dirigendisque dexteritatis excelsa argumenta admirari contigit. Neque vllum meritorum TVORVM virtutumque illustrius, neque ad omnem posteritatem magis commendabile, omniumque laudibus præconiisque magis anteponendum testimonium commemorare par est, isto honorificentissimo POTENTISSIMI PERSPICACISSIMIQVE REGIS NOSTRI iudicio, quo TE, SERENISSIME PRINCEPS, Principali dignitate condecoratum dignissimum iudicavit, quem summæ rerum in palatio, iudicio, sacro consistorio in iis Silesiæ principatibus, qui dicasterio Vratislauiensi reguntur, agendarum præficeret, aliisque super alia splendidissimis clementiæ Regiæ muneribus cumularet. Quanta prudentia et sapientia istam prouinciam sustineas, auctoritate tuearis, gratia humanitateque grauitatem temperes, venerantur omnes,

qui,

qui, TE moderante, de recuperandis iuribus agunt, qui TVO patrocinio defenduntur, qui TVAE benignitatis commodis exornantur.

EST ET ILLA *MAIORVM TVORVM inter cæteras virtutes præclara laus, quod cum inter Sileſiæ optimates generis nobilitate, meritorumque gloria in ſago et toga eminuerint, tum ſpectata fide et probitate, ſummaque in rebus agendis ſolertia Auguſtiſſimorum Imperatorum gratiam ſibi maximopere deuinxerint. Subeunt animum FABIANI nec non GEORGII SCHOENEICHIORVM, quos in atauis TVIS numeras, exempla, quorum* ille *non modo gentis ſuæ decus ex dynaſtiæ Bethanienſis acquiſitione auxit, verum etiam meritis erga patriam, virtute bellica, quam ducta manu adverſus Turcas felici ſucceſſu non minus ac fortitudine probauit, prudentiaque ciuili et bellica, quam in ſanctiori rerum bellicarum conſilio, æque ac in turbatis in Saxonia rebus, auctoritate Imperatoris componendis, luculenter oſtendit, tantam apud Imperatores, CAROLVM V. FERDINANDVM I. ET MAXIMILIANVM II. gratiam iniit, vt a CAROLO V. Aurei Velleris ordine condecoratus, deinceps Saganenſium rebus dirigendis cum ſumma po-*

teſtate præeſſe iuberetur: hic vero duorum Auguſtiſſimorum Imperatorum RVDOLPHI II. et MATTHIAE conſiliarius, virtutum, ſtudiorum meritorumque hunc fructum conſecutus eſt, vt in Sileſia et Luſatia ei parti reipublicæ præficeretur, quæ in conſiliis ſuppeditandis, in iure dicundo et in mandatis expediendis verſatur. Quo ſupremo Cancellarii honore vti magno patriæ bono defunctus fuit, ita non minus ad adiuuanda litterarum ſtudia ſe conuertens, florentiſſimo Muſarum Athenæo, in publica commoda in vrbe Bethanienſi erigendo, immemorialem ſui memoriam poſteritati commendauit. Et quid dicam de IOANNE GEORGIO, qui meritis eximiis hanc apud Imperatorem LEOPOLDVM obtinuit gratiam, vt Bethaniæ et Carolati dynaſtiæ inter immediatas referrentur, eaque gentilitia dignitate viam muniuit nouis, quæ inde genti illuſtriſſimæ acceſſerunt, incrementis.

CVI ergo potius, quam TIBI, SERENISSIME PRINCEPS, qui MAIORVM TVORVM meritorum gloriam virtute, dignitate et doctrinæ laude longe exſuperaſti, hanc CONSVLTATIONVM COLLECTIONEM darem, dicarem, dedicarem, quippe quem iuſtiſſimum earum arbitrum et iudicem fore ſciebam, et cuius indulgentiam hoc pietatis et obſeruantiæ

officio

officio mereri, venerari et deuincire cupiebam? Neque TIBI, SERENISSIME PRINCEPS, *improbatum iri credidi consilium, ea, quæ in singulorum vsus conscripta erant, in publicum vsum conuertendi, et, quæ singulorum causis decidendis inseruiebant, consultationes, in iurisprudentiæ incrementa colligendi. Si res publice priuatimque gestas ideo memoriæ mandamus, vt et posteritas, quæ inde imitetur, capiat; si historiam, istam vetustatis nunciam, ideo adornamus, vt vitæ magistra euadat: non minori profecto vtilitate eorum se commendat institutum, qui rerum iudicatarum, ex iuris factorumque rationibus illustratarum, argumenta in publica commoda ire patiuntur, vt ex ea, velut exemplorum schola, alii capiant, quod in decidendis respondendisque causis imitentur; non quasi existimem, exemplis, non legibus, esse iudicandum, sed quod ex eisdem legum mens et rationes intelligi, causarum, legibus non abscisse definitarum, decisiones repeti, et, quod maximum in formando iudice facit momentum, idonea et apta iurium ad facta applicatio addisci, et, quod vocant, iudicium practicum efformari possit. Quod ergo* TIBI *offero qualecunque obseruantiæ meæ monimentum, a* TE, PRINCEPS SERENISSIME, *gratiose acceptum iri, non tam spero, quam plane*

ne

nè confudo, ſupremum Numen precatus, vt TE, SERENISSIME PRINCEPS, GENTEMQVE TVAM FLORENTISSIMAM omni proſperitatis genere beet, TEque rebus humanis intereſſe iubeat quam diutiſſime.

SERENISSIMI ET CELSISSIMI

NOMINIS TVI

Glogoviæ
d. IV. Octobr.
CIↃIↃ CC XXXVII.

cultor obſequioſiſſimus

CAROLVS AVGVSTVS A BOEHMER.

LECTORI BENEVOLO

SALVTEM

CAROLVS AVGVSTVS A BOEHMER.

SOLVO, quod venerabili Seni, VENERANDO PARENTI, debeo officium, dum, quam mihi adornandam demandauit *consultationum et decisionum* eius *novam collectionem*, publici iuris facio. Decem et quatuor anni abierunt, cum edendarum, tum quæ ad *ius ecclesiasticum, publicum et feudale*, tum quæ ad *ius ciuile* exornandum faciebant, consultationum cura susceptа, apud eos gratiam inire cupiebam, quibus id, quod in iurisprudentia sublime et excelsum, quod ad principis et ciuium iura tuenda, ad fines obligationum regundos, ad negotia rite explicanda, et ad iustitiæ, quaqua patet, administrationem sustinendam comparatum est, ex ipsis rerum argumentis perspicere iucundum est. Quod tunc inprimis in votis habebam, vt supremum Numen diu incolumem præstaret VENERANDVM PARENTEM, eiusque indefessa pro commodis publicis studia prosperitate diuturna bearet, eius voti compotem factum me impense lætari, quin publice significem, continere me nequeo, dum in quandam veluti nouarum, inde ab eodem saluo et incolumi adornatarum, consultationum syluam me concessisse videor, ex quibus, quæ publicum vsum ferre videbantur, quæ-

que publici iuris facere par erat, selectiores in congeriem nouam nunc confero.

§. II.

QVO benigniori iudicio priora volumina excepta esse cognoui, eo lubentius his recensendis et in iustum ordinem digerendis curam impendi. Effecit ampla consiliorum et decisionum seges, vt, quod par erat, a publicis priuata secernere, *iuris ciuilis* argumenta in *posteriorem partem* huius voluminis reiicerem, iis in *priori parte* propositis, quæ ad *ius ecclesiasticum*, *publicum* et *feudale* pertinere videbantur. Nec incommoda ratione triplicis iuris argumenta coniuncta esse iudicabit, qui animum aduerterit, quam inter iurisprudentiam ecclesiasticam, publicam et feudalem arctissimus intercedat nexus, quantas suppetias ferat iuris ecclesiastici penitior cognitio iuri sacri Romani imperii publico explicando, quod ex intimiori nexu status publici politici, ecclesiastici et feudalis *tripartitum* effectum est, et tum iura imperatoris et imperii statuum in regundis, quæ salutem, securitatem et politiam imperii concernunt, negotiis, tum eorundem iura circa sacra, tum nexum clientelarem, quo caput et membra imperii iuncta sunt, et quæ circa imperii feuda eorundem iura et officia sint, explicat. Habes inde, LECTOR BENEVOLE, tripartitam partis primæ diuisionem: habes *iuris ecclesiastici*, *publici* et *feudalis* argumenta.

§. III.

NON minima eorum, quæ ad *ius ecclesiasticum* faciunt, pars illustrandis sacri Romani imperii principum *circa sacra iuribus* inseruit. Inprimis vero eo pertinet celebratissimum illud *ius reformandi exercitium religionis*, cuius principium regulatiuum ex statu et obseruantia anni decretorii repetitur *arg. I.*, eiusque limites in controuersiis inter principem et diuersæ religionis

gionis subditos in reformandis erigendisque scholis, in calendario reformando, in determinanda paschatos celebratione *arg. IV.* traduntur. Quod sublime ius, *exercitium* seu *liberum vsum publicum vel priuatum religionis*, in se iam efformatæ, huius vel illius, pro salute publica in territorio determinandi, seu extendendi, restringendi, vel plane prohibendi, quamuis ab ipsa recta ratione, quæ religionem non nisi argumentis, ab eius veritate desumtis, promouendam esse agnoscit, diuersæ religionis tolerantiam vero, quoad statui publico non inimica est, suadet, et barbaram cultus diuini coactionem atque Hispanicam inquisitionem horret, iustissimos limites accipiat: effecit tamen intempestivus a clero ortum ducens religionis zelus, vt sanior et rectior eius vsus magis exoptandus, quam exspectandus esse videretur, nisi communi statuum imperii consensu eius limites ponerentur, quos in *pacis Westphalicæ instrumento* legimus. Neque a vero aberrauerit, qui a *iure* hoc *reformandi*, vltra terminos producto, et ad purioris ecclesiæ sacra extinguenda, iuraque subditorum diuersæ religioni addictorum infringenda acerbe applicato, plurima et olim et etiam nunc in imperio Romano-Germanico natales duxisse grauamina, existimauerit.

§. IV.

MEA iam non est ratio, illius iuris indolem, de qua præ ceteris docte, ingenue et ex legum imperii mente scripsit *Auctor meditationum de origine, indole, effectibus atque historia iuris reformandi*, excutere; quædam tamen de eius fundamento et ambitu delibandi occasionem dedit, quæ scribenti in manus incidit, tractatio Viri Celeberr. IOANNIS CASPARIS BARTHEL, Consiliarii intimi et ecclesiastici Wurceburgensis, *de iure reformandi nouo ex communi hactenus in imperio vsitata praxi deducto*, in qua (I) *huius iuris vnicum fundamentum ab imperii hactenus vsitata praxi* repe-

 tit,

tit, et (II) *omne ius circa sacra eodem contineri*, nouo plane et insolito conceptu existimat. Ipsius sententiæ summa est, *ius reformandi exercitium religionis statuum imperii* non ex iure territorii, sed vna cum iure territorii *ex praxi communi, in imperio hactenus vsitata*, secundum *art. V. §. XXX. instr. pac.* competere, ac proinde non partem superioritatis territorialis esse, sed cum a *praxi* repetatur, hoc *facti* magis quam *iuris* nomen esse, et pro *vsurpatione*, in quam ex necessitate a Catholicis condescensum fuerit, accipi posse. Quam hypothesin cum menti *instrumenti pacis* conuenire sentiat; de rationibus, ex quibus in lege publica statibus imperii vindicatur, curatius videndum, ne *vsurpationi* meræ nimia et inconsulta facilitate tribuamus, quod iure optimo maximo seu virtute imperii ciuilis statibus quibuscunque, et sic etiam illis, qui nequidem *ius circa sacra* et *iurisdictionem ecclesiasticam* ex principio religionis, quam profitentur, exercent, competit.

§. V.

PRINCIPIO ius reformandi exercitium religionis Cæsareæ Maiestati non minus, quam *aliis regibus ac principibus* competere, agnoscunt vtriusque religionis status in *art. V. §. XXXIX. instr. pac.* *Commune* ergo *omnium regum principumque ex iure supremo competens ius* est, curam promouendæ religionis, quam profitentur, in territorio suscipere, eam tueri, et ne quid detrimenti salus publica a dissentientibus patiatur, cauere, neve iura sacri imperii, quod tenent, ad imminuenda et labefactanda imperii ciuilis iura plus iusto extendantur, prospicere, abusus corrigere, de tolerantia diuersæ religionis, et de modo, quo exerceri et tolerari debeat, decernere, vtut iurisdictionem ecclesiasticam et omne ius diœcesanum a se alienum, clero vero maiori proprium esse arbitrentur, quorum in numero sunt imperator, cum statibus imperii omnibusque ceteris regibus Ro-

Romanæ eccleſiæ addictis. Si illud veriſſimum eſt, ſalutem publicam religione bene ordinata contineri; eius quoque, cuius eſt ſupremum ſalutis publicæ moderamen, ſupremum ius eſſe debet, religionis cuiuscunque *exercitium*, qualecunque illud ſit, pro ſalute publica determinandi: non quaſi de religione, ab imperio humano libera, diſponere queat, ſed quod eius exercitium, ſiue publicum ſiue priuatum, quoad eccleſiæ et publica ſalus legesque fundamentales, quæ *eius officium* in iure reformandi definiunt et circumſcribunt, id permittunt, ad normam ſalutis publicæ et legum fundamentalium dirigere poſſit.

§. VI.

ILLVD, et quod magis eſt, ipſam iurisdictionem eccleſiaſticam et ſupremam poteſtatem in ipſum clerum maiorem, immo et pontificem, ſuo iure exercuere *Carolingici reges et imperatores*. Curam CAROLI M. in politia eccleſiaſtica in comitiis publicis adornanda loquuntur *Capitularia:* eamque agnoſcit PETRVS *de* MARCA de *concordia ſacerdotii et imperii lib. VI. cap. XXV.* Quem fugit eius pro propaganda et reformanda ipſa religione chriſtiana et exſtirpandis gentilium ſacris cura et ſtudium, non niſi in eo plus iuſto productum, quod non ſemper rationibus argumentisque, a veritate religionis repetitis, ſed vi armisque eamdem propagare contenderit? Eodem conſilio poſtea nihil prætermiſerunt *Galliæ reges* in ſacris ex regni vtilitate in ſanctiori conſilio dirigendis emendandisque, et in cuſtodia canonum auctoritate regia conſeruanda, vtpote qui imperio pontificis et cleri maioris admodum reſiſtunt. Eorum iura explicat PETRVS *de* MARCA *l. c. cap. XXXVI.* et, *certum eſt*, inquit, *regem ex ſententia conſilii ſui, quod auget et minuit, prout ei lubet, poſſe latis edictis decernere, vt canones* (antiqui) *obſeruentur, ac circumſtantias et modos neceſſarios addere ad faciliorem eorum executionem, ſiue etiam ad*

 veram

veram eorum mentem explicandam, eosque accommodare ad regni vtilitatem. Aduocatiæ seu protectionis *ius*, quo reges ecclesias in regnis suis constitutas tuentur, partem *iuris reformandi* facere, non negauerit, qui iuris reformandi non minimum ius in promouendo, protegendo, conseruando, ampliando et ornando religionis exercitio positum esse intelligit. Quod cum inter sublimia imperatorum et regum iura refertur: tum illud ipsum *reges Francorum*, ad iura libertatesque ecclesiæ Gallicanæ non minus aduersus sedem papalem et clerum maiorem tuenda, exercuerunt, variis rescriptis consultum euntes libertatibus ecclesiæ, ceu ex *formula comitiorum Turonensium* anni MCCCCLXXXIII. apparet apud PETRVM *de* MARCA *l. c. lib. IV. c. X. §. VI.* Iura reformandi ordinum sacri Romani imperii, nec non concordiam MAXIMILIANI I. et CAROLI V. in sacrorum, seculo XVI. corruptorum, reformatione perficienda docte exposuit IO. SCHILTERVS *de libertate eccles. German. lib. VI. cap. VII. et lib. VII. cap. II.* vt præteream, quæ eius rei argumenta vndique ex imperii nostri historia suppeditant IOANNES GEORGIVS REINHARDVS de *iure principum Germaniæ, Saxoniæ inprimis, circa sacra ante tempora reformationis exercito*, et IOANNES PETRVS *de* LVDEWIG de *principum S. R. I. potestate in sacris ante paces religiosas.*

§. VII.

SVB ipsis euangelicæ reformationis temporibus status imperii eo iure vsi sunt, quod circa sacra corrupta emendanda versatur, propositis videlicet in *Augustana confessione*, æterna illa fidei protestantium formula, iis momentis, quibus sacra corrupta repurganda esse, sacra scriptura duce, existimabant. Eamdem vero imperatori statibusque imperii in comitiis Augustanis vel ideo proposuerunt, quod ius comitiale esset, de reformandis tolerandisque sacris inter imperatorem et

et imperii ordines amicabiliter conuenire: de quo pluribus egit IOANNES GEORGIVS ESTOR *in iure publico eccleſiaſt. cap. V.* Itaque ius reformandi cæſareæ maieſtati æque ac aliis principibus, tamquam pars imperii ſupremi, ex antiqui æui vſu et ex rectiori ſententia in *inſtrumento pacis* vindicatur, non tamquam ius, ex *noua imperii praxi* demum natum, quod alioquin non niſi capiti membrisque imperii competeret, ſed tamquam *commune omnium regum ac principum ius*, qui imperio ciuili gaudent, vtut per aliquot ſecula iurisdictionem eccleſiaſticam, Carolingicis etiam olim propriam, derelinquere et a ſe abdicare coacti fuerint.

§. VIII.

IISDEM principiis inſiſtit *inſtr. pac. art. V. §. XXX*, et ius reformandi vocat *ius, quod ſtatibus imperii ratione territorii et ſuperioritatis territorialis in negotio religionis competit:* ex eaque ratione id neque a dominio directo, neque a iurisdictione criminali ſimilibusque iuribus, ſuperioritatem territorialem non involuentibus, pendere decernit §. *XLII.* et *XLIV.* Vnde et *art. VIII. §. 1. inſtr. pac.* appellatione *liberi iuris territorialis in eccleſiaſticis exercitii* ſimul venit. Quando itaque ſtatibus imperii *cum iure territorii et ſuperioritatis, ex communi per totum imperium hactenus vſitata praxi, ius reformandi exercitium religionis* competere, dicitur in *art. V. §. XXX. I. P.* eo mens redit, ius reformandi vna cum ſuperioritate territoriali, tamquam huius annexum, imperii ordinibus deberi, idque ex communi imperii vſu et obſeruantia comprobari. Ad communem imperii hactenus vſitatam praxin prouocat lex imperii, tamquam ad modum euincendi exercitium iuris reformandi, cum iure territoriali coniuncti, vt videlicet profiterentur ſtatus imperii, ius illud, quod *ratione ſuperioritatis territorialis* competit, quodque *omnium regum et principum* virtute *imperii ciuilis commune* eſt, non minus penes

omnes imperii ſtatus eſſe, communi per imperium hactenus vſitata praxi id luculenter comprobante. Qua ergo veritatis ſpecie aſſeri poteſt, cauſam iuris reformandi in *ſola imperii praxi* contineri, ex eaque ſola titulum eius repetendum, eumque in *vſurpatione quadam* collocandum eſſe, ipſis imperii vtriusque religionis ſtatibus, hanc *imperii ciuilis* et *ſuperioritatis territorialis* partem eſſe, agnoſcentibus?

§. IX.

ALTERA obſeruatio *ambitum iuris reformandi* concernit, ſub quo *ius diœceſanum* ac *iurisdictionem eccleſiaſticam* contineri, arbitratur Dn. BARTHEL *l. c. p. 5. et 79.* Facile quilibet mecum animaduertit, callido conſilio in ea ſententia arcem collocari eorum argumentorum, quæ pro adſtruenda iurisdictione eccleſiaſtica principum catholicorum in ſacra proteſtantium, refragantibus inſtrumenti pacis et iuris canonici rationibus, proponuntur. Sententiæ hæ rationes traduntur, quod *ius reformandi* et *ius diœceſanum ac iurisdictio eccleſiaſtica* in *inſtr. pacis art. V. §. XXX. et XLVIII.* pro *ſynonymis* habeantur; deinde quod plus ſit *reformare religionem*, quam *adminiſtrare*, et quod ius reformandi quodammodo in religione habeat τὸ κύριον, et ius aliquod regiæ poteſtatis et ſuprematus in ſe contineat, hoc vero absque iurisdictione eccleſiaſtica nec eſſe nec concipi poſſit, ac proinde a iure reformandi, tamquam a genere, ad iurisdictionem, tamquam ad ſpeciem, bona et ſolida fiat argumentatio.

§. X.

SED tantum abeſt, vt ius reformandi omne ius circa ſacra complectatur, vt potius iura ſint omnimodo diuerſa. Quod vt perſpicue declaretur, ex vulgaribus iuris canonici principiis, paſſim in *pace Osnabrugenſi* aſſumtis, præmitto, quoad ſtatum controuerſiæ recte formandum, prælaudatum auctorem, vt cauſæ

ſuæ

ſuæ ſeruiret, nequidem illum recte formaſſe, ſed deformaſſe, vt reformatione inſigni opus habeat. Sicuti enim *reformare* nihil aliud eſt, quam *mutare*, *l. 6. de accuſat.* et quidem *in melius* vt plurimum, *l. 3. C. commun. vtriusque iudicii*, ibi: *in melius reformabitur*, licet ex accidente contingat, vt *mutatio in deterius* fiat; vnde in foro quoque quotidianæ audiuntur implorationes pro *reformandis ſententiis* iudicum inferiorum, et, interpoſita appellatione, ſæpe etiam hæ reformantur ſeu in melius formantur et mutantur, ad minimum ex mente iudicum ſuperiorum: *l. 1. C. de appell. et relat.* ita aliud eſt *reformare religionem*, h. e. ab abuſibus et erroneis ſententiis liberare, illos deſtruendo tollendoque; has vero ad tramitem veritatis in verbo diuino reuelatæ deducendo: et aliud, *reformare exercitium ſeu vſum religionis*, quæ illud deſiderat tum per liberam eius confeſſionem, tum per externam hominum coitionem ſiue publicam ſiue priuatam ſecundum regulas, confeſſioni, quam coeuntes profitentur, præſcriptas et conformes. Hoc vſum religionis, prout in varias ſciſſa ſectas, iam efformata eſt, deſignat, in manu ſecularium principum poſitum, quatenus ſacra diuerſæ religioni propria vel permitti vel reſtringi vel penitus prohiberi poſſint. Atque in hoc conſiſtit decantatum illud *ius reformandi* EXERCITIVM *religionis*, quod quia ex odio diuerſæ religionis in abuſus inſignes degenerauerat, vt communis vox eſſet: *cuius eſt regio, eius religio*, e re pacis publicæ reducendæ fuit, illud intra arctos limites, quoad tres in imperio receptas et publico legum munimine circumvallatas religiones, coarctare, vt in poſterum pax publica inconcuſſa ſtaret. Hoc vero *reformationem ipſius religionis* cum annexis in ſe non continet, quod inprimis ex *imperio ſacro*, in omnimoda *iurisdictione eccleſiaſtica* et *iure diœceſano* conſiſtente, trahitur, et iam dudum *ſacerdotio* in eccleſia Romano-catholica, priuatiue adſcriptum eſt. Atque hoc longe illuſtrius et præ-

ſtantius eſt *iure reformandi exercitium religionis*, nihilque cum hoc commune habet, niſi quod brachio ſeculari ſacerdotium vtatur ad diuerſæ religionis *exercitium publicum* vel *priuatum* reſtringendum, vel prohibendum, quatenus per leges publicas licet.

§. XI.

ETENIM ipſum *ius reformandi exercitium religionis*, ſeculari imperio tributum, duobus tantum momentis abſoluitur: (I) *iure tuendi, promouendi et determinandi liberum exercitium religionis dominantis*, cui princeps addictus eſt, et (II) *iure de exercitio diuerſæ religionis ſtatuendi*, illud permittendi, circumſcribendi, abolendi, aut quatenus vel publicum, vel priuatum, vel domeſticum eſſe debeat, præſcribendi, niſi, quoad legibus publicis impeditur. Quæ *art. V. §. XXXI. et ſeqq. I. P.* de *circumſcribendo iure reformandi* cauta ſunt, indolem et totam huius iuris rationem explicant. Sanctionem iſtam fundamentalem, ne ſtatus imperii hoc ius contra ſtatum et obſeruantiam anni decretorii exerceant, hoc modo confirmat lex imperii, ne (I) quisquam a quocumque vlla ratione et via turbetur, vt videlicet exercitium diuerſæ religionis ſubditorum in tutiori loco in eodemque, quo fuerat, ſtatu conſiſteret aduerſus ea, quæ a iure reformandi diuerſæ religionis principum metuenda erant: deinde (II) vt deſtituti et turbati in eum ſtatum, quo in anno normali fuerant, reſtituerentur, vt videlicet, ſi ex abuſu iuris reformandi grauati ſeu læſi eſſent, iisdem omnimodo ſatisfieret.

§. XII.

PARI ratione intuitu eorum ſubditorum, quorum religionis exercitium obſeruantia anni normalis non defenditur, eam legem iuri reformandi dixit *inſtrumentum pacis art. V. §. XXXIV.* vt, ſi a principe diuerſæ religionis tolerentur, patienter ſine inquiſitione

ne et turbatione tolerentur, salua conscientia, deuotionis domesticæ et liberorum educationis libertate; sin tolerantiam negare placeat, emigrationem ea ratione, quam *art. V. §. XXXVI et XXXVII.* præscribit, iis imperare fas sit. Ex quibus perspicue appareret, ius reformandi in determinando religionis nudo exercitio versari: ceu non minus ex *art. V. §. XXXIX.* luculenter intelligitur. Longe alia est *iuris diœcesani* et *iurisdictionis ecclesiasticæ* ratio, de qua *art. V. §. XLVIII.* disponit: siquidem *iurisdictio ecclesiastica* ius causas controuersas ecclesiasticas vi imperii sacri decidendi; *ius diœcesanum* vero ius complectitur, præter causarum ecclesiasticarum decisionem, causas et negotia religionis in salutem diœceseos dirigendi, ac proinde ius leges ecclesiasticas condendi, abusus virtute imperii sacri tollendi, dispensandi, munera sacra conferendi, inspectionem in bona ecclesiastica, et quæ eius generis sunt alia imperii sacri sacerdotalis iura, continet.

§. XIII.

VTRVMQVE ex iuris canonici principiis *ius papale* et *episcopale* est, et ad *sacerdotium* pertinet, *imperio ciuili* negatum: cum contra *ius reformandi nudum exercitium religionis* numero sit *iurium secularium.* Nisi itaque diuersa malis pro iisdem habere, ius hoc reformandi cum iure diœcesano et iurisdictione ecclesiastica pro iisdem censeri nequeunt. Illustrando argumento inseruit *responsum*, quod de iure reformandi statibus imperii in comitiis Osnabrugensibus a. CIↃ IↃ CXLVI. propositum est apud IOANNEM GODOFREDVM *de* MEIERN *in act. pac. Westph. tom. II. p. 753.* in quo, dum de iure reformandi disputatur, de eo tantum mouetur quæstio, *quatenus S. R. I. status religionis exercitium in territoriis suis introducere, idque subditis diuersæ religionis vel permittere, vel emigrationem imperare possint?*

§. XIV.

NEQVE vtriusque iuris discrimina certiori euincuntur argumento, quam a *diuerso vtriusque fundamento* desumto. *Ius reformandi* vi *iuris territorialis* vel *secularis imperii*, teste vniuersali imperii praxi, exercetur; *art. V. instr. pac.* §. *XXX.* cum contra *ius diœcesanum* et *iurisdictio ecclesiastica* ex iuris canonici sententia pro parte *iuris sacerdotalis* seu *episcopalis* habeantur, a iure territoriali ciuili adeo remota, vt duo magna cœli luminaria non magis a se inuicem distare iudicentur in *c. 6. de maioritat. et obedient.* Quod ergo in *instrumento pacis* a superioritate territoriali deriuatur ius reformandi exercitium religionis, ambitu suo comprehendere nequit iura, a territoriali potestate ex catholicorum sententia non pendentia, et ab eadem prorsus aliena. Accedit, quod ius reformandi ex sanctione *instrumenti pacis art. V.* §. *XXX. et XXXIX.* ius sit regum, principum, omniumque statuum imperii immediatorum commune. Itaque eiusdem eam rationem esse oportet, vt omnes principes et status eius compotes esse queant. Illud vero iure canonico testatissimum est, *ius diœcesanum* et *iurisdictionem ecclesiasticam* pro iure præsulum ecclesiasticorum adeo præcipuo haberi, vt principes statusque seculares ad illud exercendum inhabiles iudicentur, vt negetur laicis omnis de rebus ecclesiasticis disponendi facultas, *c. 25. X. de decimis c. 1. D. 96.* vel in ecclesiasticis imperandi auctoritas, *c. 1. 6. 9. 23. C. XVI. qu. 7.* vel ius tractandi negotia ecclesiastica, *c. 2. X. de iudic.* vt secularibus negetur facultas in ecclesia iudicandi, *c. 27. C. XVI. qu. 7.* eaque arrogata potestas ad sacrilegium referatur. *c. 24. 25. 26. C. XVI. qu. 7.* Ex hypothesi catholicorum ergo contradictione non caret, sub *iuris reformandi*, omnibus principibus et imperii statibus competentis, appellatione omne *ius circa sacra*, ius diœcesanum scilicet et iurisdictionem ecclesiasticam, intelligere, quorum nullum principibus

ſtatibusque imperii ſecularibus, catholicæ religioni addictis, competere communi imperii praxi comprobatur.

§. XV.

NON minimum in ea quæſtione momentum fert diſpoſitio *inſtrumenti pacis art. V. §. XLVIII.* qua ius dicœceſanum et omnis iurisdictio eccleſiaſtica, quanta quanta eſt, cum omnibus ſuis ſpeciebus non modo adverſus ſtatus imperii, Auguſtanæ confeſſioni addictos, eorumque ſubditos, ſed et aduerſus catholicorum ſtatuum ſubditos euangelicos, niſi quatenus hi in anno decretorio iurisdictioni eccleſiaſticæ catholicorum ſubfuerunt, ſuſpenſa eſt. Quæ iuris circa ſacra ſuſpenſio facta verbis adeo generalibus, iisque non in perſonas, a quibus exercita, ſed in ipſam rem ſeu in ipſum ius directis, vt excogitari nequeat iurisdictionis ſpecies, quin iisdem excluſa ſit. Cuius rei conſequens eſt, vt ſanctio imperii Weſtphalica ſub *iuris reformandi* appellatione ſtatibus imperii catholicis in ſubditos euangelicos tribuere non potuerit ius dicœceſanum et iurisdictionem eccleſiaſticam, iura in *inſtrumento pacis* intuitu ſubditorum euangelicorum adeo ſignificanter et luculenter ſuſpenſa.

§. XVI.

PRAETERMITTO alia in eandem rem a VENERANDO PARENTE in *tomo I. conſultationum et deciſ. P. I. arg. XVI.* apprime expoſita argumenta, ex quibus, *ius reformandi* a *iure circa ſacra* euidenter diſtingui, intelligitur. Ad illud aduerſæ ſententiæ argumentum, quod ius reformandi exercitium religionis tamquam *genus*, iurisdictionem ſacram, tamquam *ſpeciem*, complectatur, et quod plus ſit *reformare religionem*, quam *adminiſtrare*, facilis eſt reſponſio. Namque ius prædictum reformandi in finibus exercitii religionis definiendis potiſſimum verſatur. Quam

late vero pateat iuris circa sacra, iuris diœcesani, et iurisdictionis ecclesiasticæ ambitus, palam est, quippe quæ iura non modo multo maiora, sed et longe diuersa sunt, et in ipsos imperantes seculares exercentur. Sane catholicorum clerus, cuius iudicio principum conscientia dirigitur, facilius principibus suis permittit ius tuendi et promouendi religionem, et diuersæ religionis exercitium vel circumscribendi vel prorsus abolendi, quam vt in partes directionis sacrorum ire, rerumque ecclesiasticarum cognitionem iisdem indulgeat: vt adeo ius reformandi pro *genere* haberi nequeat, ad quod reliquæ iuris circa sacra partes tamquam *species* pertineant. Etsi enim dandum sit, ius reformandi aliquod regiæ potestatis vel suprematus, hoc est, imperii secularis ius esse: ex eo tamen argumentum ad iura sacerdotalia circa sacra duci nequit, alioquin quilibet facile inde principi catholico ius episcopale et iurisdictionem ecclesiasticam in suæ religionis subditos asserere posset. Quod vero ratio religionis Romano-catholicæ, prout efformata est, non permittit, nec recta ratio patitur, vt argumentum a diversis ad diuersa trahatur.

§. XVII.

SED præter spem iusto longius me detinuit ista *de iure reformandi* meditatio, qui in negotiorum mole ad præfandi finem properare cogor. Ad eiusdem doctrinæ illustrationem varia pertinent *paternarum iuris decisionum* exempla. In *responso VII.* quod et anno CIↃ IↃ CCXLV. sigillatim typis editum est, singulare refertur *moliminum Iesuiticorum in turbandis Euangelicorum in vrbe Lenepensium sacris exemplum*, quod nescio, an post instrumentum pacis, siue ipsum missionis apparatum artesque, siue ipsam sacrorum turbationem spectes, vllum magis improbandum specimen editum sit. In *responso VIII et IX.* de *probanda possessione in anno decretorio* agitur, eiusque anni

ni *vsum*, *possessionem* et *obseruantiam* instar regulæ se habere, secundum quam exercitium religionis vna cum annexis sit determinandum et diiudicandum, exemplo iuris nominandi ad parochiam *arg. V.* ostenditur. Latum est hoc responsum in causa S. R. I. comitum Grumbacensium et abbatis ac conuentus S. Maximini, quæ cum ante aliquot menses sententia camerali decisa sit, in eius illustrationem ipsam sententiam referam. *Sententia publicata d. 19. Maii 1747. In Sachen Abts, Prior und Convent des Stifts S. Maximin bey Trier, Klägern an einem, wider Herrn* CARL WALRAD WILHELM, *Wild- und Rheingrafen zu Grumbach, Beklagten am andern, sodann die übrige Herren Wild- und Rheingrafen in actis benannt, Interuenienten am dritten Theil, mandati de non amplius turbando in possessione vel quasi iuris patronatus, nec impediendo prouisum parochum in exercitio actuum parochialium, ac defructuatione prædiorum et perceptione iurium et redituum hactenus ad parochiam pertinentium, eidemque consuetam introductionem non amplius denegando, refundendoque tam eidem, quam imperiali abbatiæ S. Maximini omne damnum datum cum expensis C. C. etc. ist allem An- und Vorbringen nach zu Recht erkant, dass das ausgegangen- verkündt- und reproducirte mandatum zu cassiren, und Herr Bekl. bey dem Besitz des Benennungs-Rechts eines Pfarrers Augustanæ confessionis in der Marck Talfang zu manuteniren und handhaben, die an diesem Kayserlichen Cammergericht derentwegen aufgelaufene Kosten aus bewegenden Ursachen gegen einander compensirend und vergleichend.*

§. XVIII.

VARIA ad hanc causam instruendam ex vtraque parte edita sunt scripta, quorum indicem addere non iniucundum fore arbitror. Quod a COMITIBVS *de* GRVMBACH a. CIↃIↃCCXL. editum fuit, inscriptum est: *Ohnumstösliche Rechtsgründe, dass dem Wild- und*

Rheingräflichen Haus das Nominations-Recht über seine Pfarr Talfang in dem Amt Tronecken zustehe, mithin solches dabey gehandhabet werden müsse, etc. Cui anno CIↃ IↃ CCXLI. accessit aliud sub titulo: *Additamentum zu den Rheingräflich ohnumstöslichen Rechtsgründen, zu weiterer Bewährung des Landesherrschaftlichen Vorschlagungs-Rechts zu seiner Pfarr Talfang, Tronecker Amts.* Ex parte abbatiæ a. CIↃ IↃ CCXLII. editum habes: *Unterricht und Beweis, dass dem Kayserl. Stift S. Maximin bey Trier das illimitatum ius patronatus der Pfarrey Talfang competire, mithin das Rheingräfliche Haus Grumbach und dessen Herren Adhærenten sich daselbst keines iuris nominandi anzumassen haben.* Successit deinde a. CIↃ IↃ CCXLIV. ex parte comitum *abgenöthigte weitere Ausführung und besser gegründeter Erweis, dass das Wild- und Rheingräfliche Haus von den Reformations-Zeiten an, bis hieher, insonderheit vor, in und nach dem anno normali 1624. in dem ruhigen und actualen Besitz, vsu et obseruantia iuris nominandi zu seiner eigenen Evangelischen Pfarr Talfang gewesen, und noch sey, mithin nach ausdrücklicher Vorschrift des Westphälischen Friedenschlusses dabey auch vors künftige gelassen und gehandhabet werden müsse.*

§. XIX.

QVAE de *iure* corporis euangelici in tuendo statu anni decretorii *responso III.* tradita sunt, non minus iustissima ratione ad *obligationem* eiusdem corporis euangelici proferuntur. Si enim ad tuenda iura, per *instrumentum pacis* stabilita, omnes transactionis Westphalicæ consortes vi *art. XVII. §. VI.* cum parte læsa consilia viresque coniungere tenentur: quanto maior est obligatio corporis euangelici, de religionis exercitio ad pacis religiosæ et Westphalicæ normam tuendo et conseruando communia consilia agitandi, eius securitati, et ne læsiones ingraueſcant, prospiciendi, atque pro iniuriis religionis tollendis vindicandisque apud imperato-

ratorem, eosque, quorum auctoritate id fieri potest, interueniendi et intercedendi. Conf. *literæ corp. euang. ad cæsarem datæ de a. 1716. in elect. iuris public. tom. X. p. 257.*

§. XX.

RECENSVI quædam ad *ius reformandi* pertinentia argumenta. Non minori rerum varietate se commendant reliqua iuris ecclesiastici argumenta, quæ *iura principum circa sacra*, *causas beneficiarias*, *iura patronatus*, *parochialia*, *sponsalium*, *connubiorum et diuortiorum* concernunt, quorum indicem plena manu dat, qui eadem præcedit, *conspectus*. Quæ secundo loco insequuntur consultationes, præcipua IVRIS PVBLICI capita, in eisque potiora *superioritatis territorialis et subordinati territorii iura*, *dispensandi in pœna homicidii ius*, *iura venandi*, et *successionum ex pactis successoriis iure primogenituræ et maioratus*, *immunitatem ab oneribus publicis*, *forum viduæ legatorum*, et *dotem principum appanagiatorum* illustrant. Finem faciunt IVRIS FEVDALIS argumenta, quorum primum nobilissimam tractat de *exclusione clericorum a successione in feuda imperii secularia* quæstionem, non minus olim in *volumine I. decisionum iuris paternarum*, *responsi XLIII.* luculenter expositam, et hoc loco in alio illustri exemplo, communicatis cum VENERANDO PARENTE consiliis, a FRATRE dilectissimo, GEORGIO LVDOVICO BOEHMERO, *antecessore Gottingensi*, denuo enodatam, ac superiori anno vtriusque nomine sigillatim Gottingæ editam. In iis, quæ succedunt, consultationibus vtilissimæ iuris feudalis doctrinæ, de *qualitate feudali*, de *iuribus feudorum nobilium*, de *discrimine inter ius crediti in feudo et inter feudum pignoratitium*, de *impensis in clientelam factis*, de *successione*, *expectatiua*, *inuestitura*, *refutatione*, *præscriptione*

ptione ſub infeudatione, *oneribusque feudalibus* exponuntur. *Conſultationem CLVII*, quæ *ſimultaneæ inueſtituræ euentualis indolem* tradit, iam olim illuſtrandæ et confirmandæ commentationi ſuæ de *inueſtituræ ſimultaneæ euentualis non deſiderata renouatione* adiecit, quem modo nominaui, coniunctiſſimus FRATER, eiusque doctrinæ vindicias nuper aduerſus obiectiones, ſibi a IO. GODOFREDO BAVERO motas, ſuſcepit in libro ſingulari de *expectatiua et inueſtitura euentuali*.

§. XXI.

QVOD reliquum eſt, in recenſendo et digerendo hoc *deciſionum iuris paternarum* apparatu id inprimis egi, vt ſingulis non modo princeps, quoad eius fieri potuit, *argumentum*, ſed et, cum hoc omnem eius ambitum non exhauriret, præcipuas, ex quibus expoſitum et illuſtratum eſt, *dubitandi et decidendi rationes* præmitterem, vt primo veluti intuitu totius argumenti, eiusque rationum, ex vtraque parte diſputatarum, ſeries in fronte appareret. In adornanda huius *voluminis parte altera*, quæ IVRIS PRIVATI argumenta exhibebit, nec non in ſubiungendo vtrique parti *indice* locupletiſſimo occupatus dum te iam dimitto, LECTOR BENEVOLE, nihil addo, quam quod votorum pars ſumma eſt, vt ſupremum numen VENERANDVM PARENTEM diu ſaluum atque incolumem præſtet, eiusque florentiſſimam ſenectutem aliis ſuper alia gratiæ diuinæ muneribus cumulet et exornet. Scripſi Glogoviæ, a. d. IV. Octobr. CIↃ IↃ CCXLVII.

IVSTI

IVSTI HENNINGII BOEHMERI ICTI

CONSVLTATIONVM

ET

DECISIONVM IVRIS

TOMI III.

PARS I.

ARGVMENTA IVRIS ECCLESIASTICI PVBLICI ET FEVDALIS

IVSTA METHODO

DISPOSITA

EXHIBENS.

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-142341983-10/fragment/page=0035

CONSPECTVS
CONSVLTATIONVM
ET
DECISIONVM
I. IVRIS ECCLESIASTICI

RESPONSVM I.
THEMA.

De anno decretorio, principio regulatiuo circa ius reformandi et erigendi scholas publicas.

RESPONSVM II.
THEMATA.

I. De iurisdictione Ordinarii ecclesiastica intuitu statuum euangelicorum suspensa.
II. *De executione in bona imperii secularia.*
III. *Libelli, quibus reuerentia principum læditur, a iudiciis superioribus non communicandi sed reiiciendi sunt.*
IV. *Causa dotis, nisi incidenter tractetur, ad iudicem secularem pertinet.*
V. *Num princeps in determinandis alimentis vel dotalitio leges domus excedere possit?*
VI. De iure corporis euangelici circa conseruandum vsum, statum et obseruantiam anni decretorii.

RESPONSVM III.
THEMATA.

I. De iure statuum imperii se tuendi in statu integro iurium superioritatis territorialis tam in ecclesiasticis quam ciuilibus.
II. Vtrum et quatenus principes catholici in matrimoniis propriis æquali cum protestantibus iure et potestate fruantur?
III. De libertate mutandi religionem ob iniquam exclusionem a sacris.

RESPONSVM IV.
THEMATA.

I. De iure reformandi Calendarium.
II. Vtrum princeps catholicus in territorio euangelico, ad Pascha secundum Calendarium Gregorianum celebrandum, subditos euangelicos cogere queat?
III. De suspensa iurisdictione ecclesiastica.
IV. Si remissio non est gratia, conditioni impune non paretur, præsertim si conscientiæ repugnat.

V. *Aditus ad principem ſubditis grauatis patere debet, nec propter preces quis puniendus eſt.*

VI. Principi catholico, ſubditorum A. C. preces in cauſa religionis reiicienti, eisque contra leges imperii religioſas quid iniungenti, non eſt parendum.

RESPONSVM V.

THEMATA.

I. De poſſeſſione vel quaſi iuris nominandi per annum normalem et ſubſequentia tempora ſtabilita.

II. De recurſu ad comitia imperii et corpus euangelicum in cauſis religionis, ſi catholicos inter et euangelicos lis eſt.

RESPONSVM VI.

THEMATA.

I. Adhibitio notarii et teſtium ad eſſentialia electionis non pertinet.

II. De vſu Articuli VII. 1. P. ſolis Reformatis proprio.

III. De pœna criminis Simoniæ.

IV. Ius patronatus a patrono ad collatorem ordinarium deuoluitur.

V. De iure confirmandi præſentatos ad officia ſacra.

VI. De limitibus iuris patronatus.

VII. De probatione exercitii iurisdictionis eccleſiaſticæ in anno decretorio.

IIX. De vſu amicabilis compoſitionis et commiſſariorum imperialium in cauſis religionum.

RESPONSVM VII.

THEMATA.

I. De attentato a Ieſuitis exercitio religionis publico in ciuitate A. C. ſacris addicta ſub colore miſſionis inuſitatiſſimæ.

II. Vtrum princeps catholicus eiusmodi miſſionem contra ſtatum anni decretorii in tali ciuitate inſtituere queat?

III. De iuſtis querelis ſubditorum A. C. contra tale inuſitatum et nouum religionis catholicæ exercitium publicum.

RESPONSVM IIX.

THEMATA.

I. *De interpretatione pactorum publicorum.*

II. Poſſeſſio anni normalis ſpecifice eſt probanda.

III. *De mala fide et interpellatione extraiudiciali præſcriptioni oppoſita.*

RESPONSVM IX.

THEMA.

De iisdem argumentis.

RESPONSVM X.

THEMA.

De vſu reſeruati eccleſiaſtici in commendis.

RESPONSVM XI.

THEMATA.

I. Status Auguſtanæ confeſſionis vi iuris epiſcopalis iuramentum ſimoniæ a neouocatis paſtoribus, contradicente etiam patrono catholico, exigere poſſunt.

II. De remediis contra viam facti ſecundum inſtrumentum Pacis.

III. De vtilitate iuramenti ſimoniæ.

IV. De honorariis patronorum

RESPONSVM XII.

THEMA.

De iure principum euangelicorum, iuſtis ex cauſis dimittendi miniſtros eccleſiæ.

RESPONSVM XIII.

THEMATA.

I. Ius circa ſacra principum euangelicorum non comprehendit proprietatem eccleſiarum et liberam de iis diſpoſitionem.

II. *Num princeps priuilegia minuere vel tollere queat?*

RESPON-

RESPONSVM XIV.

THEMA.

De iure circa sacra nobilitatis immediatæ A. C. in specie quoad erectionem capellarum et alia inde dependentia iura, si dominus directus diuersæ religioni addictus est.

RESPONSVM XV.

THEMA.

De cognitione extraordinaria in causis matrimonialibus immediatorum imperii Augustanæ confessionis.

RESPONSVM XVI.

THEMA.

Prorogatio fori ecclesiastici inter Protestantes licita est.

RESPONSVM XV[illegible].

THEMA.

De foro ministrorum ecclesiæ priuilegiato, eiusque limitibus.

RESPONSVM XIIX.

THEMA.

Quatenus consistoriis euangelicis cognitio de bonis, a secularibus hactenus possessis, sed ob qualitatem ecclesiasticam a clericis in controuersiam deductis, competat.

RESPONSVM XIX.

THEMA.

De iure primariarum precum in capitulis mediatis.

RESPONSVM XX.

THEMA.

In capitulis imperii immediatis votum sibimet nemo dare potest, ad numerum eligentium augendum vel maiorem partem constituendam.

RESPONSVM XXI.

THEMATA.

I. De canonicorum verorum et honorariorum differentia.
II. De effectu resignationis.

RESPONSVM XXII.

THEMA.

Exhibito diplomate receptionis in canonicum ex nominatione principali, productio rescripti de prouidendo a canonico exigi nequit.

RESPONSVM XXIII.

THEMA.

De qualitatibus canonici præbendati.

DECISIO XXIV.

THEMA.

Collatio illegitima non tribuit ius percipiendi fructus et commoda vicariæ.

RESPONSVM XXV.

THEMATA.

I. Emissio votorum testamentum antea conditum non facit irritum.
II. Ordinibus religiosis non competit testamenti factio.
III. De obligatione ad remunerandum bene merita.
IV. De testamento nuncupatiuo minus solenni.

RESPONSVM XXVI.

THEMATA.

I. Causæ catholicorum religiosorum in iudiciis protestantium secundum principia iuris canonici sunt decidenda.
II. Quatenus religiosi societatis Iesu per emissionem votorum facultatem de bonis suis disponendi amittant?

RESPONSVM XXVII.

THEMATA.

I. *De cura dementis.*
II. Causæ beneficiales in loco beneficii sunt examinandæ.
III. De inefficaci beneficii resignatione.
IV. *De curatore vt suspecto remouendo.*
V. Quatenus causæ beneficiales actum gratiæ vel iustitiæ inuoluant?
VI. *Dementi læso electiue actio aduersus curatorem vel tertium lædentem competit.*

DECISIO XXIIX.

THEMA.

Num reditus biennii, vulgo derer Nach-Jahre, ab arresto sint immunes?

DECISIO XXIX.

THEMA.

Possessio antecessoris in beneficio eique annexis prodest successori adiuncto, simulac possessionem eius acquirit.

RESPONSVM XXX.

THEMA.

De natura hospitalium domuum ecclesiasticarum et secularium, earumque differentia, præsertim circa administrationem.

RESPONSVM XXXI.

THEMA.

De vario præpositurarum statu et iure præpositi circa electionem.

RESPONSVM XXXII.

THEMA.

De acquisitione iuris patronatus per rædificationem ecclesiæ.

DECISIO XXXIII.

THEMA.

De iure honorifico patronis in ecclesia competente.

RESPONSVM XXXIV.

THEMATA.

I. Si constat ex re iudicata de vero patrono, præsentatio a possessore facta nulla est.
II. Iura patronatus realia pactis de loco in locum transferri nequeunt.
III. Quatenus iudicia imperii de cansis iuris patronatus iudicare queant?

DECISIO XXXV.

THEMA.

De limitibus iuris patronatus circa administrationem bonorum ecclesiasticorum, reparationes et rationes reddendas.

DECISIO XXXVI.

THEMA.

De suffragiis plurium patronorum in præsentatione.

RESPONSVM XXXVII.

THEMA.

De differentia iuris patronatus simplicis et qualificati, inprimis quoad refectionem ecclesiarum.

RESPONSVM XXXIIX.

THEMATA.

I. Num in ecclesiis protestantium patronatis superintendentibus competat concursus ad electionem ministrorum ecclesiæ?
II. De potestate legislatoria ecclesiastica cum concursu statuum provincialium exercenda.

RESPONSVM XXXIX.

THEMATA.

I. De oneribus parochialibus in processionibus publicis a protestantibus non præstandis.

II. De

II. De indiciis iudicii ecclesiastici.
III. *De spolio iudicii.*

DECISIO XL.
THEMA.

Vetustas in probanda vnione magni ponderis est.

DECISIO XLI.
THEMA.

Quatenus subditi alterius territorii, parochiani ecclesiæ principalis facti, legibus istius ecclesiæ ligentur?

DECISIO XLII.
THEMA.

De obligatione ecclesiæ filiæ ad ferenda onera ecclesiæ matris.

DECISIO XLIII.
THEMA.

Si de ædibus parochialibus reficiendis agitur, consensus parochianorum non est excludendus.

DECISIO XLIV.
THEMA.

Vocatus ad officium sacrum sumtus a parochianis iure exigere potest.

DECISIO XLV.
THEMA.

De institutis parochialibus et per legem publicam determinatis præscriptio non est admittenda.

RESPONSVM XLVI.
THEMATA.

I. *De fide officialium.*
II. Pacta, quæ onera parochialia concernunt, sunt realia.
III. De finibus parochialibus.
IV. De effectu vnionis ecclesiarum in diuersis territoriis sitarum.
V. *De proclamatum fundi alienandi efficacia.*

DECISIO XLVII.
THEMA.

De decretorum visitationum extraordinariarum ecclesiasticarum efficacia.

RESPONSVM XLIIX.
THEMATA.

I. Num annus gratiæ heredibus collateralibus vel extraneis denegandus sit?
II. De anno deseruito.

RESPONSVM XLIX.
THEMA.

Quatenus in foro protestantium de reditibus beneficii ecclesiastici inter patrem et filium valide transigi queat?

RESPONSVM L.
THEMATA.

I. Num fructus beneficii ecclesiastici ob debita clerici sequestrari queant?
II. De beneficio competentiæ clericorum et arbitrio iudicis in determinandis eius limitibus.

DECISIO LI.
THEMA.

De probanda versione in vtilitatem monasterii in repetitione mutui.

RESPONSVM LII.
THEMATA.

I. *De litis denunciatione eiusque effectu.*
II. De requisitis in alienatione bonorum ecclesiasticorum obseruandis.
III. *De pretio et meliorationibus in reuocatione fundi illegitime alienati restituendis.*

RESPONSVM LIII.

THEMATA.

I. De alienatione vel oppignoratione bonorum ecclesiasticorum valida.
II. De vsuris moræ.
III. De probatione versionis in rem in debito monasterii probanda.
IV. De fide regiſtrorum monasterii.
V. *Res pignorata in eadem qualitate, qua tempore oppignorationis fuit, reſtituenda eſt.*

RESPONSVM LIV.

THEMATA.

I. De valida bonorum ecclesiasticorum ad tempus facta cessione.
II. Conductori bonorum ecclesiasticorum præferentia præ nouo conductore non competit.

DECISIO LV.

THEMA.

Remissio census in bonis ecclesiasticis iusta ex causa facta solennitates non desiderat.

RESPONSVM LVI.

THEMA.

Quatenus subsellia ecclesiarum sint in commercio?

RESPONSVM LVII.

THEMATA.

I. Capellæ æque ac subsellia lapsu XL annorum a priuatis contra ecclesiam acquiri possunt.
II. De modo acquirendi capellas.
III. De præscriptione annuorum redituum.
IV. De iuris patronatus annexo, iure honorifico circa sepulturam.

DECISIO LIIX.

THEMA.

De immunitate fundorum ecclesiasticorum a decimis.

DECISIO LIX.

THEMA.

Subsellia in ecclesiis per præscriptionem acquiri possunt.

DECISIO LX.

THEMA.

Modus decimandi per obseruantiam antiquissimam minui potest.

DECISIO LXI.

THEMA.

Decimæ ex agris decimalibus præstandæ sunt, licet species fructuum hominum industria mutetur.

DECISIO LXII.

THEMA.

De probatione immunitatis a decimis.

DECISIO LXIII.

THEMA.

In quæstionibus de præstatione decimarum situs agrorum et regulæ iuris prouincialis magni sunt ponderis.

DECISIO LXIV.

THEMA.

Ius exigendi decimas legitime probandum est.

RESPONSVM LXV.

THEMA.

De natura et iuribus asyli.

DECSIO LXVI.

THEMA.

De differentia pœnæ remotionis a simplici dimissione.

DECISIO LXVII.

THEMA.

De suspensione ab officio non sine iusta causa decernenda.

RESPONSVM LXIIX.

THEMA.

Suspensio et remotio ministri ecclesiæ absque legitimis indiciis locum non habet.

RESPONSVM LXIX.

THEMA.

De gradibus pœnarum ecclesiasticarum in coercitione ministrorum ecclesiæ observandis.

RESPONSVM LXX.

THEMA.

De ministro incorrigibili ab officio remouendo.

RESPONSVM LXXI.

THEMATA.

I. Exemplum ministri ecclesiæ arrogantis et contumacis.
II. De ministrorum aulicorum dimissione.
III. De nociua ministrorum ecclesiæ translocatione.

DECISIO LXXII.

THEMA.

De clerico maledico et percussore.

DECISIO LXXIII.

THEMA.

De ministro ecclesiæ ob susceptam obligationem cambialem ab officio suspenso.

RESPONSVM LXXIV.

THEMA.

Tractatus sponsalitii non producunt obligationem ad contrahendum matrimonium.

DECISIO LXXV.

THEMA.

Sponsalia valida liberum desponsatorum consensum supponunt, et omnes excludunt concussiones.

RESPONSVM LXXVI.

THEMATA.

I. De sponsalibus, consensu parentum neglecto, accedente copula carnali, validis.
II. De dotatione puellæ stupratæ.

DECISIO LXXVII.

THEMA.

De iure consistorii, supplendi consensum paternum in sponsalia liberorum sine iusta causa denegatum.

DECISIO LXXIIX.

THEMA.

De pœna trinam denunciationem negligentium.

DECISIO LXXIX.

THEMA.

De superueniente inimicitia, iusta repudii causa.

RESPONSVM LXXX.

THEMA.

De fracta fide sponsalitia, iusta a sponsalibus recedendi causa.

DECISIO LXXXI.

THEMA.

A sponsalibus iustis ex causis recedere licet.

DECISIO LXXXII.

THEMA.

Quatenus sponsalia pura mutuo consensu dissolui queant?

RESPONSVM LXXXIII.

THEMA.

De iustis repudii causis et restitutione euentuali contra sponsalia minorum.

RESPONSVM LXXXIV.

THEMA.

De matrimonio secundum ius Germanicorum perfecto ad effectum successionis statutariæ.

RESPONSVM LXXXV.

THEMA.

De validitate vel nullitate matrimonii clandestini in ecclesia catholica.

DECISIO LXXXVI.

THEMATA.

I. De matrimonio sine consensu parentum contracto.
II. De effectu matrimonii putatiui, ratione infantis ex eo nati.

RESPONSVM LXXXVII.

THEMA.

Clandestinæ, inordinatæ et suspectæ copulæ sacerdotalis exemplum repræsentat.

DECISIO LXXXIIX.

THEMATA.

I. Nouum exemplum fraudulenter et a deposito ministro ecclesiæ nulliter factæ copulæ sacerdotalis.
II. *De commisso periurio et falso.*

RESPONSVM LXXXIX.

THEMA.

Num copula sacerdotalis essentiale matrimonii requisitum sit?

RESPONSVM XC.

THEMA.

De matrimonio ob vitium corporis intolerabile dissimulatum annullando.

RESPONSVM XCI.

THEMA.

De matrimonio compriuignorum.

RESPONSVM XCII.

THEMA.

De matrimonio cum defunctæ vxoris nouerca licito.

RESPONSVM XCIII.

THEMA.

De matrimonio cum defuncti fratris vidua dispensabili.

RESPONSVM XCIV.

THEMA.

De dispensabili matrimonio cum defunctæ vxoris sorore.

DECISIO XCV.

THEMA.

Separatio quoad thorum et mensam, cessante emendatione vitæ, prolongari potest.

RESPONSVM XCVI.

THEMA.

Quatenus ob superuenientem maniam vel dementiam coniugis diuortio locus sit?

RESPONSVM XCVII.

THEMA.

De adulterio præsumto, iusta diuortii causa.

DECISIO XCIIX.

THEMA.

Ob vrgentissima adulterii indicia matrimonium dissoluendum est.

RESPON-

RESPONSVM XCIX.

THEMATA.

I. *De exceptione ſpolii.*
II. De actione ad diuortium ob præſumtum adulterium.

RESPONSVM C.

THEMATA.

I. Adulterium præſumtum iuſta diuortii cauſa eſt.
II. Iuramentum purgatorium in cauſa criminali ob adulterium præſumtum præſtitum non præiudicat actioni ciuili ad diuortium.
III. De remiſſione adulterii per cohabitationem coniugalem.
IV. *Conditio habetur pro impleta, ſi alter implementum eius doloſe impedit.*

DECISIO CI.

THEMA.

De malitioſa deſertione, iuſta diuortii cauſa.

DECISIO CII.

THEMATA.

I. Quatenus edictalis citatio ob abſentiam coniugis malitioſam decerni poſſit?
II. Quæſtio adulterii prius tractanda eſt, antequam de deſertione malitioſa coniugis innocentis cognoſcatur.

RESPONSVM CIII.

THEMA.

De diuortio ob inſidias vitæ ſtructas.

RESPONSVM CIV.

THEMA.

De matrimonio ob impotentiam coniugalem nullo.

RESPONSVM CV.

THEMA.

De impotentia coniugali immedicabili, iuſta diuortii cauſa; ſecus de quauis animorum abalienatione dicendum.

RESPONSVM CVI.

THEMA.

De diuortio ex capite denegati debiti coniugalis.

RESPONSVM CVII.

THEMA.

De iudice in cauſis principum proteſtantium matrimonialibus.

RESPONSVM CIIX.

THEMA.

Quatenus ob inimicitias capitales intercedentes diuortio locus ſit in foris Proteſtantium?

RESPONSVM CIX.

THEMA.

De iure principis conſeruandi matrimonium in gradu prohibito contractum et a conſiſtorio annullatum.

DECISIO CX.

THEMA.

De fundamento alimentorum coniugi, lite ſuper diuortio vel ſeparatione quoad thorum et menſam pendente, præſtandorum.

DECISIO CXI.

THEMATA.

I. De legato ad pias cauſas ex diſpoſitione minus ſolenni valido.
II. In legato pio dubio id, quod minus eſt, præſtari debet.

DECISIO CXII.

THEMA.

De cauſis ſtipendiorum ad cauſas pias et publicas referendis.

DECISIO CXIII.

THEMA.

De ſtipendiis ſtudiorum cauſa conſtitutis.

RESPONSVM CXIV.

THEMATA.

I. De iure hypothecæ tacitæ piis cauſis in bonis adminiſtratorum competente.
II. *De leuterationis deſertione.*
III. *De limitibus reſtitutionis in integrum.*

II. IVRIS PVBLICI.

RESPONSVM CXV.

QVO

Superioritatis territorialis quædam partes, etiam in eccleſiaſticis, Comitibus a Hatzfeld in comitatibus et dynaſtiis Gleichen-Blanckenhayn et Nieder-Cranigfeld aſſeruntur.

RESPONSVM CXVI.

THEMATA.

I. De iurisdictione poſſeſſorum ſubordinati territorii.
II. De poteſtate legislatoria, ceu effectu ſuperioritatis territorialis.

RESPONSVM CXVII.

THEMA.

Num princeps priuilegia minuere vel tollere queat?

DECISIO CXIIX.

THEMATA.

I. De limitibus ſupremæ principis inſpectionis circa collegia et vniuerſitates.
II. De priuilegiis titulo oneroſo quæſitis.

RESPONSVM CXIX.

THEMATA.

I. Princeps in pœna homicidii poteſtatem diſpenſandi habet;
II. Sed ſine graui cauſa et ex ſola gratia diſpenſare non debet.

DECISIO CXX.

THEMA.

De iure principis circa deuaſtationem foreſtorum.

DECISIO CXXI.

THEMA.

Num ius venandi ad regalia pertineat?

RESPONSVM CXXII.

THEMA.

Num princeps in determinandis alimentis vel dotalitio leges domus excedere poſſit?

RESPONSVM CXXIII.

THEMA.

De pactis illuſtrium ſucceſſoriis.

RESPONSVM CXXIV.

THEMATA.

I. De iure priuato principum imperii inter ſe.

II. De

II. De legibus, constitutionibus et pactis domus in controuersiis et successionibus familiarum illustrium, iuri communi derogantibus.
III. De iure primogenituræ.
IV. De interpretatione pactorum successoriorum familiarum illustrium.
V. De cessione successionis in fideicommisso inualida.
VI. *De differentia restitutionis in integrum et beneficii reuisionis.*

RESPONSVM CXXV.
THEMA.

De introductione iuris primogenituræ, et eius requisitis.

RESPONSVM CXXVI.
THEMA.

De iure maioratus fideicommissario et ordine successionis, concurrentibus diuersorum locorum statutis.

RESPONSVM CXXVII.
THEMA.

De consensu statuum prouincialium eiusque effectu quoad obligationem subditorum.

RESPONSVM CXXIIX.
THEMA.

Quatenus status prouinciales cum principe in legibus ecclesiasticis condendis concurrant?

DECISIO CXXIX.
THEMA.

De auctoritate legum publicarum per transactiones priuatas non infringenda.

RESPONSVM CXXX.
THEMA.

De interpretatione pactorum publicorum.

RESPONSVM CXXXI.
THEMA.

De requisitis transactionum de causis arduis inter principes initarum.

RESPONSVM CXXXII.
THEMATA.

I. De priuilegiis balneorum.
II. De immunitate ab oneribus publicis.
III. *De iuris quæsiti effectu.*

DECISIO CXXXIII.
THEMA.

De immunitate rerum ad proprium vsum emtarum a vectigali.

RESPONSVM CXXXIV.
THEMATA.

I. Quatenus princeps ex damno officialium circa officium contracto obligetur?
II. *De editione documentorum et iuramento editionis.*
III. *De vsu remedii nullitatis.*

RESPONSVM CXXXV.
THEMA.

Officiales principis arcana domus prodere haud debent.

RESPONSVM CXXXVI.
THEMA.

De executione in bona imperii secularia.

RESPONSVM CXXXVII.

THEMA.

Libelli, quibus reuerentia principum læditur, a iudiciis imperii superioribus non sunt communicandi, sed reiiciendi.

RESPONSVM CXXXIIX.

THEMA.

Quodnam forum viduæ legatorum principis sortiantur?

RESPONSVM CXXXIX.

THEMA.

De remedio reuisionis in summis iudiciis imperii.

RESPONSVM CXL.

THEMATA.

I. *De causa debendi in libello clare exprimenda.*
II. De dote filiarum principum apanagiatorum a statibus prouincialibus prætensa.

RESPONSVM CXLI.

CONTINENS

Vindicias successionis Sereniſſimæ Domus Onolsbacensis in Comitatum Saynensem.

III. IVRIS FEVDALIS.

RESPONSVM CXLII.

THEMATA.

I. De capitularibus in ecclesia cathedrali a successione in feudum exclusis.
II. De resignatione status clericalis ad effectum succedendi in feudo.

RESPONSVM CXLIII.

THEMATA.

I. *Sententia de eo, super quo lis non est contestata, nullitate insanabili laborat.*
II. De qualitate feudali.

DECISIO CXLIV.

THEMA.

De probatione feudi nobilis.

DECISIO CXLV.

THEMA.

De differentia feudorum nobilium et rusticorum in successione Marchica.

RESPONSVM CXLVI.

THEMATA.

I. De differentia iuris crediti in feudo a feudo pignoratitio.
II. Quatenus mobilia ad instruendum fundum feudalem destinata censeantur feudalia.

DECISIO CXLVII.

THEMATA.

I. *De vsu l. 3. C. de apoch. publ. in debitis priuatis.*
II. De fundamento præstationis censuum in feudis impropriis.

DECISIO CXLVIII.

THEMATA.

I. *De exceptione non numeratæ pecuniæ.*
II. De eo, quod mortuo vasallo circa impensas vtiles in feudum factas iustum est.

RESPON-

RESPONSVM CXLIX.

THEMA.

De effectu consensus domini directi quoad præferentiam in acquisitione feudi.

RESPONSVM CL.

THEMATA.

I. Litteræ inuestituræ saluis pactis intelligendæ sunt.
II. *De iure perfecto ex pacto tertii quæsito.*
III. Modus succedendi in feudo ex intentione primi acquirentis explicandus est.

DECISIO CLI.

THEMA.

De natura feudorum promiscuæ successionis.

DECISIO CLII.

THEMA.

Quatenus per expectatiuam ius feudi transeat.

RESPONSVM CLIII.

THEMA.

De effectu inuestituræ quoad officia sub qualitate feudali possessa.

RESPONSVM CLIV.

THEMATA.

I. Simultanea inuestitura operatur compossessionem.
II. *Quatenus de iure futuro agi possit?*
III. *De requisitis remedii l. f. C. de Edict. D. Hadr. toll.*
IV. *Donec de petitorio non euidenter constat, in possessorio pronunciandum est.*
V. *De interpretatione pactorum familiæ.*

RESPONSVM. CLV.

THEMATA.

I. Quatenus ex inuestitura feudali immissio in feudum peti queat?
II. Num dominus directus simultanee inuestito in præiudicium reliquorum, quibus coniuncta manus competit, feloniam remittere queat?
III. De effectu clausulæ: nach Recht der Sipzahl.
IV. *Apprehensio possessionis haud vacuæ non legitima est, sed pro actu turbatiuo habetur.*

DECISIO CLVI.

THEMATA.

I. Quatenus, actione reali contra possessorem vasallum instituta, simultanee inuestito interuentio competat?
II. *De præscriptione seruitutum.*

RESPONSVM CLVII.

THEMATA.

I. Simultanea inuestitura euentualis non desiderat renouationem, sed hæc impune omittitur.
II. De pœna neglectæ renouationis inuestituræ.

RESPONSVM CLVIII.

THEMA.

Iure Hennebergico et Franconico in feudis simultanea inuestitura Saxonica non attenditur.

DECISIO CLIX.

THEMA.

De refutatione feudi bona fide facienda.

RESPONSVM CLX.

THEMA.

Refutatione feudi domino ab agnatis facta, ille ad onera his incumbentia non obligatur.

DECISIO CLXI.

THEMA.

Præscriptio, quæ vasallo opponi potest, non nocet domino directo.

RESPONSVM CLXII.

THEMA.

Pacto consensu domini directi munito onera feudalia in alium fundum transferri possunt.

RESPONSVM CLXIII.

THEMA.

An et quatenus vasallus feudum vel eius partes in subfeudum dare possit?

DECISIO CLXIV.

THEMA.

Quatenus vasallus de fructibus feudi disponere queat?

RESPONSVM CLXV.

THEMA.

Num defuncti vasalli patrui et eorum liberi in feudis in capita vel stirpes succedant?

DECISIO CLXVI.

THEMA.

Aestimatio canonis feudalis, in casu mortis vasalli præstandi, a domino directo dependet.

RESPONSVM CLXVII.

THEMA.

Num liberi illegitimi, subsequente matrimonio non consummato, in præiudicium domini directi legitimi censendi sint, quoad successionem in feudo?

DECISIO CLXVIII.

THEMA.

Fundi possessores in Pomerania non sunt vasalli tantum, sed etiam subditi.

RESPONSVM CLXIX.

THEMA.

Num agnati iure Magdeburgico in feudo succedentes litem cœptam reassumere obligentur, vel noua contra eos actio sit instituenda?

RESPONSVM CLXX.

THEMATA.

I. Filiæ nobiles augmentum dotis ex feudo, post constitutionem eius per successionem feudalem aucto, petere nequeunt.
II. Qualitas feudalis non inhæret pecuniæ ex feudo redactæ.
III. Vasallo debita ad feudum liberandum ex allodio soluere integrum est.
IV. De debitis feudalibus et meliorationibus.

RESPON-

RESPONSVM CLXXI.

THEMA.

Dotalitium feudale per secundas nuptias non finitur.

RESPONSVM CLXXII.

THEMATA.

I. Debita intuitu feudi facta censentur feudalia.
II. *Quatenus iudex ex officio exceptiones supplere possit?*

DECISIO CLXXIII.

THEMATA.

I. Debita feudalia etiam ante excussionem allodii ex feudo soluenda sunt.
II. De qualitate feudali.

RESPONSVM CLXXIV.

THEMATA.

I. De debitis feudalibus, et in quonam foro de iis agi debeat?
II. De fundamento proximitatis in successione pactitia.
III. Quatenus filiæ nobiles impudicæ commoda ex feudis et pactis familiæ amittant?
IV. *De effectibus possessionis.*

RESPONSVM CLXXV.

THEMA.

Dominus directus debita feudalia consensu munita aperto feudo soluere non tenetur posteriori creditori, nisi a priori actiones cessæ fuerint.

RESPONSVM CLXXVI.

THEMATA.

I. De consensu feudali.
II. Commissa felonia non tribuit agnatis ius succedendi in feudo, viuente vasallo.

DECISIO CLXXVII.

THEMA.

De consensu agnatorum in alienationem feudi.

DECISIO CLXXVIII.

THEMA.

Consensus agnatorum in alienationem feudi ex causis specificis petendus est.

RESPONSVM CLXXIX.

THEMATA.

I. Pecunia feudali, vulgo Lehn-Stamm, ad certam quantitatem restricta, agnati in alienationem feudi consentire tenentur.
II. De dotalitio feudali.

DECISIO CLXXX.

THEMA.

Agnatus personaliter se obligans ad solutionem, et in hypothecam feudi consentiens, etiam, non excusso allodio, obligatur.

RESPONSVM CLXXXI.

THEMATA.

I. Quatenus consensus domini directi in alienationem feudi impertitus vasallo, infecta adhuc alienatione mortuo, heredibus eius allodialibus proficiat?
II. *Quatenus subhastatio censeatur perfecta?*
III. De differentia expectatiuæ generalis et specialis in feudis.
IV. De consensu domini directi in alienationem feudi stricte interpretando.

DECISIO CLXXXII.

THEMA.

Quatenus hypotheca tacita vel arrestum afficiat feudum.

RESPONSVM CLXXXIII.

THEMA.

Feudum consentiente domino directo a vasallo alienatum ab illo reuocari nequit.

DECISIO CLXXXIV.

THEMA.

Ob neglectum in alienationem feudi consensum vasallus feudo priuari nequit, nisi contemtus eius concurrat.

DECISIO CLXXXV.

THEMA.

De actione feudi reuocatoria et iure retractus agnatis in feudo competente.

DECISIO CLXXXVI.

THEMA.

De differentia reuocationis feudi ex iure delatæ successionis et iure retractus.

RESPONSVM CLXXXVII.

THEMA.

De eodem argumento.

DECISIO CLXXXVIII.

THEMA.

Actio feudi reuocatoria contra emtorem eius, non venditorem, competit.

DECISIO CLXXXIX.

THEMA.

Sententia, qua vasallus feudo priuatur, non est declaratoria, sed priuatoria.

DECISIO CXC.

THEMA.

De natura feudi scultetici, quod mere hereditarium esse potest.

RESPONSVM I.

THEMA.

De anno decretorio, principio regulatiuo circa ius reformandi et erigendi scholas publicas.

SVMMARIA.

Facti species n. 1.
Quæstio I. De decisione causæ propositæ secundum instrumentum pacis n. 2.
Erectio scholarum quatenus publicum religionis exercitium turbet? n. 3. 28.
Deturbatio vnius receptæ religionis per alteram quoad ritus et ceremonias instrumento pacis prohibita est. n. 4. 29.
Consentiente inprimis domino territorii. n. 5.
Ius reformandi an sit pars iuris territorialis? n. 6. 30.
Et quales sint eius limites? n. 7. 8. 19. 20. 31.
Introductio nouæ religionis non tollit eius, quæ iam obtinuit, exercitium. n. 9.
Possessio sola anni 1624. determinat liberum religionis statum, inprimis si contra principem catholicum agitur n. 10. 21. 30. sqq.
Nec facto aliquo subditorum opus est. n. 11.
Num principi euangelico liberum sit, ecclesias anno 1624. desertas ad proprium vsum destinare? n. 12. 13. 36.
Tolerantia trium receptarum religionum secundum I. P. quouis modo conseruanda est. n. 14.
Vsus, habita possessio, et obseruantia anni 1624. sunt principia iuris reformandi. n. 15. 16. 17. 18.
Amplificatio exercitii religionis, quouis modo fiat, statum anni normalis turbat. n. 22. 37.
Per erectionem scholarum per indirectum obseruantia anni decretorii turbatur. n. 23. 24. 38.
Quod illustratur. n. 25. 26.
Aequalitas religionum receptarum I. P. stabilita est. n. 27.
Annus decretorius etiam quoad scholas I. P. confirmatur. n. 28.
Vim facit, qui alteri possessionem liberam non relinquit. n. 34.
Decisio quæstionis I. n. 39.
Quæstio II. de decisione causæ secundum alia pacta publica. n. 40.
Liberum religionis exercitium excludit omnia ea, quæ illud vel pro parte vel per indifferentium concernunt. n. 41. 42. 43. 44.
Decisio quæstionis II. n. 45.
Quæstio III. De officio inspectorum causarum ecclesiasticarum. n. 46. 47. 48. 49.
Decisio. n. 50.

Es uns derselbe eine speciem facti nebst drey Fragen zugeschicket, und unsere rechtliche Belehrung darüber begehret, demnach erachten wir für Recht:

I Haben die Patres Augustiniani, deren Closter in der Gemeinde W. lieget, der in der Bartholomæi Gemeinde gelegenen Evangelischen Barfüsser-Kirche gerade gegen über ein Haus erkauffet, und daselbst wircklich bereits eine Catholische Schule angeleget; wowider

tiones sacrorum die nöthige Anstalt machen würde, zur resolution gegeben worden, wobey obgedachte Vorsteher zu acquiesciren Bedencken tragen, und dannenhero belehret seyn wollen:

Quæstio I.

2 **Ob nach dem Westphälischen Friedens-Schluß denen** Patribus Augustinianis **eine neue Catholische Schule anzulegen erlaubet werden könne?**

Rationes dubitandi.

3 Ob wohl vor die Patres Augustinianos angeführet werden möchte, daß 1) die Errichtung einer Schule nicht so wohl eine Absicht auf das exercitium religionis als vielmehr auf eine blosse Unterrichtung um denen Reguln des Christenthums und dem zwar darauf gegründeten, aber allein in öffentlichen Kirchen zu unternehmenden exercitio religionis, habe, und dannenhero in denenselben würcklich kein Gottesdienst gehalten, vielweniger etwas unternommen werde, wodurch andere Glaubens-Verwandte in ihrem exercitio libero religionis einiger massen turbiret würden, allenfalls aber 2) und wann auch dergleichen institutum

4 zu dem exercitio religionis gleich einiger massen gezogen werden möchte, dennoch nach dem Westphälischen Friedens-Schluß, einem jeden, und also auch einer jeden Gemeinde, das freye Religions-exercitium gestattet werden müsse, in welcher Absicht darinnen ausdrücklich verbothen, ne quis alteram partem de religionis suæ exercitio ecclesiæ ritibus et ceremoniis deturbaret

I. P. *art. V. §. 29.*

mit welchem Verbot die Patres Augustiniani in der gegenwärtigen Sache hinlänglich gegen die Herren quærenten wegen ihres instituti bedeckt zu seyn scheinen, und zwar um so viel-

5 mehr, wann sie 3) um des Landes-Herrn Genehmhaltung, so ihnen, allem Ansehen nach, nicht entstehen wird, Ansuchung thun, und unter dessen Beschützung das angefangene institutum fortsetzen; sintemahlen denen Landes-Herrn überhaupt

I. P. *art. V. §. 30.*

das ius reformandi zugeeignet, als ein pars iuris territorialis angesehen, und in solcher Absicht deutlich ausgemachet worden, vt hoc ius, quod statibus ratione territorii et superioritatis in negotio religionis competit, impe-

7 diri haud oporteat: aus welcher als einer unverbrüchlichen und festgesetzten Regel einem jeden Landes-Herrn dasjenige zu veranstalten ohnstreitig zustehen möchte, was zum Behuf des exercitii religionis gehöret, als da sind Errichtung und Stifftung der Kirchen, Schulen, Clöster und dergleichen, was aber

I. P. *cit. art. V. §. 31.*

4) vor eine restriction in uiru derer einem Catholischen Landes-Herrn unterworffenen Augspurgischen confessions-Verwandten gemachet worden, allein zur exception gehöret, und nur so viel anzeiget, daß obbesagtes ius reformandi zum præiudiz der Evangelischen Unterthanen, so anno 1624. in possessione exercitii religionis gewesen, nicht exerciret werden könne, keinesweges aber einem Landes-Herrn

das ius noua sacra citra aliorum præiudi- 8
cium zu introduciren, neue Clöster zu bauen oder Schulen zu stifften benehme, quum exceptio firmet regulam in casibus non exceptis, anderer gestalt 5) daß so deutlich und sorgfältig determinirte ius reformandi contra mentem derer hohen pacisceuten zu einem blossen leren Worte gemachet werden müste, mithin 6) alhier es nur darauf ankomme, daß 9
nach obangezogenem §. 31. die Evangelischen bey ihrem freyen Religions-exercitio gelassen, und denenselben solches neque directo neque per indirectum gehemmet werde, als worauf eigentlich die Absicht derer hohen pacisceuten bey den so vielfältigen dahin ziehlenden querelen derer Evangelischen gerichtet gewesen, die quæst. Errichtung einer Catholischen Schule aber das exercitium religionis in der Evangelischen Augustiner-Kirche keines weges verhindert oder einschräncket, als nicht abzusehen, was diese bey ihrem libero exercitio religionis vor ein ius contradicendi sich anmassen wollen, nam quando vel maxime princeps nouam religionem introducit, alteram, quæ iam obtinet, non tollit, neque etiam illius tollit exercitium;

PFAFF *instit. iur. eccles. p. 277.*

nicht zu gedencken daß 7) die Evangelischen in 10
dem quæst. Hause, so die patres Augustiniani zu einer Schule erkauffet, anno 1624. so wenig als nachher eine öffentliche Schule gehabt, oder aus deren possess gesetzet worden, was aber diese in gedachtem Jahre nicht besessen, der freywilligen disposition eines Catholischen Landes-Herrn, worzu er solches nun anwenden will, zu verbleiben scheinet, und, ohne den grösten Eintrag in das ius reformandi et territoriale, ihm nicht geleugnet werden möchte, sonsten dabey 8) nicht 11
genug ist, daß gleichwohl die Catholischen 1624 an besagtem Orte keine Schule gehabt, sondern offt besagte Gemeinde damahls von Catholischen Schulen befreyet gewesen, allermassen, wann die Evangelischen nur in ihrem exercitio ruhig gelassen werden, dem Scheine nach, denenselben daraus nicht sofort ein ius negatiuum et prohibitiuum wider dergleichen neu angelegte Stifftungen gefolgert werden möchte; nam nudus status iuri reformandi impedimentum non ponit, sed facto aliquo possessionis subditorum opus est.

AVCT. MEDIT. AD I. P. *art. V. §. 31. p. 569.*

überdem 9) da verschiedener Evangelischen 12
Rechtsgelehrten Meinung nach einem Landes-Herrn frey stehet, die anno 1624. leer gestandene

dene Kirchen und Clöster zu seinem selbst eigenen Gottesdienst zu widmen,

PFAFF *cit. l. p. 182.*

LEYSER *D. spic. 23. med.*

nicht zu begreiffen, aus was für Grunde denen P. P. Augustinianis verbothen seyn solte, unter Genehmhaltung ihres Landes-Herrn das in der Gemeinde zu St. Bartholomæi erkauffte Hauß zu Anrichtung einer Schule zu widmen, der daselbst gelegenen Kirche aber in dem Gottesdienst nicht den geringsten Eintrag zu thun, wo-
13 vor 10) der Senatus in der gegebenen resolution zu sorgen, und allen künfftigen wiedrigen Erfolgerungen vorzubauen, sich ausdrücklich anheischig gemacht; so lange also sich dergleichen aperræ turbationes nicht äussern, kein hinlängliches ius contradicendi von Seiten der Evangelischen Augustiner-Kirche sich hervor thun
14 will. Endlich es 11) der im obgedachten Friedens-Schluß so heilsamlich und sorgfältig geordneten toleranz, krafft deren die drey pacificirte Religionen ein ander geduldig tragen, und allen unnöthigen Zerrüttungen vorbeugen sollen, schnur stracks zuwider lauffen möchte, wann die Herren quærenten an diesem, von sich selbst löblichen und mit Versprechung aller den Evangelischen ohne dem zustehenden Sicherheit, angefangenen instituto Gelegenheit nehmen wolten, zwischen sich und denen Catholischen desfalls Widerwärtigkeit zu erregen, und mittelst dieser Sache die Gemüther gegen einander noch mehr zu erbittern, und zu andern gefährlichen Folgerungen außzubringen.

Rationes decidendi.

15 Dieweil aber dennoch bey Erörterung der gegenwärtigen Frage es hauptsächlich auf den wahren Verstand und Beschaffenheit des denen Ständen des Reichs in dem Westphälischen Friedens-Schluß zugeeigneten iuris reformandi ankömmt; aus demselben aber erhellet, daß deren Gräntzen einzig und allein nach dem vsu, habita possessione und obseruantia des anni regulatini abzumessen sind, wie die ausdrücklichen Worte des

§. 30. l. c. art. 5. und *execut.* Friedens-Schluß *Recess §. 3.*

16 im Munde führen, hierinnen also 2) die wahre Regul circa facultatem reformandi zu setzen, dergestalt, daß so weit dieses ius dem statui anno 1624. zuwider laufft, ein Landes-Herr dessen sich schlechterdings nicht gebrauchen, sondern nur in so ferne, als es obigen statum, vsum, possessionem et obseruantiam nicht verändert noch denselben vermehret, solches seiner dispositition unterworffen seyn muß, welche Gräntzen 3) selbst in *instrumento pacis*

art. V. §. 33.

17 als eine beständige Regul angenommen, ia so gar mit deutlichen Worten unicum solumque obseruantiæ futuræ fundamentum genennet

§. 25. art. 5. l. P.

18 nicht weniger 4) in solcher Absicht zum Besten

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

der Städte, so entweder eine oder beyderley Religions-exercitium haben, vt ante omnia in statum anni 1624. reponantur, ausdrücklich verabredet worden

§. 29. cit. l.

wie dieses principium nicht allein der

ANONYMVS *in tr. de iure reform. c. III. §. 44.*

sondern auch der so emsige catholicorum *promachus*

FERDIN. BVCKISCH *obs. 90. ad l. P.*

selbsten behauptet. Hieraus aber der ohnwidersprechliche Schluß billig zu ziehen ist, quod quicquid ante omnia faciendum et in exercitio iuris alicuius attendendum, illud magis regulam quam exceptionem constituat

BOEHMER *ius eccles. lib. 3. tit. 36. §. 10.*

dergleichen principium regulatiuum aber 19
ste zu setzen um desto so mehr ehedem von nöthen gewesen, als 5) die Historie der Verfassung obiges Reichs-Gesetzes mit mehren anzeiget, wie die Landes-Herrn das ius reformandi zwar der superioritati territoriali beygeleget, und darüber also kein Streit gewesen, gleichwohl mehrentheils ihre Befugniß in Mißbrauch gezogen und zu weit extendiret, man also allein um den modum, nach welchem solches hinkünftig exerciret werden solte, besorget seyn müssen, welchen man auch würcklich bestimmet und verordnet, daß die Landes-Herrn schlechterdings auf das exercitium religionis in anno decretorio, wie solches damahls beschaffen gewesen, gewiesen worden

WERN. *T. I. consil. IV. n. 19.*

Bey welchen Umständen 6) die oben angeführte 20
Lehre, als ob das ius reformandi in dem *§. 30.* indefinite pro regula feste gesetzet, indem §. 31. aber eine blosse exception enthalten, keinesweges bestehen, noch einem Landes-Herrn der bloß ad annum decretorium gewiesen, etwas neues in Religions-Sachen, so dem statui dicti anni entgegen lauffet, anzuordnen, zugeeignet werden kan: solchergestalt aber, wann der gegenwärtige casus genau erwogen wird, der natürliche Schluß folget, daß die Anlegung der neuen Catholischen Schule, da dergleichen anno 1624. daselbsten die Catholischen nicht gehabt, vielmehr dadurch das exercitium religionis, wohin auch Schulen gehöret, vermehret wird, in der Evangelischen Gemeinde mit Fug Rechtens nicht unternommen und sub prætextu iuris reformandi von dem Landes-Herrn geduldet werden könne, bevorab die Absicht derer pacisœnten 7) ihren eigenen Worten nach da- 21
hin gegangen, vt idem prorsus status maneat, qui fuit anno 1624.

I. P. *cit. l. §. 26.*

Dergleichen aber ohnmöglich geschehen kan, 22
wenn man dem iuri reformandi über die Gebühr und bestimten modum exercendi zu weite Grentzen setzet, und neue Kirchen, Clöster oder Schulen an denen Orten, wo anno decretorio keine dergleichen gewesen, anzulegen sich unterstehet, als wodurch die sacra und das

exercitium religionis publicum, cuius annexum sunt, vermehret, und also der status um ein merckliches geändert wird.

AVCTOR des Ungrundes vom *simultaneo §. 44.*

23 Und ob gleich 8) die Anrichtung derer Schulen directo zum exercitio religionis publico nicht gehöret, dennoch solches per indirectum darauf hinaus läufft, wenigstens als ein annexum eius, worauf die observantia des termini decretorii zu gleich mit gezogen ist,

cit. §. 31. art. V.

24 billig angesehen und eine gleichmäßige Ordnung alhier statt finden muß, zumahlen 9) nicht ohne Grund zu befürchten, daß, wie es bisher so vielfältig die Erfahrung gelehret, man durch dergleichen Anstalten den Grund zu einer mit der Zeit einzurichtenden völligen Gottesdienst machen, die Schulen, ehe man es vermeinet, zu Clöstern oder Kirchen aptiren, und dadurch nach und nach das Religions-exercitium über die Gebühr erweitern möchte,

AVCTOR des Ungrundes des *simultaneo cit. l. §. 51.*

welchem allen in Zeiten vorzukommen, und sich des in dem instrumento pacis mit getheilten, Rechts zu gebrauchen, der quæstionirten Evangelischen Gemeinde nicht verdacht werden kan. Worzu bey dem gegenwärtigen casu 10)

25 noch dieses hinzutritt, daß die quæstionirte Schule dergestalt nahe bey der Evangelischen Kirche und Schule gelegen, daß nicht allein die fast in einer Gegend gehende Catholische und Evangelische Jugend zu verschiedenem Unheil und üblen Suiten Gelegenheit bekommen, sondern auch der Evangelische Gottesdienst selbst durch die bey den Catholischen Schulen gewöhnlichen Anstalten als Proceßionen, Comödien, Singen und desgleichen eine zu befürchtende insultirung derer Prediger und Kirchengänger, nicht wenig gestöhret werden können. Diesem-

26 nach solches Unternehmtn als eine offenbahre und directa turbatio sacrorum euangelicorum anzusehen, da doch so heilsamlich als ernstlich im obgedachten Friedens-Schluß durch das hergestellete liberum exercitium religionis vorgebeuget und ausgemachet worden, ne subditi vlla ratione aut via in isto exercitio turbentur, turbati vero *plenarie* restituantur,

I. P. *cit. §. 31. et 32.*

27 mithin 11) aus gleichen Vermuthungen die Evangelische Brüder-Schul, wie in der specie facti angeführet, daselbst nicht geduldet werden wollen, da doch, was denen Catholischen Recht, denen Evangelischen auch Recht seyn muß, und das instrumentum pacis selbst diese æqualitatem iurium bestättiget.

I. P. *art. V. §. 1.*

28 Wowieder die in denen rationibus dubitandi angeführte momenta nichts verfangen, anerwogen ad primam, da die Jugend in den Schulen zum Gottesdienst præpariret, und hierinnen gleichsam die erste Stuffe zu dem exercitio religionis vel publico vel priuato geleget wird, ja bey denen Catholischen so gar daselbsten processiones, welches ein Theil ihres öffentlichen Gottesdienstes ist, gewöhnlich angestellet werden, kein vernünfftiger Mensch leicht zweifeln kan, daß diese neue Anstalten in den Religions-Sachen einen grossen Einfluß haben, und aus derer gerechtsamen beurtheilet werden müsse, bevorab das instrumentum pacis selbst den terminum anni decretorii auf die Schulen mit dürren deutlichen Worten gezogen hat.

art. V. §. 25. I. P.

ad secundam das liberum exercitium nicht 29
cum iniuria aliorum gebraucht werden kan, auch denen P. P. Augustinianis keines weges gewehret wird, wann sie nur in ihren Schrancken bleiben, und auf der ihnen angewiesenen obseruantia anni 1624 bestehen bleiben, als worauf die libertas exercitii einzig und allein restringiret ist; und ob wohl ad tertiam das 30
ius reformandi als ein Stück der Landes-Hoheit in genere anzusehen, dennoch solches nunmehro seine bestimte Schrancken bekommen, und als ein pars iuris territorialis ausdrücklich auf den statum anni 1624. eiusque obseruantiam eingeschräncket worden, dergestalt, daß wo diese durch einige Neuerung verändert, und alteriret wird, obbesagtes ius reformandi seine Kraft und Würckung verliehret.

LYNCK. *resp. 58. n. 7.*

quum alias opus non fuisset *art. V. §. 27.* domino territorii in casu reluitionis *specialim* indulgere, vt in territorio ad se, facta reluitione, reuerso, suæ religionis exercitium publice introducere posset, si hoc indistincte ex iure territoriali in omnibus et quibuscunque casibus liceret.

BOEHMER *in iure eccles. cit. l. §. 13.*

So dann ad quartam in denen rationibus decidendi bereits das Gegentheil, und das in dem allegirten § 31. nicht so wohl eine exceptio als die Regul, wie das ius reformandi künfftig zu exerciren und dahero als eine hinlängliche und nöthige circumscription und modification des iuris reformandi zu befinden, gezeiget worden, anderer Gestalt, und wenn man ein illimitatum ius reformandi nach dem § 30. zur Regul machen wolte, die damahlige vergliche-Streitigkeiten nicht gehoben, sondern im alten Stande geblieben; solches aber nicht allein der wahren intention der pacisentium zu wider seyn, sondern auch zu vielen Mißbräuchen und übelen Folgerungen in dem teutschen Reich Gelegenheit geben würde, wie in dem oben allegirten

Ungrund des *simultan. §. 6. seq.*

ausgeführet worden, noch schlechter aber denen 32
Protestanten gerathen wäre, wenn nach der rat. dub. sexta sie sich mit dem fernerweiten bloßen exercitio religionis suæ bloß begnügen, im übrigen aber einem Catholischen Landes-Herrn freye Hände lassen solten, neue Kirchen Clöster und Schulen, welche doch zum exercitio religionis publico vel priuato gehören,

dessen

dessen status aber nicht verändert werden soll, contra statum anni decretorii anzulegen, als wodurch sie mit der Zeit durch die Menge des Gegen-Parts desto mehr gekräncket, wo nicht endlich gar unterdrückt werden möchten, wie wohl in dem gegenwärtigen Fall die Evangelische Gemeinde auf dergleichen argumenta sich einzulassen nicht nöthig hat, da in den rat. decid., daß durch die quæstionirte Schule nothwendig ihr Gottesdienst directo gestöhret, und das liberum exercitium religionis suæ allerdings gehemmet wird, dargethan worden, bey
33 welcher der Sachen Beschaffenheit auch auf die rat. dub. 7. et 8. nicht sonderlich zu reflectiren, wiewohl auch deren Inhalt mit demjenigen, was in specie von den Oertern, vbi catholici et August. conf. status ex æquo iure superioritatis fruuntur, verordnet worden, vt nimirum tam ratione publici exercitii quam ratione aliarum rerum religionem concernentium idem status maneat, qui dicto anno fuit

I. P. *art. V. §. 43.*

nicht bestehen und kein vernünftiger Mensch, daß durch die in der Evangelischen Gemeinde neuerlich angerichtete öffentliche Catholische Schule idem status bleibe, behaupten kan, vielmehr gestehen muß, daß durch dergleichen simultaneum ein compossessor, der anno 1624. nicht mit besessen, eingedrungen, die Evangelischen aber, so 1624. in der quæstionirten Gemeinde alleine Kirchen und Schulen gehabt, aus
34 der solitoria possessione, vsu, ac obseruantiæ dicti anni herausgesetzet worden, dergleichen eingedrungene compossessio vor eine offenbahre Gewaltthätigkeit, so ante omnia und plenarie dem Friedens-Schluß zu folge durch die restitutionem in pristinum statum solitarium gehoben werden muß, anzusehen, quis enim dubitat vim facere, qui liberam possessionem aduersarii non relinquit,

l. II. de vi et vi arm.

et statum immutare, qui modum mutat,

l. I. §. 13. ne quid in flum. publ.

adeoque vtrobique de turbatione queri posse.

POSTIVS *de manut. obs. 41. n. 4. seqq.*

35 Was also aus denen meditationibus ad I. P. oben de facto quodam possessionis angeführet, dem wörtlichen Innhalt des Friedens-Schlusses, worinnen auf den *nudum* ac *simplicem statum* anni decretorii gesehen wird, e diametro zuwider, und auf eine blosse Verdrehung dieses Gesetzes hinaus läuft, nach welcher in jenem Fall ein Catholischer Landes-Herr in allen denen Orten, worinnen seine Catholische Unterthanen anno 1624. keine Kirchen und Schulen gehabt, dergleichen zum Behuf des Catholischen Gottesdienstes in grosser Menge würde anlegen, und dadurch den statum anni decretorii auf eine ausnehmende Art alteriren können, so doch evangelischer Seits demselbigen schlech-
36 terdings geleugnet wird. Ferner die in rat. dub. nona allegirte doctrin einiger Evangelischen Rechts-Gelehrten bloß auf eine priuat mit dem Grund der Warheit aber nicht bestehenden Meynung hinausläuft, und saluo statu anni decretorii nicht bestehen kan, sonsten ad deci- 37
mam die gegebene Versicherung, die bereits ietzo sich äussernde offenbahre status mutationem nicht aufhebet, überdem die würckliche turbatio sacrorum euangelicorum dadurch sattsam von Seiten der Augustiner an den Tag geleget worden, daß sie in einer Evangelischen Gemeinde, so seit anno 1624. dergleichen Catholischen Anstalten unter sich nicht gehabt, sich de facto eingeschlichen, und solche aus der solitarischen possess ihres Gottesdienstes gesetzet, turbare enim is quoque censetur, qui vel partem tantum apprehendit, aut se pro compossessore gerit, vel saltim alteri molestiam creat.

SCHWEDER *de exercit. velig. licit. vel illicit. ibique responsum adiectum n. 3.*

endlich die in ratione vndecima angeführte 38
toleranz nicht weiter, als so weit das exercitium religionis dem instrumento pacis gemäß, extendiret werden kan, anderer Gestalt ein ieder derer drey approbirten Religionen nach Gefallen denen andern zum præiudiz um sich greiffen, und mit der dem Gegentheil obliegenden patientia ac tolerantia sich schmeicheln könte, woraus nichts anders dann lauter Unheil entstehen würde.

So halten wir davor, daß die patres Augu- 39
stiniani die in der Evangelischen Gemeinde zu St. Bartholomæi neuerlich angelegte Catholische Schule, nach dem Westphälischen Friedens-Schluß ohne Einwilligung der Evangelischen Gemeinde beyzubehalten nicht im Stande sind.

Quæstio II.

Ob nach dem auf dem Westphälischen Friedens-Schluß sich gründenden resp. Leipziger transactions- und executions-recess und darinnen bestättigten Religions-Versicherung denen patribus Augustinianis eine Catholische Schule neuerlich anzulegen, erlaubet werden könne? 40

Rationes dubitandi.

Ob wohl die in copia beygelegte assecura- 41
tiones bloß dahin abzielen, daß denen Evangelischen ihr exercitium religionis ungekräncket bleiben solle, worvber dann Catholischer Seits nicht das mindeste durch die angelegte Schule allem Ansehen nach unternommen, vielmehr in der ertheilten resolution auf das Evangelischer Seits übergegebene memorial deßfals die bündigsten Versicherungen gegeben, mithin in keinem Stücke wider solche Versicherungs-Briefe gehandelt worden.

Rationes decidendi.

42 Dieweil aber dennoch das freye religions-exercitium nicht allein darinnen bestehet, daß die Kirchen nicht gesperret, weggenommen, der Gottesdienst nicht untersaget, oder gar der freye Ab- und Zugang zu denen Kirchen und Schulen durch allerhand öffentliche Widersetzung nicht gehindert wird, sondern auch alle diejenige Unternehmung verabscheuet, wodurch entweder pro præsenti oder aufs künftige dem Gottesdienst ein incommodum nur irgend zuwachsen, oder solcher schwer gemachet werden kan, quo intuitu omne id prohibitum, quod ex parte aut per indifferentiam exercitium religionis concernit,

LYNCK. *Resp.* 154. *n.* 11.

43 und da nach denen beygelegten Chur-Mayntzischen Versicherungs-Briefen, als auch dem zwischen Chur-Maynz und dem Hause Sachsen geschlossenen Verträgen de anno 1665 et 1667. die Augspurgische Confeßions-Verwandten in der Stadt F. bey ihrem freyen Religions-exercitio **unverändert, ungehindert und ohne Eintrag zu allen Zeiten** nach dem wörtlichen Inhalt gelassen werden sollen, dadurch aber nothwendig die Stiftung derer Catholischen Kirchen, Clöster und Schulen, besonders in demenigen Bezirck, wo die Evangelischen ihren öffentlichen Gottesdienst allein haben, verbothen seyn müssen, anderergestalt dieses nicht unverändert bleiben, noch die Evangelischen ungehindert bey der so nahe gelegenen Catholischen öffentlichen Schulen ihrem Gottesdienst beywohnen könten, insbesondere aber mittelst der

44 gnädigen confirmation de anno 1664. ratione des exercitii religionis **alles auf die Maaß und Weise, wie solches sich im damahligen Zustande befunden**, verbleiben soll, dergleichen aber, da die Catholischen in der quæstionirten Evangelischen Gemeinde ehedem niemahls eine Schule gehabt, sondern die Evangelischen daselbsten in der sobraria possessione öffentliche Schulen vor ihre Glaubensgenossen zu halten gewesen, augenscheinlich sich verändern muß, wenn die quæstionirte Schule daselbst fernerhin geduldet werden solte, endlich nach eben besagter allegation von Seiten Chur-Maynz man den **Westphälischen Friedens-Schluß** §. 31. mit deutlichen Worten zur Richtschnur bey denen Religions-Streitigkeiten zu nehmen sich anheischig gemachet, dessen contenta aber bey der vorigen Frage bereits mit mehrern ausgeführet worden:

45 So halten wir davor, daß nach denen beygelegten respectiue confirmationibus und recessibus die quæstionirte Stiftung der Catholischen Schule nicht bestehen könne.

Quæstio III.

46 **Ob die Herren Quærenten bey deren Stadt-Raths-seniorum A.C. resolution de dato d. 26. Ian. 1737. salua conscientia acquiesciren können, dawider neue Vorstellungen auch eventualiter bey der neuen Landes-Obrigkeit unterthängigste Vorstellung dagegen zu thun verbunden und berechtiget sind?**

Rationes dubitandi.

Ob wohl die Seniores und Vorsteher der 47
Evangelischen Barfüsser-Kirche es an einer Vorstellung in der quæstionirten Sache nicht bewenden lassen, sondern deren Verschiedene bereits übergeben, aber nachdem sie so gar von ihren Glaubensgenossen abgewiesen worden, und die beygelegte Resolution vom 26. Ian. a. c. von dem Evangelischen Rath erhalten, nichts ausrichten können, es also nunmehro das Ansehen gewinnen will, als ob sie ihr Gewissen gerettet, und dadurch ihre obliegende Pflicht sattsam beobachtet, mithin sich so lange, bis wider die versprochene Verhütung einiger Beeinträchtigung künftig de facto gehandelt werden solte, sich in Ruhe zu halten, und keinen weiteren Mißhelligkeiten Ursache zu geben schuldig seyn möchten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch in der erstern Frage 48
mit mehrern gezeiget worden, daß diese Anlegung öffentlicher Schulen nicht allein an und vor sich selbst dem Westphälischen Friedens-Schluß zuwiderlaufe, sondern auch weil die in den Catholischen Schulen gewöhnlichen Uebungen bey der so nahe gelegenen Evangelischen Barfüsser-Kirche nicht anders, dann den Evangelischen Gottesdienst directo turbiren müssen, man also Evangelischer Seits auf gröbere turbationes zu warten und zu schlimmern und gefährlichern Folgerungen, so in Zeiten anietzo noch vorgebeuget werden können, zu warten, so wenig Ursache hat, als seinem Gewissen nach schuldig ist, vielmehr das Amt derer inspectorum dies- 49
es hauptsächlich mit sich bringet, daß sie vor das Beste ihrer Gemeinde sorgen, die nöthigen Mittel darzu ergreiffen, und mit allen in denen Rechten erlaubten Mitteln ihre Gerechtsame in Absicht auf ihr Religions-exercitium handhaben, auch allen unvermeidlichen künftigen ärgern Uebel vorbeugen, andergestalt sie vor GOtt und der Welt desfals schwere Verantwortung auf sich laden, und ihr selbst eigenes Gewissen durch dergleichen Nachläßigkeit und temporisirung auf das empfindlichste verunruhigen würden:

So halten wir davor, daß die Herren Quæ- 50
renten mit der ertheilten resolution sich keinesweges begnügen zu lassen, sondern durch fernerweite Vorstellung auch eventuale prouocation ad seremissimum ihren Gerechtsahmen zu insistiren ihrer Pflicht und Gewissen nach allerdings befugt und schuldig sind V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MAIO MDCCXXXVII.

RE-

RESPONSVM II.

THEMATA.

I. De iurisdictione ordinarii ecclesiastica intuitu statuum euangelicorum suspensa. n. 1-26.
II. *De executione in bona imperii secularia.* n. 27-40.
III. *Libelli, quibus reuerentia principum læditur, a iudiciis superioribus non communicandi sed reiiciendi sunt.* n. 41-50.
IV. *Causa dotis, nisi incidenter tractetur, ad iudicem secularem pertinet.* n. 51-60.
V. *Num princeps in determinandis alimentis vel dotalitio leges domus excedere possit?* n. 61-67.
VI. De iure corporis euangelici circa conseruandum vsum, statum et obseruantiam anni decretorii. n. 68-73.

SVMMARIA.

Species facti n. 1.
Quæstio de iurisdictione ecclesiastica ordinarii in euangelicos n. 2.
Principes æque ac subditi aquali iure iurisdictionis ecclesiasticæ in causis mere ecclesiasticis subiecti sunt. n. 3.
Ius diœcesanum et iurisdictio ecclesiastica catholicorum in I. P. contra electores, principes statusque A. C. addictos suspensa est. n. 4. 5.
Transactio tantum stringit contrahentes. n. 6.
Instrumentum pacis vtriusque religionis consortes obligat. n. 6.
Causæ matrimoniales catholicorum secundum principia iuris canonici communis decidentur. n. 7.
A statu anni decretorii iurisdictio ordinarii dependet. n. 8. 9.
Iudicem non suum pro competente agnoscere licet. n. 10.
Destructo principali, destruuntur etiam accessoria. n. 11. 12.
Temporibus antiquis episcoporum iurisdictio ecclesiastica ampliſſimos habuit fines. n. 13. 14.
Qui tamen per I. P. ad annum decretorium limitati sunt. n. 15. 16. 17.
Ita vt extra territorii proprii terminos vim suam amplius non exerat n. 17.
Suspensio iurisdictionis ecclesiasticae in I. P. non est remedium prouisionale. n. 18.
Sed sanctio pragmatica, n. 19.
Et est beneficium vtriusque religionis consortibus commune. n. 20. 21.
Quod illustratur rationibus. n. 22. 23. 25.
Et exemplis. n. 24.
Decisio quæstionis I. n. 26.
Quæstio II. de executione sententiarum. n. 27.
Executio est pars principalis iurisdictionis. n. 28. 31.
Et fit a iudice ecclesiastico per implorationem brachii secularis. n. 29.
Vel media spiritualia. n. 31.
Missio in bona iure canonico est permissa. n. 30.
Executio in bona imperii ex libertate statuum Germanice fit per circulos imperii. n. 32.
Cuius ratio allegatur. n. 33.
Executio mediata maiorem, quam immediata requirit circumspectionem. n. 34.
Iudiciis episcopalibus non competit immediata executio in bona imperii temporalia. n. 35. 36.
Sed tantum media coactiua spiritualia in iure canonico præscripta sunt. n. 36.
Nec indistincte applicanda. n. 37.
Præsertim si qualitas causæ dubia est. n. 37. 38.
Immissio in bona contra contumaces in non respondendo vel comparendo per Recessus imperii prohibita est. n. 39.
Decisio quæstionis II. n. 40.
Quæstio III. De libello iniurioso contra principem ex officio reiiciendo. n. 41.

Pro-

Protractiones litium legibus imperii prohibitæ sunt. n. 42.
Libellus iniuriosus contra principem imperii non admittendus, nec citatio periculo petentis admittenda. n. 43. 49.
Iniuria non debet inde nasci, vnde ius nasci debet. n. 44.
Ob libellum iniuriosum aduocati etiam extraordinarie puniuntur. n. 45.
Libellus non admittitur, in quo læditur reverentia personæ debita. n. 46.
Iniuriæ grauitas æstimatur ex vinculo inter iniuriantem et iniuriatum. n. 47. 48.
Decisio quæstionis III. n. 50.
Quæstio IV. De limitibus iurisdictionis ecclesiasticæ in causis matrimonialibus. n. 51.
In causa diuortii ad priuationem dotis incidenter agi potest. n. 52. 53.
Alias quæstio dotis move ciuilis est, et ad iudicem secularem pertinet. n. 54. 57. 58. 59.
Causa incidens qualis sit? n. 55.
Connexitas causæ aliud negotium supponit. n. 56.
Decisio quæstionis IV. n. 60.
Quæstio V. De pactorum dotalium contra leges domus constitutarum validitate. n. 62.
Exceptio de iure tertii pacisentibus non competit. n. 62.
Contra leges domus non valent pacta, neglecto consensu eorum, quorum interest. n. 63.
Nec pacisens vltra quantitatem permissam ex iis obligatur. n. 65.
Quicquid contra leges actum, ipso iure nullum est. n. 66.
Decisio quæstionis V. n. 67.
Quæstio VI. De iure corporis euangelici circa conseruandum vsum statum et obseruantiam anni decretorii. n. 68.
Intercessiones pertinent ad regulus consilii. n. 69.
Corpori euangelico competit cura pro conseruando vsu statu et obseruantia anni decretorii. n. 70. 71. 72.
Pro conseruanda pace Westphalica principes vnitis cum parte læsa viribus præiudicia auertere possint. n. 71. 72.
Decisio quæstionis VI. n. 73.

1 Als derselbe uns eine facti speciem nebst einigen privat-actis und sechs Fragen zugeschicket, und unsere rechtliche Meynung darüber begehret, als erachten wir ꝛc.

Hat anno 1740. die Fürstin Titia mit ihren beyden Frauen Schwestern, der Frau Herzogin von G. und der Frau Fürstin Lucia, von W. nach O. abzureisen den Entschluß gefasset, dagegen zwar dero Herrn Gemahls Fürsten von N. dieselbe von sothanem Vorhaben bey damahligen rauhen Winterzeiten und andern bedencklichen Umständen durch alle glimpfliche Wege abzuhalten gesucht, zu solchem Ende auch in einem an N. N. erlassenen Schreiben sich zu allen, so billigmäßig, anerkläret, gleichwol ersagte Frau Gemahlin nicht bewegen können, davon abzustehen, dahero Serenissimus darin so viel nachgegeben, daß sie, die Fürstin, sich nach T. erheben mögen, wohin sie der Fürst mit begleitet, in der Hoffnung, sie von dar naher W. wieder mit zurück zubringen, aber auf ihr ferneres Andringen ihr die Reise nach O. iedoch mit dem Ersuchen verstatten müssen, daß sie bald wiederum von dannen nach W. zurück kehren möge. Hat sich demnach darauf die Rückkehr verzogen, ohngeachtet, bey des regierenden Fürsten mitler Zeit ausgestandenen schweren Kranckheit, verschiedene Schreiben an sie deswegen abgelassen sind, dahero sich gedachter Fürst noch O. begeben, und dadurch alle mögliche gütliche Wege dero Gemahlin zur Rückreise zu persuadiren gesuchet, endlich noch so weit gegangen, daß sie sich zu allen und ieden gegen dero Frau Gemahlin sowol als gegen dero Schwieger-Eltern den 13. Aug. 1740. schriftlich erboten, alles und iedes, was man ihm, serenissimo, zu Errichtung eines beständigen reconciliations-Vergleich vorlegen würde, zu genehmigen, worauf denn von Seiten der Frau Fürstin ein recess ihm vorgeleget worden, welchen er, um seines Versprechens willen, und in der persuasion, daß sie ohne ferneres Verweilen zurückkehren, er auch zu fernerem Unwillen kein Anlaß geben wollen, unterschrieben und subsigniret. Hat aber darnach die Fürstin gegen solche seine Zuversicht die Rückkehr verzögert, und abermal neue postulata v. g. circa locum habitationis, daß sie nicht zu W. sondern zu N. wohnen wolte, formiret, und also neue Auswege gesuchet, allensfals aber es darauf ankommen lassen wollen, daß der Fürst sie in oder bey O. persöhnlich abholen solle, wozu er zwar aus Höflichkeit aber nicht obligatorie ihr Hoffnung gemachet, gleichwol geglaubet, daß sie seine Gedult nicht mißbrauchen noch ihn zur extremität bringen würde, dennoch dieses endlich dadurch erfolget, daß solches Verfahren in seinem Gemüth einen widrigen effect gethan, woraus denn einiges, so durch den G. H. S. C. D. R. in einem pro memoria und dessen Beylagen, so die Fürstin auch zu N. sub O et P. exhibiret hat, entstanden seyn mag, dahero denn die Klage sub n. 3. bey C. M. entstanden, dessen petitum probabiliter auf die Erfüllung des am 10. und 15. Nou. 1740 errichteten beygelegten reconciliations-recess ratione ihres Unterhalts einzig und allein, nicht aber ad separationem quoad thorum et mensam gerichtet gewesen, als welches letztere sie sich erst künftig vorbehalten, welche zwar von M. angenommen, und von der daselbst angeordneten Commission unterschiedliche citationes ergangen, nicht weniger eine von neuen von der Frau Klägerinnen übergebene Gegenvorstellung und dabey gefügtes Vorladungs-Schreiben infiniret, ja auf des Herrn Beklagten nicht erscheinen lis pro confessata gehalten, und der Herr Beklagte in die daselbst specificirte Geld-præstationes

stationes condemniret werden wollen, ohngeachtet der Herr Beklagte in literis an den Iudicem zu M. die exceptionem fori declinatoriam opponiret, und dadurch moram purgiret, auch gezeiget, daß in der sub n. 3. befindlichen und anfänglich bey M. überreichten Klage eine causa me re ciuilis verhanden, und also vor die Reichs-Gerichte gehöre, so dann auf die sogenannte weitere Vorstellung, worinn eine vera mutatio libelli befindlich, und solche auf die separationem quoad thorum et mensum gehet, regeriret worden, daß dazu der Anwald nicht bemächtiget gewesen, allenfals des Herrn Beklagten wegen der höchst iniurieusen expressionen so darinn zum unleidlichen despect ihrer Hochfürstlichen Durchlaucht befindlich, so wol als ab incompetentiam fori sich darauf nicht einzulassen, sondern die commission solche zurück zu geben schuldig gewesen, dahero denn bey der situation dieser Sache nunmehro erstlich gefraget wird:

Quæstio I.

2 **Ob zu W. als** in loco secundum annum normalem 1624. pure euangelico **der Catholische Fürst und** condominus **wider seinen Willen vor** C. M. **als** ordinario **zu stehen schuldig,** supponendo **daß der Vergleich** de anno 1740. sub n. act. 4. lit. A **nicht zu seiner Bündigkeit gelanget?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol alhier voraus zu setzen, daß die Frage de causa matrimoniali et sic de iure canonico mere ecclesiastica zwischen einem Catholischen Reichs-Fürsten, und dessen ebenfals zu dieser Religion sich bekennenden Gemahlin formiret worden, welche in dergleichen Streitigkeiten keinen andern iudicem, als den ordinarium loci erkennen können, wie denn ex iure canonico kein Unterschied inter magistratum secularem eorumque subditos hiebey verhanden, nec vlla differentia inter has vel illas oues attendenda, sed principes æque ac eorum subditi æquali iure iurisdictioni ecclesiasticæ in causis hui pertinentibus subiecti sunt,

c. 6. X. de maior. et obed.

4 welches absonderlich aus dem **Oßnabrückischen** Friedens-Schluß *art. V. §. 48.* zu ersehen, alwo das ius diœcesanum et iurisdictio ecclesiastica catholicorum auch mit klaren Worten contra electores, principes statusque A. C. addictos suspendiret worden, als ein gewisses Kennzeichen und untrieglich Argument, daß die ordinarii ihrer geistlichen Oberbothmäßigkeit auch über die principes imperii, auch so gar die weltlichen Churfürsten und andere hohe Stände exerciret, und wie solche nur bloß gegen die Augspurgische Religions-Verwandte

Bœhm. Conf. T. III. P. I.

Stände allein suspendiret und ausser vigeur gesetzet worden, also es das Ansehen gewinnen 5
will, als wenn ein Catholischer Landes-Herr, wenn er etwa seine Religion changiret hat, oder in pure euangelicum territorium succediret ist, der iurisdictioni ordinarii, welcher vordem sein ius diœcesanum daselbst ausgeübet, sich nicht entziehen könne, zumahl die suspensio iuris diœcesani bloß in Ansehen der Evangelischen Stände und deren Unterthanen geschehen; ja der Oßnabrückische Friedensschluß 6
eine transactio ist, welche inter vtriusque religionis electores, principes et status geschlossen ist, wie gleich *in pr. art. V. I. P.* angezeiget, und also nur bloß zwischen denen, unter welchen vormahlen der Religion wegen Streitigkeiten gewesen sind, zum Grunde geleget werden muß, cum transactio tantum eos stringat, inter quos controuersia fuit, aliis vero non profit

l. 3. pr. de transact.

hergegen die der Catholischen Religion zugethane 7
sich nach dem iure canonico communi richten lassen müssen, nach welchem M. vormahls sein ius diœcesanum et iurisdictionem ecclesiasticam über W. exerciret, also auch in denen Matrimonial-Sachen sein richterlich Amt ausüben mögen, in welchem regard ohne Zweifel es geschehen, daß in anno 1740 der Fürst zu W. in dem geschlossenen Vergleich die iurisdiction des Churfürsten zu M. agnosciret, und ipso facto sich in dieser Sache mit seiner Gemahlin unterworfen, so daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn nunmehro solches forum nicht weiter decliniret werden könne.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus der Historie mehr 8
als zu bekant ist, daß nach der reformation die Reichs-Grafschaft W. mit ihren An- und Zugehörungen von denen Fürsten und Gräflichen Theilhabern des Hauses W. zur Augspurgischen Confession gezogen, das gantze Land Evangelisch geworden, mithin der iurisdictioni ecclesiasticæ et iuri diœcesano des M. entzogen, und in anno decretorio 1624. noch in dem statu gewesen, so daß M. zu der Zeit weder über die Landes-Herren selber noch deren Unterthanen und 9
das gantze territorium pure euangelicum, sein voriges ius diœcesanum et iurisdictionem nicht weiter ausüben können: und ob wol noch unter denen dreyßigjährigen Krieges-troublen hernach der Herr Graf I. D. von L. sich wieder zur Catholischen Religion gewendet, dennoch der status anni decretorii dadurch nicht geändert, sondern das territorium selbsten von der iurisdictione M. electoris, qua ordinarii, exemt und dessen iurisdiction suspensa geblieben, dabey denn vorizo (a) nicht die Frage ist, ob nicht 10
der Catholische condominus in matrimonialibus sich des vormahligen ordinarii iurisdiction, unter dessen diœces vormahls das territorium gestanden, unterwerfen können? Als

welches um destoweniger zu zweifeln ist, als einem ieden, iudicem non suum pro compe-
11 tente zu agnoscíren, erlaubet ist: wie denn (b) auch nicht die Frage ist: ob der Fürst von L. in dem Vergleich de anno 1740 die M. iurisdiction in dieser Sache agnoscíret habe? Angesehen diese agnition von der Gültig- und Beständigkeit des Vergleichs selbsten dependiret, und da man supponiret, daß solche nicht erfolget sey, also auch nunmehro diese agnitio nicht zum Grunde geleget werden kan, quoniam destructo principali destruuntur omnia accesso-
12 ria: allenfals erst die quæstio præiudicialis in foro seculari, oder bey denen hohen Reichs-Gerichten, auszumachen ist, ob der quæstionirte Vergleich seine Verbindlichkeit erlanget, ehe daraus ex agnitione iurisdictionis ecclesiasticæ die competentia fori geschlossen werden
13 kan: endlich (c) noch weniger hier controuertiret wird: ob, wenn ad diuortium quoad thorum et mensam von der hochfürstlichen Gemahlin geklaget werden solte, die Sache nicht ad iudicem ecclesiasticum secundum principia iuris canonici zu referiren sey? Weil dessen principia contra *instrum. pacis art. XVII. §.* 3. expresse aufgehoben und sequestriret sind, allenfals, wenn solches gleich richtig, dennoch daraus nicht folgen will, daß desmegen bey M. und dessen angeordneten commission der F. von L. W. sich stellen, und im Fall solches nicht geschehen würde, in contumaciam gegen sich agiren lassen müsse, weil eben dieses in quæstione ist, ob die iurisdictio pristina des ordinarii, antea sublata vel suspensa, wieder resuscitiret sey? Als welches bloß den statum controuersiæ betrifft, und voritzo es lediglich darauf ankommt: ob der F. L. wider Willen sich coram iudicio M. in causa hac zu stellen, und dessen forum zu agnoscíren schuldig sey?
14 Da man denn aus denen bekandten Alterthümern und Kirchen-Geschichten voraussetzet, daß derer Bischöffe iurisdictio ecclesiastica cum iure diœcesano von alten Zeiten her sich weit über ihr eigen territorium, so sie als Landes-Herren besitzen, erstrecket, und sich sehr weit über der weltlichen Stände des Reichs Lande und also deren Person und Unterthanen, sich exten-
15 diret: wie denn das territorium W. ante reformationem sub iurisdictione ecclesiastica Archiepiscopi zu M. gestanden und er darüber unstreitig das ius ordinariatus exerciret hat, gleichwol auch dabey ausgemachet ist, daß nach der reformation und noch in anno decretorio das gantze territorium W. nebst denen Landes-Herren und Unterthanen sich zur Augspurgischen Confession bekennet, und daher solches ohnstreitig von der iurisdictione ecclesiastica des vormahligen ordinarii befreyet gewesen, und noch bis dato in dem Zustande
16 geblieben; anerwogen in dem Oßnabrückischen Friedensschluß *art. V. §.* 48. nicht allein dieses versehen, quod iurisdictio ecclesiastica tota cum omnibus speciebus, et ius diœcesanum contra A. C. electores, principes, status eorumque subditos vsque ad compositionem christianam dissidii religionis suspensa esse debeat, sondern es wird noch gantz bedencklich 17
hinzugethan, et intra terminos territorii cuiusque ius diœcesanum et iurisdictio ecclesiastica se contineat, wodurch eben angezeiget worden, daß die diœceses der Bischöfe, binnen welchen sie allein die geistliche Gerichtbarkeit ausüben, gantz andere und sehr restringirte Schrancken bekommen, die vorigen limites geändert und beliebet worden, daß sich solche in Ansehen der Evangelischen Lande nicht über die Schrancken ihres eigenen weltlichen territorii erstrecken solte, etsi antehac longius euagata fuerit, et extra territorii proprii terminos vim suam exseruerit, wie hieben erinnert

HENNIGES *ad instr. pac. art. V. §. 4. voce: et intra terminos*

welche Verordnung ewig dauren soll und muß, 18
si de religionis dissidiis amicabiliter conueniri non possit

per. art V. I. P. §. 14.

und also daraus zu sehen ist, daß diese suspensio 19
kein prouisionale remedium sondern eine förmliche ewige sanctio pragmatica sey, nach welchem künftighin alle Streitigkeiten zu decidiren, und also der ordinarius, so ante reformationem die iura ordinariatus über gantz W. exerciret, solche durch diese sanction verlohren, daß er weder einen Catholischen condominum nach die Catholischen Unterthanen, so anno 1624 in solchem territorio gar nicht gewesen, ausser solchem Lande, wider ihren Willen, euociren und vor seine Gerichte per euocationem ziehen dürfe, zumahl den Catholischen, so in 20
solchen territoriis, in quibus iurisdictio ordinariorum suspensa est, beständlich sind, per consequentiam necessariam diese disposition, ob sie wohl denen protestanten primario zum besten geschehen, mit zu gute kommen muß, anderergestalt gegen die Absicht derer pacisentium sonsten die alten Schrancken des iuris diœcesani oder geistlichen Bothmäßigkeit, welche sich doch intra terminos proprii territorii cuiusuis episcopi in Ansehen der pur Evangelischen Lande halten soll, wieder hergestellet, und 21
zu befürchten ist, daß die Catholischen Bischöfe und andere Geistliche ihre verlohrne und suspendirte iura wieder particulariter, und ex particulari vsu bey ihren Glaubensgenossen in denen Evangelischen Landen, in welchen noch dazu ein Evangelischer Condominus ist, immer mehr und mehr reduciret und in grosse Verwirrung alles gesetzet werden würde, wie sich solche prin- 22
cipia, so die Catholische Geistlichkeit bereits bisher geführet hat, sich bey denen Landes-Herren geäussert, welche in anno 1624 secularisirte Kirchen-Güter besessen, nach der Zeit aber, ja noch vor kurtzem, in denen Evangelischen Ländern die Catholische Religion angenommen, welchen man gar öfters angemuthet, daß sie nunmehro dieselbe wieder in ihren vorigen Stand herstellen und denen Geistlichen restituiren müssen, weil der Oßnabrückische Friedensschluß nur

zwischen

zwischen denen Catholischen und Evangelischen errichtet, sie aber als Layen mit guten Gewissen keine Kirchen-Güter innen haben könten, welchen principiis doch selbsten die unruhigen Catholischen possessores widersprechen, und sich auf das instrumentum pacis beziehend gestehen, daß ihnen selbsten per consequentiam necessariam dieser Friedensschluß mit zu gute kommen müsse, weil sonsten derselbe, quouis mutationis casu, einen Anstoß leiden und aus diesen gefährlichen principiis einer vielfältigen Veränderung unterworffen seyn würde.

ANTON FABER in der Staats-Cantzley *tom. XIX. p. 5. 32. 44. 115.*

23 Welches zu verhüten, man im gedachten *art. V. §. 48.* in fine des gedachten Friedensschlusses die Catholischen Unterthanen in Evangelischen Landen bloß und allein dem iuri antiquo diœcesano et iurisdictioni ecclesiasticæ unterworffen, über welche im gedachten anno 1624 die Bischöffe ihr ius ordinariatus quiete noch exerciret haben, certo indicio, daß im Gegentheil, wenn sie solches in Evangelischen Landen in anno 1642 nicht ausgeübet, auch solches ex post facto nicht ausüben können, sub prætextu, daß sie mit ihren Glaubensgenossen bloß zu thun hätten, und solche der Friedensschluß nichts angienge, man auch nicht sagen könne, daß zwischen denen Catholischen Landes-Herrn und Unterthanen in Landen, welche in anno 1624 pur Evangelisch gewesen, ein Unterschied zu machen sey, und jene wenigstens von denen vormahligen ordinariis sich richten lassen müsten, wohl erwogen ein ieder leicht begreiffen wird, daß auf solche Weisse die ad proprii territorii terminos eingezogene limites iurisdictionis ecclesiasticæ wieder auf den alten aufgehobenen Fuß gesetzet, und die iura ordinariatus in denen Evangelischen Landen resuscitiret
24 worden, welches wiederrechtliche principium de resuscitato iure ordinariatus sich bereits in andern dergleichen controversiis gräussert, dem aber beständig widersprochen ist,

FABER in der Staats-Cantzley *tom. XLIV. p. 142. in f.*

IDEM *tom. XXXV. p. 355.*

und billig widersprochen werden müssen, weil sonsten nicht idem status religionis eiusque vsus et obseruantia, quæ vnica norma esse debet, verbleiben kan, wozu ohnstreitig das exercitium iurisdictionis ecclesiastici mit gehöret,

IDEM *tom. XLII. p. 198. et tom. XLVII. p. 405.*

so daß wenn ein Bischoff über einen Catholischen condominum inuitum in einem pur Evangelischen Lande seine vorige suspendirte iurisdiction wieder herstellen, und dieselbe nach den vormahligen alten principiis ausüben will, eine grosse Veränderung in deren statum religionis vna cum annexis vorgehen, und dem
25 instrumento pacis zuwider gehandelt werden muß. Wodurch denn die rationes dubitandi von selbsten hinwegfallen, da bereits gezeiget ist, daß eines Theils das instrumentum pacis per indirectum denen Catholischen Landes-Herrn mit zustatten kommen müsse: andern Theils die iurisdictio ecclesiastica nicht allein intuitu personarum sondern auch dergestalt suspendiret sey, daß in Ansehen der Evangelischen Lande solche sich intra proprii territorii limites halten, und dieselbe nicht über Catholische Eheleute in Evangelischen Landen extendiren dürfe.

So erhellet hieraus so viel, daß zu W. als 26
in einem loco secundum annum decretorium pure euangelico der Catholische Condominus wider seinen Willen vor M. als ordinario zu stehen nicht schuldig sey.

So viel die andere Frage betrifft: 27

Quæstio II.

Ob ein princeps imperii catholicus ad respondendum coram episcopo, per media coactiua eaque non spiritualia sed temporalia aut per executionem in bona, saluis imperii legibus et salua dignitate principis, gedrungen werden könne?

Rationes dubitandi.

Ob wohl die iurisdictio ecclesiastica eben so 28
efficax seyn muß, als die secularis und also auch der Gerichts-Zwang davon nicht separiret werden kan, angesehen die execution das vornehmste bey der iurisdiction ist, auch der geistlichen 29
Obrigkeit per imploratione brachii secularis dieselbe verrichten zu lassen, wohl erlaubet, vielmehr also einem Bischoffe, wenn er selbsten ein brachium seculare hat, nachgelassen seyn 30
muß, seine Erkäntniß propria auctoritate zu exequiren, und diesem zufolge die missionem in bona, iure canonico permissam, zu gebrauchen.

t. t. X de eo qui mittitur in possess. c. 5. in f. X vt lite non contest.

Dahero die execution nach denen canonischen Satzungen von dem geistlichen Richter in ipsa bona reorum durch sequestration und sonsten wohl geschehen kan, wie gar deutlich zu sehen.

ex c. 2. in f. de fideiuss.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ein anders ist, was se- 31
cundum regulam ex conceptu iurisdictionis abstrahendo a legibus imperii geschehen kan, nach welchen gantz begreiflich ist, daß die executio ein consequens necessarium iurisdictionis ist; und also von einer geistlichen Obrigkeit auch wohl per media coactiua temporalia, non tantum per spiritualia, geschehen kan: ein anders 32
aber was circa modum exequendi, nach denen Reichs-Gesetzen bey denen Ständen des Reichs versehen, sonsten fest gesetzet ist, und dabey die Fra-

ge entweder die executionem sententiarum definitiuarum in contumaciam latarum betrifft: nur bloß den modum coercendi contumaciam in non respondendo angehet; da dann im ersten Fall, facta rei condemnatione in contumaciam voraus zusetzen, daß der modus exsequendi per leges positiuas eingeschrencket, und im Ansehen derer höchsten Reichs-Gerichte ex libertate statuum Germaniæ dergestalt restringiret sey, daß die execution nicht einsten unmittelbahr durch dieselbe geschehen, sondern durch die circulos imperii verrichtet werden muste,

R. I. *de anno 1512. §. 9. et 10.*

Erklärung des Landfriedens, *de anno 1522. tit. 1.*

Ordin. cam. p. III. tit. 485.

R. I. *de anno 1654. §. 15.*

33 welches optimo consilio geschehen, damit die Stände des Reichs von Kayserlicher Majestät und denen Reichs-Gerichten immediate nicht eigenmächtiger Weise gegen ihre Hoheit und alte Freyheit, ohne vorher genugsam gehöret, überwältiget werden möchten, welches leicht geschehen konte, wenn solches immediate denenselben zu expediren zugelassen wäre; zumahl

34 man wohl weiß, daß die mediata executio derzeit mehr Behutsamkeit und Vorsichtigkeit erfordert, quippe quæ extra partes constituta est, da hergegen die Gerichte selbsten, so ferne sie unmittelbar die execution zu vollstrecken befugt sind, mehrern Eiffer und Geschwindigkeit öfters mit Hindansetzung aller consideration der Folgen, so aus einer übereilten execution erfolgen können, dabey pro auctoritate sua conseruanda zu beweisen und grosse Unruhe zu erregen pflegen, welchen billig durch die execution per circulos vorgebeuget ist; und

35 da nun im Reiche nicht einsten die Reichs-Gerichte immediate die execution zu thun befugt sind, um destoweniger also den Bischöfflichen Gerichten über die Catholische Reichs-Stände die execution in deren bona temporalia imperii immediate zu verrichten erlaubet seyn kan, sondern die immediata executio allein in mediis coactiuis spiritualibus in iure canonico præscriptis bestehen, hergegen aber

36 welche durch weltliche Zwangmittel geschehen muß, nicht anders verrichtet werden kan, als wie die sententiæ imperiales zur execution gebracht werden müssen,

I. P. *art. 16. §. 2.*

als welches die Hoheit, Macht, Freyheit und Gewalt der Stände erfordert, vor dessen conseruation die Reichs-Gesetze besorget sind,

Capitul Carol. VII. art. I. §. 2. 9. art. VIII. I. P. *§. 2. ibi: in antiquis suis iuribus, prærogatiuis, libertate, priuilegiis stabiliti firmatique sunto.*

37 so gar, daß nicht einsten die remedia spiritualia indiscrete gegen die Stände gebrauchet, sie damit beschweret oder übereilet werden können.

Capit. Carol. VII. art. XIV. §. 3.

Bevorab, wenn Sachen zweiffelhaft und so beschaffen sind, daß noch wegen der Bischöfflichen iurisdiction über weltliche Catholische Reichsstände gestritten, und die qualitas causæ so befunden wird, daß noch billig, ob solche ecclesiastica, mixta, oder mere secularis sey, gezweiffelt werden muß, in welchem Fall sehr behutsam zu verfahren:

Capit. cit. art. XIV. §. 3.

38 Anderergestalt aus solchen Bischöfflichen immediaten executionen, die ein Stand gegen den andern immediate ergehen lässet, nichts anders als Unruhe, Widersetzlichkeit und intestina bella entstehen können, welchen die Reichs-Gerichte abzuhelffen und vorzubauen, die executiones sehr behutsam und prudenter eingerichtet haben, so daß das ius canonicum, sich hierin, billig nach der Reichs-Verfassung richten, nicht aber in casu controuerso durch executiones in bona imperii verfahren kan, noch weniger aber im andern Fall, da einer coram iudicio episcopali sich nicht einlassen will, contra contumaces per immissiones verfahren

39 mag; zumahl ohnedem in dem Reichs-Gesetze contra contumaces in non respondendo vel comparendo mit immissione in bona zu verfahren unerlaubet, und was das ius canonicum aus dem Römischen Recht noch beybehalten, verbothen ist,

R. I. *de anno 1654. §. 36.*

40 So sind wir der rechtlichen Meynung, daß kein princeps imperii catholicus ad respondendum coram episcopo per media coactiua temporalia seu executionem in bona immediate könne angehalten werden.

Quæstio III.

41 Ob ein princeps imperii auf einen so iniurieusen libell, wie n. act. 10. zu sehen, sich einzulassen adtringiret werden könne?

Rationes dubitandi.

42 Ob wohl eingeräumet werden möchte, daß des Herrn Fürsten zu L. Durchlauchten selbsten sehr hart gegen seine Gemahlin geschrieben, und deswegen von M derselben remonstration geschehen, daß dessen Frau Gemahlin desselben harte Schreibart zur Vorschrift genommen, und ohne Zweiffel dabey zu bedencken sey, vt quod quis in alterum statuerit, eodem iure ipsemet vti debeat, nec reprobare possit in alio quod in semet ipso, approbauit, so daß diese Einwendunge nur eine inuention zu seyn scheinet, die Sache aufzuziehen und zu verlängern, so denen Gesetzen zuwider ist.

Reform. polit. de anno 1548. tit. 33. et de anno 1577. tit. 33.

R. I. *de anno 1654. §. 34.*

Rationes decidendi.

43 Weil aber dennoch in citationibus decer-

nen-

nendis alle Behutsamkeit zu gebrauchen, und niemande, geschweige denn einem Reichs-Fürsten anzumuthen ist, auf ungebührliche und mit ungeziemenden vielen Schmähungen angefüllete Klagen sich einzulassen, ita vt nequidem talem citationem decerenre possit iudex periculo petentis, nec illa admittere debeat, quæ legibus reprobata sunt,

STRYK. *de periculo petent. c. II. n. 15. seqq.*

44 sondern vielmehr nöthig ist, daß solche Klagen zuforderst ex officio zurück gegeben und anbefohlen werde, solche Schriften von denen iniuriosis expressionibus zu saubern, cum non debeat inde iniuria nasci, vnde ius nasci debet:

l. 6. C. vnde vi c. 17. X. de accus.

45 Darneben aber frevel-müthige aduocati causæ mit gebührender Strafe nach Gestalt des Verbrechens und Muthwillens angesehen werden;

R. I. *de anno 1654. §. 120.*

46 Absonderlich da in præsenti causa eine Fürstliche Gemahlin gegen ihren Fürstlichen Gemahl eine solche mit vielen ehrenrührigen und allem respect zuwider lauffenden expressionibus angefüllete Klage übergeben; welche doch billig alle consideration vor denselben tragen, und deswegen verba in factum temperiren sollen, et sic libellus non admittitur, in quo lædirur reuerentia personæ debita,

l. 7. §. 3. de iniur.

47 und da dergleichen nicht einsten unter gemeinen Leuten zu dulden;

l. 6. §. 1. C. de postul.

solches um destoweniger gegen eine hohe Fürstliche Person und Landes-Regenten zu billigen, und dergleichen Schmähschriften, als ein scriptum communicabile anzusehen ist, cum iniuria tanto grauior et atrocior sit, quanto maior est cognatio sanguinis, reuerentiæ, pietatis necessitudinisque copulatio inter litigantes,

l. 6. C. de bon. quæ lib.
l. 10. §. 12. et. fin. l. 12. cum seq. de in ius voc. GOEDD. *vol III. conf. 28. n. 130.*

48 deswegen auch die hochfürstlichen Herren Räthe bey N. dieserwegen ihre unterthänigste repræsentation sub dato den 10 Iun. 1743. gethan, daß ihnen nicht zuzumuthen, sie auch sich nicht unterwinden könten noch dürfften, ihrem gnädigsten Herrn und Fürsten dergleichen Vortrag zu hinterbringen: als in der weiteren Gegen-Vorstellung zu ersehen, welche in den allerbittersten und schmählichsten Ausdrückungen, so nur zu erdencken seyn mögen, des Fürsten hohe Persohn selbst immediate angegriffen, angesehen in solcher Schrift, eine Sättigung seiner anderwärts hingerichteten verdammlichen Liebes-Flammen, erstaunliche Hindansetzung aller Ehren, Gewissens und Christenthums, Schande und Laster-volle Zumuthungen wider eigenes Wissen und Gewissen, abscheulige Bedrohungen, sündhafte und lasterhafte Zumuthungen, recht sinn-lose Bedrohungen, ein von fremder schändlicher Liebe gantz ersoffenes Gemüth und dergleichen beygeleget und beygemessen worden, welches solche unziemliche und in die äuserste Schmähungen, ausschweiffende Ausdrückungen sind, welche in keiner Klage nicht einsten gegen niedrige, geschweige denn gegen hohe Persohnen zu billigen, noch weniger diesen zu zumuthen ist, sich auf dergleichen schmähsüchtige Klage, die nicht einsten communicabel ist, einzulassen. Dabey denn der Frau Klägerin nicht zum Vor- 49
wand dienen kan, daß ihr Gemahl selbsten in harten terminis, wie aus denen Beylagen sub p. et o. zu ersehen, geschrieben, zumahl solche Schreiben nicht gerichtliche product. sondern priuat ad tertium gerichtete Nachrichten und instructiones sind, welche die Gemahlin vor sich priuato ausu produciret, und nicht so schmähsüchtig eingerichtet sind, da hergegen die iniurieuse Klage von der M. commission als ein gerichtliches productum angenommen, darauf citation erkannt, und den Fürsten zum höchsten despect communiciret worden, welches denen Rechten nach nicht geschehen mögen, und man also selbsten Gelegenheit gegeben, daß derselbe sich darauf einzulassen, billig Bedencken getragen.

So halten wir davor, daß seine Durchlaucht 50
auf ein so iniurieuses libell als sub n. 10. zu stehen sich einzulassen, nicht adstringiret werden könne.

Anlangend die vierdte Frage.

Quæstio IV.

Ob der iudex ecclesiasticus sub præ 51
textu causæ ecclesiasticæ **in solcher Sache, wo es augenscheinlich auf einen ergiebigen jährlichen Unterhalt, und zwar in höherm** quanto **als das** per pacta domus **geordnete Witthumbs-Gehalt, nach dem** extract sub n. 20. in f **beträget, angesehen ist, zu** iudiciren, **und in** euentum **seinen Spruch zur** execution **zu befördern sich ermächtigen könne?**

Rationes dubitandi.

Ob wohl die præstationes personales, wes- 52
wegen die erste Klage angestellet worden, aus dem im anno 1740. getroffenen Vergleich, zwischen denen beyden Fürstlichen Eheleuten, und also ex causa matrimoniali herrühren, und diese sich dabey der cognitioni ordinarii unterworffen, wenigstens also ex causa connexa, worauf auch die Fürstliche Frau Gemahlin das fundamentum iurisdictionis ecclesiasticæ gesetzet, solches fundiret seyn möchte, zumahl auch sonsten in causa diuortii ad priuationem dotis incidenter wohl geklaget werden kan.

c. 3. X de donat. inter vir. et vxor.

Rationes decidendi.

53 Dieweil aber dennoch, wenn gleich voraus gesetzet werden solte, daß die iurisdictio ordinarii, gegen die in quæst. I. befindliche decision, in causa ecclesiastica über N. statt finden solte, dennoch ein Unterschied denen Rechten nach gemachet werden muß, ob principaliter und allein einer ex coniugibus ad præstationes personales ex negotio quodam klage, und also dessen implementum bloß suche: oder ob principaliter ad dissolutionem matrimonii vel in totum, vel in tantum, incidenter aber und accessorie ad præstationes quasdam zugleich klage, die ex causa principali herrühren, und dessen offenbahre Folgen sind, da im letzten Fall das forum ecclesiasticum ex causa incidente et connexa fundiret ist.

c. 3. X de donat. int. vir et vxor ibi: et de dote, quæ est causa incidens, accessorie cognoscere voluistis etc.

54 Dagegen im ersten Fall, wenn bloß aus einem Vergleich inter coniuges ad implementum, oder ex pactis dotalibus, ob solche gleich aus der Ehe herrühren, die Klage principaliter und allein erheben wird, solche ohnstreitig eine quæstio mere ciuilis ist, und coram iudice seculari angestellet werden muß,

c. 11. X. de foro compet.

55 zumahl solche alsdann nicht incidenter und accessorie, welches allein der Pabst *in cit. c. 3.* zulässet, tractiret, sondern allein auf das implementum contractus ciuilis geklaget wird, man auch keine causam incidentem, accessoriam et connexum absque præcedente principali sich concipiren kan, wie die definitio causæ incidentis zeiget

apud STRVK. *de caus. incid. c. I. §. 6.*

56 auch die connexitas rei ein ander negotium, woraus man klaget, voraus setzet, mit welcher es dergestalt verbunden ist, vt cognitio vnius ad vlterius cognitionem faciat,

MEV. *conf. 14. n. 5. et conf. 54. n. 32.*

57 qua de causa si de dote principaliter ex pactis dotalibus agitur, non potest iudex ecclesiasticus de illa cognoscere, quia mere seculare est,

PETRVS BORBOSA *ad l. 1. solut. matrim. n. 26.*

FERMOSIN *ad c. 13. X de iudic. qu. 13. n. 22.*

imo si tantum de matrimonio coram iudice ecclesiastico actum est, nulla de dote facta mentione, post iudex ecclesiasticus, si de ea separatim agitur, de illa non cognoscit, quia eo casu non posset hæc causa dici incidens,

ANTON. GRANNANIETTO *ad decret. c. 3. de ordin. cognit. n. 5.*

58 welches ebenfals zu sagen ist, wenn aus einem Vergleich zwischen Eheleuten principaliter und allein, wie hier geschehen ist, geklaget wird, zumahl eadem ratio, wie mit denen præstationibus aus denen Ehe-pactis ist, sich alhier auch befindet, dabey auch gantz ohnstreitig ist, daß die hochfürstliche Frau Klägerinnen in der ersten Klage allein ad implementum transactionis geklaget, und mit klaren Worten sich herausgelassen, daß sie noch zur Zeit nicht ad separationem quoad thorum et mensam ihre Klage angestellet noch anstellen wollen, sondern bloß aus dem Aussöhnungs-Vergleich und was daraus N. schuldig seyn möchte, alle prætension formiret, dabey aber nicht wenige quæstiones mere ciuiles, die auch zugleich die im gedachten Vergleich zum Grunde gelegte Ehepacta betreffen, vorkommen, bevorab da beydes denen Hauß-Verträgen zuwider lauffen, und dahero bey der folgenden Frage die Unbündigkeit derer Ehe-pacten und des quæstionirten Vergleichs untersuchet werden wird; so zur cognition der höheren Reichs-Gerichte gehören. Dagegen denn der Vorwandt, daß die cognitio ordinarii in dem quæstionirten Vergleich agnosciret sey, nicht zu regardiren, als welches bloß in causa matrimoniali geschehen, so hier gar nicht befindlich, ja die gantze Sache von der Bündig- oder Unbündigkeit desselben dependiren wird. 59

So erhellet hieraus so viel, daß nach Maaßgebung der ersten Klage der iudex ecclesiasticus von denen præstationibus zum jährlichen Unterhalt nicht cognoscirn können. 60

Bey der fünften Frage:

Quæstio V.

Ob auch der Fürst zu N. allenfals zu einem höheren jährlichen Gehalt als die pacta domus besagen, condemniret werden könne? 61

Rationes dubitandi.

Halten wir vor recht.

Ob wohl der Vergleich quoad transigentes ipsos allerdings verbindlich seyn möchte, zumahl wenn der Fürst von L. vltra legem domus paciscirt, solches zwar die Herrn Brüdere nicht, wohl aber den durchlauchtigsten paciscenten zu verbinden scheinet, als welcher ex facto obligiret ist, und die dagegen opponirte exceptio de iure tertii zu seyn scheinet, welche ihm nicht zu statten kommen kan. 62

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in dem testamento auito, welches der primogenitur-Ordnung einverleibet, und also pro lege domus gesetzet ist, ausdrücklich versehen, daß keiner Fürstlichen Gemahlin über tausend Gülden zur Morgengab, so dann über sechzehen hundert, bis zweytausend Gülden Rheinische, zum Witthums-Gehalt, nebst andern præstandis an Früchten ꝛc. zugeleget werden solle, welche Verfassung, 63

da

da sie als ein lex perpetua domus, bey der primogenitur-Ordnung angenommen und fest gesetzet ist, keinesweges ohne derer jenigen, quorum interest, consens überschritten werden kan, welchen aber die Hochfürstliche Gemahlin anzuschaffen nicht besorget gewesen, also alles dasjenige, was dagegen vorgenommen ist, vor unbündig zu halten, eben als wie bey fideicommiss und Lehn-Gütern derer interessenten consens erfordert wird, zumahl denen apangiatis propter futuram successionem, dazu sie ein ius quæsitum haben, viel daran gelegen, daß das Land mit diesen præstationibus nicht beschweret, noch die Fürstliche Cammer dadurch erschöpffet werde: welches zwar eine exceptio de
64 iure tertii zu seyn scheinet, gleichwohl gantz natürlich ist, daß wenn die Sache ad motum kommen, und die Fürstliche Gemahlin auf ihr versprochenes quantum schlechterdings andringen solte, alsdann die Herrn interessenten sich gewiß interueniendo melden und nicht verstatten werden, daß die Hochfurstliche Gemahlin zu ihrem Unterhalt mehr, als lex domus zulässet, bekomme oder ihr adiudiciret werde, ja da der regierende Fürste selbsten an dieses pactum domus verbunden, und durch dasselbe gebunden gewesen, vltra quantitatem permissam etwas weiter zu versprechen, solche Verbindung in so weit pro inefficaci auch in ihrem regard zu achten,

l. f. C. de reb. alien. non alien. l. 5. C. de L. L.

65 als welche nicht allein von deroselben, sondern auch von deren interessenten Willen dependiret, darneben auch das Befugniß und Vermögen in agente se obligandi, erfordert wird, woran es sereniſſimo ermangelt hat, ein höheres Versprechen contra legem domus an seiner Frau Gemahlin zu thun, sie also darauf kein ius agendi haben kan; potestas enim vbi deest,
66 ibi nec voluntas, nec iustitia actus sufficiunt,

MENOCH *cons. 75. n. 34.*
GOEDD. *cons. Marp. 33. vol. III. n. 426.*

sed nullum est ipso iure, quia contra leges factum.

cit. l. 5. c. 64. de R. I. in 6.

67 So ist N. allenfals zu einem höhern jährlichen Gehalt als ietzt ermeldte pacta besagen, nicht gehalten.

Endlich so viel die letzte Frage betrifft:

Quæstio VI.

68 **Ob nicht andere Catholische oder Evangelische, weltliche Fürsten einige Ursache haben, aus dergleichen Ertz- und Bischöfflich angenommener iurisdictions-Gewalt, wenn sie zur völligen Ausübung gedeyen solte, wiedrige consequentien zu deroselben Nachtheil zu besorgen, und sich deßhalb für L. in tantum zu interessiren, und durch welche Mittel und Wege solches am füglichsten bewürcket werden könne?**

Rationes dubitandi.

Ob wohl die intercessiones ad regulas consilii bloß zugehören scheinen; so bey allen Klagen zwar gebräuchlich, nicht aber von grossen Würckungen sind, darneben niemand sonderlich, und zwar ex iure perfecto, cum potestate contradicendi interessiret seyn möchte, coram quo foro diese causa domestica et matrimonialis gehöre, bevorab da allenfals L. die via appellandi frey bleibet, wenn er von der angeordneten commission überschnellet und grauiret werden solte. 69

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch bey dieser Sache ein höchst præiudicirlicher Punct de resuscitato iure ordinariatus respectu territoriorum, intuitu quorum iurisdictio episcopalis penitus suspensa est, eique omnes effectus per consequentiam subducti sunt, vorkommt, wobey einestheils das corpus euangelicum interessiret ist, damit dergleichen principium, dem bereits in anderen davon dependirenden Streitigkeiten widersprochen, nicht überhand bekommen, sondern der vsus status et obseruantia anni decretorii bey denen Evangelischen territoriis die vnica norma et regula verbleiben möge, 70

art. V. I. P. §. 25. et 33.

dergestalt also diese Sache wegen der unternommenen geistlichen Gerichtbarkeit über L. in loco pure euangelico in dem Oßnabrückl. Friedens-Schluß einschläget, dabey alle und iede interessiret sind und dahero coniunctis consiliis vna cum parte læsa ad præiudicium tale auertendum cooperiren können und müssen: 71

art. XVII. I. P. §. 6. ibi: teneantur omnes et singuli huius transactiones consortes vnitis cum parte læsa consiliis etc.

anderntheils viele Catholische Stände, in dergleichen Evangelischen Landen, eben die suiten zu befürchten haben, daß die antiquitus contra totum territorium euangelicum suspensa iurisdictio ecclesiastica, auch nunmehro post mutatam religionem, wieder gegen sie hervor gesuchet und bey sich ereignenden Streitigkeiten in matrimonialibus et aliis causis ecclesiasticis in Uebung wieder gebracht werden möchte, welches ihnen aus vielen Ursachen nicht anzumuthen ist, da man wohl weiß, wie viel einem Stande des Reichs daran gelegen, ne a iudice non suo in ius nec a quouis iudice in iudicium trahatur; also kein Zweiffel, daß das 72 corpus euangelicum sowohl, als andere Catholi- 73

tholische interessirte weltliche Landes-Herren dem Fürsten vom L. coniunctis consiliis beytreten, und deswegen bey M. zulängliche remonstration ad auertendum omne præiudicium thun werden, wie bereits in causa possessorum catholicorum, von welchen der Catholische Clerus die secularisirte Kirchen- und Closter-Güter wieder fordern wollen, geschehen ist.

So halten wir davor, daß Serenissimus am besten und sichersten thue, wenn derselbe sich vornemlich des corporis euangelici Vermittelung und hohe assistence dabey suche, als welches am meisten dabey interessiret ist, daß die iurisdictio ordinarii in loco pure euangelico nicht wieder resuscitiret werde. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXLIII.

RESPONSVM III.

THEMATA.

I. De iure statuum imperii se tuendi in statu integro iurium superioritatis territorialis tam in ecclesiasticis quam ciuilibus.

II. Vtrum et quatenus principes catholici in matrimoniis propriis æquali cum protestantibus iure et potestate fruantur?

III. De libertate mutandi religionem ob iniquam exclusionem a sacris.

SVMMARIA.

Quæstio I. de libertate statuum imperii. n. 1.
Iura statuum imperii superioritatis in litem deducta subsunt decisioni supremi iudicis. n. 2.
Catholici status æquali libertate in ecclesiasticis non gaudent cum statibus protestantibus, ex propriis suæ confessionis principiis. n. 3. 8.
Nemo alterum in exercitio superioritatis territorialis turbare potest. n. 4.
Tum intra quam extra imperium. n. 5.
Ipso cæsare suffragante. n. 6.
Nulla eius obstante aduocatia intuitu sedis Romanæ. n. 7.
Quæstio II. et III. de statuum catholicorum iure in causis matrimonia propria concernentibus. n. 9.
Principes catholici in causis ecclesiasticis et matrimonialibus subsunt pontificis et episcoporum iurisdictioni. n. 10.
In quo differunt a statibus protestantibus. n. 12.
Nisi territorio simpliciter sacris protestantium addicto secundum statum anni decretorii præsit. n. 12.
Aliud dicendum, si in dicto anno episcopi iurisdictionem ecclesiasticam in illo territorio exercuerint. n. 13.
Olim etiam reges Francorum in causis matrimonialibus ius dixerunt et dispensarunt. n. 14.
Quod ius reduxerunt protestantes in suis territoriis. n. 15.
Eodem iure uti possint catholici status in territoriis, quæ anno 1624. episcopali iurisdictioni penitus subtracta fuerunt, in causis ad connubia sua pertinentibus. n. 16.
Per indirectum instrumentum pacis catholicis prodest. n. 17. 19.
Principes imperii in causis proprii matrimonii iudices sunt. n. 18.
Quæstio IV. de libertate mutandi religionem. n. 19.
Mutatio religionis non suscipienda ex causis mere politicis. n. 20.
Hæc alias libera est. n. 21.
Et iundata est, si illius catholicum principem a sacris excluserit. n. 22. 23.
Quæstio V. quatenus princeps catholicus contra suam vxorem contumacem in causa matrimoniali procedere queat. n. 24.
An vxor catholica contumax dicendu, quæ alium iudicem quam pontificem vel ordinarium in matrimoniali causa agnoscere recusat? n. 25.
Exemplo Ludouici XIII regis Galliæ hoc illustratur. n. 26.
Matrimonia intuitu sacramenti subsunt cognitioni ecclesiasticæ. n. 27.
Pontifex causas matrimoniales principum catholicorum in territorio, quod anno 1624. nec pontificis nec episcoporum catholicorum

rum agnouit iurisdictionem, nec per delegatos iudices cognoscere potest. n. 28.
Inuito ipso principe catholico. n. 29.

Anhang einiger Fragen zur Erläuterung des vorhergehenden Gutachten:

Quæstio I.

1 **Ob die Hohen und aus dem Wesen ihrer superioritatis territorialis oder Reichs-Fürsten-Standschaft herfliessenden iura einem Reichs-Fürsten wider seinen Willen genommen, und durch auswärtige und innerliche Gewalt verwehret oder abgedrungen werden können?**

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl die Ausübung der Landesfürstlichen Hoheit und der daraus herfliessenden Rechte, so ferne sie in Streit gezogen werden, ihren ordentlichen Richter in secularibus et ecclesiasticis haben, und nach Maaßgebung der Religions-principiorum bey allen Ständen nicht
3 einerley Art und Eigenschaft sind, anerwogen, die protestirende Reichs-Stände weit mehr Freyheit in ecclesiasticis, als die Catholischen geniessen, nachdem diese denen Bischöfen und dem Pabste in ihren Landen die iurisdictionem ecclesiasticam eingeräumet, und sich selbsten derselben unterworffen, auch nicht anders nach denen principiis iuris canonici, so sie billigen müssen, verfahren können, nach welchem die laici derselben unfähig geachtet werden, cum episcoporum genibus colla sua submittere debeant reges et principes, nec sit differentia inter has oues et illas oues.

c. 9. et 10. in f. dist. 96.
c. 6. X. de maior. et obed.

Rationes decidendi.

4 Weil aber dennoch die Frage in genere und in thesi bloß aufgeworffen, und von allen und ieden Hoheits-iuribus also zu verstehen ist, dabey aber die Reichs-Gesetze klare Maasse und Ziel geben, daß niemand dem andern in dessen Ausübung Eingriff thun, und solche quouis modo schmälern solle, zumahl anfänglich im Oßnabrückischen Friedens-Schluß art. VIII. §. 1. dieserwegen also versehen: omnes et singuli electores, principes et status imperii Romani in antiquis suis iuribus, prærogatiuis, libertate, priuilegiis, libero iuris territorialis tam in *ecclesiasticis* quam *politicis* exercitio, ditionibus, regalibus, harumque omnium possessionem vigore huius transactionis ita stabiliti firmatique sunto, vt a nullo vnquam sub quocunque prætextu de facto turbari
5 possint nec debeant, durch welche Worte diese

Modus procedendi contra contumacem vxorem illustrem in tali territorio, de quo n. 28. *dictum est.* n. 30.

Frage völlig decidiret und behauptet ist, daß kein Reichs-Fürst in dem freyen iuris territorialis exercitio so wohl in geist- als weltlichen Sachen von niemand, also auch, von keiner auswärtigen oder innerlichen Gewalt, als vom Pabst, Kayser, oder andern beeinträchtiget werden solle, womit auch die Kayserliche Wahl-capitulation art. I. §. 8 übereintrifft, woselbst Kayserliche Majestät selbsten sich also verpflichtet: Wir wollen weder denen Reichs- 6
Gerichten, noch sonsten iemanden, wer der auch sey, gestatten, daß denen Ständen in ihren *territoriis* in Religions-politischen und Justiz-Sachen *sub quocunque prætextu* wider den Friedens-Schluß, oder aufgerichtete rechtmäßige und verbindliche *pacta* vor- und eingegriffen werde. Durch welche 7
Worte Seine Kayserliche Majestät den art. VIII. §. 1. i. f. von neuen bestätiget, und im §. 10. noch hinzu gethan wird, daß die aduocatia respectu des Römischen Stuhls, dem Religion- und profan- auch dem Münster- und Oßnabrückischen Friedensschluß zum Nachtheil nicht angezogen werden solle, wodurch verhütet worden, daß ex causa aduocatiæ Seine Kayserliche Majestät die Reichs-Stände zum faveur des päbstlichen Hoffes in libero iuris territorialis exercitio tam in ecclesiasticis quam politicis nicht beeinträchtigen, noch dem zum Nachtheil dieselbe anziehen wolle, endlich auch dieses in dem Reichs-Abschied de anno 1654. §. 193. ebenfals wiederholet, und ohne Unterschied versehen worden, dabey aber was die Catholischen 8
Stände ins besondere betrifft, die declaration in den folgenden sich finden wird, sie auch eben dergleichen Freyheit geniessen könten, wenn sie denen geistlichen Kirchen-Regenten nicht so vieles eingeräumet, und sich des liberi exercitii in ihren Catholischen Landen nach ihren Religions-principiis begeben hätten.

So ist nach diesen klaren principiis die erste Frage ohnstreitig negatiue zu beantworten.

Quæstio II.

9 **Ob ein solcher Reichs-Stand, da er der Römisch-Catholischen Religion zugethan ist, und solcher in übrigen zugethan verbleiben will, wenn er mit der Gemahlin in Ehestreitigkeiten verfället, nicht vor GOtt und Menschen befugt sey, sich des anfangs erwehnten Hohen in dem Wesen der Reichs-Fürsten-Standschaft enthaltenen Rechten, wie andere Reichs-Fürsten**

protestirender Religion, zu bedienen?

Quæstio III.

Und ob er, saluis imperii legibus saluaque superioritate territoriali von iemanden an dem Gebrauch solthanen Rechts gehindert, oder auch genöthiget werden könne, sich andern auch wol fremden Meynungen schlechterdings zu unterwerfen, und im Gegentheil seines hohen Reichs-Fürsten-Rechts in eigenen Ehe-Sachen zu begeben?

Rationes dubitandi.

10 Ob wol hiebey voraus gesetzet wird, daß hier von einem Catholischen Reichs-Fürsten lediglich die Frage sey, welcher der Catholischen Religion zugethan verbleiben will, und also nunmehro dagegen angeführet werden möchte, daß nach der Natur der Römisch-Catholischen Religion, und dessen Grundsätzen ein solcher Reichs-Fürst der Bischöflichen und päbstlichen Iurisdiction in causis ecclesiasticis unterworfen seyn müsse, quæ iure diuino episcopis virtute iuris clauium data censetur,

c. 6. X. de maior et obed.

cum de sacerdotibus in genere dictum sit: ecce constitui te super gentes et regna.

per cit. c. 6.

Und weil auch Ehe-Sachen vorlängst dahin mit gezogen sind, nicht wohl zu begreifen ist,
11 wie ein solcher Reichs-Fürst nach denen principiis derer protestirenden Stände eben die Freyheit- und Hoheits-iura in seinen eigenen Ehe-Sachen sich anmassen wolle oder könne, zumal derselbe nach seinen Religions-principiis die freye Ausübung der Landes-Fürstlichen Hoheit nunmehro einschräncken, und sich deren in ecclesiasticis causis begeben muß.

Rationes decidendi.

12 Weil aber dennoch hiebey nach dem Osnabrückischen Friedens-Schluß art. V. §. 48 ein Unterschied gemachet werden muß, ob ein Catholischer Reichs-Fürst vorizo in einem territorio regens sey, welches anno 1624. gantz Evangelisch, auch respectu des Landes-Herrn und der Catholischen Geistlichen Regenten-iurisdiction
13 gantz entzogen gewesen, oder ob derselbe im gedachten Jahr nebst seinen Unterthanen die Bischöflichen und Päbstlichen Hoheits-iura in sacris agnosciret? Da zwar im letzten Fall dasjenige, was in rationibus dubitandi angeführet ist, seine richtige application findet, und ein solcher Catholischer Reichs-Stand sich, salvis suæ religionis principiis, von der geistlichen Oberbotmäßigkeit des Pabsts oder der Bischöfe nicht losmachen kan,

c. vnam sanctam in extrav. comm. de maior et obed. 14

allermassen, ob gleich nach der protestirenden Einsicht die Bischöfe aus göttlichem Gesetze keine iurisdiction und imperium ausüben können, die Alterthümer auch darlegen, daß vormals die Kayser und reges Francorum dieselbe auch in ecclesiasticis et speciatim in matrimonialibus ausgeübet, dannenhero auch so gar dispensationes in gradibus prohibitis ertheilet, von Ehe-Sachen und diuortiis Gesetze gegeben, und also ihre eigene Gemahlinnen ex iusta causa von sich geschieden,

LAVNOIVS *de reg. in matrim. potest.*

dennoch der Römische Hof nach denen verflossenen 15
esten tausend Jahren gantz andere und diejenigen principia angenommen, durchgehends eingeführet, ja zur Glaubenslehre gezogen, und dadurch die Landesfürstliche Hoheits-iura überaus geschwächet, welches eben die Protestanten veranlasset, durch die geschehene reformation sich in die erste Freyheit wieder zu setzen, und das liberum iuris territorialis exercitium in ecclesiasticis wieder herzustellen, welchen aber die Catholischen Reichs-Stände, auch sogar die Weltlichen, sich heftig widersetzet, und dahero in ihrer eingeschränckten Macht und Gewalt freywillig geblieben sind, 16
und noch in ihren Catholischen Landen bleiben, welches aber doch auf den ersten Fall, da in anno decretorio ein Land pur Evangelisch, und der Catholischen geistlichen iurisdiction entzogen gewesen, nicht zu extendiren, zumal obgleich der Landes-Herr nachhero für sich Catholisch geworden, dennoch solches gantze Land von dem vorigen iure diœcesano et iurisdictione ecclesiastica cum omnibus suis speciebus et sic etiam pontificis Romani, völlig befreyet, und dannenhero, wenn gleich der Landes-Herr seine Religion geändert, die reuiuiscentia horum iurium keinesweges ratione seiner Person zugestatten ist, wie wir in unserem vorigen responso ausgeführet haben, dadurch also per 17
indirectum geschiehet, daß was denen protestirenden zum Besten verordnet, solches auch in einem solchen Evangelischen und der Päbstlichen und Catholischen iurisdiction entzogenen Lande, dem der Römisch-Catholischen Religion zugethanen Landes-Herrn für seine Person mit zu gute komme, daß er wider seinen Willen die vorige, aber nunmehro in regard des Evangelischen territorii aufgehobene Schrancken der iurisdictionis ecclesiasticæ über sich zu agnosciren nicht gehalten sey, damit nicht die vorigen limites iurisdictionis ecclesiasticæ allgemälig wieder hergestellet und die päbstliche und andere geistliche Catholische Gewalt in einem solchen Lande, auch in anderen Puncten, reduciret werde; woraus denn folget, daß ein solcher 18
Reichs-Fürst vor sich in seinen Ehe-Sachen, quod alius iudex hic deficiat, nach derer protestirenden principiis verfahren könne, wovon insbesondere handelt:

STRYCK. *de via facti princip. imper. permissa. c. III. §. 7.*

wie

19 wie denn in unserem ersten responso dargethan ist, daß auch in andern Fällen der Oßnabrückische Friedens-Schluß per in directum denen Römisch-Catholischen Reichs-Ständen zu statten komme, damit solcher um destomehr in seiner consistentz verbleibe:

So ist in beyden Fragen nach diesem Unterschied von einem Catholischen Reichs-Fürsten, in seinen eigenen matrimonial-Sachen zu versahren.

Quæstio IV.

20 **Ob einem über gemeinen iuribus und prærogatiuis in eigenen Ehe-Sachen haltenden, und sich darnach führenden, aber desfals a sacris excludirten Reichs-Fürsten vor GOtt und Menschen zu verdencken sey, wenn er sich zu einer andern äusserlichen Christlichen Kirchen-Gemeinde im Reiche begebe?**

Rationes dubitandi.

21 Ob wohl die Religions-Veränderung nicht unbedachtsam, oder aus weltlichen Absichten, sondern bloß aus Gewissens-Trieb, und aus besserer Einsicht derer Glaubens-Lehren einer andern Religion vorzunehmen, im Gegentheil aber es das Ansehen gewinnen will, als wenn ein solcher Catholischer Reichs-Fürst bloß zu Maintenirung seiner Hoheits-iurium, und also aus blossen politischen Ursachen eine andere Religion anzunehmen intendire, nach welcher er nicht auf die Art, wie bey der Römisch-Catholischen Religion, eingeschränket ist.

Rationes decidendi.

22 Dieweil aber dennoch dieses zuforderst seinem Gewissen anheim zu stellen ist, darüber andern zu urtheilen nicht zustehet, inzwischen nach denen Reichs-Gesetzen, und absonderlich nach dem Oßnabrückischen Friedensschluß die mutatio religionis libera I. P. *art. V. §. 15.* und nicht zu leugnen ist, daß derjenige, der zur Evangelischen Religion tritt, vieles dabey gewinne, und einen grossen Zusatz zur völligen Ausübung seiner Landesfürstlichen Hoheit dadurch überkomme, also den art. VIII. §. I. I. P. mit

23 grösserer Freyheit auf sich appliciren könne, dazu er auch in specie in dem in proposita quæstione gesetzten casu allerdings einen zureichenden Grund hat, zumal darinn præsupponiret wird, daß ein solcher Reichs-Fürst von seiner Catholischen Clerisey a sacris excludiret, und also wenigstten in excommunicationem minorem verfallen sey, worauf in fernerem Weigerungs-Fall die maior zu befürchten, so sich Kayser, Könige und Fürsten unterwerfen müssen,

24 wodurch aber ein solcher imperii princeps ca-

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

tholicus gezwungen wird, sich seiner Clerisey Willen in allen zu unterwerfen, von welchem harten Joch er sich durch die mutationem religionis gar wohl entschütten kan, zumal er doch so viel Erkäntniß in der Religion haben wird, daß er leicht die Wahrheit einsehen, und den Grund des Glaubens beurtheilen möge:

So sind wir der rechtlichen Meynung, daß in solchem Fall einem Catholischen Fürsten nicht zu verdencken stehe, wenn er sich zu einer anderen Christlichen Gemeinde im Reiche begeben wolle.

Quæstio V.

Da eine Fürstliche Gemahlin von 25 **gleichem Stande mit ihrem Gemahl ist, wie es anzufangen sey, wenn solche den unter Reichs-Fürsten sonst gewönlichen Weg, eigene Ehe-Sachen zu entscheiden, nicht eingehen noch wandeln, auch wohl mit Anziehung der unterm Vorwandt** religiosæ conscientiæ **beständig dagegen** protestiren, mithin speciem contumaciæ **von sich geben, in Niedersetzung eines unpartheyischen Austrags nicht willigen, noch einige geschickliche Glieder zu selbigem benennen wolle?**

Rationes dubitandi.

Ob wohl in diesem Fall fast zu befürchten, 26 daß alle vorgeschlagene Mittel umsonst seyn möchten, zumal wenn die Fürstliche Gemahlin nach denen principiis ihres Gewissens gehen will, sie keinen andern, als entweder den ordinarium oder den Pabst, oder die von demselben gesetzte commissarien pro iudicibus in dieser Sache erkennen, und sich auf so viele exempla berufen wird, nach welchen in dergleichen Fällen das geistliche Gerichte auch von Königen agnoscirt ist, als von Ludewig dem XIII, wel- 27 cher eifrigst bey dem Pabsttum seines Bruders des Gastons, mit der Prinzeßin von Lotharingen ohne seinen consens getroffenen Heyrath zu annulliren gesuchet, aber solches nicht einsten erhalten, noch seine Clerisey dahin bringen konte, daß sie dem päbstlichen Hofe zuwider, sich dieser Sache unterzogen hätten, ob wol sonsten die Könige in Franckreich in causis ecclesiasticis et matrimonialibus weit mehr Freyheit, als in Teutschland die Catholische Reichs-Fürsten, sich anmassen, zu dessen Behuf der berühmte IO. LAVNOIVS den tractat,

de regia in matrimonium potestate,

geschrieben, und darinn behaupten wollen, daß 28 in der Ehe so wol ein negotium ciuile, als eine geistliche Handlung quoad sacramentum, und

in diesem leztern regard solches allein der cognition ecclesiasticæ iurisdictionis unterworfen sey, welches principium ein princeps Romano-Catholicus agnosciren, wenigstens befürchten muß, daß seine Gemahlin darin Beystand von allen Bischöfen, ja von Kayserн und allen weltlichem Catholischen Herren finden dürfte, bey welchen vniuersali dissensu, und da sie probabilem contradicendi causam haben wird, fast kein Mittel auszufinden, wie man gegen sie in contumaciam verfahren könne.

Rationes decidendi.

29 Dieweil aber dennoch der Catholische Reichs-Fürst, in einem Evangelischen Lande, des vormaligen ordinarii iurisdiction, so wenig als die Päbstlichen zu agnosciren nicht schuldig ist, zumal wenn der Pabst per delegatos die Ehe-Sache tractiren lassen wolte, solches in partibus, und also in dem Evangelischen Lande thun müste, zumal, ob wol constituiret ist, ne quis extra diœcesin vltra duas diætas trahatur,

c. 28. 29. X. de rescript.

dennoch solches im gegenwärtigen Fall nicht angehen will, da die diœceses antiquæ respectu der Evangelischen Länder per I. P. art. V. §. 48. aufgehoben, und nicht weiter angeführet wer-
30 den können, auch sonsten die euocationes extra territorium ad peregrina iudicia ein solcher princeps zu admittiren nicht schuldig ist, also das iudicium delegatum pontificis in Evangelische Lande angestellet werde müste, welches er aber wider seinen Willen zu dulden nicht angehalten werden mag, also kein ander Mittel übrig ist, als daß ein unpartheyischer Austrag, 31
wozu die Fürstliche Gemahlin einige membra nennen kan, welche doch aus der Römisch-Catholischen Religion zugethanen geistlichen Personen bestehen muß, gesetzet werde, vor welche diese Ehe-Sache, seruato iuris ordine, tractiret, und wenn sie dazu keine benennen will, alsdann von dem principe selbsten diese Austregæ an ihrer statt erwählet, und in contumaciam lis pro negatiue contestata angenommen, der klagende Theil aber zu Beweiß- und Ausführung seiner intention gelassen werde, worauf alsdann die acta an eine unpartheyische, sowol theologische als iuristische Facultät zu verschicken und das endliche decisum abzuwarten, bey dessen Erfolg sich finden wird, wie weiter zu verfahren. Uebrigens der Vorwand des Gewissens nicht hindern, noch ein und anderes Exempel dagegen nichts wircken kan, da dieses auf Fälle gehet, vbi iudex ordinarius non deficit, so hier fehlet, jenes aber den Lauf der Rechte nicht hemmen, noch den andern Theil binden kan, in beständiger Unruhe und Ungewißheit wegen der getroffenen Ehe zu leben.

So gehet unsere Meynung dahin, daß auf dem Weigerungs-Fall der Fürstlichen Frau Gemahlin, wie vorhin gedacht und ausgeführet ist, zu verfahren sey.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IAN. MDCCXL.

RESPONSVM IV.

THEMATA.

I. De iure calendarii reformandi. n. 1-55.

II. Vtrum princeps catholicus in territorio euangelico ad pascha secundum calendarium Gregorianum celebrandum subditos euangelicos cogere queat? n. 56-77.

III. De suspensa iurisdictione ecclesiastica. n. 78-90.

IV. Si remissio non est gratia, conditioni adiectæ impune non paretur, præsertim si conscientiæ repugnat. n. 90-100.

V. *Aditus ad principem subditis grauatis patere debet, nec propter preces quis est puniendus.* n. 101-108.

VI. Principi subditorum preces in causa religionis reiicienti, eisque contra leges imperii religiosas, quid iniungenti, non est parendum. n. 109-115.

SVMMA.

SVMMARIA.

Quæstio I. An princeps catholicus subditos, A. C. addictos cogere possit, vt pascha celebrent secundum Gregorianum calendarium? n. 1.
An introductio calendarii sit res secularis vel ecclesiastica? n. 2.
Gregorius XIII. orbi christiano calendarium suum obtrudere voluit. n. 3.
Calendarii æqualitas promouet iustitiam et commercia. n. 4.
Calendarii introductio communi statuum consensu agnita est pro re mere politica. n. 5.
Immo ab ipso imperatore. n. 6. 7.
Sine agnitione iuris dictionis papalis, et sine præiudicio religionis calendarium Gregorianum introduci potest. n. 8.
Princeps catholicus calendarium tanquam rem politicam introducere potest. n. 9.
Præsertim Iulianum, etiam in paschate celebrando. n. 10.
Quod Carolus M. introduxit, et pro re seculari habuit. n. 11.
Calendarium nouum non multum differt a Gregoriano. n. 12.
Interest vtriusque religionis, commune calendarium introduci. n. 13.
Introductio noui calendarii, a corpore Euangelico facta, non est lex imperii. n. 14.
Status catholici seculares, vti euangelici, ius sacrorum respectu subditorum A. C. addictorum ex superioritate territoriali deriuant. n. 15. 17.
Imperatores et Reges Francici ius sacrorum exercuerunt. n. 16.
Principiis curiæ Romanæ reformatio calendarii est res ecclesiastica. n. 18.
In terris catholicorum duæ diuersæ respublicæ sunt. n. 19.
Respublica ecclesiastica limites secularis semper turbauit. n. 20.
Frustra eruditi limites vtriusque vestituere conati sunt. n. 21.
Pontifex etiam id ægre tulit. n. 22.
Assecla curiæ Romanæ ius calendarium corrigendi ad iura papalia et ecclesiastica referunt. n. 23. 44.
Omnes christianæ respublicæ correctiori calendario indiguerunt. n. 24.
Papa vniuersum orbem pro sua diœcesi habet. n. 25.
Propter multa sanctorum festa ecclesia Romana calendarii correctionem ad iura sacra retulit. n. 26. 38.
Olim quælibet ecclesia suas indiculos habuit. n. 27.
Episcopi in missa festa populo indixerunt. n. 28.
Quod etiam episcopis in conciliis iniunctum. n. 29.
Ante inuentam artem typographicam quilibet annos, menses, et notabiliores res gestas in scriptis annotauit. n. 30.
Item festa, præsertim mobilia. n. 31.
Metropolitani episcopis suis suffraganeis tempus celebrationis paschatos indixerunt. n. 32.
Archiepiscopi episcopis. n. 33.
Et hi in festo natiuitatis Christi populo. n. 34.
Incertitudo temporis paschatos, secundum concilium Nicænum, ex falsitate calendarii Iuliani ortum habet. n. 35.
Correctio calendarii frustra in concilio Constant. tentata. n. 36.
Item in concilio Basilienſi lateranenſi V. et Trident. n. 37.
Gregorianus XIII. calendarium tanquam rem ad ecclesiam spectantem voluntate imperatoris et principum correxit. n. 39.
Quod edicto Rudolphus confessus est. n. 40.
Emendatio breuiarii in concilio Trident. papæ commissa est. n. 41.
Papa Pius V. breuiarium emendauit quoad preces festis professisque diebus persoluendas, non vero quoad pascha. n. 42.
Breuiarium est calendarium ecclesiasticum. n. 43.
Gregorius XIII. Imperatori et principibus mandauit, vt calendarium suum suscipiant. n. 45. 46.
Imperatores illud in imperio Romano introducere laborarunt. n. 47.
Status euangelici contradixerunt, ne iura papalia agnoscere videantur. n. 48.
Emendatio calendarii tanquam species iurisdictionis papalis per I. P. O. in status euangelicos est suspensa. n. 49.
Non res ipsa sed rei agendæ modus quandoque considerari debet. n. 50.
Imperator et status catholici cum euangelicis de communi calendario introducendo conuenire non potuerunt. n. 51.
In Hollandia et Gallia calendarium Gregor. non sine præiudicio libertatis receptum est. n. 52.
Status euangelici de correctiori calendario cogitarunt. n. 53.
Initio huius seculi status euang. nouum vbique introduxerunt. n. 54.
Etiam in comitatu H. n. 55.
Euangelici propter Inst. P. O. in cæremoniis et celebratione paschatos secundum nouum calendarium non sunt turbandi. n. 56. 58. 59.
Remedium prouisionale imperatoris Caroli VII. n. 57.
Euangelici ecclesiasticas cæremonias secundum Inst. P. O. iure perfecto exercent. n. 60.
Non eadem est potestas principi catholico in subditos euangelicos, quæ est principi euangelico. n. 61.
Princeps euangelicus subditos, ante annum normalem iam catholicos, saluo Inst. P. O. ad pascha secundum calendarium nouum celebrandum cogere non potest, nisi iure repressalium. n. 62.

Pastores euangelici non sunt suspendendi, si non obtemperant edictis de non celebrando paschate secundum nouum calendarium. n. 63.

Ante exequutionem iustæ inducæ ad deliberandum et excipiendum petenti non sunt denegandæ. n. 64. 106.

Liberum religionis exercitium euangelicis in Inst. P. O. concessum est. n. 65.

Obseruantia anni decretorii in mutatione calendarii contra euangelicos allegari non potest. n. 66.

Calendarium Iulianum per bullam Gregorii sublatum est. n. 67. 72.

Annus decretorius in fauorem protestantium introductus est, nec in eorum odium detorquendus. n. 68. 69. 70.

Turbati in eum, in quo anno 1624. fuerunt, statum sunt restituendi. n. 71.

Introductione noui calendarii Gregorianum non est approbatum. n. 73.

Nouum calendarium secundum calculum astronomicum confectum est. n. 74.

A catholicis confectio calendarii, tanquam reseruatum papale, refertur ad causas religionis. n. 75.

Conclusum corporis euang. de celebrando paschate, est commune placitum, et refertur etiam ad causas religionis. n. 76. 77.

Princeps catholicus non pacta iura exercere potest cum principe euangelico in subditos, ante annum decretorium euangelicos. n. 78.

Princeps catholicus ius circa sacra iure territorii in euangelicos exercere non potest. n. 79.

In Inst. P. O. euangelicis ius consistorium habendi sub principe catholico concessum est. n. 80. 88.

Concessa principibus catholicis secularibus potestatate circa sacra reuiuiscunt iura episcopalia et papalia. n. 81.

Propter iniquam P. R. interpretationem in Inst. P. O. tota iurisdictio ecclesiastica indefinite in euangelicos suspensa est. n. 82.

Ius reformandi in thesi cath. principibus adscriptum differt a iurisdictione ecclesiastica. n. 83.

Si princeps euang. ad religionem catholicam transit, euangelici subditi consistorium separatum instituunt. n. 84.

Princeps catholicus ad religionem protestantium transiens, siue catholico succedens, in exercenda iurisdictione ecclesiastica statum anni decretorii obseruare debet. n. 85.

Princeps secularis catholicus secundum leges imperii et principia religionis incapax est iurisdictionis ecclesiasticæ. n. 86.

Regula: quod territoriali potestati ius sacrorum cohæreat, valet tantum de principe euangelico, non autem catholico. n. 87.

Decisio quæstionis I. n. 89.

Quæstio II. An euangelici pastores et subditi remissionem pro meva gratia agnoscere debeant, et an ei salua conscientia parere possint, quæ hac conditione data, vt, quia pascha, prohibitione licet a superiore facta, cum protestantibus celebrauerint, hoc iterum cum catholicis celebrent? n. 90.

Mandatis etiam iniquis obtemperandum. n. 92.

Euangelici contra prohibitionem principis paschа cum reliquis euangelicis celebrantes non committunt factum, quod panam vel gratiam mereatur. n. 93.

Primi christiani sub principe hoste in locis publicis sacra peregerunt. n. 94

Sacrorum communionem cum aliis habentes in communione manere debent. n. 95.

Res, quæ ad consistorium spectant, inique sibi arrogat princeps. n. 96.

Obedientia in rebus, conscientiæ et Inst. P. O. contrariis, exigi non potest a subditis. n. 97. 98. 99.

Decisio quæstionis II. n. 100.

Quæstio III. An protestantes clerici, religionis exercitium legibus imperii concessum flagitantes, sint puniendi? n. 101.

Quidam eruditi obedientiam possuam in caussis religionis a subditis vequirunt. n. 102.

Papa contra mandata sua demonstrationes contrarias admittit. n. 103.

Preces et lacrymæ sunt christianorum arma. n. 104.

Propter turbatum religionis exercitium leges imperii recursum ad superiorem admittunt. n. 105.

Aliud est: de facto resistere, aliud: preces contra prauas suggestiones inimicorum interponere. n. 107.

Decisio quæstionis III. n. 108.

Quæstio IV. An protestantes clerici, precibus frustra interpositis, mandatis non obtemperantes, tanquam inobedientes considerari et puniri possint? n. 109.

Principi mandatis suis stricte inhærenti parendum est. n. 110.

De recursu ad cæsaream maiestatem. n. 111.

Lite pedente nihil innouandum est, et possessione exercitii publici religionis nemo priuandus. n. 112.

Causse religionis ad consistoria spectant. n. 113. 114.

Decisio quæstionis IV. n. 115.

1 Als derselbe uns eine gedruckte facti speciem, nebst einigen gedruckten und geschriebenen Beylagen, und vier Fragen zugeschicket, und sich ꝛc.

Quæstio I.

Ob Catholische Herrschaften berechtiget gewesen seyn, in ihren Landen,

Landen, welche vor und seit dem anno normali der A. C. zugethan, und in der possess eines freyen religions-exercitii verblieben, ihren Evangelischen Pfarren und Unterthanen, zwang-weise, und zwar mit solchem Zwang, wie in der gedruckten specie facti derselbe zu ersehen, aufzudringen, die Oster-Feyer im vorigen 1744sten Jahre nicht mit denen Evangelischen Ständen zu gleicher Zeit, sondern mit denen Catholischen zu celebriren?

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl zuforderst und 1) es auf das Κριτήριον ankommt, ob und wie weit die Einführung eines Calenders eine causa religionis seu ecclesiastica sey, wobey man ad annum normalem sehen müsse, oder nicht vielmehr ad causas
3 mere seculares gehöre? Da denn zwar bekant, daß nachdem der Pabst GREGORIVS XIII den von ihm so genannten Gregorianischen Calender durch die bekante bulla, de anno 1582.

apud CHERVBIN *tom. II. bullar. magni n. 74. p. 454.*

publiciret, und solche der gantzen Christenheit zu obtrudiren vermeynet, die Sache auf denen Reichs-Tägen viele motus erreget, und dabey von vielen nicht als eine geistliche, sondern vielmehr als eine Policey-Sache angesehen wor-
4 den. Dergestalt, daß in R. I. de anno 1654. §. 158. dafür gehalten worden, daß zu nöthiger Beförderung der Justitz und Commercien, bey welchen es sehr viel auf die Gleichheit des Calendarii ankommt, in puncto calendarii eine gemeine Reichs-Vergleichung höchst nöthig sey, in welcher Absicht auch verordnet worden, daß solche Vergleichung auf nechstem Reichs-Tag wieder reassumiret werden solle,
5 wodurch man 2) communi fere statuum consensu agnosciret, daß die Einführung eines richtigern Calenders eine blosse Policey-Sache sey, welche auf dem Reichs-Tage communi statuum consensu abgethan werden könne, dem
6 zu folge auch der Kayser LEOPOLDVS glorwürdigsten Andenckens in dem decreto vom vierten April 1664. denen Ständen des Reichs dieses negotium Calendarii sehr recommendiret, und dabey vorgestellet:

Daß dieses keine Religion, sondern vielmehr eine pure Policey-Sache und Antheil der gemeinen Reichs-Wohlfahrt, und niemand zum præiuditz gereichig sey.

7 So dann vermeynet,

daß der neue Calender in Kayserlicher und des Reichs Namen eingeführet und angenommen werden könne,

LVNDORP. *tom. IX. act. publ. lib. X. c. 27. §. 15. p. 250.*

LVNIG. *Reichs-archiu. cont. I. P. 2. p. 637.*

als ein gewisses Kennzeichen, daß man den Gregorianischen Calender nicht wegen des Pabstes publication, sondern vor sich als eine Sache ansehen wolle, die im Namen des Kaysers und des Reichs constituiret sey, in welcher consideration auch 3) die Staaten von Holland, ohne 8
præiuditz ihrer Religion, und ohne agnition der päbstlichen Hoheit den Gregorianischen Calender, als eine verbesserte Sache, wohl annehmen, und sua auctoritate wohl einführen mögen. Woraus denn 4) folgen möchte, daß ei- 9
ne Catholische Herrschaft in ihren Landen, ohngeachtet die Unterthanen im anno 1624. alle Evangelisch gewesen, und ihr Religions-exercitium allein daselbst gehabt, einen gewissen Calender einführen, und den Unterthanen nach demselben im Feyer der Ostern sich zu achten, befehlen und sie zwingen könne, als wodurch der status religionis directo nicht geändert, sondern nur primario eine Policey-Sache reguliret
werde, in welcher Absicht 5) der Herr Graf zu 10
H. Catholischer Linie im verwichenen Jahre seinen Evangelischen Unterthanen den Gregorianischen Calender nicht einsten obtrudiren, sondern nur verlangen wollen, daß sie weder nach diesem, noch nach dem neu verbesserten, sondern nach dem Julianischen Calender, Ostern feyren 11
solten, wobey die Evangelischen Unterthanen um destoweniger ein ius contradicendi gehabt haben möchten, weil auf solche Weise nicht nach des Pabstes Absicht sein Calender in Feyrung der Ostern, sondern der alte beobachtet worden wäre, welchen CAROLVS M. selbsten als eine pur weltliche Sache angesehen und in Deutschland unter deutscher Benennung der Mo. athe solchen eingeführet.

EGINHARD *in vita Caroli M. apud* FREHERVM *tom. II. res Franc. p. 442.*

Und ob wohl 6) das corpus euangelicum im 12
Anfang dieses Seculi wegen Verbesserung dieses Calenders ein conclusum formiret, und einen neuen und verbesserten eingeführet, dennoch nicht wenig dafür halten wollen, daß die Evangelischen Stände nicht sowol einen neuen Calender eingeführet, als den Gregorianischen angenommen, mit welchem jener durchgehends mehrentheils übereinkomme,

MOSER *im Deutschen Staats-Recht, P. III. lib. 2. c. 38. §. 45 sqq. p. 488.*

so daß um destomehr der Herr Graf zu H. Catholischer Linie befugt gewesen seyn möchte, die Osterfeyer auch nach dem Gregorianischen Calender anzubefehlen, damit eine Gleichheit unter denen Unterthanen überall seyn möchte; da 13
hergegen mehr als zu bekannt ist, was für confusion aus der diuerso tempore unternommenen Osterfeyer im gantzen Reiche, und also auch in eines jeden Reichsstandes Landen bishero und in vorigen Zeiten entstanden, welchem abzuhelfen einer jeden Landes-Obrigkeit billig obliget, mithin dem Herrn Grafen nicht zu verdencken gewe-

gewesen seyn möchte, daß er sich viele Mühe gegeben, damit Fasten, Ostern, und andere davon dependirende Feyertage in seinen Landen
14 zu gleicher Zeit celebriret würden. Diesem allen auch 7) noch hinzutritt, daß zwar nach dem conclusо des corporis euangelici die protestirende Reichs-Stände in ihrem Lande diesen neuverbesserten Calender einzuführen wohl befugt gewesen, dennoch darinn kein Reichs-Gesetze begriffen, noch weniger denen Catholischen Landes-Herren zuzumuthen sey, bey ihren Unterthanen solchen einzuführen, oder solchen unveränderlich zu behalten; allermassen, wenn auch
15 8) die Bestimmung der Oster-Feyer eine zur Religion quoad externa et adiaphora mit gehörige Sache seyn solte, dennoch bekant ist, daß die Catholischen weltlichen Landes-Herren, ad exemplum statuum protestantium sich zu dem exercitio iuris sacrorum, auch in regard ihrer Evangelischen Unterthanen befugt achten, und solche ebenfals von der ihnen zustehenden Landes-Hoheit ableiten wollen, zumahl in art. V. §. 48. Instr. pac. zwar der geistlichen iurisdictio ecclesiastica in Ansehen der Evangelischen Unterthanen suspendiret, denen weltlichen Landes-Herren aber an ihrem Rechte nichts benommen zu seyn scheinet, vielmehr solche in politicis et ecclesiasticis expresse bestätiget ist,

art. VIII. I. P. *§. 1.*

16 solches auch nicht eben für etwas neues und ungewöhnliches zu achten, nachdem vormals die Kayser, und Fränckischen Könige allerhand Ordnungen in Kirchen-Sachen verfertiget, und das ius sacrorum exerciret, wie sowol die leges in codice et nouellis, als die capitularia regum Francorum, solches mit hellen Hausen bezeugen: welchem Exempel die Evangelischen
17 Stände in ihrem Lande billig gefolget, und dahero auch denen Catholischen Landes-Herren nicht verdacht werden möchte, sich gleicher Freyheit zu bedienen, cum quod vni iustum, alteri quoque iustum esse debeat cum mutua et exacta æqualitate iurium.

art. V. I. P. *§. 1.*

Rationes decidendi.

18 Dennoch aber und dieweil ad 1) das ius reformandi et corrigendi calendarium ob vsus primario ecclesiasticos nach denen principiis curiæ Romanæ, die hier absonderlich zu erwegen, nicht eine pure Policey und weltliche Sache ist, welche lediglich von der weltlichen Obrigkeit und deren Bestimmung dependiret, zumal
19 man im Heil. Römischen Reich von langen Zeiten her in die Verfassung gesetzet ist, daß man causas ecclesiasticas et seculares separiren, und jene der Regulirung der geistlichen, diese aber der weltlichen Obrigkeit überlassen müssen, nachdem man zwo diuersas res publicas, die geist- und weltliche, nach denen bekanten principiis iuris canonici, in terris catholicorum, anzunehmen, und jener alle prærogativ einzuräumen, gemüßiget geworden;

c. 10. dist. 96.
c. 9. et 10. in f. dist. 16.
c. 6. X. de maior et obed.

Wiewol es nicht fehlen können, daß nicht be- 20
ständige Streitigkeiten inter limites vtriusque potestatis sich bey solchem principio hervor gethan, zumal die geistlichen Kirchen-Regenten ihre Hoheits-iura immer zu erweitern, und der weltlichen Regenten ihre iura imperii zu beschneiden und einzuschrencken, diese aber sich bey ihren iuribus supremis zu conseruiren bemühet gewesen, vt perpetuæ contentiones inter imperium et sacerdotium fuerint,

THOMAS. *in histor. content. inter imper. et sacerd.*

und ob wol die Gelehrten gewisse Schrancken 21
inter imperium et sacerdotium zu setzen besorget gewesen, iedoch solchen Zweck fast niemals erreichet, wie der berühmte Ertz-Bischoff

PETRVS DE MARCA

in tr. de concord. sacerdot. et imper.

mit seinem Exempel erwiesen, dessen Buch zwar 22
in Franckreich einigen Beyfall gefunden, aber dem Römischen Hofe nicht angenehm seyn können, hergegen welche diesem alles zugeschrieben, nothwendig denen weltlichen Herren Abbruch thun müssen, dahero es nicht zu verwundern, 23
daß der Römische Hof und seine Anhänger das ius Calendarium corrigendi ad iura papalia et ecclesiastica gezogen, bevorab da sie (a) leicht 24
vorher sahen, daß diese Veränderung ein vniuersel-Werck, für alle Christliche Republiquen, seyn, und durchgehends oder überall angenommen werden müsse, welches kein weltli- 25
cher Protestant, so mächtig er auch immer seyn möchte, sondern allein der Pabst, qui prouincia diœcesi vniuersum orbem haberet, tanquam Deus in terris,

c. 7. Dist. 96.

et cui omnes imperantes capita sua submittere debent,

c. 13. X. de iudic. c. 9 et 10. dist. XCVI.

effectuiren, und solches er entweder allein oder die gantze Kirche in conciliis præstiren könne und müsse. Darneben (b) die Römische Kir- 26
che am meisten dabey interessiret sey, weil bey Veränderung der Calender auch die Veränderung der Feyer und heiligen Tage, nothwendig erfolgen, keiner weltlichen Macht aber das ius vniuersales ferias diuinas zu bestimmen, und deren Tage zu verändern, sondern allein der Kirchen zustehe,

c. 1. de consecr. dist. 3.
c. f. X. de feriis.

WIESTNER *in instit. canon. tit. de feriis art 1. n. 4.*

und dahero (c) von der Zeit an, da man die vie- 27
len heiligen Tage in die Calender auf das genaueste zu annotiren angefangen, das Calender-Wesen vornemlich zu denen Kirchen-iuribus gezogen werden müssen, ob wol vorher die Calender allein eine blosse Policey-Sache gewesen, allermassen jenes erst zu spätern Zeiten geschehen, und die meisten Kirchen vordem ihre

eigene

eigene menologia martyrologia oder andere indiculos gehabt, in welchen die heiligen Tage bestimmet gewesen, aus welchen die Bischöfe am Sonntag bey der Messe dem Volcke die
29 Feyertage vorher kund machen, ja so gar in ihre Calender solche eintragen müssen, damit sie darinn nicht irren könten, wie denn noch anno 1311. unter dem CLEMENTE V. *in concil. Rauennat. II. rubr. 10.* dieses denen Bischöfen anbefohlen ist: et vt in hoc errare non possint, ipsa festa in suis kalendariis inscribi faciant et apponant, et denuncientur, so dann abermal allen und ieden sacerdotibus cit. l. nochmals eingeschärffet ist: et vt in prædictis errare non possint, studeant singuli sacerdotes festa omnia, vigilias et ieiunia in scriptis habere, in suis kalendariis siue martyrologiis conscribere seu conscribi facere, et qui in prædictis negligentes fuerint vel remissi, per suos episcopos acrius puniantur.

HARDVIN. *tom. VII. coll. concil. p. 1765. sqq.*

30 Allermassen man vor alters, und ehe die Buchdrucker-Kunst erfunden, solche kalendaria, wie wir nunmehro haben, nicht gehabt, sondern sich mit geschriebener Aufzeichnung der Jahre, Monathe und Tage, nach der methodo Iuliana leidlich behelfen müssen, ein ieder aber, bey iedem Tage das nöthige, was zu verrichten, beygefüget, damit solches zu seinem Gebrauch eingerichtet seyn möge, wie man denn schon bereits im 12ten Seculo solche kalendaria priuata gehabt, in welchen auf ieden Tag die res gestæ notabiliores aufgezeichnet, und im folgenden Jahr die continuation geschehen ist, wie aus gedachtem Seculo sehr viele notabilia aus dem kalendario Bononiensi antiquo vor wenig Jahren noch publiciret hat

ALEXANDER MACHIAVELL. *in not. ad Sigon. histor. Bonon. tom. III. oper. Sigon.*

31 Dergleichen noch andere hin und wieder zu finden und gemeldet werden; also nicht zu verwundern ist, daß sie in ihren kalendariis solche annotationes ratione der Feyertage für sich mit eingetragen, absonderlich aber nöthig gewesen,
32 (d) die festa mobilia, welche von der Oster-Feyer dependiren, darinn auf das genaueste aufzuzeichnen, dabey die meisten difficultäten sich ereigneten, so daß in *concil. Tolet. IV. anno 633.* denen metropolitanis, den eigentlichen Ostertag ante tres menses epiphaniorum ausfündig zu machen, und ihren suffraganeis episcopis davon bey Zeiten Nachricht zu ertheilen, iniungiret,

HARDVIN. *tom. III. concil. p. 580.*

33 darneben denen Bischöfen anbefohlen worden, den eigentlichen Ostertag von ihren Ertz-Bischöfen jährlich zu erforschen,

IDEM *cit. l. p. 1780.*

34 denen Ertz-Bischöfen aber an einigen Orten, alle Jahr auf denen concilijs prouincialibus, so sie mit ihren untergebenen Bischöfen hielten, solche Feyer den Bischöfen anzuzeigen, damit

solche auf Weyhnachten, iedesmal dem Volck von ieden Geistlichen kund gethan werden möchte, wie in dem concil. Bracar. de anno 572. verordnet ist.

apud HARDVIN. *tom III. conc. p. 387.*

Welchen Schwierigkeiten, nach erfundener Druckerkunst abgeholfen, und mit Bestimmung der Kirchen, alle Feyer- und Heiligen-Tage, in die gedruckten Calender bald eingetragen sind. Uebrigens da (e) alle Schwierigkeiten in Ausfindung der richtigen Oster-Zeit nach der Verfassung des concilii Nicæni, von der Unrichtigkeit des Julianischen Calenders hergeflossen, 35

LENFENT *dans l'histoire du concile de Constance tom. II. p. 347. sqq.*

man leicht wahrgenommen, daß eine Verbesserung des alten Calenders höchst nöthig sey, zumal auch dadurch die übrige Fest- und Heiligen-Tage, in keine geringe confusion gerathen, wie solches

BLONDEL *dans l'histoire de Calendrier Romain. P. III. p. 202. sqq.*

mit mehrern gezeiget, welche wichtige affaire 36 man als eine Sache, die zu denen concilijs gehörete, und in solchen die correctio kalendarii vorgenommen werden müsse, ohne einigen Zweifel angesehen, wie denn zu solchem Ende der Cardinal PETRVS DE ALLIACO eine eigene Schrift dem concilio zu Costnitz anno 1417. übergeben, und die Nothwendigkeit der Calenders-Verbesserung, um die richtige Oster-Feyer darnach zu bestimmen, angezeiget,

HERMAN von DER HARDT *tom. III. rer. concil. Constant. p. 72. sqq.*

welche Sache aber wegen des währenden schismatis nicht zum Stande gebracht, sondern auf das künftige concilium zu Basel verschoben ist, da zwar der Cardinal NICOLAVS CVSANVS 37 anno 1436. diese Verbesserung, iedoch ohne allen effect, vorgetragen, gleiche fata auch diese Sache in dem concilio Lateranensi V. und Tridentino gehabt, und keine remedur erfolget, iedoch dieses alles anzeiget, daß man in den 38 damaligen Zeiten diese Sache, als eine causam ecclesiæ primariam wegen der Feyertage, absonderlich aber wegen Berichtigung des Oster-Festes, angesehen, keine weltliche Macht aber, die Hand daran zu legen, sich in die Gedancken kommen lassen, bevorab da kein Tag in dem Calender zu befinden, so nicht unzehlig vielen Heiligen gewidmet, so daß wenn man nur eine Minute auf ieden Tag zur Feyer eines Heiligen anwenden würde, nach einiger Meynung man doch nicht fertig werden könte, wie die Catholischen Scribenten selbsten bezeugen,

vid. BAYL. *diction. sub. art. Launoi tom. II. p. 1668.*

und dadurch an den Tag geleget, daß die Veränderung der Tage den allergrössesten Einfluß in die festgesetzte Feyer- und Heiligen Tage habe, welches endlich (f) den Pabst GREGORIVM XIII. veranlasset, auf die correction des Calenders nachdrücklich zu dencken, wie er auch würcklich solches Werck zum Stande gebracht,

anno 1582. eine eigene Bulle publiciret, und darinn selbst angeführet, daß (g) der Kayser, und die übrigen Potentaten mit vielem Fleiß bey ihm angehalten, vt hoc tam præclarum opus perficeret, er also solches grosse Werck nach ihrem Wunsch und Verlangen zum Stande gebracht habe, wodurch sie zugleich dabey agnoscirt, daß die emendatio kalendarii eine res ecclesiæ vornemlich sey, so daß auch Kayser RVDOLPHVS *in edicto* vom *4. Sept. 1583.*

apud LVNDORP. *tom. III. act. publ. lib. VIII. c. 87. p. 889.*

selbsten gestehet, daß diese emendation sowol mit seinem als anderer Potentaren Vorwissen und consens vom Römischen Hofe geschehen sey; darneben (h) der Pabst GREGORIVS XIII. sich dazu berechtiget zu seyn erachtet, weil man zwar in dem concilio Tridentino auf die emendation derer missalium und des breuiarii angetragen, iedoch wegen Kürtze der Zeit solches nicht bewerckstelligen können, gedachtes concilium solche Verbesserung dem Römischen Hofe überlassen, zu welchem Ende auch Pius V. zwar das breuiarium quoad preces laudesque divinas *festis profestisque diebus* persoluendas verbessert, gleichwol wie GREGORIVS XIII. selbst angiebet, darinn die Verbesserung der Oster-Feyer, und davon dependirenden anderer Feyertage, wie auch derer übrigen Heiligen Feste nicht geschehen, da doch das breuiarium nicht anders, als ein geistlicher Kirchen-Calender, anzusehen, diesemnach er sich gemüßiget geachtet, die so höchst nöthige Verbesserung des kalendarii wegen des nicht vollkommen corrigirten breviarii vorzunehmen,

CHERVBIN. *in bullar. magn. tom. II. p. 454. n. 74. ff. 2. seq.*

dahero (i) nicht zu verwundern ist, daß die Catholischen Scribenten die Verbesserung des kalendarii inter reseruata papalia aus diesen und andern rationibus referiret.

SPONDANVS *in contin. annal. Baron. ad anno 1582. §. 19.*

Der Pabst GREGORIVS XIII. (k) aber diesen Calender anzunehmen, dem Kayser und allen Potentaten pro imperio, und aus der ihm von GOtt verliehenen Macht geboten: pro data nobis a Domino auctoritate - - - mandamus, vt ad conseruandam in celebrandis festiuitatibus inter christianas nationes concordiam, *nostrum* hoc *kalendarium* et ipsi suscipiant, et a cunctis tibi subiectis populis, religiose suscipiendum inviolateque obseruent,

cit. Bulla. §. 15.

welches er nochmals mens. Oct. 1682. in einer andern bulla wiederholet und befohlen, daß diejenigen republiquen, die noch nicht nach der ersten bulla diesen Gregorianischen Calender eingeführet, solchen das folgende Jahr auf die vorgeschriebene Art einführen, und zehen Tage aus dem künftigen Monath Febr. auslassen sollen, welchen päbstlichen Befehl (l) der Kayser RVDOLPHVS durch obgedachtes edict im Römischen Reich einzuführen gesuchet, auch MATHIAS, FERDINANDVS III, ja auch LEOPOLDVS anno 1664. solches zu bewerckstelligen bemühet gewesen, gleichwol die protestirenden Stände dazu nicht bereden mögen, und ob er diesen zwar vorgestellet, daß die Verbesserung des Calenders eine blosse Policey-Sache sey, und solchen in Kayserlicher Majestät und des Reichs Namen publiciren wolte, sie dennoch, aus den angeführten Umständen, und weil man dem Pabst das ius emendandi kalendarium einmal eingeräumet, und derselbe sua auctoritate solches bewerckstelliget, diesen Vorstellungen kein Gehör geben können, wohl erkennende, wie durch diese Vorstellung die vorhin angeführte momenta nicht gehoben, sondern der Kayser nur per indirectum dadurch in Stand gesetzet würde, den päbstlichen Befehl zu vollenziehen, dessen Gewalt gleichwol (m) im Osnabrückischen Friedensschluß, wie auch aller Bischöfe iurisdiction *cum omnibus speciebus*, wohin auch die emendatio kalendarii von denen der Römischen Kirchen zugethanen Potentaren gezogen, und sie solches auch bey Einführung des Gregorianischen Calenders agnoscirt, gegen die Protestanten und deren Unterthanen aufgehoben worden, darneben man dabey nicht zu considériren habe, zu welcher Macht und affaire eigentlich die Verbesserung des Calenders gehöre, sondern ob nicht solche aus der päbstlichen geistlichen Macht unternommen, und dem Pabste von dem Kayser und anderen Potentaten einmal eingeräumet sey, daher nicht sowol de re ipsa als de rei agendæ modo zu deliberiren sey, mit dem Beysügen: in eo negotio Cæsaris et sacri Romani auctoritatem et existimationem verti, quam cum in dies pontifex dolis et machinationibus conuellere nitatur, non committendum esse, vt ipsi rem ad eius dignitatem atque adeo maiestatem tantopere pertinentem neglexisse videantur.

THVANVS *histor. lib. 76. ad anno 1582.*

Sodann, ob man ad 2) zwar agnoscirt, daß die Verbesserung des Calenders nöthig, und eine Sache sey, die auf allgemeinem Reichstag vorgenommen und beschlossen werden könne; dennoch man deswegen den Gregorianischen Calender sich nicht aufdringen zu lassen schuldig gewesen, als welcher ebenfals seine Fehler noch behalten, welche viele Gelehrte angemercket, dahero in dem Reichs-Abschied d. anno 1654. bloß auf eine gemeine Reichs-Vergleichung gedrungen, welche aber zu erhalten fast impracticabel gewesen, da der Kayser mit denen Catholischen Ständen von dem Gregorianischen nicht abgehen, die Evangelischen aber nicht diesen annehmen wollen, sondern auf einen andern weit besser eingerichteten Calender angetragen, ohngeachtet ad 3) Holland sich dazu endlich bequemet, davon die besondern Umstände THVANVS *cit. l.* anführet, und nicht verschweiget, was in Franckreich dabey für eine Unbedachtsamkeit passiret

passiret sey, da doch solches seine Freyheit gegen den Römischen Hof bekantermassen bey aller Gelegenheit aufs äusserste defendiret, um desto
53 weniger also denen Evangelischen Reichsständen im vorigen Seculo zu verdencken gewesen, daß sie also von ihrer Meynung niemals abgegangen, vielmehr endlich resoluiret, einen dritten, weit richtigern, als der Gregorianische ist, zu verfassen, nachdem dazu von dem seligen Prof. Weigel zu Jena, unter Kayserlicher approbation, wegen Anrichtung eines collegii artis consultorum zu Nürnberg, und durch dasselbe in genauere Richtigkeit mit zu bringenden Calenders, die Vorschläge gethan, und solche ziemlichen ingress gefunden,

FABER in der Staats-Cantzley, *tom. IV. c. 13.*

54 und endlich das corpus euangelicum wegen Einführung des verbesserten neuen, oder dritten Calenders dahin determiniret, daß sie ein conclusum anno 1699. d. 23. Sept. abgefasset, und diese Calender-Veränderung aus der, wie die eigentlichen Worte lauten, denen Evangelischen Ständen des Reichs *in sacris et profanis* zu stehenden hohen Macht und Gewalt, resoluiret und beschlossen worden, auch wircklich im Anfang dieses Seculi bekantermassen überall eingeführet,

LVNIG im Reichs-*Archiv P. spec.* andere Abtheilung, *§. 133. sqq. p. 133. sqq.*

55 welchem Exempel man selbsten im anno 1699. in der Grafschaft H. nach der Beylage sub lit. F. in der gedruckten facti specie gefolget, und dessen von Obrigkeit wegen beschlossene Einführung, von der Cantzel öffentlich publiciren lassen, adiecta clausula:

Daß doch der bisherigen Evangelischen Freyheit in Haltung der Fest- und Feyertage nach disposition dieser Grafschaft wohl verfaßten Kirchen-Ordnung dadurch nichts benommen werde.

56 Weil absonderlich in der sub D. bey der gedruckten facti specie befindlichen Beylage der Kirchen-Ordnung versehen worden, daß solche gleichförmig in denen Evangelischen Kirchen beobachtet, dieselbe in dem W. Theilungs-*recess de anno 1684. sub B.* denen Evangelischen Unterthanen, nach Maßgebung des instrumenti pacis bestätiget, und durch diese Einführung des neuen Calenders solche vniformität der Kirchen-ceremonien, wohin auch nach dem XI capite der Kirchen-Ordnung die Bestimmung der Feyertage ohnedem mit gehöret, bey denen Evangelischen in ihrem völligen vigore gelassen, ja ihnen nothwendig nach dem Oßnabrückischen Friedensschluß *art. V. §. 31.* frey gelassen werden müssen, nach diesem neuen Calender mit der Evangelischen Kirchen in gantz Deutschland ihre Ostern im anno 1744. zu feyren, und sich an dem Gegorianischen von allen Evangelischen Ständen verworfenen Calender nicht binden zu lassen, als welchen weder die Evangelischen Unterthanen daselbst, noch die Protestanten überhaupt in Teutschland, woferne sie nicht die päbstliche prætendirte und von denen Catholischen Mächten dabey agnoscirte Macht und Gewalt anerkennen, und dessen dabey gebrauchte principia sich aufbürden lassen wollen, annehmen können, auch deswegen nicht angenommen, welches auch der höchst selige Kayser CAROLVS 57 VII. selbsten wohl eingesehen, und deswegen bey der Reichs-Kammer durch ein prouisional remedium allen difficultis vorgebauet, wodurch die Osterfeyer und davon dependirende übrige Feste von denen Catholischen nach dem Gregorianischen, von denen Evangelischen aber nach dem neuen Calender in völliger Freyheit haben celebriret werden mögen.

ANTON FABER in der Staats-Cantzley, *part. 85. c. 1.*

Gleich wie nun ad 4) dieses höchst löbliche Ex- 58
empel denen Herren Grafen zu H. Catholischer Linie billig ein Fürbild geben sollen, daß sie ihren Evangelischen unschuldigen Unterthanen ihre in 59
instrumento pacis, sowol als in denen Landesrecessen wohl gegründete Freyheit in Feyerung des Oster-Festes nach dem neuen einmal angenommenen Calender mit denen übrigen Evangelischen Landen in Deutschland lassen sollen und müssen; also sind dieselbe, als Catholische Landes-Herren, um destoweniger befugt gewesen, ihnen solche zu bestricken, und sie an die Osterfeyer der Catholischen Kirche, so dieselbe acht Tage später nach ihrem Gregorianischen Calender anno 1744 celebriret, zu binden, ja durch unerlaubte Zwangmittel und verhengte Gewalt, die Unterthanen Augspurgischer Confession von ihren Kirchen-ceremonien, wohin die Zeit der Feyertage mit gehöret, zu verdrengen und den status exercitii religionis gegen das instrumentum pacis zu verändern, nach welchem die Evangelischen Unterthanen unter Catholischen Landes-Herren bey der völligen Freyheit ihrer Religion und derer dabey hergebrachten und bestätigten ceremonien gelassen, die turbati aber und destituti sofort restituiret werden sollen.

art. V. l. v. §. 31 et 32.

Bevorab, da nach diesem principio daselbsten 60
nicht allein der neue Calender anno 1699. eingeführet, sondern auch unter gemeinschaftlicher auctorität ein absonderlicher H. Calender, in der gemeinschaftlichen Stadt O. alle Jahr, und noch anno 1744. heraus gegeben, ja bey der im anno 1724. sich ebenfals ereigneten Oster-differentz nicht nur in der angefallenen ehemaligen P. Herrschaft, sondern auch in denen damals schon besessenen hoch-gräflichen S. und B. Landes-Antheilen, und also unter der Catholischen Herrschaft H. ohne allen Widerspruch, und in völliger Ruh nach dem neuen Calender die Ostern von denen Evangelischen Unterthanen, mit ihren übrigen Glaubens-Genossen gefeyret, und dadurch von der Catholischen Landes-Herrschaft agnoscret worden, daß denen Evangelischen Unterthanen, nach dem Friedenschluß diese Freyheit der Kirchen-ceremonien ex iure perfecto gebühre, und keinesweges genommen werden

dürfe, dem zuwider dennoch die Herren Grafen zu H. Catholischer Linie denen Pfarr-Herren zu P. und M. durch das decret sub lit. G; so ihnen den 25. Jan. 1744. den Sonnabend vor Sexagesimæ erst insinuiret, und man sie dadurch wegen Abkündigung dieses Befehls von der Cantzel übereilen und keine Zeit, sich zu bedencken lassen wollen, anbefehlen lassen, die künftigen Ostern nach dem Gregorianischen Ca-
61 lender zu feyren, zumal ihnen solche Abänderung, vermöge Landes-herrlicher Rechten und Macht zu stehe, welches gleichwol von einem Catholischen Landes-Herrn respectu seiner Evangelischen Unterthanen ohnmöglich zu behaupten und nicht zu erweisen stehet, daß er gleiches Recht mit denen Evangelischen Landes-
62 Herren in regard ihrer Evangelischen Unterthanen exerciren könne, als welche sich keinesweges berechtiget achten, solche Abänderung ihren Catholischen Unterthanen in Landen, so im anno 1624 bloß noch Catholisch gewesen, aufzudringen, und sie gegen den Friedensschluß zur Oster-Feyer, nicht nach dem Gregorianischen daselbsten angenommenen, sondern neuen Calender zu zwingen, so sie doch, wenn das gesetzte principium richtig, ebenfals zu thun berechtiget seyn müsten, so aber kein Evangelischer Landes-Herr, welchem die Aufricht-Haltung des Oßnabrückischen Friedenschlusses, und andere recessen am Hertz und Gewissen lieget, sich bishero unterstanden, und nicht leicht, wenn es nicht iure repressaliarum geschiehet, unternehmen wird,
63 so daß man billig Bedencken tragen sollen, solche Abänderung sich öffentlich anzumassen, ja gar dem Pfarr-Herrn zu M., weil er in aller submission wegen derer fremden, dahin eingepfarreten Evangelischen Unterthanen und sonsten dagegen Vorstellung gethan, so fort gäntzlich zu suspendiren, ja mit würcklicher cassation zu bedrohen, bey welchem ersten actu es nicht geblieben, sondern noch eine grössere surprise bey
64 denen in Hoch-gräflichen S. und B. Landes-Antheilen befindlichen Evangelischen Predigern und Unterthanen attentiret, indem nach denen Beylagen sub A. I. K. am Sonntage Esto mihi des Morgens um acht Uhr, und also unmittelbar vor dem Kirchgehen, zu gleicher Zeit, allen Pfarr-Herren im gantzen Lande die gedachte Befehle, die Ostern mit denen Catholischen den 5. April. zu feyren, unter dem Vorwand, weil im anno 1624. auf solchem Tag dieses Fest gefeyret worden, insinuiret und befohlen worden, solche nach der Predigt sofort abzukündigen, wogegen sich die Evangelischen Prediger zwar nur ein kurtzes spatium deliberandi in submissen terminis ausgebeten, aber dadurch die strengeste execution mit absetzen, suspendiren, austagen, inquiriren, Versperrung, und militarischer Besetzung der Kirchen, harten Bedrohung der confiscationum aller Güter und dergleichen über sich ergehen lassen müssen, wie solche mit mehrern in der gedruckten facti specie referi-
65 ret, aber von Kayserlicher Majestät guten theils redressiret sind, allermassen höchst dieselbe, glorwürdigsten Andenckens wohl erwogen, daß dieser gantz ungewöhnliche Zwang und Veränderung der Evangelischen Kirchen-ceremonien mit dem Religions-Frieden und Oßnabrückischen Friedensschluß, worinn denen Evangelischen Unterthanen, die völlige Freyheit in Ausübung ihres Gottesdienstes und denen anklebenden Kirchen-ceremonien bestätiget und fest gesetzet worden, nicht bestehen können, zu welcher Freyheit auch mit allem Recht die Einführung des bey allen protestirenden auch in Preußischen Landen angenommenen neuen Calenders, und nach demselben bestimmten Oster-Feyer gehöret, solches auch in der gedruckten Beylage sub F. worinn derselbe in der Grafschaft H angenommen, agnosciret worden, kei- 66
nesweges aber ad 5) einer Catholischen Herrschaft zustehet, hierin bey denen Evangelischen Unterthanen eine Abänderung vorzunehmen, und sich auf den annum decretorium zu gründen, zumal damals nach dem Julianischen Calender Ostern gefeyret worden, dabey aber ex accidente geschehen, daß Ostern auch nach dem Gregorianischen Calender auf einen Tag gefallen; sonsten, wenn man nach dem gegenseiten principio verfahren wolle, auch künftig hin allemal nach dem Julianischen Kalender ihre Ostern die Evangelischen Unterthanen feyren müssen, welches aber noch weniger die Catholischen Herren 67
Grafen von H. zu lassen werden, auch nicht die Absicht führen können, weil einmal der Julianische Calender durch die päbstliche bulla aufgehoben ist. So dann der annus decretorius in 68
l. p. *art. V. §. 31.* denen Evangelischen Unterthanen in einem damals pur Evangelischen Lande zu ihrem beneficio et favore bestimmet, hergegen die Catholischen Landes-Herren dabey verbunden sind, nichts gegen dessen statum et obseruantiam in freyer Ausübung des Evangelischen Religions-*exercitii* vorzunehmen, nach denen Evangelischen Unterthanen ihre Freyheit in Celebrirung der Oster-Feyer nach denen Evangelischen überall recipirten principiis zu bestricken, cum liberum exercitium religionis ad *facultatem* ex lege datam subditorum A. C. vnice, qua pro libertate vti possint: ne autem a domino territorii in ea turbentur, ad eius *obligationem* pertinent,

arg. l. 6. §. 1. de ve iudic.

ihn also nicht zustehet, dasjenige, was zu ihren 69
favore einzig und allein eingeführet, und ad facultatem eorum unter sich gehöret, nunmehro wider sie in eorum odium zu erklären, so die Rechte reprobiren,

l. 25. de LL. l. 3. §. 5. de Carbon. edict.
l. 14. C. de procur. l. 19. in f. de fid. instrum.
l. 5. §. 1. de secund. nupt.

welches doch geschehen würde, wenn man unter 70
dem Vorwand, daß im anno 1624. die Evangelischen nach dem Julianischen Calender Ostern gefeyret, sie zwingen wolte, auch im anno 1744. auf gleichen Tag Ostern zu feyren, zumal gleich wie sie nach der Evangelischen Freyheit, im anno 1624. nach dem Julianischen Calender

die

die Ostern gefeyret, also ihnen solche Freyheit in dem I. P. art. V. §. 30. nicht bestricket, sondern ihnen nothwendig frey gelassen seyn muß, nunmehro Ostern mit allen übrigen Evangelischen Landen, nach dem eingeführten neuen Ca-
71 lender zu fehren, die Catholischen Landes-Herren aber per clausulam: Hoc tamen non obstante, verbindet, seine Evangelischen Unterthanen in ihrer Freyheit ratione ceremoniarum ecclesiasticarum nicht zu turbiren, vt turbati sine vlla exceptione in eum, in quo anno 1624. fuerunt, statum, plenarie restitui debeant,

art. V. I. P. *§. 31.*

72 nicht zu gedencken, daß nicht einsten dem Herrn Grafen von H. Catholischer Linie die Freyheit zugestanden, den Julianischen Calender zur norm der Osterfeyer nach denen principiis des Römischen Hofes zu legen, als welchen der Pabst GREGORIVS XIII. schlechterdings his verbis in der bekanten bulla verbothen: rollimus autem et abolemus omnino vetus Kalendarium, so daß ein ieder leicht erkennet, daß man dadurch nichts anders intendiret, als dem Gregorianischen Calender, welcher im vorigen Jahr mit dem Julianischen, wegen der Feyer der Ostern ex accidente übereingekommen, denen Evangelischen Unterthanen gegen die Verfassung ihrer Kirchen und eigene Landes-recesse aufzudringen. Bevorab, da es eben auf die Osterfeyer allein angekommen, und man bloß darinn die Abänderung ex improuiso vorgenommen, also die Hand in die Abänderung der Evangelischen Kirchen-ceremonien gegen alle
73 recesse geschlagen. Ferner ad 6) ein offenbarer Irrthum ist, als wenn man durch Verfertigung des neuen Calenders den Gregorianischen
74 approbiret und angenommen, dessen Gegentheil absonderlich wegen der Osterfeyer in dem concluso corporis euangelici vom 23. Sept. 1699. gezeiget, und dargethan ist, daß darinn die eigentliche Bestimmung des Ostertages, wie zu Zeiten des concilii Nicæni nach dem calculo astronomico geschehen sey, so im Gregoria-
75 nischen Calender nicht obseruiret, und wie dieser ex reseruato iure papali circa sacra verfertiget, publiciret, und allen und ieden seinen Glaubensgenossen anbefohlen ist, solchen bey ihren Unterthanen einzuführen, man nunmehro nach diesem agnoscirten principio die Calender-Veränderung zu einer Religions-Sache gezogen, und der päbstlichen Hoheit beygeleget, welche doch cum omnibus speciebus, ex principiis curiæ Romanæ æstimandis, gegen die Evangelischen Unterthanen aufgehoben, und ausser aller Uebung gesetzet.

art. V. I. P. *§. 19 et 48.*

Hierüber ad 7) bereits oben gezeiget, daß man in der Grafschaft H. gemeinschaftlich den neuen Calender angenommen, und noch beständig au-
76 thoritate publica zu O drucken lässet, wie die gedruckte Beylage sub F. weiset, und obgleich das conclusum corporis euangelici für kein allgemeines Reichs-Gesetze zu halten, dennoch als ein commune placitum der euangelicorum wegen der Osterfeyer, so mit ad causam religionis gehöret, anzusehen, solches auch dafür in der Grafschaft H. in Ansehen der Evan- 77
gelischen Unterthanen erkannt und gemeinschaftlich angenommen, die Herren Grafen von H. Catholischer Linie auch in der Beylage sub lit. H. abermal bezeuget, daß sie nicht gemeynet wären, in Begehung des Oster-Festes ihren der Augspurgischen Confession zugethanen treuen Unterthanen die Beobachtung des Gregorianischen Calenders anzubefehlen, welches doch ipso facto geschehen ist, da man denenselben die Begehung der Osterfeyer auf den 5. April. nach dem Gregorianischen Calender anbefohlen, und dabey mit einer solchen inaudita methodo verfahren, daß denen Evangelischen Predigern und Unterthanen, alle Freyheit ihre Gegen-Vorstellung in submissis terminis zu thun, auf einmal genommen worden, da doch die allergrössesten Potentaten in der Welt nicht ungnädig nehmen, wenn die Unterthanen mit zureichendem Grunde eine Gegenvorstellung in aller submission gegen die emanirte mandata verrichten. Endlich ad 8) ein mächtiger Unterscheid 78
zwischen einen Evangelischen Landes-Herrn, in Ansehen seiner Evangelischen Unterthanen, und einem Catholischen Landes-Herrn in regard der Evangelischen Unterthanen, die anno 1624. in solchem Evangelischen Lande priuatiue das Religions-exercitium A. C. gehabt, anzutreffen ist, da jenen zwar das ius sacrorum et iurisdictio ecclesiastica, auch nach der Augspurgischen Confession art. XXVIII. und dem von Zeit der Reformation an üblichen Reichs-praxi zustehet, diesem aber nach ihren eigenen religionsprincipiis, secundum quæ omne ius sacrorum a se alienum existimare debent, ja nach dem Oßnabrückischen Friedensschluß, art. V. §. hoc tamen non obstante 31. gänzlich verbothen, und nicht erlaubet ist, paria iura mit denen Evangelischen Landes-Herren sich anzumassen, da auch denen Evangelischen Landes-Herren nicht zustehet, ihren Catholischen Unterthanen etwas contra statum anni decretorii zuzumuthen;

art. V. §. 32 et 48. in f.

überhaupt auch, was ratione iuris diœcesani et iurisdictionis TOTIVS ecclesiasticæ cum *omnibus speciebus* verordnet worden, allen und ieden, die sich solche anmassen möchten, indefinite auferleget worden, sich dessen gegen die Evangelischen Unterthanen zu enthalten. Absön- 79
derlich aber am allerwenigsten die Catholische Landes-Herren solche geistliche Oberbothmäßigkeit in sacris iure territorii sich anmassen mögen, als wovon sie sich selbsten entfernet erkennen, der Kirchen solche priuatiue einräumen, und sich selbsten dessen Oberbothmäßigkeit un- 80
terworfen, nach welchem principio sowol der Religions-Friede, als der Oßnabrückische Friedensschluß eingerichtet, und denen Evangelischen Unterthanen, suspensa potestate ecclesiastica, auch das ius consistorii unter Catholischer Landes-Obrigkeit eingeräumet ist;

art. V. 1. p. *§.* 31.

81 zumal man leicht ermessen kan, daß wenn die weltliche Catholische Landes-Herren diese geistliche Oberdotmäßigkeit wieder einführen wolten, sie nichts anders als reuiuiscentiam iurium episcopalium et papalium wieder einführen würden, wobey ihre Geistliche und Beichtväter das Ruder führen, diese aber nach dem Be-

82 fehl des Pabstes und der Bischöfe alles thun müsten, gegen welchen Satz bereits im anno 1726. ad consultationem derer Herrn Evangelischen Grafen zu H. unsere Facultät ein weitläuftiges responsum verfertiget, und darinn behauptet, (a) daß der Religions-Friede nicht anders als suspensa *iurisdictione ecclesiastica* hergestellet werden können: (b) daß weil man nach dem Religons-Frieden dieselbe vielen Einschränckungen unterwerffen wollen, man dagegen in dem Osnabrückischen Friedensschluß art. V. §. 48. mit grossem Nachdruck *totam* iurisdictionem ecclesiasticam *cum omnibus speciebus*, und zwar indefinite, und also respectu aller, die solche gegen die Evangelischen Unterthanen prætendiren möchten, suspendiret, am allerwenigsten aber ein Catholischer, weltlicher

83 Herr, der dessen ohnedem unfähig ist, sich solche einräumen können oder wollen: (c) daß dannenhero in art. V. §. 30. denen weltlichen Herren nichts weiter, als das ius reformandi in thesi zugeschrieben, solches auch dem Kayser und andern weltlichen Potentaten in art. V. §. 39. in thesi asseriret worden, iedoch, daß das exercitium davon nicht anders als nach der im §. 31. gesetzten regul geschehen solle, wel-

84 ches von der iurisdictione ecclesiastica toto cœlo unterschieden: (d) daß dannenhero im Fall ein Landes-Herr zur Catholischen Religion in einem Evangelischen Lande treten solte, diese ihr besonderes und von der Catholischen Landes-Obrigkeit nicht abhangendes consistorium nach dem § 31. art. V. haben solten, solches auch von mächtigen Churfürsten und grossen Reichsstän-

85 den heilig observiret werde: (e) daß die Evangelischen Reichs-Stände über die Catholischen Unterthanen nicht weiter, als der status anni decretorii es erlaubete, solche iurisdiction zu exerciren sich bishero unterstanden, nach dem in art. V. §. 32. eben diese Verfassung, wenn ein Catholischer Herr zur Evangelischen Religion tritt, oder in einem Catholischen Lande succediret, zu observiren: (f) daß wenn ein weltlicher Catholischer Herr sich derselben, wie in der Pfaltz, anzumassen attentiret, solches grosse motus erreget, iedoch auf interposition der Evangelischen Reichs-Stände wieder redres-

86 siret sey: (g) daß selbsten nach der Lehre der Catholischen Religion kein weltlicher, in die geistliche Ober-Bothmäßigkeit die Hände einschlagen, am allerwenigsten aber gegen die Evangelischen Unterthanen, solche ausüben können, als worinn, wenn gleich der Pabst es ihnen nachgeben wolte, ihnen die Reichs-Gesetze, welche alle Catholische iurisdiction cum omnibus speciebus suspendiret, widerstünden, sonsten alle Evangelische Stände daraus causam communem machen würden: (h) daß dannenhero die regul: quod territoriali superioritati cohæreat iurisdictio ecclesiastica seu ius sacrorum, allein denen protestirenden Ständen eigen sey, und darinn ihre prærogativ vor den Catholischen weltlichen Herren bestehe, mithin ein Evangelisches Land, so anno 1624. einen Evangelischen Landes-Herrn gehabt, keinen successorem catholicum in sacris haben könne: (i) daß endlich eben dieses daraus zu ersehen, weil die suspensio totius iurisdictionis ecclesiasticæ catholicorum magistratuum bloß und allein in favorem der Evangelischen Landes-Herren und deren Unterthanen, wie auch derer Unterthanen A. C. sub catholico principe geschehen, ja deswegen diesen letztern zum Besten, das ius consistorii habendi in art. V §. 31. zugestanden, wie davon die exempla im Reiche zur Gnüge verhanden. 87 88

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß 89 eine Catholische Herrschaft nicht berechtiget gewesen, in ihren Landen, welche vor und seit dem anno normali der A. C. zugethan, und in der possession eines freyen religions-exercitii verblieben, ihren Evangelischen Pfarr-Herren und Unterthanen zwangweise, und zwar mit solchem extremen Zwang, wie aus der Facti specie zu ersehen, aufzudringen, die Ostersteyer im vorigen Jahre nicht mit denen Evangelischen Ständen, zu gleicher Zeit, sondern mit den Catholischen zu celebriren.

Quæstio II.

Ob Evangelische Pfarr-Herren und Unterthanen den Pardon für eine blosse Gnade erkennen, und ohne Gewissens-Verletzung und Aergerniß befolgen können und sollen, welcher nachhero unter der condition ertheilet worden, daß wie sie Hochherrschaftlichem Befehl zuwider, mit denen Evangelischen Ständen die Ostern gefeyret, sie gleichfals acht Tage hernach solches Fest mit denen Catholischen hinwiederum begehen sollen? 90

Rationes dubitandi.

Ob wohl hiebey zu beobachten seyn möchte, daß ohngeachtet des geschehenen Verbots, Ostern nicht nach dem neuen Calender zu feyren, dennoch die Pfarr-Herren und Unterthanen diesem Befehl zuwider, mit denen Evangelischen gefeyret, dabey sich auch Thätlichkeiten, Widersetzlichkeit und Ungestüm ereignet, wie dessen insbesondere in concluso cæsareo von 30. Sept. 91

1744.

1744. auch anderen vorhergehenden gedacht, auch deswegen S. Kayserliche Majestät glorwürdigsten Andenckens, ins besondere der Gemeinde zu S. ihre Halsstarrigkeit, auch sonsten andern ihren Ungehorsam in Ungnaden verwiesen, und sie zum Gehorsam angewiesen haben, daraus denn folgen möchte, daß solcher Gehorsam auch sowol auf die Ablesung der Hoch-gräflichen Befehle wegen der Osterfeyer, als die Celebrirung des Oster-Festes vorgeschriebener massen sich erstrecke, zumal wenn gleich solche mandata hart gewesen, und die Unterthanen mit vieler Beträbniß solche erfahren müssen, dennoch sie deswegen ihre Kraft nicht verlohren,

1 Petr. II, 18.

quamuis enim in mandatis iniquitas latitet; sufficit tamen, quod in executione eorum et obedientia iniquitas non committatur.

ZIEGLER *de iur. maiest. lib. I. c. 4. §. 11 et 19.*

92 Bevorab da keine lex diuina verhanden, welche die differentz ratione der eigentlichen Zeit der Osterfeyer, zwischen denen Catholischen und Evangelischen, unterscheiden könne, die Gräflichen Pfarr-Herren und Unterthanen also schuldig gewesen seyn möchten, nach denen ergangenen mandatis sich zu richten, weil es ihnen indifferent seyn könne, ob sie Ostern den 5. April. oder acht Tage vorher celebriret, und da sie dennoch hierinn ihren Ungehorsam erwiesen, daß sie mit denen andern Evangelischen gegen die ergangene mandata dieses Fest celebriret, sie den pardon billig für eine Gnade erkennen, und die angehengte condition, solche Feyer noch einmal mit den Catholischen zu wiederholen, billig befolgen müssen, zumal auch in executione dieses Befehls keine Unbilligkeit und Gewissens-scrupel zu besorgen, und es auch hiebey heisset: in dubio parendum.

PVFENDORFF *de iur. nat. et G. lib. VIII. c. 1.*

Rationes decidendi.

93 Dieweil aber dennoch der angezeigte pardon nicht die etwa bey dieser affaire vorkommende Thätlichkeiten und benemessene Widersetzlichkeiten, sondern nur bloß dieses factum concerniret, daß die Hochgräflichen Unterthanen und Prediger gegen den herrschaftlichen Befehl, mit denen Evangelischen Ständen Ostern gefeyret, und also bloß die Frage darauf ankommt, ob sie darunter etwas strafbares, das einen pardon nöthig habe, und dabey der Landes-Herr eine dergleichen harte, unerhörte condition gleichsam als eine Gnade anzuhängen, befugt gewesen, begangen, wir aber nach unserem Gewissen nicht befinden, daß dieses als ein solches Verbrechen, quod veniam meretur, nicht anse-
94 hen können, zumal 1) denen Unterthanen dadurch von Seiten der Herrschaft schon wehe gnug geschehen, daß sie am Grünendonnerstage und Charfreytage manu militari von ihrem Gottesdienst, wozu sie mit allem Recht befugt gewesen, zurück getrieben, und solchen unter freyem Himmel, auf dem Kirchhof und anderen freyen Plätzen in aller Gelassenheit zu halten, genöthiget worden, worinn sie um desto weniger pecciret, als sie das Exempel der ersten Christen, unter denen Verfolgungen, vor sich gehabt, welche ohngeachtet sie mannigmahl von dem Ort ihrer Versammlung verjaget gewesen, iedoch an ihren Sonn- und Feyertagen, wo sie es gut befunden, zusammen gekommen, und ihre Andacht verrichtet. Bevorab da 2) viele ausher-95 rische Unterthanen, die communia sacra eodem tempore celebranda mit ihnen in denen Kirchen gehabt, dabey befindlich gewesen, und gleich wie jene davon nicht abgehalten werden können, auch nicht abgehalten sind, also es ihnen, als gemeinsamen eingepfarreten nicht zu verdencken gewesen, daß sie sich von ihnen als Gemeinde-Genossen nicht separiren, sondern in communione sacrorum verbleiben wollen, bevorab, da 3) die Herren Prediger und Unter-96 thanen des Evangelischen gemeinschaftlichen consistorii Weisung vor sich gehabt, daß sie Ostern mit andern Evangelischen Ständen zugleich seyen sollen, da hergegen die Herren Grafen von H. Catholischer Linie diese Sache, so nach der Landes-Verfassung zur Regulirung des gemeinschaftlichen consistorii gehöret, wie aus denen gedruckten Beylagen sub A. B. et C. 97 zu ersehen, und dagegen solche Neuerung einseitig nicht geschehen mögen, de facto und manu militari, ohne die Unterthanen darüber mit ihren deutotesten Vorstellungen zu hören, zur eilfertigen execution zu bringen, alle äusserste Kräfte, inaudito more, sich bestissen, die Unterthanen in ihrem Gottesdienst gegen den Religions-Frieden und den Osnabrückischen Friedensschluß aufs äusserste bestricket, und einen blinden Gehorsam, in Sachen, die auf das Gewissen der Prediger und Unterthanen angekommen, von ihnen verlanget, welches 4) selbsten Kayserliche Majestät glorwürdigsten Andenckens nicht gut heissen mögen, und deswegen im Reichs-hofrathischen concluso vom 1ten May 98 1744. die declaration der gedachten Herren Grafen, daß sie denen Unterthanen mit denen Augspurgischen Confessions-Verwandten den Himmelfahrtstag und Pfingsten zu feyren nicht verhindern wollen, acceptiret, und hingegen denen Evangelischen Unterthanen nur dieses anbefohlen, daß sie an der Catholischen Himmelfahrt- und Pfingstfeyer, sich aller groben und ein getös und lärmen machenden Arbeit enthalten sollen, wozu sich auch 5) die Unterthanen im Anfang erboten, und dahero 6) die Herren Grafen von H. Catholischer Linie ihren Evangelischen Unterthanen, als eine conditionem gratiae indultae nicht anmuthen mögen, ihre Ostern nochmals mit denen Catholischen zu feyren, weil sie sonsten per indirectum von ihren so theuer bestätigten Kirchen-ceremonien und dem neuen recipirten und gemeinschaftlich approbirten Calender, wider ihre Gewissens-Freyheit abgegangen seyn würden. Endlich 7) diese absolute 99

abgefor-

abgeforderte und mit der äusserſten Strenge und execution begleitete parition nicht auf eine rem indifferentem, die nur reſpectu mandantis widerrechtlich geweſen, ſondern auf rem conſcientiæ und Umſtürtzung des freyen Religions-exercitii, welches unſere Vorfahren mit ſo vielen Blute erkaufet, angekommen, davon die vielen Eingriffe bereits in der gedruckten facti ſpecie vor Augen geleget ſind, und die ferneren betrübten ſuiten vielleicht weiter zeigen möchten, ſo daß wenn die Unterthanen der dem pardon angehengten condition folge geleiſtet, dieſes ein neuer Schritt zur Beſtrickung des freyen Religions-exercitii geweſen ſeyn würde.

100 So halten wir davor, daß die Evangeliſchen Unterthanen, die dem pardon angehengte gefährliche condition, zum Nachtheil ihrer Religion, und mit Verletzung ihres Gewiſſens zu befolgen, nicht ſchuldig geweſen.

Quæſtio III.

101 **Ob das gemeinſchaftliche conſiſtorium, Ober-ſuperintendens, Ober und übrige Pfarrer und Gemeinden eine ſtrafbare That begangen, daß ſie ſich beſtrebet, hohe Herrſchaft nicht anders, als mit lauter unterthänigſten und demüthigſten Bitten und Flehen zu bewegen, mit dergleichen Andringungen, die der in Reichs-Satzungen und Friedens-Schlüſſen gegründeten Freyheit, und der H. gemeinſchaftlichen Kirchen-Ordnung zuwider laufend und nachtheilig, theils auch ihrem unter vielen Seufzen zu GOtt, in auswärtigen Kirchen celebrirten Oſterlichen Gottesdienſt verkleinerlich ſeyn, und bey auswärtigen Evangeliſchen Aergerniß verurſachen würde, ihrer gnädigſt zu verſchonen?**

Rationes dubitandi.

102 Ob wohl einige Gelehrte, als HOBBESIVS de ciue und HOYTVYN in politica contr: cta generali, von denen Unterthanen, auch ſogar in Religions-Sachen, eine paſſiuam obedientiam, daß ſie blindlings den ergangenen Befehlen folgen müſſen, erfordern, welchen dergleichen Vorſtellungen ſchlechterdings zuwider zu ſeyn ſcheinen, ſi enim, vbi iubeantur, quærere ſingulis liceat, pereunte obſequio, etiam imperium intercidit.

TACIT. *lib. I. hiſtor. c. 83.*

Zumal dergleichen Bitten und Flehen nichts anders als einen Ungehorſam anzeigen, welche ab officio ſubditorum aliena ſeyn muß.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch nicht einſten der Pabſt 103
eine ſolche cæcam obedientiam bey ſeinen ertheilten Befehlen erfordert, ſondern Gegen-Vorſtellung und Bitten geduldig anhöret,

c. 5. X. de reſcript. ibi: *patienter ſuſtinebimus, ſi non feceris, quod prava nobis inſinuatione fuerit ſuggeſtum.*

darneben in Religions-Sachen dergleichen paſſiua obedientia, ohne alles Bitten, Flehen und Gegenvorſtellung zu thun, unerhöret iſt.

c. 21. C XXIII. q. 8.

Vielmehr gegen alle Gewalt der Obrigkeit de- 104
ren Chriſten einzige Waffen in lacrimis et precibus eben beſtehen, die auch zu einer ſtrengen Herrſchaft gerichtet werden können, wie dann die erſten Chriſten ſelbſten in denen härteſten Verfolgungen ihre Zuflucht zu dergleichen Vorſtellungen, Flehen und Bitten genommen, ja die Reichs-Geſetze ſelbſten in dergleichen harten und wider die Religions-Freyheit und Frieden lauf- 105
ſenden Befehlen, dergleichen Vorſtellungen nicht allein zugelaſſen, ſondern auch den recurſum ad ſuperiorem verſtattet, vor welchen doch billig in ſubmiſſen terminis gethane Vorſtellungen vorhergehen müſſen,

art. V. l. r. §. 7. ibi: *ſine vlla exceptione.*

ſondern auch der Chriſtliche Kayſer *Theodoſius* gegen dergleichen harte Befehle, welche ſo vieler hundert Menſchen Gewiſſen, Religions-Freyheit und deſſen äuſſerſte Beſtrickung betreffen, nicht einſten eine ſolche abſolute paſſiuam obedientiam erfordert, ſondern dilation, oder genugſamen Aufſchub, mit Verwerfung aller ſchleunigen execution zur gebührenden Gegen-Vorſtellung verſtattet,

l. 20 C. de pæn.

welches Geſetze ſelbſten GRATIANVS in ſeinem 106
decreto wiederholet, dagegen gleichwol mit der ſchärfſten execution von denen Herren Cathoſiſchen Grafen von H. in continenti verfahren, und alle Vorſtellungen dadurch dem conſiſtorio, Predigern und Unterthanen benommen, ja aller Zutritt, qui tamen ſubditis haud denegandus,

l. 19. pr. de offic. præſid.

ihnen præcludiret werden wollen, welcher ſonſten auch bey denen gröſſeſten Potentaten denen prægrauaris niemals verſchloſſen, noch ihnen als ein Ungehorſam ausgeleget wird, wenn ſie ihre Nothdurft in unterthänigſten terminis vorſtellen, die Evangeliſchen Unterthanen daſelbſt alſo auch gleiche Gnade ſich zu getröſten gehabt, dem zuwider ſie als ungehorſame Unterthanen, die ad paſſiuam obedientiam verbunden, angeſehen, und in continenti mit der ſtrenge-

strengesten execution inauditi beleget worden, so allen Reichs-Gesetzen zuwider ist, zumal ein anders ist de facto wiederstehen, welches ohne
107 Ungehorsam nicht zu concipiren: ein anders aber: mit Beybehaltung aller subiection, die allgemeine Nothdurft der gesamten Evangelischen Unterthanen contra prauas suggestiones inimicorum bey der Landes-Herrschaft vorstellen, wie gar wohl AMBROSIVS unterscheidet und saget: coactus repugnare non noui. Dolere potero, potero flere, potero gemere -- Lacrymæ meæ arma sunt. Talia enim sunt munimenta sacerdotum.

lib. V. orat. in Auxent.

Zu welchen letzteren die theure Pflicht, so denen Ober-superintendenten und übrige Ober- und Pfarrern am Hertzen und Gewissen gelegen, sie verbunden und determiniret, ihre Sorge und Amt dabey nicht hindanzusetzen, sondern das Nöthige, wie wol mit aller submission, vorzustellen und nicht still zu schweigen.

108 So haben das gemeinschaftliche consistorium, Ober-superintendens, Ober- und übrige Pfarrer und Gemeinden keine sträfliche That darinn begangen, daß sie sich bemühet, hohe Herrschaften nicht anders als mit lauter unterthänigen und demüthigen Bitten und Flehen zu bewegen, mit dergleichen höchstgravirlichen Andringen sie zu verschonen.

Quæstio IV.

109 **Ob, da bey hohen Herrschaften kein Bitten, Flehen und Vorstellungen, so theils von den Evangelischen hohen Herrschaften, theils von dem gemeinschaftlichen consistorio geschehen, statt gefunden, die Unterlassung beyder Hochherrschaftlichen Befehle, durch welche ihnen Ostern mit denen Evangelischen übrigen Gemeinden zu feyren verboten, hergegen solches Fest gleichmäßig mit denen Catholischen, wie mit denen Evangelischen geschehen, zu halten geboten, als ein unverantwortlich, pflichtloser Ungehorsam und Widerstrebung mit Recht geurtheilet und bestrafet werden könne?**

Rationes dubitandi.

110 Ob wol nicht zu billigen, daß die Unterthanen, wenn sie einige andere Widersetzlichkeit und Thätlichkeiten dabey ausser diesen vorgenommen, sich nicht in denen Schrancken gehalten, auch eingeräumet werden möchte, daß sie, da hohe Herrschaften ihren Befehlen strikte inhæriret, zu pariren schuldig gewesen, dem zuwieder sie doch mit denen Evangelischen die Oster-Feyer quouis modo gehalten, hergegen solche

Bœhm. Conf. T. III. P. I.

mit denen Catholischen nochmals zu celebriren unterlassen, und also committendo et omittendo pecciret.

Rationes decidendi.

Dieweil aber, da alle gethane submisse Vor- 111
stellungen vergebens gewesen, davon die memorialia bey der gedruckten facti specie befindlich, man theils den erlaubten recursum ad cæsaream maiestatem pro omni præiudicio amouendo genommen, und bereits den 20ten Mart. einige remedur erfolget, den 5ten May darneben in dem Reichs-Hofräthlichen concluso acceptiret worden, daß denen Evangelischen Unterthanen daselbsten, die übrigen Feyertage, so von Ostern dependiren, mit denen übrigen Evangelischen Ständen zugleich zu feyren, verstattet werden sollen, dieserwegen die Evangelischen Prediger und Unterthanen sich auf die allerhöchste Kayserliche Hülfe und remedur sicher verlassen können, da zumal lite pendente 112
nichts zu innoviren, noch die Unterthanen de facto aus ihrer bisherigen possession ihres exercitii publici religionis zu setzen gewesen, so dann das H. gemeinschaftliche consistorium, 113
dem concluso vom 20. Mart. a. p. zu folge, unter den 23. Mart. die Verordnung an die Evangelischen Prediger ergehen lassen, Ostern mit allen Evangelischen andern Gemeinden auf den 29. Mart. zu feyren, dieses auch ohne dem eine Sache gewesen, so nach denen Landes-recessen und Kirchen-Ordnungen nicht von denen Catholischen Herren Grafen allein und lediglich dependiret und verändert werden mögen, sondern vielmehr durch das gemeinschaftliche consistorium, welches hierinn nach seinen theuren Pflichten und Gewissen, so ihnen billig am Hertzen gelegen, gehandelt, reguliret werden müssen, da auch so gar der Osnabrückische Friedensschluß art. V. §. 31. die Evangeli- 114
schen Unterthanen in Evangelischen Landen an ihre eigene consistoria verweiset und bindet, dessen Verordnungen in hac causa religionis die Prediger und Unterthanen billig folge leisten, das consistorium aber nach seinen Pflichten hierinn, wie geschehen, verfahren müssen, da sie sonsten als præuaricatores officii sibi impositi, welches das gemeine Wesen und Wohlseyn der bedrängten Evangelischen Kirchen betroffen, angesehen seyn würden, so ihnen nicht anzumuthen gewesen, noch sie verbinden mögen, von ihren theuren Pflichten abzuweichen.

So erhellet hieraus so viel, daß da bey hohen 115
Herrschaften kein Bitten und Flehen, auch keine Vorstellungen der Evangelischen hohen Herrschaften und des gemeinschaftlichen consistorii statt gefunden, die Unterlassung beyder gemeldeter herrschaftlichen Befehle von der Osterfeyer als ein unverantwortlich-pflichtloser Ungehorsam mit Recht nicht geurtheilet und bestrafet werden mögen. Und solches alles V. N. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IAN. MDCCXLV.

RESPONSVM V.

THEMATA.

I. De possessione vel quasi iuris nominandi per annum normalem et subsequentia tempora stabilita. n. 1-44.

II. De recursu ad comitia imperii et corpus euangelicum in causis religionis, si catholicos inter et euangelicos lis est. n. 45-58.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. De possessione iuris nominandi. n. 2.
Aliud est personam nominare, et aliud eam commendare. n. 3-6.
Commendatio fit iure precarii, et reuocari potest. n. 7.
Commendatio nullam perfectam obligationem habet. n. 8. 9 10.
Obseruantia anni normalis vnicum transactionis pacis Westphalicæ fundamentum est. n. 11.
Iurisdictio ecclesiastica inprimis comprehendit ius constituendi ministros ecclesiæ idoneos, n. 12-16.
Ius nominandi quid proprie denotet? n. 17.
Simplex consensus non infert ius præsentandi, sed vmbra tantum iuris patronatus est ibid.
Qui ecclesiam parochialem patitur fieri collegiatam, verum ius patronatus amittit. n. 18.
Ius consentiendi est ius patronatus secundum quid. n. 19. 20. 21. 23 26. 27. 28. 29.
Alleganti mutationem probatio incumbit. n. 22.
In probanda possessione iuris discontinui vltimus actus attenditur. n. 24.
Aeque ac in collatione beneficiorum vltima collatio et vltimus status. n. 25.
Verba recommendare *et* commendare *an differant?* n. 31.
Vox commendare *sæpius ius præsentandi et conferendi comprehendit.* n. 32. 33.
Decisio quæstionis I. n. 33.
Quæstio II. Num contra possessionem anni normalis possessorium summariissimum allegari possit? n. 34.
In possessorio summariissimo actus nudi vltimi, posthabita eorum qualitate, attenduntur. n. 35.
In causis ecclesiasticis inter catholicos et euangelicos possessio et vsus anno 1624. vnicum futuræ obseruantiæ fundamentum est. n. 36.
Nec aliud possessorium summarium admittitur. n. 38.
Vbi certi temporis possessio defideratur, is præfertur, qui specifice statuti temporis possessionem probat. n. 37.
Contra possessionem anni normalis inhibitorii vel alii processus in petitorio et possessorio locum non habent. n 39.
Petitorium absorbet qualecunque possessorium. n. 40.
Actus meræ turbatiui et contradicti in possessorio summario nullius sunt effectus. n. 41. 43.
Formula rogandi *alium sensum habet in sensu grammatico et alium in sensu iuridico.* n. 42.
Decisio quæstionis II. n. 44.
Quæstio III. De recursu ad comitia imperii in causis ecclesiasticis. n. 45.
Pro camera imperii, tanquam summo tribunali, eiusque iustitia, maxima militat præsumtio. n. 46.
Recursus ad corpus euangelicum vel comitia imperii non nisi ex prægnantissimis causis locum habet. n. 47.
Visitationes cameræ in locum recursus ad comitia imperii introductæ sunt. n. 49.
Sed non in vsum plenum deductæ. n. 56.
De vsu et abusu recursus ad comitia vel corpus euangelicum. n. 49. 54. 57.
Corpus euangelicum contra annum normalem turbatis assistere tenetur. n. 50. 51. 52. 55.
In causis, quæ religionis conseruationem tangunt, vota maiora non valent. n. 53.
Decisio quæstionis III. n. 58.

Als die Herren uns die zwischen dem Stift St. M. bey T. und dem dasigen gräflichen Hause bey dem Kayserlichen und Reichs-Kammer-Gerichte zu Wetzlar verhandelte acta nebst einigen Fragen zugeschicket ꝛc. ꝛc.

Hat das Stift St. M. bey T. über die zu T. 1
in K. Amte T. gelegenen Pfarr-Kirche, das ius
patro-

patronatus von alten Zeiten erhalten, und anno 1231. das nominations-Recht über gedachte Pfarr-Kirche dem Jungfrauen-Closter zu L. modo ad St. A. in T. überlassen, welches Recht gedachte Nonnen bis auf die Zeiten der reformation exerciret, einen candidatum zur gedachten Pfarre vorgeschlagen, und solchen hernach das Stift St. M. dem archidiacono zu T. præsentiret. Hat nun circa ann. 1550. das gräfliche Haus sich zur Evangelischen Religion bekennet, und dadurch wegen Bestellung der Pfarre sich ein und andere Zwistigkeit ereget, welche endlich anno 1580. zu einem Procels bey dem Hochpreißlichen Reichs-Hofrath ausgeschlagen, bey welchem aber das Stift St. M. wenig auszurichten vermocht, dahero selbiges dem Evangelischen Landes-Herrn, um sein in Gefahr stehendes ius patronatus zu saluiren, das ius nominandi zugestanden, solches auch dasselbe beständig bis anno 1699. exerciret, da der damahlige Abt N. zu M. sich unterstanden, das qu. Nominations-Recht denen Nonnen in T. wieder beyzulegen, dem sich aber der Evangelische Landes-Herr widersetzet, so daß anno 1701. der Abt S. M. davon wieder abgestanden. Ist aber nach des Pfarrers Abraham S. im anno 1739. den 11. Sept. erfolgten Tode abermal dieserwegen Streit entstanden, da das Stift St. M. des verstorbenen Pfarrers Sohn, mit Vorbeygehung des Hochgräflichen Nominations-Rechts, eindringen wollen, wowider sich aber gedachtes Gräfliche Haus gesetzet, und Johann Christian M. vorgeschlagen welches dann bey dem Hochpreißlichen Kammer-Gericht zum Procels Anlaß gegeben, und solcher meist bis auf die submission gedien, und dabey nunmehro gefraget wird:

Quæstio I.

2 **Ob das Gräfliche Haus so wohl nach der bisherigen undencklichen observantz und M. eigenen Geständniß, als hauptsächlich nach dem possessions-Stand, des anni normalis 1624. und darauf erfolgten Westphälischen Friedens-Schlusses in dem Benennungs-Recht eines subiecti zur Pfarr T. gegründet, mithin dabey zu handhaben sey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl von Seiten des Stifts St. M. angeführet worden, daß 1) unter dem Pabste Innocentio II. im anno 1140. die Pfarr T. dem Stifte pleno iure einverleibet, und dahero von der Zeit an das ius patronatus ruhig exerciret worden, bis der Abt B. im Jahr 1231. dem Jungfern Closter zu St. A. in T. von den Pfarr-Revenüen einen gewissen Theil cum iure nominandi parochum ibidem, reservato sibi iure præsentandi, conferiret, und sie damit belehnet hat, auch nach der Stifts-Beylage sub n. 2. noch bis dato damit belehnet wird, welches sie bis anno 1564. exerciret, in welchem Jahr das gedachte Closter zu St. A. in folgenden formalien das ius nominandi ausgeübet:

tenore præsentium paternitati vestræ venerabilem dominum Ioannem. R. presbyterum T. diœcesis ranquam habilem et idoneam personam in dictæ ecclesiæ parochialis in T. pastorem et rectorem nominamus, ac de eadem meritorum suorum intuitu propter Deum prouidemus, rogantes pro et cum eo etc.

endlich aber 2) nachdem gedachtes Closter solches ius nominandi negligiret, das ius patronatus wieder frey, und das ius nominandi mit demselben consoliciret worden. Dahero denn im Jahr 1592. gedachtes Stift die Pfarr zu T. Iodoco M. und nach dessen im anno 1600. erfolgten Tode, Ioanni S. ferner im anno 1619. Balthasari St. und so weiter, bis anno 1696. conferiret, da Paul S. in gedachtem Jahr die præsentation erhalten. Und ob wol, 3 nach dem das Gräfliche Haus zu K. zur Evangelischen Kirchen getreten, die Herrn Aebte auf die Gräfliche recommendationes reflexion gemachet, iedoch dieses dabey erinnert worden, daß sich keiner der Herren Grafen beyfallen lassen, ein ius nominandi zu prætendiren, als welches dem Closter zu St. A. gehöret, bis 4) im anno 1699, da der Herr Abt N., ad nominationem des Closters zu St. A. Nicolao gedachte Pfarre conferiret, welcher collation sich am ersten der Herr Graf zu G. widersetzet, und ein ius nominandi zu prætendiren angefangen? auch sich dabey auf die bishero geschehene recommendationes bezogen, dagegen aber vom Herrn Abt N. sub n. 8. im Schreiben vorgestellet worden, daß dem Herrn Grafen das ius nominandi nicht zuständig, und aus dem so genannten recommendations-Recht nichts zu erui ren sey, allermassen einem ieglichen, wes Standes er auch immer seyn möge, selbiges frey stehe, ohne daß daraus eine Verbindlichkeit und ius nominandi erfolge, cum aliud sit personam nominare, aliud vero personam commendare, welches letztere bloß als ein precarium anzusehen, und bloß aus Liebe und Freundschaft angenommen werde, quæ autem iure familiaritatis fiunt, semper reuocari et omitti possunt

l. 41. de acqu. vel omitt. poss. l. 15. §. 2. de precar.

dahero gedachter Abt auf die geschehene collation fest bestanden und laut instrumenti sub n. 9. gegen alle Gräfliche Beeinträchtigungen und Thätlichkeiten anno 1701. den 10. May solenniter protestiret, wie dann da 5) gedachter Nicolaus F. auf gedachte collation bey dem sich ereigneten Widerspruch renunciiret, und abermals eine vacantz entstanden, der Herr Graf zu G. sich endlich besser begriffen, von seinem prætendirten nominations-Recht abgestanden, und laut Stiftischer Beylage

lage sub n. 12. Adam I. an den Herrn Abt abgefertiget, und denselben dienstlich ersuchet haben soll, wie die verba formalia sub n. 12. lauten, diesem die besagte Pfarre ohnbeschwert zu conferiren, welches Gesuch zwar sub n. 13. aber ohne einzige Verbindung, und bloß aus nachbarlicher Freundschaft deferiret sey, solches auch im anno 1710. mit præsentirung des Abraham S continuiret, und nach dessen Tode die Pfarre dessen Sohne conferiret, sodann
9 bey diesem zwar abermal 6) wegen des iuris nominandi Streit erreget, und also die collatio ohne Würckung geblieben, dennoch solches abermal auf das ius commendandi fundiret sey, quod tamen longe minus est quam nominatio et etiam in liberis electionibus occurrere solet, sed nullam perfectam obligationem habet,

c. 28. X. de elect.

10 bevorab da 7) dieser vsus commendandi candidatum bittweise geschehen, und der prælat zu St. M. ersuchet worden, dem recommendirten candidato die Pfarre zu verleihen, welches als eine blosse Gefälligkeit anzusehen, und daraus keine wahre possessio et obseruantia, secundum annum normalem æstimanda, gezogen werden möchte, zumal auch 8) das Stift St. M, wie man daraus ein Recht machen wollen, diesen Beginnen sich widersetzet, und anno 1580. bey dem Hochpreißlichen Reichs-Hofrath deswegen Klage erhoben, und es also das Ansehen gewinnen möchte, als wenn aus denen hin und wieder geschehenen recommendationen kein proprie dictum ius nominandi erwachsen, noch eine solche obseruantia, welche in den annum normalem einschlagen könne, alhier anzutreffen sey.

Rationes decidendi.

11 Weil aber dennoch 1) bey dergleichen controuersiis, so zwischen Catholischen und Evangelischen interessenten in causis ecclesiasticis sich ereignen, das vnicum totumque transactionis pacis Westphalicæ, restitutionis et obseruantiæ fundamentum in anni normalis possessione habita, non obstantibus litibus motis vel decisis, zu setzen,

art. V. INSTR. PACIS *§. 25.*

adeo vt dicti anni obseruantia instar regulæ obtinere debeat,

art. V. I. P. *§. 33.*

welches in dem Friedens-*executions*-Hauptrecess §. 3. dahin erleutert worden, daß solches nach dem blossen facto possessionis, vsus, ob-
12 seruantiæ et exercitii zu verstehen: mithin 2) lediglich es in gegenwärtiger Sache darauf ankommt, wie vor in und nach dem anno normali die Besetzung der Pfarre geschehen sey? Da sich denn zwar ex actis befindet, daß bis ad annum 1564. die nominatio von dem Closter zu St. A., die præsentation aber von dem Stift St. M. geschehen, gleichwol eben in diesem Jahr, nachdem der Graf Otto I. die Evangelische Religion angenommen, und das Evangelische Religions-exercitium in seinem Lande eingeführet, die Sache wegen der Pfarre zu T. in einen anderen Zustand gerathen, und mit einem Evangelischen Geistlichen besetzet worden, wie die Beylage sub H. de anno 1566. darleget, zumal 3) leicht zu erachten, daß der Graf Otto I., 13
vermöge des denen Evangelischen Landes-Herren zustehenden iuris sacrorum, die vorige Art der Bestellung der Geistlichen bey der Pfarre T., nicht weiter werde in Uebung gelassen, noch zugegeben haben, daß die Nonnen zu St. A., einen ihrer confession zuwider lehrenden Geistlichen benennen und vorschlagen können; sondern er vielmehr solches Recht sich zugeeignet haben werde, zumal die geistliche Oberbotmässigkeit dieses vornemlich mit sich bringet, daß geschickten und exemplarischen Predigern das Seelen-Amt anvertrauet, die ungeschickten aber davon ausgeschlossen werden, welche Absicht aber nicht erreichet seyn würde, wenn man es auf dem vorigen Fusse lassen, und die Benennung derer Evangelischen Geistlichen fernerhin dem Catholischen Closter überlassen wollen, dahero denn 4) zwey Haupt-Veränderungen 14
sich anfänglich, geständiger massen, hervorgethan, (a) daß von der Zeit an bis ad ann. 1699. die Nonnen zu St. A. kein ius nominandi mehr ausgeübet, welches man selbsten von Seiten des Stifts St. M. eingeräumet, und eingestanden, daß sie solches ex negligentia verlohren: (b) daß die præsentatio nicht weiter dem archidiacono zu T., sondern dem Evangelischen Landes-Herrn geschehen müssen, da die iurisdictio catholicorum durch den Religions-Frieden in denen Evangelischen Landen suspendiret gewesen, wie dann 5) bey Gelegenheit des iuris reformandi exercitium religionis damals vielfältig geschehen, daß die Evangelischen Landes-Herren denen Catholischen patronis nicht weiter ein ius illimitatum nominandi subiectum haben zugestehen können, nachdem sie iederzeit ursache gefunden, an der Geschicklichkeit des nominati subiecti, als wovon absonderlich die Nonnen zu St. A in casu præsenti nicht urtheilen können, zu zweiffen, und dahero bemühet gewesen, das ius nominandi vel commendandi subiectum ob curam supremam sacrorum in Gebrauch zu bringen;

vid. tom. I. consil. HALLENS. *71. n. 26. seq.*

DN. DE LVDEWIG *de nominat. hæret. ad parœch. c. IV. §. 10.*

also 6) leicht zu ermessen, daß der Graf Otto I. 15
die im anno 1564. von dem Closter St. A. geschehene nomination und darauf erfolgte præsentation nicht annehmen, noch das sub lit. H. vorgeschlagene temperament approbiren können, sondern vielmehr dem vocirten B. die Evangelische Pfarre ohne alle præsentation anvertrauet, nachdem in dem Religions-Frieden §. 20. die Bestellung derer Ministerien denen Augspurgs Confessions-Verwandten klar zugestanden, und dahero ohne Zweifel der Graf

Otto I.

Otto I. Gelegenheit genommen, die Besetzung
16 dieser Pfarre an sich zu ziehen, iedoch 7) bey sich im anno 1578. ereigneten vacantz er zwar den Lampertum D. zur Pfarr laut lit. H. H. bestimmet, und denselben einzusetzen befohlen, gleichwol dieses temperament dabey gebrauchet, daß nicht der vocatus, sondern der gräfliche Amtmann zu T., weil sich, vt verba formalia sonant, der Abt zu St. M. der collatur solcher parochie anmassete, und der künftige Pfarr-Herr in desto besserer Ruhe stehen möge, sich zu dem gedachten Abt verfügen, denselben dessen verständigen und um præsentation anhalten, wie dann derselbe würcklich der Pfarre vorgesetzet, und die Pfarr-Bestellung auch im anno 1592. continuiret worden, wobey in der Stiftischen Beylage sub n. 5. absonderlich der Abt R. dem Gräflichen exercitio wegen Bestellung der Pfarre sehr nachgegeben und sich nur, pro conseruando iure patronatus, secundum quid das ius præsentandi vel consentiendi ausbedungen, zugleich aber auch die bisherige Veränderung nicht ablegen mögen, indem er daselbst anführet, daß Herr Graf Otto den designatum Iodocum durch ihn, als ordentlichen und bekanten Collatoren zur gemeldten Pfarre zu præsentiren, ansuchen und bitten lassen; immediate aber darauf folgendes anfüget:

Wiewol wir nun nichts liebers sehen wolten, daß wir uns unsers ius præsentandi wie vor Alters und noch vor sechs und zwanzig Jahren geschehen, gebrauchen und gemeldetem Iodoco M. unsere præsentation, wie zu der Zeit gebräuchlich gewesen, in forma verfertigen und zustellen lassen möchten, wollen wir doch solche Veränderung, so lang es dem lieben GOtt gefällig, an seinen Ort stellen, und allein dieses Ansuchen und Bitten, zu Erhaltung und Erkäntniß unserer collation- und præsentations-Gerechtigkeiten, auf und angenommen haben ꝛc.

17 in welchem Antwort-Schreiben viele remarquable Umstände anzutreffen, als (a) daß der Graf Otto I., den Iodocum M. erwählet, und zu dem Pfarr-Amt in T. designiret, worinn eben das verum ius nominandi bestehet: (b) daß der Herr Graf Otto, wie noch anno 1578. geschehen, um die præsentation für den designirten Iodocum M. anhalten lassen, wie dergleichen Suchen und Bitten bey dem nominations-Recht zur præsentation gantz gewöhnlich und vormals auch von denen Nonnen des Closters zu St. A gebrauchet ist, wie die Beylagen anzeigen, mithin daraus ad infringendum ius nominandi nichts geschlossen werden kan, vielmehr die Natur des iuris nominandi dieses mit sich bringet, daß der patronus, dem nominato die præsentation zu geben, ersuchet werden müsse, eben wie das præsentations-Recht sine rogationibus nicht verrichtet werden kan, wie aus der Stiftischen Beylage sub n. 4. zu ersehen: rogantes vna cum et pro iam nominato nostro præsentato, quatenus eundem ad dictam ecclesiam parochialem modo præmisso vacantem admittere instituere, inuestire - - dignemur; gleichwol das ius patronatus wegen solches Suchens und Bittens seine Kraft nicht verlieret: (c) daß der Abt zu St. M. selbsten bekennet, daß er sich des iuris patronatus, wie vor Alters gebräuchlich, damals nicht weiter gebrauchen, und in forma die præsentation ausstellen und ausfertigen lassen können: (d) daß er ferner bekannt, wie eine Veränderung dabey vorgegangen, welche er an seinen Ort, so lange es GOtt gefällig, stellen müsse, welche in viererley Puncten bestanden, als daß erstlich die Nonnen zu St. A nicht mehr nominiret: zum andern, daß nunmehr der Rheingraf die Person zum Pfarr-Amt designiret, und den gedachten Abt um dessen consens ersuchet: zum dritten, daß die præsentation nicht mehr an den archidiaconum zu T. ergangen, und endlich, daß die gantze præsentation in An- und Aufnehmung des vorgeschlagenen subiecti, oder in declaratione consensus, daß derselbe zur Pfarre T. von dem Herrn Grafen ordentlich bestellet und præuio examine, confirmatione et ordinatione ihm solche conferiret werden möchte, bestanden, als welches, in Ansehen, daß der Hr. Graf der Augsp. Confession zugethan, und das ius sacrorum in seinem Lande exerciret, durch dessen auctorität geschehen müsse: endlich (e) daß der Abt solches bloß zur conservation seines iuris patronatus, damit er solches nicht gäntzlich verlieren und einbüssen möge, gethan, ohngeachtet er keine förmliche præsentation verrichtet, sondern sein gantzes Recht in simplici consensu bestanden, wodurch das ius præsentationis aber damals dergestalt geschwächet und unvollkommen geworden, daß es kaum vmbram iuris patronatus behalten, sicuti qui ecclesiam parochialem patitur fieri collegiatam, verum ius patronatus amittit, et tantum ius consentiendi retinet, 18

c. 25. X. de iur. patron.

et in monasteriis abbas quidem electione conuentus designatur, adhibito tamen consensu fundatoris seu patroni, qui tamen ad actum electionis, qua designatur prælatus, non concurrit,

c. 51. X. de iure patron. cit. c. 25.

obwol dergleichen ius consentiendi noch secun- 19
dum quid ein ius patronatus genannt wird, in welchem Verstande der Abt St. M. sein patronat Recht conseruiret, keine wahre præsentation aber dabey verrichtet, weil er solche an den Evangelischen Landes-Herrn zu thun, bedencklich gehalten, sondern bloß das ius consentiendi et approbandi nominatum dabey ausgeübet, wie solches die angeführten Worte an den Tag legen, und darinn damals das nudum factum possessionis, vsus et obseruantiæ, worauf allein zu sehen, bestanden. Ferner 8) diese obseruantia im anno 1600. bey entstandener vacantz continuiret worden, wie die Beylage sub I. I. darthut, worinn der Graf Otto an den Herrn Abt St. M. den Tod des gewesenen

wesenen Pfarrers Iodoci M. berichtet, und anzeiget, (α) daß ihm obliegen wolle, in der Pfarre T. den Pfarr-Dienst mit einem qualificirten subiecto zu ersetzen: (β) daß dazu Ioannes S. in examine tüchtig befunden worden: (γ) daß er denselben dem Abt hiermit præsentiren wollen,

Des Versehens, ihm nach ausgestandenem examine auf vorgeregte Augspurgische Confession die Pfarr zu T. zu conferiren, auch durch schriftlichen Schein ihm mitzutheilen,

(δ) daß daran die Gebühr geschehe, woraus am allerdeutlichsten zu ersehen, daß der Herr Graf solches als eine Gebühr prærendiret, und nicht bloß bittweise, wie man von Seiten des Stifts St. M. vorgeben wollen, solches Recht ausgeübet, vielmehr der gedachte S. von dem Herrn Grafen designiret, ja so gar bereits examiniret und confirmiret gewesen, als er ad consentiendum præsentiret, und darüber ein Schein verlanget worden, darauf denn 9) der Abt St. M. in dem Antwort-Schreiben sub K. zwar angestanden, ihm die collation zu thun, weil er professionem fidei nach altem Catholischen löblichen Gebrauch zu thun sich geweigert, welches doch damals gantz inconuenable war, und von einem Evangelischen candidato zu einer Evangelischen Pfarre bey einem Catholischen prælaten nicht geschehen konte; iedoch weil er leicht abnehmen können, daß dieses illegale postulatum keinen Stand halten würde, hat er dabey folgendes angefüget:

Jedoch da E. L. anders gefallen, müssen wir es geschehen lassen, dieweil uns zur Zeit es anders zu wenden (wie wir sonsten gerne sehen und wünschen möchten) unmöglich, und zu Er. L. dispositon die Sachen, alßo lang dem Allmächtigen gelieben wird, beruhen und verbleiben lassen ꝛc.

wodurch er alßo, sich gefallen zu lassen, euentualiter declariret, was wegen Besetzung der gedachten Pfarre von dem Grafen Ottone geschehen, und alßo darinn consentiret, ja alles dessen dispositon anheim gestellet, dabey beruhet und es verbleiben lassen, wodurch er dem Herrn Grafen mehr eingeräumet, als gebeten worden, und von dem iure conferendi, nach dem letzten Exempel, fast gantz abstrahiret, vielmehr bloß in iure consentiendi acquiesciret. Dabey denn der Herr Graf die vornehmste actus, als die designation der Person, deren examen, confirmation, ordination und installation verrichtet, den vermahligen collatori aber nichts als gloria consentiendi übrig geblieben, worbey er nach dem damahligen Läuften es um destomehr lassen müssen, weil der darüber im anno 1580. beym Reichs-Hofrathe angesponnene proceß seine Absicht nicht erreichte, auch bey Einführung des Evangelischen Religions-exercitii es nicht wohl möglich war, bey dem alten Fuß zu bleiben, sondern, wie er anno 1592. geschrieben, diese Veränderung, so lange es GOtt gefallen wolte, sich gefallen lassen müste. Dahero 10) weil in den folgenden Zeiten der status religionis sich nicht geändert, im anno 1619. dieses bishero exercirte und in possessorio damahls wenigstens fest gesetzte Recht noch weiter und deutlicher bestärcket worden, angesehen in dem documento sub M. der Herr Graf der andere anzeiget, daß nach Absterben des Pfarrers Io. M. er für nöthig erachtet, die gedachten Pfarre wieder zu bestellen und zu verleihen, mit dem Anfügen: 21

Daß wir, demselben nach, gegenwärtigen Balthasarum St. dem collatori vorgeschlagen und dargestellet, mit Begehren, er wolle denselben nach ausgestandenem examine der Augspurgischen Confession gemäß auf solche Pfarre confirmiren und bestätigen. Wann denn ermeldter collator unserem Begehren folge gethan, und ietzt besagtem Balthasar St. solche abgemeldter Pfarre verordnet, ihm die verliehen und damit versehen hat ꝛc.

welches documentum um destomehr Glauben finden muß, weil darinn nichts neues zu befinden, sondern die vormahls expresse verwilligte Veränderung und überlassene freye dispositon continuiret worden, und kein vernünftiger Mensch zweifeln wird, daß der Herr Graf das Recht seiner Vorfahren, bey der Evangelischen Pfarre T. nicht gebrauchet, und alßo, wie berichtet worden, exerciret haben solle, weil man sonsten sagen müste, daß bey Besetzung dieser Pfarre eine Veränderung vorgefallen, und man von denen vorigen principiis abgegangen sey, welches so wenig zu præsumiren, vt potius alleganti mutationem probatio incumbat, 22

l. 22. de probat. l. 32. pr. de donat. int. vir et vxor.

c. 8. de R. I. *in 6.*

multo minus in cauſis animæ ſalutem et conſcientiam concernentibus mutatio præſumitur, quam nemo neglexiſſe cenſetur,

MVLLER *ad* SRRVV. *ex. 28. th. 18. lit. c. not. 1.*

so hier um desto richtiger seine application findet, als vormahls diese Veränderung, der Religion wegen, eingeführet, und es dem Evangelischen Landes-Herrn darum zu thun gewesen, daß diese Evangelische Pfarre mit geschickten Seel-Sorgern besetzet, und nicht einem ieden, so vom Stift St. M. etwa darzu designiret, preiß gegeben werden möchte, welches nicht anders zu erlangen gewesen, als wenn der Evangelische Landes-Herr selbsten das subiectum dazu bestimte, dem patrono vorschlüge, und darauf dessen consens und Bewilligung erforderte, wie dann das Stift St. M. bishero das Gegentheil nicht beybringen, noch beweisen können, daß bey der im anno 1619. geschehenen Besetzung der Pfarre T. eine Veränderung vorgegangen und ohne bishero üblich gewesene nomination des Herrn Grafen von dem collatore dieselbe besetzet sey. 23

Woraus denn 11) nunmehr klar ist, daß der Herr Graf die nomination wenige Jahre ante annum normalem 24

lem gethan, und also im anno normali in dessen possessione, vsu et obseruantia gewesen, wie die Art und Weise dergleichen iurium discontinuorum, deren Gebrauch mannichmal in vielen Jahren nicht existiret, mit sich bringen, da es genug ist, wenn einer den letzten actum ante annum normalem noch exerciret, weil er dadurch in der possessione vel quasi iuris nominandi per annum normalem et subsequentia tempora geblieben; nam etiam
25 in collatione beneficiorum attenditur vltima collatio et vltimus status,

LOTTER *de re benef. tom. I. lib. I. qu. 34. n. 25.*

POST. *de manuten. obs. 33. n. 1.*

qui vltimus status efficit, vt præsentans vel nominans dicatur esse in possessione vel quasi iuris nominandi vel præsentandi.

POSTIVS *cit. l. obs. 32. n. 7*

26 Wie denn auch 12) in den folgenden Zeiten es mit Besetzung der Pfarre T. in eodem statu geblieben, und aus denen documentis sub lit. LL. MM. und OO. zu ersehen, daß Andreas K. von dem Grafen nach der Pfarre T. vociret, und ohne alle erhaltene præsentation vom Abt St. M. daselbst sechzehen Jahr lang, bis 1649. sein Amt geführet, dahero sich im anno 1647. beschweret, daß er als ein Fremder von der Beschaffenheit der Sache nichts gewust, und der Abt zu St. M. gedrohet, einen sacrificulum dieses Orts zu setzen, weil er von S. Excellentz nicht præsentiret, und von ihm, dem Abte, nicht confirmiret worden, welches dasienige Recht war, so gedachtem Abte noch übrig geblieben, worauf sich auch in dem Schreiben sub lit. MM. de anno 1639. bezogen, und angezeiget wird, daß solches bishero üblich gewesen, und keine Neuerungen dagegen zu verstatten, wiewohl dieser Pfarrer noch beständig bey der Pfarre geblieben, ob gleich anno 1647. noch nicht einsten die confirmation von St. M. wegen der damahligen troublen, geschehen, gleichwol dieses richtig ist, daß der Herr Graf den Pfarrer K. vociret und gesetzet, und sowol von demselben als dem Abt St. M. agnosciret worden, daß das Stift dabey nichts mehr als ein wahres ius
27 consentiendi et confirmandi nominatum habe, ja 13) solches abermal nach der dimission des gedachten Pfarrers im anno 1649. von neuen sich geäussert, in dem der Herr Graf laut lit. N. dem Herkommen gemäß, J. Michael P. den 28. May 1650. dem Stift St. M. vorgeschlagen, und berichtet, daß so bald er ankommen würde, er sich bey dem Abte persönlich einstellen und angeben solle, worauf der Abt A. den 11. Iun. eod. laut Beylage sub o et y y. geantwortet, daß, wenn selbiger sich præsentiren würde, gleichmäßig alsdann geschehen solle, was im üblichen Gebrauch und vor Alters gewöhnlich sey, worunter nothwendig das bishero exercirte ius consentiendi et confirmandi nominatum verstanden werden muß, weil solches, wie nach der suite dargethan, der alte Gebrauch und das Herkommen gewesen, welchem sich auch ipso facto der Abt A. seinem Versprechen gemäß, accommodiret, und sub lit. P. P. des Pfarrers geschehene Bestellung, welcher bereits ein halb Jahr im Amte gewesen, confirmiret, und ohngeachtet darinn der nomination nicht gedacht wird, dennoch solche unter d. 28. May 1650. geschehen, den 11 Iun. eiusd. an. angenommen und versprochen, den üblichen Gebrauch, und was vor Alters gewöhnlich, zu verrichten, worauf der nominatus sein Amt ohn Bedencken angetreten, und den 3. Nov. eod. in forma die Ausfertigung der confirmation erfolget, so, daß wer hier den actum nominationis et approbationis leugnen wolte, contra bonam fidem et euidentiam rei handeln würde; wobey 14) sehr remarquable ist, daß 28
eines theils in dem beygefügten Schreiben sub lit. X. X. unter dem 25 Aug. 1650. von Seiten des Stifts berichtet worden,

daß die Bestätigung des Herrn Pfarrers zugleich mit geschehen solle,

welche deutlich anzeigen, wie die Beylage sub P. P. zu verstehen, nemlich, daß solche eine blosse Bestätigung der nomination gewesen: andern theils in der confirmatione nominationis vom 3. Nov. 1650. gemeldet worden, daß die Pfarre T. durch den Tod Balthasar St. vacant sey, welcher aber bereits anno 1634 verstorben, und die Pfarre mit Andreas K von der Zeit an bis anno 1649 iedoch ohne alle nomination und erfolgte confirmation, besetzet gewesen, daher man diese Zeit inzwischen pro statu vacantis ecclesiæ angenommen, mithin agnosciret, daß der vltimus actus ante annum normalem in das Jahr 1619. gefallen, in welchem die Pfarre mit Balthasar St. auf vorher geschehene Vorschlagung und erfolgte Bestätigung laut lit. M. besetzet, und dadurch zugleich agnosciret worden, daß in anno normali das ius nominandi seinen unbeweglichen Grund gehabt habe, welches man auch im anno 1650. angeführter massen continuiret, ferner 15) im anno 1656.
laut Beylage sub B. B. und n. 6. im anno 1657. 29
laut Beylage sub lit. Q und R. bis ad annum 1696. in welchem der Pfarrer M, so anno 1657. nominiret worden, die Sache in eodem statu verblieben, und also vor, in und nach dem anno normali die Herren Grafen das ius nominandi exerciret, so daß also auf diesen statum der Besatzung der Pfarre in decidendo nunmehro allein reflectiret, und nach dem Westphälischen Friedensschluß es dabey sein unveränderlich Bewenden haben muß. Dagegen 30
dann die rationes dubitandi wenig verfangen werden, angesehen ad 1) nach der geschehenen reformation der status mit der Pfarr T. sich gantz geändert, und nach anno 1564. das ius nominandi von dem Stift St. A. bis anno 1696. nicht weiter exerciret, sondern solches vielmehr aus guten Gründen auf die Herren Grafen gefallen, welche auch solches ad 2) bey denen angeführten actibus, wie specifice dargethan, exerciret, und das Stift dabey in seinen Schriften agnosciret, daß das gedachte Kloster

solches

solches Recht per non vsum verlohren, welchen es doch, auf eine gantz illegale Weise, im anno 1699. zum præiuditz der Herren Grafen wieder in die Hände spielen wollen, solchem attentato sie sich doch mit Recht widersetzet, und darinn endlich das Stift nachgegeben, dahero ad 3) contra acta läuffet, daß sie das ius nominandi bis ad annum 1699. nicht exerciret, dessen Gegentheil durch so viele actus dargethan
31 ist, und dahero ad 4) dem attentato im gedachten Jahr der Herr Graf sich nothwendig opponiren müssen, und was dagegen aus der Beylage sub B. B. de anno 1656. und darinn befindliche formul:

ad recommendationem et testimonium illustris et generosi Domini Comitis Georgii Friderici, Comitis Sylvestris in D. et K.

angeführet worden, von schlechter Erheblichkeit ist, da aus denen vorhergehenden actibus, worinn das Vorschlagungs-Recht ohnstreitig gegründet, gantz begreiflich ist, wie der terminus commendationis zu verstehen sey, und kein Unterscheid unter recommendare et commendare zu machen, als daß jener terminus barbarus, dieser aber genuinus et probus, ja auch
32 aus den scriptoribus ecclesiasticis mehr als zu bekant sey, daß unter dem Wort commendare so gar öfters das ius præseatandi et conferendi verstanden werde,

FRANC. FLORENS *in oper. iuris. P. II. p. 80.*

wie aus dem CONCILIO SALEGVNSTADIENSI *de anno 1022. c. 13.* vt nullus laicorum alicui presbytero suam commendet ecclesiam præter consensum episcopi, zu ersehen, ja in dem CONCILIO BITVRICENSI *de anno 1031. c. 22.* so gar von denen Bischöfen stehet: quod episcopus curam animarum debeat vnicuique presbytero commendare de parochiis ecclesiarum singularum; nicht weniger in denen capitularibus verboten, munera exigere a presbyteris propter commendationem ecclesiæ,

BALVZ *in capitular. lib. V. c. 148. p. 853.*

und also um destomehr das ius nominandi unter dem Worte: commendationis verstanden werden kan und muß, wie wohl solches ante annum normalem nicht einsten gebrauchet, vielmehr solches erst im anno 1656. adhibiret, und dahero nach dem vsu et obseruantia anni normalis sub obligatione perfecta, oder nach
33 der Gebühr, zu verstehen ist, woraus denn ad 5) was mit Bestellung des Pfarrers J. und S. vorgefallen, erläutert wird, welche allerdings auf die Gräfliche nomination sind zur Pfarre bestellet worden, ohngeachtet dabey ein bittliches Ersuchen vorgegangen, als welches sich auch bey der præsentation derer patronorum, wie oben dargethan, äussert, und bey der nominatione des Closters St. A. geäussert hat, wie die klaren diplomata an den Tag legen, und solchergestalt unverantwortlich ist, verba contra mentem et stylum ecclesiasticum captare, wodurch die rat. dub. 6 et 7ma ihre Abfindung bekommen, und falsch ist, was vom einen precario und Gefälligkeit angeführet wird, welches man vielmehr vormals für einen alten Gebrauch und Herkommen gehalten, und demselben gefolget. Endlich ad 8) der im anno 1580. dieserwegen bey dem Reichs-Hofrath erregte proceß bekanntermassen liegen geblieben, und durch den Westphälischen Friedensschluß definitiue dadurch abgethan ist, daß es bey dem statu, vsu et habita possessione anni 1624. sein Verbleiben haben solle.

So erhellet hieraus so viel, daß das Gräfliche Haus sowol nach der bisherigen uhralten obseruantz und des Stifts M. eigenen Geständniß, als hauptsächlich nach dem statu possessionis anni 1624. in dem Benennungs-Recht eines subiecti zur Pfarre T. gegründet, mithin dabey zu handhaben sey:

Quæstio II.

Ob das Stift St. M. aus denen 34 neuern actibus de anno 1701. und 1710. ein possessorium summarissimum vor sich erzwingen, und ob allenfalls ein dergleichen possessorium in præsenti statt haben könne?

Rationes dubitandi.

Ob wohl 1) im anno 1699. laut Beylage 35 sub lib. V. sowol als aus denen documentis sub N. 8. zu ersehen, daß die Nonnen zu St. A. ihr ius nominandi bey Nicolaus F. würcklich exerciret, das Stift St. M. darauf auch die collation gethan, und als von Seiten des Gräflichen Hauses dem gedachten F. die installation verwegert worden, das Stift dagegen solenniter läut lit. X. protestiret. Darneben, obwol laut Beylage sub N. 10. gedachten F. seines aus der geschehenen collation erlangten Rechtens renunciiret, dennoch dieses zum præiuditz dieses actus nicht gereichen möchte, vielmehr es das Ansehen gewinnen will, als wenn solcher actus ad fundandum possessorium summarissimum gnug sey, beverab da darauf 2) an Henrich Adam I. laut Beylage sub. N. 13. der Abt N. die collation gethan, und darinn, daß er von dem Grafen vorgeschlagen sey, nicht gemeldet worden, welches doch geschehen müssen, wenn denen Herren Grafen das ius nominandi zu stehen solte, dieser actus also sine nominatione geschehen zu seyn scheinet, welches auch 3) bey der im anno 1710. geschehenen collation an Abraham S. zu beobachten, und dahero zwey eclatante actus verhanden zu seyn scheinen, welche das possessorium summarissimum fundiren möchten, als in welchen man lediglich auf die blossen actus nudos, post habita eorum qualitate, zu sehen hat.

Ratio-

Rationes decidendi.

36 Weil aber dennoch, wenn zwischen Catholischen und Evangelischen eine Kirchen-Sache verviret, es lediglich auf die possessionem et vsum anni 1624. ankommt, als in welcher observantia illius anni vnicum solumque fundamentum futuræ observantiæ gesetzet werden muß,

per I. P. *art. V. §. 25 et 33.*

37 mithin kein anderes fundamentum decidendi und status possessionis, wenn man aus der possessione sein Recht herleiten will, hier angenommen werden kan, als possessio habita anni normalis, und wie alhier nicht einsten antiquissima possessio pro fundando possessorio ordinario admittiret werden muß, also auch hierbey um desto weniger auf ein summarium gesehen werden mag, als bekant ist, quod vbi certi temporis possessio desideratur, hæc docenda sit,

ANTONELL. *de temp. leg. lib. I. c. 12. n. 1.*

POST. *de manut. obs. 73. n. 25.*

adeoque in tali casu simpliciter is præfertur, qui specifice possessionem statuti temporis probauit,

POSTIVS *cit. tr. obs. 71. n. 83.*

38 allermassen man sonsten die Absicht des Osnabrückischen Friedensschlusses nicht erreichet, ja alle anbefohlne restitution nach dem statu et observantia anni normalis vergeblich gewesen seyn würde, wenn nach anno 1648. iemand sich in præsentissima vel alia possessione gründen, und dadurch die restitution verhindern können, dahero denn es nöthig gewesen, alle exceptiones ex anterioribus vel secutis pactis, generalibus vel specialibus transactionibus, litibus motis, decisis vel decretis, mandatis, rescriptis et quibuscunque aliis prætextibus hat renunciiret werden müssen, so daß hier kein summarissimum possessorium statt finden kan.

I. P. *art. 17. §. 3.* ibi: vel vllæ aliæ quocunque nomine aut prætextu excogitari potuerint, vnquam allegentur, audiantur, vel admittantur,

39 so daß auch so gar daselbst verboten ist, inhibitorios seu alios processus in petitorio et POSSESSORIO zu erkennen, gegen welches doch gehandelt werden würde, wenn in possessorio summario alhier zwischen einem Evangelischen Stand des Reichs, und einem Catholischen Stift erkannt werden solte, und dahero auch die Rechts-Lehrer gar recht statuiren, quando vis est in tempore, illud ad vnguem et præcise probandum,

ANTONELL. *cit. tr. lib. I. c. 69. n. 9.*

bevorab da so gar hier alles ohne vorbehalt, limitation und remission ad petitorium nach dem statu anni normalis decidiret und restituiret werden muß,

Fried. *execut. Haupt-vecess. §. 4.*

40 ja wenn auch nach gemeinen Rechten hier bloß verfahren werden solte, solches um desto weniger hier statt finden möchte, da das petitorium ex statu et habita possessione anni normalis hier ex documentis et propria confessione aduersarii klar ist, quod omne absorbet possessorium qualecunque, wie bey der vorigen Frage de singulis actibus dargethan, und dabey wohl zu bemercken ist, daß man die gantze connexion und suite der Sache wohl überlegen, und daraus die possession des Gräflichen nominations-Recht beurtheilen muß, da man leicht finden wird, daß eines theils das Closter zu St. A. eben um deswillen kein nominations-Recht nach anno 1664. mehr exerciren können, weil die Herren Grafen solches bey vorkommenden vacantzen exerciret, und das Stift St. M. hierinn ihnen so gar mit klaren Worten nachgegeben. Endlich in denen angeführten 41
actibus sich nicht einmal actus contrarii befinden, welche das summarissimum von Seiten des Stifts fundiren könten, in dem ad 1) was im anno 1699. mit F. geschehen, ein actus mere turbatiuus et contradictus ist, wie die deswegen gewechselte Schriften anzeigen, welcher auch keinen effect erreichet, sondern wegen der darüber entstandenen Streitigkeit gedachter F. zum Ueberfluß resignaret, wozu der Herr Prælat angetragen, zumal er nach der Beylage sub lit. Z. Z. bey der mit ihm im anno 1711 gehaltenen conferentz sich erkläret, zu willfahren, wenn man ihm nur von Herrn F des Herrn Prælaten besiegelte schrifftliche vocation mit guter Manier wieder zur Hand schaffen könte, welches auch geschehen, und gedachter F. die resignation laut Beylage sub N. 10. würcklich gethan, worauf auch ad 2) der Herr Prælat wegen der versprochenen Willfahrunge, welche das nominations-Recht betroffen, in dem documento sub lit. Z. an den Herrn Grafen sich erkläret, daß, wenn des Orts ein und anders qualificirtes subiectum wäre, welchem der Prælat die administration solcher Pfarre anvertrauen könte, und sich mit gnugsamen testimonial-Briefen seines Wohlverhaltens bey ihm melden würde, er solche Pfarre ihm conferiren wolte, auf welches Schreiben auch der Herr Graf Henrich Adam J. vorgeschlagen, so auch angenommen, und bestätiget worden, also wenig zur Sache thut, daß in des Stifts collations-Brief dieser nomination nichts gedacht ist, als welche doch würcklich erfolget, und, wie der vorhin ergangene actus contradictus darleget, nicht geschehen seyn würde, wenn das Stift die Vorschlagung eines tüchtigen Evangelischen subiecti nicht vorher bewilliget, zumal eben kurtz vorher darüber der Streit entstanden, daß ohne nomination des Herrn Grafen, der Herr Prælat die Pfarre mit dem vorhin erwehnten F. besetzen wollen, welcher Streit durch Zurückgebung der vocation und resignation des gedachten F. dergestalt gehoben, daß der Herr Prælat versprochen, dem Herrn Grafen in seiner prætension laut lit. Z. Z. zu willfahren, wie er denn auch würcklich auf geschehene Vorschlagung des gedachten J gewillfahret: und obgleich 42

in dem nominations-Schreiben vom 7. Decan. 1701. in der Beylage sub N. 12. die clausul sich befindet:

Und dieselbe anbey dienstlich zu ersuchen, ihm die besagte Pfarre ohnschwer zu conferiren,

so siehet doch iederman, der nicht mit præiudiciis oder passion eingenommen, daß diese rogandi formula sowol bey dem iure præsentandi als nominandi gantz gebräuchlich ist, wie die von Stifts Seiten übergebene Beylage der alten præsentationen an den archidiaconum zu T. und des Closters zu St. A. vormahligen nominationen anzeigen, und man an solchen formulen in sensu grammatico nicht behengen bleiben, sondern dieselbe nach dem sensu iuridico beurtheilen müssen, nach welchen es auf denjenigen Fuß, wie es vor anno 1624. exerciret worden, anzunehmen, und das wahre Vorschlagungs-Recht darunter zu
43 verstehen ist. Endlich ad 3) die an Abraham S. im anno 1710. geschehene collation der Pfarre T. ebensals auf geschehene nomination laut Beylage sub lit. S. S. erfolget, und dahero beyde actus wider des Stifts intention offenbar streiten, daß sie nicht einmal ad possessorium summariissimum, wenn solches hier statt finden könte, zureichend sind.

44 So kan kein possessorium summariissimum gestalten Sachen und Umständen nach, in dieser Sache statt finden, noch weniger solches aus denen beyden actibus de anno 1701. und 1710. gezogen werden.

Quæstio III.

45 **Ob, wenn das Stift S. M. bey dem Cammer-Gerichte, ein obsiegliches Urthel erhalten solte, das Gräfliche Hays acquiesciren und parition leisten, oder aber sich etwa an das corpus euangelicum ohne Ergreifung eines remedii iuris wenden, und Hülfe suchen solle, und ob solche bewandten Umständen nach da zu hoffen seyn möchte?**

Rationes dubitandi.

46 Ob wol gegen diesen recursum ad comitia und insbesondere ad corpus euangelicum eingewandt werden möchte, daß 1) gegen dieses hohe Reichs-tribunal die grösseste præsumtion militire, daß sie nicht anders, als was denen Rechten gemäß, erkennen werden,

l. vn. §. 1. D. de offic. præf. prætor.

bevorab da 2) dieses tribunal mit mehrern, so wol Catholischen als Evangelischen assessoren besetzet, die diese Sache mit aller gebührenden
47 Einsicht werden tractiret haben; dahero 3) es scheinen will, als wenn die Herren Grafen dem Urtheil schlechterdings parition leisten müssen, zumahl der recursus ad corpus euangelicum vel comitia nur bey besonderen wichtigen Umständen statt finden, sonsten aber regulariter nicht statt haben möchte, als wodurch der Lauf der Justitz gehemmet, und die execution schwer gemachet würde, welchem Uebel billig vorzubeugen, und selbsten in dem Reichs-Gesetze vorgebeuget ist,

Capit. CAROLI VI. art. 16.

bevorab, da 4) die visitationes cameræ statt 48
des recursus ad comitia in denen Reichs-Gesetzen angeordnet, und 5) die comitia imperii nicht zur Justitz, sondern bloß zu Staats-Sachen bestimmet zu seyn scheinen, absonderlich aber 6) das corpus euangelicum dabey nichts 49
weiter als per modum intercessionis bey der Sache concurriren, solche aber hier ohne effect seyn würde, weil das Urtheil einmal gesprochen und kein iudex solches zu ändern befugt sey, zu geschweigen was 7) für partialitäten mehrentheils bey solchem recursu sich blicken lassen, welche in Justitz-Sachen billig zu præcauiren.

E. DE LVDOLFF *de iur. can. p. 29.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch dergleichen causæ, welche 50
zwischen Catholischen und Evangelischen die Religions-Sachen betreffen, diese besondere qualität und Eigenschaft haben, daß eines theils solche als communes, die das gantze Evangelische Wesen betreffen, anzusehen, und dahero das corpus euangelicum befugt, ja schuldig ist, denen unterdrückten und contra annum normalem turbatis beyzustehen, dergleichen auch hier verhanden, bey welcher es darauf ankommt, daß ein Catholisches Stift, statu religionis mutato, Evangelische Pfarren besetzen, und die curam animarum pro lubitu denenjenigen, so es dazu benennen wird, committiren will, dazu er doch keinen einzigen nach anno 1564 weiter benannt, sondern die von Evangelischen Landes-Herren ausgesuchten und benannten nur als patronus approbiret, und theils schlecht weg, theils in forma mit der Pfarr prouidirt hat, ja keinen einzigen actum anführen mögen, bey welchem ohne nominarion des Evangelischen Landes-Herrn die Pfarre T. vergeben worden: 51
andern theils es alhier auf die Aufrichthaltung des Oßnabrückischen Friedenschlusses ankommt, gegen welches man Stiftischer Seiten solche neue principia einführen will, welche mit dem anno normali nicht bestehen noch zugeben können, daß man auf ein summariissimum possessorium, ob wol solches nicht verhanden, reflectire, und wann solche in decidendo approbiret und angenommen werden solten, per indirectum der vsus et obseruantia anni normalis einen gewaltigen Stoß bekommen, und dieses vnicum fundamentum decisionis gantz hindangesetzet werden würde; dabey man zwar 52
zu der droiture des Cammer-Gerichts die Zuversicht heget, daß dergleichen principia nicht verhenget werden mögen, gleichwol wenn es

wieder

wider vermuthen geschehen solte, der recursus ad comitia imperii und ins besondere ad corpus euangelicum gegen solches Verfahren statt haben würde, als welches in dergleichen Fällen communi consilio alle Mittel vorzukehren hat, damit dergleichen, dem Evangelischen Wesen præiudicirliche principia nicht einreissen mö-
53 gen: dritten theils in dergleichen casibus religionis, quæ curam animarum concernunt, et sic directo religionis conseruationem tangunt, nicht einsten es auf maiora ankommen kan,

art. V. §. 52. pac. Osnabr.

da man wol weiß, daß, wenn ein Catholisches Stift neuerlich ein Evangelisches subiectum zu einer Evangelischen Pfarre benennen würde, solches nicht zum besten der curæ animarum, als vielmehr dem zuwider, erfolgen würde, darzu nicht ein ieder, sondern nur derjenige, zu dem der Evangelische Landes-Herr ein Vertrauen fassen kan, capable ist, und deswegen dieselbe nach eingeführtem exercitio religionis Aug. confess. so sorgfältig die Vorschlagung dieser subiectorum gethan haben, bevorab da man kein ander remedium, denen grauatis zu succurriren, anitzo vor sich findet; und man wohl weiß, daß die gegen die camerales sententias gesuchte reuisiones anitzo noch ausser Gang gebracht liegen; dagegen denn die rationes dubi-
54 tandi nichts verfangen wollen, nachdem ad 1) alle præsumtio pro iudi e bey solchen præiudicirlichen principiis cessiret, und deswegen auch sententiæ camerales der reformation unterworfen sind, und ad 2) bey klarer Beschaffenheit der Sachen, die in quæstio l. ans helle Licht gestellt ist, zwar nicht zu vermuthen, daß gegen den statum anni normalis erkannt, oder auf ein summariissimum reflectiret werden solte; dennoch, wofern solches geschehen würde, alsdann die vorgefassete gute præsumtion ihren effect verliehren müste, ja ad 3) eben deswe-
55 gen, weil von denen heutigen reuisionen keine remedur zu hoffen, der recursus ad corpus euangelicum et comitia um destomehr zu billigen ist, besonders in dergleichen Sachen, quæ curam animarum et sic ipsam religionis indolem concernunt, und billig mit unter die wichtigsten Sachen zu referiren, welche allen, so nur zeitliche Güter betreffen, vorzuziehen, und einen Evangelischen Herrn, dem die cura sacrorum seiner Unterthanen am Hertzen lieget, nichts empfindlicher seyn kan, als wenn er die Seel-Sorge seiner Unterthanen einem ieden famelico, der sich dazu eindringet, preiß geben muß; dagegen auch ad 4) bey denen reuisio-
56 nibus allein nicht sicher zu acquiesciren, da hergegen ad 5) das corpus euangelicum sich
57 billig derer, welche in causa religionis grauiret sind, anzunehmen hat, und nicht allein ad 6) bey blossen intercessionen es zu lassen, sondern reichsmäßige Hülfe denen grauatis angedeyen zu lassen, im Stande, und befugt ist, die Sache, so causam religionis betreffen, in cognition und Untersuchung zu ziehen, endlich ad 7) der Mißbrauch den rechtmäßigen Gebrauch eines remedii nicht aufhebet.

So ist das Gräfliche Haus im Fall einer wi-
58 drigen Urthel wohl befugt, seine Zuflucht ad corpus euangelicum zu nehmen, und von da gegen solches Urthel Hülfe zu suchen, hat auch anbey zu hoffen, daß es solche erhalten werde.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBR. MDCCXLI.

RESPONSVM VI.

THEMATA.

I. Adhibitio notarii et testium ad essentialia electionis non pertinet. n. 1-7.

II. De vsu Articuli VII. I. P. solis Reformatis proprio. n. 8-14.

III. De pœna criminis Simoniæ. n. 15-30.

IV. Ius patronatus a patrono ad collatorem ordinarium deuoluitur. n. 31-44.

V. De iure confirmandi præsentatos ad officia sacra. n. 45-53.

VI. De limitibus iuris patronatus. n. 54-61.

VII. De probatione exercitii iurisdictionis ecclesiasticæ in anno decretorio. n. 62 - 72.

VIII. De vsu amicabilis compositionis et commissariorum imperialium in causis religionum. n. 73 - 77.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio I. De adhibitione notarii et testium ad essentialia electionis non pertinente. n. 2.

Notarius regulariter in actu electionum adhibetur. n. 3.

Quod tamen non ad essentialia electionis pertinet. n. 4.

Sed ad eius probationem. n. 4.

Nec ex eius omissione nullitas oritur. n. 5.

Beneficia iuri patronatus subiecta solennem electionem non desiderant. n. 6.

Decisio quæstionis I. n. 7.

Quæstio II. De vsu articuli VII. I.P. n. 8.

Aequalitas trium receptarum religionum in I.P. stabilita est. n. 9.

Art. 7. I.P. tantum eas controuersias determinat, quæ protestantes, quatenus duas partes constituunt, concernit. n. 10.

Nec ad catholicos patronos pertinet. n. 11. 12.

Decisio quæstionis II. n. 13.

Quæstio III. De crimine Simoniæ. n. 14.

Electio et ordinatio ius perfectum ad parochiam tribuit. n. 15.

Et matrimonium quoddam inter ecclesiam et ordinatum contrahit. n. 16.

Electione et prouisione Simoniaca ius ad beneficia ecclesiastica non acquiritur. n. 17.

Simoniace electi sunt inhabiles, irregulares, et indigni. n. 18. 19.

Per promissionem pretii etiam Simonia committitur. n. 20.

Decisio quæstionis III. n. 21.

Quæstio IV. De eodem argumento. n. 22.

Pœna Simoniæ criminis est excommunicatio, depositio, aliaue censura. n. 23.

Et intuitu patronorum priuatio iuris patronatus. n. 24. 27. 29.

An præsentem tantum collationem beneficii vacantis annullet? n. 25. 27.

Vti iuris est in neglecta præsentatione. n. 26.

Capituli delictum quatenus ecclesiæ præiudicet. n. 28.

Decisio quæstionis IV. n. 30.

Quæstio V. De iure deuolutionis quoad ius præsentandi. n. 31.

Quinam sit superior intuitu iuris deuolutionis? n. 32.

Inter protestantes ius præsentandi ad principem deuolutur. n. 33.

Inter catholicos ad ordinarium collatorem. n. 34. 35.

Decisio quæstionis V. n. 37.

Quæstio VI. de eodem argumento. n. 38.

Præsentato et ordinato regulariter admisso ad cathedram non est deneganda. n. 39.

Nisi sint indigni et inhabiles. n. 40.

Ius patronatus vtile et canonice exercendum est. n. 41.

Causæ iuris patronatus a iudice ecclesiastico definiri debent. n. 42. 43.

Decisio quæstionis VI. n. 44.

Quæstio VII. De iure confirmandi præsentatos ad officia sacra. n. 45.

Iure canonico episcopo diœcesano competit confirmatio præsentati ad officium vacans. n. 46.

Inter protestantes ius confirmandi dependet a iure circa sacra. n. 47.

Et a consistoriis exercetur æque ac examen et ordinatio condidatorum. n. 48. 49. 50.

Consistoria ex delegatione principum iura episcopalia expediunt. n. 51.

Explicatur art. VII. §. 1. I.P. n. 47. 52.

Decisio quæstionis VII. n. 53.

Quæstio IX et IX. De limitibus iuris patronatus. n. 54.

Ius patronatus hodie vt plurimum tantum in iure præsentandi consistit. n. 56.

Patroni dominis directis hodie æquiparari nequeunt. n. 57.

Nec iuramentum fidelitatis a candidatis exigere possunt. n. 55. 58. 59.

Clausulæ de obedientia a candidatis præstanda ex literis præsentationis expungendæ sunt. ibid.

Nisi per obseruantiam aliud introductum sit. n. 60.

Decisio quæst. IX et IX. n. 61.

Quæstio X. De probatione exercitii iurisdictionis ecclesiasticæ in anno decretorio. n. 62.

Mutatio non præsumitur, sed probanda est. n. 63.

Iurisdictio ecclesiastica, ab episcopis olim etiam in territoriis alienis exercita, quasi iure postliminii ad principes territorii pediit. n. 64. 65.

Supremum ius circa sacra principibus euangelicis territorii competit. n. 66.

Suspensa episcoporum catholicorum potestate. n. 67.

Episcopo, qui in territorio principis protestantis iurisdictionem ecclesiasticam sibi arrogat, incumbit probatio possessionis in anno normali. n. 68. 69. 70. 71.

Decisio

Decisio quæstionis X. n. 72.
Quæstio XI. De vsu amicabilis compositionis et commissionum cæsarearum in causis religionum. n. 73.
Executio causarum ecclesiasticarum, quæ ex instrumento pacis decidiuntur, iudiciis imperii competit. n. 74.
Amicabiles compositiones tamen in causis religionum semper præferendæ. n. 75.
Aeque ac commissiones cæsareæ. n. 76.
Decisio quæstionis XI. n. 77.

Die mir zugeschickte facti species nebst verschiedenen Fragen, worüber mein Rechtlich Gutachten verlanget worden, verhält sich folgender massen.

1 In der unmittelbaren Herrschaft T. ist ein ansehnliches grosses Dorf, namentlich G. gelegen, worinnen zwar der gröste Theil der Einwohner der Evangelisch-Lutherischen Religion zugethan, iedoch dabey das simultaneum religionis catholicæ exercitium theils hergebracht, theils durch den H. Vergleich de anno 1655 mit dem Herrn Grafen von B. T. und dem Stift O. festgesetzt, und darinnen unter andern versehen worden, daß nach Anleitung des instrumenti pacis, das ius patronatus über die Pfarre zu G. wie vor Alters her gebräuchlich, und anno 1624. auch gewesen, dem Capitul zu W. dergestalt verbliebe, daß ein zeitiger Dechant und Capitul auf begebenden Fall iedesmal so wol den Catholischen Pfarr-Herren, als der Augspurgischen Confessions-ministrum der O. geistlichen Obrigkeit nach Unterscheid der Religion præsentiren möge, welche auch denselben, præuio examine, nach befinden zu admittiren und zu inuestiren habe, die geistliche Iurisdiction aber über besagte Kirche und Kirchspiel G. dem Bischoff zu O. als ordinario nach alter observantz und Verträgen Kraft instrumenti pacis bevor bliebe. Nachdem nun in diesem Jahr, der dasige Evangelische Prediger verstorben; hat das Capitul zu W. zu dem dasigen Pastorat zwar einen, Namens C. erwählet, und dem O. Consistorio zum examine und zur ordination præsentiret; es hat aber gegen die Wahl und der Person des præsentati die G. Gemeine eingewandt, daß bey dem Wahl-actu kein notarius cum testibus adhibiret, und über solchen actum kein instrumentum aufgerichtet, die ordination des nouirer electi auch ohne vorgängige Probe-Predigt und approbation der G. Gemeine geschehen, und das Capitul den candidatum gegen Versprechung und Annehmung einer gewissen Geld-summa und also Simoniace erwählet, weshalber die G. Gemeine den Herrn, Grafen von T. als ihren Landes-Herrn, gegen solches Verfahren um Schutz angeflehet, und bey solchen Umständen folgende Fragen entsprungen:

Quæstio I.

2 **Ob die unterlassene adhibirung des Notarii cum testibus in actu electionis eine nullitatem verursachen könne?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl bey dem actu electionis insbesondere die Gegenwart eines Notarii zu Führung des Protocolli für nöthig gehalten wird, damit aus desselben über die Wahls-Handlungen aufgerichtetem Instrumento erhelle, daß die Wahl legitime und nach der Vorschrift der Canonischen Rechte vollzogen worden, ohne dessen ungezweifelten Erweiß dieselbe auch nicht confirmiret werden kan, und dahero nach der praxi aller Kirchen ein Notarius bey dem Wahl-actu überhaupt erfordert wird:

ESPEN. *in iure eccef. P. II. tit. 21. c. 4. n. 14.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch hieraus so viel noch 4
nicht erfolget, daß die adhibirung eines Notarii ein essentiel Stück der Wahl sey, und ex defectu huius requisiti dieselbe vor nichtig gehalten werden könne, sondern aus obigen sich nur so viel ergiebet, daß die instrumenta notariorum nur ad bene esse und damit es an dem Beweiß einer rechtmäßigen Wahl nicht ermangeln möge, erfordert werden, und wenn alsso sonst der actus electionis legitime vollzogen 5
ist, und dieses auf andre Art dargethan werden mag, die Wahl ex hoc capite nicht angefochten werden kan. Vornemlich aber es hier auf die 6
bloße præsentation ankommt, und die designation des præsentandi nicht einsten eine förmliche election erfordert, als welche nur in beneficiis electiuis observiret wird, dergleichen die beneficia iuri patronatus subiecta nicht sind:

So erhellet hieraus, daß die unterlassene ad- 7
hibirung des notarii cum testibus in actu electionis bey diesem casu kein nullitatem verursachen könne.

Quæstio II.

Ob articulus VII. Instrumenti Pacis 8
quoad dispositam ibi nominationem nonnullorum candidatorum, **auch in casu præsenti applicabel? oder nur allein die Lutherischen und Reformirte,** quatenus hi duas partes inter se constituunt, **angehe, zumal bey** collation **des nächst vorhergehenden Evangelischen** pastorats **zu G keine solche** nomination **von Seiten der Gemeine dem Catholischen** Patrono **geschehen seyn durfte, iedoch diese mit damahligem** candidato

didato ante examen et ordinationem zu frieden gewesen seyn solle?

Rationes dubitandi. & decidendi.

9 Ob wol nach dem Instrumento pacis bey den approbirten drey Christlichen Religionen einerley, und gleiche Rechte statt finden müssen, und daraus dieser Grund-Satz fest gesetzet worden, vt quod vni iustum sit, alteri quoque iustum esse debeat;

per art. V. §. 1.

mithin die angeführte dispositio articuli VII. auf alle drey Religionen nicht unbillig gezogen werden möchte: dieweil aber dennoch (1) der
10 art. VII. ausdrücklich nur von denen Religions-Streitigkeiten redet, so unter den Protestanten, quatenus hi duas partes constituunt, vorfallen, in so fern nemlich dieselben sich in Evangelisch-Lutherische und Reformirte Theilen, und hierauf deutlich hinzugefüget wird, inter vtramque ita conuentum esse; diesemnach die
11 darauf folgende dispositio de iure nominandi nonnullos candidatos nur alsdann statt hat, wenn eine Lutherische Kirche einen Reformirten Patronum oder eine Reformirte Kirche einen Lutherischen Patronum hat.

HENNIGES *in meditat. ad Instr. pac. art. VII. §. 1. lit. (p)*

12 Folglich dieses (2) auf gegenwärtigen Fall, da eine protestantische Gemeine einen Catholischen Patronum hat, nicht gezogen werden kan, immassen von Catholicis patronis in diesem articulo nicht mit einem Wort gedacht worden; in Ansehung derselben es daher bey der in *art. V. §. 31. Inst. P.* befindlichen dispositione lediglich verbleiben muß,

DE LVDEWIG *in diss. de nominatore hæretico ad parochiam cap. III. §. 12. lit. t.*

FRITSCHIVS *in iure eccles. cons. I. qu. I. p. 228.*

13 zumahlen (3) das ius nominandi mit dem iure patronatus regulariter verknüpfet, und davon nicht abgesondert ist, als wodurch sonsten dasselbe sehr geschwächet wird. Uebrigens, was zwischen diesen geschlossen worden, auf die Protestanten in Ansehen der Catholicken nicht gezogen werden kan, wie der *art. VII. cit.* gantz deutlich weisset, und diuersitatem iurium anzeiget:

14 So bin ich der Rechtlichen Meynung, daß die angeführte Dispositio art VII. Instr. pacis nur Reformirte und Lutherische angehe, und auf gegenwärtigen Fall nicht gezogen werden könne.

Quæstio III.

15 Wenn die Gemeinde die allegirte Simoniam conuentionalem oder wegen dieser collation geschehene Versprechen und acceptation einer gewissen Geld-summa hinlänglich erweiset, ob nicht solches ex parte parochiæ eine iusta caussa recusandi sey, wenn gleich der præsentatus examiniret und ordiniret wäre?

Rationes dubitandi. & decidendi.

Ob wol die electio und ordinatio dem ordinato ein ius perfectum ad parochiam zueignet, welches auf Seiten der Gemeine die Verbindlichkeit producirt, denselben als ihren 16
künftigen Lehrer und Prediger anzunehmen, derselben also nicht mehr frey zu stehen scheinet, einen Ordinatum zu recusiren, cum ordinatio matrimonium quoddam contrahat inter ecclesiam et ordinatum. 17

c. 2. et 4. X. de translat. episc.

Dieweil aber dennoch 1) diejenigen, welche 18
per Simoniam zu einem Kirchen-Amt gelangen, ob sie gleich bereits ordiniret sind, dennoch gar kein Recht ad beneficium ecclesiasticum erlangen, sondern die collatio, electio et ordinatio für null und nichtig gehalten wird, quicquid enim in ecclesiasticis rebus vel data, vel promissa pecunia acquisitum, irritum est, et nullas vires habet.

c. 5. C. I. qu. 3.

Ita vt per eiusmodi electiones et prouisiones Simoniacas alicui ius ad officia et beneficia ecclesiastica nullatenus acquiratur, et Simoniace ordinati ab executione officiorum statim suspendendi sint:

c. 2. extrav. commun. de Simonia.

Hieraus sich also 2) von selbsten ergiebet, daß 19
ein simoniace electus von dem Patrono der Kirche nicht aufgedrungen werden könne, da so wol die nulliter geschehe e præsentatio und ordinatio dem præsentato kein Recht giebt, als auch die Gemeine nicht verbunden ist, einen inhabilem, irregularem et indignum, dergleichen simoniace electi sind, zu ihrem Seel-
20 Sorger anzunehmen, wie dann dabey in

c. 13. D. 61.

von dem Pabst COELESTINO überhaupt versehen worden, vt inuitis nullus episcopus detur, sed plebis quoque consensus et desiderium requiratur, und dieses eben so wol bey Patronat-Kirchen statt finden muß, daß der Gemeine kein anstößiger Prediger obtrudiret werde, sondern dieselbe solchen vielmehr ex caussis legitimis zu recusiren, und als einen simoniace intrusum zu verwerfen berechtiget sey, diesemnach, da 3) der nouiter electus, im Fall er nach dem Vorgeben der G. Gemei-
21 ne eine gewisse Geld-Summe pro facta præsentatione ad pastoratum versprochen, eine simo-

simoniam conuentionalem begangen, quoniam per promissionem pretii non minus quam per dationem simonia committitur, vt expresse deciditur in

Nov. 137. c. 2.
c. 27. X. de Simon.
c. 5. C. 1. qu. 3.
GONZALEZ *ad decretal. cap. 12. de simonia. n. 5.*

derselbe sich dadurch zu dem Kirchen-Amt gantz unwürdig gemachet, dergestalt, daß die G. Gemeine denselben allerdings als simoniacum et intrusum zu recusiren befugt ist:

l. 31. C. de episc. et cler.

21 So halte ich dafür, daß, wenn die Gemeine die allegirte simoniam conuentionalem hinlänglich erweisen könte, dieses auf Seiten der Gemeine eine iusta causa recusationis sey, ohnerachtet der præsentatus bereits examiniret und ordiniret worden.

Quæstio IV.

22 **Ob sodann der Patronus seines iuris patronatus propter abusum, oder wenigstens pro nunc des iuris collationis verlustig zu erklären?**

Rationes dubitandi.

23 Ob wol die simonia in dem iure Canonico pro maximo crimine gehalten wird, und diejenigen, so sich damit beflecken, pœna excommunicationis et depositionis aliaue censura beleget werden.

c. 7. C. 1. q. 1.
c. 7. §q. c. 107. §q. X. de Simonia,

24 solches crimen auch deshalb bey denen patronis pro maximo abusu iuris patronatus angesehen wird, daß auch die pœna priuationis iuris patronatus,

in concil. Cantuar. c. 8.

darauf gesetzet worden.

vid. FRANC. DE ROYE *de iure Patronat. cap. 38. in fin.*

Rationes decidendi.

25 Dieweil aber dennoch (1) dadurch, daß ein Patronus sich von dem candidato pro facta præsentatione Geld versprechen lassen, hauptsächlich die præsens collatio beneficii vacantis annulliret wird, und der patronus, welcher simoniacam et indignam personam præsentirt, wenigstens pro hac vice sein ius præsentandi verlieret, quoniam negligentiam in modo prouidendi committit, qui scienter indignum ad ecclesiam vacantem eligit,

PETR. DE MVRGA *de benef. eccl. qu. III. §. 10. n. 486.*

26 und gleichwie (2) ein patronus pro ista vice seines iuris præsentandi verlustig wird, wenn er nicht iusto et legitimo tempore einen candidatum vorgeschlagen, also eben diese pœna auch statt finden muß, wenn er in modo peccaret, und einen simoniacum præsentiret, cum idem sit, quin et grauius delictum, inhabilem et indignum promouere, et neminem præsentare,

LEVRENIVS *de foro benef. Sect. III. cap. II. qu. 739.*

ja (3) INNOCENTIVS III. 27
lib. III. epist. 226.

in dergleichen Fall ausdrücklich decidiret; quod abbatissa præsentando indignum illa vice amiserit ius præsentandi,

ESPEN. *in iure eccl. vniv. P. II. tit. XXV. §. 23.*

Bey welchem deciso Innocentii es (4) auch 28
im gegenwärtigen Fall verbleiben muß, da das ius patronatus nicht einem priuato, sondern dem capitulo zustehet, so durch sein delictum der Kirchen nicht præiudiciren mag, ob wol sonsten, wenn ein priuatus dergleichen abusum begehet, er billig priuatione totali iuris sui gestrafet werden kan.

Diesemnach, da (5) das Capitulum W. nach 29
dem Vorgeben der G. Gemeine einen simoniacum wissentlich ad pastoratum præsentiret, dasselbe bewandten Umständen nach für dieses mal nur allein des iuris conferendi für verlustig zu halten, im übrigen die in rationibus dubitandi angeführte priuatio totalis iuris patronatus nur als denn statt findet, wenn ein priuatus per simoniam iemanden ad officium ecclesiasticum præsentiret;

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß 30
das Capitulum zu W. im Fall erwiesen werden kan, daß es sich von dem candidato pro præsentatione eine gewisse summa Geldes versprechen lassen, nur für diesesmal ihres iuris præsentandi für verlustig zu erklären sey.

Quæstio V.

31 **Weil des Capituli catholici W. ordinarium forum das O. officialat-Gericht, hergegen pro examine et ordinatione præsentati Lutherani candidati consistorium August. Confess. O. vermöge Vergleichs befugt, sonsten aber über die G. Kirche und eingepfarrete** (exceptis paucis parochianis) **der Graf von B. T. Landes-Herr ist; so entstehet die Frage? Ob in** casu probatæ illegitimæ collationis et iustæ recusationis candidati electi et præsentati,

a) **das** Capitulum, qua patronus, **oder**
b) **der** Episcopus Catholicus O. vel eius officialis, qua superior et com-

competens iudex capituli, oder
c) das O. Consistorium August. Confessionis, oder
d) Ihro Hochgräfliche Gnaden als Landes-Herr diesesmal einem andern candidato das Evangelische pastorat conferiren könne?

Rationes dubitandi.

32 Ob nun wol 1) hiebey eingewandt werden möchte, daß, da das Capitulum W. laut der vorhergehenden Frage für dismal das ius præsentandi verlohren, das ius conferendi auf des Capituli iudicem superiorem fallen müsse, welches im gegenwärtigen Fall episcopus Catholicus O. wäre, zumal demselben als ordinario die geistliche Gerichtbarkeit über das G. Kirchen-Spiel in den H. Vergleich zugestanden worden; hergegen selbiges 2) auf das Evangelische consistorium zu O. um deswillen nicht devolviret werden könte, weil das Capitulum dieses als superiorem nicht agnosciren möch-
33 te, endlich 3) pro iure principis territorii dieses militiret, daß, im Fall bey denen protestanten ein patronus keine tügliche Person præsentiret, der Landes-Herr alsdann vi iuris devolutionis das Kirchen-Amt zu vergeben befugt sey, wie in

Iure eccles. protest. tom. I. lib. I. tit. 10 §. 8.

mit mehrern dargethan worden.

Rationes decidendi.

34 Dieweil aber dennoch (1) das ius conferendi a patrono ad ordinarium collatorem devolviret wird, welches derjenige ist, welchem der candidatus præsentiret worden, als welchem das ius ordinandi et confirmandi præsentatum zustehet. Quod si enim patronus negligens est in præsentatione vel indignum præsentat, tunc devoluitur ius præsentandi ad eum superiorem, cui ius institutionis siue collationis competit,

GONZALEZ *ad decret. c. vlt. de suppl. negl. præl. n. 15.*

semper enim ad ordinarium collatorem devoluitur ius præsentandi

Clement. vn. de suppl. negl. præl.
DARTIS *de beneficiis cap. 5.*
ESPEN. *in iure eccl. P. II. tit. 25. §. 25.*

35 und da nun 2) iedesmal der Candidatus von dem Capitulo zu W. der O. geistlichen Obrigkeit nach Unterscheid der Religion bald dem geistlichen Officialat, bald dem Evangelischen consistorio ad examen, confirmationem et ordinationem præsentiret wird, dieselbe in solchem Fall das ius devolutionis zu exerciren befugt ist, dergestalt, daß solches bey gegenwärtiger vacantz des Evangelischen pastorats dem Consistorio August. Confess. zukommen muß; übrigens die angeführte Zweifels-Gründe dagegen nichts verfangen, indem ad 1) er 2) hiebey nicht 36 ad forum capituli ordinarium zu sehen, auch dem Bischoff zu O. die geistliche Gerichtbarkeit in dem G. Kirchspiel nur in so ferne zustehet, daß er selbige vermöge des Vergleichs pro ratione religionis, theils durch das Catholische officialat, theils durch das protestantische Consistorium exerciren muß, bey solchen besondern Umständen, also auch ad 3) dem Landes-Herrn vermöge des Vergleichs nicht ferner frey stehet, sich das ius devolutionis anzumassen.

So bin ich der Meynung, daß in casu pro 37 batæ illegitimæ collationis et iustæ recusationis candidati das Osnabrückische consistorium August. Confessionis, für diesesmal das Evangelische Pastorat einem andern conferiren könne.

Quæstio VI.

Wenn ferner das Consistorium 38 Aug. confessionis non attenta ibidem a parochia facta denunciatione illegitimæ et simoniacæ collationis mit dem examine et ordinatione des candidati C. verfahren, und pro admissione ad cathedram et protectione requiriren solte, ob Dominus territorialis solches nicht mit Recht abschlagen, und bey seiner Cantzley sowol Capitulum als der candidatus sich über die von Seiten der Gemeinheit übergebene Schrift, vsque ad definitiuam einlassen müsse?

Rationes dubitandi & decidendi.

Ob wol der Landes-Herr einem præsen- 39 tato et ordinato zum præiuditz des iuris patronatus die admissionem ad cathedram regulariter nicht denegiren kan, oder wenn er ja dazu befugt seyn solte, es auch scheinen möchte, daß derselbe gleichfalls de iusta causa recusandi præsentatum bey seiner Cantzley erkennen lassen könte.

Dieweil aber dennoch (1) aus den obigen 40 Fragen erhellet, daß in casu probatæ simoniacæ collationis, die parochia die gerechteste Ursache habe, den præsentatum zu recusiren, auch hiernächst die simoniaca collatio null und nichtig ist, und bey solchen Umständen ein Landes-Herr vi iuris circa sacra wohl befugt, die Kirchen in seinem territorio gegen ungebührliche Aufdringung eines unrechtmäßig bestelleten Predigers in Schutz zu nehmen, hingegen indignis et inhabilibus pastoribus alle protection mithin admissionem ad cathedram, abzuschlagen: solches auch (2) gar nicht zum 41

Nach-

Nachtheil des iuris patronatus gereichet, indem solches nicht rite et canonice exerciret worden, folglich ein patronus sich solches selbst
42 zuzurechnen hat; im übrigen (3) alle causſae, so das ius patronatus betreffen, pro ecclesiasticis gehalten werden, und daher nach dem iure canonico bey weltlichen Gerichten nicht tractiret werden können, causſa enim iuris patronatus ita coniuncta censetur et connexa spiritualibus causſis, vt non nisi ecclesiastico iudicio valeat definiri,

c. 3. X. de iudiciis.

FRANCISC. DE ROYE *de iure Patr. cap. 29.*

FINCKELTHAVS *de iure Patr. c. 8. n. 4.*

43 diesem zufolge alſo der Landes-Herr die cognitionem de iuſta cauſſa recuſandi candidatum et illegitima præſentatione a Patrono facta nicht vor ſeine Cantzeley ziehen kan, ſondern diese Sache vielmehr ad conſiſtorium O. Auguſt. Confeſſ. gehöret, als welches auch in Anſehung des Capituli W. in Sachen, die das ius patronatus bey der Evangelischen Pfarre betreffen, forum competens iſt:

44 So erhellet hieraus ſo viel, daß zwar, bewandten Umſtänden nach, der Landes-Herr dem candidato C. protectionem et admiſſionem ad cathedram abſchlagen könne, hingegen das Capitulum W. wie auch der Candidatus über die von Seiten der Gemeinheit übergebene Schrift ſich bey der Cantzley einzulaſſen nicht gehalten, ſondern damit zu dem Evangelischen Conſiſtorio zu O. zu verweiſen ſey.

Quæſtio VII.

45 **Ob der Landes-Herr nicht mit Recht** prætendiren **könne, dem vom** Capitulo **erwählten bey dem** O. Conſiſtorio examinirten **und** ordinirten **Evangelischen Prediger zu** G. **die Landesherrliche** confirmation **zu geben, und ob nicht ſolche** confirmation **der** inveſtitur **oder** introduction **vorgehen müſſe?**

Rationes dubitandi.

46 Ob wol diejenigen, welche von dem Patrono ad beneficium vacans præſentiret werden, nach dem iure canonico von dem epiſcopo diœceſano confirmiret werden müſſen:

c. 5. X. de iure Patr.

47 die proteſtantiſchen Landes-Herren ſich aber vi iuris circa ſacra alle iura epiſcopalia, folglich auch das ius confirmandi zuzueignen berechtiget ſind, zumal da das ius confirmandi denenſelben in

art. VII. §. 1. Inſtr. pac.

zugeſchrieben wird:

Bœhm. Conſ. T. III. P. I.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch per confirmationem 48
der præſentirte candidatus nur approbiret wird, daß er zum Kirchen-Amt geſchickt und tüchtig ſey, und dieſes bey denen Proteſtanten gemeiniglich von dem Conſiſtorio zu geſchehen pfleget, welches dieſerhalb auch der candidatorum examina übernimmt, vt per illa exploret, vtrum confirmandi ſint an reiiciendi,

CARPZOV. *iurispr. conſiſt. lib. I. tit. 4. def. 48. n. 7.*

daher auch die iura examinandi, confirmandi 49
et ordinandi candidatos denen conſiſtoriis nach der praxi der Evangeliſchen Kirchen übertragen worden, und die candidati von den patronis dem Conſiſtorio zu dem Ende præſentiret werden, vt examinentur, confirmentur et ordinentur.

IDEM. *cit. l. defin. 51. n. 15. def. 79. et 82.*

Dieſemnach, da dem O. proteſtantiſchen Con- 50
ſiſtorio die iura conſiſtorialia bey Einſetzung eines Evangeliſchen Predigers, an der Kirche zu G durch den H. Vergleich zugeſtanden worden, daſſelbe auch gleichfals die confirmation ſich anzumaſſen befugt iſt, ja auch ſolche eo ipſo ertheilet, da es den candidatum poſt examina ad ordinationem zu- und ihm darüber ein Decretum auſſertigen läſſet, bey ſolchen Umſtänden aber der Landes-Herr ſich ſolches Recht ferner nicht zueignen mag; im übrigen auf die 51
rationes dubitandi leicht zu antworten, indem die conſiſtoria meiſtentheils die iurisdictionem, welche vor dem die Biſchöfe gehabt, exerciren, ex delegatione principum enim iura epiſcopalia non ſolummodo iurisdictionis ſed etiam legis diœceſanæ expediunt.

CARPZOV. *lib. 6. tit. 9. Resp. 86. n. 45.*

Hiernächſt der angeführte Ort aus dem Inſtru- 52
mento pacis nur auf proteſtantes gehet, quatenus duas partes conſtituunt, überdem auch nur vom Fall redet, wenn principes territorii, qui diuerſæ a ſubditis religionis ſunt, vi iuris patronatus vel iuris territorialis die Kirchen-Aemter ſelbſt vergeben: hier aber durch den H. Vergleich die Sache auf den Fuß geſetzet, daß der Landes-Herr dabey keine freye Hände, wie in anderen proteſtirenden Ländern, hat, in welchen das conſiſtorium von dem Landes-Herrn lediglich dependiret, ſo von dem Oßnabrückiſchen conſiſtorio euangelico nicht zu ſtatuiren:

So erhellet hieraus allenthalben ſo viel, daß 53
der Landes-Herr nicht prætendiren könne, dem von dem Capitulo erwählten, und vom Oßnabrückiſchen conſiſtorio ordinirten Evangeliſchen Prediger zu G. die Landesherrliche confirmation zugeben.

Quæſtio VIII.

Ob einem Patrono, qua tali, **gebühre,** poſt factam electionem et collatio- 54

lationem, von dem erwählten candidato einen solchen Eid, wie aus der Anlage sub B. zu ersehen, zu fordern, und absque consensu Domini territorialis abschwören zu lassen?

Quæstio IX.

Ob etwan consuetudo vel praxis bey ein oder anderer vorigen collation solche Eydes-Forder- und Leistung rechtfertigen möge.

Rationes dubitandi & decidendi.

55 Ob wol die Patroni, dadurch, daß sie denen candidatis das Kirchen-Amt verleihen, gleichsam als derselben Lehn-Herren angesehen werden möchten, und dieserhalb nicht ohne Ungrund von den ordinatis pastoribus den Eyd der Treue fordern könten:

56 Dieweil aber dennoch (1) das Patronat-Recht heut zu Tage gemeiniglich bloß in iure præsentandi candidatum ad beneficium vacans bestehet, die collatio selbst aber bey den Catholischen vom Episcopo, und bey den Protestan-
57 ten von den consistoriis geschiehet; diesemnach ein patronus nicht mehr überall, wie vor dem, als Dominus directus considerirt werden kan;
58 und dahero dergleichen iuramenta von candidatis zu fordern gantz ungewöhnlich ist, dieserhalben auch (2) alle dergleichen clausulæ, welche in die præsentations-Briefe eingerücket werden, worinn sich der Patronus einige Unterwürfigkeit von dem Candidato versprechen läßet, als insolitæ verworfen werden, omnes enim clausulæ de obedientia sibi a candidatis præstanda expungendæ sunt ex litteris, quod reuerentia quidem et honor debeatur patrono, haud quaquam obedientia, cuius nec iurisdictionem nouus pastor agnoscere tenetur.

ZIEGLER. *de superintend. cap. 14. §. 1.*

59 Diesem zu folge nun, da 3) in der quæstionirten Eydes-Formel dem Patrono eine obedientia in caussis licitis et honestis versprochen wird, dergleichen Eyd aus eben gemeldeten Ursachen regulariter nicht gefordert werden kan, es wäre
60 denn, (4) daß durch eine beständige observantz hergebracht sey, daß vor den Patronis von den nouiter electis dergleichen Eyd abgeleget worden, immassen dergleichen Gewohnheit als reliquiæ veteris iuris instituendi et vocandi candidatos ad pastoratum anzusehen wären, bey welchen Rechten die Patroni als domini directi nicht unbillig dergleichen Eyd exigiren könten, und wann also das capitulum W. sich in dergleichen obseruantia gründen solte, selbige alsdann die quæstionirte Eydes-Formel rechtfertigen würde:

So halte ich dafür, daß zwar regulariter 61
einem Patrono, qua tali, nicht gebühre, post factam electionem et collationem von dem erwählten Candidato einen solchen Eyd, als aus der Anlage sub B. zu ersehen, zu fordern, iedoch consuetudo et praxis bey denen vorhergehenden collationibus solche Eydes-Forder- und Leistung legitimiren könne. V. R. W.

Es wird auch noch ferner besonders gefraget,

Quæstio X.

Ob nicht pro domino territoriali 62
præsumtio in anno decretorio exercitæ iurisdictionis ecclesiasticæ sey, mithin von dem benachbarten Stift O. in den streitigen puncten die possessio erwiesen werden müsse?

Rationes dubitandi.

Ob wol für das Stift O. eine nicht geringe 63
præsumtio zu militiren scheinen möchte, daß, da die Grafschaft T. vor Zeiten und vor der Reformation wahrscheinlicher Weise zu der diœcesi des Stifts O. gehöret, und der Bischof daselbst alle geistliche Gerichtbarkeit exerciret, nicht unbillig zu vermuthen sey, daß das Stift auch nach der Reformation und also auch noch anno 1624. in dem Besitz der vorigen Gerichtbarkeit geblieben, und bey dieser Vermuthung es so lange sein bewenden haben müsse, bis das Gegentheil, und daß das Stift vor anno 1624. aus dem Besitz derselben gesetzet worden, manifestis probationibus dargethan worden, indem in den Rechten bekandt, quod mutatio non præsumatur, sed probanda sit.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch (1) durch die Reforma- 64
tion eine solche offenbare Veränderung in Ansehung der geistlichen Gerichtbarkeit vorgegangen, daß da solche vor dem von denen Bischöfen in territoriis alienis exerciret worden, selbige nach der Reformation von denen Landes-Herren quasi iure postliminii wieder vindiciret worden; wie denn (2) durch so viele Exempel 65
sattsam bekant ist, daß, so bald ein Landesherr zu der protestantischen Religion getreten, und sich von der Römischen Kirchen getrennet, derselbe so fort die fremde iurisdiction Catholischer Bischöfe in seinen territorio in Zweifel gezogen, und nicht ferner agnosciren wollen, sondern sich selbst in Besitz des imperii sacri et ecclesiastici gesetzet; angesehen (3) dieses der 66
Protestanten vniuerselle Lehre gewesen, daß die höchste Gewalt in geistlichen Dingen nicht den Bischöfen, sondern den Landes-Herren zugehörte,

gehörte, hingegen der Bischöfe hauptsächliches Amt in Lehren, Predigen, und in der administration des heiligen Abendmahls bestünde.

August. confess. art. 28.

67 Dannenhero (4) bereits anno 1555. die Protestanten es in dem Religions-Frieden,

in §. damit auch

es so weit gebracht, daß alle bischöfliche und geistliche Iurisdiction in den territoriis der protestantischen Landes-Herren, so wol über derselben Evangelische als Catholische Unterthanen suspendiret, und denen Protestanten in derselben Besitz alle Sicherheit versprochen wor-

68 den; aus welchem statu Germaniæ vniuersali (5) die stärckste præsumtio entstehet, daß da einmal alle protestantische Fürsten nach ihren Religions-principiis das ius supremum circa sacra exerciret, ferner auch der Bischöfe geistliche iurisdiction in den territoriis derer Protestanten durch den Religions-Frieden überhaupt suspendiret worden, allerdings zu vermuthen, daß protestantische Landes-Herren auch noch im Besitz sothaner höchsten geistlichen Gerichtbarkeit im Jahr 1624. gewesen, folglich,

69 wenn (6) ein Bischof in territorio principis protestantis sich iurisdictionem sacram anmassen will, ihm billig der Beweiß obliget, daß derselbe im Jahr 1624. solche exerciret, cum enim pro dominis territorialibus præsumtio ex praxi vniuersali Germaniæ et ex ipsa pace Religiosa desumta militet: hæc onus probandi contrarium reiicit in episcopos,

70 mithin da (7) in gegenwärtigem Fall von Zeiten des instrumenti pacis wegen der geistlichen Gerichtbarkeit über die in der Grafschaft T. gelegene Catholische Clöster, Geistliche, und Unterthanen, zwischen dem Herrn Grafen und dem Stift O. gestritten worden, und das Stift gegen oben angeführte præsumtion sich in iurisdictione in anno decretorio exercita gegen den Religions-Frieden gründen will, dasselbe

71 dieses zu erweisen gehalten ist: Uebrigens aus diesem die in ratione dubitandi für das Stift O. angeführte præsumtio von selbsten wegfällt, indem wenn man zugeben will, daß das Stift vor der Reformation die geistliche Iurisdiction gehabt, dennoch durch die Reformation in gantz Deutschland in diesem Punct eine solche Haupt-Veränderung vorgefallen, daß der Bischöfe Iurisdiction schon durch den Religions-Frieden in den territoriis protestantium suspendiret worden:

72 So halte ich dafür, daß pro domino territorii præsumtio in anno decretorio exercitæ iurisdictionis ecclesiasticæ sey, mithin vom benachbarten Stift in denen streitigen Puncten die possessio erwiesen werden müsse.

Quæstio XI.

73 **Ob es zu rathen, daß man diesseits wegen solcher Streitigkeiten es bey höchsten Reichs-Ge-**

Bohm. Conf. T. III. P. I.

richten auf Klage und Ausspruch ankommen lasse?

Rationes dubitandi.

Ob wol aus der vorigen Frage so viel erhellet, 74
daß, weil der Herr Graf in hac caussa præsumtionem vor sich habe, und also bey seiner Klage des oneris probandi erlediget seyn würde, ein desto glücklicher Ausgang des processus auf desselben Seite zu hoffen sey. Hiernächst auch die höchsten Reichs-Gerichte in dieser Sache als fora competentia anzusehen wären, immassen caussæ ecclesiasticæ, welche aus dem instrumento pacis herfliessen, und auf dessen executionem gehen, vor demselben nach Anleitung

des *articuli V. §. 54. inst. pac.*

adlectis ex vtraque religione pari numero adsessoribus tractiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch dieses zwar in ratio- 75
nibus iuris genugsam fundiret, jedoch bey dergleichen caussis auch nicht unbillig auf rationes consilii zu sehen ist, in mehrerer Erwegung, daß solche Processe von den protestantischen Ständen, bey dem Reichs-Gerichte nicht ohne Schwierigkeiten übernommen werden können, ja selbige ohne grosse Unkosten und Verlauf vieler Jahre auch wol öfters eines Seculi ihre Endschaft nicht erreichen, und bey solchen Umständen man weit besser thut, Strittigkeiten, wobey die Religion mit interessiret zu seyn pfleget, amicabili compositione abzuthun, allenfalls aber hiebey nicht unrathsam seyn wird, nach 76
Maßgebung des instrumenti pacis

art. XVI. §. 3 et 4.

commissarios ex vtraque religione cum potestate decidendi vom Kayserlichen Hof zu Hinlegung der Streitigkeiten zu erbitten, und dazu so wol von Seiten des Herrn Grafen von T. als auch von Seiten des Stifts, pares numero ex vtraque religione commissarios vorzuschlagen, welche von dem Kayser approbiret, und nicht allein ad plenariam caussæ cognitionem, sondern auch ad eius decisionem in loco constituiret würden, solennes enim sunt eiusmodi commissiones in caussis, præsertim quæ ad instrumenti pacis executionem pertinent:

cit. §. 3. art. 16. inst. pac.

LYNCKER. *de commissario imperiali. §. 5.*

So bin ich der Meynung, daß es wol nicht 77
zu rathen seyn möchte, diese Strittigkeiten auf Klage und Ausspruch bey den höchsten Reichs-Gerichten ankommen zu lassen, sondern besser gethan sey, selbige entweder amicabili compositione, oder per commissionem Cæsaream angezeigter massen zu heben zu suchen. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXVII.

RESPONSVM VII.

THEMATA.

I. De attentato a Ieſuitis exercitio religionis publico in ciuitate A. C. ſacris addicta, ſub colore miſſionis inuſitatiſſimæ.

II. Vtrum princeps catholicus eiusmodi miſſionem contra ſtatum anni decretorii in tali ciuitate inſtituere queat?

III. De iuſtis quærelis ſubditorum A. C. contra tale inuſitatum et nouum religionis catholicæ exercitium publicum.

SVMMARIA.

Hiſtoria nouæ miſſionis a Ieſuitis inuentæ, ſub qua exercitium religionis catholicæ publicum contra annum decretorium in ciuitate ſacris A. C. addicta attentatum. n. 1.

Quæſtio I. vtrum talis inſtituta miſſio inſtrumento pacis et receſſibus prouincialibus conueniat, nec ne? n. 2.

Sacra diuerſæ religionis in foro publico inſtituta, licet ciuitas A. C. addicta ſit, non videntur repugnare inſtrumento pacis. n. 3.

Modo ſimultaneum in eccleſiis A. C. addictorum non ſuſcipiatur. n. 4.

Quamuis etiam ſimultaneum a quibusdam propugnetur, etiam A. C. addictis. n. 5.

Et tolerantia religioſa commendetur. n. 6.

Per tale exercitium temporale non turbantur ſacra A. C. addictorum. n. 7.

Præſertim ſi monaſteria catholicorum in tali loco ſunt. n. 8.

Ad pacem reducendam principium certum conſtituendum fuit, quousque exercitium religionis locum habere poſſit nec ne? n. 9.

Vt abuſus iuris reformandi præcaueretur. n. 10.

Inde ſtatus certi temporis h. e. anni 1624. pro vnico principio aſſumtus. n. 11.

Contra hunc ſtatum turbati reſtituendi. n. 12.

Et in eo futuræ obſeruantiæ vnicum fundamentum collocandum. n. 13.

Prout quacunque parte anni 1624. ſe habuit. n. 14.

Quicquid contra hunc ſtatum innouatur, pro turbatione habendum. n. 15.

Vbi catholici anno 1624. nullum exercitium religionis habuerunt, ibi nec in poſterum illud habere poſſunt. n. 16.

Id quod ſi de facto factum, id in præiudicium euangelicorum allegari nequit. n. 17.

Sed innouatio eſt. n. 18.

Si vel maxime in foro vel theatro publice erecto exercitium religionis inſtituatur. n. 19.

Quippe quod ad eccleſias haud reſtringendum. n. 20.

Sufficit etiam exercitium temporale. n. 21.

Vnde noui progreſſus metuendi. n. 22.

Et ſiniſtra ſuſpicio contra catholicos turbandi euangelicos in exercitio religionis publico captenda. n. 23.

Deciſio. n. 24.

Quæſtio II. n. 25.

Miſſionum vtilitas innoxia. n. 26.

Ius prohibendi non facile ſubditis contra principem concedendum. n. 27. 29.

Vtrum ſufficiat, principem catholicum in anno 1624. ius reformandi exercere potuiſſe. n. 28.

Receſſus prouinciales ſecundum inſtrumentum pacis intelligendi. n. 30.

Miſſio colorata, vnice in hunc finem facta, vt exercitium religionis publicum in loco prohibito inſtituatur, æque inſtrumento pacis repugnat. n. 31.

Inde vtilis proteſtatio. n. 32.

Ius prohibendi omnino ſubditis contra principem, adhibita omni ſubmiſſione, aſſerendum. n. 33.

Quod ex limitibus iuri reformandi poſitis fluit. n. 34.

Miſſio talis pugnat cum ſtatu anni decretorii. n. 35.

Ius prohibendi demum per inſtrumentum pacis plenum accepit effectum. n. 36.

Quod in receſſibus prouincialibus in palatinatu corroboratum. n. 37.

Deciſio. n. 38.

Quæſtio III. n. 39.

Obedi-

Obedientia subditorum non tollit ius contra principem agendi, si turbantur, n. 40.

Præsertim in causa religionis, quæ communis et publica. n. 41.

1 Als derselbe uns nachgesetzte facti speciem nebst einer Beylage und vier Fragen zugeschicket ꝛc.

Die in dem Hertzogthum B., gelegene Haupt-Stadt L., welche auch auf denen ausgeschriebenen Land-Tägen, Sitz und Stimme hat, ist unter denen vier B. Haupt-Städten die erste, so gleich zehen Jahr, nach dem die Augspurgische Confession publiciret worden, nemlich anno 1540. sich zu derselben als in GOttes Wort gegründet, durch GOttes Gnade bekant hat, und unter allerhand Widersetzlichkeit bis hieher verblieben, und gleichsam darüber Leib und Leben, Gut und Blut aufgesetzet, so daß noch bis auf diese Stunde der gantze Magistrat, und Vorsteher der Gemeinden, aus lauter Lutherischen, ohne admission der Catholischen oder Reformirten besetzet werden. Von obgemeldter Zeit an, hat das Evangelium in dieser Stadt dergestalt zugenommen, daß nicht nur in anno regulatiuo 1624. noch kein einziger Catholick darinnen befindlich, sondern alles Lutherisch gewesen, welchen letztern, auch das exercitium religionis publicum bis in das Jahr 1641. ohnperturbirt gelassen worden. In diesem Jahr aber haben die patres Franciscani conuentuales zu Cölln, des damals regierenden Jülich und Bergischen Hertzogs, Hochfürstliche Durchl. mit immer anhaltendem suppliciren dahin beheliget, weilen sie kein näher Kloster als D. hätten, dahin die translocirte patres nicht nur, sondern auch, wenn der pater prouincialis von C. die Kloster-visitation zu D. vornehmen müste, wegen der Ferne in einem Tag nicht kommen könte, mithin in der zwischen C. und D. in der Mitten liegenden Haupt-Stadt L. übernachten müste, in solcher Stadt aber keine Catholicken, sondern lauter Lutherische Ketzer wohnhaft wären: daß also ihre Hochfürstliche Durchlauchtigkeit ihnen ein kleines Haus, oder Platz zu ihrer Einkehr gnädigst verstatten möchten, welches denen patribus Franciscanis auch verstattet, bald darauf aber mit zwey patribus beständig besetzet, und in eine Catholische privat-Schule, und demnächst tractu temporis, aller von dem Magistrat vorgekehrter Widersetzung ohngehindert, in ein Franciscaner-Kloster verwandelt, eine Kirche und kleiner Thurm via facti aufgerichtet, und drey kleine Glocken vor und nach aufgehänget worden, darinnen noch bis auf den heutigen Tag circa zehen bis zwölf Mönche wohnen, und deren Kirche die in der Stadt wohnende Catholische Arbeits-Leute, (allermassen keine Kaufleute von der Catholischen Religion vorhanden sind,) und die in der Nachbarschaft ausser der Stadt wohnende Catholicken besuchen, mithin contra annum normatiuum 1624. das exercitium religionis catholicæ cum annexis exerciren. Bald darauf sind die Mönche noch weiter gegangen, haben auf den Gedächtniß-Tag Portiunculæ, vor etwa funfzig Jahren turbatiue die Catholische processiones, aus der benachbarten Freyheit B., und aus dem Dorf W. zu sich auf L. veranlasset, welche dann mit Fahnen und öffentlichem Gesang, durch die Stadt ins Kloster, und aus diesem, in Gesellschaft der L. Catholischer procession, mit bey sich habender Monstrantz, oder Venerabili, so gar auf den Marckt vor und unter das Rath-Haus gezogen, einen Tisch mit Lichtern dahin gestellet, das Venerabile darauf gesetzet, und so fort entweder einen Mönch aus dem Kloster, oder gar einen fremden Pfaffen auftreten, eine controuers-Predigt gegen die Lutheraner öffentlich ablegen, und zum Beschluß cum eleuatione venerabilis, unter dem Rath-Haus den Seegen ertheilen lassen, welches alle die Mönche noch jährlichs, jedoch nur auf Portiunculæ Tag, sonsten aber durch das gantze Jahr niemalen, attentiret und continuiret haben, bis daß in diesem 1744sten Jahr ohngefähr vor sechs Wochen, Ihro Chur-Fürstliche Durchlauchtigkeit zu Pfaltz, unsers gnädigsten Landes-Herren nachgesetzte Hochpreißliche Regierung zu D., den gnädigsten Befehl publiciren und die Ankunft einer a tempore reformationis an in L. nie erhörter, ungewöhnlicher solennen Mission der patrum societatis Iesu abkündigen lassen. Ob nun gleich die Lutherische Prediger, solches nachtheiliges mandatum zu publiciren, alles Ernstes abzulehnen gesuchet haben, der Lutherische magistrat aber die Ungnade des Landes-Herren, und die andictirte Strafe zu euitiren, solches lieber publiciren lassen, als ungehorsam seyn wollen, so ist solches zwar von der Cantzel publiciret, vor dessen Ablesung aber, vor der gantzen Gemeine protestando declariret worden, wie daß man Lutherischer Seiten zwar, aus unterthänigster deuotion gegen ihro Churfürstliche Durchlauchtigkeit, härtere Verfolgungen zu vermeiden, das gnädigste emanirte mandatum publiciren müssen, zuforderst aber sowol dagegen, als alle darinnen enthaltene Reichs-Friedens-Schlüsse, und Religions-recessen wiedrige attentata, und Neuerungen, hiemit solennissime doch humillime protestiren, und der Lutherischen Stadt und Gemeine zu L., ihre von undencklichen Jahren her ruhig besessene Religions-privilegia, per expressum vorbehalten, und das Nöthige höheren Orts, grauando vorzustellen reseruiren wolte. Inzwischen haben die drey Missionarii societatis Iesuiticæ d. 20. Sept. anni 1744. ihre mission in L. dergestalt öffentlich angefangen, daß sie erstlich mitten auf dem Marckte, vor Lutherische Häuser ein grosses theatrum aufgerichtet, solches mit allerhand Bildnissen, als des Ignatii, und Xaverii behänget, einen Tisch, in Form eines Altars darauf

gestellet, solchen mit brennenden Lichtern versehen: zweytens die Catholische Gemeinen und Meß-Priester, nie erhörten Dingen, von Elberfeld, Beyenburg, Wipperförd, Wermelskirchen, Huickeswagen, Sohlingen und Burg, an eben dem Tag mit ihren processionen nach L. beschieden: drittens zu eben der Zeit, da die Lutherischen in ihre Kirche gehen wollen, gesamter Hand mit Fahnen und öffentlichem Gesänge aus dem Kloster ausgezogen, und da ein vor der procession vorhergehender Mönch aus dem Kloster sich der Lutherischen Kirchhofs-Thür die Treppe hinauf genähert, und man nicht ohne Grund befahren müssen, daß sie, wie schon ehemals versuchet, über den Lutherischen Kirch-Hof mit ihrer procession zugehen attentiren würden, und deswegen vierdtens die Thüren des Lutherischen Kirchhofs verschlossen werden müssen, dadurch aber denen Lutherischen Predigern sowol, als ihren Zuhörern, der ordentliche Kirchgang versperret, und durch das Rathhauß in die Kirche zu gehen gemüßiget worden: ferner fünftens auf dem öffentlichen Marckte Morgens um neun Uhr gesungen, und auf dem theatro geprediget, und nach geendigter Predigt, der Nachmittags-Gottesdienst, wiederum um zwey Uhr auf dem Marckt angekündiget, und da sonsten die Lutherischen allezeit auf dem Sonntag ihre Leichen um zwey Uhr zu beerdigen, und den Nachmittags Gottesdienst anzufangen pflegen, so hat doch sechstens solches letzt gleich nach ein Uhr, Tumult unter dem Leichen-conduct und unter denen processionen zu verhüten, angefangen, und der Gottesdienst gegen alte observanz nicht ohne turbation anticipiret werden müssen, gleich denn siebentens nach abgelegter Nachmittags-Predigt einer von denen Missionariis sich auf dem theatro öffentlich auf dem von den processionen ab und zur Wand gekehrten Rücken flagelliret und gegeisselt, alle processions-Glieder aber vor dem theatro auf dem Marckt gekniet, laut gesungen, und mit ausgestreckten Armen ihr Gebet öffentlich verrichtet haben, darauf so gleich achtens, das Venerabile aus der Kloster-Kirchen gantz bloß ohne Decke, oder so genannten Himmel, welches NB. so lange L. stehet, noch niemalen geschehen, (allermassen sonsten die Patres, wenn sie einen Krancken mit der S. Hostia, oder dem letzten Oel versehen wollen, solches allezeit verdeckt und in der Stille verrichten,) mit brennenden Fackeln abgeholet, und auf das theatrum gebracht, darauf dasselbige von einem anderen Missionario, als der gegenwärtige Heyland selbsten, mit einer langen Oration angeredet, mit dessen elevation der Seegen ertheilet, und von allen processionen, wieder so bloß und öffentlich von dem Marckt in die Kloster-Kirche wieder zurück begleitet worden: darauf neuntens desselbigen Abends zwischen sieben und acht Uhr der Zug aus dem Kloster auf den Marckt abermals vorgenommen, von dem dritten Missionario eine Nacht-Predigt auf dem theatro gehalten, dem Volcke aus einem besonders gedruckten missions-Büchlein vorgebetet, von dem Volcke laut nachgesprochen, und nach dessen Vollendung der Rückzug in die Kloster-Kirche mit öffentlichem Gesänge und Gebet gehalten worden, zwischen welchen öffentlichen Verrichtungen sich iederzeit einige Patres aus dem Kloster, auf der an dem Marckte anschiessenden Strasse zertheilet, und die entweder aus der Kirche, oder ihren Geschäften nach vorbey gehende Lutheraner, zum Hut abziehen genöthiget, ja es hat so gar zehentens der gegenwärtig gewesene Churfürstliche Amtmann deren beyden Aemtern Borneseld und Huickeswagen, Freyherr von N dem Lutherischen Herrn Burge-Meister zugemuthet, daß derselbe eine Bürger-Wache citiren, und das theatrum, so lange es stünde, alle Nächte hindurch bewachen lassen solte, welches aber von dem Magistrat abgeschlagen worden, welche Mission dann eilftens gantzer zehen Tage dergestalt continuiret, und erst auf den Michaelis-Tag Abends, als auf unserm ordentlichen Buß- und Bettag, in der extension darinnen sie angefangen, endlich vollendet worden ist.

Bey diesen vorerwehnten Umständen wird gefraget:

Quæstio I.

Ob die obgemeldte mission in ihren angeführten Umständen instrumento pacis so wol als denen prouincial-religions-recessen und dem statui Lennepiensium anni normalis 1624. zuwider laufe oder nicht? 2

Rationes dubitandi.

Ob nun wol hiebey angeführet werden möchte, daß die referirte mission und deren Ausübung dem statui anni decretorii nicht entgegen laufe, angesehen solcher actus nur temporalis und auf zehen Tage eingeschräncket gewesen, die sacra euangelicorum dadurch nicht sonderlich turbiret, sie ihre Religions-Freyheit nach wie vor behalten, und dieses exercitium religionis catholicæ nicht in denen Evangelischen Kirchen, als ein simultaneum, sondern auf öffentlichem Marckte zu L. in loco publico auf einer aufgerichteten Bühne verrichtet und angeordnet sey, dergleichen unternehmen in loco publico, qui ad iura principum pertinet, vt forum, theatra, 3

l. 6. §. 1. de ver. diuis.

Quintil. declam. 274.

einem Landes-Herrn um destoweniger untersaget werden könne, als er darüber die freye disposition hat, und die Unterthanen dadurch in ihren Kirchen, als wohin das exercitium religionis publicum eigentlich gehöret, nicht gestöhret werden, vielmehr die Unterthanen deren Gebrauch frey behalten, als welches nur 4

das

das instrumentum pacis *art. V. §. 31. sqq.*
5 verordnet. Hiernächst unterschiedliche auch so gar Evangelische Scribenten bishero behauptet, daß selbsten das simultaneum perpetuum nicht einsten dem statui normalis anni entgegen lauffe,

HENNIGES *in medit. ad* I. P. *art. V. §. 43.*

FABRI Staats-Cantzley, *tom. 23. c. 12. Electa iur. publ. tom. VI. p. 730.*

6 bevorab, da denen Evangelischen zustehe, über das principium tolerantiæ religiosæ zu halten, dem zuwider dergleichen Widersetzlichkeit, oder contradiction vorgenommen werde, ausser
7 dem auch in *art. V.* I. P. *§. 30.* von dem iure reformandi singulis principibus competente verordnet sey, quod hoc ius in negotio religionis competens impediri haud oporteat, wodurch einem Landes-Herru unverboten sey, ein dergleichen exercitium suæ religionis in seinen Landen vorzunehmen, wodurch den Evangelischen Unterthanen an ihrem freyen Religions-exercitio kein Eintrag geschähe, bevorab da man in L. einmal eingeräumet, daß die
8 Franciscaner daselbsten contra statum anni decretorii ein Kloster haben und besitzen, und in demselben ihre sacra publica verrichten, auch bishero auf Portiunculæ Tag processiones gehalten, so daß man selbsten dadurch agnosciret haben möchte, daß durch dergleichen innovirung dem statui anni decretorii nicht entgegen gehandelt sey.

Rationes decidendi.

9 Dieweil aber dennoch die vor dem Osnabrückischen Friedensschluß an allen Orten unternommene Thätlichkeiten in causis religionum nach dem bekanten principio: cuius est regio, eius est religio, die traurigsten Suiten gewürcket, ja den stärcksten Einfluß in den dreyßigjährigen Krieg mit gehabt, so daß bey dem errichteten Friedensschluß man leicht wahrgenommen, daß, wo solchem Unheil nicht durch eine bestimte normam et principium specialius vorgebauet würde, niemals eine wahre und beständige Ruhe erfolgen könne, dahero man darauf bedacht gewesen, ein solches principium
10 perpetuum zu bestimmen, nach welcher das ius reformandi exercitium religionis künftighin ausgeübet, dessen unerlaubter und dem göttlichen Wort zuwider lauffender Mißbrauch præcauiret, und dessen gesetzte Schrancken nicht überschritten werden solten, zumal wenn man die vernünfftige, der Natur, der Christlichen Religion und dem geoffenbarten Worte GOttes gemässe Einschränckungen bey diesem Rechte angenommen und nicht des bekanten iuris canonici, aller tolerantz zuwiderlaufende principia gefolget hätte, man nicht nöthig gehabt haben würde, pe- pacta imperii publica dessen limites weit genauer und exactius einzuschräncken, und dieses pro principio regulariuo anzunehmen, welches am sichersten geschehen konte, daß man einen gewissen statum 11
exercitii religionis, wie er zu einer bestimmten Zeit sich befunden, pro principio annehme, und dessen blosses factum possessionis, vsum, obseruantiam ac exercitium,

nach dem Fried. *execut. Recess §. 3.*

zum vniuersali principio zum Grunde legete, und verordnete, daß nach diesem principio es bey dem exercitio, wie es præfinito certo tempore, oder anno 1624. gewesen, schlechterdings verbleiben, und dagegen nichts vorgenommen, vielmehr, was dem zuwider künftig ge- 12
schehen möchte, pro turbatione gehalten, und die turbati in eum, in quo anno 1624 fuerunt statum, wieder hergestellet werden solten:

art. V. I. P. *§. 37.*

allermassen man leicht begriffen, daß das ius reformandi das exercitium der Religion allein betroffen, diesemnach man alleine darüber, und nicht über der Religion selbsten, quæ nullam admittit transactionem, transigiret, und solches schlechterdings nach dem anno decretorio dessen statum atque habitam possessionem abgemessen wissen wollen, aus welchem 13
principio denn man verordnet, daß alles auf den statum anni decretorii reduciret,

art. V. §. 2.

alle Neuerungen aboliret werden,

art. V. §. 25.

das vnicum solumque huius transactionis, restitutionis *obseruantiæque futuræ fundamentum* anni 1624. habita possessio seyn,

art. V. §. 26.

ja wo Klöster und Catholische Stifter im anno 1624. d. 1. Ian. verhanden gewesen, in denenselben das exercitium religionis publicum eben so verbleiben solle, quod quouis in loco dicto dieque vsitatum fuit absque vnius alterius partis impedimento,

art. V. §. 26.

nach welchem principio auch das ius refor- 14
mandi catholicorum Statuum, im regard der Evangelischen Unterthanen fest gesetzet, und denenselben ein laxius spatium, nemlich das exercitium siue publicum, siue priuatum religionis quacunque anni 1624. parte, bestimmet und verordnet, daß so weit die Evangelische Unterthanen, etiam solo vsu obseruantiaque dicti anni dasselbe gehabt haben, sie solches vna cum annexis, QVATENVS illa dicto anno exercuerunt, aut exercita fuisse probare poterunt, semper et vbique exerciren, und bey ihnen solches obseruiret werden solle,

art. V. §. 31.

welches so deutlich ebenfalls den statum et obseruantiam anni decretorii zum Grunde leget, ja denselben schlechterdings pro regula feste setzet,

art. V. §. 33.

daß alles, was dagegen vorgenommen, pro in- 15
nouatione et turbatione illicita gehalten werden muß, und da nun in L. anno 1624. allein das exercitium religionis euangelicæ obser-

viret

viret werden, kein Catholischer eingesessener daselbst befindlich gewesen, und also das exercitium religionis Romano-catholicæ daselbsten ohnmöglich vlla parte seyn können, gantz natürlich daraus folget, daß die Catholischen kein exercitium religionis, siue publicum, siue priuatum
16 daselbsten anrichten noch ausüben können, und da dennoch diesem zuwider und aller Vorstellung ohngeachtet, die Franciscaner ein eigen Kloster contra statum anni decretorii daselbst angerichtet, und in ihrer Kirche, welche sowol von denen daselbst nunmehr wohnenden Unterthanen, als ausser der Stadt sich befindenden Catholicken besuchet wird, publica sacra exerciren, ja so gar certo die processiones zu halten vor funfzig Jahren angefangen, kein vernünftiger sagen wird, daß idem status eademque obseruantia siue habita possessio, quæ anno 1624. fuit, geblieben, da vielmehr derselbe sehr verändert worden, gleichwol da solches,
17 contradicentibus euangelicis, de facto geschehen, und sie niemals darinn gewilliget, solches nunmehr zu ihrem præiudiz angeführet, und das durch viele Schriften widerlegte simultaneum ihnen nicht obtrudiret werden kan,

vid. Ungrund des *Simultanei apud* BÖHMERVM *tom. III. iur. eccles. p. 945.*

18 als welches offenbar pro innouatione et turbatione zu achten, welches doch plenarie in statum anni 1624. restituiret werden soll,

art. V. l.p. §. 34.

innouatum enim dicitur, quicquid contra veterem formam et pristinum morem in certo loco factum.

l. 7. C. de seruit.

Restituere autem dicitur, qui in pristinum statum reducit, quod fit, siue quis tollat, quod contra illum statum factum est, siue reponat, quod sublatum est;

l. 2. §. 43. ne quid in loco publ.

welchen entgegen gesetzet wird, si quid noui, h. e. contra certum statum, factum est,

l. 3. §. 13 et 15. de iter. act. priv.

19 welche innouation absonderlich bey der letzthin vorgenommenen so genannten mission derer patrum societatis Iesu nach L. sich hervorgethan, als welche auf einen zu exercirenden actum religionis catholicæ publicum contra statum anni decretorii, nach welchem die Catholischen daselbsten kein dergleichen exercitium haben können, einzig und allein ihr Absehen gerichtet, indem die gedachten Patres auf öffentlichem Marckte eine Bühne aufgerichtet, auf derselben in form eines Altars einen Tisch mit Lichtern zubereitet, aus denen umliegenden Dörfern ihre Religions-Verwandten mit ihren Meß-Priestern auf den angesetzten Tag nach L. beschieden, auf demselben mit Fahnen und öffentlichen Gesang aus dem Franciscaner-Kloster nach dem Marckte ausgezogen, woselbst auf dem theatro durch predigen, singen und andere actus sacros der öffentliche Gottesdienst um neun Uhr gehalten, den Mittag um zwey Uhr continuiret, das Venerabile darauf ohnbedeckt und öffentlich gantz neuerlich abgeholet, mit dessen eleuation öffentlich der Segen ertheilet, und solches darnach processions-Weise wieder ohnbedeckt nach der Kloster-Kirche durch eine solenne procession gebracht, nicht weniger dieses exercitium religionis catholicæ publicum zehen Tage lang auf solche Weise, wie specialius in der facti specie angeführet, continuirt worden, dabey denn ein elender Behelf 20
ist, daß solches exercitium nicht in der Kirche vorgenommen sey, zumal die Catholischen selbst ihre Sacra auf der Gassen auch bisweilen exerciren, und es nicht auf den locum allein, sondern auf das exercitium selbsten ankommt, und 21
wenn gleich dasselbe nur zehen Tage gedauret, dennoch auch dieses pro manifesta turbatione zu achten, gleich wie derjenige, der nur wenige Tage wider meinen Willen auf meinem Grund und Boden gejaget, sein Vieh getrieben, sein Wasser abgeleitet, und andere actus possessorios mehr verrichtet, mich allerdings turbiret, weil nunmehro nicht idem status possessionis quietus, wie er vorher gewesen, geblieben, sondern verändert,

l. 1. §. 15. de ag. quotid.

l. vn. §. 9. D. de fonte.

und deswegen der turbatus sich zu beschweren wohl befugt, auch solches um destomehr alhier
nöthig ist; da man leicht siehet, daß man im- 22
mermehr und mehr das exercitium catholicæ religionis publicum contra annum decretorium auszubreiten suchet, und nicht anders zu erwarten stehet, als daß die Patres societatis Iesu nicht eher ruhen werden, als bis sie aus dem temporali exercitio religionis publico ein perpetuum machen mögen, und also hier das: principiis obsta, statt finden müsse, weil sie sonsten, wenn sie dergleichen Gottesdienst für nöthig befunden, solchen auf den Catholischen Dörfern, woselbst im anno decretorio der Catholische Gottesdienst gewesen, besser ohnzweifel und auf erlaubte Art und Weise verrichten können, als solchen an einem pur Evangelischen Ort, woselbst im anno 1624. kein dergleichen exercitium siue publicum, siue priuatum gewesen, auszuüben und dahin die Unterthanen aus denen nächsten Dörfern hin zu bescheiden, als welches aus keiner andern 23
Absicht geschehen seyn kan, als die Evangelischen in der habita possessione et obseruantia anni decretorii zu turbiren, und nur ad tempus anfänglich ein simultaneum einzuführen, nachgehends aber weiter zu avanciren, und so peu a peu seinen Endzweck zu erreichen, welches aber dem Friedensschluß offenbar zuwider läuset, nach welchem die Evangelischen allein das exercitium publicum suæ religionis haben und behalten müssen, sonsten nicht idem status eademque habita possessio aut obseruantia bleibet, wenn iemand dagegen sich in die compossess setzen will, welches auch selbsten denen zwischen Chur-Brandenburg und Chur-Pfaltz errichteten recessen zuwider läuset, als worinn

worinn der status anni 1624. zu unterschiedenen malen zur einzigen Regel gesetzet ist, wie ad quæst. seq. zu zeigen seyn wird.

24 So halten wir dafür, daß obreferirte mission in ihren angeführten Umständen so wol dem instrumento pacis, als denen provincial-religions-recessen zuwider laufe.

Quæstio II.

25 **Ob Ihro Churfürstliche Durchlauchtigkeit zu P. als ein Catholischer Landes-Herr, Recht und Macht habe,** contra pacta religiosa et statum anni decretorii **obgedachte** mission **in ihren Umständen in der Haupt-Stadt L. aufzustellen und zum** præiuditz **des** possessorii immemorialis Lutheranorum **dergestalt** extra muros consuetæ ecclesiæ catholicæ **auf dem Marckte** extendiren **zu lassen?**

Rationes dubitandi.

26 Ob wol eine an einem gewissen Ort angeordnete mission religionis causa ein innocentes, ja solches Werck zu seyn scheinet, welches so gar unter den Heiden in Ost- und West-Indien, so wol von Catholischer, als Evangelischer Seiten geschiehet, dessen Absicht die Bekehrung der Menschen zum Grunde hat, dadurch aber der status religionis localis nicht geändert, sondern nur eine Erweckung zum besten der Unterthanen vorgenommen wird.

IVST. HEVRNIVS *de legat. euangel. ad Indos capess. c. 3 et 4.*

GEORG. CALIXTVS *de populis in relig. a nob. disident. ad verit. agnit. deduc.*

27 Hiernächst, wenn Ihro Churfürstliche Durchlauchtigkeit dazu nicht befugt gewesen seyn solten, denen Unterthanen zu L. ein ius prohibendi nothwendig zustehen und von ihnen behauptet werden müste, daß sie dieses Recht im anno 1624. gegen ihren damaligen Catholischen Landesherrn ausüben können; welches niemand leicht sagen wird, weil eines theils solches der Unterthanen Pflicht entgegen zu laufen scheinet: andern theils damals das ius reformandi noch nicht so eingeschräncket gewesen, und die Unterthanen nur in *art. V. §. 31.* erst bey dem statu religionis

28 beschützet worden, QVATENVS sie solches im anno 1624. exerciret haben, da, obgleich der Landes-Herr im gedachten Jahr dieses Recht nicht exerciret, doch genug seyn möchte, daß er solches nach denen damaligen principiis, ohne iemandes Behinderung, exerciren können, wenn er gewolt, immassen dann derselbe nach der ge-

29 habten Freyheit im anno 1641. daselbst die Patres Franciscanos eingeführet, und dabey bekant, was für dubia gegen dieses ius prohibendi bishero erreget worden sind,

HENNIGES *in med. ad i. p. art. V. §. 31. p. 555. sqq. et p. 569.*

wornach denn auch die Landes-Religons-recesse zu erklären, als welche sich alle auf dem Osnabrückischen Friedensschluß gründen, und als instrumenta referentia nach demselben erkläret werden müssen. 30

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch bey allen negotiis hominum zuförderst zu verhüten ist, ne decipiamur externo eorum colore, wie GROTIVS redet, vielmehr man auf die wahre Absicht, et quid reuera actum sit, sehen muß; da sich dann, wenn man die wahre Gestalt dieser angestelleten mission und deren Absicht aufdecket, ein ieder leicht wahrnehmen wird, daß solche nicht derer Evangelischen Unterthanen wegen angestellet sey, als welche solche verabscheuet, und allenfals durch Evangelische deputirte visitiret, und erwecket werden müssen, bevorab, da dergleichen attentatum kein modus conuertendi ist, vielmehr solcher bloß sein Absehen gehabt, einen publicum actum exercitii religionis catholicæ contra statum anni decretorii in L., einem im anno 1624. gewesenen pur Evangelischen Ort, auszuüben, und, wie bereits bey der ersten Frage dargethan, davon einen Anfang für itzo zu machen, ja die Unterthanen daselbsten zu præpariren, daß sie, woferne sie dabey acquiesciren, bey nächster Gelegenheit sich zu dem unerlaubten simultaneo bequemen müssen; wobey denn die inuention absonderlich sehr bedencklich ist, daß denen Evangelischen Predigern selbst durch Befehle angemuthet worden, diese angeordnete mission von denen Cantzeln zu publiciren, welche doch ihnen zum höchsten præiuditz gereichet, und ihnen also nicht zu verdencken gewesen, daß sie sich dabey mit einer vorhergehenden protestation, qua ius protestantis conseruatur, mit Beybehaltung aller geziemenden submission, prospiciret. Uebrigens, 31 32

was HENNIGES, nach seiner bekanten freyen Art zu raisonniren, gegen das *ius prohibendi* angeführet, um destoweniger einige Achtung meritiret, weil, wenn solches denen Unterthanen und Landsassen ex pacto imperii publico denegiret wird, die gantze Verfassung des *art. V. §. 31. §§q.* keinen plenum effectum erreichen kan, cum tamen semper verba quarumlibet dispositionum ita accipienda sint, vt effectum plenum habeant, 33

l. i. §. 2. D quod quisque iu ins alt. stat.

diesemnach, sepositio iure prohibendi, dem Landes-Herrn, nach wie vor, frey bleiben würde, sein ius reformandi exercitium religionis zu exerciren, welches doch fomes omnes mali in vorigen Zeiten gewesen, und dahero solches in genaue Schrancken gesetzet und verordnet werden müssen, daß man von diesen bestimmten 34

limitibus nicht abweichen, sondern sich darnach genau und exacte richten solle, woraus denn nothwendig, und als eine richtige Folge, das ius prohibendi subditis competens, ne quid contra statum anni decretorii innouetur, her zu leiten ist, welches aber billig mit aller gezie-
35 menden submission und auf erlaubte Weise zu exerciren; und wie nun in voriger Frage dargethan ist, daß das exercitium religionis solitarium der Unterthanen nach dem statu anni decretorii zu reguliren, und dagegen nichts vorzunehmen, also daraus nothwendig folgen muß, daß diese mission mit demselben nicht bestehen, noch Seine Chur-Fürstliche Durchlauchtigkeit befugt gewesen seyn können, in L. solche anzuordnen, allermassen kein dergleichen exercitium religionis publicum siue temporale, siue perpetuum an diesem Evangelischen Ort die Catholicken im anno 1624. gehabt, die Evangelischen solches priuatiue exerciret, und also auch priuatiue künftig exerciren müssen, weil sonsten nicht idem status, obseruantia, et eadem habita possessio bleibet, wie doch ge-
36 geschehen soll und muß. Dagegen dann nicht anzunehmen, daß gleichwol die Unterthanen im anno 1624. kein ius prohibendi exerciret, zumal damals noch das ius reformandi confusum mehrentheils statt gefunden, wiewol auch der Magistrat zu L. im anno 1641. gegen die Einführung der Franciscaner alle nöthige Vorstellung gethan, und also angezeiget, daß sie aus dem Religions-Frieden ein ius contradicendi zu haben sich berechtiget geachtet, welches sie aber nicht eher als data occasione ausüben können, allenfals auch das ius prohibendi erst seinen völligen effectum durch den Osnabrückischen Friedensschluß erreichen müssen, als welches die daselbst bestimmte iura ad annum 1624. retrotrahiret, und es nunmehro nach der Absicht des Friedenschlusses gehalten werden muß, als wenn dieses ius prohibendi reale et actuale, so doch mit unterthänigster deuotion, und erlaubten auch vorgeschriebenen Rechtsmitteln zu exerciren, in der festgesetzten Form des-
37 nen Unterthanen zugestanden sey, welches absonderlich durch den Neben-receß zwischen Chur-Brandenburg und Pfalz Neuburg de anno 1666.

apud LVNIG. *P. special* dritter Theil, *p. 221. sqq. §. 1.*

nochmals wiederholet, und so viel das Hertzogthum Gülich und Berge betrift, verglichen worden, daß es allerdings bey der Regel des allgemeinen Münster- und Osnabrückischen Friedens-Schlusses, und dem Stande des Jahrs 1624. auch denen im obgedachten Frieden enthaltenen Regeln eingerichtet, vest und unverbrüchlich gehalten werden soll; dabey denn auch zwar §. 5. wegen des *exercitii priuati* et *domestici* beyder Religions-Verwandten, die Freyheit in ihren Häusern, für sich und ihr Haus-Gesinde, aber weiter nicht, das exercitium ihrer Religion ungehindert zu üben, zugestanden, certo indicio, daß an denen Orten, wo anno 1624. kein publicum religionis exercitium gewesen, solches auch nicht ausgeübet, oder quouis modo extendiret werden könne: ferner in dem Religions-Vergleich de anno 1642. *art. VI. §. 1.* et *art. VII. §. 4.* dieses von neuen wiederholet, und dahero, wenn es bey der Regel des Westphälischen Friedens-Schlusses, welche in *quæst. præcedente* mit mehrern bestimmet, und bey dem Stande des anni 1624. fest und unverbrüchlich gehalten, und alles darnach eingerichtet werden soll, von selbsten daraus folget, daß solcher Status durch diese unternommene mission, oder vielmehr durch dieses attentirte exercitium religionis Romano-catholicæ publicum, wozu von denen umliegenden Dörfern die dieser Religion zugethane so gar nach L. beschieden sind, nicht habe geändert werden können, beverab, da viele Neuerungen mit processionen, mit öffentlicher Hertragung des Venerabilis nach der Bühne, mit singen, predigen ꝛc. an einem publico loco dabey vorgegangen, und sich von selbsten dabey hervorthut, daß bloß solches derer daselbst, und auf denen umliegenden Dörfern sich befindenden Catholicken wegen, und damit sie einen actum exercitii religionis publici an einem bloß Evangelischen Ort ausüben möchten, geschehen, und also contra statum anni normalis diese so genannte mission vorgenommen sey:

So halten wir dafür daß Se. Chur-Fürstli- 38
che Durchlaucht. als eine Catholische Landes-Obrigkeit nicht befugt gewesen, contra pacta religionis et statum anni normalis die gedachte mission in der Stadt L. anzuordnen, und das exercitium religionis ausser den Mauren der Catholischen Kloster-Kirchen zu extendiren.

Quæstio III.

**Ob der Lutherische Magistrat und 39
gesamte Bürgerschaft zu L. solche extension des Catholischen Religions-exercitii zu erdulden schuldig gewesen, oder ob nicht dieselbe zusamt dem Jülich- und Bergischen Lutherischen Synodo sich dagegen höheren Orts zu beschweren in ihrem Gewissen verbunden?**

Ob zwar, wie billig und Rechtens, der Ma- 40
gistrat daselbsten alle viam facti verhütet, und aller Widersetzlichkeit, wozu leicht dieses öffentlich attentirte exercitium religionis Anlaß geben können, sich die Bürgerschaft nach ihren Pflichten enthalten, und in so weit dieses Unternehmen dulden müssen, dennoch dabey ein anders ist, ob sie im Stande Rechtens solches mit Geduld ertragen, und dabey diejenige Rechts-Hülfe hindansetzen sollen, welche auch die Rechte denen Unterthanen ex pacto imperii publico aliisque conuentionibus erlauben, zu welcher

cher Duldung sie so wenig verbunden, daß vielmehr, weil dieses causa communis ist, der Magistrat und die sämtliche Bürgerschaft daselbsten, um ihr exercitium religionis publicum un-perturbiret beyzubehalten, gegen diese turbation, quam prohibet pax Westphalica,

art. V. §. 32.

mit Zuziehung des Jülich und Bergischen Lutherischen Synodi sich höhern Orts zu beschweren im Gewissen verbunden sind, welches Seine Chur-Fürstliche Durchlauchtigkeit, als ein Gerechtigkeit liebender Herr, um desto weniger
41 ungnädig aufnehmen werden, als dieses causam religionis und dessen perturbirtes exercitium betrift, welche nicht priuata, sondern als eine causa communis et publica anzusehen, und also einen ieden verbindet, für dessen Aufrecht-Haltung besorget zu seyn, und dazu die bestimmte Rechts-Mittel zu gebrauchen, damit auf keine Art und Weise gegen diese sanctionem pragmaticam, welche auf das aller nachdrücklichste in art. XVII. bestätiget und bevestiget ist, etwas vorgenommen werde.

So sind die Unterthanen sich darüber zu beschweren, verbunden gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IAN. MDCCXLV.

RESPONSVM VIII.

THEMATA.

I. *De interpretatione pactorum publicorum.* n. 1 - 13.

II. Possessio anni normalis specifice est probanda. n. 14 - 20.

III. *De mala fide et interpellatione extraiudiciali præscriptioni opposita.* n. 21 - 28.

SVMMARIA.

Status causæ proponitur et quæstio I. de interpretatione pactorum publicorum n. 1. 2.

Interpretatio pactorum contra eum facienda, qui in sui fauorem ea conscripsit. n. 3.

Pactum contra eum explicandum, qui in eo fundamentum suæ actionis ponit. n. 4. 5. 6.

Obseruantia subsecuta apprime declarat, quid in generalitate vel actu dubio comprehendatur. n. 7. 8. 9.

Explicatur art. V. §. 33. I. P. n. 10. 11. 12.

Decisio quæstionis I. n. 13.

Quæstio II. de probatione possessionis anni decretorii. n. 14.

Omnis probatio specifica esse debet. n. 15. 16.

Probatio dubia in iudicio non veleuat. n. 17.

Annotationes priuatæ, præsertim ambiguæ, nullius fidei sunt. n. 18.

Adeo vt nequidem fiscus ex suis priuatis annotationibus vllius iuris probationem efficere valeat. n. 19.

Quæstio III. de eodem argumento. n. 20.

Quæstio IV. de impedimentis præscriptionis. n. 21.

Mala fides impedit præscriptionem. n. 21. 22.

Instantia lapsu XL annorum perit. n. 23.

Actio instituta malam fidem ad effectum impediendæ præscriptionis non operatur. n. 24.

Mala fides nunquam præsumitur, sed perspicue docori debet. n. 25.

In mala fide non est, qui iustam contradicendi causam habet. ibid.

Bona fides, post solum XXX annorum lapsum, cessante titulo præsumitur. n. 26.

Qualis sit natura præscriptionis iurium extinctiuæ? n. 27.

Decisio. n. 28.

Als vornemlich meine Gedancken über die von der Stadt Hildesheim gegen das Kloster St. Michaelis, und dessen angemaßete prætension abgefaßete Beantwortung begehret worden, so erachte nicht nöthig zu seyn, in Form eines ordentlichen Responsi meine Meynung von der Sache zu eröffnen, sondern glaube, daß es besser sey, wenn ich zu fernerer illustration der bereits wohl und gründlich abgefaßeten Beantwor-

tung nur einige momenta noch anführe, so mir vornemlich hierbey vorgefallen.

Das erste momentum kommt darauf an:

Quæstio I.

Ob, wenn gleich anno 1519. das Kloster noch die prætendirte iurisdiction besessen, das Kloster St. Michaelis in dem Recess de

anno 1643. und Oßnabrückischen Friedensschluß sein Fundament nehmen könne?

Dieweil das Kloster sein gantzes præsidium darinn setzet, ist solches am ersten zu untersu-
2 chen. Nun stehet zwar im gedachten recess, daß der scopus der gantzen Handlung dahin gegangen, daß ein ieder zu demjenigen, was er im anno 1519. gehabt, restituiret werden solle, und zu dem Ende auch die neun Klöster wieder
3 restituiret sind. Allein, 1) befindet sich keines weges dabey, daß die gedachten Klöster in allen und ieden iuribus Recht und Gerechtigkeit, die sie vor dem gehabt, restituiret werden sollen, welches, wenn es die intentio paciscentium gewesen, solches deutlich, klar und eigentlich exprimiret und ausgedrücket werden müssen, und zwar an Seiten des episcopi et capituli, als welche zu ihrem Vortheil diese restitution gesuchet, und also demselben beyzumessen ist, daß sie nicht deutlicher geredet, cum contra eum sit interpretatio facienda, qui in sui favorem pactum conscripsit, quod non clarius locutus fuerit,

l. 39. de pact. l. 34. ff. 1. de contrab. emt. vendit.

4 et ita contra eum explicandum pactum, qui in eo fundamentum suæ actionis ponit.

MANTICA *de tac. et ambig. conuent. lib. 2. tit. 4. n. 99.*

5 2) Wäre des episcopi et capituli intention gewesen, daß die Klöster in eodem statu, in quo anno 1519. fuerunt, gäntzlich restituiret werden solten, würden sie solches wohl klar und deutlich exprimiret haben, indem bey allen andern Puncten sie sich gnugsam expliciret, bey der restitution der Klöster aber nur gantz indefinite reden, und nichts mehr als deren restitution verlangen, weil solche anno 1519. mit Catholischen Mönchen besetzet gewesen, ja es
6 würde 3) auch dieses daraus folgen, daß nach diesem gesetzten principio dem Kloster St. Michaelis auch alle übrige meublen, am Gelde, Urkunden und sonsten, welche ihnen nach der Beylage sub A. B. vom anno 1521. und folgenden Jahren von dem Magistrat entzogen seyn sollen, restituiret werden müssen, worauf doch das Kloster, facta restitutione, so wenig gedrungen, daß sie dessen bis auf diese Stunde gar nicht gedacht, auch nicht darauf reflectiren mögen, weil solche plenaria restitutio im gedachten recess nicht stipuliret worden. So
7 wuste man auch 4) tempore initi recessus den wahren Verstand desselben am allerbesten, was sub restitutione der Klöster eigentlich begriffen seyn solte, da denn gantz wahrscheinlich ist, daß wenn man bey gedachtem recess der Meynung gewesen, daß die Klöster plenissime und in omnibus restituiret werden solten, man nicht bey der schlechten restitution derselben, wie sie damals gewesen, acquiesciret seyn, sondern sofort die ietzige prætension in motum mit gebracht haben würde, so doch nicht geschehen, wie das Kloster St. Michaelis selbsten nicht in Abrede seyn kan. Nun bewähren die bekannten Rechte, quod obseruantia subsecuta apprime declaret, quid in generalitate vel actu dubio comprehendatur,

TIBER. DECIANVS *vol. IV. conf. 44. n. 28.*

et quæ fuerit intentio præcedentis pacti in primis demonstrat SEQVELA FACTI,

FRANCISC. BVRSAT. *conf. 16. n. 39.*
PEREGRIN. *vol. III. conf. 34. n. 6.*
KLOCK. *de contrib. c. 20. n. 92. sqq.*

adeo vt inciuile habeatur, de eo, quod tam diuturna obseruantia dilucidum fuit, nunc demum dubitare vel eidem contrauenire velle,

CRAVETTA *conf. 495. n. 21.*
PRVCKMAN *conf. 27. n. 44. in f.*

welche in der gesunden Vernunft und Rechten, 8
gegründete Regeln gnugsam darlegen, daß der paciscentium intention im anno 1643. niemals auf eine solche plenariam restitutionem reflectiret, indem bey der geschehenen restitution davon nichts erwehnet, das Kloster bey der damals geschehenen restitution, prout facta est, acquiescirt, über achtzig Jahr solche approbiret, ja durch eine solche diuturnam obseruantiam zu verstehen gegeben, daß alles, was nach dem recess restituiret werden sollen, restituiret sey, quo animo enim quisque fuerit eo tempore, quo actus celebrabatur, ex iis, quæ postea sunt subsecuta, in primis probatur,

PRVCKMAN *vol. I. conf. 2. n. 473.*

etiamsi verus intellectus verborum repugnare videatur.

BESOLD. *P. 6. conf. 270. n. 27.*

Zuförderst aber bemercke ich 5) bey dem recess, 9
daß in dem §. 17. Episcopus et capitulum so gar nicht auf einige conditiones, unter welchen die Klöster restituiret werden sollen, gedacht, oder davon etwas vorgebracht, daß allein an Seiten des Fürstlichen Hauses Braunschweig, nur diese condition dabey ausbedungen, daß die Klöster, so dem Bischofe und capitulo, vermöge des transacts wieder eingeräumet, mit solchen religiosis wieder zu besetzen, welche von rechtswegen dazu befugt; woraus denn erhellet, daß nur die Hertzoge von Braunschweig sich hierbey eine condition ausbedungen, der Bischof aber und das Capitul zu frieden gewesen, daß das Kloster St. Michaelis ihnen nebst denen anderen ist restituiret worden, ohne darauf zu reflectiren, was etwa senatus Hildesiensis währender Zeit davon erhalten, dazumal das Kloster selbsten zugestehet, daß tempore recessus schon vltra seculum der Rath zu Hildesheim, dem Kloster keine Gerichte mehr zu gestanden, sondern solche in den quæstionirten Oertern exerciret, nach dem recess bis auf diese Stunde continuiret, und man also damals nicht dafür gehalten, daß auch diese Gerich-

richtbarkeit, so der Rath exerciret, inter restituenda mit gehöre. Dieses bekräftiget auch
10 letztens und sechstens das INSTRVMENTVM PACIS *art. V. §. 33.*, in welchem alle pacta, so dem termino decretorio zuwider, und auch diesem recess, cassiret und aufgehoben sind, und nur wegen der neun Klöster diese exception hinzu gethan ist: excipiantur vero a dicto termino et catholicis reseruentur nouem monasteria, in episcopatu Hildesiensi sita, quibus duces Brunsuicenses certis conditionibus eo anno cesserunt. Diese exception räumet denen Catholischen nichts mehr ein, als was ihnen sub certis conditionibus von denen Hertzogen von Braunschweig an diesen Klöstern im anno 1643. ist cediret und abge-
11 treten worden. Die conditiones, davon hier Meldung geschehen, sind diejenigen, die die Hertzoge in favour der Evangelischen dabey gesetzet, und dadurch præcauiren wollen, daß keine andere Ordens-Leute, als welche darzu von Alters berechtiget, in die Klöster gesetzet werden möchten. Der Episcopus und Capitulum haben dabey keine conditiones gesetzet, sondern sich mit der damals geschehenen restitution begnügen lassen, dahero auch der Oßnabrückische Friedens-Schluß nichts mehr denen Catholischen einräumet und zugestehet, als was sie vormals nach dem facto restitutionis simplici er-
12 halten, und ihnen cediret ist. Was nun nicht von der in Instrum. pacis gesetzten regula vniuersali excipiret, das gehöret und bleibet unter der Regel, und folgendes bey dem statu anni decretorii, nach welchem ausser allem Streit ist, daß senatus anno 1624. die quæstionirte Gerichtbarkeit und andere Rechte an denen quæstionirten Ortern, und über die quæstionirten Häuser exerciret und gehabt, anerwogen nichts mehr von der Regel ausgenommen, als die gedachten Klöster mit der ausdrücklichen Erklärung, quibus duces Brunsuicenses certis conditionibus EODEM ANNO (h. e. anno 1643.) cesserunt, wobey denn nicht stehet: vel cedere debuerunt, welche clausul vielleicht dem Kloster St. Michaelis zum Behelf dienen
13 könte, wenn solche dabey stünde. Da nun die obseruantia subsecuta offenbar erhärtet, daß dem Kloster St. Michaelis die anietzo im Streit genommene iurisdiction an denen quæstionirten Oertern und prætendirte immunität nicht mit cediret worden, so mag auch der Oßnabrückische Friedens-Schluß dahin nicht gezogen, noch solcher von Klägern zu ihrem Behelf angeführet werden, als welcher ihnen offenbar contrair ist.

Das andere momentum setze ich darinn:

Quæstio II.

14 **Ob denn das Kloster noch anno 1519. die prætendirte iurisdiction und immunität besessen, und solches erwiesen sey, wenn ja der recess so weit gehen solte, daß das Kloster St. Michaelis in eum statum, in quo fuit anno 1519. plenario restituiret werden sollen?**

Der recess im §. 17. saget nicht, was ein 15 ieder vor anno 1519. gehabt, sondern: was er im *anno 1519.* gehabt. Hätte nun das klagende Kloster in gedachtem Jahr die quæstionirte Gerichtbarkeit noch gehabt, und der Verstand des gedachten recessus sich so weit erstrecket, so würde bey der im anno 1643. geschehenen restitution dieses wohl so fort vrgiret, und inter restituenda mit referiret worden seyn. Hiervon ist aber damals nichts gehandelt worden, woraus denn die præsumtion von selbsten flieset, daß entweder das Kloster die prætendirte iurisdiction zu der Zeit nicht mehr gehabt, oder aus dem gedachten recess sich nicht getrauet, dessen restitution zu suchen, wie bereits bey dem ersten momento gezeiget ist: die deswegen angeführte documenta und priuatæ annotationes beweisen nichts. Denn 16 so viel jene betrift, so sind solche von ältern Zeiten, als vom anno 1345. 1459. 1476. und 1480. nach welchem bis auf 1519. fast viertzig Jahr verflossen, binnen welchen sich vieles zutragen können, daß das klagende Kloster binnen der Zeit ihr Recht verlohren; wenigstens erhellet hieraus nicht, daß im anno 1519. dasselbe noch die quæstionirte Gerichtbarkeit gehabt, so præcise erwiesen werden müssen, wenn dasselbe aus dem Recessu eine fundatam intentionem haben wollen, omnis enim probatio specifica esse debet, nec sufficit, dicere, imo etiam probare, quod aliquid factum sit, sed necesse est, etiam illud probare, QVO TEMPORE hoc vel illud factum sit,

HARPRECHT *vol. nov. conf. 70. n. 313.*

adeoque probatio dubia in iudicio non re- 17
leuat, sed potius contra probantem est interpretanda.

KLOCK. *tom. I. conf. 29. n. 539.*

SVRDVS *consil. 5. n. 49.*

HARPRECHT *vol. nov. conf. 84. n. 53.*

Hiernächst so viel die priuat-annotationes des 18 klagenden Klosters betrift, so sind solche theils incertæ, theils nullius fidei. Denn wenn sub abbate HERMANNO de anno 1540. stehet, daß sub ipso abbate der Rath keine Gerichte dem Kloster mehr geständig gewesen, so kan daraus nicht geschlossen werden, daß wenn gleich solche priuata annotatio wahr seyn solte, erst damals die Gerichte dem Kloster entzogen worden, sondern, daß derselbe vielleicht aus alten Urkunden, die auch anietzo produciret sind, des Klosters iura habe wollen wieder in Schwang bringen, der Rath aber solche ihm nicht mehr geständig gewesen, dieselbe also schon vor langer Zeit müssen verlohren gewesen seyn, und aus dieser Ursache, quod diuturno tempore et per non vsum amissa fuerit iurisdictio, der Rath nicht mehr dem Abt die Gerichte zu gestehen wollen, wenigstens ist diese privat-an-

annotatio so ambigua, daß wenn solche einige vim probandi haben solte, daraus nichts beständiges, vielweniger dieses geschlossen werden kan, daß anno 1519. das quæstionirte Kloster die Gerichtbarkeit noch gehabt, so doch nach des klagenden Klosters intention eigentlich erwie-
19 sen werden müste. Daß auch ausserdem diese privatæ annotationes gar keinen Beweiß machen, noch für das Kloster etwas probiren können, ist in Rechten offenbar versehen, vt ne quidem fiscus ex suis priuatis annotationibus vllius iuris probationem efficere valeat,

l. 7. C. de probat.

da doch sonsten die officiales fisci, publicæ et iuramento obstrictæ personæ sind, deren priuat-annotationibus also noch eher zu trauen stünde, als einer solcher annotation, welche von einer priuat-Person, in causa propria, aufgezeichnet ist. Dahero auch die Klöster aus ihren priuat-annotationibus gar kein fundamentum agendi nehmen können, wie solches von mir mit mehrern gezeiget ist

in iure eccl. protest. tit. de fide instrum. §. 3.

woselbst ich die argumenta dissentientium verhoffentlich völlig elidiret, und das argumentum ab antiquitate desumtum beantwortet habe, welchem auch andere ICti, so ich daselbst angeführet, beystimmen.

Das dritte momentum bestehet darinn:

Quæstio III.

20 **Ob, wenn gleich das Kloster anno 1519. die iurisdiction würcklich noch gehabt, dasselbe nunmehro ex recessu de anno 1643. die restitution suchen könne?**

Diese Frage ist in der Beantwortung des senatus amplissimi wohl und solide erörtert und gezeiget worden, daß solcher nur auf die restituenda gehet, welche durch die Stiftische Fehde und durch feindliche Gewalt dem Stifte entzogen sind, dahero auch der recess zwischen dem Stifte und denen Hertzogen von Braunschweig errichtet, und vornemlich von denen paciscentibus verstanden werden muß, ohne was sonsten expresse weiter beliebet ist. Hat nun der Rath bey dieser Gelegenheit die iurisdiction sich angemasset, und die prætendirte exemtion gebrochen; so kan solches unter die restituenda nicht gehören, da diese iura, wie offenbar ist, durch die Stiftische Fehde nicht entzogen worden, es müsse denn beygebracht werden, daß in specie auch diese Puncte mit inter restituenda gebracht worden seyn, so doch nicht geschehen, dahero ich hierbey nichts weiter zu erinnern habe.

21 Das letzte momentum betrift die PRAESCRIPTION, denn weil das Kloster wohl vorher gesehen, daß diese ihm allerdings entgegen stehen würde, so hat es kein andet præsidium, solche aus dem Wege zu räumen, gewust, als daß es von Seiten der Stadt malam imo pessimam fidem opponiret. Nun will zwar 22
das klagende Kloster behaupten, davon doch noch zur Zeit kein Beweißthum beygebracht ist, daß fast vor siebenzig Jahren im anno 1657. die entzogene iurisdiction inter grauamina wäre referiret worden; dennoch gestehet es selber, 1) daß damals keine remedur erfolget, welches ohne Zweifel daher gekommen seyn wird, weil das Kloster keine fundatam intentionem gehabt, und man darauf gar nicht reflectiret. 2) Ist damals die Sache in cognition gezogen 23
und das klagende Kloster hat solche Sache liegen lassen, so ist es nunmehro nicht weiter befugt, diese controuers zu reassumiren, cum instantia lapsu XL annorum pereat.

l. f. C. de præscript. 30. vel 40. annor.

3) Wird durch dergleichen Anspruch kein Be- 24
klagter in malam fidem gesetzet, ad hunc effectum, vt iure Canonico impediatur præscriptio.

BALBVS *de præscript. P. IV. p. vlt. n. 7.*

BRVNNEM. *ad cit. l. f. in f.*

4) Ist ausserdem bekannt, quod mala fides 25
nunquam præsumatur, sed perspicue docери debeat, welches doch alhier weder geschehen ist, noch geschehen wird, da bey dem ersten momento mehr als zu deutlich erwiesen, daß nicht einsten anno 1643. das klagende Kloster einige fundatam intentionem gehabt habe, noch solche aus dem recessu behaupten könne, und es absurd seyn würde, demienigen malam fidem beyzumessen, qui iustam contradicendi causam habet: 5) wird solche præ- 26
sumtio bonæ fidei noch mehr erhärtet durch die sehr lange Zeit, da wohl leicht zu erachten ist, daß die jetzigen membra senatus und deren Vorfahren dasjenige, was seit anno 1519. geschehen, und was vor Veränderungen vorgefallen, nicht wissen mögen, noch völlig davon informiret gewesen, cum tamen mala fides scientiam rei alienæ plenam et specificam desideret, woran es doch wol wenigstens denenjenigen fehlen wird, welche seint siebenzig Jahren am Regiment gesessen, dahero lehren 6) die Rechts-Lehrer vno ore, quod bona fides, post solum XXX annorum lapsum, etiam inspecto iure Canonico, in dubio præsumenda sit, etiamsi omnino nullus allegetur titulus,

INNOCENT. IV. *ad c. 2. X. de integr. restit.*

COVARRVV. *ad c. possessor. P. 2. §. 8. n. 3 et c. 4. de* R. I. *in 6.*

quod tanti æstimat MENOCHIVS, vt durum pronuncier, ab hac sententia recedere,

de recup. possess. remed. 13. n. 70.

adeo vt post lapsum tanti temporis nequidem mala fides allegabilis sit.

HARPRECHT. *vol. nov. cons. IV. n. 676 sqq.*

IDEM

IDEM *de præscript. immun. a collect. th. 57. sqq.*

27 Endlich ist 7) hier eine præscriptio iurium exstinctiua vornemlich anzutreffen, vbi non vsus omne fert punctum, und nach bewährter Rechts-Lehrer Meynung nicht einsten auf das ius canonicum zu sehen, als welches de præscriptione acquisitiua redet, imo in tali præscriptione patientia eius, qui iure suo non est vsus, et negligentia in non vindicando iure suo sufficit.

WOLFFGANG ADAM SCHOEPP. *de præscr. seruit. exstinct. c. III. §. 19.*

Daß also durch den sehr langen non vsum iurium suorum das klagende Kloster sein Recht nicht weiter prosequiren, noch vielweniger dem senatui Hildesiensi, voritzo quæstionem de bona fide deficiente moviren kan, welches assertum ohnedem durch nichts beygebracht ist.

Aus diesen vier momentis erhellet also klärlich, daß des klagenden Klosters intention gar nicht: des Stadt-Raths zu Hildesheims exceptiones aber wohl fundiret sind. 28

S. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXII.

RESPONSVM IX.

THEMA.

De iisdem argumentis.

SVMMARIA.

Species facti cum quæstione decidenda. n. 1. et 2.
Verba indefinita an generalem omnium bonorum restitutionem denotent? n. 3. 4. 5 sq.
Secundum instrumentum pacis restitutio bonorum et iurium definita est, non habita ratione, an causa iam in litem deducta fuerit vel non. n. 6.
Præscriptio interrumpitur per interpellationem iudicialem. n. 9.
Immo et per denunciationem extra iudicialem. n. 10. sq.
In explicandis pactis publicis occasio, ratio eorum, et aliæ circumstantiæ probe sunt examinandæ. n. 13. 15.
Aeque ac in interpretatione legum. n. 14.
Lites inter Episcopum Hildesiensem et Duces Brunsuicenses recensentur. n. 16. sq.
Transactiones obligant tantum transigentes. n. 17. 19. 20. sq. 28.
Nec vltra obiectum transactionis extendendæ. n. 18. 19 20. sq. 26.
Obseruantia subsequuta intentionem præcedentis pacti demonstrat. n. 23.
Animus transigentium, qui fuit tempore transactionis ex iis, quæ postea subsecuta sunt, probatur. n. 24.
Transactio aliis nec nocet, nec prodest. n. 25.
Explicatur art. V. §. 33. I. P. n. 28. 29. 30. 31.
Per adiectionem conditionum quilibet sibi, non aduersario, prodesse præsumitur. n. 30.
Alterius iuri præiudicare nemo præsumitur. n. 32.
Vbi certi anni possessio demonstranda, probatio specifica esse debet et limitata ad aliud tempus. n. 33.
Annotatio priuata, nequidem fisci, probat. n. 34.
Nec registra monasteriorum et libri nobilium. n. 35.
Præsertim si sunt incerta et ambigua. n. 36. 37. 38.
Scriptura referens nihil probat, nisi constet de relato. n. 39.
Instantia lapsu XL annorum perit. n. 40.
Mala fides non præsumitur, etsi nullus titulus allegetur. n. 41.
Mala fides consistit in scientia rei alienæ. n. 42.
Assistentia legum bonam fidem inducit. n. 43.
Prætensiones dubiæ et multis difficultatibus obnoxiæ malam fidem non operantur. n. 44.
Interpellatio iudicialis vnde nascatur? n. 45.
Ex actibus vel tractatibus coram iudice, non tamen in figura iudicii, gestis interpellatio iudicialis non concluditur. n. 46.
Sed conuentio, vel postulatio requiritur. n. 47.
Extraiudicialis interpellatio non interrumpit præscriptionem. n. 48.
Nisi malam fidem inducat. n. 49.
Et quidem veram. n. 50. 51. 52. sqq.
Decisio. n. 53.

Aus denen mir zugefertigten Acten zwischen dem Kloster St. Michaelis, Klägern an einem, Burgermeister und Rath der Stadt Hildesheim, Beklagten am andern Theil, befinde ich die Sache in folgenden Umständen.

Es hat gedachtes Kloster St. Michaelis, in seiner Klage an- und vorgebracht, daß vormals bey demselben ein immuner und von allen bürgerlichen oneribus und Lasten befreyter Grund und Boden, auf welchem es nachgehends Häuser erbauen lassen, gewesen, anbey auch es 1

seine

seine eigene aduocatos gehalten, welche auf verschiedenen Strassen so wol die unter- als oberpeinliche Gerichte exerciret, und bey solchem Recht und Freyheit bis ad annum 1542. geblieben, hernach aber, da die Religions-Veränderung sich zugetragen, daran nicht wenig gekräncket, ja derselben endlich verlustig worden. Als aber im anno 1643. wegen restituirung des Stifts der Haupt-recess gemachet, und darinn versehen worden, daß alles, wie es im Jahr 1519, da die Stifts-Fehde angegangen, besessen worden, restituiret werden solte; solches auch durch den Oßnabrückischen Friedensschluß art. V. §. 33. bestätiget ist, so wäre das Kloster doch bis dato so wenig in der immunität als exercitio iurisdictionis restituiret worden; diesemnach hat gedachtes Kloster bey dem hochlöblichen Reichs-Hofrath auf diese restitution geklaget; dabey dann nunmehro die Frage entspringet:

2 **Ob des klagenden Klosters in actis gebrauchte fundamenta in Rechten ihren Bestand haben?**

Rationes dubitandi.

3 Nun hat gedachtes Kloster zu Sr. Michaelis seine vornehmste fundamenta in denen letzthin bey dem hochlöblichen Reichs-Hofrath übergebenen replicis ausgeführet, und bestehen selbige in folgenden Puncten:

I) Daß es in thesi eine ausgemachte Sache sey, daß nicht allein das Hoch-Stift Hildesheim, sondern auch alle und iede darinn gelegene Stifter und Klöster, in alle denenselben zugehörige Güter, Renthen und Gefälle, Rechten und Gerechtigkeiten, wie sie solche im Jahr 1519, da die Stifts-Fehde ihren Anfang genommen, besessen haben, vermöge des im Jahr 1643. errichteten recessus restituiret werden sollen:

4 II) Daß solches allerdings de plenaria restitutione, welche Burgermeister und Rath in ihren exceptionibus in Zweifel ziehen wollen, in alle und iede iura zu verstehen sey, zumal im §. 17. *dicti recessus* pro regula generali gesetzet worden: daß der scopus der gantzen Handelung dahin gerichtet sey, daß ein ieder zu dem Seinigen, welches er im anno 1519. gehabt, restituiret werde:

5 III) Daß solches noch klärer im §. 33. *dicti recessus* ausgedrücket, und versprochen sey, alles dasjenige zu restituiren, wie und was dessen die Herren Bischöfe zu Hildesheim, Dom-Capitul, Dom-Probst, sämtlichen Clerisey Lehn-Leute, geistliche und weltliche Unterthanen vor anno 1519. quouis modo per se vel per alios besessen, allerdings nichts, als wovon in obigen articulis ein anders verabschiedet, ausgenommen; diesemnach auch solches auf die zu restituirende Klöster zu appliciren, und dabey eine vollkommene restitution, und nicht allein personarum zu verstehen sey, ob wol der letzten im §. 17. allein Meldung geschehen, und nicht alle und iede iura specifice exprimiret worden, als welches überflüßig gewesen:

IV) Daß dieser recessus in diesem Punct 6
vim legis pragmaticæ, in *pace Osnabrugensi art. V. §. 33.* überkommen, als in welchem solcher expresse confirmiret, und dieserwegen dem Kloster keine mora zu imputiren ist, indem das Instrumentum pacis ohne Unterscheid, es mag geklaget oder nicht geklaget seyn, die restitutio in bona et iura amissa verstattet:

V) Daß dieser Regel zu folge das klagende 7
Kloster in die vor anno 1519. bis 1540. besessene iura quæst. restituiret werden müssen, als welche durch die ad acta gebrachte documenta zur gnüge bescheiniget, und daraus erhärtet worden, daß dem Kloster die quæstionirte iura lange vor anno 1519. zugestanden, und deren exercitium sich bis 1540. extendiret, damals aber unter vielen erlittenen Drangsalen von dem Magistrat aus der Uebung gesetzet, und depossediret worden:

VI) Daß das Kloster St. Michaelis nach de- 8
nen angeführten Nachrichten schon anno 1526. und folgende Zeiten in grossen Drangsalen gestanden, und vieles erlitten, iedoch, wenn es die Gelegenheit zugelassen, die recuperation seiner verlohrnen iurium gesuchet:

VII) Daß auch von Zeit des Oßnabrücki- 9
schen Friedenschlusses dem Kloster keine mora, woraus eine amissio actionis erwachsen könte, beyzumessen sey, da im anno 1652. wegen der unterbliebenen restitution der ex parte ciuitatis entrissenen iurium Klage geführet, eine commission dieserwegen angeordnet, und darinn bis anno 1663. gehandelt worden, und ob wol die Sache damals unausgemachet ersitzen bliben, dennoch das Kloster noch im anno 1686. in einem andern mit der Stadt ventilirten Procels den punctum vindicationis iuris vogteiæ et immunitatis in duplicis mit einfliessen lassen, auch der letzige Abt noch im anno 1710. sich protestando verwahret, und dadurch alle præscriptio interrumpiret worden:

VIII) Daß ausser diesen die possessio von 10
Seiten der Stadt vitiosa sey, a violenta invasione seinen Anfang nehme, und dahero keiner præscription unterworfen sey, absonderlich da die vsurpation nach dem Oßnabrückischen Friedens-Schluß continuiret, und der Stadt-Magistratus iederzeit in pessima fide gewesen, auch eine extraiudicialis denunciatio genug sey, ad interrumpendum cursum præscriptionis:

IX) Daß die exception der Stadt, als 11
wenn das Kloster durch die Stiftische Fehde nicht um ihre iura gebracht sey, sondern solches erst lange nach anno 1519. erfolget, nicht gegründet sey, da eines theils in gedachtem recess einer jeden die restitution dessen, was er währender Zeit verlohren, versprochen: andern theils auch zu der Zeit, als dem Kloster die quæstionirte

iura

iura entzogen, in der Stadt kein Friede, sondern alles in höchster Unruh und in der Fehde begriffen gewesen, wie die davon angeführte Nachrichten sub n. 15 vermelden:

12 X) Endlich, daß auf die possessionem anni 1624, welche sonsten in instrumento pacis zur Regel gesetzet ist, alhier nicht gesehen werden könne, weil alhier eine exceptio a regula verhanden, und der terminus anni 1519. nach dem im Oßnabrückischen Friedens-Schluß confirmirten recess beliebet sey, wornach alhier die restitution geschehen müsse.

Rationes decidendi.

13 Wenn aber diese Gründe genauer erwogen werden, so können solche im Stande Rechtens keines weges bestehen, noch dem Kloster einiges ius agendi einräumen. Der gantze Grund der Klage wird theils auf dem *recess de anno* 1643. theils aber auf dem Oßnabrückischen Friedens-Schluß *art. 5. §. 33.* gesetzet, dabey man iedoch zuförderst hätte wohl untersuchen solen, ob sich beyde fulcra auch hierher schicken und appliciren lassen. Es ist nicht gnug, allein nach denen äusserlichen Worten zu iudiciren, vielweniger der gesunden Vernunft gemäß, dergleichen pacta publica zu appliciren, ohne die Gelegenheiten, Ursachen, und andere dabey
14 vorgefallene Umstände zu consideriren, aus welchen allererst sich zu Tage leget, ob und wie weit die application geschehen könne, sicut leges scire non est verba tenere, sed vim ac potestatem, qua neglecta, cauillationes emergunt.

l. 17. d. LL. l. pen. ad exhibend.

15 Es ist wohl mehr als zu glaublich, daß nach dem geschlossenen Haupt-recess de anno 1643. sich niemand im Kloster St. Michaelis in den Sinn habe kommen lassen, daß auch, der quæstionirten iurium wegen, aus demselben die restitution gesuchet werden könne. Denn daß damals in allen und ieden Puncten abgeredeter Massen die execution dieses recessus geschehen, und das Oberstift Episcopo et Capitulo wieder eingeräumet, der damalige Abt in das Kloster St. Michaelis wieder eingesetzet, im Gegentheil denen Hertzogen von Braunschweig ebenfals ausgeliefert sey, was darinn specificiret, wird niemand in Zweifel ziehen. Inhalt desselben nun solten dem Bischof und Dom-Capitul gewisse Klöster wieder eingeräumet werden, diese aber verbunden seyn, solche mit den religieusen besetzen zulassen, welche rechtswegen dazu befugt. Beydes ist damals exequiret, aber an diese prætension, so das Kloster fürtzo abermal wieder aufgewärmet, nachdem es selbige bereits anno 1663. unausgemachet erstzen lassen, ist damals wol nach Anleitung des recessus nicht gedacht worden, welches doch wol geschehen seyn würde, wenn die quæstionirte iura inter restituenda mit gezogen werden können. Damals hatte man ohne Zweifel einen besseren Begriff von dem Verstande des gedachten recessus, und trauete man sich dahero nicht, dergleichen prætensiones in motum zu bringen, als auf welche der gedachte recess sich gar nicht appliciren liesse.

Dieses nun desto deutlicher darzuthun, so ist 16
zuförderst die controuers, weswegen der Haupt-recess als eine transaction errichtet, alhier zu wiederholen. Es ist aus der Historie des sechzehenden Seculi bekant, daß im anno 1519. der Bischof von Hildesheim, Johannes, so wol die Hertzoge von Braunschweig, als den Bischof von Minden mit Kriege überzogen, aber dabey so unglücklich verfahren, daß Kayser Carl der Fünfte ihn ob violatam pacem publicam in die Reichs-Acht erklärete, und er das meiste von dem Stifte, so das grössere Stift hernach genannt ist, verlohren, und solches denen Hertzogen von Braunschweig verblieben, und also dadurch diese Stifts-Fehde geendiget worden. Weil aber nach geraumer Zeit von denen Bischöfen bey der Reichs-Cammer auf die restitution des grösseren Stifts gegen die Hertzoge von Braunschweig geklaget, so ist anno 1629. durch ein Urthel auf solche zwar erkant, iedoch als Hertzog Friedrich Ulrich dagegen die reuision gesuchet, und erhalten, die Sache bis ad annum 1642. unausgemachet verblieben, in welchem Jahr man endlich auf einen Vergleich reflectiret, solcher auch zwischen denen Hertzogen von Braunschweig an einem und dem Bischofe und Dom-Capitul am andern Theil das folgende Jahr geschlossen, welches eben der Haupt-recess oder Vergleich ist, auf welches das klagende Kloster St Michaelis fürtzo sein gantzes Heil setzet. Wenn nun die kurtzen Umstände 17
dieses recessus erwogen werden, so ergeben dieselbe, 1) daß solcher eine transactio de diuturna lite inter episcopum Hildesiensem et duces Brunsuicenses sey, und dahero nach denen Regeln des Vergleichs davon zu urtheilen ist. 2) Die personæ transigentes sind eben dieselbe, welche bey der Reichs-Cammer den Procesf so viele Jahre geführet, nemlich, der Hildesheimische Bischof nebst dem Dom-Capitul, und die Hertzoge von Braunschweig, als welche sich mutuellement zu demjenigen, was abgeredet worden, verbunden. Woraus denn von selbsten folget, daß denen transigentibus vornemlich und allein aus solchen zu klagen zustehet, wie denn auch art. I. der Bischof nebst dem Capitul versprochen, darüber zu halten, daß alles, was in solchem Vergleich enthalten, geleistet werde. Und gleichwie die Stadt Hildesheim 18
in solchem procesß hauptsächlich nicht mit verwickelt gewesen, als welche nebst Peyna, Steuerwaldt und Marienburg, dem Bischof sub titulo des kleinen Stifts verblieben, so ergiebet sich daraus von selbsten, daß nicht weiter aus dem Vergleich gegen die Stadt geklaget, oder derselbige auf ihre priuat controuersien appliciret werden kan, als was in specie von Burgermeister, Rath und der gantzen Bürgerschaft darinn expresse stipuliret worden, wie der *art. 18.* solches klärlich weiset. 3) Ist das 19
obiectum

obiectum transactionis principaliter das gröſſere Stift, welches die Hertzoge von Braunſchweig durch die Hildesheimiſche Fehde erhalten und bishero beſeſſen, geweſen, wohin hauptſächlich die Worte des *art.* 17. gehen, daß nemlich der ſcopus der gantzen Handlung dahin gerichtet ſey, daß ein ieder von denen tranſigenten zu demjenigen, was er im anno 1519. gehabt, reſtituiret werde, weil eben durch die im gedachten Jahre entſtandene Fehde und den daraus erfolgten Verluſt eine groſſe Veränderung ſich zugetragen. Ja, weil auch inzwiſchen, da die Hertzoge von Braunſchweig das gröſſere Stift beſeſſen, die Religions-Aenderung erfolget, und die Herren Patres das Kloſter St. Michaelis, im anno 1634. nachdem die Stadt Hildesheim vom Hertzog Friedrich Ulrich eingenommen, zu verlaſſen genöthiget worden, auch dadurch ſolches in des Hertzoges von Braunſchweigs Händen gekommen, ſo iſt in genere auch die reſtitution dieſes und anderer Klöſter beliebet, als welche facto Friderici Vlrici denen Catholiſchen entzogen. Jedennoch nachdem hierbey zu befürchten war, daß durch die erfolgte reſtitution nach der praxi illorum temporum, die Evangeliſchen ſehr gedrücket, und ihnen das freye exercitium religionis geſchmälert, oder gar entzogen werden möchte; ſo iſt höchſt nöthig geweſen, auch dieſerwegen einige prouiſion zu thun, wiewol ſolche Veränderung eigentlich durch die Fehde nicht erfolget. Dahero denn im *art.* 17 denen Evangeliſchen das publicum Auguſtanæ confeſſionis exercitium auf gewiſſe Jahre ſtipuliret, von denen religieuſen und Klöſtern aber, welche Inhalts dieſer transaction denen Catholiſchen wieder eingeräumet werden ſolten, dieſes zugleich auf ſonderbare recommendation der Herren Hertzoge von Braunſchweig, von Seiten des Biſchofes und Dom-Capituls von Hildesheim beliebet und verſprochen worden, daß ſie ſolche mit denen religieuſen beſetzen laſſen wolten, welche von rechtswegen dazu befugt.

20 Wie weit nun eines theils daraus eine plenaria reſtitutio in alle und iede iura, ſo das Kloſter binnen der Zeit, nicht facto ducum Brunſuicenſium ſondern aliorum, verlohren, geſchloſſen: andern theils aber daſſelbe gegen den Stadt-Magiſtrat daraus klagen könne, darinn beſtehet eben der ſtatus controuerſiæ. Das Kloſter gründet ſich im *art.* 17. des gedachten *receſſus* alleine, (1) gleichwie der gedachte articulus allein von dem, was die Hertzoge von Braunſchweig, ſowol im anno 1519. als 1634. occupiret, und dem Biſchofe und Dom-Capitel zu reſtituiren ſich verbunden, handelt, und darunter die in der reſtitution gehörige Klöſter, als welche ebenfalls facto ducum Brunſuicenſium denen Catholiſchen entzogen, mit begreifet; alſo zeiget der gantze context, daß die von dem Kloſter St. Michaelis ſo ſehr vrgirte Worte:

Weil ohne das der ſcopus dieſer gantzen Handelung dahin gerichtet, daß ein ieder zu dem Seinigen, was er im anno 1519. gehabt, reſtituiret werden ſolle,

nur dahin gehen, daß alles plenarie reſtituiret werden ſolle, was die Hertzoge von Braunſchweig durch die Fehde und ſonſten erhalten, und etwa in einen andern Zuſtand geſetzet, oder auch facto illorum verlohren gegangen. Nun waren dieſe Klöſter ſub iuriſdictione eccleſiaſtica et lege diœceſana epiſcopi Hildeſienſis im anno 1519. geweſen, und hatten ihre beſondere religieuſen gehabt: das exercitium Auguſtanæ confeſſionis war inzwiſchen eingeführet, und guten theils auch in denen Kloſter-Kirchen exerciret, ja etliche Klöſter denen Catholiſchen gäntzlich entzogen, dahero bemüheten ſich die gedachte Hertzoge, das Religions-exercitium daſelbſt auf ewig zu beſtätigen. Der Biſchof im Gegentheil nebſt dem Dom-Capitul, wolte dieſes keines weges einräumen, welches denn verurſachete, daß wegen der Klöſter abgeredet wurde, daß die Klöſter, welche Inhalts dieſer transaction dem Biſchofe eingeräumet werden ſolten, mit den religieuſen, welche von rechtswegen darzu befugt (d. i. welche im anno 1519. ſolche beſeſſen) beſetzet werden ſolten. Und dieſes aus zweyen Urſachen: erſtlich, weil die Herren Hertzoge ſolches ſonderbar recommendiret, und zum andern, weil ohnedem der ſcopus dieſes Vergleichs dahin gerichtet ſey, daß von beyderſeits pacifcenten ein ieder wieder zu dem Seinigen, was er anno 1519 gehabt, reſtituiret werde. Ein ieder vernünfftiger Menſch wird hieraus leicht abnehmen, daß dieſes pactum die Herren Hertzoge, durch deren factum anno 1634. dieſes Kloſter denen Catholiſchen entzogen, allein angehet, ſie aber dabey aus beſonderer Abſicht, damit der Biſchof und Capitulum die Klöſter nicht mit andern religieuſen, die ſich gerne an allen Orten einniſteln, und die proteſtanten am meiſten verfolgen, beſetzen möchten, ſich ausbedungen, und dadurch den Biſchof und Dom-Capitel um deſto mehr binden wollen, nicht aber, daß die Klöſter daraus ein ius agendi contra quoscunque erlangen möchten. Dieſes letztere intendiret nun (2) ſat captioſe das klagende Kloſter, und will daraus eine repetitionem quorumcunque iurium, welche es inzwiſchen facto aliorum verlohren haben mag, erzwingen, welche doch in dieſem Vergleich nicht mit begriffen ſind. Wenn der Biſchof und das Dom-Capitul die itzigen religieuſen aus dem Kloſter verjagen, und ſolches mit Jeſuiten beſetzen wolten, würden ſie daraus zu klagen befugt ſeyn, weil ſolches von Seiten des Epiſcopi und Capituli im gedachten Vergleich anders beliebet worden. Von denen andern iuribus, ſo das Kloſter im anno 1519. mag gehabt und facto aliorum verlohren haben, iſt weder etwas gedacht noch paciſciret worden, und kan alſo der Vergleich darauf ſine captioſa interpretatione nicht gezogen werden.

l. 5. l. 9. ff. de tranſact.

Denn

21 Denn wenn man die gedachten Worte des *art.* 17. so generaliter und weitläuftig nehmen wolte, so würden unendlich viele absurditäten daraus folgen. Wir wollen setzen, das Kloster hätte von iemand tausend Thaler anno 1519. zu fordern gehabt, bey andern gewissen Meyerzinß eingehoben, abermal in gewissen Dörfern den Zehenden gezogen, und sonsten allerhand Wiesen, Aecker, und dergleichen immobilia besessen, u. s. f. Wenn nun nach der Zeit das Kloster solche Güter und iura vel per negligentiam vel alio modo verlohren, und z. E. vom anno 1524. bis 1643. und also vltra seculum nicht mehr gehabt, nach dem getroffenen Vergleich aber diese Worte:

Weil der scopus dieser gantzen Handlung dahin gerichtet, daß ein ieder zu demjenigen, *was er im anno* 1519. gehabt, (so weit kein anders in diesem Haupt- und Neben-recess verglichen) restituiret werden solle,

für sich anführete, und die debitores vel possessores daraus belangete, oder wol gar nach dem instrum. pacis solche Klagen erst movirete; so würde ein ieder kluger Mensch darüber gelachet, und die Herren Patres einer captiösen interpretation beüchtiget, dabey aber ihnen recommendiret haben, was VLPIANVS in *l. 1. d. inoff. testam.* saget: melius fecissent, si se sumtibus inanibus non vexassent, cum obtinere spem non haberent. Die ietzige prætension ist nicht viel bes-
22 ser. Die Herren Patres prætendiren die iurisdiction über gewisse Gassen, nebst der immunität im anno 1519. und folgenden Jahren gehabt zu haben, so der Rath ihnen nach der Zeit entzogen, und haben die angeführten Worte zum Fundament ihrer Klage gesetzet, anbey unterschiedene Urkunden angeführet, woraus sie beyzubringen gesuchet, wie das Kloster gedrucket, und bey solcher Bedrängniß ihnen vieles, und unter andern auch allerhand Meublen, am Gelde, pretiosis, Urkunden, und dergleichen von dem Magistrat entzogen worden. Wenn nun das principium des Klosters richtig, so würde ja folgen, daß ihnen auch solche Meublen nebst allem Gelde restituiret werden müssen, worauf sie doch, facta anno 1643. restitutione, so wenig gedrungen, daß sie dessen bis auf diese Stunde niemals gedacht, auch nicht darauf reflectiren mögen, weil dergleichen plenaria restitutio, respectu aller und ieden, ihnen im gedachten recess nicht stipuliret worden. Was bey denen Klöstern restituiret werden sollen, und die Herren Hertzoge selbsten recommendiret, weiset der Vergleich *in art.* 17. so klar und specifice, daß bey der execution dahero an die
23 ietzige prætension weder gedacht worden, noch gedacht werden können. Man wuste damals den wahren Verstand desselben am allerbesten, dahero dergleichen ungegründete prætensiones nicht auf das tapet gebracht werden konten. Denn wenn man (3) bey dem recess der Meynung gewesen, daß die Klöster plenissime und in alle und iede iura, so sie noch anno 1519. exerciret, und inzwischen facto non tantum ducum Brunsuicensium sed etiam aliorum verlohren, restituiret werden solten; würde man gewiß bey der schlechten restitution derselben auf die Art, wie sie damals geschehen, nicht acquiesciret, sondern so fort die ietzige prætension in motum gebracht haben, welches aber so wenig geschehen, daß das Closter erst seiner eigenen Geständiß nach im anno 1652. darüber Klage erhoben. Nun bewähren die Rechte, quod obseruantia subsecuta apprime declaret, quid in generalitate vel actu dubio comprehendatur,

TIBER. DECIANVS *vol. 4. conf. 44. n. 28.*

et quæ fuerit intentio præcedentis pacti, inprimis demonstrat SEQVELA FACTI;

FRANC. BVRSAT. *conf. 16. n. 39.*
PEREGRIN. *vol. 3. conf. 34. n. 6.*
KLOCK. *de contrib. c. 20. n. 92. 99.*

adeo vt inciuile habeatur de eo, quod diuturna obseruantia dilucidum facit, nunc demum dubitare vel eidem contrauenire velle.

CRAVETTA *conf. 495. n. 21.*
PRVCKMAN *conf. 27. n. 44. in f.*

Diese in der gesunden Vernunft und Rechten 24
gegründete Regeln legen offenbar dar, daß derer pacisc entium intention im anno 1643 auf dergleichen restitution nicht reflectiret habe, indem bey der exe ution davon nichts gedacht, und das Kloster selbsten nach der restitution in der Masse, wie sie geschehen, in Ruhe verblieben, und zu verstehen gegeben, daß alles recessmäßig restituiret worden; quo animo enim quisque fuerit eo tempore, quo actus celebrabatur, ex iis, quæ postea sunt subsecuta, inprimis probatur,

PRVCKMAN *vol. 1. conf. 2. n. 473.*

etiamsi verus intellectus verborum repugnare videatur.

BESOLD. *P. II. conf. 270. n. 27.*

Ueberdem (4) so konte auch der transigentium 25
Meynung auf dergleichen prætensiones, so das Kloster seorsim mit andern hatte, nicht gehen, als worüber bey der Reichs-Cammer nicht gestritten, noch die Gegner darüber gehöret waren. Es gestehet ja das Kloster selbsten, daß tempore transactionis initæ bereits vltra seculum die quæstionirte iura verlohren gewesen, der magistratus Hildesiensis die prærendirte iurisdiction exerciret, und die quæstionirten Häuser mit oneribus beleget. Hieraus hatte nun derselbe eine iustam contradicendi causam erlanget, womit er billig gehöret werden sollen, wenn man solche mit in den Vergleich ziehen wollen. So es nun wahr ist, quod transactio aliis nec noceat, nec prosit;

l. 3. pr. D. l. 1. C. de transact.

imgleichen, so ferne das klagende Kloster passiren lässet, quod nequidem moris imperatorii sit, suum ius alicui aufferre;

l. 4. C. de emancip.

Wie konte man dergleichen prætensiones, so andere betroffen, mit in den Vergleich ziehen, und darüber disponiren, oder dieselbe obngehöret zu Abtretung dieser oder jener Rechte condemniren? Die Herrn Hertzoge von Braunschweige konten wol von ihrem Rechte abstehen, und die Abtretung dessen, was durch ihr factum denen Catholischen entzogen, versprechen, aber dem Rathe sein Recht nicht benehmen. Noch weniger war der Bischof nebst dem Dom-Capitul befugt, dem Stadt-Rath seine exceptiones abzuschneiden, und demselben per transactionem zu præiudiciren, dahero auch leicht zu vermuthen, daß, wenn die Herren Patres tempore restitutionis sich gemeldet, und aus dem gedachten *art.* 17. die restitution ihrer Rechte gegen den Rath vrgiret hätten, die hohen paciscentes sie beschieden haben würden, daß sie solches zuförderst mit dem Stadt-Rath ausmachen müsten, weil derselbe nicht darüber gehöret, noch diese particular-Sache inter restituenda gehörete. Endlich (5) so weiset ja
26 der gantze Vergleich, daß allein und principaliter die restitution illorum iurium et rerum bey dem Vergleich zum Grunde gesetzet, welche durch die Fehde dem Bischof und Capitul von denen Hertzogen entzogen. Zu solchem Ende beliebete man den terminum anni 1519, da die Fehde ihren Anfang genommen, und solches um destomehr, da auf diese restitution geklaget und bereits erkant war, welches denn auch der wahre Verstand der clausulæ *art.* 17. seyn muß. Nun kan aber das klagende Kloster nicht behaupten, daß, wenn es gleich seinem Vorgeben nach im anno 1519. die quæstionirte iura noch exerciret, ihm solche durch die Fehde entzogen, als welche es noch lange nach der gedachten Fehde will gehabt, ja bis ad annum 1540. exerciret haben, und dahero billig der Schluß daraus zu machen: was durch die Hildesheimische Fehde die Catholischen facto ducum Brunsuicensium nicht verlohren, sondern erst lange darnach alio modo caduc gegangen, dasselbe kan inter restituenda per verba illa generalia *art.* 17. von denen transigentibus nicht mit begriffen seyn. Nun hat das gedachte Kloster solche iura im anno 1519. durch die Fehde nicht verlohren, sondern es gestehet selbsten, daß selbiges im anno 1540. durch damalige verderbliche Läufte davon, aber nicht facto ducum Brunsuicensium, verdrenget worden, also wird die conclusio gar leicht daraus zu machen seyn, und es so lange dabey verbleibe, bis das Kloster das contrarium erweiset, so keines weges geschehen.

27 Zwar vermeynet (6) das Kloster noch ein wichtiges præsidium suæ causæ in *art.* 33. des gedachten recessus gefunden zu haben, handelt aber bey dessen Anführung eben so wenig ausrichtig, als bey dem, aus dem *art.* 17. genommenen fundamento. Es versprechen NB die Hertzoge zu Braunschweig am gedachten Ort, daß so bald der gedachte recess vtrinque vollenzogen, alsdann die extradition und restitution abgeredeter massen von ihnen, denen Hertzogen von Braunschweig, mit allen Gerechtigkeiten und pertinentien geschehen solle, und zwar mit folgendem Nachdruck:

> in Summa, wie und was dessen die Herren Bischöfe zu Hildesheim, Dom-Capitul, Dom-Probst, sämtliche Clerisey, Lehn-Leute, geist- und weltliche Unterthanen, vor anno 1519. quouis modo per se vel per alios besessen ꝛc.

Dieses verstehet sich nun offenbar abermal von denen Personen, welche sich zur restitution vi transactionis verbunden, nemlich von denen Herren Hertzogen von Braunschweig, wie der klare contextus ausweiset, ja die folgende angehängte clausul illustriret:

> Und wollen wir, die Hertzoge, darwider nichts prærendiren, oder sonsten, iemand anders unserentwegen zu thun verstatten.

Wie kan aber dieses auf die controuers, so das Kloster nicht mit denen Hertzogen von Braunschweig, sondern mit dem magistratu Hildesiensi gehabt, gezogen werden, wovon ja gar nicht transigiret worden, und wird vermuthlich das Kloster nicht behaupten, daß gedachter magistrat von wegen derer Hertzoge von Braunschweig die quæstionirte iura an sich gezogen, und facta restitutione an sich behalten. Bey solcher Bewandniß nun hat der Stadt-Rath in seinen exceptionibus gar wohl und mit Recht behaupten können, daß dergleichen plenaria restitutio, welche das Kloster fingiret, in gedachtem recessu keinesweges anzutreffen, vielweniger in sensu des Klosters zu acceptiren sey.

So wenig nun das Kloster ein gegründetes 28
ius agendi aus dem Haupt-recessu de anno 1643. behaupten kan, so wenig Grund ist auch für dasselbe in dem Oßnabrückischen Friedens-Schluß, *art. V. §. 33.* anzutreffen, ob wol das Kloster vermeynen will, daß der gedachte recess in dem Friedens-Schluß confirmiret sey, und dadurch vim legis pragmaticæ erhalten habe, ja nunmehro als perpetua norma et regula restitutionis anzusehen sey. Es ist nicht zu verwundern, daß das Kloster dergleichen freye raisonnements führet, indem mehr als zu bekant, daß schon vorhin der Auctor vindiciarum Hildesiensium auf gleiche Weise hin und wieder diese thesin behauptet, welchem doch vorlängst in denen *ante vindicias p. 135. 150. etc.* begegnet ist, und andere auch schon bemercket haben.

AVCTOR. *med. ad* L. P. *art. V. §. 33. p. 609.*

Es ist nemlich bekant, daß in dem gedachten 29
Friedens-Schluß der terminus anni 1624 pro norma et regula perpetua restitutionis bonorum ecclesiasticorum et exercitii religionis seu iuris reformandi gesetzet worden. Damit nun solche regula et norma durch die ante pacem Osnabrugensem hin und wieder gemachte Verträge und pacta keinen Anstoß leiden möchte, so war allerdings nöthig, daß solche

solche pacta et transactiones, so weit sie dem Friedens-Schluß zuwider waren, cassiret und entkräftet würden, wie solches im *art. V. §. 33.* auch geschehen, und darunter insbesondere der quæstionirte Haupt-receß de anno 1643. mit dürren Worten begriffen ist: et inter illa (pacta) quæ episcopus Hildesiensis et duces Brunsuico-Luneburgenses de religione eiusque exercitio statuum et subditorum episcopatus Hildesiensis, nonnullis pactis anno 1643. transegerunt. Nach solchem principio nun hätte in denen neun Clöster, ratione exercitii religionis alles auf den Fuß, wie es anno 1624. gewesen, eingerichtet werden müssen. Weil aber unter gantz andern Bedingungen diese Klöster einmal von denen Hertzogen von Braunschweig anno 1643. restituiret waren, und ohnerachtet die Schwedische Abgesandtschaft vorschlug, daß solche wenigstens halb denen Hertzogen restituiret werden müsten, dennoch der Churfürst von Cölln als Bischof zu Hildesheim darauf bestund, daß diese Klöster von dem termino anni decretorii ausgeschlossen bleiben müsten, so wurde endlich diese exception beliebet: *excipiantur vero a dicto termino et catholicis reseruentur nouem monasteria in episcopatu Hildesiensi sita, quibus duces Brunsuicenses certis conditionibus eodem anno (1643.) cesserunt.* Diese exceptio hat nun einen doppelten effect gehabt: 1) daß diese neun Klöster nach dem *art. V. §. 25.* denen Hertzogen von Braunschweig nicht haben restituiret werden dürfen: 2) daß das exercitium religionis, so die Protestanten im anno 1624. in denenselbigen gehabt, nach dem *art. V. §. 31.* daselbst nicht wieder retabliret werden können, weil solche Klöster denen Catholischen schlechterdings reseruiret sind. In diesen beyden Puncten ist der Haupt-Vergleich de anno 1643. bestätiget worden. Es kan aber das Kloster St. Michaelis daraus kein ius agendi gegen den magistratum Hildesiensem in puncto der quæstionirten iurium behaupten, anerwogen diese im Friedens-Schluß gemachte exception denen Catholischen nichts mehr einräumet und zueignet, als was ihnen sub certis conditionibus von denen Hertzogen von Braunschweig an diesen Klöstern im anno 1643. ist cediret und abgetreten worden, wie die verba instrumenti pacis deutlich besagen: *quibus duces Brunsuicenses certis conditionibus eodem anno cesserunt.* Die conditiones, wovon hier Meldung geschiehet, sind diejenigen, welche die Hertzoge von Braunschweig in faveur der Evangelischen dabey gesetzet, und dadurch præcaviren wollen, daß keine andere Ordens-Leute, als welche dazu von Alters berechtiget, in diese Klöster versetzet würden, wie der *art. 17.* des gedachten recessus mit klaren Worten zeiget, und gar wohl anmercket

AVCTOR *medit. ad* I. P. *art. V. §. 33. p. 610.*

Dahin zielet auch die im gedachten *§. 17.* befindliche clausul: Daß ein jeder wieder zu dem Seinigen, was er *anno 1519.* gehabt, kommen möge, und also auch die Ordens-Leute ihre Klöster mit dem exercitio religionis wieder bekommen möchten, welches sie anno 1519. gehabt. Der Bischof und das Dom-Capitul haben dabey keine conditiones sich oder dem Kloster gegen andere ausbedungen, sondern allein die Hertzoge von Braunschweig, deren conditiones auch allein der Friedensschluß bestärcket. Unter solchen ist nun keineswegs das ius repetendi quæuis iura et bona amissa a quibuscunque mit begriffen, weil wol nicht zu glauben, daß die Hertzoge von Braunschweig sich darum in faveur der Klöster bekümmert haben werden, als welches vielmehr dem Bischof und Capitulo, wenn solches mit darunter begriffen seyn solte, obgelegen, jenem im Gegentheil nichts daran gelegen gewesen, ob die Klöster ihre iura et bona particularia, interim facto aliorum amissa, wieder repetirten oder nicht. Man præsumiret ja billig und giebet es auch die gesunde Vernunft, daß diejenigen conditiones, so iemand in dergleichen Verträgen ausbedinget, nicht dem Gegentheil, sondern demjenigen zum besten reseruiret werden, der solche dabey sich ausbedinget. Quilibet sibi, non aduersario prodesse præsumitur Da nun der Bischof und das Capitulum denen Klöstern zum besten keine condition ausbedungen, sondern sich mit der damals geschehenen restitution begnügen lassen, so mag auch der Oßnabrückische Friedens-Schluß nichts mehr denen Catholischen, und also auch dem klagenden Kloster einräumen, als was vormals nach dem facto restitutionis abgetreten und cediret ist. Was nun von der in instrumento pacis gesetzten regula vniuersali seu obseruantia anni 1624. nicht expiret ist, das gehöret und bleibet unter der Regel, und folgends bey dem statu anni decretorii. Nach diesem ist ausser allem Streit, daß senatus Hildesiensis anno 1624. die quæstionirte iura besessen und exerciret, das Kloster aber solche nicht gehabt, und es also dabey bleiben muß, zumal von solchem termino nur der neun Klöster restitution respectu ducum Brunsuicensium excipiret ist, vermöge der ausdrücklichen und sehr bedencklichen Erklärung: quibus duces Brunsuicenses certis conditionibus EODEM ANNO (1643.) CESSERVNT. Hiermit vergnüget sich der Friedens-Schluß, und setzet nicht hinzu: vel cedere deburent, welche clausul vielleicht dem Kloster St. Miahaelis zu mehrerem Behelf dienen könte, woferne solche dabey stünde. Da nun die erfolgte obseruantia erhärtet, daß dem klagenden Kloster die quæstionirte iura nicht mit cediret, noch daß solche cediret würden, begehret worden, so kan auch der Friedens-Schluß dahin nicht gezogen, noch von denen Klägern zu ihrem Behelf angeführet werden; als welchen die Hertzoge von Braunschweig die quæstionirte iura, so nicht sie, sondern magistratus Hildesiensis behauptet und damals exerciret, weder cediret haben, noch cediren mögen, quod enim

enim quis non habet, alteri cedere nequit.

32 Bey solcher Bewandniß ist denen angeführten rationibus dubitandi leicht zu begegnen, anerwogen die vier ersten rationes bereits per hactenus deducta eneuiret sind, indem darinn behauptet worden, daß dergleichen plenaria restitutio, in sensu tam amplissimo sumta, weder in dem recessu de anno 1643. noch in der im Friedens-Schluß confirmirten exception anzutreffen, und der gesunden Vernunft nicht gemäß sey, die beyden clausulas des *art. 17 und 33.* dicti recessus schlecht weg anzuführen, ohne ex antecedentibus et consequentibus zu iudiciren, von welchen Personen, wie weit und von was quæstionibus eigentlich daselbst gehandelt werde. Das Kloster St. Michaelis ist nach dem geschlossenen recess wieder zu dem Seinigen, was es anno 1519. gehabt, gekommen, indem das Kloster bey dem Orden verblieben, und das vorhin im anno 1519. darinn üblich gewesene exercitium religionis ferner solitarie darinn continuiret. Mehr haben die Hertzoge von Braunschweig dem Kloster nicht versprochen noch versprechen können, cum alterius iuri præiudicare non potuerint, nec id duces Brunsuicenses voluisse præsumi debeat

l. 74. d. R. I. *l. 27. §. 4. de pact.*
c. pen. X. de eccles. ædif.
c. 12. X. de offic. iud. ordin. ibi: quia tamen intentionis nostræ nec fuit nec esse debuit, iurisdictioni tuæ per mandatum huiusmodi derogare.

33 Und wie nun diese rhesis de plenaria restitutione ungegründet ist, also mag auch die in ratione dubitandi Vta gemachte application auf die quæstionirte iura nicht bestehen, eines theils weil die angeführte thesis irrig: theils auch, weil in facto noch nicht einsten beygebracht ist, daß das Kloster St. Michaelis, in anno 1519. die quæstionirte iura besessen, zumal die producirte Urkunden solche zu erweisen nicht zureichend sind. Einmal ist klar, daß, wenn die Herren Patres ihr fundamentum agendi aus dem recessu de anno 1643. behaupten könten, sie nothwendig beybringen müsten, daß sie solche iura noch præcise anno 1519. besessen, welches aber mit blossen coniecturen nicht ausgemachet ist; vbi enim certi anni possessio demonstranda, probatio specifica esse debet et limitata ad illum tempus.

vid. ius eccles. protest. lib. 3. tit. 37. §. 78.
NEGVZANT. *de pignor. P. 5. m. 2. n. 44.*

34 Daß nun aus denen documentis dieser Beweiß nicht herzunehmen sey, erhellet aus folgenden. Anfänglich beweiset der Catalogus der Klöster-Vögte sub n. 5. und die darinn befindliche annotatio priuata nichts, cum ne quidem annotatio fisci priuata aliquid probet;

l. 7 C. de probat.

35 ob wol sonsten die officiales fisci solche Personen sind, die in öffentlichen Aemtern stehen und deren annotationibus also noch wol ehender zu trauen stünde als einer solchen annotation, so von einer priuat-Person in causa propria aufgezeichnet ist, vnde nec registra monasteriorum aut libri nobilium censuales aliquid probant, quia reuera priuatam annotationem continent.

CARPZ. *lib. 1. resp. 61.*
IDEM *P. I. C. 16. def. 25.*
BERLICH. *decis. 282. sq.*
WEHNER *in obsero. pract. voce* Bücher *et* Erb-Bücher.
HARPRECHT. *vol. nov. cons. 34. n. 27 et 28.*

Ueberdem ist auch solche annotatio incerta und 36
ambigua, indem nur in genere daraus zu ersehen, daß unter dem Abt Hermann, der anno 1521. erwählet worden, der Rath keine Gerichte dem Kloster mehr geständig gewesen; gleichwol daraus nicht folget, daß vor den Zeiten des Abts Hermanns das klagende Kloster die iurisdiction noch exerciret haben müsse, da der annotator selbst die eigentliche Zeit nicht angeben kan. Schon anno 1476. ja anno 1500. soll, wenn dem extract sub n. 14. zu trauen, das Kloster bereits grosse Drangsal erlitten haben, und, wie die eigentlichen Worte lauten, demselben viel Eintrag geschehen seyn, daß also wol auch um diese Zeit das Kloster seine prætendirte gerechtsame verlohren haben mag. Hiernächst ist bey dem documento sub n. 12. de anno 1536. zu bemercken, daß zwar in demselben des weltlichen Richt-Vogtes gedacht 37
werde, daraus aber nicht so fort folge, daß derselbe noch damals die iurisdiction an dem quæstionirten Orte exercirte habe, zumal auch noch nach diesem, da nach des Klosters Anzeige die iurisdiction verloren gewesen, dergleichen Kloster-Vögte gesetzet sind, wie insbesondere des David Rosenwich gedacht wird, der zu Zeiten des Abts Johannes Lorensen Vogt gewesen seyn soll, welcher doch erst anno 1565. erwählet ist.

Chron. St. Michael Hildes. apud.
LEIBNIT. *tom. II. script. Hildes. p. 405.*

Diesemnach hat das Kloster zwar um diese Zeit, nemlich anno 1519. seinen Vogt gehabt, es findet sich aber nicht, daß ihn der Stadt-Rath zum exercitio der iurisdiction in selbigem Jahr kommen lassen, als welcher dem Kloster keine Gerichte geständig gewesen, ja schon anno 1500. grossen Eintrag gethan haben soll. A dici ad esse non valet consequentia, zumal das Exempel des David Rosenwich anzeiget, daß demselben das prædicat eines Vogts, wiewol ohne die iurisdiction auszuüben, beygeleget sey. Endlich wird zwar in dem Bericht sub n. 14. 38
angeführet, daß im anno 1572 die von Hildesheim den steinernen Gerichts-Stuhl, worinn des Klosters Gerichts-Vogt das Gericht pflegen zu sitzen, und es vsque ad mutationem religionis exerciret habe, mit Gewalt, non attenta protestatione, weggebrechen und in die Vestung an der Neustadt vermauren lassen; gleichwie aber in allen, was in vorigen Jahren referi-

referiret worden, gar keine Meldung von diesem Eingriff geschehen, da doch viele geringere Kleinigkeiten sind berichtet worden, so ist dieser Nachricht, daß der Vogt die iurisdiction bis auf die erfolgte reformation exerciret, wenig zu trauen, hat auch ohnedem in iudicialibus keine vim probandi, wie auch solches bey der sechsten ratione dubitandi, zu erinnern. Der
40 Extract sub n. 14. ist sehr passioniret und animose eingerichtet, beziehet sich vielfältig auf Acten, Documente und dergleichen Urkunden, welche, woferne der Beweiß gültig seyn solte, billig produciret werden solten, so doch nicht geschehen, und dahero diese relation wenig erweiset, neque enim scriptura referens aliquid probat, nisi constet de relato. So viel aber die siebende und achte rationem dubitandi betrift, so ist anfänglich wohl zu mercken, daß diese Sache würcklich anno 1552. klagbar gemachet, und bis anno 1663. darinn gehandelt, endlich aber dieselbe nach des Klosters eigener Geständniß in diesem Jahr unausgemachet ersitzen blieben, und also fast über sechzig Jahr dieser proceß geruhet. Weil nun mehr als zu bekant ist, quod instantiæ lapsu 40 annorum pereant,

l. f. C. de præscript. 30 vel 40 ann.

so ist die ietzige Klage, welche in effectu eine reassumtio litis ist, auch ex hoc fundamento zu verwerfen, da solche nunmehro, wenn sie gleich
41 sonsten fundiret gewesen, verlohren. Dagegen ist nun zwar von dem Kloster theils die exceptio malæ fidei, theils interpellationis opponiret worden, zumal jene ex initio admodum vitioso seinen Ursprung nehmen; diese aber im anno 1686. aus denen n. 15. befindlichen und bey der Reichs-Cammer übergebenen duplicis sowol, als auch aus der im anno 1710. geschehenen protestation zu ersehen seyn soll. Allein, was den vermeynten malam fidem betrift, so ist das initium vitiosum nach den vorhin angeführten argumentis nicht erwiesen, und mag ex solis annotationibus priuatis kein gnugsamer Beweiß dagegen hergenommen werden, maxime cum mala fides nunquam præsumatur, etiamsi nullus allegatur titulus,

INNOCENT. *ad c. 2. X. de in integr. restit.*

COVARRVV. *ad C. possessor. P. 2. §. 8. n. 3 et 4. de* R. I. *in 6.*

quod tanti æstimat MENOCHIVS, vt durum pronunciet ab hac sententia recedere.

de recup. possess. remed. 13. n. 70.

HARPRECHT. *vol. nov. cons. 4. n. 676. seqq.*

IDEM *de præscript. immun. a collect. th. 57. seqq.*

Dahero denn man wol siehet, daß die probatio malæ fidei weit wichtiger seyn muß, als derjenige Beweiß ist, welchen das Kloster angeführ-
42 ret. So befindet sich noch weniger, daß in progressu et cursu eius die mala fides vorhanden gewesen, nachdem tempore transactionis anno 1643. die quæstionirte iura vltra seculum schon verlohren gewesen, und bey denen vielen Veränderungen der Raths-Glieder in so langer Zeit die damaligen membra senatus wol keine scientiam rei alienæ, in qua mala fides consistit, gehabt haben können, absonderlich da durch den gedachten recess diese controvers nicht decidiret, noch ein zureichender Grund, die restitution der quæstionirten iurium daraus zu suchen, sich darinn befunden, nächstdem auch der Oßnabrückische Friedens-Schluß in der exception wegen der neun Klöster sehr limitate redet, und dieselbe von dem generaliter gesetzten termino anni 1624. in so weit nur ausnimmt, als sie unter gewissen Bedingungen von denen Hertzogen von Braunschweig cediret und abgetreten sind. So hat 43
dieserwegen nach solchem Friedens-Schluß der Stadt-Rath, es mag nun mit dem initio beschaffen seyn wie es will, ein ius firmissimum vor sich bekommen, und um destoehr bonam fidem vor sich anführen können, weil nach dem *art. V. §. 25.* den protestanten alle Klöster, deren iura, und Güter quocunque nomine appellata sint, welche sie anno 1624. d. 1. Ian. besessen, adiudiciret, und nullis attentis exceptionibus zugeeignet sind, mithin auch der Stadt-Rath sich dieses Rechts mit zu erfreuen haben müssen, nach dem dessen possessio vel quasi anni 1624. ohnleugbar, und im *§. 33.* nichts mehr davon ausgenommen ist, quam quod nouem monasteria Catholicis reseruata fuerint, und zwar in dem Stande und Masse wie sie abgetreten worden. Ob nun wol dage- 44
gen das Kloster anno 1652. einige dubia erreget, geklaget, und die verba instrumenti pacis vltra limites auf die restitution der quæstionirten iurium ziehen und appliciren wollen, so mögen doch dergleichen prætensiones, gegen welche man iustissimas exceptiones hat, keinen malam fidem arguiren, indem noch ietzo niemand leugnen wird, daß die Sache von Seiten des Klosters admodum dubia, multisque difficultatibus obnoxia sey, welches bey denen Beklagten weder damals noch fürietzo einige malam fidem operiren kan, cum bona fides non tantum ex iustis, verum etiam ex iniustis causis exsistat, multo magis ergo ex tali titulo iustissimo, de quo dictum, causatur, etiamsi esset putatiuus, cum adsit iusta contradicendi causa, vt ait,

WESEMB. *cons. 4. n. 84.*

es wäre denn Sache, daß, wie es fast scheinet, die Herren Patres die Evangelischen eines malæ fidei beschuldigen wolten, wenn sie auch gleich nach dem instrumento pacis etwas besessen.

Aus diesen ergiebet sich von selbsten, wie weit 45
die exceptio interpellationis alhier zu admitiren sey, von dessen qualität vorhero etwas zu erinnern. Daß diejenige, so anno 1710. geschehen seyn soll, extraiudicialis sey, ist ohnleugbar, weil solche per simplicem protestationem geschehen ist. Hergegen möchte dasjenige, was

was ex duplicis de anno 1686., so bey der Reichs-Cammer in alia causa angeführet ist, für eine gerichtliche interpellation angesehen werden, wenn man nicht dabey zu remarquiren hätte, quod interpellatio iudicialis nascatur ad minimum per actionem motam et factam citationem ad causam, welches hier
46 nicht anzutreffen, da in alia causa nur obiter dasjenige, was von dieser quæstion daselbst angeführet ist, referiret, darüber aber damals weder geklaget, cognoscieret, noch erkannt worden, woraus eben so wenig eine interpellatio iudicialis erwachsen kan, als ex actibus vel tractatibus coram iudice non tamen in figura iudicii factis,

KLOCK. *vol. I. conf. 7. n. 433.*

47 und mag dahero auch solches factum nichts mehr als eine extraiudicialem interpellationem operiten, cum non sufficiat, speciale quoddam de iure suo in iudicio allegasse, nisi subsecuta fuerit conuentio vel postulatio.

l. 3. C. de præscript. 30. vel 40 ann.

48 Daß nun eine extraiudicialis interpellatio keine præscription interrumpiren könne, ist mehr als zu bekant:

per cit. l. 3. C. de præscript. 30 vel 40. ann.

KLOCK. *vol. I. conf. 7. n. 427.*

49 und ob wol nach denen principiis iuris canonici solches limitiret, und dabey der casus ausgenommen wird, nisi talis interpellatio extraiudicialis malam fidem produxerit, quippe quæ omnem impedit præscriptionem, welches auch so gar in der quadragenaria præscriptione, per quam instantia perit, zu observiren ist, wie die ICti bemercken;

KLOCK. *vol. 2. conf. 21.*
L. B. *de* LYNCKER. *resp. 32.*
HEIG. *lib. 1. qu. 16. n. 64.*

50 so ist doch dieses de vera mala fide zu verstehen, seu quando in denuntiatione extraiudiciali tale quid fuit expressum, quod inducere malam fidem possit, informando videlicet conscientiam partis in facto per ostensionem iurium suorum ad rem controuersam pertinentium.

HEIG. *cit. l. n. 64.*
KLOCK. *cit. l. n. 70.*
L. B. *de* LYNCKER. *cit. l. n. 18.*

Zumal der aduersarius durch dergleichen information eine scientiam rei alienæ erst überkommen kan, dergestalt, daß er dessen völlig überzeuget seyn muß. Dergleichen information ist aber hier nicht anzutreffen, zumal dasjenige, was in duplicis anno 1686. von dieser Streit-Sache obiter angeführet, sehr general ist, und in leeren Worten ohne Behauptung derer angeführten factorum et circumstantiarum bestehet, und nicht zureichend seyn kan, eine dergleichen Ueberzeugung, als hier voraus gesetzet wird, zu würcken, absonderlich, da der Stadt-Rath dagegen iustissimam contradicendi causam gehabt, gleichwie er solche nach denen vorhin angeführten argumentis noch itzo hat, und gegen die Herren Patres und deren principia arcana optima fide behaupten kan. 51

Wenn nun diese interpellation aus dem Wege geräumet ist, so ist auf die im anno 1710. geschehene protestation wenig zu reflectiren, weil damals schon die instantz verlohren, und die vierzigjährige præscription erfüllet gewesen, wiewol auch ausser diesen solche nicht capable gewesen, einen malam fidem zu operiren. 52

Endlich so viel die beyden letztern rationes dubitandi betrift, so ist solchen bereits in der Ausführung zur gnüge begegnet, daß unvonnöthen ist, solche insbesondere nochmals zu beantworten. 53

Dahero bin ich der rechtlichen Meynung, daß des Klosters intention in Rechten nicht gegründet sey. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE AVGVST. MDCCXXIII.

RESPONSVM X.

THEMA.

De vsu reseruati ecclesiastici in commendis.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. de vsu reseruati ecclesiastici in commendis. n. 2.
Num reseruatum ecclesiasticum tantum iam prouisos et præbendatos concernat? n. 3. 4.
Expectantiæ quomodo differant a beneficiis actualibus? n. 5. 6.
Beneficiis actualibus non licet renunciare absque superioris auctoritate. n. 6.
Expectiuario in fauorem tertii renunciare non licet. n. 7.
Reseruatum ecclesiasticum tempore pacis Westphalicæ maxime odiosum fuit. n. 8. 9.
An inhabilitas intermedii temporis intuitu reseruati ecclesiastici effectum habeat? n. 9.
In conferendis beneficiis ecclesiasticis habilitas, quæ fuit tempore executionis, attenditur. n. 10. 11. 12.

Num

Num Dispositiones I. P. beneficia mediata concernant? n. 13.
De quo olim dubitatum fuit. n. 14.
Quod testimoniis n. 15. 16. 17.
Ac exemplis illustratur. n. 18. 19.
Prior exspectiuatus semper præfertur posteriori. n. 20. 21.
Qualis sit effectus reseruati ecclesiastici? n. 22.
Prouisionum appellatio tam generalis est, vt exspectantias quoque complectatur. n. 23.
Beneficia quibus modis acquirantur? n. 24.
Exspectantiæ qualificatæ quænam dicantur? n. 25. 26.
Et qualem effectum habeant? n. 26. 27. 28. 30.
Coadiutoriæ cum futura successione tribuunt ius radicatum. n. 29.
Reseruatum ecclesiasticum se etiam extendit ad canonicos in hebdis et exspectiuatos. n. 31. 35.
Quod ex historia illustratur. n. 36.
Sub nomine clericorum et ecclesiasticorum etiam religiosi et militares ordines comprehenduntur. n. 32.
Immo et initiati, qui primam tonsuram acceperunt. n. 33.
Nec non nouitii, licet non professi. n. 34.
Hæreticus et schismaticus secundum principia iuris canonici, ab omnibus vitandus nec cum eo communicandum est. n. 36.
Immo ab omni iure vel gradu ecclesiastico repellendus est. n. 37. 38.
De fatis reseruati ecclesiastici tempore concluſi Instrumenti P. n. 39. 40. 41.
Irregularis factus amittit gratiam precum primariarum ipso iure. n. 42. 43.
Schismaticus respiscens sine præuia dispensatione ex principiis iuris canonici ad beneficia ecclesiastica siue actu siue potentialia non admittitur. n. 44. 45. 46.
Explicatur art. V. §. 14. I. P. n. 47.
Quænam bona ecclesiastica secundum I. P. dicantur mediata vel immediata? n. 48.
Reseruatum ecclesiasticum etiam in commendis locum habet. n. 49.
Et aliis beneficiis mediatis. n. 50. 56.
Exspectiuatus ex iisdem causis, ex quibus vasallus, feudo priuari potest. n. 51.
Qui nondum tonsuratus et sic laicus est, nec beneficium nec literas de prouidendo impetrare potest. n. 52.
Adeo vt ei nec qualitas superueniens proficiat. n. 53.
Noua gratia exspectiuario concessa non tribuit regressum ad iura amissa. n. 54. 55.
Sed vt noua exspectatiua considerandæ est. n. 55. *sqq.*
Decisio. n. 58.

1 Gleichwie es gantz gewöhnlich ist, daß zwey, drey und mehr auf eine Commenthurey von dem Hochwürdigsten Herren Meister des Johanniter-Ordens exspectiviret werden, also ist es auch bey der Commenthurey L. geschehen, daß auf dieselbe der Herr von V. der Herr von M. und Herr von W. exspectiviret worden, dergestalt, daß dem ersten die assecuration anno 1707. die expectantz 1711. und das primarium anno 1728; dem andern die exspectantz den 18. Mart. 1691, und den dritten eben dieselbe anno 1701. ertheilet worden, wie denn auch die drey vorbenanten exspectiuati bey denen succedirenden Herren-Meistern die confirmationes gehörig gesuchet und dieselbe erhalten, daß solchergestalt kein Mangel in Ansehung derer über die exspectantien ihnen ertheilten confirmationum verhanden. Nach dem nun L., als commendator der Commenthurey zu L. vor einiger Zeit mit Tode abgegangen, und durch desselben Absterben nur bemeldte Commenthurey vacant worden, bey denen beyden letztern exspectiuatis aber sich diese besondern Umstände befinden, daß der Herr von M., welcher den 12. Ian. 1683. geboren, und den 18. Mart. 1691. exspectiuiret ist, intra annos pubertatis seine exspectantz erhalten, so denen statutis zuwider und nichtig zu halten; der Herr von W. aber sich immittels zur Catholischen Religion gewendet, von welcher er doch wieder ab, und zu der Protestantischen Religion getreten seyn soll, so wird insbesondere wegen des letzteren gefraget:

Quæstio I.

2 **Ob ein solcher exspectiuatus, als der Herr von W. gewesen, durch die Veränderung der Religion nicht seines Rechtens, welches er durch die exspectantz erhalten, so fort nach dem Friedens-Schluß art. V. §. 15. verlustig werde, und ob derselbe, wenn er nach vielen Jahren von der Catholischen zur Protestantischen Religion wiederum getreten seyn möchte, den vorigen locum, so er verlohren, zum præiuditz der ipso iure herauf gerückten Ritter wieder behaupten könne?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl hierbey eingewandt werden möchte, daß aus unterschiedenen triftigen Ursachen das reseruatum ecclesiasticum gegen den Herrn von W. nicht gebrauchet, noch ihm solches opponiret werden könne, angesehen 1) solches keine andere Geistliche, als iam prouis-

sos et præbendatos zu regardiren scheinet, welches sowol die vor dem Religions-Frieden ergangene tractaten, als der Religions-Friede de anno 1555. selbsten anzeiget, als in welchem endlich diese clausul davon eingerücket:

> Wo ein Ertz-Bischof, Bischof, Prælat, oder ein anderer geistlichen Standes, von unser alten Religion abtreten würde, daß derselbe sein Ertz-Bißthum, Bißthum, Prælatur und andere beneficia, auch damit alle Früchte und Einkommen, so er davon gehabt, alsbald ohne einige Wiederredung und Verzug, iedoch seinen Ehren ohnnachtheilig, verlassen solle ꝛc.

4 welches von keinen andern als denen, die würckliche beneficia haben, verstanden werden mag, und daraus auch das *instrumentum pacis art. V. §. 15.* zu erklären, als welches aus dem Religions-Frieden, iedoch mit extension auf die Protestanten, hergenommen, und zu dem Ende ebenfalls disponiret: *exeidant ecclesiastici statim iure suo fructusque et veditus citra moram et exceptionem cedant*, welches von keinen andern subiectis, als die würckliche prouisi sind, verstanden werden kan: im Gegentheil 2) die blossen exspectiuati dahin nicht
5 zu referiren, als welche von denen beneficiatis sehr zu unterscheiden, und in der blossen Hoffnung, künftig ein beneficium zu überkommen, bestehen, vnde tale beneficium non in actu sed potentia consistere dicitur, et tribuit exspectatio tantum ius ad rem, cum actuale beneficium tribuat ius in re, vt proprium prouisi sit, imo etiam ante captam possessionem tribuat ius illud administrandi,

PETR. LEVREN. *in for. benef. P. II. qu. 1.*

6 bey welcher Beschaffenheit auch 3) in vielen andern Stücken ein grosser Unterschied inter beneficium actuale et exspectatiuas sich befindet, dahin gehöret, daß der exspectiuatus noch zu keiner residentz verbunden, noch die gewöhnliche officia clericalia verrichten darf: daß er schlechterdings seiner exspectantz renunciiren kan, absque superioris auctoritate, welches in beneficiis actualibus nicht angehet:

PARIS. *de resign. benef. lib. 2. qu. 23. n. 14.*

LEVREN. *cit. l. p. 2. qu. 636. n. 2.*

7 daß ferner zwar derselbe simpliciter resigniren kan, aber nicht in fauorem tertii, welches allein demjenigen zukommt, so ein beneficium actuale hat,

PARIS. *cit. l. n. 14.*

anderer mehrerer differentien zu geschweigen, welche offenbar darthun, daß ein exspectiuatus noch nicht inter beneficiatos zu referiren, mithin das reseruatum ecclesiasticum auf denselben
8 nicht zu appliciren, bevorab da 4) dasselbe denen Protestanten ein recht verhaßtes Recht gewesen, und ihnen in dem Religions-Frieden aufgedrungen ist, sie auch bey dem Oßnabrückischen Friedens-Schluß aufs äusserste darauf gedrungen, daß solches gäntzlich aboliret werden möchte, und ob sie wol solches nicht erhalten können, sondern dieses eintzige dabey verbessert ist, daß die Protestanten hierinn gleiches Recht mit denen Catholischen haben solten, dennoch dieses Recht nach wie vor inter maxime odiosa et iniqua verblieben, und dahero strictissime zu interpretiren ist, daß es blosse exspectantien nicht unter sich begreifet; ja auch 5) dabey die 9
inhabilitas superueniens intermedia nicht eben schaden möchte, sondern es gnug sey, wenn der exspectiuatus tempore concessæ exspectatiuæ et vacantis beneficii nur habilis gewesen, sicuti non obest heredi in testamento instituto (qui exspectiuario quodammodo similis) inhabilitas intermedii temporis, modo tempore testamenti conditi, mortis et aditionis habilis fuerit;

§. 4. I. de hered. qualit. et differ.

zumal er intermedio tempore vor Erledigung 10
des beneficii noch kein Recht an ein oder ander beneficium hat, zu dessen Besitzung allein die habilitas erfordert wird, dergestalt, daß bey denen beneficiatis nur allein darauf gesehen wird, ob sie tempore apprehendendæ possessionis habiles zu achten, vnde non necesse est, impetrantem rescriptum gratiæ seu beneficiale, quo mandatur ordinario collatori beneficium proxime vacaturum, requisitam ætatem ad tale beneficium habere tempore impetrationis seu datæ literarum, sed sufficit, eam habere tempore executionis talis gratiæ;

LEVREN. *de for. benef. P. I. qu. 212. n. 1.*

welche rescripta gratiæ in der That nicht an- 11
ders als exspectantien auf die erst aufgehende præbenden sind, diesemnach es dem Herrn von W. nicht schaden möchte, daß er inzwischen Catholisch geworden; vielmehr genug zu seyn scheinet, daß er wieder zu der Protestantischen Religion getreten, und nunmehro, da die Commenthurey zu L. vacant geworden, die gehörige habilität respectu religionis besitze: wie man denn 6) niemanden, der von Jugend auf 12
Catholisch gewesen, den Zugang bey uns zu denen protestantischen præbenden, die anno 1624. von denen Protestanten besessen worden sind, præcludiren kan, wenn sie nachgehends ad sacra nostra getreten, da sie tempore collationis dazu capable sind, welches auch die Catholici selbsten bey denen, die ihre Religion angenommen, nicht anders halten, und sie von ihren beneficiis um deswillen, daß sie vorher der Augspurgischen Confession zugethan gewesen, ausschliessen, oder sie dessen unwürdig halten: und wenn auch 7) die Veränderung der 13
Religion etwas mehres hiebey würcken, und einen Verlust seines geistlichen Rechts inducíren solte, dennoch dabey noch ein grosser Zweifel übrig bleibet, ob die dispositio des Oßnabrückischen Friedens-Schlusses auf die Commenthurey L., als ein beneficium mediatum,

zu

zu extendiren sey, und an dessen medierät um
destoweniger zu zweifeln, da der Herren-Meister,
der vornehmste Prælat und Stand, der Chur-
Marck und S. C. D. dem Eyd der Treue leistet,

BECKMAN. *in der Beschreibung des Ritterlichen Joh. Orden, c. 4. p. 206 et c. 5. p. 223.*

14 um destomehr also die commendaturæ in der
C. M. als beneficia mediata anzusehen, und in
I. P. *art. V. §. 25.* unter diese selbsten die Bali-
viæ et commendæ referiret sind; nicht unbil-
lig aber 8) hierbey gefraget wird: ob das reser-
vatum ecclesiasticum mit auf die mediata be-
neficia zu ziehen sey? Da vor dem Oßnabrück-
ischen Friedens-Schluß die Reichs-Cammer
selber hieran gezweifelt,

PFANNER *in hist. pac. Westphal. p. 182.*

15 und der sel. Herr HENNIGES dieserwegen da-
für gehalten, daß das reseruatum ecclesiasti-
cum auf den Höchstsel. König in Polen in An-
sehen des Bißthum Meissen nicht zu ziehen, da,
ob er wohl die Catholische Religion angenom-
men, dennoch in mediatis beneficiis das re-
seruatum ecclesiasticum nicht statt finde,

in medit. ad I. P. art. V. §. 15. lit. e. p. 237.

welches er noch ferner p. 240. erläutert, und ad
verba: præbendis suis immediatis, davon
also raisonniret: Nota, hic semper repeti, et
inculcari quasi, qualitatem istam bonorum,
quæ est immedietas, ne quis existimet, quæ
horum gratia constituuntur, ad bona etiam
ecclesiastica mediata pertinere, de quibus
infra separatis paragraphis paulo aliter est
16 conuentum, welches alles 9) um destomehr ge-
gründet seyn will, als der Oßnabrückische Frie-
dens-Schluß selber inter immediata et me-
diata bona ecclesiastica distinguiret, und im
§. 14. art. V. de bonis ecclesiasticis imme-
diatis zu disponiren anfänget, und daraus im
§. 15. das reseruatum ecclesiasticum recipro-
cum herleitet; im Gegentheil aber im *§. 25.*
art. V. erst von denen bonis ecclesiasticis me-
diatis handelt, und bey denenselben dieses re-
seruati keine Meldung thut, dieserwegen solches
absonderlich ex mente protestantium nicht zu
extendiren, sondern so viel möglich ad strictis-
17 simos limites einzuschräncken ist, bevorab, da
über die beneficia mediata ein Evangelischer
Landes-Herr das ius circa sacra hat, und es
zu dessen Nachtheil gereichen würde, daß, wenn
ein Catholischer præbendatus in seinem Lande
zu der Augspurgischen Confession treten solte,
er denselben, vermöge der Landes-Hoheit, bey
seiner præbende nicht schützen könte, sondern
gezwungen seyn würde, ihm wegen solches
changements, so wir doch für heilsam halten,
und billigen, seiner præbende verlustig zu er-
18 klären, wie dann 10) dieser Unterscheid zwischen
mediat- und immediat-Stifter und geistliche
Güter im anno 1717. da der Höchstsel. admi-
nistrator des Bißthums Zeitz und Naumburg,
Moritz Wilhelm, Hertzog zu Sachsen, zur Catho-

Bœhm. Conf. T. III. P. I.

lischen Religion trat, abermal rege gemachet ist
wie die acta publica zeigen,

FABER. *in der Staats-Cantzley, tom. 48. c. 16. p. 588. sqq. et tom. 51. c. 14. p. 549.*

und dahero in einer zu Leipzig anno 1730. gehal-
tenen dissertation von FRIDERICO BENE-
DICTO SCHRECKENFELS *de honorum ec-
clesiasticorum mediatorum et immediatorum
differentia respectu reseruati ecclesiastici* dis-
putiret, und dieser Unterschied auf das Stift
Naumburg, als welches man für mediat hal-
ten wollen, appliciret ist; bey dieser Gelegen-
heit auch viele andere Schriften auf dem Reichs-
Tag an das Tages-Licht getreten, unter wel-
chen absonderlich eine Schrift sub titulo: fer-
ner weites Bedencken wegen der Naumburg-
ischen Sache diesen Unterschied in Ansehen
des reseruati ecclesiastici souteniret; woraus
denn 11) so viel folgen und geschlossen werden 19
möchte, daß dem Herrn von W. seine Verän-
derung der Religion nicht schaden könne, sondern
nachdem er wieder zu der Evangelischen Reli-
gion getreten, und sich zu Besitzung der Com-
menthurey L. dadurch habilitiret, ihm nichts
mehr entgegen stehe, nachdem bey denen bonis
mediatis im Oßnabrückischen Friedensschluß
art. V. §. 25. nicht anders verordnet ist, als
daß die Evangelische ihre Balliuias und Com-
mendas, so sie anno 1624 besessen, schlechter-
dings behalten, und von ihren Glaubensgenos-
sen hinwieder besetzet werden solten, dabey auch
12) ausser allen Streit ist, daß der Herr von 20
W. die älteste exspectantz auf die gedachte
Commenthurey habe, und ihm nach der an-
cienneté dieselbe conferiret werden müsse,
cum semper prior exspectiuatus præferatur
posteriori,

c. 12. de rescript. in 6.

MENDO *de ordin. milit. disquis. 10. qu. 4.*

welches überdem in desselben exspectantz de
anno 1701. expresse versehen, und denen, die
vor ihm exspectiuiret sind, der Vorzug gelas-
sen, in deren Abgang er aber mit gedachter
Commenthurey prouidiret, also es billig ist, 21
daß er allen und ieden, so nach ihm prouidi-
ret worden, vorgehen müsse, welches wiederum
in des Herrn von V. primario vom 7. April.
1728. mit klaren Worten versehen, und ihm
die exspectantz auf die gedachte Commenthu-
rey nur nach Abgang der vor ihm exspectiuir-
ten, und insbesondere auch des Herrn Christian
George von W. verliehen worden, so daß da die-
ser noch inter exspectiuatos verhanden, derselbe
das Vorrecht zu haben scheinet:

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch alle angeführte argu- 22
menta zu schwach und nicht hinlänglich sind,
daß sie den effectum reseruati ecclesiastici bey
dieser Sache entkräften können, welcher bekan-
ter massen darinn bestehet, vt prouisus statim

iure suo excidat; welches zu demonstriren haupsächlich auf die drey momenta zu reflectiren: 1) daß in der exspectantz-Verleihung auf eine gewisse Commenthurey eine würckliche prouisio euentualis stecke, und daher das reseruatum ecclesiasticum mit dahin gezogen werden müsse: 2) daß das S. Herren-Meisterthum mit allen davon dependirenden Commenthureyen mit unter die bona ecclesiastica zu referiren, wovon im *art. V. §. 14 et 15.* gehandelt ist: 3) daß allenfals, wenn auch die Commenthurey L. unter die bona ecclesiastica mediata zu rechnen, dennoch solche so wol, als die darauf ertheilte euentual-prouision, dem reseruato ecclesiastico nach dem eigentlichen Verstande des Oßnabrückischen Friedens-
23 Schlusses unterworfen sey; aller massen so viel das erste membrum betrift, so ist mehr als zu bekant, quod prouisionum appellatio tam generalis sit, vt exspectantias quoque complectatur, præter ceteros prouidendi modos,

REBVFF *ad concord. p. 941.*

24 dicuntur enim acquiri beneficia duobus modis, nimirum actu et in potentia, quod idem est, ac acquirere ius in beneficio et acquirere ius ad beneficium.

LEVREN. *in for. benef. p. 2. qu. 1. n. 1.*

Da denn im ersten Fall ein ius præsens in ipso beneficio, im andern Fall hergegen ein ius euentuale et futurum dem prouiso conferiret wird, zu welcher letztern Classe viele species und unter andern die exspectantien mit referiret werden, absonderlich aber solche als dann ei-
25 nen grossen Vorzug haben, *a*) wenn sie qualificatæ sind, quæ competunt receptis iam in numerum canonicorum vel commendatorum, quippe quæ perfecte obligant collatorem; vt præbendæ postea vacantis possessionem tradat,

c. 16. X. de præbendis.

GARCIAS *de benef. p. 4. c. 3. n. 16.*

26 welches mit mehreren argumentis ich auch auf die Comther, so ferne sie würcklich zu Ritter geschlagen und inuestiret sind, appliciret, und dargethan habe, daß solche prouisiones qualificatæ ein stärcker und bündiger Recht tribuiren, wohin das päbstliche Decisum abzielet: eo ipso, quod canonicus auctoritate apostolica fuisti effectus, ius ad obtinendam præbendam proxime vacaturam ibidem acquisitum tibi exstitit:

c. 13. de præbendis in 6.

27 *β*) wenn die exspectantia, wie alhier zu befinden, specialis und auf eine gewisse Commenthurey gerichtet ist, als welche prouisio ein ius speciale auf solche Commenthurey dem proviso giebet, daß niemand demselben darin vorgezogen werden mag, woraus ohne Zweifel so wol die Capituls-Schlüsse, als auch der beständige Gebrauch bey der S. hergeflossen, daß wer eine specialem exspectatiuam auf eine gewisse Commenthurey hat, nach seinem Vorrecht schlechterdings zur Commenthurey gelange, ohngeachtet bereits ein posterior zum Ritter geschlagen, inuestiret, und mit einem primario versehen ist, als welches mit dürren Worten im Capituls-Schluß de anno 1667. §. 5. versehen:

> Wie denn auch, ohngeachtet was darwider eingewendet werden wollen, gedachte seine exspectantz für ein primarium beständig zu achten, und er vermöge desselben, Kraft hiebevor im vorgehenden Capituls-Schlusse deshalben geschehenen Vorsehung, allen andern, so zugleich auf sothane Commenderie W. Anwartung erhalten, vorzuziehen seyn wird,

nicht weniger solches in denen ertheilten primariis selbsten beobachtet worden, zumal in des von V. E. primario expresse diese clausul enthalten, daß solches erst seinen effectum erreichen solte, wenn diejenigen, 28

> welche vor ihm mit primariis oder exspectantien auf diese Comtorey prouidiret,

verstorben seyn, oder resigniret haben solten, als ein gewisses Kennzeichen, daß dergleichen exspectantiæ speciales einem primario gleich zu achten, und durch beyde die prouisio würcklich geschehe; fast auf gleiche Art, als in denen 29 coadiutoriis cum futura successione iuris ist, als welche ebenfals auf ein beneficium certum annexam dignitatem habens gerichtet werden, und dem coadiutori ein ius radicale attribuiren,

GARC. *de benef. cit. l. n. 54.*

PETR. LEVREN. *cit. l qu. 3. n. 8.*

aus welcher Absicht auch in des Herrn von W. 30 exspectantz die Versicherung eingerücket, daß ihm keiner, so sich nach ihm angegeben,

> wenn derselbe auch ehender, als er zum Ritter geschlagen wäre,

vorgezogen werden solle, dahero dann, ob wol nach erfolgtem Ritterschlag ein primarium besonders expediret wird, dennoch solches kein näheres und besseres Recht demselben giebet, da die exspectantia specialis schon die prouision, welche formaliter nur im primario erfolget, virtualiter bey sich führet, und parem effectum mit dem primario haben muß; quo po- 31 sito die Frage nunmehro leicht zu erörtern ist, ob nicht eine solche prouisio, welche dem prouiso ein ius perfectum et radicatum ad beneficium certum, si vacauerit, giebet, dem reseruato ecclesiastico (abstrahendo ab omni qualitate) mit unterworfen sey? Mithin, ob nicht ein coadiutor, ein canonicus iam receptus, und ein exspectiuarius quo ad certam commendam, (als welche alle æquale ius et æqualem prouisionem euentualem haben,) seines Rechts ipso iure verlustig werde, wenn er die Religion changiret? welches nach dem Sinn des Oßnabrückischen Friedens-Schlusses nothwendig zu affirmiren, da nicht allein, die würck-

würcklich den Genuß ihrer beneficiorum haben, sondern auch alii ecclesiastici mit dürren Worten darunter begriffen sind, welche Benennung auch diejenigen mit begreifet, die noch in herbis sind, ob sie gleich würcklich in numerum canonicorum recipiret, oder welche würcklich zu Rittern geschlagen, inuestiret, und mit einem primario, iedoch sine perceptione redituum, versehen sind, als welche würckliche ecclesiastici sind, ja eben auch dahin die exspectiuati quoad certam commendam gehören, als welche auch bereits eingeschrieben, denen inuestitis quoad effectum iuris gleich geachtet werden, und ein Recht auf eine gewisse commende, quæ instar beneficii ecclesiastici est, acquiriret haben, mithin, wie vorhin gezeiget, bereits prouidiret sind; welches den 32
statum mere secularem, so der Herr von W. vorher gehabt, nothwendig ändern, und ihn in ecclesiasticum facta prouisione versetzen müssen, nachdem bekanten Rechten nach, die Benennung der clericorum et ecclesiasticorum nach dem iure canonico sehr general ist, daß auch die Orden, sowol religiosi, als militares, mit darunter zu rechnen,

CAROL. *de* GRASS. *de effect. clericat. in prælud. n. 256. et effect. 1. n. 109. seqq.*

33 ja so gar die initiati mit dahin gehören, veluti qui primam tonsuram acceperunt,

IDEM *cit. l. effect. 1. n. 77.*

34 et qui nouitii sunt, nondum licet professi,

WIESTNER. *ad tit. de regular. n. 44.* *de* GRASSIS *cit. l. n. 79.*

so gar, daß auch dieselbe das priuilegium canonis, wie andere clerici, mit geniessen, wie in iure canonico deutlich versehen.

c. 21. de sentent. excomm. in 6.

35 Dieserwegen es wol ohnstreitig ist, daß ein solcher exspectiuatus auf eine gewisse Commende, eo ipso, da er eingeschrieben, und seine exspectantz für ein primarium gehalten wird, zu dem Joh. Orden mit gehören, und unter die personas ecclesiasticas mit gerechnet werden muß, weil er sonsten weder ein Recht aus seiner exspectantz auf eine gewisse commende acquiriren, noch eueniente vacationis casu succediren könte, als welches allein bey denen, die qualitatem ecclesiasticam haben, nicht aber die mere seculares sind, anzutreffen, quia talia debent esse subiecta, qualia permittuntur a suis prædicatis, das prædicatum der prouisionis ecclesiasticæ aber, quæ in exspectatiua latitat, keinen andern, als personis ecclesiasticis zukommen kan, dergestalt, daß gleichwie ohnstreitig die Balliui und commendatores mit zu der disposition des *art. V.* I. P. *§. 14 et 15.* gehören, als welche darin genennet sind, also auch mit dahin diejenigen, die ein ius perfectum et radicatum ad commendam certam erhalten, referiret werden, und sub reseruati ecclesiastici effectu begriffen seyn müssen; 36
welches alles noch deutlicher die historia und die ratio des reseruati ecclesiastici mit mehrern darthut, und anzeiget, daß die Catholischen nach der reformation die Protestanten aufs hefftigste als Ketzer und schismaticos verfolget, dahero nach dem principio iuris canonici mit ihnen verfahren, ihnen alle tolerantz denegiret, und sie gantz auszurotten inrendiret, und ob sie wol endlich auf gelindere Wege und Gedancken gerathen, und dem Religions-Frieden mit ihnen einzugehen sich entschliessen müssen, dennoch nach ihren principiis keinem Geistlichen gestatten wollen, daß er ohne Verlust seiner Kirchen-Aemter, præbenden, oder sonsten erlangten geistlichen Rechte zu denen Protestanten treten solte, sondern derselbe so fort seines erlangten Rechts in solchem Fall verlustig seyn solte, wowider der Protestanten remonstrationes nichts geholfen, sondern sie wider ihren Willen sich solches aufdringen lassen müssen, allermassen dann die Catholischen bey denen Geistlichen in ihrem principio beständig verblieben, hæreticum et schismaticum ab omnibus esse vitandum, nec cum eo communicandum,

c. 13. §. credentes X. de hæret.

inprimis vero ab omni gradu ecclesiastico 37
et iure repellendum, adeo vt nequidem liberi orthodoxi, ex parentibus hæreticis nati, vsque ad secundum lineæ paternæ et ad primum lineæ maternæ gradum ad beneficia ecclesiastica et clericatum admittendi sint,

c. Statutum de hæret. in 6.

welche Meynung so tief eingewurtzelt gewesen; 38
daß sie davon nicht abweichen wollen, sondern folgende formul dem Religions-Frieden einzurücken begehret:

Doch sollen hierin die Ertz-Bischöfe, Bischöfe, Prælaten, Capitul, Orden, und andere geistliche Stände, so in der administration sind, oder darein kommen würden (also auch die exspectivirte) ausgenommen seyn, dergestalt wo ein Herr, Ertz-Bischof, Bischof, Prælat oder anderer geistliches Standes von der alten Religion abtreten würde, daß derselbe seines Standes und Amts alsbald ipso iure et facto entsetzet seyn soll ꝛc.

LEHMANN. *de pac. velig. lib. 1. c. 10.*

welche formul so general abgefasset, daß solche alle und iede Geistliche, sie mögen in würcklichem Amte gestanden, oder nur exspectiviret dazu gewesen seyn, unter sich begriffen, und keine Ausnahme erlitten, wie man denn auch protestirender Seite damals überhaupt dieses re- 39
seruatum zu remouiren, nicht aber auf gewisse Art Geistliche allein zu restringiren, bedacht gewesen, so aus denen vorhergehenden tractaten bey dem LEHMANNO mit mehrern zu ersehen, dagegen aber von Seiten des Römischen Königes,

apud LEHMANN. *cit. l. lib. 1 c. 16.*

allerhand Ursachen angeführet worden, warum solche Abtretung von der Catholischen Religion,

saluo iure et statu suo ecclesiastico, denen Catholischen Geistlichen nicht zu verstatten seyn
40 möchte: α) weil bey denen Stiftern, prælaturen und beneficien sie nicht länger geduldet werden könten, denn so lange sie dermassen qualificiret blieben, wie es β) die Stiftungen vermögen, und γ) das geistliche Recht von ihnen erfordert, wodurch man das ius canonicum ohnstreitig verstanden, und solches in diesem passu zum Grunde geleget, mithin nach dessen Vorschrift alle und iede Geistliche, sie mögen in der perceptione beneficiorum seyn, oder durch exspectantien dazu Hoffnung haben, ihres Standes und Rechtes verlustig erkläret, so gar, daß man δ) diese Veränderung der Religion bey denen Geistlichen, sie mögen Namen haben wie sie wollen, für ein Verbrechen nach dem geistlichen Rechte gehalten, welches ihnen selbsten allein und nicht denen Stiftern zum Schaden gereichen könte; denn sonsten ε) dieser Friede denen Geistlichen überhaupt zu keinem Frieden und Ruhe gereichen könte. Und ob zwar die Evangelischen

apud LEHMANNVM *cit. l. c. 18.*

41 dagegen dupliciret, daß auf solche Weise es ihnen unerträglich sey, solches einzuwilligen, weil auf diese Weise alle Geistliche, so zu ihnen treten würden, für Ketzer gehalten, und denen Strafen, so das geistliche Recht darauf gesetzet, unterwürfig gemachet würden, so zur Verachtung ihrer Religion gereichen müste, so hat man dennoch es damals nicht weiter bringen können, als daß man diesen Punct wider Willen in die Hände Sr. Königlich. Majestät stellen müssen, welche darauf in dem erfolgten Religions-Frieden diesen Punct dergestalt determiniret:

> Wo ein Ertz-Bischof, Bischof, Prælat, oder ein anderer geistlichen Standes, (worunter die auf eine commende, oder gewisses beneficium exspectivirte nothwendig mit gemeynet sind, als welche ohne geistlichen Stand weder investiret, noch ein primarium, ja auch keine special-exspectantz erlangen mögen,) von unser alten Religion abtreten würde, daß derselbe sein Ertz-Bißthum, prælatur, und andere beneficia, (so weit er ein Recht daran gehabt,) auch damit alle Früchte und Einkommen, so er davon gehabt, alsbald ohne eintzige Wiederung und Verzug, iedoch seinen Ehren ohn nachtheilig, verlassen solle ꝛc.

42 Aus welchen Worten die wahre Absicht derer Catholischen, als welche damals diesen geistlichen Vorbehalt denen Evangelischen aufgedrungen, und solcher nach ihrer Meynung also zu erklären, mehr als zu deutlich erhellet, nicht weniger dieselbe zuerkennen gegeben, daß *alle andere geistlichen Standes* mit darunter begriffen
43 exspectativi speciales gehören, als welche per mutationem religionis eine solche inhabilitatem sich zugezogen, die mit der exspectativa speciali nicht bestehen mag, quod irregularis fieri dicatur; inhabilis autem et irregularis factus amittit etiam gratiam precum primariarum, et priuationem ipso iure sibi attrahit;

CHOCKIER *in schol. super. prec. primar. p. 30.*

LEVREN. *in for. benef. P. II. qu. 627. n. 1.*

Bevorab, da man an Seiten derer Catholicorum præsupponiret, daß, wer von ihnen zu unserer Religion übertrete, ein schismaticus würde, welcher nicht allein, wie schon vorhin gedacht, alle iura ecclesiastica ipso iure verlieret, sondern, wenn er wieder zur Römischen Kirchen treten solte, er nicht einsten ad ecclesiastica beneficia, siue actu, siue potentia talia, zugelassen werden kan, sine dispensatione præuia, 44

c. 5. X. de elect.

welches speciatim CLEMENS VII. auf die 45
Lutheraner appliciret, und denen Geistlichen, welche von ihnen zu der Römischen Kirchen zu treten sich angeben, in der BVLLA *de anno 1530. d. 15. Ian.* viel Gnade verspricht, anbey denen inquisitoribus prauitatis hæreticæ befiehlet, vt cum clericis secularibus et personis religiosis cuiusuis ordinis, status, et conditionis, super quauis irregularitate, quam tam ex hæresi, tam ex apostasia a fide, seu etiam ex eo, quod censuris et pœnis ecclesiasticis, tam a iure quam ab homine quauis occasione vel causa latis et promulgatis, quomodolibet incurrerint, aut ligati seu innodati diuina celebrando contraxerint, dispensarent,

tom. I. Bullar. magni p. 680.

woraus man den Sinn derer Römisch-Catho- 46
lischen, welchen sie bey dem reseruato ecclesiastico geführet, klärlich abnehmen und erweisen kan, daß sie die Veränderung ihrer Religion für absolut incompatibel mit einer dergleichen exspectantz gehalten, und aus dieser darauf gesetzten irregularität und inhabilität den Verlust der geistlichen Rechte, und zwar ipso iure, geschlossen, dergestalt, daß solches unmöglich allein auf die beneficia actualiter possessa restringiret, und die speciales exspectatiue davon ausgeschlossen werden können, mithin auch der *Oßnabrückische Friedensschluß art. V. §. 15.* als welcher in diesem Punct seinen Grund in dem Religions-Frieden hat, erkläret werden muß, als in welchem hierbey nichts geändert, und nur, damit eine völlige Gleichheit zwischen beyden Religionen seyn möchte, denen Protestanten hierbey gleiches Recht mitgetheilet; hiernächst muß man bey dem andern 47
membro wohl observiren, daß *in art. V. §. 14. instr. pacis* zwar de bonis immediatis ecclesiasticis gehandelt, und bey denenselben der effectus reseruati ecclesiastici in §. sq. hauptsächlich gesetzet und angeführet werde, und dahero gezweifelt werden möchte, ob die S. Baley und die davon dependirende Commenthurey

L. mit

L. mit dahin zu referiren? Gleichwol man dabey zuförderst untersuchen muß, was die pa-
48 cifcentes in dem gantzen Friedens-Schluß inter bona mediata et immediata verstanden, als welches aus dem Gegensatz am besten geschehen kan, da sich dann sofort findet, daß unter die bona immediata man alle Ertz- und Bißthümer, wie auch unmittelbare prælaturen, so denen Bischöflichen an der dignitate ecclesiastica gleich kommen, gerechnet, hergegen unter denen mediatis die geringeren Klöster, Stifter, nebst anderen Kirchen im Lande verstanden, nicht aber diese terminos so genau nach der mediatate imperii stricte dicta und der Landes-Hoheit, unter welcher sie liegen, allein bestimmet haben, wie solches aus denen tractatibus præcedentibus am besten erkant werden mag,

apud LONDORP. *tom. 17. act. publ. c. 30. p. 37. sq.*

und die Catholischen, nebst Evangelischen in solchem Begriffe gantz einerley Meynung geführet, allermassen der Evangelischen grauamina im letzt angezogenen Ort des LONDORPII solches anzeigen, die Catholischen auch in ihrer Antwort solchen Unterschied annehmen, und unter die mediata bona nichts als Kirchen, Klöster, Häuser, Gefälle, Recht und Gerechtigkeit, so die Evangelischen an sich gebracht, verstanden.

LONDORP. *cit. l. p. 41.*

Ferner die Evangelischen *cit. l. p. 44.* sub appellatione immediatorum bonorum die immediat-Stifter, Abteyen, Probsteyen, und Commenthureyen, wie auch die freyen weltlichen Stifter, die ein Evangelisch oder Catholisch Haupt gehabt; unter der Benennung der mediat-Stifter aber *p. 45. apud* LONDORP. Stift, Kloster, Baleyen, Commenthureyen und geistliche Güter, so die Evangelischen in Besitz gehabt, oder die im Evangelischen Lande gelegen, aber von Catholischen würcklich besessen worden, begriffen, ja *p. 48.* eine specification der immediat-Güter, sowol Catholischer, als Evangelischer Stände übergeben, in welcher unter andern Meissen, Naumburg und Merseburg mit referiret sind, und ungeachtet Chur-Sachsen solche als mediat-Stifter bishero unter seiner Landes-Hoheit gezogen, dennoch aus der Absicht, daß sie ein eigen Evangelisches geistliches Haupt gehabt, denen immediatis bonis zugerechnet; welches *p. 56. sq.* erweitert, und n. 3. davon also gesetzet wird:

> Was dann die immediat-Stifter anlanget, sie seind primat, Ertz-Bißthum, Bißthum, Abteyen, Probsteyen, Meisterthum, Balleyen, Commenthureyen, wie auch die ungemittelte Kayserliche freye weltlichen Stifter ꝛc.

Ferner n. 9.

> Alle diejenige mediat-Stifte, Klöster, Balleyen, Commenthureyen, Kirchen, und andere dergleichen geistliche Güter ꝛc.

Endlich so gar auch Dom-Capitul denen immediat-Gütern annumeriret sind,

LVNICH *Grundveste Europ. potenz. gerechtsame, p. 138.*

aus welchen allen man dann von selbsten leicht ermessen kan, daß das Herrn-Meisterthum des Ordens, in der Marck, Sachsen, Pommern und Wendland, mit seinen Commenthureyen, mit unter die bona immediata ecclesiastica, mit eben dem Rechte, als die Bißthümer begriffen worden. Allermassen (*a*) des Meisterthums expresse darinn gedacht: (*b*) mit einem eigenen geistlichen Haupt- und Ordens-Regenten, der seine eigene Ordens-Cantzley hat, versehen: darin (*c*) mit denen Bißthümern sowol an Grösse als dignität en parallel zu setzen: (*d*) unter dem obristen Meister im Deutschland, der ohn Zweifel unmittelbar im Reich ist, eben wie die Bißthümer unter denen Ertz-Bischöfen, stehet: (*e*) darin von andern Baleyen in denen andern Zungen unterschieden ist, daß es seine eigene commenden unter sich begriffen, und als ein priorat zu achten, da sonsten keine Baley dergleichen unter sich hat: (*f*) seine eigene Capirula hält, und die commendatores, sede vacante, einen Meister zu erwählen, befugt sind; dieser aber (*g*) von dem Groß-Prior in Deutschland confirmiret wird: (*h*) er die vacirende commenden more episcoporum conferiret: (*i*) von denselben jährlich die respons-Gelder erhält, und solche nach Malta durch den receptorem des Groß-priorats abstattet, und dadurch die recognition thut: (*k*) den Chur-Fürsten vom Brandenburg zum patrono ordinis hat, dessen auch der Ossnabrückische Friedens-Schluß art. XII. §. 3. gedencket, dabey man aber billig davon abstrahiret, was Chur-Brandenburg von wegen der superioritatis territorialis dabey zustehet, zumal genug ist, daß man bey dem Stift und Bißthümern selbsten in denen vorhergehenden tractaten des Friedens-Schlusses davon abstrahiret, und in genere alle Bißthümer und Ballivias eiusdem conditionis dahin gezogen, ohngeachtet man wohl gewust, daß wegen einiger Bißthümer ratione superioritatis territorialis die Sache nicht so klar und richtig sey, als welches man ausgesetzet gelassen, iedoch im regard der Geistlichen daselbsten bestimmten Rechte, alle Stifter, oder Bißthümer ohne Unterscheid, mithin auch dieses wichtige priorat, so in Ansehen des Groß-priorats von Deutschland als ein Bißthum zu achten, mit unter die dispositionem *art. V. §. 14 et 15* gezogen, so enumeratione singulorum corporum erhellet, als da sind, archiepiscopatus, episcopatus, Prælaturæ, Abbatiæ, Baliuiæ (Meisterthum, priorat) præpositurae, commendæ (welche von dem Groß-Priorat oder Priorat des Herrn-Meisters dependiren) siue liberæ fundationes seculares etc. nicht zu gedencken, daß die subiectio realis derer Ordens-Güter nicht so fort inuoluiret, daß das Meisterthum in Ansehen seiner Verfassung und etendue schlechterdings ad mediata corpora referiret werden müsse, man auch wohl siehet, daß im *art. V.*

§. 14.

§. 14. sowol als im §. 25. die balliuiæ mit inter bona immediata et mediata pro diverso earum statu gerechnet, allermassen zu der ersten Classe die Baley Brandenburg, so Commenden unter sich hat, und einem Priorat gleich kommt, zu der andern Classe aber die schlechten Baleyen, so keine Commenden
49 unter sich haben, billig gehören, aus diesem allen aber der richtige Schluß zu machen, daß, wenn ein commendator prouisus oder exspectiuatus, wie der Herr von W. die Religion changiret, das reseruatum bey ihm eben wie bey einem Canonico in einem Bißthum statt finden müsse, wenn man auch gleich einräumen wolte, daß solches vornemlich der immediat geistlichen Güter wegen im Oßnabrückischen Friedens-Schluß sowol als in dem Religions-
50 Frieden verordnet sey; endlich, und so viel das letzte membrum betrift, so ist zwar des geistlichen Vorbehalts bey denen immediaten geistlichen Gütern vornemlich gedacht, als welcher wegen es vornemlich denen protestantibus aufgedrungen, gleichwol von Seiten der Catholischen, als welche es für ihr palladium ihrer Religion gehalten, es niemals dahin allein restringiret wissen wollen, welches sowol die oben angeführte rationes bey dem ersten membro, als das bekante edictum Ferdinandeum, welches so viel Blutvergiessen angerichtet, und aus dem reseruato ecclesiastico geflossen, offenbar darlegen, nach welchem die Einziehung der geistlichen Güter, so die Evangelischen nach dem Passauischen Vertrag zu Behuf ihres Gottesdienstes an sich gezogen, mit dem grössesten rigeur geschehen, und mehrentheils an lauter mediat-Güter, als Klöster, und andere Stifter, exequiret worden ist, ja wohl zu glauben ist, daß, wer noch heute zu Tage seine Religion ändern solte, er seinen geistlichen Stand und geistliche Güter, und wenn es auch der allergeringste Dienst bey einem mediat-Stift gewesen, verlieren, und nicht einmal das Küster-Amt bey einer Dorf-Pfarre behalten würde, worinn ohne Zweifel die Protestanten mit denen Catholischen gar leicht sich conformiren und bekennen werden, daß es nicht wol möglich sey, daß ein Pfarrer und Küster, oder dessen substitut bey einer Evangelischen Gemeine, mutata religione, bleiben könne, zumal sie auf die Augspurgische Confession und dessen Lehre geschworen, und sub hac conditione angenommen; woraus denn die wahre Ursache abzunehmen, warum man bey denen hohen, oder immediat-Stiftern so sehr und vornemlich auf das reseruatum ecclesiasticum gedrungen, und der mediat-Stifter nicht sonderlich gedacht? Weil bey jenen es mehr auf das Regiment und fetten præbenden, dabey eben keine würcklich geistliche Amts-Verrichtungen sind, angekommen, so man bey der Catholischen Religion conseruiren wolen: bey dieser aber mehrentheils von selbsten erfolget, daß derjenige, so zur Evangelischen Religion getreten, ihr geistliches Amt nicht mehr verrichten und ihrer Gemeine vorstehen können dergestalt, daß man nicht sowol die mediat-Kirchen-Güter von dem reseruato auszuschliessen gemeynet gewesen, dessen Gegentheil die executio edicti Ferdinande, anzeiget, als nur für das vornehmste dabey beforget zu seyn, und die reichesten beneficia nebst dem geistlichen Regiment vornemlich zu conseruiren intendiret, wie denn der Verfasser, der bey dem ANTON FABR. in der Staats-Canzley tom. XXXIII. p. 487. befindlichen Schrift, wegen des Stifts Naumburg gar recht erinnert, daß man wohl zurück fragen möchte, in was für einen Reichs-Grund-Gesetze wegen des geistlichen Vorbehalts ein Unterscheid unter mediat und immediat-Stiftern gemachet worden sey? Anbey aber bey denen Catholischen, von welchen dieses reseruatum hergekommen, nachzuforschen: ob sie den geistlichen Vorbehalt nicht von mediat- sondern nur von immediat-Stiftern und Gütern verstanden haben wollen? Dessen Gegentheil die oben angeführte rationes darlegen, ja auch die dispositionen von denen mediat-Gütern, so im Oßnabrückischen Friedens-Schluß art. V. §. 25 zu befinden, das reseruatum zum Grunde hat, wohl erwogen, denen Evangelischen Ständen die mediat-Güter, so sie den 1. Ian. 1624. in ihren Landen besessen, und zu ihren sacris gebrauchet, schlechterdings zwar gelassen, aber dabey offenbar ist, daß solche auch schlechterdings bey denen Augspurgischen Religions-Verwandten verbleiben und keinen diversæ religionis consortibus zugeeignet werden müssen, dergestalt, daß, wenn der Landes-Herr gleich seine Religion ändert, diese Güter bey ihren sacris verbleiben, wenn aber ein Geistlicher Catholisch werden solte, derselbe solche ohnmöglich behalten kan, weil sonsten die obseruantia anni decretorii, et habita possessio, quæ vnicum fundamentum esse debet, nicht in eben dem Stande verbleiben, sondern verändert werden würde, dem zu folge auch, wenn ein Römisch-Catholischer Ritter auf die Commenthurey L. (posito, daß solche mit inter bona ecclesiastica mediata zu referiren) exspectiuiret oder prouidiret werden solte, ebenfals gedachter status anni decretorii nicht bleiben kan, als wenn ein Evangelischer darauf zwar exspectiuiret, oder gar bereits damit prouidiret, er sich nothwendig bescheiden muß, daß, wenn er die Religion changiret, er so wenig mehr inter exspectiuarios als realiter prouisos länger zu dulden sey, da sein veränderter Zustand mit seinem erlangten Rechte, und die habita possessio et obseruantia anni decretorii, welche keine Catholische exspectiuatos auf einige gewisse Commenthurey agnoscirt, mit seiner veränderten Religion sich gar nicht reimet, sondern es hier heisset, vnius positio est alterius destructio, et quæ prorsus incompatibilia sunt, in vno subiecto simul stare nequeunt.

Aus welchen drey Haupt-Gründen und deren Erörterungen die rationes dubitandi gar leicht eneruiret werden können, zumal quoad 51

ratio-

rationem primam et secundam bey dem ersten Grunde das Gegentheil bereits dargethan und gezeiget ist, daß alhier ohnedem von einem exspectiuato auf eine gewisse Commenthurey die Frage sey, dessen exspectantz einem primario gleich zu achten, anbey auch aus denen Lehn-Rechten bekant ist, quod exspectiuatus ex iisdem causis, ex quibus vasallus feudo priuari potest, etiam exspectatiuam amittat, vt dominus eueniente casu ei feudum tradere non teneatur, idque multo magis de simultanee inuestito dicendum,

ROSENTHAL *de feudis c. X. concl. 1. n. 8. 26.*

52 zugeschweigen, daß der Religions-Friede alle, die geistlichen Standes sind, mit sub reseruato ecclesiastico begreifet, niemand aber auf ein geistliches beneficium exspectiuiret werden kan, der nicht diesen geistlichen Stand vel per primam tonsuram, oder bey denen Evangelischen Commenthureyen durch die Einschreibung erhalten hat, qua de causa, qui nondum tonsuratus et sic adhuc laicus est, nec beneficium, nec literas de prouidendo impetrare potest, et si tale rescriptum de prouidendo impetrauit, illud caret effectu,

c. 6. X. de transact.

53 adeo vt, si postquam tale rescriptum gratiæ impetrauit, et tunc demum primam tonsuram accepit atque ita habilis factus fuit ad beneficium consequendum, nihilominus tamen admittendus non sit, nec qualitas superueniens eidem prodesse possit,

GONZALEZ *ad cit. c. 6. n. 6.*

adeoque cum quis eo tempore, quo rescriptum de prouidendo accepit, idoneam non habeat ætatem, ei tamen, licet postea legitimæ effectus sit ætatis, de beneficio prouideri non poterit,

c. 9. de rescript in 6.

woraus der Herr von W. sich selbst wird bescheiden können, daß, da er als exspectiuatus Catholisch gewesen, er nunmehro, da die Commenthurey L. vacant, und er wieder Evangelisch geworden, dessen Conferirung nicht wei-

54 ter begehren könne. Uebrigens, obgleich bey der ratione tertia nicht zu leugnen, daß einige differentia inter exspectativam et actuale beneficium anzutreffen, dennoch daraus nicht folgen will, daß auch ratione reseruati ein Unterschied sey, dessen Gegentheil vielfältig dargethan; anbey auch der rationi quartæ daraus zu begegnen, nachdem die Protestanten endlich in das reseruatum consentiren müssen, welches sie iure reciprocationis nicht anders annehmen und exerciren können, als die Catholischen solches nach ihren principiis exerciren, wie denn auch die in ratione quinta angemerckte inhabilitas intermedia alhier eben dasjenige effectuiren muß, was dieselbe effectuiret haben würde, wenn sie gleich tempore impetratæ exspectatiuæ da gewesen wäre, zumal dieselbe mit der Veränderung der Religion nach dem reseruato nicht bestehen können, und, was dabey aus dem Iesuiten LEVRENIO angeführet, um destoweniger alhier in consideration zu ziehen, da das Gegentheil gleich ietzo exiure canonico

per c. 9. de rescript. in 6.

dargethan ist, es auch bey dem reseruato eine gantz besondere Beschaffenheit hat, nach welchem ein Geistlicher, siue ius in re, siue ius ad rem habuerit, seines Rechts ipso iure so fort per mutationem religionis priuiret wird, dergestalt, daß, wenn er gleich seinen vorigen statum habilitatis wieder annehmen solte, er doch nicht anders als per nouam gratiam zu einer exspectantz gelangen kan, und die alte exspectantz nicht wieder reuiuiscret, cum ad iura amissa et renunciata non detur regressus sine nouo titulo,

c. 12. X. de renunc.

FLAMIN. PARIS. *de resign. benef. l. 1. qu. 13. n. 21. 43. sq.*

dergleichen renunciatio tacita in der Veränderung der Religion anzutreffen, als welche der Herr von W. freywillig resoluiret und bewerckstelliget, solche auch nach denen in ratione dubitandi tertia gesetzten principiis ad amittendam exspectatiuam genugsam gewesen; hie- 55 bey also quoad rationem sextam der Unterscheid sich klar hervorthut, warum man demjenigen, der in der Catholischen Religion geboren und erzogen, aber nachgehends die Augustanam Confessionem annimmt, den Zugang zu denen geistlichen beneficiis nicht versaget? gleichwol demjenigen, der tempore impetratæ exspectativæ noch Evangelisch gewesen, hernach aber sich zur Catholischen Kirchen gewendet, und nunmehr, da die vacantz existiret, wiederum zu seiner ersten Religion getreten, von seinem erhaltenen Rechte ausschliessen muß? Da der erste noch kein Recht gehabt, und also nichts verlieren können; der andere aber ein ius ad certam commendam erhalten, solches aber per mutationem religionis, welche mit seiner exspectantz incompatibel ist, vorloren, und nunmehro zu dem verlornen Recht per reditum ad pristina sacra nicht kommen mag, ob man ihm gleich billig gönnen muß, daß er wieder inter exspectiuatos de nouo aufgenommen werden könne, wodurch er aber de præsenti keine succession auf die Commenthurey L. prætendiren mag; ferner bey der ratione septima nicht nöthig ist, sich weiter aufzuhalten, da bey dem 56 andern Grunde dargethan, daß die Baley-Brandenburg revera ein priorat sey, und denen beneficiis maioribus, wovon der *art. V. l. p. §. 14.* redet, gantz gleich zu halten, nicht weniger quoad rationem octauam bey dem letzten Grunde demonstriret ist, daß intuitu reseruati das discrimen inter beneficia mediata et immediata nicht gegründet sey, wie solches abermal der Verfasser eines andern scripti

apud ANTON. FABR. *tom. XXXIV. p. 293. sqq.*

ferner darthut, und dahin die generalen Worte des Osnabrückischen Friedens-Schlusses, *art. V. §. 15.* aut etiam alii ecclesiastici, nicht allein ziehet, sondern auch aus dem Exempel derer Canonicate, die in eigentlichem Verstande bona mediata sind, erläutert, und nach der hypothesi des Chur-Sächsischen Hofes, daß das Stift Naumburg inter mediata bona zu referiren, die Frage aufwirft: ob ein Catholischer Churfürst zu Sachsen einen Naumburgischen Canonicum, der Catholisch geworden, bey seinem Canonicat schützen könne? Welches wohl ohnmöglich ist, weil die possessio habita et obseruantia anni decretorii nicht bleiben kan, dergestalt, daß auch der letzte Administrator des Stifts, mutata religione, das Stift als verloren geachtet, und man solches am Chur-Sächsischen Hofe agnosciret, dahero dann des seligen HENNIGES Meynung hierbey sehr paradox und unverantwortlich ist, wie er dann in seinen *meditationibus* gar oft bey denen decisio-
57 nibus gefehlet; wiederum die ratio nona schon vorhin resoluiret, und der wahre Verstand des instrumenti pacis dargeleget ist, auch das in ratio decima angeführte Exempel des Naumburgischen Stifts und dabey verfochtene differentz inter bona mediata et immediata hierbey nichts vermag, da der Hochselige Administrator durch sein eigen Exempel das Gegentheil dargethan, und das Stift als verloren geachtet, so auch der Herr von W. bey seiner exspectantz sich zu bescheiden hat, und ihm die in ratione duodecima angemerckte prioritas temporis nunmehr weiter nichts hilft:

So erhellet hieraus so viel, daß ein solcher 58
exspectiuarus, als der Herr von W. gewesen, durch die Veränderung der Religion seines aus der gehabten exspectantz gehabten Rechtes, verlustig werde, und per redirum ad pristina sacra den vorigen locum nicht wieder bekomme, vielmehr per nouam gratiam eine neue exspectantz suchen müsse. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXIV

RESPONSVM XI.

THEMATA.

I. Status Augustanæ confessionis vi iuris episcopalis iuramentum Simoniæ a neo-vocatis pastoribus, contradicente etiam patrono catholico, exigere possunt. n. 1-21.

II. De remediis contra viam facti secundum Instrumentum pacis. n. 22-26.

III. De vtilitate iuramenti Simoniæ. n. 27-32.

IV. De honorariis patronorum. n. 33-38.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio I. De iuramento Simoniæ a neo-vocatis, contradicente patrono, licite exigendo. n. 2.

Laudabilis consuetudo erga ecclesiam pia devotione introducta sub prætextu canonicæ pietatis haud infringendu est. n. 3.

Num sit simonia, dare temporale pro spirituali, si non detur vt pretium sed vt honorarium? n. 4.

Tres recensentur propositiones Theologorum moralium societatis Iesu circa crimen simoniæ. n. 5.

Quæ per Bullas papales declaratæ sunt vt falsæ, temerariæ et scandalosæ. n. 18.

Num per exactionem iuramenti simoniæ iuri præsentandi præiudicium fiat? n. 6. 19.

Iuramentum simoniæ non vbique inter protestantes est receptum. n. 7.

Secundum pacem Osnabrugensem obseruantia anni 1624. vnica regula est omnium contentionum inter Catholicos et Protestantes. n. 8.

Ius episcopale siue sacrorum se etiam extendit circa curam ecclesiæ, et vt ei candidati habiles præponantur. n. 9.

Simonia iure canonico dicitur exsecrabile flagitium et capitale crimen. n. 10.

Et qui illud committunt, sacerdotio prorsus indigni sunt. n. 10.

Patroni ob crimen simoniæ iure patronatus ipso iure priuantur. n. 11.

Iuramentum simoniæ in conciliis approbatum est. n. 12.

Et

Et praxis eius in terris principum protestantium probatur. n. 13. 14.
Simonia inter protestantes etiam criminibus accensetur. n. 15.
In introductione iuramenti simoniæ patronis non competit ius contradicendi. n. 16.
Sed simpliciter pertinet ad iura sacrorum. ibid.
A iuribus stolæ non valet argumentum ad dationem temporalium pro spiritualibus. n. 17.
Iuramentum simoniæ ab eo, qui ius circa sacra habet, iuste exigi potest. n. 20.
Decisio quæstionis I. n. 21.
Quæstio II. De remediis contra viam facti secundum instrumentum pacis. n. 22.
Via facti in I. P. pro crimine fractæ pacis publicæ habetur, n. 23. 24.
Et hoc casu mandata sine clausula decernuntur. ibid.
qualia remedia contra viam facti competant? n. 25.
Decisio quæstionis II. n. 26.
Quæstio III. de vtilitate iuramenti simoniæ. n. 27.
Incommoda iuramenti simoniæ proponuntur. n. 28.
Nundinationes officiorum sacrorum admodum periculosæ sunt. n. 29. 30.
Ita vt hac via officium obtinentes fures dicantur. ibid.
Iuramenti simoniæ vtilitas demonstratur. n. 31.
Decisio quæstionis III. n. 32.
Quæstio IV. de honorariis patronorum. n. 33.
Occasio ad abusum rei prohibitæ quouis modo tollenda est. n. 34.
Laudemia a vasallis exigere licet. n. 35.
Et ex paritate rationis patronis integrum est, honoraria exigere a candidatis. n. 36.
Modo per indirectum tale honorarium nundinationem parochiarum non inducat. n. 37.
Decisio quæstionis IV. n. 38.

Quæstio I.

Ob nicht ein status A. C. vi iuris episcopalis **das** iuramentum ambitus vel Simoniæ **bey** neo-vocatis Pastoribus, **auch** contradicente patrono catholico, **einzuführen berechtiget sey?** 2

Rationes dubitandi.

1 Mes dieselbe uns eine facti speciem nebst vier Fragen zugeschicket ꝛc.
Hat sich von geraumer Zeit her bey Erledigung und Wiederbestellung einiger in dasigem Stadt-Gebiete befindlicher Evangelischer Dorf-Pfarren darin eine merckliche Unordnunge hervor gethan, und immer weiter ausgebreitet, daß, da eine benachbarte Catholische Herrschaft auf sothanen Pfarren das ius patronatus hergebracht, dasiger Stadt aber das ius episcopale und Kirchen-Recht unstreitig darauf zustehet, immassen denn bey entstehender Erledigung dem Rath daselben von dem Catholischen Patrono ein anderweites subiectum zu einer neuen Pfarre nominiret, derselbe darauf im consistorio daselbst exploriret, und bey wahrnehmender sattsamer Tüchtigkeit vom Stadt-Meister und Rath confirmiret, und in das officium pastorale würcklich installiret zu werden pfleget, bey solchen Pfarr-Vergebungen allerhand facta simoniaca mit unterlaufen, indeme der candidatus entweder für die nomination grosse Geldsummen erlegen, oder sich zu einer gewissen ihm vorgeschlagenen Heyrath verstehen, zuweilen auch wol beydes gefallen lassen muß, welchem Uebel ins künftige vorzubauen, man für das allerdienlichste Mittel angesehen, nach dem Exempel verschiedener anderer Herrschaften überhaupt im Stadt und Lande das iuramentum Simoniæ in geistlichen Wahlen einzuführen, vermöge dessen ein ieder neo-vocatus pastor vor dem würcklichen Eintritt in das Pfarr-Amt eydlich zu erhalten hat, daß er durch keine ungleiche Mittel und Wege zu dem Pfarr-Dienst gelanget, man aber schon vorher siehet, daß solches institutum dem patrono Catholico nicht anständig seyn, auch sonsten einiger Zweifel vorfallen will, ob solch iuramentum einzuführen, de consilio seyn dürfte. Diesemnach hierbey einige Fragen uns vorgeleget sind:

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

Rationes dubitandi.

Ob wol bey dieser Frage vornemlich darauf 3
zu sehen seyn möchte, daß man alhier vornemlich mit dem patrono catholico zu thun habe, welcher dieses neue institutum als einen Eingriff in sein wohl hergebrachtes ius patronatus ansehen und daraus eine Beströckung desselben erzwingen möchte, allermassen 1) eines theils bekant ist, wie viele unter denen Catholischen die so genante Simoniam oder ambitum mit vielen prætextibus und subterfugiis zu coloriren pflegen, und dabey anführen, quod laudabilis consuetudo erga ecclesiam pia fidelium devotione introducta ex fermento hæreticæ prauitatis, sub prætextu canonicæ pietatis infringenda haud sit,

c. 41. de Simonia.

welches 2) nicht allein bey den gewöhnlichen 4
Pfarr-accidentien, sondern auch bey Vergebung derer Pfarren statt finden möchte, angesehen, keine diuersitas rationis unter beyden sich finden will, vielmehr 3) pro excusanda hac consuetudine, viele unter denen Catholischen behaupten, non esse simoniam dare temporale pro spirituali, si non detur vt pretium, sed vt honorarium vel motiuum, vt illud offerens præ aliis a patrono nominetur, wie denn ins besondere in Franckreich im vorigen se- 5
culo von einigen Theologis moralibus ex societate Iesu diese drey propositiones behauptet

worden: 1) non est contra iustitiam, beneficia ecclesiastica non conferre gratis: quia collator conferens illa beneficia ecclesiastica, pecunia interueniente, non exiget illam pro collatione beneficii, sed veluti pro emolumento temporali, quod tibi conferre non tenebatur: 2) dare temporale pro spiritualibus, non est simonia, quando temporale non datur tanquam pretium, sed duntaxat tanquam motiuum conferendi vel efficiendi spirituale, vel etiam quando temporale fit solum gratuita compensatio pro spirituali aut e contra: 3) et id locum habet, etiamsi temporale fit principale motiuum dandi spirituale. Imo etiamsi sit finis ipsius rei spiritualis, sic vt illud pluris æstimetur, quam res spiritualis;

10. PONTAS *in diction. cas. conscient. tom. III. voce simonia p. 427. Apolog. moral. Theologor. p. 62.*

6 Dahero dann 4) die Catholischen patroni sich dieser doctrin bedienen, und daß zu ihrem præiuditz das iuramentum Simoniæ gereichen würde, anführen könten, zumal auf solche Weise das ius præsentandi gehemmet, und per indirectum gehindert werden möchte, wenn ihnen nicht erlaubet seyn solte, ein und andere honoraria von denen candidatis zu nehmen;
7 ausserdem 5) das iuramentum Simoniæ nicht durchgehends bey denen Protestanten, ohngeachtet der Obrigkeit das ius circa sacra zustehet, eingeführet, und weil alhier Stadtmeister
8 und Rath der Reichs-Stadt S. ex iure supremo sacro seu episcopali gegen den patronum Catholicum einzuführen intendiren, es das Ansehen gewinnen will, als wenn solches gegen den statum, possessionem, et obseruantiam anni decretorii und also unzulässlich sey, cum iuxta pacem Osnabrugensem obseruantia prædicti anni vnica regula et norma omnium contentionum inter Catholicos et protestantes esse debeat.

Instr. pac. art. V. §. 2. 14. 15. 25. 29.

Rationes decidendi.

9 Dieweil aber dennoch 1) es ohnstreitig ist, daß Stadt-Meistern und Rath daselbst das ius sacrorum oder so genante episcopale in dem Stadt-Gebiete und in denselben liegenden Evangelischen Pfarren zustehet, vermöge dessen denselben nachgelassen seyn muß, allen dergleichen Mißbräuchen vorzubauen, wodurch gegen göttliche und weltliche Gesetze sich die candidati in die Evangelische Kirchen einzudrengen und durch
10 höchst verbotene unrechtmäßige Wege, die das ius canonicum als ein execrabile flagitium und capirale crimen

in c. 7. C. 1. qu. 1.

vor andern selbst detestiret, das Kirchen- und Geistliche-Amt an sich zu kaufen suchen, id quod qui faciunt, sacerdotio prorsus indigni sunt,

l. 31. C. de episc. et cleric.

so gar, daß auch die patroni, die dergleichen 11
schändliche Handlungen und Gewerbe mit denen Pfarren treiben, ihres patronat-Rechtes ipso iure priuiret zu achten, und 2) zu dem Ende gegen solche Mißbräuche das iuramen- 12
tum Simoniæ gar nöthig und heilsam von langen Zeiten gehalten worden, zumal anno 1222. *in concilio Oxoniensi c. 17.* expresse versehen worden, præsenti quoque statuto definimus, vt episcopus ab eo, qui sibi præsentatus fuerit, recipiat iuramentum, quod propter præsentationem illam nec promiserit nec dederit aliquid præsentanti, nec aliquod propter hoc pactum inierit etc.

HARDVIN. *tom. VII. coll. concil. p. 119.*

in Deutschland aber anno 1225. in einem *concilio* zu Maynz *c. 11.* imgleichen anno 1549. *c. 91.* dieses iuramentum denen præsentatis iniungiret,

HARD. *cit. l. p 140. et tom. IX. p. 2136.*

solches auch im Ertz-Bisthum Salzburg anno 1568. durch einen synodum prouincialem *constit. XIII. c. 7.* eingeführet, und eine weitläuftige formula denen candidatis vorgeschrieben ist,

LVNICH. *in contin. III. spicil. eccl. p. 808.*

ja auch bey denen Protestanten hin und wieder 13
ohne diesen abgelegten Eyd niemand zum officio ecclesiastico gelassen wird, wie solches die praxis des Chur-Hannoverischen Consistorii bestätiget, auch des Königs im Preussen Friedrichs Majestät, glorwürdigsten Andenckens, de dato Königsberg den 25. Sept. 1698. durch eine eigene constitution diesen Pfarr-Krämereyen vorgebauet, und solche den *24. Novemb.* 1699. sub dato Cöln an der Spree wiederholet und verordnet:

> Daß kein Prediger, er sey wer er wolle, in specie auch bey denen Pfarren, so von Edelleuten und andern priuatis vergeben werden, bestellet werde, er habe denn das sogenante iuramentum Simoniæ vorher abgeschworen, und damit betheuret, daß er, um solchen Pfarr-Dienst zu erlangen, keinem Menschen etwas gegeben, oder künftig geben wolle, und daß er auch zu solcher Pfarre sub quacunque spe aut promisso matrimonio nicht gekommen sey;

also daraus offenbar ist, daß dieses iuramen- 14
tum sowol bey denen Catholischen als Evangelischen eine gantz gewöhnliche und lobenswürdige Sache sey, welche eine iede Obrigkeit, so die geistliche Ober-Bothmäßigkeit hat, mit allem Recht folgen kan, und 3) de- 15
nen Patronis hiebey kein ius contradicendi zustehet, als welche ihr freyes Recht zu præsentiren ohngeschmählert behalten, im Gegentheil kein ius Simoniace candidatos zu præsentiren sich anmassen können, als welches auch bey denen Protestanten als ein crimen angesehen, und gestraset wird,

HAHN. *de crimin. ambit. ecclesiast.*

dabey auch keinem Patrono erlaubet ist, einem Evange-

61 Evangelischen Stande in seinem libero iuris sacrorum exercitio bey seinen Evangelischen Kirchen, so in seinem Gebiete liegen, einen Ein-
17 griff zu thun. Uebrigens was 4) einige pro excusando hoc prauo more anführen, wenigen Grund hat, zumal was in ratione prima de laudabili consuetudine gemeldet worden, nicht hieher, als in welchen das ius canonicum alle Gewohnheit verdammet, sondern auf die gewöhnlichen und angeführten Pfarr-Amts-accidentien, so sehr geringe sind, gehet, und von diesen auf die Verkaufung der Kirchen-Aemter keinen Schluß zu machen, vielmehr jene als pars salarii billig beyzubehalten, der andere præterxt aber in ratione secunda von denen gescheitesten Catholicken selbsten gemißbilliget wird,

PASCAL. *sub nomine Montaltii epist. 12. p. 336.*

18 ja in genere INNOCENTIVS III. solche sophistische Auslegung bey diesem Laster verworfen,

c. 36. X. de Simon.

insbesondere aber die drey propositiones einiger Catholischen Theologorum moralium, durch speciale Bullen der Päbste verdammet sind, zumal ALEXANDER VII. sub dato den 24. Sept. 1665. und hernach auch INNOCENTIVS XI. die erste proposition, die andern beyden aber ietztgedachter Innocentius den 2. Mart. 1679. bey Strafe des Bannes verboten und verdammet,

IO. PONTAS *in dict. cas. conscient. tom. III. voce Simon. cas. 4.*

19 auch vorher schon die Theologische Facultät zu Paris den 16. Iul. 1658. alle drey als falsas, temerarias, scandalosas, atque quasi fenestram aperientes omnibus cuiusuis generis Simoniæ, iure diuino aduersantes declariret,

IDEM *cit. l. p. 430.*

mithin kein Catholischer Patronus hierbey einige excuse, als wenn diese doctrina etwa problematica wäre, anführen, vielweniger allegiren kan, daß dadurch das ius præsentandi gehemmet würde, wie in ratione quarta vorgegeben worden, als welches ihnen nach wie vor
20 frey bleibet, endlich auch bey der ratione quinta denselben kein Recht zustehet, einem Evangelischen statui in ecclesiasticis eorumque libero exercitio einiges Recht in seinem Gebiete vorzuschreiben, nach welchen denenselben frey bleiben muß, alles was zum besten seiner Evangelischen Kirchen gereichet, einzuführen, zumal dieses sowol bey Catholischen als Evangelischen gantz gewöhnlich ist, und ein Evangelischer status in seinem Gebiete es nicht mit dem Patrono, dem sein ius præsentandi in saluo bleibet, sondern allein mit denen Evangelischen candidatis præsentatis zuthun hat, die sie examiniren, confirmiren, und darauf ordiniren lassen, zu dem examine aber dieses mit gehöret, daß sie nicht allein auf dessen Lehr, Leben und Wandel aufs genaueste inquiriren, sondern auch, wie billig, untersuchen, wie er zu solcher præsentation gelanget, dergestalt, daß der terminus anni decretorii hieher keines weges zu ziehen, zumal dem patrono Catholico sein liberum ius præsentandi dadurch nicht genommen noch restringiret wird, ihn also die Einführung dieses instituti nichts angehet,

So ist ein status A. C. das iuramentum 21
ambitus seu Simoniæ in seinem Gebiete auch contradicenta patrono Catholico einzuführen wohl befugt.

Quæstio II.

Wie und durch was für erlaubte Rechts-Mittel ein status A. C. sothane Befugniß mit behörigem effect behaupten könne? 22

Rationes dubitandi.

Bey dieser Frage möchte zwar dieses impe- 23
dimentum zu befürchten seyn, daß, wenn der patronus catholicus sine nundinatione die Pfarren nicht vergeben, und wenn der candidatus, so Geld für die præsentation gegeben, nicht confirmiret werden solte, der patronus Catholicus dem candidatum eigenthätiger Weise in die Pfarr-Kirche einzusetzen suchen, anbey sich quouis modo et via facti bey dieser Weise mainteniren würde.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch gegen alle vias facti die 24
Reichs-Gesetze die gehörigen Mittel an die Hand geben, ins besondere aber der Oßnabrückische Friedens-Schluß sub pœna fractæ pacis publicæ solche verbieten, und dagegen per mandata sine clausula verfahren werden kan,

art. XVII. I. P. §. 4.

dahero kein ander Mittel übrig ist, als daß kein 25
candidatus præsentatus ohne diesen Eyd zum Kirchen-Amt zugelassen, und ihm inzwischen die confirmation verweigert werde, mit der Verwarnung, daß, wenn er sich binnen der dazu anzuberahmenden Frist nicht anschicken würde, er gäntzlich abgewiesen, und ex iure deuolutionis ein ander gesetzet werden solle, übrigens woferne der patronus Catholicus dagegen Gewalt ausüben würde, alsdann gegen denselben mit denen im Heil. Röm. Reich und Friedens-Schluß verordneten Rechts-Mitteln zu verfahren.

So ist auf ietztgedachte Weise die quæstio- 26
nirte Befugniß zu gehörigem effect zu bringen.

Quæstio III.

Ob die Einführung des iuramenti Simoniæ für heilsam und rathsamlich zu halten? 27

Rationes dubitandi.

28 Ob wol ausser denen bey der vorigen Frage angeführten zu befürchtenden Schwürigkeiten nicht unbillig dafür gehalten werden möchte, daß vielleicht mehr Unheil und Schaden von dem iuramento Simoniæ als Vortheil und Nutzen zu hoffen sey, in dem die benachbarten patroni catholici, wenn sie dadurch an Ausbiet- und Verkaufung der Pfarren verhindert werden solten, alle Gelegenheit suchen werden, dem Evangelischen Wesen in dasigem Stadt-Gebiete auf alle Art und Weise Tort zu thun, allerhand Streit und Irrungen zu erregen, auch denen patronat-Pfarren ihre revenüen zu bestricken und mit Arresten zu belegen, zumal wol wenig patronat-Pfarren seyn werden, da nicht der patronus noch einige disposition über die Pfarr-revenüen haben solle, und man denselben dabey in die Hände sehen müsse; endlich derselbe dennoch nicht unterlassen wird, die liederlichsten candidatos, so er nur bekommen kan, zu præsentiren, nicht zu gedencken, wie in fraudem huius iuramenti viele schlimmere Wege und indirecti modi erdacht werden möchten.

Rationes decidendi.

29 Weil aber dennoch wol kein grösseres Uebel bey denen Kirchen erdacht werden kan, als wenn solche denen plus licitantibus feil und ausgeboten, und denen Meistbietenden, ohne regard auf die Geschicklichkeit, Leben, Wandel, und die rechte Gestalt eines Evangelischen Predigers zu haben, verkaufet werden, wie absonderlich die Kayser in ihren Gesetzen selbst angemercket,

l. 31. C. de episc. et cler.

30 zumal wol nicht möglich ist, daß ein gewissenhafter Prediger, und dem es um die Seelen der ihm anvertrauten Gemeine zu thun ist, sich resoluiren werde, durch diese Gottlose und in allen Rechten verdammte Wege in das Pfarr-Amt zu kommen, vielmehr nicht anders daraus zu schliessen, als daß keinen andern als gottlosen candidatis und reissenden Wölfen die Evangelische Pfarren offen stehen, und mit solchen besetzet werden, von welchen Mietlingen aber nichts anders als das äusserste Verderben, und Ruin der Heerde Christi zu befürchten, neque tales per ostium i. e. Christum intrant, sed, vt ipsa veritas testatur, fures sunt et latrones,

c. 113. C. 1. qu. 1.

dieselbe auch mit ihrem bösen Wandel allen Unfug anrichten und was sie lehren, darnieder schlagen,

BALTHASAR KOPKE *de ἀναξία vitæ parochialis,*

qualis ecclesia, quæ inutilem pastorem habet, vacare dicitur,

c. 2. X. de translat. episc.

31 und weil daher kein gröss'er malum bey denen Evangelischen Kirchen als von solchen nundinatoribus erdacht werden kan, im Gegentheil die andern mala, so dagegen von denen patronis Catholicis bey Einführung des iuramenti Simoniæ zu befürchten, nur das Zeitliche betreffen, und weit geringer sind; es allerdings rath- und heilsam ist, dieses iuramentum einzuführen, bevorab, da wenn Bestrickungen an denen Pfarr-revenüen geschehen solten, solche nach Maßgebung der Reichs-constitution von Pfandungen gehoben werden können.

So halten wir dafür, daß die gedachte Einführung des iuramenti Simoniæ für heil- und rathsam zu halten sey. 32

Quæstio IV.

Ob nicht gleichwol, da der Patronus ausser denen Cantzley-Gebühren unter dem Namen eines Bechers hundert und mehr Gülden von dem præsentando fordert, solches absque Simoniæ vitio passiret, und von dem iurament ausgenommen werden könne und möge? 33

Rationes dubitandi & decidendi.

Bey dieser Frage will es zwar das Ansehen gewinnen, als wenn, so ferne man die unter dem Namen eines Bechers von dem nominando geforderte hundert und mehr Gülden von diesem iurament ausnehmen wolte, das iuramentum Simoniæ ohne allen effect seyn würde, zumal denen interessirten patronis dadurch Gelegenheit gegeben wird, sub hoc titulo dennoch die Pfarren zu verkaufen, und den Meistbietenden das ius nominandi zu geben. 34

Dieweil aber dennoch dieses, so von Alters her ausser denen Cantzley-Gebühren unter diesem Titel von denen præsentandis gegeben wird, als ein laudemium anzusehen, so für die Belehnung mit der Pfarre, als worin das ius patronatus bestehet, gegeben, und pro recognitione gezahlet wird, dergleichen exempla auch anders wo anzutreffen sind, 35

BOEHMER *in iur. Paroch. Sect. 3. c. 1. §. 23.*

so denen patronis ohne Schmählerungen ihres Pfarr-Lehns nicht entzogen werden kan, zumal dergleichen honoraria von Alters her gantz gewöhnlich gewesen, und inthronistica genannt sind, 36

Nov. 56. c. 1. Nov. 123. c. 3.

IVSTELLI *et* VOELLII *bibliotb. iur. canon. p. 1319.*

man also nicht sowol mit denen candidatis als mit dem patrono Catholico hierüber in Collision gerathen würde, dabey iedoch diese præcaution zu gebrauchen seyn wird, daß solche Ausnahme nur auf das bisher gewöhnliche quan- 37

tum

tum des so genannten Bechers gesetzet, und dadurch verhütet werde, daß solches nicht erhöhet und per indirectum die nundinatio parochiarum exerciret werde, zu welchem Ende die candidati, was sie für den Becher zahlen müssen, anzuzeigen schuldig sind, damit man sehen könne, ob sie mit gutem Gewissen das iuramentum Simoniæ abschwören mögen.

So erhellet hieraus so viel, daß auf die eingeschränckete Art und Weise, dasjenige, was sub nomine eines Bechers ausser denen Cantzley-Gebühren dem Patrono gegegeben werden muß, von dem iuramento Simoniæ wohl ausgenommen werden kan. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MARTIO MDCCXXXV.

RESPONSVM XII.

THEMA.

De iure principum euangelicorum, iustis ex causis dimittendi ministros ecclesiæ.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio de iure principum dimittendi ministros ecclesiæ. n. 2.
Sine speciali inquisitione pœna remotionis locum non habet. n. 3.
Qualis sit finis defensionis pro auertenda? n. 4.
Minister ecclesiæ esse debet irreprehensibilis. n. 5.
Nemo inauditus condemnandus est. n. 6. 21.
Pro ministro ecclesiæ ratione vitæ honestæ summa militat præsumtio. n. 7.
Iuramenti purgatorii vsus antiquis temporibus qualis fuerit? n. 8.
Dimissio ministri ecclesiæ an sit implicita et indirecta remotio? n. 9. 58.
Aeque ac resignatio officii sacri ad instantiam patroni facta? n. 10.
Ecclesiæ non licet dimittere episcopum suum, aut se ab eo segregare, vt alterum viuente eo accipiat. n. 11.
Episcopus per ordinationem ecclesiæ vinculo pastorali intime alligatur. n. 12.
Vinculum inter ecclesiam et episcopum vinculo matrimoniali et spirituali æquiparatur. n. 13.
Quod inter Catholicos solus Papa dissoluere potest. n. 14.
Adeo vt absque eius consensu nec resignatio locum habeat. n. 15.
Vocatio ad beneficium ecclesiasticum ius irrevocabile in ministrum ecclesiæ transfert. n. 16.
Feudum sine iusta et graui causa reuocari nequit. n. 17.
Num minister ecclesiæ auctoritate principis dimitti possit? n. 18.
Princeps ad vocationem ministri ecclesiæ ministerialiter concurrere dicitur. n. 19. 66.
Sententia Clementis de dimissione ministrorum recensetur. n. 20.
Principi ius supremum circa sacra et independens competit. n. 22.
Consistoria et patroni secundum leges pronunciare debent. n. 23.
Princeps in coercenda contumacia sacra ad leges obseruandas non obligatur. n. 24.
In quonam superioritas principum ecclesiasticorum sacra consistat? n. 25.
In dimittendis ministris ecclesiæ salus ecclesiæ suprema lex esse debet. n. 26. 27.
Princeps legum suarum arbiter est, non minister. n. 28.
Dimissio ministrorum ecclesiæ inter Protestantes aliquando a Patronis et collatoribus dependet. n. 29.
Multo magis hoc ius principi territorii competit. n. 30.
Præsertim concurrentibus iustis causis. n. 37. sqq.
Dimissio ministrorum ecclesiæ neque christianismo neque naturæ officii sacri contrariatur. n. 31.
Ius honestæ missionis post reformationem in vocationibus sæpissime patroni sibi reseruarunt. n. 32. 33. 34.
Cuius vtilitas demonstratur. n. 34. 35. 36.
Conuersatio suspecta clericorum cum fœminis, canonibus conciliorum prohibita est. n. 39.
Exemplum contumaciæ sacræ. n. 39. 40 41.
Conuersatio cum Agapetis et subintroductis mulieribus clericis prohibetur. n. 44 56. 57.
Ecclesia dicitur viduata, quæ licet episcopum habeat, inutilem tamen perhibetur habere. n. 46. sqq.
Honesta missio fieri potest sine speciali inquisitione et sententia. n. 50. sqq.
Reuocatio vocationis non impleta conditione licita est. n. 51. 53. sqq.
Per vocationem ad officium sacrum contractus innominatus, do vt facias, initur. n. 52. 62.
Cui competit ius officia conferendi, ei etiam ius officiales dimittendi non est denegandum. n. 59.

Expli-

Explicatur c. 11. C. VII. q. I. n. 60.
Matrimonium spirituale inter ecclesiam et episcopum secundum principia protestantium non contrahitur. n. 61.
Num minister ecclesiæ, denegata ei sine causa dimissione, licite ecclesiam suam deserere possit? n. 64.
Vocatio ministrorum ecclesiæ non est immediata. n. 64. 65.
Remotio quomodo differat ab honesta missione? n. 67. 68.
Decisio quæstionis. n. 69.

1 EW. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit haben mir die gegen den Superintendenten N. ergangene Untersuchungs-Acta gnädigst zugeschicket, woraus zu ersehen, daß derselbe seit einigen Jahren sich nach eigener Geständniß von seiner Ehe-Frauen separiret, und dagegen mit andern Weibes-Personen, besonders mit einer Wittwen, der H. in dem genauesten Umgang gelebet, so, daß dieses verdächtige commercium zur öffentlichen Rede und scandal bey dasiger Stadt-Gemeinde so wol als im gantzen Lande nothwendig ausschlagen, und dahero von Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit solchem Uebel gesteuret werden müssen. Ob nun wol Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit demselben zum öftern ernstlich zu reden, und bey unausbleiblicher suspension ab officio verwarnen, auch ihm den weitern verdächtigen Umgang mit der gedachten Wittwe untersagen lassen, so ist es doch von Zeit zu Zeit ärger worden, dergestalt, daß Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit bey solchem beharrlichen Ungehorsam zur würcklichen suspension zu schreiten sich genöthiget gesehen, welches doch wenig bey ihm gefruchtet, vielmehr er sich f. act. 182. dahin nur erkläret:

> Daß, wenn ihm in seinem Hause wegen seiner Frauen und deren Anfälle Ruhe geschaffet würde, er den Umgang sowol mit der H. und S. als andern Personen, so viel sein Predigt-Amt, und Christliche Pflicht zulasse, aus unterthänigem Gehorsam nach aller Möglichkeit moderiren werde.

2 Welche auf Schrauben gesetzte moderation nicht einsten erfolget, sondern es hat der gedachte Superintendent den verbotenen Umgang noch immer mehr continuiret, solchen bis dato täglich fortgesetzet, und damit in offenbarer renitentz und Ungehorsam beharret. Ausser solchem verdächtigen und scandaleusen Umgang ergeben ferner die acta, daß er sein Amt sehr lässig geführet, die Kirchen-visitationes gantz superficiel und nicht nach der Gebühr gehalten, den bey der Reformirten Kirchen üblichen presbyterial-convent, auf ausdrückliches Begehren der übrigen Mitglieder aller Ordnung zuwider, und bloß aus Bedrgniß, daß er selbsten seines dero Gemeine gegebenes Aergerniß wegen würde besprochen werden, durchaus nicht halten lassen wollen, auch dabey sich in seinen Schriften nicht entblödet, seine hohe Obrigkeit, der gemachten gerechten Verfügung wegen, auf gantz verwegene Weise, vor GOttes Gericht zu provociren, so dann die dasige Kirchen-Ordnung in vielen Stücken hindangesetzet, und unter andern mit seinen verdächtigen Weibes-Personen, die Wittwe S. so vorher der Lutherischen Lehre zugethan gewesen, ohne vorher, der Kirchen-Ordnung gemässe, und bey dem presbyterial-convent anzustellende Untersuchung, sogleich bey denen Reformirten zum Abendmahl zugelassen und also reformirt gemachet, wodurch er, absonderlich aber dadurch ein grosses Aergerniß der Gemeine gegeben, daß er bey der selbst gehaltenen und verlesenen Verhaltung und general-Beichte die Verwarnung an die Ehebrecher aus der agenda weggelassen, und den gantzen paragraphum übergangen, ausserdem auch hin und her in Häusern des Abends communion und angebliche Liebesmahle gehalten, und gegen alles Verbot damit continuiret. Da nun Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit allem ferneren Aergerniß und den aus der verzögerten vacantz des Oberpfarr-Amts, wie auch inspections- und superintendur-Verrichtungen zubesorgenden Unordnungen und Schaden vorzubeugen gesonnen sind, bey so bewandten Umständen ihn vielmehr zu dimittiren, als eine special-inquisition gegen ihn anstellen zu lassen, so haben Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit mir gnädigst anbefohlen mein rechtliches Gutachten darüber zu ertheilen:

Quæstio:

Ob Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit, bewandten Umständen nach, aus Landes-Fürstlicher Macht und Hohen Obrigkeitlichen Amts wegen dem Superintendenten N. sonder Anstand seine dimission ertheilen möge?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol aus denen Acten zu ersehen, daß 3
1) gegen den Superintendenten N. generaliter zwar inquiriret, derselbe aber noch zur Zeit nicht über die ihm beygemessene imputata summariter verhöret worden, also alles noch in terminis nudæ inquisitionis generalis stehet, und die Sache noch lange nicht im Stande sey, daß auf eine remotion erkant werden könne; vielmehr da derselbe 2) seine exculpations-Schrift 4
bereits in Maio ad acta gegeben, und solche loco defensionis pro auertenda gehalten werden kan, es das Ansehen gewinnen will, als wenn zuförderst darüber erkant werden müsse, ob mit der special-inquisition gegen ihm zu verfahren, oder nicht vielmehr die erkante suspension

wieder

5 wieder aufzuheben; bevorab da man 3) niemahl zur Untersuchung wegen verdächtigen und scandaleusen Umgang mit der Witwen H. und S. und anderen gegen sein Amt verübten ihm beygemessenen excessen geschritten, er bereits einige Monath suspendiret gewesen, und nöthig seyn will, daß man in dem angefangenen tramite fortfahre, welches sowol das gemeine Beste der Kirchen und reipublicæ, ne delicta maneant impunita, absonderlich bey einem der vornehmsten Geistlichen, der vor andern, sine crimine et irreprehensibilis seyn muß,

Tit. I, 6. 1 Timoth. III.

6 als sein Amt erfordern möchte, da er sonsten, wenn man ihn von seinem Amte ohne vorher genugsam überführtes Verschulden verstossen sollte, er unschuldig leiden und ausser Stand gesetzet werden würde, sein ihm von GOtt verliehenes Talent zu Besserung des Christen-
7 thums anzuwenden; allermassen 4) man nichts ungebührliches bishero auf ihn bringen können, und die Handreichung, so ihm von denen beyden gedachten Witwen geschiehet, bey seinen betrübten Haus-Umständen, da er mit seiner Frauen im äussersten dissidio lebet, und deren Hülfe und assistenz beraubet ist, wohl einige Entschuldigung meritiren und ihn von allem ungleichen Verdacht befreyen möchte, nachdem er eine grosse præsumtion wegen seiner in actis hervorscheinenden Frömmigkeit und Eifer zur
8 Erbauung des Christenthums vor sich zu haben scheinet; und wenn ja 5) einiger Verdacht übrig bleiben solte, solcher am besten per iuramentum purgatorium, als welches in denen ältesten Zeiten in dergleichen Fällen allein übrig geblieben, elidiret werden könne, damit dadurch
9 offenbahr werde, daß er irreprehensibilis sey: ausser dem aber 6) die intendirte dimission bey solchen Umständen eine implicita et indi-
10 recta remotion seyn möchte, die nur honoris gratia und fast eben so bewandt zu seyn scheinen will, als wenn demjenigen, der die remotion meritiret, unter den Fuß gegeben wird, daß er selber resigniren muß, als welches in effectu eine remotion ist, und sine sufficiente causa legitime probata nicht geschehen kan,

c. 10. X de excess. prælat.
c. 6 et 9. de concess. præb.

ja aus vielen andern Ursachen diese intendirte dimission alhier zweifelhaftig gemachet werden
11 könte, da 7) er sein Amt, als Superintendens, zwar von Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit hat, aber dabey Oberpfarrer bey der vornehmsten Stadt- und Pfarr-Kirche ist, welchem der Rath sowol für sich, als die Reformirte Bürgerschaft unterthänigst denominiret und vorschläget, und die vocation zu solchem Oberpfarramt ihm in gewöhnlicher Form ausstellet, und darauf selbe zur gnädigsten confirmation Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit præsentiret, wie solches der religions-recess vom 4. Oct. 1701. deutlich darleget, daraus aber erhellen will, daß er nicht in einer specialen Bedienung bey Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit engagiret, der nach gutbefinden dimittiret werden könne, sondern zur Seelsorge bey einer gewissen Gemeinde gesetzet, und von dem Rath vociret sey, der nicht lediglich als ein Diener von Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit, qui facilius dimitti poterit, sondern als ein Diener der Gemeinde und des göttlichen Worts, dazu er von der Gemeinde berufen worden, anzusehen, und dahero die dimission sich auf ihn bey so bewandten Umständen nicht wohl schicken will. Zumal die alten Kirchen-Rechte davon also statuiren: Sicuti vxori non licet dimittere virum suum, vt alteri se, viuente eo, matrimonio socier, aut cum eo adulteret, licet fornicatus sit vir eius, sed iuxta apostolum aut viro suo reconciliari debet aut manere innupta: ita ecclesiæ non licet dimittere episcopum suum, aut se ab eo segregare, vt alterum viuente eo accipiat: sed aut ipsum habeat, aut innupta maneat, i. e. alterum episcopum, suo viuente, non accipiat, ne fornicationis aut adulterii crimen incurrat,

c. 11. C. 7. q. 1.

wie man dann 8) in denen alten Zeiten dafür 12
gehalten, daß ein ieder Bischoff, welchem ein Oberpfarrer und Superintendens, nach der Gestalt der ältesten Kirchen, in allem gleich ist, durch die ordination seiner Gemeinde vinculo pastorali so gar intime verknüpfet sey

c. 7. X de voto.

daß man dieses vinculum inter ecclesiam et 13
episcopum dem vinculo matrimoniali et spirituali gleich gehalten,

c. 46. X de elect.

welches von solcher Wichtigkeit angesehen wor- 14
den, vt solus papa inter catholicos illud dissoluere possit tanquam vicarius Dei,

c. 1. 2. 3. X de translat. episc.

nec resignare possit episcopus absque pon- 15
tificis consensu,

c. 4. X eod.

wie dann 9) die natura et qualitas beneficio- 16
rum ecclesiasticorum, wozu die Geistliche indefinite berufen werden, mit sich zu bringen scheinet, vt ius irrevocabile in ministrum ecclesiæ transferatur,

ZIEGLER *de episc. lib. III. c. 16. §. 1. §§q.*

prout in feudis fieri solet, quorum rationem hæc beneficia ecclesiastica habent.

ESPEN *de iur. eccles. P. II. tit. 18. c. 1. §. 2. §§q.*

Dahero wenn 10) allenfalls eine dimission, 17
quæ est resignatio officii ecclesiastici, geschehen solte, solche wol ohne wichtige Ursache, nicht geschehen kan, eben so wenig als ein Lehn sine causa iusta et graui nicht reuociret werden mag,

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

SCHILTER *exercit. ad D XXXVII. §. 143.*

quod nunquam talis dimissio careat ignominia et grau fortunarum iactura,

LYNCKER *de beneplacito Sect. II. c. 1. §. 11.*

18 Zumahl wie 11) ein Geistlicher sein Amt pro lubitu nicht niederlegen, und ohne erhaltene dimission nicht resigniren kan, also es scheinen will, daß derselbe auch, ne quidem auctoritate principis, dimittiret werden könne, indem diese absonderlich GOttes Amt führen, und von GOtt berufen seyn müssen, als welcher das Predigtamt gestiftet, so von keinem weltlichen Arm dependiren möchte. Uebrigens
19 12) ob es zwar sonsten heisset: eius est dimittere, cuius est vocare, dennoch solches auf die geistlichen Aemter nicht wohl applicabel seyn soll, weil auch eine hohe Landes-Obrigkeit nicht als Herr des Predigtamts anzusehen, sondern nur dazu, einiger Lehrer Aussage nach, ministeriáliter, als ein Werckzeug und Diener GOttes concurriret, und dahero solchen ihr Amt, so lange sie GOtt darin duldet, nicht neh-
20 men kan; so daß dazu 13) wol nöthig seyn will, daß sie darüber gehöret, und ordentlich darüber erkant werde, ob sie sich so vergangen, daß sie nicht länger mit Nutzen der Kirchen das Amt führen können, dahero auch CLEMENS in seiner herrlichen Epistel an die Corinther, dieweil sie etliche Aeltesten von dem Amte verstossen hatten, gar bedencklich schreibet: **Es wird auch keine geringe Sünde seyn, wenn wir die verstossen solten, die die Gaben ihrer Aufsicht heilig und untadelich darbringen = = Dann wir sehen, daß ihr einige hinweggebracht habet, die doch wohl gewandelt haben, aus dem Amte, damit sie doch untadelich beehret worden* ꝛc. gegen welche schöne Erinnerung leicht gehandelt werden könte, wenn die hohe Landes-Obrigkeit, auch aus der geistlichen Oberbothmäßigkeit, die Geistlichen, so ihm etwa nicht anstehen, schlechterdings dimittiren, und ihnen ihr Amt aufkündigen wolte, so
21 14) im gegenwärtigen casu um desto bedencklicher ist, als sich der Superintendens N. in seiner weitläuftigen exculpations-Schrift von allem Anstoß exculpiret zu haben vermeinet, und durchgehends die Schuld auf seine Frau giebet, welche ihm aus blosser jalousie so viel Drangsalen und Widerwärtigkeit, worüber er passim sich sehr beklaget, verursachet:

Rationes decidendi.

22 Weil aber dennoch 1) hierbey anfänglich ein grosser Unterschied inter principem euangelieum, qui ius supremum circa sacra exercet und weit mehr als episcopalem potestatem exerciret, quippe quæ dependens et admodum limitata est,

23 STRYK. *de iur. papali princip. euangel. c. 1.*

und unter dem geistlichen consistorio, oder einem patrono zu machen, da dieser strikte an die Gesetze gebunden, und durch ordentlichen processs die Absetzung der Geistlichen zu vollstrecken schuldig ist, und regulariter dieselbe zu beurlauben nicht befugt ist, ohngeachtet er sol-24
che vociret; hergegen einem Evangelischen Landes-Herrn die Hände dabey nicht dergestalt gebunden sind, daß er nicht einen widerspenstigen und der Gemeinde anstößigen Geistlichen, der nach vielfältigem Vermahnen seinen anstößigen Wandel nicht ändern und von seinem verdächtigen Wandel mit andern Weibern nicht abstehen will, beurlauben solte, bevorab wenn alle gradus bey ihm umsonst gebraucht worden, die suspension so gar nichts fruchten wollen, sondern er vielmehr in seiner so genanten pertinacia sacra verharret, und sich aller Bothmäßigkeit entziehen will; angesehen 2) die superioritas 25
principum euangelicorum sacra oder die geistliche Oberbothmäßigkeit eben darin bestehet, daß vermöge derselben ein Evangelischer Fürst darauf acht haben und besorgen müsse, daß unanstößige und solche Männer denen Gemeinden vorgesetzet werden, wodurch dieselbe erbauet, und durch einen exemplarischen Wandel gebessert, hergegen aber dieselbe davon ausgeschlossen werden, welche durch ihre anstößige conuersation und Wandel die Gemeinde ärgern, und sich nicht in der vorgeschriebenen Ordnung halten
wollen, welche dann, 3) wenn es der Kirchen 26
und Gemeinde Bestes erfordert, auch ohne weitläuftigen processs und Umstand, post maturam causæ cognitionem, wohl beurlaubet werden mögen. Da es auch hier billig heissen muß: 27
salus ecclesiæ, seu cœtus fidelium suprema lex esse debet, qua omnes aliæ leges limitantur et restringuntur, welches um desto füglicher geschehen kan, wenn durch längern Verzug viele Unordnungen, aus Mangel der nöthigen inspection, bey denen Gemeinden einreissen, welchem nicht anders als mit Beurlaubung eines bereits viele Monath suspendirten und in seiner Halsstarrigkeit verharrenden Geistlichen vorgebeuget werden kan, da im Gegentheil, wenn die Untersuchung allemal durch einen ordentlichen inquisitions-processs gehen und durch Urthel ausgemachet werden solte, viele Jahre darüber verlaufen, und ein solches wichtiges Amt unbesetzet bleiben könte, welches dem Endzweck der Christlichen Religion und aller Seel-Sorge zu wider laufet; und da nun 4) einem Evange- 28
lischen Landes-Herrn das Beste seines Landes, und absonderlich derer Christlichen Gemeinden billig am Hertzen lieget, daß die so nöthige Seel-Sorge dabey nicht vermindert, versäumet, und durch allerhand tramites et prætextus hindan gesetzet werde, ihm auch, zu solchen so guten und löblichen Zwecke zu gelangen, alle Mittel erlaubet seyn müssen, obgleich solche von dem via ordinaria iudiciali abweichen, cum princeps sit legum suarum arbiter non minister; bevorab da 5) dergleichen Beurlaubung derer 29
Kirchen-Diener nicht ungewöhnlich in unseren

Kir-

Kirchen ist, sondern so gar denen patronis, wo es hergebracht, erlaubet ist, wie dann in der *ordin. March. consist.* tit. 10. §. fin. mit klaren Worten solches bestärcket wird: Weil die *patroni* und *collatores vocirer* und *præsentiren*, auch wieder zu enturlauben hergebracht haben, soll es dabey nochmals gelassen werden. Dahero was einem patrono durch hergebrachte Gewohnheit hiebey zukommen kan, der sonsten an die Gesetze stricte gebunden ist, solches billig um destomehr einem Landes-Herrn aus der hohen geistlichen Landes-Hoheit zustehen muß, als welche weit mehr, als eine solche Gewohnheit, bey denen patronis, vermag, und dahero auch einem Landes-Herrn wohl zustehet, solche Gewohnheit zu approbiren, oder wieder aufzuheben, wenn er durch der Landstände dissens, (so weit derselben consens dazu nöthig) daran nicht gehindert wird, gestalt dann, wenn 6) die Beurlaubung der Geistlichen, nach einiger Theologorum Meinung, dem Christenthum und Predigtamt zuwider seyn solte, kein Landes-Herr sich berechtigen könte, deraleichen Gewohnheit zu approbiren, und die Beurlaubung derer Geistlichen denen patronis zu indulgiren, welches kein Vernünftiger statuiren wird. Darneben 7) aus der Historie gantz bekant ist, daß man nach der reformation an den meisten Orten die Prediger, mit Vorbehaltung der Beurlaubung, nach halbjähriger Loskündigung, berufen, und solche auch wieder ohne allen process dimittiret, wenn man erfahren hat, daß sie ihrem Amt nicht wohl vorgestanden, wie ich mit vielen Exempeln behauptet habe

tom. V. iur. eccl. protest. tit. de pæn. circa fin.

Wie denn auch in Chur-Sachsen noch im vorigen Seculo solches denen patronis zugelassen gewesen, bis endlich der Churfürst a. 1632. per rescriptum verbothen, keine Prediger mit Vorbehalt der Beurlaubung auf halbjährige Loskündigung, mehr anzunehmen,

CARPZ. *in iurispr. conf. lib. I. def. 41.*

welches bey denen patronis gar wohl geschehen mögen, nachdem vielleicht viel Mißbrauch daraus entsprungen ist, sonsten aber an und vor sich selbsten nicht eben einem principi anzurathen ist, solches schlechterdings zu verbieten, als welches mannichmal pro re nata sehr nöthig ist, und deswegen auch von dem sel. SPENER nicht gemißbilliget worden ist.

P. I. der theol. Bedencken, c. II. art. 2. sect. 21. p. 560. sq.

Zumal wenn man 8) die Schwierigkeiten und den Schaden derer Gemeinden bedencket, die bey denen remotionibus ministrorum ecclesiæ post diurnum processum nicht præcauiret werden können, dabey es doch um das Heil der Seelen so vieler hundert Menschen, die dabey leiden, zu thun ist, welchem Verderben in der Christenheit am sichersten durch honestas missiones ministrorum ecclesiæ, die sich ausser aller Ordnung und Gehorsam setzen, vorgebauet werden kan, beworab wenn 9) solche Geistliche sich durch einen ordentlichen revers zu allem Gehorsam ihrer Schuldigkeit, und zu aller Treu in ihrem Amte verbunden, oder im Fall sie dagegen handeln würden sich engagiret haben, geschehen zu lassen, daß auf solchen Fall ihre vocation ihnen wieder abgefordert werde, welches insgemein die Prediger bey denen Consistoriis so gar thun müssen, und in der That nichts anders als eine ehrliche Beurlaubung oder honesta missio ist. 36

Nach welchen principiis 10) Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit in gegenwärtigem casu um destomehr verfahren können, als bereits einige Jahre durch des Superintendenten N. verdächtigen Umgang mit der H. und S. die Gemeinden geärgert worden; so daß Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit gemüßiget worden sind, per rescriptum vom 12. April. 1741. über diesen anstößigen Umgang dero gerechten Mißfallen zu bezeugen, und von dem Consistorio einen pflichtmäßigen umständlichen Bericht zu begehren, worüber auch des Consistorii Bericht fol. 3. erfolget, und darin angezeiget ist, daß der Superintendens seit zwey Jahren bereits mit gedachten Weibern die meiste Zeit in der Wochen, bis in die späte Nacht zugebracht, worüber auch fol. 10. sqq. einige Zeugen summarisch abgehöret worden, welche solches umständlich bestärcket, und darauf anderweit fol. 17. sqq. ein weitläuftiger Bericht abgestattet worden, so auch Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit bewogen, per rescriptum vom 9. May 1741. fol. 39. fernere Untersuchung anstellen zu lassen, und zu verordnen, daß Zeugen über solchen ärgerlichen Umgang eydlich abgehöret werden solten, welches auch in denen Acten in dem folgenden von fol. 41 bis 161. geschehen, und durch vieler eydlichen Zeugen Aussage dieser ärgerliche Umgang mit denen beyden Weibes-Personen mehr als zu klar erwiesen ist: dahero dann 11) dieses Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit veranlasset, auf abgestatteten Bericht den 6. Sept. 1741. an das Consistorium zu rescribiren: 37 38

ihm forderlichst darüber Vorhaltung zu thun, und seine Erklärung ad acta zu nehmen, auch da er solches nicht in Abrede seyn können, ihn auf drey Monath zu suspendiren.

Welchem Befehl zwar das Consistorium nachgelebet, iedoch er sich nicht stellen wollen, dahero Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit dero Consistorial-Rath N. befohlen, ihn vor sich zu fordern, und dessen Erklärung zu vernehmen, da er dann erschienen, den fleißigen Umgang mit der Wittwen H. fol. 175. zwar gestanden, aber vermeinet, daß solches nichts verbothenes sey, worauf denn nichts anders erfolgen können, als daß ihm die suspension angekündiget werden müssen, so er auch acceptiret, wobey denn 12) sehr notable ist, daß er bald hernach fol. 182. in seinem an Ew. Hochfürstliche Durch- 39

lauchtigkeit gerichteten Memorial sich also erkläret.

Daß ich, wo mir in meinem Hause wegen meines bösen Weibes . . Ruhe geschaffet wird, den Umgang sowol mit benannten beyden Wittwen, als andern Personen so viel mein Predigtamt und Christliche Pflicht zulässet, aus unterthänigstem Gehorsam nach aller Möglichkeit moderiren werde.

Woraus sein beharrlicher Vorsatz, den anstößigen Umgang mit diesen beyden Weibern, zu continuiren, mehr als zu klar am Tage lieget, da an statt, daß er sich dessen gäntzlich enthalten sollen und müssen, er nichts mehr als dieses versprochen, daß er, *nach Möglichkeit*, diesen scandaleusen Umgang *moderiren* wolte, gegen welchen anstößigen Umgang in vielen hundert canonibus conciliorum billig geeifert, und mit solchem Nachdrucke derselbe Verbothen ist, daß man davon ein gantzes Buch schreiben könte.

40 Uebrigens diese Erklärung 13) auch eine klare marque ist, daß er Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit hohen Befehl vilipendire, und gleichfalls bestimmen und sich erklären wolle, wie weit er solchem pariren wolle oder nicht, da er doch zu dessen Beobachtung seiner theuresten Pflicht und Schuldigkeit nach schlechterdings verbun-

41 den gewesen, dessen Gegentheil 14) er aber in der That erwiesen, da er seit seiner suspension den fleißigen Umgang mit denen beyden Wittwen, alles Verbots ohngeachtet, continuiret, wie die *Acta* der Acten weiset, welches dann Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit dahin determiniret, mit der suspension noch weiter zu

42 continuiren, bevorab da er 15) zu deren Eludirung, und weil er die publica sacra zu verwalten ausser Stande gesetzet gewesen, er gantz besondere eigene sacra privata mit Haltung der communion und denen so genannten Liebes-Mahlen, in seinem und anderen Häusern angestellet, und dadurch den Pöbel irritiret, daß derselbe viel Unfug erreget, und Ew. Hochfürstliche

43 Durchlauchtigkeit solche vi maiori steuren müssen, nicht weniger 16) er durch den ärgerlichen beständigen Umgang mit der H. und S. zu dem innerlichen Haus-Krieg und Unfrieden die erste Gelegenheit gegeben, sich darüber von seiner Frau separiret, diesen fremden Weibern aber allein angehangen und denenselben so gar eigen sich ergeben, daß die ärgsten *sviten* der Unordnungen dadurch in seinem Haus-Wesen entspringen müssen, und es dahero bey ihm gar recht geheissen: Wer seinem eigenen Hause nicht wohl vorstehet, wie will der der Gemeinde GOttes vorstehen und versorgen.

1 Tim. III, 5.

Welches alles 17) bloß zu dem Ende angeführet ist, daß sowol aus seinem Ungehorsam und Vilipendirung Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit Befehle auch affectirter independentz als anstößigen Wandel mit Weibes-Personen, die theils bey ihm öfters bis in die spähte Nacht gewesen, und er beständig in ihren Häusern auf eine verdächtige Art bey ihnen hinwiederum sich aufgehalten, und daraus entstandener höchst ärgerlicher Zwistigkeit zwischen ihm und seiner Frauen, die dergleichen Umgang nicht leiden können, offenbar erhellet, daß Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit die grösseste Ursache haben, einen solchen ungetreuen, anstößigen und öffentliche Aergerniß gebenden Seelsorger, der dazu im consistorio mit sitzet, als Superintendens über die Kirchen die inspection hat, und Oberpfarrer ist, zu beurlauben, und das Heil der Kirchen, so Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit am Hertz- und Gewissen lieget, hierbey allein zu beobachten: in mehreren Betracht 18) 44
dieses in actis mit vielem geschwornen Zeugniß, theils bestärcket, theils durch seine eigene Bekäntniß offenbar ist, ja er durch Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit grosse Gedult und Langmüthigkeit, mit welcher dieselbe auf seine Besserung und Veränderung gewartet, nicht einsten zu bessern und gesundern Gedancken gebracht werden können, mithin nicht zu hoffen stehet, daß er von solchem unziemlichen Wandel abstehen und seiner Gemeinde künftig besser und mit Nutzen vorstehen werde, so doch keinesweges länger und vorietzo um destoweniger zu dulden ist, als schon in den vierten und folgenden seculis dergleichen Pest bey denen Kirchen-Lehrern hin und wieder eingeschlichen, unter dem Schein der Ausübung der Gottseligkeit einige Lehrer und Bischöfe sich so genannte agapetas, Liebesschwestern, und subintroductas mulieres zugeleget, und mit ihnen einen verdächtigen Umgang gepflogen, so bereits in concilio Nicæno c. 3. höchst verboten, und von denen Patribus vielfältig verdammet worden,

c. 27. 30. 31. 33. D. 81.

ESPENCÆVS *lib VI. contin. c. 12. p. 905.*

ja selbst in denen Kayserlichen Gesetzen aufs ernstlichste verboten ist.

l. 19. C de episc. et clev.

l. 44. C Theod. eod. ibique IAC. GOTHOFR. *in comm.*

Dergleichen pestem Agapetarum, wie dieses Uebel also HIERONYMVS *in epist ad Eustoch. de custod. virg.* betitult, der Superintendens doch wieder zu reduciren gesuchet, der doch dazu noch im Ehestande lebet, und seine Frau darüber de facto verlassen, und sich von ihr gäntzlich separiret, woraus denn 19) nothwendig 45
noch andere mehrere betrübte *sviten* gefolget sind, daß er aus gar zu grosser Neigung zu diesen Agapeten seinem Amt übel vorgestanden, die presbyterial-conuente negligiret, die Kirchenvisitationes schlecht verrichtet, und den Gottes-Dienst nicht gebührender massen abgewartet, wovon bereits viele specimina bey denen Acten befindlich sind, welche aber zu erläutern und auszuführen unnöthig ist, weil vorietzo nicht die Frage von einer ordentlichen remotion und Absetzung, sondern nur davon dieselbe formiret ist, ob Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit aus

Lan-

Landesfürstlicher Macht, nach dero Hochobrigkeitlichem Amt bewandten klaren Umständen nach einen solchen Seelsorger zu beurlauben, und ohne fernere Weitläuftigkeit zu dimittiren befugt sind? Zu welchem dasjenige, was in confesso und mit Zeugen klar erwiesen ist, zureichend,
46 und dieses 20) bey solchen eclatanten Umständen um desto weniger Zweifel hat, als das Heil der Kirchen, welche nun über Jahr und Tag ihre ordentliche Pflege verlohren, und die höchstnöthige inspection über das Kirchen-Wesen, so er vornemlich zu besorgen gehabt, aber bishero wegen seiner verdienten suspension darnieder gelegen, solches erfordern, und der zerrüttete Zustand der Kirchen nicht anders anzusehen ist, als wenn sie gar keinen Seelsorger mehr hätte, cum iuxta communem modum loquendi dicatur ecclesia viduata, quæ licet episcopum habeat, inutilem tamen perhibetur habere.

c. 2. X de translat. episcop.

47 Dieserwegen Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit um destomehr schuldig sind, aus höchster geistlicher Oberbothmäßigkeit für die gleichsam vacirenden Gemeinde, nach geschehener Beurlaubung, zu sorgen, nachdem alle Hoffnung zur Besserung, und Ablassung von seinen Agaperen bey ihm verloren gegangen, und Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit lange genug auf seine Besserung gewartet, ihn nicht übereilet, sondern alles gethan, was nur möglich gewesen, ihn wieder in gehörige Ordnung zu bringen,
48 dieserwegen solche Beurlaubung nunmehro 21) um desto mehr geschehen kan, als er nach seinem von ihm unterschriebenen und fol. act. 178. beschriebenen revers schuldig gewesen, sein Amt nach seinem besten Vermögen so zu verwalten, daß er wegen dessen Verwaltung dem Allmächtigen werde Rechenschaft geben müssen: daß er allen Pflichten, wie solche ihm in denen Kirchenagenden vorgeschrieben sind, treulich nachkommen, und sich nach denen Kirchen-Ordnungen durchaus in allen Puncten gemäß verhalten, sich denen Fürstlichen Verordnungen unterwerfen, oder geschehen lassen wolle, daß die ausgestellete vocation von ihm wieder abgefordert werde, welches eben durch seine Beurlau-
49 bung effectuiret wird, allermassen dann 22) dieser revers sich auf die Kirchenagenda beziehet, in welchen p. 155. die puncta, darauf ein ieder, so zum Kirchen-Dienste angenommen wird, sich verpflichten muß, specialius und unter andern §. 11. auch dieses mit enthalten ist:

> Daß ich mich für meine Person in meinem Amte und gantzen Leben, Worten, Wercken, Gebehrden, Kleidungen, und sonsten eines ehrbaren, aufrichtigen und gottseligen Wesens und Wandels zum höchsten will befleißigen, und meinen Kirchen-Dienst mit einen gutem Wandel zieren. Denn es hat mir Christus der HERR durch seinen Apostel Paulum befehlen lassen: ich solte seyn ein Fürbild meiner Gemeinde, nicht allein im Worte, sondern auch zugleich im Wandel, in der Liebe, im Geiste, im Glauben, *in der Keuschheit.*

Ferner im §. 12.

> Daß ich auch neben dem, mein Weib, meine Kinder, Gesinde, und Hausgenossen, ernstlich dahin weisen und anhalten will, daß sie sich mit männiglichen freundlich betragen, auch sonsten durchaus einen guten Christlichen und unsträflichen Wandel führen, und niemand keine Aergerniß geben. Denn es stehet geschrieben: ein Bischof, oder Kirchen-Diener, soll seinem eigenen Hause wohl vorstehen, sein Weib soll ehrbar, seine Kinder gehorsam seyn.

Nicht weniger im §. 14.

> Daß ich gleichergestalt S. Fürstlichen Gn. Regierung und verordneten Räthen ** in ihrem Amte und Befehlen gehorsamen * * wenn ich vor Fürstliche Regierung erfordert werde, iedesmal erscheinen, und deren Verordnungen und Bescheiden gehorsamlich geloben * * * mich der censur meiner fratrum willig und gerne unterwerfen will,

welchen Puncten in allen er zu wider gehandelt, eine independentz einführen, und sich bloß nach Möglichkeit, Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit Befehl in Dingen, die er billig gänzlich von selbsten unterlassen sollen, unterwerfen, und solche nur moderiren, nicht aber das Verbotene gäntzlich einstellen wollen, daß also nach seinem eigenen revers nichts mehr übrig ist, als daß seine vocation ihm mit gutem Recht wieder abgefordert, und er beurlaubet werden könne,
50 wobey 23) weder eine förmliche vorhergehende special-inquisition noch Erkäntniß darüber erfordert wird, als welches beydes allein in casu remotionis vel depositionis nöthig ist, quæ pœnam ob crimen commissum vel gravem excessum præsupponit, qua nemo affici debet, nisi prævia legitima inquisitione; im Gegentheil die Beurlaubung eines Widersinnigen so wenig für eine formelle Strafe gehalten werden mag, als wenig man sagen kan, daß wenn ein vornehmer Geistlicher resigniret, und inuito principe in andere Dienste gehet, (als welches in einigen Fällen man zulassen will,

DEDEKENN. *in conf. theol. Vol. 1. 2. sect. 9. n. 4.*)

der princeps dadurch gestrafet werde, vielmehr solche dimission in simplici revocatione officii sacri, ministro ecclesiæ commisso bestehet, weil der dimittendus, seinem revers gemäß, sein Amt nicht in gehöriger Ordnung führen; denen an ihn ergangenen Verordnungen keine partition leisten, sondern eigenmächtig erst selbst bestimmen will, wie weit er gehorsam seyn, und sein Versprechen halten wolle; wodurch er aber zu erkennen giebet, daß er nicht mehr im Stande sey, länger zu dienen, und die conditiones, unter welchen er ange-

nommen, nicht erfüllet habe, mithin nicht begehren könne, daß man das ihm anvertrauete
51 Kirchenamt länger lassen solle, bevorab wenn 24) alle gradus, ihn wieder in Ordnung zu bringen, und zu genauer Erfüllung seines Versprechens zu reduciren, (wie im gegenwärtigen casu geschehen,) vergebens sind, und er sich in seinen vorgeschriebenen Schrancken so wenig halten will, daß er vielmehr bey denen vorgenommenen Mitteln, ihn wieder in Ordnung zu bringen, sich nicht entblödet, seine hohe Landes-Obrigkeit, wie der Superintendent N. freventlich gethan, vor GOttes Gericht zu laden, oder ad supremum tribunal diuinum zu prouociren, und dadurch seine Gemüths-Neigung an den Tag zu legen, daß er nicht willens sey, denen vorgeschriebenen Regeln in der Kirchenordnung, unter welcher Bedingung er doch angenommen, nach zu leben, dieserwegen auch die
52 reuocatio vocationis, conditione non impleta, allen Rechten gemäß ist, nachdem 25) ausdenselben bekant ist, quod per vocationem ad officium sacrum contractus innominatus, do vt facias, ineatur,

IAC. GOTHOFRED. *de salar.*

adeoque causa non secuta, id quod datum est, reuocari queat, si apertum et manifestum fuerit, causam non esse secutam, welches kein Vernünftiger in gegenwärtigem casu leugnen wird, ja den Superintendenten N. seine eigene confession dabey überzeuget. Dagegen dann die rationes dubitandi nichts ver-
53 mögen, angesehen ad 1) bereits erinnert worden, daß man mit ihm ad remotionem in pœnam nicht procediren, sondern bewandten Umständen nach, seinem eigenen revers gemäß, seine vocation von ihm wieder abfordern, und ihn schlechterdings beurlauben wolle, wozu keine specialis inquisitio nöthig ist, und da man ad
54 2) seine exculpations-Schrift ad acta genommen, er nicht sagen kan, daß er nicht gehöret, gleichwol dieselbe als eine defension pro auertenda hiebey anzusehen, unvonnöthen ist, da man, der Kirchen zum besten, keine special-inquisition gegen ihn anzustellen intendiret, und es genug ist, daß er, seiner geschehenen Erklärung nach, von dem verbotenen Umgang mit seinen agaperis nicht lassen will, sondern solchen nach der Zeit immer ärger getrieben, zu welchem
55 Ende ad 3) und Gewißheit davon zu erhalten, die Untersuchung sowol als die gehörigen gradus, nebst der suspension, welcher er sich freywillig unterworfen, vorher zu gebrauchen, nöthig gewesen. Dabey es aber bey Ew. Hoch-Fürstlichen Durchlauchtigkeit billig stehet, ob dieselbe die special-inquisition gegen ihn vornehmen, woraus gleichwol der ruin der Kirchen zu besorgen, welchem aber billig vorzubauen ist; oder aber schlechterdings ihn beurlauben wollen, da er völlig überführet ist, daß er seinem revers gemäß sich nicht wieder in gehörige Ordnung stellen wolle, in welchem Fall auch bey anderen Evangelischen Höfen, die Kirchen-Diener schlechterdings dimittiret werden, wie davon die exempla bekant sind, solche dimissi auch nicht untüchtig gemachet werden, anderwärts wieder anzukommen, wie die tägliche Erfahrung weiset, und iederman ihm sein Glück gerne gönnen wird. Uebrigens ad 4) sein beständiger Um-56
gang mit denen gedachten Weibes-Personen keine Entschuldigung leidet, als welcher in allen Gesetzen verboten, und eben daraus die Absonderung von seiner eigenen Frauen, und das höchst ärgerliche dissidium domesticum, daß er seinem eigenen Hause so übel vorstehet, entsprungen ist, die Versöhnung auch mit seiner Frauen gar leicht zu erhalten stünde, wenn er nur von seinem ärgerlichen Umgang mit diesen agaperen abstehen wolte, wobey es ad 5) vor-57
itzo keines iuramenti purgatorii, weil man keiner special-inquisition ihn unterwerfen will, bedarf, sondern der verbotene beständige Umgang mit den gedachten Weibes-Personen, davon er nicht lassen will, das vornehmste momentum seiner Beurlaubung ist, welche die Gemeinde ärgert, ihn zur Versöhnung mit seiner Frauen auser Stand setzet, ja ihn untüchtig machet, sein Amt mit gehöriger Sorgfalt zu führen, wovon bereits viele data bey denen actis anzutreffen, und in dem auf seine exculpations-Schrift abgestatteten unterthänigsten Bericht weitläuftig ausgeführet sind, so dann es
ad 6) ein grosser Irrthum ist, daß die dimis-58
sion oder Beurlaubung eine remotio sey, dessen Gegentheil die rationes decidendi mit mehrern darlegen, und was bey einem, der zur remotion völlig reif ist, und in procinctu stehet, daß er finita inquisitione remouiret werden müsse, zu geschehen pflegt, daß man, seiner zu schonen, ihm die resignation unter der Fuß giebet, hieher nicht zu ziehen ist, als welche nur pro forma geschiehet, und so gar imperiret werden kan, wie die allegirten textus darthun; in der Beurlaubung aber derjenige wircklich und nicht pro forma dimittiret wird, der sich selbst durch seine eigene Hartnäckigkeit seiner der Kirchen und der republic zu dienen, ausser Stand setzet. Und so viel ad 7) sein ge-59
führtes Amt betrift, er auser Streit als Superintendens und Consistorial-Rath lediglich von Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit dependiret, und in so weit deroselben Bedienter ist, bey welchen um desto leichter die Beurlaubung statt finden kan, als er von Ew. Hoch-Fürstlichen Durchlauchtigkeit sein Amt empfangen, davon er derselben Rechenschaft geben und also geschehen lassen muß, daß ihm solches wieder abgenommen werde, wenn er nach Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit Befehl sich nicht richten, sondern seinem eigenen Kopf folgen will, wie ich mit vielen Rechts-Gründen ausgeführet habe,

tom. V. iur. eccles. prot. tit. de pœn. §. 68. sqq.

und ob er gleich dabey Oberpfarrer bey der Stadt-Gemeinde ist, daß er von dem Rath und Gemeinde vorgeschlagen, vom Rath præsentiret und vociret wird, dennoch Ew. Hochfürst-

liche

liche Durchlauchtigkeit dabey vornemlich concurriren, da dieser Oberpfarrer zugleich Consistorial-Rath und Superintendens wird, auser diesen derselben confirmation erfordert wird, ja diese Aemter so verknüpfet sind, daß sie nicht separiret werden können, und wenn ihn Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit als Consistorial-Rath und Superintendenten dimittiren, er nicht länger Oberpfarrer bleiben, sondern dem Rath anbefohlen werden kan, seine vocation von ihm wieder abzufordern, welcher solches mit aller Zufriedenheit in gegenwärtigem Fall sub auctoritate principali thun wird, weil derselbe nebst der gantzen Gemeinde mit seiner dimission, wegen seines anstössigen Wandels, und bishero bezeigten Eigensinn wohl zu frieden seyn
60 wird, dabey denn, was aus dem *c. 11. C. VII. q. 1.* angeführet ist, um desto verwerflicher zu halten, als dieser textus offenbar aus des Ertz-Betriegers, des ISIDORI MERCATORIS, falschen Briefen genommen, so er denen ersten Päbsten, so vor Syricio gelebet, entlehnet, und man sich billig schämen muß, solche adulterinas merces pro sententia contraria aufzuführen, wie dann ohnedem das darin befindliche argumentum a vinculo coniugali unvernünftig, und unseren eigenen principiis zuwider ist, indem täglich die Prediger selbst auf erhaltene vocation, so ihnen annehmlich ist, ihre dimission suchen, und gar leicht erhalten, welches, so ferne es im Ehestand angehen solte, der Superintendens N. bey seinem zerrütteten Haus-Wesen gar bald gebrauchen und seine Frau dimittiren würde, damit er die H., wie er ihr schon bey seiner Frauen schweren Geburt, zum vermeintlichen Trost angezeiget haben soll, wieder
61 heyrathen könte. Welches auch ad 8) bey der ferneren illustration ex iure canonico zu erinnern, und dabey bekant ist, daß unsere Lehrer das so genannte matrimonium spirituale inter ecclesiam et episcopum contractum verlachen, welches doch der Pabst bloß um deswegen so hoch getrieben hat, damit er die Bischöfe lediglich von sich dependent, und seinem arbitrio unterwürfig machen möchte.

c. 1. 2. 3. X de translat. episc.

62 Ferner auch ad 9) die natura beneficiorum hierbey nichts effectuiren kan, weil unsere Geistlichen keine vasallen werden, sondern deren salaria nach dem contractu do vt facias æstimiret werden müssen, vt causa non secuta officia reuocari queant,

GOTHOFRED. *de salar.*

63 wie schon in rat. decid. dargethan. so dann ad 10) behauptet ist, daß Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit sehr wichtige Ursache zu der Beurlaubung des Superintendenten N. haben, und solche nicht anders als post maturam deliberationem, et post omnes gradus adhibitos zum Besten der Kirchen zu bewerckstelligen,
64 intendiren. Hiernächst ad 11) zwar an dem ist, daß ein Prediger ohne Beurlaubung sein Amt nicht verlassen kan, gleichwol viele der Meinung sind, daß, wenn ein Prediger seine dimission nicht erhalten könne, er dennoch, wenn er wichtige Ursachen dazu zu haben vermeinet, wegziehen, und seiner neuen vocation folgen könne, wie ich angeführet habe,

tom. I. iur. eccles. protest. tit. de translat. prælat. §. 12. sqq.

also auch ebenfalls billig ist, daß ein Geistlicher, wenn man genugsame Ursachen, die in veritate facti gegründet sind, dazu hat, dimittiret, und ihm auctoritate principis, cui cura sacrorum suprema commissa est, seine vocation wieder abgefordert werden könne, und wie die resignation ohne alle inquisition oder process geschiehet, auch die dimission daran nicht gebunden seyn muß, cum quod vni iustum, alteri quoque iustum esse debet, præsertim cum adhuc sit inæqualis conditio inter principem iure sacrorum tenentem, et pastorem ecclesiæ, da jener ihn berufet, oder wenigstens auf die Kirchen-Ordnungen confirmiret, und das Amt ihm nicht immediate von GOtt, sondern entweder von dem principe, oder von der Gemeinde auctoritate principis conferiret wird, deren independentz allen protestantischen principiis zuwider läuft, ja selbsten die canonisten die collationem officiorum ecclesiasticorum ihren prælaten zueignen, und keine immediatam vocationem, wie bey denen Aposteln, ihrer Clerisey attribuiren, welches man doch contra omnia principia saniora et moralia gerne ad 12) unserer Clerisey zuschreiben, 65
und sie der weltlichen Obrigkeit und deren Bothmäßigkeit in Führung ihres Amts, ohngeachtet man derselben das so genante ius episcopale, als ein munus ecclesiasticum, dabey assigniret, entziehen möchte, beyorab, da kein Evangelischer Landes-Herr sich dadurch zum Herrn des Predigtamts machet, wenn er anstössigen und hartnäckigen Predigern, die sich nicht wollen weisen und regieren lassen, zum Besten der Kirchen ihr Amt auffsaget, und ex suprema iurisdictione ecclesiastica andere an ihre Stelle berufet, wie solches in actis Hendelianis von unserer Facultät weitläuftig ausgeführet ist, die iedermann vor Augen liegen, aus welchen auch diese dubitandi rationes entlehnet, daselbsten aber weitläuftig beantwortet sind; dabey man 66
nur noch obiter die gefährlichen Absichten derjenigen bemercket, die der hohen Landesobrigkeit, oder auch anderen collatoribus nur einen concursum ministerialem bey Bestellung der Geistlichen zuschreiben, sonsten aber die immediatam collationem officii ecclesiastici GOtte selbsten zueignen wollen, wodurch man eben eine independentiam clericorum noch weit mehr als in iure canonico einführen will, dagegen gar herrlich und nachdrücklich geschrieben, und die Absurdität dieser unbegreiflichen Meinung gezeiget hat

BVDDEVS *in instit. theol. mor. P. II. c. III. sect. 8. §. 3.*

daß man sich billig entsehen solte, dergleichen prin-

principia auf die Bahn zu bringen, die aller
67 Moralität zuwider laufen, so dann ad 13) man leicht zugiebt, daß eine Beurlaubung nicht auf unvernünftige Art, ohne erhebliche Ursache, und vorhergegangene genaue Ueberlegung geschehen, auch der dimittendus vorher billig gehöret werden müsse, welches alhier auch mehr als zu viel geschehen, und man den Superintendenten hierin gar nicht übereilet; gleichwol darin die remotion von einer schlechten Beurlaubung differiret, daß jene ad præuiam inquisitionem et sententia lata erfolge, diese aber, weil sie eigentlich inter genera pœnarum nicht gehöret, præuio simplici dimissionis decreto geschehe und darin solche dem dimittendo angezeiget werde, welches keinesweges mit demjenigen facto der Corinther, wovon CLEMENS schreibet, zu vergleichen, als welche bey entsprungenen factionen durch innerlichen Aufruhr einige Aeltesten de facto abgesetzet, die doch untadelich gewandelt hatten, und ohne alles Verschulden ihres Kirchendienstes entsetzet waren, wie die ganze Epistel anzeiget, so sich auf diesen Fall nicht appliciren lässet, da des Superintendenten N. Wandel nicht untadelich, sondern höchst ärgerlich und anstössig und er dabey incorrigibel, ja ad 14) die 68
eintzige Hauptursache ist, daß zwischen ihm und seiner Frauen ein gäntzliches animorum dissidium und separation erfolget, und er dadurch öffentlich an den Tag geleget, daß er seinem eigenen Hause wohl und untadelhaft vorzustehen nicht Bestand, also um desto ungeschickter dadurch zugleich gemachet sey, seiner Gemeinde, der ihm anvertrauten inspection, dem præsidatui conuentus presbyterorum und dem Amte eines Consistorial-Raths vorzustehen, sondern Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit nunmehr zum allgemeinen Besten der Kirchen und des Landes die intendirte Veränderung mit ihm vorzunehmen wohl befugt sind:

So gehet mein gehorsamstes rechtliches Gut- 69
achten dahin, daß Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit, bewandten gantz besonderen Umständen nach, aus Landesfürstlicher Macht, und hochobrigkeitlichen Amts wegen dem Superintendenten N. sonder Anstand seine dimission wohl ertheilen mögen. V. R. W.

NOMINE PRIVATO
MENSE NOVEMBR. MDCCLXII.

RESPONSVM XIII.

THEMATA.

I. Ius circa sacra principum euangelicorum non comprehendit propietatem ecclesiarum et liberam de iis dispositionem. n. 1-14.

II. *Num princeps priuilegia minuere vel tollere queat?* n. 15-22.

SVMMARIA.

Quæstio I. De iure principum circa ecclesias. n. 1.
Suprema potestas in ecclesiasticis est pars superioritatis territorialis. n. 2.
Aedificatio et refectio ecclesiarum ab imperio supremo principum dependet. n. 3.
Ius circa sacra principum I. P. stabilitum est. n. 4.
Fortius tamen est intuitu subditorum eiusdem, quam diuersæ veligionis. n. 5.
Ius principum circa sacra inspectionem generalem in templa comprehendit. n. 6.
Non ius patrimoniale. n. 7.
Ecclesiæ ad res et bona vniuersitatis referuntur. n. 8.
Princeps sine iusta causa de bonis ecclesiæ disponere non potest. n. 9. 10.
Bona ecclesiastica sine vtilitate ecclesiæ alienari non possunt. n. 11.
Multo minus ecclesia. n. 11.
Et eius accessoria. n. 12.
Ius circa sacra liberam dispositionem de bonis ecclesiasticis non comprehendit. n. 13.
Decisio quæstionis I. n. 14.
Quæstio II. De iure minuendi vel tollendi priuilegia. n. 15.
Priuilegia quæuis intelliguntur sub clausula: rebus in eodem statu permanentibus. n. 16.
Princeps ob salutem publicam priuilegia minuere potest. n. 17.
Priuilegia subditorum a principe confirmata ipsum obligant. n. 18.
Non quæuis mutatio verum, sed fatalis, tribuit ius minuendi priuilegia. n. 19.
Priuilegia tunc demum ob salutem publicam tolli possunt, si illa cum hac stare nequeunt. n. 20.
In fauorem principis de iure suo aliquid remittere consultius est, quam cum eo contendere. n. 21.
Decisio quæstionis II. n. 22.

Die

Die mir vorgelegte Fragen, worüber mein rechtlich Gutachten verlanget worden, sind folgende:

Quæstio I.

1 **Ob ein immediater Reichs-Fürst, der sonst der Lutherischen Religion zugethan, denen Reformirten bey Verstattung eines Religions-exercitii, welchem an sich nicht widersprochen wird, theils das der Evangelisch-Lutherischen Kirche bisher allein zugestandige Geläut gemeinschaftlich zu überlassen, theils gar deroselben eigene Kirche, ob wohl unter Versprechung, eine andre noch geräumlichere dafür aufzubauen, als eigen zu übergeben, und für ein gewisses Geld denen Reformirten einzuräumen Fug und Recht habe?**

Rationes dubitandi.

2 Nun möchte zwar für den Landes-Herrn dies ses angeführet werden, daß demselben 1) die höchste Gewalt in Kirchen-Sachen als ein Theil der Landes-Hoheit zukomme, und ihm daher die Verordnung dessen, was zum äusserlichen Gottesdienst gehörig, mithin auch die freye disposition über die Kirchen-Gebäude der Unterthanen nicht abgesprochen werden könne, zumal
3 2) aus der Historie und den alten teutschen Gesetzen bekant, daß die Erbauung, Errichtung und Verbesserung der Kirchen von dem imperio supremo principum, oder der Landes-Hoheit dependiret, wie in der

diss. de potestate ciuili in templa Cap. II. Sect. V.

gezeiget worden; und mit mehrern behauptet

ENGELBRECHT *de iniust. affyl. immun. eccl. ad crimina dolos. extens. c. II. p. 26. in not.*

4 Ueberdem 3) solches höchste Recht in Kirchen-Sachen, denen Evangelischen Landes-Herren unter dem generellen Ausdruck des liberi iuris territorialis in ecclesiasticis exercitii, et iuris reformandi exercitium religionis in dem instrumento pacis bestätiget ist:

art. V. §. 30. art. VII. §. 1. Instr. Pac.

5 Und obwol 4) dieses ius *in art. VII. §. 1.* wiederum sehr restringiret ist, dennoch diese restriction auf Evangelische Landes-Herren in Ansehung ihrer Unterthanen gleicher Religion nicht gezogen werden könte, als welche über diese mehr Gewalt in geistlichen Sachen exerciren, als über subditos diuersæ religionis, nachdem der Oßnabrückische Friedensschluß nur

Bahm. Conf. T. III. P. I.

zwischen denen, qui diuersæ religionis sunt, aufgerichtet ist,

art. V. §. 1. Instr. Pac.

und also diejenigen, unter welchen der Vergleich nicht getroffen, nemlich einerley Religions-Verwandten, nicht verbindet, mithin die vorgelegte Frage affirmative zu beantworten seyn möchte.

Rationes decidendi.

Jedoch diese angeführte Zweifelsgründe können 6
die quæstionirte Befugniß des Landes-Herrn nicht schlechterdings rechtfertigen, da 1) das ius principum circa sacra nur die inspectionem generalem in templa und die höchste Gewalt in Verordnung dessen, was das algemeine Beste der 7
Kirche erfordert, andeutet, keinesweges aber denselben ein ius patrimoniale demselben zueignet, und daher durch dasselbe die den Unterthanen zustehende gegründete Rechte nicht entzogen werden können. Es kommt aber 2) bey gegenwärtiger 8
Frage hauptsächlich darauf an: ob denen Evangelisch-Lutherischen Gemeinden das Eigenthums-Recht an dasiger Kirche zugehöre? Wobey in facto angegeben, daß die Kirche auf einem der Stadt eigenen Platz, und zwar aus eigenen der Lutherischen Kirchen-Schaffnerey gehörigen Mitteln erbauet worden. Da nun die Stadt iederzeit Evangelisch-Lutherisch gewesen, und die Kirche auf der Stadt-Gemeinde Kosten erbauet worden, ehe noch Reformirte in die Stadt gekommen: so kan auch die Kirche nicht anders als eine der Lutherischen Gemeinde eigenthümlich zugehörige Sache angesehen werden, wie dann in solchem Absehen 3) die Kirchen-Gebäude nicht unbillig ad res et ad bona vniuersitatis gerechnet werden, weil deren Eigenthum der gantzen Gemeinde zustehet, wie ich

in iure eccles. Protest. Tom. III. lib. 3. tit. 48. §. 27.

mit mehrern gezeiget, und mit gutem Grund ferner *cit. l. tit. 49. §. 48.* gelehret: esse ecclesias in proprietate vniuersitatis ecclesiasticæ et sic res vniuersitatis, cum in coetus ecclesiastici vtilitatem exstruantur; si ecclesias patronatas excperis, quæ ab anti quo in iure patronorum fuere, und werden sie daher nach Constantini M. Ausspruch ad ius corporis, h. e. collegii vel vniuersitatis sehr notanter referiret.

EVSEBIVS *lib. X. hist. eccles. c. 5.*

Wie nun 4) ein Landes-Herr von den Gütern 9
eines collegii ohne dessen Verschulden, oder Willen nach eigenem Willkühr pro lubitu als von seinen patrimonial-Gütern, dahin sie keinesweges gehören, nicht disponiren kan: also fehlet es auch in gegenwärtigem Fall an einem gegründeten Befugniß, die quæstionirte Kirche ohne Willen der Lutherischen Gemeinde an die Reformirte zu übergeben und zu verkaufen; und ob zwar 5) der Landes-Herr derselben eine an- 10
dre Kirche auf seine eigene Unkosten aufzubauen

versprochen, dennoch die Gemeinde, hierin zu willigen, um desto weniger gezwungen werden kan, als ihr auch aus bedencklichen Ursachen schwer fällt, ihre Einwilligung in sothanen Tausch und Verkauf zu geben, weil unter andern damit verknüpften Beschwerlichkeiten auch bey etwa zu entstehender Veränderung der Herrschaften von einem Catholischen Landes-Herrn die neue Kirche unter dem Vorwandt, daß sie auf herrschaftliche Unkosten erbauet worden, denen Protestanten leicht entrissen werden könte, ja aus eben dem Grund zu befürchten, daß in das an dem Bezirck der alten Kirche stehende Lutherische Pfarr- und Schul-Haus, wie auch in die zur Kirche gehörige Zinsen und andere Einkünfte ein Eingriff geschehen möchte, dahero zu Abwendung alles daraus zu entstehenden præjudicii der Sachen am besten gerathen seyn wird, wenn der Landes-Herr vielmehr denen reformatis die neu zu erbauende Kirche einräumet, als der Stadt-Gemeinde ihre Kirche entziehet.

11 Wie nun 6) die geistlichen Rechte nicht einmal verstatten, daß geistliche Güter ohne offenbaren Nutzen der Kirche veräussert werden;

tot. tit. X. de rebus eccles. alien. vel non.

als kan um so vielweniger die Kirche selbst ohne der Gemeinde offenbaren Nutzen, ja unter vieler Beschwerlichkeit, und künftighin für die Nachkommen zu befürchtender Gefahr verkau-

12 fet werden. Da auch übrigens 7) der an der quæstionirten Kirche stehende Thurm auf Kosten der Lutherischen Gemeinde, ehe noch einige Reformirte sich daselbst eingefunden, erbauet worden; so kan der Landes-Herr den ihnen eigenthümlich zugehörigen Thurm nebst dem Geläute als acessorium der Kirche den Reformirten nicht gemeinschaftlich einräumen, und obgleich 8) eingewandt werden will, als ob auf gemeine Stadt-Kosten erlangte Güter gemeinschaftlich wären, dennoch dieses nur secundum quid und in Ansehen der vniuersitatis vel corporis zu verstehen, auch sonsten nicht statt finden kan, wenn solche Güter gewissen Religions-Verwandten besonders zugeeignet worden, als in gegenwärtigem Fall das quæstionirte Geläute damals, als die Einwohner der Stadt blos Lutherisch gewesen, zum Behuf der Lutherischen Gemeinde angeleget worden: wiedrigenfalls aus eben dem Schein-Grunde andre Religions-Verwandten, wenn sie nach einiger Zeit an einen solchen Ort kämen, sich den gemeinschaftlichen Gebrauch einer Kirche diuersæ religionis anmassen könten. Endlich was die vorhin angeführte rationes dubitandi betrift, so inuol-

13 viret 1) das ius circa sacra keine liberam dispositionem de bonis ecclesiasticis. Eben so wenig fließt ad 2) ex iure interponendi auctoritatem publicam exstructioni templorum noch nicht das ius ecclesias publica auctoritate exstructas alienandi, und obgleich ad 3) er 4) ein Evangelischer Landes-Herr mehr Gewalt über seine eigene Religions-Verwandten in geistlichen Sachen ausüben kan; so ist doch solche Macht in den Schrancken der Gerechtigkeit eingeschlossen und müssen dabey denen Gemeinden ihre alte und rechtmäßig erhaltene Rechte ungekräncket bleiben.

Dahero ich der rechtlichen Meynung bin, daß 14 ein Evangelisch-Lutherischer Landes-Herr denen Reformirten weder das der Lutherischen Gemeinde bisher allein zuständige Geläut gemeinschaftlich zu übergeben, noch auch derselben eigene Kirchen denen Reformirten verkäuflich einzuräumen Fug und Recht habe.

Quæstio II.

Ob ein immediater der Evange- 15 lisch-Lutherischen Religion zugethaner Reichs-Fürst die zu allen Zeiten ungekräncket gewesene und von ihm selbst bey Antritt der Regierung bestätigte Stadt-Rechte, ihre Raths-Glieder aus pur Lutherischen zu erwehlen, umzustossen, und deren dritten Theil mit Reformirten zu besetzen Fug und Recht habe; und ob dawider die Evangelisch-Lutherische Gemeinde nicht an einem höhern Gericht darüber klagend einkommen, auch desfalls geschützet zu werden hoffen könne?

Rationes dubitandi.

Nun möchte zwar hier eingewendet werden, 16 daß gleichwie 1) alle pacta also auch alle privilegia sub clausula: rebus in eodem statu permanentibus, verstanden werden müsten,

arg. c. 25. X de iureiur.

B. COCCEII *de clausula: rebus sic stantibus.*

und da nun die quæstionirte priuilegia der 17 Stadt zu der Zeit gegeben worden, da sie blos mit Lutherischen Einwohnern besetzt gewesen, nachgehends aber verschiedene Reformirte sich dahin gewendet, und also der status der Stadt merklich verändert worden, der Landes-Herr bey so veränderten Umständen auch die priuilegia mehr einschräncken, und wieder dieselbe den Rath zugleich aus Reformirten Unterthanen besetzen könne; zumal da solches 2) das Beste der Stadt zu befördern schiene, indem dadurch noch mehrere Reformirte in die Stadt gezogen werden könten, und demnach dem Landes-Herrn erlaubet seyn müsse, die priuilegia exigente salute publica zu mindern, wo nicht gar aufzuheben; cum semper salus publica suprema lex esse debeat.

GAIL. *obs. II. 56.*

Ratio-

Rationes decidendi.

18 Weil aber dennoch das Recht der Evangelischen Einwohner, ihren Rath aus pur Lutherischen zu erwehlen, in alten und richtigen priuilegiis gegründet ist, und der Landes-Herr auch beym Antritt seiner Regierung sich zu derselben Festhaltung durch eine wiederholte Bestätigung anheischig gemacht, solchergestalt also sowol die Lutherischen Unterthanen aus solchen priuilegiis ein ius quæsitum haben, welches ihnen ohne ihr Verbrechen, oder wider ihren Willen salua iustitia nicht entzogen noch gemindert werden kan, als auch der Landes-Herr durch seine eigene Bestätigung ad seruanda priuilegia verbunden ist; talia enim priuilegia et conventiones eo magis obligare debent principem, qui est fons iustitiæ, aliisque exemplar esse debet, ad iustitiam seruandam, ne ab eo, a quo iustitia scaturire debet, iniuria emaneat,

CARDINAL *de* LVCA *theatr. verit. et iustit. tom. 15. disc. 93. n. 2.*

quoniam nemo principali auctoritate circumscribendus est.

L. I. C. de his qui veniam ætat. impetr.

19 Im übrigen die angebrachte Zweifels-Gründe hiewider nichts vermögen, indem ad 1) der Landes-Herr dadurch, daß er bey verändertem Zustand der Stadt ihre priuilegia approbirt und bestätiget, bereits allen Zweifel gehoben, überdem auch wegen einer von seinem freyen Willen und arbitrio dependirenden Veränderung die priuilegia nicht umgestossen werden können, sondern dazu eine fatalis rei mutatio erfordert wird, sonsten diese clausul in grossen Mißbrauch gezogen werden würde,

KLOCK. *de Contrib. c. 16. n. 167.*

Ferner ad 2) nicht zu befinden, daß die Ertheilung des quæstionirten priuilegii cum salute publica streite, noch daraus, wenn Reformirte mit in Rath gezogen werden solten, ein besonder emolumentum pro bono publico erwachsen könne, cum tamen imminutio aut reuocatio priuilegiorum fieri nequeat, nisi talis emergat necessitas, vt cum salute reipublicæ communi priuilegium stare nequeat. 20

STRYCK *de priuil. tit. onerosa. concess. c. 3. n. 19.*

Solchergestalt also, die Lutherischen Unterthanen auch die Beschützung ihrer Rechte iederzeit bey höhern Gerichten zu erhalten, die Hoffnung haben können; wiewol sie auch dabey die regulas prudentiæ obseruiren und bedencken werden, daß es besser sey, in fauorem principis de iure suo aliquid remittere, quam cum eo contendere, bevorab, da unterschiedliche Umstände, die mir unbekant, dabey vorkommen möchten, die des Landes-Herrn Verfahren iustificiren, auch von demselben billig zu præsumiren, daß er nicht ohne erheblichen Grund dergleichen Veränderung vornehmen werde. 21

So halte ich dafür, daß der Evangelisch-Lutherische Reichs-Fürst die alte und von ihm selbst bestätigte Stadt-Rechte, ihre Raths-Glieder aus pur Lutherischen zu erwehlen, nicht umzustossen noch auch deren dritten Theil mit Reformirten zu besetzen Fug und Recht habe. 22

PRIVATO NOMINE
MENSE DECEMBR. MDCCXXXVIII.

RESPONSVM XIV.

THEMA.

De iure circa sacra nobilitatis immediatæ A. C. in specie quoad erectionem capellarum et alia inde dependentia iura, si dominus directus diuersæ religioni addictus est.

SVMMARIA.

Quæstio I. De iure capellas in proprio castro exstruendi. n. 1.

Nobilitati immediatæ A. C. competit ius circa sacra. n. 2.

A iure circa sacra dependet ius capellam in proprio castro exstruendi. n. 3.

Cuilibet principi concionatores aulicos suæ confessionis citra subditorum præiudicium in sua residentia habere licet. n. 4.

Qualis capellarum domesticarum olim in Germania et Gallia fuerit ratio? n. 5.

Capellæ domesticæ olim vt pars patrimonii in feudum datæ sunt. n. 6.

Iure canonico nouiori sine consensu et auctoritate episcopi capellas consecratas, in qua ordinaria sacra fiunt, erigere non licet. n. 7.

Iuris dictio episcopalis et ius diœcesanum con-

tva nobilitatem immediatam I. P. ſuſpenſa eſt. n. 8. 9. 37.
Deciſio quæſtionis I. n. 10.
Quæſtio II. De actibus miniſterialibus in capellis domeſticis licitis. n. 11.
A nexu parochiali nobilitas immediata cum domeſticis exemta eſt. n. 12. 14.
Aeque ac reſidentia epiſcopalis cum pertinentiis. n. 13.
Ius parochiale ſe vltra parochianos non extendit. n. 15.
Benedictio ſacerdotalis et adminiſtratio ſacrorum, ſi in loco ab omni nexu parochiali exemto exercentur, non ſunt actus parochiales ſed miniſteriales. n. 16.
Deciſio quæſtionis II. n. 17.
Quæſtio III. De vſu ſacculi ſonantis in capellis domeſticis pro colligendis eleemoſynis licito. n. 18.
Ius colligendi oblationes per ſaccvlum ſonantem eſt officium amoris et chriſtianismi. n. 19.
Ius collectionis eleemoſynarum parochis priuatue cum iure excludendi et prohibendi alios non competit. n. 20.
Num collectio oblationum non niſi auctoritate epiſcopali fieri poſſit? n. 21. 23.
A iure circa ſacra dependet ius determinandi liturgiam. n. 22. 23.
Deciſio quæſtionis III. n. 24.
Quæſtio IV. De iure campanas pulſandi, ſubſelliorum, affixionis inſignium, aliisque ſimilibus in capellis. n. 25.
Ius campanas pulſandi, ſubſelliorum, organorum, affixionis inſignium et bovologiorum non pertinet ad actus parochiales. n. 26.
Et competit eccleſiis conuentualibus. n. 27.
Vt et orphanatrophiis. n. 28.
Ius campanas pulſandi iis tantum denegatur, qui ex mero priuilegio ius capellæ domeſticæ et priuatæ habent. n. 29.
Qualem vſum campanæ habeant inter proteſtantes? n. 30.
Ius campanam pulſandi vt plurimum ad liturgiam reſertur. n. 31.
Ritus benedictionis campanarum inter proteſtantes ceſſat. n. 32.
Ius exigendi bovologium publicum cuiuis nobili competit. n. 33.
Affixio inſignium cuiuis territorii domino competit. n. 34.
Deciſio quæſtionis IV. n. 35.
Quæſtio V. De iure reformandi a qualitate feudali non dependente. n. 36.
Immediatæ nobilitati competit ius capellas erigendi, licet ius hoc in litteris inueſtituræ non ſit reſeruatum. n. 38. 39.
A ſola qualitate feudali vel ſubfeudali ius reformandi non dependet. n. 40.
Feuda vel ſubfeuda nec non vaſalli et bona eccleſiaſtica in cauſſis religionis ex ſtatu anni 1624. 1 Ian. perpetuo cenſeri debent. n. 41.
Immediatæ nobilitati A. C. eadem iura, quæ ſtatibus imperii, in cauſſis religionis competunt. n. 42.
Superioritas ſacra a ſeculari quoad dependentiam ſecundum principia ſtatuum imperii proteſtantium admodum differunt. n. 43.
Deciſio quæſtionis V. n. 44.
Quæſtio VI. De iure introducendi ſimultaneum in capellis euangelicis. n. 45.
Exercitium religionis ſimultaneum cum eodem ſtatu religionis, qui fuit in anno decretorio, pugnat. n. 46.
In caſu conſolidationis feudi, vbi ſola religio euangelica viget, domino directo catholico non permiſſum eſt, quod vaſallo euangelico licuit. n. 47.
Statibus catholicis, concionatores aulicos ſuæ confeſſionis ſecum et in ſua reſidentia habere non conceditur. n. 48.
art. VII. I. P. principibus catholicis applicari nequit. n. 49.
Deciſio quæſtionis VI. n. 50.
Quæſtio VII. Quatenus parochiani ad onus reparationis eccleſiarum concurrere obſtricti ſint? n. 51.
Ad reparationem eccleſiarum citandi ſunt, de quorum onere et præiudicio agitur. n. 52.
Et cauſa eius probe examinanda. n. 53.
Licet principi ius epiſcopale in iis competat. n. 54.
Ad ſumtus, qui ad eccleſiæ maiorem pompam et ſplendorem impenduntur, parochiani contribuere non obligantur. n. 55.
Leges eccleſiaſticæ reparationem eccleſiarum a parochianis non exigunt niſi cauſa neceſſaria eius adſit. n. 56. 57.
In reparandis eccleſiis nulla ratio habetur, vtrum parochiani ſint eiusdem vel diuerſæ iurisdictionis. n. 58.
Deciſio quæſtionis VII. n. 59.
Quæſtio VIII. De loco honorativi nobilibus in eccleſia competente. n. 60.
Domino loci, licet non ſit parochianus, vſus eccleſiæ competit. n. 61.
Ita vt a patrono locum honorativum in naui eccleſiæ exigere poſſit. n. 62. 63.
Deciſio quæſtionis VIII. n. 64.
Quæſtio IX. De iure affigendi inſignia in eccleſia. n. 65.
Subſellia templorum a perſonis illuſtribus pro ſe et ſua familia in eccleſiis proteſtantium acquiri poſſunt. n. 66.
Commoda cum incommodis ſunt compenſanda. n. 67.
In argumentum auitæ virtutis nobiles et illuſtres inſignibus vbique vti poſſunt. n. 68.
Ac ea templis et ſubſelliis adponere. n. 69.
Vt et ſepulcris. n. 70.
Poſſeſſoribus ſubſelliorum vtile dominium competit. n. 71.
Quilibet dominus rebus ſuis titulos et inſignia adiicere poteſt. n. 71.
Illuſtri dignitati annexæ ſunt prærogatiuæ. n. 72.
Deciſio quæſtionis IX. n. 73.

Quæſtio

Quaestio X. de subselliis templorum n. 74.
Qui vult finem, velle etiam censetur media, sine quibus is obtineri nequit n. 75.
Si subsellia sumtibus ecclesiæ exstruuntur, census iis imponi potest n. 76.
Decisio quaestionis X. n. 77.
Quaestio XI. De iure precum publicarum n. 78.
Vsus precum publicarum pro domino loci est antiquissimus n. 79.
Non habito respectu, vtrum is sit eiusdem vel diuersæ religionis. n. 80.
Magistratus cuiusuis loci preces publicas exigere potest n. 81.
Immediatis seculari iurisdictione loci munitis ius exigendi preces publicas sine iniuria graui denegari nequit n. 83. 84.
Decisio quaestionis XI. n. 85.

Die mir zugeschickte Fragen, worüber meine rechtliche Entscheidung ohne Beyfügung der rationum dubitandi und deren Refutirung begehret worden, sind folgende:

Quæstio I.

1 Ob nicht eine immediate Herrschafft Augspurgischer confession, welche in loco quaest. priuatiuer Dorffs- und Gemeinde, auch über seine Unterthanen absoluter Vogtey-Herr, und in seinem dortigen castro meistens domiciliiret ist, allerdings befugt sey, in diesem Orte, alwo sie unter andern auch mit zweyen von alten Zeiten ruinirten Capellen, laut Lehn-Briefs de anno 1593. nuncupatim inveſtiret ist, eine oder die andere nach ihrer Gelegenheit repariren, und zu ihrem auch derer ihrigen cultu priuato appliciren, und solchen darinnen für sich und ihre domestiquen durch einen eigenen, vocirt- und ordinirten Capellan oder einen benachbarten Geistlichen, ohne aggravirung derer Unterthanen, oder übrige Beschadung der in loco seyenden fremd-herrischen Pfarr-Kirchen exerciren könne? Bevorab da der dominus loci eiusdem religionis, als die auswertige seiner Herrschafft, nemlich so wie als der andere Theil Evangelisch ist?

Rationes decidendi.

2 Diese Frage ist zu affirmiren aus folgenden Gründen: 1) weil die immediate Herrschafft des Orts Augustanæ Confessionis, auf ihrem Schloß, nach der protestantischen Stände principiis und Lehre, das ius episcopale hat, und die nobilitas immediata eben dasselbe
3 Recht, was die Reichs-Stände in sacris sich zueignen, exerciren kan, nach diesem aber die immediate Herrschafft das ius capellam in proprio castro exstruendi, wenn gleich dieselbe mit denen zweyen ruinirten Capellen nicht belehnet worden, sich anzumassen wohl befugt seyn wird; Dahero auch 2) der Oßnabrückische 4
Friedensschluß solches principium bey denen Evangelischen Landes-Herren und ihren Hofen angenommen und bestättiget, auch erlaubet, vt cuilibet principi A. C. conciones aulicos suae confessionis citra subditorum onus aut praeiudicium secum atque in residentia sua habere liceret,

art. VII. I. P. §. 1.

welche sine capella aulica, daselbst more antiquo, den Gottes-Dienst nicht wohl verrichten können, ausser dem auch 3) bekannt ist, 5
daß vor dem die proceres und vornehmsten von Adel in Deutschland und Franckreich die Freyheit gehabt, ihre Hof- und Haus-Capellen anzurichten, so daß die Bischöffe ihre Hof- und Haus-Prediger nicht verwerffen sondern ad instantiam nobilium so gar ordiniren müssen,

lib. V. capitular. c. 330. apud BALVZ. *tom. I. collect. capitul. p. 895.*

welche capellae domesticae derer possessorum Eigenthum gewesen, und von ihnen lediglich dependiret

BALVZ. *cit. l. tom. II. p. 339.*
conf. tom. III. ius eccles. protest. tit. de iur. patronat. §. 25. sqq.

Dahero es auch 4) geschehen, daß sie als pars 6
patrimonii von uhralten Zeiten mit den Gütern in feudum andern offeriret, und von andern zu Lehn gereichet worden, wie solches der Lehnbrief de anno 1593. bey der immediaten Herrschafft, davon hier die Frage ist, darthut, und ob wohl 5) iure canonico nouiori sine 7
consensu et auctoritate episcopi niemande eine capellam consecratam, in qua ordinaria sacra fiunt, auf seinen Gütern anzulegen erlaubet, dennoch solches bey denen Evangelischen 8
Ständen und immediat Herrschafften, qui iure sacrorum gaudent, nicht mehr ab auctoritate extranea episcopali, sondern a propria dependiret, suspensa iurisdictione episcopali et iure dioecesano contra A. C. status, et immediatam nobilitatem

art. V. I. P. §. 48.

also bey dieser Frage 6) es nicht mehr auf die in 9
Lehnbrieffen verliehene beyde Capellen, und deren unterlassenen Gebrauch, sondern auf das ius proprium der immediaten Herrschafft, in suo castro exstruendi capellam, ankommt,

dabey auch 7) die fremdherrische Kirchen-Herrschafft kein ius contradicendi hat, als ohne deren praeiudiz solches geschehen kan, wie ad sequentem quaestionem gezeiget werden soll.

10 So erhellet hieraus so viel, daß der immediaten Herrschafft in castro proprio entweder eine von denen ruinirten Capellen wieder zu repariren, oder eine gantz neue zu bauen, und solcher einen eigenen Capellan vorzusetzen, wohl erlaubet sey.

Quæstio II.

11 **Ob der bestallte Capellan oder beruffene Geistliche in der Herrschafftlichen Capelle nebst dem Predigen noch mehr andere actus parochiales e. g. copuliren, Sacramenta administriren, Beichthören, und dergleichen mehr für die Herrschafft und dero Domestiquen verrichten könne?**

Rationes decidendi.

Diese Frage dependiret von der ersten mehren Theils, und ist ebenfalls zu affirmiren aus
12 folgenden Gründen, weil 1) das ius parochiale illius loci über die immediate Herrschafft und deren domestiquen sich nicht erstrecket, sondern solche von allem nexu parochiali ad exemplum statuum A. C. frey sind, so gar
13 daß auch die Fürstl. Amt-Häuser davon exemt zu achten,

ius paroch. sect. III. c. 2. §. 31.

und die zur Bischöfflichen Residentz gehörige Häuser ab antiquo davon frey gewesen, wie ich solches

cit. l. sect. III. §. 20.

14 dargethan, dahero auch 2) die immediate Herrschafft ihren domestiquen bishero zugelassen, das heilige Abendmahl nicht in der ordentlichen Pfarr-Kirchen, sondern nach Gefallen auch an andern Orten zu gebrauchen, auch sich anders wo copuliren zu lassen, als welche concession 3) dem iuri sacro, so der immediaten Herrschafft in ihren castro und über ihre Bedienten zustehet, anhängig ist, und 4)
15 die fremde Kirchen-Herrschafft eiusdem religionis ihr Recht nicht weiter als über die Pfarr-Kirchen, und deren iura parochialia ex-
16 erciren kan, endlich 5) die angeführten actus, als copuliren, Sacramenta administriren u. s. w. zwar bey denen Pfarr-Kirchen actus parochiales heissen, sonsten aber extra hunc respectum, wenn solche in tali loco, ab omni parochiali nexu exemto, exerciret werden, nicht so wohl parochiales als schlechtweg ministeriales ex iure episcopali dependentes genannt werden müssen, dergestalt daß der respectus parochialis dabey nicht weiter einschläget

So folget daraus, daß der in solcher anzule- 17
genden Capelle bestellete Capellan dergleichen actus ministeriales für die domestiquen der immediaten Herrschafft wohl verrichten könne.

Quæstio III.

Ob nicht in solcher Capelle ein Klingebeutel pro colligendis eleemosynis gebrauchet werden könne? 18

Rationes decidendi.

Diese Frage hat weniger Bedencklichkeit, 19
und ist darneben aus denen vorhin gesetzten principiis affirmative zu decidiren. Denn 1) ist das ius colligendi oblationes seu eleemosynas per sacculum sonantem an und vor sich selbst ein Liebeswerck, so der Armuth zum Besten gereichet, und von Anfang des Christenthums bey allen und jeden Versamlungen so wohl üblich gewesen, als recommendiret worden

1 Cor. XVI, 2. II Cor. IX, 1. sqq.

IVSTIN. MARTYR. *apol. II. in f.*

CYPRIAN. *de oper. et eleemos. p. 203.*

Dahero 2) ob wohl solche Samlung der Al- 20
mosen durch einen Klingebeutel in denen Pfarr-Kirchen gebräuchlich ist, wie solche collectio eleemosynarum bey denen Gemeinden im ersten Anfang der Christenheit zu befinden, so kan doch eine Pfarr-Kirche daraus kein monopolium machen, noch die Versorge und Verpflegung der Armen sich privative zuschreiben, cum iure excludendi et prohibendi alios, als welches die allgemeine Pflicht der Christen mit sich bringet, Jacob. I. 25.

vid. *ius paroch. sect. IV. c. 1. §. 32.*

vornemlich aber 3) den Geistlichen obliegt und ihnen von Alters her ist empfohlen worden,

POLYCARPVS *in epist. ad Philip.*

Dahero ihnen auch nicht verwehret werden kan, 21
privat-collectas in vsus pauperum anzustellen. Da nun über dem 4) bishero dargethan ist, daß die immediate Herrschafft den ordentlichen Gottesdienst in ihrer anzulegenden Capelle für ihre domestiquen zu halten befugt ist, so wird solcher um desto weniger verwehret werden können, den Armen zum Besten, Almosen durch einen Klingebeutel samlen zu lassen, zumahl, wenn ja solches Recht auctoritate episcopali exerciret werden müste, wie einige bey dem öffentlichen Gottesdienste behaupten, und solches Recht mit ad liturgiam ziehen wollen,

WILDVOGEL *de oblat. quae fiunt per sacculum sonantem*

dennoch der unmittelbaren Herrschafft solches 22
um destoweniger zu verweigern ist, als ihr allein in ihrer Capelle das ius circa sacra cum iure determinandi liturgiam zustehet, sie den Gottesdienst für ihre domestiquen einrichten, und die Kirchen-agenda bestimmen können, zu welcher

23 welcher auch 5) suo modo das ius colligendi eleemosynas per sacculum sonantem mit gezogen werden muß, als welches zu guter Ordnung bey dem Gottesdienst, und Aufmunterung derer Zuhörer zu Ausübung dieses Liebes-Werckes gehöret, und in soweit als ein Stück des äusserlichen Gottesdienstes oder liturgiæ mit angesehen wird.

24 So mag in solcher Capelle ein Klingebeutel pro colligendis eleemsyonis wohl gebrauchet werden.

Quæstio IV.

25 **Ob in solcher Capelle, Orgel, Empor-Kirchen ꝛc. gebauet, der Herrschaften Wapen, Glocken, Uhr ꝛc. aufgehänget und angemachet werden können?**

Rationes decidendi.

26 Diese Frage ist aus denen vorhergehenden principiis ebenfalls affirmative zu beantworten, wenn man voraussetzet, daß dadurch kein actus parochialis ausgeübet werde, und also kein Eintrag der Pfarr-Kirche geschehe, zumal 1) auch denen Mönchen in ihren Kirchen, die von denen Pfarr-Kirchen toto cælo unterschieden sind, und deswegen conventuales genannt werden, Orgeln zu haben, Empor-Kirchen zu bauen, und sich des Geläutes zu bedienen, von vielen seculis her ist erlaubet worden, dagegen denen Pfarr-Kirchen niemalen ein ius prohi-
27 bendi zugestanden; und wenn 2) man dieses gleich aus dem iure episcopali, und daß diese Closter-Kirchen auctoritate et concessione episcoporum gebauet werden, herleiten will, dennoch auch solches die immediate-Herrschaft bey ihrer Capelle auf ihrem Schloß ausüben und davon einen freyen Gebrauch machen kan, zu-
28 mal auch 3) wohl Orgeln auf Wayssenhäusern, wo zu gewissen Zeiten ausserordentliche Versammlungen zu Betstunden gehalten werden, anzutreffen, und alhier keine collisio ratione exercitii religionum diuersarum zwischen dieser Capelle und der Pfarr-Kirche anzutreffen,
29 das Geläute der Glocken aber 4) nur denenjenigen, die ex mero priuilegio das ius capellæ domesticæ et priuatæ haben, denegiret wird,

c. 10. X de priuil. et excess. priuil.

welches auf die immediate Herrschaft A. C. nicht zu appliciren ist, die das Geläute in ihrer Capelle iure proprio sacro anzurichten, be-
30 fugt ist, darneben 5) deren Gebrauch bey denen Protestanten in nichts weiter bestehet, als daß diejenigen, die dem Gottesdienst in der Capelle beywohnen wollen, dadurch zur Versammlung ein publiques Zeichen bekommen, als wozu die Glocken anfänglich sind eingeführet worden;

ANDREAS DV SAVSSAY *de panopl. sacerd. p. 2. lib. 2. c. 6. art. 22.*

ja auch 6) diejenigen, die das ius campanam 31
pulsandi, ad liturgiam referiren, dieser Meinung nicht entgegen sind, nach dem bishero dargethan, daß der immediaten Herrschaft die liturgie in ihrer Capelle anzuordnen, und den ordentlichen Gottesdienst zu halten proprio iure zustehet, wozu auch insgemein das ius campanam pulsandi mit gehöret.

GONZAL. TELLEZ *ad cit. c. 10. n. 8.*

im Gegentheil die 7) dieses Geläute um deßwil- 32
len ad iura episcopalia referiren, weil die Glocken nach der Römisch-Catholischen Weise, eingeweyhet werden müssen, bey denen Protestanten um destoweniger Beyfall finden, als dergleichen ritus benedictionis, bey uns cessiret. Uebrigens 8) wegen der Uhr um desto weniger 33
Zweifel zu machen, da auch denen Edelleuten unverwehret ist, eine Haus-Uhr, die öffentlich schläget, anzulegen, auch der immediaten Herrschaft, auch wol ohne capellan, dergleichen anzurichten zukommt, und endlich 9) die affixio 34
insignium einer jeden Landes-Herrschaft zustehet, auch kein zureichender Grund zu befinden, woher der immediaten Herrschaft auf ihrem Schlosse, und daselbst anzulegenden Capelle nach dem allgemeinen Gebrauch in Teutschland, die freye Aufhengung ihres Wapens verwehret werden solle, da dieselbe ohnedem in loco quæstionis priuativer Dorfs und Gemeinde auch über ihre Unterthanen absoluter Vogtey-Herr ist, und dahero auf ihrem castro niemand ein ius prohibendi affixionem insignium sich anmassen kan.

So ist die gedachte immediate Herrschaft 35
wohl befugt, in ihrer Capelle Orael, Empor-Kirchen ꝛc. zu bauen, ingleichen ihr Wapen, Glocken und Uhr daselbst aufzuhengen.

Bey denen mir vorgelegten Fragen wegen des Capellen-Baues, so eine immediate Herrschaft in ihrem castro vorzunehmen gemeinet ist, sind noch folgende zwey Fragen zu erörtern:

Quæstio V.

Ob der Lehn-Herr, welcher der 36
immediaten Herrschaft die gedachten zwey ruinirten Capellen verleihet, aber Catholischer Religion ist, dieser reædification der Capellen ad exercitium religionis euangelicæ etwas in Weg legen könne?

Rationes decidendi.

Diese Frage muß billig negative beantwor- 37
tet werden, nachdem 1) bey denen vorigen vier Fragen dargethan ist, daß die Anlegung der neuen Capelle auf dem Schlosse einer Evangelischen

schen immediaten Herrschaft proprio iure, et ex suprema potestate sacra zustehe, und sonsten lediglich von der iurisdictione ecclesiastica episcopali dependire, hergegen der catholicorum iurisdictio episcopalis intuitu immediatorum A. C. suspendiret ist, und also
38 2) auf die Lehnsherrliche iura hierbey gar nicht ankommt, da, wenn auch die gedachte immediate Herrschaft mit denen beyden ruinirten Capellen nicht belehnet, ihr dennoch eine Capelle auf ihrem Schlosse anzurichten nachgelas-
39 sen seyn würde, bevorab da 3) der gantze Ort der Herrschaft Evangelisch, und weder vor, noch in, noch nach dem anno decretorio in loco et sacellis prædictis exercitium religionis catholicæ gewesen, und niemanden, qui diuersæ religionis est, ein ius contradicendi zuste-
40 hen kan, nach dem 4) zugleich im Oßnabrückischen Friedensschluß klar versehen, a sola qualitate feudali vel subfeudali ius reformandi non dependere.

per art. V. I. P. § 42.

da doch, wenn der Catholische Lehns-Herr solchen Capellen-Bau ad exercitium A. C. verhindern wolte, er solches ex iure reformandi thun müste, so ihm in dergleichen feudis A. C.
41 addictorum nicht zustehet, sondern 5) vielmehr dabey verordnet, quod ista feuda vel subfeuda, nec non vasalli et bona ecclesiastica in causis religionis, ex statu anni 1624. d. 1. Ian. perpetuo censeri debeant, dem zufolge dann, da auch diese beyde ruinirten sacella ad bona ecclesiastica gehören, und im anno 1624 d. 1. Ian. von der immediaten Herrschaft besessen worden, solche nach dessen statu, so damals, wie noch ietzo, gantz Evangelisch gewesen, zu æstimiren, und also die immediate Herrschaft befugt ist, solche zum Evangelischen Gottesdienst
42 eben so anzuwenden, als 6) einem ieden Evangelischen Landes-Herrn in seinem Evangelischen territorio die bishero wüst gelegene Kirchen zum freyen Gebrauch seiner Evangelischen Unterthanen, und selbst eigener Commodität wieder anzurichten, wie die tägliche praxis solches darleget, die immediaten-Herrschaften aber eben dasselbe Recht in causis religionis auszuüben berechtiget sind, was ein ieder Evangelischer status imperii in seinem Lande thun kan,

per art. V. I. P. *§. 2. et §. 28.*

43 endlich auch 7) aus denen principiis statuum protestantium imperii mehr als zu bekant ist, daß das exercitium religionis und die demselben anklebenden hohen iura von keiner qualitate feudali dependiren, sondern solche geistliche Hoheits-iura denen immediat-Herrschaften independenter zu stehen, vt diuersa in his causis sit superioritas sacra a seculari.

L. B. *de* LYNCKER *de superiorit. sacra.*

44 So erhellet hieraus so viel, daß der Catholische Lehns-Herr, welcher die gedachten Capellen vernichtet, dieser reædification oder reparation der Capellen ad vsum euangelicæ religionis nichts im Wege legen könne.

Quæstio VI.

Ob der dominus feudi in casum consolidationis feudi sich nicht dieser Capellen hernach zu seinem Catholischen Gottesdienst bedienen, mithin das simultaneum in loco einführen könne? 45

Rationes decidendi.

Diese Frage ist ebenfalls nach dem wahren 46
Sinn des Oßnabrückischen Friedens-Schluß zu leugnen, nach welchem 1) in einem pur Evangelischen Orte idem status religionis, welcher an. 1624. gewesen, nothwendig verbleiben muß, mit welchem das simultaneum religionis exercitium offenbar streitet, wie solches weitläuftig in dem von dem Evangelischen corpore publicirten Ungrund des sogenannten *Simultanei* mit mehrern ausgeführet, gleichwol
2) idem status anni decretorii nicht bleiben 47
würde, wenn in casu consolidationis der dominus feudi catholicus sein religions-exercitium in der anzulegenden Capelle einführen wolte, da was dem vasallo euangelico erlaubet gewesen, einem catholico domino an solchen Orten, wo allein das exercitium religionis euangelicæ verbleiben muß, nicht erlaubet ist; noch 3) dasjenige, was denen Prote- 48
stanten, quatenus adhuc duas partes faciunt, nachgelassen, vt concionatores aulicos suæ confessionis secum et in sua residentia habere possint, nirgends bey denen Catholischen Landes-Herren disponiret, noch ihnen solches nachgelassen ist,

vid. Ungrund des sogenannten *Simult. §. 53.*

auch 4) viel leichter, aus offenbaren Ursachen, 49
einem Reformirten Landes-Herrn an einem Evangelisch-Lutherischen Orte sein exercitium religionis in seiner Residentz, als einem Catholischen Landes-Herrn, erlaubet ist, dahero auch solches zwischen denen Catholischen- und Evangelischen Landes-Herren nirgends zugelassen worden, mithin was zwischen denen Protestanten in art. VII. des Oßnabrückischen Friedens-Schlusses insbesondere versehen, denen Catholischen Landes-Herren nicht zustatten kommen kan.

So bin ich der Meynung, daß nach wahrem 50
Sinn des Oßnabrückischen Friedens-Schlusses der Catholische Lehns-Herr post consolidationem feudi, die quæstionirte Evangelischen Capellen, zu seinem Catholischen Gottesdienst zu gebrauchen, und also das simultaneum in loco einzuführen nicht berechtiget sey.

Es sind bey Gelegenheit, da an einem gewissen Orte die immediate Herrschaft privativen Dorfs und Gemeinde auch über dero Unterthanen absoluter Vogt-Herr ist, die Kirchen-Herrschaft aber einer ausländischen Herrschaft zustehet,

stehet, mir folgende Fragen, zur rechtlichen Entscheidung, ohne Beyfügung derer rationum dubitandi und deren resolution vorgeleget worden:

Quæstio VII.

51 **Ob der dominus loci, prorsus non requisitus, zu gestatten habe, daß seine Unterthanen, welche den meisten Theil der Kirchen-Gemeinde ausmachen, zu einer von der Kirchen-Herrschaft nicht aus Noth, sondern zur blossen Pracht, v. c. mit structur-Arbeit, sine vlla prædeliberatione cum parochianis eorumque domino seculari vorgenommenen reparation, zu denen sumtibus concurriren?**

Rationes decidendi.

52 Diese Frage ist auf gewisse Art zu negiren und dabey vorauszusetzen, 1) daß in genere die parochiani, wenn dergleichen reparation der Kirchen vorzunehmen, vorher billig gehöret werden müssen, cum in genere ad actum citandus sit, de cuius onere et præiudicio agitur,

PETR. PECKIVS *de S. S. eccles. ædif. et reparand. c. 16.*

53 bevorab da 2) die causa reparationis erwogen, und considériret werden muß, ob dergleichen reparatur nöthig sey, vt parochianorum magnopere interlit, causam reparationis probe ventilari.

CARPZ. *lib. 2. def. 336. in f.*

54 Dabey denn 3) die Kirchen-Herrschaft zwar mehr Recht als ein ander patronus hat, dennoch auch diejenigen, so daß ius episcopale über eine Kirche exerciren, nicht schlechterdings, inaudiris parochianis, solche reparation nach denen principiis protestantium vorzunehmen befugt sind, so daß in der protestirenden Stände Landen, sowol des consistorii auctoritas darbey nöthig ist, als die eingepfarrete darüber gehöret werden müssen,

CARPZ. *cit. l. n. 3. sqq.*

55 bevorab da 4) hier vorausgesetzet wird, daß solche reparatur nicht aus Noth, sondern bloß ad pompam maiorem et splendorem geschehen, wozu die Eingepfarreten um desto weniger wider Willen contribuiren dürfen, weil überhaupt dergleichen sumtus ad solum ornatum spectantes zu der reparatur der Kirchen nicht gehören, wozu allein die Eingepfarreten allenfalls angehalten werden können, sondern vielmehr ein grauamen, et onus indebitum ausmachen würde, wenn die Gemeinde wider ihren Willen dazu contribuiren solten, besonders da 5) der meiste Theil derselben aus Unterthanen, so

56 einer immediaten Herrschaft unterworfen, bestehen, und also pro lubitu zu dergleichen Kirchen-Bau von der Kirchen-Herrschaft nicht collectiret werden können, als welches zu der weltlichen Herrschaft præiuditz in so weit gereichet, wenn sie zu dergleichen überflüssigen Kosten angehalten werden sollen, da die leges ecclesiasticæ keinen Kirchen-Bau weiter verstatten, als so weit es nöthig ist,

v. tom. III. iur. eccles. protest. lib. 3. tit. 48. §. 39. sq.

mithin 6) die weltliche Herrschaft befugt ist, ihre 57
Unterthanen gegen solche unnöthige und überflüssigen Kosten, so die Kirchen-Herrschaft in casu præsenti zu machen intendiret, zu vertreten, und zu defendiren, obwol 7) sonsten, si re- 58
paratio necessaria est, darauf nicht gesehen wird, wenn gleich die Eingepfarreten unter fremder iurisdiction stehen,

CARPZ. *cit. l. def. 348.*

So erhellet hieraus so viel, daß zuförderst 59
über dergleichen ad solum ornatum spectantes expensas die Eingepfarreten gehöret werden müssen, auch die weltliche Herrschaft billig darüber zu hören sey, wenn derselben Unterthanen mit solchen überflüssigen und unnöthigen Unkosten beschweret werden solten.

Quæstio VIII.

60 **Ob die fremde Kirchen-Herrschaft nicht schuldig sey, dem** domino loci **einen** commoden **Platz in seiner Kirchen anzuweisen, wo dieser für sich und seine** illustre **Familie einen** a vulgo distinguirenden **Stand bauen könne?**

Rationes decidendi.

Ohngeachtet 1) der dominus loci dem Pfarr- 61
Zwang ad exemplum aliorum parochianorum nicht unterworfen, so stehet ihm doch frey, weil er in loco wohnet, und daselbst secularis dominus ist, sich der Pfarr-Kirche für sich und seine illustre Familie mit zu bedienen, wie ihm denn solches bishero nicht gestritten seyn wird, sein anteceſſor auch 2) sich freywillig zu denen sacris der Pfarr-Kirche gehalten, und daselbsten einen eigenen Kirchen-Stand gehabt, wie es seine qualität erfordert, dahero auch 3) dem 62
ietzigen domino loci solches billig nachzulassen, und ihm ein commoder Ort in der Kirche anzuweisen, da er einen Herren-Stand bauen könne, cum etiam nobilibus quibuscunque hoc datum sit, vt in naui ecclesiæ locum honorabiliorem, spectata ipsorum conditione et dignitate, pro se et sua familia exigere a patrono possint.

ESPEN. *in intr. eccles. P. 2. tit. 25. c. 7. §. 28.*

63 also 4) dieses um destomehr dem domino loci angedeyen muß, als welcher zugleich daselbst absoluter Vogtey-Herr ist, und 5) der Pfarr-Kirchen dadurch ein grosser Beytrag geschiehet, als deren Heiligen dadurch jährlich über hundert Gülden profitiret, wie aus der folgenden Frage zu ersehen.

64 So bin ich der Meynung, daß die fremde Kirchen-Herrschaft schuldig sey, dem domino loci einen commoden Ort zu Erbauung eines convenablen Kirchenstuhls anzuweisen.

Quæstio IX.

65 **Ob der dominus loci, wenn er den Kirchen-Stand auf seine eigene Kosten bauet, nicht befugt sey, sein und seiner Frau Gemahlin Wapen daran quomodocunque machen zu lassen? Und dieses um so mehr, als der dominus loci nicht nur seinen Stand propriis sumtibus bauet, sondern auch der Pfarr-Kirchen, oder deren Heiligen, wenn er jene cum familia sua frequentiret, des Jahrs über mehr denn hundert Gülden einträget?**

Rationes decidendi.

66 Ich setze hierbey zuförderst billig voraus, daß 1) dergleichen Stühle, welche iemand auf seine eigene Unkosten pro qualitate illustri, qua coruscat, für sich und seine Familie bauet, billig als Erb-Kirchenstühle in denen Evangelischen Kirchen mehrentheils, absonderlich bey denen illustribus personis, statt finden, und ohnstreitig acquiriret werden können,

HARPRECHT *vol. nov. cons. 22. n. 139. sqq.*

67 hier aber solches 2) um destomehr nachzulassen, als die Pfarr-Kirche davon ein grosses, und jährlich über hundert Gülden profitiret, zu dessen Compensirung dem domino loci dergleichen Erb-Kirchenstuhl billig gebühret, und verwilliget werden muß, cum omne commodum cum incommodo compensandum,

l. 10. D de R. I.

nec ferendus sit, qui commoda amplectitur et incommoda recusat.

l. 22. §. pen. C de furt.

68 Dieserwegen denn 3) denen possessoribus dergleichen standesmäßige Kirchen-Stühle billig nachzulassen, daß sie ihre und ihrer Gemahlin Wapen daran machen lassen können, cum in argumentum auitæ virtutis et rerum a maioribus præclare gestarum hoc receptum sit, vt nobiles et illustres insignibus vbique vti possint,

HOEPING *de iure insign. c. 6. P. 8. §. 3. n. 1366.*

adeoque etiam ab omni æuo receptum sit, 69 insignia templis et sic etiam subselliis eorum adponere,

IDEM *cit. tr. c. 10. §. 1.*

und wie 4) auf denen Begräbnissen, absonder- 70 lich personarum illustrium, die Wapen machen zu lassen, eine allgemeine erlaubte Sache ist, also ist nicht abzusehen, wie einer weltlichen Herrschaft des Ortes vor ihrem Kirchen-Stuhl, so sie auf ihre Unkosten erbauet, ihr Wapen machen und aufhängen zu lassen, solte verwehret werden können; so gar, daß wenn man 5) auch 71 gleich statuiren wolte, daß die Besitzer dergleichen Kirchen-Stühle nicht pro absolute talibus proprietariis zu achten, dennoch wenigstens an denenselben ein vtile dominium dergleichen possessoribus muß zugelassen werden; iam autem et moribus gentium regulariter inualuit, quod quilibet domini rebus suis, quas possident, suos adiicere possint titulos et insignia.

IDEM *cit. l. n. 208.*

Nicht zu gedencken, daß 6) ex illustri dignita- 72 te diese prærogativ dem domino billig gebühret,

So erhellet hieraus so viel, daß wenn der 73 dominus loci auf seine eigene Unkosten, den Kirchen-Stand bauet, derselbe wohl befugt sey, sein und seiner Gemahlin Wapen daran machen zu lassen:

Quæstio X.

74 **Ob die Kirchen-Herrschaft dem Herrn des Orts einen seinem Stand gemässen Stuhl ohne seine Kosten zu geben schuldig sey, wenn sie ihn in ihre Kirche invitiret, daß er dieselbe frequentiren möge?**

Rationes decidendi.

75 Hierbey ist bereits ausgeführet 1) daß der dominus loci mit seiner illustren Familie in die Pfarr-Kirche nicht eingepfarret, sondern ihm erlaubet sey, für sich seine sacra domestica auf seinem Schloß zu haben, dahero wenn 2) die auswärtige Kirchen-Herrschaft denselben zu Frequentirung seiner Kirchen invitiren solte, sie auch die Mittel dazu anwenden muß, ohne welche die Frequentirung nicht geschehen kan, das ist, daß dieselbe ihm einen convenablen Stand für sich und seine Familie anweise, cum qui finem vult, velle etiam censeatur media, sine quibus finis obtineri non possit, dagegen aber 3) dergleichen Kirchen-Stand der Kirchen- 76 Herrschaft vollkommen eigen bleibet, als welchen dieselbe aus ihren Mitteln erbauet, und dem

dem domino loci nichts mehr als den blossen Gebrauch zu seiner Commodität davon einräumt, dabey auch 4) befugt ist, jährlich dafür einen gewissen censum der Kirchen zu reserviren, als welches absonderlich bey solchen Ständen gebräuchlich ist, die einer für sich und seine Familie allein zu gebrauchen hat, wie der allgemeine Gebrauch derer Evangelischen Kirchen mit sich bringet, auch der Billigkeit gemäß ist, vt, si ecclesiæ sumtibus subsellia exstruuntur, illa quoque inde aliquod lucrum copiat,

PHILIP. *de subsell. templ. c. 2. §. 5. et c. 4. §. 15.*

77 So ist zwar in so weit die Kirchen-Herrschaft, wenn sie den dominum loci zu Frequentirung der Pfarr-Kirchen invitiret, ihm einen convenablen Stand vor sich und seiner Familie anzuweissen, oder bauen zu lassen schuldig, dagegen aber auch einen billigen censum annuum davon zu fordern wohl befugt.

Weil der ordinaire Pfarr-Herr von alters her, wie noch, nach dem gewöhnlichen allgemeinen Kirchen-Gebet auch ohne Gefehr diese formalia gebrauchet:

> In unser andächtiges Gebet schliessen wir auch mit ein die hiesige Herrschaft, welche GOtt bey allem ꝛc. hohen Wohlergehen erhalten wolle,

so wird dabey gefraget:

Quæstio XI.

78 **Ob die Kirchen-Herrschaft wegen des Capellen-Baues eine befugte Anlaß nehmen könne, obige Gebets-Formul auszulassen?**

Rationes decidendi.

79 Diese Frage ist deswegen zu verneinen, 1) weil das speciale öffentliche Kirchen-Gebet, für die hohe Obrigkeit iedes Orts, fast so alt das Christenthum selbsten ist, und die ersten Christen schon öffentlich bezeuget, daß sie auch zu ihrer Zeit die heidnische Obrigkeit in ihr besonder Gebet eingeschlossen,

TERTVLL. *ad Scapul. c. 2. et in apol. c. 30 et 32.*

ATHENAGOR. *in f. de legat. pro Christ.*

ORIGEN. *contra Celf. lib. VIII. p. 426. edit. Cantabrig.*

und sich dabey auf die Anweisung des Apostels Pauli bezogen, welches auch durch alle folgende secula bestätiget worden, so gar daß man 2) 80 nicht darauf gesehen, ob die Landes-Obrigkeit zu der Kirchen gehöret oder nicht, welches auch noch heute zu Tage bey denen Evangelischen die allgemeine Gewohnheit bestätiget, wie ich

in diss. de iure precum public.

dargethan, anbey 3) daraus behauptet, daß 81 die Obrigkeit eines ieden Orts suo iure dergleichen intercessiones speciales apud Deum für sich zu begehren befugt sey, um desto mehr also der dominus loci, weil er eiusdem religionis ist, solche special-Fürbitte nach dem bisherigen specialen und allgemeinen Gebrauch begehren kan, dabey auch 4) der intendirte Ca- 82 pellen-Bau keinen Anlaß, solches hindan zu setzen, geben mag, nach dem für den dominum loci nicht qua parochianum, so er nicht ist, sondern qua magistratum loci gebetet werden muß, und er durch den Capellen-Bau der Pfarr-Kirche kein præiuditz zuziehet, vielmehr er solches suo iure thut, und es auch hier heisset: qui suo iure vtitur, nemini iniuriam facit; im Gegentheil, wenn 5) die Kirchen- 83 Herrschaft dieser Ursache wegen die gewöhnliche Fürbitte unterlassen solte, dadurch dem domino loci dasienige, was ihm gebühret, entziehen, und also gegen ihn keine geringe iniuriam committiren würde, da 6) bekant, daß auch für die Orts-Obrigkeit, die ihre eigene sacra in ihren Capellen zu halten pfleget, in denen Kirchen die Vorbitte geschehen muß, und wie bey denen Ständen des Reichs 7) die 84 superioritas territorialis dieses ius exigendi preces publicas mit sich bringet, also auch denen immediatis, iurisdictione seculari illius loci munitis, solches sine graui iniuria nicht denegiret werden kan; also 8) die Kirchen-Herrschaft ihr ius episcopale in præiudicium et detrimentum des Orts weltlicher Herrschaft nicht mißbrauchen kan.

So schliesse ich daraus, daß die Kirchen- 85 Herrschaft wegen des Capellen-Baues keinen befugten Anlaß nehmen könne, obige Bet-formul auszulassen. V. R. W.

NOMINE PRIVATO
MENSE FEBR. MDCCXXXIX.

RESPONSVM XV.

THEMA.

De cognitione extraordinaria in causis matrimonialibus immediatorum imperii Augustanæ confessionis.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstiones propositæ. n. 2.
Exceptio transactionis litis ingressum impedit, n. 3. 21.
Compromissa inuitis partibus obtrudi non possunt. n. 4.
Causæ matrimoniales inter causas arduas et maiores referuntur. n. 5. 6.
Causæ arduæ sua natura iudicem compromissarium non admittunt. n. 5. 24.
Num iurisdictio imperatoris vel vicariorum imperii in causis matrimonialibus immediatorum sit fundata? n. 7.
Causæ matrimoniales immediatorum olim ad cognitionem cæsaream spectauerunt. n. 8.
Quod exemplis ex historia illustratur. n. 9. 25.
Num hodie imperator in causis euangelicorum immediatorum matrimonialibus per commissarios protestantes cum potestate decidendi datos procedere possit? n. 10.
Austregæ, et iudicia imperii non sunt competentia in his causis. n. 11.
Nemo potest esse iudex in propria causa. n. 12.
Immediati cum principibus imperii euangelicis in sacris et ecclesiasticis paria habent iura. n. 13.
Causæ matrimoniales immediatorum imperii inter se nullum iudicem competentem habent. n. 13.
Excluso etiam imperatore et iudiciis imperialibus. n. 14.
Iurisdictio ecclesiastica iudiciis imperii ante reformationem non competiit. n. 14.
Suspensa hæc videtur intuitu Protestantium, non imperatoris. n. 15.
Imperator nec in terris suis hereditariis iurisdictionem in causis matrimonialibus exercet. n. 16.
In decidendis immediatorum Protestantium matrimonialibus causis via extraordinaria opus est. n. 17.
Compromissa in huiusmodi causis non simpliciter sunt liberæ voluntatis. n. 18. 22.
Deficiente iudice quilibet sibi ipsi iudex est. n. 19.
Adhibitis tamen certis cautelis ibid. et n. 21.
Adeoque idem iuris est in dissoluendis matrimoniis principum evangelicorum n. 22.
Et immediatorum. n. 23.
Necesse est vt is, qui delegare vult, principaliter de causa cognoscere possit. n. 26.
In decidendis causis matrimonialibus immediati euangelici potestatem absolute summam habent. n. 27.
Decisio quæstionum. n. 28.

1 Als uns eine facti species nebst zwey Fragen zugeschicket ꝛc.

Hat Caius, ein immediatus imperii, in a. 1725. und im drey und zwantzigsten Jahr seines Alters mit Sempronia, einer Dame von fünf und dreyßig Jahren, und welche ihre Erb- und Güter in communione mit anderen Anverwandten besitzet, sich verheyrathet, iedoch sich bald hernach eine impotentia coëundi naturalis bey derselben nicht allein gezeiget, sondern auch nach vielen Jahren Caius erst erfahren, daß man gleich in derselben Kindheit dergleichen Vitium, so sie zum Ehe-Stand untüchtig machet, an ihr wahrgenommen, gleich wie dann Caio hierüber von dem gemeinschaftlichen Oberpfarr-Herrn, einem daselbst funfzig Jahr in Diensten stehenden Mann, mit consens der Semproniæ Anverwandten ein schriftlich attestatum ertheilet worden ist, nicht weniger auch ferner sich veroffenbaret, daß sie in ihrem Leben niemalen ihre menses bekommen, mithin sowol ad concubitum als procreationem sobolis untüchtig, ja nicht allezeit compos mentis sey, vielmehr ihre intervalla habe. Hat nun Caius diese mariage, wegen vieler abgehabten herrschaftlichen Geschäften, und aus egard und Hochachtung gegen der Semproniæ Anverwandtschaft in Gedult an die sieben bis acht Jahr lang ertragen, da Sempronia, inscio marito, nach Holland zu gewissen Befreundten gereiset, und alda verblieben ist, worauf Caius nach verflossenen zwey Jahren gegen diese Ehe sich zu moviren angefangen, und sowol auf die annullation derselben als Abfindung gedrungen, endlich auch im an. 1738, nachdem er aus denen in der communion stehenden Gütern inzwischen nicht gewichen, durch Vermittelung der Semproniæ curatoris sowol von ihr als derselben nächsten Freundschaft einen gütlichen Vergleich erhalten, kraft

kraft dessen, Caio eine gewisse Summe Geldes entrichtet worden, dahingegen zwar Sempronia an Caii Person keinen Anspruch mehr gemachet, und von ihm weder etwas zu sehen noch zu hören verlanget, aber durchaus in keine declarationem nullitatis matrimonii jemals consentiren wollen. Lässet sich aber Caius währender Zeit, und da Sempronia nach Holland verreiset gewesen, mit der Titia, einer anderen Person von Stande, in eine mariage de conscience ein, und zwar unter Darthuung aller vorstehenden und unter der sowol der Titiæ als ihren Eltern münd- und schriftlich beschehenden repræsentation, daß obschon denen Rechten nach er sich mit der Titia so gleich copuliren lassen könte, iedoch besser gethan seyn würde, sothane copulation bis zu der vorgehenden Annullirung der mit Sempronia getroffenen Ehe aufzuschieben, so auch nicht allein erfolget, sondern noch dazu diese Verhinderung, daß Caius gleich zu der Zeit in einen unverdienten arrest gerathen, gekommen, inzwischen aus solcher Verbindung Caius mit der Titia bereits sechs Kinder erzeuget, wovon noch drey am Leben sind, und derselbe nunmehr entschlossen ist, die Annullirung der ersten Ehe mit allem Ernst zu treiben, und dahero belehret seyn will:

Quæstio I.

2 **Ob nicht bey solcher wahrhaften Bewandniß der Sachen, und da Caius dieser vitiorum der Semproniæ unwissend gewesen, demselben die verlangte declaratio nullitatis vor einem iudice compromissario zu willfahren sey? und**

Quæstio II.

Ob demselben, es mag sich nun Sempronia zu einem Ausspruch verstehen oder nicht, ein und anderen Falls frey bleibe, ad secunda vota zu schreiten, ja Caio incumbire, die copulationem sacerdotalem mit der Titia so bald als möglich vorzunehmen?

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl es 1) das Ansehen gewinnen will, daß, da Caius so lange mit der declaratione nullitatis zurück gehalten, ja endlich im anno 1738. einen Vergleich mit der Sempronia getroffen, dabey aber dieselbe durchaus in keine Annullirung der Ehe consentiren wollen, nunmehro nicht mehr res integra sey, sondern es bey dem Vergleich verbleiben müsse, zumahl man fast vermuthen muß, daß Caius der Semproniæ hierin nachgegeben, und darin, daß keine declaratio nullitatis erfolge oder gesuchet werde, consentiret, demselben also die exceptio transactionis, quæ litis ingressum impedit, entgegen stehe, und sie dergestalt sich vor keinem compromissario iudice einzulassen schuldig sey: hiernächst wenn auch 2) diese exception nicht statt finden solte, dennoch Sempronia nicht schuldig seyn möchte, vor einem compromissario iudice wider ihren Willen sich in dieser Sache einzulassen, als welcher willkührlich ist, und nicht anders, als partis vtrivsque voluntate erwählet werden mag, neque enim compromissa invitis partibus obtrudi possunt, sed libera voluntate eliguntur. 4

l. 11. §. 1. de recept. qui arbitr. recep.
l. 5. C de recept. arbitr.
l. 14. pr. C de iudic.

Bevorab, da 3) alhier eine Ehe-Sache ist, und man auf die declarationem nullitatis gehen will, dergleichen Sachen inter arduas et maiores referiret werden, die sua natura keinen iudicem compromissarium erleiden, 5

c. pen. X de vestit. in integr.
GAIL. *2. obs. 94. n. 14.*
BOEHMER *de caus. ard. et maior. c. II. §. 2. §§.*

und dahero 4) auch unter denen immediatis A. C. dergleichen iudex compromissarius in Ehe-Sachen nicht wohl statt finden möchte, da vermuthlich Sempronia niemalen dazu zu bringen seyn wird, daß sie ihren consens dazu ertheile. 6

LVDOVICI *diss. de iudice compet. in caus. princ. protest. matrimon.*

Vielmehr dafür 5) zu halten, daß die iurisdictio imperatoris, vel vicariorum imperii tempore interregni, in dieser Sache fundiret sey, anerwogen, obgleich die iurisdictio ecclesiastica catholicorum magistratuum contra A. C. consortes suspendiret worden, 7

Instr. pac. art. V. §. 48.

dennoch dadurch bloß die bischöfliche iurisdiction ihre actualität in his causis verlohren, hergegen der Kayserlichen iurisdiction dadurch nicht derogiret worden, als welche vniversalis ist, ad quascunque causas sese extendens, præsertim quod olim etiam causæ matrimoniales immediatorum ad cognitionem Cæsaream spectauerint, 8

TEXTOR *ad* R. I. *de a. 1654. §. 74. §q.*

auch 6) exempla in der Historie anzutreffen sind, daß die Kayser so gar auf denen Reichstägen in Ehescheidungs-Sachen erkannt, wie das Exempel Henrici II. de anno 1018, welcher Graf Eckhards Sohn von seiner Gemahlin geschieden, darthut, 9

AVCTOR *vitæ Meimwerci apud* LEIBNIT. *tom. I. rer. Brunsuic. p. 517.*

welchem Exempel noch in den jüngeren Zeiten Ludovicus IV gefolget ist,

SCHWEDER. *in iur. publ. P. spec. sect. 2. c. 17. §. 32.*

und wenn sich auch 7) heute zu Tage die Kayser-

serliche iurisdiction so weit nicht mehr erstrecken möchte, dennoch wenigstens so viel nachzugeben seyn möchte, daß der Kayser oder die Reichs-Vicarii hierinnen extra ordinem per commissarios protestantes, ad hanc causam cum potestate decidendi datos, verfahren können.

MYLER AB EHRENB. *de princ. et stat. imp. C. XX n. 20.*

11 Zumal alle dubia gegen die Kayserliche cognition dadurch hinweg fallen, und sonsten 8) kein ander iudex sich finden will, da weder das forum austregarum noch die Reichs-Cammer in
12 Ehe-Sachen der protestanten fundiret, und doch gleichwol nöthig ist, daß die immediati in Ehe-Sachen Oberrichter haben, und nicht iudices in propria causa seyn,

BARDILI *de divort. in caus. desert. §. 21.*

welches so wenig die gemeinen Rechte,

t. t. C ne quis in propr. caus.

als der protestirenden iura in Ehe-Sachen, welche cum grauissima causæ cognitione decidiret werden müssen, zulassen.

Rationes decidendi.

13 Weil aber dennoch die protestirende ICti, so dieses argumentum de causis matrimonialibus immediatorum A. C. inter se abgehandelt haben, gestehen müssen, daß dieselbe in diesen Sachen keinen iudicem competentem haben, zumahl was von der Evangelischen Reichs-Fürsten Ehen dieselbe anführen, auch auf die immediatos überhaupt, als welche paria iura mit jenen in sacris et ecclesiasticis haben,

art. V. §. 48. l. v.

extendiret werden muß,

BARDILI *cit. l. §. 9. sq.*
LVDOVICI *cit. l. per tot.*
B. A COCCEII *in prud. iur. publ. C. XXXII §. 8.*

14 und so wenig die cognitio Cæsarea als vicariorum imperii hierin heute zu Tage statt finden kan, nachdem bekannter massen vorlängst denen Bischöfen priuatiue die iurisdictio ecclesiastica in matrimonialibus überlassen worden, und weder durch den Religions-Frieden, noch Oßnabrückischen Friedensschluß, dem Kayserlichen Reichs-Hofrath, einige iurisdictio in causis ecclesiasticis zugewachsen, als welche derselbe ante reformationem nicht exerciret, hierüber die suspensio iurisdictionis episcopalis bloß in Ansehen der protestanten, die sol-
15 ches allein und nicht der Kayser gesuchet, geschehen, und wie der Kayser selbsten in seinen Erb-Landen keine iurisdictionem in matrimonialibus bishero sich angemasset, er also noch we-
16 niger, oder die Reichs-Vicarii in causis principum vel immediatorum protestantium matrimonialibus sich solche attribuiren werden.

BARDILI *cit. l. §. 12.*

17 Diesemnach fest und unbeweglich bleibet, daß auch in dieser Sache kein iudex competens ordinarius vorhanden sey, vielmehr die interessenten sich einen viam extraordinariam gefallen lassen müssen,

STRVV. *in synt. iur. publ. diss. 24. §. 18.*

so allein in compromisso gesetzet werden kan, 18
als welches in solchem casu, da kein ander Richter ist, nicht mehr liberæ voluntatis ist, sondern entweder von dem Gegenpart angenommen und beliebet, oder admittiret werden muß, daß Caius in seiner eigenen Sache Richter sey, cum 19
deficiente iudice quilibet sibimet ipsi sit iudex, wie denn in dergleichen Fällen nichts mehr übrig ist, als daß ein solcher immediatus einen genugsamen Beweiß von denen impedimentis, quæ matrimonium nullum esse euincunt, coram quocunque iudice aufnehmen und davon hinlängliche acta formiren, denenselben alle nöthige documenta beyfügen lasse, nicht weniger selbsten endlich bestärcke, daß er die eheliche Bewohnung mit der Sempronia niemals wegen ihrer angebornen Untüchtigkeit zum Ehe-Stand erhalten können, so ferne noch einiges dubium bey dem Beweise übrig seyn solte, so dann aber transmissis actis an unterschiedene theolog- und iurist-sche Facultäten darüber erkennen lasse, ob sowol der Beweiß zureichend, als die causa nullitatis gegründet sey, und wenn solches erkant werden solte, alsdann davon der Ehe-Gemahlin, die in kein compromissum bishero consentiren wollen, in forma probante davon Abschrift zu ertheilen und ihr anzudeuten sey, daß die Ehe von nun an aufgehoben und als null und nichtig erkläret werden solle, zumahl auch dieser methode protestirende Reichs-Fürsten und immediati sich in vorstehenden Verlöbnissen, wenn gezweifelt wird, ob in diesem oder jenem Grad der Blut-Freundschaft die Ehe verboten oder zugelassen sey, sich bedienen, und nach denen ausgefallenen Belehrun- 20
gen ihre Ehe schliessen; endlich auch zu hoffen stehet, daß, wenn man auf den Weigerungs-Fall wegen des compromissi der Semproniæ vorstellet, daß Caius sich dieser methode in contumaciam bedienen werde, alsdann sie um desto ehender den Weg des compromissi sich gefallen lassen werde; wogegen denn die rationes dubitandi nichts verfangen, angesehen ad 1) wir voraus setzen, daß Caius in dem Ver- 21
gleich mit der Sempronia wegen der nullitatis declaratione, und daß er niemahls darauf dringen wolle, sich nicht constringiret, sondern dieser Punct ausgesetzet sey, welches aus dem Vergleich, wenn er der facti speciei beygeleget worden wäre, am besten erkannt werden können, wir also in dessen Ermangelung voraus setzen müssen, daß hierüber nichts verglichen worden sey. Hiernächst ad 2) zwar die compromissa 22
liberæ voluntatis sind, gleichwol in denen Fällen, in quibus iudex deficit, als nothwendig suo modo angesehen werden müssen, weil sonsten dem parti læsæ kein Mittel übrig bleiben würde, zu seinem Recht zu gelangen, allenfalls in

casu

casu contumaciæ extremæ der Gegenpart erleiden muß, vt læsus sit iudex in propria causa; cum enim supremum iudicem, quando de dissoluendo matrimonio agitur, immediati A. C. addicti non habeant, nihil supereſt, quam vt dicamus, principem vel immediatum ipsum sibi esse iudicem,

PFEFFINGER *in vitriar. illustr. tom. III. p. 306.*

welches auch bey den nobilibus immediatis statt findet,

L. B. *de* LYNCKER. *tom. I. resp. 14.*

24 dieſer wegen was ad 3) de causis matrimonialibus compromissa excludentibus angeführet iſt, von denenjenigen, welche ordentlichen consiſtoriis oder geiſtlichen Gerichten unterworfen, zu verſtehen iſt, welches ad 4) auf die immediatos, qui in causis matrimonialibus iudicem non habent, nicht zu appliciren, ſondern bey denenſelben einer von denen beyden Wegen nothwendig admittiret werden muß, bevorab ad 5) bereits in rationibus decidendi dargethan iſt, daß die iurisdictio Cæsarea et vicariorum, quanta quanta ſit, ad causas eccleſiaſticas proteſtantium nicht extendiret

25 werden könne, und ad 6) auf die angeführten exempla aus den alten Zeiten wenig mehr zu regardiren, nachdem einmal die iurisdictio eccleſiaſtica nach denen principiis iuris canonici denen weltlichen Gerichten gäntzlich entzogen, und priuatiue denen biſchöflichen beygeleget und zugeſtanden worden, daß die iurisdictio ſupremorum tribunalium, welche nach denen angeführten principiis eingerichtet, auf die causas matrimoniales nicht mit fundiret

26 werden mögen, noch weniger ad 7) die commiſſio Cæsarea vel vicariorum einige application finden kan, da dergleichen commiſſarii nichts anders als iudices delegati ſind; neceſſe vero eſt, vt qui delegare vult, principaliter de causa cognoſcere poſſit, quod imperatori vel vicariis in causis matrimonialibus non eſt conceſſum.

BARDILI *cit. l. §. 13.*

B. LVDOVICI *cit. diſſ. §. 33.*

Dieſerwegen ad 8) nicht folgen will, daß weil 27
kein ander iudex zu finden, nothwendig der Käyſer oder die Reichs-vicarii in dieſen Sachen iudices ſeyn müſſen, vielmehr dieſes daraus zu ſchlieſſen, was der ſel. Herr von COCCEI *cit. loco* davon ſchreibet: quem ergo ſtatus in his causis iudicem habent? reſpond. Euangelici nullum: reliqui, eccleſiaſticum, wie dann eine bekannte Sache iſt, daß die immediati in dergleichen geiſtlichen und Ehe-Sachen gantz ſouverain und keiner iurisdiction unterworfen, wie abermahl der Herr von COCCEII mit dieſen Worten bekräftiget: euangelici itaque in his causis poteſtatem abſolute ſummam habent, cum eccleſiaſtica, quæ ſola ſuperior fuit, tota cum omnibus ſuis ſpeciebus ſuſpenſa atque ſublata fuerit per pacem Osnabrugenſem *art. V. §. 43.* welche Meinung auch STRVVIVS *cit. l.* bekräftiget mit folgenden Worten: in causis matrimonialibus nulli iudicio ſunt ſubiecti proteſtantes ſtatus, dum papam non agnoſcunt, et tales causæ a iurisdictione iudicii aulici, cameralis et auſtregarum ſint immunes, woraus denn nothwendig das iudicium in propria causa iuſtificiret werden muß.

So erhellet hieraus allenthalben ſo viel, daß 28
die verlangte declaratio nullitatis vor einem compromiſs-Richter ſtatt finde, und Sempronia ſich ſolchem iudicio zu unterwerfen ſchuldig, in deſſen Verweigerung aber Caius befugt ſey, nach geſchehener Formirung derer nöthigen Acten und darauf erfolgter transmiſſion derſelben an unterſchiedliche theolog- und iuriſtiſche Evangeliſche Facultäten darüber Erkenntniß einholen, und dieſe Sache entſcheiden zu laſſen, und wann ſolche beyfällig fallen ſollten, alsdann die copulation mit der Titia vorzunehmen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPTEMBR. MDCCXLI.

DECISIO XVI.

THEMA.

Prorogatio fori eccleſiaſtici inter proteſtantes licita eſt.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Lites de bonis eccleſiaſticis conſiſtoriis propria ſunt. n. 2.
Venditio bonorum immobilium eccleſiaſticorum coram iudice incompetente inita nulla eſt. n. 3.
Deficiente præſertim iuſta alienandi cauſa. n. 4.
Et cauſæ cognitione. ibid. n. 13.
Forum priuilegiatum, lege prohibente prorogari nequit. n. 5.
Actus, qui liti cauſam dederunt, in poſſeſſorio non attenduntur. n. 6.
Exceſſus iurisdictionis pendente lite commiſſi puniendi ſunt. n. 7. 15.
Victus victori in expenſas condemnandus eſt. n. 8.
Exemtio a iurisdictione ciuili intuitu fundi ſoli

soli eius possessori prodest. n. 9.
In alienatione fundorum rusticorum ecclesiasticorum solemnitates alias necessaria non desiderantur. n. 10.
Et coram incompetente iudice valide fieri potest. n. 11.

Provocatio fori ecclesiastici inter protestantes licita est. n. 12.
Compensatio expensarum locum habet, si parti victrici aliqualis culpa imputari potest. n. 16.
Decisio. n. 17.

1 Als die Herren uns eingewante Leuterungen und ersolgte Gesetze in Sachen David L. Kläger an einem, und Erdman von F. auf W. Beklagten am andern Theil nebst denen übrigen Acten in 6. Voluminibus zugeschickt ꝛc.

Daß es beyderseits Leuterungen ohngeachtet bey dem am 14 April 1719 eröffneten, und in vol. sub ☽ fol. 216. befindlichen Urthel billig verbleibet, Klägers fol. 142. in Leuterungs-Acten befindliche Suchen auch nicht statt finde, iedoch mit dieser Erklärung, daß Klägern, so ferne er wegen Mißbrauch der Gerichte gegen Beklagten einige gegründete Beschwerde zu führen vermeinet, ihm solches zu gebührender Untersuchung am gehörigen Ort zu denunciren unbenommen verbleibet. V. R. W.

Rationes decidendi.

2 Ob wohl Kläger, so viel dessen Leuterung betrift, seine Beschwerde vornemlich erstlich darin gesetzet, daß Beklagter ihn unter seine iurisdiction ziehen, und von des Consistorii Gerichtbarkeit gantz entziehen wolle, da er doch ein Pfarrbauer, und denen adelichen Gerichten nicht unterworffen sey, mithin dadurch grauiret zu seyn vermeinet, daß Beklagter von der Einlassung auf sein Suchen und Vorbringen absoluiret worden, in mehrerer Erwegung, man nicht einsten den Haupt-Punct, worauf in decidendo es ankommen, getroffen, vielmehr zum voraus gesetzet, daß Kläger sein Pfarrbauer-Gut bereits anno 1715 an seinen Sohn, Christian übergeben und abgetreten, der Sohn auch nebst Klägern noch im Gute sitze, und dahero Kläger kein ius agendi zustehe, welches alles doch, Klägers Vorgeben nach, nicht zu
3 attendiren, vielmehr dieses in consideration zu ziehen gewesen, daß der prætendirte Verkauf und Abtretung des Pfarrbauer-Guts coram iudice incomperente, nemlich vor Beklagten Gerichten, geschehen, und dahero für null und nichtig zu achten, Beklagter auch nur gesuchet ihn von dem, seinen Gerichten eximirten und unter dem Consistorio gelegenen Gut, zu vertreiben, und ihm allerhand Dienste aufzubürden, dabey doch keine iusta causa alienandi gewesen, allenfalls auch solches Pfarrbauer-Gut auctoritate consistorii, adhibita causæ cognitione, veräussert werden müssen, darneben der Sohn auch noch minorennis gewesen, und keinen Kauf schliessen mögen; und
5 wenn auch Beklagter gleich einige actus possessorios ratione iurisdictionis über ihn anführen wolte, er dennoch dem Consistorio nicht præiudiciren, noch sein privilegirtes forum, lege prohibente, prorogiren mögen; übrigens man auch keinen actum iurisdictionis über ihn anführen, vielweniger diejenigen actus, qui liti causam dederunt, attendiren könne; hiernechst so viel das andere grauamen betrifft, der bishero noch ermangelnde Bericht, worauf im vorigen Urthel reflectiret worden, bereits fol. 19. abgestattet, keine resolution aber darauf erfolget, und Kläger daraus schliessen will, daß Beklagter nunmehro billig pro confesso et conuicto zu achten; endlich bey dem dritten grauamine Kläger gnugsam ausgeführet zu haben vermeinet, daß Beklagter pendente lite grosse excesse gegen ihn verübet, unrechtmäßiger Weise gepfändet und die härtesten inconuenientien gegen ihn vorgenommen, und dieserwegen billig anzusehen sey. Und so viel Beklagten Leuterung betrifft, er vornemlich sein grauamen darin setzet, daß Kläger in die Unkosten nicht condemniret worden, da doch seine exceptio litis ingressum impediens gegründet erfunden sey, und die Rechte vermögen, quod victus victori condemnandus sit in expensas.

6 7 8

Dieweil aber dennoch, so viel Klägers Leuterung betrift, aus denen actis sub signo ☽☽ zu ersehen, daß Kläger vornemlich fol. 175 wegen zehn Puncten sich gegen Beklagten beschweret, und solche daraus, daß er ein Pfarrbauer sey, und unter dem Consistorio stehe, behaupten wollen, darauf aber Beklagter sich nicht einlassen wollen, sondern vielmehr exceptionem legitimationis ad causam fol. 179. opponiret, und solche ex actis publicis et attestatis bekräfftiget, als woraus zu ersehen, daß Kläger sich wegen des Pfarrbauer-Guts Beklagten iurisdiction und Zwang zu entziehen, und sich noch für einen Pfarrbauren auszugeben intendire, da er doch nicht mehr Eigenthümer von dem quæstionirten Gute sey, sondern solches bereits an seinen Sohn in anno 1715 abgetreten, und dahero die dem possessori allein etwa zustehende exemtion sich nicht anmassen, noch daraus ein ius agendi sich arrogiren könne, vielmehr dahey zu erwegen, daß Beklagter mit Unter- und Ober-Gerichten zu W. belehnet, und die exemtion niemand weiter zu statten kommen mag, als so weit er das Gut, ratione dessen er eximiret, und unter dem consistorio stehen will, als Eigenthümer inne hat welches gleichwohl Kläger von sich nicht behaupten mögen, und die gegen die Abtretung des Pfarrbauer-Guts gemachte dubia ihm keines weges zu statten kommen können, anerwogen, was de alienatione bonorum ecclesiasticorum angeführet ist, auf dergleichen

9 10

chen Pfarrbäuer-Höfe nicht zu ziehen, als welche der alienation unterworfen, und durch dergleichen Abtretung ihren Zustand und qualität nicht verlieren, auch der Kirchen kein
11 præiudiz daraus zuwächset, dannenhero solche Abtretung auch coram iudice incompetente wohl geschehen mögen, cum etiam in contentiosis, multo magis ergo in actibus voluntariis, prorogatio permissa sit
l. 51. C. de episc. et cler.
12 und was dagegen aus dem iure canonico angeführet werden möchte, in foris protestantium nicht zu regardiren ist, welches aus besondern päbstlichen, unsern Kirchenrechten aber zuwider laufenden principiis her genommen ist
STRYK *de caut. contr. sect. I. c. 5. §. 19. in f.*
BERGER *in æcon. iur. lib. IV. c. 4. p. 942.*
SCHILTER *lib. I. instit. iur. can. tit. 18. §. 9.*
LYNCK. *de iur. episc. c. 11. n. 70.*
13 zugeschweigen daß die Abtretung des Guts, welches noch in communione gewesen, nicht ohne erhebliche Ursache geschehen, und Kläger den dabey angegeben Zwang nicht beygebracht, vielmehr sich an seinem Beweise versäumet, aus diesem allen also erhellet, daß Kläger sich ad causam nicht legitimiren mögen; im übrigen
14 ratione secundi grauaminis nicht zu befinden, wie Beklagter wegen der angegebenen anzüglichen Reden pro confesso et conuicto zu halten, da der begehrte Bericht fol. 19. abgestattet, und es nunmehro auf der Fürstl. resolution beruhet, also es inzwischen dabey sein Be-
15 wenden haben muß; endlich das letzte grauamen aus dem ersten vornemlich dependiret, da Kläger absonderlich ex defectu iurisdictionis die angegebene puncta gegen Beklagten angeklaget, und so ferne Kläger allenfals, daß dabey ein excess oder Mißbrauch der Gerichte vorgegangen, behaupten will, solches nicht hieher sondern ad separatum gehöret, auch ihm dabey unbenommen bleibet, solches zur gebührenden Untersuchung zu denunciiren, absonderlich da sich aus Klägers querelen so viel hervor thut, daß, so ferne solche wahr seyn solten, Beklagter des Gericht-Zwangs sich nicht wenig gemißbrauchet, und in modo excediret haben würde, welches billig ex officio in Untersuchung zu ziehen, und nach Befinden anzusehen ist; und so viel Beklagten Leuterung betrift, er das andere 16
grauamen selbsten fallen lassen, wegen des ersten aber keine Beschwerde zu führen Ursache hat, anerwogen doch aus den Acten so viel zu ersehen, daß Kläger ein dotal-Bauer vormahls gewesen, über welche die iurisdictio patrimonialis sich nicht erstrecket, und ob er wohl das Gut seinem Sohn abgetreten, dennoch sich bey ihm auf dem Hofe aufgehalten, und vermeinen wollen, daß er noch Herr und Besitzer vom Hofe, und die geschehene Übergabe von keinen Kräften sey, er also, so viel möglich gewesen, sich bey seiner Freyheit mainteniren wollen, so daß er nicht eben als ein improbus et temerarius litigator anzusehen ist, absonderlich da auch Beklagter so gar diese Sache zu seiner cognition ziehen wollen, welches per sententiam fol. 99. in actis sub signo ☽☽ ihm aberkannt, und er daher selbst nicht wenig zur Weitläuftigkeit Ursache gegeben, aus welchem allen denn auch zugleich erhellet, daß auf des Klägers Suchen in Leuterungs-Acten fol. 142. nicht reflectiret werden mögen, da diese Sache, so viel Klägers Person betrift, die Kirche nicht angehet, und er gestalten Sachen nach für keinen Pfarrbauren mehr zu halten.

So ist allenthalben, wie geschehen, zu er- 17
kennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPTEMBR. MDCCXIX.

RESPONSVM XVII.

THEMA.

De foro ministrorum ecclesiæ priuilegiato eiusque limitibus.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio: de foro competente ministrorum ecclesiæ. n. 2.
Ministri ecclesiæ gaudent foro priuilegiato. n. 3.
Extra territorium iudici impune non paretur. n. 4.
Citatio ab incompetente iudice facta ipso iure nulla est. n. 5.
In causis personalibus ministrorum ecclesiæ Bæhm. Cons. T. III. P. I. consistoria cognoscunt. n. 6. 17.
Qui in rem conuenitur, fori priuilegium allegare nequit. n. 7.
Inprimis inter protestantes. n. 8.
Si causa competentiæ fori est dubia, reus compavere et fori priuilegium allegave tenetur. n. 9.
Prorogatio fori etiam tacita inter clericos protestantes admittitur. n. 10. 11.
Forum contractus quatenus in iudiciis ecclesiasticis

fiasticis allegari possit? n. 12.
Decisio. n. 13.
Quæstio II. de eodem argumento. n. 14.
Cuius subest iurisdictioni oppidanæ. n. 15.
Quatenus fundum possidet. n. 16.
Et salvo foro priuilegiato. n. 16.
A landsassiatu in territorio clauso non valet argumentum ad iuramentum ciuis in ciuitate municipali. n. 17.
Decisio. n. 18.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst zweyFragen und beygefügten fasciculis actor. sub ☉ ☽ und ☿ zugeschicket ꝛc.

1 Hat Herr D. Johann Christian R. seinem Schwieger-Vater M. Johann Gottlieb F. Pfarrern zu A., zu Z. vor die Raths-Cantzley, und zwar in actis sub ☉ wegen seiner Ehelieben restirenden Pathen-Geldes, und in actis sub ☽ wegen rückständiger Aduocaten-Gebühren belanget, gedachter M. F. aber als ein Geistlicher daselbst sich nicht einlassen wollen, so daß in act. sub ☉ gegen ihn in contumaciam erkannt, in act. sub ☽ aber er an das Oberamt dieser wegen appelliret, dieses aber das Verfahren gäntzlich zu cassiren gedencket, und dem Rathe beygemessen, daß er ungebührlich getrachtet, sich einer iurisdiction in personalibus über den Pfarrer M. F. anzumassen, und dahero die Frage entstehet

Quæstio.

2 **Ob in beyden actis sub ☉ et ☽ der Rath mit der præfixione der Termine auch Ertheilung der Bescheide und sonst in causa wiederrechtlich verfahren, und er verbunden gewesen, den imploranten D. R. mit seiner imploration so fort abzuweisen, oder ob nicht allenthalben behörig procediret worden, und was disfalls der Rath zu seiner behörigen Verantwortung und exculpation für sich anzuführen habe?**

Rationes dubitandi.

3 Ob wohl aus den acten sub ☉ erhellet, daß Beklagter ein Pfarrer bey der Evangelischen Gemeinde zu Ober-V. so unter der Stadt Z. iurisdiction nicht gelegen, sey, und dahero allen bekannten Rechten nach sein forum priuilegiatum habe, und vor einem fremden Gerichte zu stehen, nicht angehalten werden können, vielmehr da die incompetentia fori manifesta et notoria gewesen, Kläger so fort a limine iudicii repelliret, und ad forum competens verwiesen werden müssen, cum extra territorium iudici impune non pareatur

4 *l. f. D. de iurisd.*

dem ohngeachtet fol. 8. in contumaciam, daß Beklagter sich auf des Klägers Vorbringen einzulassen schuldig sey, erkannt worden, und als abermal terminus dazu anberahmet, Beklagter aber sich f. 15. gemeldet, und exceptionem fori incompetentis opponiret, dennoch solches abermal nicht attendiret, sondern f. 26. in contumaciam decretiret worden, daß Beklagter sub pœna confessi et conuicti sich einzulassen schuldig sey, welches doch bey so gestalten Sachen nicht geschehen mögen, und Beklagter nicht einsten in termino zu erscheinen, und wie sonsten gewöhnlich, die exceptionem fori incompetentis zu opponiren, schuldig gewesen, cum citatio ab incompetente iudice facta sit ipso iure nulla,

5 *l. 2. D. si quis in ius voc. non iuer.*
CARPZ. *in proc. tit. VII. art. 2. n.* 7.

adeoque citatum non arctet.

l. f. C. de iurisd. omn. iudic.
clem. pastoralis. de sent. et re iudic.

6 welches alles auch von denen sub ☽ befindlichen actis zu sagen, als die bloß eine causam personalem debiti betreffen, und in dergleichen Sachen kein Geistlicher anders wo als vor seinem foro priuilegiato zu stehen schuldig ist, und ob wohl der Rath zu Z. die iurisdictionem über Geistliche haben möchte, dennoch solche über Fremde, und die unter seiner iurisdiction nicht stehen, zu extendiren nicht befugt gewesen, dahero Beklagter sich dagegen mit Recht opponiret, und von dem fernern Verfahren an das Oberamt appelliret.

7 Dieweil aber dennoch aus denen actis sub ☉ zu ersehen, daß Kläger seiner Frauen Pathen-Geld a 60 Rthlr., und zwar vermöge hypothecæ tacitæ in Z. alwo Beklagter mit einigen Grundstücken angesessen, und zu dem Ende daselbsten Bürger werden müssen, gefordert, und also realiter geklaget, welches er zu thun wohl befugt gewesen, qui enim in rem conuenitur,

l. f. C. vbi in rem.
c. f. X. de foro compet.
c. 1. de priuil. in 6.

8 welches absonderlich bey denen protestanten Geistlichen ohnstreitig ist:

CARPZ. *P. III. iurispr. consist. def.* 6.
ITTIG *de clerici for. secul. c. V. §. 8.*

9 und wenn gleich Beklagter vermeinen wollen, daß Kläger bloß personalem actionem angestellet, und die hypotheca tacita wegen des Pathen-Geldes nicht gegründet sey, dennoch ihm obgelegen in termino fol. 7. zu erscheinen, solches zu opponiren, auszuführen, und der exceptionis fori incompetentis sich dabey zu gebrauchen, beyorab da diese Sache nicht so klar gewesen, sondern allerdings Erkenntniß erfordert, quo casu reus priuilegio fori munitus, tenetur comparere, et priuilegium fori allegare

l. 5. D. de iudic.

VMMIG *ad proc. diff. V. n.* 27.

10 ja Kläger dabey noch die Behutsamkeit gebrauchet, daß er noch ante terminum fol. 5. eingekommen, und gebeten, Beklagten Auflage zu thun, daß er sich binnen acht Tagen erklären, ob er vor den dasigen Gerichten zu stehen gemeinet, oder ob er ex priuilegio fori vor ein hochlöbliches Oberamt wolle belanget seyn, und wenn er seine Erklärung zu thun anstehen solte, er es annehmen wolte, als wann Beklagter der exception fori prtulegiati renunciiret, und dahero er contra prolongationem termini sub euentuali appellatione protestiret, dem allen ohngeachet, Beklagter keine Erklärung darüber eingebracht, sondern den Termin vor sich gehen lassen, welchen magistratus auch wegen euentualiter interponirten appellation nicht aufnehmen können, allenfalls dieses als eine fori prorogatio anzusehen ist, quæ inter protestantos clericos admittitur

SCHILTER *institt. iur. can. lib. I. tit. 18. §. 9.*

BOEHMER *tom. I. iur. eccl. prot. tit. de for. compet. §. 41.*

11 Diesemnach da Beklagter in termino nicht erschienen, sondern Kläger denselben contumaciret, nicht anders als fol. 12. geschehen, erkannt werden mögen, welches Urthel Beklagter in rem iudicatam ergehen lassen, daher Kläger fol. 14. einen andern Termin ausgebracht, dagegen zwar fol. 15. Beklagter sich gemeldet, und vorgeschützet, daß er das forum zu Z. zu agnoscciren nicht gemeinet sey, dennoch solches post rem iudicatam zu spät, und er nunmehr schuldig gewesen, den Termin abzuwarten, so er aber wiederum nicht gethan, mithin das anderweit in contumaciam gefällete Urthel erfolgen müssen, so daß der magistratus zu Z. in allen legaliter verfahren, und es nur an dem Beklagten gelegen, in termino, wie sich gebühret, zu erscheinen, und seine exceptionem fori declinatoriam, wenn er darin fundiret gewe-
12 sen zu seyn gemeinet, zu opponiren. Uebrigens in actis sub D zwar actio personalis angestellet, dennoch Kläger sich darin gegründet, daß zu Z. locus contractus und also Beklagter um desto mehr auch daselbsten zu stehen, schuldig gewesen, als der Rath zu Z. auch einige iurisdictionem ecclesiasticam würcklich über Geistliche exerciret, wie der fasciculus act. sub 2 darleget, und auch nach dem iure canonico das forum contractus in so weit statt findet, vt coram iudice ecclesiastico illius loci, quo contractus initus, possit conueniri clericus contrahens,

c. 17. et fin. X. de for. compet.

c. 1. §. contrahentes. eod. in 6.

c. 1. de priuil. in 6.

allenfalls aber Beklagten obgelegen, in termino zu erscheinen und seine exceptiones zu opponiren, heragen der magistratus Z. die Grentzen seiner iurisdiction dabey nicht überschritten, da der Kläger den Grund seines erwehlten fori in libello angezeiget.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß 13
der Rath zu Z. mit præfixion der Termine und Ertheilung der Bescheide und sonsten legaliter verfahren, und nicht verbunden gewesen, D. R. mit seiner imploration so fort abzuweisen. V. R. W.

Will derselbe ferner belehret seyn: 14

Ob nicht aus dem extractu des Raths-protocolli vom 15. Febr. 1715. in act. sub 2 fol. 1. zu behaupten, daß wenn gleich das Gut V. dem Rathe nicht gehörig, dennoch desselben Pfarrer, in personalibus vor dem Rath zu stehen, verbunden sey, auch der Rath bey Einkommung fernern personal Klagen wider ihn mit Aussetzung der Termine und andern gebührenden Auflagen verfahren könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl aus dem gedachten extractu klar 15
erhellet, daß der Pfarrer zu V. in der Stadt Z. das Bürgerrecht erhalten, und also gleich andern Bürgern sub iurisdictione oppidana zu stehen, schuldig sey, und es dabey nicht darauf ankomme, daß ihn der Bürger-Eyd nur vorgelesen, nicht aber abgeschworen worden, als welches nicht de essentia subiectionis, sondern genug ist, daß er manu stipulata dem Bürger-Eyd nachzuleben angelobet, und also eben so in personalibus daselbst belanget werden möchte, als ein Landsaß an dem Ort, wo er gehuldiget, in personalibus belanget werden kan, ob er gleich sonst anderswo wohnet.

Weil aber dennoch der Pfarrer zu V blos 16
in Ansehen der Grundstücken, so er zu Z. besitzet, das Bürgerrecht gewonnen, welches, salvo foro priuilegiato, geschehen können, wie das die tägliche Erfahrung an allen Orten in Teutschland darleget, und anzeiget, daß die Gewinnung des Bürger-Rechts an dem Ort, wo iemand Grundstücke hat, nicht in der Absicht geschiehet, daß er sich der iurisdictioni loci in allen unterwerfen wolle, sondern damit er sich nur dadurch zu der Besitzung der Grundstücke an dem Ort habilitiren möge, wo er solche besitzet, actus autem non debet operari vltra intentionem, auch von dem landsassiatu in 17
territorio clauso kein Schluß auf den geleisteten Bürger-Eyd in aliqua ciuitate municipali gezogen werden kan; da jener von der Landes-Hoheit dependiret, dieser aber das nach denen

Landes-Gesetzen und gemeinen Rechten denen Geistlichen gegebenes forum priuilegiatum in personalibus nicht verändern mag, vtpote cui nequidem in totum renunciare possunt clerici.

18 So mag der Pfarrer zu V. ohngeachtet er in Z. Bürger werden müssen, in personalibus nicht indistincte daselbst belanget werden. V. R. W.

NOMINE EACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXLI.

RESPONSVM XIIX.

THEMA.

Quatenus consistoriis euangelicis cognitio de bonis, a secularibus hactenus possessis sed ob qualitatem ecclesiasticam a clericis in controuersiam deductis, competat?

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio proposita: de iurisdictione consistoriorum circa bona ecclesiastica controuersa. n. 2.
Causæ ecclesiasticæ a Catholicis ad iudicium episcopi, a Protestantibus ad consistorium referuntur. n. 3.
Licet de possessorio causæ ecclesiasticæ agatur. n. 4.
Clericus contra laicum interdicto vti possidetis agere potest coram iudice ecclesiastico. n. 5.
Actor forum rei sequitur. n. 7.
Si clericus laicum de rebus suis vel ecclesiæ impetierit, et laicus exceptionem qualitatis secularis opponat, de vigore iuris ad iudicem forensem trahi debet. n. 8. 9.
Clericus de rebus feudum concernentibus coram iudice laico respondere tenetur. n. 10.
Regula sub n. 8. *tradita cessat, si aliter de consuetudine habeatur.* n. 11. 12. sqq.
Quod illustratur ex codice Theodosiano. n. 12.
Et capitularibus. n. 13.
Iurisdictio consuetudine non tantum acquiri, sed iam acquisita ad personas primitus exemtas extendi potest. n. 15.
In causis ecclesiasticis moves et consuetudines primarium iurisdictionis fundamentum fuerunt. n. 16.
Iudex ecclesiasticus consuetudine acquirere potest iurisdictionem in laicos. n. 17.
Vti apud Gallos et Belgas iuris est. n. 18.
Quod etiam inter Protestantes obseruatur. n. 19.
Imprimis si qualitas bonorum est litigiosa. n. 20. 21.
Decisio. n. 22.

1 Die übersendete facti species, worüber mein rechtliches Gutachten verlanget worden, verhält sich folgender gestalt:

Es hat ein Evangelisches Consistorium in Sachen, welche Kirchen- und Schulbediente Einkünfte, Recht- und Gerechtigkeit betreffen, die Gerichtbarkeit bisher und seit vielen Jahren her exerciret, und kan durch unendliche Exempel der in solchen Sachen ergangenen Acten darthun, daß auch Streitigkeiten über der Kirchen- und Schul-Diener Gerechtsame, welche aus domainen oder communen, oder andern weltlichen Gütern gefordert, ihnen aber iedoch von derselben Besitzern nicht zugestanden, sondern streitig gemachet worden, vor demselben entschieden und erörtert sind. Demselben ist aber nunmehro hierüber von andern Iustiz-collegiis, welche die Untersuchung solcher Sachen vor sich tamquam ad forum rei ziehen wollen, Streit erreget worden, und entstehet dannenhero die Frage:

2 Ob in Sachen, welche als Kirchen- und Schul-Güter, oder Gerechtigkeiten von Kirchen- und Schul-Bedienten, in Anspruch genommen werden, bishero aber von den jetzigen Besitzern, als weltliche Güter besessen, und jenen nicht eingestanden werden, einem Evangelischen consistorio die Gerichtbarkeit zukomme.

Rationes dubitandi.

3 Bey dieser Frage ist nicht von solchen Gerechtsamen der Kirchen- und Schul-Bedienten die

die Rede, deren qualitas ecclesiastica nicht mehr in Streit gezogen wird, und bishero pro causis ecclesiasticis gehalten worden, immassen diese, wie bey denen Catholicis ad iudicium episcopi, also auch bey denen protestanten ad consistorium gehören;

c. 2. X de iudic.
c. 16. X de foro comp.
SCHRADER *de causis eccles. c. 1. §. 1.*

4 so gar, daß auch das possessorium caussæ ecclesiasticæ vor demselben erörtert werden kan;

vid. ius eccl. protestant. lib. II. tit. 2. §. 21. p. 994.

5 mithin wenn Kirchen præsentaneam possessionem erweisen, das consistorium solche zu manuteniren allerdings befugt ist. Clericus enim contra laicum interdicto vti possidetis agere potest coram iudice ecclesiastico.
KLOCK *Vol. I. cons. 39. n. 25.*

6 Sondern die gegenwärtige Frage gehet vornehmlich auf diejenigen iura, so Kirchen- und Schul-Bediente aus weltlichen Gütern, oder welche sub qualitate seculari besessen werden prætendiren, ihnen aber von deren Besitzern streitig gemachet werden. Nun ist zwar hiebey
7 1) in Rechten gegründet, daß dergleichen Sachen der Regel nach in dem foro rei erörtert werden müssen, da sowol in den canonischen Rechten überhaupt die Regel angenommen, quod actor forum rei sequatur;

c. 8. X de foro compet.

8 Als auch 2) ausdrücklich versehen worden, vt, si clericus laicum de rebus suis vel ecclesiæ impetierit, et laicus res ipsas non ecclesiæ esse sed suas proprias asseruerit, de rigore iuris ad forensem iudicem trahi debeat.

c. 5. X de foro comp.

9 Mithin wenn Kirchen-Bediente eine Gerechtigkeit oder seruitut auf domainen- oder andern Gütern sich anmassen wollen, selbige aber ihnen nicht zugestanden wird, die Sache nach der Regel vor competenten Iustiz-collegiis aus-
10 gemachet werden muß: Wie denn auch 3) in Lehns-Sachen ein gleiches Recht beobachtet wird, daß wofern Geistliche aus Lehn-Gütern gewisse Einkünfte oder Gerechtigkeiten zu fordern, die Erörterung desselben vor die Lehn-Gerichte gehöret; Clericus enim pro rebus feudum concernentibus coram iudice laico respondere tenetur, si de hac qualitate non dubitatur:

c. 6. X de foro comp.
OLIVA *de foro eccl. P. III. qu. 29. n. 15.*

Rationes decidendi.

11 Weil aber dennoch diese angeführte Zweifels-Gründe nur dasjenige feste setzen, was in der Regel gegründet ist, gleichwol diese 1) ihren Abfall leidet, wofern in ein- oder andern Ort ein anders hergebracht ist, welche exceptiones der Papst ALEXANDER in obverwehnten

c. 5. X de foro compet.

der angeführten Regel, daß de rigore iuris Clericus einen Layen, qui sub qualitate seculari rem litigiosam possidet, bey dem weltlichen Richter in dergleichen streitigen Kirchen-Sachen belangen müsse, beyfüget, und ausdrücklich zugiebet, quod in plerisque partibus aliter de consuetudine habeatur: welche in vielen geistlichen Gerichten hergebrachte Gewohnheit 2) aus der Verordnung des THEO- 12
DOSII

in leg. 16. C Theod. de epise. iudic.
quæ repetita est in
c. 35 et 37. C. II. qu. 1.

den Ursprung genommen zu haben scheinet, in welchen denen clericis, ob sie gleich Kläger sind, dennoch zugelassen worden, einen Layen vor den geistlichen Gerichten des Bischofes zu belangen, zumahl solche Satzungen in denen capitulari- 13
bus und andern collectionibus, als des ANSELMI und IVONIS wiederholet, und in das decretum Gratiani eingetragen. Anbey denen Geistlichen und Kirchen hierdurch Gelegenheit gegeben ist, daß sie die geistlichen Gerichte gegen die gewöhnliche Rechte wegen der Layen Güter, quæ sub qualitate seculari possidentur, auch in dem Fall, wenn sie von ihnen als geistliche Güter in Anspruch genommen worden, angehen können. Wie denn diese Gewohnheit 14
zu Zeiten Pabst ALEXANDRI III. schon so gemein gewesen, daß ob er gleich

in cit. cap. 5.

das Gegentheil verordnet, er dabey dennoch eingestanden, daß an den meisten Oertern ein anders eingeführet sey. Und da dieses Herkommen von dem Pabst keinesweges gemißbilliget worden, auch in causis iudicialibus es vornemlich auf die obseruantiam antiquam ankommt, so eignet selbiges 3) auch an den Or- 15
ten, wo es hergebracht, denen geistlichen Gerichten ein ius quæsitum zu, die von den Geistlichen gegen die possessores talium bonorum erregte Klagen zu entscheiden; anerwogen es unleugbar in denen Rechten ist, quod consuetudine non tantum iurisdictio acquiri, sed quæ aliunde iam acquisita est, extendi possit ad eas personas, quæ primitus sub tali iurisdictione non fuerunt constitutæ.

c. 13. X de foro compet. ibi:
nisi ex consuetudine speciali iurisdictionem huiusmodi valeant vindicare.
c. 13. X de offic. jud. ordin. ibi:
quæ talem hactenus consuetudinem habuerunt:
c. 10. X de offic. Archidiac.

Ab antiquo enim in causis ecclesiasticis mo- 16
res et consuetudines perpetuam regulam constituerunt, et primarium fundamentum iurisdictionis esse, patres et ipsi pontifices voluerunt, vt sollicite demonstrat
PETRVS DE MARCA *de Conc. sacerdot. et imp. lib. 3. cap. 9.*

17 Hinc quilibet iudex ecclesiasticus consuetudine acquirere potest iurisdictionem in laicos, vt licet hi reorum partes subeant, tamen a clericis conuenti coram illo respondere teneantur.

OLIVA *de foro eccles. P. II. qu. 7. n. 1.*
FERMOSINVS *ad c. 5. X de foro comp. qu. 2. n. 1.*

18 Dergleichen observanz auch noch an vielen Orten bey denen Catholicken statt findet, und die scriptores bezeugen, quod vsitatum apud Gallos, et Belgas, vt prætextu consuetudinis clerici etiam actores laicos ad iudices ecclesiasticos vocare soleant.

GONZALEZ *ad c. 5. X de foro compet.*
ESPEN *in tur. eccles. P. III. tit. 1. c. 3. §. 29.*

19 Wie nun 4) Evangelische Consistoria auf die principia iuris canonici gegründet sind, ita vt quæ causæ olim ad cognitionem iudicum ecclesiasticorum pertinuerint, eædem hodie sint consistoriorum in terris statuum protestantium,

SCHRADERVS *de causis eccles. c. 1. §. 1.*

so vermag auch bey denselben eine rechtmäßig hergebrachte Gewohnheit, daß, wenn Kirchen- und Schul-Bediente gewisse Gerechtigkeiten von weltlichen Gütern prætendiren, solche Klagen vor demselben, der observanz nach, erörtert werden müssen, sintemal bey den Sachen, so vor consistoriis abzuhandeln, es hauptsächlich auf consistorial-Ordnungen oder observantzen, Gewohnheiten, und praxin ankommt, welche hierin Maaß und Ziel zu setzen wissen; diesemnach, wo dergleichen observanz dargethan werden kan, es dabey den Rechten nach verbleiben muß: zu geschweigen, daß 5) in den 20
wenigsten consistorial-Ordnungen der casus specifice determiniret und decidiret ist, ob Kirchen- oder Schul-Diener als Kläger wegen ihrer prætendirten aber nicht zugestandenen strittigen Gerechtsamen, gegen Personen, oder Collegia weltlichen Standes vor dem Consistorio Klage erheben können? Dahero in solchem Fall entweder auf die gemeine Rechte, oder auf die an einem Ort eingeführte observanz zu sehen ist. Und da nun in facto angegeben wor- 21
den, daß im gegenwärtigen Fall durch die consistorial-registraturen in unzähligen Exempeln dargethan werden könne, daß das Evangelische Consistorium in Ansehen der Kirchen- und Schul-Diener Gerechtsame und Güter, in so ferne solche von ihnen als Klägern aus weltlichen Gütern gefordert, von derselben Besitzern aber als Beklagten denegiret worden, die iurisdiction exerciret, und die Entscheidung und Erörterung dergleichen Streitigkeiten sich iederzeit zugeeignet, das Evangelische Consistorium auch billig dabey zu schützen ist.

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß ei- 22
nem Evangelischen Consistorio vermöge der hergebrachten observanz in dergleichen Fällen die competentia fori allerdings zustehe. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE APRIL. MDCCXXXVIII.

RESPONSVM XIX.

THEMA.

De iure primariarum precum Imperatoris in capitulis mediatis.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1.
Precibus primariis cæsareis competit potius ius, siue beneficium vacet in mense episcopali siue capitulari. n. 2.
Inprimis si precista præstanda præstiterit. n. 3.
Omnis protestatio intelligenda est sub clausula: saluo iure tertii potiori. n. 4. 11.
Quatenus triennium academicum ad habilitatem precistæ requiratur? n. 5. 11. 15.
Qualis ætas in precista desideretur? n. 6. 14.
In capitulis mediatis locus est primariis precibus, quatenus cæsarea maiestas eas in anno decretorio exercuit. n. 7.
Quod specifice probandum est. n. 8.
Protestatio protestanti iura integra conseruat. n. 9. 10.
Expectatiua simplex quomodo differat a rescripto de prouidendo ad vacantem præbendam? n. 11.
Preces primariæ fiunt sub clausula: si precista tempore vacantis canonicatus habilis fuerit. n. 12.
Abusus, vt pueris ecclesiastica beneficia conferri possint, iure canonico reprobatus est. n. 13.
In multis capitulis emancipatio siue solennis dimissio a cursu studiorum a decano facienda requiritur. n. 15.
Beneficium non datur, nisi ob officium. n. 16.
Adeo vt ob defectum debitarum qualitatum prior posteriori postponatur. n. 17.
Nisi contraria obseruantia adsit. n. 18.
Cuius requisita recensentur. ibid.
Decisio. n. 19.

1 Als derselbe uns den zwischen demselben und des Hrn. von H. Sohn in Ansehung eines streitigen Canonicats, des Stifts H. bey der Königl. Regierung zu St. geführeten proceſs und darüber ergangene Acta in dem zurück kommenden fasciculo zugeschickt, und über die Frage beleh-ret zu seyn begehret:

Quæstio.

Ob Herrn Quærenten bey ietziger vacanz vor den Kayserlichen Precisten der Vorzug gebühre?

Rationes dubitandi.

Ob nun wohl das Stift H. angeführet, daß
2 1) die preces primariæ Cæsareæ von undencklichen Jahren bey allen vacanzen sowol in mense episcopali als capitulari allemahl ohnstreitig den Vorzug genossen, welches auch denen Rechten gemäß ist, zumahl die concordata bloß in regard der Stifte mit dem Pabst errichtet sind, dabey wegen der Kayserlichen auſserordentlichen præsentation ad beneficia ecclesiastica nichts abgeredet oder verändert worden,

MEYER *de precib. primar. §. 95. sq.*
BOEHMER *in instit. iur. canon. lib. 3. tit. 7 et 8. §. 22.*

3 darneben 2) von Hrrn F. L. von H. den 9. Jan. a. c. die notification davon an das Stift zu H. geschehen, von Königl. Regierung zu St. solches approbiret, und der precista den 27. Febr. die possess gehöriger massen gesuchet, und die sta-
4 tuten-Gelder erleget, und ob wohl 3) der Herr Quærent dagegen protestiret, dennoch diese protestation dagegen keinen effect haben können, sondern saluo iure potiori tertii billig zu
5 verstehen, zumahl 4) die vorgeschützte inhabilitas des precistæ, daß er weder das triennium absoluiret, noch ætatem canonicam habe, ihm nicht zu statten kommen möchte, in Ansehen, nach des gedachten Stifts Bericht, das absolutum triennium academicum nur erfordert werde, wenn ein canonicus die residentiam antreten wolle, ratione ætatis aber ein
6 ieder der nur das siebende Jahr seines Alters erreichet habe, sowol canonicatus maiores als minores und vicarias besitzen könne, auch 5) kein vestigium zu befinden, daß iemahls desfalls der geringste Zweifel erreget worden, vielmehr nach der bishero üblichen observanz gegangen werden müsse.

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch ad 1) der Hr. Quærent sich ebenfalls den 11. Jan. a. c. mit der ihm in a. 1719. allergnädigst ertheilten exspectantz und also beyzeiten gemeldet, und ob wohl sonsten einem Kayserlichen Precisten der Vorzug billig gebühret, dennoch solches cæteris paribus, und wenn er die gebührende Qualitäten hat, denen Rechten nach zu verstehen, darneben zu erwegen ist, daß alhier ein protestantisches mediat-Stift verhanden, bey welchem nach Maaßgebung des *Oßnabrückischen Friedensschlusses art. V. §. 26.* das ius primariarum precum nur exerciret werden kan, quatenus sacra Cæsarea maiestas anno 1624. d. 1. 8
Ian. primarias preces exercuit, welches daß es geschehen sey, zwar das Stift H. in generalen terminis berichtet, aber mit nichts erwiesen, so doch, da nunmehr die Sache zur contradiction gekommen, nöthig, S. Königl. Majest. von N. auch viel daran gelegen ist, daß das Stift zu H. solches aus denen actis gebührender massen darthue, zumahl dieses alles in facto beruhet, und bekant ist, daß bey vielen protestantischen Stiftern nach der reformation solches Recht nicht mehr im gedachten Jahr in Ausübung gewesen, und zu solchem Ende mit grossem Bedacht der annus decretorius dabey bestimmet worden, weil man wohl gewust, daß bey vielen protestantischen Stiftern zu der gesetzten Zeit die preces primariæ nicht mehr angenommen sind, zum wenigsten erwiesen werden muß, daß immediate ante hunc terminum bey der letzten vorgekommenen vacanz die Kayserliche preces primariæ in die wircksame Ausübung gekommen, bevorab da die Königl. Regierung zu St. selbst in ihrer resolution vom 24. Ian. a. c. dieses noch nicht ausser allen Zweifel gesetzet, weil sie sonsten für den precisten ihr votum ertheilen müssen. So dann ad 2) 9
dieses factum des Stifts zu H. dem Hrn. Quærenten nicht præiudiciren kan, als welcher gegen alles præiudicirliche Verfahren desselben protestiret, und dadurch erhalten, daß die possession seinem Gegenpart noch nicht ertheilet worden, sondern zuforderst über die Priorität, besonders da die Sache nunmehr an das hohe Tribunal gedieen, erkant werden muß, dahero der Herr Quærent ad 3) seine iura integra per 10
protestationem, wie rechtens, conseruiret, und solche ihm in soweit angedeyen muß, daß des Stifts zu H. Verfahren ihm zu keinem Vorwurf gereichen kan, allermassen ad 4) dem 11
Kayserlichen precisten die gehörigen Qualitäten fehlen, welche vacante canonicatu, ad receptionem canonici legitimam erfordert werden, so daß es allen geistlichen Rechten und Statutis der Stifter zuwider laufen würde, die receptionem talis canonici intra tempus constitutum zu thun, der weder ætatem canonicam, noch das triennium absoluiret hat, da eben der Unterschied inter simplicem exspectativam, preces primarias, oder reſcriptum de prouidendo ad vacantem præbendam bestehet, und die Verleihung der exspectantz keine Qualität erfordert, iedoch nicht anders zur Wircklichkeit kommen kan, als bis der exspectiuarius die Habilität bekommen, nicht weniger die preces primariæ allemahl die condi- 12
tion

tion bey sich führen: si tempore vacantis præbendæ habilis fuerit, welches mit klaren Worten in dem Oßnabrückischen Friedensschluß *art. V. §. 18.* fundiret, und darin versehen ist, vt precibus demum fruatur, qui ad normam statutorum et obseruantiæ idoneus est, keiner aber idoneus ist, als welcher ætatem canonicam, und das triennium academicum absoluiret hat, vor deren Erfüllung niemand in canonicum aufgenommen werden kan, und es gantz was unerhörtes, ja wiederrechtliches ist, daß iemand, his destitutus qualitatibus, zu der possession einer vacantis præbendæ, præcedente collatione, gelassen, ja daß Kinder von sieben Jahren maiores canonicatus et minores atque vicarias besitzen solten, wie das Stift zu H. ohne allen Beweis,
13 ja gegen alle rechtliche Vermuthung berichtet; allermassen zwar vormahls in Engelland dergleichen abusus, vt etiam pueris ecclesiastica beneficia conferri possent, eingeführet, dennoch auch in gemeinen Rechten scharf verboten worden.

c. 2 et 3. X de ætat. et qualit. et ord. præsic.

14 Dahero auch in allen statutis der Stifter ætas canonica, welche mehrentheils in der Maiorenität bestehet, erfordert wird, welches in den statutis capituli H. ebenfalls versehen seyn wird, und wenn dagegen bishero gehandelt worden, mehr als ein grauis abusus, in consequentiam non trahendus, extra casum contradictionis
15 anzusehen seyn würde, nicht weniger allen statutis capitulorum gemäß ist, daß ein canonicus recipiendus vacante præbenda das triennium academicum absoluiret haben müsse, weil sonsten einem inhabili die collation geschehen würde, welches nicht geschehen kan, so gar, daß nach der meisten Stifter statutis eine emancipatio oder solennis dimissio a cursu studiorum a decano facta vorher gehen müssen,

LVNIG. *cont. II. spicil. eccles. p. 691.*

BOEHMER *in iur. eccl. prot. tom. II. tit. de vit. et honest. cleric. §. 83.*

16 welches ad receptionem in canonicum cum reali possessione coniunctam, und nicht allein ad auspicium residentiæ, wie das Stift zu H. berichtet, erfordert wird, absonderlich wenn eine realis vacatio canonicatus bereits verhanden ist, die binnen sechs Monathen wenigstens sub pœna devolutionis conferiret werden muß, so aber bey einem inhabili nicht statt findet; nicht weniger existente vacatione præbendæ die residentia unmittelbar mit der collation verknüpfet ist, quia beneficium non datur nisi propter officium, quod, existente vacatione, statim sese exserit, dergestalt, daß wenn bey entstehender vacantz ein habilis posterior verhanden, der vor dem priori, ob huius defectum debitarum qualitatum, die residentz anfangen kan, jener diesem vorgezogen werden muß, wie der praxis aller Stifter in Teutschland bewähret, dieserwegen auch in allen rescriptis papalibus, womit die preces primariæ übereinkommen, die condition: si tempore promotionis faciendæ habilis fuerit, zu verstehen, und da die collatio nicht differiret werden kan vltra semestre spatium, derjenige nothwendig vorgezogen werden muß, der vacationis tempore ad officium per residentiam auspicandum habilis ist, welches den gemeinen geistlichen Rechten und instrumento pacis gemäß, und dagegen ad 5) der bloße Be- 17 18
richt de contraria obseruantia, iuri communi contraria, des gedachten Stifts in keine consideration zu ziehen, sondern zuforderst von dem capitulo H. umständlich, und legitimo modo erwiesen, und daraus beygebracht werden muß, ob es für eine wahre obseruantz, quæ iuri communi derogare queat, und zwar in casu contradictionis emergentis, zu halten, oder ob vielmehr die facta contraria nemine contradicente erfolget, und für einen capitularischen Mißbrauch, welchem summus episcopus nicht nachsehen könne, anzusehen, zumahl schon vormahls bey denen Stiftern hin und wieder dergleichen eingeschlichen, welche zu keiner consequentz zu ziehen sind.

c. 2. et 3. X de ætat. et qual. et ord. præsic.

So sind wir der rechtlichen Meynung, daß der Herr Quærent dem Kayserlichen præcisten von H. bey der in Ian. a. c. bereits entstandenen vacanz vorgezogen, allenfalls aber das capitulum H. die contrariam obseruantiam rechtmäßig, und zwar in casu existentis contradictionis, zuforderst erweisen müsse. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPTEMBR. MDCCXLIII.

RESPON.

RESPONSVM XX.

THEMA.

In capitulis imperii immediatis votum sibimet nemo dare potest, ad numerum eligentium augendum vel maiorem partem constituendam.

SVMMARIA.

Quæstio proposita. n. 1.
Iure canonico capitularis electus numerum electorum augere, et maiorem, quæ antea non erat, partem efficere potest. n. 2. 3.
Episcopus ab ambitione debet esse alienus. n. 4.
Quod hodie in acquisitione episcopatuum non attenditur. n. 5.
In electione imperatoris votum electi plenum vigorem habet. n. 6.
Quod illustratur ex Aurea Bulla. n. 7.
Et exemplis. n. 8. 33.
Num ab electionibus cæsarum valeat argumentum ad electiones episcoporum? n. 9. n. 32.
In quæstionibus iuris publici ius canonicum non stricte obseruatur. n. 10.
In electionibus episcoporum et prælatorum receptum est ius canonicum, tam inter catholicos quam protestantes. n. 11.
Iure canonico semet ipsum eligens pro intruso habetur. n. 12.
Et votum eius tanquam ambitiosum reiicitur. n. 13.
Electioni tamen de se ab aliis factæ potest consentire. n. 14. 26.
Obseruata distinctione, vtrum vota publice et vtenus, an secrete et in scriptis dentur. n. 15. 27.
Explicatur c. 33. X. de election. ibid. et n. 27. 29.
Electio imperatorum non fit per scrutinium, sed suffragia nuncupatiua ad interrogationem Moguntini. n. 16.
Et electus re adhuc integra votum mutare et maioribus consentire potest. n. 17.
In electionibus episcoporum et prælatorum forma c. 42. de elect. præscripta ad vnguem obseruanda est. n. 18.
Quæ explicatur. n. 19. 20. 21.
Nisi per particulares consuetudines post publicationem scrutinii accessus ad aliorum vota electo concessus sit. n. 22.
Quæ tamen probanda est. n. 23.
Nec adeo extendenda, vt quis sibi directo votum in ipso scrutinio dare queat. n. 24.
Consuetudo eiusmodi iure canonico corruptela dicitur. n. 25.
Si per compromissum in vnum electio collata, is semet ipsum eligere nequit. n. 27.
Episcopatus a potiori sunt officia ecclesiastica, licet iis imperium temporale annexum sit. n. 29.
Viæ indirectæ perueniendi ad prælaturam etiam per Simoniam, a Patribus Societatis Iesu defenduntur. n. 30.
Sed ab Innocentio III. reprobatæ sunt. n. 31.
Obseruantia imperii quomodo introducatur? n. 34. 35.
Decisio. n. 36.

1 Diejenige Frage, worüber mein rechtliches Gutachten erfordert worden, bestehet in folgenden.

Quæstio.

2 Ob in denen immediat-Stiftern des Reichs üblich und Herkommens, auch sonsten denen Canonischen Rechten gemäß sey, daß bey einer in gedachten Stiftern vorgehenden Wahl eines Bischofes oder Abten, ein Mitglied selbiges Capituls sich selbst das votum geben könne, mit dem effect, daß solch votum mit unter die übrigen, so zu seinem faveur ausgefallen, gezehlet werden müsse?

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

Rationes dubitandi.

Ob wohl dabey eingewandt werden möchte, daß 1) selbst denen canonischen Rechten nach ein capitularis, wenn er wahrnimmt, daß die Helfte des capituli ihm seine Stimme gegeben, denenselben beytreten, und in die auf ihn gerichtete Wahl consentiren könne, ita vt ex hoc augeri numerus electorum, et qui reliquis accessit, maiorem partem, quæ ante non erat, efficere possit, 3

c. 33. X de elect.

wodurch er sich in effectu das votum rechts-

beständig giebet: hiernechst 2) er sowol inter eligibiles als andere mit zu rechnen ist, und ihm nicht zu verdencken, wenn er sowol als andere candidati nach der prælatur sich bestrebet, und dieweil die Liebe von sich selbsten anfänget, sich selbsten vor anderen bey der Wahl bedencket,
4 bevorab da 3) die von denen dissentientibus angegebene ratio, ab ambitione desumta, quæ ab episcopo aliena esse debet,

l. 31. C de episc. et cler.

auf die heutigen immediat-Bischöfe und Prælaten nicht applicabel ist, als welche durch die Wahl zugleich Landes-Regenten werden, und man wohl weiß, was für Bemühung und Sorgfalt, eine dergleichen conqueste zu machen, und zur Landes-Regierung zu gelangen,
5 man anzuwenden pfleget, so daß es gantz gewöhnlich ist, durch allerhand Wege, vornehme recommendationes und so gar mit Versprechung Geschenck und Gaben anderer Stimmen bey der Wahl sich zu acquiriren, welches für keine Simonie gehalten werden möchte, nachdem es mehr dem competenten um die weltliche Landes-Regierung und demselben anklebenden revenuen, als um das geistliche Amt zu thun ist, welches a Simoniæ vitio excusiren soll;

CANIS. *tom. III. lect. antiqu. p. 386. edit. Basnag.*

6 dahero auch 4) bey den Kayser-Wahlen, welche doch nach der forma electionum episcopalium durchgehends eingerichtet sind, einem Chur-Fürsten nicht verboten ist, sich selbsten die Stimme zu geben mit dem effect, daß solche denen übrigen, so zu seinem faveur ausgefallen,
7 beygefüget werde, wie in der güldenen *Bulla c. 2. §. vlt.* deutlich versehen und verordnet ist, daß, wenn drey Churfürsten den vierten aus ihrem collegio erwehlen, die Stimme des electi plenum vigorem haben solle, ad hunc effectum, vt eligentium augere numerum, maioremque partem constituere possit,

STRAVCH. *dissert. iur. publ. 4. §. 26.*
B. de COCCEI. *in iurisprud. publ. c. 8. §. 11.*
THVLEMAR. *de octoviv. c. 24. §. 85.*
VITRIAR. *in instit. iur. publ. lib. 1. tit. 6. §. 15.*

8 wie davon gnugsame exempla verhanden, und das Reichs-Herkommen bestätigen, zumal der Pfaltz-Graf RVPERTVS sich selbsten bey der Wahl das votum gegeben,

MARQ. FREHER. *ad Petr. de Andlo L. II. c. 2.*

welches auch von MAXIMILIANO II. RVDOLPHO II. und MATTHIA nebst anderen die exempla bezeugen,

REINKING *de regim. secul. et eccl. lib. I. class. 3. c. 5. §. 24.*
BERNEGGER *in observ. histor. polit. 2. cui tittulus:* suffragio se ipsos eligentium exempla,

nicht weniger einige historici berichten, daß der Pabst INNOCENTIVS XXII, dem ex compromisso die Wahl aufgetragen, sich selbst directo erwehlet haben solle,

MAIMBOVRG *dans l' histoire de la decadence de l' empire lib. VI. p. 540.*

welche Wahl als rechtmäßig iustificiret wird.

BARBOSA *ad c. 33. X de elect. n. 2.*

Woraus denn 5) geschlossen werden möchte, daß 9
gleich wie das Reichs-Herkommen dergleichen Stimmen, die ein Churfürst sich selbsten giebet, legitimiret, also solches auch bey der Bischöflichen- und Prælaten-Wahl nicht zu improbiren sey, als welche ebenfalls des weltlichen Regiments wegen primario geschiehet, und dergleichen grosse und eclatante exempla die Richtschnur bey vorfallenden Zweifel-Fällen billig seyn müssen, so, daß, was bey denen electionibus Cæsarum rechtens ist, auch bey denen bischöflichen Wahlen billig einen Beyfall finden muß, ohngeachtet 6) das canonische 10
Recht dergleichen Wahlen nicht in allen Stücken beypflichten möchte, als welches ohnedem, maxime in quæstionibus iuris publici nicht stricte zum Grunde zu legen ist.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil 1) sowol bey denen Protestanten als Römisch-Catholischen alle 11
Wahlen der Bischöfe und Prælaten genau nach denen canonischen Rechten einzurichten sind, zumahl wenn die Reichs-Gesetze, als ins besondere der Osnabrückische Friedensschluß, nicht etwas anders bey denen immediat-Stiftern verordnet haben, kein ander principium regulatiuum, nach welchem die Streitigkeiten über die geschehene Wahl zu erörtern, als das canonische Recht zum Grunde geleget werden kan, nach diesem aber 2) klar versehen, daß kein ca- 12
pitular sich selbsten directo das votum geben, und solches denen übrigen, so zu seinem faveur gefallen, beygefüget werden könne, als welcher sonsten pro intruso gehalten wird.

c. 3. X de excess. prælat.

Vnde etiam nemo semet ipsum, si patronus est, præsentare aut instituere potest,

c. 26. de iur. patron.
c. f. X de institut.

quod secundum apostolum nemo sibi debeat honorem assumere, sed vocationem ab aliis exspectare,

c. 17. X de elect.

adeoque nemo semet ipsum directo eligere 13
potest, etiamsi se præ aliis digniorem sciret, quin potius eius votum tanquam ambitiosum reiiciendum esset.

PASSERIN. *de elect. canon. c. 25. n. 66. seq.*
GONZALEZ *Tellez. ad c. 33. X de elect.*
WIESTNER *in instit. iur. canon. tom. I. ad tit. de elect. n. 204. seqq.*
PETR. LEVREN *in for. benef. tom. II. q. 296.*

FIR-

PIRHING *in iur. can. ad tit. de elect. §. 8. n. 218.*
BARBOSA *in collect. ad cit. c. 33. de elect. n. 2 et 3.*
FLAMIN. PARIS *de resign. lib. 9. qu. 17. n. 104.*

14 und ob wol 3) in geistlichen Rechten dieses zugelassen, vt electus electioni de se ab aliis factæ possit consentire, iisque suffragio ita accedere, qui eum antea elegerunt;

c. 33. X de elect.

15 dennoch hiebey ein Unterschied unter denen Wahlen, bey welchen die Stimmen öffentlich und mündlich abgeleget werden, und bey welchen das scrutinium zu gebrauchen, in quo vota secrete et in scriptis dantur, zu machen ist; da im ersten Fall, bey welchem die forma, *in c. 42. X de elect. præscripta*, nicht eben in acht zu nehmen, es geschehen kan, daß iemand einem anderen sein votum gegeben, hernachmahls aber wahrnimmt, daß die eine Helfte auf ihn, die andere Helfte auf denjenigen, dem er seine Stimme gegeben, gefallen; in welchem Fall ihm frey stehet zu mutiren, und denenjenigen suo consensu beyzutreten, die ihm ihre Stimme gegeben, vt ita maiora efficiat, welches eben der Pabst *in cit. c. 33.* erlaubet, bey welchem anzumercken, (a) daß auf sieben Personen die Wahl per compromissum transferiret gewesen, welches ad formam in scrutinio observandam nicht stricte verbunden ist, und also die Stimmen mündlich und öffentlich abgeleget sind;

PIRHING *cit. l. n. 218.*

(b) daß, unter denen sieben, drey auf den quartum ex gremio capituli, und drey auf einen extraneum votiret, also der quartus noch übrig gewesen, der denenjenigen, die mündlich und öffentlich ihm ihre Stimme gegeben, mit seinem consens beytreten, und dieser von andern geschehenen Wahl consentiren, also die maiora machen könne, cum aliud sit directo semet ipsum eligere: et aliud, electioni a collectoribus de se factæ consentire ad hunc effectum, vt maiora euadant;

WIESTNER *in instit. iur. canon. tom. I. tit. de elect. art. 12. n. 205.*

welches aber nur alsdann angehen kan, wenn die Wahl per vota publica et nuncupatiua geschehen, weil alsdann der electus wissen kan, daß dimidia pars electorum ihm ihre Stim-
16 men gegeben; daher ist 4) nicht zu verwundern, daß die güldene *Bulla in c. 2. §. vlt.* zugelassen, daß sich ein Churfürst selbst erwehlen, oder durch seine Stimme maiora machen könne, weil eines theils bekanter massen die Kaysers-Wahl nicht per scrutinium, sondern per suffragia nuncupatiua ad interrogationem Mogun-
17 tini geschiehet: andern theils der concipient sich ohne Zweifel nach der decision des Pabsts in *c. 33. X de elect.* gerichtet, und also nicht in der Regel sondern sich in casu excepto gegründet, weil er auch die siebende Zahl bey denen Chur-Fürsten, wie im gemeldeten textu sich befindet, angetroffen, und den casum setzet, daß drey Chur-Fürsten dem vierten unter sich ihre Stimme gegeben, und in solchem Fall zugiebet, daß er suo accessu diesen dreyen beytreten, und dabey sein votum für das vierte gerechnet werden solle, dergestalt, daß wenn er gleich sein votum einem andern bereits gegeben, er doch noch, re integra, sich ändern und die Wahl der dreyen sich gefallen lassen könne,

RVMELIN *ad. A. B. diff. 2. th. 14.*
ARVMAEVS *ad A. B. diff. 2 th. 23.*

welches aber 5) auf die ordentlichen Wahlen 18
der Bischöfe und Prælaten nicht zu appliciren, als welche ordentlicher Weise per scrutinium erwehlet werden, und bey solcher die forma *in c. 42. de elect.* præscripta ad vnguem observiret werden muß:

FAGNANVS *ad c. 42. cit. n. 8. sqq.*

wohin unter andern gehöret, vt scrutatores 19
secrete et sigillatim vota cunctorum diligenter exquirant, dahero es nicht leicht præticabel, ist, daß iemand ex capitularibus die Helfte der votorum, so auf ihn gefallen, wissen, oder errathen könne, vnde tali accessioni non est locus in scrutinio, quia in hoc suffragia debent esse secreta, et propterea in eo votum sibi dans, cum se ab aliis electum non sciat, non tam sui electioni ab aliis factæ consentire, quam se principaliter et directo eligere, indubitate ambitionis vitio censeretur.

WIESTNER *cit. l. n. 205.*
PIRHING *et* PASBERINVS *cit. l.*

Dahero auch 6) der Pabst in einem solchen scru- 20
tinio, da fünf und funfzig electores sich befunden, und drey und zwanzig dem archipresbytero, zwey und zwanzig aber dem Archidiacono ihre Stimme gegeben, nicht zugeben wollen, daß der archipresbyter sein votum denen drey und zwanzig electoribus beyfügen, und also maiora machen können, weilen dergleichen accessus post publicationem scrutinii und mutatio suffragii nicht erlaubet gewesen, und er dahero das scrutinium, weil die maiora respectu capituli ermangelt, gäntzlich verworffen,

c. 50. X de elect.

GONZALEZ *ad c. 33. X de elect. n. 7.*

zumahl in scrutinio post publicationem scru- 21
tinii nicht zugelassen ist, sein votum zu ändern, und andern beyzutreten, woraus dann der richtige Schluß zu machen, daß bey einem scrutinio, in welchem die immediat Bischöfe und Prælaten im Heil. Römischen Reich erwehlet zu werden pflegen, ein capitularis weder sich selbsten das votum geben, noch, wenn die Helfte des capituli ihn erwehlet, suo consensu ihr beytreten, oder maiora machen könne, sich auch 7) ein allgemeines Reichs-Herkommen in con- 22
trarium nicht befindet, als wovon sich keine eintzige Spur bey denen scriptoribus, die von den Wahlen in Deutschland geschrieben, befin-

det, ob sie wol nicht leugnen, daß eine particularis consuetudo bey ein oder andern Stifte seyn könne, vermöge deren post publicationem scrutinii der accessus ad aliorum vota dem electo erlaubet sey, wie der Chur-Beyersche ICtus WIESTNER *loc. cit. n. 205. in f.*

23 gerne gestehet, gleichwol eines theils solche consuetudo, quæ iuri communi præiudicat, zuförderst legitime und genugsam erwiesen werden muß, als welche bey der Wahl sonsten zu gelassen ist:

c. 8. X de consuet. IBI. quatenus talis consuetudo probata, quæ iuri communi præiudicet etc.

24 andern theils aber solche nicht auf den Fall gezogen werden mag, vt quis sibi votum directo in ipso scrutinio dare queat, als welches die geistlichen Rechte absolute verboten und verordnet, quod sicuti locus regiminis desideratibus negandus, ita fugientibus offerendus,

c. 9. C. 8. qu. 1.

et indignus sacerdotio dicatur, qui ambit episcopatum, vt merito reiciendus sit;

l. 31. C de episc. et cler.

25 vielmehr dergleichen Gewohnheit als eine corruptela, und peccatum anzusehen, quæ effectu omni destituitur;

c. 11. X de consuet.

wiewohl auch solche facti, und zu erweisen, von dem vorhergehenden casu aber de accessu post publicationem scrutinii gantz zu separiren

26 seyn würde. Uebrigens mögen die rationes dubitandi diese decision um desto weniger entkräften, als solche mehrentheils in denen rationibus decidendi abgelehnet sind, sintematen ad 1) bereits dargethan ist, daß ein anders sey, eligere, ein anders electioni aliorum de se factæ consentire, vt consensus pro suffragio accipi queat, wiewohl auch dieses letztere nur bey den publiquen Wahlen, nicht aber, quæ in secreto fiunt, erlaubet ist, und ob wol ad

27 2) ein ieder capitularis, so weit sonsten kein vitium ihm obstiret, inter candidatos, eligibiles zu rechnen, so folget doch daraus gar nicht, daß er sich selbsten das votum geben könne, als welches denen Gesetzen entgegen, und dahero die Regel, daß ein ieder sich selbst der nächste, in dergleichen actibus agenti prohibitis nicht statt findet, dahero denn kein patronus sich selbst aus dem Grunde, daß er sich selbsten der nächste sey, præsentiren, oder sonsten ein ander sich zu einigerley Amt berufen kan, sondern den Beruf von andern erwarten muß, adeoque si per compromissum in vnum electio collata, semetipsum eligere nequit.

BARBOSA *ad c. 33. de elect. n. 2.*

28 Dabey denn auch ad 3) wenig in consideration zu ziehen, daß die Bißthümer und Prælaturen mehrentheils die Landes-Regierung bey sich führen, indem dadurch die Natur und Eigenschaft der Wahl nicht alteriret wird, sondern es dabey darauf ankommt, ob die Stimmen bey der Wahl mündlich und öffentlich, wie bey der Kayser-Wahl, gegeben, quo casu accessui locus est: oder ob secrete, wie in scrutinio, die Stimmen abzugeben sind, in welchem Fall der accessus nicht wohl applicabel ist, wie gezeiget worden; dahero ob gleich die Kayser-Wahl zum weltlichen Regiment geschiehet, dennoch die Wahl selbst nach denen Rechten geschehen, sonsten dieselbe annulliret werden muß,

29 wie wohl auch die Bißthümer und prælaturen a potiori allerdings ein geistlich Amt bleiben, und dahero noch heut zu Tage die forma in iure canonico præscripta, so wol a catholicis, als protestantibus gar genau in acht zu nehmen ist.

FABER *in der Staats-Canzeley tom. XIV. p. 523 et 548.*

30 Uebrigens die viæ indirectæ peruenienti ad prælaturam, etiam per simoniam, deswegen kein Recht machen, ob gleich solche mehrentheils heimlich getrieben, ja von denen Iesuiten defendiret werden, deren sophistische Gründe, der berühmte PASCAL unter dem angenommen Namen des *Monaltii* gar artig durchgezogen hat,

MONTALT. *epist. 12. p. 328 et 336.*

31 der Pabst INNOCENTIVS III. aber dergleichen fucos, die sub honesto nomine die simoniam palliiren, auf das nachdrücklichste verboten:

in c. 36. X de Simon.

endlich vieles de facto bey denen Wahlen geschiehet, welches aber, wenn es in controversiam gezogen wird, keinen effectum iuris jemals erreichen kan;

c. 5. X de rescript.

32 übrigens, was ad 4) von dem sensu der güldenen Bulle und der Kayser-Wahl zu statuiren sey, in rat. decid. quarta ausgeführet, und dabey noch ferner zu bemercken ist, daß, wenn auch gleich ein Churfürst, sich selbsten das votum zugeben, Macht haben solte, dennoch davon kein argumentum auf die Prælaten-Wahl zu machen, als welche ihre eigene und gewisse formam *in c. 42. X de elect.* præscriptam hat, welche genau observiret werden muß, wie solche am genauesten bestimmet und erkläret

FAGNANVS *ad cit. c. 42.*

33 Endlich das angeführte exemplum IOANNIS XXII. eines theils irrig und ungegründet ist, andern theils aber dennoch illegal bleiben würde, wenn es wahr seyn solte, daß er qua compromissarius sich selbsten das votum gegeben, wie denn eben deswegen die gelehrtesten Historici die Wahrheit dieser Sache in Zweifel ziehen, weil, wenn solche geschehen, sowohl der Kayser als andere dessen Feinde solche illegale Wahl ihm bey aller Gelegenheit vorzuwerfen nicht unterlassen haben würden, so aber niemals geschehen, zumahl man sonsten der Päbste bey entstandenen bredouillen niemahls verschonet, wenn man was reelles auf sie bringen können; ja er bezeuget in einem Schreiben an den König von Sicilien, daß man ihn fast gezwungen,

die

die Last des Regiments über sich zu nehmen,
RAYNALD. *ad ann. 1316. §. 8.*
BALVZ *in histor. papar. Avenion. in not. p. 717.*
AVTEVR *de l' histoire des papes, tom. III. ad ann. 1316. p. 390.*
welches der Pabst, von sich zu schreiben, sich billig schämen müssen, wenn er sich selbsten qua compromissarius das votum gegeben, man dahero mit dem BARBOSA nicht bemühet seyn darf, des IOANNIS XXII Wahl zu iustificiren, als welche per scrutinium geschehen, dieserwegen bey denen bischöflichen Wahlen für diejenigen, die sich selbsten die Stimme geben, kein argument daraus zu nehmen, noch weniger aber ad 2) ein allgemeines Reichs-Herkommen aus dem modo eligendi Cæsarem zu schliessen, zumahl, wie schon gedacht, die Kayserliche Wahl öffentlich geschehen, und dahero ehender zu iustificiren, wenn ein Churfürst, da bereits andere auf ihn votiret, ihnen beytrit, und sich auch auf solche Weise die Simme giebet, so im Gegentheil bey dem scrutinio nicht angehet, und mir kein Exempel solcher Wahl vorkommen; daß darüber controuers entstanden, und dennoch die directa electio sui ipsius für gültig passiret worden wäre, da doch die obseruantia imperii nicht anders als per vsum constantem, diuturnum et vniformem introduciret werden kan, ita vt in omnibus prouinciis ecclesiasticis obtineat, wodurch das Reichs-Herkommen von der particulari consuetudine zu unterscheiden
KVLPIS. *de observ. imper. c. 2. §. 11.*
zugleich aber klar ist, quod non sufficiat, aliquid hoc vel illo modo factitatum fuisse, sed ita factitatum, vt pro iure receptum, seu tanquam iuste factum, comprobatum sit
IDEM *cit. l. c. 3. §. 33.*
welches bey denen bischöflichen und Prälaten-Wahlen nicht zu erweisen stehet, auch um desto weniger præsumirlich ist, als man bey denen Wahlen, ob formidinem contradictionis die allergenaueste Sorgfalt zu adhibiren pfleget, weil sonsten der Römische Hof die confirmation gar leicht denegiren könte und würde, wodurch denn die letzte ratio wegfällt.

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß weder nach denen canonischen Rechten, noch obseruantia imperii dergleichen Wahl, worin ein capitularis sich selbsten directo die Stimme gegeben, bestehen könne. V.R.W.

NOMINE PRIVATO
MENSE OCTOBR. MDCCXXXIX.

RESPONSVM XXI.

THEMATA.

I. De canonicorum verorum et honorariorum differentia. n. 1--20.

II. De effectu resignationis. n. 17. 22--29.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 2.
Beneficium datur propter officium. n. 3.
Canonicus quinam dicatur? n. 4.
Expectiuarius tantum ius ad præbendam, non in præbenda habet. n. 5.
Quid sint canonici honorarii? n. 6. 20.
Canonici in floribus stallum in choro et vocem in capitulo cum perceptione præbendæ habent. n. 7.
Canonici in herbis, vt supernumerarii, non prius ius canoniæ adipiscuntur, quam intra numerum recepti sunt. n. 8.
In præbendis, prior tempore, potior est iure. n. 9.
Canonici honorarii dicuntur, qui honoris causa sine reali officio et residentia, titulo fulgent. n. 10.
Et alii loco eorum præbenda imperiali fruuntur. n. 12.
Quod exemplis illustratur. n. 11.
Prædicatum canonicorum honorariorum etiam supernumerariis et exspectiuariis tribuitur. n. 13. 25.
Aeque ac iis, qui veri canonici sunt, sed in fauorem resignatis ad arbitrarium tempus voto et reditibus præbendæ renunciarunt. n. 14. 15.
Resignatione in fauorem tertii facta, is succedit in ius resignantis. n. 16.
Nec noua collatione opus est. n. 17.
Quænam sint qualitates canonico vero propriæ? n. 18. 19.
Perceptio reditumum verum canonicum non constituit. n. 20.
Quod anni caretiæ probant. n. 21.
Resignationes consensu principis hoc pacto fieri possunt, vt resignatarius sibi in totum vel in tantum ad dies vitæ fructus reservet. n. 22.
Alias indignum videtur, vt receptus in canonicum præbendæ beneficio vel voto defraudetur. n. 23. 24.

Reseruatio omnium fructuum tantum pro pensione intuitu resignantis habetur. n. 26.
Quinam resignantes titulares dicantur? n. 27.

Per resignationem transit in resignatarium verus titulus, etiamsi resignanti aliquid reseruatum sit. n. 28.
Decisio. n. 29.

Als uns eine facti species nebst zwey Beylagen und einer Frage zugeschicket ist.

1 Hat ein gewisser Vater seinem Sohn seine præbende verhandelt, und sich mit ihm dergestalt verglichen, daß der Sohn fürs erste nur als honorarius aufgeführet, stallum in choro, et locum in capitulo haben, der Vater aber das votum und die Revenüen annoch behalten solle, in welches alles der Landes-
2 Herr consentiret, und per rescriptum vest gesetzet, daß wenn der Sohn des Vaters declaration ratione cessionis voti et redituum produciren würde, er ohne Rückfrage die præbende haben, und die resignation inzwischen pro facta gehalten werden soll, dabey auch das capitulum acquiesciret, ja dem Vater auf dessen Anfrage versprochen, den Sohn bey seinem durch die Aufführung erlangten Recht allezeit zu schützen, und die mittlerweile ankommende neue Domherren vor der Aufführung davon zu informiren, um sich darnach zu achten. Sind nun vier und resp. sechs Jahr hernach zwey neue canonici ins Stift gekommen, der gedachte Vater aber hat sich erst vor ohngefehr einem Jahr declariret, daß er dem Sohn das votum und die reditus nunmehro auch cedire, welchem ohngeachtet die zwey canonici sub prætextu, daß sie als in vollen Genuß so gleich beym Antritt im Stift getretene canonici denjenigen, der seinem Vater das votum und die reditus überlassen, und nur honorarius gewesen, vorgehen müsten, einen Prædecenz-Streit erreget, dieser aber angeführet, daß er sechs Jahr vorher aufgeführet sey, auch das capitulum ihn ipso facto für ein capitularisches Mitglied agnosciret habe, dahero

3 **wer bey diesen Umständen Recht habe?**

gefraget wird.

Rationes dubitandi.

4 Ob nun wohl aus den canonischen Rechten sowohl, als aus der Verfassung der Stifter in Deutschland mehr als zu bekant ist, 1) quod beneficium detur propter officium
c. f. de rescript. in 6.
auch ein canonicus bekanter Massen eigentlich derjenige heisse, qui habet stallum in choro et vocem in capitulo
c. 22. in f. X. de præb.
c. 2. X. de renunciat.

5 Diesemnach, da der gedachte Sohn bishero so wenig zur Hebung gekommen, noch vocem in capitulo gehabt, als welches beydes dessen Herr Vater sich reseruiret, es das Ansehen gewinnen will, als wenn er noch nicht pro vero canonico gehalten werden, vielmehr nur 2) als ein exspectiuarius anzusehen seyn möchte, qui tantum ius ad præbendam, non in præbenda habet:
c. 8. de concess. præb. in 6.
und ob er wohl 3) bereits aufgeführet, und in 6
capitulum introduciret worden, dennoch solches nur fürs erste sub qualitate eines honorarii canonici geschehen, wie das rescriptum principis solches selbsten bezeuget, dergleichen canonici aber noch zur Zeit, bis sie zur Hebung kommen, pro canonicis veris nicht gehalten werden; wie denn 4) in denen capitulis 7
bekannter Massen deswegen zweyerley canonici, als in floribus et in herbis, oder maiores et minores bekannt sind, da jene allein intra numerum zu befinden, und eigentlich wahre canonici heissen, qui stallum in choro et vocem in capitulo cum perceptione præbendæ haben,
c. 2. X. de renunc.
dagegen diese mehr als super numerarii anzu- 8
sehen, und nicht ehender das ius canoniæ überkommen, als bis sie intra numerum recipiret, und zur Hebung gekommen sind,
BOEHMER *tom. II. iur. eccl. tit. de præbend. §. 79.*
woraus denn 5) geschlossen werden möchte, daß, 9
weil die zwey gedachte canonici, ehender als der benimte Sohn zur Hebung und session cum voto in capitulo gekommen, sie als veri canonici ihm als honorario vorgehen müsten, cum prior tempore potior iure.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Benennung der 10
honorariorum canonicorum nicht einerley Bedeutung hat, sondern a) denenjenigen beygeleget wird, welche eigentlich niemals zur perception kommen, kein stallum in choro et locum in capitulo haben, sondern honoris causa den blossen Titul eines canonici, sine reali officio et residentia, überkommen; wohin die 11
Römischen Kayser und Könige von Franckreich gehören, und jener noch heute zu Tage inter canonicos Aquisgranenses, honoris causa, vormals aber auch zu Rom in der St. Peters-Kirche, ferner zu Bamberg, Cöln, Straßburg und Utrecht aufgenommen sind,
ODORIC. RAYNALD. *in cont.* BARON. *ad ann. 1311.*
ANTON. MATTHAEI *de nobil. lib. 2. c. 48. p. 744.*
IDEM *de fatis et fundat. eccl. Vltraj. lib. 1. fund. 2. p. 67.*
ANTON D' ESPEISSES *tom. III. oper. tit. 3. de benef. eccl. §. 100.*
welche aber keine wahren canonici sind, son- 12
dern

dern an ihre statt andere inter canonicos recipiret werden, so die præbendam imperialem genieſſen;

ANTON MATTHAEI *cit. l. p. 745. sq.*

13 b) nicht weniger ſolches prædicat bisweilen denen supernumerariis und exſpectivariis beygeleget wird, die aber keinen locum in capitulo bekommen, und deswegen ſchlechtweg zwar wohl canonici, aber nicht capitulares genannt werden, weil ſie noch nicht de capitulo ſind:

14 c) endlich ſolches prædicatum wiewohl in ſenſu improprio denen beygeleget werden mag, welche würcklich als canonici poſt reſignationem interuenientem aufgeführet, und inter canonicos recipiret, würcklich ſtallum in choro überkommen, auch locum in capitulo erhalten, dergeſtalt daß ſie inter capitulares mit zu rechnen ſind, und nur ad tempus arbitrarium ſich der würcklichen Revenüen und voti in ſauorem reſignantis begeben, in welchem

15 letzten Verſtande der Landesherr im beygehenden reſcript vom 3 May 1725 den gemeldten Sohn als honorarium canonicum aufzuführen, dem Capitul anbefehlen, iedoch dergeſtalt, daß er ſtallum in choro et locum in capitulo haben ſolle, id quod verum conſtituit canonicum.

c. 2. X. de renunc.

Dahero derſelbe auch inter canonicos lange vor denen beyden canonicis, welche ihm den præcedenz Streit erreget, an- und aufgenommen, oder aufgeführet iſt, ſtallum würcklich in choro erlanget, und locum in capitulo erhalten, mithin diejenigen requiſita, die zu einen wahren canonico gehören, allerdings vor ſich hat, dabey auch würcklich an dem iſt, daß der gedachte Vater in anno 1726 ſeine præbende mit conſens des Landesherrn an ſeinen Sohn verhandelt, und dabey der Landesherr declariret, daß, weil er damals gleich præſtanda præſtiret, es, als wenn die würckliche reſignation geſchehen, angeſehen und gehalten werden ſolle, ohngeachtet dem Vater noch die reditus præbendæ nebſt dem voto, nach deſſen Gut-

16 dünken, gelaſſen worden, und wie nun, reſignatione in ſauorem tertii facta, die würckliche ſucceſſion in ius reſignantis erfolget, cum beneficium tale vacare dicatur,

c. 6. de reſcript. in 6.

et ſi in ſauorem tertii facta, beneficium reſignatum confertur tertio

PETR. DE MVRGA *de benef. eccleſ. qu. 3. n. 1011.*

et ita renunciante epiſcopo in ſauorem tertii, ipſe epiſcopatus ſtatim tertio obuenit:

LEVRENIVS *de for. benef. P. III. qu. 293.*

17 alſo auch das gnädigſte darüber ausgefertigte reſcriptum loco nouæ collationis, nachdem die reſignation ſchon damahls als facta angenommen worden, gehalten werden muß, zumahl er aus eben dieſer Urſache als canonicus aufgeführet, ſtallum in choro erhalten, und ad ſeſſionem in capitulo gelaſſen iſt, worin die wahre Eigenſchaft eines veri canonici beſtehet, 18

c. 8. et 9. X. de præbend. et dignit.

accedente ſimul aſſignatione ſtalli in choro et loci in capitulo, cum illa quidem proprer officium precum et horarum canonicarum, hæc vero propter ius collegii, in quod cooptatus eſt, deſideretur;

BOEHMER *in inſtit. iur. canon. lib. 3. tit. 4. §. 3. in f.*

wie dann das Dom-Capitul nach der Beylage 19 ſub lit. A. den Sohn ſo fort poſt introductionem pro vero canonico et capitulari gehalten, und als deputatum capituli bey denen Landes-Angelegenheiten præſentiret, mithin zu Tage geleget, daß daſſelbe ihn e gremio capituli zu ſeyn erachtet, auch dabey conteſtiret, niemahls zuzugeben, daß vorerneldtem Sohn ratione ſeſſionis et voti beym capitulo von iemanden præiudiciret werde, ſondern, wenn gleich auch mehrere neue capitulares inzwiſchen in das Capitul kommen, auch ad votum et ſeſſionem und würcklichem Genuß derer Revenüen gelangen ſolten, dennoch daſſelbe nach dem bekannten axiomate iuris: qui prior tempore potior iure mit ihn verfahren wolten; dagegen dann alle rationes 20 dubitandi nichts verfangen können, allermaſſen ad 1) bereits dargethan, daß durch das Landesfürſtliche reſcript die reſignation, als facta auf den Sohn, gehalten, das capitulum ſolches auch dafür anzunehmen ſich erkläret, mithin a principe die noua collatio würcklich geſchehen, darauf die receptio in canonicum et capitulum erfolget, und dieſer caſus ſehr von der receptione honorariorum, qui nondum vacante præbenda cum ſpe ſuccedendi inter canonicos minores in genere recipiuntur, zu unterſcheiden iſt, als welcher keine collation, nondum vacante præbenda, geſchehen kan, welche iedoch hier würcklich geſchehen, die receptio in capitulum erfolget, und ob wohl die würckliche perception derer reditumm præbendalium auf des Vaters Gutachten annoch ſuſpendiret worden, dennoch die würckliche perceptio reditumm keinesweges einen canonicum machet, zumahl bey einigen capitulis bisweilen zwey bis drey Jahre die neo-ca- 21 nonici ihre Carenz-Jahre halten müſſen, und nach deren Verflieſſung erſt zur völligen Hebung kommen,

c. 2. extran. Ioh. XXII. de elect.

adeo vt licet noua collatio et receptio facta, non tamen recepti, durantibus annis carentiæ, ad dimittendum prius beneficium teneantur,

c. 26. de præb. in 6.

und alſo extra ordinem in zweyen Stiftern canonici ſind, und bey dem letzten Stifte, in quod nouiter recepti, dieſem ohngeachtet inzwiſchen als veri capitulares anzuſehen, und zu halten ſind, nicht weniger die reſignationes 22 cum pontificis, et inter proteſtantes cum principis conſenſu, ſub hoc pacto et conditione

tione auf einen andern geschehen mögen, daß sich der resignans noch einige Zeit, auch wohl Lebenslang, die Revenüen der præbende vel in totum vel in tantum reseruiret, ita vt propria auctoritate fructus percipere queat,

FLAMIN. PARISIVS *de resign. benef. lib. 6. qu. 1. n. 3. sqq.*
PETRVS LEVREN. *in for. benef. P. 3. qu. 421. n. 1. 424.*
CAMPEGIVS *de reseruat. omn. fructuum.*

23 wodurch aber an dem effectu resignationis nichts auszusetzen, noch die wirckliche collation und reception suspendiret wird, ob es wol sonsten regulariter heisset: videtur indignum, vt receptus in canonicum præbendæ beneficio defraudetur,

c. 19. X. de præb. et dignit.

welches iedoch extra ordinem cum consensu principis et volente resignatario wohl geschehen kan, quia habetur resignans loco pensionarii,

PARISIVS *cit. l. n. 43.*

24 nicht weniger solches auch bey dem vorbehaltenen voto statt findet, weil dergleichen extraordinariæ conuentiones per pontificis et principis consensum et auctoritatem saluo effectu resignationis ihre völlige Gültigkeit und effectum haben,

FLAMIN. PARIS. *cit. l. n. 13.*

25 keinesweges aber ad 2) ein solcher resignatarius mit einem blossen exspectiuario zu vergleichen, noch ad 3) mit einem honorario canonico en parallel zu setzen, der noch nicht in capitulum aufgenommen ist, sondern erst vacationem præbendæ und die successiõn iuxta senium erwarten muß, zumahl alhier die resignatio wircklich pro facta an und aufgenommen, und der Sohn nur intuitu redituum et voti, und also certo respectu canonicus honorarius ge-

26 nannt worden; wodurch er auch ad 4) sehr von denen canonicis minoribus oder in herbis, bey welchen keine resignation geschehen, und noch keine installatio in capitulo erfolgen kan, zu distinguiren, da die in præsenti casu geschehene resignatio a principe pro facta, reseruatis omnibus fructibus et voto, angenommen, bewilliget, und per receptionem in chorum et capitulum vollenzogen ist, qua facta, reseruatio omnium fructuum tantum pro pensione intuitu resignantis habetur, atque ita hic amittit beneficium.

PETRVS LEVRENIVS *cit. l. qu. 418. n. 2.*
REBVFF *in pr. de reseruat. tam. gener. quam spec. n. 13 sqq.*

Bevorab, da der resignans parer sich keinen 27
stallum in choro, worin zuforderst das officium canonici ratione precum et horarum canonicarum bestehet, reseruiret, und nur diejenigen resignantes pro titularibus noch gehalten werden, qui reseruarunt sibi omnes fructus, votum in capitulo et NB. stallum in choro,

FLAMIN. PARIS. *cit. l. n. 43.*
LEVREN. *cit. l. qu. 421. n. 1.*

bey welcher Beschaffenheit also ad 5) der ge- 28
machte Schluß als irrig hinweg fället und vielmehr zu statuiren, daß durch die geschehene resignation der Sohn das ius ipsum præbendæ et canonicatus überkommen, tranfit enim in resignatarium verus titulus, etiamsi resignanti vel alteri reseruata sit omnimoda administratio vel aliud quid.

LEVRENIVS *cit. l. qu. 252.*
PARIS *cit. l. lib. 1. qu. 16. n. 9.*

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß 29
der Sohn als resignatarius vor den beyden nach ihm recipirten canonicis die præcedentz haben müsse. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE AVGVSTO MDCCXXXVIII.

RESPONSVM XXII.

THEMA.

Exhibito diplomate receptionis in canonicum ex nominatione principali, productio rescripti de providendo a canonico exigi nequit.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio proposita. n. 2.
Referens nihil probat, nisi constet de relato. n. 3. 12.
Adeo vt nec in imestitura relatio dispositiua sine relato aliquid operetur. n. 4.
Commendatio ad beneficium vacans ius præsentandi infert. n. 5.
Aeque ac preces primariæ cæsareæ. n. 6.
Instrumenta publica capitulorum tamdiu fidem habent, donec probetur contrarium. n. 7.
Rescriptum de prouidendo a canonico exigi nequit, producto semel diplomate receptionis in canonicum. n. 8.

Nec

Nec a capitulo, quod alioquin fateretur, se contra iura manifesta feciſſe. n. 9.
Nec a tertio. n. 10.
Ex quo quis receptus eſt in canonicum, non debet cavere præbenda. n. 11.
Confirmatio in forma ſpeciali probat confirmatum. n. 12.
Exceptio falſi manifeſtis probationibus docevi debet. n. 13.
Deciſio. n. 14.

1 Als der Herr uns eine facti ſpeciem nebſt einer Frage zugeſchicket ꝛc.

Hat des höchſtſel. Königs an einen unter dero territorial-Hoheit belegenen geiſtlichen Stift, bey welchem das Chur-Haus das unſtreitige ius nominandi et commendandi candidatos hat, denſelben zur Auf- und Annahme recommendiret, welche nominatio auch angenommen, und demſelben darüber ein ſolennes Anwartungs-diploma auf ein gewiſſes canonicat ausgefertiget und ertheilet, überdem, als ſich derſelbe ferner gemeldet, kraft ſolcher Anwartſchaft in das Stifts-Capitel als ein Gliedmaaß deſſelben eingenommen, und mit dem verbrieften canonicat, mittelſt eines andern gewöhnlichen und ſolennen diplomatis, daß er in caſum vacantiæ darin ſuccediren ſolle, verſehen worden, und iſt dahero ſeit geraumen Jahren in ruhſamer poſſeſſione vel quaſi aller der gedachten Anwartung competirenden Rechte geweſen; nichts deſtoweniger, da nunmehro der caſus vacantiæ öfterwehnten canonicars ſich ereignet, demſelben Streit über Eingangs erwehnte Königliche recommendation erreget, und deren Beybringung allererſt gefordert worden, dieſemnach gefraget wird:

2 **Ob dieſes Anwartungs-diploma zureichentlichen Beweis wegen der darin gedachten Königl. recommendation denen Rechten nach mache, und deshalb derſelbe zu einem mehrern Beweis nicht verbunden ſey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl das Anwartungs-diploma, ſo das Capitel demſelben ertheilet, der Königlichen gnädigſten recommendation Meldung thut, dennoch ſolches ein bloſſes inſtrumentum referens iſt, ſo ſich auf die geſchehene nomination beziehet, und alſo es ſcheinen will, als wenn ſolche recommendation vorher erſt beygebracht werden müſte, angeſehen aus denen Rechten bekant, quod referens nihil probet, niſi conſtet de relato,

AVTH. *ſi quis in aliquo. C. de ædend.*
GAIL. *lib. I. obſ. 82. n. pen.*

4 adeo vt nec in inveſtitura relatio diſpoſitiva aliquid operetur, niſi relatum appareat.

ROSENTHAL *de feud. c. 6. concl. 69. n. 11.*

Dieſemnach ob gleich derſelbe als ein Gliedmaß in das Stifts-Capitel aufgenommen, welches als eine inveſtitura anzuſehen, dennoch ſolches nicht anders verſtanden werden möchte, als wenn das relatum bey gebracht werden könte;

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in dem ſolennen Anwartungs-diplomate, worin demſelben die Anwartung auf ein gewiſſes canonicat verliehen iſt, mit dürren Worten dieſes gemeldet worden, daß in Erwegung S. Königl. Majeſtät gnädigſten recommendation deſſen Suchen pro receptione accordiret, und demſelben zugeſaget und verſprochen worden, daß er als ein Mitglied des Stiftes aufgenommen, und mit einem benannten canonicat, darauf demſelben kraft ſolches diplomatis die Anwartung ertheilet werde, verſehen, auch bey deſſen Erledigung demſelben in der Ordnung niemand vorgezogen werden ſolle, ſolches alles auch das gantze hochwürdige Stifts-Capitel, mittels eigenhändiger Unterſchrift und Beſiegelung corroboriret, auch die Verſicherung über alles, was verbrieſet, pro ſe et ſucceſſoribus auf das bündigſte geleiſtet, nicht weniger hernach kraft dieſer Anwartſchaft in das Stifts-Capitel denſelben als ein membrum unter neuer Verſicherung, daß derſelbe darin in caſu vacantiæ ſuccediren ſolle, auf und angenommen, welches alles mit mehrern darthut (a), daß derſelbe die Königliche nomination und recommendation dem gedachten Stifte bey ſeinem erſten Suchen præſentiret haben müſſe, indem dergleichen commendatio nicht anders als ein ius præſentandi iſt, wie in der *güldenen Bulle* CAROLI IV. es alſo genannt wird,

Tit. V. §. 1.

5 und das ius primariarum precum Cæſareum 6 ebenfalls nichts anders als ein ius ad beneficia eccleſiaſtica præſentandi zu halten iſt. Dahero dann (b) ſolches reſcriptum de providendo vormahls dem Stift præſentiret, und in deſſen Händen ſeyn muß, zumahl (c) daſſelbe ſonſten das Anwartungs-diploma nicht ausgefertiget, noch darin der Königlichen recommendation Meldung gethan, da doch dergleichen nomine capituli ertheiltes diploma ein inſtrumentum publicum iſt, und ſo lange fidem publicam vor ſich behält, donec contrarium fuerit probatum, 7

c. 5. X de probat.

ſicuti pro omni inſtrumento publico præſumtio veritatis et ſolennitatis militat,

l. 14. C. de contrab. et comm. ſtipul. §. 11
l. de inutil. ſtipul.

dahero von demſelben kein weiterer Beweis gefordert werden kan, vielmehr von demjenigen, der anietzo contradictor ſeyn will, allenfalls 8

das Gegentheil beygebracht werden muß, allermassen nicht zu concipiren, wie das Stift noch überdem einige Zeit hernach ihn in numerum canonicorum recipiren, anbey neue Versicherung geben sollen, daß ihm tempore vacantiæ niemand vorgezogen werden solle, wenn die Königliche recommendation solches nicht veranlasset, dahero das Capitulum, als welches sein factum præstiren muß, diesen Beweis von demselben nicht fordern kan, quod alioquin fateretur, se contra iura manifesta fecisse,

c. 8. X de eccles. præb. et eccl. non vac.

10 ein tertius aber auch nicht damit zu hören seyn wird, da das Capitulum den Herrn contra quemcunque vertreten, und sein factum receptionis ex nominatione principali gegen

11 iederman verificiren muß, cum ex quo quis receptus in canonicum, non debet carere præbenda,

cit. c. 8. in f.

nec congruum est, vt præbenda careat, qui in canonicum noscitur receptus.

c. 9. X de præbend. c. 19. eod.
c. 13. de præb. in 6.

12 Das Stift dahero schlechterdings ad conferendam præbendam ex facto suo receptionis verbunden ist, dagegen dann, was in ratione dubitandi angeführet worden, nichts verfangen mag, angesehen die bekante Rechts-Regel auf dergleichen documenta publica, quæ pro se præsumtionem veritatis et solennitatis habent, nicht gezogen werden mag, massen das relatum ohnedem bey dem capitulo verbleiben muß, und nicht wieder zurück gegeben wird, ja ohne dasselbe das Anwartungs-diploma nicht ausgefertiget haben würde, hierüber auch bekant, quod referens, si per se certum est, probet sine relato, et confirmatio in forma speciali, probat confirmatum,

ROSENTHAL *de feud. c. 6. concl. 69 n. 10. sq.*
BOER. *decis. 281. n. 51.*

mithin derselbe das relatum zu produciren 13
nicht vonnöthen, noch solches zu erweisen hat, weil sonsten das diploma expectativæ sowol als perceptionis per indirectum eines falsi beschuldiget werden würde, welches derjenige, der solches opponiret, manifestis probationibus darthun muß.

l. 14. C de contrab. et comm. stipul.

So halten wir davor, daß das Anwartungs- 14
diploma zureichenden Beweis wegen der darin gedachten Königlichen recommendation denen Rechten nach mache, und derselbe deshalber zu einem mehreren Beweis nicht verbunden sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXVI.

DECISIO XXIII.

THEMA.

De qualitatibus canonici præbendati.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
In canonicatibus is, qui prior tempore, potior iure est. n. 2.
In numerum canonicorum tales recipiendi sunt, quibus morum honestas et litterarum scientia suffragatur. n. 3.
Et qui per triennium in aliqua celebri Germaniæ academia bonarum artium studia cum laude et fructu continuauit. n. 4.
Testimonia triennii quid continere debeant? n. 5. 6. sqq.
Status militaris num concordet cum clericali? n. 7. 15.
Status clericalis inculpatam vitam requirit. n. 10.
Experientia docet, eos potissimum, qui ad canonicatum adspirant, otio annos academicos consumere. n. 11.
Canonici inter protestantes non sunt veri clerici. n. 12.
Quod variis rationibus illustratur. n. 12.
Canonici protestantes et catholici admodum differunt. n. 13. sqq.
Nec solida eruditio ab iis requiritur. n. 14.
Immo et milites ad canonicatus adspirare possunt. n. 16.
Pro quolibet præsumtio honestatis morum militat. n. 17. 18.
Crimen expilatæ hæreditatis num inhabilitatem ad canonicatum acquirendum operetur? n. 10. 19.
Decisio. n. 20.

1 Auf Vorbringen und erfolgte Gesetze in Sachen Johann Wilhelm B. imploranten an einem, und Johann Heinrich von B. imploraten am andern Theil, erkennen Decanus, Senior und Capitulares des Kayserlichen freyen exemt- und immediat-Stifts S. S. Simonis et Judæ auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für recht,

Daß

Daß implorant dasjenige, was er sich zu bescheinigen angemasset, denen Rechten nach nicht dargethan, und dannenhero imploratvon der imploration zu absolviren, und dem zu folge dem imploranten, wenn er zuforderst sein testimonium triennii in originali produciren wird, bey sich ereugenden Fall vorzuziehen sey. Die Unkosten aber werden aus bewegenden Ursachen gegeneinander compensiret und aufgehoben. V. R. W.

Rationes dubitandi et decidendi.

2 Ob wohl implorant nicht leugnen kan, daß der implorat ein älterer turnarius vor ihm sey, und alss bey sich ereugender vacantz ihm de iure vorgezogen werden müsse, dennoch er vermeinen will, daß dieser zu keiner vacirenden præbende admittiret werden könne, weil er die gehörige qualitäten nicht habe, die zu einem canonico præbendato erfordert würden; an-
3 gesehen er zwar 1) das Stifts-Alter fol. 164. dargethan, und darüber kein Streit erreget worden, gleichwol das fol. 165. befindliche testimonium triennii et vltra, so die Universität Göttingen ertheilet, zu seiner qualification nicht zureichend sey, also woraus nichts weiter erhelle, als daß implorat daselbst über drey Jahr gewohnet, welches auch von vielen andern gesaget werden könte, so deswegen doch ihr triennium nicht daselbst, nach der Absicht der Alten, erfüllet, welche vornemlich auf die Erlernung guter Sitten und Wissenschaften abgezielet, vt tales nimirum in numerum canonicorum reciperentur, quibus morum honestas et litterarum scientia suffragaretur,

c. 29. X de præbend.

4 so daß es nicht gnug sey, daß er nur drey Jahr lang seinen Aufenthalt auf Universitäten, ohne etwas tuchtiges zu lernen und sich zu excoliren, gehabt habe, dahero in einigen statutis gar bedencklich stehet, neminem recipiendum esse, nisi qui per triennium in aliqua celebri Germaniæ Academia bonarum artium studia cum laude et fructu continuauerit;

RICHTER *vol. I. conf. 42.*

5 wohin auch billig die testimonia triennii abzielen sollen, wovon aber in dem fol. 165. befindlichen testimonio triennii nichts zu befinden, und ob zwar 2) ratione studiorum darin enthalten, daß er aliquibus prælectionibus academicis beygewohnet, oder wie in dem testimonio stehet: AVSCVLTASSE, dennoch diese Redensart an und vor sich selbst æqui voca und auf Schrauben gesetzet ist, ja so viel heissen kan, daß er einige Stunden die collegia abgewartet oder denenselben Gehör gegeben und gefolget, auf was Weise aber et quo fructu? daraus nicht abzunehmen, auch wohl wenig Hoffnung übrig ist, daß der implorat dabey profitiret
6 haben werde; angesehen 3) er von jugend auf mehr Lust zum Soldaten-Stand als studiren bezeuget, auch, ehe er auf Universitäten gezogen, schon der campagne in Ungarn als volontair noch im an. 1738. beygewohnet, wie aus denen beygefügten Urkunden und seiner eigenen Bekäntniß erhellet. Dahero er erst 4) anno 7
1739. auf Universitäten nach Göttingen gezogen, und sich daselbst über drey Jahr lang aufgehalten, welches auch wohl dicis gratia geschehen seyn kan, wie denn eines theils das testimonium triennii so kalt zu seyn scheinet, daß daraus sein studiren nicht zu behaupten stehet: andern theils er numehr wieder statum militarem erwehlet, und deswegen in actis passim als Lieutenant aufgeführet wird, welcher Stand mit dem vita clericali sich nicht wohl reimet.

ZIEGLER *de clerico milite per tot.*

Ja wenn er 5) gleich den Soldaten-Stand 8
abandoniret haben solte, dennoch was honestatem morum betrift, als worauf das triennii testimonium mit gerichtet seyn muß, solche ebenfalls wenig aus dem testimonio Goettingensi erhellet, und nur so viel darthut, daß er ob delicta niemahls vor Gerichte gefordert oder bestrafet worden, woraus noch keine singularis honestas morum geschlossen werden kan, da im Gegentheil 6) aus seiner eigenen Bekäntniß sich 9
hervor gethan, daß er doch wegen Schulden einige Zeit in arrest zu Göttingen gesessen, und daraus wohl zu schliessen sey, daß er die Schulden auf liederliche Art werde contrahiret und sein Geld unnütze depensiret haben; sodann er nicht leugnen könne, daß er sich zu Seesen, nicht weit von Göttingen, einige Zeit aufgehalten, und also wohl wenig denen studiis obgelegen. Das wichtigste momentum inhabilitatis aber 7) aus denen fol. 310. sqq. ad acta 10
gebrachten documentis sich hervor thun will, daß nemlich implorat, wie er in Ungarn, als volontair, gestanden, und sein compagnon der Lieutenant R. daselbsten gestorben, er mit dessen Nachlaß untreu umgegangen, und deswegen eines criminis expilatæ hereditatis beschuldiget sey, da dessen nachgelassene Wittwe ihn selbsten beschuldiget, daß er ihres Mannes ihm anvertrauten Coffre erbrochen, ja schon funfzig Thaler auf die veruntrauten Sachen bezahlet habe, wobey der Auditeur noch ausgesaget, daß der implorat aus dem Winther-Quartiere heimlich davon gegangen: daß er von dem verstorbenen Lieutenant verschiedene Sachen mit genommen, des Nachts den Coffre erbrochen, und nach und nach verschiedene Stücke daraus spoliret: daß er dem verstorbenen Feld-Prediger ebenfalls ein Reit-Pferd mit Sattel und chabraque mitgenommen, welches auch die Aussage des Cassirer R. und des Musqueriers N. bekräftiget, wie dieses alles aus denen Beylagen mit mehren erhellet, und was er 8) dabey zu seiner exculpation vorgegeben und anführen wollen, daß er noch zur Zeit dieses criminis nicht überführet sey, ihm wenig zu statten kommen möchte, zumal er den geistlichen Stand erwehlen will, wozu keine, als

welche in culpatæ vitæ sind, zugelassen werden können.

11 Dieweil aber dennoch ad 1) das testimonium triennii, so dem imploraten die Universität zu Göttingen ertheilet, deutlich Meldung thut, daß er über drey Jahr sich daselbst aufgehalten und einigen prælectionibus beygewohnet, welches doch aus dererjenigen Lehrer Zeugniß, deren lectiones er frequentiret, genommen seyn muß, und ob wohl nicht daraus zugleich erhellet, daß er mit gehörigem Fleiß die collegia besuchet, dennoch bey denen Protestanten der Mißbrauch fast durchgehends herrschet, daß die Canonici, welche ohnedem nicht solche Clerici, als die Catholischen, sind, keine ordines annehmen, von keiner cura animarum wissen, und keine sonderliche geistliche Amts-Verrichtungen ausüben, sich zu ihrem canonicat schon legitimiren können, wenn sie nur taliter qualiter drey Jahr lang studiret haben, und dahero dasjenige, was einige erinneren, inter pia desideria zu referiren ist, videlicet melius fore, si capitula non solum triennium exigerent, sed simul publica eruditionis specimina sibi exhiberi curarent. Experientia enim plerumque testatur, illos perissimum, qui ad canonicatum adspirant, otio annos academicos consumere;

STRVCK *de iur. pap. princ. evang. c. V. §. 10. in f.*

12 welches allerdings gut und nöthig wäre, wenn bey uns die Canonici auch wircklichen wahren geistlichen Amts-Verrichtungen obliegen, und nicht alles bloß in horarum canonicarum cantatione setzeten, ja sich gar die meiste Zeit davon losmacheten, und ihre Residentz nur pro forma hielten, so daß zu einem solchen canonico keine grosse Wissenschaft und eruditon nöthig, sondern zureichend ist, wenn er sein testimonium triennii statuten-mäßig vor sich hat, und nur einigermassen denen studiis obgelegen, zumahl wenn alles nach dem rigore genommen werden solte, auch die residentia canonicorum nicht pro forma, sondern gantz anders eingerichtet seyn müste, da bekanter massen auch diejenigen pro residentibus gehalten werden, qui in loco residentiæ habitauerunt, ob sie wol ihr Amt perfunctorie dabey verrichtet, gar selten zu Chore gegangen, oder wenn sie zu Chore gegangen, doch das Singen andern überlassen, so daß vita canonicorum academica et residentia eorum auf gleiche Art insgemein eingerichtet und beschaffen ist, und eine grosse Veränderung bey denen meisten vorgehen müste, wenn man die Absicht dererjenigen, so die Stifter errichtet, und nach der reformation

13 beybehalten, erreichen wolte; woran aber bey ietzigem Zustande nicht zu gedencken, mithin nicht zu verwundern ist, daß man bey denen Stiftern mit dergleichen testimoniis triennii zu frieden ist, und sich damit legitimiren könne, da die protestirende Canonici von denen Catholischen, quorum canonicatus debent habere annexum ordinem aut presbyteri aut diaconatus aut subdiaconatus

per concil. Trident. sess. XXIV. c. 12. apud HARDVIN. *tom. X. p. 169.*

sehr unterschieden, keiner ordination sich unterwerfen, und dahero in dem vollkommenen Verstande keine solche Geistliche sind, bey welchen man vordem gantz besondere qualitäten erfordert, dabey denn ad 2) nicht zu leugnen ist, 14
daß die Abschrift des testimonii Academici fol. 165. nicht gar zu accurat zu seyn scheinet, dahero vor allen Dingen nöthig ist, daß das original zuforderst produciret, und dem imploranten vorgeleget werde, sonsten daß es keine grosse laudes in sich hält, und etwas kalt zu seyn scheinet, nicht eben viel zu bedeuten hat, sondern bey denen protestirenden canonicis passiret wird, wenn nur die academischen Jahre ausgehalten sind, nachdem die Umstände der protestirenden canonicorum sich sehr geändert, und dazu nicht eben, daß sie hoch gelehret sind, erfordert wird, dahero ob wol ad 3) vita mili- 15
taris et clericalis gantz incompatible status sind, und nach dem iure canonico beysammen nicht bestehen kan,

t. t. X ne cler. vel mon. secul. negot. se imm.

dennoch nicht zu verwundern ist, daß bey denen Evangelischen Stiftern auch Officirer, ministri, und andere weltliche Bediente Canonici seyn, und in dignitate ecclesiastica selbsten stehen können, wie die tägliche Erfahrung lehret, welches aber ad 4) bey denen canonicis catholi- 16
cis nicht so angehet, und man daraus den Unterschied desto deutlicher sichet, dahero dem imploranten um destoweniger zur Last geleget werden kan, daß er sich mehr ad vitam militarem als ad studia appliciret, und, wie es das Ansehen gewinnen will, auch noch ietzo in vita militari verharret, wir auch nicht glauben, daß in denen statutis capituli und dessen beständigen observantia ein anders und dieses versehen seyn solte, daß ein Officirer daselbst zugleich kein Canonicus seyn könne, welches da es in Actis nicht angeführet ist, auch darauf bey der Erkentniß nicht reflectiret werden mögen. So dann ad 5) so wohl die præsumtio honestatis 17
morum für ihn militiret, als auch das testimonium Göttingense dazu zureichend seyn kan, daß er ad canonicatum suo tempore admittiret werden möge, da bey seinem officio ecclesiastico keine cura animarum lieget, welche bey einem wahrhaftigen ordinirten Geistlichen mehr qualitates ratione vitæ, als bey einem blossen Canonico erfordert, ihn also ad 6) 18
nicht untüchtig dazu machet, daß er wegen Schulden zu Göttingen in Arrest gesessen, oder bisweilen in der Nähe sich aufgehalten, da das erste auch wohl studiosis theologiæ begegnen kan, die deswegen von denen ordentlichen Kirchen-Aemtern nicht ausgeschlossen werden, auch nicht verboten ist, in ferien, oder sonsten bisweilen auf das Land zu reisen. Endlich ad 7) et 8) 19

das

das dem imploraten vorgeworfene crimen expilatæ hereditatis mehr in recessu zu haben scheinet, wenn solches erwiesen werden könte, welches aber aus denen ad acta gebrachten protocollis nicht erhellet; da eines theils der Zeugen Aussage nicht eydlich bestärcket: andern theils sie sich guten theils auf der verstorbenen Aussage berufen, und also testes de auditu alieno sind: dritten Theils der Soldate, welcher bey des Lieutenants letztem Ende gewesen, die Sache gantz anders als der Auditeur erzehlet, und berichtet, daß der Pastor dem imploraten den versiegelten Mantel-Sack zugestellet, und ihm solchen, weil er beständig mit dem Verstorbenen umgegangen, überliefert, welchen er eröffnet, und nicht heimlich, sondern öffentlich die Uhr nebst silbernen Degen, und sechzehen Ducaten heraus genommen, so auch implorat gestehet, iedoch dabey vorgiebt, daß weil sie in gemeiner Wirthschaft gestanden und der Lieutenant ihm noch verhaftet gewesen, er solches animo compensandi gethan, und zu der Berechnung bereit sey, welcher Umstand auch das crimen selbst excludiret, so dann daß er selbsten des Lieutenants Witwen was darauf gezahlet, nicht an sich kommen lassen will, sondern vielmehr dem cassirer solches zuschreibet, so daß weder das crimen daraus erwiesen, noch weniger also eine inhabilitas ad canonicatum acquirendum daraus inferiret werden kan.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE AVGVSTO MDCCXLIII.

DECISIO XXIV.

THEMA.

Collatio illegitima non tribuit ius percipiendi fructus et commoda vicariæ.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Fructus iusto ex titulo collationis et bona fide percepti a tertio vindicari nequeunt. n. 2.
Si in conferente deficit facultas conferendi, num fructus ab eo vel a beneficiato repeti queant? n. 3. 13.
Vel conferens ad euictionem teneatur? n. 4.
Causæ per transactionem sopitæ non sunt resuscitandæ. n. 5.
Reditus vicariæ ossibus beneficiati adhærent, et ad peculium quasi castrense referuntur. n. 6. 7.
Fructus sunt accessorium vicariæ. n. 8. 9.
Mater ad educationem liberorum secundum conditionem et ingenium eorum obligatur. n. 10.
Rebus iudicatis stricte satisfaciendum est. n. 11.
Illegitima collatio nec titulum nec ius percipiendi fructus et commoda vicariæ tribuit. n. 12.
Regressus tamen beneficiato contra collatores competit. n. 13.
Res iudicata quibus prosit? n. 14. sqq.
Reditus vicariæ ad communia bona referuntur. n. 15.
Adeoque ad vsum fructum, qui matri vi communionis bonorum competit. n. 16.
Decisio. n. 17.

1 Als die Herren uns gesuchte reuision und ersolgte Gesetze in Sachen der Witwen N. zu C. Beklagten an einem und der Erben W. Klägere am andern Theil zugeschicket ꝛc.

Daß es der eingewanten reuision ohngeachtet bey dem am 12 Jul. 1730 eröffneten Urthel lediglich zu lassen sey. V. R. W.

Rationes decidendi.

2 Ob wohl die Witwe N. gegen das letzte Urthel eingewendet, daß 1) ihrem sel. Ehemann von dem magistrat zu C. den 25 Ian. 1698 das beneficium vicariæ omnium sanctorum pro parte als ein pars salarii conferiret sey, folglich derselbe die fructus iusto ex titulo collationis und bona fide genossen, welche a tertio nicht vindiciret werden könten, allenfalls 2) die percepta nicht von dem beneficiato sondern dem conferente magistratu, daferne er keine facultatem conferendi hierunter gehabt, immediate zurück gefodert werden müsten, besonders da 3) derselbe vorhero mit der Witwe W. in lite et processu gewesen, auch dem beneficiato in der geleisteten Officiatur onerosotitulo pro parte conferirter vicariæ allerdings euictionem zu præstiren verpflichtet sey, und obwohl 4) die Witwe W. per sententiam den 29 Sept. 1706, so zu Berlin den 14 May 1715 confirmiret, in possessorio ordinario bey dem beneficio quæstionis mainteniret, und

die restitution derer percepten derselben zu restituiren, erkannt worden, dennoch ausdrücklich hinzu gesetzt sey, daß dieselbe nebst ihrem zu diesem beneficio constituirten Sohn sich ratione officiaturæ mit dem Prediger N. sel. vergleichen, und dieser das verglichene quantum an den percepten zurück behalten solle, dabey aber 5) ex actis unleugbar sey, daß der itzige beneficiatus Wilhelm W. nach Absterben seiner Mutter gegen dem conferente magistratu zu C. nicht nur ratione officiaturæ sondern auf die gantze anmäßliche percepten-Forderung renunciiret, und unwiderruflich den 17 May 1719 sich verglichen, mithin in effectu iuris alles per transactionem et renunciationem insecutam abgethan worden, und ein vormahliger Schwieger-Sohn der Wittwe W. nicht unternehmen können, diese causam per transactionem sopitam zu resuscitiren, und ob er
6 zwar 6) vorgewendet, daß die quæstionirte percepta der vicarie bey Lebzeiten dessen Schwieger-Mutter von dem pastore N. sel. erhoben worden, daß jene darüber schweren Proceß geführet, und also dieselben ad parrimonialia bona inter liberos diuidunda gehörten, worüber der itzige possessor der vicarie Wilhelm W. sich in solidum nicht vergleichen und in præiudicium der übrigen cohæredum renun-
7 ciiren können, dennoch 7) eine bekannte Sache sey, quod reditus vicariæ ossibus beneficiati adhæreant, et ad peculium quasi castrense eius pertinent, vt nec parentes in iis vsumfructum prætendere, nec fructus in collationem bonorum venire queant;

STRYK. ad BRVNNEM. *ius eccles. lib. II. c. 10. §. 7.*

8 danenhero 8) die sel. Wittwe W. solche niemahls für sich prætendiren, sondern der von ihr prætendirte beneficiatus Wilhelm W. darüber frey disponiren, auch sich der fructuum, welche als accessorium vicariæ anzusehen, begeben können, wogegen 9) nicht in Erwegung zu
9 ziehen sey, daß der Wittwe die W. fructus percepti zuerkannt worden, immassen solches nicht weiter als für ihren in sententia Berolinensi expresse benennten Sohn, als den von ihr præsentirten vicarium, geschehen, und die Kosten nur zu dem Ende, um den præsentatum contra magistratum C. zu schützen, angewendet worden, welche Unkosten Kläger allenfalls von ihrem Bruder, welcher dem Rath propter transactionem ad euictionem verbunden sey,
10 instituta collatione repetiren könten, auch 10) Kläger die fructus quæstionis propter alimentationem et studia des moderni vicarii zu fordern nicht befugt wäre, da die Mutter ohnedem den Rechten nach dazu verbunden sey, die übrigen Kinder gleichfalls secundum conditionem et ingenium zu erziehen, mithin es bey diesen Umständen das Ansehen gewinnet, als ob Beklagtin von der Klägere Anspruch gäntzlich zu absoluiren, und dahin das vorige Urthel zu reformiren sey.

Dieweil aber dennoch 1) die Acta deutlich 11
ergeben, daß nachdem der Klägere Mutter in possessorio ordinario bey dem an der vicarie quæstionis habenden Rechte geschützet worden, auch zugleich an. 1706. der damahlige Pastor zu C. N. als welcher zugleich mit in lite gewesen, zur restitution der aus der vicarie genossenen Früchte condemniret, auch dieses Urthel der eingewandten appellation ohngeachtet per sententiam Berolinensem an. 1715. confirmiret worden, folglich 2) Beklagtin diesen iudicatis ein Genüge zu thun allerdings schuldig ist, und die dagegen vorgebrachte momenta a præstatione fructuum sie nicht liberiren können, anerwegen 3) der Klägere Mut- 12
ter in possessorio ordinario so viel ausgeführet, daß der Rath zu C. Beklagtin Ehemann die vicarey-quæstion. zu conferiren nicht befugt gewesen, woraus erfolget, daß eines theils weder durch die unzulässige collation ein ius percipiendi fructus et commoda vicariæ auf denselben transferiret worden: andern theils es auf Seiten des Predigers N. an einem iusto titulo ermangelt, auch 4) aus der von dem Rath zu 13
C. geschehenen collation sich weiter nichts zu nutze machen kan, als daß sie sich dieserhalb des ihr contra collatores reservirten regressus bediene, keinesweges aber Klägere aus dieser Ursache ratione fructuum perceptorum an die collatores, welche nicht die fructus genossen, verwiesen werden mögen, worauf auch die deshalb ergangene iudicata abzielen, und ob wohl 5) Beklagtin ferner vorgewendet, daß der Pro- 14
cess hauptsächlich den itzigen beneficiatum Wilhelm W. concerniret, und das commodum desselben auf ihn allein komme, nicht aber Klägere daraus etwas zu fordern befugt wären, dennoch das Gegentheil daraus abzunehmen, daß die Wittwe W. überhaupt nach Auswei-sung der Acten für sich und ihre descendenten wegen dieser Blüth-vicarie geklaget, auch alle sententiæ auf sie abgefasset worden, und wenn gleich 6) in der sententia Berolinensi des itzigen beneficiati Wilhelm W. mit Meldung geschehen, dennoch dessen Mutter, welche in genere nomine ihrer descendenten Klage erhoben, mit dabey benennet, und unter ihrem Namen die übrigen Kinder begriffen worden, welches alles 7) sich daraus deutlich zu Tage leget, daß 15
an. 1698 bis 1704. des itzigen beneficiati Bruder Ludolph W. noch gelebet, diesem auch eigentlich diese prebende destiniret gewesen, und nachhero erst nach dessen Tode auf Wilhelm W. gekommen, weshalb 8) dieser sich kein ius priuatium an den fructibus quæst. anmassen können, sondern solche unter die übrigen Güter, deren communionem die Wittwe nach ihres Mannes Tode continuiret, gehöre, und
allen Erbe zustatten komme, zumahl 9) eines 16
theils Wilhelm W. damahls noch eine Knabe gewesen, in die Schule gegangen, und wenn die unrichtige collatio nicht geschehen, seine Mutter die reventüen der vicarie inzwischen genossen haben würde, welche ihr iure communionis

nionis bonorum zugehöret, nachdem sie auch inzwischen die Erziehung der Kinder ex communibus bonis besorgen müssen; andern theils die Witwe W. zu diesem Proceß die vielen Unkosten hergegeben, welches, wenn der eine Sohn allein daraus Vortheil haben solte, den übrigen sehr præiudiciren würde, bey welchen momentis 10) weder die oben angeführte iura einer weiteren Widerlegung bedürfen, noch der zwischen Wilhelm W. und dem Magistratu zu C. errichtete Vergleich als res inter alios acta, Klägern im Wege stehet, sondern bey diesen tristigen Umständen das vorige Urthel in allen confirmiret; iedoch weil Beklagtin einigermassen probabilem litigandi causam gehabt, der punctus expensarum im Urthel übergangen werden müssen.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen. 17

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE APRIL MDCCXXXI.

RESPONSVM XXV.

THEMATA.

I. Emissio votorum testamentum ante conditum non facit irritum. n. 1-17.

II. Ordinibus religiosis non competit testamenti factio. n. 7. sqq.

III. *De obligatione ad remunerandum benemerita.* n. 18-29.

IV. *De testamento nuncupativo minus solenni.* n. 30-37.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio I. quatenus emissio votorum testamenti factioni obstet? n. 2.

Equites, dum accipiunt habitum, renunciant bonis. n. 3.

In Hispania tamen nonnullis ordinibus militaribus testamenti factio conceditur. n. 4.

Equites teutonici sunt veri magis religiosi. n. 5.

An testamentum ante emissionem factum per hanc status mutationem irritum fiat? n. 6.

Testamentum quoduis vniuersitatem rerum et iurium pro obiecto habet. n. 7.

Nouitius ordinum religiosorum testamenti factio adhuc libera est. n. 8.

Nec testamentum ante conditum per emissionem votorum fit irritum. n. 9.

Antea factum tamen fit irreuocabile, quasi morte confirmatum. n. 10.

Salua interpretatione et declaratione. n. 11.

Fideicommissum etiam nuncupatiue induci potest. n. 12.

In assignatione dominii, spectat id, quod ex materia confectum est ad eum, ad quem pertinet materia. n. 13.

Testamenti factio de acquæstu ex patrimonialibus clericis licita est. n. 14.

Quomodo equites ordines teutonici ab aliis ordinibus differant? n. 15.

Monasterium tantum acquirit bona, acquisita post professionem tamquam a monacho. n. 16.

Decisio quæstionis I. n. 17.

Quæstio II. De obligatione ad remunerandum benemerita. n. 18.

Aequitas mera nullam vim obligandi perfectam producit. n. 19.

Quænam benemerita remunerationem requirant? n. 20.

Priuilegia ob extraordinaria et insignia benemerita concessa titulo oneroso quæsitis æquiparantur. n. 21. 23.

Et sunt irreuocabilia. n. 22.

Quod meum tam est, nemo mihi dare potest. n. 24.

Remuneratio in iure permutatio et debitum naturale secundum quid dicitur. n. 25.

Et compensandi et soluendi causa intelligitur facta. n. 26

Cui vltra obligationem soluitur, ad antidora naturaliter obligatur. n. 27.

Remuneratione non tam proprie donatur, quam officium debitum benemerito eiusque heredibus præstatur. n. 28.

Decisio quæstionis II. n. 29.

Quæstio III. de testamento nuncupatiuo ad heredem directo. n. 30.

Religiosi post professionem nec per testamentum,

tum, nec mortis causa donare possunt. n. 31. 32.
Sed declarare testamentum iam ante confectum iis licet. n. 34.
Fideicommissum nuncupatium ad heredem
praesentem directum nullas solennitates desiderat. n. 35.
Sed simpliciter a fide et iuramento heredis dependet. n. 36.
Decisio quaestionis III. n. 37.

1 Die mir zugeschickte facti species verhält sich folgender gestalt.

Es hat Herr Carl Freyherr von St. aus dem Fränckischen Reichs-Adel 1701 auf der Universität zu H. das testamentum sub lit. A. errichtet, und in selbigem seinen Bruder Erdmann Freyherrn von St. zum Haupt-Erben alles seines Vermögens eingesetzet, worauf der testator bald in den hohen teutschen Orden getreten, worin er bis an sein Lebens-Ende verblieben, sich aber durch seine grosse Geschicklichkeit dergestalt distinguiret, daß er von denen Durchlauchtigsten Herren Teutschmeistern zu denen höchsten chargen als Geheimter Rath, Oberstallmeister, Großhofmeister, employiret, auch bey dem hohen Orden der Land-Commenthurey in T. samt der commenda zu G. vorgesetzet, und überhaupt zu denen wichtigsten Geschäften und Verrichtungen gebrauchet worden, wie er dann aus unterthänigster devotion gegen den hohen Teutschen-Orden viele aus verkauften St. Familien-Gütern zu Handen genommene Gelder zu Befreyung der ihm conferirten und mit Schulden sehr beschwert gewesenen commende G. sowohl als bey andern Gelegenheiten zum Dienste des hohen Ordens verwendet, mithin bey selbigem gantz besondere merita, sonderlich bey dessen mehrmahligen Verschickungen an Käyserlichen Hof und sonsten bey den ihm committirten importantesten negotiis sich erworben. Als nun gedachter Herr Baron von St. vor einigen Jahren ohnversehens Todes verfahren, hat der hohe Teutsche Orden seine sämtliche considerable Verlassenschafft am baaren Geld, Silber, Juwelen, Equipage, es mag auch solches auf seinen Commenden oder anders wo anzutreffen gewesen seyn, und insonderheit sein gantz neu versertigtes, und zu B. (wohin er sich, wenn er nicht von Tode übereilet worden wäre, zu begeben Willens gewesen,) gestandenes silberne service völlig zu sich genommen, und der Freyherrlichen St. Familie, sonderlich seinem eingesetzten Herrn Bruder und Testaments-Erben nicht das allermindeste, auch nicht einmal ein Andencken daraus verabfolgen lassen. Nun hat zwar die Familie von St. bey dem Herrn Teutschmeister unterthänigste Vorstellung dahin gethan, daß der defunctus nebst seiner Land- und special-Commenthurey grosse und importante Chargen, wie er dann letztens auch Käyserlicher Geheimter Rath gewest, bekleidet, die daher genossene Einkünffte und Zugänge aber, welche keines weges für Ordens-Gelder zu consideriren wären, sondern von seinen noch besessenen St. Familien-Gütern (welche nach seinem Tode seinem Herrn Bruder iure feudi et fideicommissi ohne dis zugefallen) jährlich eingegangenen Revenüen das hinterlassene ansehnliche Vermögen guten Theils vermehret hätte, mithin der Familie von St. und des defuncti Herrn Bruder sehr betrübt siele, daß selbige von der Verlassenschafft so schlechterdings excludiret werden, und des geringsten Andenckens daraus sich nicht zu erfreuen haben solten: wonechst unter der Hand in Vorschlag gebracht worden, daß man wenigstens das obgedachte silberne Service um deswillen zu einem Andencken der Familie von St. verabfolgen lassen möchte, weiln solches auf keiner von denen teutschen Ordens-Commenden tempore mortis sondern in loco tertio zu B. gestanden: der defunctus sein altes aus der väterlichen Erbschaft überkommene Silber guten Theils darzu verwendet, und gegen seinen Herrn Bruder, als er ihm solches vor dessen Abschickung nach B gezeiget, folgende formalia dabey gebrauchet: *Dieses Service übergebe ich meiner Familie zum Andencken nach meinem Tode, daß es allezeit der Aeltreste von der Familie Lebenslang behalten solle*, wie dann sothane declaration der Herr Erdmann Baron von St. iurato zu behaupten erböthig ist. Allein es ist von der Hochlöblichen Hoch- und Teutschmeisterschen Regierung zu M. die Resolution Inhalts lit. B. ertheilet, und darinnen zwar die merita des Herrn Land-Commenthurs Baron von St. erkannt, und auf eine in der Wienerschen Stadt-Banco angelegte Capital-Summe a 36000 Fl. sich bezogen worden, welche der St. Familie zum Andencken des verstorbenen Herrn Land-Commenthurs überlassen werden solte; es ist aber ein in facto gantz ungegründetes suppositum, als ob diese Wiener-Banco-Gelder, welche nur in 28000 Fl. bestehen, iemahlen dem Herrn Land-Commenthur zugehöret, oder auf dessen Namen gestanden, und erst in anno 1733 auf andere nichtig umgeschrieben worden wäre; massen nechst gedachte Banco Gelder grössesten Theils von des defuncti Herrn Vatern und aus verkauften Lehngütern hergeführet, auch dem St. Manns-Stamm vigore pactorum familiae afficiret gewesen, ob schon in anno 1721 von der Freyherrlichen St. Familie in der Wiener-Banco solche verzinßlich angeleget, auch damahlen sogleich auf den Herrn General von St. als Seniorem der St. Linie geschrieben worden, wie dann dieser allewege die Zinsen erhoben, darüber in seinem Namen quitiret, und selbige in enolumentum familiae angewendet, auch nicht ohne ist, daß der selige Herr Land-Commentherr von denen eingegangenen interessen ebenfalls pro rata participiret, bey welcher Beschaffenheit die Familie der Freyherren von St. bey der Hoch- und Teutschmeisterischen resolution keines-

nesweges zu acquiesciren gedencket, sondern über folgende Fragen belehret seyn will:

Quæstio I.

2 **Ob das vor dem Eintritt in den hohen teutschen Orden errichtete Testament in seinem** valore **nicht geblieben, und der darinnen** instituirte **Erbe des Herrn Land-Commenthurs** mobiliar-**Verlassenschaft, welche zumal nicht auf seinen** commenden, **sondern** in loco tertio **gefunden worden, nicht von rechtswegen fordern könne?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl bey dieser Frage eingewandt werden möchte, daß, obgleich der sel. Hr. Land-Commenthur das quæstionirte Testament ante professionem factam gemachet, dennoch solches eo ipso seine Gültigkeit verlohren habe, da derselbe nach denen statutis des teutschen Ordens das votum paupertatis abgeleget, wodurch er incapable gemachet worden, so wenig von denen Gütern, welche er aus denen Ordens-Gütern acquiriret, als von denen patrimonialibus zu disponiren, quia cum equites accipiunt habitum, monentur, se renunciaturos bonis, cum professionem faciant, futurosque pauperes spiritu.

MENDO *de ordin. milit. disquis. IV. qu. 1.*

4 Und ob wohl in Spanien einigen Ritter-Orden von GREGORIO XIII. an. 1576. die Freyheit zu testiren wieder hergestellet,

IDEM *cit. tr. disquis. XV. q. 1. sqq.*

5 dennoch solches auf die Johanniter- und Teutschen Ordens-Ritter nicht extendiret werden kan, als welche pro veris religiosis zu achten,

BARBOSA *de iur. eccles. lib. I. c. 42. n. 266.*

und dahero ebenfalls inter incapaces geachtet

6 werden, woraus denn folgen will, daß das vorher gemachte Testament per emissionem voti seine Kraft verloren, und per hanc status mutationem ungültig geworden, sicut testamentum ab homine sui iuris conditum corruit, si quis se arrogari patitur et in eum incidit statum, in quo testamentum facere nequit;

ff. 4. I. quib. mod. testam. infirm.

7 allenfalls aber, wenn dieses Testament seine Gültigkeit behalten haben solte, es das Ansehen gewinnen will, daß solches von des testatoris gantzen Nachlaß, und also auch von dem mobiliar-Vermögen zu verstehen sey, da ein iedes Testament eine vniuersitatem rerum et iurium pro obiecto hat, und deswegen præsentia et futura mit begreifen muß.

Bohm. Conf. T. III. P. I.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in facto richtig, daß der 8
sel. Land-Commenthur im an. 1701. sein Testament ante ingressum in ordinem militarem und also in dem statu, worin er noch frey von dem Seinigen disponiren können, gemachet hat, und also an dessen Gültigkeit um destoweniger zu zweifeln, als auch so gar denen nouitiis bey denen übrigen ordinibus religiosis die testamenti factio libera nicht verboten ist,

BARBOSA *cit. l. n. 212.*
ASCANIVS TAMBVRIN. *de iur. abb. tom. III. disp. VI. qu. 10. n. 11.*
HARPRECHT *de testam. pagan. in hostico conf. tb. 109. n. 15.*

und solches nothwendig cum pleno effectu ver- 9
standen werden muß, ita vt per emissionem votorum non fiat irritum testamentum, tum quia hæc talem, qualis apud Romanos obtinuit, non inducit capitis diminutionem, sed facit mutare statum in melius: tum quia ordo religiosus non habetur loco filii, cuius agnatione alias rumpitur vltima voluntas,

FRANC. PELLIZZAR. *in manual. regul. tr. III. c. 4. n. 55.*
COVARRVV *ad c. 2. X de testam. n. 2. Conf. tom. II. iur. eccles. tit. de pecul. clericor. §. 20.*

vielmehr dieses daraus folget, daß per emissi- 10
onem voti das vorhergemachte testamentum dergestalt irreuocabel werde, daß es post factam professionem nicht reuociret werden könne, ac si morte confirmatum esset,

ASCANIVS TAMBVR. *cit. l. n. 11.*

quod alioquin reuocando testamentum de bonis disponeret,

BARBOSA *de offic. et potest. episc. alleg. 99. n. 14.*
HARPRECHT *cit. l. tb. 100. n. 23.*

quamuis possit declarare et interpretari te- 11
stamentum ante professionem conditum, quod declarans nihil noui faciat sed iam factum aperiat,

PELLIZZARIVS *cit. l. n. 57. et tr. IV. c. 2. sect. 3. n. 207.*
CARDIN. *de LVGO de iust. et iure disp. III. sect. 6. n. 120.*

welches bey gegenwärtigem Testament um dest- 12
mehr seine richtige application finden möchte, als aus demselben erhellet, wie des sel. Herrn Land-Commenthurs einzige Absicht dabey die conseruatio familiæ gewesen, er zu solchem Ende die substitutiones dabey reguliret, und den Mams-Stamm allein zu seiner Verlassenschaft sowol an Lehn als eigenthümlichen Gütern und Capitalien vocivet, gleichwol nachgehends, als er seinem Hrn. Bruder, als künftigen Erben, das neu verfertigte und zu Breßlau gestandene silberne service gezeiget, dabey folgende Erklärung gethan: Dieses *service* übergebe ich meiner Familie zum Andencken nach meinem Tode, daß es allezeit der Aelteste von der Familie lebenslang behalten solle,

darin aber nur obgedachtes Testament in diesem Punct erleutert und bestimmet, wer solches iedesmal aus der Familie haben solle? Und da er solche declaration zu seinem gegenwärtigen Erben gesaget, und der gantzen Familie daran gelegen, daß diese fideicommissaria declaratio ihren effect erreichen, dieselbe von dem Herrn Erben wohl begehren mag, daß er darüber sein Gewissen, als worin es ihm geleget, eröffne, und den Eyd abstatte, als welches denen Rechten gantz gemäß ist;

l. vlt. l. de fideicommiß hered. l. f. C de fideicomm.

13 bevorab da das Testament auch auf dieses service mit gehen muß, wenn behauptet werden kan, daß der defunctus sein altes aus der väterlichen Erbschaft überkommenes Silber guten theils dazu verwendet, er auch sonsten aus seinem patrimonial-Vermögen grosse reventien erhoben, die er ohne Zweifel dazu mit employiret hat, und solches service zu dem Ende nicht auf seinen Commenden, sondern in loco tertio zu B. stehen gehabt, certo indicio, daß dieses mit unter die Familien-Stücke, darüber er im Testament disponiret, zu referiren, welches auch seine eigene gegen seinen Hrn. Bruder gethanene Erklärung mit mehren anzeiget, und darleget, bevorab da, was aus alten Silber per specificationem verfertiget worden, pro consumto in effectu iuris nicht zu achten, vielmehr weil darin die materia præualiret, auch auf dieselbe in assignatione dominii billig gesehen werden muß, ita vt, ad quem spectat materia, ad illum etiam spectare debeat id, quod ex tali materia confectum est.

l. 25. l. de ver. diuis.

14 Welches auch von dem übrigen mobiliar-Vermögen, so tempore testamenti conditi bereits da gewesen, oder ex paternis acquiriret, und aus denen Familien-Gütern ihm zugeflossen, als welches kein geringes seyn muß, zu verstehen ist: im Gegentheil was er etwa aus seinen Commenden gehabt, pro acquisitis ex fructibus commendarum gehalten, und dem Orden zufallen muß, bevorab da der sel. Land-Commendur nicht dürftig, sondern vermögend gewesen, und man also nicht sagen kan, daß alle Mobilien und baare Gelder ex reditibus ordinis Teutonici acquiriret, diesemnach der acquæstus ex patrimonialibus unter die Güter, worüber das testamentum gemachet worden, allerdings gehöret;

l. 42. §. 2. C de episc. et cler.

15 man auch nicht sagen kan, daß die teutschen Ordens-Ritter dergleichen Güter zu acquiriren par tout incapable zu achten, da sie in soweit von denen andern Ordens-Leuten darin zu distinguiren, daß sie in communione nicht leben, ihre eigene Haushaltung führen, und was ihnen ex patrimonialibus zufliesset, ad patrimonialia, worüber das Testament gemachet worden, gehöret, cum accessorium sequatur suum principale,

RICHTER *vol. 2. conf. 115. n. 29.*

mithin billig eine separatio des mobiliar- 16
Vermögens geschehen muß, welches bey der vorkommenden Ungewißheit am besten per amicabilem compositionem geschehen kan, auch dazu der Orden um desto geneigter seyn wird, als er selbsten begreifen wird, daß, stante tam amplissimo statu bonorum patrimonialium, nicht alle mobilia und Baarschaft ex commendis acquiriret seyn können, sondern vieles zu denen Gütern, worüber testiret worden, mit gehören müsse, cum etiam monasterio tantum acquirantur bona, acquisita post professionem tanquam a monacho, veluti si professus suis operibus aliquid acquisiuisset, cum ea non acquirantur vt a parente i. e. ex bonis patrimonialibus, sed tanquam a monacho;

BARBOSA *lib. I. iur. eccles. c. 42. n. 223. in f.*

wodurch denn die rationes dubitandi von selbsten entkräftet werden, und keiner besondern Antwort bedürfen.

So erhellet hieraus so viel, daß das vor dem 17
Eintritt in den teutschen Orden gemachte Testament in seinem valore geblieben, und der darin instituirte Erbe des Herrn Land-Commenthurs mobiliar-Verlassenschaft, so weit solche aus denen patrimonial-Gütern hergeflossen, von rechtswegen fordern könne.

Quæstio II.

Ob der hohe teutsche Orden dem 18
Herrn E. **Baron von** St. **oder** St. **Familie** ob insignia merita defuncti **aus dessen ansehnlicher Verlassenschaft wenigstens ein Angedencken angedeyen zu lassen**, de æquitate **verbunden sey?**

Rationes dubitandi.

Ob wohl bey dieser Frage zuforderst wahrzu- 19
nehmen, daß eines theils nicht de iure perfecto, sondern bloß de æquitate die Frage sey, welche an und vor sich selbsten nullam vim obligandi perfectam hat, sondern lediglich auf die generosité des remunerantis ankommen muß; andern theils, daß dergleichen bene me- 20
rita singularia, quæ remunerationem requirunt, hier nicht anzutreffen seyn möchten, cum qui id facit, ad quod eum leges adstringunt vel rationes obsequii et officiorum, illius nulla videantur bene merita, adeoque frustra de eorundem remuneratione disquiratur,

TIRAQVELL *ad l. 8. C de reuoc. donat. n. 106.*

KLOCK. *tom. II. conf. 71. n. 38.*

STRYK *de bene merit. c. 1. n. 54.*

welches auf den Herrn Land-Commenthur zu appli-

appliciren seyn möchte, als welcher dem teutschen Orden strictissime verbunden, und was er zu dessen besten gethan, zu thun schuldig gewesen.

Rationes decidendi.

21 Dieweil aber dennoch unter denen gemeinen Obliegenheiten, die ein ieder officialis vel alio vinculo obstrictus seinem sodalitio, dessen membrum er ist, und unter denen ausserordentlichen und ungemeinen meriten eines solchen membri ein grosser Unterschied zu machen, welcher auch so gar bey Bedienten und Unterthanen in denen republiquen attendiret, und dahero die priuilegia, quæ ob talia extraordinaria et insignia bene merita subditorum concessa sunt, denen verglichen werden, quæ titulo oneroso quæsita sunt,

STRYK. *de priuil. tit. oner. quæs. c. II. §. 8. sqq.*

22 ideoque irreuocabilia censenda, quia vis huius priuilegii tanta est, vt æquiparetur contractui, imo transeat in ipsum contractum,

l. 34. §. 1. de donat.

STRYK *c. l. c. 3. §. 11.*

GARCIA *de donat. remunerat. n. 9.*

ita vt qui remunerat, non tam liberalitatem exerceat, quam naturæ debitum soluat,

l. 25. §. 11. D de hered. petit.

PRVCKMAN *vol. l. cons. 39. n. 51.*

RAVCHBAR *P poster. qu. 11. n. 12. sqq.*

23 in facto aber in confesso ist, und von dem hohen teutschen Orden in dem gnädigsten rescripto sub dato Mergentheim den 12 Febr. 1734. selbsten agnoscivet worden, daß der sel. Land-Commenthur dem teutschen Orden grosse ungemeine Dienste geleistet, welches auch denselben bewogen, der Familie von Sr. ein bey dem Wienerischen Stadt-Banco vermeintlich stehendes Capital auf 36000 Fl., weil solches auf des sel. Land Commenthurs Namen ie und alle Wege gestanden, zu einem besonderen Andencken zu lassen, und dadurch dieses obliegende debitum naturale der Billigkeit nach zu erfüllen, und ob wohl solches aus einem irrigen und ungegründeten supposito hergeflossen, daß solche Banco-Gelder (a) 36000 Fl. gewesen, da sie doch nur in 28000 Fl. bestanden: (b) solche 24 dem sel. Land-Commenthur zugehöret; dessen contrarium in der facti specie mit mehrern ausgeführet und angezeiget ist, daß gedachtes Capital schon in an. 1721. von der Freyherrlichen St. Familie in der Wiener Banco verzinslich angeleget, auch so gleich auf den Herrn General von St. als Seniorem der St. Linie geschrieben, und von ihm sowol die Zinsen erhoben, als darüber quittiret worden, ob wol der sel. Land-Commenthur mit von den Zinsen, als membrum familiæ participiret, mithin dieses Capital, so ein Familien-Capital ist, der Orden sich ohnedem nicht anmassen, noch der St. Familie schencken können, cum quod meum iam est, nemo mihi dare queat;

Bohm. Conf. T. III. P. I. §. 14. I. de action.

dennoch aus diesem facto dieses erhellet, daß 25
der hohe teutsche Orden zur gnuge agnoscivet,
daß er, der natürlichen Billigkeit nach, deren custodia vornemlich denen geistlichen Standes-Personen obliget, ad remunerandum verbunden, und der Freyherrlichen St. Familie ein Andencken aus des Land-Commenthurs Verlassenschaft überlassen und zueignen müste, und da solches in Anweisung des in banco stehenden Capitals nicht geschehen, auf andere equitablere Weise geschehen müsse, cum talem remunerationem leges permutationem vocent,

l. 25. §. 11. de hered. petit.

LVGO *de iust. et iur. disp. 23. sect. 9. n. 131.*

et ad debitum naturale, quod secundum ius naturæ debetur, referant,

PRVCKMAN *et* RAVCHBAR *cit. l.*

STRYK *de priuil. titul. oner. quæs. c. III. §. 11.*

SANCHEZ *de sacram. matrim. lib. VI. disp. 6. n. 2.*

IO. GARCIA *de donat. remun. n. 1. sqq. et inprimis n. 5. sqq.*

denique, quod remunerationis causa accipitur, etiam de iure ciuili compensandi et soluendi causa intelligitur factum.

l. 10. §. fin. l. 11. l. 12. pr. D mand.

GARCIA *cit. l. n. 19.*

wobey auch der hohe teutsche Orden sonderlich 26
zu erwegen haben wird, daß der sel. Herr Land-Commenthur aus unterthänigster devotion gegen dem hohen teutschen Orden viele aus verkauften St. Familien-Gütern zu handen genom- 27
mene Gelder zu Bestreyung der ihme conferirten und mit Schulden sehr beschwert gewesenen Commende G. sowol, als bey anderen Gelegenheiten zum Dienste des hohen Ordens verwendet, und wie er also sein Patrimonial-Vermögen, so doch den künftigen Erben billig zu fliessen sollen, nicht geschonet, sondern solches den hohen Orden vltra obligationem geniessen lassen, also auch die höchste Billigkeit, quæ ad antidora naturaliter obligat,

cit. l. 25. §. 11. de hered. petit.

inprimis vero prælatos, quos exemplo suo instruit pontifex

in v. per tuas 5. X de donat.

den hohen Orden verbindet, hinwiederum der 28
St. Familie aus denen hinterlassenen Gütern des sel. Land-Commenthurs ein ansehnliches zum Andencken und zur Vergeltung derer besondern Diensten zufliessen zulassen, quod æquitas magnopere suggerit, etiam tunc obseruanda, quando stricto iure deficimur,

l. 2. §. 5. in f. de aq. et aq. pluv. arc.

cum sufficiat, quod honestas magnopere talem remunerationem vrgeat,

l. 15. §. 2. D de manumiss. vind.

qua non tam donatur, sed officium debi-

tum bene merito eiusque heredibus præstatur.

l. 27. D de donat.

29 So bin ich der rechtlichen Meinung, daß der hohe teutsche Orden der St. Familien, oder den Herrn Erben ob insignia bene merita defuncti aus dessen Verlassenschaft wenigstens ein Andecken angedeyen zu lassen, der Billigkeit nach verbunden sey.

Quæstio III.

30 **Ob nicht das silberne service bey oben vorgekommenen Umständen, wenn zumahlen der Herr Bruder des** defuncti declaration **eydlich zu erhärten vermag, der Familie von St. überlassen und ausgefolget werden müsse?**

Rationes dubitandi.

31 Ob wohl hiebey es an einer ordentlichen disposition ermangelt, ohne welche doch keine declaratio vim vltimæ voluntatis haben kan, hierüber der sel. Herr Land-Commenthur post professionem et emissionem voti paupertatis nicht mehr bekanten Rechten nach, von seinem Vermögen disponiren mögen, als welches allen, die das Gelübde der Armuth gethan, benommen und untersaget ist,

AVTH. *ingressi. C de S. S. eccl. c. 2. X de testament.*

CARDIN. *de* LVGO *de iustit. et iure disp. III. sect. 6. n. 1. sqq.*

vt nec mortis causa etiam donare possint,

LVGO *cit. l. §. 1. in f.*

32 und wie aus diesem suppositio er das dominium an das silberne service nicht gehabt, und die geistlichen Rechte ihm nichts weiter als den bloßen Gebrauch davon bey dessen Lebezeiten zugestanden, also auch ihm nicht erlaubet gewesen seyn möchte, solches service seiner Familie zu assigniren, wenn er auch gleich mit allen formalitäten solches intendiret haben solte.

Rationes decidendi.

33 Weil aber dennoch bey der ersten Frage bereits der Grund, warum das silberne service zu denen patrimonial-Gütern, worüber der sel. Land-Commenthur ante voti emissionem disponiret, und iure propitio wohl disponiren mögen, gehören müsse, angezeiget worden, so daß wenn es auch an der oben referirten und geschehenen declaration ermangeln solte, dennoch das service dem Herrn Erben abgefolget werden müste, da solches eines theils aus alten vom Vater ererbeten Silber vornemlich gemachet worden, so leicht durch den Goldschmied er-
34 wiesen werden kan; andern theils er dasselbe zu dem Ende in loco tertio, nicht auf seinen Commenthureyen, aufbehalten, ja selbst die referirte declaration darüber gethan, weil er in seinem Gewissen versichert gewesen, daß solches der hohe teutsche Orden sich nicht anmassen könne, sondern dasselbe aus patrimonial-Gütern seinen eigentlichen Ursprung habe, diese declaration über nöthig, so wol als gültig gewesen, da in dem Testament keine specification derer Güter, absonderlich derer Mobilien, worüber restiret ist, anzutreffen, und also es eine nähere declaration erfordert, daß das service der Freyherrlichen St. Familie, weiles mehrentheils aus alten anererbten Silber verfertiget, zufallen müsse, zumal nicht zu vermuthen, daß er gegen sein Gewissen und gethanes Gelübde dem Orden etwas entziehen und seiner Familie zuwenden solte, indem er als ein Geistlicher wohl wissen müssen, peccatum non remitti, nisi restituatur ablatum: hierüber oben bereits dargethan, daß dergleichen declaration, facta votorum emissione, valide geschehen könne; endlich dessen Gewißheit auf den Eyd des Herrn Erben ankommen muß, anerwogen, ob sich zwar niemand zu einem Eyde offeriren kan, dennoch die Freyherrliche St. Familie dabey vornemlich interessiret ist, und von dem Erben diesen Eyd wohl abfordern kan, als in dessen Gewissen der defunctus solches geleget, und dabey auf Verlangen der interessenten der Erbe solches darüber eröffnen muß, und wenn solches geschehen und bewerckstelliget ist, keine weitere formalitäten bey dergleichen an dem Erben geschehenen declaration erfordert wird, 35

HARPRECHT *de remedio l. f. C de fideic. c. IV. th. 8.*

ita vt nequidem desideretur, vt heres ad hunc actum expresse a defuncto rogatus vel vocatus fuerit, sed sufficiat, si fortuito præsens fuerit.

IDEM *cit. l. th. 15.*

Dahero denn bey solchen Umständen das sicherste Mittel ist, daß die Freyherrliche St. Familie 36
coram iudice über den quæstionirten Umstand, præuia imploratione, dem Erben den Eyd deferiren, über der geschehenen Eydes-præstation ein richtiges protocollum verfertigen lassen, und dergestalt die Gewißheit dieser declaration dem hohen teutschen Orden vorlegen, damit die geschehene declaration ihrem effect erreichen könne:

So erhellet hieraus so viel, daß das silberne 37
service bey denen vorkommenden Umständen, wenn der Herr Bruder als heres institutus, præuia delatione iuramenti coram iudice a familia perillustri facta, des defuncti declaration eydlich bestärcken wird, der Familie von St. überlassen und ausgefolget werden müsse. V. R. W.

NOMINE PRIVATO
MENSE OCTOBR. MDCCXXXIIX.

RESPON-

RESPONSVM XXVI.

THEMATA.

I. Causæ catholicorum religiosorum in iudiciis protestantium secundum principia iuris canonici sunt decidenda. n. 1-19.

Quatenus religiosi societatis Iesu per emissionem votorum facultatem de bonis suis disponendi amittant? n. 20-39.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. De principiis iuris canonici in decidendis catholicorum religiosorum causis obseruandis. n. 2.
Actor sequitur forum rei, licet vel maxime clericus sit. n. 3.
Quæuis causa secundum leges eius fori, cui reus subiectus, est diiudicanda. n. 4.
Statuta eius loci in successione non respiciuntur, vbi defunctus extra locum domicilii decessit. n. 5.
Ordo patrum Societatis Iesu pertinet inter ordines religiosorum et mendicantium. n. 7.
In iudiciis protestantium causæ catholicorum secundum iura iis propria sunt determinandæ. n. 8.
Iura successionis non ex persona heredis sed defuncti æstimantur. n. 9. 15.
Religiosus per professionem transit e patria potestate in potestatem abbatis. n. 10.
Nouitii in Societate Iesu tenentur facere bonorum renunciationem n. 11.
Et a momento renunciationis priuantur bonis. n. 12.
Votum paupertatis quid operetur? n. 13.
Præsertim quoad religiosos Societatis Iesu. n. 14.
Successio patris catholici in bona filii religiosi ex iure canonico decidenda est. n. 16.
Quod ex instrumento pacis illustratur. n. 17.
Leges prouinciales quatenus religiosos obligent? n. 18.
Decisio quæstionis I. n. 19.
Quæstio II. Quatenus per emissionem votorum testamenti factio amittatur? n. 20.
Vota patrum Societatis Iesu simplicia sunt, non solennia. n. 21. sqq.
Votum solenne quommodo differat a simplici? n. 22. 27. 28. 29.
Quot species dentur religiosorum ordinis Societatis Iesu? n. 23.
Qui vota tantum simplicia biennii præstitit, licite e Societate dimitti potest. n. 24. 30.
Si tamen postea denuo huic Societati se dedere vult, biennium nouitiatus absoluere tenetur. n. 26.
Eiusmodi dimisso restituuntur bona ad arbitrium Societatis. n. 26. 31.
Qui post biennium tria vota simplicia præstiterunt, ex bulla Gregorii XIII. sunt vere religiosi. n. 27.
Dominii tamen non incapaces. n. 34.
Qui vota simplicia præstitit, sub pœna excommunicationis societatem deserere nequit. n. 30.
Renunciatio bonorum in societate Iesu quomodo fiat? n. 31. 32.
Renunciatione bonorum sub conditione perseuerantiæ facta, bona dimisso sunt restituenda. n. 33.
Dispositio filii religiosi de bonis suis in fauorem societatis Iesu fieri debet, salua legitima patris. n. 34.
Quæstiones iuris iuramento non sunt committendæ. n. 35.
Decisio quæstionis II. n. 36.
Quæstio III. de formula iuramenti delati recte formanda. n. 37. 38.
Decisio eius. n. 39.

1 Die mir zugeschickte facti species bestehet in folgenden Umständen:

Ein in Königlichen Polnischen Krieges-Diensten stehender Portugisischer Cavallier, welchen wir Achatium a Syluestro domo nennen, hat in anno 1727 seinem in den Jesuiter-Orden getretenem Sohne Ignatio zu seiner Abfindung und pro legitima 6000 Crusados geschencket, und darüber in seiner Mutter-Sprache nachfolgenden verteutschten Schein ausgestellet:

Ich Unterschriebener bekenne hiedurch für mich und meine Erben daß ich meinem Sohne Ignatio a Syluestro domo jetziger Zeit Magistro der Societatis Iesu zu Prag, heute dato gebe zu seiner legitima die Summe von 6000 Crusados, worüber er seine disposition soll haben, zu vergeben

und zu vermachen wie er will, und so lange solche 6000 Crusados bey mir unbezahlet bleiben, verspreche ich, solche alljährig mit 4 Pl. mithin mit 240 Crusados zu verzinsen. Solte ich aber, bevor das Capital abgetragen, versterben; So sollen meine Erben solches mit rückständigen Zinsen zu bezahlen schuldig seyn.

So lange nun der junge Magister Ignatius a Sylueſtro domo gelebet, hat dessen Vater die Zinsen des obbesagten Capitals nicht allein an ihn selber, sondern auch, da er von Prag nach Cölln, mithin in ein anderes collegium societatis translocirt, die Zinsen an den Patrem Rectorem des erstgedachten Collegii zu Prag unter der wiederhohlten Anzeige, wie sein Sohn Ignatius sothanen Haupt-Stuhl der 6000 Crusados demselben geschencket, zu jedesmahliger Verfallzeit einige mal richtig und unwegerlich bezahlet, und eingesandt.

In einer an seinen Sohn den Magistrum Ignatium in anno 1734 erlassenen Zuschrift erkläret der alte a Sylueſtro domo sich folgender Gestalt:

Genug ich habe sie (die 6000 Crusados) dir gegeben mit Wissen meiner übrigen Kinder; dem du sie wieder vermachest, der oder die können sie allezeit von mir haben. Wer die obligation in Händen hat, dem zahle ich auch das Geld.

und in dem bey Einsendung der Zinsen an den P. Rectorem des Collegii zu Prag abgelassenem Schreiben nachstehendes enthalten:

daß Ewr. mit gegewärtigem incommodire, ist die Ursache, daß wegen meines Sohnes dem Magister Ignatio 6000 Crusados zu seiner legitima geschencket, und so lange solche bey mir stehen mit 240 Crusados jährlich zu verzinsen; Wie er nun solche Gelder dem dasigen Collegio geschencket, und mir committirt solche Zinsen an Ewr. zu übermachen.

item

und schicke aber einst die 240 Crusados von dem Gelde so mein Sohn der Magister an dasiges Gymnasium vermacht.

Als aber der Magister Ignatius in anno 1737 Todes verblichen, hat dessen Vater der alte a Sylueſtro domo nicht allein die fernere Zahlung der Zinsen geweigert, sondern so gar von dem Collegio Societatis die Ausliefferung des an seinen Sohn den nunmehro verstorbenen M. Ignatium ausgestelleten Scheines begehret, und sich in litteris ad P. Rectorem iterum datis insonderheit darauf bezogen,

daß er in einem Lande wohne, darin nach Vorschrift des iur. ciuil. denen Kindern die Eltern succedirten.

Collegium Societatis hat demnach den alten a Sylueſtro domo bey dem Sächsischen General-Krieges-Gericht wegen oft besagten Capitals der 6000 Crusados in anno 1738 belanget, und nachdem über diese Forderung inter partes in gewechselten Sätzen gehandelt, und der producirte Schein und Briefe von dem alten Sylueſtro domo agnoscirt; ist a iudicio militari erkannt worden,

Daß Beklagter a Sylueſtro domo die eingeklagte 6000 Crusados cum vsuris zu bezahlen schuldig, er wolle und könne denn erweisen, daß sein verstorbener Sohn der M. Ignatius noch nicht völlig eingekleidet gewesen, und plenarie noch nicht professirt habe.

Ueber sothanes Rechtskräftig referuirte probandum deferirt Beklagter a Sylueſtro domo dem klagendem Collegio Societatis das iuramentum, welches von diesem, jedoch nur in gewisser Masse und sub certa restrictione, angenommen worden; Es zeigt nemlich gedachtes Collegium an, daß wenn der verstorbene M. Ignatius a Sylueſtro domo plenarie professus oder coadiutor spiritualis et formatus geworden, er omnis dominii plane inhabilis und so wenig einer Erbschaft fähig gewesen, als wenig er darüber disponiren können. Wenn demnach dieser Umstand, daß M. Ignatius plenarie professus gewesen, nichts releviren könne; So wolten sie nachfolgende articulos positionales eydlich erhärten.

1) Wahr, daß weyland P. a Sylueſtro domo plenario gekleidet, und per emissa vota ein wahrer religiosus geworden.

2) Wahr, daß er die Jahre in der Societät würcklich erlebet, da er nach seines Ordens constitutionen sich seiner Güter habe abthun müssen.

3) Wahr, daß er derer a parente ihm assignirten 6000 Crusados sich in fauorem collegii Pragensis abgethan, und solche dem collegio, conſciis et conſentientibus superioribus, geschencket.

4) Wahr, daß kein religiosus in societate Loiolæ post emissa vota die ihm zugehörende oder zufallende und zu hoffende Gütern behalten könne, sondern schuldig sey, sich derselben cum omnibus abzuthun.

5) Wahr, daß nachdem ein Ordens Geistlicher sich des Seinigen abgethan, und darüber disponirt, weder parentes noch agnati noch ein tertius etwas daran mehr praetendiren könne. Per decretum iudicii militaris ist ohngeachtet a parte rei dagegen protestirt, und der offerirte Eyd als irreleuant und rei iudicatæ entgegen lauffend, dargestellet, terminus zu dessen Abstattung in ea, qua acceptatum, forma angesetzet, von solchem Erkentniß aber intra terminum legalem ad iudicium superius appellirt, und folgende zwey grauamina dagegen aufgeführt worden.

1) Daß iudex a quo decretiret, es solle der Eyd in forma acceptata non in delata abgeschworen werden.

2) daß diese Sache, ohngeachtet die constitutio Maximiliani I. de anno 1495 den Richter alleinig auf das ius ciuile verweise, ein gleiches auch per constitutiones prouinciales geschehen, dennoch nicht

nach

nach denen principiis iuris ciuilis, sondern nach denen Lehrsätzen der Römischen Kirche und in specie denen Gebräuchen der societatis Loiolæ entschieden worden.

Dahero bey solchen Umständen erstlich gefraget ist:

2 **Ob gegenwärtige bey protestantischen Gerichten rechtshängige Sache nach denen principiis derer weltlichen Gesetze oder nach denen Lehrsätzen der canonischen und Römisch-Catholischen Gesetze und Kirchen-Gebräuche zu entscheiden sey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl angeführet werden möchte, daß diese Sache nicht nach denen Lehrsätzen der geistlichen Rechte und Römischen Kirchen entschieden, sondern vielmehr nach dem iure ciuili und Sächsischen Landes-Gesetzen decidiret werden müsse, da eines Theils der Portugisische Cavalier Achatius a Sylueſtro domo in Königl. Polnischen Krieges-Diensten stehet, auch bey dem Sächßl. Krieges-Gerichte wegen besagten Capitals der 6000 Crusados belanget worden, und gleichwie es heisset, actor sequitur forum rei, licet vel maxime clericus sit,

c. 5. X. de for. comp.

4 also auch der reus nach denen Gesetzen seines fori, wo er belanget wird, gerichtet werden müsse, cum eius fori legibus subiectus sit: andern Theils hier die Frage de succeſſione patris in bona filii sey; welche ohne dem als mere ciuilis anzusehen, und nach denen weltlichen Gesetzen, wo der Vater lebet, und zu succediren intendiret, decidiret werden müsse, bevorab da sein Sohn in Cöln zwar verstorben, aber daselbst sein domicilium nicht gehabt, sondern nur pro tempore nach dem statu seiner Religion sich daselbst aufgehalten, neque enim statuta eius in succeſſione reſpiciuntur, vbi defunctus extra locum domicilii deceſſit,

CARPZ. *P. 3. c. 12. def. 13.*

quamuis aliquamdiu illic moratus fuiſſet;

RICHTER. *in proœm. de succeſſ. ab int. n. 19. et 27.*

MEV. *P. V. deciſ. 165.*

6 dritten Theils so wohl der Reichs-Abschied de anno 1495 als die Landes-Gesetze bloß die Richter auf das ius ciuile verwiesen, und dannenhero diese Sache nicht nach den Lehrsätzen der Römischen Kirche und denen statutis der Jesuiten, sondern nach denen legibus loci, absonderlich in foris proteſtantium entschieden werden müsse.

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch diese Sache nicht anders als nach dem statu des defuncti beurtheilet, und decidiret werden kan, zumahl die Kläger ex donatione des defuncti die 6000 Crusados fordern, der Beklagte aber seinem Sohn succediren will, dieserwegen ganz natürlich ist, daß ex statu defuncti zu ermessen sey, ob er die 6000 Crusados noch bey seinem Ende besitzen, auf semand transferiren können, und auf wem allenfalls solche deuoluiret worden? oder ob er solche bereits für sich vorher abthun, und sich deren begeben müsse? wobey dann zu erwegen, daß des Beklagten Sohn Ignatius in den Jesuiter-Orden getreten, welcher ohnstreitig unter die ordines religioſorum mendicantium nach des Pabst Pii V. bulla mit zu rechnen, dabey aber seine eigene besondere Rechte hat, welche auch in foris proteſtantium zu obſeruiren, bevorab da der Beklagte selbsten der Römisch-Catholischen Religion zugethan, diese principia agnoſciren, und geschehen lassen muß, daß die Sache darnach decidiret werde, wie denn bekannter Massen in dem Osnabrückischen Friedensschluß denen Catholischen und Augspurg. Confeßions-Verwandten gleiche iura gegeben sind, vt quod vni iuſtum, alteri quoque iuſtum eſſe debeat, man dahero auch in denen protestantischen Gerichten nothwendig die principia derer Catholischen Ordens-Leute, absonderlich zwischen Catholischen, in decidendo, wie geschehen, zum Grunde legen, und darnach die Sache decidiren muß, als welches die iura ihrer Religion, so wir agnoſciren müssen, erfordern. 8

Daneben aber auch bekannt ist, daß die iura succeſſionis nicht ex perſona heredis, sondern des Verstorbenen zu æstimiren sind, absonderlich was die capitalia betreffen, quæ oſſibus defuncti inhæ rent, und dahero nach dessen Zustand zu ermessen ist, ob derselbe etwas iure hereditario auf andere transferiren können, welches bey dem defuncto nicht geschehen mögen, da er anfänglich durch 10 die Eintretung in den Jesuiter-Orden von der väterlichen Gewalt befreyet gewesen; ſicuti enim religioſus per profeſſionem tranſit in poteſtatem abbatis et ita par eſt, vt ſubtrahatur a patria poteſtate, ita eadem ratio quoque locum habet in religioſis ſocietatis Ieſu, emittentibus vota biennii, quippe qui per ea fiunt veri religioſi et transeunt in poteſtatem ſuperioris.

PELLIZZAR. *in manual. regul. tr. III. c. 5. n. 42.*

SANCHEZ *lib. V. moral. c. 5. n. 29.*

er dahero freye Macht gehabt, über die 6000 Crusados zu disponiren, ja er, wie in der folgenden Frage gezeiget werden soll, über diese Gelder nach denen Ordens-Reguln disponiren, und sich derselben abthun müssen, quia nouitii in ſocietate Ieſu tenentur facere bonorum renunciationem non exſpectato bimeſtri ante profeſſionem, quod in aliis religioſis iuris eſt 11

concil. Trident. ſeſſ. 25. de regul. c. 18.

PELLIZZAR. *cit. l. tr. II. c. 9. n. 2. et 8.*

et ſic a momento, quo renunciarunt, pri- 12

vantur

vantur bonis fuit, licet non seruata solennitate renunciauerint, quia irreuocabiliter renunciare iussi sunt:

IDEM *cit. l. n. 2.*

13 nicht zu gedencken, daß auch durch die bloße profession und Ablegung der Gelübde, und insbesondere des voti paupertatis alles, was ein professus hat, ohnedem dem Orden anheim fället, quia ipsum votum paupertatis operatur, vt professi omnem bonorum proprietatem amittant, et ad ipsum religiosorum ordinem bona deuoluantur,

c. 2. X. de testament.

quod etiam de clericis regularibus dicendum est, post voti paupertatis emissionem, *cit. c. 2. ibique interpret.*

14 worin die Jesuiten mit allen religiosen ja auch mit dem Johanniter und teutschen ordinibus militaribus fast einerley iura haben, daß sie nur ante emissionem votorum et abdicationem bonorum von ihren Gütern disponiren können, wie wohl mit dem Unterschied, daß die Jesuiten irreuocabiliter ihren Güthern renunciiren müssen, vt suæ obligationi non satisfaciant, si testamentum duntaxat condiderint.

SANCHEZ *lib. VII. moral. c. 3. n. 47.*

15 Bey so gestalten Sachen also es von selbsten folget, daß wenn der verstorbene M. Ignatius die Gelübde würcklich abgeleget, und die abdication der Güter gethan, wohin die Eydes-delation vornemlich gehet, derselbe nichts nachgelassen, worin sein Herr Vater excepta legitima ihm succediren könne, und also nothwendig diese Sache, auch in denen protestantischen Gerichten, nach diesen principiis beurtheilet werden muß, quia ius succedendi demum ex persona defuncti, cui succeditur, in nominibus deuoluitur, adeoque ei succedi nequit, qui tempore mortis omnis dominii incapax fuit.

LYNKER *de stat. ciuit. prouinc. §. 24. circa fin.*

16 Dem denn die rationes dubitandi nicht entgegen stehen, zumahl obgleich der Herr Beklagte sub foro protestantium anitzo stehet, dennoch diese Sache die successionem patris catholici in bona filii religiosi betrifft, welche nicht nach dem iure ciuili noch lege prouinciali, als welches von dieser succession nicht handelt, sondern allein ex iure canonico, quod æque commune, ac ius ciuile est, decidiret werden muß, zumahl wenn man bey Religiosen 17 deren besondere iura nicht observiren, und sie darnach in foris protestantium beurtheilen wolte, man ihnen dasjenige, was der Osnabrückische Friedensschluß beyden Religionen zugeeignet, denegiren, und ihren statum publicis legibus approbatum impugniren, und verwerffen würde, wieder welches die Absicht des gedachten Friedensschlusses streitet, als welches der Catholischen Ordens-Leute ihre iura conseruiret wissen will

art. V. I. P. §. 26. etc.

und was also von der successione nach dem lege prouinciali instituenda angeführet ist, bloß von secularibus auch suo modo von clericis secularibus zuverstehen ist, nicht aber die religiosos angehen kan, als worauf sich solche absolute nicht schicken, solche auch der Reichs-Abschied de anno 1495 selbsten ausnehmen müssen, weil man damahls denen religiosis keine Gesetze vorgeschrieben, noch vorschreiben können, sondern solche im gantzen Römischen Reiche unter dem geistlichen Recht allein gestanden, und darnach beurtheilet werden müssen. 18

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß diese Sache nicht nach denen principiis derer weltlichen oder Landes-Gesetze, sondern nach denen Lehrsätzen der canonischen Rechte, und den Römisch-Catholischen Kirchen-Gebräuche zu entscheiden sey. 19

Die andere Frage betreffend t

Was für vota **ein** membrum societatis Iesuitarum emittiren **müsse, daß er** dominii et facultatis possidendi, acquirendi et disponendi **gantz unfähig werde, und ob dazu die drey** vota simplicia sine biennii **hinreichend, oder ein weiteres erfordert werde?** 20

Rationes dubitandi.

Ob wohl an dem ist, daß 1) diejenigen, die 21 in den Jesuiter-Orden treten wollen, post exactum nouitiatus biennium die drey vota, castitatis, paupertatis et obedientiæ zwar thun, gleichwohl solche nur simplicia und nicht solennia sind, und dahero billig gezweifelt werden möchte, ob dieselbe von derjenigen Kraft 22 seyn können, vt verum faciant religiosum et abdicationem bonorum inducant, welches sich absonderlich bey der Ehe äussert, da zwar das votum solenne bey der profession die geschlossene Ehe, nicht aber ein votum minus solenne irritiret.

GRATIANVS *post. c. 8. dist. XXVII. c. 4. §§q. X. qui cler. vel vouent matrim. contrab. poss.*

Dahero 2) selbsten noch ein Unterschied in dem 23 Jesuiter-Orden gemachet, und solcher in drey Classen eingetheilet wird, zu deren ersten nur diejenigen, welche die vota simplicia biennii gethan haben, so im 17 Jahr geschichet: zur andern Classe die religiosi formati, zur dritten aber erst die professi gehören, welche die drey vota solennia gethan haben, und erst vere professi sind

BARBOSA *in iur. eccl. lib. I. c. 41. n. 190.* 24
TAMBVRIN. *de iur. abb. tom. II. disp. 24.*

und gleichwie nun 3) in denen Orden erst ein professus das Eigenthum seiner Güter verlieret, also es auch scheinen will, als wenn ebenfalls post vota simplicia biennii ante solennem professionem noch res integra sey, daß er

er das Eigenthum seiner Güter noch nicht verlo-
25 ren, bevorab da 4) dem Orden noch frey stehet,
einen solchen in prima classe constitutum re-
ligiosum ex sua societate zu dimittiren, so daß
wenn er nachgehends wieder in den Orden zu
treten suchen solte, er von neuen das bienni-
um nouitiatus antreten muß,

PELLIZZARIVS *in man. regul. tr. II. c. 1. n. 19.*

woraus erhellen möchte, daß er noch zur Zeit
mit keinem professo in comparaison zu setzen,
26 dahero 5) demselben auch ex æquitate post di-
missionem die Güter, derer er sich abgethan,
restituiret werden müssen.

IDEM *tr. II. c. 9. n. 10.*

TAMBVRIN. *cit. l. p. 454.*

Vnde etiam huiusmodi religiosi sua bona
atque beneficia retinere possunt, ne, si postea
ex aliqua causa dimittantur, maneant bono
priuati,

TAMBVRIN. *cit. l.*

welches mit klaren Worten in der BVLLA GRE-
GORII XIII. §. 16. gantz deutlich versehen ist.

apud CHERVBIN. *in* BVLLAR. MAGNO *tom. II. bulla 89. p. 472.*

Woraus man also 6) schliessen möchte, daß der
M. Ignatius noch kein verus religiosus pro-
fessus und der quæstionirten 6000 Crusados
sich abzuthun, nicht schuldig gewesen, und also
die patres societatis Iesu das vierte mem-
brum ihres Endes mit gutem Gewissen nicht ab-
statten können.

Rationes decidendi.

27 Weil aber dennoch ad 1) zwar einiger Un-
terschied inter vota simplicia et solennia bey
dem Jesuiter-Orden sich befindet, und dahero
vormals einige gezweifelt haben, ob diejenigen,
die post biennium die drey vota simplicia
abgeleget, pro vere religiosis zu halten, den-
noch solcher Zweifel von GREGORIO XIII.
in der gedachten *Bulla 89. §. 18.* aufgehoben
und declariret worden, eos, qui biennio no-
uitiatus peracto tria vota, tametsi simplicia,
28 emiserunt, esse vere et proprie religiosos,
wobey der gedachte Pabst diejenigen weitläuftig
refutiret, die bey denen Jesuiten die Kraft der
vorum simplicium schwächen wollen,
non considerantes, voti solennitatem sola
ecclesiæ constitutione inuentam, triaque
huiusmodi societatis vota, tametsi simplicia,
vt substantialia religionis vota, a sede Ro-
mana fuisse admissa, illaque emittentes in
statu religionis vere constitui, quippe qui
per ea se societati dedicant atque actu tra-
dunt, seque diutno seruitio in ea manci-
29 pant. Dahero im §. 20. der gedachte Pabst
nochmals gegen die dissentientes declariret,
quod tria vota huiusmodi, etsi simplicia,
sint vere substantialia religionis vota, nec ea
vllo alio modo, quam per legitimam dimis-
sionem e societate cessare posse. Dahero
2) ob gleich post vota biennii ein religiosus
noch weiter avanciren und endlich unter die
professos kommen kan, dennoch solches nur 30
ex instituto ordinis ad maiorem perfectio-
nem gehöret, gleichwol auch diejenigen, welche
in prima classe stehen, pro vere religiosis
allerdings ex declaratione GREGORII XIII.
zu halten,

SANCHEZ *de sacram. matrim. lib. VII. disp. 25. n. 15.*

man auch ad 3) von andern Orden, die nur
drey vota solennia haben, nicht schlechterdings
auf den Jesuiter-Orden schliessen kan, und ob
wohl ad 4) dem Orden frey stehet, denselben zu
dimittiren, wenn derselbe dem Orden nicht mehr
anstehen solte, (als welches gantz besonders dem
Orden auch post emissionem votorum sim-
plicium frey gelassen, und darin von andern
Orden distinguiret ist) dennoch er von seiner
Seite dem Orden absolute verbunden, und
was dem Orden erlaubet ist, ihm absolute ver-
boten, in dem sub pœna excommunicatio-
nis ihm nicht erlaubet ist, den Orden gegen sei-
ne Gelübde zu verlassen, sonsten er als ein apo-
stata gestraset werden kan, wie die gedachte
BVLLA §. 22. declariret, ja wenn ad 5) gleich 31
der Orden ihn dimittiren solte, er doch in sol-
chem Fall nicht einsten seine Güter, deren er sich
bereits abgethan, zurücke fordern kan, cum re-
nunciatio bonorum absolute et irreuocabi-
ter, i. e. sine vlla spe recuperandi, fieri de-
beat, et tantum in casu indigentiæ, quam-
diu indigebit, ad alimenta societas tenea-
tur,

PELLIZZ. *cit. l. tr. II. c. 9. n. 10.*

und ob wol in der gedachten Bulla post biennii
vota erlaubet ist, ad tempus bona retinere,
dennoch solches lediglich auf das arbitrium so-
cietatis ankommt, dahero dabey §. 16. die clau-
sul gesetzet ist: si opus fuerit: ob iustas cau-
sas: ad tempus, generalis præpositi iudicio
præscribendum etc. wahrnehmen kan, daß es
auf des Ordens arbitrium ankomme, ob und
wann er sich seiner Güter abthun müsse, wie
wol sonsten mehrentheils zu geschehen pfleget,
daß ein nouitius post primum annum noui-
tiatus ante vota biennii sich seines Eigenthums
abthun muß, welches um destomehr post vota 32
biennii statt findet, vtpote quæ emissio præ-
sumitur facta secundum societatis constitu-
tiones, præscribentes eam faciendam esse ab-
solute et non dependentem a perseuerantia,
wiewol ich darbey wahrgenommen, daß auch
wol bisweilen in dem gedachten Orden die re-
nunciatio bonorum non iuxta ipsius socie-
tis constitutiones geschehen könne, veluti si
sub conditione perseuerantiæ fiat,

PELLIZZAR. *cit. l. n. 15. §. 135.*

in welchem Fall, wenn er aus dem Orden tre- 33
ten solte, er seine Güter wieder zurück fordern
kan, wohin des GREGORII XIII. bulla §. 16.
ohne Zweifel reflectiret, und er dahero in sol-
chem Fall das Eigenthum noch so lange behält,
donec emiserit vota coadiutorum, formato-
rum siue professorum,

IDEM *cit. l.*
quippe quod reddit vouentes omnis dominii acquirendi et in alios transferendi incapaces,

SANCHEZ *lib. VII. moral. c. 18. n. 24.*
welches doch hier nicht wird zu appliciren seyn; weil die Herren Jesuiter zum Grunde in ihrem Eyde setzen, daß der verstorbene M. Ignatius wircklich die abdicationem bonorum gethan, und wenn er solche gleich sub conditione perseuerantiæ gethan haben solte, dennoch solche condition dadurch wircklich erfüllet, daß er in dem Orden verstorben, nicht dimittiret worden, noch er solchen verlassen, woraus aber doch ad 6) gewiß bleibet, daß nach der constitution GREGORII XIII. die emissio simplicium votorum trium post biennium nouitiatus keinen scholarem societatis Iesu verbindet, ad relinquendum statim omne dominium, et licet per hæc tria vota fiat vere religiosus, inde tamen non sequitur, quod fiat dominii incapax, welches der oft belobte PELLIZZAR.

tract. IV. c. 2. sect. 1. n. 6.
selbsten einräumet, iedoch dabey diese schon oben gethane Erklärung hinzu thut, quod tale dominium bonorum tam quoad administrationem quam quoad durationem sit dependens a voluntate superioris, et sic vlterius retinere non possit quam quatenus conceditur a superiori, also nach dem *n. 4.* der Eydes-Formel ein religiosus in societate Iesu post emissa vota schuldig sey, auf Befehl der Societät der ihm zustehenden Güter sich abzuthun, mithin die Eydes-Formel mit der clausul: auf Befehl des *superiores* der *Societät* declariret, und solches hinzu gethan werden, wenigstens ihre Erklärung darüber zuforderst gefordert werden müsse, weil, wenn solcher Satz absolute verstanden werden solte, solcher der constitution GREGORII XIII. entgegen seyn würde. Uebrigens wenn solche renunciatio absolute geschehen, alsdann der religiosus seines dominii völlig entsetzet wird, als welches eben die Societät intendiret, wie PELLIZZARIVS

tract. II. c. 9. n. 2.
34 selbsten gestehet, auch dabey die Societät von der præcaution, so das *Concilium Tridentinum sess. 25. de regul. c. 16.* bey andern religiosis erfordert, ausgenommen ist, welches denn zwar nach dem *n. 5.* der Eydes-Formel den effectum hat, daß post renunciationem et factam dispositionem de bonis in fauorem societatis niemand weiter darin succediren könne, iedoch dieses nach der Billigkeit, welcher sich diese Societät sonderlich in ihren Schriften rühmet, billig, salua legitima parentibus debita, verstanden werden muß, da sonsten eine solche Schenckung totius patrimonii an den Orden, wie hier geschehen, pro inofficiosa gehalten werden müste,

l. 87. §. 2. 3. de leg. 2.
t. t. C. de inoff. donat.

35 so daß die Herren Patres dieser Societät auch den fünften Satz dieses Eydes nicht schlechterdings beschwören können, noch sie dazu zulassen, als welcher einen punctum iuris concerniret, welcher in einen Eyd nicht kommen kan, da sonsten sie selbsten zu Richtern in dieser quæstione iuris gemachet werden, und darnach die gantze 6000 crusados sich anzumassen gelüsten lassen würden.

So erhellet hieraus so viel, daß ein religio- 36
sus societatis Iesu post emissa vota zwar nicht incapax dominii absolute werde, iedoch aber ex ordinis iussu et voluntate schuldig sey, sich seiner Güter abzuthun, und wenn er solches gethan, er alsdann nicht weiter davon disponiren könne.

Endlich so viel die dritte Frage betrift:

Ob dem Beklagten durch das 37
rechts-kräftige Urthel, worin ihm der Beweis, daß weyland M. Ignatius plenarie **noch nicht** profitiret **vorbehalten, ein** ius quæsitum **erworben, mithin das klagende** Collegium præcise **den ihm darüber** deferirten **Eyd** deferirter **massen** ablegen **oder geschehen lassen müste, daß derselbe** in forma, in qua acceptatum, **geleistet werde?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol hiebey das dubium eintreten möch- 38
te, daß ein ieder Eyd in forma, in qua delatum, abgestattet werden müsse, zumal Beklagter aus dem rechtskräftigen decreto ein ius quæsitum erlanget, daß dasjenige in den Eyd gebracht müste, worüber der Beweis vorbehalten ist.

Dieweil aber dennoch ein iedes decretum in sensu iuris und also verstanden werden muß, daß es das wahre thema probandum betreffe, welches hier darauf ankommt, ob der sel. M. Ignatius ein solcher religiosus geworden sey, daß er sich des dominii abthun müssen, und sich dessen auch absolute abgethan? Darzu aber nicht weiter als emissio trium votorum simplicium et abdicatio bonorum secundum constitutiones societatis erfordert wird, nicht aber zugleich nöthig ist, daß er auch das votum formatorum religiosorum vel professorum gethan, und die Worte des decreti: daß er noch nicht plenarie profitiret, ohne Zweifel æquiuoca sind, die allerdings einer Erklärung bedürfen, welche auch die Societät in denen fünf Puncten gethan, davon aber der erste Punct nach der declaration GREGORII XIII. iuris und also überflüßig, vielmehr genug ist, daß M. Ignatius die drey vota simplicia gethan, die beyden

beyden folgende aber in facto bestehen und abgeschworen werden müssen, der vierte, wie oben gedacht, eine Erklärung bedarf, der fünfte aber aus dem Eyde weggelassen werden muß, als welcher iuris ist, und die Societät darüber nicht Richter seyn kan.

39 So halte ich davor, daß der Eyd in forma, wie er in denen dreyen Puncten acceptiret ist, præstiret, bey dem ersten Punct aber nur der Eyd auf die emission der dreyen votorum gerichtet, der letzte Punct aber gar weggelassen werden müsse. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE IVLIO MDCCXXXLIII.

RESPONSVM XXVII.

THEMATA.

I. *De cura dementis.* 1-19.
II. Causæ beneficiales in loco beneficii sunt examinandæ. n. 20. sqq.
III. De inefficaci beneficii resignatione. n. 27-35.
IV. *De curatore vt suspecto remouendo.* n. 36-40.
V. Quatenus causæ beneficiales actum gratiæ vel iustitiæ inuoluant? n. 41-53.
VI. *Dementi læso electiue actio aduersus curatorem vel tertium lædentem competit.* n. 54-61.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. de cura dementis. n. 2.
Dementi etiam ex officio curator dari potest. n. 3.
Præsertim ad negotia ardua, n. 4.
Pro facto quouis iudicis præsumtio militat. n. 5. 13.
Dementi curator non in eius præiudicium sed commodum constituendus est. n. 6.
Non in fraudem legis. n. 7. 8. 9.
Quænam decreta apud Romanos ambitiosa dicantur? n. 8.
Curator magis bonis quam personæ datur. n. 10.
Curator dementis constitui debet, præcedente causæ cognitione. n. 11.
Nemo ob infirmitatem vel imbecillitatem inuitus resignare tenetur. n. 12.
Decisio quæstionis I. n. 14.
Quæstio II et III. De fide instrumenti notarii. n. 15.
Actus causæ cognitionem iudicialem desiderantes a notario peragi nequeunt. n. 16.
Attestatum notarii et testium de factis, quæ in sensus incurrunt, quatenus probet? n. 17.
Quilibet sanæ mentis esse præsumitur, donec probetur contrarium. n. 18.
Decisio quæstionis II et III. n. 19.
Quæstio IV. Vbi causæ beneficiales examinandæ? n. 20.
Testes etiam a iudice incompetente, sicut a notario, examinari possunt. n. 21.
Examen tale tamen ratione formæ plenam fidem non habet. n. 22.
Actus contentiosæ iurisdictionis a iudice competente expediendi sunt. n. 23.
Si intuitu officii quæsito mouetur, ibi forum competens est, vbi beneficium est, licet ad residentiam canonicus non sit adstrictus. n. 24.
Resignatio, ab eo, in cuius manus facta est, vires habet. n. 25.
Decisio quæstionis IV. n. 26.
Quæstio V. De inefficaci beneficii resignatione. n. 27.
Quales sint vices curatoris? n. 28.
Resignatio beneficii fieri potest, reseruatis omnibus reditibus. n. 29.
Ob morbum incurabilem nemo ad resignationem cogendus est, n. 30.
Siue coactio sit physica, siue moralis. n. 31.
Curator sine decreto et causæ cognitione nihil in præiudicium curandi peragere potest. n. 33.

Resignatario ante resignantem mortuo, resignans morte illius beneficium amittit. n. 33. 34.
Decisio quæstionis V. n. 35.
Quæstio VI. De curatore vt suspecto removendo. n. 36.
Curator suspectus ob consanguinitatem non removendus, sed alius ei adiungendus est. n. 37.
Incompetenter constituto curatore non opus est remotione. n. 38.
Tutores vel curatores, si res vetitas sine decreto distraxerunt per fraudem, removeri debent. n. 39.
Decisio quæstionis VI. n. 40.
Quæstio VII. Quatenus causæ beneficiales actum gratiæ vel iustitiæ involuant? n. 41.
Collatio præbendarum est actus gratiæ. n. 42.
Causæ beneficiales summariter, seruatis tamen substantialibus, tractandæ sunt. n. 43. 44.
Reiectis frustraneis et ad ambages vnice spectantibus exceptionibus. n. 45.
Decisio quæstionis VII. n. 46.
Quæstio VIII. de eodem argumento. n. 47.
Collatio beneficiorum est actus gratiæ, nullo præsertim interueniente pretio, n. 48.
Et sub nomine gratiæ personalis in iure venit; n. 49.
Existente vero contradictore, decreto et causæ cognitione opus est. n. 50.
Veluti si ratione prioritatis lis est. n. 51. 52.
Decisio quæstionis VIII. n. 53.
Quæstio IX. De actionibus dementi læso competentibus. n. 54.
Curando in casu læsionis electio competit, vtrum contra lædentem an curatorem agere velit? n. 55. 56. 57.
Etsi ex facto tertii læsio orta sit. n. 58.
Resignatarius non eadem commoda acquirit, quæ resignans habuit, sed vt neo-canonicus considerabitur. n. 59.
Vbi pro incerto cauendum, cautio fideiussoria locum habet, n. 60.
Decisio quæstionis. n. 61.

1 Was derselbe uns eine facti speciem nebst einem vol. priuat-acten und neun Fragen zugeschicket ꝛc. Hat der Canonicus Ignatius K. in an. 1716. die bey dem Stifte S.S. Petri et Pauli, damahls vacante præbende als plus licitans vor 1800 Thaler erstanden, darauf S. Kön. Majestät denselben damit prouidiret, und dabey mit dem beneficio a latere begnadiget, so daß ihm diese præbende mit denen erlegten iuribus, Statuten-Geldern und ausgehaltenen Carentien über 2500 Thaler zu stehen gekommen, welche er bishero ruhig besessen, und als er endlich iure turni zum subleniorat ascendiret, die demselben anklebende iura et emolumenta mit genossen, ohngeachtet derselbe an Leib und Gemüthe binnen dieser Zeit von GOtt heimgesuchet worden, und noch dann und wann von solchem melancholischen effect einen Anstoß erleiden muß. Ist aber von einigen bey dem kränklichen Zustande des gedachten Canonici dem Freyherrn von H. unter den Fuß gegeben worden, diese K. Præbende auf seinen Sohn zu bringen, zu welchem Ende man zuförderst gedachtem Canonico, als einem Wahnsinnigen, vor dem E. official-commissariat, den Ammann zu Lindau, Iacobum Ignatium K. den 27. Febr. 1740. zum curatore gesetzet, welcher noch im selbigen Jahr die Præbende seines vermeinten curandi an Herrn Rudolph Friedrich von H. sub reseruatione pensionum resignir et, und bey S. Königl. Majestät um translation dieser Præbende auf den gedachten jungen von H. selbsten angehalten, worauf auch die Königliche provision en faveur des gedachten Herrn von H. wircklich ausgefertiget und dem Stift S.S. Petri et Pauli anbefohlen worden, dem prætendirten resignatario possessionem canonicam von der K. Præbende wircklich zu ertheilen. Haben aber der Canonicus K. und dessen noch lebende Schwester, so bald sie hiervon Nachricht erhalten, den vicarium W. als bisherigen procuratorem, ins besondere bevollmächtiget, wider die geschehene resignation und attentirte Besitz-Ergreifung nicht nur zu protestiren, sondern auch bey S. Königl. Maj. dagegen allerunterthänigste Vorstellung zu thun, und sich dagegen ein allergnädigstes Gehör auszubitten, worauf S. Königliche Majestät dero Regierung per rescriptum anbefohlen, des supplicanten Anbringen gründlich zu untersuchen, und dero pflichtmäßiges Gutachten über die Sache nachmahls abzustatten, welchem ohngeachtet der von H. auf zwey M. Regierungs-Räthe commission ausgebracht, welche den Zustand des Canonici K. exploriren solten, welche einen Termin dazu anberahmet, und die Königl. Regierung requiriret, dem K. Anwalde die Auflage zu thun, ob er sothaner exploration beywohnen wolle, so auch zwar geschehen, gleichwol dagegen von dem Anwalte vorgestellet worden, daß daselbst forum incompetens sey, hergegen zu H. allein die cognition geschehen müsse, worauf auch die H. Regierung reflectiret, und der C. M. Regierung so fort Nachricht davon ertheilet, anbey davon an S. Königl. Majestät referiret, welche darauf befohlen, daß die vorzunehmende exploration von Kön. Regierung verrichtet werden solle. Hat aber diesem ohngeachtet der Herr von H. die exploration bey der commission vor sich gehen lassen, iedoch aber allenfalls gebeten, daß eine anderweite exploration, auf K. Kosten, von der Kön. Regierung allenfalls möchte vorgenommen und ihm erlaubet werden, einen Notarium zu adiungiren, worauf aber der K. Mandatarius sich noch zur Zeit einzulassen nicht verbunden erachtet, weil plena causæ cognitio nach Maaß-Regeln des processus dabey erfordert würde, dahero dann hiebey erstlich gefraget wird.

Ob

2 **Ob die von dem Ch. M. officialat vorgenommene Bevormundunge nicht an- und vor sich selbst sehr verdächtig und unkräftig sey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun zwar 1) der Canonicus K. für Blödsinnig ausgegeben worden, und in facti specie selbsten angezeiget ist, daß er am Leibe und Gemüthe bishero vieles gelitten, und also wohl zu vermuthen, daß er in einem solchen dementiæ gradu stehe, daß ihm ein Curator habe constituiret werden müssen, cum etiam dementi ex officio curator dari queat,

HVBER *ad tit. de curat. fur. et aliis.*

4 welches absonderlich 2) zu der Zeit nöthig gewesen, als der actus resignationis vorgenommen werden sollen, als welcher, wie auch erfolget, vom Curatore vorgenommen werden müssen, zumal dazu der Canonicus K. wol nicht

5 capable gewesen, so denn 3) nicht zu vermuthen, daß hierunter eine Gefehrde vorgegangen sey, cum pro facto quouis iudicis præsumtio militet.

STRYK *de præsumt. pro magist. per tot.*

Rationes decidendi.

6 Dieweil aber dennoch generaliter in Rechten versehen, daß einem Unmündigen und also auch einem warhaftig dementi bloß zu dessen Besten und Nutzen, und nicht zum Nachtheil und Uebervortheilung ein Curator gegeben werden solle,

l. 3. §. 1. de tutel.

und dahero verordnet ist, quod prætor, si qua iusta causa eum mouerit, cur non debeat curator in ea curatela versari, eum abiicere debeat,

l. 3. §. 12. de suspect. tutor.

7 welches vornemlich sich alsdenn ereuget, wenn aus allen Umständen erhellet, daß mehr in fraudem legis die curatel eines dementis vel quasi erwehlet worden, einem andern zu favoriren, dem curando aber dadurch zu præiudiciren,

8 dergleichen decreta, sententiæ et facta iudicum ambitiosa seu favore et gratia alterius facta, bey denen Römern genannt sind, und schlechterdings rescindiret worden,

l. 3. pr. de minor. l. 3. C. de decret. decur. l. 4. D de decret. ab ord. fac.

SVETON. *in Domitian. c. VIII. n. 1. ibique* PITISCVS.

9 und dann aus denen angeführten Umständen erhellet, daß sich bishero niemand von so vielen Jahren her um den canonicum K. bekümmert, auch nicht eben nöthig gewesen, da er unter der Pflege seiner Mutter und Schwester gewesen, sondern erst zu der Zeit, da der Herr von H. die K. præbende auf seinen Sohn transferiren wollen, wider dessen nechsten Anverwandten Wissen und Willen die Bestellung eines curatoris ex officio vorgenommen, und dazu der Amtmann zu L. K. der von dem Herrn von H. dependiret, genommen worden, ohne Zweifel in der Absicht, damit durch diesen aufgeworfenen curatorem die resignation der gantzen præbende, zu dessen offenbaren Schaden, geschehen, und auf des Herrn von H. Sohn transferiret werden mögen, wie denn noch in demselbigen Jahre die resignation attentiret worden, dawider aber bereits gehörige Vorstellung geschehen, und diese Bestellung des gedachten curatoris dadurch dergestalt verdächtig worden, daß solche billig als ambitiosa rescindiret werden muß, bevorab da, wenn K. eines curatoris bedürftig seyn solte, solcher in H., wo er seine præbende hat, und worin sein gantzes Vermögen bestehet, allenfalls bestellet werden müsse, cum curator magis bonis quam personæ detur; dagegen auch die rationes dubitandi nicht zu attendiren, zumal ad 1) noch nicht erwiesen ist, daß 11 der Canonicus K. dergestalt blödsinnig sey, daß ihm ein Curator constituiret werden müssen, sondern dieses ohne alle causæ cognition bey der attentirten Bestellung als gewiß voraus gesetzet ist, welches doch bishero geleugnet worden, und zu dem Ende erst nunmehr die exploration darüber decretiret ist, welche billig ante constitutionem curatoris, wenn solche legal seyn solte, geschehen sollen, mithin gantz inverso iuris ordine geschehen ist, bevorab da ad 2) r an solche aus der Absicht, daß durch 12 den curatorem die resignation geschehen solle, vorgenommen, darüber doch seine Anverwandten billig vorher vernommen werden sollen, cum nemo ob infirmitatem vel imbecillitatem invitus resignare teneatur,

c. 5. X de renunc. c. 2 et 4. X de his quæ vi met. caus. fiunt.

hierüber ad 3) die præsumtio pro iudice ces- 13 siret, wenn bey dem facto iudicis die intendirte Gefehrde aus allen Umständen sich hervorthut.

So erhellet hieraus so viel, daß die geschehene Bevormundung an und vor sich selbsten 14 sehr verdächtig, und deswegen wieder zu cassiren sey.

So viel die andere und dritte Frage betrift:

Ob nicht sothane Bevormundunge ex falsa causa geschehen, und solche falsa causa aus dem instrumento Notarii notdürftig coloriret sey, und also der Herr von H das Gegentheil legaliter erweisen müsse? 15

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl die Blödsinnigkeit des Canonici K. 16

annoch zur gerichtlichen exploration ausgesetzet worden, und dazu ein weit mehres als das blosse attestatum notarii fol. 41. erfordert wird, bevorab da solches auf causæ cognitionem iudicialem ankommt, dergleichen actus von keinem notario unternommen werden kan.

17 Dieweil aber dennoch alhier bloß die Frage davon ist, ob nicht die falsitas causæ, weswegen der curator constituiret ist, durch das documentum notarii nothdürftig coloriret sey, und dahero noch zur Zeit von einer plena probatione dementiæ die Rede nicht ist, und dann der notarius fol. act. 41. attestiret, daß der canonicus K. bey gutem Verstande und Vernunft ihm seine Meinung eröffnet, und so wohl er als seine beyde Zeugen auf ihre Pflicht und Gewissen versichert, daß er ihm committiret und aufgegeben, gebürigen Orts zu melden, daß er in die geschehene resignation seiner titulo oneroso acquirirten præbende nicht consentiren könne und würde, dabey er sich sonsten auch gantz vernünftig aufgeführet, wovon der notarius mit seinen beyden Zeugen, weil es in die äussere Sinne fället, wohl attestiren möge, und
18 so viel wenigstens operiren muß, daß dadurch die Bevormundung, welche ohne alle causæ cognitione geschehen, höchst verdächtig wird, und dahero ein desto schärfferer Beweiß ad probandam dementiam erfordert wird, bevorab da ohne dem die Rechte von einem ieden præsumiren, quod sanæ mentis sit,

MANTICA *de coniect. vlt. vol. lib. II. tit. §. n. 2.*

STRYK *de dement. et melancbol. c. II. §. 17.*

welches so lange wahr bleiben muß, donec contrarium probatum fuerit ab allegante.

19 So ist die falsa causa der Bevormundung dadurch fürerst ziemlich coloriret, und dieselbe um desto mehr als verdächtig zu achten, und solches so lange für wahr zu halten, bis der Herr von H. das Gegentheil legaliter erwiesen.

Die vierte Frage betreffend:

20 **Ob nicht die von denen C. M. commissariis attentirte exploration ex multiplici capite als null und richtig anzusehen?**

Rationes dubitandi.

21 Ob wohl hiebey zu erwegen seyn möchte, daß da die Bevormundung einmal von dem C. M. officialis commissariat geschehen, dessen Bevewegungs-Grund aber nunmehr angefochten worden, dessen Untersuchung zwey M. Regierungs-Räthen wohl committiret werden können, bevorab da noch die Sache in extraiudicial Handelungen befangen, nicht zum proceß gediehen, der canonicus K. sich bishero in M. bey seinen Anverwandten aufgehalten, und es bloß auf die quæstionem facti: ob der canonicus K. tali dementia laborire, daß er seinen Gütern nicht vorstehen könne? ankommet, dessen Untersuchung durch eydliche Zeugen wohl geschehen mag, bevorab da die receptio testium auch wohl a iudice incompetente, sicuti a notario, vorgenommen werden kan.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ein anders ist, ad in- 22
stantiam partis Zeugen über gewisse articulos probatoriales abzuhören, welches einem ieden coram quocunque iudice zu suchen wohl erlaubet ist, ob wohl dergleichen Abhörung ratione formæ keine völlige vim probandi hat:
ein anders aber, eine commission vom Hofe 23
aus anzuordnen, und durch dieselbe eine gewisse Sache, quæ in litem deducta et causæ cognitionem desiderat, untersuchen, und davon Bericht abstatten zu lassen, welches letztere ein actus iurisdictionis contentiosæ ist, causæ cognitionem erfordert, und allein a iudice competente geschehen muß, cum etiam actus voluntariæ iurisdictionis, qui causæ cognitionem desiderant, a iudice competente expediendi sint et sic multo magis, si contradictor adsit

l. vn. §. f. de offic. consul.

LYNCK. *in comment. ad digest. tit. de iurisd. §. 5.*

LAVTERBACH *de volunt. iurisd. §. 45.*

wie hier dann der contradictor offenbar zu be- 24
finden, vt plenior causæ cognitio exigatur, mithin die angeordnete commission in dieser Sache keine Untersuchung vornehmen kan, da der canonicus K. ein Pr. Unterthan ist, und seine præbende in H. bey dem Stifte SS. Petri et Pauli hat, so daß er auch respectu beneficii pro diœcesano daselbst zu halten ist, bevorab da über die præbende der Streit ist, und man solche per indirectum demselben aus den Händen bringen, und auf einen andern transferiren will, als wohin der actus resignationis attentatus abzielet, aus denen Rechten aber bekannt, quod, si intuitu beneficii quæstio moueatur, ibi forum competens sit, vbi beneficium est, licet canonicus ad residentiam non sit obstrictus;

WIESTNER *in institt. iur. can. tit. de for. compet. n. 34. sq.*

hierüber ob er gleich in C. M sich wegen seines kränklichen Zustandes bey seiner Mutter und Schwester bishero aufgehalten, er doch sein domicilium daselbst nicht erwehlet, vielmehr noch seine curie in H. nebst der præbende hat, und diese causa beneficialis in loco beneficii billig untersuchet werden muß, aus welcher Absicht auch Se. Königl. Majestät auf gethane 25
Verstellung diese Untersuchung dero H Regierung anbefohlen, und dieselbe allein darüber erkennen kan, ob die resignation legaliter geschehen oder sub- et obreptitie erschlichen sey? zumahl die resignation alle Krafft von demjenigen

nigen, in cuius manus facta est, legitimo modo überkommt, und also auch der princeps oder an dessen statt die Landes-Regirung in dieser resignations Sache sprechen und die exploration, quæ processum et ordinem legalem desiderat, vornehmen muß, wodurch denn die rationes decidendi von selbsten ihre Abfindung überkommen, indem hier eine causa resignationis vorhanden, darüber derjenige, de cuius corio ludirur, billig plene gehöret, und worin ein Urthel ertheilet werden muß.

26 So ist die C. M. commission nicht befugt gewesen, die exploration vorzunehmen, sondern solche Untersuchung für zu Recht nicht beständig zu achten.

Belangend die fünfte Frage:

27 **Ob nicht auch in dem Fall, wenn die angegebene Wahnsinnigkeit des canonici K. in facto richtig seyn solte, oder zu erweisen stünde, dennoch die angemassete resignation zu Recht unbeständig zu achten?**

Rationes dubitandi

28 Ob wohl, in dem gesetzten Fall, die resignatio keinen Mangel haben möchte, angesehen solche alsdenn durch den curatorem wohl geschehen kan, als welcher bekannten Rechten nach alleine alle affairen seines curandi mente capti, der dazu nicht tüchtig ist, verrichtet, solche auch freywillig so wohl, als ex iusta causa geschehen, da eines Theils kein Zwang oder Befehl vorher gegangen: sondern in dem allergnädigsten rescripto von 30 Nov. 1740 vielmehr enthalten, daß der curator des canonici K. gebeten, daß die quæstionirte præbende auf den jungen Herrn von H. trans-
29 feriret werden möchte, jener auch davon keinen Schaden hat, nachdem solche resignation, reseruatis omnibus cedinbus, geschehen, so denen Rechten nach erlaubet ist,

c. 1. X. de clevic. ægrot. vel debil.

mithin kein ius contradicendi verum et reale vorhanden.

Rationes decidendi.

30 Dieweil aber dennoch 1) es eine unverantwortliche und widerrechtliche Sache ist, auch so gar einen Geistlichen, qui pastorale et curatum beneficium tenet, ob morbum incurabilem zu einer resignation zu nöthigen, cum afflicto non sit addenda afflictio, imo potius ipsius miseriæ miserandum

c. 5. X. de cler. ægrot. vel debilit.

31 dabey denn 1) nicht allein auf eine coactionem physicam zu sehen, sondern auch auf eine moralische darinnen billig zu regardiren, da die Umstände es geben, daß der curator K. blos dem canonico in der Absicht zum curatore bestellt worden, dieweil er ein subalterne von dem Herrn von H. ist, sich nach dessen Verlangen richten, und darneben 3) nicht so wohl auf ihn als 32
auf den canonicum K. zu sehen; der nach dem attestato notarii fol. 41. expresse vernünftig seinen dissensum declariret, es dahero 4) desto unverantwortlicher ist, daß der aufgeworffene curator den armen canonicum K. unverschuldeter Weise, zum Wahnsinnigen machen, und ihn um seine præbende, in favour des jungen Herrn von H. bringen will, welche resignation 5) ohne des resignantis äusserstes Scha- 33
den nicht geschehen kan, angesehen der canonicus K. nicht allein in dem Carens-Jahr nothwendig darben, sondern auch die reditus des subseniorats ganz verlustig gehen, ja daneben in Gefahr stehen muß, daß wenn der resignatarius vor ihm versterben solte, er alsdenn die Revenüen der præbende ganz verliehre, dergleichen demarchen und höchstgefährlichen alienationes kein curator sine decreto et causæ cognitione vornehmen kan, bevorab da 6) hier iusta causa ermangelt, der canonicus K. mit 34
dem beneficio a latere versehen, und von aller Residentz dispensiret worden, diesemnach offenbar widerrechtlich die resignation geschehen, und dem canonico deswegen wohl erlaubet ist, wegen derer nunmehro zu machenden Unkosten sich an den curatorem prætensum zu halten.

So ist auch bey dem gesetzten Fall die re- 35
signation für null und nichtig zu achten.

So viel die sechste Frage betrift:

Ob nicht daher der curator wegen solches Unfugs tanquam 36
suspectus ab officio zu removiren, und ein unverdächtiger und unpartheyischer Mann von der Kön. H. Regierung oder dem Stift SS. Petri et Pauli zu constituiren sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Wann gleich, wie wir nicht anders glauben 37
können, der Amtmann K. ein Vetter von dem canonico K. seyn solte, welchen man nicht leicht zu remouiren pfleget, sed potius tali curator alius adiungitur; wie dann auch eine grauis causa dazu gehöret, daß iemand vt suspectus removiret werde, als wodurch dessen renommé einiger Massen touchiret wird.

Weil aber dennoch 1) bey der ersten Frage 38
bereits dargethan ist, daß die Bestellung dieses curatoris widerrechtlich und incompetenter geschehen sey, dahero es nicht einsten einer wahren remotion bedarf, vielmehr genug ist, daß præliminariter diese constitutio als illegal per sententiam cassiret und wieder aufgehoben werde, bevorab da man 2) wahrnimt,

und

und offenbar ist, daß bloß zur resignation, und den canonicum K. um seine præbende zu bringen, derselbe constituiret sey, gleichwol
39 3) die Rechte dergleichen Bevormundungen, die bloß auf den ruin derer curandorum abzielen, nicht billigen, und deswegen 4) verordnen, quod tutores vel curatores, si res veritas sine decreto distraxerunt et quidem per fraudem, remoueri debeant,

l. 3. §. 13. de suspect. tut.

die gantze demarche aber des Amtmanns K. offenbar darleget, daß er bloß zum faveur des Herrn von H. diese resignation gethan, und den armen canonicum K. in die äusserste Gefahr gesetzet, seine præbende zu verlieren, welches nicht bona fide geschehen kan, bevorab da er ohne alle Ursache, bloß seinem Patron zu Gefallen, die resignation gethan, mithin 5) nicht einsten auf die rationem dubitandi zu reflectiren, da die constitutio curatoris an und vor sich selbst null und nichtig ist, sondern so ferne er 6) eines curatoris bedürftig seyn solte, ihm alsdann ein anderer bestellet werden muß.

40 So ist billig, da die geschehene Bestellung widerrechtlich ist, dem canonico K. allenfalls einen anderen unpartheyischen curatorem zu bestellen.

41 Die siebende Frage betreffend:

Ob nicht vorkommenden Umständen nach, und da S. Kön. Majestät, dem canonico K. Gehör verstattet wissen wollen, der Herr von H. und dessen Sohn, daferne sie zu acquiesciren nicht gemeinet, ihren Anspruch vermittels einer förmlichen Klage anzubringen schuldig, und der canonicus dagegen mit seinen exceptionibus zu hören sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

42 Ob wohl per rescriptum vom 13 Jul. 1741. der hochlöblichen Regierung zu H. anbefohlen worden, des canonici K. Vorstellung gründlich zu untersuchen, und davon ihr pflichtmäßiges Gutachten abzustatten, welches nicht eben durch einen ordentlichen processs geschehen muß, sondern durch eine simple Untersuchung und exploration, ob der canonicus K. demens sey? expediret werden kan, bevorab da die Conferirung dieser præbende als eine Gnaden-Sache anzusehen, welche keinen processs erleidet:

43 Dieweil aber dennoch 1) anfänglich eine gründliche Untersuchung ohnmöglich anders als dergestalt geschehen kan, daß der canonicus K. darüber vollkommen gehöret werde, dieses aber 2) einen processs und also ein Anbringen der Klage nebst andern substantialibus processus erfordert, ob wol diese causa beneficialis ist, und also nur summariter, seruatis tamen substantialibus, tractiret werden muß, bevorab da 3) 44
es hier nicht bloß auf die quæstionem facti: ob K. blödsinnig sey? ankommt, sondern zuforderst die constitutio curatoris, nebst der gantzen unrichtigen resignation impugniret und untersuchet werden muß, ob man einen blödsinnigen canonicum, der das beneficium a latere hat, zur resignation nöthigen, und seine præbende eo vivente auf einen andern bringen könne. Hierüber 4) sub et obreptitie der 45
Amtmann K. gebeten, daß, weil sein curandus resigniret, die quæstionirte præbende von S. Kön. Maj. des Hn. von H. Sohn transferiret werden möchte, worin S. Kön. Maj. nicht recht berichtet worden, weil die resignatio illegaliter geschehen, und doch S. Königl. Majestät auf eine bündige resignation sich gegründet, und in solchem regard in faveur des jungen Herrn von H. das rescript ertheilet, diesemnach leicht zu penetriren, daß alle solche wichtige Puncte ohne eine imploration, litis contestation, Bescheinund Gegenbescheinigung nicht gehoben werden können, quamuis fruſtratoriæ et ad ambages vnice spectantes exceptiones ab hoc processu summario merito abesse debeant.

clem. sæpe. de V. signif.

So erhellet hieraus so viel, daß der Herr 46
von H. und dessen Sohn ihren Anspruch, wenn sie zu acquiesciren nicht gemeinet sind, durch eine imploration vorbringen, und durch einen summarischen processs ausführen müssen.

Die achte Frage belangend:

Ob gegenwärtige Sache für eine Gnaden-Sache zu halten, mithin der Herr von H. von Beobachtung der substantial Stücken des processus zu dispensiren sey? 47

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl niemand leugnen wird, daß die 48
collatio beneficiorum ein actus gratiæ sey, absonderlich aber alsdann dieselbe dafür zu halten, wenn solche nullo intervenjente pretio an iemanden geschichet, wie in præsenti casu sich befindet. Da hergegen bey dem canonico K. es eine andere Beschaffenheit hat, als welcher solche titulo oneroso in an. 1716. acquiriret, dergestalt, daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn allerdings alhier eine Gnaden-Sache zu befinden, in welcher die Regeln des processus billig hindan zusetzen:

Dieweil aber dennoch ein anders die colla- 49
tio præbendæ vacantis ist, in so ferne solche von S. Königl. Majestät geschiehet, und deswegen

wegen in iure canonico die expectativæ sowol als die wirckliche collations-Briefe gratiæ personales genannt werden:

c. 11. X de conceſſ. præbendæ et eccl. non vac.

c. 7. eod. in 6.

50 ein anders aber alsdann zu sagen ist, wenn post collationem factam von iemand Streit entstehet, und dagegen ein contradictor sich meldet, in dessen Ansehen es nunmehr als ein actus iustitiæ anzusehen ist, und mit demselben durch einen processs erörtert werden muß, eben als wenn über der bonorum possessione vel alio actu voluntariæ iurisdictionis ein contradictor sich hervorthut, quo casu decreto

51 opus est causa cognita; wie denn auch in iure canonico, wenn unter denen expectuatis, die an einer præbende solche gratiam erlanget, ein Streit ratione prioritatis entspringet, solcher per viam iustitiæ abgethan werden muß,

c. 7. de conceſſ. præb. vel eccl. non vac. in 6.

52 und dann im gegenwärtigen casu der canonicus K. die geschehene resignation, weil solche zu seinem offenbaren præiudiz gereichet, anfechtet, um allergnädigstes Gehör bey S. Königl. Majestät allerunterthänigst angehalten, solches erhalten, und dahero ein contradictor, cuius primario interest, alhier verhanden, so daß es respectu seiner nunmehro pro actu iustitiæ gehalten werden muß, worüber er billig zu hören ist, welches omissis substantialibus processus nicht geschehen kan.

53 So ist diese Sache nunmehro, apparente contradictore, nicht weiter für eine Gnaden-Sache zu halten, und kan darin der Herr von H. von denen substantialibus processus nicht dispensiret werden.

Endlich so viel die letzte Frage anlanget:

54 **Ob nicht der Herr von H. auch in dem Fall, wenn der canonicus K. wider alles Vermuthen succumbiren solte, dem gedachten canonico, so lange derselbe leben wird, die bishero genossene emolumenta zu præstiren, und die per resignationem erfolgende Abgänge ex propriis ersetzen, nicht weniger genugsame caution mit 5000. Thaler zu stellen schuldig sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

55 Ob wohl der curator K. in der geschehenen resignation nichts weiter als die Revenüen der præbende seinem curando reseruiret, und wenn es nach derselbigen gehen und solche für richtig erkant werden solte, alles nach der

geschehenen resignation zu ermessen, und zu nichts weiter der Herr von H. gehalten werden 56
möchte, als wozu er sich nicht engagiret. Allenfalls aber der canonicus K. seinen regreß gegen den ex officio bestelleten curatorem nehmen müste, als welcher seinem curando bey der resignation übel vorgestanden, und deswegen ihm billig gerecht werden muß.

Dieweil aber dennoch einem curando die 57
Wahl zustehet, ob er in casu læsionis an seinen curatorem sich halten, oder contra lædentem klagen will, weswegen einem Blödsinnigen eben sowohl als einem minori, si vel maxime facto curatoris læsio orta est, die restitutio in integrum zustehet.

l. 3. C. de in integr. reſtit.

l. 2. et 3. C. ſi tutor. vel curat. interv.

welches absonderlich alsdann statt findet, si ex 58
facto tertii euidenter læsio orta, und dann sich in facto, wie in facti specie angeführet ist, hervorthut, daß der Herr von H. bey Hofe vorgegeben, was massen die quæstionirte resignation dem canonico K. nicht præiudicire, weil er Lebenslang alle Revenüen und emolumenta behalten solle, gleichwohl sich klar hervorthut, daß der canonicus K. durch die resignation, wenn solche ihre Kraft behalten solte, 59
nicht ohne Schaden und Abgang seiner bisher genossenen Revenüen bleiben kan, zumal dadurch die præbenda vacant wird, und der resignatarius vltimum locum in capitulo nur erlanget, mithin diejenigen commoda, die der resignans ex prærogatiua senii bishero genossen, nothwendig einbüssen muß, nicht weniger ein ieder neo-canonicus das gantze Jahr, ad commodum fabricæ, seine Revenüen entbehren muß, welche auf solche Weise wiederum dem canonico K. entgehen würden, und weil vitæ exitus incertus ist, und man dahero nicht wissen kan, ob der canonicus K. oder der resignatarius vorher sterben werde, nunmehro jener das riſico tragen muß, daß wenn dieser vor ihm verstorben solte, der Verlust aller Revenüen darauf erfolgen und der canonicus K. auf solche Weise in seinem Alter aller Revenüen seiner præbende, die er doch titulo oneroso acquiriret, verlustig gehen würde, welches billig bey einem unglückseligen und mit dergleichen affect behafteten Menschen zu præcaviren; so aber nicht anders geschehen kan, als wenn der Herr von H. seinen gethanen Vorstellungen Folge leiste, und durch gebührende Ersetzung des damni præsentis, so wegen des erfolgenden anni carentiæ sich gleich hervorthut, die Ersetzung thue: wegen der übrigen Jahre aber, und was wegen der Todes-Fälle vor Veränderungen entstehen möchten, gnugsame caution, pro arbitrio iudicis, habita ratione probabilis vitæ exitus et reditruum præbendæ, billig bestellen oder dazu am besten die fideiussorische caution, quia pro incerto cauendum, vrgiret werden muß, welche in loco beneficii possessi, vt eo promtior contra fideiussorem sit executio, zu bestellen.

So halten wir dafür, daß der Herr von H. nicht allein den aus dem carentz-Jahr zu erwartenden Schaden ex propriis ersetzen, sondern auch wegen des übrigen Abgangs, so, wie gezeiget worden, gnugsame caution bestellen, und also in allen den canonicum K. indemnisiren muß. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE MENSE MAIO MDCCXLII.

DECISIO XXIIX.

THEMA.

Num reditus Biennii, vulgo derer Nach-Jahre, ab arresto sint immunes?

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Reditus anni gratiæ ab arresto sunt immunes. n. 2.

Et liberis viduæque, repudiata etiam hereditate paterna, iure singulari debentur. n. 3.

Communio bonorum sub se comprehendit communionem aeris alieni. n. 4.

Mandatum de non soluendo est species arresti. n. 5.

Sententia in contumaciam fevenda supponit comminationes præcedentes. n. 6. 11.

Si pro executione rei iudicatæ petitur arrestum, illud speciali prosecutione non indiget, quia debitum iam certum est. n. 7.

Præsertim si causa in prosecutione agenda est alterius fori, vbi lis capta fuit. n. 8.

Annus gratiæ differt a reditu biennii. n. 9.

Reditus biennii, der Nach-Jahre, debentur heredibus. n. 10.

Res quædam, inprimis alienæ, ab arresto immunes sunt. n. 12.

Arrestum iniustum, bonis alienis impositum, iniustum est, statimque relaxandum. n. 13.

Decisio. n. 14.

1 Als dieselbe uns vorbringen und ersolgte Ungehorsams-Beschuldigung in Sachen des sel. Notarii St. weyland vicarii immunis hinterbliebene Witwe arrestatin an einem, und deren curatorum des über die St. Güter erregten concursus arrestanten am andern Theil, in dem Zurück kommenden fasciculo zugeschicket ꝛc.

Daß nunmehr, gestalten Sachen und Umständen nach, der angelegte arrest auf die reditus biennii in contumaciam zu relaxiren, arrestanten auch der arrestatin, die verursachte Unkosten nach deren vorgehender liquidation und ersolgter richterlichen Mäßigung zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl, daß die arrestanten aus keinem richtigen Grunde den arrest gesuchet und angeleget, es scheinen will, indem die arrestatin angeführet, daß die reditus biennii, als annorum gratiæ, der Witwe und Kinder gebühreten, zu der Erbschaft und Nachlaß des Vermögens nicht gehöreten, und ob debita defuncti mariti mit keinem arrest beleget werden könten, adeo vt etiam liberis viduæque, repudiata hereditate paterna, hi reditus, qui singulari iure debentur, obueniant;

3 FINCKELTHAVS *de iur. patron. c. VI. n. 93. sqq.*

LYNCKER *resp. 42.*

STRYK. *de anno grat. c. 3.*

im Gegentheil dabey auch zu bedencken seyn möchte, daß daselbsten zwischen denen Eheleuten communio bonorum statt finde, woraus die communio aeris alieni ebenfalls flieſſet, 4

BOEHMER *de commun. aeris alieni inter conj. Hamb.*

dergestalt der angelegte arrest oder das mandatum de non soluendo, quod species arresti est, 5

MEV. *de arrest. c. 9. n. 36.*

nicht ohne Grund angeleget zu seyn scheinet, und obgleich die curatores concursus sich dreymal contumaciren lassen, dennoch sie niemals sub pœna relaxati arresti citiret, noch auch citiret werden mögen, weil moto concursu die prosecutio nicht eben nöthig ist, und der erregte concurs mehr als zu klar anzeiget, daß der defunctus tief verschulder sey, auch sein Vermögen nicht einsten zureiche, quid? quod etiam, si pro executione rei iudicatæ petitur arrestum, illud speciali prosecutione non indigeat, quia debitum iam certum est, 6 7

MEV. *p. 5. dec. 285. n. 2.*

præsertim si causa in prosecutione agenda alterius fori et, vbi lis cœpta, fuit, 8

MEV. *cit. l. n. 4.*

welches hier ohne Zweifel seine richtige application findet, da die liquidation der Schulden ad forum concursus gehöret, und nicht eher gesche-

geschehen kan, als bis der concurs in den Zustand gesetzet, daß daselbst super liquido erkannt werden möge, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn gegen die gedachte curatores noch zur Zeit in contumaciam nicht erkannt werden mögen.

Rationes decidendi.

9 Dieweil aber dennoch dem Grunde des angelegten arrests an seiner gehörigen Richtigkeit nichts abgehet, indem von dem Gnaden-Jahre der Pfarr-Witwen und Kinder, auf das Gnaden-Jahr der Stifts-Personen und vicariorum nicht schlechterdings zu argumentiren, als welche mehrentheils mehr als ein Jahr, wie auch allhier befindlich, zu geniessen haben, und
10 dahero auch solche die Nach-Jahre genannt werden, welche eben zu Bezahlung der Schulden des canonici vel vicarii anzuwenden sind, und also denen Erben als Erben gebühren,

BOEHMER *tom. II. iur. eccl. lib. III. tit. 5. §. 215. et 219.*

11 im Gegentheil auch hiebey unterschiedene Gewohnheiten und statuta capitulorum sich hervorthun, daß man vor der Hand nicht schlechterdings davon etwas gewisses bestimmen kan, und dahero desto nöthiger gewesen, daß die arrestantes sich auf die gegen den arrest vorgeschützte exceptiones eingelassen. Hierüber noch dahin stehet, ob bey dem Stifte daselbsten die communio bonorum et aeris alieni, quæ inter ciues Hamburgenses obtinet, statt finde, also beyder momentorum ohngeachtet, es sich gebühret hätte, daß, da die curatores des St. concursus den arrest auf die quæstionirte reditus biennii angeleget, sie auch solchen in foro arresti prosequiren sollen und müssen, als welches nicht allein den gemeinen Rechten, sondern auch denen Hamburgischen statutis, *P. I. tit. 17 §. 14.* gemäß ist, bevorab da arrestantinne auf relaxationem arresti gedrungen, dessen Gründe angeführet, und die arrestanten gebührender massen sich darauf einlassen sollen, wie sie denn dreymal und das letzte mal so gar in contumaciam citiret worden, dennoch, allem diesem ohngeachtet, niemals erschienen, den angelegten arrest nicht prosequiret, vielmehr denselben deseriret, so daß die pœna contumaciæ, unter welcher die letzte citation geschehen, keinen andern effectum als relaxationis haben mögen, welche auch darneben refusionem expensarum nach sich ziehet, bevorab da die arresta ohnedem odiosa sind, und denen arrestanten dabey zu vigiliren obliegt.

Endlich das letzte dubium zwar in so weit 12
richtig, daß die arrestantinne die liquidation der Schulden ihres Mannes von dem foro concursus nicht ab, und ad forum arresti ziehen könne, dahin auch ihre Absicht nicht gehet, gleichwol die prosecutio arresti nicht allein ex veritate aeris alieni, weswegen der arrest angeleget worden, sondern vornemlich auch ex qualitate bonorum mit herzunehmen, cum conclamatum sit, res quasdam ab arresto esse immunes, præsertim alienas.

MEV. *de arrest. c. 9. n. 1. sqq.*

Hier aber vornemlich es darauf ankommt, ob 13
die Revenüen des biennii mit arrest beleget werden mögen, wogegen die arrestantinne erhebliche exceptiones opponiret, auf welche die arrestanten zu antworten, solche aus dem Wege zu räumen und also zu zeigen schuldig gewesen, daß der arrest mit Recht angeleget, und nicht auf fremdes Gut angeleget sey, cum arrestum bonis alienis impositum iniustum, statimque relaxandum sit,

MEV. *p. 8. dec. 331.*

welches in contumaciam nunmehro zu erachten gewesen, nach dem die curatores auf keine Art und Weise auf die exceptiones, so gegen den arrest opponiret, sich einlassen wollen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen 14
gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVAR. MDCCXLV.

DECISIO XXIX.

THEMA.

Possessio antecessoris in beneficio eique annexis prodest successori adiuncto, simul ac possessionem eius acquirit.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Possessio defuncti in heredem transit, sine noua apprehensione. n. 2.
Petitorium absorbet possessorium. n. 3. 10. sqq.
Quicquid iuris est in ecclesia matre, id etiam in filia iuris est. n. 4. 11.

Si constet de antiqua mensura, in illa solui debet frumentum parocho. n. 5.
Matricula ecclesiæ fidem habet quoad reditus parochiales. n. 6.
Mandata sub- et obreptitie a iudice incompetente impetrata nullam fidem habent. n. 7. 12.
Postquam successor possessionem officii apprehendit, ei prodest possessio ratione turium, officio cohærentium. n. 8.
Quod inprimis in beneficialibus sufficit. n. 9.
Decisio. n. 14.

1 Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen Schultzen und Gemeinde zu L. Beklagten und appellanten an einem, und des Küsters zu F.L. und M. Christian M. Klägern und appellanten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden wir ꝛc. auf vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten für Recht:

Daß die appellation in ihren formalibus zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an uns erwachsen. Der materialien halber aber erscheinet aus denen acten so viel, daß in voriger instanz wohl gesprochen, übel davon appelliret, dannenhero die sententia a qua schlechterdings zu confirmiren, und die Sache an den Richter voriger instanz zu remittiren, nicht weniger appellanten die Unkosten dieser instanz nach deren vorhergehenden liquitation und erfolgter unserer Mäßigung appellaten zu bezahlen schuldig seyn. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl appellanten zuförderst angeführet, daß 1) das Dorf F. mater sey, davon die beyden Dörfer L. und M. als filiale dependiren, dem Küster aber nach Inhalt der Kirchenmatricul de anno 1600 von jeder Hufe drey schleiche Vierth gebührten, welche nach dem vergrösserten Maaß nur einen halben Scheffel, und etwas weniges mehr austrage, laut attestati sub B. ferner von einem ieden Hufner und Cossathen derselben zwey Eyer, und wegen des Kindtaufens 1 Gr. gebühreten, von dem Einläuten der Sechswöchnerin aber nichts in matricula enthalten sey, dem ohngeachtet, als appellat jüngsthin zum Küster angenommen worden, derselbe verlanget habe, daß von ieder Hufe 3 Viertel Scheffel nach itzt vergrössertem Maaß: imgleichen von ieder Hufe 2 Eyer, und für ein Kindtaufen 3 Gr. und für das Einläuten der Sechswöchnerin 3 Gr. gegeben werden solte, und weil sein Vater, als antecessor, solches alles bekommen, er die manutenentz in possession gesuchet, und per sententiam f. 7. b. erhalten, da er doch 2) noch niemahls etwas erhalten, und also keinen actum possessorium vor sich habe, auch aus seines Vaters Person keine possession anführen könne, cum nequidem possessio defuncti in heredem transeat sine noua apprehensione,

GAIL. *lib. II obs. 129. n. 1. sqq.*
POST. *de manut. obs. 55. n. 25. sqq.*

solches also um destoweniger bey einem successore singulari anzunehmen sey, absonderlich aber 3) hiebey das petitorium klar sey, quod absorbet possessorium, worauf allein nach dem 3
iust. 2 regl. de a. 1713. §. 13.
zu sehen; allermassen die gedachte matricul 4
hier allein zum Grunde zu setzen, nach welcher die differenz des Maasses, so damahls kleiner gewesen, nach dem itzo vergrösserten Maaß klar sey, daher auch appellat in matre F. und in dem andern filial M. nicht mehr als $\frac{1}{2}$ Scheffel nach itzigem Maaß laut attestat sub C. et D. überkommen, also was in matre et filia secunda dem appellato recht sey, auch ihm zu L. nicht unrecht seyn müsse, sie dahero sehr prægraviret werden würden, wenn sie nach dem itzigen Maaß die drey Vierthel geben solten, 5
welches denen Rechten zuwider sey, cum constat de antiqua mensura, in illa solui debeat frumentum
c. 18. et 26. X. de cenſib.
wie dann auch 4) wegen der Eyer die matricul 6
deutlich im Munde führe, daß der Küster von iedem Hufner und Cossathen jährlich 2 Eyer haben solte, nicht aber zu befinden, daß solches von ieder Hufe zu verstehen sey, nicht weniger auch 5) eben dieselbe wegen der Geld-Accidentien pro norma anzunehmen sey, wenn gleich aus Güte einem Prediger oder Küster bishero mehr gereichet worden, als welches sie zu nichts verbinde, auch 6) auf das post fol. 85. sub D 7
befindliche mandatum in hoc casu nicht zu sehen, als welches sub- et obreptitie und zwar a magistratu ertheilet, so doch nicht iudex competens in hac causa sondern allein das consistorium sey, endlich auch 7) die matricul von keiner Mahlzeit bey Kindtaufen gedencke, und das surrogatum der 3 Gr. also wegfalle, appellat auch wegen der Sechswöchnerin nichts, als wenn das Einläuten verlanget werde, prætendiren könne, auf solchen Falle aber demselben nur 1 Gr. gebühre.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1. et 2) appellanten 8
nicht in Abrede sind, daß sie das Maaßkorn a 3 Viertel itziges Maasses nebst denen 2 Eyern von ieder Hufe Landes und Accidentien des appellaten Vater, als antecessori in officio, entrichtet, appellat aber bereits in anno 1737 demselben bey diesem Küsterdienst in L. dergestalt laut Beylage fol. 87. sub C. adiungiret worden, daß er seinen Vater bey seinem Leben in seinem Dienst subleviren, nach seinem Tode aber ihm würcklich succediren solle, daher er schon damahls in die possess dieses Kirchen-Dienstes gekommen, und solche nach seinem Tode

de continuiret, mithin auch in die quasi possessionem aller anklebender emolumentorum getreten, und solches ihm um desto mehr zu statten kommen muß, als solche possessio vel quasi dem Amte selbsten acquiriret ist, und beylieget, postquam enim successor possessionem ecclesiæ vel officii apprehendit, ei prodest possessio antecessoris ratione iurium officio cohærentium, quia possessio vel quasi acquisita per antecessorem dicitur acquisita ipsi beneficio vel officio;

POSTIVS *de manut. obs. 55. n. 92.*

9 adeoque in beneficialibus sufficit apprehendere possessionem ecclesiæ seu beneficii, vt censeatur acquisita possessio omnium rerum, fructuum, iurium ac connexorum ipsius beneficii

LANCELLOTT. *de attent. P. II. c. 4. limit. 1. n. 73.*

POSTIVS *cit. l. obs. 73. n. 109.*

mithin dem appellaten nicht præiudiciren mag, daß ihm sein deputat und Accidentien noch nicht gezahlet worden, da genug ist, daß die appellanten solches in der Maasse, wie esitzo gefordert wird, seinen antecessori in officio geleistet haben, und dahero das possessorium unstreitig, im

10 Gegentheil ad 3) das petitorium noch nicht so liquid zu achten, daß darinn sofort erkannt werden können, zumahl noch nicht ausgemachet, was für Maaß in anno 1600 eigentlich gewesen, und ob des senatoris V. attestatum sub B. f. 33. den Unterscheid so accurat bestimmen könne, bevorab da appellat angiebet, daß seine Vorfahren bereits vor 59 Jahren vom magistrat zu B. dergleichen Viertel zu Behuf des Meßkorns empfangen, als in der matricul bestimmet sey, womit appellanten allemahl beständig gemessen, und wenn auch gleich einige difference unter dem itzigen Maasse und dem in anno 1600 gewesenen Maasse sich befinden solte, dennoch appellaten Vorfahren beständig ihre 3 Viertel von ieder Hufe Landes bekommen, und in petitorio erst zu untersuchen übrig bleiben wird, ob nicht allenfalls die Länge der Zeit dem appellaten zu gute kommen werde; zumahl schon in anno 1714 appellati Vorfahren ebenfalls wegen dieses Maasses Klagen müssen, also um desto weniger appellanten eine ignorantiam, daß sie tenorem matriculæ nicht gewußt, vorschützen können; dagegen ihr argument, so sie 11 von der matre F. und dem andern filial hergenommen, ihnen selbst ganz entgegen ist, als welche von 2 schleiche Viertel einen halben Scheffel nach itziger Maaß entrichten, und dahero, nach ihrem sich selbsten gesprochenen Urthel, die appellanten bey sich das Recht seyn lassen müssen, was bey jenen Rechtens ist, wie denn auch ad 4) wegen der 2 Eyer die bisherige 12 observanz so wohl als dieses für den appellanten militiret, daß in dem extractu matriculæ de anno 1600 zu F. und M. dem Küster von ieder Hufe 2 Eyer assigniret sind, und solches auch ohn Zweifel von L. verstanden werden muß; nicht weniger ad 5) die possessio der Geld-Accidentien aus des appellaten Vorfahren Hebung klar, die bisherige observantia unstreitig, und also falsch ist, daß das petitorium klar in contrarium seyn solle, da wenn die matricula weniger haben solte, dennoch die bisherige observanz solche wohl erhöhen kan, derowegen es ad 6) auf das angeführte mandatum hiebey nicht sonderlich ankommt, jedoch daraus so viel abzunehmen, daß schon in anno 1714 die appellanten wegen der Maasse Schwierigkeit gemacher, gleichwohl bey dem mandato acquiesciret, wenigstens sich nicht findet, daß sie coram consistorio geklaget hätten. Endlich ad 7) 13 appellanten nicht in Abrede sind, daß sie des appellati Vorfahren bishero 3 Gr. in beyden Fällen gereichet, also in beyden Fällen es so lange dabey zu lassen ist, bis sie das Gegentheil in petitorio ausgeführet, als welches auch in diesem Punct nicht liquid zu achten, dieser wegen appellanten ohne allen Grund appelliret, und daher billig in expensas condemniret werden müssen.

So sind wir geschehener Massen zu erkennen 14 bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXLI.

RESPONSVM XXX.

THEMA.

De natura hospitalium domuum ecclesiasticarum et secularium, earumque differentia, præsertim circa administrationem.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio 1. de natura hospitalium domuum ecclesiasticarum et secularium earumque differentia. n. 2.

Hospitalia vt bona ecclesiastica inspectioni episcopali subsint, n. 3. 18.

Licet vel maxime sine autoritate episcopi condita et instructa fuerint. n. 4.

Hospitalia in instrumento pacis ad bona ecclesiastica referuntur. n. 5. 19.
Hospitalibus incumbunt iura pro miseris et pauperibus. n. 6.
In terris protestantium hospitalia non sunt mere secularia. n. 7. sqq.
Hospitalia autoritate episcopali vel magistratus secularis exstructa admodum differunt. n. 11. 16.
Illa ab episcopo dependent; n. 12.
Hæc magistratus secularis iurisdictioni subsunt, n. 13. sqq.
Adeo vt nequidem episcopus ab iis rationes exigere possit, n. 14.
Non obstante concilio Tridentino. n. 15. 16.
Quomodo differat consensus ordinarii a iurisdictione eius ecclesiastica? n. 16.
Bona ecclesiastica iustis ex causis ære alieno grauari possunt. n. 17.
Quænam bona in sensu stricto dicantur ecclesiastica? n. 19.
Si aliunde satis de iusta alienandi causa in bonis ecclesiasticis constat. nequidem consensus ordinarii necessarius est. n. 20. 16.
Præsertim si non ob iurisdictionem ecclesiasticam, sed obseruantiam, requiratur. n. 22.
Decisio quæstionis I. n. 23.
Quæstio II. de eodem argumento. n. 24.
Episcopo non competit iurisdictio ecclesiastica in hospitalia laicalia. n. 26.
Nequidem beneplacitum Apostolicum, petitum in alienatione hospitalis laicalis mutat eius statum primum, vt possit ecclesiasticum dici. n. 27.
Quicquid fit ad bene esse, non pertinet ad essentiam. n. 28.
Decisio quæstionis II. n. 29.
Quæstio III. de eodem argumento. n. 30.
Modus acquirendi non determinat qualitatem hospitalis. n. 31.
Sed modus fundationis. n. 32.
Qui distinguit ecclesiasticum a seculari. ibid. et n. 33.
Decisio quæstionis III. n. 34.
Quæstio IV. de consensu in alienationem domuum hospitalium. n. 35.
Alienatio vel oppignoratio bonorum ecclesiasticorum irrita habetur, neglecto consensu eorum, quorum consensus necessarius est. n. 36. 37.
Secus ac oppignoratio hospitalium secularium. n. 40.
Decisio quæstionis IV. n. 39.
Quæstio V. n. 40.
Hospitalia laicalia soli iurisdictioni et administrationi magistratus subsunt. n. 41. 42.
Nec in alienatione bonorum ad ea pertinentium consensus imperatoris requiritur. n. 43.
Votum negatiuum quid inferat? n. 44.
Decisio quæstionis V. n. 45.

I Als die Herren uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen und fünf Fragen zugeschicket ꝛc.

Sind Burgermeister und Rath des Heil. Röm. Reichs Freyen Stadt B. durch ein Käyserl. conclusum vom 9 April 1734 dahin beschieden, daß sie 1) in allen und ieden Fällen, da ein Stadt- oder ein zu milden Sachen gestifftetes Gut zu veräussern oder zu verpfänden, sie vor allen Dingen denen beyden, die Bürgerschafft repræsentirenden collegiis, davon Nachricht geben, und mit ihnen nach vorgehender Erwegung sich eines gemeinen Schlusses vergleichen: nicht weniger 2) bey denen ad pias causas gehörigen Gütern die Einwilligung des ordinarii suchen: und 3) weil zu dem mit dem Closter M. getroffenen Tausch des hospitalischen Zehenden zu D. die bürgerlichen collegia weder gezogen, noch darüber gehöret, noch auch consensus ordinarii erfordert worden, der magistratus beydes annoch supplire, und dadurch der Beschwerde abhelffen solte, welchen magistratus nachgelebet, und der im dritten Punct befindlichen Beschwerde abgeholffen, und deren angezeigten Mangel ersetzet. Hat sich nun, so viel den zweyten Punct betrifft, in facto zugetragen, daß so wohl durch die bey der letzten Kriegs-Zeit erfolgten præstationen, als auch durch die über ein und ein halbes Jahr daurende Käyserl. commission und sehr kostbahren commando der daselbst gestandenen Fürstl. W. Mannschafft, nicht weniger durch die zu gleicher Zeit daselbst gewährte halbjährige inquisition das Stadt-ærarium in Grund erschöpfet, und in grosse Schulden gerathen, so daß einmüthig geschlossen worden, auf ein Anlehn von 20000 fl. gegen Hypothecirung eines Hospital-Guts sich zu bewerben auch hierüber den Hochfürstl. ordinariat-consens bey den Herrn Bischof zu C. einzuholen, welches letztere zwar magistratus gesuchet, dennoch solches von Seiten des Herrn ordinarii in anno 1735 difficultiret, iedoch zwey Wege vorgeschlagen worden, daß nemlich entweder dasige gemeine Stadt sich als debitorem principalem verschreibe, und dagegen das Hospital allein fideiubendo eine Hypothec auf seine Güter constituiren lasse, oder daß höchst dieselbe wegen des hohen ordinariats den statum des Hospitals untersuchen, und sodann einen Schluß zu fassen, geruhen werden. Hat nun diese abschlägliche resolution verursachet, daß magistratus den Herrn von S. nacher C. abgeordnet, und durch denselben noch weiter den statum causæ deduciren, und vortragen lassen, daß zwischen dem dasigen Hospital und einem andern in loco mere catholico sich befindenden pio corpore ein grosser Unterschied sey, und nach dem Käyserl. executions-commissions-recess de anno 1649 die administration des Spitals von beyden Religions-Verwandten in gleicher Anzahl verwaltet werden müsse, und also solches beyden Religions-Antheilen zugleich zustehe, bey den beyden vorgeschlagenen Wegen aber diese Bedencklichkeiten

keiten sich befinden, daß sich quoad primum nicht leicht ein creditor zu dem Anlehn finden; quoad secundum aber der Ausgspurgische Religions-Verwande Antheil nicht zugeben würde noch könne, daß solche aus beyden Religionen bestehende administration von ordinariats wegen untersuchet würde, welche Vorstellung doch keinen ingress gefunden, sondern man ist an Seiten des Herrn ordinarii bey voriger resolution verharret, und dannenhero hiebey erstlich gefraget worden:

2 **Ob bey denen vorwaltenden Umständen, der magistratus, sonderlich der Augspurgische Religions-Verwandte, præcise verbunden oder gehalten sey, ratione dieser beyden Religions-Antheilen gemeinschafftlichen Hospital-Güter den consensum ordinarii in Verpfänd- und Vereusserungs-Fällen einzuholen?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl es das Ansehen gewinnen will, als wenn die Einrichtung und administration des Hospitals so beschaffen sey, daß solches ad bona ecclesiastica ohnstreitig gehöre, und dahero von den ersten Zeiten an die hospitales domus ad bona ecclesiastica bekannter Massen referiret, und der inspectioni episcopali untergeben sind,

l. 46. ff. 1. 3. C. de episc. et cler. c. 10. C. 16. qu. 7. c. 17. C. 18. q. 2.

4 adeo vt si vel maxime sine auctoritate episcopi conditæ et exstructæ fuerint, nihilominus ob finem, quod pietatis causa constitutæ sint, bonis ecclesiasticis annumerari debeant;

BARBOSA *ad l. 32. C. de episc. et cler. n. 12.*
LAVTERBACH *de domicil. pauper. §. 10. et 13.*

5 dahero es auch 2) geschehen, daß in Osnabrüchischen Friedensschluß die Hospitäler ohne Unterschied ad bona ecclesiastica referiret sind,

I. P. art. V. §. 25.
LAVTERBACH *cit. l. §. 8. in f.*

6 und solches 3) aus desto gewisserm Grund geschehen mögen, als überhaupt die Hospitäler zur Verpflegung der Armen, so in die Obliegenheit der Kirchen vornemlich gehöret,

IO. LAVNOIVS *de cura eccles. pro miseris et pauperibus per tot.*

gestiftet worden, mithin die Verwaltung derselben ein officium ecclesiasticum ist, und die 7 August. Confessioni addicti 4) keine andere Meinung davon führen; neque enim existimandum est, in terris protestantium hospitalia bona mere secularia esse, cum etiam in his ad curam episcopalem prouisio hospitalium referatur

LINCK. *de iur. episc. c. 10. n. 43.*
CARPZ. *lib. 1. iur. consist. def. 92. n. 6.*
REINKING *de regim. sec. et eccles. lib. 3. class. 1. c. 3. n. 21.*
STEPHANI *de iurisd. lib. 3. P. 1. c. 14. n. 118.*

welches hier 5) um desto mehr ingress finden 8
möchte, weil in dem Kayserl. concluso de anno 1734 d. 9 April expresse versehen, daß bey denen ad pias causas gehörigen Gütern ausser der Einwilligung derer beyden, die Bürgerschaft repræsentirenden collegiorum, wie bishero geschehen, also ferner die Einwilligung des ordinarii zu suchen; dieses principium auch 9
6) dabey zur application gebracht, und verordnet ist, daß weiln zu dem mit dem Closter M. gerossenen Tausch-Handel des Hospitals-Zehenden zu D. die bürgerlichen collegia weder gezogen, oder darüber gehöret, noch auch der consensus ordinarii, wie man solches bey Vereusserung des zum Hospital gehörigen Dorfs B. ehemahls beobachtet, keines weges erfordert worden, also magistratus annoch beydes zu suppl ren, und also solcher gestalt dieser Beschwerde abzuhelfen habe, wodurch 7) diese 10
quæstio ihre decision erhalten haben möchte, dergestalt, daß wenn es gleich ein weltlich Hospital seyn solte, wie solches in specie durch Anführung des executions recess behauptet,

KNIPSCHILD *de ciuit. imper. lib. III. c. 4. n. 11. p. 654.*

dennoch in diesem Punct nunmehr der Magistrat an das gedachte conclusum gebunden zu seyn, es das Ansehen gewinnen will, bevorab da derselbe 8) in dieser Sache bereits den consensum ordinarii gesuchet, und ipso facto zu verstehen gegeben hat, daß er an das conclusum sich schlechterdings halten müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) ein grosser Unter- 11
scheid bey dergleichen Hospitälern zu machen, vtrum auctoritate episcopali fundata, an vero auctoritate magistratus secularis ex- 12
structa fuerint? da zwar im ersten Fall die Hospitäler der inspectioni et iurisdictioni episcopali unterwürfig sind,

c. 2. X. de relig. domib.

gleichwohl es eine gantz andere Beschaffenheit im andern Fall hat, als welche deswegen laica- 13
lia genannt werden, weil solche schlechterdings sub iurisdictione magistratus secularis sind, und von denselben dependiren, zumahl dergleichen Spitäler aufzurichten, zugleich mit zur guten Policey einer Stadt gehöret, und derselben dahero derglei hen fundation auch nach dem iure canonico nicht hat untersaget werden können

BARBOSA *de iur. eccles. lib. II. c. XI. n. 1. §99.*

adeoque tales hospitales domus et alia loca, nisi exstructa fuerint auctoritate episcopi, non

non subsunt illius visitationi, quia ad illius iurisdictionem non pertinent.

FAGNAN. *ad c. 4. X. de relig. domib. n. 54.*

14. Vnde de iure communi episcopus ne quidem rationes ab administratoribus exigere potest, welches FAGNANVS *cit. loc. n. 57.* gestehet, und ob er zwar 2) dabey behaupten will, daß nach dem *Concilio Tridentino sess. 22. de reform. c. 9.*

15 ein anders verstehen, und dem ordinario generatim und ohne Unterscheid die Abnahme der Rechnung gelassen sey, so will doch solches daraus nicht können behauptet werden, angesehen gedachter *Auctor* selbsten *cit. l. n. 54.* zugiebet, quod sicuti loca pia non religiosa seu laicalia non subsunt de iure communi episcopo; ita nec post concilium Tridentinum, dessen Grund vornehmlich darin beruhet, daß allein die loca ad hospitalitatis vsum destinata pro ecclesiasticis gehalten werden, quæ auctoritate episcopali condita sunt.

c. 4. X. de relig. domib.

ESPEN. *de iur. eccles. P. II. tit. 37. c. 2. §. 58.*

Dieserwegen dann, was von der Abnahme der Berechnung *in c. 9. cit. concil. Trident.* gedacht worden, nothwendig von denen ecclesiasticis Hospitalibus, denen auch wohl laici als administratores vorstehen können, verstanden werden muß, cum rationum redditio ad visirandi ius pertineat, welches aber denen Bischöfen bey solchen weltlichen Hospitälern nicht zustehet, wie gedachter FAGNANVS von neuen behauptet und saget: Diœcesanus non debet se in illis hospitalibus, quæ sine eius auctoritate exstructa sunt, ingerere, sed patronus ad libitum disponit. - - Nec quicquam noui circa hoc statuit concilium Tridentinum *in c. 8. de reform. sess. 22.* imo restringitur in casibus a iure concessis,

FAGNAN. *ad c. 3. n. 10. et 11. X. de relig. domib.*

woraus wenigstens dieses folget, daß solche Stadt-Hospitäler, die von dem magistratu gestiftet, der iurisdictioni et visitationi episcopali nicht unterwürfig sind, sondern lediglich von dem magistratu loci dependiren, dahero es ad 3) auch geschehen, daß im anno 1649. nach dem Kayserlichen executions commissions-Recess, welchen der Bischof zu C. als concommissarius mit errichten helfen, die administration des Hospitals zu B. beyden Religions-Antheilen zugleich zugestanden, und dadurch agnosciret worden, daß der magistratus daselbsten dessen patronus sey, und lediglich darüber zu disponiren habe, dabey auch der Bischof zu C. keine inspection oder iurisdiction sich reseruiret, so er schlechterdings nicht unterlassen haben würde, wenn dieses Hospital als ein locus ecclesiasticus zu achten gewesen, als dessen direction, inspection und visitation nebst administration der bischöflichen disposition unterwürfig ist, da hergegen 4) man damals der weltlichen Obrigkeit dieses Orts die gemeinschaftliche administration gänzlich zugestanden, wovon die inspection, visitation und iurisdiction nebst Abnahme der Rechnung mit dependent sind. Hierüber 5) diese Hospitals-Güter von andern bonis ecclesiasticis in sensu ordinario darin unterschieden sind, daß dieselbe sowol als das Hospital selbsten der territorial-superiorität, Schutz, Schirm, Vogtey, aduocatur, und was demselben sonsten anhängig, unterworfen: der gesamte magistrat vtriusque religionis darüber die völlige iurisdiction exerciret: dasselbe und dessen Güter in allen wichtigen Dingen allein in Verwahrung nimmt: ihm und dessen Angehörigen ie und ie Gesetze, Ordnungen, decret und Befehl ertheilet: die in demselben und dessen Flecken, Dörfern und Western vorgegangene Ungebühr, Fehl, Mängel, Gebrechen, Sünd, Schand, Laster, ungetreue administration und dergleichen bürgerlich und peinlich büsset und abstrafet: der magistrat sich in solcher consideration des gesamten Hospitals Oberpfleger nennet: in allen desselben Wichtigkeiten einig und allein berathschlaget, und die conclusa vollenziehet: alles, was zu dessen Nutzen und conseruation gereichet, immediate oder mediate durch dessen Pflegere und Meistere, ohne daß ihm hierunter von dem Bischof zu C. oder sonsten einiger Eintrag gethan werden mag, vornimmt und besorget: die Pfründen an beyderley Religions-Verwandte verleihet: alle des Spitals-Aemter, sonderlich des Pflegern, Meistern und anderer officianten mit weltlichen und tüchtigen Personen von beyderley Religionen besetzet: dieselbe entsetzet: mit Orden und Pflichten beladet: von ihnen Rechnungen abnimmt: hingegen die iurisdictio ecclesiastica des Herrn Bischofen zu C. weder hierin, noch in visitatione sich eussert, welches solche data sind, die des Hospitals statum secularem, und desselben Güter qualitatem ciuilem offenbar darlegen, da sonsten der Catholische Theil des magistratus, woferne das Hospital qualitatem ecclesiasticam haben solte, sich dergleichen anzumassen nicht unterstehen dürfte, dieserwegen 6) denen bekannten Rechten nach bey Verpfändung dieser Hospital-Güter des Herrn Ordinarii auctoritas, causæ cognitio und decretum, als welche actus iurisdictionis ecclesiasticæ sind, nicht erfordert, noch ohne præiuditz des Evangelischen Theils, respectu cuius iurisdictio episcopalis cum omnibus suis speciebus penitus suspensa est,

art. V. I. P. *§. 48.*

adhibiret werden, noch der gesamte magistratus zugeben kan, daß, wie man zu C. vorgeschlagen, der Herr Ordinarius den statum hospitalis zuvor untersuchen möchte, als worin das ius visitandi, tanquam iurisdictionis ecclesiasticæ effectus, ausgeübet werden würde, so er doch bishero sich nicht angemasset, vielmehr die Hospital-Güter mit den Stadt-Gütern in einer connexion stehen, und jenes Wohlfahrt mit

mit der Stadt Besten dergestalt verknüpfet, daß keines ohne das andere seyn kan, dieserwegen da 7) nach dem concluso d. a. 1734. der consensus ordinarii bey der Verpfänd- und Veräusserung des Hospitals Güter, ausser der die Bürgerschaft repræsentirenden collegiorum Einwilligung, eingeholet werden soll, solcher consensus nicht dahin gezogen und verstanden werden kan, daß dadurch ein actus iurisdictionis ecclesiasticæ demselben eingeräumet werde, bevorab da öfters des patroni consensus ad alienationem bonorum ecclesiasticorum erfordert wird, woraus doch niemand einen actum iurisdictionis ecclesiasticæ schliessen wird, vielmehr dergleichen consensus nicht anders als ein votum negatiuum anzusehen, vt possit is, cuius consensus desideratur, allegare causas, quare alienatio non sit facienda, et ita præcauere, ne bona dilapidentur,

WIESTNER *in instit. iur. can. ad tit. de veb. eccl. alien. vel non. n. 82.*

qualis necessitas adhibendi consensum patroni laici in alienatione bonorum ecclesiasticorum partim ex lege fundationis, partim ex consuetudine et conuentione dependet, nec a canonibus improbatur,

IDEM *cit. l. n. 84.*

welches denn 8) ebenfalls im gegenwärtigen Fall von dem consensu ordinarii zu sagen, als welcher, ausser diesem, bishero keinen actum iurisdictionis ecclesiasticæ über das Spital ausgeübet, noch, da es bloß von der administration der weltlichen Obrigkeit dependiret, und dessen iurisdiction allein unterworfen, ausüben können, mithin pro subsstrata materia der consensus ordinarii bloß dahin zu erklären, vt votum negatiuum exercere, non vero actum iurisdictionis peragere queat; in solchem Fall aber 9) es vornemlich auf iustam et necessariam causam alienandi ankommt, als weswegen allein dieser consensus erfordert, mithin also nicht absolute nothwendig ist, si aliunde iusta et necessaria alienandi causa probari potest, noch dahin gedeutet werden kan, daß der consentiens pro lubitu dissentiren, und den actum, ad quem eius consensus necessarius est, verhindern könne, zumal derselbe nicht vi iurisdictionis, sondern bloß vi consuetudinis vel conuentionis etwa zu adhibiren ist, in welcher Absicht 10) in dem concluso d. an. 1734. der consensus des ordinarii nur bloß deswegen, weil es bishero so gehalten, und bey Veräusserung des zum Hospital gehörigen Dorfs B. dieses ehemals beobachtet worden, also bloß ex pristina obseruantia, keinesweges aber ex lege iurisdictionis, erfordert und beybehalten, und dabey bekannt ist, daß nach diesem zwar keine alienatio sine decreto et causæ cognitione eius, qui iurisdictionem ecclesiasticam habet, valide geschehen; leichter aber bewerckstelliget werden kan, wenn simplex consensus ex obseruantia vel consuetudine allein nöthig ist, vt plane negligi et insuper haberi possit, si iusta et necessaria alienandi causa adest, cum cessante causa, ob quam consensus desideratur, cessare debeat etiam dispositio,

ANCHORAN. *cons. 47. n. 4.*

NAVARRVS *de alien. rer. eccl. n. 17.*

so daß nicht einsten in alienatione bonorum immobilium pupilli die solennia consueta nöthig sind, si de causa alienandi necessaria constet, bey welcher alienation doch decretum magistratus ex lege iurisdictionis nöthig ist, dieserwegen 11) es blos darauf ankommen wird, ob iusta et necessaria oppignorandi bona hospitalis causa hier anzutreffen sey, welche so ferne sie in facto richtig, theils so wichtig, daß an deren legalität nicht zu zweifeln: theils so beschaffen, daß sie das bonum des Hospitals und der Stadt zur Absicht führen, welche beyde in unzertrennlichem nexu stehen, und jenes interesse von der Stadt nicht abgesondert werden kan, überhaupt aber 12) solcher Nutzen und Nothwendigkeit, ein Anlehn auf ein Hospital-Gut aufzunehmen, daraus zu præsumiren, daß der magistrat, præuia matura deliberatione, zu diesem Mittel zu greifen sich genöthiget gesehen, und die die Bürgerschaft repræsentirende collegia darin mit dem Magistrat einig sind, ja der Schwäbische Creyß ihnen selbsten, um sich aus der itzigen Noth mit conseruation der Unterthanen zu erretten, angerathen, ein zureichendes Capital aufzunehmen, zumal 13) in facto angegeben, daß (a) die Hospital-Unterthanen durch starcke Einquartirung march- und remarches sehr vieles erlitten und ausser Stand gesetzet worden, die dermalen ungemein überhäufte so Reichs- als Creyß-præstationes, nebst ihren Lehn-Schuldigkeiten abzuführen, dergestalt, daß sie ehender die grundverderbliche executiones über sich ergehen lassen, ja ihr Haus und Hof abandoniren würden, im Fall ihnen nicht von der Lehn-Herrschaft nach dem Exempel anderer Stände beygesprungen, und sie also conseruiret werden solten: (b) solche und andere Fatalitäten mehr verursachet, daß gedachte Lehn-Leute von einigen Jahren her, an denen zur Krieges-Casse schuldigen Creyß-præstationen noch mit einem grossen Rest verhaftet seyn, daß wenn man denselben auf einmal a circulo executiue eintreiben wolte, sie nothwendig zu Grunde gehen müssen, bevorab da (c) bey dem letztern Creyß-Convent solche Verfügung geschehen, daß eine execution auf die andere folgen, und alle angesetzte Creyß-præstationes auf das vigoro- 17
sete eincassiret werden solten, dahero wenn man durch die kostbare executiones die Unterthanen nicht zu Grunde gehen lassen will, man ihnen durch ein Anlehn nothwendig zu Hülfe kommen muß, wie denn (d) von dem gemeldten Creyß-Convent des Magistrats nachgesetzte Krieges-Casse, wohin die oftgedachte Spitalische Lehn-Leute ihre Creyß-præstationes zu entrichten haben, zur Bezahlung des an dem Gottes-Haus vom Hospital wegen schuldigen Ziels a 1500 Fl. sub pœna realis executionis bereits angehal-

ten, nicht weniger (e) itzt gedachte Krieges-Casse in die Creyß-Einnehmerey eine Summe von 14898 Fl. schuldig, und um deren Abführung unter Bedrohung realer execution erinnert worden, also die äusserste Noth solches Anlehn zur conservation der Hospital-Unterthanen vornemlich aufgenommen werden muß, hierüber (f) ostermeldtes Hospital noch viele Capitalia theils mit harten conditionen zu verzinsen hat, welche mit dem Anlehn auf ein Hospital-Gut abgelöset werden sollen, also 14) hieraus abzunehmen, daß vornemlich zu der Unterthanen des Hospitals eigenem Besten dieses Anlehn seine Absicht führe, wovon der magistratus besser und zureichender, als das geistliche Gericht zu C. urtheilen kan, diesem auch, absonderlich von Seiten des Augspurgisch. Confessions-Antheils, nicht eingeräumet werden kan, den statum des Hospitals zu untersuchen, als wodurch er einen actum iurisdictionis ecclesiasticæ zu exerciren intendiret, so ihm aber nicht zustehet, und dem Magistrat nicht zu verdencken, daß er sich mit aller Macht dagegen setze und seine Freyheit behaupte, dagegen dann
18 15) die rationes dubitandi nichts verfangen können; angesehen ad 1) bereits gewiesen, daß nicht alle Hospital-Güter zu denen bonis ecclesiasticis stricte dictis zu referiren; welche
19 allein der Bischöflichen iurisdiction nach dem iure canonico unterworfen, ob wol ad 2) wie in instrumento pacis geschehen, sie ob vsum pium in sensu latiori dahin mit gerechnet werden, und ad 3) in so weit a bonis mere secularibus, ad profanos vsus destinatis, noch zwar zu distinguiren, iedoch, wie dargethan ist, ratione iurisdictionis der weltlichen Obrigkeit unterworfen sind, wohin auch ad 4) die angeführten ICti abzielen, wenn sie insgemein nach dem *l. 23. C. de SS. eccles.* die Hospitäler ad bona ecclesiastica referiren, wohin sonsten in stricto sensu alleine diejenigen Güter, welche auctoritate diœcesani dazu gestiftet, zu ziehen sind,

FAGNANVS *ad. c. 3. X. de relig. dom. n. 11.*

20 so auch ad 5) im gegenwärtigen Fall in dem Kayserlichen concluso wohl angemercket worden, als in welchem zuforderst zur Verpfändung und Veräusserung der Hospital-Güter des Magistrats und der die Bürgerschaft repræsentirenden collegiorum consens und Schluß erfordert wird, worauf es nicht, sondern allein auf die Auctorität und decretum des Herrn ordinarii, absonderlich ratione Catholicorum, wenn dieses Hospitals Güter ad bona ecclesiastica zu ziehen, ankommen würde, und ob zwar dabey auch der consensus ordinarii mit zugezogen werden soll, doch solcher nicht ob iurisdictionem ecclesiasticam, als welche bey diesem Hospitali cessiret, sondern allein wegen einiger observantz damals beybehalten worden, wie solches ad 6) unter den Worten des Kayserlichen concluſi:

21 Wie man solches bey Veräusserung des zum Hospital gehörigen Dorfs B. beobachtet, angezeiget ist, welche mehr ad possessorium als petitorium gehen, wodurch denn die ad 7) 21
et 8) angeführte conclusiones von selbsten ihre Abfindung finden, beverab da der magistratus dabey alle Vorsichtigkeit, pro consensu Domini Ordinarii impetrando, adhibiret, und so wol mündlich als schrifftlich die situation der Sachen vorgestellet, iedoch solche Vorstellungen keinen ingreis finden wollen, da doch derjenige, dessen consens maioris cautelæ et securitatis causa bey einer Sache erfordert wird, nicht absolute et pro lubitu dissentiren kan, vielmehr nur alsdann zu hören, si iustas dissentiendi causas adferre queat, ja der consensus ordinarii hier allein deswegen erfordert wird, vt eo certius de iusta causa constet,

HARPRECHT *resp. 57. n. 292.*

proinde si aliunde satis de iusta alienandi causa constat, nequidem consensus hic necessarius est, qui non propter se, sed propter aliud desideratur,

HARPRECHT *cit. l.*

MENOCH *de arbitr. iud. quæst. cas. 1. n. 4.*

welches um destomehr zu statuiren, da der con- 22
sensus ordinarii propter iurisdictionem ecclesiasticam alhier nicht, sondern allein propter obseruantiam erfordert wird, da jene der Evangelische Theil nicht agnosciret, der Catholische Theil aber hier bey einem Hospitali mere laicali et sub sua iurisdictione existente zu agnosciren ebenfalls nicht schuldig ist,

So halten wir dafür, daß gestalten Sachen 23
nach absonderlich Magistratus Augustanus nicht præcise verbunden oder gehalten sey, ratione dieser beyden Religions-Antheilen gemeinschafftlichen Hospital-Güter den consensum ordinarii in Verpfändungs- und Veräusserungs-Fällen zuforderst zu erhalten.

Bey der andern Frage:

Ob daraus, daß in dergleichen 24
Fällen a potiori **meistens nur** ad
instantiam **der** creditorum, **so nicht anders bey dem Anlehn des Geldes zu frieden seyn wollen, dieser** consensus **erfordert worden, dem Herrn Bischof zu N. ein** ius fundatum **zugewachsen, oder nicht vielmehr solches ohne allen** præiuditz **sey?**

erachten wir für recht,

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl hierbey es auf das conclusum de 25
an. 1734. vornemlich ankommen möchte, nach welchem der consensus ordinarii schlechterdings reseruiret, ja auch dabey verordnet ist, daß

daß, weil solcher bey daselbst gemeldetem Tausch nicht adhibiret sey, dieser Mangel annoch suppliret werden müsse, woraus es dann das Ansehen gewinnen will, als wenn dem Herrn Ordinario dadurch ein ius perfectum zugewachsen.

26 Weil aber dennoch bereits in voriger Frage ausgeführet, daß das Hospital zu B. nicht ecclesiasticum sondern laicale sey, diesemnach auch der Herr Ordinarius keine iurisdictionem ecclesiasticam darüber ausgeübet, vielmehr dasselbe lediglich sub iurisdictione magi-
27 stratus loci gestanden; übrigens daß der consensus ordinarii in dem gedachten concluso reserviret, bloß wegen einiger observanz geschehen, wie in dem dritten Punct des concluſi expresse angezeiget ist, welche ohne Zweifel dahero gekommen, weil die creditores solches, wiewohl de superfluo, verlanget, wodurch aber der status Hospitalis laicalis nicht verändert, noch schlechterdings sub iurisdictionem Ordinarii gebracht worden, cum nec beneplacitum Apostolicum, petitum in aliqua alienatione bonorum Hospitalis laicalis, faciat mutare statum primum, nec per hoc inferatur præiudicium, sed petitum præsumatur, quatenus opus est, adeoque per hoc non acquiratur aliquod ius, vt possit hospitale dici ecclesiasticum,

BARBOSA *in iur. eccles. lib. II. c. 11. n. 17.*

28 nicht zu gedencken, daß bey solchen Umständen nicht einsten des Ordinarii consensus propter iurisdictionem ecclesiasticam, als welche hier gar nicht statt finden kan, sondern nur ad bene esse, und weil zu mehrerer Sicherheit die creditores etwa darauf gedrungen, gesuchet worden, wodurch kein beständiges Recht auf den Herrn Ordinarium transferiret worden.

29 So erhellet hieraus so viel, daß durch den bishero gesuchten consens des Herrn Ordinarii ad instantiam creditorum der status des Hospitals nicht geändert, noch daraus dem magistratui ein præiuditz zu gezogen sey.

Anlangend die dritte Frage:

Ob nicht allenfalls ein Unterschied unter den alten Stifts-Gütern und denenjenigen zu machen sey, welche aus denen Revenüen des Hospitals durch gute Wirthschaft acquiriret sind?

Rationes dubitandi et decidendi.

30 So will es zwar das Ansehen gewinnen, als wenn allenfalls nur die bona originaria, so bey dem Stifte gelegen, pro ecclesiasticis zu achten und der consensus ordinarii auf dieselbe zu zie-
Bhæm. Conf. T. III. P. I.

hen sey, zumahl die neu erworbene Güter aus demjenigen, was durch gute Wirthschaft aus dem Einkommen erübriget, mehr den statum secularem behalten haben möchten, weil solche nicht auctoritate episcopali zum Hospital-Vermögen geschlagen, sondern bloß auctoritate magistratus secularis dazu geleget worden.

Dieweil aber dennoch aus dem modo ac 31
quirendi nicht eigentlich zu ermessen, ob ein Hospital ecclesiasticum oder seculare sey, sondern solches lediglich aus dem modo fundationis dependiret, da, wenn auctoritate episcopali 32
ein Hospital fundiret und eingerichtet, solches pro ecclesiastico sub iurisdictione episcopali existente: so ferne es aber nicht geschehen, sondern bloß aus Christlicher Liebe, oder um guter Policey willen ein Hospital angerichtet wird, alsdann solches pro seculari zu halten, so der weltlichen Obrigkeit und dessen iurisdiction unterworfen bleibet;

BARBOSA *de iur. eccl. lib. II. c. XI. n. 14. et 12.*

Uebrigens wenn ein Hospital originarie qualitatem ecclesiasticam einmahl erhalten, alsdann 33
solche auch allen Gütern, quomodocunque acquisita fuerint, mitgetheilet werden muß, cum accessorium sequatur naturam sui principalis, et illud ex hoc æstimetur, man auch nicht eben nöthig hat, in dieser Materie auf die angeführte distinction zu fallen.

Als halten wir dafür, daß die angeführte 34
distinctio hierbey ohngegründet sey.

So viel die vierte Frage betrift:

Ob nicht mit dieses Bischöflichen 35
consensus **gäntzlicher Uebergehung die Einwilligung der, die Bürgerschaft** repræsentirenden, **Stadt-Ammännere, Richtern und grossen Räthen hinlänglich und kräftig genug dazu sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl der Bischöfliche consens nunmehr 36
de necessitate zu seyn, und ad solennia ecclesiastica zu gehören scheinet, nachdem per conclusum Cæsareum de an. 1734. die forma alienationis bestimmet, und dazu præter consensum magistratus et eorum, qui ciuitatem repræsentant, des Ordinarii consensus erfordert worden, zumahl die Rechte dergleichen alienationes vel oppignorationes pro irritis halten, bey welchen der gehörige consens ermangelt,

c. 52. C. 12. q. 2.
c. 8. X. de his quæ fiunt a præl. sin. conſ.
c. 1. de reb. eccl. alien. in n. 6.

quod actus forma sua destitutus nullus sit.

WIESTNER. *ad tit. de reb. eccl. alien. n. 86.*

37 Weil aber dennoch dieses bloß bey eigentlichen so genannten Kirchen-Gütern ad regulam von denen meisten interpretibus gezogen, keinesweges aber eine absolute Nothwendigkeit daraus hergeleitet wird, sialiunde de alienationis necessitate constat, wie bereits am En-

38 de der ersten Frage dargethan; hiernächst die Beschaffenheit dieses Hospitals an und vor sich selbsten consensum ordinarii nicht erfordert, noch ein und andere observantia, worauf das conclusum Cæsareum allein geschen, und zu mehrerer Sicherheit den consensum ordinarii mit eingeschlossen, den statum desselben verändern, und eine absolute Nothwendigkeit dem magistratui auflegen kan, den consensum ordinarii zu verschaffen, wenn nach dessen Einholung und dabey gethaner genugsamen Vorstellung der Ordinarius schlechterdings den consensum denegiret, beyorab, da anderer Reichs-Städte Exempel, davon die beygelegten Beylagen bezeugen, contrariam praxin darthun, und nicht wenig zu befürchten, daß, wenn es auf den verweigerten consensum episcopalem hier lediglich ankommen solte, dadurch dem Herrn Ordinario die geistliche jurisdictio über das quæstionirte Hospital eingeräumet, und demselben Gelegenheit gegeben würde, immer weiter zu greifen, so billig zu præcaviren, vielmehr bey einem solchen Hospital, so unter der Stadt-jurisdiction und administration stehet, es primario auf dieser Ueberlegung, Bewilligung und decretum ankommen muß, als welche am besten, und kein Auswärtiger von der præsente necessitate talia bona oppignorandi judiciren kan, und wissen muß, was zur Stadt Besten gereichet.

39 So sind wir der rechtlichen Meynung, daß mit gänzlicher Uebergehung des consensus ordinarii, nachdem solcher requiriret, aber nicht zu erhalten stehet, die Einwilligung der die gemeine Bürgerschaft repræsentirenden collegiorum ad oppignorationem des Hospitals Güter genug und hinlänglich sey?

40 Endlich so viel die letzte Frage betrift:

Ob nach dem Exempel anderer gemischten Reichs-Städte zu verfahren, und dabey Kayserlicher consens **auszuwürcken sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl dabey dieses Bedencken vorfallen 41
möchte, daß der Kayserliche Hof auf Anrufen zuvor von dem Herrn Bischof zu C. Bericht erfordern, und dabey in Zweifel stehen möchte, ob er den dissensum ordinarii erfüllen, und in die Verhypothecirung consentiren wolle, da, wenn das Hospital als ein bonum ecclesiasticum anzusehen, der Kayserliche Hof ex principiis Catholicorum ohne Zweifel bedencklich halten wird, sich in diese Sache zu meslren.

Weil aber dennoch die bey der ersten Frage 42
angeführten data offenbar anzeigen, daß das Hospital zu B. laicale, und so beschaffen sey, daß es lediglich sub iurisdictione et administratione magistratus loci stehe, und dabey der consensus ordinarii nur ad maiorem creditorum securitatem ex aliqua observantia erfordert worden, bey dergleichen Hospitälern aber der Kayserliche Hof keine Difficultät machen wird, die veritatem et legitimam der intendirten Verpfändung eines Hospital-Guts zu untersuchen, und über den denegirten consensum ordinarii zu ertheilen, zumal bey der 43
ersten Frage ausgeführet ist, daß der consensus omnium ordinarii nur ein votum negativum in sich halte, mithin derselbe schlechterdings ist, 44
causas quare non anzuzeigen, worüber alsdann der Kayserliche Hof, als superior, zu erkennen hat, beyorab da in allen dergleichen Fällen, da der consensus bloß ad allegandum causas, quare oppignoratio fieri non debeat, erfordert, wird, der superior den consensum inique denegatum suppliren kan, wie wohl was in rationibus dubitandi angeführet ist, ad rem consilii gehöret, und wohl zu überlegen stehet, ob es sicher und rathsam sey, den Kayserlichen Hof mit dieser Sache zu behelligen, und ob nicht vielmehr dem Herrn Ordinario Anlaß gegeben werde, mehr Recht bey dieser Gelegenheit sich anzumassen als ihm zukommt, zumahl er bereits den Zustand des Hospitals zu untersuchen attentiren wollen.

So erhellet daraus so viel, daß man zwar 45
den consensum des Kayserlichen Hofes suchen könne, dabey gleichwol zuvor wohl überlegen müsse, ob solches der Stadt nicht mehr Schaden als Vortheil bringen könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXIX.

RESPON-

RESPONSVM XXXI.

THEMA.

De vario præpositurarum statu et iure præpositi circa electionem.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio proposita. n. 2.
In electionibus abbatissarum olim præposito tertia votorum competiit. n. 3. 5.
Cassatur iure canonico electio maioris partis facta, contemta minori parte. n. 4.
Præpositurarum dantur duæ species: vna earum, quæ omnia requisita beneficiorum ecclesiasticorum habent, et dignitatem ecclesiasticam constituunt. n. 8.
Altera earum, quæ non sunt erectæ in titulum beneficii, sed pro temporali administratione bonorum ecclesiasticorum institutæ sunt. n. 9.
Quarum natura explicatur n. 10. 11.
Et demonstratur, hanc spartam olim etiam laicis obtigisse. n. 11. 12.
Quinam olim in sensu latiori præpositi dicti? n. 13.
Monasteria monialium olim præpositos seculares habuerunt. n. 14.
Quorum officia recensentur. n. 15.
Eiusmodi præpositi ad electiones non admissi sunt. n. 16. 26.
Sed hic actus solo sanctimonialium conuentui reseruatus est. n. 17. 18.
Adeo vt si conuentus monachorum et monialium præpositos habuerint abbatem et abbatissam, ille ad electionem abbatissæ concurrere non potuerit. n. 18. 19.
Præpositus conuentui monialium in electione abbatissæ votum et sessionem in conuentu non habet. n. 20.
Nec patronus aut aduocatus monasterii. n. 21.
Adeo vt nec consuetudine hoc introduci possit. n. 22.
Quomodo differat simplex consensus a suffragio in electionibus? n. 23. 24. 25.
Præpositura ecclesiastica cedi nequit, secus ac secularis. n. 26.
In electionibus canonicis duplex votum nemini competit. n. 27.
Præsumtio iuris capitur ab eo, quod ordinarie et regulariter fit. n. 28.
Annotatio priuata fisci etiam nihil probat, inprimis contra tertium. n. 29. 30.
Relationes sine communicatione nihil probant. n. 31. sqq.
Decisio quæstionis. n. 34.

Die mir zugeschickte facti species bestehet in folgenden:

1 Zwischen einem gewissen Kloster in Germanien und der gnädigsten Herrschaft ist eine kleine differenz wegen der Wahl entsprungen, da der Landesherr seinen Grund, einige Stimmen bey der Wahl der Aebtißinen zu haben, darin setzet, daß er in die iura der ehemahligen Kloster-Pröbste ex cessione de anno 1529 getreten, die ehemahlige Probstey aber tertiam votorum gehabt hätten, welches das Kloster in Zweifel ziehet, und dahero von beyden Seiten unterschiedene fundamenta zu Behauptung ihrer intention angeführet sind, dabey dann gefraget wird:

2 **Ob die an Seiten des Klosters militirende argumenta so bewandt sind, daß sie zu excludirung des Gesinnens von drey oder zehn Stimmen für hinlänglich zu achten, und man sich daher eines gedeihlichen decisi bey künftig anzustellendem Proceß zuversichtlich getrösten könne?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wohl von Seiten Serenissimi hiebey 3
1) zum Grunde geleget wird, daß die gnädigste Herrschaft in Germanien in die iura der ehemahligen Pröbste bey dem Kloster getreten, und solche von dem damahligen Probst anno 1529 derselben cediret worden, dieserwegen dann sich dessen Rechte in allen zu erfreuen habe, welche vor dem, absonderlich bey denen weiblichen Klöstern, in grosser auctorität gestanden, und dahero nicht zu verwundern seyn möchte, daß derselbe bey der Wahl concurriret, ja vordem 4
tertiam votorum gehabt, wie denn so wohl nach den canonischen Rechten,

per c. 3. X. de consuet. et c. 50. X. de elect.

als nach dem Osnabrückischen Friedensschluß

per art. V. §. 17.

auch wohl andere extra gremium capituli vel conuentus der Gewohnheit nach bey der Prälaten-Wahl seyn können, daß dahero deren vota nicht negligiret werden müssen, quod alioquin electio sit nulla,

c. 36. X. de elect.

ita vt vel possessio præsens sufficiat, ne quis excludi ab electione possit;

c. 54. X. eod. c. 3. X. de caus. possess. et propriet.

welchem zu folge 2) das bey dem Amte in anno 1664 errichtete Lagerbuch dem Landesherrn zehn Stimmen beyleget, ohn Zweifel aus der Ursache, weil vormahls das Kloster stoeck besetzet, und tertia votorum in dieser Zahl bestanden seyn mag, so auch 3) aus dem Bericht, so der Ammann von Guastalla anno 1672 abgestattet, erhellet, als worin er meldet, daß er damahls nomine serenissimi Kraft habender zehn Stimmen der Wahl beygewohnet, wie denn 4) ferner ein ander Amts-Bericht de anno 1689 diesem beytreten möchte, woraus zu ersehen, daß bey der damahligen Wahl die conventuales nicht mehr als drey Stimmen ihm, dem Amtmann, verstatten wollen, weil ohne Zweifel tertia votorum aus dreyen nur bestanden haben mag, also hieraus folgen möchte, daß wenigstens das postulatum derer dreyen Stimmen in confesso sey. Endlich 5) eine noch lebende Conventualinne sich ohnlängst selbsten ad protocollum vernehmen lassen haben soll:

daß der Landesherr ehe dem bey der Wahl drey Stimmen geführet,

woraus denn erhellen möchte, daß die gnädigste Herrschaft bey der Wahl einer Aebtißin zum wenigsten mit drey votis bey gegenwärtigem Zustande des Klosters zu concurriren befugt sey.

Rationes decidendi.

Ob nun wohl bey dieser Sache ein grosses Licht gegeben haben würde, wenn so wohl der alten Kloster-Pröbste ihre iura aus den Kloster-Urkunden einiger Massen vorher untersuchet, und wie weit ihre Gewalt dabey sich erstrecket, man zuförderst angeführet haben möchte, als auch von dem Zustand desselben in anno 1529. da die cessio der pröbsteylichen iurium an die Landesherrschaft und als erblich geschehen seyn soll, einige mehrere Nachricht aufgesuchet, anbey angemercket hätte, ob damahls die Landesherrschaft, wie fast zu vermuthen, nicht noch Catholisch, und das Kloster gleichfalls noch dieser Religion zugethan gewesen, dazumahl erst zwölf Jahr nach der Reformation verflossen, und man daraus von dem statu priori desselben am besten urtheilen können, zumahl wohl zu vermuthen, daß die pröbsteylichen iura bey der Wahl nicht damahls erst ihren Anfang pott cessionem genommen, sondern dieselbe, wie sie longo vsu bey dem Kloster zu denen Catholischen Zeiten sich befunden, auf den Landesherrn transferiret seyn müssen; imgleichen billig Erkundigung eingezogen werden müssen, ob der Probst in anno 1529 geist- oder weltlich und also die præpositura secularis oder ecclesiastica gewesen, so muß ich doch von allen diesen Umständen, die doch viel zu einer soliden Erörterung beytragen möchten, für itzo abstrahiren, und die Sache allein nach den Catholischen Zeiten ermessen, woraus die pröbsteylichen iura hergeflossen, und in keinem andern Zustande in anno 1529 gewesen seyn können, als wie sie vormahls ante reformationem sich befunden, als welche per cessionem, so solche richtig, nicht vermehret sind. Nun ist 1) anfänglich zu erwegen, daß insgemein nach denen canonischen Rechten zweyerley Arten der præpositurarum aufgeführet werden. Die erste Art derselben sind vera beneficia ecclesiastica, quæ omnia requisita beneficiorum ecclesiasticorum habent, et dignitatem ecclesiasticam constituunt,

c. 14. extrau. comm. de præb.

dahin absonderlich die Probsteyen bey den hohen Stiftern und collegiis canonicorum regularium ja auch bey denen Mönchs-Orden gehören, alwo die priores, so vicarii abbatum sind, auch Pröbste genannt werden, und dabey ein geistlich Amt und Aufsicht mit führen. Die andere Art derselben sind mera officia simplicia, quæ non sunt erecta in titulum beneficii, sed solum instituta pro temporali administratione bonorum ecclesiæ, quæ administratio sicut dicitur præpositura, pariter administratores, qui eam alieno nomine regunt, præpositi nuncupantur, welche Bedeutung der Pabst VRBANVS II. anzeiget

in c. 8. C. 1. q. 3.

und saget: nomine vero procuratoris intelligit præfata synodus quemlibet ecclesiasticarum rerum administratorem, vt verbi gratia: præpositum, œconomum, vicedominum etc.

conf. TAMBVR. *de iur. abbat. tom. III. p. 288. n. 6.*

dahero auch

TVRRECREMATA *Cardinalis ad cit. c. 8. n. 7. 10.*

saget: præpositus in quibusdam ecclesiis administrat temporalia canonicorum duntaxat: in quibusdam etiam spiritualia, da dann die administratio temporalium bloß die Wirthschaft der Stiftsgüter und die Besorgung deren Rechte sine cura animarum et obligatione ad diuina facienda betrift, und keine geistliche Amts-Verrichtungen mit zum Zwecke hat: die administratio spiritualium ausser dieser Besorgung der Stiftsgüter curam animæ und obligationem ad rem diuinam faciendam mit sich führet, dergleichen Pröbste in denen meisten hohen Stifts-Kirchen gewesen, die Aufsicht auf die canonicos gehabt, mit zu Chore gegangen, mehrentheils den vornehmsten Platz im choro gehabt, und dahero auch bey der Wahl der Bischöfe mit concurriren können, wie ich

in instit. iur. canon. tit. de vita et honest. clericor. §. 9.

dargethan, und solches bestätigen

ANTON. MATTHAEI *de nobil. lib. 2. c. 25. p. 457.*

SCHANNAT *in histor. Fuldensi Part. I. p. 41.*

wiewohl

wiewohl auch diese Pröbste mit der Zeit ihre Obliegenheit bey denen diuinis mehrentheils hindan gesetzet, die Wirthschaft der Stiftsgüter allein besorget, und man deswegen dafür gehalten, daß diejenigen Pröbste die Geschicktesten wären, welche mehrere Macht und Ansehen vor andern hätten, wie aus der *integra decretali*

apud GONZALEZ *in c. 46. X. de appellat.*

zu ersehen, alwo folgende Werte anzutreffen: intelligens decanus, quod præpositus administrationem temporalium debeat exercere, ideoque ille ad hoc vtilior, qui potentior reputetur, bono zelo prædictum E. in præpositum nominauit, scientem ecclesiæ prouidere, ac potentem, iura et possessiones ipsius, si esset necesse, in forti manu et
11 brachio extenso tueri. Die erste Art der Pröbste, qui meram administrationem temporalium habent, quam villicationem vocarunt, hat man vordem vielfältig bey denen Klöstern vtriusque sexus gehabt, und solche auch denen laicis anvertrauet, welche durch ihre habende Macht die bona ecclesiarum beschützen, und das Beste des Ordens besorgen konten, zumahl die religiosi allein ihrer deuotion abzuwarten bestimmet waren, und mit der Sorge der Nahrung sich nicht belästigen wolten, vnde etiam laicis spartam hanc obtigisse, iam dudum obseruarunt interpretes

apud FAGNAN. *ad c. 7. X. de for. compet. n. 11.*

12 anerwogen sie die gantze Oeconomie und Wirthschaft der Kloster-Güter besorget, dieselbe verpachtet, deren Lehnen vorgestanden, die bey denen Gütern befindliche iurisdiction exerciret, und überhaupt alles, was ausser dem Kloster und Convent zu besorgen gewesen, ohne ein ander geistliches Amt verrichtet. Weil aber bey denen Manns-Klöstern diese Pröbste übel Haus gehalten, ist solches Amt mit der Zeit ihnen entzogen, und allein geistlichen Personen anvertrauet worden.

DV FRESNE *in glossar. voc. præpositus.*

13 Sonst sind auch wohl die aduocati der Stifter præpositi genannt worden, wie der gedachte DV FRESNE *cit. l.* aus denen antiquitatibus bemercket, welche præpositura ist erblich und mere secularis gewesen, und auf andere trans-
14 feriret werden können. Was nun insbesondere die Nonnen-Klöster betrift, so haben solche Theils ihre Patronos oder Stifter, welche die præposituram secularem geführet haben, und defensionem monasteriorum besorget; theils geistliche Pröbste gehabt, und wie jene erblich gewesen, so ist diese præpositura ecclesiastica im Gegentheil mit dem Tod erloschen und hinwieder per viam electionis conferiret worden.
15 Diese geistliche Pröbste haben bey dem Jungfrauen-Kloster vornemlich die administration nebst Erhaltung und Verbesserung derer Kloster-Güter zu besorgen gehabt, und sind in denen diplomatibus, die im Namen der Klöster über die Kloster-Güter ausgefertiget worden, mit genannt, ja den Aebtißinnen ob præstantiam sexus et masculinæ dignitatis ecclesiasticæ vorgezogen worden, wie davon viele diplomata anführet

LEVCKFELD *in histor. Beschreib. des Cistercienser Klosters S. Georgii zu Kelbra p. 125. sqq.* und *p. 164. sqq.*

alwo folgende formulæ vorkommen: Gerhardus Dei gratia S. Moguntinæ sedis episcopus etc. dilecto in Christo præposito, abbatissæ et conuentui monasterii sanctimonialium in Kelbra etc. Ingleichen *p. 148:* nos Dei gratia præpositus in Kelbra, Sophia abbatissa in Heldrungen, Christina priorissa totusque conuentus ibidem etc. Ferner *p. 162:* Henricus Dei gratia præpositus, Guta abbatissa, Adelheid priorissa, totaque congregatio sanctimonialium in Niendurp omnibus præsens scriptum inspecturis. Ingleichen *p. 164:* Nos Fridericus in Bendeleben præpositus, abbatissa et totus conuentus sanctimonialium in Kelbra recognoscimus. Wie nun bey der administration der Kloster-Güter und darüber verfertigten Urkunden des Probstes billig gedacht werden müssen, also finde ich hergegen, daß wenn Urkunden bloß über geistliche Handlungen und actibus deuotionis, z. E. über indulgentien ausgefertiget worden, der Probste gar nicht gedacht worden, sondern bloß die Formul dabey vorkommt: Dilectis in Christo abbatissæ et conuentui Monasterii de Kelbera, ingleichen: religiosis dominabus, abbatissæ, priorissæ et conuentui monasterii in Kelbra

LEVCKFELD *cit. l. p. 137* und *p. 140.*

weil diese geistliche beneficia zu Behuf der geistlichen Uebung der Nonnen mitgetheilet sind, dabey die Pröbste nichts zu verrichten hatten. Zu diesen geistlichen Handelungen hat man auch 16
3) die Wahl der Aebtißin ohnstreitig gezogen, als welche nach dem iure canonico als ein ius mere spirituale geachtet, und dahero daraus geschlossen wird, daß mit denen canonicis keine laici bey derselben concurriren können.

c. 54 X. de elect.

Ob nun wohl der Probst in rebus ad administrationem rerum monasterii mit dem Convent concurriret, so wird man nicht finden, daß derselbe mit zu der Wahl concurriret, und ein vorum dabey gehabt, sondern es haben die moniales über sich allein die Aebtißinnen erwehlet, und dahero wird auch dieses Recht in geistlichen Rechten dem conuentui sanctimonialium allein attribuiret

c. 43. de elect. in 6.

TAMBVRIN. *de iur. abbatiss. disquis. 28. qu. 1. n. 2.*

PELLIZZAR. *de monial. c. 10. sect. 2. subs. 1. n. 87.*

ita vt, qui præest electioni, siue episcopus siue alius superior monialium (qualis suo modo etiam est præpositus) fuerit, in casu discordiæ nequidem dare suffragium queat:

ASCAN.

ASCAN. TAMBVR *cit. l. n. 5. et qu. 6. n. 6.*

18 ja wenn es sich zugetragen, daß in einem Kloster ein conuentus monachorum et monialium sub abbate et abbatissa gewesen, als welches nicht ungewöhnlich,

ANTON. MATTH. *de nobil. lib. 2. c. 2.*

so hat nicht einsten der Abt bey der Aebtissinnen-Wahl ein votum ablegen können, ob er wohl dabey gewesen und dieselbe dirigiret, wie davon ein notable diploma des Bischofs zu Utrecht FRIDERICI *de a. 1322.* anführet,

ANTON. MATTH. *de fundat. et fatis eccles. vltraiect. lib. 2. fundat. 2. §. 4. p. 408. sqq.*

allwo folgende Worte zu marquiren: quod abbas S. Laurentii in Oestbroec prædictus, qui nunc est, et pro tempore fuerit, de cetero electionibus priorissæ et sanctimonialium prædicti monasterii in Vrouwencloester interesse habet et debet, non tanquam ius et vocem in electionibus habens, sed tanquam ipsorum consiliarius et director etc. Die-

19 ses bestärcket auch 4) die obseruantia communis derer übrigen Klöster im Lande Germanien, bey welchen die freye Wahl denen Klöstern zustehet, und in solcher Absicht auch der Landes-Recess de an. 1527. mit deutlichen Worten verordnet:

Daß die Klöster bey ihrer freyen Wahl geschützet werden sollen,

welche freye Wahl aber nicht bestehen kan, wenn ausser dem Convent andern, so nicht zum Con-

20 vent gehören, contra morem et iura monastica mehrere Stimmen zugeschrieben werden solten. Dahero stehet nicht wohl zu begreifen, wie ein Kloster-Probst bey einem weiblichen Kloster, bey dessen Conuentu er eigentlich kein membrum ist, noch als masculus seyn kan, in electione abbatissæ vocem et sessionem in conuentu, ja tertiam partem votorum, und nach diesen zehn oder drey vota, nach proportion des Convents, haben könne, da solche die

21 Pröbste in denen Catholischen Zeiten nicht gehabt haben, und dahero ohnmöglich im a. 1529 einen Gebrauch davon machen können, da nicht einsten der Bischof, oder ein ander superior votorum horum capax ist, ob er gleich die gantze Wahl vordem auctorisiret und dirigiret, am wenigsten aber bey denen præpositurís secularibus ein weltlicher Herr vordem Stimm und Stand bey der Abtissin Wahl haben können,

c. 43. de elect.

wenn er auch gleich patronus oder aduocatus des monasterii gewesen seyn solte.

PASSERIN. *de elect. canon. c. 9. qu. 3. n. 11.*

22 Und wie man nun 5) nicht anders vermuthen kan, als daß der Probst bey dem gedachten Kloster vormals in seculari qualitate, qua patronus vel aduocatus, etiam præpositus nonnunquam dictus, gestanden, und hoc respectu die angeführte cession an den Landes-Herren gethan haben muß, als welche præpositura allein erblich und cessibilis gewesen, so ist um destoweniger zu glauben, daß er als Probst bey der Wahl ein votum geschweige dann tertiam votorum haben sollen oder können, cum nec consuetudine tale quid introduci queat.

PASSERIN. *cit. l. n. 11.*

Weil aber doch 6) etwas an der tradition seyn 23
kan, daß man dafür gehalten, als wenn der Probst einige Stimmen, (davon man doch die eigentliche Zahl nicht angeben kan) bey der Wahl gehabt, so ist vermuthlich solche tradition aus der confusion des simplicis consensus mit denen suffragiis bey der Wahl selbsten entsprungen, indem bey dergleichen Stiftern und Klöstern es eine bekannte Sache ist, daß die Wahl zwar dem Convent allein zustehe, nach derselben aber bey dem patrono, aduocato und andern superioribus deren consens postuliret werden müsse, ohne welche die electa zur prælatur nicht gelangen kan.

PASSERIN. *cit. l. n 9 et 10.*

Dieses Recht schicket sich auch 7) gantz bequem 24
auf solche weltliche Pröbste und Patronos, als welche bey denen weiblichen Klöstern alles dirigiret, bey denenselben in grosser Hochachtung und Auctorität gestanden, und dahero auch ohne Zweifel ihren consens zu der geschehenen Wahl geben müssen, welcher zwar in einem voto negatiuo bestehet, vt possit patronus allegare causas, quare electa non sit admittenda, iedoch wohl in effectu so viel als tertia votorum oder zehen Stimmen nach proportion des Convents gelten kan, weil man wohl weiß, was vor bredouille der dissensus eorum, qui consentire debent, zu erregen pfleget, so daß öfters dadurch die gantze Wahl sich zerschlägt. Diese Muthmassung gründet sich 25
8) auf der Landes-Regierung rescript de anno 1737. in welchem sie agnosciret, was massen nach der Zeit der an. 1672 geschehenen Wahl,

Da der Amtmann berichtet hätte, dero Zeit der Abbatissinnen Wahl Kraft habender zehen Stimmen beygewohnet, und die vota serenissimi der von dem Convent einmüthig erwählten Friderica gleichfalls conferiret zu haben,

in actis von der Zahl derer herrschaftlichen Stimmen ein weiteres nicht vorkommen, so vermuthlich daher rühre, daß die Beamte denen vnanimibus derer Conventualen beygetreten wären ꝛc. aus welchem Bericht dreyerley erhellet: (a) daß der Amtmann, qua vicarius præpositi, der Wahl beygewohnet, wie solches auch wohl die Bischöfe und dessen officiales thun: (b) daß die Conventualen per vnanimia die Fridericam und andere erwählet, und dieser actus nothwendig also vorher geschehen müssen: (c) endlich der Amtmann die vota serenissimi derselben gleichfalls conferiret und der Wahl des Convents beygetreten habe, welches in rei veritate auf den bey solchen Wahlen üblichen con-

consens hinaus gelaufen, welcher erst post electionem ertheilet wird, solcher consens aber oder votum negativum von denen votis eligentium conventualium positivis sehr zu unterscheiden ist, und nur dahin abzielet, daß keine Aebtissin erwählet werden möge, die demjenigen, qui ius consentiendi habet, wegen erheblicher und wichtiger Ursachen nicht anstehet; wiewohl diese Muthmassungen bloß dahin abzielen, wenn genugsam erwiesen und beygebracht werden könte, daß die Pröbste des gedachten Klosters einige concurrentz bey der Wahl der Aebtissinnen gehabt haben solten, als welches ohnmöglich weder in einem, noch zehen, noch dreyen oder überhaupt in tertia parte vo-
26 torum bestehen können. Es ist aber 8) diese concurrentz bey der quæstionirten Wahl an und vor sich selbst noch altioris indaginis, und aus denen angeführten momentis um destoweniger zu behaupten, als die angeführte cession, so an. 1529. der damahlige Probst an die gnädigste Herrschaft gethan haben soll, entweder von dem erblichen iure patronatus und præpositura seculari zu verstehen, und also ihre Richtigkeit hat, aber alsdenn kein ius habendi vocem in conventu sanctimonialium mit sich führet: oder aber von der præpositura ecclesiastica anzunehmen, so ist solche cession wider alle Wahrscheinlichkeit, indem sich kein Exempel finden wird, daß dergleichen Kloster-Pröbste ein erbliches Amt gehabt haben, und daher der damahlige Probst sein personale officium niemanden übertragen mögen, sondern solches von der Aebtissin und Convent conferiret werden müssen, dahero denn von selbsten folget, daß, wenn ja, nach Beschaffenheit der damahligen Zeiten, diese præpositura der gnädigsten Herrschaft erblich aufgetragen seyn solte, solche præpositura secularis und erblich gewesen, und dem patrono vel advocato zugestanden haben müsse, davon aber noch zur Zeit keine Nachrichten und documenta idonea beygebracht sind. Gesetzt aber auch, 9) daß diese præposituræ hereditariæ collatio ihre Richtigkeit habe, wie ex diuturno vsu et agnitione monasterii fast zu præsumiren ist, so bleibet dennoch
27 das ius suffragii ferendi bey der Wahl der Aebtissinnen annoch unausgemachet, und kan aus denen angeführten Gründen nicht behauptet werden, als welche noch nicht einsten, wie viel vota eigentlich ein Probst vormahls gehabt haben soll, bestimmen, da bald tertia votorum, bald zehen Stimmen, bald drey vota dem Probst zugeschrieben werden, dabey aber überhaupt kein Grund anzutreffen, woher so viel vota einem Probst gegen alle geistliche Rechte zufliessen solten, indem es was unerhörtes bey allen und ieden geistlichen Wahlen ist, daß einer mehr als ein votum haben solte, nisi forsan quis suo et procuratorio nomine absentis votum duplex dederit,

PASSERIN. *de elect. canon. c. X. n. 43. c. 46. de elect. in 6. vers. porro.*

und wenn ja ein extraneus de consuetudine *Bæhm. Conf. T. III. P. I.* præscripta dabey mit concurriren kan, wie in ratione dubitandi prima angeführet und an und vor sich selbsten richtig ist, so findet sich doch kein Exempel, daß derselbe mehr als eine Stimme solte haben können, gleichwie auch die ordinarii electores nicht mehr als eine Stimme haben. Da nun dieses angeführte Recht der 28
plurium votorum gegen alle Verordnung der Rechte ist, so streitet sie auch gegen alle Wahrscheinlichkeit, und wird dahero zu deren Behauptung ein desto schärferer und stärckerer Beweiß erfordert, als alle præsumtio iuris, quæ capitur ab eo, quod ordinarie et regulariter fit, dieser prærension entgegegen stehet,

HARPRECHT *conf. 75. n. 11 et 12.*

wodurch denn der ersten rationi dubitandi be- 29
gegnet ist. Was aber die andere ration betrift, so ist solche bloß aus dem Amts-Lager-Buche hergenommen, worin nichts zum præiuditz des Klosters per annotationem eingetragen werden können, cum nec fisci annotatio privata probet,

l. 7. C. de probat.

auch ausser diesem mehr als zu bekannt ist, daß dergleichen Lager-Bücher gegen diejenigen, welche nicht darüber gehöret, keinen legalen Beweis ausmachen, beyorab da sie bey dergleichen Vorgeben sich nothwendig auf ein blosses Hörsagen, tradition und relationem aliorum gründen müssen: dergleichen iura auch keinesweges in ein Lager-Buch gehören, und solches davon zu attestiren nicht bestand ist, als welches nur wegen der Güter, Steuren und Abgaben verfertiget wird,

l. 4. D. de cens.

KLOCK. *de contrib. c. 20. n. 366.*

auch dergleichen Bücher keinen fidem contra tertium non citatum nec auditum haben.

IDEM *vol. I. n. 381. n. 405. seq.*

So gehören auch dergleichen iura electionum 30
et concursus ad eas keinesweges in die Lager-Bücher, und können also davon keinen Beweis machen, eben so wenig als man denen Kaufmanns-Büchern an denen Orten, wo ihnen aliqua fides probandi beyleget, keinen Glauben in Sachen, die nicht darin gehören, beyleget. Die dritte ratio, so von des Amtmanns zu Gus- 31
talla de an. 1672. gethanen Bericht hergenommen, machet um desto weniger Beweis gegen das Kloster, als davon keine communication dem Kloster ertheilet, und dasselbe nicht gehöret ist, ohne welches dergleichen Berichte nichts erweisen,

l. fin. de appellat.

beyorab da solcher gantz unwahrscheinliche iura von zehen Stimmen in sich hält, davon man, wie im vorhergehenden dargethan, keinen genugsamen Grund angeben kan, ja wenn solches principium von zehen Stimmen gelten solte, die Wahl dem conventui zu Wasser gemachet werden würde. Wiewohl, was von diesem Bericht, und dem darauf sich gründenden rescript der Landes-Regierung de

an. 1737. zu halten sey, bereits in ratione decidendi octava gezeiget, und dargethan ist, daß darin die Wahl dem Convent zugeeignet, die direction aber derselben nebst dem consens dem Landes-Herrn allein zugeschrieben sey, zumal die observantia adducta, von zehen Stimmen, welche constans, certa et indubia seyn muß, durch die clausul: Kraft habender zehen Stimmen nicht beygebracht werden kan, als welche relativa ist, und das relatum eben dasjenige ist, was ungewiß und gestritten wird, da bald tertia votorum, bald zehen, bald wieder drey Stimmen angegeben, und dahero erst der Grund von der pluralitate votorum, die ohnedem aller præsumtioni iuris zuwider lauffet, erwiesen werden muß; endlich wenn ja einiger Gebrauch von diesem Bericht zu machen, so würde solcher nur in possessorio, nicht aber in
32 petitorio etwas operiren können. Diese incertitudo wird ex ratione quarta noch weiter bestärcket, daraus man abnimmt, daß man im an. 1689. nur drey Stimmen dem Amtmann einräumen wollen, welches wohl nicht anders als hypothetice geschehen, daß wenn das postulatum von mehreren Stimmen richtig seyn solte, doch solches nach der Beschaffenheit des damahligen numeri der conventualium nicht höher als auf drey Stimmen gesetzet werden können, woraus denn abermal keine agnitio et confes-
33 sio absoluta herzunehmen. Endlich so gründet sich die ratio quinta abermal auf dasjenige, was die gemeldte Fräulein gehöret, dabey sie aber ihren mentem dahin expliciret, daß solche Stimmen allemal der von dem Convent erwählten Person beygeleget sey, welches den in ratione decidendi sexta angeführten Begriff von dem simplici consensu der Landes-Herrschaft bestärcket, welchem man in ungleichem Verstande mit mehreren Stimmen oder suffragiis positiuis verglichen haben mag, da doch iederzeit dabey dieses heraus gekommen, daß die Wahl des conuentus vor sich geschehen und der Amtmann suo consensu nomine principis dato derselben beygetreten.

So erhellet hieraus so viel, daß zwar das 34
Kloster bey denen angeführten rationibus ein gedeyliches decisum zu hoffen habe, iedoch weil die Sache nicht ohne allen Zweifel ist und genugsame Urkunden ermangeln möchten, dem Kloster anzurathen sey, wenn dasselbe dieserwegen nochmals demüthigste Vorstellung thue, und sich die freye Wahl, nach dem Exempel der andern Klöster, ausbitte, dabey aber dem Amtmann nomine serenissimi die direction nebst dem iure consentiendi und Beytretung, woferne er erhebliche rationes dissentiendi nicht anführen möchte, einräume, und darauf die confirmation ertheilet werde. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXIIX.

RESPONSVM XXXII.

THEMA.

De acquisitione iuris patronatus per reædificationem ecclesiæ.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio decidenda. n. 2.
Ius patronatus temporibus antiquis nomine Lehn venit. n. 3.
Donatio rei alienæ inualida est. n. 4.
Ius patronatus consistit in facultate præsentandi instituendum ad beneficium vacans. n. 9.
A iure præsentandi valide concluditur ad ius patronatus. n. 10. 11.
Ius patronatus probatur ex vnione ecclesiarum. n. 16.
Quales effectus producat? n. 17.
Ius patronatus amittitur interitu rei. n. 18. 19.
Ad officium patroni spectat reparatio ecclesiarum. n. 20. 22.
Reædificatione ecclesiæ ius patronatus acquiritur. n. 21. 22.
Si tamen prior dos ecclesiæ remansit, ius prior patronus commune cum eo habet, qui reædificauit. n. 23.
Vox Lehen Germanis generale nomen est, n. 24.
Ex contextu et substrata materia explicandum. n. 25.
Sola census solutio argumentum lubricum est pro iure certo probando. n. 26. 27.
Vox Lehn ius patronatus absolute non indigitat. n. 28.
Obligatio ad soluendum semper est respectiua. n. 29.
Per translationem dotis in aliam ecclesiam pristinum ius in ecclesia deserta exstinguitur. n. 32. 33. 34.
Ius patronatus sine beneficio ecclesiastico non ens est. n. 34.
Patres eodem iure habuerunt reædificatores ecclesiarum ac earum conditores. n. 35.
Decisio. n. 36.

Als

Als uns dieselben drey volumina actorum nebst einer Frage zugeschicket 1c.

1 Hat in dasiger Ring-Mauer auf dem so genanten Marien-Platze bereits vor der Reformation Luthert ein Kirchlein, die Maria Magdalenen-Kirche genannt, gestanden, welche aber nach der Reformation mit der dasigen St. Wenzels-Kirche vnirt, und deren Einkünfte samt denen eingepfarrten dieser incorporirt worden, wodurch sie aber fast gäntzlich eingegangen, und weiter nichts als ein altes Gemäuer mit einem Dache übrig geblieben, so vom Bischof Nicolao Amsdorfio dem dasigen Rathe geschencket, und von diesem zu Verwahrung der Feuer-Spritzen und andern gemeinsamen Gebrauch angewendet worden; in welchem Zustande selbige auch geblieben, bis endlich anno 1709. theils auf des Raths Unkosten, theils auf anderer Bürger freywilligen Beytrag, mit approbation des damaligen Bischofs oder postulirten administratoris auf solchem Platze eine neue Kirche von Grund aus aufgebauet, und in einem weit grössern Umfang als die ehemalige Marien-Kirche gehabt, dermassen aufgeführet worden, daß in selbiger alle sonst gewöhnliche sacra administriret werden können. Hat aber das stiftische Amt oder ehmalige St. Georgen-Kloster dem Rath das ius patronatus über die neu erbauete Kirche, aus dem Vorgeben streitig zu machen, und sich zuzueignen gesucht, daß bereits an. 1539 die Marien Magdalenen-Kirche bey dem St. Georgen-Kloster zu Lehn gegangen. Wogegen aber dieselbe ihre iura bereits in actis deducirt, und noch ferner in Rechten belehret zu seyn begehret:

2 **Ob nicht das Amt und Kloster St. Georgen, wenn es auch vormals (wie es doch nicht eingeräumet werden kan,) das** ius patronatus **über die Marien Magdalenen-Kirche wircklich gehabt hätte, solches durch den gäntzlichen Untergang sothaner alten Kirche verloren, hingegen der Rath durch die Wiederaufbauung der ietzigen neuen Kirche das** ius patronatus **erlanget?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl das stiftische Amt aus folgenden Ursachen Anspruch auf das ius patronatus selbiger Kirche gemachet, daß 1) gedachte Kirche an. 1539 laut des extracts aus dem Amt-Register *sub O fol. 4. Act.* bey dem St. Georgen-Kloster zu Lehn gegangen seyn solle, solches auch aus dem Erb-Buche des Amts de an. 1590 *fol. 16. Act.* bekräftiget werde, welchem zu folge das Kloster das Lehn Marie Magdlenez zu verseihen gehabt, durch das Wort Lehen aber in vorigen Zeiten das ius patronatus angedeutet, und dieses daher öfters geistlich Lehn, oder Pfarr-Lehn; die Patroni aber geistliche Lehns-Herren geheissen, folglich es im gegenwärtigen Fall auch in dem Verstand genommen werden müsse; hiernechst 2) die vorgegebene Schenckung gedachter 4
Kirche, so dem Rath vom Bischof Amsdorfio geschehen seyn solle, deshalb ungültig sey, weil die Kirche dem St. Georgen-Kloster zugehöret, das Kloster aber nicht unter dem Bischof, sondern unter dem Churfürst von N. gestanden, folglich, woferne solche Schenckung in rei veritate gegründet, der Bischof von solcher Kirche tanquam de re aliena ungültig disponiret haben würde, allenfalls darüber eine Churfürstliche concession produciret, und 3) darunter bloß die rudera und Steine verstanden werden müsten, wozu aber das ius patronatus, weil die Kirche lange zuvor eingegangen, nicht gezogen werden könne; noch weniger aber 4) von denen aus der eingegangenen Marien-Kirche zur St. Wenzels-Kirche 5
transferirten Kleinodien sich auf das ius patronatus schliessen liesse, als welches vornemlich bey den damaligen unruhigen Zustand zur Unterhaltung der angenommenen Lutherischen Prediger, und zur Beförderung der reformation geschehen. Wie denn auch 5) der Rath 6
zu gleichmässigem Entweck die pretiosa bey der Wenzels-Kirche versilbern, und so gar bey damaligen confusen Zeiten die Priester zu dieser Kirche berufen dürfen; ohnerachtet derselbe das ius patronatus über die Wenzels-Kirche damals noch nicht gehabt, noch auch dadurch erlanget, sondern solches erst an. 1608 bekommen hätte; folglich da derselbe das ius patronatus bey der Wenzels-Kirche nicht einsten gehabt, er noch weniger das Pfarr-Lehn über die Marie Magdalenen-Kirche erlangen können, überdem auch 6) 7
von Seiten des Raths kein gegründeter actus possessorius angeführet werden könne, da die Kirche bey zwey hundert Jahr wüste gelegen, folglich die Kirche in demjenigen Zustande, worin sie vor zwey oder drey hundert Jahren gewesen und das Amt in seiner ungalten possessione des Pfarr-Lehns verblieben wäre, und daher 7) aus solchem possess durch die vom Rath unternommene restauration gedachter Kirche nicht gesetzet werden könne, in Ansehung, daß die Wiederauferbauung einer eingegangenen Kirche einem tertio, welchem vorher das ius patronatus zugestanden, solches nicht benehmen können, und obwol endlich 8) durch Stift- und 8
Erbauung einer Kirche das ius patronatus erlanget zu werden pflegte, dennoch davon kein bündiger Schluß auf die Wiedererbauung eingegangener Kirchen gemachet werden könte, indem in diesem Fall dieser besondre Grund vorhanden wäre, daß albereits eine Kirche daselbst gestanden, und ein ander das Patronat-Recht exerciret, welchem solches mit Recht nicht entzogen werden könte, diesemnach auch der Rath durch übernommene Wieder-

Bohm. Conf. T. III. P. I.

aufbauung der Marie Magdlenen-Kirche sich das Kirchen-Lehn über selbige zuzueignen nicht berechtiget sey:

9 Dieweil aber dennoch 1) das ius patronatus hauptsächlich in præsentatione bestehet, und darin dessen Wesen gesetzet wird, quod sit facultas præsentandi instituendum ad beneficium vacans,

LANCELLOTTVS *lib. I. inst. tit. XXVIII. §. 1.*

STEPHANI *de iure patr. c. 6. n. 1.*

ALTESERRA *ad c. 26. X. de iure patr.*

10 diesemnach ex iure præsentandi der sichere Schluß auf das ius patronatus gemachet wird,

FINCKELTHAVS *de iure patron. c. 8. n. 41. sq.*

CARPZOV. *lib. I. de iurisprud. consist. def. 21.*

11 und da also aus dem præsentations-Schreiben sub A

fol. 39. Act.

erhellet, daß der Rath bereits an. 1528. dem Probste zu N. einen Priester zu der Marien Magdlenen-Kirche præsentiret, daraus diese ungezweifelte Folge entstehet, daß der Rath zu N. an. 1528 das ius patronatus über gedachte Kirche bereits gehabt und exerciret, mithin die possessionem vel quasi des gedachten Rechts

12 ausgeübet, und beständig continuiret habe; sonsten 2) das ius patronatus auch dadurch erlanget und dargethan wird, quando altera ecclesia alteri ita vnitur et subiicitur, vt proprio destituatur pastore, et pastor ecclesiæ principalis eidem prouidear, in welchem Fall derjenige, welchem in ecclesia principali das ius patronatus zustehet, solches gleichfalls in ecclesia vnita überkommt, so daß er entweder dieselbe per vicarium oder per pastorem matris ecclesiæ versorgen lassen kan, und sonst alle commoda iuris patronatus erhält,

SLEVOGT *de vnione eccl. diss. II. c. 1.*

TVRICELLVS *de vnione benef. c. 4.*

13 im gegenwärtigen Fall aber der extract des Raths copial-Buchs sub B.

fol. 40. Act.

deutlich ergiebet, daß die Marien Magdalenen-Kirche an. 1540 nicht mehr ihren eigenen Pfarr-Herrn gehabt, sondern durch die Prediger der St. Wenzels-Kirche versehen, und also dieser vnirt worden, folglich und gesetzt, daß der Rath zu N. damahls das ius patronatus über die Marien Magdalenen-Kirche noch nicht gehabt hätte, wie doch im vorhergehenden dargethan worden, derselbe doch als patronus der Wenzels-Kirche durch gedachte vnion das ius patronatus über die Marien-Kirche erhalten haben würde, da zumal der patronus, dessen ius eingegangen, sich dagegen nicht geregt, dieser vnion weder widersprochen noch sich einiges Recht

14 dabey vorbehalten; wenigstens 3) dieser vom Rath unternommene actus ein sehr wahrscheinliches argumentum ist, daß derselbe schon damals patronus gemeldeter Kirche gewesen, und solche bey ihrem Unvermögen, selbst einen eigenen Pfarr-Herrn zu halten, durch die Prediger der St. Wenzels-Kirche, über welche er gleichfalls patronus gewesen, und deswegen deren Priester im angeführten extract aus des Raths copial-Buch unsre Priester nennet, versorgen lassen, auch hieraus nicht undeutlich folget, daß dem St. Georgen-Kloster solche Gerechtigkeit über die Marien Magdalenen-Kirche nicht zugestanden haben müsse, sonsten sie ja selbst durch ihre eigene Prediger in gedachter Kirche die sacra administriren lassen, und nicht zugegeben haben würden, daß solches durch die Prediger der Wenzels-Kirche geschehen, und solchergestalt jene von dieser eine filial-Kirche worden wäre. Im Fall man auch über dem 4) dem St. Georgen-Kloster einräumen wolte, daß es zur Zeit der reformation das ius patronatus bey gedachter Kirche exerciret hätte, davon doch das Gegentheil bereits ausgeführet worden; dennoch gar leicht dargethan werden könte, daß das Kloster solches Recht verloren, massen an. 1544 eine vollkommene incorporation der Marien Magdalenen- und St. Wenzels-Kirche vorgegangen und die vordem in der Marien Magdalenen-Kirche eingepfarrte zu der Pfarr der St. Wenzels-Kirche gezogen worden, und dadurch aus beyden eine Gemeine entstanden, wie denn aus dem extract. sub D. fol. 40. Act. erhellet, daß gedachte Kirche gantz gesperret, ja zur Religion gantz unbrauchbar worden, auch der extract

Sub E. fol. 41. et 42. Act.

mit mehrern ergiebet, daß deren eingepfarrte 16
nicht allein in die St. Wenzels-Pfarr dergestalt eingenommen worden, daß sie für und für darinnen ihr Pfarr-Recht haben und halten sollen, sondern auch die Einkommen der Marien Magdalenen-Kirche

nach dem extract. sub C. fol. 40. Act.

von dem damaligen vorsitzenden Rathe zu den gemeinen Kosten der St. Wenzels-Kirche geschlagen, und dem damaligen obersten Kasten-Herrn D. St. solches eingewiesen, ihm auch die Register dazu überantwortet worden, folglich hierdurch eine vollkommene incorporatio seu vnio ecclesiarum per suppressionem geschehen, quippe quæ tunc contingit, si duæ ecclesiæ, antea distinctæ, in vnum corpus et cœtum coalescunt, ita vt plures cœtus fiant parochiani vnius ecclesiæ, iisdemque sacris eodemque templo et pastore vtantur;

BOEHMER *in iure eccl. T. II. lib. 3. tit. 3. §. 192.*

CORVINVS *P. II. de pers. et benef. eccl. l. V. t. 10. n. 11.*

wodurch denn geschiehet, daß die incorporirte 17
Kirche alle ihre eigene iura verlieret, und ein Theil der Haupt-Kirche wird, ita vt huius status, iura, et conditionem sequatur, pro suppressa habeatur, et ius cœtum particularem habendi amiserit, consequenter ius patronatus simul exstinguatur.

BOEHMER *c. l. §. 93.*

LAM-

LAMBERTINVS *de iure patr. lib. 3. qu. 7. art. 10. n. 1.*

vnio enim talis incompatibilis dicitur cum iure patronatus ecclesiæ vnitæ.

FARGNA *de iure patr. Part. VI. dec. 9. n. 4. p. 453.*

18 Zugeschweigen, daß 8) durch solche vnion die Marien Magdeleuen-Kirche selbsten gäntzlich eingegangen, und bloß das Gemäuer von einer Kirche stehen blieben, welches der Rath sich vom Bischof zu gemeinsamen Nutzen und Gebrauch der Stadt ausgebeten und ihnen auch vom Bischof geschencket und dadurch aus einer Kirche ein ander publiques Gebäude worden.

vid. extract. sub D. L. F. fol. 40. sq. Alt.

Durch sothanen Untergang der Kirche aber das darauf haftende ius patronatus, wenn solches ungegebener massen dem St. Georgen-Kloster zugehöret hätte, verloren gegangen wäre, ius patronatus enim amittitur interitu rei, cui inhæret, si forte ecclesia exisa, si beneficium extinctum.

arg. L. 5. §. 2. D. quib. mod. vsusfr. amittitur,

FLEVRI *Inst. iur eccl. P. II. c. 16. §. 5.*

adeo vt illud, destructa ecclesia, penitus cesset,

BARBOSA *in iur. eccles. lib. III. c. 12. n. 254.*

CORVINVS *cit. l. lib. V. tit. 9. n. 68.*

19 und wenn also gleich das Kloster solches Recht bey der Marien Magdalenen-Kirche vordem exerciret zu haben, beweisen könte, sothaner Beweis doch irrelevant seyn würde, immassen solches Recht theils durch die an. 1544 erfolgte incorporation dieser und der St. Wenzels-Kirche, theils durch die dadurch verursachte destruction derselben verloren gegangen; inzwischen

20 aber 6) bekanten Rechten nach ein ieder patronus schuldig ist, die verfallene Kirche wieder aufbauen zu lassen, dergestalt, daß wenn er solches unterlässet, er sein ius patronatus abermal verlieret, und solches dem andern, welcher den Bau verrichtet acquiriret wird.

PETR. PECKIVS *de eccles. reparand. c. 34. n. 1.*

FINCKELTHAVS *de iure patron. c. 4. n. 79. 99.*

STEPHANI *de iure patron. P. I. c. 25. n. 3.*

21 Diesemnach da 7) der Rath an. 1709 mit Vorbewust und Genehmhaltung des damaligen Bischofs oder postulirten administratoris diese bereits vor fast zwey hundert Jahren eingegangene Marien Magdalenen-Kirche wieder von Grund auf neu aufführen lassen, derselbe dadurch das ius patronatus auf solcher Kirche erhalten, cum reædificatione ius patronatus acquiratur.

BARBOSA *in iure eccl. l. III. c. 12. n. 32.*

STEPH. GRATIANVS *disc. forens. c. 177. n. 26.*

CARD. *de* LVCA *de iur. patr. disc. II. n. 2.*

Prior enim patronus per ecclesiæ ruinam 22
ius suum amittit, quia ecclesia reædificata noua ecclesia est, nec in ea seruatur ius pristinum

arg. L. 98. §. 8. D. de solut.

GONZALEZ *in comment. ad decret. ad c. 25. de iure patron. tom. III. p. 787.*

adeoque reædificans eodem est loco, quo ille, qui primum exstruit,

HAHN *in dissert. de iure patron. eccles. §. 70.*

cum ecclesiam dirutam fabricans nouam dicatur erigere ecclesiam,

FARGNA *de iure patr. Part. I. can. 4. cas. 3. n. 5.*

et ædificationis nomine contineatur etiam reædificatio collapsæ, vt nempe qui dirutam ecclesiam a fundamentis innouauerit, et de propriis bonis et consensu episcopi reædificauerit, eius habeatur patronus.

FRANC. *de* ROYE *ad tit. de iur. Patr. c. 14.*

Wie denn solches Pabst HONORIVS

c. 1. de iure patron. in quinta compilat.

apud CIRONIVM *p. 172.*

deutlich also decidiret: Audito per te ac alios fide dignos, quod monasterium Pacinacense Græcorum monialium tunc destructum omnino diœcesani consensu de propriis bonis reædificaueris et dotaueris, - - - mandamus, vt super iure patronatus ipsius monasterii nemo te audeat temere molestare, und da also derjenige, welcher ein eingegangenes Kloster wieder auferbauet, nach des HONORII Ausspruch, bey dem iure patronatus geschützet worden, solcher rechtliche Schutz dem Rath gleichfalls angedeyen muß; und obwol 8) 23
einige Rechts-Lehrer bey dieser Frage auf diesen Unterscheid fallen, ob der erstere patronus sein ius patronatus bloß ex causa ædificationis, oder auch zugleich ex causa dotationis gehabt, und im erstern Fall nur zugeben, daß durch die destruction und eines tertii Wiederaufbauung einer Kirche das alte ius patronatus erloschen, und dem ædificanti acquiriret werde; im andern Fall aber behaupten, vt siquidem dos prior remanserit, quæ sufficiat exhibendis clericis, suum ius prior patronus retineat, et commune habeat cum eo, qui reædificauit,

FRANC. *de* ROYE *de iure patron. c. 14. in f.*

HAHN. *cit. l. §. 71. 72.*

dennoch diese distinction sich auf gegenwärtigen casum nicht ziehen lässet, indem bey der vor zwey hundert Jahren eingegangenen Kirche kein dos mehr zu befinden gewesen, sintemal bereits an. 1540 die Kirche nicht so viel im Vermögen gehabt, selbst einen eigenen Prediger zu halten, und hierauf ihr übriges Vermögen bey der vorgegangenen incorporation zu der St. Wenzels-Kirche a senatu geschlagen worden, ausserdem auch nirgends erweislich gemacht worden, daß das St. Georgen-Closter ihr vorgegebenes Recht ex ædificatione et dotatione huius ecclesiæ

erhalten, und bevor also das prætendirte ius patronatus sowol, als auch die dotation der Kirche, und daß der dos rempore reædificationis annoch in saluo gewesen, gründlich dargethan wird, die angeführte distinction keine application finden kan, und es demnach bey der ausgeführten Regel so lange sein Bewenden, und vermöge derselben der Rath das ius patronatus über gedachte Kirche bestätiget und conseruiret hat; übrigens was pro ratione dubi-
24 tandi angeführet worden, nichts erhebliches in sich fasset, immassen quoad 1) das Wort *Lehn* und *Beleihen* in vielerley Verstande genommen, und auf alle und iede concessiones gezogen wird, und daher Zins-Lehn, Lehn-Wahr ꝛc. mehr als zu bekant sind.

B. a LVDWIG *in iure client. c. 3. de verbo* Lehen *§. 5.*

Nam Lehen generale nomen Germanis est et pro concessione qualibet accipitur,

LYNCKER *in analect. feud. p. 12.*

25 vnde hæc vox ex contextu et materia subiecta meretur interpretationem.

RHETIVS *in comment. feud. lib. I. tit. 1. n. 21. p. 44.*

Und da nun dieses Wort in dem Erbzinß-Register vorkommt, es pro re nata von solchen Erb-Zinsen verstanden werden muß, die in solchen Registern aufgenotiret zu werden pflegen, wie es denn vordem gar nichts ungewöhnliches gewesen, daß Zinsen ex variis causis von Kir-
26 chen abgetragen worden, deren wol zwanzigerley verschiedene Arten

in BOEHMERI *diss. de vario censuum signif. et iure §. 30.*

ausgeführet, und dabey wohl erinnert worden, solam census solutionem esse argumentum incertum et lubricum pro certo iure inde probando,

BOEHMER *c. l. §. 22.*

und dahero aus dem blossen Wort *Lehn* in dem Erbzinß-Register kein Beweis auf das ius patronatus genommen werden mag, auch die eigentlichen Worte des Erbzinß-Registers genugsam anzeigen, daß das Wort *Lehn* von Zinsen zu verstehen, wie es denn daselbst heisset:

> Die Kirche zu Marie Magdlene samt der T. daselbst, gehet dem Closter zu Lehn, die T. ist dem Rathe geliehet; zinset jährlich zehen Groschen.

Denn indem hier die Kirche und die T. zusammen gesetzet und von beyden gesaget wird, daß sie zu Lehn gehen, dadurch ohnstreitig einerley Art Lehn verstanden wird, und da die Art der Lehn, so von der T. gegeben worden, deutlich ausgedruckt zu befinden, und in einem Zinß bestanden, auch mit Recht geschlossen wird, daß das Lehn der Marien Magdlenen-Kirche eine
27 gleichmässige prætation gewesen. Uebrigens, daß diese interpretation ihren richtigen Grund habe, auch daraus erhellet, daß in der proposition: **Die Marie Magdlenen-Kirche samt der T. gehet dem Kloster zu Lehn:** das prædicatum zu Lehn gehen ohnmöglich nach einem gesunden Verstand in zweyerley verschiedenen significatu von den beyden subiectis genommen oder also verstanden werden kan, daß die obige proposition diese zwey in sich fassen solte. Die Marie Magdlenen-Kirche ist ein Pfarr-Lehn, und die T. ein Zinß-Lehn des Closters, als welches mit der regula einer vernünftigen interpretation streiten würde; hiernächst 28
eben dieses bey dem angeführten extract aus dem Erb-Buche zu beobachten, alwo diese Worte befindlich:

> Zum andern hat das Closter das Lehn Marie Magdlene zu verleihen, desgleichen die T. in dem folgenden aber das Lehn der T. angezeiget wird, daß es in einem jährlichen Zinß von neun Groschen bestanden, und dahero das Lehn der Marie Magdlenen Kirche gleichfalls von einem dergleichen Zinß zu erklären, demnach mit keinem Grund durch das blosse Wort *Lehn* das ius patronatus verstanden werden kan, indem zwar solches sonsten Pfarr-Lehn, oder geistlich Lehn, aber niemals schlecht weg *Lehn* genennet, noch darunter simpliciter und absolute das ius patronatus verstanden wird, am wenigsten aber in Erbzinß-Büchern, wo bloß Zinsen eingetragen werden, so viel heissen kan, zugeschweigen, daß der Rath schon an. 1528. das ius patronatus per præsentationem exerciret, auch an. 1540 diese Kirche durch die Prediger der St. Wenzels-Kirche versorgen lassen, folglich wenn es im Erbzinß-Register von an. 1539 heisset, daß die quæstionirte Kirche dem Closter zu Lehn gehet, diese Worte nicht von dem iure patronatus, welches dem Rath zugestanden, erkläret werden kan; überdem es auch erst ausgemacht werden müste, von welcher Marien Magdalenen 29
Kirche das Erbzinß-Register und das Erb-Buch zu verstehen, indem zwey Kirchen gleiches Namens daselbst gewesen; hiernächst da die quæstionirte Marien-Kirche schon an. 1544 eingegangen, und zum Gottesdienst unbrauchbar worden, also das Erb-Buch von an. 1590 de iure patronatus nicht verstanden werden mag, quippe quod ecclesia destructa extinguitur, auch durch das Wort Lehn ein census nicht so wol von der quæstionirten Marien Magdalenen, als vielmehr von der andern eben sogenannten Kirche, angezeiget wird, cum obligatio ad soluendum sit respectiua respectu certæ rei, et intuitu certi finis præstandi, quo vtroque extincto censum quoque extingui necesse est,

BOEHMER *cit. diss. §. 22.*

und wenn also ein census auf der quæstionirten Kirche gelegen, solcher nach eingegangener Kirche an. 1590 bereits erloschen gewesen seyn würde, woraus denn von selbsten folget, daß aus den angeführten extracten des Erbzinß-Registers und Erb-Buchs das vorgegebene ius patronatus des Closters über quæstionirte Kirche auf keinerley Art erweislich sey; ferner ad 2) die 30
dem Rath vom Bischof Amsdorfio geschehene

Schen-

Schenckung bey Kräften bleibet, indem nirgends dargethan worden, daß die Kirche zu dem St. Georgen Closter gehöret, und in regard des Bischofs gleichsam pro re aliena anzusehen sey, vielmehr aus dem præsentations-Schreiben sub A. fol. 39. Act. erhellet, daß gedachte Kirche unter dem Stift N. gestanden, indem dem damaligen Probst die præsentation geschehen, mit Bitte, den præsentatum mit den Gütern und revenües der Marien Magdlenen-Kirche zu inuestiren, und es dahero auch keiner confirmation von dem Churfürsten von N. bedurft, auch nicht beygebracht worden, daß die Schenckung von dem Churfürst iemals impugniret worden, welches ohne Zweifel geschehen wäre, wenn es angezeigter massen sich so verhalten hätte. Hiernechst quoad 3) aus der bloß-
31 sen Schenckung der eingegangenen Kirche kein Schluß auf die translation des iuris patronatus gemachet wird, als welches ja der Rath schon vorhero an. 1328 durch die præsentation, und an. 1540 durch die Versorgung gedachter Kirche mit den Predigern der St. Wenzels Kirche exerciret, sondern der Rath an. 1544, als zu welcher Zeit die Marien-Kirche der zu St. Wenzel bereits incorporirt gewesen, um derselben Schenckung bloß aus der Ursache angehalten, daß er das Gebäude der Kirche zu anderm Gebrauch und gemeinen Nutzen der Stadt mithin ad vsus profanos anwenden könte, welche Schenckung dem Rath anietzo dazu nutzen mag, daß er die Kirche in fundo proprio wieder von neuen aufrichten lassen, und ihm dahero das ius patronatus um so viel weniger strei-
32 tig gemachet werden kan; sonst aber ad 4) durch die an. 1544 vorgenommene translation des Vermögens der Marien-Kirche in die St. Wenzels-Kirche die vollkommene vnion und incorporation bey der Kirche vorgenommen, und dadurch das alte ius patronatus, wenn das Closter angegebener, aber nicht erwiesener massen es darauf gehabt haben solte, erloschen, und dem Patrono der Wenzels-Kirche acquiriret worden, wie solches aus den bereits oben angeführten rationibus zu ersehen, folglich wenn auch, wie vorgewandt wird, die translatio des Vermögens der Marien-Kirche zum Unterhalt der Priester der St. Wenzels-Kirchen und zur Beförderung der reformation geschehen wäre, dennoch daraus nichts wiedriges flieſſet, sondern nur die Ursach der vorgenommenen vnion bey-
33 der Kirchen angezeiget wird, hieben auch 5) das vorgeschützte Exempel der St. Wenzels-Kirche zur Sache nichts beyträget, anbey ungegründet ist, daß der Rath bey der reformation das ius patronatus über die Wenzels-Kirche nicht gehabt habe, immassen eben dadurch, daß er die Priester zur St. Wenzels-Kirche berufen, hinlänglich erfolget, daß er patronus gewesen seyn müsse, wie solches der extract aus der dasigen Kirchen-Ordnung de an. 1537 sub G.

fol. 42. Act.

mit mehrern bestärcket, daß die Berufung der Prediger von dem Rath geschehen, ferner auch der Rath das ius patronatus nicht erst anno 1608 erhalten, sondern ihm zu solcher Zeit nur streitig gemacht worden, wie es denn in dem documento sub *H. fol. 43. Act* das streitige ius patronatus genennet wird, der Rath aber, laut des angeführten documenti, dasselbe gegen alle Einwendungen in contradictorio behauptet hat, und ihm auch solches vom Chur-Fürsten mit diesen Worten confirmirt worden, daß ihm das ius nominandi, vocandi et præsentandi bleiben solte, als welche Worte andeuten, daß er solches vorhero besessen haben müsse. Uebrigens quoad 6) ob wol vom Rath kein 34
neuerlicher actus possessorius angegeben werden kan, immassen die Kirche lange Jahre wüste gelegen, dennoch sie deren Besitz und Eigenthum beständig continuiret, und zur restauration und Erneurung, oder allenfalls zur Erlangung des iuris patronatus die Wiederaufbauung der eingegangenen Kirche ein hinlänglich fundamentum abgiebet. Hiernächst das anno 1528 und 1540 bereits exercirte ius patronatus, wie auch die durch die an. 1544 geschehene plenaria incorporatione der Marien- und St. Wenzels-Kirche erhaltene patronats-Gerechtigkeiten, ihm nicht wenig zu statten kommen, und wenn es also, wie im Gegentheil fol. 13 Act. behauptet, mit dem Pfarr-Lehn bey der Marien-Kirche bis diese Stunde so verbleiben soll, wie es vor einigen hundert Jahr gewesen, der Rath nothwendig bey dem iure patronatus geschützet werden muß; und da überdem quoad 7) et 8) 35
das Closter keinen einzigen gegründeten actum possessorium, von mehr als zwey seculis her, anzuführen vermag, es sich mit Ungrund beschweret, durch die geschehene restauration gedachter Kirche aus dem possess des iuris patronatus gesetzet zu seyn, in mehrerer Erwegung, daß überhaupt ihr vorgegebenes ius patronatus annoch unerwiesen, hernach auch im Fall, daß solches vom Amt beygebracht werden könte, dennoch dadurch, daß die Kirche bey zwey hundert Jahr unerbauet blieben, gantz eingegangen, und als ein ander publiques Gebäude zu gemeinem Nutzen der Stadt und zu Verwahrung der Feuer-Spritzen a senatu angewendet worden, das vordem darauf haftende ius patronatus verloren gegangen und erloschen, cum ius patronatus sine beneficio ecclesiastico non ens sit, und solches dem restauratori tanquam novo fundatori acquiriret worden, cum patres eodem iure habuerint ræedificatores ecclesiarum ac earum conditores, vt nempe in iis haberent ius patronatus,

FRANC. *de* ROYE *de iure patron. c. 14.*

und daher durch die Wiedererbauung einer Kirche dem vorigen patrono nicht sowol sein Recht benommen wird, als es vielmehr schon vorhero per ecclesiæ destructionem verloren gegangen, und dem restauratori wieder von neuen acquiriret wird, diesemnach die vom Closter eingewandte rationes ohne alle Erheblichkeit sind.

So

36 So sind wir der rechtlichen Meinung, daß im Fall auch das Closter S. Georgen das ius patronatus über die Marie Magdalenen-Kirche wircklich, wie doch nicht erwiesen ist, gehabt hätte, solches durch den gäntzlichen Untergang sothaner alten Kirche verloren, hingegen der Rath durch die Wiederaufbauung der ietzigen neuen Kirche das ius patronatus erlanget habe. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCXXXVII.

DECISIO XXXIII.

THEMA.

De iure honorifico patronis in ecclesia competente.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Patronis honor sedis in ecclesia et choro præcipue competit. n. 2. 3. 4. 10.
Num etiam honor sepulchri iis debeatur? n. 6.
Ei competit onus, qui habet commodum. n. 8.
Parochianis locus honoratior extra chorum prouatione dignitatis concedendus est. n. 11.
Præsertim ob onera parochialia fevenda. n. 12.
Ius sepulturæ in ecclesiis parochianis patronis ex speciali ratione competit; posteaquam eccl siæ ad sepulchra non sunt destinatæ. n. 13. 14. 15.
Ius campanas pulsandi solis patronis, non parochianis, in butu debetur. n. 16.
Decisio. n. 18.

1 Als die Herren uns gesuchte restitutiones in integrum und erfolgte Gesetze in Sachen Gustav S. Klägern an einem, und der General-Lieutenanten von W., wie auch des Landmarschals von M. als Vormundes der B. Erben Beklagten am andern Theil zugeschicket, und unsere rechtliche Erkentniß begehret, als erkennen wir für Recht:

Daß so viel des Klägers erstes, und der Beklagten erstes und anderes gravamen betrift, nunmehro aus den Acten so viel zu befinden, daß dem Kläger die Erbauung eines Chors oder Kirchenstuhls über der mittler Thür der Kirchen, iedoch ohnbeschadet des Lichts und der Mauer, gegen Bezahlung eines leidlichen zu moderirenden Zinses frey zu lassen, oder ihm ein anderer convenabler Ort darzu anzuweisen, derselbe aber mit seinem Gesuch wegen des prætendirten Erbbegräbnisses oder Gewölbes in der Kirchen, nebst freyem Gesäute nach seinem Tode abzuweisen. So viel aber des Klägers anderes und drittes und der Beklagten letztern gravamen betrift, solche als unstatthaft und ungegründet zu achten, es könte und wolte denn Kläger bey dem andern gravamine, daß seine Leute so viel Bäncke, als für dieselbe nothwendig erfordert werden, in der Kirchen nicht hätten, besser als bishero geschehen, gebührend beybringen, der Beklagte Gegen-Bescheinigung vorbehalten, so erachet alsdenn auch dieses Puncts wegen ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wohl Kläger bey dem ersten gravamine 2
wegen Erbauung eines Chors oder Kirchenstuhls über der mittlern Kirchenthür entgegen stehen möchte, daß er solches zu prætendiren nicht befugt sey, weil er das ius patronatus keinesweges habe, in Rechten aber nur denen patronis honor sedis præcipue nachgelassen sey

FRANC. DE ROY *de iur. honorif. lib. 2. c. 3. p. 31.*

wie denn auch weder der proprietarius noch 3
seine antecessores solchen Kirchenstuhl iemahls begehret, zumahl derselbe einen anständigen Herren-Stand, und zwar eine gantze Banck in der Kirche besessen, welche auch mit einem Gitter von andern Kirchenstühlen zu separiren, ihm im Behörs-Bescheide erlaubet worden, dagegen ihm auch der Bescheid vom 18 Jul. 1736 f. 46
nicht zu statten kommen möchte, zumahl ob der- 4
selbe in rem iudicatam ergangen, dennoch die restitutio in integrum den Beklagten, unter welchen minores anzutreffen, angedeyen müste, wie sie denn auch bereits durch den fol. 104 befindlichen Behörs-Bescheid gehöret, Kläger aber mit seinem Suchen abgewiesen worden; so viel aber dessen anderes gravamen betrift, solches 5
daher gegründet seyn möchte, weil in actis zu erhellen scheine, daß er für seine Leute keine hinlängliche Plätze in der Kirche habe, zumahl auch die müsten Bauerhöfe wieder aufgebauet werden müsten. Endlich bey dem tertio gravamini
für ihn militiren möchte, daß ein anständliches 6
Begräbniß in der Kirchen nicht vom iure patronatus, sondern von der qualitate parochiali dependire,

dependiret, zumahl er die beyden adelichen Güter C. und I. besesse, welche bey der L. G. Pfarre eingepfarret, und respectu dieser ihm honor
7 sepulchri zu concediren sey; und so viel der Beklagten restitutionem in integrum betrift, gegen das erste gravamen angeführet worden, daß Kläger als ein Pfandeingesessener auch ein anständig Begräbniß in der Kirchen haben müsse, und nicht zauf dem Kirchhofe unter die Bauren sich begraben zu lassen schuldig sey, zumahl er ein grosses an dem onere reparationis tragen und zu der Kirchen Besten mehr als andere contribuiren müste, die Beklagte auch an ihrem Begräbniß dadurch nicht turbiret würden. Nicht
8 weniger bey dem grauamine secundo das freye Geläute um deswegen dem Kläger zu concediren seyn möchte, weil die Glocken gleichfalls von den Kirchen-Revenüen unterhalten, und wenn solche nicht vorhanden, alsdenn die Eingepfarreten dazu contribuiren müsten, und wie nun die patroni das onus Klägern mit aufzubürden nicht ermangeln würden, er also auch der Billigkeit nach das commodum mit ge-
9 niessen müsse; endlich bey dem dritten gravamine nicht ohne Grund angeführet ist, daß das Gitter um den Kirchenstand nicht gemachet werden könne, ohne daß dadurch den andern der freye prospect zum Predigtstuhl und Altar benommen würde, so ferne aber dieses nicht geschehen solte, dieses gravamen auf einen blossen Neid hinaus zu laufen scheinet, weil alsdann Beklagten keine præiudiz zuwächset.

Rationes decidendi.

10 Weil aber bey des Klägers ersten gravamine zwar ausgemachet ist, quod patronis honor sedis, etiam in choro, laicis alias negato, competat,

c. 1. X. de vit. et honest. cleric.

und darin sich dieselbe von alten Zeiten her vor andern distinguiret haben, dennoch dabey zu erwegen, daß nachdem die Patronat-Kirche nach
11 der Zeit auch ordentliche Pfarr-Kirchen geworden sind, denen Eingepfarreten auch nach ihrem Stand extra chorum zum wenigsten ein locus honorificus concediret werden müsse,

ESPEN. *P. II. iur. eccl. tit. 25. c. 7. §. 28.*

welches bey Klägern um desto mehr statt finden muß, als er bereits rem iudicatam fol. 46. so wohl als dieses für sich hat, daß er die zwey adelichen Güter C. und I. besitzet, welchen possessoribus dergleichen eigener abgesonderter Kirchenstuhl nicht wohl verwehret werden kan; so dann derselbe auch wegen der zwey adelichen Güter kein geringes ad onera parochialia fe-
12 renda contribuiren muß, so daß ob qualitatem hanc parochialem ecclesiis patronatis inhærentem nicht allein mehr auf das ius patronatus reflectiret werden kan, welches daraus zu ersehen, daß wenn ein Kirchen-Bau vorzunehmen, die patroni alsdenn heute zu Tage das grösseste onus denen Eingepfarreten aufbürden, der commissarische Bericht auch so wohl f. 59. sqq. als der fol. 136. befindliche Umstand für Klägern militiret, und die Kirche von solchem Kirchenstuhl auch noch jährlich profitiret. Im Gegentheil das andere gravamen zwar 13
in thesi richtig ist, aber in hypothesi noch nicht deutlich dargethan und erwiesen, daß es seinen Leuten an genugsamen Ständen mangele, und wenn die wüsten Stände bebauet, und mit Leuten besetzet werden solten, alsdann es noch Zeit gnug ist, daß sich Kläger melde, da noch zur Zeit darauf nicht zu reflectiren; wie dann auch bey dessen dritten gravamine es an einem gnugsamen Grunde Klägern ermangelt, anerwogen die Kirchen nicht zum Begräbnissen, sondern zum Gottesdienst destiniret, und von vielen seculis daher verboten worden, niemande eine Grabstätte in denen Kirchen, ausser denen patronis und sehr meritirten Leuten, zu verstatten,

c. 15. §q. C. 13. q. 2.

nachdem bey denen patronis eine gantz besondere Ursache darzu ist,

FRANC. DE ROY *de iur. honorif. lib. 2. c. 3. p. 50.*

ESPEN. *P. 2. iur. eccl. tit. 25. c. 7. §. 29.*

auch von denen Kirchenstühlen auf Erbbegräb- 14
nissen in der Kirchen kein Schluß gemachet werden mag, so daß an den meisten Orten, wer dieses erhalten will, solches ex permissione et concessione patronorum erhalten muß, mithin dieselbe suo iure nicht fordern und begehren, niemand aber sine iure perfecto gegen iemand klagen kan. Und so viel der Beklagten erstes 15
gravamen betrift, eigentlich dieselbe per sententiam noch nicht graviret, noch wegen des Erbbegräbnisses erkannt worden, dieserwegen die restitutio in integrum nicht einsten nöthig gewesen, nachdem die puncta, worüber noch nicht erkannt, annoch zur decision offen stehen; übrigens weil sie solches inter grauamina mit angeführet, dieselbe darin gegründet sind, daß regulariter ausser denen patronis in denen Dorfpfarren niemande ein Erbbegräbniß in der Kirchen zu verstatten, quod etiam salubritati parochianorum maxime conueniens est, und dahero es eine blosse ambition ist, daß Kläger auf dem gemeinen Kirchhofe, so doch zun Begräbnissen allen bestimmet, nicht liegen will, und was denen patronis iure singulari erlaubet, auf sich nicht ziehen und zur Regel machen kan, welches auch bey dem andern gra- 16
vamine zu sagen, allermassen das freye Geläute zwar denen patronis nicht aber andern Eingepfarreten zustehet, und das argumentum, daß die Eingepfarreten und absonderlich der Kläger wegen seiner beyden Güter zu der Glocken Unterhaltung contribuiren müssen, mehr, als der Kläger vermeinet, und also nichts erweiset, weil sonsten alle Eingepfarrete eben so leicht das freye Geläute prærendiren könten. Endlich das letzte 17
gravamen nunmehro hinwegfällt, da Kläger bey dem ersten gravamine eine reformatoriam sententiam erhalten, auch sonsten gantz unver-

heblich seyn würde, wenn Kläger selbsten damit zufrieden seyn solte, der aber selbsten damit nicht content gewesen, und dahero darauf nicht weiter zu reflectiren.

So ist allenthalben, wie geschehen, zu erkennen gewesen. 18

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVN. MDCCXXXVIII.

RESPONSVM XXXIV.

THEMATA.

I. Si constat ex re iudicata de vero patrono, præsentatio a possessore facta nulla est. n. 1-17.

II. Iura patronatus realia pactis de loco in locum transferri nequeunt. n. 18-22.

III. Quatenus iudicia imperii de causis iuris patronatus iudicare queant? n. 23-27.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. de iure patronatus. n. 2.
Si ius patronatus reale est, suffragia maiora vim præsentationis habent. n. 3.
Quod etiam apud protestantes obseruatur. n. 4. sqq.
Vocatio valet, si patronus tempore vocationis in possessione iuris patronatus fuit. n. 7.
Votum negatiuum quid sit? n. 8.
Expectantia ad beneficium non vacans prohibita est, n. 9.
Sed iustis ex causis parocho substitutus adiungi potest, n. 10.
In eligendo substituto quid considerandum? n. 11.
Ad efficaciam exercendi ius patronatus ad minimum bona fides requiritur, n. 12. 13.
ita vt actus contrarius pro nullo habeatur, n. 14.
si constat per rem iudicatam de vero patrono, præsentatio a possessore facta nulla est. n. 15.
Ministri intrusi in ecclesiam vt lupi considerantur. n. 16.
Decisio quæstionis I. n. 17.
Quæstio II. quatenus iura realia de loco in locum transferri queant? n. 18.
Pacta sunt stricte obseruanda. n. 19.
Ius patronatus reale sola pactione de loco in locum transferri nequit, n. 20.
præsertim in feudis, salua actione personali ad interesse. n. 21.
Decisio quæstionis II. n. 22.
Quæstio III. De iurisdictione in causis iuris patronatus. n. 23.
Causæ iuris patronatus magis ciuilibus quam ecclesiasticis annumerantur. n. 24.
In Germania tamen ecclesiasticis accensentur. n. 25.
Quoad possessorium a iudiciis imperii recte deciduntur. n. 26.
Decisio quæstionis III. n. 27.

1 Aus uns dieselbe eine weitläuftige facti speciem nebst einem volumine privat-Acten und drey Fragen zugeschicket ꝛc.

Ist von denen K. Lehn-Erben das halbe Pfarr- und Kirchen-Recht zu Sch. gegen die Land-Erben bey dem Hochfürstlichen Lehn-Hof zu B. in Anspruch genommen, und im an. 1709. wircklich solches erstritten, dergestalt, daß den 18ten Nov. 1726 die immission erfolget, inzwischen aber geschehen, daß der vormalige Pfarrer zu Sch. Prediger, wegen seines Alters einen Substituten sich ausgebeten, und für seinen Sohn suppliciret, dieser auch selber bey denen Herren Patronis sich gemeldet, und ihm die sämtlichen Eingepfarreten beygetreten, darauf der junge Prediger von dem Herrn Seniore von R. das votum, von denen übrigen Herrn Mit-patronis aber repulsam erhalten, als welche sich darauf bezogen, daß sie dem studioso N. bereits ein exspectantz-decret gegeben, welches aber der senior von R. improbiret, und als eine illegalität angesehen, dahero endlich die Sache zu einer Ritterschaftlichen Commission gediehen, wobey von beyden Theilen die momenta causæ proponiret, und endlich resoluiret worden, daß beyde Candidati predigen sollen, so auch geschehen. Hat hierauf den 16 Aug. 1726 das löbliche Ritterort-Gebürg in einem ertheilten rescripto vermeinen wollen, daß nach der praxi con-

consistoriorum es lediglich bey denen maioribus hierbey verbleiben müsse, dagegen aber der Herr Senior von R. Vorstellung gethan, und inzwischen die K. Lehns-Erben die immission in das erstrittene halbe Pfarr-Lehn zu Sch. gesuchet, welches verursachet, daß die übrigen Herrn Patroni, worunter auch der bisherige Besitzer des quæstionirten und erstrittenen Pfarr-Lehns gewesen, den Schluß gefasset, dem studioso N. die vocation auszustellen, wogegen die Herren von K. als wahre Patroni N. 21. protestiret, vielmehr nach der bald erfolgten immission ihr votum dem jungen Prediger gegeben, und, weil nunmehr dieser die maiora erhalten, der Herr Senior von R. mit den Hrn. von K. ihm die vocation ertheilet, und weil inzwischen den 6 Iun. a.c. der alte Prediger verstorben, es dahin dirigiret, daß der junge Prediger zu C. ordiniret, und den 18 Iun. wircklich installiret worden, wobey aber die übrigen Herren Patroni nicht acquiesciret, sondern den studiosum N. zu H. ordiniren lassen, auch den 23. Iul. denselben turbulento modo und gewaltsamer Weise zu installiren gesuchet, wie das protocollum N. 61. mit mehren zeiget, bey welchen und andern in actis vorkommenden Umständen dann gefraget wird:

Quæstio I.

2 **Ob nicht die vocation, ordination und installation des nunmehrigen Pfarrers zu Sch. Johann Heinrich, Predigers, der gegenseitigen geschehenen vocation und installation des studiosi N. vorzuziehen?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl 1) aus denen Rechten klar ist, daß wenn viele Patroni das ius patronatus reale haben, alsdann die maiora suffragia vim præsentationis haben, und dem nominato das Vorrecht vor einem andern, der weniger vota hat, gegeben,

c. 3. X. de iure patron. elem. 2. eod.
BRVNNEM. *lib. 2 iur. eccl. c. 8. §. 18.*
FRANCIS. de FARGNA *de iure patron. tom. III. P. 4. p. 40. n. 3. sq.*

4 in welchem principio die Protestirende mit denen Catholischen eins sind, solches auch die gesunde Vernunft bestätiget, cum alias non esset ratio expediendæ vocationis et præsentationis,

GROT. *de iur. bell. et p. lib. 2. c. 5. §. 17.*

5 wohin auch 2) das rescriptum des löblichen Orts G. sub N. 18. abzielet, und dahero per indirectum dafür gehalten, daß der studiosus N. pro præsentato zu achten, angesehen derselbe die maiora suffragia damals für sich ge-

6 habt, anerwogen 3) Herr George Heinrich von R. auf B. damals noch in der possessione vel quasi des halben Kirchen-Lehns gewesen, und denen übrigen vom gedachten N. begetreten, dergestalt, daß der Herr Senior von R. allein sein votum dem jungen Prediger ertheilet, welches aber denen übrigen nicht præsentiren können, welchem denn 4) nicht entgegen stehen möchte, 7
daß nachgehends die Herrn von K. in das halbe Pfarr-Lehn immittiret worden, angesehen der Herr R. auf B. tempore præsentationis et vocationis noch in der possessione gewesen, mithin sein votum und darauf erfolgte vocation gültig zu achten, cum sufficiat, quod patronus tempore vocationis et præsentationis in possessione iuris patronatus fuerit, vt vocatio valeat.

c. 9. et 19. X. de iur. patron.
ALEX. SPERELL. *decis. for. eccl. 30. n. 20.*
de FARGNA *de iur. patr. tom. II. p. 466. n. 26. sqq.*

Uebrigens 5) der junge Prediger daraus keine 8
prærogativam für sich anziehen mag, daß die Gemeinde ihn verlanget, und für ihn intercediret, allermassen denen patronis eigentlich das ius eligendi et vocandi zukommt, denen Eingepfarreten aber weiter nichts als ein votum negativum attribuiret werden mag, vermöge dessen sie iustas dissensus causas anführen können,

CARPZ. *lib. I. iurispr. consist. def. 37. n. 11.*

so aber in actis nicht befindlich sind, wie denn 9
auch 6) allerhand Bedencklichkeiten bey geschehener intercession der Gemeinde für den Prediger in actis sich ereugen, woraus die andern Herren Patroni einige subcon geschöpfet, daß sie wohl dazu beredet seyn möchten. Endlich auch 7) sich zwar eben nicht gebühret, daß die andern Hrn. Patroni dem studioso N. ein exspectantz decret vorhero auf die noch nicht eröffnete Pfarre ertheilet, als welches keinem Patrono zu kommt,

c. 2. X. de concess. præb. et eccl. non vac.

dennoch solches hiebey nicht weiter in consider- 10
ation zu ziehen, nachdem der alte Prediger einen substitutum verlanget, dessen Setzung auch nöthig, und die Herren Patroni darin eins gewesen, daß ein solcher gesetzet werden möchte, wodurch denn die übrigen Herrn Patroni, so dem N. bereits die exspectantz verliehen, wohl befugt gewesen, ihm damals ihr votum zu geben, welches wenigstens von der Zeit an gelten, und vim suffragii haben müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch wenn man 1) die gantze 11
suiten der Acten einsiehet, sich hervorthut, daß die Sache wegen Setzung eines substituti bis auf die Zeit, da die Herren von K. in das halbe Pfarr-Lehn immittiret worden, sich daran accrochiret, daß die übrigen Herren Patroni einen substitutum dem alten Prediger und der Gemeinde setzen wollen, so ihnen nicht acceptable

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

gewesen, und deswegen der Herr Senior von R. darauf gedrungen, daß man den jungen Prediger setzen möchte, weil derselbe so wohl der Gemeinde als seinem Vater acceptabel gewesen, worauf absonderlich in substituti constitutione zusehen,

CARPZ. *lib. I. iurispr. consist. def. 28.*

12 welchem aber 2) die übrigen Herren Patroni nicht beypflichten wollen, dergestalt daß die Sache darüber zur ritterschaftlichen Commission gedieen, und ob wohl von dem Ritterort-Gebürge ein rescriptum dieserwegen ertheilet, dennoch solches vim sententiæ nicht haben kan, noch der Herr Senior dabey acquiesciret, diesemnach das gantze negotium substitutionis so lang noch im Streit gestanden, bis die wahren Patroni, die Herrn von K. in das halbe Pfarr- und Kirchen-Lehen zu Sch. immittiret worden, welchen aber vorzukommen 3) die übrigen Herrn Patroni, worunter auch der Herr von R. auf B. sich befunden, dem studioso N. die vocation ertheilet, so gleichwol nicht geschehen mögen, angesehen die Herren von K. nicht allein das halbe Pfarr-Lehn von dem gedachten Herrn von R. bereits euinciret gehabt, sondern die Sache damals schon in terminis executionis gestanden, und nichts mehr als die bald erfolgte immission übrig, mithin der Herr von R. auf B. nicht mehr befugt gewesen, dem N. die vocation mit auszufertigen und ihm sein votum zu geben, cum sciuerit, se ius alienum possidere, quod iam ab alio euictum fuerat, et sic tempore vocationis non amplius bonæ fidei possessor fuerit, quod tamen desideratur ad efficaciam exercendi ius patronatus.

CARPZ. *lib. I. iurispr. consist. def. 21. in f.*

13 Vielmehr 4) diese gantze demarche anzeiget, daß diese vocatio præpostera bloß in fraudem imminentis executionis et immissionis geschehen, welche um destoweniger pro valida zu achten, als die Herrn von K. bereits zu der Zeit ihr Kirchen-Recht rechtskräftig erstritten, decreta executorialia erkant worden, und nichts mehr übrig gewesen, als die immission zu bewerckstelligen, in welchem Fall es heisset: cingendus habetur pro cincto, et proxime imminens executio pro iam facta accipitur.

arg. l. 45. de fideiuss.

14 Daß also 5) die Herren von K. allerdings befugt gewesen, gegen solches attentatum zu protestiren, und durch solchen actum contradictionis ihr Recht sich zu conseruiren, welches dann, da die Sache nicht mehr streitig gewesen, den effect haben muß, vt quod contra eam actum est, pro nullo haberi debeat, cum non possit non arguere alterius malam fidem.

ALEXAND. *cons. 73. n. 2. sqq.*

15 Wohin auch 6) die Absicht des iuris canonici gehet, als welches nur die præsentationem et vocationem eines solchen patroni für gültig agnoscirt, qui tempore præsentationis CREDEBATVR esse patronus, licet POSTEA alius ius patronatus euicerit in iudicio.

c. 19. X. de iur. patron.

Quodsi ergo patronus possessor non amplius in bona fide fuit tempore vocationis, præsentare haud valet,

TONDVT. *tom. I. resol. de re benef. P. 2. c. 4. §. 9. n. 11.*

adeoque si constat per rem iudicatam de vero patrono, præsentatio a possessore facta nulliter facta censetur.

IDEM *cit. l.*

GARCIAS *de benef. P. 5. c. 5. n. 69.*

GONZALEZ TELLEZ *ad c. 19. X. de iur. patr. in f.*

16 Welches hier seine richtige application findet, dahero denn weil 7) die Herren von K. als veri patroni dem jungen Prediger ihr votum gegeben, nunmehro ohnstreitig ist, daß sie mit dem Herrn Seniore von R. die maiora ausmachen können, bevorab da, wie 8) ad quæst. lq. gezeiget werden soll, des letztern Herrn Bruders votum hiebey nicht einsten zu considiriren, und derselbe bey dem iure patronatus nicht berechtiget ist, dem zu folge dann 9) der junge Prediger wohl bey der Pfarre zu Sch. installiret werden mögen, im Gegentheil 10) die gewaltsame intrusion des studiosi N. nicht allein als ein unjustificirliches attentatum anzusehen, sondern auch höchst ärgerlich und sowol guter Ordnung als GOttes Wort zuwider gewesen, welches an solchen gewaltsamen intrusionen, wenn absonderlich die Gemeinde dem intruso, wie hier, zuwider ist, einen Greuel hat, und das geistliche Recht, dergleichen intrusos als lupos consideriret, die billig reprobiret werden müssen. 17

FRANCES *de intrusione qu. 2 et 3.*

Wodurch denn die rationes dubitandi ihre Abfindung von selbsten bekommen.

So halten wir dafür, daß des jungen Predigers vocation und installation billig vorzuziehen und für gültig zu achten. 18

Quæstio II.

Ob Herr Sylvester seinen Bruder von dem iure patronatus ausschliessen könne?

Rationes dubitandi et decidendi. 19

Ob wohl in dem N. 64. befindlichen extracto des Brüderlichen Theilungs-recessus den 23. Septembr. 1720. expresse versehen, daß das Kirchen-Recht und annexa zu Th. und Sch. tam quoad vocationem ministrorum ecclesiæ denen Häusern Sch. Th. und K. pro rata und zur gemeinschaftlichen Besorgung und

und Genuß in allen competiren solle, nach welchem Vergleich Herr F. C. von R. sein votum bey vocation der Herren Geistlichen wohl behaupten möchte, angesehen bekant, quod nihil naturalius sit, quam ea, quæ semel inter partes placuerunt, seruare.

c. 21. X. de R. I.

20 Dieweil aber dennoch wir in facto als richtig voraus setzen, daß der Antheil des iuris patronatus, wovon anitzo die Frage ist, auf dem vom Hoch-Stift B. zu lehngehenden castro Th. bißhero gelegen, und durch den vorhin gedachten Vergleich auf Herrn C. F. C. von R. zu Sch. Hoch-Fürstliches B. lehnbares castrum transferiret worden sey, welches ohne Lehns-herrlichen consens denen bekanten Lehn-Rechten nach nicht geschehen, noch durch den Theilungs-recess das vom Hoch-Stift zu B. zu Lehn mit dem Gute selbst rührende Kirchen-Recht vermindert werden können, zumal dieses ius patronatus reale ist, und dergleichen iura realia von einem Lehn-Gute auf ein anders pro rata nicht gebracht werden können, nulla obstante pactione vel conuentione in contrarium,

l. 1 et 3. C. sine cens. vel relig. fund. compar. non poss.

21 neque enim permissum est vasallo, quouis modo feudi conditionem deteriorem reddere, gleichwol dabey nicht zu leugnen, daß wegen solchen Abgangs Herr F. C. von R. indemnisiret werden müsse, ad quod coheredes sibimet inuicem obligantur,

l. 7. C. comm. vtriusque iudic.

22 So erhellet hieraus so viel, daß zwar Herr Sylvester I. G. von und zu R. seinen Herrn Bruder vom iure votandi ausschliessen könne, doch denselben dieserwegen zu indemnisiren schuldig sey.

Quæstio III.

23 **Ob und wie die Kayserliche iurisdiction in dieser Sache fundiret sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

24 Bey dieser Frage möchte zwar eingewandt werden, daß die causæ iuris patronatus mehr pro ciuilibus als ecclesiasticis zu achten, und also ad iudicia ciuilia wohl gezogen werden mögen, wie denn in Engelland, Holland, Franckreich, auch andern Orten solche dahin gehören,

FRANC. *de* ROVE *de iur. Patron. in proleg. c. 29.*

ESPEN. *P. 2. iur. eccl. tit. 25. c. 2. §. 16.*

welches absonderlich mit der Lehn der Protestanten überein zukommen scheinet.

LVDOLFF. *de iur. cam. p. 217.*

Weil aber dennoch in Teutschland auch 25 selbsten unter den protestanten die iura patronatus unter die causas iurisdictionis ecclesiasticæ gehören, an allen Orten in consistoriis tractiret werden, und man dahero auf die praxin extra Germaniam keinen regard nehmen kan, bey solcher Beschaffenheit aber sich nicht thun lassen will, daß diese causa iuris patronatus principaliter an die höchsten Reichs-Gerichte gezogen werde, allermassen denenselben bekanter massen die iurisdictio ecclesiastica nicht zustehet;

COCCEI. *in iurispr. publ. c. 32. §. 8.*
MAVRIT. *de S. Cæs. Maj. iud. aul. §. 17.*

gleichwohl alhier es vornemlich auf die posses- 26 sionem vel quasi des installirten Predigers ankommt, um dessen Mainteniung die Herren Interessenten billig bemühet, insbesondere aber besorget seyn müssen, daß gegen fernere ärgerliche turbationes, wie bereits bey der attentirten N. installation widerrechtlich geschehen, der legitime vocirte und installirte Prediger geschützet werden möge, und dergleichen incidentes quæstiones, quæ possessionem iuris ecclesiastici nudam concernunt, bey denen höchsten Reichs-Gerichten wohl angebracht werden können.

LVDOLFF. *de iur. camer. p. 224.*
BLVM. *de iur. camer. tit. 43. §. 20.*

So erhellet hieraus so viel, daß der Herr 27 Senior von und zu R. und die Herren von K. bey denen höchsten Reichs-Gerichten zwar die causam vocationis litigiosæ nicht principaliter, wohl aber quoad possessorium einführen, und manutenentz suchen können. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPTEMBR. MDCCXXVII.

DECISIO XXXV.

THEMA.

De limitibus iuris patronatus circa administrationem bonorum ecclesiasticorum, reparationes et rationes reddendas.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Custos et depositarius de depositis disponere nequit. n. 2. 3.
In reparationibus ecclesiarum observantia non est negligenda. n. 5.
Qui ecclesiam dotauit, regulariter ad eius reparationem concurrere tenetur. n. 6.
Num ad reparationes ecclesiarum concursus patroni requiratur. n. 7.
Administratio bonorum ecclesiasticorum et rationum redditio non sunt essentialia iuris patronatus. n. 8. 9.
De differentia administratorum et depositariorum. n. 10.
Administrator a reuisione rationum non excludendus est. n. 11.
Ad reparationem ecclesiarum consensus patronorum requiritur. n. 12.
In præscriptione iuris prohibitini requiritur contradictio cum alterius acquiescentia. n. 13. 14.
Donatio ecclesiæ facta ius compatronatus, invito vero patrono, tertio non tribuit. n. 15.
Decisio. n. 17.

Auf gesuchte remedia extraordinaria und erfolates Verfahren derer Anwälde I. F. von T. auf klein L. deducenten an einem, und H. U. von W. und consorten deducten am andern Theil, erkennen, ꝛc. nach vor gehabtem Rath unserer Rechtsgelehrten für Recht.

1 Nunmehro aus denen Acten, das andere gravamen belangend, so viel zu befinden, daß deducten die vorfallende Reparaturen bey der Kirchen zu groß L. allein und mit Ausschliessung des deducenten zu veranstalten, nicht befugt, sondern solche mit Zuthun und consens desselben zu verrichten schuldig; im übrigen aber der gesuchten remediorum extraordinariorum ohngehindert bey dem fol. 442. befindlichen und den 16 Ian. 1743 eröfneten Urthel es billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi

2 Ob wohl ratione des ersten grauaminis deducenten angeführet, daß 1) das eigentliche thema probandum darin bestanden, daß die deducten die Kirchenrechnungs-Abnahme allein ohne concurrenz des patroni verrichtet, welches sie aber nicht erwiesen, auch solches in dem letzten Urthel selbsten dadurch angezeiget sey, daß sie denen deducenten gehörige Administrations-Rechnung ablegen solten, und sie bey der Kirchen-Rechnung zu erscheinen befugt wären, wodurch denn denen deducenten die Rechnungs-Abnahme zugestanden, und also das eigentliche
3 probandum nicht erwiesen, beworab da 2) deducten fol. 34. selber eingestanden, daß sie bloß um Sicherheit willen, die Gelder aus dem Gotteskasten aus- und an sich genommen, und also nudi custodes gewesen, woraus sie aber kein Recht sich anmassen, sondern allenfalls die Versorge ihm, als patrono, überlassen müssen, es dahero ungereimt anzusehen, daß sie als nudi depositarii die Gelder auszunehmen, und darüber zu disponiren befugt seyn solten; am 4
allervenigsten aber 3) mit Abnahme der Kirchen-Rechnung etwas zu thun haben können, als welche ihm laut des Gegen-Beweises solitarie zustehe, und in ipsa sententia erkannt sey, zumahl es auf einen Widerspruch hinaus laufen würde, zur Ablegung der Administrations-Rechnung verbunden zu seyn, und an der Rechnungs-Abnahme Theil zu nehmen. So viel 5
aber 4) das andere gravamen betrift, deducten vermeinen wollen, daß sie durch ihre Zeugen dargethan, daß sie die Kirchen- und andere Reparaturen allein ohne concurrenz des vormahligen patroni besorget, und also hierin durch einmüthige Aussage der Zeugen diese observanz von viertzig Jahren her erwiesen, wozu sie auch
5) um desto mehr befugt seyn möchten, weil sie 6
mit einer Breite Landes die Kirche dotiret, wie der rotulus fol. 8. sqq. solches bezeuget, darneben auch 6) aus dem Gegen-Beweiß nichts weiter erhelle, als daß die vorigen patroni die Ausgaben darüber nur untersuchet, und theils passiret, theils aber defectiret, welches nicht geschehen können, wenn das Dom-Capitul zu B. als vormahliger patronus solche reparationes selbst veranstaltet, oder dessen consens erst gesuchet werden müssen. Endlich auch 7) das Gegentheil durch die documenta von anno 1690 und
1700

1700 nicht beygebracht sey, da nicht erwiesen, daß noch nach der Zeit die Reparaturen mit consens des patroni geschehen müssen, überdem auch nur die Obrigkeit damahls bey Gelegenheit der Abnahme incidenter erinnert, was wegen Erbauung eines Schulmeisters-Wohnung ohne Beschwerung der Kirchen und Lösung der Kirchenstühle veranstaltet werden könte, welches sich der vormahlige patronus gefallen lassen, daraus aber nicht folgen wolle, daß bey vorfallenden Kirchen-Reparaturen der consens des patroni nöthig sey.

Rationes decidendi.

§ Weil aber dennoch ad 1) zwar deducten das eigentliche thema probandum daß sie alleine die Abnahme der Kirchen-Rechnung ohne concurrentz des patroni mit dem Prediger verrichtet, nicht erwiesen, solches auch im letzten Urthel virtualiter selbst agnosciret ist, da sie zu Ablegung der Administrations-Rechnung condemniret sind, gleichwohl dieselbe durch ihre Zeugen so viel erwiesen, daß sie seit dreßig und viertzig Jahren her allein mit den Prediger das Geld aus dem Gotteskasten genommen, und disponiret, als welches um desto mehr zu statuiren, da das vormahlige Dom-Capitul nur etwa alle zehn Jahr die Abnahme der Rechnung gethan, die Gerichts-Obrigkeit mit dazu gezogen, diese beyden Stücke auch nicht eigentlich in das ius patronatus einfliessen, sondern zu der administration der Kirchen-intraden gehöret, und es dabey billig bey der bisherigen observance zu lassen, zumahl der deducente nichts mehr reprobando erwiesen, als daß die vorigen patroni die Abnahme der Kirchen-Rechnung, iedoch in Gegenwart der Obrigkeit, gethan, die Ausgaben untersuchet, und solche entweder passiren lassen, oder defectiret, welches nicht geschehen können, wenn die
9 deducten die Ausnahme aus dem Geldkasten und disposition nicht gehabt, dannenhero ob sie gleich nicht erwiesen, was sie eigentlich erweisen sollen, iedoch nicht sofort folgen will, daß sie mit demjenigen, so viel sie erwiesen, gäntzlich abzuweisen gewesen, als welches eigentlich zu der bishero hergebrachten administration, davon sie auch Rechnung abzulegen schuldig sind, und nicht schlechterdings zu dem iure patronatus zu referiren, dahero es wohl hergebracht werden kan, daß die Ausnahme der Gelder aus dem Kirchenkasten, und derselben disposition unter direction der Obrigkeit geschehe, und dem patrono hiernechst davon die Rechnung abgeleget werde, cum alia sit ratio administrationis: alia eius, cui rationes eius sunt reddendæ, wie denn aus den Umständen, und da das Capitul nur etwa alle zehn Jahr die Rechnung abgenommen, gantz glaublich, daß, da der patronus Entfernet gewesen, er dieses schlechterdings dem pastori unter direction des
10 Orts Obrigkeit überlassen, und dieser ad 2) die Gelder zu mehrerer Sicherheit in Verwahrung nehmen können, wie auch wohl die administratores thun, und doch nicht nudi depositarii sind, sondern administratores verbleiben. Uebrigens ad 3) es nunmehro veste gesetzet, und
11 auch im letzten Urthel erkannt ist, daß sie mit Abnahme der Kirchen-Rechnung nichts zu thun haben, als welche dem patrono geschiehet, dabey doch deducente eingeräumet, daß die deducten dabey gegenwärtig zu seyn befugt sind, so ohne dem wegen der Administrations-Rechnung ihnen, oblieget, ja eben deswegen, weil die Abnahme der Rechnung principaliter und allein dem deducenten zustehet, daraus nothwendig folget, daß ein ander die Gelder aus dem Kirchenkasten ausnehme, und solche in Ein- und Ausnahme bringe, und also die disposition, ohne concurrentz des patroni haben dürfe, weil sonsten der patronus die administration selbsten sich anmassen würde. So viel aber das andere gravamen betrift, ad
12 4) solches eigentlich einen solchen Punct betrift, der in das ius patronatus eigentlich einfliesset, weil die Kirchen ex fundatione der Vorfahren der patronorum herrühren, und sie dahero wegen reparation derselben besorget seyn, auch in subsidium selbsten dazu mit contribuiren müssen,

c. 3. X. de testam.

STEPHANI *de iure patron. P. 1. c. 25. n. 3.*

CAREZ. *lib. 2. iurispr. conf. def. 336. n. 19.*

also auch billig ist, daß ohne ihren consens bey
13 der Reparatur nichts veranstaltet werde, dagegen zwar deducten eine viertzigjährige præscription dorch Zeugen erwiesen zu haben, vermeinen wollen, gleichwohl eines Theils die Zeugen davon, ob das Dom-Capitul zu B. dabey concurriret, nichts wissen wollen, und also daß dasselbe davon excludiret, nicht erwiesen: andern Theils deducten sich in der præscriptione iuris prohibendi gründen, daß sie allein sine concursu patroni die quæstionirte Kirchen-reparation veranstaltet, und denselben davon auszuschliessen, befugt wären, welche aber nicht anders als dadurch erwiesen werden kan, daß vormahls das Capitul dabey concurriren wollen, die deducten aber und deren Vorfahren widersprochen, und jenes acquiesciret, wovon bey dem Beweiß keine Spur anzutreffen:

arg. l. 6. D. de serv. præd. urb.

LEYSER. *in medit. ad D. spec. 462. n. 7.*

dritten Theils auch aus denen producirten do-
14 cumenten erhellet, daß deducten oder deren Vorfahren selbsten die Einrichtung neuer Gebäude bey der quæstionirten Kirchen mit dem Capitul in deliberation gezogen, dergestalt, daß nicht einsten der Eyd darüber, ob auch in denen neueren Zeiten der consens des gedachten capituli darüber eingeholet sey, nöthig ist, da die deducten kein ius prohibendi sondern nur so viel, als davon in ihre coadministration mit dem pastore laufet, dargethan, also in diesem Punct das vorige Urtheil nothwendig geändert werden müssen, bevorab da ad 5) was de do-
15 tatione

ratione von der deducten Seiten hat angeführet werden wollen, unerwiesen, und nur soviel f. 8. sqq. beygebracht ist, daß der Oberste von W. die quæstionirte Breite Landes der Kirche erstritten, und immer die Kirchen-Breite genannt worden, mithin die Kirche schon ein Recht daran gehabt, auch nicht eine iede donatio ecclesiæ facta ein ius compatronatus, inuito vero patrono, geben kan, welches auch die deducten nicht einmal sich angemasset. So dann ad 6) bereits gezeiget ist, wie weit in dem Gegen-Beweiß das contrarium erwiesen, und ad 7) nicht einsten nöthig gewesen, in denen neuern Zeiten einige actus aufzuführen, welches doch durch die geschehene Eydes-delation leicht, wenn es nöthig gewesen, heraus gebracht werden mögen, nachdem die deducten ihr ius prohibendi, daß sie allein alle reparationes und Bausachen mit Ausschliessung des patroni veranstalten können, nicht dargethan. 16

So sind wir geschehener Massen zu erkennen veranlasset worden. 17

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MARTIO MDCCXLV.

DECISIO XXXVI.

THEMA.

De suffragiis plurium patronorum in præsentatione.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Vltima possessio et vltimus status vnice attendi debet in præsentando. n. 2.

Vota maiora in præsentatione obseruanda sunt. n. 3.

Quod quis facit per alium, per se fecisse putandus est. n. 4.

Si plures vnius patroni heredes sunt, hi viritim votum edunt: n. 5.

eorum heredes autem curiatim. n. 6. 7. 8. 9.

Omnis actus ita interpretandus, ne in tertii præiudicium vergat. n. 10.

Si a duobus patronis diuersa subiecta præsentantur, electio superiori competit. n. 11.

De vsu sortis in præsentando certo subiecto. n. 12.

Decisio. n. 13.

Rationes dubitandi.

Auf Vorbringen und erfolgte Gesetze in Sachen derer Herren von C. F. und consorten Klägern an einem, und Herrn E. G. von C. Beklagten am andern Theil erkennen verordnete Consistorial- und Kirchen-Räthe nach vorgehabtem Rath auswertiger Rechtsgelehrten für Recht,

1 Daß so wohl der Herren Klägere als der Frau Witwen, von C. zu V. Suchen nicht statt finde, sondern das ius patronatus schlechterdings nach den Linien dergestalt zu exerciren sey, daß sowohl die F. nur ein votum als die B. Linie ebenfalls ein votum in præsentando habe, Beklagter auch solches bey itziger vacanz als successor von den seligen Cammer-Rath von C. zu O. in der B. Linie zu gebrauchen allein befugt sey. Würden nun beyde Linien sich nicht wegen eines subiecti præsentandi binnen einer anzuberahmenden præclusivischen Frist vereinigen, sondern bey ihren beyderseits gethanen præsentationen verharren, so soll alsdann mit Erwehlung eines von beyden subiectis zu der vacanten Pfarre zu K. wie recht, verfahren werden, und gebührende Verordnung geschehen. V. R. W.

Ob wohl Klägere 1) anführen, daß das ius 2
patronatus über die Pfarre zu K dergestalt beyden Linien gemein sey, daß die F. Linie, woraus die Kläger abstammen, zwey vota, die B. oder, die nunmehro so genannte C. Linie nur ein votum abgeben, iedoch diese letztere nach dem Urthel de anno 1692 zur alternation verbunden, zumahl die præsentation solcher gestalt bey dem verstorbenen S. nach der Unterschrift geschehen, und dabey von der F. Linie zwey, von der B. oder C. Linie aber die Witwe zu L. allein solche unterschrieben, und wenigstens Kläger dadurch in possessione præsentanea duplicis voti zu achten, dabey sie in summariissimo zuförderst mainteniret werden müssen, cum vltima possessio et vltimus status vnice attendi debeat in præsentando.

POST. *de manut. obs. XXXII. n. 5.*

dahero auch 2) bey itziger vacantz der von den 3
Herrn Klägern præsentirte candidatus dem præsentato vom Beklagten ex quasi possessione billig vorzuziehen, da ihm die exceptio plurimorum votorum entgegen stehe, welches auch 3) aus der Anlage sub A, als worin auf die vota maiora prouociret worden, zu ersehen, als wobey Beklagter damahls acquiescirt,

ciret, sowol 4) für itzo bey der B. weil die præsentation bey V. sey, anerwogen bey der letzten præsentation die Frau Witwe zu L. die præsentation gethan, und solches Beklagter geschehen lassen, dagegen aber einen revers angenommen, dem zu folge dann der turnus nach dem Urthel de an. 1692. nach L. anitzo bey V. seyn, und in solchem Hause die Frau Witwe, geborne R., als Vormünderin, zur præsentation mit concurriren müsse, solche aber mit den Klägern in præsentando einig sey, und also auch aus diesem Grunde der von ihnen præsentirte
4 canditatus vorzuziehen, zumal numehro 5) der turnus einmal verrücket, und Beklagter bey existirendem casu zweymal zu præsentiren vorbehalten worden, welches nicht geschehen mögen, wenn die Frau Witwe zu L. das letztemal nomine V. præsentiret gehabt, cum quod quis per aliam facit, per se fecisse putandus sit.

Rationes decidendi.

5 Dieweil aber dennoch ad 1) aus dem bey den Acten sub N. 5. befindlichen Stamm-Baum zu ersehen, daß das gemeinschaftliche ius patronatus über die Pfarre von Burchhard von C. auf die P. und B. lineas gefallen, mithin solches in zwey vota sich vertheilet, cum, si plures vnius patroni heredes sint, hi viritim votum edant,

FRANC. DE ROYE *de iur. patron. in proleg. c. 19. p. 62.*

6 im Gegentheil der beyden Linien Nachkommen unter sich curiatim votiren, und iede Linie sich wegen eines voti vergleichen müssen,

clem. 2. de iur. patron.

7 iedoch in gegenwärtigem casu mit dem Unterschied, daß die F. Linie sich wegen eines voti vergleichen muß, und es also wohl geschehen kan, daß die præsentation von dieser Linie mehrere unterschreiben, die doch nur als eine Person zu achten; im Gegentheil nach der per iudicatum de an. 1692 eingeführten alternation bey der B. Linie, wovon die ietzige C. wieder abstammet, nur einer von den dreyen Gebrüdern, unter welchen die alternation im gedachten Jahr eingeführet, oder die Nachkommen von denen, auf welchen der turnus gefallen, die præsentation verrichten können. Dahero obgleich bey der S. præsentation von der F. Linie zwey unterschrieben, dennoch nicht folgen will, daß sie solches virtute duplicis voti in relatione ad alteram lineam gethan, zumal sie damals wegen des damaligen præsentandi einig gewesen, und noch wohl mehr von der Fr. Linie die præsentation unterschreiben können, da im Gegentheil von der B. oder L. Linie nur einer die præsentation, vermöge des turni, thun müssen, also aus diesem actu keine possessio vel quasi duplicis voti geschlossen werden mag, vielmehr das petitorium aus der Natur der Sachen so fort klar ist, quod hoc casu merito attendendum,

POST. *cit. obs. 32. n. 8.*

nicht weniger das iudicatum de anno 1692. 8
voraus setzet, daß iede Linie ein votum habe, nur daß die B. solches künftig durch die alternation ausüben solle, dieserwegen ad 2) bey der ietzigen vacantz die F. Linie keine maiora auszumachen bestand ist, noch weniger ad 3) die Anlage sub A hierbey in regard zu ziehen, als in welcher nur incidenter von den maioribus gedacht, hauptsächlich aber die damals geschehene præsentation, so von V. geschehen sollen, nur excusiret worden, und man wohl weiß, daß dasjenige, was incidenter von einem tertio angeführet wird, nicht so fort von demjenigen, an welchen dergleichen Schreiben gerichtet, als eingestanden angenommen wird, als worüber damals nicht gestritten worden; dieses aber doch ad 4) gantz deutlich aus dem 9
gedachten Schreiben sub A. zu ersehen, daß weil damals die Frau Witwe von L. an statt V. bey welchem der turnus gewesen, præsentiret, und Beklagter gegen Annehmung eines revers solches geschehen lassen, der turnus fürietzo nicht bey V., sondern bey O., davon der Beklagten successor ist, sey, mithin die Frau Witwe von R. V. Linie mit ihrem Beytritt zu der F. præsentation gäntzlich abzuweisen, da die Frau von L. im gedachten Schreiben sich gerichtlich erkläret zu haben angezeiget,

> Daß im Fall der allegirte Bescheid in originali könte produciret werden, wenn der turnus in der C. Linie künftig an ihrem Sohn laut solches Bescheides seyn würde, derselbe dann für dasmal denselben vorbey gehen, und also Beklagter künftig zweymal hinter einander auf die Pfarre zu K. præsentiren sollen ꝛc.

woraus denn sich veroffenbaret, (a) daß sie damals an statt V. wircklich præsentiret, und weil (b) dadurch dieses Haus pro ea vice sein præsentations-Recht nicht exerciret, in eius compensationem der Beklagte nicht so fort bey dem nechst erfolgten Fall, sondern alsdann, wenn der turnus nach dem Abscheide wieder an L. kommen solte, zweymal, als einmal für L. und das andremal für V. præsentiren solle, so daß nach dem iudicato de anno 1692. V. bereits, licet per alium, præsentiret, und nunmehro solches Recht an O. gefallen, keinesweges aber 5) gesaget werden kan, daß der turnus verrü- 10
cket sey, da, wenn solches geschehen sollen, Heinrich zu O. nothwendig darein consentiren müssen, als welches zu dessen grössesten præiuditz geschehen seyn würde, ita autem omnis actus interpretandus, ne in tertii præiudicium vergat, so daß nunmehr die præsentation an 11
O. seyn muß, mithin da die F. Linie mit der B. in præsentando nicht eins sind, sondern eine iede Linie ein diuersum subiectum præsentiret, die electio aus beyden subiectis dem superiori zukommen wird, wenn sie bey der geschehenen præsentation verharren solten.

clem. 2. de iur. patron.

Zumal noch zur Zeit, da das ius præsentandi streitig ist, prout inter plures heredes vt plurimum contingere solet,

c. 1. 2. X. de iur. patron.

man nicht positiue sagen kan, daß sie beyderseits auf die designirten subiecta bestehen werden, nachdem die F. Linie prærogatiuam suffragii, wiewol ohne Grund, prætendiret, und darüber erst zu erkennen gewesen, mithin decisa causa ihnen noch frey bleibet, sich über ein certum subiectum, auch wol per sortem, zu vergleichen,

B. de LVDEWIG *de sorte suffragatorum.*

BOEHMER *tom. III. iur. eccles. tit. de iur. patron. §. 74.*

inzwischen die Sache einigen dubiis unterworfen gewesen, deswegen die expensæ tacite compensiret werden müssen. 12

So sind wir, geschehener massen, zu erkennen bewogen worden. 13

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE DECEMBR. MDCCXL.

RESPONSVM XXXVII.

THEMA.

De differentia iuris patronatus simplicis et qualificati inprimis quoad refectionem ecclesiarum.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio decidenda, quæ in tres quæstiones speciales resolvitur. n. 1. 2.

Quæstio I. De iuris patronatus simplicis et qualificati differentia. n. 3.

Rectores ecclesiarum ad reparationem eorum veditus conservę tenentur, si eis supersunt. n. 4.

Vt et possessores decimarum. n. 5.

In Concilio Tridentino onus reficiendi ecclesias patronis tantum in subsidium imponitur. n. 6. 7.

Quilibet beneficio a se dato et oblato legem dicere potest. n. 8.

Ius patronatus qualificatum in quonam consistat? n. 9.

Vnio ecclesiæ subiectiua facit partem monasterii, cui iungitur. n. 10. 12.

Ad simplex ius patronatus transferendum in monasterium vel Hospitale confirmatio superioris non requiritur; n. 13.

Ad qualificatum vero consensus et auctoritas diœcesani vel pontificis, n. 14.

cum fortius ius tribuat, ita vt pia sodalitia vicario plebano tantum ad congruam portionem secundum arbitrium diœcesani teneantur. n. 15. 16. sqq.

Retrouenditionis natura desiderat, vt omnia in eum statum reducantur, qui fuit ante retrouenditionem. n. 18.

Quatenus annus regulatiuus in reluitionibus attendatur? n. 19.

Iurisdictio ecclesiastica vltra limites eius non est extendenda. n. 20.

Litterarum inuestituræ, quæ olim quoad ius patronatus expeditæ sunt, modus explicatur, n. 21.

qui variis abusibus ansam præbuit. n. 22. 23.

Rescripta papalia, quæ non continent facti seriem cum suis circumstantiis, nullius sunt valoris, n. 24.

nec vnionem subiectiuam probant. n. 25.

Vnio subiectiua cum iure patronatus incompatibilis est. n. 26.

Vitia possessionis præscriptionem tollunt. n. 27.

Causæ ecclesiæ non ex antiquissimo earum statu, sed ex eo, qui post reformationem fuit, et ipsis sanctionibus imperii pragmaticis sunt decidendæ. n. 28.

Cura animarum de iure canonico, in administratione sacramentorum, in sermonibus ad populum habendis, proponendo verbum Dei et confessionibus audiendis consistit. n. 29.

Post reformationem remotio vel resignatio parochi a solo episcopo dependet. n. 30.

Nec cura animæ vicario cuidam committi potest. n. 31. 32.

Installatio siue institutio corporalis non nisi episcopo vel eius vicario competit. n. 34.

Differentiæ iuris patronatus simplicis et qualificati explicantur. n. 28. sqq.

Presbyteri ad curam populi per monachos episcopis præsentati et instituti ab his amouerè nequeunt. n. 39. 40.

Si monasterio conceditur ecclesia parochialis in eius usus, monasterio duntaxat ius conferendi, non regimen competit. n. 41. 42.

Quando sit intitulatio, intitulatus recte dicitur rector, et parochus est. n. 43.

Vicariæ perpetuæ sunt beneficia vera ecclesiastica, secus ac temporales. n. 44. 45. 46. 47.

Abusus circa domus parochiales recensentur. n. 48.

Episcopus rebus ecclesiæ tanquam commendatis

datis non tanquam propriis vti debet. n. 49.
Cura ædium parochialium reficiendarum ad quem spectet? n. 50.
Ius circa sacra inter protestantes etiam magistratibus imperii immediatis competit n. 51.
Suspenso iure diœcesano et omni iurisdictione ecclesiastica. n. 52.
Præsentatio subiecti electi ad confirmandum vel installandum pertinet ad ius episcopale. n. 53.
Patroni reditus ecclesiarum parochialium percipientes, onus refectionis subire debent. n. 54.
Vnio ecclesiarum etiam pleno iure vspectu temporalium fieri potest. n. 55. 56.
Cessio imperatoria iuris patronatus quomodo differat ab vnione ecclesiæ illiusque tituli parochialis? n. 58.
Confirmationes papales vel episcopales regulariter ea expresse supplent, quæ actui sufficiunt, n. 59.
aliàs pro sub et obreptitie impetratis habentur. n. 60.
Possessio, vsus, obseruantia et exercitium anni 1624. secundum I. P. est principium regulatiuum. n. 63.
Ius patronatus non tribuit ius reformandi. n. 64. 65.
Decisio quæstionis I. n. 67.
Quæstio II. De eodem argumento. n. 68.
Donec de iure ædificandi constet, nihil circa ædificia instituenda decidendum. n. 69.
Moræ non est annumerandum, quod differendi causa optima ratione fit. n. 70.
Qui iuste ad iudicium prouocat, excluditur a mora. n. 71.
Ecclesiæ earumque accessoria ad opera publica referuntur. n. 72.
Imperatores pro conseruatione ædificiorum ecclesiasticorum summam habuerunt curam, n. 73.
ita vt cura hæc pro publica et populari habita fuerit. n. 74.
Refectio ædificiorum publicorum a salute publica dependet, n. 75.
ex qua causa nullæ exceptiones contra eam admittuntur. n. 76. 77. 78.
Decisio quæstionis II. n. 79.
Quæstio III. de eodem argumento. n. 80.
Mandata sine clausula locum habent in causis celerrimæ expeditionis. n. 81.
Domum sumtu publico exstructam, si dominus temporarius pecuniam impensam cum vsuris restituere noluerit, respublica iure distrahit, n. 83.
quod ex iure canonico illustratur. n. 84.
Qui deserta ædificia negligit, ius patronatus amittit. n. 85.
De vsu prouocationis ex L. diffamari. n. 86.
Decisio quæstionis III. n. 87.

Ie an mir übersandte Acta nebst beygefügtem Bericht, worüber mein rechtliches Gutachten zu ertheilen verlanget worden, enthalten kürtzlich folgende facti speciem in sich.

1 Es hat das Hospital zu W., Heiligen Geistes Ordens, bey der Kirche zu F., als einem der Stadt H. zustehenden Dorfe, das patronat-Recht hergebracht, und dahero die demselben anklebende onera zu tragen. Nachdem nun das dortige Pfarr-Haus in grösseste Gefahr und auf den völligen ruin stehet, ermeldtes Hospital auch solches nach dem Augenschein selbsten wohl erkennet, und deswegen die reparation für unthunlich hält, hingegen aller remonstration ohngeachtet sich zu einem völlig neuen Aufbau in Güte anders nicht, als gegen Gestattung eines eigenen Kellers, Stube und Küche, zu Verwahrung ihrer dortigen Zehend-Gefälle und bequemen Wohnung, wenn sie zu deren Einsammlung sich dahin begeben, verstehen, sondern es allenfalls zu einem processu ankommen lassen will, so wird dannenhero hierbey gefraget:

2 **Ob bey dem imminirenden Einfall des Pfarr-Hauses zu F., und da summum in mora periculum verhanden, der von dem Patrono angedrohete Proceß, welchen man an Seiten des heiligen Reichs Stadt H. mit anzugehen, sich gar nicht entgegen seyn lässet, die etwa noch mögliche reparation, oder allenfalls erforderliche reædification, so thanes Pfarr-Hauses bis zu einer erfolgenden aber wohl in vielen Jahren nicht zu hoffen stehenden allerhöchst-richterlichen decision mit Bestande rechtens retardiren könne oder nicht? und was letztern falls des heiligen Reichs Stadt H. für licita iuris remedia zu statten kommen möchten?**

Dieweil aber diese general-Frage sich vornem- 3
lich auf folgende special-Fragen resoluiret:

I) Ob das Hospital zu W. heiligen Geistes Ordens nicht schlechterdings zum Bau des Pfarr-Hauses zu F. vermöge des bey der Kirche daselbst habenden patronats-Rechts verbunden, ohne daß des heiligen Reichs Stadt H. gestatten dürfe, daß das gedachte Hospital daselbst einen neuen Keller und Speicher nebst Stube und Küche zur Verwahrung ihrer dortigen Zehnd-Gefälle und bequemer Wohnung, wenn jene einzusammlen, anlegen könne?

II) Ob das gedachte Hospital zu W. den quæstionirten Bau des Pfarr-Hauses durch Anstellung des angedrohten processus bis zu dessen völligen Erledigung retardiren könne?

III) Und was inzwischen allenfalls dabey für remedia iuris licita statt finden?

So habe ich für nöthig erachtet, vornemlich mein rechtliches Gutachten auf vorstehende drey Fragen zu richten.

Rationes dubitandi.

4 Ob nun wohl, so viel die erste Frage betrift, eingewandt werden möchte, daß 1) aus dem iure patronatus, so das Hospital zu W. Heiligen Geistes Ordens hat, nicht schlechterdings die Obliegenheit, das Pfarr-Haus zu repariren oder wieder zu bauen, herzuleiten, da vielmehr den Pfarr-Herren selbsten aus den Pfarr-Revenüen, si eis superfunt,

c. 4. X. de eccl. ædif. vel repar.

5 und denenjenigen, welche die Kirchen-Zehenden geniesen, dieses onus auferleget sey,

PETR. PECKIVS *de SS. eccl. ædif. vel reparand. c. 14. sqq.*

adeo vt etiam secularibus possessoribus, decimas possidentibus, hoc onus imponendum esse, interpretes asserant,

ESPEN. *p. 2. iur. eccles. tit. 16. c. 5. §. 13.*
RENATVS CHOPPIN. *lib. 3. de polit. eccles. tit. 4. n. 20.*

6 welches auch 2) die patres concilii Tridentini agnoscirt, und das onus reficiendi ecclesias etiamsi iuris patronatus fuerint, denenjenigen, qui fructus inde percipiunt, primo loco: denen patronis aber nur in subsidium imponiret.

Sess. XXI. de reform. c. 7.

7 Woraus denn folgen möchte, daß, weil des Heil. Reichs Stadt H. den Pfarr-Herrn zu F. nicht pro nudo vicario, oder für einen Pfarr-Verweser, sondern pro rectore domino, oder für einen wahren Pfarr-Herrn halten wollen, derselbe auch zu dieser Obliegenheit principaliter verbunden sey, oder wenn dessen Revenüen nicht zu langen solten, alsdenn die possessores decimarum, und denn erst in subsidium das Hospital zu W. dazu mit concurriren müssen; inzwischen, da 3) sich dasselbe freywillig zur Aufbauung des Pfarr-Hauses erboten, iedoch dabey diese condition annectiret, daß es zu seinem Behuf und zu Einsammlung derer Zehend-Gefälle einen Keller und Speicher nebst Stuben und Küchen dabey bauen wolte, solche Freyheit um destoweniger ihm zu denegiren gewesen seyn möchte, als dadurch der Kirche zu F. ein grosses commodum zuwächset, das Pfarr-Haus gebauet wird, und diese condition einer Vergütung des übernommenen Pfarr-Wohnungs-Bau ist, cum quilibet beneficio a se dato et oblato legem dicere et conditionem adiicere queat; absonderlich aber 4) dieses bey diesem Pfarr-Hofe vorkommt, 9
daß solcher mit dem gantzen Begriff oder Bezirck des Hospitals zu W. Eigenthum zu seyn scheinet, da, ob wohl dergleichen Eigenthum in dem simplici iure patronatus nicht stecket, dennoch dem gedachten Hospital nicht dieses allein, sondern ein ius patronatus qualificatum zustehet, vermöge dessen die Pfarre zu F. dem Hospital zu W. zu ewigen Zeiten per vnionem incorporiret, und zu dessen patrimonio sacro geschlagen, wodurch demselben ein weit mehreres Recht, als denen simplicibus patronis, zustehet, und ausser diesem auch das Pfarr-Recht selbsten nebst dessen Revenüen ihm zugeeignet ist, so daß der pastor zu F. eigentlich pro rectore 10
domino nicht, sondern nur pro vicario, oder für den Pfarr-Verweser gehalten werden möchte, wie dasselbe die vnio subiectiua ecclesiarum parochialium, cum monasteriis aliisque fodalitiis piis coniunctarum, mit sich bringet;

c. 30. vers. quia vero X. de præb. et dignit.

TVRRICELLIVS *de vnion. benef. c. 4.*
PETR. PACION. *alleg. canon. 20. n. 1.*

facit enim talis vnio partem monasterii, cui iungitur parochialis ecclesia,

TVRRICELL. *cit. l. n. 4.*

welches alles 5) aus denen beygebrachten di- 11
plomatibus deutlich erhellen will, als welche darlegen, daß Wilhelmus nobilis et aduocatus de W. das ius patronatus, welches er von dem Kayser und dem Reich titulo feudali besessen, zur Stiftung des Hospitals in W. gewidmet und geschencket, und der König Heinrich an. 1233 solche Stiftung mit folgenden formalibus bestätiget: quod nos ob diuinæ remunerationis meritum Hospitali in Wimpia noviter constructo ius patronatus ecclesiæ de Fline et ipsam ecclesiam cum omni dote et decimis ad ipsam pertinentibus, et omnibus iuribus eius, quæ hactenus detinuit, et possedit, liberaliter contulimus et contradidimus PLENO IVRE, volentes, vt ipsum Hospitale prælibatam habeat cum omnibus attinentiis, suis ecclesiam perpetuo vsibus deputatam; ins besondere aber dessen Vater, Kayser Friedrich der andere, anno 1238 des Wilhelmi de Wimpina Schenckung specialiter gedencket, solche confirmiret, und den nexum feudalem dabey remittiret in folgenden Worten: quod nos deuotis supplicationibus Wilhelmi de Wimpina, fidelis nostri, fauorabiliter inclinati donationem factam per manus ipsius de iure patronatus ecclesiæ in Fline, quod feudali titulo a nobis et imperio possidebat, et de curia in Huphilbora, quam vt dotem quondam vxoris suæ tenebat, legitimeque in remissionem peccatorum suorum Hospitali S. Ioannis Baptistæ apud Wimpinam contulit, in omnibus approbantes donationem, eidem assensum porrigimus imperatoriæ maiestatis,

welche

welche confirmation damals um desto nöthiger war, weil der Käyser bereits anno 1235 seinen Sohn Heinrich gefänglich eingezogen, und ihn aller Herrschaft und Macht entsetzet, also billig zu befürchten war, daß dessen Handelungen künftig wenig Kraft haben würden, besonders da er in seiner confirmation sehr extrauagiret, welches Friedrich der andere in seinem diplomate geändert, und das geschenckte ius patronatus wieder in die richtige Schrancken gesetzet: nicht weniger der Kayser WILHELMVS in diplomate de an. 1255 das Hospital selbsten et personas in ipso domino famulantes sub protectionem suam et imperii specialem auf und angenommen, und nebst andern Gütern auch das concedirte ius patronatus über die Kirche zu F. bestätiget, his verbis: et specialiter ius patronatus ecclesiæ de Vliene ac ipsam ecclesiam cum omni dote ac decimis ad ipsam ecclesiam pertinentibus et omnibus iuribus suis, et curiam in Huppulbure, prout eis a diuinis imperatoribus et regibus Romanis prædecessoribus nostris concessa et confirmata existunt, vt in eorum prædecessorum nostrorum priuilegiis continetur, auctoritate regalis culminis confirmantes, woraus denn erhellen möchte, daß nebst dem iure patronatus auch die Pfarr-Kirche selbsten nebst allen dessen Zehenden und Gütern dem gedachten Hospital auf ewig zugeeignet worden, und dadurch eine vnio in effectu
12 erfolget, und was 6) dagegen de defectu potestatis secularis angeführet werden möchte, hierbey um desto weniger in consideration zu ziehen, als vormals die Kayser dergleichen Gewalt sich noch angemasset, und allenfalls solches ertheilte Recht so wol a diœcesano, dem Bischofe von W. im an. 1253 als dem Pabst CLEMENTE IV an. 1267 bestätiget, und dadurch in seine völlige consistentz gebracht worden, da jener sich deutlich genug darüber in folgenden Worten erkläret: id quod de iure patronatus factum est, circa idem hospitale, auctoritate diœcesana ratum habemus, et præsentibus approbamus, et vt fauorem nostrum idem Hospitale sibi sentiat ampliorem, licet sacerdos secularis nobis esset ad ipsam ecclesiam præsentandus, tamen ex plenitudine gratiæ, qua ipsum locum amplectimur, statuimus, vt commendator Hospitalis eiusdem, qui pro tempore fuit institutus, ad recipiendam curam animarum eidem ecclesiæ nobis et successoribus nostris præsentetur, wodurch per indirectum die zum Hospital zu W. per vnionem geschlagene Pfarr-Kirche zu F. bestätiget, anbey das ganze Pfarr-Recht mit allen commodis auf das Hospital transferiret ist, vermöge dessen der commendator nunmehr die Freyheit bekommen, einen vicarium ex fratribus religiosis dahin ohne præsentation zu setzen, da sonsten vorher ein clericus secularis dem Episcopo Herbipolitano ex iure simplicis patronatus hat præsentiret werden müssen, an dessen statt nach der Zeit der commendator als Rector dominus zur præsentation gelanget, und dadurch der eigentliche Pfarr-Herr geworden, wie solches auch die ex Necrologio Wimpinensi angeführten exempla darthun. Endlich 7) dieses 13
alles auch des Pabstes CLEMENTIS IV diploma, wie vorgedacht, in diesen Worten bekräftiget: ius patronatus, quod in ecclesia in Fliene Herbipolensis diœcesis de concessione Wilhelmi aduocati de Wimpina (prout spectabat ad ipsum) etiam diœcesani accedente consensu PROPONITIS vos adeptos, sicut illud iuste ac pacifice obtinentes, vobis et per vos Hospitali vestro auctoritate apostolica confirmamus et præsentis scripti patrocinio communimus, welche doppelte confirmation 8) in gegenwärtigem Fall nöthig war, weil zwar ad simplex ius patronatus transferendum in monasterium vel Hospitale keine confirmatio superioris erfordert wird,

c. 8. X. de iur. patron.

c. vn. eod. in 6.

gleichwohl in qualificato iure patronatus ac- 14
quirendo, quod demum per vnionem subiectiuam fit, der consensus et autoritas diœcesani vel pontificis um desto nöthiger zu achten, als solche præuia causæ cognitione per specialem nouam concessionem erhalten werden muß, wovon ich selber unterschiedliche diplomata angeführet

tom. III. iur. eccles. ad tit. de iur. patron. §. 49. §q.

anbey gewiesen, daß dadurch denen piis foda- 15
litiis mehr Recht und Gewalt, als durch das bloße ius patronatus zugeeignet sey, nemlich daß die Pfarre selbst mit den Pfarr-Gütern ihr Eigenthum geworden, und sie dem plebano vicario nicht mehr als congruam portionem oder nothdürftigen Unterhalt secundum arbitrium diœcesani verleihen dürfen,

clem. 1. de iure patron.

hæc est enim ratio vnionis subiectiuæ, monasterio factæ, vt pleno iure tum quoad spiritualia tum quoad temporalia parochia monasterio iuncta sit, et hoc proprietarium sit, cura animæ penes illud residente, exercitio vero eius vicariis commisso,

FARGNA *de iure patron. P. II. can. 21. cas. 4. n. 3. §q. p. 344.*

qui sunt amouibiles pro lubitu, vt sine causa amoueri possint;

IDEM *cit. l. n. 6. p. 345.*

aus welchen dann 9) nunmehro geschlossen wer- 16
den möchte, daß das Hospital zu W. das eigenthümliche Recht an dem Pfarrhofe habe, und dahero nach seinem Gefallen und zu dem abgezielten Gebrauch mit Keller, Speichern und andern commodirāten das neu zu bauende Pfarrhaus aptiren lassen könne, als welches ex natura proprietaris fliesset, bevorab da 10) das gedachte Hospital zur Zeit des Religions-Friedens in diesem völligen Recht und dessen exercitio et possessione sich befunden, und dahero

nach demselben und zwar §. dieweil aber ꝛc. dabey billig gelassen werden müssen; hierüber 11) die Stadt H. darüber keine iurisdiction und aus solcher ein ius prohibendi sich anzumassen, befugt seyn möchte, als selbsten in dem der gedachten Stadt ausgestelleten Güldbrief de anno 1593 mit klaren Worten befindlich, daß der Kirchensatz und Pfarrlehn ausser eines ehrbaren Raths der Stadt H. gelegen sey, welches auch 12) die von den Römischen Käysern RVDOLPHO II de anno 1582 und MATTHIA de anno 1613 ertheilte Schutz- und Schirm-Briefe bestättigen, worin namentlich das Pfarrlehn zu F. mit begriffen, und die immedietas da-
17 durch angezeiget ist, und ob wohl 13) in anno 1619 des H. Reichs Stadt H. sich in die possess der ihr verschriebenen Gefälle und intraden gesetzet, dennoch ein solches bloß iure crediti, nicht aber ex superioritate territoriali vel episcopali geschehen, wie solches die documenta de anno 1629. 1655, 1680 und 1723 bezeugen, und darlegen, daß die darin begriffene iura, Pfarrhaus, grosse, kleine Heu-noval- und Lebendig, oder Blutzehenden, nebst andern Gefällen und intraden, als ein Eigenthum cum pacto retrouenditionis vormahls der Stadt H. in solutum cediret worden, dabey auch zu erweisen seyn soll, daß in anno regulatiuo 1624 mit der Pfarr-Besetzung keine Aenderung, sondern erst hernach geschehen, welches Gelegenheit zu dem, in dem de anno 1728 getroffenen Vergleich, inseriten modo ius patronatus exercendi gegeben, welches aber auf das Pfarrhaus, des Pfarrers Besoldung, oder andere dem iuri patronatus anhangendes Recht nicht zu extendiren, allenfalls aber daraus wahrzunehmen, daß das ius patronatus dem Hospital zu W. in der qualität verbleiben solle, wie es vorhero gewesen, nach welcher das Eigenthum des Pfarrhauses demselben zuhörig zu seyn scheinet. Wie
18 denn auch 14) der retrovenditions-recess de anno 1728 §. achtens ꝛc. nichts weiter, als den vorhin schon determinirten modum præsentandi concerniret, und daß keine Aenderung damit vorgenommen werden, sondern es bey dem alten Herkommen verbleiben solle, bezeuget, welche Worte nicht von den jüngern, sondern von den alten Zeiten zu verstehen, auch dabey gewiß ist, daß erst in anno 1629 die Stadt H. das Pfarrhaus nebst intraden und was de iure patronatus in dem gedachten recess de anno 1628 disponiret worden, an Zahlungs statt als ein Eigenthum auf Art und Weise, als solche der Orden in vorigen Zeiten gehabt und besessen, bekommen, dem zufolge denn nach der geschehenen retrouendition alle die iura dem Heil. Geistes Orden wieder zufallen müssen, wie sie solche ante dationem in solutum besessen, cum id ipsum natura retrouenditionis desideret, so
19 daß auch 15) der Oßnabrückische Friedensschluß hieher nicht gezogen, noch ein argumentum ab anno regulatiuo hergenommen werden mag, zumahl in *art. 19. §. 27.* mit klaren Worten eine exceptio in casu factæ reluitionis gemachet ist, ausser dem aber 16) das angeführte ius
20 episcopale der H. Reichs-Stadt H. nicht weiter als auf das exercitium religionis, des Pfarrers Amts-Verrichtungen in Glaubens- und Kirchen-Sachen, betreffen, das übrige aber alles nach den Verträgen, de anno 1628 et 1728 beurtheilet werden muß, bevorab da 17) der Heil. Geistes-Orden exemt, und die Stadt selbsten die hohen iura zu F. nicht weiter als auf die Reichs-Lehen, worunter aber die Stiftung wegen des iuris patronatus nicht mit begriffen, erstrecken, dahero auch vi huius superioritatis den intendirten Pfarrbau nicht prohibiren kan, da das Pfarrlehn ausser der Stadt iurisdiction gelegen.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil 1) aus den ange-
21 führten diplomatibus zwar so viel erhellet, daß das Hospital Heil. Geistes-Ordens zu W. durch das erhaltene ius patronatus sich der Kirchen-Güter wohl mehr de facto als de iure angemasset, und durch die Käyserlichen diplomata kein Recht mehr auf dasselbe anfänglich gebracht worden, als der Wilhelmus nobilis de Wimpina gehabt, welcher nichts weiter als das blosse ius patronatus vom Reiche zu Lehn getragen, die Kayser auch nicht intendiret, ein mehres Recht dem Hospital zuzueignen, oder eine vnionem subiectiuam zu verrichten, indem dergleichen Redens-Arten, als in den Käyserlichen diplomatibus anzutreffen, nichts weiter als das ius patronatus, wie die Worte anzeigen, zumahl auch ohne Zweifel der nobilis de Wimpina in denen formalibus verbis mit dem iure patronatus beliehen seyn wird, als nachgehends solches Recht von den Kaysern dem Hospital bestättiget worden, da vor dem gantz gewöhnlich gewesen, die Lehnbriefe, welche das ius patronatus auch denen laicis nobilibus verliehen, in solcher amplitudine einzurichten, die doch die Kirchen-Güter sich anzumassen, und dafür die Revenüen zu ziehen, sich nicht bemächtigen können,

AVGVSTIN. LEYSER. *de feud. Brunsuic. c. 2. sect. 2. n. 7.*

Dahero man wohl siehet, daß das Hospital an-
22 fänglich aus den diplomatibus cæsareis die Pfarr-Güter sich nicht anmassen können, so sie doch gethan, als welches vormahls bey den geistlichen patronis vielfältig aus einem Mißbrauch geschehen, ob es wohl in concilio Lateranensi unter dem INNOCENTIO III verboten gewesen,

c. 30. X. de præb. et dignit.

auch vorher schon Beschwerde darüber geführet worden,

c. 12. X. eod.
c. 2. X. de supplenda neglig. prælat.

so doch den Orden des Heil. Geistes nicht abgehalten, sondern derselbe vielmehr weiter gegangen, und endlich die confirmation des Bischofs
23 von Würtzburg als diœcesani darüber aus

der

der Ursache erhalten, weil das Hospital irrig eine vnionem parochiæ in F. vorgegeben, als welches factum als richtig das diploma episcopi Herbipolitani voraus setzet, und daß durch dasselbe erst eine solche vnio et incorporatio geschehen sey, durchaus nicht meldet, vielmehr solche als richtig præsupponiret, und angezeiget, daß bihsero ein clericus secularis dazu habe præsentiret werden müssen, so sonsten bey denen parochiis simpliciter vnitis gantz gewöhnlich gewesen,

c. 1. de capell. monach. in 6.

FRANCISCVS DE FARGNA *de iure patron. P. II. can. 21. cas. 4. n. 8. p. 345.*

24 Aus welchem irrigen præsupposito der Bischof zu Würtzburg verleitet worden, die curam animæ gantz ungewöhnlicher Weise und auf eine verbotene Art dem commendatori dieses Ordens dergestalt zu committiren, daß er per vicarium vormahls die Pfarre verwalten können, welches sine sub- et obreptione nicht geschehen, und vielmehr für einen verbotenen Mißbrauch zu halten, so auch durch keine bischöfliche concession legitimiret werden mögen

c. 2. X. de suppl. neglig. prælat.

conf. BALVZ. *lib. II. ep. 5.* INNOCENTII III.

Endlich die päbstliche confirmation dabey wenig effectuiren kan, als welche in generalen terminis nach dem vom Hospital geschehenen Vortrag abgefasset, bloß des iuris patronatus, prout spectabat ad Wilhelmum aduocatum de Wimpina, Meldung thut, daraus aber keine vnio subiectiua sich concipiren lässet, auch davon kein Wort weder directe noch per indirectum angeführet ist, daraus solches geschlossen werden können, bekannt aber ist, quod rescripta papalia, quæ non continent facti speciem cum suis circumstantiis, nullius valoris sint,

c. 5. X. de cohabit. cleric. et mul.

25 nec probent vnionem subiectiuam, cuius substantiam aut integrum tenorem concessionis non continent

FRANC. DE FARGNA *cit. l. P. VI. decis. 8. n. 2.*

nicht zu gedencken, daß so wohl in dem Würtzburgischen als päbstlichen diplomate nicht weiter als des iuris patronatus concessi Meldung
26 geschiehet, mit welchem dergleichen vnio subiectiua par tout nicht bestehen kan, est enim vnio subiectiua incompatibilis cum iure patronatus ecclesiæ vnitæ, quia seruitus in re propria dari non potest,

CARDIN. DE LVCA *tom. I. de paroch. disc. 10. n. 8.*

FARGNA *cit. l. decis. 8. n. 4.*

dergestalt daß das diploma Herbipolitanum nichts als widersprechende und den Rechten zuwider laufende Dinge in sich hält, und man daraus sofort abnehmen kan, wie wenig sich das Hospital zu W. zu den Abnutzungen der Pfarr-Güter, die zur Pfarr zu F. eigentlich gehören, legitimiren, noch daraus eine legitimam vnionem subiectiuam, welche ohne dem bey den Klöstern der grösseste abusus, und dahero bekannter Massen nachmahls in concilio Tridentino verboten ist, inferiren kan, so daß, wenn man den modum acquirendi dem Hospital streitig machen, und die offenbare Ungültigkeiten darlegen wolte, man den grössesten Grund dazu vorfinden würde; dazu 27
auch die obseruantia so vieler Jahren, da der Orden die Pfarre zu F. gemißbrauchet, wenig helfen würde, nachdem ihm die vitia possessionis aus den in Händen habenden diplomatibus stets vor Augen gelegen, und derselbe also keiner præscription sich zu getrösten haben möchte.

clem. 1. de iur. patron.

Gleichwie aber 2) in der itzigen controvers es 28
nicht mehr auf den statum antiquum, welchen das Hospital vormahls exerciret, da die Pfarre zu F. per religiosos fratres per summum abusum nach dem Necrologio regieret ist, sondern auf den tractu temporis post reformationem erfolgten statum mutatum, ab ipsis sanctionibus imperii prægmaticis firmatum, ankommt, und daraus allein die decisio præsentis controversiæ herzunehmen ist, also erfordert es die Nothdurft, daß man vorher solchen veränderten Zustand des so genannten qualificati iuris patronatus bey der Kirche zu F. entdecke, und so wohl ex concessis, als ex præsenti Germaniæ et religionum diuersarum statu legibus publicis circumscripto solchen dem Hospital vor Augen lege, und dasselbe dadurch überzeuge, daß keinesweges mehr nach den alten diplomatibus, wenn sie gleich in allen ihre Richtigkeit hätten, die decision formiret werden könne; da denn 3) die erste diffe- 29
rentz sich darin offenbar befindet, daß dem commendatori des Hospitals nicht mehr nach dem diplomate episcopi Herbipolitani die cura animarum bey der Kirche zu F., wie vormahls, zustehen könne, nachdem das exercitium Aug. confessionis darin eingeführet, und die Pfarrkirche solche sacra per reformationem angenommen, welche mit der cura animarum, olim catholicis competente, gantz incompatible sind, und nach ihren eigenen principiis streiten, zumahl selbsten nach dem iure canonico die cura animarum in administratione sacramentorum, in prædicando et proponendo verbum Dei, et confessionibus audiendis bestehet,

per clem. 2. de sepult. vers. verum ne parœcialis.

in welchen dreyen die Augustanæ confessioni addicti von den principiis ecclesiæ Romano-Catholicæ sehr unterschieden sind, daß also das Hospital, reformato religionis exercitio, die curam animæ nicht mehr exerciren kan, dahero auch 4) worin die andere differentz be- 30
stehet, dein Hospital des H. Geistes-Orden, zu W. nicht mehr zukommt, einen vicarium pro nutu amouibilem et reuocabilem ex fratribus

bus religiosis, wie vordem geschehen seyn mag, zu bestellen, sondern einen pastorem vel parochum perpetuum præsentiren muß, dessen remotion oder resignation nicht von dem Hospital, sondern von dem magistratu Heilbronnensi, qua episcopo, dependiret, mithin
31 auch 5) dem Hospital zu W. pro tertio discrimine nicht mehr zustehet, vt curam animæ vicario cuidam committat, wie vordem geschehen seyn soll, als welches nach den Verträgen dem magistratui Heilbronnensi virtute superioritatis territorialis sacræ zukommt, wor-
32 aus denn 6) die vierte differentz erwächset, daß, da vordem das Hospital zu W. das ius patronatus qualificatum gehabt haben mag, (wie man von desselben Seiten solches Namens sich bedienet, welches ein συνηγόξυλον ist) es nunmehr ein simplex ius patronatus bey der Pfarrkirche zu F. exerciret, welches mit klaren Worten in dem Vergleich vom 3 Jul. 1728 folgender Massen ausgedrucket ist:

wie nicht weniger endlich und achtens mit dem iure patronatus keine Aenderung vorzunehmen, sondern bey allen Fällen, nach dem alten Herkommen und bisheriger observantz, noch ferner geschehen zu lassen, daß magistratus der Stadt H. iederzeit ein oder zwey taugliche subiecta vorgeschlagen, das löbliche Gotteshaus oder desselben ieweiliger Herr Pfleger zu W. aber eines daraus erwehlen, und gedachtem magistrat ad confirmandum et installandum præsentiren möge, ꝛc.

bey welchen Worten sonderlich zu remarquiren, daß dieser achte Punct mit dem vorhergehenden siebenden zusammen hänget, und wie in diesem das löbliche Gotteshaus an dem magistrat versprochen, so wohl die Restanten, als die letzten Jahres-Gefälle demselben zu überlassen, also auch dieser achte Punct durch die particulam connectendi, *wie nicht weniger endlich und achtens* ꝛc. von dem Versprechen des Gotteshauses zu verstehen, wodurch es sich anheischig gemachet, a) mit dem iure patronatus keine Aenderung vorzunehmen, welches doch das Hospital anizo intendiret, und ein eingebildetes Eigenthum an dem Pfarrhofe sich anzumassen, und daselbst eine Kellerey und andere commodität anzulegen vermeinet: b) nicht weniger versprochen, bey allen Fällen nach dem alten Herkommen und bisheriger observantz, solches zu exerciren, welches nothwendig von den alten Herkommen und bisheriger observantz des H. Reichs Stadt H. so es in hundertjähriger possels nach dem Vertrag de anno 1628 gehabt, mit nichten aber nach dem alten Herkommen, wie es vorher das Gotteshaus zu W. bey den pur Catholischen Zeiten exerciret, verstanden werden muß, zumahl NB. die bisherige observantz mit dem alten Herkommen verknüpfet wird, welches weñ man dem textui keine Gewalt anthun will, von der possessione vel quasi magistratus Heilbronnensis verstanden, und dadurch zugegeben werden muß, daß das ius patronatus nicht mehr von Seiten des Hospitals nach dem alten Fuß, wie solcher vor der Veränderung gewesen, sondern nach dem alten Herkommen, und bisheriger observantz, wie es die Stadt H. nach der Veränderung der Religion gehabt, exerciret werden solle, so c) darin bestehet, daß dem magistratui das ius nominandi vnum vel duo subiecta: dem Gotteshaus zu W. das ius eligendi et præsentandi, endlich dem magistratui zu H. das ius confirmandi et installandi virtute superioritatis territorialis sacræ oder iuris episcopalis zustehen solle, da dann durch die confirmation das ius committendi curam animarum: durch die installation das ius introducendi parochum confirmatum verstanden werden muß, welches beydes ad iura episcopalia gehöret, und dahero dem archidiacono
33 nicht einsten permittiret ist, sine licentia et mandato episcopi curam animarum committere;

c. 4. X. de offic. archidiac.

die installatio aber oder institutio corporalis
34 ihm zwar, iedoch nicht iure proprio sondern vicario, oder als vicario episcopi zustehet,

c. 7. X. eod. c. 9. X. eod.

woraus denn 7) die fünfte differentz erwachsen,
35 daß, da das Hospital zu W. nach dem diplomate episcopi Herbipolitani die præsentation des commendatoris an den Bischof zu Würtzburg thun müssen, nunmehr die præsentation an den magistratum Heilbronnensem, iura episcopalia in ecclesiam parochialem Flinensem exercentem, geschehen, darneben 8)
36 so die sechste differentz ist, iederzeit der parochus, vacante parochia, præsentiret werden muß, da der Heil. Geistes-Orden vormahls, wie er selber nach dem Necrologio angegeben, einen frarrem religiosum sine vlla præsentatione der Pfarre vorgesetzet, nach Belieben revociret, der commendator aber rector dominus gewesen, welches bey der letzigen und von hundert Jahren exercirten Verfassung sich gantz anders befindet, dergestalt, daß 9) pro
37 septima differentia der pastor ecclesiæ Flinensis der wahre Pfarrherr und rector dominus ist, dem die cura animarum Augustanæ confessioni addictarum der magistratus Heilbronnensis, und nicht das Hospital committiret, und keinesweges, wie das Hospital sich einbildet, für ihren Pfarr-Verweser mehr gehalten werden kan, woraus denn 10) die
38 achte und letzte differentz von selbsten folget, daß die Pfarrkirche nebst Pfarr-Gebäuden zu F. so wenig in dominio pleno et proprietate des Hospitals als eines andern patroni seyn, noch diesem zugelassen werden könne, aus dem Pfarrhaus eine grosse Kellerey zu machen, und als ihr völliges Eigenthum zu tractiren, nachdem die Sache mit der Pfarrkirchen zu F. durchdie Verträge und Veränderung der Religion in einen gantz andern Zustand gerathen, und sie nicht mehr vicarios temporales et amouibiles darin setzen können, welches 11) die iura canonica
39 und

und deren interpretes vno ore bekennen, da von den presbyteris perpetuis, welchen die Ordens-Leute zu præsentiren haben, also verordnet ist: presbyteri, qui ad curam populi per monachos in eorum ecclesiis præsentantur episcopis, et institvuntur ab ipsis, (cum debeant esse perpetui) consuetudine vel statuto quouis contrario non obstante, ab eisdem nequeunt ecclesiis, (nisi per episcopos et ex causa rationabili) amoueri;

c. vn. de capell. monach. in 6.

40 woraus denn zugleich erhellet, daß der grosse Mißbrauch, per vicarios amouibiles regendi ecclesias parochiales von dem Pabst höchst gemißbilliget, und alle Gewohnheit, und statura in contrarium, also auch alle Bischöfliche concessiones, dadurch aufgehoben, bevorab da BONIFACIVS VIII an. 1298 dieses sehr höchst nöthige Verbot gegen den ganz irreligiösen Mißbrauch der Hospitäler und Clöster ergehen lassen, wodurch alle præcedentia statuta und concessiones cassiret, annulliret und aufgehoben sind, auch die patres CONCILII TRIDENTINI *sess. XXIV. de reform. c. 13.* ebenfalls befohlen haben, daß künftighin bey allen Pfarren ein parochus perpetuus constituiret werden solle, so daß der Orden des Heiligen Geistes nicht ausser Verantwortung ist, daß er, seinem eigenen Vorgeben nach, annoch nach des BONIFACII VIII constitution vicarios reuocabiles, d. i. Miethlinge, und keine Hirten, der Heerde Christi, solius lucri gratia, vorgesetzet, und also gar nichts sich vergeben, daß er das ius antiquum patronatus den Vergleichen und Canonischen Rechten und seiner Schuldigkeit gemäß wieder in den rechten Gang
41 gebracht, wodurch denn 12) geschehen und erfolget, daß nunmehr das vorhin ante reformationem angemassete Recht gäntzlich aufgehoben, wenn auch gleich eingeräumet werden solte, daß sie vormals dazu befugt gewesen; etenim quando ecclesia parochialis cum populo concediтur monasterio in eius vsus, atque hoc rectorem vel vicarium perpetuum habere tenetur, tunc cura populi seu animarum semper radicatur in episcopo, et monasterium habebit dunraxat ius conferendi ecclesiam illam, sed non regimen seu curam animarum, vtpote inabdicabilem ab episcopo:

LOTTER. *de re benef. lib. 2. qu. 12. n. 10.*
PETR. LEVREN. *in for. benef. tom. II. qu. 718. n. 2.*

42 quales vicarii perpetui minus proprie vocantur vicarii ex eo, quod omnis cura animarum in eos transfusa sit, gerantque administrationem auctoritate iuris independenter a rectoribus principalibus, ita vt vere rectores sint actuales in administratione curæ animarum,

PETR. LEVREN. *cit. l. tom. I. qu. 109 et 110. n. 2.*

43 daß also das Hospital wenig Ursache hat, sich mit dem Titel eines Pfarr-Verwesers zu er-

lustigen, da dasselbe doch die confirmation und installation dem magistratui Heil-Bronnensi vltro zugestanden; quando autem fit intitulatio, intitulatus recte dicitur rector, et verus parochus est,

IDEM *cit. l. n. 3.*

wie denn auch das Hospital keine Schwürigkeit 44
gemachet, den pastorem Flinensem in den Vergleichen einen Pfarr-Herrn zu nennen, optima ratione, quod vicariæ perpetuæ sint vera beneficia ecclesiastica; vicariæ autem temporales et reuocabiles, etsi curatæ sint, non sint beneficia ecclesiastica, adeoque hæ non regulentur iure beneficiali,

LEVRENIVS *cit. l. q. III. n. 1 et 2.*

woraus 13) nunmehr das Hospital zu W. er- 45
kennen kan, daß die Pfarre zu F. nach der ietzigen Verfassung bey dem Pfarr-Herrn ein verum beneficium ecclesiasticum sey, auch ihm dabey nichts weiter als das ius eligendi ex nominatis, et præsentandi zustehe, und dahero ein simplex ius patronatus, keinesweges aber mehr ein qualificatum sic vulgariter dictum habe. Etenim olim fuerunt parochiæ monasteriis vnitæ vel independenter et simpliciter: vel subiectiue seu de mensa. Quando vicarii perpetui et non temporanei esse debent, parochiæ sunt vnitæ independenter, quarum curam ipsi vicarii habent in titulum et in quibus legitime ab episcopo instituuntur; ast in ecclesiis parochialibus de mensa non institvuntur vicarii, quippe qui saltem nudum exercitium curæ ad tempus habent, ipsa autem cura residet penes abbatem monasterii, vt veri curati talesvicarii dici nequeant,

FRANC. *de* FARGNA *de iur. patron. P. 2. c. 21. cas. 4. n. 8.*

nach welchen Begriff wohl vormals, dem Ange- 46
ben nach, die Pfarr zu F. de mensa commendatoris und der dahin gesandte frater ein Pfarr-Verweser oder Miethling gewesen seyn mag, nunmehro aber nach den Verträgen und ietziger Einrichtung keines von beyden mehr anzutreffen, sondern die Pfarre zu F. allenfalls zu den parochiis independentibus, in quibus parochi veri perpetuique, institvuntur ab episcopo, gehören, darüber nunmehro das blosse ius patronatus dem Hospital zu W. zustehet, und also alles dessen raisonnement von dem uralten statu parochiæ bey dieser controuers vergeblich und umsonst ist. Dannenhero auch 14) 47
das Hospital in dem Vergleich de an. 1728 den dem achten Punct sich engagiret, und mit Mund und Hand heilig versprochen und zugesaget:

> Besonders das ius patronatus, mit allen, was demselbigen wegen Kirch und Schulen, item des Pfarr-Hauses, und eines zeitigen Pfarrers Besoldung, wie in vorigen Zeiten, so auch noch bishero am Gelde, Wein und Früchten anhanget, in und bey allen Fällen ohnveränderlich

vorbeschriebener massen bey dem alten Herkommen, es zu lassen.

Welches alte Herkommen in die Zeiten fällt, da der Zustand dieser Pfarr sich verändert, und die Stadt H. in der hundertjährigen possess gewesen, wie aus den ersten Worten dieses achten Puncts, worauf die angeführten expresse sich beziehen, in ratione decidendi sexta solches gantz offenbar dargethan und erwie-
48 sen ist; woraus denn 15) kein vernünftiger Mensch anders schliessen kan, als daß, wenn es mit dem Pfarr-Hause bey allen Fällen ohnveränderlich bey dem alten Herkommen gelassen werden soll, dem Orden des Heiligen Geistes nicht erlaubet sey, aus dem Pfarr-Haus bey dem ietzigen Fall, da solches muß gebauet werden, eine Kelleren, zu Einsammlung und Bewahrung ihrer Wein- und Zehnd-Früchten zu machen, und dem Pfarrer etwa in derselben nur ein und ander Zimmer zu seiner Wohnung zu assigniren, als wodurch das Pfarr-Haus nicht unveränderlich bleibet, sondern zu einem Ablager des Hospitals, und dessen Kelleren, und Proviant-Haus gemachet wird, wozu die Pfarr-Wohnung, die ihre parochos ordinarios hat, nicht destiniret, sondern vielmehr ein neuer
49 Mißbrauch der Pfarre ist. Welchem allen 16) noch vornemlich hinzu tritt, daß, ob gleich pervnionem antiquam das Hospital die meisten Pfarr-Güter und dessen Revenüen an sich gezogen, sie doch allenfalls dabey bedencken müssen, daß, wenn alles auch noch in statu pristino geblieben seyn sollte, er doch nicht mehr Recht als ein anderer rector dominus allenfalls sich anmassen würde können, welcher nicht eigentlicher Herr von der Pfarre, sondern ein blosser vsuarius ist, da so gar von den Bischöfen die geistliche Rechte lehren: episcopus rebus ecclesiæ tanquam commendatis, non tanquam propriis vti debet,

c. 52. C. 12. q. 2.

cum episcopus et quilibet prælatus ecclesiasticarum rerum sit procurator, et non dominus, adeoque conditionem ecclesiæ meliorare, non vero deteriorem facere debeat.

c. 2. X. de donat.

50 Wie viel weniger also ein rector dominus, der Pfarr-Herr zu seyn prætendiret, dergleichen Veränderung mit dem Pfarr-Hause, inconsulto episcopo et sine eius consensu, vorzunehmen bestand seyn kan, der in regard der Bischöfe vielweniger Recht hat, und suo ausu dergleichen illegalen Bau und Verkehrung des Pfarr-Hauses vorzunehmen nicht befugt ist, cum ad episcopum primario spectet cura ædium parochialium reficiendarum, quam per archidiaconos de iure communi, tanquam vicarios suos, exercet.

c. 1. X. de offic. archid. c. 1. D. 25.

Dahero der magistratus Heilbronnensis ex iure sacro vel episcopali über die Pfarr-Kirche zu F. optimo iure bey dem anzulegenden Bau das ius prohibendi exerciren, das Hospital aber zu W., welches aus seinem iure patronatus ein illimitatum ius episcopale, imo plusquam episcopale machen wollen, erinnern können, daß dasselbe weder ex iure antiquo noch præsente dergleichen unumschränckte Gewalt sich anzumassen befugt sey, da das erste dennoch der Bischöflichen Gewalt als alle andere iura parochialia unterworfen geblieben, das andere aber nunmehr nichts weiter, als ein simplex ius patronatus in sich hält, so 17) dem 51
iuri sacro supremo magistratus Heilbronnensis über die Kirche zu F. um destoweniger Eintrag thun kan, da aus der protestantischen Stände Lehre die Landes-Hoheit das ius circa sacra oder so genannte episcopale, absonderlich über die ihrer Religion zugethane Kirchen, mit begreifet, und den Reichs-Städten eben dasselbe Recht cum reliquis statibus imperii superioribus in suis territoriis zustehet.

per art. V. I. P. §. 29. et art. VIII.

Im Gegentheil omne ius diœcesanum et tota 52
iurisdictio ecclesiastica cum omnibus suis speciebus contra A. C. status eorumque subditos suspendiret, und dabey verordnet ist, vt ius diœcesanum et iurisdictio ecclesiastica intra terminos territorii cuiusque se continere debeat.

art. V. I. P. art. 48.

dahero dieses Recht dem Hospital zu W. Ziel und Maasse setzet, daß sie in territorio der H. Reichs-Stadt H. kein ius quasi episcopale vermöge ihres schlechten patronat-Rechts ausüben können, welches sie 18) eo ipso selber da- 53
durch agnosciret, daß sie im Vergleich von 3 Jul. 1728 sich engagiret, dem magistratui Heilbronnensi die præsentation des subiecti electi ad confirmandum et installandum zu thun, welches beydes ad ius circa sacra vel episcopale gehöret, und die curam suprematem circa ædes parochiales unter sich begreifet; dagegen denn 19) alles, was in ration. dubitandi angeführet worden, dem Heil. Geistes-Orden zu W. nicht zu statten kommen kan, als wel- 54
ches durchgehends entweder, mutato rerum statu, keine application weiter findet, oder aber in irrigen principiis beruhet, anerwogen ad 1) dergleichen patronis, welche die reditus ecclesiarum parochialium quoad maximam partem an sich gezogen, allerdings obliget, vt ex reditibus, quos ex illis ecclesiis percipiunt, onus refectionis subeant.

clem. 1. de iure patron.

PETRVS PECKIVS *de eccles. ædif. et reparand. c. 14. §. 9.*

SLEVOGT *de vnion. eccles. diss. III. c. 1. §. 12.*

TVRRICELL. *de benef. vnion. c. IV. n. 60. et c. XI. n. 80.*

Auch dasjenige, was bey den parochis, omnes reditus parochiales percipientibus, limitatiue verordnet, auf Clöster und Hospitäler nicht zu appliciren, da jene dem Altar dienen, und also billig vom Altar leben müssen, diese hergegen die reditus parochiales sine vllo officio,

officio, et simpliciter gentessen, und dahero auch schlechterdings das onus reparandi ædificia parochialia über sich zu nehmen schuldig seyn, das Hospital zu W. auch wohl versichert ist, daß der parochus Flinensis vix congruam habe, übrigens der magistratus Heilbronnensis sich nichts darüber zu bekümmern hat, ob auch possessores laici decimarum darzu contribuiren müssen, als welches das Hospital mit ihnen, so welche verhanden, auszumachen hat, wie wohl ich von dieser thesi den Ungrund in einem eigenen scripto anno 1729 edito,

sub tit. vindiciarum libertatis decimarum laicalium a contribut. ad refectionem ecclesiar. parochialium,

dargethan, so nachgehends sowol im einen consultationibus et decisionibus,

tom. I. P. 1. arg. 4.

als bey des SCHWEDERI in zweyen tomis edirten dissertation. *tom. II. in f.* wieder aufgeleget und befindlich ist; ad 2) aber das concilium Tridentinum diesem nicht wiederspricht, als welches ebenfalls primo loco denen Ordens-Leuten, qui fructus inde percipiunt, das onus reficiendi auflieget, und das Hospital zu W. zwar fürjetzo in Ansehen der Pfarr-Kirchen zu F. oder intuitu spiritualium das ius patronatus simplex hat, dabey doch gleichwol intuitu temporalium annoch ex prisca præsenta vnione die Pfarr-Güter besitzet und genisset, welchen das onus reficiendi ecclesias parochiales anhänget, cum etiam possit fieri vnio pleno iure respectu temporalium tantum, quo facto episcopo reseruatur omne ius episcopale, et sic parochum præsentatum a monasterio hic instituit,

PETR. LEVREN. *in for. benef. tom. II. qu. 718. n. 5.*

in welchen Zustand, wie in ratione decidendi dargethan, nunmehr das ius patronatus des Hospitals zu W. gerathen, der vorige status aber gänzlich geändert ist, welches zwar ad 3) dasselbe secundum quid agnoscret, und sich zu dem Bau des Pfarr-Hauses erboten, gleichwol dabey eine solche eclatante Veränderung gegen den Vertrag de an. 1728, nach welchem in allen Fällen bey dem Pfarr-Hause es unveränderlich nach dem alten Herkommen gelassen werden soll, vorzunehmen intendiret, welche der magistratus Heilbronnensis zu leiden, um desto weniger schuldig ist, als dadurch ein offenbahrer Eingriff in dessen ius episcopale geschiehet, und den Verträgen zuwider gehandelt wird, und was ad 4) von dem prætenso dominio des gantzen Pfarr-Bezircks des Hospitals angeführet ist, in leerer Einbildung bestehet, dessen Gegentheil sowol ex iure prisco als præsente mit mehrern dargethan und gezeiget ist, daß nunmehro durch den veränderten Zustand des status pristini das Hospital so viel Recht an der Pfarre zu F. sich nicht anmassen könne, als es vorher gethan zu haben prætendiret, wiewol auch schon dabey gezeiget worden, daß nicht einmal ex iure prisco dergleichen Veränderung der Pfarr-Wohnung, und Metamorphosirung in eine Kellerey inconsulto episcopo, vorzunehmen, dem Hospital zu W. erlaubet sey, auch das assertum von dem dominio des Pfarr-Hauses und Pfarr-Hofes denen allergemeinsten principiis iuris ecclesiastici entgegen laufe, am allerwenigsten aber mit dem gegenwärtigen statu der Pfarr-Kirche und des dazu gehörigen Pfarr-Hofes, bey welchem das Hospital nunmehr nichts mehr als das simplex ius patronatus hat, bestehen könne; mithin ad 5) die angeführte diplomata zu Erörterung dieser controvers, pro statu præsente ecclesiæ Flinensis, wenig beytragen können, wiewol sonsten dieselbe vielen wichtigen Zweifeln unterworfen, und die Käyserlichen diplomata nebst der darin befindlichen clausula: *pleno iure* keine vnionem subiectiuam et absolutam würcken können, quin potius talis donatio vel eius confirmatio resoluitur in cessionem simplicem iuris patronatus, non vero extenditur ad vnionem ecclesiæ illiusque tituli parochialis vel distractionem iurium spiritualium, quæ non erat in potestate imperatorum eo tempore, vt in simili ait

FRANC. *de* FARGNA *de iur. patron. P. 2. cap. 16 §§q. c. 2. n. 21. p. 292.*

wie denn auch das diploma Herbipolitani episcopi die Käyserliche diplomata nur allein und bloß von dem iure patronatus angenommen und verstanden in verbis: perspectis etiam priuilegiis super iure patronatus dictæ ecclesiæ in Fline, quo idem hospitale esse dignoscitur ampliatum, von der vnione subiectiua aber kein Wort gedacht, noch solche expresse bestätiget, sondern solche, wie sie angegeben seyn mag, in seinem Werth und Unwerth gelassen, welches daraus erhellet, daß der Bischof dem commendatori des Hospitals selbst gegen die geistlichen Rechte die curam animæ committiret, welches dahin ohne Zweifel zu deuten, vt pro more illius temporis vicarium loco sui constituere potuerit, dadurch er aber damals nichts mehr als das Pfarr-Recht, nicht aber das Eigenthum an der Pfarr überkommen, mithin dergleichen Veränderung auch damals nicht einsten sine consensu episcopi vornehmen können; hiernächst ad 6) aus den päbstlichen und bischöflichen diplomatibus nicht zu befinden, daß sie einen defectum angeführet, und solchen zu suppliren intendiret, welches sonsten bey den confirmationibus mit klaren Worten zu geschehen pfleget,

c. 1. X. de transact.

sondern die confirmantes alles für richtig angenommen, was man ihnen de vnione vorgebracht, wie das diploma CLEMENTIS IV sich darauf beziehet in verbis: PROPONITIS ADEPTOS, wie denn auch ad 7) das diploma papale nur in generalen terminis auf ungewöhnliche Art abgefasset, dadurch aber kein neu Recht erhalten, noch die dabey vorkommende Mangel suppliret werden, quin potius per

sub- et obreptionem talis confirmatio creditur, concessa,

c. 5. 6. 7. X. de confirmat. vtil. vel inut.

wiewohl auch mutato statu, es nunmehr nicht weiter darauf ankommt, und ad 8) ob diese confirmatio nöthig gewesen und sufficienter geschehen sey, nicht weiter zu untersuchen, also ad 9) der daraus gemachte Schluß hinweg fällt, und die imaginaria proprietas parochialis
61 prædii ungegründet ist, auch ad 10) nicht allein auf den Religions-Frieden, sondern vornemlich auf den Osnabrückischen Friedensschluß, und die hierauf erfolgte Verträge, welche die Sache in einen gantz andern Zustand gesetzet, zu sehen ist; im Gegentheil ad 11) aus dem Gült-Brief nicht erweislich, daß die Stadt H. über das Dorf F. keine iurisdiction und derselben anklebenden Hoheit haben solle, da das Pfarr-Lehn zwar ausser der Stadt gelegen, aber um deswillen doch derselben das ius superioritatis sacræ nicht geleugnet werden mag, da das Hospital selbst dem magistratui daselbst, qua episcopo, die præsentation ad confirmandum et installandum thun muß, hierüber ad
62 12) die Kayserlichen Schutz- und Schirm-Briefe keine immediatät inuoluiren, bevorab da die Stadt H. mit dem Dorf F. belehnet, und nach dem Osnabrückischen Friedensschluß alle iurisdictio ecclesiastica contra A. C. status eorumque subditos suspendiret, auch in confesso ist, daß die Pfarr zu F. vormals sub iurisdictione ecclesiastica episcopi Würtzburgensis gestanden, die aber daselbst nicht weiter statt findet, nachdem ad 13) das Hospital selbsten gestehet, daß die Stadt H. an. 1619 bereits die possession der verschriebenen Gefälle und Revenüen und also auch der Kirche zu F. gehabt, und ob zwar solches iure crediti geschehen, dennoch daraus nur dieses folget, daß sie solche reditus und decimas, ohngeachtet sie solche an. 1624 besessen, nicht in perpetuum behalten mögen, sondern solche wieder eingelöset werden können, keinesweges aber daraus zu schliessen, daß der magistratus Heilbronnensis nicht zu gleicher Zeit auch über diese in ihrem territorio gelegenen, und der Augspl. Religion zugethanen Kirche, nach der Evangelisch-Stände principiis, nach dem damaligen Besitz das ius circa sacra oder so genante episcopale exerciret haben solte, dabey nur in dem Vergleich de an. 1628. §. 9. das ius patronatus dem Herrmeister und Convent gelassen, und nochmahls im Vergleich de an. 1728, ob gleich die reluition damals geschehen, von neuen wiederholet, das Oberkirchen-Recht aber vermöge der Landes-Hoheit dem magistrat zu H. zugestanden worden, mithin also allerdings solches Recht auch über das Pfarr-Haus und Pfarr-Hof, als accessoria von der Kirchen, zu extendiren ist, zu welchem Ende eben das Hospital im Vergleich de an. 1728 mit Mund und Hand heilig versprochen und zugesaget, mit dem Pfarr-Hause in und bey allen Fällen ohnveränderlich vorbeschriebener massen, bey dem alten Herkommen es zu lassen, woraus also nicht zu schliessen, daß dasselbe das ius patronatus in der qualität exerciren solle, wie es solches in den alten Zeiten, nach dem alten Mißbrauch, per amouibiles vicarios curam animarum exercendi, gehabt haben mag, bey solcher Beschaffenheit aber ad 14) das alte Herkommen, wie bereits 63
in ratione decidendi sexta mit mehrern euiniret, nicht von den Zeiten, da die Pfarre zu F. noch Catholisch und unter der arbitrairen Besetzung des Hospitals gewesen, sondern von der immediate vorhergehenden hundertjährigen possess verstanden werden muß, auch irrig ist, daß der Stadt H. im an. 1728 die Pfarre zu F. nebst dem Pfarr-Hause in der qualität sey cediret worden, als solche der Orden in vorigen uralten Zeiten gehabt, nachdem dergleichen Mißbrauch, per vicarios amouibiles exercendi parochias, bey den Protestanten unbekant, auch in iure canonico expresse verboten,

c. 2. X. de supplend. neglig. præl.

und dahero auch nicht also wieder post reluitionem restituiret werden können, als welches man selbsten in recessu de an. 1728 bey dem achten Punct agnosciret, und genau bestimmet, wie es wegen das iuris patronatus zu halten sey, dabey es auch unveränderlich versprochener massen verbleiben, auch ad 15) dabey auf den Osnabrückischen Friedensschluß allerdings gesehen werden muß, nach welchem das blosse factum possessionis, vsus, obseruantiæ et exercitii zu regardiren,

FRIED. *executions-Haupt-recess. §. 3. art. V. I. P. §. 33.*

und, was de casu reluitionis in *§. 27. art. V.* 64
I. P. verordnet ist, der Heil. Geistes-Orden sich nicht anmassen kan, als welches allein von den statibus imperii, denen das ius reformandi exercitium religionis virtute superioritatis territorialis nach dem *§. 30. cit. l.* zustehet, disponiret, bevorab da das ius patronatus niemanden ein ius reformandi giebet,

art. V. I. P. §. 44.

solches auch ohnedem in alieno territorio zu exerciren, niemande in den Sinn kommen wird, zumal ja auch ad 16) das Hospital dem magi- 65
stratui Heilbronnensi das ius episcopale einräumet, die dabey gebrauchte limitation und restriction aber sowol der praxi imperii, als dem Osnabrückischen Friedensschluß *art. V. §. 48.* entgegen laufet, nach welchem das ius episcopale auch auf die bona ecclesiastica sich erstrecket, ja auch nach dem Vertrag de anno 1728 es unveränderlich dabey bleiben muß. Nachstdem ad 17) nicht folget, daß weil der H. 66
Geistes-Orden exemt, auch die in alieno territorio gelegene Pfarre, an welcher demselben das ius patronatus zustehet, exemt seyn müsse, da auch vormals diese Pfarre sub diœcesi episcopi Herbipolitani gewesen, nunmehro aber sub superioritate sacra ciuitatis Heilbronnensis stehet, nach welcher derselben allerdings

dings zustehet, die gantz neuerlich und ungewöhnlicher Massen intendirte Veränderung des Pfarrhauses zu F. zu verhindern.

67 So erhellet hieraus so viel, daß das Hospitalzu W. Heil. Geistes-Orden schlechterdings zum Bau des Pfarrhauses zu F. vermöge des Patronats-Rechts, und Abnutzung der Pfarrgüter verbunden, ohne daß des Heil. Reichs Stadt H. gestatten dürfe, daß das gedachte Hospital daselbst, einen neuen Keller und Speicher nebst Stube und Küche zur Verwahrung ihrer dortigen Zehendgefälle und bequemer Wohnung, wann iene einzusamlen, anlegen könne.

So viel nun die andere Frage betrift t

68 **Ob nemlich das gedachte Hospital den quæstionirten Bau des Pfarrhauses, durch Anstellung des angedroheten Processes bis zu dessen völligen Erledigung retardiren könne?**

Rationes dubitandi et decidendi.

69 Obwohl es scheinen will, als wenn zuvor die quæstio præiudicialis nach der vorhergehenden Frage auszumachen sey, ob auf die intendirte Art dem Heil. Geistes-Orden den Bau zu führen zustehe? und weil solches durch eine amicabilem compositionem nicht geschehen mögen; sondern des Heil. Geistes Orden ad processum prouociret, natürlicher Weise folgen möchte, daß der Bau so lange ausgesetzet werden müsse,

70 donec de iure ædificandi constiterit, dabey auch demselben keine mora imputiret werden möchte, cum non omne quod differendi causa optima ratione fit, moræ sit annumerandum,

l. 21. D. de vsur. et fructib.

nec videatur moram fecisse, qui iudicium accipere paratus est,

l. 24. pr. l. 47. eod. l. 63. de R. I.

bevorab da derselbe vieles für sich zu haben scheinet, auch nicht zu vermuthen, daß derselbe ohne erhebliche Ursache einen weitläuftigen, langwierigen Proceß über diesen Bau anfangen werde.

71 Weil aber dennoch bey voriger Frage mit solchen Gründen die Absicht des Heil. Geistes Orden destruiret worden, daß nicht leicht iemand behaupten wird, iuste ab eo ad iudicium provocari, so doch pro excludenda mora nöthig ist.

l. 24. D. de vsur. et fruct.

72 Ausser dem aber hiebey zu bedencken, daß eines Theils hier nicht de priuato opere sed de ædificio ecclesiastico reficiendo die Frage sey, andern Theils aber euidentissimum in mora periculum vorhanden, welches die inspectio ocularis darthut, und das Pfarrhaus offenbar den Einfall dräuet, auf welche beyde principia bey der decisione causæ vornemlich zu sehen, allermassen was das erste betrift, Kirchen mit den accessoriis, als Pfarrgebäuden ꝛc. billig ad opera publica zu referiren, die ad publicam curam iederzeit gehöret,

l. 4. l. 18. §. 10. D. de muner. et honor. 73

und dahero auch die Christlichen Käyser für dieser Gebäude Unterhaltung grosse Sorge getragen,

l. 10. C. de hæret. et manich.
l. 64. pr. C. do SS. eccl. l. 42. l. 46. de episc.

und diese Sorgfalt zugleich mit denen Bischöfen 74 aufgetragen,

l. 42. §. 5. l. 46. §. 3. C. de episc. 100. 131. c. 7. c. 3. C. 10. q. 3.

so daß dieses als eine causa publica et popularis angesehen, und iederman dieserwegen zu klagen erlaubet worden,

l. 46. §. 6. C. de episc. et cler.
PETR. PECKIVS *de ædif. vel rep. SS. eccl. c. 27.*

woraus denn ferner folget, daß diese refectio 75 schlechterdinges nothwendig, und so beschaffen sey, daß sie unter keinem prætext aufgehalten werden könne, cum publicæ salutis et securitatis interlit, talia opera reficere, vt nec nunciatio noui operis, vbi consulitur saluti publicæ, timenda sit,

l. 5. §. 11. D. de noui oper. nunc.
ibique GOTHOFRED. *in not. lit. z.*

absonderlich aber aus dem andern principio cl. 76 ne neue ratio decidendi sich hervor thut, weswegen die Bauung des Pfarrhauses bis zu Endigung des processus nicht aufgehalten werden kan, zumahl dessen Einfall so nahe ist, vt refectio nequeat differri. Generaliter prætor 77 autem ea opera excepit, quorum mora periculum aliquod allatura est, nam in his etiam contemnendam existimauit nunciationem noui operis. Quis enim dubitat, multo melius esse, omitt nunciationem noui operis, quam impediri operis necessarii vrgentem exstructionem? toties autem hæc pars locum habet, quoties dilatio periculum allatura est:

l. 5. §. 12. D. de noui oper. nunc.

woraus denn der richtige Schluß folget, daß 78 wenn nicht emmal in dergleichen Gebäuden, bey welchen ob imminens ruinæ periculum der Bau absolute nothwendig ist, eine nunciatio noui operis, welche sonsten von grossem Gewichte ist, die Arbeit verhindern kan, um desto weniger alsso ein angefangener Proceß wegen solches Baues solchen bis zu Ausmachung des processus aufhalten könne, zumahl ex iure bekannt, daß dergleichen nunciation bloß ob litem emergentem de iure ædificandi zu geschehen pfleget, in casu præsenti auch dabey zu erwegen, daß der Bau des Pfarrhauses nicht, wohl aber die Anlegung des Kellers und Speichers differiret, und dieser Bau ohne jenen vor der Hand wohl differiret werden könne, da

dem Hospital, post victoriam obtentam, allenfalls noch frey bleibet, bey dem Pfarrhause, so seinen eigenen Keller hat, den Keller und Speicher intendirter Massen anzulegen, daß keinesweges nöthig ist, den Bau des Pfarrhauses inzwischen zu differiren.

79 So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß das gedachte Hospital zu W. den quæstionirten Bau des Pfarrhauses durch Anstellung des angedroheten Processes nicht aufhalten könne.

So viel endlich die letzte Frage betrift,

80 **Was allenfalls hierbey für remedia iuris licita statt finden?**

Rationes dubitandi et decidendi.

81 Ob wohl das ordentliche Rechts-Mittel der Weg Rechtens ist, nach welchem dasjenige was bey voriger Frage zum Grunde geleget, ausführlich vorgetragen, die Nothwendigkeit des Baues vorgestellet, die obschwebende Gefahr des Einfalls gleich klar gemachet, und in foro competente ein mandatum sine clausula gesuchet werden kan, als welches in dergleichen causis, quæ moram non ferunt, sed celerrimæ expeditionis sunt, nicht wohl versaget werden mag, sondern zu hoffen stehet, daß das Hospital inzwischen zu seiner Schuldigkeit gebracht, und mit seiner prætension wegen Anlegung des Kellers und Speichers ad separatum werde verwiesen werden.

82 Weil aber dennoch vor der Heil. Reichs-Stadt H. es bey gegenwärtigem Fall nicht allein zuträglicher, sondern auch fast nöthig ist, daß sie nicht Klägers, sondern Beklagten Stelle vertrete, welches aber nicht zu erhalten stehet, wenn sie viam mandati zu ergreifen sich resolviren solte, dabey auch ratione fori ohne Zweifel viele difficultäten sich ereigen würden, so mir nicht so genau bekannt sind, welche alle gehoben werden können, wenn es dahin gebracht werden mag, daß das Hospital zur Klage adstringiret, inzwischen doch der Bau würcklich vorgenommen werde, welches meines Erachtens am Besten zu erhalten stehet, wenn die Stadt nochmals dem Hospital zu W. mit den angeführten Rechtsgründen, sowohl die Nothwendigkeit des Baues als den Ungrund desselben prætension vorstellet, und dabey suchet dasselbe zu Erbauung des blossen Pfarrhauses zu disponiren, dabey sich auch offeriret, daß wegen Bau des Speichers und Kellers sie die Sache mit ihr ausmachen wolten, zumahl diese beyde Gebäude, wie leicht zu concipiren, separiret, oder wenigstens das Pfarrhaus inzwischen so gebauet werden kan, daß, wenn das Hospital in lite obtiniren solte, sie alsdann das neue Gebäude leicht mit dem Pfarrhause coniungiren können, davon auch allenfalls ein geschickter Riß ihnen vorgeleget werden mag, wenn aber alles dieses keinen ingreß finden solte, alsdann ihnen anzuzeigen, daß, weil der Bau nicht differiret werden könne, die Stadt H. auf ihre Unkosten und Gefahr das Pfarrhaus bauen, und die Unkosten dazu quouis modo iure permisso eintreiben werde, als welches die gemeinen Rechte in solchem Fall erlauben, und verordnen: domum sumtu publico exstructam, si dominus ad tempus pecuniam impensam cum vsuris restituere noluerit, iure respublica distrahit, 83

l. 46. §. 1. D. damn. in f.

welches hier um desto mehr seine application befindet, als in præsenti casu die necessitas vrgens ædificii publici exstruendi sich befindet, welche keinen Aufschub leidet, und die concilia selbsten dem Bischofe solches iniungiret: si quis post episcopi vel archidiaconi sui monitionem per duos menses id facere cessauerit; ex tunc episcopus ipse, ipsius clerici (vel patroni) sumtibus id fieri faciat diligenter, de fructibus ipsius ecclesiæ vel beneficii præsentis autoritate statuti, tantum accipi faciens, quantum ad refectionem huiusmodi sufficiat peragendum, 84

HARDVIN. *tom. VII. concil. p. 628. ibique concil. Londin. de a. 1268. c. 18.*

welches sowohl mit dem gemeinen Rechte als officio episcopali überein kommt, solches aber bey diesem Bau der magistratus Heilbronnensis exerciren, die Gefälle, so zur Pfarrkirche und dem Dorfe F. vor dem gehöret, und das Hospital iure vnionis sich angemasset, darzu employiren, auch sich allenfalls in casu moræ extremæ der priuation des iuris patronatus bedienen kan, cum qui deserta ædificia ecclesiastica negligit, ius patronatus amittat 85

FINCKELTH. *de iure patron. c. IV. n. 79. sqq. et. c. VII. n. 1.*

wiewohl solches alsdann nicht zu gebrauchen, wenn man sich erkläret auf Unkosten des Hospitals den Bau vorzunehmen, und dieselbe wieder quouis modo einzutreiben, welches Gelegenheit geben wird, daß das Hospital klagen, und die Sache ratione fori nach Anleitung des Osnabrückischen Friedensschlusses *art. V. §. 54. in f.* einrichten muß, wiewohl auch des Heil. Reichs-Stadt H. unbenommen bleibet, um desto leichter zu seinem Zweck zu kommen, das Hospital *ex L. diffamari* ad agendum wegen seiner prætension zu prouociren, da abermahl die Sache ratione fori keiner difficultät unterworfen. 86

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß auf vorgeschriebene Art und Weise die Stadt H. gegen das Hospital Heil. Geistes-Ordens zu W. verfahren kan. V. R. W. 87

Zu dessen Urkund ich dieses rechtliche Gutachten abgefasset, unterschrieben und untersiegelt.

NOMINE PRIVATO
MENSE FEBRVARIO MDCCXXXIX.

RESPON-

RESPONSVM XXXVIII.

THEMATA.

I. Num in ecclesiis protestantium patronatis superintendentibus competat concursus ad electionem ministrorum ecclesiæ?

II. De potestate legislatoria ecclesiastica cum concursu statuum prouincialium exercenda.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio I. quatenus superintendentibus competat concursus ad electionem ministrorum ecclesiæ? n. 2.

Patronus ius eligendi personam præsentandam exercet. n. 3. 4. 63.

Ex iure nominandi nullum ius nominatis acquiritur. n. 5.

Ius nominandi antiquissimis temporibus cætui fidelium competit, n. 6. 64.

et adhuc hodie a iure patronatus distinctum est. n. 7.

Praxis iuris nominandi temporibus Iustiniani illustratur. n. 8.

Episcopo olim electio ex tribus nominatis competiit. n. 9.

Quod ex concilio Nicæno demonstratur. n. 10.

An et quatenus ex præfationibus genuina agentium intentio principaliter colligatur? n. 11. 65.

Electio est actus ecclesiasticus. n. 12.

Ius patronatus primario in iure præsentandi consistit. n. 13.

Verba legum cum effectu intelligi debent. n. 14.

Principibus ius episcopale vulgo priuatiue tribuitur, n. 15.

Exclusis statibus prouincialibus et magistratibus subalternis: n. 16.

Sed absque fundamento. n. 69.

Principes protestantes iura episcopalia per superintendentes recte exercent. n. 17. 18.

Cui competit potestas legislatoria, ei non potest legum dubiarum interpretatio authentica denegari. n. 19.

Num status prouinciales cum principe sint in communione iuris episcopalis? n. 20. 21. 57. 69. 70. 71.

Quale sit officium superintendentis ante electionem? n. 22.

Status controuersiæ formatur. n. 23.

Modus eligendi ministros ecclesiæ non idem semper fuit, sed sequentibus temporibus mutatus est, n. 24.

Nec a iure diuino sed positiuo humano dependet. n. 25.

Modus electionum in ecclesia græca explicatur. n. 26.

Prælati et episcopi ab imperatoribus olim mediante inuestitura per annulum et baculum designati sunt. n. 27.

Quænam beneficia dicantur collatiua et electiua? n. 28.

In ecclesiis patronatis ad designationem vel electionem episcopus vel eius delegatus non concurrit, n. 29. 30.

Nec nuncio papali in electionibus episcoporum vel archiepiscoporum directio competit, n. 30. 31.

Nec vicario episcopi in electione abbatum: n. 32.

Exceptis electionibus monialium, n. 33.

Cuius ratio allegatur. n. 34.

Scrutatores in electionibus episcoporum quinam dicantur? n. 35.

Patrono in electione priuatiue omnia competunt, quæ fiunt ante præsentationem. n. 36.

Verba dispositiua quomodo differant ab enunciatiuis. n. 37. 38.

Ius plebis in electionibus iure diuino non competit. n. 39.

Canon IV concilii Nicæni explicatur. n. 40. 42. 43. 68.

Tandem episcopi populum ab electionibus clericorum excluserunt. n. 41.

Superintendentibus non competit directorium in electionibus ministrorum ecclesiæ. n. 43. 44.

Quod illustratur ex ordinatione ecclesiastica. n. 44. 45. 46. sqq.

Obseruantia antiqua legem dubiam declarat. n. 50.

Turbidi et contradicti actus obseruantiam non constituunt. n. 51.

Obseruantiæ subsequentis in explicandis legibus, magna vis est. n. 52.

Iurisdictio ecclesiastica principum euangelicorum est pars ciuilis imperii et in peruerso sensu ius episcopale dicitur. n. 53.

Ius episcopale episcoporum est ius clericale subordina-

ordinatum, et limitatum imperio ciuili non annexum. n. 54.
Sententia Carpzouii, quod principes euangelici duplicem personam repræsentent, reiicitur. n. 55.
Quinam olim episcopi dicti? n. 56.
Ex quibus rationibus patronorum laicorum iura a pontifice vel episcopis imminuta sint? n. 57. 58.
Patroni vt fundatores olim speciem dominii in ecclesias sibi arrogarunt. n. 59.
Ius patronatus oneribus vel seruitutibus falso annumeratur. n. 60.
Ius patronatus in dubio non restringendum est. n. 61.
Directorium in electionibus, quæ populo competunt, debetur patrono. n. 62.
Decisio quæstionis I. n. 72.
Quæstio II. de eodem argumento. n. 73.
Decisio eius. n. 74. 75.

1 Die mir zugefertigte facti species bestehet aus folgenden Umständen:

Es findet sich in dem Lande Apulien eine Kirchen-Ordnung, so anno 1552 mit Einwilligung der unterthänigen Stände errichtet, darinn wird vom Beruf der Prediger, laut Anlage sub lit. A. verordnet, daß man unberufene und unverhörte Personen ins Amt nicht einschleichen oder sich eindringen lassen solle, zumahl die Bestellung des Prediger-Amts durch einen ordentlichen Beruf nicht ein Menschen-Gebot, sondern von GOtt selbsten verordnet sey, auch uns zum Trost gereiche, wenn wir wissen, daß der HErr Christus also auch das ministerium durch diesen Beruf erhalten wolle, es also auch bald nach der Apostel Zeit gehalten sey, denn also spreche das concilium Nicænum, daß die Kirchen wehlen, und der Bischof zur Wahl gezogen werden, solle; nicht weniger wird von der Art des Berufs insonderheit geordnet, daß solcher mittels præsentation und Aufstellung gewisser subiectorum an die Gemeinde geschehen, anbey den Patronen die Versicherung, daß ihrem iuri patronatus kein Eingrif geschehen solle, gegeben, dahero auch die præsentation simpliciter, sine vlla restrictione et limitatione ihnen zugesprochen ist, mit der Landesväterlichen Vermahnung, tüchtige und gottesfürchtige Männer zu præsentiren. Ferner ist auch verordnet, daß wenn einer berufen worden, er als denn dem Superintendenten ad examen præsentiret werden, und der præsentatus demselben Zeugniß von seinem Beruf und Sitten bringen solle. Diese Verordnung vom Beruf der Prediger ist in den nachmahligen neuen Auflagen dieser vorgedachten Kirchen-Ordnung von anno 1554 und 1557 ohne die geringste Aenderung, würklich beybehalten worden. Auf gleiche Weise ist anno 1571 in der Superintendenten-Ordnung gedachten Landes, laut Anlage sub lit. B. vom Beruf der Prediger disponiret, und die Bestallung des Prediger-Amts durch ordentlichen Beruf vest gesetzet, ja es sind darauf die Stücke, so zu einem ordentlichen Beruf gehören, erzehlet worden, wobey denn die Landstände in den reuersalibus de anno 1621 die Fürstl. Verschreibung erhalten, daß es bey der Kirchen- und Superintendenten-Ordnung, so wohl in ceremonialibus als doctrinalibus, nach wie vor, unverändert gelassen werde solle. Dahero ist von anno 1552 bis 1670 die beständige observanz gewesen, daß der Superintendens zu keiner Wahl in einer adelichen Patronat Kirche gezogen worden, auch nicht zu erweisen, daß die Landes-Herrschaft in der Zeit es absolute præsendiret hätte. Im Jahr 1670 aber und bey noch getheilter Regierung dieses Landes, hat die Herrschaft des einen Fürstenthums, ob gleich das ius sacrorum von beyden Fürstl. Häusern gemeinschaftlich exerciret worden, angefangen zu avanciren, daß sie in Kraft des episcopal-Rechts befugt und ermächtiget wäre, einen Superintendenten zu den Priester-Wahlen in den adelichen Patronat-Pfarren abzuordnen, wie denn auch einigen Patronen der Superintendens bey der Wahl aufgedrungen, der sich einer Cantzel-Eröffnung an die præsentandos und des præsidii bey der Wahl angemasset. Weil aber in dem andern Fürstenthum des Landes denen Patronis dergleichen Neuerungen nicht zugemuthet worden, und sie nach als vor ohne Superintendenten mit einer freyen Verordnung des gantzen Wahl-actus præsentiret, so ist anno 1684 dieses gravamen durch die beygehende resoluciones sub C. gehoben. Wie hierauf die Landes-Theilung cessiret, und solches einen Herrn allein bekommen, hat man von neuen anno 1708, unterm Vorwand des episcopal Rechts, angefangenen Superintendenten zur Wahl abzuschicken, und seine Gegenwart abermahl denen Patronen de facto aufzudringen, dabey die Herren Superintendenten endlich so weit gegangen, daß sie alles bey der gantzen Handelung sich zugeschrieben, und als delegati episcopi den Tag zur Wahl benennen, die Texte zur Probe-Predigt aufgeben, die Cantzel eröffnen, die Wahl dirigiren, und überhaupt das præsidium sich attribuiren wollen, hingegen der Patronus nur ein müßiger Zuschauer seyn sollen, wie der Herr Superintendens sein Patronat-Recht exercire. Die Sache ist dahero zur Klage gediehen, bey welcher die Geistlichen sich allein des argumenti, daß die Kirchen-Ordnung auf das concilium Nicænum sich berufen, bedienet, mithin hiebey folgende Fragen mir vorgeleget sind:

Quæstio I.

2 **Ob nach den regulis interpretationis die in der Kirchen-Ordnung befindlichen Worte, da des concilii Nicæni gedacht wird, vim dispositiuam haben, daß der Superin-**

Superintendens zu der Wahl nothwendig gezogen werden müsse, oder ob nicht vielmehr solches nur allein illustrationis gratia, den alten Gebrauch in Bestellung des Predigt-Amts durch ordentlichen Beruf aus dem vierten Seculo zu erläutern, bloß hin angeführet werde?

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl 1) voraus gesetzet wird, daß in Apulien es also bishero gehalten worden, daß der patronus in den adelichen patronat-Pfarren das ius designandi personam præsentandam, wie sonsten gebräuchlich ist, nicht habe, sondern gehalten ist, der Gemeine zu einer freyen Wahl drey Personen aufzustellen, und wenn einer der aufgestelleten von der Gemeine per maiora erwehlet worden, und derselbe von dem patrono die vocation erhalten, alsdann derselbe schuldig ist, bey dem Fürsten per memoriale um ein mandatum an den Superintendenten de examinando electo anzuhalten, da dann endlich, wenn dieser von dem geschehenen examine ad principem referiret, alsdann nach der Fürstlichen resolution sub N. 1. die confirmation zusamt dem mandato de ordinando et introducendo, gestracks und zu einem mal erfolgen muß, woraus denn dieses offenbar ist, daß 2) das patronat-Recht der Adelichen in Apulien nicht nach den gemeinen regulis huius iuris eingerichtet sey, nach welchen sonsten ein patronus das ius eligendi personam præsentandam exerciret, wie ich

4 *tom. III. iur. eccles. tit. de iure patron. §. 70.*

5 angezeiget, sondern solches darin von dem iure communi abgehet, daß die patroni drey Personen der Gemeine vorschlagen und zur freyen Wahl derselben aufstellen müssen, quo ipso ius eligendi non exercent, sed nudum ius nominandi, vnde nullum ius nominatis acquiritur, habent,

per c. 28. X. de iur. patron.

6 wie denn 3) dergleichen Wahl-Recht nicht allein von alten Zeiten der Gemeine zugestanden,

BLONDELL *de episcop. et presbyter. p. 422. sqq.*

GROT. *de iure pleb. in regim. eccles.*

LE SVEVR *dans l' histoire de l' eglise et l' empire P. II. p. 245. sqq.*

7 sondern auch bey vielen Gemeinden beständig geblieben ist, ohngeachtet das ius patronatus einem andern zugehöret;

c. 24. X. de elect.

8 ins besondere aber 4) zu Zeiten IVSTINIANI die nominatio trium personarum, vnde electio facienda, anbefohlen ist, dergestalt, vt ex tribus ita designatis personis melior eligatur electione et iudicio ordinantis.

Bohm. Conf. T. III. P. I. Nov. 123. c. 1. Nov. 137. c. 2.

Woraus denn erhellen möchte, daß der Ordinans, das ist, der Bischof, das Vornehmste bey der Wahl verrichtet; ja aus den dreyen von den clericis et primatibus ciuitatis nominirten einen, welchen er für den Tüchtigsten gehalten, erwählen können, wie mit mehren ausführet 9

IOSEPH SIMONIVS ASSEMANN. *in biblioth. orient. Clement. vaticana. tom. III. P. 2 p. 682.*

welches alles dann 5) anzuzeigen scheinet, daß 10 bey den Wahlen derer Geistlichen die meiste Vorsorge den Bischöfen obgelegen und so gar in Concil. Nicæno c. 4. verordnet ist: episcopum conuenit ab omnibus, qui sunt in provincia, episcopis ordinari, dabey denn nicht einsten des Volcks Wahl gedacht, sondern alles vornemlich den Bischöfen zugeschrieben ist.

NATAL ALEXAND. *tom. III. histor. eccl. ad sec. I. diss. VIII. propos. 3.*

Und weil num 6) in der Kirchen-Ordnung *de* 11 *anno 1552.* vom Beruf der Prediger ꝛc. fest gesetzet ist, daß der Beruf, Verhör, öffentliche Verkündigung bey der Kirchen und Gebet, als göttliche Ordnungen anzusehen, und dabey die praxis apostolica zum Grunde geleget, ja der Ausspruch des Concilii Nicæni c. 4. angeführet ist, daß die Kirche wählen und der Bischof zur Wahl gezogen werden solle; so möchte daraus von selbsten 7) folgen, daß wo eine Wahl geschiehet, nach der ersten Kirchen Gebrauch der Bischof dabey seyn, solche dirigiren, und das præsidium dabey führen müsse, zumal ex præfationibus legum der wahre Verstand der Gesetze, ob gleich die Worte so weit nicht zu gehen scheinen, hergenommen, und die decisiones controuersiarum daraus formiret werden können,

STRYK. *de iure præfat. c. 2. §. 4. sqq.*

cum ex tali præfatione potentissimum argumentum fluat, ex quo genuina agentium intentio principaliter colligitur, adeo vt quæ in procemio posita, in subsecuto principali negotio repetita censeantur.

MERCKELBACH *apud* KLOCK *tom. IV. conf. 13. n. 30.*

HARPRECHT. *resp. 70. n. 49.*

Mithin da 8) in Apulien das Wahl-Recht von 12 dem iure præsentandi unterschieden ist, und jenes denen Gemeinen: dieses aber allein den patronis zustehet, es das Ansehen gewinnen will, als wenn nach dem wahren Verstande der Kirchen-Ordnung bey der Wahl der Gemeinde das directorium der delegatus episcopi billig führen müsse, als welches ohnedem 9) 13 ein actus ecclesiasticus, so der Geistlichkeit zukommt, zu seyn scheinet, denen patronis aber 10) dadurch nicht gefährdet werde, deren Recht primario in iure præsentandi sich äussern solle,

SCHILTER *in instit. iur. canon. lib. I. tit. 14. §. 9.*

so ihnen nach wie vor in saluo bleibet, da hergegen die Wahl der Gemeinde zustehet, welche billig nach den Worten der Kirchen-Ordnung, so sich auf das Concilium Nicænum berufen, auctoritate episcopali dirigiret werden muß,
14 da sonsten solche Worte 11) otiosa et sine effectu seyn würden, so doch in den Gesetzen und deren Auslegungen zu verhüten, cum verba legum cum effectu intelligi debeant, wie die ICti Romani bey Erklärung eines gewissen edicti prætoris gar wohl angemercket,

l. 1. §. 2. D. quod quisque iuris in alt. stat.

so daß die verba der Kirchen-Ordnung dispositiue nicht unbillig zu versehen und diesen Verstand haben möchten: die Wahl soll und muß geschehen, wie es in Concilio Nicæno verordnet, und wie nach diesem der Bischof bey den Priester-Wahlen gewesen, so muß auch in Apulien billig der Bischof oder dessen delegatus
15 dabey seyn: und weil 12) in Apulien die Evangelische Religion durchgängig eingeführet ist, und nach der Protestanten Lehre der Landes-Herr episcopus priuatiue ist, und die iura episcopalia allein exerciret; so möchte nach diesem principio um destomehr der wahre Verstand der streitigen Worte für den Landes-Herrn und dessen delegatum positiue angenommen werden müssen. Bevorab da bekant, daß dem Landes-Herrn das ius episcopale priuative et incommunicabiliter vulgo attribui-
16 ret werde, vt in eius consortium alios admittere nequeat, maxime inferiores, quales sunt status prouinciales et magistratus subalterni, als welche pro incapacibus vulgo gehalten werden, daß sie zu demjenigen, so ad ius
17 episcopale gehöret, aliquo modo concurriren solten, wie ich solches

tom. I. iur. eccles. prot. lib. I. tit. 31. §. 19. sqq.

mit mehrern ex opinione communi angezeiget habe, adeoque principes protestantes recte hæc iura per superintendentes exercent,

CARPZ. *lib. I. iurispr. conf. def. 55. n. 2.*

18 Dieserwegen dann, wenn auch gleich in den Kirchen-Ordnungen von dem Bischöflichen Rechte bey der Wahl nichts versehen, und im übrigen den patronis ihr dabey habendes Recht bestimmet worden; iedoch solches alles saluo iure episcopali verstanden werden möchte, wohin die directiõn der Wahl billig zu referiren; um destomehr also solches zu statuiren, da in gedachter Kirchen-Ordnung des Concilii Nicæni gedacht, und daraus angeführet worden, daß der Bischof bey der Wahl gewesen:
19 dieserwegen wenn auch 13) bis itzo die Wahlen ohne Beyseyn des Superintendenten geschehen, und die patroni alles allein dirigiret, dennoch dem Landes-Herrn in Apulien unbenommen seyn würde, durch eine Kirchen-Verordnung dieses zu constituiren, oder die alten Kirchen-Ordnungen authentice zu erklären, und die streitigen Worte, nach solchem principio, für sich, und daß sie dispositiue verstanden werden sollen, zu interpretiren, weil ohnstreitig ist, daß ein Evangelischer Landes-Herr Kirchen-Ordnungen machen und solche erklären könne, cui enim potestas legislatoria competit, ei non potest legum dubiarum authentica interpretatio denegari.

l. 12. C. de LL.

I. P. art. VIII. §. 2.

Wozu denn 14) die Land-Stände nichts zu sa- 20
gen haben, und sich dagegen nicht opponiren möchten, da die Land-Stände in communionem iuris episcopalis nicht admittiret werden dürfen, ob wohl sonsten die Landes-Gesetze in Apulien auf den Land-Tägen approbiret sind, als welches billig ad secularia zu restringiren, im Gegentheil auf die Bischöfliche Vorrechte der Landes-Herren nicht zu ziehen ist, deren die Land-Stände unfähig geachtet werden; in welchem Betracht, wenn auch 15) gleich die 21
Kirchen-Ordnungen von den Land-Ständen auf den Land-Tägen præuio consensu angenommen und bestätiget seyn solten, dennoch solche dem iuri episcopali nicht præiudiciren, sondern eo saluo verstanden werden müssen, weil sonsten der Landes-Herr wieder sein von GOtt ihm anvertrauetes episcopal-Recht handeln würde, wenn er durch die Herrn Superintendenten als vice-episcopos die Wahl der Gemeinde nicht dirigiren liesse, als welche 16) vor der 22
Wahl fleißig aus GOttes Wort zu informiren und zu ermahnen, ohne Affecten und nach ihrem Gewissen zu wählen, dergleichen information den Geistlichen zustehet; woraus denn zu schliessen, daß die Herren Superintendenten von der Wahl nicht auszuschliessen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch alhier nach der vor- 23
gelegten Frage es auf die Erklärung der Worte der Kirchen-Ordnung de anno 1542 hauptsächlich ankommt, welche in folgenden terminis abgefasset:

> Dabey (nemlich bey dem Kirchen-Regiment) aber sollen wir diesen Gehorsam halten, daß wir treuliche, rüchtige Personen zum Amte suchen und wählen. Darum ist erstlich unser ernstlicher Wille und Befehl, daß man nicht gestatte, daß unberufene und unverhörte Personen sich selbst ins Amt eindringen. Und mag uns hiermit nicht auferleget werden, als machten wir Menschen Gebot; denn das ist gewiß wahr, daß der Beruf, Verhör, öffentliche Verkündigung bey der Kirchen und Gebet, göttliche Ordnungen sind, und ist tröstlich, daß wir wissen, daß der HErr Christus also das Ministerium auch durch diesen Beruf erhalten will, und ist also bald nach der Apostoln Zeit gehalten: denn also spricht das Concilium Nicænum, daß

die

die Kirche wählen, und soll der Bischof zur Wahl gezogen werden ꝛc.

So bestehet die Frage darin:

Ob die Nothwendigkeit, einen Superintendenten bey der Wahl in den patronat-Pfarren zu adhibiren, der das directorium dabey führe, aus solchen Worten geschlossen und ein sicherer Grund daraus in dieser controvers gezogen werden könne?

Dieses will sich nun keinesweges finden, da I) weder aus der Natur der Wahl selbsten; noch II) aus den gedachten Worten, wenn solche mit den darauf folgenden combiniret werden, nothwendig flieſſet, daß der Bischof bey der Wahl seyn müsse: vielweniger III) andere jüngere Kirchen-Ordnungen und resolutiones der gegenseitigen interpretation favorisiren, noch IV) einige observantia antiqua solcher Erklärung beytritt, oder V) das so genannte ius episcopale: noch VI) das ius patronatus seiner Natur nach erfordere, daß die angeführten Worte dispositive erkläret werden müssen, welche membra vornemlich das Licht in der gantzen Sache geben, und die Wahrheit der Sache gegen alle Schein-Gründe der interessirten Herren Superintendenten herstellen, also solche vornemlich alhier ausgeführet werden
24 müssen. Anfänglich (1) bestehet der erste Grund darin, daß solche Erklärung aus der Natur der Wahl selbsten nicht flieſſet, und keinesweges folget, daß wo eine Wahl der Geistlichen geschiehet, nothwendig ein Bischof dabey seyn müsse, bevorab da in den folgenden Zeiten die Art und Weise, Geistliche zu berufen, sich sehr verändert, und daraus mannichfaltige Arten entstanden; welches auch propitio iure wohl geschehen mögen, da nach der Heil. Schrift nur erfordert wird, daß ein Geistlicher, ohne rechtmäßigen Beruf, in kein Kirchen-Amt eindringen
25 solle. Nun ist aber dabey die Art und Weise des Berufes nicht præcise bestimmet, sondern erst durch die Kirchen-Ordnungen fest zu setzen. Dahero denn, ob die designatio subiecti vocandi von einem oder der gantzen Gemeinde per electionem geschehe, imgleichen auf was Art und Weise die Wahl, wenn solche statt findet, geschehen, und wer das directorium dabey führen solle, eine Sache ist, die nicht ex iure diuino, sondern positiuo humano herzuleiten, dergestalt, daß wo die Patroni das ius designandi subiectum et vocandi haben, die Berufung der Geistlichen eben so richtig und rechtmäßig zu achten, als wo etwa die gantze Gemeinde erwählet, und durch dieselbe oder einen andern die literæ vocationis ausgefertiget
26 werden, gleichwie vordem in der Griechischen Kirche der Gebrauch eingeführet worden, daß drey subiecta zum patriarchat auserkohren und designiret worden, deren Namen den Griechischen Kayserrn vorgeleget sind, vt ex iis eum seligeret, quem ipsius in animum DEVS induxerit,

GEORG. CODINVS CVROPALATA *de officiat. palat. Constantin. c. 20.*

oder wie vordem die Kayser in Teutschland 27
mediante inuestitura per annulum et baculum die prælaten designiret, und die Bißthümer frey vergeben.

CONRING. *de constit. episc. German.*

Es hat also der modus vocandi episcopos et 28
clericos per omnia secula variiret, und sind die schlechten presbyteri und diaconi ohne alle Wahl schlechterdings von den Bischöfen bereits im vierten Seculo benennet, vt proinde hæc minora beneficia collatiua, maiora autem electiua dicta fuerint, zumal bey aller dergleichen Handlung der modus die Sache selbst nicht ändert, sondern arbitrarius ist, und in der Heil. Schrift nur der generale Ausdruck davon anzutreffen ist, daß alles bey der Gemeinde, und also auch der Beruf der Geistlichen, ordentlich und ehrlich zugehen solle. Dies- 29
ses zeiget nun so viel wenigstens an, daß man nicht behaupten könne, daß bey allen und ieden actibus eines rechtmäßigen Berufs der Geistlichen præcise der Bischof oder dessen delegatus gegenwärtig seyn dürfe, wie solches (a) aus dem iure patronatus zu ersehen, bey welchem an denen meisten Orten in Deutschland der patronus allein das subiectum erwählet, præsentiret, auch vociret, der Bischof oder dessen Statthalter aber den præsentatum examiniret, confirmiret, ordiniret und introduciret, so gar, daß wenn auch (b) mannichmal die designatio præsentandi bey einem corpore, veluti senatu, capitulo etc. anzutreffen, und solche mediante electione geschiehet, solche dennoch præsentiam episcopi nicht nothwendig erfordert, ja (c) heute zu Tage die gröſsesten capitula Bi- 30
schöfe und Ertz-Bischöfe erwählen, ohne daß ein Bischof oder dessen Statthalter sich dabey befindet, noch weniger der Päbstliche Nuncius, die Wahl dirigiren und dabey zu seyn, sich erkühnen dürfe, ob er wohl in loco, wo die Wahl vorzunehmen, nach dem Exempel vieler andern Gesandten beständig gegenwärtig ist, und das Päbstliche interesse beobachtet. Dahero 31
dann wenn das gegenseitige principium: wo Geistliche erwählet werden, da muß der Bischof dabey seyn, gegründet wäre, der Päbstliche Nuncius iederzeit bey allen Wahlen, als des Ober-Bischofs vicarius sich meshiren, und das directorium prætendiren könte, als welches bey den grossen capitulis, wo starcke Partheyen und factiones vorzufallen pflegen, eben so heilsam und ersprießlich seyn möchte, als die Herren Superintendenten bey denen in den patronat-Kirchen in Aputien üblichen Wahlen ihre Gegenwart für heilsam und ersprießlich halten, ob wohl solche eingebildete Billig- und Ersprießlichkeit keinen wahren Grund in Rechten hat. Man hat so gar in den Clöstern, 32
den conuentualen die freye Wahl gelassen, ob-

ne daß der Bischof des Stifts seinen vicarium zum directorio schicken könne, wenn nicht in der Stiftung oder sonsten es anders versehen. Vielmehr stehet in den Stiftungs-Briefen mehrentheils die clausul: statuimus, vt mortuo abbate in ecclesia illa fratres libere et canonica electione, quemcunque voluerint, eligant et electum episcopo examinandum et consecrandum repræsentent, wie gedachte Worte in einem Stiftungs-Briefe zu lesen

apud ANTON MATTHAEI *in anal. vet. æui tom. III. nouiss. edit. p. 474.*

33 Dergleichen Formeln sonsten unzehlig vorkommen, und ob gleich bey den Wahlen der Nonnen ein Ordens-Prælat, und nach dem concilio Tridentino der Bischof zum directorio gezogen werden,

c. 43. vers. postremo. de elect. in 6.
Concil. Trid. sess. 25. de regular. c. 7.
TAMBVRIN *de iur. Abbatiss. disp. 28. qu. 6.*
FELLIZZARIVS *de iure monial. c. 10. sect. 2. subs. I. n. 96.*

34 so ist doch solches nicht zur Regul zu setzen, sondern lediglich als eine exception anzusehen, und unter vielen præcautionen aus erheblichen Ursachen eingeführet, dahin gehöret, daß die Bischöfliche deputirte solche direction umsonst thun, und ausser dem Convent im Sprachsaal ad fenestellam führen müssen, da im Gegentheil die Nonnen in ihrem Convent dennoch freye
35 Hände behalten. Endlich so folget aus diesem allen nur dieses, daß zwar bey den Wahlen eine direction allerdings nöthig, wer aber solche führe, arbitrair sey, wie denn bey den Wahlen der Bischöfe das capitulum vorher, ehe sie zu der Wahl schreiten, aus ihrem Mittel drey scrutatores erwählen, die solches directorium bekanter massen verrichten, davon ein schön Instrumentum electionis zu lesen

apud ANTON MATTHAEI *tom. I. anal. vet. æui p. 647. sqq. nouiss. edit.*

36 So ist also nicht abzusehen, warum bey den patronat-Pfarren in Aputien dem Patrono die direction der Wahl nicht priuatiue zustehen solte, da die collatur oder vocation ihm zustehet, und der Bischof nicht ehender in die Besetzung der patronat-Pfarren sich mesliren darf, als bis ihm die præsentation der designirten Person geschehen, es mag nun solche durch eine vorhergehende Wahl der Gemeinde, oder eines andern weltlichen collegii oder durch die blosse Bestimmung des Patroni geschehen seyn, weil bis auf die præsentation dem Patrono alles billig allein gelassen werden muß, wie die Natur und Eigenschaft dieses Rechts von
37 alters darleget. Ausserdem, so fliesset auch das Gegentheil, welches (II) das andere momentum ist, aus den angeführten Worten nicht, noch kan iusta interpretatione daraus gezogen werden, als in welchen überhaupt nur der generale Satz oder lex præmittiret und anbefohlen wird, daß unberufene und unverhörte Personen sich selbst ins Amt nicht eindringen sollen, welches alhier als das eigentliche Kirchen-Gesetz, so da überhaupt etwas generaliter befielet, anzusehen, im Gegentheil dasjenige, so darauf folget, begreifet bloß die rationes decidendi, die eigentlich keine Gesetze, oder verba dispositiua, sondern blosse enunciationes logicæ, quæ aliquid affirmant vel negant, sind, und allerhand principia, als theologica, iuridica, medica, physica vel in genere philosophica, ja öfters facta historica, in sich halten, welche man aber bey den Gesetzen anzunehmen nicht nöthig hat, da solche öfters inadæquat irrig und falsch sind, ja denen angeführten factis historicis selbsten widersprechen, wie viele dergleichen enunciationes logicæ selbsten in iure Romano und andern Gesetzen vorkommen, die also das Gesetze selbsten keinesweges ausmachen, cum lex non affirmet vel neget, sed iubeat, præcipiat, veret. Dieses soll nun specifice aus den Worten der Kirchen-Ordnung zum Ueberfluß 38
gezeiget werden, in welchen die generalis constitutio anzutreffen:

Kein Prediger soll ohne ordentlichen Beruf und examine zum Predigt-Amt gelassen werden,

solches aber mit folgenden rationibus bestärcket und illustriret wird. Weil 1) dieses gewißlich wahr ist, daß der Beruf, Verhör, öffentliche Verkündigung bey der Kirchen und Gebet göttliche Ordnungen sind: 2) weil es tröstlich ist, daß wir wissen, daß der HErr Christus also das ministerium auch durch diesen Beruf erhalten wolle: 3) weil es bald nach der Apostel Zeit also gehalten worden. Denn also spreche das concilium Nicænum, daß die Kirchen wählen und der Bischof zur Wahl gezogen werden solle: 4) weil diese Lehre in den Articul: ich glaube, daß eine heilige Christliche Kirche sey, gehöret, das ist (wie hinzugethan wird:) daß der HErr Christus gewißlich kräftig sey, wo das heilige Evangelium recht geprediget, und mit Glauben angenommen wird, und die Sacramente in rechtem Gebrauch sind: 5) weil die Kirche Prediger nöthig hat, welche, laut des Befehls der Apostel, durch der Kirchen Gliedmaß berufen und zum Amte zugelassen sind: 6) weil derjenige, der solchen Beruf und Wahl verwerfe, streite wider den Artickel: Ich glaube, daß eine heilige Christliche Kirche sey ꝛc. Es wird ohn Zweifel ein jeder bey diesen rationibus wahrnehmen, daß solche nicht einerley Art sind, da die erste iuris ist: die andere theologica: die dritte historica: die vierte und folgende theologicæ sind, und bloß zu Behauptung der Nothwendigkeit eines ordentlichen Berufs zum Predigt-Amt angeführet worden, alhier aber in dem situ, wie sie stehen, das generale Gesetz nicht constituiren, als welches in dem vorhergehenden von diesen rationibus sehr distinguiret ist. Es würden sonsten alle rationes historicæ et theologicæ auch zum Gesetze gehören müssen, so kein Vernünftiger iemals behaupten und die quæstionem facti:

facti: ob in concilio Nicæno iemals dergleichen Verordnung geschehen? als partem legis alhier ansehen wird, welche doch nur offenbar illustrationis gratia und obiter hinzugefüget worden. Uebrigens ist nicht einmal im gedach-
39 ten concilio generaliter verordnet, daß die Kirche wehlen und der Bischof zur Wahl gezogen werden solle, es stehet auch nicht zu behaupten, daß die Wahl der Geistlichen der Gemeinde iure diuino zustehe, quia ius plebis antiquum in electionibus passim est mutatum, et hæ sæpe factæ sunt, absque suffragio et concursu plebis,

NATAL. ALEXAND. *cit. l. p. 128.*

40 und ob wohl zu Zeiten des concilii Nicæni und in folgenden seculis das Volck von der Wahl noch nicht gäntzlich ausgeschlossen ist, so redet doch das concilium Nicænum weder von der Wahl der Gemeinde oder Erwählung der Geistlichen überhaupt, noch verordnet, daß bey der Wahl der Gemeinde der Bischof seyn und das directorium führen solle, sondern disponiret also in *c. IV.*

apud HARDVIN *in collect. concil. tom. I. p. 325.*

Episcopum conuenit maxime quidem ab omnibus, qui sunt in prouincia, episcopis ordinari. Si autem hoc difficile fuerit, aut propter instantem necessitatem, aut propter itineris longitudinem; tribus tamen omnimodis in id ipsum conuenientibus et absentibus quoque pari modo decernentibus, et per scripta consentientibus, tunc ordinatio celebretur. Hiebey ist zu mercken, (a) daß hier bloß von den Bischöfen und deren Bestellung, nicht aber von allen Geistlichen überhaupt gehandelt werde: (b) daß, wenn ein Bischof verstorben, alsdann alle comprouinciales episcopi bey der erledigten Gemeinde zusammen kommen, oder wenigstens drey gegenwärtig seyn musten, wenn alle comprouinciales nicht erscheinen konten, und zwar (c) zu dem Ende, non vt electio ab illis celebraretur, vtpote quæ fiebat a clero (*inferiori*) et populo, sed vt eam approbarent vel repudiarent, prout consentanea fuerat aut contraria canonibus, vtque dein electi ordinationem aut consecrationem peragerent.

PETRVS DE MARCA *de concord. sacerd. et imper. lib. VI. c. 2. §. 4.*

Dieserwegen ist irrig, daß ein Bischof nur bey der Wahl des Volcks gegenwärtig: ingleichen, daß solches bey Bestellung aller Geistlichen nöthig gewesen, vielmehr war die Gegenwart aller comprouincial-Bischöfe hauptsächlich deswegen nöthig, weil der clerus und populus einen, so ihr Amts-Bruder und college werden solte, designiren, sie nachgehends dessen Tüchtigkeit untersuchen, und, so ferne an ihm nichts auszusetzen wäre, so fort die Hände auflegen musten, so daß wenn das concilium Nicænum recht und dextre angeführet werden solen, es also lauten müssen: das concilium Nicænum verordne, daß das Volck und der Clerus einen Bischof erwählen, alle Bischöfe aber aus derselben Provintz sich bey der erledigten Gemeinde, als in einem Synodo, versammlen, und sorgen sollen, daß kein Untüchtiger erwählet, und mit Handauflegung ordiniret werde, welches aber nur dieses angezeiget haben würde, daß bey Bestellung der Kirchen-Aemter gute Ordnung gehalten werden müsse, und ein ordentlicher Beruf nöthig sey, als zu welchem Ende es bloß alhier angeführet worden. Bey solcher Beschaffenheit ist die neuerlich erfundene Erklärung sehr contort und streitet wider den gantzen Zusammenhang des textus, welchen man zu solchem Ende verstümlet, und bey den Worten: denn also spricht das *concilium etc.* sich lediglich aufhält, und daraus einen übereilten Schluß formiret, daß darnach die forma electionis eingerichtet werden müsse, da doch *a*) alhier nicht die Rede ist de electione episcopi, welches nach vieler Protestanten Meinung der Landes-Herr seyn soll, der keiner Wahl regulariter unterworfen, also auch *β*) an keine comprouinciales heutiges Tages zu gedencken, wenn auch ein Evangelischer Bischof bey den Stiftern zu erwählen, indem die Sache mit der Wahl sich sehr geandert. Vielmehr ist *γ*) alhier allein von der Wahl der Pfarrer in den patronat-Pfarren die Frage, auf welche sich das concilium Nicænum gar nicht reimet, noch dasselbe daran gedacht, noch dencken können, da noch keine patronat-Pfarren verhanden ge-
41 wesen. Es haben darneben die Bischöfe schon im vierten seculo angefangen die Unter-clericos selbsten zu benennen und die Gemeinde davon auszuschliessen, mit der Zeit aber, da die proceres und nobiles für sich und ihre Leute in agris auf ihrem Grund und Boden eigene Kirchen gebauet, den patronis die Besetzung solcher Kirchen einräumen müssen, dabey sie sich nichts mehr als das ius examinandi et ordinandi præsentatum vorbehalten. Endlich
42 wolte man das concilium Nicænum nach dem Sinn des Ertz-Bischofes zu Paris PETRI DE MARCA erklären will, so wird den Bischöfen fast eben dasselbe Recht nach der Wahl des Volcks und gesamten cleri der erledigten Gemeinde zu geschrieben, was bey denen patronat-Pfarren ab antiquo die Bischöfe gehabt, und noch haben, dabey aber keines directorii der Wahl selbsten gedacht wird, so daß nach solcher Erklärung die Superintendentes wenig Trost haben werden. Es spricht derselbe also: Clerum ac populum suffragia sua conferre consueuisse, episcopos eodem tempore iudicium suum tulisse, testis est Cyprianus de Sabino episcopo scribens: *vt de vniuersitatis fraternitatis suffragio et de episcoporum, qui in præsentia conuenerant, iudicio episcopatus ei deferretur.* Quo in loco Cypriani id accurate considerandum eum distinguere IVS SVFFRAGII, quod fraternitati competit i. e. Clero et populo, a IV-

DICIO, quod episcopis tribuit, i. e. EXAMINE electionis et CONFIRMATIONE. Vsum autem illum de traditione diuina et Apostolica obseruatione descendisse pronunciat. Quare antiquus auctor constitutionum apostolicarum præcipit, vt is, qui electus est a populo, EPISCOPIS PRAESENTETVR, et vt is, qui primus est inter eos diligenter inquirat de omnibus iis, quæ necessaria sunt, vt ei manus imponantur;

PETRVS DE MARCA *de conc. sacerd. et imp. lib. VI. c. 2. §. 5.*

43 Hieraus kan man überhaupt erkennen, wie weit bey der Wahl eines neuen Bischofes der Synodus comprouincialium episcoporum, oder wenigstens die Gegenwart dreyer comprouincial-Bischöfe erfordert, und ob in der gedachten Apulischen Kirchen-Ordnung de an. 1552 die Worte des concilii Nicæni recht angeführet, oder wenigstens von den Apulischen Herren Superintendenten recht erkläret worden, als welche daraus folgern wollen, daß sie als vice-Bischöfe zum Nachtheil der patronorum das directorium führen, und alles in allen seyn, den Patronen aber das leere Nachsehen lassen wollen; so doch keinesweges daraus zu schliessen ist, bevorab da auch dieselbe nicht den legem selbsten, sondern nur eine von dessen rationibus constituiren, die also nicht als verba dispositiua, worauf in decidendo zu reflectiren, anzunehmen sind. Dieses zeiget sich noch klärer aus den andern und dritten gleich darauf folgenden Gesetze, da im andern Gesetze zuforderst den Patronis ihr ius patronatus, oder alte Gerechtigkeit an der Kirchen-Bestellung conseruiret, und expresse vorbehalten, mithin auch denenselben das directorium bey der Wahl, wie solches aus dem iure patronatus, wenn man es nicht gantz zu Wasser machen will, von selbsten fliesset, ohne Zuthun der Herren Superintendenten, bestätiget wird, worauf alsdann die Patroni erinnert und vermahnet werden, tüchtige Personen zu suchen und zu præsentiren, nemlich Gottesfürchtige Männer, die nicht in öffentlichen Lastern leben, und die Christliche Lehre ziemlich gelernet haben, und die reine Lehre des Evangelii bekennen, und nicht falsche Lehre, unserer Bekäntniß wiederwärtig, mit untermengen ꝛc. In diesen Worten wird ihnen erstlich die Aussuchung tüchtiger Männer anbefohlen, so darin bestehet, daß sie drey subiecta aussuchen, solche der Gemeinde vorher auf der Cantzel vorstellen, nachgehends solche zur Wahl bringen, dieselbe anordnen, und unter ihrem directorio geschehen lassen, damit sie ein tüchtiges und geschicktes subiectum nach der Kirchen-Ordnung darauf als Patroni præsentiren können, da alsdann erst, das officium der Herren Superintendenten, facta nimirum præsentatione, worin das andere Stück dieses Gesetzes bestehet, angehet. Dieses erhärtet mit dürren Worten das dritte Gesetze, also lautend:

So einer zum Predigt-Amt berufen wird, welches von dem patrono facta electione geschiehet: soll er dem Superintendenten, da die ordination in den nähesten Städten gehalten wird, præsentiret werden, und soll an ihn Zeugniß ausdrücklich von seinem **Beruf** und von seinen **Sitten** bringen.

Diese Worte bestimmen eigentlich des Superintendenten Amt bey dem Beruf der Geistlichen, so weit solche von den Patronis geschiehet, verordnen aber keinesweges, daß er als delegatus episcopi auch vorher ante præsentationem et vocationem mit zur Wahl genommen, die Texte zur Probe-Predigt aufgeben, die Cantzel den Candidatis eröffnen, die Wahl dirigiren, einen Tag dazu anberahmen, und überhaupt das præsidium dabey führen, der Patronus im Gegentheil nur dabey als ein otiosus spectator seyn und ansehen solle, wie der Herr Superintendent sich in sein patronat-Recht eindringe; zumal wenn dieses die Absicht des Gesetzes gewesen, solches gantz anders abgefasset und bestimmet werden müssen, was der Superintendens vor der *præsentation* bey der Wahl verrichten, und was in seine Pflicht nach der *præsentation* laufen solle: ja es würde nicht nöthig gewesen seyn, daß der præsentatus an ihn den Superintendenten Zeugniß ausdrücklich von seinem Beruf bringen solle, als wovon schon der Herr Superintendente vollkommen und plene vorher informiret seyn würde. Weil aber die bishero angeführten drey Gesetze noch nicht alles genau und deutlich bestimmet, so tritt denen bishero angeführten 44
momentis (III) noch der dritte Grund zu der geschehenen Erklärung hinzu, daß die Kirchen-Ordnungen und resolutiones auf den Land-Tägen der Herren Superintendenten gezwungener interpretation keinesweges fauoriren, sondern vielmehr derselben entgegen sind. Denn die Superintendenten-Ordnung de an. 1571 setzet nochmals voraus, daß niemand für einen Pastor oder Kirchen-Diener gehalten werden solle, der nicht ordentlicher Weise zum Predigt-Amt berufen und eingesetzet sey. Was aber zu einem ordentlichen Beruf gehöre, bestimmet die gedachte Ordnung in folgenden Worten:

Es gehöret aber zu einem ordentlichen Beruf, neben dem Christlichen Gebet,

I) **Erwählung der Personen**, die zu lehren tüchtig, und im Leben unsträflich seyn, welche **Wählung** oder *Nomination* wir, als die niemanden sein Recht zu nehmen oder abzuschneiden bedacht, nach altem Herkommen und Gewohnheit den Patronen gnädiglich gestatten und nachgeben.

In diesen Worten wird erstlich der gantze actus electionis et nominationis und was dazu gehöret, nach altem Herkommen und Gewohnheit denen patronis priuatiue zugeschrieben, wohin denn nothwendig zu ziehen, daß der Patronus die subiecta, aus welchen die Wahl geschehen

geschehen soll, benenne, der Gemeinde, ad habendam concionem δοκιμαστικὴν vorstelle, mithin ihnen die Cantzel eröffnen lasse, oder, welches einerley, ihnen die Probe-Predigt zu halten vergönne, nachgehends den Tag zur Wahl anberahme, die Gemeinde mediate oder immediate ernstlich vermahne, daß sie bey der Wahl ihr Gewissen beobachten, und endlich aus den maioribus die erwählte Person designire und dahero das gantze directorium allein, ohne concurrentz des Herrn Superintendenten als vermeintlichen Bischofs, führe, weil (a) expresse des Landes-Herrn in Apulien Meinung und Absicht gewesen, niemanden sein Recht abzuschneiden, so aber gewiß geschehen würde, wenn die Herren Superintendenten ihre intention, die nicht ohne sporteln ist, erreichen solten. Darneben wird auch (b) die Wählung oder nomination dem Patrono zugeeignet, welche zwar der Gemeine zukommt, in so weit aber dem Petrono mit zugeschrieben werden kan, weil er die subiecta zur Wahl benennet, die Wahl allein dirigiret, und exmaioribus, wer erwählet sey, schliesset, und dahero das subiectum nunmehr öffentlich kund machet. Das andre Stück eines ordentlichen Berufs ist nun nach der gedachten Ordnung dieses:

II) **Darnach** daß die nominirte Person dem Superintendenten des Orts præsentiret, von ihm im Beyseyn des presbyterii oder etlicher prædicanten in göttlicher Schrift von der *Summa* der Christlichen Lehre fleißig examiniret und verhöret, und so ferne er tüchtig befunden, und vorher im Amte nicht gewesen, ordiniret und bestätiget, ihm auch dessen ein Urkund mitgetheilet werde.

In diesem andern Stück wird erst das Amt der Superintendenten bestimmet, als welche mit der Wahl und deren direction nichts zu thun haben sollen, und dahero die particula darnach dabey gesetzet wird, damit die Herren Superintendenten sehen und wahrnehmen können, wannehr ihr Amt sich äussern solle, da im Gegentheil, wenn sie auch das præsidium bey der Wahl führen solten, solches gewiß in dieser Ordnung nicht vergessen seyn würde, welche doch die Kirchen-Ordnung de an. 1552 erkläret,
46 und dessen wahren Verstand anzeiget. Es haben auch die Patroni sich iederzeit bey solchem Rechte contra attentata der Herren Superintendenten zu defendiren gesuchet, zumal, als dieselbe vom an. 1684 sich unternommen, bey der Wahl selbsten das præsidium zu führen, und als vice-Bischöfe alles zu dirigiren, und solches aus dem concilio Nicæno behaupten wollen, so haben die Stände solches als ein grauamen angeführet, daß sie nicht liberam præsentationem, wie vor alters, behielten, worauf bey damals noch continuirter Landes-Theilung in annis 1684 et 1685 von dem einen Fürstlichen Hause folgende resolution den Land-Ständen ertheilet ist:

Ferner auch die Patroni bey ihrem iure patronatus, in specie bey **Aufstellung gewisser** Subiectorum **zu predigen** vor der Gemeine, **der Wahl**-direction, dem iure vocandi et præsentandi, ingleichen wegen der Küster und Vorsteher-Wahl nach Inhalt der Kirchen-Ordnung, reuersalien, Policey- und Superintendenten-Ordnung zu schützen seyn, und wenn patroni und Prediger sich über die Küster-Wahl nicht vergleichen können, mögen sie sodann die Streitigkeit beym consistorio ausmachen ꝛc.

Wer diese resolution nur obiter ansiehet, der muß sich billig verwundern, daß die Superintendenten den Worten der Kirchen-Ordnung de an. 1552 und dem daselbst allegirten concilio Nicæno einen solchen verkehrten Sinn beylegen und dieselbe als dispositiua annehmen, sich aber daraus das directorium bey der Wahl attribuiren wollen, da doch sowohl die observantia et vsus antiquus als die interpretatio subsequens authentica denenselben entgegen gestanden. Uebrigens wird es zugleich in der 47
patronorum Freyheit gesetzet, ob sie bey der Wahl den Herrn Superintendenten adhibiren wollen:

Da auch bey solcher Priester-Wahl der Superintendens adhibiret wird, solches ohne Unkosten der Kirchen, Patronen, und Eingepfarreten geschehen soll. Im übrigen iedoch Ihro Fürstliche Durchlauchtigkeit ihrem iuri episcopali nichts abgebrochen oder præiudiciret, sondern dasselbe expresse reseruiret und vorbehalten haben wollen.

Aus diesen Worten erhellet abermal, daß es in die Freyheit gestellet worden, ob die Patroni bey der Wahl den Herrn Superintendenten mit zuziehen wollen, als welches mannichmal nicht ohne Nutzen seyn kan, und dagegen ad regulas consilii gehöret, zur Nothwendigkeit aber niemand aufzudringen ist. Von dem andern 48
Fürstlichen Haus ist ebenfalls auf das von den Land-Ständen angebrachte grauamen wegen Beeinträchtigung der Herren Superintendenten folgende resolution ertheilet:

Ferner auch die Patroni bey ihrem iure patronatus, in specie bey nomination wie auch præsentation gewisser subiectorum zum Predigt-Amt, **nach Inhalt der** Superintendenten- **und Kirchen-Ordnung, altem Christlichen Herkommen und Gewohnheit gemäß**, zusammt dem iure vocandi geschützet werden sollen ꝛc.

Da nun so wenig in der Superintendenten- als Kirchen-Ordnung die Gegenwart der Superintendenten und deren direction bey der nomina-

mination und Wahl erfordert wird, noch solche dem alten Herkommen und Gewohnheit gemäß ist, so können sie auch solches Recht nach dieser Hoch-Fürstlichen resolution auf der Land-Stände grauamen, so eigentlich die Beeinträchtigung der Superintendenten betroffen, sich nicht anmassen, wie sie seit an. 1671 bis an. 1684 und 1685 sich neuerlich unternommen.

49 Endlich ist auch in einer andern Fürstlichen resolution, so zu eben der Zeit den Ständen ertheilet worden, davon abermal folgende Versicherung ertheilet:

> Wie in solchen Fällen die præsentation dem Patrono, **dem darunter nicht vorgegriffen werden soll**, commissio ad examinandum, eventualis confirmatio bey dem episcopo; so erklären sich Ihro Hoch-Fürstliche Durchlauchtigkeit gnädigst dahin, und lassen es dabey bewenden.

Soll nun den Patronis darunter nicht vorgegriffen d. i. beeinträchtiget werden, so müssen auch die Herren Superintendenten sich dasjenige, so den patronis vi iuris patronatus gehöret, nicht anmassen, welches alles auch numehr durch des Oberrichters resolution vom 19 Oct. 1724 völlig entschieden ist:

> Wird auctoritate Cæsarea hiemit verordnet, daß die Patroni bey ihrer Alten in der Kirchen-Ordnung de anno 1552 und mit consens der Stände errichteten Superintendenten-Ordnung stabilirten Gerechtigkeit der freyen Wahl und præsentation derer Prediger ohne Beyseyn und zu thun derer Superintendenten, nach wie vor, unbeeinträchtiget zu lassen.

50 Gleichwie nun (IV) die angeführten Ordnungen und resolutiones auf das alte Herkommen und Gewohnheit in Ansehen der patronorum iederzeit prouociren, so mögen auch, nach dem vierten oben angezeigten Grunde, die Herren Superintendenten keine Erklärung der Kirchen-Ordnung de anno 1552 ex obseruantia antiqua, quæ alias legem dubiam declarat, *l. 37. D. de LL.*

51 herleiten, noch zu ihrem faveur anführen, als welche ihnen, nach dem selbst eigenen Bekäntniß der Hoch-Fürstlichen resolutionen, mehr entgegen als ihrer intention gemäß ist, zumal in der facti specie als richtig angeführet ist, daß von anno 1552, da die quæstionirte Kirchen-Ordnung publiciret, bis 1670 die beständige observantz gewesen, daß der Superintendens zu keiner Wahl in einer adelichen patronat-Pfarre gezogen, auch nicht zu erweisen stehe, daß der Landes-Herr binnen der Zeit es absolute prætendiret hätte, sondern erst anno 1671 hin und wieder die Herren Superintendenten, und also neuerlich, sich in die Wahl der Gemeine bey den patronat-Pfarren vermöge der erhaltenen rescriptorum mesiret, denen aber die Patroni hefftig widersprochen, und die Land-Stände daraus ein wohl fundirtes grauamen gemachet, endlich in annis 1684 und 1685 dessen remedur erhalten, worauf auch diese Beeinträchtigung bis anno 1701 nachgeblieben, da denn abermal die Herren Superintendenten ihr episcopal-Recht und des concilii Nicæni disposition aufs Tapet gebracht, und das directorium bey der Wahl führen wollen, so gar, daß endlich dieses grauamen resuscitarum zur cognition und Entscheidung des Oberrichters gedieen ist, mithin aus solchen turbidis et contradictis actibus keine obseruantia, wohl aber das Gegentheil geschlossen werden mag, daß nemlich die Patroni von uralten Zeiten das directorium bey der Wahl, ohne Zuthun der Superintendenten, geführet, und dem wahren Sinn der Kirchen-Ordnung de anno 1552 per vsualem interpretationem, seculi vsum longe excedentem, fest gesetzet haben, so daß die Herren Superintendenten nunmehro den Worten: *Denn also spricht das concilium Nicænum* etc. keinen andern Verstand beylegen können, als welchen die anderthalb hundertjährige obseruantia nach anno 1552 bestätiget, und fest gesetzet, daß die streitige Worte nicht dispositiue sondern assertiue anzunehmen, wie auch ein ieder Vernünftiger nicht anders urtheilen wird. Denn dieses ist gewiß, daß wenn die Absicht der Kirchen-Ordnung, de an. 1522 dahin gegangen, daß die Herren Superintendenten, als vice-Bischöfe, bey der Wahl seyn und solche dirigiren solten, und in solchem Verstande eben das concilium Nicænum angeführet worden; alsdann nicht allein die Superintendenten-Ordnung solches klar exprimiren, sondern auch die Superintendenten sich so fort melden, nicht aber anderthalb hundert Jahr schweigen, und verstatten sollen, daß binnen der Zeit ohne ihr zuthun die Patroni die Wahl dirigiret, und per vsum et obseruantiam diuturnam diesen Verstand der Kirchen-Ordnung befestiget, wobey es um destomehr sein verbleiben haben muß, als aus den Rechten bekant, quod obseruantia subsequens regina omnium aliarum interpretationum audiat, et omne dubium tollat, 52.

BESOLD *cons. 199. n. 50.*

adeo vt inciuile dicatur de eo, quod tam diuturna obseruantia dilucidum fecit, nunc demum dubitare vel eidem contrauenire velle,

vid. HARPRECHT *vol. nov. cons. IV. n. 548. seq.*

vbi *n. 553.* addit, obseruantiam cuiuslibet dispositionis antegressæ optimam esse interpretem, sic vt nulla ambiguæ dispositionis melior interpretatio vel declaratio afferri queat, quam quæ ex facto multoties iterato desumitur, adeo vt pro iure haberi debeat.

KLOCK. *tom. IV. cons. 78. n. 58.*

Wenn dieses die Herren Superintendenten erwegen, so müssen sie gestehen, daß man wenigstens in an. 1552 bey Anführung des concilii

cilii Nicæni nicht daran gedacht, daß man durch solche Worte die Gegenwart der Herren Superintendenten, als vice-Bischöfen, bey den Wahlen in den adelichen patronat-Pfarren für nöthig erachtet, und in solcher Absicht auf den *Can. IV. concil. Nicæni* (welcher doch nicht einsten nach seinem wahren Verstande angeführet ist) sich bezogen, daß solche Worte dispositive angenommen und darnach decidiret werden solle.

53 Der fünfte Grund bestehet V) darin, daß nicht einsten aus dem so genannten iure episcopali, principibus euangelicis asserto, behauptet werden könne, daß die quæstionirten Worte der Kirchen-Ordnung de anno 1552 dispositive verstanden werden müssen, ohngeachtet, in denen oben angeführten resolutionen auf der Land-Stände hierüber formirtes grauamen die clausul beygefüget ist, daß solches des Landes-Herrn iuri episcopali im geringsten nicht præiudiciren solle. Denn es ist von mir schon anderswo gezeiget worden, daß die geistliche Landes-Hoheit und Gerichtbarkeit, ein Stück des imperii ciuilis sey, und dahero in sensu maxime incommodo et peruerso ein ius episcopale oder papale genannt werde,

vid. diss. de iur. episc. princ. euang. per tot.
Item *tom. I. iur. eccles. protest. lib. I. tit. 31. §. 44. sqq.*

54 welche weit wichtiger und höher zu achten, als daß solche mit dem iure episcopali episcoporum proprie dictorum verglichen werden solte, zumal dieses ein ius clericale, subordinatum, et limitatum ist, und zum Grunde setzet, daß solche geistliche Gerichtbarkeit nicht dem imperio ciuili anklebe, wie die Augspurgische Confession *art. XXVIII.* lehret, sondern ihnen, den Bischöfen, iure diuino mitgetheilet, und dergestalt eigen sey, daß solche mit der weltlichen Landes-Hoheit keine connexion und Gemeinschaft habe, dessen Gegentheil aber unsere Glaubens-Bücher lehren und bekennen. Es bleibet also fest, und inter protestantes unumstößig, daß die superioritas sacra principum euangelicorum, und die daraus fliessende geistliche Gerichtbarkeit, auch nach der Augspurgischen Confession *art. cit.* selbsten, überhaupt ex imperio supremo principum euangelicorum, qua talium, fliesset, solche ihnen, wie die Landes-Hoheit im weltlichen, iure proprio zustehet, und sie keinesweges nöthig haben, personam clericalem, papalem vel episcopalem, pro exercitio horum iurium anzunehmen, weil man sonsten gegen die Augspurgische Confession *art. cit.*, und zum Nachtheil der Landes-Hoheit in geistlichen Sachen zugeben muß, daß die geistliche Gerichtbarkeit ein hohes regale sey, so dem Pabste und den Bischöfen oder den clericis zustehe, und die Evan-
55 gelischen Landes-Herren, um sich zu diesem Rechte zu legitimiren, nöthig hätten, nach der höchst schädlichen und gefährlichen Lehre des CARPZOVII

in iurisprud. consist. lib. I. def. XI. n. 14.
Wehm. Conf. T. III. P. I.

duplicem personam, principis secularis et Episcopi anzunehmen, und unter dieser letzten qualität die iura sacra zu exerciren. Gleichwie man aber unter der gemeinen Benennung und der Sache selbsten einen Unterscheid in vielen andern Materien öfters machen muß, cum verba valeant sicut nummi, also kan man geschehen lassen, daß die Evangelischen Landes-Herren sich episcopos nennen, und die iura episcopalia nach der vsuellen Redensart in sacris sich zuschreiben. Es ist aber dabey zu præcaviren, daß man die Landes-Hoheit in geistlichen Sachen nicht nach dem iure canonico und dem darin fundirten iure episcopali der geistlichen Bischöfe in der Römisch-Catholischen Kirche abmesse, da die Gerichtbarkeit und das imperium sacrum nach der August. Confessione *cit. l.* denen Bischöfen expresse denegiret, und der weltlichen Obrigkeit zugeschrieben, ja zu solchem Ende in dem Osnabrückischen Friedensschluß *art. V. §. 48.* expresse der Bischöfe vormahls exercirtes imperium sacrum in A. C. consortium territoriis suspendiret, und dadurch der Landes-Hoheit beygeleget ist. Wenn man dieses nun voraus setzet, so 56
giebet der Augenschein, daß der *can. IV. concil. Nicæni* nicht von solchen Bischöfen, als die Evangelischen Landes-Herren, sondern von den vornehmsten Kirchen-Dienern, welche sich deswegen primos inter presbyteros seu ministros ecclesiæ genannt, zu verstehen sey, weil sonsten der Verstand dieser seyn würde, daß der Kayser, welcher sich damals einen episcopum in iis, quæ extra ecclesiam geruntur, genannt,

EVSEB. *lib. IV. de vita Constantin. M. c. 29.*

oder dessen Abgeordneter bey der Wahl seyn müsse, worin aber so wenig gedacht, daß vielmehr alles den Geistlichen als Geistlichen zugeschrieben worden. Man siehet also gar leicht, daß die Herren Superintendenten sich selbsten sub principe, qua Episcopo, verstecken, und selbsten als Bischöfe das concilium Nicænum sich zu nutze machen wollen, welches doch unmöglich geschehen kan, da man in der Kirchen-Ordnung de an. 1552 an sie nicht gedacht, noch statuiret, daß sie die eigentlichen Bischöfe wären, die nach der vermeintlichen Lehre des concilii Nicæni, nothwendig bey der Wahl seyn müsten; welches dann klärliche Anzeigung thut, daß die Worte der gedachten Kirchen-Ordnung auch aus diesem Grunde nicht dispositive verstanden werden können. Will man aber das 57
ius episcopale statuum imperii A. C. in dem angeführten gesunden Verstande pro superioritate sacra annehmen und daraus schliessen, daß, weil doch die Landes-Herren in Ulpulien in ihren oben angeführten resolutionen sich ihr ius episcopale per expressum vorbehalten, sie dahero vermöge dessen wohl befugt wären, per legem publicam die Kirchen-Ordnungen dahin zu declariren, daß die Superintendenten künftig bey der Wahl seyn und die Worte der Kir-

chen-Ordnung dispositiue verstanden werden sollen; so ist doch dagegen (a) gewiß, daß solches nicht geschehen würde virtute verborum adductorum, in welchen das concilium Nicænum allegiret ist, welche also, nach wie vor, nicht dispositiua werden können, sondern mere assertiua bleiben; sondern es würde (b) auf die Frage ankommen, ob der Landes-Herr in Apulien zum Nachtheil der adelichen Patronen, und ohne consens der Landes-Stände, eine solche neue Kirchen-Verfassung machen, und seinis episcopale so weit extendiren könne? welche Frage aber eigentlich zu meinem Zweck nicht gehöret, noch mit der mir vorgelegten Frage in connexion stehet, iedoch nur obiter dabey zu erinnern ist, daß in dem Fürstenthum, so unter dem Namen Apulien versteckt worden, keine neuen Kirchen-Gesetze und Verfassungen, ohne der Land-Stände approbation auf den Land-Tägen, gemachet, sondern diese zuforderst darüber gehöret werden müssen, wie die publice edirte scripta weisen. Diesem kommt noch (VI) der letzte Grund, so ex iuris patronatus natura hergenommen, hinzu, daß den patronis durch diese neue Erklärung am meisten præiudiciret, und ihr Recht ihnen zu Wasser gemachet werden würde, wenn man dieselbe annehmen müste; weil die Herren Superintendenten bey der Wahl alles in allen zu seyn, und das directorium dergestalt zu führen intendiren, daß der Patronus einen blossen Zuschauer abgeben solle, nach dem Exempel der Päbste und Bischöfe, welche den patronis laicis auf vielerley Art und Weise ihr Recht geschmälert. Denn sie haben nach dem zwölften seculo vorgegeben: der patronus laicus könne das geistliche Kirchen-Amt an niemanden vergeben oder conferiren: er præsentire nur das subiectum dem Bischof, der nach vorgängigem examine erst das Kirchen-Amt ihm conferiren, und die literas vocationis oder institutionis ausstellen müste, wie ich solches angezeiget,

tom. III. iur. eccles. tit. de iure patron. §. 55.

58 Hieraus haben sie denn ferner geschlossen, daß der præsentatus ex præsentatione noch kein Recht überkomme, sondern ein patronus laicus variiren, und den andern, dritten, ja den vierten præsentiren könne, wodurch aber dem Bischof die Wahl in die Hände gespielet wird, daß er ex pluribus diuerso tempore præsentatis, welchen er will, erwählen kan, wie ich *eit. l. §. 92. sqq.* dargethan, dergleichen Schmählerung doch nicht zu billigen, cum nemini ius suum auferendum, sondern diejenigen billig aller defension werth sind, welchen man durch dergleichen Schmälerung per callidam interpretationem den leeren Namen der patrono-
59 rum lassen wollen. Es weisen die Alterthümer zur Gnüge, daß die Patroni als Stifter ihrer eigenen Kirchen sich mit Recht ein Eigenthums-Recht vordem an denenselben angemasset, und durch viele secula diese Kirchen, welche nach der Zeit in Pfarren verwandelt sind, ohne alle Wahl besetzen können. Da nun in Apulien die Patroni nach der reformation so weit nachgegeben, daß sie der Gemeine aus guter Absicht die Wahl gelassen, sich aber übrigens ihr ius patronatus reseruiret; so würde hart seyn, wenn man bey den Protestanten durch dergleichen wunderliche und gezwungene interpretation der Kirchen-Ordnung de an. 1522 nach dem Exempel der Päbste denen weltlichen Patronis ihr Recht zum leeren Wercke mache, die Superintendentes aber, sub prætextu, daß sie die alten Bischöfe in concilio Nicæno, worauf prouiciret worden, repræsentiren müsten, das meiste und wichtigste dabey sich anmassen und den patronis gloriam parendi überlassen wolten, zumal man nicht hoffen will, daß unsere Herren Geistliche mit der Päbstlichen Clerisey in ein Horn blasen und statuiren wollen, daß die Layen von allen geistlichen Handlungen ausgeschlossen seyn müsten, und dahero bey Besetzung der Pfarren nichts vergeben und conferiren könten, und man dieser Ursache wegen alle interpretation dahin thun müste, daß den Layen, als welche die Hände von geistlichen Aemtern lassen müsten, ihr angemassetes Recht restringiret würde, ex ratione quod ius patronatus sit 60
instar seruitutis, ecclesiam et clerum admodum grauantis, quæ tanquam odiosa restringenda,

FRANC. DE FARGNA *de iure patron. tom. II. p. 292. n. 22.*
FINCKELTHAVS *de iure patron. c. VIII. n. 32.*

vnde non est permissum, vt beneficia ecclesiastica in seruitutem iuris patronatus redigantur.

conc. Trident. sess. XXV. de reform. c. 9.

Selbst gescheidte Catholicken haben sich an solcher Redensart und principio gestossen, und davor einen Abscheu gehabt, ja expresse geleugnet, daß man das ius patronatus als ein onus oder seruitut ansehen könne, als welches bloß in odium laicorum geschehen.

FRANC. DE ROVE *de iur. patron. in proleg. c. V. p. 18.*

Dahero dann die protestantischen ICti gar übel 61
handeln, daß sie solches ungereimte principium von den Canonisten geborget, und dergleichen odiöse conclusion daraus gezogen, davor sie vielmehr seldsten einen billigen Abscheu tragen und leugnen solten, daß alle interpretatio ad restringendum ius patronatus geschehen müsse. Die antiquitates ecclesiasticæ, so ich angeführet

tom. III. iur. eccles. lib. 3. tit. 37. §. 18. sqq. et tit. 38. §. 24. sqq.

weisen mit mehren, daß man in legibus ec- 62
clesiasticis vormahls, ehe das Pabstthum nach dem ersten millenario völlig ausgebrochen, kein Bedencken getragen, diese patronat-Kirchen den patronis gäntzlich zuzueignen, und zuzugeben, daß sie einen Geistlichen denenselben præponiren und das Kirchen-Amt ihnen conferiren kön-

können, dem Bischofe aber nichts weiter dabey gelassen, als daß er das ihm designirte und præsentirte subiectum wegen seiner Tüchtigkeit examiniren und ordiniren solle. Da nun einige Kirchen-Herrschaft dem Patrono billig zukommt, so muß ihm auch, nachdem er die Wahl (die ihm de iure sonsten zustehet,) der Gemeinde gelassen, und ihr zu solchem Ende drey subiecta vorstellet, das directorium aus solcher Kirchen-Herrschaft bey der Wahl allerdings, als welche ex ipsa natura iuris patronatus selbsten flieſſet, billig gelassen, und die interpretatio der gedachten Kirchen-Ordnung so eingerichtet werden, wie es die Eigenschaft dieses Rechts erleiden will, so daß es auch hier heissen muß: gehet dem Bischofe, was des Bischofes, und den Patronis, was der patronorum ist.

Bey solchen wichtigen Gründen, so die patroni für sich haben, werden die angeführten rationes dubitandi bey der Sache wenig Schwierigkeit machen. Denn ob wohl nach der ersteren und anderen ration das ius patronatus in Apulien darin von dem iure communi abgehet, daß der Patronus das subiectum nicht bestimmet, sondern die Wahl desselben, so er præsentiren will, der Gemeine überlassen muß, so ist doch solches nichts ungewöhnliches, noch dem iuri patronatus entgegen, als welches im übrigen seine Natur und Eigenschaft behält.

vid. tom. III. iur. eccl. tit. de iur. patron. §. 67. sq.

Wie denn hier die patroni drey subiecta, aus welchen die Wahl geschiehet, benennen, nach der Wahl die præsentation des electi verrichten, und übrigens nach der Kirchen-Ordnung das wahre ius patronatus exerciren, anbey von dem Landes-Herrn in der Kirchen-Ordnung de an. 1552 und sonsten die Versicherung erhalten, daß sie ihr Recht nach dem alten Herkommen und Gewohnheit ungeschmälert behalten
64 sollen. Es kommt also bey der dritten, vierten und fünften ration vornemlich darauf an: ob die Wahl bey den patronat-Pfarren nach den alten Wahlen der Bischöfe, die doch per omnia fecula in oriente et occidente variirt, nothwendig einzurichten sey? welches um deswegen zu behaupten ist, da vormahls mit der Zeit das Vornehmste auf die Bischöfe und Clerisey angekommen, so lange man von dem iure patronatus noch nichts gewust; nachdem aber solches eingeführet, ist alles bey Vocirung der Geistlichen, vornemlich auf die Patronos in ihren Kirchen, so sie gestiftet, angekommen, es mag nun die designatio subiecti præsentandi von ihnen oder von andern geschehen seyn, und hat bekannter massen der Bischof erst post præsentationem dabey sein Amt verrichten müssen. Zu dem Ende wird insgemein das Wesen dieses Rechts in der præsentation an den Bischof gesetzet, daß dieser von dem, was der Patronus bey Vocirung des subiecti præsentati verrichtet, urtheilen, dessen Habilität untersuchen, und nach dessen Befindung die Ordinirung thun solle; woraus zu schliessen, daß man von den alten Wahlen der Bischöfe, auf die Wahlen in den patronat-Pfarren, alwo der Patronus alles anzuordnen hat, keinen Schluß machen könne, welches auch die Kirchen- und Superintendenten-Ordnung keinesweges intendiret, wie in rationibus decidendi dargethan ist. Denn ob wohl nach der ratione sextæ et septimæ in der Kirchen-Ordnung de an. 1552 das con- 65
cilium Nicænum mit angeführet worden, so ist doch bishero deutlich gewiesen, daß solches nicht dispositive geschehen, noch die verba legis darin zu suchen, sondern solche Worte nur zu Erläuterung des ersten Gesetzes: **Daß kein Unberufener sich ins Kirchen-Amt dringen solle**, angeführet worden, dabey denn obiter zu mercken, daß in den Worten eigentlich keine præfation oder verba procemialia anzutreffen, und dahero das argumentum a præfatione desumtum alhier unrecht appliciret worden, sondern es sind vielmehr drey Gesetze daselbst anzutreffen, wie die particulæ: **Zum ersten, zum andern, zum dritten**, darlegen, und bey dem ersten lege generali sechs rationes angeführet, die Art und Weise aber, wie es mit Vocirung der Geistlichen zu halten sey, ist erst im andern und dritten Gesetze bestimmet, keinesweges aber befohlen, wie doch sonst nöthig gewesen, daß bey der Wahl der Bischof oder dessen vicarius das directorium führen solle, wie auch die praxis antiqua solche Erklärung bestärcket. Ausserdem aber ist das argumentum a verbis procemialibus desumtum sehr geringe, und wenig darauf zu bauen, quod argumentum a præfatione vel prima statuti parte desumtum, vt nimirum, quod in illa definitur, etiam ad sequentia porrigi debeat, non sit vniuersale, et notabilem inter ceteras limitationem recipiat, si ea, quæ in partibus subsequentibus continentur, a prioribus diversa sunt. Neque enim tali in casu, quando ipsa statuti dispositio et conclusio aliud determinat, quam præfatio sonat, hæc illi præferri potest aut debet, non magis, quam si rubrica tituli a textu differat, qui vtique rubricæ præferendus est.

HARPRECHT *cons. 94. n. 108. sq.*
ALDERANVS MASCARD *de geneval. statut. interpret. concl. 2. n. 187.*

Dahero dann die in ratione octava daraus 66
gemachte conclusion von selbsten hinweg fällt, und ohnstreitig ist, daß der Patronus die drey subiecta, aus welchen die Wahl geschehen soll, der Gemeinde vorstellen, und also auch das directorium ohne den Herrn Superintendenten haben muß, als welches nach der ratione nona zwar ein actus ecclesiasticus ist, aber deswegen dem Patrono so wenig, als die Aufstellung dreyer Personen, des erwählten præsentation und Vocirung zum Kirchen-Amt, denegiret werden kan, weil sonsten unter diesem prætext die Herren Superintendenten auch alle diese actus dem Patrono abschneiden und sich eigen machen könten. Daß aber quoad de- 67
cimam rationes durch das angemassete directo-

rium denen Patronen sehr præiudiciret, und ihr patronat-Recht ihnen meist zu Wasser gemachet werde, ist ohn läugbar und in ration. decidendi dargethan, weil sie dasjenige, was denen Patronis nach alter Gewohnheit und Herkommen zugestanden, sich zueignen, und die Patronos als leere Zuschauer bey der Wahl nur haben wollen, welches einen offenbaren
68 Eingriff in das ius patronatus machet. Ein artiger Einfall aber befindet sich in der ratione vndecima, darin man die streitige Worte um deswillen als dispositiua annehmen will, weil sie sonsten keinen effectum haben würden, da doch solche zu Erhärtung des ersten Gesetzes angeführet worden, daß niemand ohne richtigen und Christliche Beruf sich in ein Kirchen-Amt dringen solle, wohin auch die andern fünf rationes rouliren, die allerdings ihren guten effect haben, ob sie wohl denjenigen effectum nicht haben, der den Herren Superintendenten im Sinne lieget, weil es darauf damals nicht angesehen gewesen, als die Kirchen-Ordnung mit consens der Land-Stände publiciret worden.
69 Noch weniger erfordert quoad rationem duodecimam das so genannte ius episcopale principum euangelicorum, daß die verba ordinationis ecclesiasticæ, welche des concilii Nicæni Meldung thun, dispositiue verstanden werden müssen, weil einestheils das concilium Nicænum an dergleichen Bischöfe, als die Evangelischen Landes-Herren sind, nicht gedacht noch dencken mögen: anderntheils das so genannte ius episcopale statuum euangelicorum zur Landes-Regierung mit gehöret, welche aber in Apulien nach denen Landtags-Schlüssen einzurichten, und daher auch die Kirchen- und Superintendenten-Ordnung mit approbation der Land-Stände gemachet ist: drittentheils aber ungereimt ist, was von der incapacität der Land-Stände quoad ea, quæ ad ius episcopale pertinere dicuntur, hergeschwatzet, und irrig daraus geschlossen wird, daß sie, wenn neue Kirchen-Verfassung anzuordnen, davon gänzlich excludiret seyn solten, als welche conclusion aus dem irrigen concept von dem iure episcopali hergenommen wird, dessen Gegentheil so wol von mir als anderen dargethan ist.

MEV. *P. 3. decis. 114.*
ERVNNEM. *in iur. eccles. lib. III. c. 1. §. 1.*
IO. PETR. HENRICI *de capacit. ciuit. munic. iurisd. eccles. conf. tom. I. iur. eccl. protest. lib. I. tit 28. §. 29.*

70 Dabey auch zu erwegen, daß zwar das ius sacrorum oder superioritas sacra statuum euangelicorum respectu des Kaysers und des Reichs gantz frey und independent zu achten; respectu seiner inneren Verfassung des Landes aber nicht allemal frey exerciret werden kan, sondern an der Landes-Stände approbation auf den Land-Tägen mit verbunden ist, cum pars reuera sit imperii ciuilis.

LVDOLPH HVGO *de stat. regim. Germ. c. 3. §. 28. tom. I. iur. eccles. protest. lib. I. tit. 31. §. 44.*

Es fällt also die in rat. 13 et 14. angeführte 71
conclusio als irrig hinweg, und zeiget die praxis antiqua Apuliæ im Gegentheil an, daß auch die Kirchen-Ordnungen der Land-Stände approbation erfordert haben, et sicut leges ecclesiasticæ nouæ condi nequeunt sine statuum prouincialium approbatione, ita quoque nec authenthicam recipiunt interpretationem aliter, quam cum statuum horum approbatione,

l. 12. C. de legib.

dergestalt, daß alhier bloß die Frage übrig bleibet, ob die quæstionirte verba der Kirchen-Ordnung de an. 1552. dispositive erkläret werden können, wenn man die doctrinalem interpretationem dabey gebrauchet? dessen Gegentheil bisshero gezeiget worden. Endlich will auch die letzte ratio dubitandi wenig effectuiren, noch zu der interpretation etwas beytragen, weil ein Patronus auch dergleichen Erinnerung an die Gemeinden vor der Wahl wohl thun kan, und dazu nicht eben der vicarius episcopi erfordert wird, ja auch solche Vermahnung wohl durch einen andern thun lassen kan, dem er die direction der Wahl anvertrauet.

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß nach 72
den regulis sanæ interpretationis doctrinalis die in der Kirchen Ordnung de an. 1552 angeführte Worte des concilii Nicæni nicht dispositiue dahin verstanden werden müssen, daß die nothwendige Zuziehung des Superintendenten daraus geschlossen werden könne, sondern solche Worte nur bloß illustrationis gratia angeführet sind.

Quæstio II. 73

Ob nicht, wenn in Apulia der Superintendens vermöge der Kirchen-Ordnung zu den præsentationen und Wahlen concurriren solte, dessen Nothwendigkeit aus dem §. zum andern nachdem wir ꝛc. der Beylage sub A. erwiesen werden müsse?

Rationes dubitandi et decidendi.

Es möchte zwar eingewandt werden, daß 74
es indifferent sey, aus welchen Worten man die necessitatem adhibendorum superintendentum erweisen wolle, allermassen es dem legislatori frey gestanden, die concurrenz der Superintendenten bey den Wahlen im ersten und andern §. zu exprimiren, und daß solches durch Anführung des concilii Nicæni bereits im

im ersten §. geschehen, und daraus nach der Herren Superintendenten Meinung die Gegenwart der Superintendenten geschlossen werden möchte, so will es das Ansehen gewinnen, als wenn unvonnöthen gewesen, solches im §. 2. zu wiederholen.

75 Gleichwie aber bereits mit mehren dargethan ist, daß in dem ersten §. **Darum ist** ꝛc. von der Nothwendigkeit, die Herren Superintendenten bey der Wahl zu adhibiren, gar nicht gehandelt, noch solche aus den Worten: **Denn also spricht das** *Concilium Nicænum etc.* geschlossen werden könne; also kommt es hier auf den natürlichen situm und Zusammenhang der sub lit. A. extrahirten Kirchen-Ordnung an, aus welchen offenbar ist, daß in §. 2. **zum andern nachdem wir** ꝛc. als worin die Art und Weise des Berufs bestimmet ist, nothwendig der concursus superintendentum ad electionem hätte bestimmet werden müssen, wenn derselbe zu der forma electionis gehören sollen, zumahln in dem ersten Gesetze: so sich anfänget: **Darum ist erstlich** ꝛc. generaliter verordnet worden, daß kein unberufener Prediger sich selbst ins Amt eindringen, sondern ein rechtmäßiger Beruf vorhergehen solle: in dem andern Gesetze aber, so anfänget: **Zum andern, nachdem** ꝛc. specialiter denen Patronis, was ihr Amt dabey sey, angewiesen wird, da dann, wenn sie die Herren Superintendenten bey der Wahl erfordern solten, solches alhier zu den Pflichten der Patronorum geleget werden müssen. Allein es ist so wenig daran gedacht worden, daß vielmehr erst in dem dritten Gesetze in verbis: **Zum dritten so meine** ꝛc. von dem, was bey den Superintendenten post vocationem factam von denen Patronis geschehen solle, ausgemachet und determiniret wird, dergestalt daß es aller natürlichen Ordnung zuwider laufen, und einen Mischmasch abgeben würde, wenn man aus dem ersten Gesetze die Gegenwart der Superintendenten bereits herleiten wolte, da doch erst in folgenden von der Art des rechtmäßigen Berufs gehandelt ist, welches einem jeden in die Augen fället, und keiner weitern Ausführung bedarf.

So hätte allerdings, wenn in Apulien der 76
Superintendens nothwendig zu den Wahlen gezogen werden müsse, solches aus denen andern Gesetzen gezogen, und erwiesen werden sollen. V. R. W.

NOMINE PRIVATO
MENSE SEPTEMBR. MDCCXXXIX.

RESPONSVM XXXIX.

THEMATA.

I. De oneribus parochialibus in processionibus publicis a protestantibus non præstandis.
II. De indiciis iudicii ecclesiastici.
III. *De spolio iudicii.*

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. Num præstationes pecuniariæ parochiales sint onus reale? n. 2. 7.
Onus parochiale das Tischstellen *consistit in vulgari quodam ministerio, a quolibet laico etiam persici solito,* n. 3.
et est vel reale vel personale. ibid. et n. 7.
In faciendo nulla de iure Romano consistit servitus, n. 4.
Secus ac iure Germanico. n. 5.
Dantur feuda minora, vbi vasallus certa onera in faciendo consistentia præstare tenetur. n. 6.
Onus parochiale das Tischstellen, *a temporibus Gregorii M. originem habet,* n. 7.
et iis in locis, vbi religio mixta viget, non præsumitur reale. n. 8. 11. 12.
Onera, quæ in præstationibus pecuniariis consistunt; præsumuntur realia. n. 9.
Iudæi etiam decimas, ex fundo possesso parocho debitas præstare tenentur. n. 10. 11.
Decisio quæstionis I. n. 12.
Quæstio II. De oneribus parochialibus in processionibus catholicorum publicis a protestantibus non præstandis. n. 14.
Facto conductorum contra voluntatem locatoris fundo onus reale imponi nequit. n. 15. 16.
Quod directo prohibitum est, non potest per indirectum in fraudem pactorum publicorum introduci. n. 17. 23. 24.
In fraudem priuilegiorum callide concessorum callide excogitata omni effectu careve debent. n. 18. 20.
Protestantes ad ritus religioni Romano-catholicæ proprios non obligantur, n. 19. 20. 21. 22 sqq.

nec eos per vicarios celebrare obstricti sunt. n. 22. 23. 24. 25.
Decisio quæstionis II. n. 26.
Quæstio III. de iudiciis iudicii ecclesiastici. n. 27.
Iudicia iudicii ecclesiastici varia recensentur. n. 28. 29.
Ecclesiasticis iurisdictiones seculares sub principibus et secularibus veras exercere prohibitum est. n. 30. 31.
Decisio quæstionis III. n. 32.
Quæstio IV. De iudice spoliatore. n. 23.
Sententiæ provisionales vim definitiuæ non habent. n. 34.
Spolium ratione modi exequendi in iudice non præsumitur. n. 35.
Iudex spoliare dicitur, si de facto et inuerso iuris ordine procedit. n. 36.
Si vel maxime reus in petitorio vincat, qui spolium commisit, tamen de hoc prius pronunciandum est. n. 37.
Decisio quæstionis IV. n. 38.

1 Als derselbe uns eine facti speciem, nebst einigen Beylagen mit vier Fragen zugeschicket ꝛc.

Hat der Amts-Vogt und Richter zu R. A. den Lutherischen Eingesessenen, einen daselbst I. St., wegen unterlassener Tischstellung bey der Catholischen Procession, in eine Catholische Kirchen-Strafe von 10 Pfund Wachs, vorbehaltlich der Churfürstl. Berichte declariret, und solche sub pœna executionis abzuführen, anbey ins künftige den Tisch zu setzen, bey jedes mahliger Strafe von 20 Goldgülden anbefohlen, auch durch seinen abgestatteten Bericht von dem Jülichischen und Bergischen Geheimen Rath eine Verordnung extrahiret, daß er in eine Strafe von 25 Goldgülden condemniret, und solche durch eine höchstschädliche execution eingetrieben ist, ohngeachtet dagegen von dem Residenten Herrn H. die tristigste remonstration aus dem Religions-Vergleich *art. VIII. §.* 5. geschehen, welche doch keinen ingress gefunden, so daß darüber der gravatus sich nolens volens zu dieser præstation Zwangs-Weise auf einige Zeit bequemen müssen. Ist inzwischen aber ferner geschehn, daß vorgemeldeter Vogt einen Lutherischen Mann daselbsten H. H. ohngeachtet er in einem privilegirten und mit der Lutherischen Kirchen und Pfarrhaus annectirten Kirchenhaus wohnet, auf Ansuchen des Catholischen Pastoris und Schöffen des geistlichen Catholischen Stand- und Kirchen-Gerichts nicht allein bey diesem Gerichte zu erscheinen, angehalten, sondern auch zu Erlegung einer ihm auf Rechnung geschriebenen halben Ohm Biers zur Sendstrafe condemniret, und durch unrechtmäßige Pfändung exequiret, und bis diese Stunde noch nicht restituiret, und weil vorgedachter St. abermahl das Tischstellen unterlassen, er wiederum in eine Strafe von 25 Goldgülden declariret, und solche exequiret seyn würde, wann nicht eine genädigste inhibition erfolget, und der Richter hierunter supersediren müssen. Hat aber diesem ohngeachtet, der Catholische Pastor nicht ruhen können, sondern die Catholischen Seld-Schaffen und Kirchenmeister induciret, daß dieselbe mit Vorzeigung des Kirchenschlüssels den sämtlichen Evangelischen Lutherischen Untersassen den 29 May a. p. ohne gerichtliche autorität zu den Häusern eingefallen, und weil sie bey den Sendgerichten nicht erscheinen wollen, ausgepfändet, mit dem Zusatz, daß Montag darauf jeglicher bey dem Pastore catholico sich einfinden, und der distraction beywohnen könte. Hat hierauf das Evangelisch-Lutherische ministerium eines Theils bey Sr. Königl. Majals höchsten compaiscenten, und dero C. Regierung sich gemeldet, und dero höchste remedur allerunterthänigst gesuchet, auf welches Gesuch ein allergnädigst Vorschreiben den 9 Iul. a. p. erfolget, die D. Regierung auch dabey sich vernehmen lassen, die Religionsmäßige iustitz den Partheyen, so bald solche ad statum iudicandi gebracht seyn würde, wiederfahren zu lassen: andern Theils nachdem die Sache vor die D. Regirung gebracht, und man daselbst schlechterdings vorläufig die exceptionem spolii zur vorgängigen restitution obmouiret, und bis dahin contra omne præiudicium et sententiam protestiret, zugleich bey der C. Regierung sollicitiret, verhüten zu helffen, daß in hoc casu, grauamen religionis concernente, kein ordentlicher Proceß verhänget, sondern denen recessen gemäß de simplici et plano und per mandatum restitutorium verfahren, inzwischen aber nur ein mandatum inhibitorium et restitutorium erkannt werde, welches auch den 1 Decembr. a. p. an den Vogten zu M. erfolget, und darin die restitution der abgepfändeten Sachen ohne Nachtheil der Haupt-Sache zwar anbefohlen, gleichwohl solchem mandato die D. Regirung, ohngeachtet die C. Regierung auf das freundlichste darum angesuchet, den gebührenden Nachdruck zu geben, angestanden, und auf einmahl davon wieder abgegangen, und sofort in causa principali laut lit. B. den 1 April a. c. die grauatorial-Urtheil gegen die R. Lutheranos und das ministerium publiciret, und solche so gar in die Unkosten condemniret, causam spolii aber übergangen, deswegen auch Se. Königl. Majestät sich dieser Sache auf das nachdrücklichste angenommen, ein allergnädigstes Anschreiben an Se. Churfürstl. Durchl. abgehen lassen, und die C. Vorstellung unterstützet, welches auch so viel effectuiret, daß Se. Churfürstl. Durchl. eine facti speciem Sr. Königl. Majestät übergeben lassen, anbey verfüget, mit fernerm Verfahren einzuhalten, wie solches aus der etwas weitläuftigen uns zugeschickten facti specie zu ersehen; auch darneben darin die erste Frage uns vorgeleget ist:

Ob das Tischstellen zur Catholi- 2
schen

schen procession, als ein onus reale fundo possessoris protestantis et euangelici inhærens reputiret werden könne?

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl das Tischstellen bey den Catholischen Processionen als ein onus angegeben wird, welches in vulgari quodam ministerio, a quoliber laico etiam perfici solito, bestehet, und so beschaffen ist, daß solches ministerium entweder als ein onus personæ impositum zu achten, oder auch einem fundo wohl anhängen kan, so daß es in diesem Fall als ein onus reale von jedem possessore verrichtet werden
4 müsse, und ob wohl nach den Römischen Rechten dergleichen seruitutes et onera in faciendo nicht gegründet, und als seruitutes nicht geachtet gewesen,

l. 15. D. de seruit.

l. f. D. de contrab. emt. vend.

5 dennoch nach dem vsu antiquo Germaniæ niemand heute zu tage zweifeln wird, tales seruitutes in faciendo dari, verasque seruitutes esse, wie mit mehrern ausgeführet

B. TITIVS *diss. de seruit. in faciendo consist.*

6 bey den Kirchen-Anstalten auch dergleichen onera gantz convenable, ja selbsten einige feuda minora sind, welche auf dergleichen onera, in faciendo consistentia, fundiret, und von dem vasallo bey vorfallender Gelegenheit præstiret werden müssen, wie passim aus den obseruationibus feudalibus von den scriptoribus angemercket worden, daß auch so gar die Lutherischen Prediger als ehemahlige possessores fundi dieses onus verrichtet.

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch bey der vorgelegten Frage, so etwas equivoc ist, ein Unterschied unter diesen Fragen zu machen: erstlich ob dergleichen onus oder servitut, wie das Tischstellen bey den Processionen, wohl möglich? zum andern, ob solches ministerium als ein onus reale in dubio zu achten? und drittens, ob solches indistincte zulässlich sey? da denn bey der ersten Frage an der Möglichkeit derselben nicht zu zweiflen, zumahl dieses kein solches Recht ist, das etwas sich selbsten widersprechendes in sich hält, angesehen, ob wohl die Processionen unsern sacris nicht gemäß sind, iedoch in dem iure canonico von Zeiten GREGORII M. ihren Grund haben, wozu das Tischstellen mit gehöret, und also an und für sich selbsten wohl möglich ist, daß das Tischstellen als ein onus reale von Alters her auf einen fundum geleget worden sey, und darauf beständig geblieben, obngeachtet nunmehro in R. das Pfarr-Recht auf den Häusern nicht haftet, sondern, wie wir glauben, zu der Gemeinde, deren sacris ein jeder zugethan, gehöret. Da hergegen bey der andern Frage, ob bey dem Zu- 8
stand der sacrorum mixtorum illius loci dergleichen onus zu præsumiren, und wircklich noch befindlich sey? nicht zu glauben, daß das Tischstellen zu R. ein wircklich onus reale sey, dieweil nicht allein dergleichen onus reale überhaupt nicht zu præsumiren, und darneben an einem solchen Orte nicht convenable, vbi mixta religio viget, die Häuser zu einer gewissen parochie nicht mehr vertheilet sind, und 9
dasjenige, was

BOEHMER *in iur. paroch. sect. III. c. 2. §. 15.*

von dergleichen oneribus gesaget, hieher nicht zu appliciren, sondern bloß solche onera, quæ in præstatione pecuniaria consistunt, anbetrift, die gar leicht auf alle und jede Häuser, so zu einer gewissen Pfarre geschlagen, und noch 10
dazu gehören, wie in H. es richtig ist, concerniren, die ein jeder, cuiuscunque religionis sit, sine scrupulo conscientiæ abtragen und leisten kan, adeoque etiam iudæi decimas ex fundo possesso parocho debitas præstare tenetur,

c. 16. X. de decim.

wohin auch der Oßnabrückische Friedens- 11
schluß *art. V. §. 40. seq.* mit zu ziehen. Da hergegen in R. kein einziges Haus ad hanc vel illam parochiam, ex diuisione antiqua geschlagen, kein einziges allein zu den sacris catholicorum gewidmet, und der Catholischen Pfarre destiniret, vielmehr die Lutheraner mit dem völligen Religions-exercitio und den iuribus parochialibus eben so wohl sine vlla restrictione, nullo ædium habito respectu, als die Catholische versehen, und dahero die Lutherische Pfarrgenossen nur zu dergleichen oneribus bey ihrer eigenen Pfarre verpflichtet sind, bey welchen Umständen zuförderst euidens probatio huius oneris zu erweisen, dessen initium zu untersuchen, und zu erwegen, ob solches onus bereits ante reformationem auf gedachtes Haus, da noch alles Catholisch gewesen, geleget, oder ob solches nach den reformatis sacris darauf geblieben? Ob es neuerlich wieder die Religions-recesse und in horum fraudem darauf geleget? und was dergleichen mehr, davon wir zu urtheilen nicht bestand sind, weil uns davon keine Nachricht mitgetheilet sondern allerdings nöthig ist, daß zuförderst, ein ordentlicher Beweiß geführet werde. Endlich bey 12
der letzten Frage zu erwegen seyn wird: ob nach dem itzigen Zustand, da das exercitium religionis publicum denen Protestanten in R. wieder restituiret worden, solches onus reale nach dem Religions-Vergleiche de anno 1672 Protestanten noch weiter verbinden könne, und mit denen præstationibus pecuniariis in Vergleich zu stellen sey, die ein jeder sine læsione conscientiæ abtragen könne? welches bey der folgenden Frage zu untersuchen.

So ist zwar in thesi dergleichen onus reale, 13
als das Tischstellen ist, möglich, aber in hypothesi, wie in R. sich befindet, am

aller-

allerwenigsten zu præsumiren und nicht zu behaupten.

So viel die andere Frage betrift:

14 **Ob, wann gleich das Tischstellen ein onus reale seyn solte, solches nicht als contra literam recessus nichtig, und die Protestanten gegen ihre symbolische Bücher dazu nicht angehalten werden können?**

Rationes dubitandi et decidendi.

15 Ob wohl expresse abgeleugnet worden, daß der Lutherische Prediger, als ehemahliger possessor fundi, diesen ritum verrichtet habe, da derselbe niemahls dieses Haus bewohnet, sondern an andere vermiethet, und nur den Catholischen Pächtern Freyheit gelassen, sich aber nimmer vorstellen können, daß daraus ein onus reale eruiret werden können, wie dann es auf ein abſurdum hinaus laufen würde, wenn man aus dem facto der Pächter in præiudicium locatoris einiges onus reale in re conducta einführen, oder eruiren wolte, quippe qui sibi non possidet, sed rem alienam ex contractu tenet, hergegen es doch scheinen will, daß wenn es wircklich für ein onus fundo inhærens erachtet werden solte, ein jeder possessor solches præstiren, oder sich solcher Häuser enthalten, oder doch wenigstens dieses per alium catholicum verrichten müsse.

16 Dieweil aber dennoch 1) wir die D. Regirung für gar zu vernünftig und legal ansehen, als daß dieselbe aus dem facto conductorum contra voluntatem locatoris ein onus reale auf das quæstionirte Gut eruiren wolten, als welches denen principiis iuris schlechterdings zuwider laufen würde; sondern wir contra omnem probabilitatem voraus setzen wollen, wie in der Frage geschehen, daß das Tischstellen bey den processionibus als ein onus fundo inhærens constituiret, und in actis erweißlich gemachet

17 sey. Hiernechst wir dabey 2) zuförderst zum voraus erinnern, daß dieses streitige Tischstellen nicht allererst post annum 1672 in fraudem des gedachten Religions-Vergleichs er in captionem der Evangelischen, damit sie per indirectum zu diesen der Catholischen eigenen ritibus gezogen werden mögen, wenn sie Besitzer von dergleichen onerirten Häusern werden solten, dem fundo aufgeleget sey; anderer Gestalt die Catholischen possessores auf ihren bewohneten freyen Häusern sonsten alle ritus a dessein nehmen, und ex opinione operis meritorii auch deswegen setzen, Graß streuen, feyer Glocken ziehen, mit dem Gewehr bey Processionen aufwarten, Fahnen und Creutz tragen, und so mehr als ein onus reale auf ihre Häuser nehmen könten, damit wenn solche Häuser an Protestanten kommen solten, sie das onus præstiren oder des commercii oder dem bishero gewesenen freyen Ankaufs der Häuser sich enthalten müssen, welches aber ein grosser Eingrif gegen den Religions-Vergleich, ja selbsten gegen das instrumentum pacis seyn würde, dahero wir anfänglich salua iustitia et salua mente des gedachten Vergleichs kein onus reale in Ansehen dieser Catholischen rituum passiren, und für gültig erkennen mögen, welche erst post annum 1672 auf diesem und jenen fundum geleget sind, mithin auch das Tischstellen, wenn es als ein onus reale angesehen werden solte, darnach zu æstimiren seyn wird, cum quod directo prohibitum, non possit per indirectum introduci, sed potius pro infecto habendum et in fraudem pactorum publicorum excogitatum dici mereatur.

l. 5. C. de LL.

Qua de causa etiam quod in fraudem priui- 18
legiorum concessorum callide excogitatum
est, omni effectu carere debet, ceu eleganti
exemplo huc quadrante declarat pontifex

in c. 6. X. de priuileg.

deswegen wenn es sich finden solte, daß erst nach 19
dem geschlossenen Vergleich dieses Tischstellen
als ein onus reale dem gedachten fundo auferleget wäre, Se. Königl. Majestät solches billig als ein factum in fraudem pacti initi excogitatum ansehen, und keinesweges zu admittiren, sondern dagegen vielmehr die reseruirte remedia vorwenden könten. So dann aber 3) wenn auch gleich das Tischstellen bey denen Processionen als ein onus reale olim legitime certo fundo impositum und zwar vor anno 1672 erachtet werden solte, dennoch dabey zu erwegen, daß solches mit denen præstationibus pecuniariis fundo impositis et certæ parochiæ vel monasterio præstandis in keinen Vergleich zu setzen, und davon so wenig das instrumentum pacis als der Religions-Vergleich zu verstehen sey, da jenes gewisse ritus religioni Romano-Catholicæ proprios betrift, davon doch die Protestanten gantzlich befreyet seyn solen, weil solche von den Protestanten mit gleichgültigen Augen nicht angesehen, sondern nebst denen Processionen von ihnen in ihren symbolischen Büchern verworfen sind, und dazu keiner unter ihnen, gegen sein Gewissen auch nach dem Oßnabrückischen Friedensschluß, von Seiten der Catholischen geist- oder weltlichen Obrigkeit gewungen werden kan; hergegen die onera realia, so in præstatione pecuniaria vel, frumentaria bestehen, gantz diverser Natur, und so beschaffen sind, daß sie von einem ieden possessore, ohne allen egard auf die Religion zu haben, und also salua confessione et conscientia sua verrichtet, und abgetragen werden können, wovon eben die wesentlichen Worte BOEHMERI *in iure paroch. cit. loc.* anzunehmen, und zu restringiren sind, auch der Oßnabrückische Friedensschluß allein redet,

art. V. §. 46. ibi: illi vero reditus, cen-
sus, decimæ, pensiones. etc. item:
omnes

omnes ex æquo sua iura pristina retineant etc.

und niemahls ein Scribent in dergleichen Materien andern onera sich concipiren mögen, als welche ordentlich den bonis et fundationibus zu inhæriren pflegen, wohin aber ritus sacri, welche man nunmehro insolito more zu einem onere fundis inhærente zu machen intendiret, keinesweges gezogen werden können.

20 Ferner 4) der Religions-Vergleich auch nicht einsten solche Erklärung erleidet, wodurch per indirectum die Evangelischen Glaubens-Genossen zu dergleichen onere gezwungen und, ob torto collo, wie in R. geschehen, gezogen werden mögen, allermassen daselbsten ihnen das exercitium religionis publicum vna cum annexis per *art. VII. §. 5.* des gedachten Religions-Vergleichs de an. 1672 völlig restituiret, anbey ferner in *art. VIII. §. 5.* versehen worden, daß die Augspurgischen Confessions-Verwandte Reformirter und Lutherischer Religion an keine andere Ceremonien als die ihre gebunden, und dahero sie nicht schuldig und gehalten seyn sollen, bey denen Römisch-Catholischen Proceßionen Graß zu streuen, Meyen zu setzen, oder andere dergleichen bey denen Römisch-Catholischen gebräuchliche Feyer-Glocken zu ziehen, mit dem Gewehr bey den Proceßionen aufzuwarten, Fahnen und Creutze zu tragen, bey der Morgens-Mittags- und Abend-Glocken den Hut abzuziehen, und was dergleichen mehr, wohin denn auch offenbar das Tischstellen, so bey den Proceßionen vorkommt, mit zuziehen, und keinesweges ausgeschlossen ist, welche Verfassung nach dem wahren Verstande derer pacificentium serenissimorum so general ist, daß die Augspurgische Confessions-Verwandte auch nicht einst per indirectum daran verbunden, oder ex reali iure dazu angehalten werden solten, zumahl sowohl auf eine als andere Weise sie wieder ihr Gewissen zu handeln gezwungen werden würden, und dahero im gedachten *art. VIII. §. 5. in f.* mit grossem Nachdruck hinzugethan ist:

> Sie (die Protestanten) sollen auch dieserhalb von niemand beschweret, vielweniger von ihnen begehret werden, vor her erzehlten und andern Römisch-Catholischen Ceremonien und ritibus beyzuwohnen.

21 Welche Beschwerung aber in casu adducto nothwendig erfolgen würde, wie auch bereits in R. geschehen, wenn man ex iure reali vel onere fundo inhærente diesen oder jenen zu solchen ritibus ziehen wollen, so bey einem Evangelischen Einwohner nicht zu gestatten, sondern dieses Tischstellen von einem Catholischen Unterthan, von dem es gefordert werden wird, leicht verrichtet werden mag, und als ein onus nicht angesehen werden wird, zumal es ad causam

22 suæ religionis gehöret. Und ob man gleich 5) einwenden wolte, daß dafür der possessor ædium dictarum besorget seyn, und einen sub-

stitutum Catholicum anschaffen müsse, dennoch man leicht aus denen principiis religionis Romano-Catholicæ vorher sehen wird, daß solches bey einem protestantischen Besitzer des quæstionirten Hauses gantz inpracticabel seyn werde, und leicht zu vermuthen, daß der Pastor Catholicus ex odio et inuidia erga sacra Augustanæ confessioni addictorum solches einem jeden bey Strafe der Kirchen-Censur verbieten, ja wohl gar, wenn sie dieses Ministerium oder Aufwartung bey der processione pro aliquo honorario præstiren solten, eine Simonie daraus machen, oder wenigsten mit diesem eingebildeten eiteln Wahn die armen Leute abschrecken würde, ob wohl er inzwischen für andere dergleichen ritus, ja selbsten für particulaire Messe lesen, die gewöhnliche honoraria zu nehmen und zu exigiren nicht verabscheut, da sonsten 6) wenn der possessor ædium dieses mini- 23
sterium einem andern Catholischen Nachbar oder Freunde ohne difficultät et remotis omnibus insidiis pro leui quodam honorario überlassen und übergeben könte, noch ehender man solches gestatten, und nachgeben würde, welches aber nicht zu hoffen und niemand dem possessori ædium die Gewehr leisten wird, daß auch künftig iederzeit ohne Schwierigkeit diese opera vicaria statt finden werde. Inzwischen
doch 7) wenn der Religions-Vergleich bey Kräf- 24
ten bleiben soll, der Evangelische possessor für seine Person zu Ausübung dieses ritus unmöglich gezwungen werden kan, und dabey der elende Vorwand, daß er, wenn er solches onus nicht præstiren wolle, sein Haus an einen Catholicum verkaufen oder nicht acquiriren müssen, angesehen, bey der Acquirirung desselben sich dergleichen onus exorbitans et insolitum niemand vorgestellet, und bey so klarem Vergleich sich dazu verbunden zu seyn erachtet haben, der Verkauf aber bey dem ietzigen casu controverso ohne allen Zweifel Gelegenheit geben wird, daß er solches nothwendig verschleudern, denen Evangelischen Eingesessenen aber das gröste præiuditz dadurch zuziehen werde, daß sie per indirectum von dem commercio communi ædium vel fundorum auf diese Weise ausgeschlossen, oder leicht dabey durch solchen Fund gefangen werden können, wenn künftighin ein ieder possessor catholicus ædium vel fundorum dergleichen onera certarim auf ihre Häuser ex opinione meriti nehmen, und den Evangelischen zum Tort, wozu der unvernünftige Religions-Eifer die Leute endlich bringet, dieselben beschweren würde. Endlich auch
8) bey solchen in die Religion einschlagenden 25
oneribus an den Orten, vbi mixta viget religio, billig solche possessores verstanden werden müssen, welche derjenigen Religion, zu deren sacris dergleichen onera religiosa gehören, zugethan sind: andere aber, die diesen sacris entgegen sind, ipso iure davon befreyet seyn müssen, weil sie doch das exercitium religionis publicum eben so wohl als jene haben, und ihr Gewissen keinem Zwang unterworfen:

26 So sind wir der rechtlichen Meinung, daß kein protestantischer Possessor zu Præstirung dieses oneris religiosi, wenn es gleich auf einem Hause liegen solte, angehalten werden könne.

27 Die dritte Frage belangend:

Ob das quæstionirte Gericht nicht als ein geistlich Catholisches Gericht anzusehen, und also davon die Protestanten eximiret sind?

Rationes dubitandi et decidendi.

28 Ob wohl vorgegeben werden wollen, daß gedachtes Send-Gerichte ein pur weltlich Gericht sey und bloß zu Abthuung der geringen nachbarlichen Streitigkeiten gehalten werde, dabey auch jederman præsidiren, und solche leichte Sachen abthun könne.

29 Dieweil aber dennoch dieses ohnstreitig ein inferius iudicium ecclesiasticum seyn muß, zumahl der Catholische Pastor darin das præsidium führet, die censur in gewissen Fällen exerciret, Wachs-Strafen für die Catholische Kirchen bestimmet, seine Kirch-Meister mit dem Kirchen-Schlüssel, als Kennzeichen des geistlichen Gerichts-Zwangs, quæ ex potestate solvendi et ligandi vulgo trahitur, zur willkührlichen execution in die protestantische Häuser absendet, dieselbe exequiren, und dadurch unter seine censur und ihm committirten Gerichts-Zwang ziehen lässet. Ja da dem Amts-Voigt durch die an denselben ertheilte inhibition Ziel und Maasse gesetzet worden, daß er zu der execution nicht schreiten mögen, dennoch der Catholische Pastor vermeinen wollen, daß ihn solcher Befehl, wegen seiner Gerichte, nichts angehe, dahero er die Catholische Sendschaften und Kirch-Meister induciret, daß dieselbe mit Vorzeigung des Kirchen-Schlüssels gegen die sämtlichen Evangelisch-Lutherischen Eingesessenen den 29 May a. p. ohn die geringste Unter- oder Obergerichtliche Verfügung allerley Pfändungen vornehmen, und denjenigen, welche bey dem Send-Gerichte nicht erscheinen wollen, andeuten lassen, daß Montags darauf jeglicher beym pastore Catholico sich einfinden und der distraction beywohnen könte, welches solche data sind, daraus man nicht anders als die
30 qualität eines geistlichen Untergerichts schliessen kan; zumahl wenn es ein pur weltliches Gerichte gewesen, er darin nicht præsidiren, und keine dergleichen executiones mit Vorzeigung des Kirchen-Schlüsses sine brachio seculari vornehmen können; nachdem in *concilio Lateran. III.* von dem Pabst ALEXANDRO III. den Geistlichen absonderlich denen, so mit der Seelen-Sorge sich allein beschäftigen sollen, gebothen, ne iurisdictiones seculares sub principibus et secularibus viris vt iusticiarii exercere præsumant, alioquin ab ecclesiastico ministerio alieni fiant.

c. 4. X. ne cler. vel monach. secul. negot. se immisc.

Diesemnach man a contrario nicht anders daraus schliessen kan, als daß dieses Send-Gericht ein geistlich Gericht seyn müsse, wovon doch die Protestanten in dem Religions-Vergleich *art. VIII. §. 5.* eximiret und befreyet sind, welche aber der Pastor Catholicus durch Pfändung unter sich zu ziehen, de facto attentiret. 31

So ist dieses Gericht für ein Catholisches geistliches Gerichte billig zu halten, wovon die Evangelischen Eingesessenen für exemt zu achten. 32

Endlich so viel die letzte Frage betrift:

Ob nicht die D. Regierung ratione processus die Protestanten insonderheit darin grauiret, daß dieselben non attenta exceptione spolii, et insuper habito proprio mandato restitutorio sub lit. A mit publication des höchst gravirlichen Urtheils in causa principali in prætensam contumaciam verfahren? 33

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl dagegen eingewandt werden möchte, daß das ergangene mandatum sub A. nur für ein interims-decret prouisionaliter ertheilet worden, quod vim denfitiuæ non haber, darneben aber die exceptio spolii als non fundata angesehen sey, welche also billig verworfen, und in der Haupt-Sache, darin man protestantischer Seiten ohne Zweifel sich nicht einlassen wollen, in contumaciam erkannt werden, bevorab da von keinem iudice zu præsumiren, quod in modo exequendi spolium commiserit. 34 35

c. 6. X. de renunc. c. 16. in f. X. de sent. et execut.

Weil aber dennoch die geschehene executiones von dem Amts-Vogt, nebst denen von dem Pastore Catholico durch die Kirchen-Meister mit Vortragunge des Kirchen-Schlüssels unternommene Pfändungen offenbar bey denen vorhin angeführten Umständen, widerrechtlich sind, da dieselbe, vor Erörterung der Haupt-Sache, ob das Tischstellen daselbsten ein onus reale sey, und ob nicht die Protestanten von dem Send-Gerichte, welches dem præsidio des pastoris Catholici gänzlich unterworfen, pro exemtis zu achten? de facto mit executionibus zugefahren, und von denenselben wider alle Rechte den Anfang gemachet ist, deswegen endlich die D. Regierung sich gemüßiget gesehen, das mandatum 36

datum restitutorium sub A zu ertheilen, welchem doch so wenig Nachdruck gegeben worden, daß vielmehr mit dessen Hindansetzung in causa principali contra non satis auditos in contumaciam erkannt, und das a iudice inferiori geschehene offenbare spolium iustificiret worden. Da doch bey der Haupt-Sache die wichtigsten momenta, daß gegen den Religions-Vergleich attentata über attentata vorgenommen, sich ereuget, und wenn solche gehörig untersuchet werden solten, man solches gar leicht finden wird; man auch bishero nicht gehöret, daß ein iudex, wenn ein reus iustam vel saltim probabilem contradicendi causam gehabt hat, derselbe gleich mit Executionen, ohne denselben in der Haupt-Sache zu hören, beleget und von diesen contra omnia iura der Anfang gemachet worden, welches doch so wohl von dem Amts-Vogt als dem Pastore geschehen, so daß dieses factum ein ohnleugbares spolium, de facto a iudice susceptum, welches ohne Zweifel der Religions-Eifer produciret, in sich hält, da bekant ist, quod iudex spoliare dicatur, si de facto et inuerso iuris ordine procedit.

c. 7. X. de restit. spol.

LANCELLOT *de attent. lib. III. c. 31.*

37 Bevorab da die gemeinen Rechte gantz andere Mittel in re litigiosa et controuersa contra contradicentes procedendi als dergleichen unerlaubte Pfändungen anordnen, absonderlich in causa, in qua non agitur de glande legenda, sed de religionis et conscientiæ causa, pacto publico inter principes imperii munita, in welcher als causa maiori et ardua mit der grössesten Behutsamkeit zu verfahren ist, und das: Festina lente, allerdings zu beobachten, imo si vel maxime in petitorio reus vincat, qui spolium commisit, tamen de hoc prius pronunciandum,

c. 3. et 6. X. de caus.

auch keine contradictoria sind, daß der iudex inferior spoliatiue procediren kan, und allen Schaden erstatten muß, und der spoliatus in petitorio dennoch succumbiren kan:

So erhellet hieraus so viel, daß die D. Re- 38
gierung die Protestanten darin hauptsächlich grauiret, daß sie, reiecta et neglecta summe fundata exceptione spolii, so fort in der Haupt-Sache verfahren. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXLV.

DECISIO XL.

THEMA.

Vetustas in probanda vnione magni ponderis est.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Matris vagantis indicium est, si ecclesia deserta bona immobilia possidet, et rudera ædium parochialium adsunt. n. 3.
Qualitas filiæ per solennem vnionem autoritate publica ecclesiæ tributur. n. 4.
Copiæ sine originalibus nihil probant. n. 5.
Num in præscriptione quinquagenaria titulus et bona fides requiratur? n. 6. 13.
Termini ad iurandum sunt peremtorii, n. 7.
Quomodo differat citatio monitoria et arctatoria? n. 8.
Dantur etiam ecclesiæ filiæ, quæ habent ædes parochiales, n. 9.
cuius qualitas ex matriculis probatur. n. 11.
Vetustas ad vnionem probandam sufficit. n. 12.
Decisio. n. 15.

Auf eingewandte appellation deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen Gerhard W. von B. appellanten an einen und Th. G. von R. appellanten am andern Theil erkennen ꝛc. ꝛc. nach vorgehabten Rath der Rechtsgelehrten vor recht:

1 Daß die appellation in ihren formalien zu recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an uns erwachsen; der Materialien halber erscheinet aus denen Acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß wohl appelliret, und dannenhero das n. act. 57. befindliche Urthel dahin zu reformiren sey, daß appellat, daß S. keine filia von Sch., vielmehr aber nur mater vagans sey, nicht beygebracht, sondern S. nach wie vor für eine filia von Sch. zu halten, und künftig hin bey Besetzung der Pfarr-Stelle darnach, wie fol. 33. b. geschehen, zu verfahren. V. R. W.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl contra formalia angeführet ist, 2

daß appellant, ohngeachtet er den appellations-Eyd abgeschworen, sich zu denen mandatorien-Kosten nicht erkläret, noch 2 Thaler pro constituendo procuratore zeitig geschicket, der terminus auch des Herrn Commissarii nicht so beschaffen gewesen, daß derselbe auf sein Aussenbleiben so fort in contumaciam
3 verfahren mögen; hiernechst so viel die materialia betrift, appellat aus der matricul de an. 1600 sowohl als de an. 1649 dargethan haben möchte, daß S. nicht allein Pfarrländerey, sondern auch eine wüste Pfarr-Stätte gehabt, welches eine offenbare marque ist, daß daselbst ein Pfarr-Haus gestanden, und die Kirche keine filia sondern mater sey, und nur bishero, iedoch sub qualitate matris vagantis, von Sch.
4 mit curiret worden, wodurch es aber qualitatem filiæ nicht erhalten, als welches per solennem vnionem auctoritate publica geschehen müssen, so hier nicht zu finden, in andern filialen auch es sich gantz anders verhalte, in welchen zwar Pfarrländerey, aber keine Pfarr-Stätten gefunden werden. Uebrigens die fol.
5 313. angeführte matricul de an. 1575 nicht in originali, wie bey denen andern geschehen, denen actis beygeleget, und dahero nicht darauf zu reflectiren, auch wohl zu vermuthen sey, daß der in derselbe committirte Irrthum durch die matricul de an. 1600 corrigiret, und damahls der status rerum richtiger eingesehen sey; endlich appellat auch keine præscriptionem quin-
6 quagenariam passiren lassen will, weil es hier dem appellanten an titulo et bona fide ermangele, ohne welche keine præscriptio ihre Vollkommenheit erreichen könne.

7 Weil aber dennoch ratione formalium mehr als zu bekant, daß die termini ad iurandum peremtorii sind, und also der Eyd in denselben absente appellato vel eius mandatario
8 wohl abgenommen werden könne, bevorab da dergleichen citation mehr monitoria als arctatoria ist, und der Termin seinen Fortgang gewinnet, es mag der citatus erscheinen oder nicht; sonsten aber der appellant sich dessen, was gewöhnlich pro mandatario zu zahlen gewesen, nicht geweigert, und dahero daraus kein defectus der appellation zu imputiren ist; und so
9 viel die materialia betrift, 1) der gantze Grund der Sache von appellaten in der matricul de anno 1600 und 1649 gesetzet, und daraus inferiret worden, daß weil S. eine wüste Pfarr-Stätte hätte, solche auch eine mater vagans seyn müsse, gleichwol nur allenfalls dieses daraus folgen möchte, daß solches vormahls und vor langen Jahren eine mater gewesen sey, daß es aber 2) eine mater geblieben und keine filia von Sch. geworden, daraus nicht so fort folgen will, zumahl man 3) auch wohl filias hat, in welchen noch Pfarr-Wohnungen würcklich zu befinden, die der Pastor in ecclesia matre vermiethen kan,

ord. eccl. Magd. c. 24. §. 9.

und daß in der Marck solches nicht seyn könne, 10
nirgends zu befinden, vielmehr 4) aus der matricul de anno 1649 das Gegentheil abgenommen werden möchte, weil am Ende von denen accidentien die Worte stehen:

accidentia wie in der matre.

Imgleichen von des Küsters Gehalt eben diese Worte wiederholet werden, und anzeigen, daß da man Sch. pro matre gehalten, S. pro filia
agnoscíret seyn müsse, womit denn 5) die ma- 11
tricul de anno 1575, so appellat nicht verwerfen können, übereinstimmet, und darin S. ein filial von Sch. expresse genannt, wenigstens 6) dieses daraus klar ist, daß schon vltra secu- 12
lum S. von Sch. curiret, und als eine filia tractiret worden, angesehen auch solches in der anno 1686 ausgestelleten vocation von appellaten Vorfahren agnoscíret, und daraus 7) mit Recht inferiret ist, daß Sch. von undencklichen Jahren S. nicht anders als sub qualitate filiæ curiret, und solche vetustas an und vor sich genug ist, ad vnionem probandam.

TVRRICELLIVS *de vnion. benefic. c. 11. n. 23.*

Mithin was de defectu b. f. angeführet, un- 13
statthaft, und aller præsumtion zuwider ist, nicht zu gedencken, daß 8) kaum zu vermu- 14
then, daß S. bey so wenig Cossaten, aus welchen es bestehet, vormahls einen eigenen Pfarrer gehabt, und daher so viel hieraus erhellet, daß appellat den ihm reservirten Beweiß nicht erfüllet.

So hat gestalten Sachen nach das vorige Urthel reformiret werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBR. MDCCXXX.

DECISIO

DECISIO XLI.

THEMA.

Quatenus subditi alterius territorii, parochiani ecclesiæ principalis facti, legibus istius ecclesiæ ligentur?

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Benedictio sacerdotalis ante proclamationem parochis legibus ecclesiasticis prohibita est. n. 2.
Subditi alterius territorii, ecclesiæ principalis parochiani facti, legibus istius ecclesiæ tenentur, n. 3.
nisi observantia aliud introductum sit. n. 9.
Observantia in ecclesiasticis a dolo excusat. n. 4. 5 6.
Sine dolo non delinquitur. n. 7.
Qui causam dedit inquisitioni, expensas ferre tenetur. n. 8.
Decisio. n. 10.

Auf eingewandte supplication und respective defension in Sachen des Predigers zu Groß-B. Joh. Friedrich M. supplicanten an einem, und des Hof-Fiscals S. supplicaren am andern Theil, erkennen wir ꝛc. auf eingeholten Rath unserer Rechtsgelehrten für Recht:

1 Daß implorat mit der fol. 6. act. primæ instantiæ dictirter 30 Rthlr. fiscalischer Strafe bewandten Umständen nach billig zu verschonen, derselbe aber jedennoch die verursachten Unkosten nach deren vorgängiger liquidation und erfolgter unserer Mäßigung zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi et decidendi.

2 Ob wohl 1) vom fisco angebracht worden, daß implorant den Gottlieb R. ohne vorhergehendes Aufgebot copuliret, implorant auch selbst nicht läugnen können, daß er gleichfalls die Trauung des Gottlieb R. mit einer von ihm geschwängerten Person in der Kirche zu Groß B. ohne Aufgebot vollzogen, und es daher scheinen will, daß, da die Kirche unter B. Hoheit stehet, und nach der dasigen Kirchen-Ordnung tit. 36. ausdrücklich verboten, daß keiner ohne geschehenes Aufgebot getrauet werden solle, implorant solche Verordnung übertreten, und daher billig in gehörige Strafe verfallen; und wenn auch
3 gleich 2) gedachte copulirte Personen S. Unterthanen und bloß in gedachter Kirche eingepfarret sind, und nach S. Rechten im Schwängerungs-Fall das Aufgebot nicht nothwendig erfordert wird, dennoch dieses imploranten nicht entschuldigen möchte, immassen alle actus parochiales, worunter die copulation gehöret, nach der Kirchen-Ordnung desjenigen Orts, wo die Kirche gelegen, eingerichtet werden müssen, wenn sie gleich bey Eingepfarreten, die fremde Unterthanen sind, exerciret würden, cum enim subditi alterius territorii semel cum ecclesia principali in vnum corpus coaluerint, eiusque parochiani facti sint, legibus istius ecclesiæ quoque tenentur

BOEHMER *in iur. eccles. protest. lib. III. tit. V. §. 192.*
SLEVOGT *de vnione eccles. p. 135.*

Dieweil aber dennoch 1) zu der Kirche zu 4
Groß B. von P. Unterthanen, nur zwey Bauren und fünf schlechte Gärtner gehören, die übrigen aber im gedachten Dorfe und in den eingepfarrten Dörfern S. Unterthanen sind, und bey den letztern bishero diese observanz beobachtet worden, daß sie in verschiedenen Kirchen-Sachen sich nach der S. Kirchen- und Consistorial-Ordnung gerichtet,

fol. 7. art.

implorant noch dabey angeführet, daß da an- 5
no 1711. von P. und S. Seiten eine commission zu Berichtigung der an solchen Orten, wo beyderseits Unterthanen vermischet sind, entstandenen Streitigkeiten verordnet worden, von solcher hierin nichts widriges decidiret, sondern die Sache in statu quo gelassen worden, wobey es auch bishero geblieben, hieraus also 2) 6
so viel erhellet, daß da in S. und andern Orten, im Fall, wenn jemand eine Person geschwängert, kein Aufgebot bey der Trauung erfordert wird, und implorant, nach solchen Rechten, die S. Eingepfarrten ohne Aufgebot copuliret, dieses denselben in so weit entschuldiget, daß er solches nicht animo, die B. Verordnungen zu übertreten, gethan, sondern die daselbst in andern Pfarr-Handlungen angegebene observanz auch auf diesen casum gezogen, zumahl er in andern ähnlichen Fällen auf gethane Anfrage auf die bisherige observanz gewiesen

7 worden; bey solchen Umständen also 3) da es zweifelhaft, ob derselbe auch im gegenwärtigen Fall nach der gemeldeten observanz sich richten, oder den B. Verordnungen schlechterdings nachleben sollen, nicht offenbar ist, daß er diese letztere dolose übertreten, und deshalb mit der dictirten Strafe auch billig zu verschonen ist.

8 Im übrigen aber 4) dennoch implorat bey solchem zweifelhaften casu sich so weit vergangen, daß er ohne vorher geschehene Anfrage hierunter verfahren, und also dadurch Ursache und Gelegenheit zur fiscalischen Untersuchung gegeben, mithin auch die dadurch verursachten Unkosten zu tragen, schuldig ist, wodurch auch die oben angeführten rationes dubitandi zu heben, ins-

9 besondere ad 1) bey der copulation des R. daß selbige ohne Aufgebot geschehen, vom fisco nicht erwiesen, im Gegentheil aber daß derselbe als ein S. Unterthan von dem Prediger S. in O. bereits vorhero aufgeboten gewesen, von imploranten angeführt, und nirgend elidiret worden; hiernechst was n. 2) erinnert ist, zwar ad regulam gehöret, hingegen, daß per observantiam nichts anders eingeführet werden könne, keinesweges ausschließt:

SLEVOGT *de vnion. eccl. diff. III. c. 1. §. 7.*

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen be- 10 wogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBRVARIO MDCCXL.

DECISIO XLII.

THEMA.

De obligatione ecclesiæ filiæ ad ferenda onera ecclesiæ matris.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Si non constat de petitorio, in summariissimo sententia pro eo ferenda est, qui est in possessione vel quasi libertatis. n. 2. 3.

Ad priuilegia feudorum nobilium male refertur immunitas a contributione ad reparationem ecclesiarum. n. 4. 11.

Res iudicata tertio non prodest. n. 5. 12.

Si iura in petitorio ex actis liquida sunt, in petitorio pronunciandum est, licet partes in possessorio sententiam petant. n. 6. 8.

Filialistæ de iure obligantur conferre sumtus ad transportanda bona mobilia nous pastoris et ad eius installationem. n. 7.

Operanoæ præstantur nisi indictæ et petitæ. n. 8.

Aeque nobiles parochiani sunt ecclesiæ filiæ ac rustici. n. 10.

Ab immunitate ab oneribus publicis ad immunitatem ab oneribus parochialibus non valet argumentum. n. 11.

Decisio. n. 13.

Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen Anwalds Georg Friedrich von I. nachgelassener Wittwen in Vormundschaft ihrer Söhne Gebrüdere von I. appellanten und Beklagten an einem, und Anwalden des Grafens, Georg Anton von S. appellaten und Klägern am andern Theil, erkennen Wir ꝛc. auf vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten für Recht:

1 Daß die appellation in ihren formalibus zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an uns erwachsen; der Materialien halber aber erscheinet aus den actis und derer Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß in erster instantz theils wohl gesprochen, und das vorige Urtheil zu confirmiren, theils dahin zu reformiren und zu erklären sey, daß appellanten noch zuvor die durch die Verjährung oder sonsten angeblich erlangte immunität von dem zu erkannten Beytrag zum transport und introductions-Kosten eines Predigers zu W. auch zur reparation der Pfarrgebäude daselbst, binnen vier Wochen, ordentlich wie sich gebühret, zu erweisen, frey zu lassen sey, worauf alsdann ferner ergehet, was Rechtens ist. V. R. W.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl appellant, welcher geständiger mas- 2
sen bey dem Filial zu K. eingepfarret ist, für sich anführet, 1) daß er seine possessionem vel quasi immunitatis mit vier geschwornen Zeugen fol. 8. und zwar von viertzig und mehr Jahren ja vltra memoriam erwiesen, und dabey ausgeführet, daß weder er noch seine Vorfahren zum Pfarr-Bau und reparatur des Pfarr-Hauses

Hauses zu W. das geringste beygetragen, wie die Zeugen ad art. 8. et 9. darlegen, und testis 4. ad art. 10. insbesondere anführet, daß zu seiner Zeit ein Stall auf der Pfarre gebauet sey, wozu C. weder gefordert, noch etwas gegeben, nach dem edicto de summariissimo aber für denjenigen erkannt werden solle, der solches am besten erwiesen, wenigstens also zuförderst appellant in summariissimo bey der possessione vel quasi libertatis geschützet werden müssen, ehe
3 in petitorio erkannt werden können, ausserdem aber 2) in confesso beruhe, daß er zu W. weder Patronus noch eingepfarret sey, mithin der Grund zu dem erkannten Beytrag wegfalle, was aber 3) von der Obliegenheit der Filialisten angeführet worden, daß solche ebenfalls zum Pfarr-Haus-Bau und transport auch introductions-Kosten des vocirten Predigers beytragen müssen, eine Sache sey, die ins peritorium gehöre, und allenfalls die Patronen und Bauren, oder Unterthanen allein angehe, wovon auch
4 4) das edict de anno 1711 zu verstehen, im Gegentheil 5) er appellant Ritter-Hufen besitze, auch der nixus feudalis in der Marck nicht weiter als inter dominum et vasallum aufgehoben; jedoch die priuilegia feudorum nobilium keinesweges dabey erloschen seyn, welche die possessores von dergleichen Beytrag befreye,

CARPZ. *lib. 2. iurispr. consist. def. 347.*

5 und 6) das fol. 2. befindliche iudicatum dabey nicht zu considériren sey, als welches res inter alios acta, und appellaten nichts angehe, diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urthel schlechterdings reformiret werden müssen.

6 Weil aber dennoch ad 1) eben in dem edicto de summariissimo §. 8., worauf appellant provociret, versehen, daß wenn die iura petitorii in actis zur Gnüge instruiret oder liquide seyn, der Richter gehalten seyn solle, ohngeachtet nur in possessorio submittiret, in petitorio zu sprechen, in welchem letzteren hier nicht allein geklaget, sondern auch die Sache, als welche allein quæstionem iuris betrift, in petitorio li-
7 quidiissima ist, da so wohl das edict de anno 1711 hierin klahre Maaß und Ziel setzet, als auch sonsten aus den geistlichen Rechten bekant, daß die Filialisten, als welche der pastor ecclesiæ matris mit curiret, zum Beytrag des Pfarr-Hauses so wohl als anderen Unkosten, so auf dessen transport und introduction verwendet werden, und ihnen mit zu gute kommen, concurriren müssen,

CARPZ. *cit. l. def. 344.*
BOEHMER *in iur. paroch. sect. 7. c. 3. §. 8.*

8 mithin es ein lauter Ueberfluß gewesen seyn würde, in petitorio tam liquidissimo erst auf ein possessorium, quod per illud absorbetur, zu erkennen, wiewohl auch der producirte Zeugen-rotulus summarius nur bloß von den Reparatur-Kosten zur Pfarrwohnung handelt, und nicht einsten von der concurrentz zu den transport- und introductions-Kosten etwas gedencket, bey jenem aber zu erwegen, daß gleichwie operæ nisi indictæ et peritæ nicht zu præstiren sind, also nicht so fort daraus eine possessio immunitatis zu schliessen sey, wenn gleich der appellat zur Erbauung des Stalls vormahls nichts contribuiret, sondern viel ein mehres dazu gehöret, wenn jemand immunitatem legitimo tempore præscriptam erweisen wolte, bey welcher Beschaffenheit also auf 9
das bloße possessorium nicht gesehen werden mögen; gleichwohl weil appellare auf eine von undencklichen Jahren hergebrachte immunität von dem quæstionirten Beytrag sich bezogen, ihm dessen Beweis und Ausführung vorbehalten werden müssen, da solcher Beweis zu seiner exception gehöret, inzwischen aber so lange solcher nicht gebührend ausgeführet, man in der Regel bleiben, und vom possessorio billig abstrahiren müssen; übrigens ad 2) hier nicht darauf 10
zu sehen, daß appellant weder Patronus noch Eingepfarrter zu W. sey, da vielmehr er als Eingepfarrter des Filials C. zu dieser Obliegenheit verbunden, und ad 3) et 4) in dem edicto de anno 1711 solche nicht den Patronis und Bauren oder Unterhanen allein aufgeleget, sondern in genere von denen Filialisten redet, unter welchen appellat mit begriffen, cum æque nobiles sint parochiani ecclesiæ filiæ ac rustici

CARPZ. *cit. l. def. 346.*

und ob wohl ad 5) CARPZOVIVS diejenigen, so 11
bona feudalia equestria besitzen, von diesem onere excipiret, dennoch solche Meynung keinen Grund hat, da von der immunitate ab oneribus publicis ad immunitatem ab oneribus parochialibus kein argument zu machen,

STRYK ad BRVNNEM. *ius eccles. lib. 2. c. 2. §. 29.*

auch ad 6) per iudicatum, so fol. 2. befind- 12
lich, schon evinciret ist, daß appellat ad onera parochialia wegen seiner acht Hufen Landes verbunden, welches zwar in causa der Gemeinde zu C. gegen seinen Vorfahren erkannt, gleichwohl, weil es hier auf rationem sententiæ ankommt, solches auch hier statt finden muß, da eadem ratio anzutreffen.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewe- 13
sen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBRVARIO MDCCXXXIX.

DECISIO

DECISIO XLIII.

THEMA.

Si de ædibus parochialibus reficiendis agitur, consensus parochianorum non est excludendus.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Bonæ fidei possessori meliorationes in fundum factæ sunt restituendæ. n. 3.
In defectu ærarii publici sumtus ad refectionem ædium parochialium parochiani ferre tenentur. n. 4. 5.
Potestas substituendi speciale mandatum desiderat. n. 2. 7.
Si de reparandis ædibus parochialibus agitur, audiendi sunt parochiani, et causa ædificationis probe ventilari debet. n. 8.
Possessor ædium parochialium nec bonæ nec malæ fidei possessor est, sed usuarius. n. 9.
Quomodo differat bonæ fidei possessor ab usuario quoad impensas in rem factas? n. 10.
Parochi proprio ausu salaria per indirectum cum incommodo parochianorum sibi augere nequeunt. n. 11. 12.
Decisio. n. 13.

Als die Herren uns Klage und erfolgtes Verfahren in Sachen der Witwen H. Klägerin an einem, und der Eingesessenen des Kirspels E. Beklagten am andern Theil, ꝛc.

1 Daß der Klägerin Anwald sich anderer Gestalt, und besser als bishero geschehen, zu legitimiren schuldig, und erhellet übrigens aus den Acten so viel, daß der Klägerin Suchen gegen das beklagte Kirspel gestalten Sachen und Umständen nach nicht statt finde, jedoch derselben, den itzigen Schulmeister und Küster wegen der eingeklagten Unkosten zu belangen, bevor und unbenommen bleibe. V. R. W.

Rationes dubitandi et decidendi.

2 Was anfänglich den punctum legitimationis betrift, ob wohl 1) der Klägerin Schwiegersohn in ihrer Abwesenheit an ihrer statt, und in ihrem Namen, laut protocolli vom 20 Mart. 1733 einen mandatarium ad acta constituiret, und derselbe bishero zugelassen worden, hiernechst die Hauptsache betreffend, Beklagte 2)
3 nicht in Abrede seyn können, daß der Klägerin verstorbener Ehemann, als gewesener Schulmeister und Küster, die meliorationes angegebener Massen in die Küsterey verwendet, solches auch in Angesicht der gantzen Gemeinde geschehen, und sie niemals contradiciret, sonsten auch einem ieden b. f. possessori die meliorationes den Rechten nach gut gethan werden müssen, mit welchen ein Besitzer dergleichen
4 Pfarrgebäude zu conserviren, auch dabey 3) ohnstreitig ist, daß die Gemeinde in defectu ærarii ecclesiastici dergleichen Unkosten tragen, und die Schulgebäude unterhalten muß, dem zu folge auch, wenn ein anderer die Unkosten dazu vorgeschossen, sie auch schuldig seyn möchten, die vorgeschossenen Unkosten zu refundiren, 5
arg. l. 46. §. 1. D. de damno infect.
bevorab da 4) solche nothwendig und nützlich, anbey der Klägerin Ehemann nicht zu verdencken gewesen, ein Brauhaus zu bauen, da er wenig Einkommens von seinem Dienst gehabt, und der Gemeinde Schuldigkeit erfordert, ihm congruam portionem redituum zu bestellen. Hierüber 5) laut n. 3. in add. A. Klägerin dargethan, daß der Herr Graf in die Bauung des 6
Zimmers und Stallung consentiret, und dessen consens als collatoris der Küsterey eingeholet worden, es also das Ansehen gewinnen will, als ob die beklagte Gemeinde die vorgeschossene Unkosten der Klägerin gut thun müsse,

Dieweil aber dennoch 1) bey der legitima- 7
tion zu erinnern, daß nicht die Klägerin selbsten, sondern deren Schwiegersohn den mandatarium ad acta constituiret, in effectu sich derselbe zu ihrem mandatario aufgeworfen, und den itzigen mandatarium substituiret, gleichwohl er selbsten keine Vollmacht, geschweige dann potestatem substituendi, quæ speciale deliderat mandatum, für sich hat, dergestalt es an der legitimation von Seiten der Klägerin annoch ermangelt, und so viel 2) die Haupt- 8
sache betrift, es sich nicht gebühret, ohne der Gemeinde consens und deren Bewilligung dergleichen Unkosten auf der Gemeinde conto in die Küsterey zu verwenden, dabey die blosse Wissenschaft der Gemeinde nicht gnug ist, cum ante omnia, si de reparandis ædibus parochialibus agitur, audiendi sint parochiani, et antequam ad ædificationem properetur, causa ædificationis probe ventilari debeat, a qua cognitione parochiani non sunt excludendi,

PECK *de ædif. et repar. ædib. sacr. c. 16.*

CARPZ.

CARPZ. *lib. 2. iurispr. conſ. def. 336. in f.*

zumahl ſie dazu contribuiren ſollen und müſſen, welches aber vorausſetzet, daß dergleichen Bau nöthig geweſen, und die Gemeinde darin conſentiret; hier auch das argumentum a bonæ vel malæ fidei poſſeſſore deductum nicht zulangen will, da einestheils ein poſſeſſor ædium parochialium neque bonæ, neque malæ fidei poſſeſſor genannt werden kan, ſondern ein bloſſer vſuarius iſt, und die Gebäude nutzen muß, wie ſie ſind: anderntheils bey einem 10 bonæ fidei poſſeſſore die ration anzutreffen, daß er ignoranter in rem alienam Unkoſten und meliorationes gethan, welche dem vero domino zu nutze kommen, ſo hier beydes fehlet, da er wiſſentlich in rem alienam die Unkoſten verwendet, und die Gemeinde nicht, ſondern allein des geweſenen Küſters ſucceſſor alle Nutzung davon hat, dieſemnach 3) die repa- ratio talium ædium, ſo weit ſolche nöthig be- 11 funden worden, denen Beklagten zwar obgelegen, aber dazu dieſelbe auch gefordert, und insbeſondere der Kirch-Meiſter gezogen werden müſſen, welches alles hier unterlaſſen, bevorab da 4) gantz neue Gebäude, als das Brauhaus und andere Gebäude aufgerichtet, welche die Gemeinde zu bauen nicht ſchuldig geweſen, vielmehr der vorige Küſter mit ſeinem Gehalt, worauf er berufen, zu frieden ſeyn müſſen, und ſich niemand unterwinden darf, ſuo auſu ſein ſalarium per indirectum zur Laſt der Gemeinde zu verbeſſeren, dazu auch 5) das adj. ſub A. 12 n. act. 3. wenig beytragen mag, angeſehen, der Klägerin Ehemann die Freyheit zu bauen, von dem Graſen als collatore ſich ausgebeten, um dadurch, daß keinem Nachbar zum præiuditz der Bau gereiche, zu zeigen, zu welchem Ende auch bloß in der reſolution der Bau dem verſtorbenen Küſter verſtattet, nicht aber der Gemeinde, wie geſchehen müſſen, wenn dieſelbe dazu die Unkoſten hergeben ſollen, anbefohlen iſt, den Bau zu verrichten, dergeſtalt durch ſolchen conſens der Gemeinde dieſes onus zu tragen nicht aufgebürdet worden, als welche in ſolchem Fall erſt darüber gehöret, und wenn ſolcher beſchloſſen, den Bau ſelbſten verrichten müſſen, welches ohne Zweifel mit leichtern Unkoſten geſchehen können; gleichwohl nicht zu leugnen, daß der ietzige ſucceſſor von ſolchen Gebäuden auſſerordentliche Nutzungen, wozu die Gemeinde nicht verbunden, ziehet, und er in ſolchem Anſehen, wenn er das commodum von dem Brauhaus und andern Gebäuden ziehen will, auch das onus tragen, und deswegen ihn die Klägerin gehörig belangen muß.

So iſt geſchehener maſſen erkannt worden. 13

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MAIO MDCCXXXIV.

DECISIO XLIV.

THEMA.

Vocatus ad officium ſacrum ſumtus a parochianis iure exigere poteſt.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Patronus parochianis in eorum præiudicium impenſas obtrudere nequit. n. 2.
Sumtus parochiales ab iis exigendi ſunt, quorum gratia fiunt, n. 5.
Nec ad hoc in vocatione miniſtri eccleſiæ expreſſo pacto opus eſt, n. 6.
Ideoque et eccleſiæ filiæ ad illos concurrere tenentur n. 7.
Salua diſtributione conſiſtorii. n. 8.
Ab vno onere parochiali ad aliud diſſimile non valet argumentum. n. 3. 9.
Simplex propoſitio non conſtituit pactum. n. 10.
Deciſio. n. 12.

Als die Herren uns geſuchte reſtitution in integrum, und darüber gehaltenes Verhör in Sachen des Magiſtrats und der Bürgerſchaft zu C. imploranten an einem und derer von B. als Patronen der Kirchen daſelbſt, imploraten am andern Theil, zugeſchicket, und ꝛc.

1 Nunmehro aus denen Acten ſo viel zu befinden, daß imploranten die auf dem transport des Paſtoris O. und deſſen Sachen von V. nach L. zu deſſen wircklichen Anzuge und zu Antretung ſeines Predigt-Amts aufgegangene Koſten, allein nicht zu erſtatten, ſondern auch das filial U. und das eingepfarrete Dorf P. pro rata nach richterlicher Ermäßigung dazu zu concurriren ſchuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl imploranten vermeinen wollen, 2 daß ſie gar nicht zu denen transport-Koſten,

wegen des von V. nach L. vocirten Pastoris gehalten wären, vielmehr er selber solche tragen müsse, da 1) er sich solche bey seiner vocation ausbedungen, 2) und die Patroni zu ihrem præiuditz ex post facto ihm dergleichen nicht accordiren können, als worin sie nicht consentiret noch darüber gehöret wären, allenfalls aber
3 3) wenn der Pastor O. die Unkosten zu tragen nicht gehalten; imploraten vermeinen wollen, daß die imploranten solche allein erstatten müssen, zumahl sie dem gedachten Pastori allein das Haus zu bauen schuldig, und von diesem onere auf die gedachten Kosten daher ein argument genommen werden möchte, weil es einiger massen connexa mit jenem sind, und zu einerley Zweck abzielen, dabey iedoch 4) denenselben zu statten kommen möchte, daß der Herr Land-Rath von B. sich gegen sie ausdrücklich erkläret haben soll, daß sie nur drey Wagen zu transportirung des gedachten Pastoris und dessen meublen geben möchten, die übrigen Fuhren im Gegentheil U. und P. thun, und er selber dazu mit seinen Wagen helfen wolte, worüber sie ihm den Eyd deferiret, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als ob darauf zu erkennen gewesen.

5 Weil aber dennoch ad 1) die vocation des Pastors O. zu dem Kirchen-Amt und transportirung desselben und dessen meublen der Gemeinde zu L. zum Besten und Nutzen geschehen, und es dahero billig ist, vt, quod omnium causa fit et in eorum vtilitatem cedit, eorum sumtibus fiat,

CARPZ. *in iurispr. consist. lib. I. def. 57. n. 6.*

quia regulariter sumtus ab iis exiguntur, quorum gratia fiunt,

IDEM *cit. l. def. 58. n. 8.*

6 dieserwegen ad 2) es keinesweges nöthig ist, daß ein Geistlicher, so von einem andern Ort her vociret wird, diese Unkosten sich expresso pacto ausbedüngen müsse, als welches sich ohnedem ex natura rei von selbsten verstehet, und die praxis derer Evangelischen Kirchen hiermit übereinkommt, hiebey also die Herren Patroni zu ihrem præiuditz nichts accordiret, sondern nur dasjenige, was ihre Schuldigkeit ist, angeordnet; gleichwohl ad 3) die imploranten nicht 7
allein zu der Gemeinde gehören, und der Pastor O. ihrentwegen nicht allein diese vocation angenommen, sondern nach dem im anno 1727 getroffenen Vergleich das Dorf U. zu dem filial des Pastoris geschlagen, und er davon alle Nutzungen zu heben hat, daß Dorf P. aber sowohl quoad labores als emolumenta dem Pastori und Diacono gemein gelassen, dahero es billig ist, daß auch welche von dieser vocation und transportirung des neuen Predigers profitiren, dazu die Unkosten pro rata mit tragen müssen, 8
welches ein hochlöbliches Consistorium am besten bestimmen, und dergestalt einrichten kan, daß U., weil es des Pastoris eigenes filial ist, mehr dazu als P., die imploranten aber das meiste dazu contribuiren müssen, da sie ohne Zweifel den grössesten Theil der Gemeinde ausmachen; und ob wohl die imploranten dem
Pastori allein das Haus zu bauen schuldig, den- 9
noch ab vno onere kein argument ad aliud dissimile gemachet werden mag, da diese gedachten Unkosten mit jenem onere keine connexion haben, und bey solchen Umständen ad
4) es nunmehro nicht darauf ankommt, was etwa 10
der Herr Land-Rath von B. discours weise in Vorschlag gebracht haben mag, als worin so wenig ein förmliches pactum zu befinden, daß vielmehr aus der gantzen conduite derer imploranten erhellet, wie widersinnisch sie sich gegen die vocation aufgeführet, und den Diaconum zu dem Pastorat befördern wollen, dahero auch was sie bey solchem transport gethan, mit Unwillen und Unmuth ausgeübet, so daß hierbey auf keine Eydes-delation, als welche ver- 11
gebens seyn würde, zu reflectiren. Endlich ist noch dabey zu erinnern, daß die imploranten selbst durch Hergebung dreyer Wagen zu transportirung des Pastors O. agnosciret, daß sie zu diesen Unkosten vornemlich verbunden, mithin anietzo um destoweniger befugt gewesen, solche insgesamt von sich zu decliniren.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen. 12

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBR. MDCCXXXIIX.

DECISIO XLV.

THEMA.

De institutis parochialibus et per legem publicam determinatis præscriptio non admittenda.

SVMMARIA.

Sententia et species facti. n. 1. 2.
Lapsu 30. vel 40. annorum omnes actiones pereunt, nulla iuris ignorantia excusante. n. 3. 4.
In dubio partes rei sunt fauorabiliores. n. 6.
Beneficium datur propter officium. n. 7.

Ecclesia

Ecclesia parochialis sine congrua dote construi nequit. n. 9.
Instituta parochialia, lege publica determinata, præscriptioni non subiacent. n. 11. 12.

Als die Herren uns angebrachte imploratis-Schrift, geführten Beweiß und erfolgte Gesetze in Sachen Otto Christoph W. Pfarrers zu A. imploranten an einem, und Balthasar Wilhelm H. Inspectoris daselbst, imploraten am andern Theil zugeschicket ꝛc.

1 Daß Beklagter dasjenige, was ihm per decretum sub dato d. 15. Ian. 1732 zu erweisen auferleget, und er sich angemasset, wie Recht nicht erwiesen, dannenhero implorat die quæstionirte und bishero genossene Bestallung zu L. an imploranten als Pfarrer zu L. abzutreten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi et decidendi.

2 Als wegen der Leichenpredigten und Taufe, zwischen imploranten und imploraten Streit entstanden, implorat aber die sub n. 15. befindliche Hoch-Fürstliche resolution de anno 1638 produciret, und das principium decisionis daraus gegen imploranten genommen worden, hat implorant die Gelegenheit ergriffen, aus dieser resolution §. 39. die von imploraten aus L. gezogene Besoldung sich zu vindiciren, zumahl er Pfarrer zu L. sey, und dahero die daraus fallende Besoldung haben müsse, dagegen aber implorat vorgegeben, daß es eine D. zum inspectorat gehörige Stiftung und diejenige Besoldung nicht sey, deren in gedachter resolution §. 39. gedacht worden, dessen Beweiß ihm per decretum vom 15 Ian. 1732 auferleget, und von ihm sub n. act. 73. geführet
3 worden. Ob nun wohl implorat vermeinet, daß er das thema probandum dargethan, zumahl 1) selbsten in der Fürstlichen resolution de an. 1638. §. 39. befindlich, daß der Diaconus A. wenn er zu L. den Gottesdienst verrichtete, mit der alten aus L. fallenden Besoldung zu frieden seyn, keinesweges aber, daß an denen in das inspectorat fallenden Gefällen etwas abgezogen und dem Diacono gegeben werden solle, als welches über Menschen Gedencken bey dem inspectorat beständig gewesen, und 2) nicht zu glauben sey, daß die quæstionirten Gefälle zum Diaconat gehöre, weil sonsten des imploranten Vorfahren sich solches Vortheils bedienet, und dieses emolumentum nicht zurück gelassen haben würden, welches 3) post lapsum 30 vel 40 annorum nunmehr nicht erst in Zweifel gezogen werden könte, quippe quo temporis spatio omnes actiones, qualescunque fuerint, pereunt, vt post illud nulli agendi facultas amplius pateat, nulla iuris ignorantia excusante.

Contra reum, si probare debuit, et non probavit, pronunciandum est. n. 14.

Decisio. n. 15.

l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann.

Allermassen dann 4) test. 1 ad art. 3. et omnes ad art. 8. deponiret, daß so lange sie dencken könten, dem inspectore aus L. die quæstionirten Einkünfte geliefert worden, im Gegentheil secundum test. 1 et 3. ad art. 9. depositionem der zeitige Diaconus zu A. solche niemals gehoben, und sie nicht wüsten, daß solche zu eines zeitigen Predigers subsistence in L. geleget, 4

test. omnes ad inter. 1 et 2. art. 9.

aus welcher Absicht es auch 5) gar bedencklich der inspectors-Hafer genannt würde,

test. omn. ad art. 7. et eius int. 1. 2. 3.

welches alles auch 6) die producirte Uhrkunden sub A. B et C. zu bestätigen scheinen, ja die Zeugen 7) auch ad art. 1. 2 et 7. secundum docum. sub A et B. dabey aussagen, daß die D. unterschiedliche Höfe in L. hätten, davon dieser inspectorat-Hafer gezahlet werde, der inspector auch bey denen erledigten Fällen die laudemia gehoben und die Leyhe gethan, per depos. test. ad art. 5. Uebrigens 8) des test. secundi ad art. 3. Aussage, daß zwey D. Fräulein, so in dem Chur-Mayntzischen gewohnet, und zu L. in die Kirche gegangen, diese Stiftung zu der L. Kirche gethan, nicht wohl bestehen könne, weil bekant, daß die L. nacher A. in die Kirche gehen müssen, davon auch test. 1. ad art. 3 int. 5. nichts gehöret. Endlich 9) in dubio partes rei favorabiliores zu achten, und derselbe zu absolviren sey. 5 6

Weil aber dennoch 1) der implorat als Pastor L. die resolution de an. 1638. §. 39. für sich hat, daß, wenn er den Gottesdienst zu L. verrichte, er alsdann mit der alten daraus fallenden Besoldung zu frieden seyn solle, zumahl solche ein filial von A. ist, und von daraus von langen Zeiten curiret worden, dahero denn n. act. 62. die docum. A. et B. nichts mehr anzeigen, als was aus L. in die Pfarre A. jährlich zu liefern, welches nothwendig von demjenigen Pastore zu verstehen, der die curam animæ daselbst verwaltet, cum beneficium detur propter officium, nicht aber zu befinden, daß solches ins besondere zum inspectorat gestiftet sey, wie dann die Aussage der Zeugen mehr 3) diesem in allen beytritt, und für producten als producenten beweiset, zumahl die Zeugen zwar deponiren, daß der inspector solche reditus bishero gehoben, ob er aber Recht dazu habe, sie nicht wissen können, vielmehr 4) test. secundus ad art. 3. eiusque int. 2. aussaget, daß er von seinem Vater und anderen alten Leuten gehöret, daß zwey D. Fräulein dieselbe zu ihrer Kirche und Pfarr in L. und nicht zum inspectorat gestiftet, und dabey glaube, daß vor vielen Jahren der damahlige Inspector und Diaconus sich dahin verglichen, daß der Inspector die Besol- 7 8

dung zu L., er der Diaconus aber dagegen die accidentia zu A. als Kindtaufen und Leichen-Predigten haben solle, welches daher 5) wahrscheinlich, weil implorant bis zu Anfang dieses processus die gedachten accidentia allein gehoben, welche aber ihm nunmehr abgekannt, und es also billig ist, daß er diese L. alte Be-9 soldung dagegen wieder geniessen müsse. Uebrigens 6) secundum int. 3. art. 3. ausser denen, die D. Güter haben, noch andere Pfarr-Hafer geben müsten, und es also irrig ist, daß diese Hebung bloß eine D. Stiftung sey, so zum inspectorat geleget, allermassen 7) ex depos. test. ad art. 7. int. 4. erhellet, daß zu L. ein eigen Pfarr-Haus nebst Pfarr-Garten vor alters gewesen, und die dabey liegende Gasse noch die Pfarr-Gasse genant werde, welches abermal bestätiget, daß von uralten Zeiten und ante vnionem diese Pfarre ihren eigenen Pfarrer und eigene Revenüen aus L. gehabt haben müsse, quod ec-10 clesia parochialis sine dote congrua concipi nequeat, welche aber per vnionem zu A. geschlagen, im Gegentheil das wenige, was der productus geniesset, bloß secundum restium depos. ad art. 18. int. 1. deswegen geniesset, weil er nunmehr alle Sonntage predigen muß, da er vordem nur alle vierzehen Tage zu L. gepredi-11 get. Dagegen die rationes dubitandi nichts verfangen können, allermassen ad primam eben der cardo controuersiæ darin bestehet, ob die alte Besoldung, davon in resolut. de anno 1638 gedacht worden, nicht diejenige, so der implorant bishero genossen, sey, und quoad secundam die Ursache bereits angeführet, woher der inspector solche bishero genossen, weil dagegen der Diaconus zu A. die accidentia von Leichen-Predigten und Kindtaufen allein gehabt; dagegen auch die in ratione tertia aufgeführte præscriptio nichts verfangen will, nachdem 12 auch wegen der gemeldeten accidentien auf dieselbe nicht gesehen, sondern solche schlechterdings nach der gedachten resolution wieder eingerichtet seyn, implorat also dieselbe auch wider sich gelten lassen muß, da er solche für sich angeführet. Ausserdem aber in dergleichen institutis parochialibus lege publica determinatis keine præscriptio statt haben kan.

BOEHMER *de iur. parœch. sect. 3. c. 3. §. 13.*

Diesemnach es auf die rationem quartam so 13 wenig als auf die quintam ankommet, da diese Revenüe deswegen der inspectors Hafer genannt ist, weil der inspector solche bishero gehoben, ob aber solches de iure geschehen können, nachdem er dem Diacono die accidentia nicht allein lassen will, eine andere Frage ist; im Gegentheil die in ratione sexta angeführte documenta mehr für imploranten als gegen ihn militiren, nicht weniger die Zeugen in ratione septima nicht deponiren, daß die quæstionirten Revenüen zum inspectorat gehören, auch wenig auf die rationem octauam zu reflectiren, indem doch gewiß ist, daß vormahls ein eigner Pfarrer zu L. gewesen, und die D. Fräulein wohl daselst in die Kirche gehen können, endlich die ratio nona alsdann inapplicabel wird, si reus probare debuisset, weil alsdenn, wenn er nichts erweiset, gegen ihn ge-14 sprochen werden muß, übrigens die Sache nicht ausser allem Zweifel gewesen, und dahero die Unkosten tacite übergangen werden müssen.

So ist geschehener massen zu erkennen ge-15 wesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ
MENSE FEBR. MDCCXXXIV.

RESPONSVM XLVI.

THEMATA.

I. De fide officialium. n. 1-10.
II. Pacta, quæ onera parochialia concernunt, sunt realia. n. 8. sqq.
III. De finibus parochialibus. n. 17. sqq.
IV. De effectu vnionis ecclesiarum in diuersis territoriis sitarum. n. 22. sqq.
V. *De proclamatum fundi alienandi efficacia.* n. 30. sqq.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. de fide officialium. n. 1.
Transactio requirit mandatum speciale. n. 2.
Pactum personale tertium possessorem non obligat. n. 3. 4.
Officiales iurati non indigent mandato speciali.

ciali. n. 5. 9.
Sed procuratoribus vniuersalibus ad quæuis negotia constitutis æquiparantur. n. 6.
Non præsumitur, quod officialis falsum commissurus sit. n. 7.
Pacta, quæ onera parochialia concernunt, sunt realia. n. 8.
Decisio quæstionis I. n. 10.
Quæstio II. De finibus parochialibus. n. 11.
Parochus proprio ausu fines parochiales extendere nequit. n. 12.
Sicut nec priuatus eas restringere. n. 16.
Parochus quoad districtus parochiales fundatam intentionem habet. n. 13. 14.
Licet territoria quoad iurisdictionem mutentur, non tamen inde statim fines parochiarum mutantur. n. 15.
Decisio quæstionis II. n. 16.
Quæstio III. De eodem argumento. n. 17.
Salaria et accidentia ministrorum sine causa non sint imminuenda. n. 18.
Domicilium et per consequentiam parochiam mutare cuius licet, nec parocho ius contradicendi competit. n. 19.
Modicum damnum æquo animo ferre debet, cui immodicum lucrum non aufertur. n. 20.
Decisio quæstionis III. n. 21.
Quæstio IV. De effectu vnionis ecclesiarum, in diuersis territoriis sitarum. n. 22.
Per vnionem ecclesiarum in diuersis territoriis sitarum iurisdictio ecclesiastica haud confunditur. n. 23.
Sed causæ ecclesiasticæ ad cuiusuis territorii consistoria pertinent. n. 24.
Modo ecclesiæ sint vnitæ per subiectionem n. 25.
Secus est, si subditi alterius territorii sunt soli parochiani. n. 26.
Qui in causis sacra et iura parochialia concernentibus a legibus ecclesiæ dependent, n. 27.
In reliquis causis ecclesiasticis consistorio territorii subsunt. n. 28.
Quod finis vnionis non includit, a matre ecclesia peti et exerceri nequit. n. 29.
Decisio quæstionis IV. n. 30.
Quæstio V. De effectu proclamatum ivtuitu creditorum. n. 31.
Proclamata sub pœna præclusi quos obligent? n. 32.
Proclamata operantur, vt emtor liberas ædes accipiat. n. 33.
Et sunt instar prouocationum ad agendum n. 34.
Vbi non est ius exigendi, ibi deficit quoque ius cogendi. n. 35.
Decisio quæstionis V. n. 36.

1 Als dieselbe uns eine speciem facti nebst einigen Fragen zugeschicket, und ꝛc. Demnach ꝛc.

Ist das Adeliche Gut N. im Hertzogthum Holstein, unter Ihro Königl. Majest. zu Dennemarck und der regierenden Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit zu Schleßwig-Holstein gemeinschaftlicher Regierung belegen, mit zwölf Pflügen der revidirten Landes-matricul inseriret, davon sechs Pflüge der Kirchen zu P., die übrigen sechs Pflüge der Bischöflichen E. Kirchen zu B. eingepfarret gewesen, bis dieserwegen Irrungen entstanden, und im an. 1705 der Hochgräfliche Rath L. mit dem Verwalter von P. bey der damahligen Kirchen-Rechnung sich im Namen seiner Principalin, der Gräfin von K. declariret, daß nach diesem der Hof von sieben Pflügen die Kirchen-præstanda leisten und abführen solte, worauf nach fünf Jahren geschehen, daß das Gut an den J. A. V. verkaufet worden, welcher vermeinen wollen, daß ihn der Hochgräfichen deputirten Erklärung, ratione des siebenden Pflugs, nicht vinculiren könne, dahero

Was hierbey Rechtens

gefraget wird.

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wohl aus dem Kirchen-protocoll auch sonsten nicht zu ersehen, daß die K. deputirte ihre schriftliche Vollmacht von ihren Principalinnen produciret gehabt, noch sie sich zu solchem Vergleich, welcher ein mandatum speciale erfordert, legitimiret; vielweniger, daß solcher ex post facto ratificiret sey, beygebracht ist, da doch entweder die Vollmacht, oder ratification ad protocollum des Kirchen-Buchs gebracht werden sollen. Hiernechst die geschehene declaration für ein blosses pactum anzusehen, welches einen tertium possessorem nicht vinculiren mag, vielmehr derselbe sich lediglich in der Landes-matricul zu gründen befugt ist, darin dieses Gut nicht mit dreyzehen, sondern zwölf Pflügen angesetzet ist, endlich auch sonsten der Prediger zu B. nicht beybringen mögen, daß das Gut N. mehr Pflüge, als mit welchen es wircklich angesetzet ist, habe; dahero wenn das pactum gleich gelten solte, dennoch daß solches ex capite indebiti wohl angefochten werden könne, es das Ansehen gewinnen will. 3 4

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch von Seiten des possessoris des Guts N. nicht undeutlich zugestanden ist, daß in anno dicto der Hochfürstliche Rath L. im Namen seiner Principalin der Kirchen-Rechnung beygewohnet, und bishero als gemeinschaftlicher Rath- und Haus-Secretarius in der Fr. Gräfin K. Eyd und Pflichten gestanden, also was er in seiner Principalin hohen Namen gethan, billig gelten, hergegen die exception, daß er keine vollgültige unterschriebene Vollmacht hierzu gehabt, (welches doch der 5

Prediger zu B. beständig behauptet) nunmehro in keine consideration gezogen werden muß, da einestheils von ihm als einem Hochgräflichen in Eyd und Pflicht stehenden Bedienten, solches zu præsumiren, weil er ihnen a consiliis gewesen, und zu Beylegung dergleichen Streitigkeiten nicht einsten ein besonderes mandatum nöthig gehabt:

ANDREOLI *contr. 432. n. 14.*

6 andern theils einem procuratori vniuersali ad quæuis negotio constituto zu vergleichen ist, der denen Rechten nach zu transigiren wohl befugt ist, überhaupt aber bekant ist, daß dergleichen Bedienten, wenn sie sich auf Vollmachten berufen, billig zu glauben ist, cum
7 enim officialis sit persona publica, fide digna, iurata, eiusque industria a principe vel superiore electa, non præsumendum, quod falsum commissurus sit,

MYLER AB EHRENBACH. *de hyparchol. c. 10. §. 12.*

insbesondere da dessen hohe Principalin niemahls ihres Bedienten factum impugniret, vielmehr im anno 1707 die Anlage zur reparation des Kirchen-Thurms auf Befehl der Hochgräflichen Herrschaft auf sieben Pflügen eingerichtet worden, also ipso facto dieses zur Gnü-
8 ge ratificiret ist; hiernechst dieses pactum allerdings pro reali zu achten, als welches die onera parochialia betrift, welche nach der Hufen-Zahl præstiret werden, und schlechterdings nach denen Pflugen angeleget sind.

CORTIADE *decis. 180. n. 24.*

9 Die Landes-matricul auch hierin der Kirchen nicht entgegen stehet, als welche zwar in dubio eine præsumtionem pro possessore machet, welches dubium aber nunmehro durch die im an. 1705 geschehene declaration gehoben ist, zumal die Kirche niemahls mit solcher Landes-matricul zu frieden gewesen, und daraus nicht eben folget, daß præcise nur sechs Hufen nach B. eingepfarret seyn müssen, es auch hier heisset: factum et pactum tertii aliis præiudicare non debet.

10 So ist der ietzige Besitzer des Guts der Kirchen zu B. von sieben Hufen die onera parochialia abzutragen schuldig:

11 Ist ferner der Hof mit einem Dorfe G. nach B. eingepfarret, daher der Pastor prærendiret, und sich bereits verlauten lassen, daß alle Häuser und Kahten, so von neuen auf dem G. Grund erbauet würden, zu B. zugleich eingepfarret seyn solten, und dahero gefraget wird:

Ob der Herr Pastor sich ein solches anzumassen, oder nicht vielmehr der Besitzer des Guts befugt sey, solche nach der P. anderer Kirche verlegen zu können?

Rationes dubitandi et decidendi.

12 Ob nun-wohl hiebey eingewandt werden möchte, daß keinem Pfarrer erlaubet sey, sich ein gewisses geistliches territorium, absonderlich in alieno territorio principis, zu machen, und sein ius parochiale auf die neu angebauete Häuser und Kahten, so noch bishero zu keiner parochie gehöret, zu extendiren, absonderlich, da nur der Hof limitate mit einer gewissen Pflug-Anzahl bey der Kirchen zu B. eingepfarret ist:

Weil aber dennoch der Besitzer des Guts N. 13
nicht in Abrede seyn mögen, daß das gantze Dorf G. nicht aber bloß gewisse determinirte Häuser und Kahten nach B. eingepfarret ist, ob es wohl unter einer fremden Herrschaft lieget, also der Pfarrer zu B. auf alle Einwohner des gedachten Dorfes, wenn auch solche von neuen erst angeleget werden solten, intentionem fundatam hat, nachdem vor Alters durchgehends verordnet ist, daß den Gemeinden gewisse Grentzen gesetzet, und daraus gewisse districtus parochiales erwachsen, welche auf dem Lande öfters viele Dörfer unter sich begreifen, nachdem es nicht practicabel gewesen; auf jedem Dorfe einen eigenen Prediger zu halten, also welche Dorfschaften einmal in eine Pfarre zusammen geschlagen, solche billig eine Gemeine ausmachen müssen,

GONZALEZ *ad c. 2. de paroch.*

welches dann nicht auf gewisse Häuser und Per- 14
sonen restringiret werden mag, ins besondere da das Dorf G. ohne einzige restriction der Kirche zu B. eingepfarret ist, und die limitate, mit gewisser Huffen Zahl geschehene Einpfarrung hiebey keine alteration, oder restriction machen kan, als welches nur intuitu onerum realium parochialium geschehen, keine Gemeinschaft aber mit denen zur Gemeinde gehörenden Personen hat, als welche quoad alios actus parochiales personales illimitate zu solcher parochie gehören, und daselbst die Sacra abwarten müssen, dabey auch nichts hindert, 15
daß das Dorf in alieno territorio lieget, licet enim contingat, vt territoria quoad iurisdictionem mutentur, non tamen statim inde fines parochiarum mutantur,

c. t. D. 10.

BARBOSA *de iur. eccl. lib. I. c. 20. n. 41.*

IDEM *de offic. et pot. paroch. P. 1. tit. 1. c. 7. n. 15.*

endlich auch keinem priuato erlaubet ist, die 16
Pfarrgräntzen zu ändern, und die Auspfarrung gewisser Bauren gegen die alten Gräntzen zu thun.

So erhellet hieraus so viel, daß der Pfarrer 17
zu B. die neu angebauete Höfe im Dorfe G. in seine Pfarre zu ziehen, wohl befugt sey.

Will dieselbe ferner belehret seyn.

Quæstio III.

Ob der Besitzer des Guts wenn er die so nicht unter der Kirchen Pflug-

Pflug-Zahl gerechnet werden, von einem Dorfe nach dem andern translociret, dem pastori zu B. für solchen Abgang gerecht zu werden schuldig?

Rationes dubitandi et decidendi.

18 So erachten wir für Recht, ob wohl durch solche Versetzung der Bauren dem Prediger an seinen Accidentien kein geringes abgehet, welche ihm doch in partem salarii mit assigniret sind, es auch fast das Ansehen gewinnen will, als wenn solche translocation dem Prediger zum præiuditz mit Fleiß geschehe, quod nemini iura indulgent.

l. 38. D. de rei vindic.

19 Weil aber dennoch allen und jeden Eingepfarreten wohl erlaubet ist, ceteris paribus ihr domicilium, und also auch per consequentiam die Pfarre zu mutiren, und dabey der Pfarrer kein ius contradicendi hat, ob ihm gleich etwas dabey an seinen Accidentien abgehen solte, zumahl solches lucra incerta sind, und durch den Zuwachs der Eingepfarreten vermehret, hergegen auch durch deren Abnahme verringert werden, welches denn auch bey translocirung der Unterthanen, als wodurch sie eben sowohl ihren sedem mutiren, statt finden muß. Endlich bey der diminutione lucrorum incertorum niemand einen Schaden anführen kan, cum modicum damnum æquo animo ferre debeat, cui immodicum lucrum non auferetur.

l. 25. ff. 6. locat.

21 So halten wir dafür, daß der Prediger für solchen Abgang nichts prætendiren könne.

Quæstio IV.

22 **Ob die bischöfliche Consistorial-Verordnung das Gut N. und dessen Eingepfarrete zur observantz verbinde, oder nicht vielmehr der Herrschaft zu N. die iura episcopalia gebühren?**

Rationes dubitandi et decidendi.

23 Hierbey ist zwar ausser allem Zweifel, quod per vnionem ecclesiarum in diuersis territoriis sitarum haud confundantur iurisdictiones ecclesiasticæ

c. 2. X. de velig. domib.

NICOL. *resp. 1. n. 30. seq.*

HERTIVS *de eccles. filial. ff. 11.*

HARPRECHT *cons. 12. n. 53.*

24 dahero denn die causæ ecclesiasticæ, so bey denen Unterthanen sich ereugen, vor jedes Orts eigenes consistorium gehören,

SLEVOGT *de vnion. eccles. p. 124.*

mit nichten aber die Dörfer, so in territorio alieno gelegen, der Consistorial-Ordnung der ecclesiæ matris unterworfen sind.

NICOLAI *cit. l.*

SLEVOGT *cit. l.*

Weil aber dennoch, was anitzo angeführet ist, 25
vornemlich alsdenn statt findet, wenn eine vnio ecclesiarum per subiectionem geschiehet, so daß die Filialisten noch ihre Kirche und Gemeine ausmachen, und bey der Haupt-Kirchen nicht eigentlich eingepfarret sind; hergegen es in 26
etwas eine andere Bewandniß hat, wenn unterschiedliche Dörfer eine Gemeinde ausmachen, und insgesamt bey einer Kirchen eingepfarret sind, da die umliegende Dörfer eigentlich nicht Filialisten, sondern schlechterdings Eingepfarrete heissen,

SCHILTER *institt. iur. canon. lib. 1. tit. 3. ff. 12. in f.*

und dahero aus solcher Vereinigung unterschied- 27
licher Dörfer, so in diuersis territoriis liegen, ein Unterscheid zu machen ist unter denen actibus, welche die Kirche, das Pfarr-Recht und Gemeinde, und unter denen, welche singulos in den Fällen angehen, welche mit der Gemeinde und Kirche keine connexion haben; da zwar im ersten Fall, was zum Exempel die Sacra, Accidentien, Begräbniß, Pfarr-Onera und davon dependirende Rechte betrift, billig nach der Consistorial Ordnung des Orts, wo die Kirche gelegen, alle Eingepfarreten gerichtet werden müssen, si vel maxime extra territorium vixerint, cum semel cum ecclesia principali in vnum corpus coaluerint;

SLEVOGT *de vnion. ecc. p. 135.*

hergegen was andere Consistorial Fälle, so ei- 28
gentlich die Gemeinde und Pfarr-iura nicht angehen, als dispensationes zu suchen in gradibus prohibitis, in causis sponsalium, divortiorum et separationis quoad thorum et mensam Recht zu nehmen, und dergleichen betrift, mit nichten gesaget werden, mag, daß in solchen die Unterthanen eines andern territorii an die Consistorial-Verordnung der Kirchen, wo sie eingepfarret sind, verbunden seyn solten, 29
cum quod vnionis finis non necessario includit, id etiam a matre ecclesia peti et exerceri nequeat,

HERTIVS *cit. l. ff. 9.*

nec præsumitur consistorium ecclesiasticum concessione vnius iuris cetera æque indulsisse, quæ separata adhuc durare possunt.

SLEVOGT *cit. l. p. 137.*

So erhellet hieraus so viel, daß die bischöfli- 30
che E. Consistorial-Ordnung das Gut N. und dessen Eingepfarrete nicht schlechterdings, sondern nur in Fällen, die die Kirche, Pfarrgerechtigkeit und Gemeinde betreffen, verbinde.

Machet endlich die Kirche zu B. an dem Hof 31
N. eine alte prærension vom Glocken-Gelde imgleichen

imgleichen wegen einiger hundert Fuß Bauholtzes, welche das E. consistorium bey letzter Verkaufung des Guts an den seligen Amts-Verwalter V. auch dem Käufer kund gethan, welcher aber, daß solches ihn nicht anginge, referiret, worauf wegen des Guts das gewöhnliche proclama, sub pœna præclusi et perpetui silentii, ergangen, sich aber wegen des consistorii niemand gemeldet, daher gefraget wird:

Ob nicht die Kirche zu B. dieser Forderung verlustig sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

32 Ob nun wohl an und vor sich selbsten klar ist, daß das E. Consistorium bey dem Käufer tempore venditionis sich gemeldet, und die Schuld angegeben, hergegen das proclama sub pœna præclusi zwar wohl die Unterthanen und andere privatos, nicht aber das E. Consistorium zu vinculiren scheinet, insbesondere da dasselbe seinen besondern Zwang in dieser Sache hat, und gegen die morosos des Todten-Banns sich gebrauchen kan.

33 Weil aber dennoch bey Verkaufung der Güter zu dem Ende die proclamata sub pœna præclusi geschehen, daß alle diejenige, welche auf das Gut eine Anforderung haben, erscheinen, die ausenbleibenden aber gäntzlich ausgeschlossen werden, vt emtor liberas ædes accipiat, und 34 durch dergleichen citationes, welche in der That weiter nichts als eine prouocation ad agendum vel exigendum nomen sind, alle und iede creditores, cuiuscunque conditionis fuerint, eben wie in concursu, wohl provociret werden mögen, dergestalt, daß sie nachgehends von dem emtore nichts mehr zu fordern berechtiget sind, mithin, da die Schuld in regard des Käufers erloschen, der Todten- 35 Bann auch nicht statt finden kan, vbi enim nullum est ius exigendi, deficit quoque ius cogendi.

So mag die Kirche zu B. diese Posten von 36 dem Käufer des Guts und dessen Erben nicht fordern, doch bleibet ihr, sich dieserwegen an denen Verkäuferinnen zu erholen, unbenommen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBR. MDCCXVI.

DECISIO XLVII.

THEMA.

De decretorum visitationum extraordinariarum ecclesiasticarum efficacia.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Existente remedio ordinario restitutio in integrum locum non habet. n. 2.
Præsertim iusta deficiente causa. n. 3.
Referens non probat sine relato. n. 4.
Præscriptio omnes actiones tollit. n. 5.
Dominium solidum bonorum emphyteuticorum a possessore acquiri potest, si pro suo possedit. n. 6.
Iusta contradicendi causa excusat a refusione expensarum. n. 7.
Ecclesia gaudet iure minorum et contra desertionem probationis breui manu restituenda est. n. 8.
In dubio contra iactuvam actionis, quæ ecclesiæ competiit, pronunciandum est. n. 9.
Decreta visitationum extraordinariarum ecclesiasticarum pro documentis publicis in archiuis habentur, n. 10.
et vim rei iudicatæ habent, nisi appellatum fuerit. n. 11.
Res conductæ sunt inpræscriptibiles. n. 12.
Verbum census Zinß, *latissimum habet ambitum.* n. 13.
Annua intra tempus præscriptionis longissime peti queunt. n. 14.
Bona fides excusat a refusione expensarum. n. 15.
Decisio. n. 16.

Als die Herren uns Leuterungs-Schrift und dawider opponirte exceptiones in Sachen des Freyherrn von M. Beklagten und Leuteraten an einem und der Kirche zu D., und deren Vorsteher Klägere und Leuteraten am anderen Theil ꝛc.

Daß es der eingewandten Leuterung ohngeachtet bey dem fol. 225. befindlichen, und den 4. Jul. 1737 eröffneten Urtheil billig ver-

verbleibet, es könte und wolte dann Beklagter bey dem andern und dritten gravamine sich vermittels Eydes reinigen, und daß er nicht gewust noch erfahren, daß die quæstionirte Wiese eine Kirchen-Wiese und von derselben der Kirchen zu D. ein jährlicher Zinß zu bezahlen sey, schweren, so wäre er alsdann mit Bezahlung aller noch restirenden Pächte und Proceß-Kosten zu verschonen, und jene nur von viertzig Jahren nebst Abtretung derselben abzutragen schuldig, die Unkosten aber des processus alsdann zu compensiren und aufzuheben. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl Beklagter gegen den von der Kirchen zu D. geführten Beweiß præliminariter eingewendet, daß 1) dieselbe sich offenbar daran versäumet, und um destoweniger contra omissam probationem zu restituiren gewesen, als eine iusta causa dazu ermangelt, und klagende Kirche allenfalls ihren regreß gegen ihren Anwald nehmen können, als worin remedium ordinarium bestehe, so vorher gebrauchet werden müssen, ehe man ad extraordina-
3 rium greifen könne; welchem noch 2) der in Iustitz-reglement gegründete Verlust des processus hinzugetreten, nachdem die Kirche etliche Jahr den procels liegen lassen, und deswegen keine Entschuldigung habe, nachdem es derselben niemahlen an einem advocato ermangeln können, die angegebene Dürftigkeit derselben auch nicht zureichend sey, gestalt die Kirche endlich doch den Procels wieder fortgesetzet, ob sie wohl voritzo nicht reicher sey, als sie vorher gewesen, diesenmach auf den Beweiß nicht so wohl als auf den Verlust der Sachen erkant werden müssen. Und da dieses dennoch geschehen, Beklagter vermeinen wollen, 3) daß die
4 Kirche probanda nicht erwiesen, und dahero sein erstes gravamen darin gesetzet, daß das Gegentheil per sententiam erkant sey, dabey es denn darauf ankommt: ob das visitations-Buch, woraus der extractus fol. 101. sub A. genommen, vim probandi habe? als welches er nicht gesehen, inzwischen doch aus denen Rechten fol. 210. sqq. die requisita, so dabey zu observiren, in actis angeführet, nach welchen
5 solches zu examiniren. Ausserdem aber solcher extract ein referens sey, und sich auf einen Abschied bezöge, dahero derselbe zuforderst angeschaffet werden müsse, cum referens non probet, nisi constet de relato, gleichwie auch der extractus sub B. sich auf ein Versprechen gründe, so bloß die Bauren referiret, gleichwohl dahero nicht so fort als wahr angenommen werden sollen, ausserdem in denen extracten sich nicht befinde, ob die Kirche die quæstionirte Wiese iemahlen besessen, und quo iure solche derselben zugehöret, zumahl wenn dieses wahr, Beklagter solche nicht zu seiner Schäferey ziehen können, die Kirche aber über hundert Jahr nicht stille sitzen würde, woraus allenfalls eine triplicata præscriptio entstünde; daraus 4) das andere gravamen erwachsen, anerwogen wenn 6
gleich der Beweiß richtig seyn solte, dennoch nicht daraus folgen könte, daß er die quæstionirte Wiese der Kirche abtreten müste, und daß was davon jährlich zu entrichten, ein Pacht-Zinß sey, als welches in denen extracten nicht befindlich, in welchen bloß eines Zinsen gedacht werde, so mehr für einen Erb-Zinß anzunehmen, auch von einem geschehenen Pacht-negotio keine Spur anzutreffen, dem zufolge denn keine Abtretung statt finde, weil bey emphyteut. Gütern ein dominium vtile et sic perpetuum transferiret werde; bey solchen Gütern aber die præscriptio dergestalt statt hat, vt dominium solidum a possessore acquiri queat, bevorab wenn er solches mit pro suo besessen,

CARPZ. *P. 2. c. 3. def. 17.*

und über 120 Jahr, wie hier nach der Kirche angeben, verflossen, welcher lapsus annorum ein tempus immemoriale in sich zu halten scheinet; endlich 5) das letzte gravamen 7
darin gesetzet wird; daß Beklagter in die Unkosten condemniret worden, da er doch iustam contradicendi causam vor sich habe, und niemand in Ubrede seyn werde, daß seine exceptiones für erheblich zu achten.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) fol. 103. bereits 8
wegen der desertion erkant, und die Kirche mit ihrer Bescheinigung noch zugelassen ist, und als Beklagter dagegen geleutert, die Leuterung fol. 109. b. reiiciret, und dahero der Abschied rechtskräftig worden, daß dem Beklagten die exceptio rei iudicatæ entgegen stehet, und wenn auch solche nicht verhanden, dennoch die Kirche iura minorum hat, und contra desertionem ohne Weitläuftigkeit restituiret werden müste,

c. 1 et 2. X. de restit. in integr.

noch exemplo minorum verbunden ist, zuforderst den regreß gegen dem Anwald zu nehmen; ad 2) aber zwar an dem ist, daß kla- 9
gende Kirche einige Jahre den procels liegen lassen, gleichwol solches mehr aus Unvermögenheit als dolose et ex proæresi geschehen, welches letztere doch in Justitz-regliment zum Grunde geleget wird, anbey diese Sache eine unvermögende Kirche betrift, die in iure einen grossen favorem hat, daß die Nachläßigkeit der Vorsteher solcher nicht præiudiciren mag, so daß in dubio contra iacturam actionis billig zu sprechen, und so viel ad 3) das erste gravamen 10
betrift, der Beweiß durch die documenta publica fol. 101. sq. zur Genüge vollführet worden, zumahl in termino die visitations-Bücher, woraus die extractus genommen, produciret, und Beklagten das eine recognosciret, das andere aber in contumaciam pro recognito angenommen ist, und sich gebühret hatte, daß, wenn er gegen dieselbe was einzuwenden gehabt,

er solches bewerckstelliget, so er aber nicht gethan; inzwischen diese Bücher publica auctoritate verfertiget, und als documenta publica in archivo aufbewahret sind, so daß um desto weniger an deren legalität etwas auszusetzen;
11 hierüber irrig ist, daß der extractus sub A. ein referens sey, dieweil, was von Verabschieden darin gedacht ist, nichts mehr andeutet, als daß das conclusum von den visitatoribus darüber, was vorgetragen, gemacht, nicht aber, daß ein förmlicher Abschied, wie in Gerichten gewöhnlich publiciret, oder insinuiret sey, zumahl der Befehlhaber von B. gegenwärtig gewesen, und, was geschlossen worden, mit angehöret, auch sich anheischig gemachet, dafür zu sorgen, daß solchem Abschiede wegen jährlich zu zahlenden eines Gulden Zinß von der quæstionirten Wiese, nachgelebet würde, wodurch also der damahlige Herr von B. vollkommene Notitz von dem, was vorgegangen, erlanget, und nichtsdestoweniger dabey acquiesciret, ja nach dem visitations-extract de an. 1589. sub B. in welchem von den pertinentien der D. Kirchen gehandelt ist, solches bestätiget und angezeiget wird, daß die von M. von der quæstionirten Wiese einen Gulden zu geben gelobet, gleichwol, weil die Bauren sich beklaget, daß ein Gulden viel zu wenig Zinß wäre, er zwey Thaler von dieser Wiese zu geben versprochen, worauf an den von M. geschrieben sey, die zwey Thaler zu geben, oder die Wiese liegen zu lassen, eventualiter aber Ursache anzuzeigen, warum solches nicht geschehen könne, darauf aber keine Antwort erfolget, so doch geschehen sollen und müssen, wenn dem von M. dieses nicht angestanden, cum decreta harum visitationum extraordinariarum, quæ publica auctoritate fiunt, vim rei iudicatæ habeant, ni appellatum fuerit.

MEV. *P. 6. decis. 289. n. 2. sqq.*

12 Uebrigens was gegen das Eigenthum der Kirche an dieser Wiese angeführet worden, um desto weniger in regard zu ziehen gewesen, als in Gegenwart des M. Befehlshaber zu dem Kirchen-Vermögen die quæstionirte Wiese bey der visitation de an. 1564 expresse geschlagen, und bey der andern visitation de an. 1589 solches wiederholet, auch expresse unter die Kirchenpertinentien referiret ist, so daß Beklagten Vorfahren solche nicht anders als pachtweise inne haben können, und der Kirche ihr Recht daran per lapsum plusquam centum annorum nicht benommen werden mögen, da res conductæ inpræscriptibiles sind, wodurch ad 4) das gravamen secundum abgelehnet 13
wird, anerwogen, daß auch ein locarium ein Zinß genennet werde, und aus solchem Worte nicht præcise ein Erbzinß zu schliessen sey, an und vor sich selbst richtig, in hypothesi aber daher klar ist, weil man eines theils bey dem einen Gulden Zinß nicht acquiesciret, sondern denselben auf zwey Thaler erhöhet, so bey Erb-Zinsen nicht angehet: andern theils bey der visitation de an. 1589 dem von M. angedeutet worden, entweder zwey Thaler zu geben oder die Wiese liegen zu lassen, dagegen er damahls nichts gemeldet, also tacite eingeräumet, daß es ein Pacht-negotium sey, so mit der Kirchen geschlossen, welche alle præscription ausschliesset. Jedoch, wenn Beklagter sich vermittels Eydes 14
reinigen könte, daß er von den Pacht- oder Zinß-Leistungen nicht gewust, also in bona fide gewesen, die Kirche alsdann nicht weiter als von vierzig Jahren her, den Rest des Pacht-Zinß fordern könte, cum etiam annua intra tempus præscriptionis longissimæ peti queant,

l. 7. §. 5. C. de præscr. 30 vel 40. ann.

in solchem Fall also ad 5) die expensæ nicht 15
unbillig zu compensiren seyn würden, da sonsten, wenn Beklagter zu schweren nicht bestand seyn solte, es bey dem fol. 225. befindlichen Urtheil verleiben müste.

So ist wie geschehen, zu erkennen gewesen. 16

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXVIII.

RESPONSVM XLIIX.

THEMATA.

I. Num annus gratiæ heredibus collateralibus vel extraneis denegandus sit?

II. De anno deseruito.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1.

Annus gratiæ est beneficium viduarum et liberorum. n. 2.

Vox Erben pro substrata materia extendenda vel restringenda est. n. 3.

Ab anno gratiæ collaterales non in omnibus capitulis excluduntur. n. 4.

Quem in finem annus gratiæ primario introductus sit? n. 5.

Annus gratiæ cedit domui mortuariæ. n. 6.

Valet

Valet consuetudo, vt primi anni fructus post obitum defuncti canonici cedant eius heredibus. n. 6.

Annus caventiæ quid sit? n. 7.

Annus deseruitus quomodo differat ab anno gratiæ? n. 8.

Decisio. n. 9.

1 Als derselbe uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen ꝛc. demnach ꝛc.

Hat ein gewisser in cœlibatu lebender Cavalier vor einigen Jahren in einem bekandten der Evangelischen Religion itzo zugethanen hohen Stifte, eine præbende titulo oneroso acquiriret, und da er das verwichene Jahr acht Wochen daselbsten residiret, seine gnädigste Herrschaft ihn zurückgefordert, anbey verschaffet, daß das capitulum wegen der rückständigen neun Wochen, da er noch residiren müssen, mit ihm dispensiret und ihm pro forma eine commission ertheilet, laut Beylage sub B. C. D. Ist aber derselbe auf der Hinreise in einer gewissen Stadt verstorben, und dessen Brüdern, welche sich als heredes ab intestato wegen der prouentuum anni gratiæ bey dem capitulo melden, von demselben disput gemacht, und solcher ihnen gantz denegiret worden, dahero,

Was hierin Rechtens?

gefraget wird.

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wohl das capitulum für sich anführet, daß in anno 1671 von denen damahligen Herren Capitularen ein gewisser recess gemachet, vermöge dessen, wenn ein capitularis, bevor er annum residentiæ erfüllet, und annum deseruitum zurück geleget, versterben würde, allein dessen hinterbliebenen Witwen und Kindern prospiciret, und ihnen annus gratiæ assigniret, expresse aber dabey ausbedungen worden, daß solcher Vergleich auf collateralische und auswärtige Testaments-Erben nicht zu extendiren, welchen Vergleich auch der Verstorbene unterschrieben, und dadurch seinen collateralibus præiudiciret; welchen noch beyzutreten scheinet, daß bey denen Protestirenden fast durchgehends der annus gratiæ auf Witwen und Kinder restringiret, hergegen collaterales und extranei heredes davon ausgeschlossen werden.

CARPZ. *lib. I. iurispr. consist. def. 217. sq.*
RAVCHBAR *P. I. qu. 25. n. 14.*
FINCKELTHAVS *de iur. patron. c. 6. n. 111.*
B. STRYK. *de anno gratiæ c. 3.*

3 Dahero ob wohl in denen statutis capitularibus der Erben generaliter Meldung geschehen, doch solches pro subſtrata materia dergestalt zu interpretiren, daß solche von denen verstanden werden müssen, welche des anni gratiæ fähig seyn können.

Bœhm. Conſ. T. III. P. I.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch der annus gratiæ 4
bloß ex priuilegio dependiret, und dabey keine Universal-Regel durchgehends gemachet werden kan, absonderlich aber, daß derselbe auch denen collateralibus mit zu gute komme, bey vielen capitulis eingeführet ist, zumahl schon lange vor der Reformation und im zwölften seculo der annus gratiæ in einigen capitulis bekant gewesen,

WEHNER *in observ. voce* Gnaden-Jahr.

und zu der Zeit derselben Witwen und Kinder 5
nicht einsten zukommen mögen, sondern solcher annus gratiæ vornemlich anfänglich darzu eingeführet worden, daß des defuncti capitularis Schulden davon desto besser abgetragen würden,

SCHATEN. *in annal. Paderborn. ad an. 1293. p. 177. et ann. 1295. p. 180.*
WEHNER *in observ. cit. l.*

und da nun solche obligation bey denen prote- 6
stirenden Stifts-Personen heute zu Tage denen Erben überhaupt oblieget, es also auch billig ist, daß der annus gratiæ denen collateralibus sowol als Kindern zu gute kommen müsse, die paritas rationis in beyden Fällen zu finden, und sowohl die Kinder als collaterales des defuncti Schulden bezahlen müssen, dahero auch von dieser praxi capitulorum selbsten die pontificii behaupten, quod annus gratiæ cedat domui morturiæ,

ESPEN *in iur. eccles. P. 2. tit. 23. c. 8. §. 29.*

et quod valeat consuetudo, vt primi anni 6
fructus post obitum defuncti canonici cedant eius heredibus.

c. 2. in extrav Iob. XXII. de elect.
BARBOSA *ad cit. tr. n. 2.*

In welcher Erwegung dann, was bey denen 7
Pfarren in den protestirenden Kirchen eingeführet worden, zu keiner consequentz gezogen, und auf die hohen Stifter appliciret werden mag, absonderlich, da bey diesen die Carentz-Jahre eingeführet sind, vi cuius canonici noui primi anni reditibus carere compelluntur, et loco huius heredibus eorum anni vnius post mortem reditus relinquuntur,

cit. l. c. 2.
WAMES. *conſ. iur. pontif. 234. n. 8.*
B. STRYK. *de anno gratiæ c. 3. inſ.*

welche rario bey denen Pfarren und anderen geistlichen Aemtern cessiret, und dahero der annus gratiæ billig bey denselben restringiret werden müssen; wie denn auch der Verstorbene von Adel in der sub lit. A. befindlichen Beylage sich zu den Carentz-Jahren verpflichtet

gemachet, dahero aus denen iezt angeführten Gründen deutlich erhellet, daß die verba statuti capitularis, so der Erben indefinite gedencken, billig auch von denen collateralibus zu verstehen sind, zumahl daselbst folgender gestalt disponiret wird,

c. 9. §. 7.

Decani et cuiusuis canonici capitularis defuncti heredibus prouentus decanales, vel canonicales, quos defunctus habuit vltra annum deseruitum, per integrum adhuc annum, qui gratiæ vocatur, debentur.

8 und mag hieher, was in recessu de anno 1671 beliebet worden, nicht gezogen werden, als welcher recess das angeführte statutum capitulare nicht aufhebet noch restringiret, sondern in faveur der Witwen und Kinder dasselbe dergestalt extendiret, daß wenn der Verstorbene capitularis den annum residentiæ tempore mortis völlig deserviret, alsdenn dessen Kinder und Witwe vltra annum deservitum duos annos gratiæ, im Fall aber derselbe ante tempus residentiæ completum versterben solte, alsdenn die Witwe und Kinder nur den annum deseruitum pro rata nebst denen Revenüen des anni gratiæ geniessen sollen, von welcher neuen disposition des duplicis anni gratiæ allein die collaterales ausgeschlossen sind, auch solcher recess, als welcher contra statutum capituli ist, billig restringiret werden muß, ne nimium ab eo recedar.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß 9
des Verstorbenen capitularis Brüdern der annus capitularis billig zu gute kommen müsse. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVARIO MDCCXIII.

RESPONSVM XLIX.

THEMA.

Quatenus in foro protestantium de reditibus beneficii ecclesiastici inter patrem et filium valide transigi queat?

SVMMARIA.

Quæstio proposita. n. 1.

Quicquid filius acquirit intuitu patris, ita vt pater vnica causa acquirendi fuerit, ad peculium profectitium refertur n. 2. 3. 31.

et patri ex eo omne lucrum obuenit. n. 4.

Beneficia a superiori pensionibus onerari possunt. n. 5.

Pontifex etiam concedere potest, vt, qui titulum beneficii non habet, illius fructus percipiat, n. 6.

non habita distinctione concessionis expressæ vel tacitæ. n. 7. 8.

Pacta confidentiæ quatenus in beneficiis admittantur? n. 9. 33. 34.

Liber VII. Decretalium in foris protestantium non est receptus. n. 10.

Inhabiles ad præbendas etiam admittuntur per viam commendarum. n. 11. 12.

In interpretatione voluntatis inprimis ad intentionem disponentis respiciendum est. n. 12.

Præbendæ hodie inter protestantes non sunt extra commercium. n. 13. 14.

Iuramentum impedit restitutionem minorennium. n. 15.

Contra transactionem ex post agnitam coactio allegari nequit. n. 16.

Ad transactionem inter patrem et filium minorennem huic curator constituendus est. n. 17.

Cui beneficium est collatum, ei etiam fructus eius debentur. n. 18. 19. 24.

Beneficium datur ob officium. n. 20.

Præbendæ nomine stipendiorum militiæ clericalis veniunt. n. 21.

Officia sacra cum annexo beneficio nemini nisi in numerum canonicorum recepto acquiri possunt. n. 22.

Beneficia ecclesiastica habent naturam peculii quasi castrensis. n. 23.

Pacta de præbendis sunt simoniaca. n. 25. 26. 27. 29.

Concussio colligitur ex de negatione alimentorum ad vitam academicam. n. 28.

Pacta metu iusto inita sunt nulla. n. 30. 36.

A pensionibus publice concessis ad pacta privata et simoniaca conclusio non valet. n. 32.

Pensiones non debentur nisi expresse impositæ vel reservatæ fuerint auctoritate papali vel episcopali. ibid.

In commendis consensus superioris expresse declarandus est. n. 35.

Decisio quæstionis. n. 38.

1 Es uns derselbe eine facti speciem nebst zwey Beylagen zugeschicket, und über die Frage:

Ob Beklagter den Vergleich sub B. schlechterdings zu halten schuldig, oder nicht vielmehr mediante restitutione in integrum **aufgehoben werden könne, und sodann der** canonicus B. **mit der Bezahlung und Conferirung der** præbende **gäntzlich zu verschonen sey?**

Unsere Rechts-Belehrung gebeten, so erkennen Wir ꝛc. für Recht:

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl eingewandt werden möchte, 1) daß von S. Königl. Majestät in N. im anno 1727 des canonici seligen Herrn Vater, der Königl. Stallmeister zu N. Christian B., für seiner Söhne einen, sich eine præbende bey dem collegiat-Stift B. Mar. v. in H. ausgebeten, solche Gnade auch erhalten, und bey S. Königl. Majestät es dahin bewircket, daß höchst Dieselbe die præbende, so anno 1728 vacant worden, seinem andern Sohn Chr. B., allergnädigst nach der Beylage sub lit. A. conferiret, derselbe auch wirklich, præstitis præstandis, ad stallum et chorum per procuratorem a capitulo zugelassen worden, und nach geendigten Carentz-Jahren zur Hebung per patrem gekommen, gleichwohl solche collation intuitu patris et ob eius bene merita geschehen, zumahl S. Kön. Majestät dem gedachten Stallmeister, des canonici B. Vater, diese Gnade erwiesen, und er die freye Macht gehabt, einen von seinen Söhnen zu solchem beneficio zu præsentiren, mithin der ietzige canonicus B. nicht ob propria merita, sondern intuitu patris, und ob eius bene merita diese præbende erhalten, woraus
3 denn 2) geschlossen werden möchte, daß der canonicus C. B. bloß den Namen dazu geben müssen, dessen Vater aber darunter gemeinet gewesen, und also diese gratiosa acquisitio ad peculium profectitium zu referiren sey, cum quicquid filius acquirit intuitu patris, ita vt pater vnica causa proxima acquirendi fuerit, et, eo remoto, donatio a principe facta non fuisset, illud ad peculium profectitium referatur,

ff. l. per quas pers. cuique acquir.

FRANZK. *lib. 2. resp. 27. n. 1. sqq.*

4 et sic patri omnis acquæstus et lucrum ex eo obueniat.

FRANZK *cit. l. n. 9.*

Dem zu folge denn 3) der Stallmeister B. wohl befugt gewesen zu seyn scheinet, die Revenüen dieser præbende sich anzumassen, und darüber durch den seinem Sohn vorgelegten Vergleich zu disponiren; zumahl ein anders das ius præbendæ ist, ein anders aber die davon fallende Revenüen sind, wobey ein tertius auf vielerley Art und Weise interessiret seyn und Theil daran nehmen kan, wie man solches 4) aus denen 5
auf die beneficia a superiori gelegte pensiones wahrnimmt, die ein tertius ex sola gratia superioris von eines andern beneficio, darin dieser intituliret ist, geniesset, und solche communi vsu bestätiget sind,

TONDVTI *de pensionib. eccl. c. 1. sqq.*
DARTIS *de benef. sect. V. c. 3.*

dergleichen Absicht 5) S. Königl. Majest. auch 6
bey der collatur dieser præbende gehabt haben muß, daß die davon fallende Revenüen dem Stallmeister selbsten zu nutze kommen, und er darüber freye Macht zu disponiren haben solle, ob gleich seinem Sohn die collatur geschehen, und er in diesem beneficio intituliret worden, cum etiam pontifex possit concedere, vt, qui titulum beneficii non habet, illius fructus percipiat,

c. 10. de rescript. in 6. c. 26. eod.

TONDVTI *cit. l. n. 11.*

dergleichen concession 6) nicht allein expres- 7
se sondern auch wohl tacite geschehen möchte, cum idem operetur tacita voluntas, quod expressa, also nicht zu hindern scheinet, daß es an der expressa concessione principis ermangelt, aus welcher Absicht auch 7) das capitu- 8
lum B. M. v. den Vergleich zwischen Vater und Sohn sub B. confirmiret, und darüber zu halten sich anheischig gemachet, nach welchem der Sohn zur Herausgabe eines gewissen Geldes an seine Miterben an statt der Revenüen sich engagiret, dahero auch 8) die so genannten 9
confidentiæ seu pacta fiduciaria, vermöge deren auch ein inhabilis die Revenüen von einem beneficio, so ein anderer besitzet, geniessen kan, zu referiren, wie absonderlich in Franckreich dergleichen pacta für gültig geachtet werden,

FLAMIN. PARISIVS *de confidentiis qu. 10. n. 26.*

auch billig 9) gezweifelt werden möchte, ob die 10
constitutiones *Pii IV et V* iemahls in Teutschland angenommen, welche die confidentias abgeschaffet, iedoch sich dabey alle Freyheit vorbehalten haben, bevorab da die constitutio *Pii IV.* allein dem *libro VII. decretal. c. 4. de Simoniac.* einverleibet worden, bekant aber dabey ist, daß solche compilatio niemahls in foris ecclesiasticis angenommen ist, auch der Römische Hof noch täglich dergleichen pacta confidentiarum zulässet und approbiret, welches also um destomehr in voluntate et approbatione statuum euangelicorum zu setzen; ja 10) 11
noch mehr Wegs erfunden sind, wie auch die inhabiles, als feminæ, laici, infantes etc. zum Genuß der Revenüen einer præbende, mit welcher ein habilis intituliret ist, per viam commendarum gelangen können,

FLEVRY *in instit. iur. eccl. P. II. c. 26.*
ESPEN. *de iur. eccles. P. 1. tit. 31. c. 7. n. 35. sqq.*

12 dergestalt, daß 11) gar nichts neues und ungewöhnliches ist, daß die reditus præbendarum ex voluntate superioris auch wohl einem andern, dem solche nicht conferiret worden, zu gute kommen können, an welcher Willens-Meinung S. Königl. Majestät in N. 12) es alhier nicht ermangeln will, da ausgemachet ist, daß S. Königl. Majestät den Herrn Stallmeister B. selbsten begnadigen, und ihm in seinem andern Sohn dieses beneficium zueignen wollen, so daß wenn S. Königl. Majestät bey der collation allerunterthänigst befraget worden wären: ob nicht der Stallmeister die Revenüen der præbende sich pro parte maxima anzumassen berechtiget seyn solte? Ihro Königl. Majestät nach dero hiebey geführten Absicht solches ohne Zweifel accordiren und zugeben würden, auf welchen Umstand in interpretatione voluntatis alterius es sehr viel ankommt. Und ob wol
13 13) übrigens die præbendæ propter officium sacrum verliehen werden, und mit solchen nicht also wie mit andern rebus donatis verfahren, noch solche ad peculium patris profectitium gezogen werden möchten; so ist dennoch der status canonicatuum in denen Stiftern sehr geändert, und sind nach der gemeinen vlanza solche nicht extra commercium mehr zu setzen, da sie offenbar verkaufet, vertauschet, oder sonsten auf andere Art transferiret werden können, zugeschweigen anderer pactorum, die dabey täglich
14 vorkommen; quo posito 14) es das Ansehen gewinnen will, als wenn der Stallmeister sich seines Rechts bedienet, daß er seinem Sohn, als er auf Universitäten ziehen wollen, einen revers vorgeleget, und ihn einiger massen zu dessen Unterschrift genöthiget, ja endlich befugt gewesen, auch den andern Vergleich super reditibus sub B. mit seinem Sohn einzugehen, und seinen Sohn, der sich nicht wollen weisen lassen, per indirectum dazu zu nöthigen, solchen
15 Vergleich einzugehen; gegen welchen 15) keine restitutio in integrum ex capite vel ætatis vel metus statt finden kan, da eines theils der letzte Vergleich beschworen, und das iuramentum restitutionem minorennium verhindert:

AVTH. *sacramenta puberum. C. si adv. vend.*

16 andern theils der angethane Zwang nicht eben zu improbiren, nachdem dem Vater die Revenüen der præbende eigentlich gehöret, worüber er zu disponiren befugt gewesen, der Sohn aber solche wiederrechtlich sich zueignen und dem profectitio peculio entziehen wollen, dahero denn die geschehene coactio licita gewesen seyn möchte, bevorab, da der Sohn 16) ex post facto den Vergleich erfüllet, und die seinem Vater stipulirte drey hundert Thaler jährlich, so lange er gelebet, gezahlet, also solche Handlung approbiret, vt amplius coactio allegari nequeat;

c. 6. et 28. X. de sponsal.

17 zueschweigen, daß 17) zwischen Vater und Sohn alhier Streit wegen Einhebung derer præbendal-Revenüen gewesen, und solche durch interpositionem guter Freunde, ja des capituli selbst endlich beygeleget, dem Herrn canonico B. aber ein curator iudicialiter gesetzet worden, der in solchen Vergleich consentiret, und es also das Ansehen gewinnen will, als wenn es bey demselben lediglich sein Bewenden haben müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) der sel. Stallmei- 18
ster B. expresse für einen seiner Söhne eine præbende im Stift B. M. V. bey S. Königl. Majestät, sich ausgebeten, und solche Gnade höchst Dieselbe ihm accordiret, mithin ob er zwar causa mouens, daß S. Königl. Majestät seinem andern Sohn die præbende conferiret, gewesen, dennoch höchst Dieselbe solche nicht ihm, dem Stallmeister selbsten, conferiren wollen, als welcher die præbende nicht verlanget, auch dazu die qualitates in canonicis desideratas nicht gehabt, sondern schlechterdings gewolt, daß solche seinem andern Sohn conferiret werden möchte, der auch in confratrem aufgenommen, und stallum in choro überkommen, also Eigenthümer von der præbende dadurch geworden, zumahlen 2) der Stallmeister dabey 19
sich nichts reserviret, oder specialiter bey S. Königl. Majestät ausgebeten, daß etwas ihm dabey zu gute gehen solte, sondern er vielmehr geschehen lassen, daß die collatio nebst der installatione pure und ohne einige reservation an seinem andern Sohn geschehen ist, wodurch er ein beständiges ius reale an der præbende cum facultate fructus percipiendi, nebst der possessione vel quasi, erhalten,

c. 1. de R. I. in 6.

in numerum verorum canonicorum, qui ad seruitia diuina obligantur, aufgenommen, das iuramentum canonicorum præstiret, und dahero auch die fructus seines Canonicats sich optimo iure zueignen, keinesweges aber 3) der 20
Vater ihn davon unter dem prætext eines peculii profectitii nicht verdrengen können, cum beneficium detur propter officium, so nicht dem Vater sondern dem Sohn oblieget, und dabey ad residentiam verbunden,

c. f. de rescript. in 6.

vnde præbendæ dicuntur conuenientia sti- 21
pendia militiæ clericalis,

c. 4. X. de præbend.

et adeo inter se connexa sunt officium et beneficium, vt, qui ad illud admotus est, hoc carere non possit, nec eo defraudari;

c. 16. X. de præb.

qua de causa ei, qui canonice institutus et in choro et in capitulo et in aliis, quorum vsus est communis, potestatem sicut canonicus habet, is quoque præbenda gaudere debet; quoniam non est congruum, vt præbenda, seu reditibus et commodis beneficii careat, qui in numerum canonicorum noscitur esse receptus, vt dicitur

in

22 *in c. 9. X. de præbend.*
und obgleich 4) in consideration und ob bene merita patris von S. Königl. Majestät die collatio an den canonicum B. geschehen, dennoch man diese Gnade nicht als andere geschenckte Güter, die per filium dem Vater acquiriret werden können, ansehen kan, da eines theils die officia sacra cum annexo beneficio keine res in commercio sind, quæ cuicunque acquiri possunt, sondern wer in numerum canonicorum aufgenommen und als canonicus sich legitimiren kan, derselbe auch billig die bey dem geistlichen Amte gelegte præbende haben und geniessen muß, wie die vorgedachten prin-
23 cipia darlegen: andern theils kein Vater die reditus parochiales begehren mag, wenn gleich seinem Sohne bloß in seiner consideration die Pfarre ist verliehen worden, dabey der Sohn das Pfarr-Amt, und nicht der Vater verrichtet, dergestalt, daß auch der Sohn dieserwegen nicht einsten ad collationem post mortem patris verbunden werden mag, cum beneficia ecclesiastica naturam habeant peculii quasi castrensis,

Nov. 123. c. 29.

24 und der Sohn diese Revenüen seines beneficii nicht proxime ex beneficio patris, sondern vielmehr so wohl ex collatione episcopi als ex dispositione legis geniesset, da dergleichen collatio ob causam connexam geschiehet, und die intentio collatoris nach denen angeführten iuribus dahin gehet, vt, qui officium sacrum tanquam canonicus præstat, fructus quoque beneficii percipere debeat. Bey welcher Be-
25 schaffenheit 5) der Stallmeister B sich unrechtmäßiger Weise der præbende angemasset, darüber als de re sua disponiret, und so gar dieselbe einem vornehmen General resigniren wollen, die doch nicht ihm, sondern pure dessen Sohn conferiret ist, solches also alles de facto geschehen und keinen effectum iuris erreichen kan, dahe-
26 ro er 6) um destoweniger befugt gewesen, von seinem Sohn, als er auf Universitäten ziehen wollen, einen revers zu begehren, und die Unterschrift von ihm zu extorquiren, endlich auch ihn zu einem solchen enormen Vergleich, als sub lit. B. zu befinden, zu nöthigen, dadurch der Sohn nicht allein jährlich drey hundert Thlr. dem Vater zahlen, sondern auch sich engagiren müssen, drey tausend zwey hundert Thaler an ihn, oder nach dessen Tode an seine Geschwister zu præstiren, und noch tausend Thaler bey der Erbschaft dies-
27 erwegen zu conferiren, dergleichen pacta allen geistlichen Rechten zuwider sind, und keinen Bestand haben können, vielmehr als simoniaca verworfen werden, welches absonderlich INNOCENTIVS III. in folgenden Worten bezeuget: per tuas nobis literas intimasti, quod cum D. laror præsentium vellet in subdiaconum ordinari et certum titulum non haberet, quendam presbyterum exorauit, vt ipsum ad ecclesiæ suæ titulum præsentaret; quod cum ille facere recusaret, ipse illi firmiter repromisit, quod nunquam, si præsentaret eundem in ecclesia sua, aliquam peteret portionem; et sic ad præsentationem eius extitit ordinatus, nec se in hoc aliquod illicitum egisse intellexit etc. Nos inquisitioni tuæ taliter respondemus, quod, nisi cum eo misericorditer fuerit dispensatum, nec ad superiores adscendere, nec in suscepto debet ordine ministrare.

c. 37. X. de Simon.

Welche erfolgte irregularitas bloß ex hoc pacto simoniaco entsprungen, und also nullius momenti zu achten, so auch hier 8) seine gute 28
application finden möchte, da der sel. Stallmeister B. seinem Sohn ebenfalls schlechterdings an. 1728. S. Königliche Majestät zur collation præsentiret, und damahls nicht einsten mit ihm ein solches pactum simoniacum, quod nunquam filius aliquam petere vellet portionem, gemachet, sondern der Vater erst anno 1730, als der Sohn nach Universität ziehen wollen, einen eydlichen revers, wodurch er sich die freye disposition von der præbende angemasset, ihm abgedrungen, und ihm so lange den aditum ad academiam versaget, bis er sich zu der Unterschrift bequemet, und dadurch noch ein neues vitium, concussionis scilicet ex denegatione alimentorum, ad vitam academicam necessariorum diesem pacto beygeleget ist; überhaupt also 9) dergleichen pacta pri- 29
vata, dadurch sich iemand einen Theil von den Nutzungen eines beneficii ecclesiastici damit ein ander providiret ist, ausbedinget, reserviret, oder sonsten sich anmasset, als eine marchandise und unerlaubter Kram anzusehen, und als simoniaca verworfen, ja in fraudem canonum erfunden sind.

FLAMIN. PARIS. *de consident. qu. 2. n. 6. sqq.*
IDEM *qu. 4. n. 9. sqq.*

Woraus denn 10) von selbsten folget, daß der 30
sel. Stallmeister nicht befugt gewesen, seinen Sohn zu dem Vergleich sub lit. B. zu nöthigen, und einen unerlaubten Zwang zu gebrauchen, da als sich der Sohn erkläret, daß er den vormahls ausgestelleten revers nicht halten könne, er ihn aus dem Hause und von seinem Tische zu weichen genöthiget, an allen Orten ihm den Credit aufgesaget, und er sich genöthiget gesehen, bey guten Freunden seine retirade zu nehmen, ja der Vater mit allerhand Dräuungen wegen resignation der præbende und sonsten ihm zugesetzet, daß er endlich um seines Vaters Gunst wieder zu gewinnen, iusto metu deterritus alles eingehen und sich den enormen Vergleich gefallen lassen müssen, dergleichen Handlung aber allen Rechten zuwider, und ohnkräftig sind; allenfalls auch der Sohn, da er noch minorennis eo tempore gewesen, und das quadriennium noch nicht verflossen, in integrum restituiret werden muß. Dagegen denn die rationes dubitandi nichts verfangen, zumahl
ad 1) et 2) bereits mit mehren dargethan, 31
daß die quæstionirte præbende dem Stall-

Meister

Meister ex causa profectitii peculii nicht zugehören können, weil sonsten mit seinem Tode solches Recht an der præbende erloschen wäre, wenn dieselbe nicht dem Sohn, sondern dem Vater zugehöret haben solte, wie wohl viele andere obstacula verhanden, weswegen er sich solche als sein Eigenthum nicht anmassen können, so doch geschehen müssen, wenn diese præbende ad peculium profectitium gehören
32 solte, dahero ad 3) der daraus gezogene Schluß hinweg fällt, und die angebrachte distinction dem iuri canonico

in c. 9. X. de præb.

entgegen läuset; nicht weniger ad 4) das argumentum a pensionibus auf dergleichen pacta priuata et simoniaca nicht zu ziehen, als welches per expressam dispositionem seu approbationem pontificis vel principis euangelici geschehen muß, dergleichen ad 5) hier nicht anzutreffen, da der Stallmeister B. sich dieserwegen bey Ihro Königl. Majestät nicht gemeldet, noch etwas von der præbende verlanget, sondern damit zu frieden gewesen, daß seinem Sohn dieselbe pure conferiret ist, cum tamen pensiones non debeantur nisi expresse impositæ vel reseruatæ fuerint auctoritate papali vel episcopali, quæ alias contra ius sunt, et seruitutem beneficio imponunt,

LEVREN. *de benef. P. III. qu. 436. n. 2. et 437.*

priuata autem auctoritate imponi nequeunt.

IDEM *cit. l. qu. 454. n. 1.*

33 Dahero ad 6) nicht anders als per expressam impositionem superioris dergleichen Abgabe constituiret werden kan, und dazu ad 7) capituli confirmatio nicht genug ist, mithin auch ad 8) alle confidentiæ denen Rechten zuwiderlaufen, und ebenfalls als simoniacæ verboten sind, allenfalls aber auch nicht anders als expressa approbatione superioris bestehen können, mithin alhier ad 9) wenig darauf zu sehen,
34 ob die bulla Pii IV in vsum Germaniæ gekommen sey, da schon denen gemeinen Rechten dergleichen pacta priuata entgegen sind, und ad 10) der vsus commendarum ebenfalls nicht anders als superioris accedente auctoritate gültig seyn, und also davon alhier kein argumentum genommen werden kan, beyorab da ad 11) an Sr. Königl. Majestät expressa approbatione et confirmatione es alhier ermangelt, 35
welche ad 12) entweder bey der collation expresse declariret, oder sonsten schriftlich ausgefertiget werden müssen,

LEVREN. *cit. l. qu. 496. in f.*

allermassen sich auch nicht befindet, daß der Stallmeister iemahls bey S. Königl. Majestät darum angehalten, ohne welches dergleichen concession und confirmation nicht impetriret werden mag, sondern alles auf ein pactum priuatum sed simoniacum et illicitum beruhet, so ad 13) von keiner Gültigkeit ist, und es 36
als ein grosser Mißbrauch zu halten, wenn man mit præbenden als mit andern rebus in commercio positis im Rechten verbotene Handelung treibet, absonderlich wenn ad 14) noch darzu eine unerlaubte concussion, wie alhier zu finden, adhibiret worden, gegen welche ad 15) accedente minorenni ætate, gar wohl die restitutio in integrum statt finden kan, obgleich das iuramentum, vtpote vi metuque extortum, hinzugetreten, als welches ungültig ist,

per AVTH. *sacramenta puberum. C. si adv. vendit.*

solcher Vergleich auch ad 16) per solutionem 37
der drey hundert Thaler nicht ratihabiret werden mögen, nachdem, viuente patre, der angelegte Zwang und daraus entstandene metus continuiret, und erst nach dessen Tode der Sohn im Stande gewesen, seinen dissensum ob vitia adducta darüber zu declariren. Endlich ad 17) zwar nicht zu leugnen, daß zwischen Vater und Sohn über denen reditibus præbende Streit gewesen, und durch einen Vergleich solcher gehoben, iedoch eines theils solches ein Zwang-Vergleich ist: andern theils von Sr. Königlichen Majestät hätte confirmiret werden müssen, so aber nicht geschehen.

So erhellet hieraus so viel, daß der cano- 38
nicus B. an solchem Vergleich nicht gebunden, sondern allenfalls dagegen in integrum zu restituiren ist. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPT. MDCCXXXIX.

RESPONSVM L.

THEMATA.

I. Num fructus beneficii ecclesiastici ob debita clerici sequestrari queant? n. 1-24.

II. De

II. De beneficio competentiæ clericorum, et arbitrio iudicis in determinandis eius limitibus. n. 25-57.

SVMMARIA.

Quæstio I. de sequestratione fructuum beneficii ecclesiastici. n. 1.

Fructus ecclesiastici iure canonico stipendia militiæ clericalis dicuntur. n. 2.

Stipendia militiæ nec retineri vel pignori capi nec sequestrari possunt. n. 3.

Stipendia nondum promerita an in subsidium sequestrari possint? n. 4. 18. 19.

Clerici reditus futuros sui beneficii non possunt obligare nisi pro vtilitate ecclesiæ. n. 5.

Clericis beneficium competentiæ adscribitur. n. 6.

Fructus beneficiorum debent prodesse ipsi clerico, vt habent causam deseruiendi ecclesiæ in diuinis. n. 7.

Clericus substantiam præbendæ oppignorare nequit, n. 8.

Bene tamen fructus eius, n. 9. 10.

Aeque ac vasallus fructus feudi. n. 9.

Quod et iuri canonico congruit. n. 11.

Adeo vt fructus ecclesiastici creditoribus assignari queant n. 12.

Et sequestrari, n. 13. 16. 23.

Modo alia bona deficiant. n. 14.

Creditor generalem in omnibus bonis habens hypothecam, eligere potest, ex qua ipsi commode satisfieri queat, salua variatione. n. 15.

In subsidium etiam in stipendia secularis militiæ executio fieri potest. n. 17.

Beneficium competentiæ clericis iure nec ciuili nec canonico est indultum. n. 18.

Iura singularia non sunt extendenda. n. 21. 22. 23.

Decisio quæstionis I. n. 24.

Quæstio II. de beneficio competentiæ clericorum. n. 25.

Beneficio ordini collato nequidem singulos iurato renunciare posse, nonnulli asserunt, n. 26.

Præsertim si eiusmodi renunciatio reuerentiam ordinis, cui collatum est, lædat. n. 27.

Quilibet beneficio pro se introducto renunciare potest, n. 28.

Licet priuilegium ordinis sit generale. n. 29. 30.

Pro debitis monasterii obsides dari possunt. n. 31.

Decisio quæstionis II. n. 32.

Quæstio III. de eodem argumento. n. 33.

Exceptio beneficii competentiæ est magni momenti. n. 34.

Nemo renunciasse præsumitur beneficio, de quo non cogitauit. n. 35.

Generalis renunciatio ea non comprehendit, quibus nequidem speciatim renunciari potest. n. 36.

Vnde conuentio generalis non sufficit, sed specialis enumeratio exceptionum, quibus renunciatur, desideratur. n. 37.

Beneficiis iuris implicite etiam specialiter renunciari potest. n. 38. 39.

Vox baar præsentem pecuniam denotat. n. 39.

Qui promittit, se integre vel totum debitum parata pecunia soluturum, num implicite beneficio competentiæ renunciet? n. 40. 41. 42.

Exceptio beneficii competentiæ instrumento guarentigiato opponi nequit. n. 42.

Clausula renunciatiua allegatur, quæ vim specialis renunciationis habet. n. 43.

Renunciatio, quæ desumitur ex vi, potestate, natura et mente verborum, quibus vsi sunt contrahentes, eandem cum verbis expressis vim habet. n. 44.

Restitutio in integrum est summi momenti inter exceptiones. n. 45.

Beneficium competentiæ, quod clericis tribuitur, fauore non est dignum. n. 46. 47.

In renunciatione beneficiorum satis est, si in genere cogitatum fuit de eo beneficio, cui implicite et in genere renunciauit debitor, inprimis adhibitis verbis, quæ talem sensum inducere possunt. n. 48.

Priuilegiatus contra priuilegiatum non vtitur suo beneficio. n. 49.

In renunciandis beneficiis specialis et expressa eorum renunciatio pro forma non desideratur. n. 50.

Decisio quæstionis III. n. 51.

Quæstio IV. de arbitrio iudicis in determinando beneficio competentiæ. n. 52.

In determinando beneficio competentiæ plurimum valet arbitrium iudicis. n. 53.

Hoc tamen particularia fundamenta habet n. 54.

Pro statu debitoris vel creditoris præsertim reuerentiæ illi debitæ. n. 55.

Iudex eam viam incedere debet in hoc beneficio determinando, vt nec delicatus debitor nec durus creditor audiatur. n. 56. 58. 59.

In determinando hoc beneficio ratio familiæ et liberorum non est habenda. n. 57.

In Italia clerico pro victu et amictu quotannis 24 ducati auri de Camera assignantur. n. 60.

Decisio quæstionis IV. n. 61.

Quæstio V. De eodem argumento. n. 62.

Num clerico intuitu beneficii competentiæ portio congrua assignanda sit? n. 63.
Si clericis patrimonium sufficiens supersit, unde ali queant, ad beneficium competentiæ plane non admittuntur. n. 64.
Beneficium competentiæ non ex substantia rerum sed ex quantitate reditvum æstimari debet. n. 65. 66.
Decisio quæstionis V. n. 67.

Nachdem mein rechtliches Gutachten über einige vorgelegte Fragen zu ertheilen begehret worden, so gehet solches nach gnugsamer Ueberlegung dahin:

Quæstio I.

1 **Ob einem** clerico, **der so, wie beyde Beylagen** sub N. 1. et 2. **zeigen, sich verschrieben; bey nicht geleisteter Zahlung** ad instantiam creditoris, **auf ein oder andere Verschreibung, seine geistlichen Revenüen** a iudice **beschlagen werden können?**

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl bey dieser Frage eingewandt werden möchte, daß 1) die geistlichen Revenüen gar bedencklich in geistlichen Rechten conuenientia stipendia militiæ clericalis genannt werden,

c. 4. X. de præbend.

3 und dahero wir den stipendiis militiæ secularis billig einerley Recht haben müssen; von diesen aber 2) aus den Rechten bekannt, quod in causam seu executionem iudicati nec retineri, nec pignori capi nec sequestrari queant,

l. 4. C. de execut. rei iudic.
IAC. GOTHOFREDVS *de salar. c. XIII. §. 6.*
CARPZ. *P. I. c. 29. def. 32.*

4 welches 3) die interpretes vornemlich auf die stipendia nondum promerita appliciren, adeo vt nequidem in subsidium sequestrari aut detineri possint:

FRANC. RIPA *in l. 6. de pignor. n. 43.*

woraus denn folgen möchte, daß die geistlichen Revenüen eines clerici gar nicht beschlagen werden könten, als welches allein von denen, so noch nicht promerita sind, verstanden werden
5 muß, und ob wohl 4) so wohl in dem Wechsel-Briefe N. 2. die Clausul: **Bey Verpfändung meiner Capituls-Revenüen**, befindlich, und in der Verschreibung sub N. 1. **die geistliche Einkünfte** expresse mit verpfändet sind, dennoch gezweifelt werden möchte, ob auch dergleichen Verpfändung für Rechtsbeständig anzusehen, weil bekannt, quod beneficium clericis detur propter officium ecclesiasticum, et sic spiritualibus annexum sit, adeoque hi reditus futuros seu beneficii non possint obligare, nisi pro vtilitate ecclesiæ,

PANORMIT. *ad c. 2. X. de fidei. n. 12.*

zumahl darüber die Geistliche kein commercium treiben, noch jemand ein ius in re an denenselben geben können, zu geschweigen, daß wenn gleich 5) die Revenüen beschlagen werden 6
könten, jedoch solches, saluo competentiæ beneficio, geschehen müste,

GONZAL. TELLEZ *ad c. 2. X. de fide-iuss. n. 10.*

da dann auf die nöthigen alimenta eines geist- 7
lichen wohl alles verwendet werden wird, quia fructus beneficiorum debent deseruire ipsi clerico, vt habeat causam deseruiendi ecclesiæ in diuinis.

Additiones ad PANORM. *cit. l. in not.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) ein anders ist: ob 8
ein clericus seine præbende quoad substantiam zu verpfänden befugt sey, und ein anders: ob er nicht, wie hier in beyden Verschreibungen sub N. 1. et 2. geschehen, die fructus sui beneficii verhypotheciren könne? Da das erste zwar nicht, wohl, aber das letzte zu affirmiren, dieweil ein clericus reditum suorum pienum
dominium hat, und darüber disponiren kan, 9
vti vasallus substantiam feudi quidem oppignorare nequit, bene tamen fructus feudi, als worüber er freye disposition hat, hie- 10
bey auch keine ratio diuersitatis angegeben werden mag, indem einem Geistlichen nicht verwehret wird, solche pro iubitu zu consumiren, und zu verschencken, wie solches insbesondere von den Herren Canonicis und Capitularen behauptet

KLOCK. *tom. I. cons. 35. n. 232.*

nechst dem auch 2) in iure canonico expresse 11
versehen, quod reditus beneficiorum ecclesiasticorum in debitorum solutionem converti debeant, quousque fuerit a debitoribus satisfactum

secundum c. 3. X. de fideiuss. in f. ex edit. GONZALEZIANA.

dahero denn nicht abzusehen, aus was für einem Grund die Verpfändung der geistlichen Revenüen keinen Bestand haben solte, da selbst die
execution in dieselbe geschehen kan, ja 3) die 12
creditores in die fructus beneficiorum so lange zu immittiren, bis sie vollkommen contentiret sind, welches LVCIVS III mit klaren Worten zulässet, und befiehlet, vt creditoris procuratori reditus beneficii assignent iudices ecclesiastici, tam diu sine molestia detinendos, donec ipsa damna resarcita fuerint, et debita SINE DIMINVTIONE soluta.

c. 2. X. de fideiuss.

Dahero auch 4) diese fructus ex iusta causa se- 13
questriret

c. 2. X. de dolo et contum.

wie

wie vielmehr also beschlagen werden können, welches nothwendig de futuris fructibus et nondum promeritis verstanden werden muß, wie die angeführten klaren Worte anzeigen,
14 und ob wohl 5) dabey die interpretes die limitation gebrauchen, si alia bona deficiunt, vt demum in subsidium executio in fructus beneficii fieri queat,

iuxta l. 4. C. de execut. rei iud.

BERLICH *P. I. concl. 74. n. 33.*

15 so mag doch solches auf den Fall nicht gezogen werden, wenn die fructus beneficii speciatim mit verpfändet sind, anbey, wie in der obligation sub N. 11. geschehen, dem creditori bey Verbleibung promter Zahlung Macht gegeben, dieselbe zu bekümmern, oder sich darin immittiren zu lassen, und durch schleunige Executions-Mittel bezahlet zu machen, wodurch der debitor schlechterdings consentiret, daß, ohne einzige limitation und exception, die geistliche Nevenüen beschlagen werden sollen, weil eines Theils sonsten diese prægnantissima verba, paratissimam solutionem designantia, ohne effect seyn würden, quod iura non permittunt: andern Theils den Geistlichen nirgends verboten, sich ihres Rechts zu begeben, und so gar dem beneficio competentiæ abzusagen, wie quæstione sequente auszuführen seyn wird: dritten Theils, wenn gleich sonsten in subsidium in die geistlichen Nevenüen allein die execution zu verhengen, dennoch durch die expresse Verpfändung und Benennung derselben sub generali hypotheca der creditor ein ius pinguius überkommen muß, cum in genere quilibet creditor generalem in omnibus bonis habens hypothecam eligere possit, ex qua ipsi commode satisfieri queat, salua etiam variatione.

MEV. *P. 7. decis. 283.*

16 Ueberhaupt auch 6) dabey anzumercken ist, daß die canonisten bey den geistlichen Nevenüen und deren Beschlag bloß aus der Ursache so furchtsam sind, weil die allermeisten in der wunderlichen Meinung stehen, clericos non esse dominos fructuum suorum beneficiorum, sed tantum ex iis sumere sibi posse, quantum ad congruam sustentationem necessarium fuerit, adeoque de iis libere disponere non posse,

FRANCISCVS GALLVS *de fructibus disp. 37. art. 1.*

SARMIENTO *de reditibus eccles. P. IV. c. 1.*

von welcher Meinung aber die Protestanten so gar entfernet sind, daß auch die canonici alles, was sie ex reditibus ecclesiasticis erworben, auf ihre Erben vererben, ja das Gnaden-Jahr bey den meisten Stiftern eben deswegen eingeführet ist, damit aus solchen Nevenüen allenfalls die Schulden der Herren Capitularium bezahlet werden mögen, wie ich ausgeführet

tom. II. iur. eccles. lib. 3. tit. 5. §. 213.

welchen auch der vorgedachte SARMIENTO *cit. l. n. 2.* beytritt, mit dem Anführen, daß so gar

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

am Römischen Hofe die clerici, volentes cedere fructus sui beneficii creditoribus, zugelassen werden, adeoque recte etiam fructus beneficii capiuntur in causam iudicati.

FRANC. GALLVS *cit. l. n. 50.*

Dagegen dann 7) die rationes dubitandi nichts 17
verfangen mögen, angesehen ad 1) et 2) in subsidium auch wohl die execution in die stipendia militiæ secularis geschehen kan, und nur auf dem Fall solches restringiret ist, si alia bona non deficiunt

l. 4. C. de execut. rei iud.

welches auch, wie bishero dargethan, die geistliche Rechte in Ansehen der geistlichen Einkünfte vltro zulassen, allhier aber schlechterdings statt finden muß, da solche Rechts-beständig, eben wie in fructibus feudalibus iuris, verschrieben sind; ad 3) also irrig ist, daß die fructus non- 18
dum promeriti nicht beschlagen, oder sequestriret werden können, da doch nach dem iure canonico die creditores in die fructus beneficii, tamdiu detinendos, donec ex iis satisfactum fuerit, immittiret werden können,

c. 2. de fideiuss.

welches nothwendig von den künftigen Nevenüen, so noch nicht verdienet sind, zu verstehen, dieserwegen auch ad 4) derselben Verpfändung 19
für Rechtsbeständig gehalten werden muß, weil

PANORMITANVS *cit. l.* irrig dafür gehalten, daß die clerici pro dominis reditvum nicht zu achten, im Gegentheil ad 5) der Satz, daß der 20
Beschlag der Nevenüen saluo competentiæ beneficio zu verstehen, von der Frage dependiret: ob auch die clerici sich solches anzumassen berechtiget sind? welches zwar insgemein

ex c. Odoardus 3. X. de solut.

will behauptet werden, wie die canonisten darthun,

COVARRVVIAS *lib. 5. var. resol. c. 1.*

NICOLAVS DE GRASSIS *de effect. cleric. effect. 7.*

GONZALEZ *ad cit. c. 3. n. 14.*

quod, cum militibus hoc priuilegium competat, etiam clericis, qui sint milites cœlestis militiæ, illud denegari non debeat,

vt ait GONZALEZ *cit. l.*

dennoch solches beneficium so wenig aus dem *cit.* 21
c. 3 als durch das argumentum a militia seculari tractum, nicht behauptet werden mag, nachdem eines Theils die iura singularia keine extension erleiden,

l. 14. D. de LL.

und nichts weniger als das beneficium competentiæ in dem *c. 3. X. de solut.* gegründet ist,

LAVTERBACH. *diss. de benef. compet. §. 33.*

weil sonsten alle laici dessen ebenfalls theilhaftig werden müssen, als welche ebenfalls ob debita confessata nicht excommuniciret werden können, sondern, wenn sie nicht zu bezahlen, zum höchsten zur cautione iuratoria mögen angehalten werden, vt, si ad pinguiorem fortunam peruenerint, soluere velint, wohin der ganze tenor des *c. 3. X. de solut.* gehet, und auf

alle, qui bonis cesserunt, gar füglich appliciret werden mag, welche doch nichts behalten;
23 auſſer dem auch der context weiſet, daß der Pabſt von einem ſolchen clerico, der gar keine geiſtliche Reverenüen gehabt, verſtanden werden muß, deren eine unzehlige Menge in der Römiſchen Kirche ſind, die zwar anfänglich ad titulum patrimonii ſind ordiniret worden, welches aber ex poſt facto geſchmoltzen, und dadurch der debitor non ſoluendo geworden iſt, welches die Worte: ſi ad pinguiorem fortunam deuenerit, andeuten, da ſonſten, wenn er geiſtliche Einkünfte beſäſſen, der Pabſt auf die execution in hos reditus erkennen müſſen, davon die klaren deciſiones in *c. 2. et 3. X. de ſidetuſſ.* angeführet ſind, aus welchen offenbar iſt, daß ſchlechterdings die execution in die fructus beneficii, und zwar SINE DIMINVTIONE, oder ohne einzigen Abzug, geſchehen ſolle, wie notanter *in cit. c. 2.* ſtehet, darneben jederman gerne zugeſtehen wird, daß wenn der Pabſt denen clericis das beneficium competentiæ indulgiren wollen, er ſolches in gedachten beyden textibus am bequemſten anzeigen, oder wenigſtens in *c. 3. de ſolut.* ſolches deutlicher exprimiren würden, ſo doch nicht geſchehen,

conf. tom. II. iur. eccl. lib. 3. tit. 23. §. 25. ſqq.

und wenn man gleich die vſualem interpretationem dabey zu Hülfe rufen will, doch ſolche billig auf Geiſtliche, qui curam animarum habent, reſtringiret werden muß, womit die canonici in keine Vergleichung zu ſetzen.

24 So bin ich der rechtlichen Meinung, daß einem clerico, der ſich ſo, wie ſub N. 1. et 2. geſchehen, verſchrieben, bey nicht erfolgter Zahlung ad inſtantiam creditoris auf ein oder andere Verſchreibung ſeine geiſtliche Einkünfte a iudice wohl beſchlagen werden können.

Quæſtio II.

25 **Ob, wenn einer dem beneficio competentiæ expreſſis verbis renunciiret, dem ohngeachtet ſolches doch nachgehends verlangt und gefordert werden könne?**

Rationes dubitandi.

26 Gleichwie dieſe Frage alhier vornemlich auf die Geiſtlichen nach der von vielen angenommenen hypotheſi, daß ihnen das beneficium competentiæ zuſtehe, gerichtet werden muß; alſo möchte dabey dieſer Zweifel entſtehen, daß dieſes beneficium toti clericorum ordini und nicht primario ſingulis gegeben, niemand aber erlaubet, dergleichen beneficiis, welche dem geiſtlichen Orden wegen ſeiner beſondern Vorzüge und dignität gegeben, zu renunciiren, vt nequidem iurata renunciatio valeat;

WIESTNER *in inſtit. iur. can. ad tit. de ſolut. n. 29.*

DE GRASSIS *de effect. clericatus effect. 7. n. 28.*

GONZAL. *ad c. 3. de ſolut. n. 17.*

Dabey denn auch andere auf die Gedancken, 27
fallen, quod nemo poſſit alimentis renunciare, ja daß es dem gantzen geiſtlichen Orden zum Schimpf gereichen würde, wann ein Geiſtlicher darben ſolte, zumahl demſelben man alle veneration und Ehrerbietigkeit ſchuldig iſt; tales autem perſonæ, quibus ob reuerentiam hoc beneficium indultum, renunciare non poſſunt huic priuilegio, quod creditor, ſolidum exigendo, peccaret contra reuerentiam clericis debitam

GALERAT *de renunc. centur. II. renunc. 182. n. 6.*

adeo vt nec renunciatio *c. Odoardus. 3. X. de ſolut.* aliquid operetur.

IDEM *cit. l. renunc. 181. n. 2.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch einmal iuris generalis 28
iſt, quod quilibet beneficio pro ſe introducto renunciare queat,

l. 29. C. de pact.

und ſolches auch ſtatt findet, wenn gleich certo 29
ordini perſonarum, vt ſinguli eo frui poſſint, beneficia iuris ertheilet ſind, wie ſolches mit der renunciatione fori priuilegiati, quo quis gaudet ratione cinguli militaris, vel dignitatis vel ſacerdotii in dem allegirten textu erkläret und illuſtriret iſt, zumahl, was einem gewiſſen ordini ertheilet iſt, ſolches zu dem Ende geſchehen, vt eodem ſinguli frui queant, ſi velint, dieſemnach auch die Soldaten dieſem beneficio zu renunciiren freye Macht haben müſſen,

MANZIVS *in patrocin. paup. decad. 3. qu. 9,*

DECIVS *ad l. Diuus Pius. de re iudic. n. 8.*

GALERAT. *cit. renunc. 182. n. 3.*

und nicht abzuſehen, wie bey den Geiſtlichen eine 30
exception zu machen ſey, zumahl wenn der creditor ſelbſten einer von den vornehmſten Geiſtlichen iſt, als welcher zu dergleichen veneration nicht verbunden, auch überhaupt ein creditor, der ſich ſeines Rechts bedienet, gegen die Ehrerbietung nicht handelt, die man auſſer ſolcher Fehde, ihm ſchuldig iſt, ja es mit den creditoribus, die bona fide den clericis getrauet, die aber mehr aufgeborget, als ſie bezahlen können, und deswegen keines benefici würdig ſind, übel ſtehen würde, welche ſub obſtagio ihnen geborget, oder Wechſel-Briefe von ihnen genommen, wenn ob reuerentiam nicht nach dem rigore cambiali vel obſtagiali mit ihnen verfahren werden könte, da dergleichen Geiſtliche, die nicht bezahlen können, keinen fauorem meritiren, ſondern billig andern zum Exempel in ſolidum exequiret werden müſſen; welches auch 31
wohl die Urſache geweſen, daß die Päbſte ihnen nirgends dieſes beneficium eingeräumet, und

ſie

sie dadurch lehren wollen, nicht mehr aufzuborgen, als sie bezahlen können, quin etiam pro debitis monasterii obsides monachi olim dari potuerunt, in quo sita est obligatio obstagialis

c. 9. X. de iureiur.
c. 11. X. de arbitr.

wodurch denn die rationes dubitandi, absonderlich die a reuerentia clericis debita hergenommen, alle Kraft verliehren, als welche lauter petitiones principii, und in denen rationibus dubitandi bereits aufgelöset sind.

32 So bin ich der rechtlichen Meinung, daß wenn ein debitor, er mag ein Geist- oder weltlicher seyn, dem beneficio competentiæ renunciiret, alsdann derselbe solches regulariter nicht gebrauchen könne.

Quæstio III.

33 **Ob einem solchen debitori, ohngeachtet der in der Verschreibung gethanen renunciationen, wie in beyden Beylagen enthalten, das beneficium competentiæ zu statten kommen könne?**

Rationes dubitandi

34 Ob wohl bey dieser Frage eingewandt werden möchte, 1) daß in beyden instrumentis sub N. 1. et 2. dem beneficio competentiæ speciatim nicht renunciiret sey, so doch nach den Gesetzen erfordert werde,

l. 4. ff. 4 D. si quis caut. in iud. sistendi.

bevorab da diese exceptio eine solche Rechts-Wohlthat betrift, welche magni momenti ist, und die nöthige Unterhaltung betrift, als welcher 2) niemand in dubio zu renunciiren pfleget, und der debitor tempore contractus initi wohl schwerlich an dieselbe, und an den casum, daß er zu bezahlen nicht vermögend werden werde, gedacht haben kan; nemo autem censetur renunciasse iuri, de quo non cogitauit, et quod casum insolitum respicit:

GALERAT. *de renunc. lib. IV. c. 3. n. 50.*

36 ja da 3) viele statuiren, nequidem beneficio competentiæ renunciari posse, so möchte daraus von selbsten folgen, daß dergleichen generalis renunciatio nichts wircken könne, cum generalis renunciatio ea comprehendere non possit, quibus nequidem speciatim renunciari potest, sicuti in generali obligatione non veniunt ea, quæ in specie obligari nequeunt

l. 6. de pignor.
GALERAT *cit. l. n. 53.*

37 wie dann auch dabey 4) anzusehen, daß vorher einigen special-exceptionen renunciiret, und darauf die generalis renunciatio annectiret ist:

und allen übrigen Rechts Wohlthaten, Ausflüchten und Behelffen, wie dieselbe Namen haben, erdacht seyn, oder noch erst erdacht werden können,

zumahl in Rechten pro forma die specialis renunciatio huius beneficii erfordert seyn, und also diese Clausul nichts operiren soll, weil nichts desto weniger man diese exceptionem competentiæ sub generali verstecken will, welches die Rechte nicht erlauben, sed specialiter causæ exceptionum exprimendæ

secundum l. 4. §. 4. si quis caution etc.

aus welchem textu deutlich erhellen möchten, conuentionem generalem non sufficere, sed specialem enumerationem exceptionum, quibus renunciatur, desiderari.

GALERAT *cit. tr. centur. II. renunc. 129. n. 2.*

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil zwar explicite keine specialis renunciatio des beneficii competentiæ in den Schuld-Verschreibungen anzutreffen, dennoch an der implicita es nicht ermangelt, wenn man nicht gegen alle Absicht derer contrahentium handeln, und nach den gemeinen brocardicis die decision formiren will, als welche insgemein vielen erroribus unterworffen: zumahl 1) der debitor in der obligation sub N. 1. mit dürren Worten versprochen, daß ihn, seine Erben, und Erbnehmen, nichts als bahre und völlige Bezahlung Capitals Zinsen und Kosten von solcher Verschreibung befreyen möge, könne noch solle, welches keinen andern Verstand haben kan, als daß er ohne einzigen decourt und Abzug die völlige Summe erlegen, und nicht einsten particularem solutionem begehren wolle, als welches die particula baar anzeiget, und nichts anders in dergleichen Verschreibungen als præsentem pecuniam bedeutet 38 39

DIETHER *in continuat. Besold. voce baar, Baargeld.*

die völlige Bezahlung aber keinen Abzug von dem Capital erleidet, sondern den debitorem adstringiret, vt debitum sine diminutione soluat, wie der Pabst in *c. 2. X. de fidei.* befiehlet, woraus denn folget, daß derjenige Geistliche, der völlige Zahlung zu thun verspricht, nothwendig sich aller competenz, wenn solche ihm zukommen solte, begeben müsse, welches die interpretes auch einmüthig zulassen, in dem Fall, wenn ein geistlicher den contract beschworen, und versprochen, se integre vel totum debitum soluturum: 40

apud GALERAT *de renunc. cent. 2. renunc. 18 2. n. 5.*

gleichwohl solches ebenfalls bey unbeschwornen Contracten statt finden muß, weil die schlechte Verbindlichkeit ad integrum debitum soluendum eben so kräftig, als eine beschworne Verbindlichkeit seyn muß, zumahl wenn der Eyd allein hiebey bloß vim excludendi hoc beneficium haben solle, alsdann auch solches statt fin- 41

den müste, wenn der debitor schlechtweg und indefinite die Bezahlung iurato versprochen,

ZANGER *de except. P. 2. c. 15. n. 55.*

weil die dissentientes bloß aus der irrigen ration, quod clericus non possit renunciare huic beneficio, nisi iurauerit, das Gegentheil statuiren, wie GALERATVS *cit. l. in f.* anzeiget, sie also per indirectum zugeben, daß in der Versprechung der völligen Zahlung eine implicita renunciatio huius beneficii stecke, ob wohl solche, ihrer Meinung nach, un-
47 kräftig seyn solle, welchen 2) noch hinzu tritt, daß von dem debitore mit so vielen prægnantissimis clausulis paratissima ac promtissima solutio, die abermahl kein beneficium competentiæ erleidet, versprochen ist. Dahin gehöret, daß im Fall säumiger Zahlung Capitals, Zinsen und Unkosten, wider ihn, den debitorem, und seine Güter, mit oder ohne Recht an allen Orten und Gerichten, wie es dem creditori am bequemsten seyn möchte, zu verfahren, oder seine Haab und Güter selbst anzugreifen, zu bekümmern, oder sich darein immittiren zu lassen, und durch schleunige Executions-Mittel daraus bezahlt zu machen, dahero die Verschreibung die Kraft eines Rechtsspruchs instrumenti guarentigiati et rei adiudicatæ haben solle, aus welchen Worten klar und deutlich abzunehmen, daß so fort executive verfahren werden solle, wowider dergleichen exceptio competentiæ, als welche sua natura altioris indaginis, nicht statt finden kan.

COLER *de proc. execut. P. 1. c. 10. n. 206.*

Zumahl ohne grosse Weitläuftigkeit und Mühe das Vermögen des debitoris und dessen Zustand ohnmöglich zu untersuchen und zu bestimmen ist, in quantum debitor facere possit, als wodurch die paratissima et promtissima executio lange aufgehalten werden muß;
43 bevorab da 3) der debitor dabey versprochen, daß ihm gegen die baare und völlige Bezahlung keine geist- oder weltliche Rechte, Reichs, Creyß- oder Landes-constitutiones, general oder special indulta moratoria, priuilegia, Gebot, oder Verbot, arresta, repressalia, vis maior, Krieg oder Kriegs-Ueberzug, Mißwachs, Feuer oder Wasser-Schaden, noch einige exceptiones oder Behelfe, als des Betrugs, Uebels, listiger Ueberredung und andere mehr, die daselbst specialiter erzehlet sind, zu statten kommen sollen, welchen specialen renunciationibus die generalis renunciatio subiiciret wird:

> Und allen übrigen Rechts-Wohlthaten, Ausflüchten und Behelfen, wie dieselben Namen haben, erdacht seyn oder noch erdacht werden mögen, wie auch der Rechts-Regel, die da will, daß eine gemeine Verzicht nicht gelte, wenn nicht eine besondere vorher gegangen ꝛc.

qualis renunciatio habetur, ac si in specie de vnoquoque remedio nominatim dictum fuisset,

COLER *in proc. execut. P. 1. c. 10. n. 237 et 339.*

CARPZ. *P. 2. c. 17. def. 2.*

welches absonderlich von der Rechts-Regel, 44
quod generalis non valeat renunciatio, nisi præcesserit specialis, gelten muß, welcher hier so gar auch mit renunciiret worden, und propitio iure wohl geschehen mögen,

GALERAT. *de renunc. cent. 2. renunc. 129 n. 3.*

mithin diese clausula renunciatiua, wenn sie etwas wircken, und nicht otiosa seyn soll, nothwendig den effectum haben muß, daß auch eine generalis renunciatio ohne Erzehlung einiger specialium exceptionum gültig, und eben so kräftig seyn müsse, als wenn dieser oder jener exception speciatim renunciiret worden wäre, als wohin offenbar die Absicht der contrahentium gegangen, worauf bey allen vernünftigen Erklärungen zu sehen, cum talis renunciatio, quæ desumitur ex vi, poreſtate, natura et mente verborum, quibus vſi sunt contrahentes, eandem cum expressis vim habeat:

HARPRECHT *vol. nov. conſ. 86. n. 30.*

Wie vielmehr also solches zu statuiren, wenn eine specialis renunciatio plurium exceptionum vorhergegangen, welche Meinung der Churfürst AVGVSTVS *P. II conſt. 17. expreſſe* approbiret, und billig von denen Criticis propugniret wird; dergestalt, daß die exceptio competentiæ allerdings mit darunter verstanden werden muß. Dabey denn 5) nicht hindern 45
mag, daß solche sehr wichtig zu achten, welcher man nicht leicht zu renunciiren pfleget, angesehen unter denen expressis eben so wichtige, ja noch wichtigere sich befinden, als restitutionis in integrum und dergleichen, welchen doch speciatim mit renunciiret, und daraus also zu schliessen ist, daß auch die wichtigsten exceptiones nicht opponiret werden sollen, zumahl die restitutio in integrum von der grössesten Wichtigkeit gehalten wird,

GALERAT. *de renunc. lib. IV. c. 2. n. 46.*

und dabey einen grossen fauorem in iure hat, 46
da im Gegentheil das beneficium competentiæ dem creditori zum grossen Schaden gereichet, und mehrentheils von denen debitoribus, die nicht bezahlen wollen, gemißbrauchet wird, also keinen fauorem, absonderlich bey canonicis, meriiret, da nur per errorem communem solches ihnen, wiewohl ohne allen zureichenden Grund, zugeeignet ist, und dahero billig dagegen in dubio, absonderlich bey so wichtigen concurrirenden clausulen, und Versprechung baarer und völliger Bezahlung zu sprechen ist.

l. 39. D. de LL.

Bey welchen Umständen die rationes dubitandi dagegen nichts verfangen wollen, in mehrer 47
Betrachtung ad 1) bereits mit wichtigen Gründen dargethan, daß alhier implicita renunciatio huius beneficii verhanden, der debitor

auch

auch ad 2) an dasselbe wohl gedacht haben müsse, da er bey Anlehn der beyden Capitalien bereits gewust haben wird, in welchem Zustand sein Vermögen und Güter gestanden, und ob solche zu Abtragung der aufgeliehenen Capitalien zureichen werden oder nicht, indem nicht zu vermuthen, daß bey dem debitore in casu præsenti ein besonderer casus fortuitus ex post facto sich zugetragen haben werde, der die insolventz erst gewircket, wenigstens der debitor klar erweisen müste, daß dergleichen Unglück ihm begegnet, er aber tempore contractorum debitorum bey vollkommenen guten und zureichenden Vermögen gewesen, solches auch durch seine übele Haushaltung und anderes Verschulden nicht geschwächet worden, zumahl im Fall, daß er sein Unvermögen tempore contractorum debitorum wohl gewust oder wissen können, und müssen, er nicht bona fide gehandelt haben würde, daß er noch capitalia aufgenommen, die er zu bezahlen nicht mehr capable sey,
48 allenfalls er seinen künftigen statum, wenn es zur Bezahlung kommen werde, wohl vorher sehen und wissen können, daß man auf baare und völlige Zahlung dringen würde; in renunciatione autem satis est, si in genere cogitatum fuit de eo beneficio, cui implicite et in genere renunciauit debitor, adhibitis inprimis eiusmodi verbis, quæ talem sensum inducere queunt.

GALERAT. *de renunc. lib. IV. c. 2. n. 44.*

Dergleichen wichtige Ausdrücke in beyden Schuld-Verschreibungen verhanden, wie in
49 rat. decid. angezeiget; im Gegentheil ad 3) es eine offenbare petitio principii ist, daß dem beneficio competentiæ von einem Geistlichen, bevorab wenn der creditor auch ein vornehmer Geistlicher ist, nicht renunciiret werden können, nachdem einestheils ex veriori sententia dergleichen Geistliche nicht einsten dieses beneficium geniessen solten: andern theils es heisse möchte, priuilegiarus contra priuilegiatum non vitur suo beneficio, bevorab da der creditor de damno vitando, der debitor aber, der sub prætextu beneficii competentiæ nicht völlig bezahlen und den creditorem per indirectum um sein Capital bringen will, reuera de lucro captando ceruret; sonsten
50 aber ad 4) in Rechten nirgends versehen, daß pro forma eine specialis et expressa renunciatio geschehen müsse, wenn sonsten, wie hier, eine implicita verhanden, oder die specialis aliquot exceptionum præmittiret ist, subiecta renunciatione generali; neque enim dicendum, quod in *l. 4. §. 4. D. si quis caution. iud. sist. caus. fact.* pro forma tradatur, vt specialis fiat renunciatio; quoniam id pro forma lex tradere dicitur, cum disponit, aliter fieri non posse.

GALERAT. *de renunc. centur. II. renunc. 129. n. 3.*

51 So erhellet hieraus so viel, daß bey solchen Verschreibungen, wie hier zu befinden, dem debitori das beneficium competentiæ nicht zu statten kommen könne.

Quæstio IV.

Wie hoch solche competentz zu 52 determiniren, bey einem Dom-Herrn, der ohngefehr 1000. Thlr. und bey einem vicario der ohngefehr 100. Thlr. geistliche Revenüen jährlich zu erheben hat?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl dasjenige, was wegen der com- 53
petentz zu decouriren, und wie viel dem debitori zu lassen, certa regula generali nicht definiret werden mag, sondern solches lediglich dem arbitrio iudicis überlassen ist:

CARPZ. *P. 1. c. 32. def. 16.*

LAVTERBACH *de benef. competent. §. 50.*

Dieweil aber dennoch das arbitrium iudi- 54
cis in dergleichen Fällen nicht liberum ist, sondern seinen zulänglichen Grund, warum der Richter die competentz auf dieses und auf ein höheres oder geringeres quantum gesetzet, haben muß, und dann dabey sowohl (a) des debitoris Vermögen, und Einkünfte, (b) dessen Stand und Beschaffenheit endlich auch (c) des creditoris Person und Stand genau ponderiret werden müssen, so daß nach Unterscheid der Personen einem weniger, dem andern mehr zur competentz ausgesetzet werden muß,

COLER *in proc. execut. P. II. c. 3. n. 155. sqq.*

dem zu folge denenjenigen, so der creditor ad 55
alimenta verbunden, als Kindern und Eltern ꝛc. wie auch einem donatori pinguiora alimenta als einem andern gelassen werden müssen, vt tantum in hoc æs alienum deducatur.

l. 19. §. 1. l. 30. D. de re iudic.

Bey andern hergegen, da dergleichen nexus und respectus inter debitorem et creditorem nicht ist, darneben der respectus reuerentiæ cessiret, als wenn der debitor zwar ein canonicus; der creditor aber auch in dignitate æquali vel maiori ecclesiastica vel seculari constitutus ist, die Competentz weit geringer zu setzen, und, ob wohl sonsten, wenn der creditor ein gemeiner laicus ist, dem debitori clerico ob reuerentiam eidem debitam ein mehres insgemein ex principiis iuris canonici man assigniren will, dabenebst aber auch (d) dabey noch zweyerley in vernünftige Erwegung zu ziehen, erstlich daß althier der creditor, weil 56
er das seinige sucht, de damno vitando: der debitor aber de lucro captando, weil er vom creditore will ernähret seyn, certe, und dahero man der Billigkeit nach mehr jenem als diesem, ceteris paribus, favorisiren müsse, zumahl

mahl er mehrentheils die insolventz durch sein Verschulden sich zugezogen: zum andern, vt iudex mediam ingrediatur viam, et nec debitorem delicatum, qui sub prætextu huius beneficii nihil soluere intendit, nec durum creditorem audiat,

arg. l. 25. D. de pignorat. act.

57 Vnde circa hoc beneficium ratio familiæ et liberorum non habenda,

COLER *cit. l. n. 119.*

58 weil sonsten dieses beneficium vltra modum extendiret werden, und der debitor mehrentheils nichts bezahlen würde. Dem zufolge dann, wenn man einen canonicum, der jährlich tausend Reichsthaler Revenüen hat, und dabey zugleich einen creditorem, der in dignitate seculari vel ecclesiastica stehet, præsupponiret, so daß jener keine mobilia hat, die er entbehren und losschlagen kan, als welche zu Bezahlung der creditorum sonsten zuforderst mit anzuwenden, und die execution in dieselbe geschehen muß,

CASPAR MANZIVS *in patrocin. debitor dec. 3. q. 4. n. 4.*

so wird das Temperament ohngefehr also einzurichten seyn, daß ihm jährlich zu seiner competentz 400 Thlr. von seinen geistlichen Revenüen gelassen, und 600 Thlr. zu Bezahlung des creditoris employiret werden, zumahl es gantz vernünftig ist, daß man dem creditori mehr jährlich zur Zahlung anweisen, als dem debitori lassen müsse, da nirgends zu finden, daß ein solcher creditor, davon hier die Frage, verbunden seyn solte, vt lautius pascat debitorem suum, sondern es genug ist, wenn die nothdürftigen alimenta ihm gelassen werden, ne

59 mendicare teneatur, und ob wohl einige dafür halten, daß man zugleich auf den Stand des debitoris sehen, und darnach die alimenta einrichten müsse,

CARPZ. *cit. l. def. 16 et 17.*

so ist doch leicht zu erachten, daß solches cum grano salis zu verstehen sey, weil sonsten der debitor sub prætextu huius beneficii lieber nichts zahlen und vorgeben würde, daß er alle Revenüen seinem Stande gemäß gebrauchete, welches aber einem solchen delicato debitori nicht einzuräumen, sondern bey Bestimmung der competentz vornemlich auf die Bezahlung der creditorum das Augenmerck gerichtet werden muß; daher mir das Exempel eines Stadt-Pfarrers bekant ist, der jährlich 300 Thlr. Revenüen und ziemliche accidentien hatte, und nicht bezahlen konte, dem das Consistorium die competentz nicht höher als 100 Thlr. ausgesetzet, und dabey noch einige wenige accidentien ließ, das übrige aber zur Bezahlung der creditorum employirte. Uebrigens ob wohl

60 400 Thlr. jährlich Einkommens zu wenig für einen Dom-Herrn zu seyn scheinet, so ist es doch nicht zu wenig pro obærato capitulari, der sich nunmehro desto genauer behelfen muß, nachdem er viel aufgeborget, und dadurch sich in den Stand, daß er nicht bezahlen kan, gesetzet, welches auch bey einem vicario, der nur 100 Thlr. Revenüen hat, zu observiren und meines erachtens schon genug ist, wenn demselben 40 Thlr. gelassen, und jährlich 60 Thlr. zur Bezahlung employiret werden, zumahl bey demselben noch weniger consideration als bey einen Dom-Herrn zu machen ist, ich auch befinde, daß in Italien man nicht mehr einem ieden clerico pro victu et amictu jährlich in solchem Fall, als 24 ducatos auri de Camera zur competentz auszumachen pfleget,

MANZ. *in patroc. debit. cit. l. n. 11.*

und man vornemlich dabey auf die Bezahlung der creditorum siehet, da es billig als ein decorum anzusehen, wenn Geistliche ihre creditores hindansetzen, sich aber dabey wohl pflegen wollen.

So ist meines erachtens die competentz in 61 beyden Fällen bestimmter massen einzurichten.

Quæstio V.

Ob einem solchen vicario in seinen 62 Vicariat-Revenüen, das beneficium competentiæ angedeyen könne, der ausser seinen geistlichen Revenüen ein fideicommissum von 150 Thlr. jährlich zu geniessen hat?

Rationes dubitandi et decidendi.

Hierbey möchte zwar dieser Zweifel entstehen, 63 daß bey dem beneficio competentiæ eines Geistlichen, vornemlich auf die geistliche Revenüen zu sehen, als in regard derer er dieses beneficium zu haben scheinet, und dahero congrua portio ihm davon gelassen werden müsse, zumahl auch die fideicommiss-Güter nicht sein eigen sind, und dessen Einkünfte a 150 Thl. zu deren Ergentzung nicht zureichen möchten.

Dieweil aber dennoch denen clericis, so weit 64 ihnen dieses beneficium ex communi opinione zu verstatten, solches nicht wegen der geistlichen Revenüen, sondern ihres geistlichen characters wegen, ne mendicare teneantur, zukommt, also, wie bey voriger Frage angezeiget, zuforderst ad quantitatem patrimonii et redituum, so der debitor jährlich zu heben hat, zu sehen, ita vt, si patrimonium sufficiens ipsi superfit, vnde ali queat, plane ad hoc beneficium admitti nequeat,

COLER *de proc. execut. P. 2. c. 3. n. 115.* 65

id quod non ex ipsa substantia rerum, sed ex reditibus, quos quotannis vndequaque percipit, æstimandum, ita vt idoneum emolumentum non ex qualitate rerum, sed ex quantitate redituum æstimari debeat;

MANZIVS *cit. l. dec. 111. qu. 3. n. 57.*

Dahero darauf hier nicht zu sehen, daß die 66 Güter,

66 Güter, so der vicarius besitzet, fideicommiß-Güter sind, sondern, daß er davon jährlich 150 Thlr. Revenüen haben, und als ein vicarius wohl leben könne, ohne auf das beneficium competentiæ bey denen geistlichen Revenüen zu gedencken, da er auf diese Weise noch mehr hat, als ihm von der Rota in Italien zu seiner competentz assigniret werden würde, wenn er jene Revenüen nicht hätte.

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß ein 67
solcher vicarius, der jährlich 150 Thlr.
von fideicommiß-Gütern Revenüen hat,
zu diesem beneficio nicht zuzulassen sey.
V. R. W.

PRIVATO NOMINE

MENSE OCTOBR. MDCCXXXIX.

DECISIO LI.

THEMA.

De probanda versione in vtilitatem monasterii in repetitione mutui.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Num in mutuo ab abbate et capitulo contracto versio in rem probanda sit? n. 2.

Quod affirmatur. n. 3.

Exceptio versionis in rem ecclesiæ etiam in ipsa executione opponi potest. n. 4.

Versio in rem ex sola debitoris in instrumento facta confessione probari nequit. n. 5.

Decisio. n. 6.

Auf Leuterungs-Schrift und erfolgte Gesetze in Sachen der C. testamentarien Klägern an einem und das Closter H. Beklagten, am andern Theil, erkennen Wir ꝛc. nach vorgehaltenem Rath der Rechts-Gelehrten für Recht,

1 Daß zuvörderst Kläger, daß das quæstionirte vom Beklagten Closter vormahls in anno 1623 erborate Capital der 400 Thl. zum Nutzen und Besten des Klosters angewendet sey, beyzubringen schuldig, worauf alsdann der bereits prosequirten Leuterung halber ergehet, was recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi et decidendi.

2 Ob wohl bereits Beweiß und Gegenbeweiß in dieser Sache geführet, auch fol. 315. darüber erkannt, und dafür gehalten worden, daß Klägere dasjenige, was ihnen zu erweisen obgelegen, nicht erwiesen, auch daher das beklagte Closter zu absolviren sey, also es anitzo auf den punctum versionis in rem Monasterii um desto weniger mehr anzukommen scheinet, da eines theils solches zu des Klägers Grund der Klage gehöret, daher bey dem Beweiß dieses mit vorgebracht und erhärtet werden müssen, so doch noch nicht geschehen: andern theils Klägere beständig in actis und noch bey der Leuterung vermeinen wollen, daß ihnen die versionem in rem Monasterii beyzubringen nicht angemuthet werden könne, quod mutuum esset contractum ab abbate et capitulo,

B. STYRK. *in vs. mod. ad tit. de reb. cred. §. 37.*

mithin nicht sowohl mehr hierüber als vielmehr über die gravamina der Leuterung erkannt werden müssen.

Weil aber dennoch die Magdeburgische Policey-Ordnung *c. 49. §. 22.* mit deutlichen 3
Worten verordnet:

Es sollen weder die pia loca, wie sie Namen haben, noch die Städte hinführo ohne des Landes-Herrn oder der Magdeburgischen Regierung ausdrücklichen Bewilligung Geld auf Zinse zu entlehnen befugt seyn, da aber solches vor publication dieser Ordnung geschehen wäre, solle so wohl denen piis locis als Städten das beneficium *l. civitas. D. de reb. cred.* dergestalt zu statten kommen, daß die Zahlung eher nicht wider sie erkannt noch vollstrecket werde, bis die Gläubiger zur Gnüge beygebracht, daß das Anlehn in derer piorum locorum oder der Städte scheinbahren Nutzen verwendet worden, ob auch gleich bey Stiftern das gantze Capitul, bey Clöstern die Aebte oder Pröbste und Conventualen, und bey den Städten die Viertels- und Gemeinheits-Meister in das Anlehn ihr Vollwort gegeben,

also wenn gleich die Klägere den Grund ihrer Klage erwiesen, und das beklagte Closter das

debitum würcklich bekommen hätte, dennoch solches, um diese Post wieder zu fordern nicht hinlänglich seyn kan, sondern vielmehr zuförderst von denen Klägern, daß solches Geld zum Nutzen des Closters angewandt sey, beygebracht werden, und hieraus die endliche decision der
4 Sachen und Beurtheilung derer in der Leuterung vorgebrachten gravaminum herfliessen muß, inzwischen über diese exception principaliter noch nicht verfahren, auch solche durch Führung des Beweises und Gegenbeweises nicht ausgeschlossen worden, da dieselbe so beschaffen, daß Sie auch bey der execution noch zugelassen, und darüber der Beweiß geführet werden kan,

BRVNNEM. *conf. 92. n. 21.*
MERLIN. *in proc. tit. 39. §. 1. n. 431.*

5 welches nach Anleitung der vorhin angeführten Worte der Magdeburgischen Policey-Ordnung denen Gläubigern auflieget, im übrigen ex sola confessione debitorum in instrumento facta nicht hergenommen werden mag,

B. BORN. *in diss. de condict. cert. ex mutuo contr. civit. compet. c. V. n. 15. 16.*

sondern zuförderst die Klägere solche versionem wie Rechtens, beybringen müssen, und ob sie gleich nach der Rechts-Lehrer Meinung solche auszuführen sich nicht verbunden erachten wollen, dennoch in præsenti casu billig nach denen legibus prouincialibus erkant, und diese exceptio, quæ iuris, suppliret werden müssen.

So ist, wie geschehen zu erkennen gewesen. 6

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBR. MDCCXV.

RESPONSVM LII.

THEMATA.

I. *De litis denunciatione eiusque effectu.* n. 1-14.
II. De requisitis in alienatione bonorum ecclesiasticorum obseruandis. n. 15-28.
III. *De pretio et meliorationibus in reuocatione fundi illegitime alienati restituendis.* n. 29-33.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. de effectu litis denunciationis. n. 2.
Si a secundo auctore actio contra primum cessa est, secundo auctori litem denunciare licet. n. 3.
Litis denunciatio in quacunque iudicii parte fieri potest. n. 4. 5.
Lite denunciata in eo statu lis suscipienda est, in quo litis denuncians eam reperit. n. 6. 7. 12.
Si causa non amplius in eo statu est, vt venditor defensiones suas amplius proponere non possit, litis denunciatio locum non habet. n. 8.
In quem finem litis denunciatio introducta sit? n. 9. 10.
Euictionis præstatio locum tantum habet, vbi res iudiciali sententia est euicta. n. 11.
Cessante obligatione ad euictionem præstandam, cessat litis denunciatio. n. 12.
Decisio quæstionis I. n. 14.
Quæstio II. de alienatione bonorum ecclesiasticorum. n. 15.
Bona ecclesiastica sine iusta causa et solennitate canonica alienari nequeunt. n. 16.
Ita vt eorum dominium non transferatur in accipientem. n. 16.
Bona ordinum militarium sunt ecclesiastica. n. 17. 18.
Bonorum ecclesiasticorum, alienari solitorum, alienatio nullas solennitates desiderat. n. 19.
Bona ecclesiastica minus vtilia et quæ nonnisi incommodis sustentantur, valide alienari possunt, n. 20. 21.
Præsertim si ecclesiæ melius prospici potest. n. 22.
Quod si de iusta alienationis causa constat, solennia nequidem requiruntur. n. 24.
Qualis sit finis solennitatum in alienandis bonis ecclesiasticis? n. 25. 26.
Decisio quæstionis II. n. 27.
Quæstio III. De pretio rei illegitime alienatæ et meliorationibus restituendis. n. 28.
Malæ fidei possessor num meliorationes in re alienata factas repetere possit? n. 29.
Iusta alienationis causa essentiam legitimæ alienationis bonorum ecclesiasticorum constituit. n. 30.

Acce-

Accedente bona fide. n. 31.
Qui rem ecclesiasticam alienatam bona fide et iusto titulo possidet, repetere potest pretium et meliorationes in rem factas. n. 32.
Alias ei competit exceptio doli. n. 33. sqq.
Decisio. n. 36.

1 Als uns derselbe eine facti speciem nebst drey Fragen zugesendet ꝛc.

Hat anno 1700 der damahlige Statthalter der Balley Th., die Ober-Oelmühle in Z. weil selbige ausser der dazu gehörigen unbrauchbaren Wohnung kein tüchtiges Mühlwerck gehabt, und die wenige daraus jährliche gehobene Pacht-Gelder an 30 Thlr. meistentheils durch die meliorationes und andere auf derselben Bau- und Verbesserung verwandten Kosten absorbiret worden, durch den damahligen Pächter der Balley T. an den Müller Christoph P. für 300 Thlr. unter folgenden Bedingungen verkaufen lassen, daß die sonst auf der herrschaftlichen Schäferey liegende 20 gangbare Schock fürieht auf der sonst freyen Oelmühle haften, und von derselben jährlich 6 Thlr. Erb-Zinß, und bey allen Veräusserungs-Fällen ein laudemium a 5 pro Cent und noch andere mehrere præstationes davon jährlich abgegeben werden solten. Wie denn auch der Amts-Hauptmann der Herr von S. gedachtes Kauf-pretium wircklich empfangen, und solches dem Herrn Statthalter der Balley T. laut Beylage sub lit. S. berechnet. Ist nun, nachdem die quæstionirte Oelmühle von dem Müller P. durch Anbauung eines neuen Wohnhauses und Verbesserung des Mühl-Wercks wohl auf 200 Thlr. meliorirt, von demselben aber Schulden halber an Hans Ernst T. verkaufet, und von diesem durch eine dazu erbauete Mahl-Mühle verbessert worden, selbige auf dessen Geschwister gefallen, bald darauf aber wegen eines entstandenen Concursus creditorum subhastiret, und dem R. B. vor 400 Thlr. zugeschlagen worden. Weil aber dieser das Geld zu Bezahlung der Mühle nicht aufbringen können, so ist der Amtmann R. in Ansehung, daß die auf die Oel-Mühle gerichtlich versicherte Creditores das Balley-Amt Z. deshalb in Anspruch nehmen können, in des R. B. Recht getreten, und hat die 400 Thlr. Kauf-Gelder zu Bezahlung der darauf haftenden Schulden entrichtet. Ist aber kurtz darauf gedachte Oelmühle wiederum an Z. K. für 325 Thlr. unter Versprechung der Gewehrs-Leistung laut Beylage sub lit. H. verkaufet worden. Es hat dieser Besitzer die quæstionirte Oelmühle so wohl durch dazu erhandelten Garten als durch eine Wasserleitung sehr meliorirt, und als selbige hierauf an Johann Heinrich K. verkaufet worden, hat dieser selbige und die dabey angeleate Wasserleitung zum Behuf der Mühle so wohl als auch des Schloß-Hofes und Brauhauses in noch brauchbareren Stand gesetzet. Es sind auch bisher die Besitzer der quæstionirten Mühle in derselben ruhigen Besitz gewesen, und haben ebenfalls die Herren Statthalter der Balley T. die jährliche von derselben gefällige Erb-Zinsen, wie auch der ietzige Herr Statthalter der Herr von B. von dem letzten possessore der Mühlen die gewöhnliche Huldigung und Erb-Zinß ohne contradiction angenommen; biß anno 1737 von dem Herrn Statthalter in Vollmacht der Balley Z. wegen der quæstionirten Oel-Mühle als eines vorgebendlichen Pertinentz-Stücks der commende Z. die rei vindications-Klage wider den ietzigen possessorem K. angestellet worden, welcher auch so fort den præiudicial Punct: daß die Mühle zur comende Z. gehöre, und derselben Pertinentz-Stück sey, eingeräumet, und hierauf so wohl Z. K. als auch nachdem er von diesem iura cessa empfangen, dem Herrn Amtmann R. litem denunciiret, welcher auch ad assistendum sub pœna 5 Thlr. adciret worden, wobey auch dem Verlaut nach angegeben worden, daß Beklagter die quæstionirte Mühle bereits an Herrn Klägern abgetreten haben solte, und bey solchen Umständen nunmehro gefraget wird:

Quæstio I.

2 **Ob dem ehemahligen Iustitiario der Balley Z. Herrn Amtmann R. von K. lis denunciiret werden können, auch** re adhuc integra **lis denunciiret worden, und jener diesem zu assistiren schuldig sey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl 1) Johann Heinrich K. die quæstionirte Oelmühle von Z. K. und dieser selbige hinwiederum von dem Amtmann R. erkauset, mithin da dem Z. K. lis denunciiret worden, dieser aber in casu euictionis seinen regreß gegen den Herrn Amtmann nehmen können, derselbe dieses ius auf den ietzigen Besitzer der Mühle transferiren, und dieser ex iure cessо seines auctoris dem auctori secundo, nemlich dem Amtmann R. litem denunciiren könne: quodsi enim a secundo auctore actio contra primum cessa est, etiam secundo auctori litem denunciare licet.

L. 59. D. de euiction.
STRVVIVS *exercit. 27. th. 25.*
FRANZKIVS *ad ff. tit. de euict. n. 692.*

4 Hiernechst auch 2) die litis denunciatio in quacunque litis parte geschehen könne, modo non prope ipsam condemnationem fiat.

l. 29. ff. 2. ff. de evict.

5 Und da also Joh. Heinrich K. dem Amtmann R. litem denunciret, ehe noch etwas in caussa etkannt worden, es das Ansehen gewinnen möchte, als wenn litis denunciatio in allem zu Recht beständig und der Ammann ad assistendum verbunden sey:

Rationes decidendi.

6 Dieweil aber dennoch 1) Beklagter ante litis denunciationem den præiudicial-punct eingestanden, daß die quæstionirte Oelmühle ein Pertinentz-Stück der commende Z. sey, von diesem momento aber der eventus litis hauptsächlich dependiret, folglich da Beklagter dieses freywillig eingeräumet, bey der rei vindications-Klage das Haupt-momentum de-
7 fensionis wegfällt, Beklagter also 2) dem Amtmann R. litem in eo statu causæ denunciiret, da demselben die Haupt-defension benommen, indem er beständig leugnet, daß diese Mühle ein Pertinentz-Stücke der commende Z. sey, folglich auch nicht vindiciret werden könne, auch aus denen bisherigen so vielfältig geschehenen Veräusserungen der quæstionirten Mühle zu præsumiren sey, daß selbige ein bonum alienari solitum gewesen, und es dabey so lange sein Bewenden haben müsse, bis von Klägern dargethan worden, daß solche zur commende als ein inseparables Pertinentz-Stück gehöre, aus
8 diesen also 3) erfolget, daß die denunciatio nicht mehr re integra geschehen, da in den Rechten bekannt, quod eadem tunc fieri debeat, si adhuc in eo statu est caussa, vt defensiones suas venditor proponere possit.

NICOL. BVRGVNDVS *de evict. c. 64. n. 4.*
FABER *ad L. emtor. C. de evict.*
ZIEGLER *disput. select. them. 24. c. 4. §. 1.*
I. SAM. STRYK *in diss. de litis denunc. §. 14.*

9 Immassen 4) die litis denunciatio zu dem Ende geschiehet, vt reo assistat et caussam instruat et defendat venditor,

L. 74. §. 2. l. 53. §. 1. D. de evict.

10 mithin erfordert wird, daß die Sache noch in solchem Zustande sey, vt finem obtinere et causam defendere possit auctor,

LAVTERBACH. *in coll. pract. D. lib. 21. tit. 2. §. 32.*

ideoque nullum effectum habet litis denunciatio, vbi ius auctoris per reum factum est deterius.

BERLICH *P. I. concl. 24. n. 90.*
STRYK *loc. cit. §. 24.*

Welches doch gleichwohl im gegenwärtigen Fall geschehen, da der litis denunciant den præiudicial-punct eingeräumet, wodurch der Amtmann R. præcipuum defensionis momentum
11 verloren. Ausserdem aber 5) in specie facti noch angegeben worden, daß Beklagter sich bereits mit Herrn Klägern gesetzet, und demselben die quæstionirte Oelmühle schon abgetreten haben solte. Woferne also solches erwiesen werden könte, der Amtmann R. ad evictionem præstandam nicht verbunden ist. Evictionis enim præstatio locum tantum habet, vbi res iudiciali sententia est euicta; eadem vero cessat, vbi possessor euincenti rem sponte restituit, vel cum petitore transegit;

L. 17. C. de evict.
LAVTERBACH *in coll. pract. pand. l. 21. tit. 2. §. 25.*
FRANZKIVS *ad ff. lib. 21. tit. 7. n. 756. sqq.*

Prope enim est, vt decipiendi emtoris causa fecisse videatur, qui ius suum indiscussum reliquit, et tamen regressum habere vult nomine evictionis.

BVRGVNDVS *de evict. c. 78.*

Wo aber 6) die obligatio ad evictionem præ- 12
standam wegfällt, die litis denunciatio auch inutiliter geschiehet, sintemahl post rem transactam vel vltro restitutam die defensio rei aduersus euincentem nicht mehr statt haben kan:

Im übrigen was in rationibus dubitandi 13
angeführet worden, nur alsdenn gegründet ist, wenn die litis denunciatio in eo statu causæ geschehen, quo defensio causæ adhuc salua fuit, und selbiges also ex hactenus deductis von selbst wegfällt:

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß 14
die denunciatio litis dem Herrn Amtmann R. nicht mehr re integra geschehen, und derselbe also bey solchen Umständen ad assistendum nicht verbunden sey.

Quæstio II.

**Ob die Balley Z. die quæstionirte 15
und öfters veralienirte obere Mühle samt denen darzu hernach erbaueten Behältnissen und Mahlmühle zu vindiciren in Rechten gegründet sey?**

Rationes dubitandi.

Ob wohl 1) bona ecclesiastica absque iusta 16
causa et accedente solemnitate canonica nicht veräussert werden können, und wo solches geschiehet, die alienatio für null und nichtig gehalten wird;

c. 1. c. 8. X. de his quæ a prælat.

Mithin 2) das Eigenthum solcher nulliter veräusserten Güter auf den Besitzer nicht transferiret wird, sondern bey der Kirche bleibet, cum rei alienæ dominium non transferatur in accipientem, ideoque ecclesia rem male alienatam a possessore vindicare possit.

c. 6. X. de bonis eccles. alien. vel non.
VILLAGVT *de rebus eccles. non rite alienatis recuperandis. l. 1. c. 6. n. 3.*
WIESTNER *inst. iur. can. lib. 3. tit. 13. art. 8. n. 121.*

Und da nun 3) die Güter derer Ordens-Ritter 17
pro bonis ecclesiasticis gehalten, und auch darunter in

Instr. pac. art. 5. §. 14 et 25.

referiret werden, gedachte Verordnung der 18
Rechte auch bey derselben Veräusserung statt finden muß, solchergestalt also 4) die Veräusserung

rung der quæstionirten Oelmühle pro nulliter facta angesehen werden möchte, da selbige als ein Pertinentz-Stück der Balley Z. angegeben wird, und dennoch ohne gehörige Solennitäten absque præcedente causæ cognitione et consensu capituli et superioris verkaufet worden, folglich die Balley Z. solche von dem ietzigen Besitzer zu vindiciren berechtiget zu seyn scheinen möchte:

Rationes decidendi.

19 Dieweil aber dennoch 1) ohnerachtet des von Beklagten geschehenen nicht præiudicirenden Geständnisses dissеits beständig geleugnet wird, daß die quæstionirte Oelmühle ein Pertinentz-Stück der Balley Z. sey; hingegen aus denen bishero zu verschiedenen mahlen, theils privatim, theils sub publica hasta ohne alle Widerrede vorgenommenen alienationibus die præsumtion erwächset, daß solche eine res alienari solita sey, als worür sie auch bishero aus dieser Ursache gehalten werden müssen, da die Herren Statthalter der Balley T. über dreyßig Jahr her, nicht allein die jährliche Erb-Zinsen, als auch bey derselben öfteren Verkaufung, die gewöhnliche laudemia ohne contradiction angenommen, und sich von dem Besitzer der Mühle huldigen lassen. Dergleichen bona alienari solita aber nicht nach dem iure ordinario bonorum ecclesiasticorum beurtheilet, sondern ohne alle Solennitäten wieder veräussert werden können.

c. 2. X. de feudis.

c. vn. extrav. com. de reb. eccl. alien. vel non.

Solchennach die quæstionirte Mühle so lange pro re alienari solita gehalten werden muß, bis von dem Gegentheil das contrarium, nemlich, daß es ein inseparables Pertinentz-Stück der commende Z. sey, und also der Grund der angestellten rei vindicationis-Klage dargethan
20 worden, ja wenn auch 2) solches erwiesen werden könte, dennoch derselben anno 1700 vollzogene Veräusserung für zu Recht beständig zu halten, weil sie ex iusta et probata legibus causa geschehen, und zum Vortheil und offenbaren Nutzen der Balley Z. unternommen worden, in mehrerer Erwegung, daß die quæstionirte Mühle nebst dem Wohnhause damals in so schlechtem und baufälligen Zustand gewesen, daß sie nicht allein ein geringes Pacht-Geld gegeben, sondern auch die Pacht-Gelder meistentheils auf derselben reparatur aufgewendet werden müssen, also die Mühle fast gar nichts oder doch wenig eingetragen, welche beschwerliche Umstände 3) iustam alienandi causam abgeben, in dem denen canonischen Rechten gemäß ist, quod liceat alienare bona minus vtilia, et quæ non nisi incommodo multisque impensis sustentantur.

c. 20. et 53. C. 12. qu. 2.

WIESTNER *in inst. iur. can. lib. 3. tit. 13. n. 42. 52.*

Iusta enim est alienationis causa, quando res aliqua plus incommodi quam commodi parit, et in singulos annos plus fere exponitur in reparationibus, quam ex emolumentis accipitur.

GVILELM. REDOANVS *de reb. eccles. non alienand. rubr. de causa incommodatis. n. 1. et 9.*

AVG. BARBOSA *de offic. et potest. episcopi P. 3. alleg. 95. n. 14 et 25.*

Hiernechst auch 4) die Art der Veräusserung so 21
eingerichtet worden, daß sie augenscheinlich zum Vortheil der Balley ausgeschlagen, indem die quæstionirte Mühle nicht allein bey sehr baufälligem Zustande für einen billigen Preiß der 300 Thlr. verkaufet, sondern auch mit 20 gangbaren Schocken, welche sonst auf der herrschaftlichen Schäferey gehaftet, desgleichen mit einem jährlichen Erb-Zinß a 6 Meißnische Gülden und laudemial-Geldern, und vielen andern præstationibus und oneribus beschweret worden, der damahlige Herr Statthalter also 5) dergleichen 22
vortheilhafte Verkaufung mit Grund Rechtens eingehen können, cum quilibet prælatus possit vendere et permutare bona ecclesiastica, si aliquid horum faciat, vt meliora prospiciat et id eligat, quod non sit dubium profuturum ecclesiæ.

c. 52. C. 12. q. 2.

ob causam vtilitatis enim alienatio bonorum ecclesiasticorum valide suscipitur.

WIESTNER *loc. cit. n. 51.*

Und obgleich 6) nicht zu befinden, daß bey der 23
anno 1700 vorgenommenen Veräusserung der quæstionirten Mühle die sonst erforderliche solennitates gebrauchet worden, dennoch daraus keine absolute nullität erfolget, indem causæ cognitio, consensus capituli et superioris und die übrigen solennitates bloß zu dem Ende bey Veräusserung geistlicher Güter erfordert werden, daß dieselbe aus einer hinlänglichen und in Rechten gebilligten Ursach unternommen, und aller Betrug desto gewisser verhütet werde, in welchem Fall demnach 7) klar und offenbar ist, 24
daß wenn ein geistlich Gut ex causa vtilitatis manifestæ et euidentis veräussert worden, eine solche alienation aus Mangel der sonst zu gebrauchenden Formalien nicht angefochten und vernichtet werden kan; quodsi enim aliunde de iusta causa alienationis constat, ne quidem solemnia sunt necessaria, quæ non propter se, sed propter aliud, nimirum ad probandam iustam alienationis causam requiruntur.

BOEHMER *in iur. eccl. prot. tom. II. l. 3. tit. 13. §. 33.*

MENOCHIVS *de arbitr. iud. quæst. cas. t. u. 4.*

Finis enim harum solemnitarum alius haud 25
est, quam vt per illas de vtilitate constare possit, quæ vbi adest, et ita in claris versamur, frustranea est omnis alia disputatio.

HARPRECHT *resp. 57. n. 292.*

Ueberigens 8) diese höchst billige und vernünftige 26

Meinung nicht allein unter den Protestanten, sondern auch unter den Catholicken in foro angenommen ist, und bey vorkommenden Streitigkeiten über die Veräusserung der geistlichen Güter hauptsächlich darauf gesehen wird, vtrum alienatio ex causa legitima et bona fide facta fuerit.

HARPRECHT *loc. cit. n. 293.*
BRVNNEMANN *ad auth. hoc ius porrectum C. de SS. eccles. n. 16.*
WESENBECCIVS *cons. 59. n. 32. p. 2.*
COTHMANNVS *resp. Vol. 2. cons. vlt. n. 16. 17.*
CARPZ. *lib. 5. resp. 52. n. 28.*
GVIDO PAPA *dec. 594.*

Ideoque emtiones bona fide factæ diuque obseruatæ ab impugnatione, ex defectu rigorosarum solennitatum desumta, tuendæ sunt, cum contractuum b. f. initorum diligens obseruatio ad publicam vtilitatem pertineat.

CAROL. MOLINAEVS *cons. 44. tom. I. n. 2.*
SIMONCELLA *in præf. tr. de decretis in contractibus minorum adhibendis. n. 62. pag. 36.*

Et reuera si notabile tempus a rerum alienatione facta effluxerit, non facile prætextu omissæ solemnitatis vel defectu iustæ causæ alienationes rescindendæ, nisi dolus vel colluſio aliqua interuenisse appareat, ne ex huiusmodi alienationum rescissione familiæ turbentur, et nemo facile inueniatur, qui cum ecclesia aut corporibus ecclesiasticis contrahere velit.

BERNH. VAN ESPEN *in iure eccl. Part. II. tit. 36. c. 4. n. 46.*
REBVFFVS *in compendio alienat. rer. eccles. n. 37.*

27 Aus diesem allen also 9) nunmehro so viel erfolget, daß da der Verkauf der quæstionirten Oelmühle zum offenbaren Nutzen der commende Z. und überall bona fide geschlossen, und die darin bestimmte 300 Thlr. Kauf-Gelder mit Uebernehmung der obenberührten onerum von dem Käufer an den damahligen Amts-Hauptmann gezahlet, und von diesem dem Herrn Statthalter der Balley T. berechnet worden, Dieser vor mehr als dreyßig Jahren getroffenen Veräusserung der defectus solemnium nicht schadet, sondern dieselbe für zu Recht beständig zu halten, folglich wenn gleich die quæstionirte Oelmühle ein Pertinentz-Stück der commende Z. gewesen, dennoch derselben Eigenthum, durch obgedachten Verkauf auf primum, und so ferner auf secundum et sequentes emtores transferiret worden, und bey so bewandten Umständen die Balley sothane Mühle zu vindiciren nicht berechtiget ist. Im übrigen aber aus dem, was bishero mit hinlänglichen Gründen behauptet worden, oben angeführte rationes dubitandi von selbst wegfallen:

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die Balley Z. die quæstionirte obere Oelmühle zu vindiciren in Rechten nicht gegründet sey:

Quæstio III.

Ob die Balley Z., wenn auch die 28
Mühle quæst. wie selbige ietzo in ihrem Umfang und Beschaffenheit ist, vindiciret **werden könte, nicht schuldig sey, das** pretium **benebst allen** meliorations-**Kosten dem ietzigen** possessori **zu restituiren?**

Rationes dubitandi.

Ob wohl eingewandt werden möchte, daß 29
bey der anno 1700 geschehenen Veräusserung der quæstionirten Oelmühle der damahlige Käufer gewust haben müsse, daß die Mühle ein Pertinentz-Stück von Z. gewesen, derselbe also scienter rem alienam et ecclesiasticam absque debitis solemnitatibus gekaufet, wobey denn einige behaupten, quod eiusmodi emtor non possit repetere meliorationes, in eiusmodi re alienata factas, quoniam cum in mala fide versetur, quicquid in solo ecclesiastico ædificat, cedit solo.

VILLAGVT *de rebus eccl. male alienatis restit. l. II. c. 3. n. 64.*

Diesemnach die Balley Z. in casu vindicationis den Werth der Mühle und die meliorations-Kosten zu erstatten nicht schuldig zu seyn scheinen möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey der vorigen Frage 30
bereits ausführlich gezeiget worden, daß die quæstionirte Mühle von der Balley Z. mit Grund Rechtens nicht vindiciret werden könne, und dahero die gegenwärtige Frage von selbsten wegfällt, sonsten aber gesetzten Falles, daß selbige vindiciret werden könte, dennoch 2) derselben Veräusserung bona fide geschehen, da selbige eines theils zum offenbaren Nutzen und Vortheil der commende Z. gereichet, und also iusta alienandi causa verhanden gewesen, quæ essentiam legitimæ alienationis bonorum ecclesiasticorum constituit.

BOEHMER *in iure eccl. prot. tom. II. l. 3. tit. 13. §. 30.*

Andern theils aber selbige für einen billigen 31
Preiß und mit der Uebernehmung so vieler wichtigen onerum von dem damahligen Käufer angenommen, und die gezahlte Kauf-Gelder dem Herrn Statthalter der Balley T. zum Nutzen der commende berechnet worden, woraus offenbar, daß gedachter Verkauf überall bona fide geschlossen worden; hierbey aber 3) in Rechten gegründet ist, daß wenn ja dergleichen Veräusserung umgestossen, und fundus ecclesiasticus mit dem beneficio oder der commende wieder verei-

vereiniget werden solten, der Käufer den Verlust von beyden, so wohl des evincirten Gutes als auch des Kaufs-pretii, zu tragen nicht gehalten sey, sondern das corpus ecclesiasticum in solchem Fall das gezahlte Kauf-Geld und andere meliorations-Unkosten wieder erstatten müsse: quod si enim quis rem alienatam bona fide et iusto titulo possideat, repetere potest pretium et meliorationes in rem factas,

VILLAGVT *cit. loc. n. 65.*
WIESTNER *instit. iur. can. l. 3. tit. 13. art. 7. n. 141.*

cum omnino prouidendum sit, ne, si forte possessores fundum eiusmodi expensis et labore suo reddiderint meliorem, sumtibus, quos bona fide fecerunt, defraudentur.

c. 1. X. de in integr. restit.

33 Diesemnach 4) dem evincenti, welcher rem alienatam ohne derselben Kauf-Geld und andere Unkosten zu erstatten wieder fordert, die exceptio doli mali entgegen stehet, als welche in dem Fall, wenn bona minorum illegitime alienata revociret werden, in den Rechten ausdrücklich verliehen wird,

l. 10. 14. 16. C. de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alien.

diesemnach ex paritate rationis auch bey der vindicatione dictorum bonorum statt finden muß. Cum ratio naturalis non permittat, vt ecclesia locupletior fiat cum alterius damno.

L. 14. D. de condict. indebit.

WIESTNER *loc. cit. n. 142.*

Uebrigens der vorhin angeführte Zweifels-Grund von keiner Erheblichkeit ist, da erstlich noch unerwiesen, daß die quæstionirte Mühle eine Pertinentz von Z. gewesen; hiernechst solche bishero beständig für ein bonum alienari solitum gehalten worden, wie denn nicht vermuthlich, daß, wenn der Amtmann R. gewust, daß es ein bonum ecclesiæ sey, derselbe zu Bezahlung der Teichmannischen Schulden die quæstionirte Mühle übernommen haben würde. 34

Endlich 35 wenn auch der primus emtor gewust haben solte, daß die Mühle zu Z. gehöret, dennoch die öfters angeführte iusta alienationis causa den Verkauf legitimiret, wie in ratione decidendi I gewiesen worden, überdem bey iedem Verkauf eines fundi ecclesiastici, er mag so bindig geschlossen werden als er will, eine scientia rei alienæ, quæ scilicet ad ecclesiam pertinet, anzutreffen, und dahero bloß darauf zu sehen, ob selbiger, wie im gegenwärtigen Fall, bona fide et in vtilitatem ecclesiæ geschlossen worden.

So halten wir dafür, daß die Balley Z. 36 wenn gleich die quæstionirte Mühle mit allem ihrem Zubehör vindiciret werden könte, dennoch das pretium nebst aller meliorations-Kosten dem itzigen possessori zu restituiren schuldig sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBRVAR. MDCCXXXVIII.

RESPONSVM LIII.

THEMATA.

I. De alienatione vel oppignoratione bonorum ecclesiasticorum valida. n. 1-30.
II. De vsuris moræ. n. 63. sqq.
III. De probatione versionis in rem in debito monasterii probanda. n. 35. sqq.
IV. De fide regiſtrorum monasterii. n. 60. sqq.
V. Res pignorata in eadem qualitate, qua tempore oppignorationis fuit, restituenda est. n. 72. sqq.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. n. 2.
Alienatio bonorum ecclesiasticorum regulariter iure canonico est prohibita. n. 3.
Res monasteriorum, tanquam patrimonium pauperum, sunt inalienabiles, n. 4.
Nisi euidens ecclesiæ vel monasterii vtilitas id suadeat, n. 5.
Quæ non præsumitur, sed ab eo, qui in ea se fundat, probanda est. n. 6.
Abbates inferiores nequeunt absque abbatum generalium assensu bona immobilia cœnobiorum alienare, n. 7.

Præ-

Præsertim in ordine Cistertiensium. n. 8.
Ordo Cistertiensium abomni iurisdictione episcoporum et ordinariorum exemtus est. n. 9.
Num principes iurisdictionem ecclesiasticam vt episcopi exerceant? n. 10.
In alienatione bonorum ecclesiasticorum requiruntur coniunctim iusta alienationis causa et legitimus alienandi modus. n. 12.
Inter iustas alienandi causas refertur vtilitas ecclesiæ. n. 13.
Et si ecclesia graui aere alieno grauatur. n. 14. 15. 16. 17.
Transactio monasterio profutura liti semper præferenda est. n. 18. 19.
Quod sine magno incommodo et sine ingentibus sumtibus conseruari nequit, illud iuste ab ecclesia alienari potest. n. 20.
Modus alienationis legitimus recenſetur. n. 21.
Causa alienationis rei ecclesiasticæ in instrumento specifice exprimenda est. n. 22.
Decretum superioris de alienando in ecclesiasticis requiritur. n. 23.
Ordines a iurisdictione episcopali exemti iurisdictioni supremæ principis euangelici subsunt. n. 23.
Principibus euangelicis liberum tam in sacris quam politicis iurisdictionis exercitium competit, n. 24.
Suspenso iure diœcesano et tota iurisdictione ecclesiastica cum omnibus suis speciebus quouiscunque magistratuum catholicorum ecclesiasticorum. n. 24.
Decretum de alienandis bonis ecclesiasticis est actus iuris diœcesani. n. 25.
Subhastatio regulariter in omnibus alienationibus, quæ auctoritatem et consensum superioris desiderant, requiri solet. n. 26.
Contra instrumentum pacis nulla iura et privilegia allegari possunt. n. 27.
Principes protestantes iura circa sacra non exercent vt episcopi. n. 28.
Contra transactionem Westphalicam nullæ ordinum religiosorum exemtiones admittuntur. n. 29.
Decisio quæstionis I. n. 30.
Quæstio II. De eodem argumento. n. 31.
Monasterium ex mutuo non obligatur, nisi probetur, pecuniam in rem monasterii versam esse, n. 32.
Inprimis si ad mutui satisfactionem necessarium sit vendere bona immobilia. n. 33.
Non licet rem immobilem ecclesiæ specialis hypothecæ titulo obligare. n. 34.
Versio in rem tunc demum probanda est, si monasterii administratores mutuum contraxerunt, n. 36.
Non vero, si monasterium immediate mutuum contraxit, n. 37.
Cuius differentiæ ratio allegatur et probatur n. 38. sqq.
Abbas et conuentus monasterium repræsentant. n. 39.
Quæuis vniuersitas, si immediate contraxit, sine probatione versionis obligatur ex mutuo. n. 42. 43.
Explicatur auth. hoc ius porrectum. C. de S.S. eccles. n. 44.
Sigilla censentur apposita voluntate eorum, ad quos pertinent, concurrente inprimis antiquitate temporis. n. 45.
Confessio præsumtionem veritatis operatur, donec probetur contrarium. n. 46.
Conuersum pretium in vtilitatem ecclesiæ probatur inprimis antiquitate temporis et accedente dignitate abbatis. n. 47 50.
Versio probatur, si doceat creditor, sua pecunia ciuitatem esse liberatam onere vel debito. n. 48.
Versio in causam alimentorum de se inducit obligationem ad restituendum mutuum. n. 49.
In probatione versionis coniecturæ et præsumtiones admittuntur. n. 51.
In mutuo confessio prælati et capituli versionem satis euincit, accedentibus coniecturis. n. 52.
Solius abbatis confessio in præiudicium monasterii nihil probat. n. 53.
Constituti magna vis est. n. 54.
Ex contractu administratorum obligatur vniuersitas, si eius ratihabitio est subsecuta. n. 55.
Oppignoratio bonorum ecclesiasticorum permissa est ex iusta causa et vtilitate monasterii. n. 56.
In antiquis prætextus omissæ solennitatis non attenditur, nisi dolus vel colluſio probetur, n. 57. 58.
Qui pignoris causa fundum habuit, necessarias expensas repetere potest. n. 59.
Registra antiqua fidem probandi habent, n. 60. 68.
Ita vt iuramento suppletorio locus sit. n. 61.
Decisio quæstionis II. n. 62.
Quæstio III. De restitutione rei oppignoratæ in eadem quantitate et qualitate. n. 63.
Detentor pignoris damnum dolo vel culpa leui illatum resarcire tenetur, n. 64.
Ideoque casum fortuitum probare debet. n. 65. 66.
In ea qualitate res pignorata a restituenda, qualis fuit tempore obligationis. n. 67.
Priuatæ annotationes vim probandi non habent. n. 69.
Ex deuogatoriis instrumentis vltimum tantum probat. n. 70.
Decisio quæstionis III. n. 71.
Quæstio IV. De vsuris. n. 72.
In mora est, qui legitime interpellatus non soluit. n. 73. sqq.
Qui in mora est, ad omne interesse tenetur. n. 74.
Vsuræ ex contractu debitæ semper exigi possunt. n. 75. 76.
Iusta dilationis causa excusat a mora. n. 77.
Vbi nulla mora est, ibi nec vsuræ moræ peti possunt. n. 78. 79.
Decisio quæstionis IV. n. 80.

Die

1 Die mir zugeschickte facti species nebst angefügten Beylagen verhält sich folgendergestalt:

Es hat das Cistertienser-Closter zu M. von dem Rath der Stadt H. an. 1562. zu Tilgung unterschiedlicher dringenden Schulden ein Capital von 2000 Goldgülden aufgenommen, und dagegen dem Rath den M. Hof und E. Zehenten in S. Æ. Felde auf zwölf Jahr wiederkäuflich überlassen, demselben auch dabey sowohl bey etwa sich künftig ereignenden Veräusserung solcher Güter das ius protimiseos als auch die Erstattung der auf den Hof zu verwendenden nothdringlichen Bau-Kosten versprochen. Wiewohl nun zwar nach solchen verflossenen zwölf Jahren das Closter an. 1574 über gemeldete 2000 Goldgülden noch 550 Goldgülden von dem Rathe erborget, und diesem hinwiederum, gegen Freylassung des M. Hofes, den E. Zehnten nebst dem Garten-Zehnten und dem Boden-Zinß auf zehn Jahr lang wiederkäuflich übertragen: so hat doch noch vor Ablauf solcher zehen Jahren an. 1579 Abt Iohannes und das Closter zu obiger Summa noch 2450 Goldgülden von dem Rath aufgenommen, und demselben von solcher Summe der 5000 Goldgülden den M. Hof nebst dem E. und Garten-Zehnden- und Boden-Zinß gäntzlich verkaufet. Jedoch wegen der über solche Veräusserung entstandenen Irrungen und Schwürigkeiten hat sich Burgemeister und Rath nach vorhergehenden gütlichen Tractaten an. 1582. gefallen lassen, besagte wircklich verkaufte Güter gegen gemeldtes Anlehn von 5000 Goldgülden auf zehn Jahr nur widerkäuflich zu behalten, sich aber doch das ius protimiseos und die Erstattung der benöthigten Bau-Unkosten stipuliret. Als nach Verlauf der Zehn-Jahre das Closter solches Capital abzutragen nicht im Stande gewesen, haben sie zwar beyderseits an. 1598 einen andern Vergleich dahin getroffen, daß das Closter dem Rath an statt des erwehnten Widerkaufs 300 Goldgülden jährlicher Renthen und Zinsen für das besagte Capital der 5000 Goldgülden verkaufet; iedoch ist kurtz hierauf an. 1600 vorgedachter Wiederkauf wieder erneuert und gegen einen Zuschuß von 600 Goldgülden zu dem vorigem Capital der M. Hof und Boden nebst dem F. Zehnten iure antichreseos dem Rath wiederkäuflich überlassen worden. Gleichergestalt hat auch das Closter an. 1582 dem Rath für ein neues Capital a 1200 Goldgülden aus ihrem Meyerhof zu A. 72 Goldgülden jährlicher Renthe, und wiederum an. 1587 für abermahls vorgestreckte 500 Goldgülden noch 30 Goldgülden jährliche Renthe wiederkäuflich verkaufet. Ohnerachtet nun nach solcher Zeit an. 1622. dem Closter von dem Rathe die Losse geschehen, auch bereits von Herzog Friedrich Ulrich eine commission zur liquidation und Güte gesetzet worden: so ist solches alles doch bishero fruchtloß gewesen und der Rath im Besitz solcher M. Güter geblieben. Ob wohl binnen solcher Zeit zwischen dem Rath und Closter verschiedene Streitigkeiten, insbesondere wegen des verringerten Garten-Zehntens, und durch Anlegung neuer Gärten geschmählerten Feld-Zehntens entsprungen, auch selbsten über die Haupt-Schuldpost, und dessen zum Besten des Closters geschehener Verwendung controvertiret worden. Dahero nunmehro Burgemeister und Rath der Stadt H. sich entweder via transactionis oder iuris in völlige Richtigkeit mit dem Closter zu setzen entschlossen, und dannenhero über folgende Fragen belehret zu seyn verlangen.

Quæstio I.

2 **Wenn das Closter in Güte per transactionem dahin zu bewegen, der Stadt die M. Güter pleno iure dominii zu übertragen, oder damit zu investiren, und also der casus alienationis eintritt, wie solches auf eine Rechts-beständige Art solchergestalt zu Wercke zu richten, daß die Stadt sich in perpetuum dabey gesichert finde?**

Rationes dubitandi.

3 Ob wohl 1) die Veräusserung der Kirchen Güter nach denen Römischen Rechten sowohl als auch nach dem iure canonico regulariter verboten ist,

L. penult. C. de SS. eccles. Nov. 7. tot. tit.
X. de rebus eccles. alien. vel non.

4 auch res monasteriorum tanquam patrimonium pauperum nicht veräussert werden dürfen,

TAMBVRIN *de iure Abb. T. III. disp. 13.*

5 und es daher 2) bey dieser Regel und prohibitione so lange sein Bewenden haben muß, bis manifesta vtilitas ecclesiæ erwiesen; dergleichen im gegenwärtigen Fall zu ermangeln scheinet, da die Veräusserung der M. Güter in der Absicht geschehen würde, um nur bloß einem weitläuftigen Proceß und dessen zweifelhaften Ausgang zuvor zu kommen, da doch aus den von dem Closter vorgeschützten exceptionibus erhellen will, daß dasselbe fundatam et iustam litigandi causam vor sich habe, und wenn gleich die Sache noch einigen dubiis unterworfen, dennoch darin für das Closter ein guter eventus zu hoffen, wenigstens aber die vorgegebene causa alienationis noch nicht gewiß und evident sey, cum tamen ad alienationem requiratur euidens ecclesiæ seu monasterii vtilitas,

c. 51. C. 12. qu. 2.
TVRICELLIVS *de rebus eccles. non alienand. c. 16. n. 4.*

euidens autem ecclesiæ vtilitas dicitur illa, quæ non est dubia sed clara et indubitata,

TAMBVRIN. *cit. l. qu. 4. n. 11. 12.*

6 adeoque vtilitas ecclesiæ non præsumitur, sed ab eo, qui in ea se fundat, probanda,

VILLAGVT *de reb. eccles. male alien. restit. lib. 2. c. 5. n. 209. p. 770.*

7 und wenn auch gleich 3) die alienation für zulässlich zu halten seyn solte, dennoch zu derselben nicht geschritten werden könte, ehe und bevor die sowohl nach denen canonischen Rechten als besondern Cistertienser-Ordens statutis erforderliche solennitates iuris beobachtet, und dahero ausser dem consensu capituli die ratificatio zuvörderst ihres progeneralis gesuchet werden müste, cum abbates inferiores nequeant absque abbatum generalium assensu bona immobilia cœnobiorum alienare.

TAMBVRINI *cit. l. qu. 8. n. 1.*

8 Bevorab da insbesondere in den dem Cistercienser-Orden vom Pabst BENEDICTO XII an. 1334 ertheilten privilegio ausdrücklich versehen, vt antequam procedatur ad alienationem seu venditionem ipsam, petatur et obtineatur licentia super hoc ab ipsius ordinis capitulo generali, et subsequatur discussio super alienatione seu venditione huiusmodi facienda per duos abbates ejusdem ordinis, ab eodem monasterio seu alio conuentuali loco non remotos, per dictum generale capitulum deputandos.

vid. CHRYSOST. HENRIQVEZ *Regul. et privilegia ordin. Cisstrtiens. p. 94. n. 4.*

9 Dabey es dann auch 4) scheinen will, daß das Closter M. zur bündigen Veräusserung ihrer Güter ein Landesherrliches Decretum de alienando zu suchen nicht eben nöthig habe, da bekant, daß der Cistertienser-Orden per priuilegia Alexandri III. et Lucii ab omni iurisdictione Episcoporum et ordinariorum eximiret sind;

MANRIQVE *annal. Cistertiens. tom. II. p. 357. et tom. III. p. 131.*

10 Bey den Protestanten aber insgemein dafür gehalten wird, daß suspensa per instrumentum pacis episcoporum iurisdictione, die Landes-Herren die Gewalt in sacris, als episcopi, führen,

REINKING *de regim. secul. et eccl. l. 3. class. 1. c. 10. n. 1. seq.*

ANDR. KNICHEN *de subl. territ. iure c. 3. n. 233. seq.*

und sich also nichts mehr als die vorigen Bischöfe gehabt, anmassen können, die über sie keine Bothmäßigkeit ausgeübet; folglich die Cistertienser-Clöster in sacris von der iurisdictione episcopali derer Landes-Herren gleichfalls eximiret zu achten, und dannenhero ein Landesherrlichen decretum de bonis ecclesiasticis alienandis im gegenwärtigen Fall nicht erfor-
11 dert werde, allenfalls aber 5) nicht zureichen würde, wenn die oben bemerckte requisita ermangeln solten, wozu insonderheit das decretum pontificis, dem der Orden immediate unterworfen erfordert werden möchte, zumahl auch überhaupt ohne dieser auctorität keine bona ecclesiastica et monasteriorum valide veräussert werden mögen, wovon die constitutiones papales zu lesen, bey dem

VILLAGVTIO *de reb. eccles. male alien. restituend. lib. 2. c. 8. p. 822. sqq.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey dieser Frage vor- 12
nemlich auf zwey Puncte, und zwar eines theils auf iustam alienationis causam, andern theils auf legitimum alienandi modum alles ankommet, cum hæc duo ad alienationis validitatem requirantur coniunctim; vt vnum sine altero non sufficiat, et vno deficiente alienatio sit ipso iure nulla,

CORVINVS *de benef. eccles. l. VII. tit. 4. n. 30.*

inter causas alienationis aber vtilitas eccle- 13
siæ im iure canonico selbst approbiret ist, cum prælatus possit donare, commutare vel vendere, si aliquid horum faciat, vt meliora prospiciat, et cum cleri tractatu atque consensu id eligat, quod non sit dubium profuturum ecclesiæ.

c. 52. C. 12. qu. 2.

Worunter 2) insbesondere gehöret, wann die 14
alienario zu Abthuung wichtiger Kirchen- und Clöster-Schulden vorgenommen werden muß, quod in casu, si ecclesia graui ære alieno grauatur, immobilia vel distrahi, vel emtore non inuento creditori in solutum dari queant,

WIESTNER *inst. iur. can. l. 3. c. 23. n. 31.*

PYRRHVS CORRADVS *praxi dispensat. l. 9. c. 1. n. 18.*

c. hoc ius porrect. 2. C. 10. qu. 2.

welche causa alienationis selbst in oben ange- 15
führtem priuilegio Cistertiensium apud

HENRIQVEZ *cit. l. p. 94.*

nicht undeutlich pro legitima angenommen wird, indem es daselbst heißt: Si propter alicuius monasterii seu loci conuentualis debita exsoluenda, vel vt aliquid aliud, quod eidem monasterio seu conuentuali loco sit vtilius, acquiratur, aliqnid alienandum exstiterit, pecunia, quæ inde habebitur, ad nullos alios vsus quam in acquisitionem seu debitorum solutionem conuertatur. Welche causa 3) 16
im gegenwärtigen Fall offenbar verhanden ist, da der Abt und der Convent des Closters zu M. bereits vor vielen Jahren von dem Rath unterschiedliche grosse Summen aufgenommen, welche nicht allein satt von Abten zu Abten agnosciret worden, sondern auch durch die vom Abt und Closter ausgestellete obligationes und Verschreibungen genugsam dargethan werden können; und ob wohl gegen solche Schulden von 17
Seiten des Closters einige exceptiones opponiret worden, dennoch solche, wie ad quæst. 2. gezeiget werden soll, nur leere Schein-Gründe sind, und durch Rechts-beständige rationes gar

wohl

wohl elidiret werden können, folglich genugsame und gerechte Ursache alhier verhanden, wenn das Closter zu Tilgung der so lange Jahre sie beschwerenden Schulden sich zur alienation der M. Güter, die ohnedem schon Burgermeister und Rath in Händen haben, resolviren solten.
18 Ausser diesen auch noch 4) in Erwegung zu ziehen, daß das Closter bey dieser Sache, nur zwey Wege aus diesem verwirreten Zustand und grossen Unrichtigkeit zu kommen für sich habe, ob es nemlich entweder den Austrag der Sache einem weitläuftigen kostbaren und ungewissen Proceß überlassen, und die Gefahr übernehmen wolle, daß es condemniret werde, den Rath ausser den Haupt-Forderungen in seinen andern ansehnlichen prætensionen zu contentiren: oder ob es sich dato aliquo vel retento zu einem gütlichen und vielleicht profitablen Vergleich, wozu Burgermeister und Rath geneigt ist, verstehen, und durch die vorgeschlagene alienation jenes evitiren wolle, wobey der Herr Prälat billig auf die Warnung des Pabsts LEONIS

in c. 52. C. 12. qu. 2.

zu sehen Ursache hat, vt totius conuentus tractatu et consensu id eligat, quod sit profuturum monasterio; welches ohne Zweifel in casu præsente ein anständiger und wohl überlegter Vergleich ist, als welcher aller vernünftiger Menschen Ermessen nach allen Processen vorzu-
19 ziehen, allermassen 5) bey gegenwärtiger Sache so viele intricate controversien vorkommen, die bereits zwischen dem Closter und dem Rath einige Jahre, ohne Endschaft zu erreichen, fruchtloß ventiliret worden, und woraus noch neue entspringen können, welche ohne einen langwierigen und kostbaren Proceß nicht leicht abzuthun sind; wie denn 6) schon bereits viele Jahre hero wegen des durch Anlegung neuer Gärten geschmählerten Feld-Zehnten vergebens gestritten, darüber bereits an. 1598 vom Abt IOHANNE IX Beschwerde geführet, dieses gravamen auch wiederum an. 1612 vom Abt BARWARDO vrgiret, und an. 1643 vom Abt LVDOLPHO zwar wieder ad motum gebracht, aber bis dato noch nicht abgethan worden. Hiernechst 7) auch bereits an. 1620 die Frage von dem eigentlichen valore der Goldgülden auf die Bahn gebracht, und noch zur Zeit nicht ausgemachet ist, ob des Hertzog Friedrich Ulrichs Verordnung de an. 1622 in welcher ein Goldgülden auf 1 Rthlr. 4 Mariengl. gesetzet ist, hierbey zu Grunde zu legen, oder ob nicht vielmehr auf den nach solcher Zeit sehr hoch gestiegenen Werth a 2 Thlr. 30 Mariengl. zu sehen, überdem 8) der Rath wegen der auf den M. Hof seit so vielen Jahren verwandten Bau-Kosten eine ansehnliche und in denen documenten gegründete prætension und dabey das unstreitige ius retentionis hat, wobey aber jedoch theils ratione qualitatis expensarum, theils ratione liquidationis so viele difficultäten vorkommen, daß wenn man hierin den ordentlichen Weg Rechtens gehen würde, man selbige ohne viele Beschwerlichkeit, und grosse Proceß-Unkosten nicht leichtlich übersteigen können wird. Dergleichen Schwürigkeiten ebenfalls 9) bey 20
der Frage vorkommen, ob das Closter, da ihm anno 1623 vom Rath die Loosse wegen der wiederkäuflich besessenen M. Güter geschehen, nicht dasjenige, was ihm von der Zeit an ordentlichen Zinsen fehlet, nachzuschiessen schuldig sey, wobey die Num. 5. Act. speciminis loco gezogene Ab- und Gegen-Rechnung ohnesehr zeigen mag, was für inextricabiles lites sich wegen der restituendorum ereignen werden, wenn es zur liquidation kommen solte. Aus diesem allen aber nunmehro 10) der offen- 21
bare Nutzen des Closters erscheinet, wenn es durch einen gütlichen Vergleich sich aus solchen emberras und unvermeidlichen Weitläuftigkeiten ziehen könte, und folglich dieses eine desto gerechtere Ursache sey, welche die alienationem legitimite; quod enim sine magno incommodo et sine ingentibus sumtibus conseruari nequit, illud iuste ab ecclesia alienari potest;

BARBOSA *l. III. iur. eccl. c. 30. n. 20.*
WIESTNER. *institt. iur. can. lib. 3. tit. 613. n. 59.*

So viel aber 11) legitimum alienandi modum betrift, zuvörderst erfordert wird, daß der Abt mit seinem Convent die Sache tractatu solenni et diligenti in deliberation ziehe, und den consens und Schluß des Convents darüber erhalte, zu mehrerer Sicherheit hierüber ein protocoll führe, und eine gehörige Registratur aufrichten lasse,

c. 1. in 6. de rebus eccles. non alienand.
TVRRICELLIVS *de reb. eccles. non al. c. 4. et 5.*
LYNCKER *Respons. II. n. 41.*

darneben von Seiten des Closters das instrumentum alienationis, mit der Unterschrift so wohl als auch denen Sigillis beydes des Abts und Convents bestärcket werde,

c. 8. X. de his quæ fiunt. a præl.

wie auch solches umständlich in oben angeführtem privilegio Cistertiensium

apud HENRIQVEZ *c. l. p. 92.*

versehen, vt quotiescunque alienationem imminere contigerit, tractatus duorum dierum ad minus interpolatorum diligens et maturus præcedere debeat, habendus per abbatem monasterii cum suo conuentu. Et nihilominus alienatio seu venditio huiusmodi fiat de consensu ipsius conuentus vel maioris vel sanioris partis eiusdem; et quod de tractatu et consensu iam dictis scriptura conficiatur authentica, in qua nomina et cognomina tractantium et consentientium, et sigilla Abbatis monasterii et conuentus monasterii apponantur. Hierbey auch 12) allen 22
künftigen Streitigkeiten vorzukommen nicht unbillig angerathen wird, daß nicht allein dieses alles, sondern auch besonders die causa alienationis in instrumento mit den nöthigsten Umständen specifice angeführet werde: Illud enim sedulo in alienatione rei ecclesiasticæ atten-

attendendum, vt causa alienationis in instrumento specifica exprimatur, circumstantiis vallata, vt facile probari queat aut saltim præsumi debeat.

BERNH. VAN ESPEN *ius eccl. Part. II. tit. 36. c. 4. n. 44.*

REBVFFVS *in compend. alienat. ver. eccles. n. 9.*

23 Ferner 13) bey aller Veräusserung geistlicher Güter ein decretum superioris de alienando erfordert wird, welches im gegenwärtigen Fall der Landes-Herr ertheilen muß, immassen einem Evangelischen Landes-Herrn suprema iurisdictio et potestas über die in seinem territorio gelegene Catholische Clöster et ordines, a iurisdictione episcopali exemtos, allerdings zukommt, wie ich

T. I. decis. et consult. arg. XV. n. 72.

24 erwiesen, und aus dem Instr. Pacis sattsam dargethan, als vermöge welches denen Landes-Herren liberum tum in sacris quam in politicis exercitium zu geschrieben;

art. VIII. instr. pac. §. 1.

hingegen das ius diœcesanum et tota iurisdictio ecclesiastica cum omnibus suis speciebus quorumcunque magistratuum catholicorum ecclesiasticorum suspendiret werden,

art. V. l. p. §. 948.

und da also vniversa iurisdictio ecclesiastica in territoriis protestantium ausgeschlossen ist, solches nicht bloß de iurisdictione episcoporum anzunehmen, sondern auch von allen speciebus derselben, und folglich auch de iurisdictione pontificis, generalium et provincialium nothwendig verstanden werden muß, immassen sonst, was generaliter aufgehoben ist, per indirectum contra mentem instrumenti pacis eingeführet werden würde, überdem auch sonsten ex iure bekannt, quod prouincialis in sua prouincia habeat iurisdictionem episcopalem;

FRANC. PELLIZARIVS *in manual. regulari tr. 9. c. 3. sect. 13. n. 69.*

25 welche aber gleichwol in territoriis protestantium suspendiret ist. Folglich nunmehr ein Landes-Herr diejenigen actus iurisdictionis, die von dem Generale über die monasteria exerciret, allein sich mit Recht anmassen kan, und da decretum de alienandis bonis ecclesiasticis ein actus iurisdictionis vel iuris diœcesani ist, immassen dazu causæ cognitio erfordert wird, solches nunmehro von ihm allein gesuchet werden muß, und derselbe auch ohne Schmählerung seiner superioritatis sacræ nicht zu leiden verbunden ist, daß prouinciales oder generales in seinem territorio dergleichen actus

26 iurisdictionis verrichten. Endlich 14) bey der alienatione zu mehrerer Sicherheit des Raths vonnöthen ist, daß die M. Güter gehörig ad taxam gebracht, pro indagando vero pretio angeschlagen, und voluntarie subhastiret, und also alle Gelegenheit, eine Læsion künftighin etwan vorzuwenden, abgeschnitten werde, subhastatio enim regulariter in omnibus alienationibus, quæ auctoritatem et consensum superioris desiderant, requiri solet,

POSTIVS *de subhast. at. resp. 14. n. 1. sqq.*

welches auch insbesondere im iure ciuili et canonico bey der Veräusserung geistlicher Güter erfordert, und expresse

in c. 2. C. 10. qu. 2.
et Authent. hoc ius porrectum C. de SS. eccles.

versehen ist, vt per viginti dies rem ecclesiæ venalem esse publice notum sit, vt plus offerenti detur pretio modis omnibus pro debito dando, aliter enim res emtori non conceditur. Woraus dann denen rationibus du- 27
bitandi gar leicht begegnet werden mag, angesehen die ratio dubitandi prima von selbsten aus denen angeführten momentis wegfället, hergegen quoad 2) die Anforderung des Raths an sich nicht dubia, sondern per contradictionem nur controuersa ist, inter rem dubiam et controuersam aber noch ein Unterscheid ist, zumahl auch die gewissesten und wohl fundirten Sachen in controvers gezogen werden können; aber deswegen nicht so gleich dergestalt zweifelhaft anzusehen, daß man nicht endlich einen guten Ausgang hoffen könne, vielmehr es hiebey lediglich auf die Erheblichkeit der obiectionum ankommt, welche bey denen vom Closter opponirten exceptionibus ermangelt, überdem auch bereits oben euidens vtilitas monasterii vorgestellet worden, welche die alienationem legitimiret, wie denn nicht weniger ratio dubit. 3) per sanctionem

instrumenti pacis art. XVII. §. 3.

sattsam wiederleget wird, woselbst versehen, vt contra instrumentum pacis, nec iura ciuilia et canonica, nec priuilegia indulta, et alias religiosorum ordinum regulæ aut exemtiones vaquam allegentur audiantur aut admittantur, und da also durch das instrumentum pacis alle iurisdictio ecclesiastica in den territoriis der Evangelischen suspendiret ist, selbige auch unter dem Vorwand eines priuilegii, oder exemtionis, nicht wieder introduciret werden, und also daß priuilegium ordinis Cistertiensis in eo passu, worin es der Landesherrlichen Hoheit zuwider ist, keine application weiter finden kan. Endlich ad 4) es zwar ein 28
gemeines Vorurtheil ist, als wenn principes protestantes die iura circa sacra als supremi episcopi in ihren territoriis exercirten, welches aber bereits von mir

in iure eccles. t. I. lib. I. tit. 31. §. 40.

hinlänglich wiederleget und gezeiget worden, daß die potestas principum circa sacra, nach der norma und denen limitibus iurisdictionis episcopalis nicht abgemessen werden müsse; dan- 29
nenhero unter dergleichen Behelfen sich die ordines exemti von der denen Landes-Herren in instrument. pacis zugeeigneten geistlichen Botmäßigkeit nicht eximiren können, cum contra

trans-

transactionem Westphalicam nullæ ordinum religiosorum exemtiones admittuntur:

art. XVII. I.P. *§. 3.*

Vielmehr alle vorhin von denen Päbsten, Orden, generalen, und provincialen exercirte Gewalt und Hoheit über die eximirte Orden auf einen Evangelischen Landes-Herrn per indirectum transferiret ist, wobey am sichersten seyn möchte, daß zu solcher Handelung eine allergnädigste Königl. commission angeordnet werde, vor welcher die Tractaten vorgenommen, und so viel möglich zum Schluß gebracht, darauf aber umständlicher Bericht nebst einem unvorgreiflichen rechtlichen Gutachten erstattet werde.

30 So bin ich der rechtlichen Meinung, daß hier legitima alienationis causa vorhanden, und falls der Abt und Convent præuia deliberatione die alienationem genehm halten, darüber der Landes-Herr das decretum de alienando ertheilen, auch die bona ad hastam gebracht werden solten, der Rath genugsam und völlig dabey gesichert sey.

Quæstio II.

31 **Wann die quæstionirten M. Güter dem Closter zu restituiren, und also es auf die Wiederbezahlung der vorgeschossenen grossen Summen Geldes und angewandten Bau-Kosten ankommt, wie so dann alle besorgliche exceptiones, als** 1) non factæ versionis, 2) prohibitæ oppignorationis rerum monasterii immobilium cum iactura debiti ex Nov. VII, c. 6. **und daß** 3) ratione **der aufgewandten Bau-Kosten die darüber geführte Register erfordernder massen von Closter-Personen nicht mit unterschrieben, mit Bestand Rechtens zu** elidiren?

Rationes dubitandi.

32 Ob wohl 1) die opponirte exceptio non factæ versionis gegründet zu seyn scheinen möchte, da der Rath es hier mit einem Closter zu thun hat, welches nicht anders ex mutuo verbunden werden kan, als wenn der creditor erwiesen, pecuniam in rem monasterii versam fuisse, indem

in Auth. hoc ius porrectum C. de SS. eccles. et in c. 2. C. 10. qu. 2.

generaliter et indefinite versehen, vt is tantum creditor hic intelligatur, qui, quod credidit, probat in vtilitatem diuinæ domus processisse; welches um destomehr im gegenwärtigen
33 casu statt finden will, da das Closter von dem Rath eine so hohe Summe Geldes aufgenommen, welche es nicht wieder würde abtragen können, ohne zur Veräusserung der Closter-Güter zu schreiten, in welchem Fall viele Canonisten die probationem versionis für nöthig halten, es mag das mutuum vom Abt und Prælato allein, oder zugleich cum consensu conuentus et capituli contrahiret seyn; vt enim ecclesia obligetur mutuo, a prælato et capitulo simul contracto, versionis probatio necessaria est, inprimis si ad mutui satisfactionem necessarium sit vendere bona immobilia.

BARBOSA *in collect. ad c. 4. X. de fidei. n. 8.*

MOLINA *t. 2. de iustitia disp. 300.*

Hiernechst 2) die exceptio prohibitæ oppi- 34
gnorationis dem Rath nicht weniger entgegen zu seyn scheinet, immassen in

Nouella VII. c. 6.

sub iactura crediti verboten, eine rem ecclesiasticam specialiter zu oppignoriren, auch solches in iure canonico wiederholet, und ausdrücklich versehen ist, vt nulli liceat rem immobilem ecclesiæ specialis hypothecæ titulo obligare

c. 5. X. de reb. eccl. alien.

welches doch gleichwohl hier geschehen, da die M. Güter sub pacto antichretico et de retrovendendo dem Rath gegeben worden; ferner auch 3) die dritte exceptio erheblich seyn will, 35
indem

in docum. de a. 1600.

die Erstattung der Baukosten bloß unter der Bedingung versprochen worden, daß die darüber geführte Register und Rechnungen von Closter-Personen mit unterschrieben werden solten, und da nun solches nicht erfolget, der Rath ob defectum conditionis die Ersetzung der Baukosten nicht prætendiren könne.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, so viel die exceptio- 36
nem probandæ versionis anbelanget, 1) dabey vornemlich darauf zu sehen ist, ob das Closter selbst ohnmittelbar oder bloß deren vorgesetzte administratores die quæstionirten Gelder erborget? immassen nur im letztern Fall das Closter ad exemplum anderer corporum nicht anders verbunden wird, quam probata versione in vtilitatem eius

ENGEL *de priuil. monast. priu. 43.*

TRENTACINQ. *lib. 2. de action. ref. I. n. 5.*

hingegen im erstern Fall wenn das Closter oder 37
eine andere vniuersitas immediate selbst contrahiret, eben so wenig nöthig ist, versionem zu erweisen, so wenig dessen Erweiß bey einem priuat debitore, mit dem man selbst gehandelt, erfordert wird, sintemahln 2) die ratio 38
differentiæ hier offenbar ist, weil im ersten Fall

das Closter nicht selbst den Contract geschlossen, sondern ex contractu tertii, nimirum præpositi sui seu abbatis, verbunden werden soll, welches nicht anders als probata versione geschehen kan, auch bey allen und jeden, die auf eines andern conto und Credit Geld aufborgen, billig in acht zu nehmen, weil es widerrechtlich seyn würde, daß jemand einen andern ex suo mutuo verbinden könte, wann er darzu des andern consensum expressum vel præsumtum, qui ex versione colligitur, nicht haben solte; welche ratio aber in dem andern Fall ermangelt, allwo ein jedes corpus ex contractu proprio
39 obligiret wird, folglich auch daß es 3) alsdann statt finden muß, wenn ein Abt nebst dem ganzen Convent ein mutuum geschlossen, cum abbas et conuentus monasterium repræsentent, adeoque in effectu habendum sit, ac si ipsum monasterium immediate mutuum contraxisset,

TRENTACINQ. *cit. l. n. 1. et 6.*

40 da alsdann nicht nöthig ist, versionem zu erweisen; hoc enim procedit tantum, quando agitur de mutuo facto soli abbati seu alteri administratori absque consensu totius conventus seu capituli: secus autem, his concurrentibus; tunc enim mutuator recte contrahit, atque monasterium vel conuentus obligatur, neque ipse tenetur sollicitus esse de versione,

CARDINAL DE LVCA *theatr. verit. et iustit. tom. 13. disc. 82. de credito et deb. n. 2.*

MERLIN. *dec. 217. n. 255.*

41 dieses auch über dem 4) nicht undeutlich ex constitutione INNOCENTII III.

in c. 4. X. de fideiuss.

geschlossen werden kan, weil darin nur alsdann probatio versionis erfordert wird, wenn ohne consensu capituli ein Anlehn aufgenommen worden, daraus also mit Recht argumentum a contrario gemacht wird, daß wenn solches cum consensu prælati et capituli geschehen, es obgedachten Beweises nicht bedürfe, weil das Closter selbst immediate contrahiret, dannen-
42 hero auch 5) MENOCHIVS

arbitr. iur. quæst. qu. 432. n. 25.

probationem versionis für unnöthig hält, si mutuum factum vni ex clericis, cui a toto capitulo data est facultas mutuo certam summam suscipiendi, quoniam ipsi ecclesiæ videtur concessum, welches auch um desto mehr statt haben muß, wenn der Abt nebst dem
43 Convent selbst pacisciren, wie solches 6) überhaupt bey allen vniuersitatibus Rechtens ist, daß wenn sie selbst oder diejenigen, welche sie repræsentiren, ein mutuum schliessen, sie schlechterdings dadurch verbunden werden, und der creditor versionem zu erweisen, nicht angehalten werden kan,

MEVIVS *P. VIII. dec. 162.*

STRYK. *diss. de ciuitate obærata c. 2. n. 7.*

HART. PISTOR. *P. I. qu. 37. n. 1.*

Vti enim priuatus, contractu perfecto, statim est obligatus, ita et ciuitas, si ipsa mutuum accepit, alioquin enim proprium suum factum improbaret, quod sicut turpe, ita sine successu est, cum tali casu ipso iure ciuitas sit obligata, vt nil referat, vtrum pecunia in vtilitatem ciuitatis sit versa, nec ne?

BECHMANNI *dissert. de ciuitatis ex mutuo obligat. P. II. c. I. n. 1. sq.*

welches Urtheil sich mit Recht auf mutua ab vniuerso monasterio contracta appliciren läßt, und hiebey 7) der in rationibus dubitandi ge- 44
machte Unterscheid, ob nemlich das mutuum so beschaffen, daß es absque alienatione immobilium wieder abgetragen werden könne, oder nicht? nirgends in Rechten gegründet ist, und

ex authent. hoc ius porrect. C. de SS. eccl.

nicht hergeleitet werden kan, als welche bloß von dem Fall redet, quando mutuum ab œconomis et episcopis, welche vordem nudi administratores waren, contractum est, und daher auf den Fall, wenn ecclesia oder monasterium selbst contrahiret, nicht gezogen werden kan, wie mit mehreren

in iure eccles. protest. Lib. III. tit. 16. §. 39.

widerleget worden, dieserhalb also 8) im gegen- 45
wärtigen Fall das sichre decisum gefället werden muß, daß das Closter M. die aufgenommene Schulden zu bezahlen, simpliciter verbunden sey, immassen der Abt, Prior und der ganze Convent, folglich das Closter selbst immediate die quæstionirte Gelder vom Rath erborget, solches auch aus den vom Closter ausgestellten obligationibus zur Gnüge erhellet, und die darinnen befindliche clausula:

mit guter Vorbetrachtung und einhelliger Bewilligung

den consensum conuentus hinlänglich genug anzeiget, über dem auch die Verschreibungen mit des Abts sowohl als auch des Convents Insiegeln bestärcket worden, und daraus billig zu præsumiren, daß das mutuum auch mit beyderseitigen Einwilligung geschlossen sey, cum sigilla censeantur apposita voluntate eorum, ad quos pertinent; præsertim si hæc præsumtio ex antiquitate temporis iuuetur, adeoque creditor ampliore probatione gravandus non sit,

CRAVETTA *de antiquit. temp. Part. 3. n. 6.*

BEROVS *Vol. 3. conf. 92. n. 4.*

dannenhero sich die Folge von selbst ergiebet, daß, da das Closter selbst immediate das mutuum geschlossen, der Rath versionem in rem monasticam zu erweisen, nicht gehalten sey; wiewohl wenn auch 9) der Rath probationem 46
versionis freywillig auf sich nehmen wolte, es ihm auch an genugsamen Beweiß nicht fehlen würde, indem die versio derer dem Closter vorgestreckten Gelder theils ex documentis ipsis erwiesen, theils aus hinlänglichen coniecturis bescheiniget werden kan, wie dann 10) die anno 1562 vom Rath erborgte 2000 Goldgülden zu Ablegung nothdringlicher Closter-Schulden angewen-

gewendet, und davon wircklich 1400 Goldgülden getilget,

vid. specil. des docum. de an. 1562.

das übrige aber nach des Abts und Convents Geständniß in des Closters wircklichen und scheinbarlichen Nutz und Frommen verwandt ist, aus welcher confessione des Abts und Closters eine starcke præsumtio pecuniæ in vtilitatem eius versæ entspringet, bey welcher so lange zu verbleiben, bis das contrarium dargethan worden.

FABER *in cod. lib. IV. tit. 4. def. 7.*

47 Hiernechst 11) anno 1574 zu Ablegung des Closters Schulden abermahl 550 Goldgülden aufgenommen, und damit laut *extract. act. ff. 5.* Johann von M. bezahlet worden, hierauf 12) das Closter anno 1582 wegen einiger dringenden Haupt-Summen und Zinsen, wie auch wegen der vom Beamten zum Talenberge gedräueten immissione in des Closters Güter sich genöthiget gesehen, aufs neue 2450 Goldgülden aufzunehmen, welche es nicht allein zu Bezahlung der Schulden anzulegen versprochen,

vid. docum. de a. 1582.

und daß solches auch wircklich geschehen, ex antiquitate tanti temporis höchst billig zu præsumiren; conuersum enim pretium in vtilitatem ecclesiæ probatur inprimis antiquitate temporis et accedente dignitate abbatis, qui diligens et officio suo satisfeciſſe præsumitur,

DECIVS *conſ. 36. n. 9. p. 46.*

48 sondern auch 13) den an den Rath zu H. verschriebenen Neuen-Hof damit eingelöset, und befreyet, wie die eingelößte und zu des Raths Händen gestellte Verschreibung de anno 1580 sattsam erweiset, durch welche Einlösung also offenbar vtilitas monasterii befördert worden, cum versio manifesta sit, si debitum contractum est pro alio debito extinguendo

CARDINAL DE LVCA *de credito et deb. disc. 82. n. 5.*

et versio probata habeatur, si doceat creditor, sua pecunia ciuitatem esse liberatam onere vel debito.

STRYK. *de ciuit. obærat. cap. 2. n. 40.*

49 Gleiche Bewandniß es auch 14) mit denen auf dem A. Meyer und Zehnten dargeliehenen 1700 Goldgülden hat, indem nicht nur die T. obligation de anno 1560 a 1000 Goldgülden damit eingelöset, und selbige dem Rath als ein ungezweifeltes argumentum des zum Besten des Closters verwandten Geldes eingehändiget, sondern auch bey dem damahligen eingefallenen Mißwachs und grossen Geldmangel des Closters zu Entrichtung der nöthigen Atzung und Unterhalt der Closters-Personen Diensten und Gesinde, und zu Aufkaufung des Feld-Samens angewendet worden, und also hier versio in causſam alimentorum vorhanden ist, quæ inducit de se obligationem monasterii, quamvis vel maxime nulla eius obligatio præcessisſet,

RICHIVS *decis. rot. Rom. dec. 599. n. 30.*

et in genere abbas præsumitur pecunias mutuo acceptas in vtilitatem monasterii erogasse, si constat de præcedenti indigentia.

IDEM *cit. l. n. 27. 28.*

Bey diesem allen aber 15) in fernere Erwegung 50
zu ziehen, daß hier die Frage sey de versione, welche bey nahe vor anderthalb Hundert Jahren geschehen, und man also in antiquis versire, worin nicht allein leuior probatio sondern auch so gar præsumtiones hinlänglich sind, adeo vt versio in vtilitatem ex ipsa antiquitate temporis præsumatur,

CRAVETTA *de antiquit. temp. P. 3. n. 26.*

TRENTACINQ. *lib. 3. reſol. 1. n. 31.*

si vel maxime agatur de graui præiudicio tertii, veluti ecclesiæ, dummodo transacti sint triginta anni,

KLOCK. *tom. III. conſ. CXXXI. n. 14.*

ANT. FABER *in cod. libr. VI. tit. 30. def. 7. n. 3.*

und daher des gelehrten BRVNNEMANNI Urtheil nach in casu, da nur nach viertzig Jahren de versione controvertirt ward, höchst gerecht ist, indem er

conſil. XC. n. 23.

spricht: und wird es jetzo unmöglich seyn, ver- 51
sionem besser als durch conjecturen zu beweisen nach mehr den viertzig Jahren, da jetzo fast eine neue Welt gegen die so damahls gelebt, und officia bedienet, zu achten ist; welches Urtheil auf gegenwärtigen casum um desto mehr applicable, da das mutuum vor mehr als Hundert und Funfzig Jahren vollzogen worden, und versio pecuniæ mutuo datæ von so langen Jahren her, unmöglich anders als aus den hinterlassenen documentis beygebracht werden kan, und also der in selbigen geschehenen Bezeugung des zum Besten des Closters verwandten Antehns um desto mehr Glauben beyzumessen, da auch in probatione versionis conjecturæ et præsumtiones admittiret werden.

STEPH. GRATIANVS *discept. forenſ. c. 196.*

MENOCHIVS *L. 3. præſumt. 55. n. 4.*

Ausser dem 16) die in den obligationibus so oft 52
wiederholte confessio pecuniam in vtilitatem monasterii versam esse, hinzukommt, welche hier in antiquis desto grösseres Gewichte hat, da sie vom Abt und Convent zugleich geschehen, in mutuo autem confessio prælati et capituli versionem satis euincit, præsertim si aliæ conjecturæ accedunt.

KLOCK *tom. III. conſ. 131. n. 142.*

Und ob zwar 17) sonst nach vieler Doctorum 53
Meinung die in instrumento facta confessio versionis nichts erweiset, solches doch nur von derjenigen zu verstehen, welche vom Abt oder Prälaten allein geschehen, quod solius abbatis confessio in præiudicium monasterii nihil probet,

TAMBVRIN. *de iur. abbat. tom. III. disp. 13. qu. 7. n. 4.*

STRYK

STRYK *in vſ. mod. tit. de reb. cred. ſ. 70.*

ein anders aber billig zu ſtatuiren, wenn das Cloſter ſelbſt verſionem bezeuget, welches hier geſchehen, indem der Abt, Prior und der gantze Convent des Cloſters M. in allen und jeden Verſchreibungen beſonders bekennen, daß das Geld zu ihrem beſten Nutz und Frommen verwendet
54 worden. Hierzu 18) noch dieſes kommt, daß die debita zu unterſchiedenen mahlen und Zeiten von dem Cloſter von neuen agnoſciret, und alſo per conſtitutum, cuius magna vis eſt, beſtättiget worden, wie denn über die anno 1582 erborgte 5000 Goldgülden ſowohl anno 1598 als auch anno 1600 ein neuer Vergleich getroffen, und die vorige Schuld-Verſchreibung vom Abt und ſämtlichen Convent nochmahlen vor richtig und wahr angenommen worden: hiernächſt auch die auf den A. Meyer und Zehnten vorgeſchoſſene 1700 Goldgülden nicht allein in der Verſchreibung des M. Hofs und Zehnten de an. 1600, ſondern auch in denen Original-Quittungen von an. 1587 bis an. 1648 von Abten zu Abten, und insbeſondre in dem von Abt Ludolpho und dem gantzen Convent unter des Abts und der Abtey Inſiegel an. 1648 an
55 den Rath ausgeſtellten Brief nochmals als richtig befunden, verſprochen und agnoſciret worden, welche agnitio des Cloſters ſonſt ſo viel vermag, daß, wenn gleich vom Abt allein eine Schuld aufgenommen worden, dennoch aus ſolcher erfolgten ratihabitione das Cloſter verbunden werde; ex contractu enim adminiſtratorum obligatur vniverſitas, ſi eius approbatio vel ratihabitio eſt ſubſecuta,

MEVIVS *P. III. dec. 229.*

et verſionis probatio ceſſat, ſi mutuum a civitate vel expreſſe vel tacite ratificatur.

STRYK *de civit. obærat. cap. 2. n. 48.*

Obwar hierauf im gegenwärtigen Fall nicht einmahl beſonders zu reflectiren, da bereits oben dargethan worden, daß das Cloſter ſelbſt contrahiret, und daher ſimpliciter obligiret ſey.
56 So viel aber 19) die andre exception prohibitæ oppignorationis betrift, in der angeführten

Nov. VII. c. 6. et c. 5. X. de bon. eccl. alien.

nur die regula zum Grunde geleget wird, daß oppignoratio rerum eccleſiaſticarum, tanquam ſpecies alienationis, regulariter verboten ſey, dagegen dieſes nicht ausſchlieſſet, daß nicht ex iuſta cauſſa et ex monaſterii vtilitate ſelbige vorgenommen werden könne, welches denn auch per modum exceptionis in

Nouell. CXX. c. 4. Auth. Hoc ius Porrect. C. de SS. eccl. et c. 2. C. 10. qu. 2.

zugelaſſen, und expreſſe verſtattet worden, res immobiles eccleſiæ ob vrgens debitum ſpeciali pignori ſubiicere, dahin auch alle andre cauſſæ vtilitatis, ex quibus totalis alienatio permiſſa eſt, gehören.

RICHTER *in expoſ. authent. ad auth. hoc ius porrectum. n. 14.*

Dergleichen iuſta cauſa bey denen ſub antichreſi verpfändeten M. Gütern nicht ermangelt, zumahl die vorgeſtreckten Gelder zu Tilgung wichtiger Schulden, und, wie vorher gezeiget, auch ſonſt zum Beſten des Cloſters angewendet worden, überdieß 20) gedachte oppignoratio 57
der M. Güter um ſo vielmehr beſtehet, da ſie ex ipſa antiquitate ein præſidium bekommt, wie denn

BERNH. VAN ESPEN *in iure eccleſ. P. II. tit. 36. c. 4. n. 16.*

recht urtheilet: et reuera ſi notabile tempus a rerum alienatione facta effluxerit, non facile prætextu omiſſæ ſolennitatis vel defectu iuſtæ cauſæ alienationes reſcindendæ, niſi dolus vel colluſio aliqua interueniſſe appareat; ne ex huiusmodi alienationum reſciſſione familiæ turbentur, et nemo facile inveniatur, qui cum eccleſia aut corporibus eccleſiaſticis contrahere velit; alſo auch hieraus 21) der ſonſt etwan noch bevorſtehende 58
Einwurf oppignorationis non legitime et cum debitis ſolennitatibus factæ zu heben iſt, indem in antiquis überhaupt hinlänglich, wenn iuſta alienationis cauſa angezeiget werden kan, cetera enim omnia ex temporis longinquitate ſolenniter acta præſumuntur.

REBVFFVS *in compendio alienat. rer. eccl. n. 37.*

ESPEN. *cit. l. n. 45.*

STOCKMANN. *dec. 146. n. 1. conf. ius eccleſ. lib. III. tit. de reb. eccleſ. alien. ſ. 33. ibique præiudicium.*

Endlich 22) die dritte exceptio gleichfalls von 59
keiner Erheblichkeit iſt, immaſſen nirgends erwieſen werden kan, daß die Unterſchrift der Cloſter-Perſonen zu dem über die Baukoſten verfertigten Regiſter als eine conditio ſine qua non erfordert, vielmehr ſelbige bloß in der Abſicht verlangt worden, in welcher ſie ſonſt gemeiniglich zu geſchehen pfleget; nemlich dadurch denen künftighin in puncto probationis zu befürchtenden Weitläuftigkeiten vorzukommen, diesemnach ob wohl die Regiſter von Cloſter-Perſonen nicht unterſchrieben worden, dem ohngeachtet dem Rath ſein ius in ſaluo bleibet, auch die verſprochene Erſetzung der auf den M. Hof verwandten Baukoſten zu dringen, wie denn 23) der Rath auch citra pactum ex natura antichreſeos derſelben Erſtattung prætendiren kan, is enim, qui pignoris cauſa fundum habuit, neceſſarias expenſas repetere poteſt.

l. 8. l. 25. D. de pignorat. act.

Im übrigen 24) gedachter Mangel der Unter- 60
ſchrift der Cloſter-Perſonen nur ſo viel würcket, daß ſelbige nicht plenam probandi vim haben, welche ſie ſonſt mit des Cloſters Unterſchrift gehabt haben würden, ob ſie gleich fürietzo wenigſtens annoch ſemiplene beweiſen, zumal wenn ſie von Raths-officialibus verfertiget ſeyn ſolten, dabeneben ſie auch propter antiquitatem keine geringe vim probandi bekommen,

NIC.

NIC. DE PASSERIBVS *de script privat. lib. V. qu. 2. n. 14.*
c. 13. X. de probat.

61 und wenn hiernechst über dergleichen Register das iuramentum suppletorium præstiret wird, dieselben einen vollkommenen Beweis ausmachen:

CRAVETTA *cons. 158. n. 4.*
CARPZ. *lib. 2. iurispr. consist. def. 315. n. 3.*

62 So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß die besorgliche exceptiones non factæ versionis, prohibitæ oppignorationis rerum ecclesiasticarum, et deficientis subscriptionis registrorum überall impertinentes und nicht zu Recht beständig sind.

Inserat.

Bey der vorstehenden facti specie ist auch insbesondere gefraget worden:

Quæstio III.

63 **Da iniuria temporum sonderlich währenden Dreyßig-jährigen Krieges verschiedene Garten sich der Zehnt-Pflichtigkeit entzogen, auch wegen solcher kleinen** præstandorum **von etlichen Groschen schwere** processus **mit tausendmahl grössern Kosten zu führen nicht rathsam gefallen, ob Bürger-Meister und Rath deßfalls bey der** restitution **der M. Güter den Abgang zu ersetzen, und ob Bürger-Meister und Rath allenfalls eine grössere Summe Garten Zehnt-Gelder zu** præstiren **gehalten, als ihre Register in sich fassen, und der Closter Lager-Buch in** puncto præstandæ summæ maioris **gegen sie etwas zu beweisen vermöge?**

Rationes dubitandi et decidendi.

64 Ob wohl in Rechten gegründet, daß in casu pignoris deteriorati der Besitzer nicht anders zu dessen Ersetzung gehalten sey, als wenn damnum dolo vel culpa eius leui geschehen,

l. 13. §. 1. D. de pignor. act.

im gegenwärtigen Fall aber nach so vielen verflossenen Jahren schwer zu erweisen seyn möchte, daß die Verringerung des iure antichretico genossenen Garten-Zehntens culpa leui senatus geschehen sey, folglich ohne dessen erfolgten Beweiß Burgemeister und Rath sich zu dessen Erstattung zu bequemen, noch zur Zeit keine hinlängliche Ursach zu haben scheinen möchte:

Bæhm. Cons. T. III. P. I.

Dieweil aber dennoch 1) das Closter den 65
Beweis commissæ culpæ leuis zu führen nicht schuldig ist, indem es sein fundamentum agendi darin setzet: pignus non deterioratum esse restituendum; folglich wenn dagegen senatus excipiret, diminutionem decimarum non culpa sua sed casu fortuito contigisse, demselben solches zu erweisen oblieget, culpa enim rem pignoratam amittentis præsumitur,

SCHILTER *prax. iur. Rom. ex. 26. §. 7.* ideoque, probandus est casus fortuitus, culpam excludens,

l. 5. C. de pignor. act.
SCHILTER *cit. l.*
MENOCHIVS *de præsumt. lib. VI. c. 61. n. 19 et 36.*

Welcher Beweis aber 2) auf Seiten des Raths 66
ob antiquitatem temporis sehr schwer fallen würde, und dabey dem Closter auch noch den Gegenbeweis zu führen frey stehet, culpam creditoris interuenisse, eamque casum fortuitum præcessisse; folglich hieraus ein weitläuftiger und kostbarer Proceß erwachsen könte, dessen Unkosten leicht die geringe restitutionem des Abgangs vom Garten-Zehnten übertreffen würde, ja dabey Senatus auch noch risquiret, in casu non probati casus fortuiti dennoch zur restitution des Abgangs des Zehnten condemnirt zu werden, bevorab da Senatus billig klagen und des Closters iura quouis modo saluiren sollen, bey solchen Umständen also Burger-Meister und Rath besser thun wird, sich in Güte zu solcher Ersetzung zu bequemen, zumahl wenn der gütliche Vergleich in der Hauptsache mit dem Closter zu Stande gebracht werden solte. Im übrigen 3) da hiebey strittig, nach was 67
für einer norma die verringerten Zehnt-Gelder anzuschlagen, hier hauptsächlich darauf zu sehen, wie hoch die Garten Zehnt-Gelder zur Zeit, als sie dem Rath sub pacto antichretico et de retrouendendo versprochen worden, sich belaufen: in ea enim qualitate res pignoratitia est restituenda, qualis fuit tempore obligationis,

l. 7. C. de pignor. act.

und da nun solches die Register de an. 1563 et 68
1601 ausweisen, welche doch ob antiquitatem wenigstens semiplenam probationem ausmachen:

c. 13. X. de probat.

die darin benannte Summe hier billig zum 69
Grunde zu legen, und obwohl 4) das Closter Lager-Buch eine höhere Summe Zehnt-Gelder angiebet, dennoch dergleichen Privat-Bücher der Clöster in antiquis nur semiplene erweisen, cum ne quidem annotatio priuata fisci vim probandi habeat,

l. 7. C. de probat.

und ob gleich 5) die vom Rath producirte Register und des Closters Lager-Buch einerley probandi vim haben, sich aber doch einander contrair sind, folglich hier eine collisio probationis anzutreffen seyn möchte; doch dabey zu mer-

ecken, daß beyde instrumenta von verschiedenen Zeiten reden, und das Lager-Buch die Summa der Garten Zehnt-Gelder vom Jahr 1463 angiebet, worauf es aber hier gar nicht ankommt, sondern nur gefraget wird, wie hoch der Abtrag der Zehnt-Gelder tempore obligationis gewesen? welches die Register bescheinigen; hiernächst 6) von dem Jahr 1463. leicht eine Veränderung in der Summe der Zehnt-Gelder geschehen seyn kan, welches auch præsumiret wird, da die Register vom an. 1563 und vom an. 1601 eine andre Summe angeben, folglich hieraus erhellet, daß beyde instrumenta sich nur einander derogiren, ex derogatoriis autem instrumentis vltimum tantum probat. 70

GRANNANNIETTO *ad c. 13. X. de fide instr.*

71 So halte ich dafür, daß Burgermeister und Rath zu Verhütung eines weitläuftigen und kostbaren Processes wohl thue, bey restitution der M Güter den Abgang von Garten Zehnt-Geldern zu ersetzen, iedoch derselbe in einer höhern Summe, als die Register ausweisen, solches zu thun, nicht schuldig seyn.

Es wird auch ferner gefraget:

Quæstio IV.

72 **Da die Stadt bey weiten ihre Zinsen so wenig aus den M. Hof und Zehnten, als aus den A. Gütern geniessen, ob nicht das Closter wegen der bey den A. Gütern geschehenen ausdrücklichen Verabredung, auch wegen der nach anno 1623 von des Raths Seiten geschehenen Lose nicht erfolgter Zahlung, und sonst ex natura antichreseos das, was der Stadt an stipulirten Zinsen fehlet, nachzuschiessen schuldig sey?**

Rationes dubitandi.

73 Diese Frage redet sowohl von dem M. Hof und Zehnten, als auch von den A. Gütern, und wird daher in Ansehung eines ieden insbesondre beantwortet werden müssen. Ratione der A. Güter möchte zwar eingewandt werden, 1) daß solche dem Rath von dem Closter wiederkäuflich überlassen worden, folglich der Rath als Käufer den Rechten nach den Vortheil und Schaden an den erkauften Gütern auf sich nehmen, und also den Abgang der Einkünfte tragen müsse, und den Nachschuß von dem, was an jährlichen Renten und Zinsen fehlet, nicht fordern könne; hergegen 2) bey dem M. Hof und Zehnten sich dieser besondre Umstand äußre, daß durch die nach geschehener Lose nicht erfolgte Zahlung der 5600 Goldgülden das Closter in mora constituirt worden, in mora enim est, qui legitime interpellatus non soluit,

l. 32. pr. D. de vsuris.

folglich dasselbe dem Ansehen nach dem Rath allen durch solche Verzögerung verursachten Schaden und Interesse zu erstatten schuldig zu seyn scheinet, bevorab da in 74

Rec. Imp. de an. 1600. §. So viel nun expresse versehen worden, daß wenn ein Schuldner in mora soluendi pecuniam mutuam ist, derselbe dem Gläubiger von der Zeit an alles Interesse vergütigen müsse,

STRYK *vs. mod. tit. de vsur. §. 5.*

diesem zu folge also, da Burger-Meister und Rath von dem Capital a 5600 Goldgülden bey weiten nicht aus dem M. Hof und Zehnten die Landes-übliche Zinsen geniessen, das Closter von Zeit der geschehenen Lose zu Ersetzung dessen, was an rechtmäßigen Zinsen ermangelt, verbunden scheinen möchte.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) so viel die A. Güter betrift, diese dem Rath für das Capital a 1700 Goldgülden wiederkäuflich überlassen, und daraus an selbigen 102 Goldgülden jährlicher Gülte und Renthe verkauft worden, deren reduction auf den Landes-üblichen Zinß-Fuß sich der Rath gefallen läsßet, folglich hier vsuræ ex contractu debitæ vorhanden, welche nachdem sie einmahl gefällig worden, zu ieder Zeit gefordert werden können, dieses auch 2) in der Verschreibung de an. 1587 ausdrücklich verabredet worden, daß der Rath nicht eher, als bis das Capital nebst den rückständigen Zinsen abgetragen worden, die A. Güter wieder einzuräumen schuldig seyn solte, folglich da laut des extractus actor. §. 11. der Rath seit an. 1654 die gehörigen Zinsen aus den Revenüen der A Güter nicht gehoben, kein Zweifel vorhanden, daß nicht das Closter die nachständige und aufgelaufene Zinsen dem Rath zu entrichten verbunden sey, wodurch denn die rat. dubit. I. sich von selbst resolviret, indem der angeführte Zweifel nur alsdann erheblich seyn würde, wenn keine gewisse jährliche Rente aus den Gütern versprochen worden, welches iedoch hier geschehen. Den M. Hof und Zehnten aber anbelangend 3) hiebey billig in Erwegung zu ziehen, daß ob wohl an. 1623. dem Closter von Seiten des Raths die Lose geschehen, das Closter doch probabiles exceptiones gegen des Raths Forderung eingewandt, vor deren Abthuung es nicht wohl zu Bezahlung des Capitals schreiten können, hiernächst auch ratione liquidationis viele Strittigkeiten vorgekommen, wie denn laut extractus Act. §. 11 bereits an. 1620, desgleichen abermahl an. 1662 eine Fürstliche commission zur liquidation sowohl als zur gütlichen Handlung verordnet, insbesondre auch wegen des verringerten Garten- und Feld-Zehnten viele Jahre controvertirt worden, folglich das Closter iustam causam gehabt, die 75 76 77

Zah-

Zahlung der Gelder bis zu Ablegung der Streitigkeiten und Constituirung eines liquidi zu differiren, wo aber iusta dilationis causa ist, keine mora angegeben werden kan; non enim omne, quod differendi causa optima ratione fit, moræ adnumerandum: quid enim, si iusta exceptio allegetur?

l. 21. D. de vsur. l. 2. C. de vsur. et fruct. leg.

præsertim si ideo solutio differtur, quod incertum sit, quid debeatur?

FABER *in Cod. lib. IV. tit. 2. def. 22.*

equidem moram facit, qui mauult litigare, quam restituere; at ita, si certum sit, quid debeat. Cuius definitio si egeat aliqua discussione, et pro hac non sine ratione litigatur; mora non fit, vt ait

MEVIVS *P. 7. dec. 239.*

78 folglich auch nicht zu behaupten ist, daß das Closter nach der an. 1623 geschehenen Losse, in mora soluendi gewesen; cessasse enim magis in soluendo, quam moram commisisse videtur,

MEVIVS *cit. l. n. 7.*

mithin dasselbe ad vsuras soluendas nicht angehalten werden kan, vbi enim nulla mora, ibi quoque vsuræ peti nequeunt,

RICHTER *cons. 19. P. I. n. 1.*

vielmehr unter denen zwischen dem Rath und Closter erfolgten Streitigkeiten die Sache in demjenigen Stand geblieben, in welchem sie vor geschehener Losse gewesen. Und da 5) der Rath 79
den M. Hof und Zehnten simpliciter ohne Bestimmung gewisser Zinsen sub pacto antichretico et de rerouendendo erhalten, derselbe vermöge Vertrages nicht mehr Zinsen fordern kan, als die Güter an Einkünften ergeben, im übrigen als emtor den Abgang des Ertrages der Güter auf sich nehmen muß.

So halte ich dafür, daß das Closter vermö- 80
ge der ausdrücklichen Verabredung, die von dem auf die A. Güter verschriebenen Capital a 1700 Goldgülden rückständige Zinsen, nach dem reducirten Zinß-Fuß a 5 pro cent zu entrichten verbunden, hergegen dasjenige, was dem Rath an landüblichen Zinsen von dem auf den M. Hof und Zehnten stehenden Capital a 5600 nach erfolgter Losse ermangelt, nachzuschiessen nicht schuldig sey. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE SEPTEMBR. MDCCXXXVII.

RESPONSVM LIV.

THEMATA.

I. De valida bonorum ecclesiasticorum ad tempus facta cessione. n. 1-18.

II. Conductori bonorum ecclesiasticorum præferentia præ nouo conductore non competit. n. 19-24.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio I. De valida bonorum ecclesiasticorum ad tempus facta cessione. n. 2.

Beneficium personale cessionem non admittit. n. 3.

Beneficia ecclesiastica non possunt cedi in perpetuum. n. 4. 14.

Quodcunque alienari nequit, nec cedi potest. n. 5. 15.

Quicquid ad hæredes non transmittitur, cedi nequit. n. 6.

Beneficiati ex beneficio ecclesiastico veditus iure quodam vsufructus percipere possunt. n. 7.

Exercitium vsufructus aliis cedi potest. n. 8.

Immo et veditus beneficii ecclesiastici. n. 9. 13.

Cum per eiusmodi cessionem corpora ecclesiastica nullum detrimentum patiantur. n. 10.

Exercitium iuris decimarum in alterum mediante cessione transferri potest. n. 11.

Conductio bonorum ecclesiasticorum iure canonico non prohibetur. n. 12.

Nec in prædiorum ecclesiasticorum locatione præferentiam conductor aliter quam ex pacto habet. n. 16.

Decisio quæstionis I. n. 17.

Quæstio II. de eodem argumento. n. 18.

Num conductor maioris partis bonorum præferentiam in minore parte præ extraneo prætendere possit? n. 19.

Quod negatur, præsertim si reliqua bona in conductione reseruata sunt. n. 20.

Quod fisco concessum, tanquam ius singulare ad ecclesiam non est extendendum. n. 21.

Cessionarius vtitur iure cedentis. n. 22. 23.

Decisio quæstionis II. n. 24.

Quæstio III. De damno iniuria dato reparando. n. 25.
Qui suo iure vtitur, nemini iniuriam facere censetur. n. 26.

1 Die mir zugeschickte facti species enthält folgende Umstände:
Es findet sich im Hertzogthum Brunonia ein gewisses Adeliches, freyweltliches Stift, deren Stifts-Fräuleins, unter andern von ihren Durchlauchtigen Stiftern vermachten beneficiis, auch dieses laut extractus actorum sub A. ausdrücklich verschrieben worden, daß der Aebtißin zwey, der Dechanten 1½ und den nächsten fünf Fräuleins ieder ein Himte Lein gesäet werden solle. Nachdem nun die zu diesem Stift gehörige Ländereyen, nebst dem Haushalt, an Grobianum verpachtet worden: ist in dem Pacht-Contract auch dies bewilliget, daß alle dem Stift sonst obliegende præstanda an Erb-Zinsen, und was fürs Leinsäen denen Stifts-Personen zu berechnen ist, samt und sonders dem Stift ferner berechnet werden solle; welche Berechnung auch viele Jahre her geschehen, und was deshalb angesetzet, unweigerlich passiret, auch wo nicht allen, dennoch den mehresten Fräulein das Lein gesäet, oder, welchem sie es cediret, solches gestattet, andern aber, welche es ihrer convenienz zu seyn nicht geachtet, dafür vom Grobiano 2 Rthlr. für den Himten, gezahlet worden. Es hat aber Grobianus vor einigen Wochen bey dem Stift Anfrage gethan, wie sie es in diesem Jahre wegen des Lein-Säens gehalten haben wolten: worauf andre das Geld dafür verlanget, andere das Lein gesäet haben wollen, andre hinwiederum sich dahin erkläret, daß sie weder Geld haben noch das Lein selbst säen, sondern dasselbe durch ihre Tagelöhner, welche ihnen dafür gearbeitet, säen lassen wolten; wowieder zwar Grobianus nichts eingewendet, hingegen aber als die Tagelöhner den von ihm bearbeiteten Acker besaamen wollen, sich dagegen gesetzet, und solches nicht gestatten wollen, auch alle deshalb gethane Vorstellungen des bisher von dem Stift exercirten Rechts unter diesem Vorwand abzulehnen gesuchet, daß solches in den vorigen Zeiten aus Nachsehung seiner Schreiber, und allenfalls aus Höflichkeit, nicht aber aus Schuldigkeit, geschehen; bey welchen Umständen also nunmehr gefraget wird:

Quæstio I.

2 **Ob die Stifts-Fräuleins nicht befugt, das vermöge der statutorum habende Recht des Leinsäens andern zu überlassen?**

Rationes dubitandi.

3 Nun möchte zwar wohl hiebey dieser Zweifel

Qui in re illicita versatur, et occasionem damni dedit, ad illud resarciendum obligatur. n. 27.
Decisio quæstionis III. n. 28.

entstehen, daß 1) weil das Recht des Leinsäens denen Stifts-Fräuleins zu deren bessern Unterhalt ausgesetzet worden, dasselbe einestheils pro beneficio personali, quod cessionem non admittit: andern theils pro beneficio ecclesiastico angesehen werden müste, wobey in 4
Rechten bekannt, daß geistliche beneficia an andre nicht übertragen werden können;

STRYK *de iurib. et action. non cessib. c. 1. §. 5.*

Sintemahl 2) die cessio eine Art der Veräusserung ist, und weil nun geistliche Güter und 5
Rechte ohne die erforderliche Solennitäten nicht veräussert werden können, derselben cession auch für ungültig gehalten wird, cum quodcunque alienari nequit, nec cedi possit.

BRVNNEMAN. *de cessione act. c. 1. n. 102.*

Hiernächst auch 3) die bekannte regula gene- 6
ralis der gegenwärtigen cession im Wege stehen möchte, quod quidquid ad heredes non transmittitur, cedi non possit,

STRYK. *loc. cit. §. 7.*
CARPZ. *lib. 4. tit. 4. resp. 33. n. 40.*

folglich da das Recht des Leinsäens im gegenwärtigen casu ein beneficium ecclesiasticum, oder wenigstens ein dazu gehöriges Recht, und also ein ius personale ist, und auf keine Erben gebracht werden kan, es das Ansehen gewinnen möchte, daß solches auf keine Art auf einen andern übertragen werden könne: bevorab, da, was bishero per conniventiam geschehen, zu keinem Recht gezogen werden mag.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch hier von einer völligen 7
Abtret- und Veräusserung des Rechts des Lein-Säens die Rede nicht ist, sondern nach den Umständen der Sache die Frage bloß dahin gehet, ob die Stifts-Fräuleins das exercitium annuum dieses iuris, oder den jährlichen Genuß von dem Leinsäen, so ihnen gebühret, an einen andern übertragen können? welches letztere um so vielweniger Zweifel findet, als 1) überhaupt die beneficiati ein genus vsusfructus cuiusdam an ihrem ecclesiastico beneficio haben, quippe ex quo omnes reditus iure quodam vsus fructus plene percipere possunt.

SCHILTER *instit. iur. can. lib. II. c. 8. §. 4.*
CARPZ. *iurispr. consist. lib. 2. def. 253. n. 1.*

Und wie nun eine vsufructuarius das exerci- 8
tium vsusfructus an andre zu übertragen befugt ist,

per l. 12. §. 2. D. de vsufructu.

so muß auch dieses aus gleichem Grunde bey 9
præ-

præbendatis statt finden, daß sie den jährlichen Genuß des zu ihrem beneficio gehörigen Rechts, entweder selbst genieſſen, oder andern überlassen können, welches der täglichen Erfahrung bey Clöstern und Stiftern gantz conform ist, ja aus eben dem Grunde Grobianus auf Verlangen der Stifts-Fräulinnen jährlich zwey Thaler zahlen müssen, als wofür es ihm überlassen ist, gleichwohl sie keiner Verbindlichkeit unterworfen sind, solches Recht an niemand anders, als ihm zu überlassen, als welches sie
10 ihm nicht versprochen. Dahero 3) bey der cessione annua dieses Rechts diejenige Ursach wegfällt, weshalben die Veräuſſerung geistlicher Güter und Rechte verboten, weil hieraus den Kirchen, Clöstern, Stiftern kein Schade zuwächst, ob die beneficiatæ sich dieses Recht selbst bedienen, oder an dem Pächter oder andern überlassen wollen, da sonsten es der Pächter nicht einmal genieſſen, und ihm abgetreten werden könte, da er doch jährlich die Stifts-Fräulein, vermöge Contracts zu fondiren schuldig ist, wie sie es mit dem Leinsäen gehalten haben wolten? aus keiner andern Ursachen, als weil ihnen die Wahl zustehet, und der Pachter sich gefallen lassen muß, was sie dabey erwählen, welches auch denen Rechten gar nicht zuwider ist; ratio enim prohibitæ alienationis non conuenit reditibus beneficialibus, ad ipsius beneficiati sustentationem deputatis, quarum locatione aut cessione ecclesiæ, monasteria, aliaque corpora ecclesiastica nullum detrimentum patiuntur.

IAC. WIESTNER *instit. can. lib. III. tit. 17. n. 14.*

11 Dieserwegen auch 4) das exercitium des Zehnt-Rechts bündiger Weise cediret werden kan, licet enim ipsum ius decimarum cedi nequeat; commoditas tamen seu exercitium illius iuris alteri cedi potest.

BRVNNEMAN. *de cess. act. c. 4. n. 63.*
REDOANVS *de rebus eccl. non alien. c. 17. n. 11.*

12 Welches Recht 5) bey allen beneficiis um so vielmehr statt finden muß, da in den Rechten verstattet ist, die als præbenden verliehene Güter und Rechte andern auf einige Zeit zu verpachten, wie solches selber an Grobianum geschehen, iedoch dieses Recht des Leinsäen allein ausbedungen ist,

c. vn. extrav. commun. de reb. eccles. alien.

und also aus ebenmäßigem Grund erlaubet seyn muß, das exercitium dieses Rechts jährlich an andere, ausser dem Pachter, zu cediren, inmassen sich bey der cessione temporaria huius iuris reseruati eben dasjenige findet, was bey der locatione bonorum et iurium ecclesiasticorum anzutreffen, daß in beyden Fällen die geistlichen Güter und Rechte auf eine Zeitlang andern überlassen
13 werden. Und da nun die Stifts-Fräuleins das Recht des Leinsäens ex statuto als ein beneficium besitzen, und sich bey der Verpachtung der Stifts-Güter und Haushaltung reserviret, so sind dieselben aus angeführten Gründen gleichfalls berechtiget, solches Recht jährlich an andre zu übertragen; und können die oben angeführte rationes dubitandi hiergegen nichts vermögen, indem ad 1) nur plena et perpetua cessio bene- 14
ficiorum verboten, dabey aber nachgelassen ist, das exercitium iuris auf andre zu bringen; nachgehens die in ratione dubit. II et III an- 15
gebrachte Regeln gleichfalls nur bey der völligen cessione statt finden, welche aber nicht zu appliciren auf den casum, si non ipsum ius sed tantum eius exercitium seu commoditas alteri ceditur;

STRYK *de iur. et act. non cessibil. cap. I. §. 8.*

BVNNEMAN. *de cess. act. c. 4. n. 20.*

welches denn GROBIANVS unstreitig daher zu- 16
lassen muß, weil er per indirectum diese cession an sich verlanget, und nur fremde ausschlieſſen will, so er zu thun um desto weniger berechtiget, weil er hiebey keinen Vorpacht hat, als welches ihm bloß ex pacto, so hier mangelt, gebühren möchte, die Fräuleins aber diese Nutzung sich reserviret, und nach Belieben damit schalten und walten können, nachdem sie sich per pactum bey der Verpachtung nicht verbunden, solches Recht an niemand anders als den Grobianum zu überlassen, vnde nec in prædiorum ecclesiasticorum locatione præferentiam conductor aliter quam ex pacto habet.

CARPZ. *lib. 2. iurisp. consist. def. 305.*
SCHILTER *ex. 31. §. 3.*
SANDE *lib. 3. tit. 6 dec. 2. inf.*

So bin ich der Rechtlichen Meinung, daß die 17
Stifts-Fräuleins befugt sind, das vermöge der statutorum habende Recht des Leinsäens, quoad eius exercitium, an andre ausser dem Pachter zu überlassen.

Quæstio II.

Ob Grobianus solchergestalt nach 18 Inhalt des Contracts verbunden, ihren Tagelöhnern, welchen sie das Recht des Leinsäens cediret, solches zu gestatten?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl Grobianus alle Stifts-Ländereyen 19
an sich gepachtet; und daraus zu erfolgen scheinen möchte, daß er nicht zu verstatten schuldig sey, daß fremde auf den ihm verpachteten Aeckern das Recht Lein zu säen exerciren, vielmehr er dabey ein Vorrecht sich anmassen könne:

CARPZ. *P. 2. c. 37. def. 8. n. 4.*

Dieweil aber denen Stifts-Fräuleins das 20
Recht Lein zu säen vi statutorum zukommt, und sie sich auch dieses Rechts bey Verpachtung der Stifts-Ländereyen nicht begeben, sondern sol-

ches mit ausdrücklichen Worten reserviret, und der Pachter darein eingewilliget, dieserwegen sie damit nach ihrer convenientz frey schalten und walten können; nachgehends aber 2) dasselbe, wie ad quæstionem antec. gewiesen worden, ohnstreitig berechtiget sind, das exercitium ihres iuris an einen andern zu cediren, sie auch diese Befugniß durch die geschehene Verpachtung nicht verloren, sondern nach wie vor behalten; der Pachter auch keinen Vorpacht sich dabey vorbehalten, weil dieses Recht von den Pacht-Gütern ausgeschlossen, auch bey Kirchen-Gütern keine præferentz einem Pachter zustehet, wie bereits ad quæst. præced. gewiesen, und dahero um desto weniger zu verwundern, daß CARPZOVIVS von sich selber dissentiret, und den errorem endlich gemercket, cum quod fisco concessum, tanquam ius singulare ad ecclesiam non sit extendendum;

vid. tom. I. iur. eccles. tit. de fid. instrum. §. 14.

Ausserdem 3) die Fräuleins dergleichen cessiones währenden Pacht-Contracts zu verschiedenen mahlen gethan, er Pachter auch solches agnosciret, und also ietzo ohne hinlänglichen Grund zu verwehren suchet, zumahl da 4) diese cessio ohne Nachtheil des Pachters geschiehet, und Grobiano gleichgültig seyn muß, ob die Fräulein selbst den Himten säen lassen, oder sie solches Recht an einen andern übertragen; end- sich wie 5) der Pachter vermöge des Contracts schuldig ist, denen Stifts-Fräuleins zu verstatten, wie sie selbst den Himten Leinsaamen säen lassen, derselbe gleichfalls verbunden ist, denen Tagelöhnern, welchen solches Recht in solutum cediret worden, das exercitium iuris cessi ungehindert zu lassen, immassen die cessionarii in die Stelle und iura der Stifts-Fräulein getreten, und selbigen daher die dem vorgedachten Recht anklebende effectus nicht denegiret werden können, cum cessionarius iure cedentis vtatur:

MEVIVS *P. VI. def. 16. n. 2.*

So halte ich dafür, daß Grobianus inhalts des Contracts verbunden sey, ihren Tagelöhnern, welchen sie dieses Jahr das Recht Lein zu säen cediret, solches unweigerlich zu verstatten.

Quæstio III.

Ob Grobianus, da er angezeigter massen den Tagelöhnern das Leinsäen nicht verstattet, denen Rechten nach schuldig und verbunden, den ihnen daraus zu wachsenden Schaden zu vergüten, und deshalb von dem Stift keine indemnisation zu verlangen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl Grobianus einwenden will, daß er den Tagelöhnern das Aussäen des Lein-Saamen zu verstatten nicht schuldig gewesen, da die Fräulein es für sich nicht, sondern für andere verlanget, und da er ihnen solche iure suo verwehren können, sie den daraus erwachsenden Schaden selbst tragen müsten, quod is, qui iure suo vtitur, nemini facere iniuriam censeatur:

Dieweil aber dennoch 1) ad quæst. præced. dargethan worden, daß Grobianus die Tage-Löhner, als cessionarios der Stifts-Fräulein, unbefugter Weise von der Aussäung des Leins abgehalten, er also bey solcher wiederrechtlichen Verhinderung in re illicita versiret, und dadurch 2) zu dem daraus herrührenden Schaden Gelegenheit gegeben, wobey Rechtens ist, vt qui in re illicita versatur, et occasionem damni dedit, ad illud resarciendum obligatus sit.

l. 30. §. 3. l. 44. D. ad. l. Aquiliam.
MEVIVS *P. VII. dec. 228. n. 4.*

Si enim damnum illatum, idque iniuria, id est, nullo iure datum, locus semper est eius reparationi,

MEVIVS *P. V. dec. 365. n. 2.*

welches im gegenwärtigen Fall offenbar, da er den Tagelöhnern den Gebrauch des quæstionirten Rechts wiederrechtlicher Weise verwehret:

So bin ich der Meinung, daß Grobianus den durch seine ungebührliche Verhinderung des Leinsaens verursachten Schaden den Tagelöhnern zu vergütigen verbunden sey. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE IVLIO MDCCXXXVIII.

DECISIO

DECISIO LV.

THEMA.

Remissio census in bonis ecclesiasticis iusta ex causa facta solennitates non desiderat.

SVMMARIA.

Sententia et species facti. n. 1. 2.

Causa remissionis census cessante, etiam ipsa remissio cessare debet. n. 3.

Omissio causæ cognitionis et decreti superioris insanabilem defectum in rerum ecclesiasticarum alienatione operatur. n. 4.

Bona ecclesiastica summum habent favorem, n. 5.

non tamen sine ratione extendendum. n. 10.

Si eadem res noua actione et ex diuerso titulo petitur, et contra actorem in priori iudicatum fuit, posteriori exceptio rei iudicatæ opponi nequit. n. 6. 10.

Remissio census ecclesiastici ex iusta causa facta solennitates non requirit. n. 7. sqq.

Solennitas in alienatione bonorum ecclesiasticorum non propter se, sed propter aliud requiritur. n. 9.

Decisio. n. 11.

Auf angebrachte Klage und erfolgtes Verfahren in Sachen der Evangelischen Kirchen S. Andreæ zu E. Klägern an einem, und Hans Jacob W. Beklagten am anderen Theil, erkennen ꝛc. auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht ꝛc.

1 Daraus, so viel zu befinden, daß gestalten Sachen und Umständen nach Beklagter auf die angestellte Klage sich einzulassen, nicht schuldig, es ist auch Klägere ihm die von neuen verursachte Unkosten nach deren vorhergehenden liquidation und erfolgter Richterlicher Mäßigung zu erstatten pflichtig. V. R. W.

Rationes dubitandi et decidendi

2 Es hat die Evangelische Kirche zu S. Andreæ zu E. gegen Hans Jacob W. in puncto census Klage erhoben, und gebeten, denselben, dahin anzuhalten, daß er die ihm anno 1698 remittirete drey Metzen zur Helfte an Korn und Gersten nicht allein von Zeit der remission an, sondern auch inskünftige, ausser denen bisher abgetragenen 9 Metzen von dem halben Viertel, so er von der Kirche besitzet, an Zinsen præstiren solte. Weilen aber Beklagter durch zwey conformes sententias fol. act. 22. Vol. 1. et fol. 33. vol. 2. davon absolviret worden: so hat die Kirche eine neue Klage eingegeben und sich in der von denen ehemahligen Kirchen-Inspectoren nulliter facta remissione census gegründet, auch dagegen allenfalls sich in integrum zu restituiren gebeten.

3 Ob nun wohl die erste Klage von der letzlich übergebenen völlig different zu seyn, und iede ihr unterschiedenes Fundament zu haben scheinet, indem 1) was die erstere betrift in derselben zum Grunde gesetzet worden, daß das halbe Viertel Acker, weswegen laut des fol. 24. vol. 1. befindlichen Lehn-Scheines anno 1699 an dem ordentlichen Zins zu zwölf Metzen, ein remiss an drey Metzen dem censiten von Seiten derer Kirchen-Inspectoren verstattet worden, nunmehro völlig wiederum redintegriret, und weil also die causa remissionis cessire, Beklagter den völligen Zinß a zwölf Metzen abzutragen verbunden sey. Dahingegen 2) die letztere sich auf die 4
remission selbst gründet, und deren nullitatem pro fundamento hat, einfolglich besonders dahin gerichtet ist, daß denen damahligen Kirchen-Inspectoren als nudis administratoribus eine solche unter dem remiss verborgene alienatio rei ecclesiasticæ mit Recht nicht zugeschrieben werden könne, allermassen sie dieselbe für sich ohne einige causæ cognitionem und consistorii decretum, eigenmächtig unternommen, quum tamen certissimi sit iuris, omissionem causæ cognitionis et decreti superioris insanabilem defectum in rerum ecclesiasticarum alienatione operari,

AVTH. *hoc ius C. de SS. eccles.*
KLOCK. *tom. I. conf. 34. n. 35.*
SIMONCELL. *de decret. in alien. min. l. 1. tit. 1.*

mithin dieses factum der Kirchen nicht præiudiciren könne; vielmehr 3) da allen piis causis in iure besondere privilegia vor anderen gegeben, und in specie die Kirchen-Güter grossen favorem haben, wenigstens aus diesem sonderbaren Vorrecht der geschlossene remiss für null und nichtig zu achten, und allenfalls dieselbe darwider restitutionem in integrum zu bitten berechtiget sey, und ob zwar beyde Klagen endlich doch auf die petitionem census integri

tegri hinaus laufen, und alſo ad idem zugehen ſcheinen, dennoch aus denen Acten erhelle,
6 daß 4) diuerſa plane actio ex diuerſo fundamento inſtituiret worden ſey, davon die erſtere zwar per duas conformes ſententias abgethan worden, der de novo aber angeſtelleten und in nullitate remiſſionis beſtehenden Klage 5) die exceptio rei iudicatæ um deſtoweniger zu opponiren ſcheinen will, als aus denen Rechten bekannt, quod ſi eadem res noua actione et ex diuerſo titulo petitur et contra actorem in priori iudicatum fuit, poſteriori exceptio rei iudicatæ opponi nequeat.

arg. l. 11. §. 1. de except. reiiud. l. 27. eod.

Wenigſtens alſo da Klägere zwar bey der erſten Klage mit ihrer prætenſion abgewieſen, dennoch anietzo wegen angeſtelleter querela nullitatis billig zu hören, und dieweil Beklagter ſich auf die neue Klage nicht ſpecifice eingelaſſen, es das Anſehen gewinnen will, als wenn auf die ordentliche Krieges-Beſeſtigung zu erkennen ſeyn möchte.

7 Dieweil aber dennoch Klägere 1) nicht in Abrede ſeyn können, daß die neue Klage mit der vorigen ad idem gehe, und gleichergeſtalt auf Erhaltung des völligeren Zinſes gerichtet ſey, ob wohl er dieſelbe ex nouo et plane diuerſo fundamento und zwar ex nullitate factæ remiſſionis angeſtellet haben will, ſolches Vorgeben aber bey ſo beſtalten Sachen um deswillen kei-
8 nen Grund hat, dieweil 2) das darin geſetzte Fundament ſchon in denen vorigen Acten ausgeführet, und excutiret, anbey gezeiget worden, daß anno 1699 in der That keine remiſſio geſchehen, ſondern der ordentliche cenſus a neun Metzen auch vor dieſer Zeit bezahlet worden, wie ſolches die über die abgetragenen neun Metzen de anno 1669 und 70 ausgeſtellete und fol. 48. vol. 2. befindliche Quittungen ausweiſen, auch ſonſten 3) aus denen extracten fol. 19 et 20. vol. 1. erhellet, welchergeſtalt das gantze Viertel Acker niemahls mehr als 18 Metzen an Getrayde der Kirchen, ſtatt Zinſes ſchon vom anno 1618, 1620, 1653, 1663, 1673, getragen. Folglich Beklagter bey Annehmung der Lehn des halben Viertels nicht weiter als mit der Helfte des Zinſes, nemlich 9 Metzen, beſchweret werden können, und alſo bey ſolchen Umſtänden der diſput de remiſſionis nullitate alhier gantz irrelevant iſt, in mehrerer Erwegung, 9
wenn man auch eine remiſſionem alhier geſtatten wolte, dennoch 4) denen Klägern der von Beklagten abgeſtattete Eyd und der Klägere eigene Bekäntniß entgegen ſtehen würde, daß ſolche damahls wegen Abgang eines Theils von dem Acker, und alſo ob cauſam geſchehen, dieſe aber bis dato von ihnen noch nicht gehoben, vielmehr durch den vom Beklagten laut fol. 59. vol. 2. abgelegten Eyd dargethan worden, daß derſelbe den ermangelnden Theil ſeines Ackers noch nicht wieder bekommen, mithin 5) die remiſſio ex iuſta cauſa geſchehen, welche an keine ſolennia gebunden, quum ſi aliunde de iuſta alienationis cauſa conſtat, ſolennitas non deſideretur, quippe quæ non propter ſe, ſed propter aliud requiritur.

MENOCH. *de arbitr. iud. quæſt. caſ. 1. n. 4.*
HARPRECHT. *reſponſ 57. n. 292.*
PACIAN. *conſ 139. n. 44.*

Und alſo aus dieſen angeführten Gründen 6) offenbar iſt, daß in dieſer neuen Klage alles aufgewärmet, und nur unter einem colorirten neuen Fundament repetiret iſt, was in effectu ſchon vorhin angebracht, und durch die ſententiam ausgemachet worden; folglich die exceptio rei iudicatæ gegen dieſe Klage um deſto eher ſtatt findet, als auch 7) die Kirche auf favorem alhier nicht provociren, und die iura dabey mißbrauchen kan, bevorab auſſerdem, wo iura ſpecialia nicht gründlich können dociret werden, man auf den favorem generalem keinen regard machet, ſondern in dubio denen gemeinen Rechten und deren deciſion inhæriret. Aus dieſem allen endlich 8) ſo fort erhellet, daß Klägere kein ius nouum agendi haben, und dahero Beklagter billig a litis conteſtatione, bey der ſchon ausgemachten Sache abſolviret werden müſſen:

So iſt wie geſchehen, zu erkennen gewe- 11
ſen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVAR. MDCCXXVI.

RESPONSVM LVI.

THEMA.

Quatenus ſubſellia eccleſiarum ſint in commercio?

SVMMARIA.

Species facti et quæſtio l. de ſubſelliis templorum. n. 1. 2.

Subſellia eccleſiarum, quatenus ad ædes certas deſtinata fuerunt, alienari poſſunt. n. 3. 6.

Non tamen proprie ſunt in commercio, ita ut poſſeſſor dominus ſubſelliorum dici queat. n. 4.

Quod ex conſtitutionibus electoralibus Saxonicis illuſtratur. n. 5.

Deciſio

Decisio quæstionis I. n. 7.
Quæstio II. De eodem argumento. n. 8.
Relutiones subselliorum ecclesiæ quid proprie inuoluant? n. 9. 10.
Decisio quæstionis II. n. 11.
Quæstio III. De temeritate in iurando. n. 12.
Profanatio nominis diuini punienda est. n. 13. 14.
Temerarius dicendus est, qui sine fundamento litigat. n. 14.
Ligitima impedimenta excusant a contumacia. n. 15.
Decisio quæstionis III. n. 16.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst drey Fragen zugeschicket ꝛc.

1 Hat ein Advocat in einer kleinen Stadt ein in der Vorstadt liegendes Rittergut sub hasta erstanden, und einem gewissen von Adel, ohne den allergeringsten Profit zu nehmen, wieder abgetreten, dabey sich aber bedungen, daß ihm die continuation des Eintrits in das zu ermeldtem Gute zu lösen gewesene, aber zu der Zeit noch nicht gelößte halbe Kirchen-Stübgen gestattet werden möchte, welches auch von dem Edelmann zwar versprochen, gleichwohl es geschehen ist, daß beyde Theile bald darnach wegen einer andern Sache in Zwistigkeit gerathen, worauf der Edelmann den Advocaten aus dem Kirchenstübgen vertreiben wollen, und deshalben wider ihn Klage angestellet, darinnen er ihm darüber den Eyd deferiret, daß er das Kirchenstübgen sub hasta erkauft, welchen er auch abgeschworen. Hat hierauf der Edelmann per tertium in puncto periurii denunciiren lassen, und zu dem Ende der Amtmann den Advocatum, so er nicht gut gewesen, zur Vernehmung citiret, welcher den terminum in contumaciam, wegen einer damahligen schweren Unpäßlichkeit, vorbey gehen lassen, worauf die acta verschicket, und dem Advocato 20 Rthl. Strafe, und 20 Rthl. Unkosten zuerkannt worden, weil, wenn er kein periurium begangen, dennoch seine Verwegenheit billig zu bestrafen, dahero dann erstlich gefraget wird:

2 **Ob hier ein periurium zu statuiren?**

Rationes dubitandi et decidendi.

3 Ob nun wohl in der facti specie selber angegeben wird, daß der Advocat das Rittergut sub hasta erstanden, mithin alles darunter, was zu dem Gute gehöret, zu verstehen gewesen, derselbe auch nicht leugnen mögen, daß das halbe Kirchenstübgen zu dem Gute gehöret, und dann daraus folgen möchte, daß er solches ebenfalls mit sub hasta erstanden, cum talia subsellia, quia sunt in habentium patrimonio, alienari possint, quarenus ad ædes certas vel fundum fuerunt destinata,

MEV. *P. 5. decis. 408. n. 1.*
PHILIPPI *de subsell. templ. c. 1. §. 10.*

und weil gleichwohl der Advocat das Gegentheil geschworen, es scheinen will, daß er wircklich ein periurium begangen, und die denunciation ihren Grund gehabt.

Bohm. Conf. T. III. P. I.

Dieweil aber dennoch Kirchenstühle und Kirchenstübgen keine res in commercio sind, ita, vt possessor proprie non dicatur dominus subselliorum, multo minus libertatem vendendi et alienandi potestatem habeat, 4

WERNHER *vol. 2. select. obs. for. p. 341.*
CARPZ. *lib. 2. iurispr. consist. def. 362. n. 5. sqq.*

welches auch der Churs. Kirchen-Ordnung 5 *art. gener. 36.* und dem *decreto synod. gener. elect. Iob. Georg I. §.* wenn sich Kirchenstände ꝛc. ganz gemäß ist, dergestalt, daß wenn solche durch Abzug derer, so sie betreten und besessen haben, sich erledigen, die neuen possessores solche von der Kirchen binnen vier Wochen wieder lösen müssen, so auch hier geschehen sollen, wie in der facti specie angegeben; bey solchen Umständen aber niemand vernünftig sagen kan und wird, daß der Advocat das halbe Kirchenstübgen sub hasta erkauft, als wohin 6 eigentlich gehöret, was mit in Anschlag gebracht wird, so man aber von dem Kirchenstübgen nicht sagen wird,

CARPZ. *cit. l.* ibique ANDREAS BAYERVS *in addit.*

als welches nicht von dem possessore gekauft, sondern von der Kirchen gelöset werden muß.

So hat der gedachte Advocat kein periurium 7 begangen.

Auf die andere Frage:

Ob die Ablegung des Eydes für eine Verwegenheit zu halten? 8

erkennen wir für Recht.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl dabey dem Advocato zur Last geleget werden möchte, daß er doch gleichwohl gewust, daß das halbe Kirchenstübgen zu dem verkauften adelichen Rittergut gehöret, und in solcher Absicht, sich bey Cedirung desselben den freyen Eintrit vorbehalten, welches nicht geschehen mögen, wenn er nicht gewust, und ihm bekannt seyn müssen, daß durch Ueberlassung des adelichen Ritterguts das halbe Kirchenstübgen auf den Edelmann mit transferiret werden würde, worauf ohne Zweifel in der Eydes-delation gesehen worden ist, und dahero solches 9 billig nach diesem Verstande hätte abgeschworen werden sollen, dergestalt, daß keine geringe temerität dabey von ihm committiret zu seyn scheinet, daß er dennoch diesen Eyd abgeschworen.

10 Weil aber dennoch es einmahl dabey bleibet, daß der Advocat das halbe Kirchenstübgen so wenig sub hasta erstanden, als erstehen können, und ob wohl vendito fundo nobili et mutato hoc modo possessore, dem novo emtori frey gestanden, solches von der Kirchen wieder zu lösen, dennoch dieses ein separatus inter emtorem et ecclesiam initus contractus ist, welcher auf ein neues factum abzielet, ohne welches er das halbe Kirchenstübgen nicht erhalten mögen, dergestalt daß wenn er solches binnen gesetzter Zeit nicht gethan, er kein Recht daran haben können.

decret. synod. gener. Iob. Georgii I. ſ. wenn sich Kirchenstände ꝛc. ibi: bey Verlust derselben ꝛc.

wie denn zur Zeit, da er das quæstionirte Rittergut dem Edelmann wieder abgetreten, das halbe Kirchenstübgen noch nicht gelöset gewesen, sondern die Abtretung intra tempora reluitionis geschehen, also keine Verwegenheit in der Ablegung des Eydes stecket, da so gar der Edelmann, wann er intra tempora consueta das halbe Kirchenstübgen von der Kirchen nicht gelöset, er dessen verlustig gehen können, und wenn er solches gelöset, er erst das Recht daran novo facto cum ecclesia suscepto erhalten.

11 So erhellet daraus so viel, daß die Ablegung des Eydes für keine Verwegenheit zu halten.

Bey der dritten Frage:

12 **Ob dergleichen, wenn selbe erst zu statuiren, mit etliche 40 Rthl. Strafe und Unkosten zu verbüssen?**

erachten wir für Recht.

Rationes dubitandi et decidendi.

13 Ob wohl, wann die angeregte Verwegenheit in der Ablegung des Eydes anzutreffen, die gesetzte Strafe von 20 Rthl. nicht zu hoch zu seyn scheinet, indem darin doch gleichwohl ein Mißbrauch des Eydes und profanatio nominis diuini anzutreffen, welche billig mit einer pœna arbitraria zu belegen, und bey einem Rechtsgelehrten, der die iustitz versiehet, und die Heiligkeit der Eyde weiß, billig schärffer zu bestrafen. Hiernechst die 20 Rthl. Unkosten eigentlich zur Strafe nicht gehören, sondern so wohl ob contumaciam commissam, weil er sich zum Vernehmen nicht gestellet, als propter condemnationem in causa principali, erleget werden müssen, es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn hiebey nichts unbilliges erkannt sey.

Weil aber dennoch was anfänglich die beygemessene Verwegenheit betrift, wie bereits dargethan, daß solche alhier nicht anzutreffen, und wenn gleich dem Advocato dabey etwas zur Last geleget werden möchte, es dennoch für eine grössere Verwegenheit bey dem Edelmann zu halten, der den Eyd darüber, daß der Advocat das halbe Kirchenstübgen sub hasta erstanden, deferiret, so allen Rechten zuwider ist, ja wir nicht absehen können, wie auf solchen Eyd, so in Rechten nicht bestehen kan, und der Kirchen-Ordnung zuwider, erkannt werden mögen, sich gleichwohl nicht befindet, daß deswegen die temeritas des deferentis, so ex actis dennoch offenbar, eine Untersuchung angestellet, und solche untersuchet, und bestraffet werden, und so lange solches nicht geschehen, auch der Advocat nicht zu bestrafen, cum magis temerarius dicendus, qui sine iuris fundamento litigat; und so viel die Unkosten betrift, der Advocat billig zu hören, wenn er legitima impedimenta ausführen kan, zumahl er angegeben, daß er damahls in einer schweren Unpäßlichkeit befangen gewesen, welche eine grosse Schwachheit des Gedächtnisses bey ihm gewircket, quo probato, die contumacien-Unkosten ebenfalls wegfallen würden. 14

So halten wir dafür, daß noch zur Zeit weder einige Strafe, noch Erstattung der Unkosten statt haben könne. V. R. W. 15 16

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCXXXVI.

RESPONSVM LVII.

THEMATA.

I. Capellæ æque ac subsellia lapsu XL annorum a privatis contra ecclesiam acquiri possunt.
II. De modo acquirendi capellas.
III. De præscriptione annuorum redituum.
IV. De iuris patronatus annexo, iure honorifico circa sepulturam.

SVMMA-

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. De acquisitione capellarum et subselliorum in ecclesiis. n. 2.
Quidnam requiratur ad fundandas capellas? n. 3. sqq. 13.
Tractatus negotium non constituunt. n. 4.
Cardinalibus sine consensu pontificis non competit ius, decreta synodalia et concilia provincialia mutandi. n. 5.
Deficiente causæ cognitione rescripta censentur sub- et obreptitie impetrata. n. 6.
In ciuitatibus imperii varissime priuatis ius patronatus competit. n. 7.
Num priuato competat ius, capellis ad celebrandas missas primitus destinatis priuata auctoritate ad faciendas preces et subsellia vtendi? n. 8.
Præsumtio ex decursu longi temporis desumta friuola et fragilis dicitur. n. 9.
Nisi titulus verus doceatur. n. 10.
In alienationibus verum ecclesiasticarum solennium interuentus ex magni temporis antiquitate præsumitur. n. 11. 12. 13.
Ita vt contradicens negatiuam probare teneatur. n. 14.
Consensus ecclesiæ matris ex conscientia et patientia per se inducitur. n. 16.
Legati a latere maius post pontificem habent imperium. n. 17.
Ideo et statuta condere et antiquis derogare possunt. n. 18.
Præsertim si cum iurisdictione et maxima potestate dati sint. n. 19. 22.
Vitium sub- et obreptionis legitime probandum est. n. 20.
Antiquis temporibus ius patronatus etiam priuatis concessum est. n. 21.
Quæ instituta in alium usum pium cum consensu magistratus et ecclesiæ matris mutari possunt. n. 23.
Subsellia per lapsum XL annorum contra ecclesiam a priuatis acquiruntur. n. 24. 25.
Patronis in Germania subsellia hereditaria in ecclesiis a se fundatis exigere licet. n. 26.
Decisio quæstionis I. n. 27.
Quæstio II. de eodem argumento. n. 28.
Quænam præscriptioni obstent? n. 29. 33.
Ad fundandas capellas non æque ac ad ecclesias, auctoritas episcopi absolute requiritur. n. 30.
Capellæ ad dominum et bona fundatoris pertinent, et suo modo, licet in ecclesia extructa sint, in commercio sunt. n. 31.
In capellis regulariter non sunt beneficia perpetua. n. 32.
Post prolixum temporis spatium mala fides non est allegabilis. n. 34.
Ius in capellam non amittitur, licet solutio annuorum redituum cessauerit. n. 35.
Decisio quæstionis II. n. 36.
Quæstio III. De præscriptione annuorum redituum. n. 37.
Debitum annuorum redituum est inpræscriptibile. n. 38. 41.
Si id, quod ex causa solutum est, redit ad non iustam causam, debitor liberatur. n. 39.
Auctoritate episcopali deficiente, bona, ad beneficia ecclesiastica destinata, sunt laicalia, non spiritualia. n. 40.
A iure patronatus dependet ius conferendi. n. 42.
Decisio quæstionis III. n. 43.
Decisio IV. et V. de eodem argumento. n. 44.
In præscriptione annuorum redituum singulorum annorum separata desideratur præscriptio. n. 45.
Decisio quæstionis IV. et V. n. 46.
Quæstio VI. De acquisitione iuris sepulturæ. n. 47.
Concessa capella non concessum censetur ius sepeliendi. n. 48. 49. 51.
Ius honorificum circa sepulturam iuri patronatus cohæret. n. 50. 51. 52.
Decisio quæstionis VI. n. 53.
Quæstio VII et IIX. cum decisione. n. 54. 55.

Die mir zugeschickte facti species nebst acht Fragen und einer Beylage verhält sich folgender gestalt:

Es befindet sich in der H. Haupt-Kirchen S. Petri eine gewisse Capelle, unter welcher auch das anitzo in Streit gezogene Begräbniß ist, welche man von Alters her die R. Capelle genannt hat, wie solches die Wapen und Namen der R. Familie anzeigen, die so wohl in der Capelle als auch in den Kirchfenstern, welche über dieselbe ist, befindlich sind. Diese Capelle scheinet anno 1603 in einen Kirchenstand verändert zu seyn, ob man wohl keine andere Muthmassung zu geben vermag, als daß obbenannte Jahrzahl in der Capelle angeschrieben stehet. Dieweil nun in den Kirchen-Büchern nicht die geringste Nachricht von derselben vorhanden ist, und die Kirche keine alte documenta und Schriften besitzet, so haben die iurati und Vorsteher der Petrinischen Kirchen die R. Familie in dem Besitz der Capelle und des Begräbnisses zu lassen, sich gemüßiget gesehen, dergestalt daß schwerlich zu beweisen stehet, ob vordem iemahls diese Capelle ist in Anspruch genommen worden. Nachdem aber vor kurtzer Zeit sich zugetragen hat, daß bey Eröffnung des R. Begräbnisses diese Familie ihren Begräbniß-Brief vermöge hiesiger Kirchen-Ordnung dem damahls regierenden iurato vorgezeiget, und solcher denselben Brief abcopiren und examiniren lassen, so hat sich befunden, daß solcher nichts weniger als einen Begräbniß-Brief in sich enthalte, sondern nur ein rescriptum des Cardinalis Raymundi an die B. und V. Diœceses

zur bevorstehenden Stiftung in sich fasse. Dieses hat Anlaß gegeben, daß diese Sache rege gemachet, jedoch die R. Familie in possessorio geschützet, und die Kirche ad petitorium verwiesen ist. Bey diesen kommt es nunmehro auf folgende Fragen an:

Quæstio I.

2 **Ob aus dem** rescripto **des Cardinalis Raymundi zu beweisen stehe, daß der R. Familie die quæstionirte Capelle zugehöret habe, und daß dieselbe ihnen noch bis** dato **zukomme?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl bey dieser Frage folgende dubia angeführet sind, daß 1) das rescript des Cardinals Raymundi nicht erweise, daß die Capelle wircklich fundiret sey, und die versprochene dotatio vollenzogen worden, allermassen dieses rescript nichts anders als eine blosse præparatio ad futuram fundationem duorum perpetuorum beneficiorum ist, und dahero denen daselbsten benannten delegatis die Untersuchung dessen, was von dem fundatore vorgebracht, committirt, und alsdann erst, wenn solches alles wahr befunden worden, ihm Macht ertheilet, die intendirte fundation zum
4 Stande zu bringen, und zwey beneficia in der Capelle aufzurichten, gleichwohl daß solches geschehen sey, sich nicht finden will; multa autem sæpe tractantur, quæ non perficiuntur, aut ad conclusionem veniunt,

VULTEI. *vol. 2. cons. 24. n. 17.*

wie denn auch 3) nicht zu erweisen stehet, daß die ecclesia mater, als die Kirche zu S. Petri, zu der fundation ihren consens gegeben, vielmehr 4) aus dem rescripto erhellet, daß die fundation den constitutionibus und Gewohnheiten
5 der Kirche entgegen gewesen; man auch 5) billig zweifeln möchte, daß der Cardinal Raymundus solche Macht vom Pabst erhalten habe, synodal-decreta, prouincial-concilia und andere beschworne constitutiones zu ändern, alldieweiln derselbe 6) hauptsächlich nur deswegen in Teutschland geschicket worden Ablaß zu predigen, und Könige und Fürsten zum Türcken-Kriege anzureitzen; hiernechst 7) zu vermuthen stehen möchte, daß dieses rescriptum subret obreptitie von der R. als einer zu damahligen Zeiten berühmten und mächtigen Familie, von welchen selbsten einige der Kirche Petri als iurati vorgestanden, erschlichen worden, bevorab da 8) es scheinet, als wenn in præiudicium ciuitatis H. tunc temporis adhuc popularis die iura patronatus einer privat Person concediret worden, wenigstens 9) sich nicht findet, daß die causæ cognitio der Stadt hierüber an-
7 heim gestellet worden, und es 10) casus rarissimi sind, daß man in volckreichen Städten, absonderlich aber in Reichsstädten privat Perso-

nen die iura patronatus über Capellen einer der vornehmsten Haupt-Kirchen zugeeignet habe, dannenhero 11) nach dem tempore reformationis der cultus missarum in der Stadt H. völlig cessiret, auch 12) alle Capellen völlig eingezogen sind, und 13) zu vermuthen stehet, daß auch die R. Capelle eingezogen worden, wenigstens 14) kei- 8
nem privato zugestanden, derjenigen Capellen, die ad celebrandas missas gewidmet, privata auctoritate ed audiendas preces, sich zu bedienen, Kirchenstände daraus zu machen, und aus solchen zum Nachtheil der Kirchen Gelder zu lösen, mithin auch 15) die R. Familie keine Befugniß dazu gehabt, vielmehr 16) zu schliessen, daß der- 9
selbe die aus der Capelle quæstionis verfertigte Kirchenstände sine vllo titulo besitzen, auch 17) das Gegentheil ex decursu tanti temporis nicht zu schliessen, cum hæc præsumtio friuola et fragilis dicatur,

MARCVS ANTON. NATTA *cons. 162. n. 29.*

MASCARD. *de probat. concl. 1323. n. 42.*

sonsten auch 18) nur ihre Kraft hat, wenn ein 10
titulus verus verhanden, ne alias præsumtum fundetur super præsumto, seu præsumtio interuentu debitorum requisitorum super titulo præsumto.

CARDIN. DE LVCA *tom. IV. tr. de alienat. disc. 1. n. 89.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch das rescriptum des Car- 11
dinals Raymundi klärlich an den Tag leget, daß eines Theils der damahlige Burgermeister Hermann R. die quæstionirte Capelle in der S. Petri Kirchen schon damahls, als er bey dem Cardinal suppliciret, wircklich gebauet und solenniter consecriren lassen, davon die Worte diese sind: ædificari et de nouo exstrui riteque consecrari fecit et procurauit, welches ja nothwendig mit consens des ordinarii, wie auch der Petrinischen Kirchen selbsten geschehen müssen: andern Theils aber derselbe wegen Anrichtung zweyer beneficiorum, davon zwey Meß-Priester unterhalten werden können, und dadurch zu erhaltenden iuris patronatus den Cardinal allein damahls suppliciret, dieser auch solche Stiftung bestättiget, und nur die Untersuchung, ob das Vorgeben in allem richtig, den præpositis metropolitanæ B. et cathedralis L. ecclesiarum ac officiali V. committiret, anbey ihnen anbefohlen, daß wenn sich alles, angegebener Massen, richtig befinden, und die assignirte Revenüen zu Unterhaltung zweyer lecular Meß-Priester zureichen solten, sie alsdann diese Stiftung zur execution bringen, und dem fundatori das ius patronatus für sich und seine Familie bey diesen beyden beneficiis reserviren, und bestättigen solten, alss es hierbey einzig und allein darauf ankommt, ob dieses alles nach dem rescripto Cardinalis Raymundi de anno 1503 wircklich erfolget, und zur execution gebracht sey? welches zwar von Seiten der R.

Familie

Familie durch dieses rescriptum nicht erwiesen worden, dennoch dabey zu erwegen, daß dieses alles bereits vor zweyhundert Jahren, und zwar zu der Zeit geschehen, da noch alles in der finstersten superstition gestecket, und man durch dergleichen Stiftung ein opus meritorium auszuüben geglaubet, niemand also dabey leicht eine Hinderung zu legen, noch dieses opus meritorium putatiuum zu hintertreiben capable gewesen, vielmehr die commissarii delegati quouis modo solches befördert haben werden, bevorab da die Capelle schon erbauet, und consecriret gewesen, und nach diesen beständig die R. Capelle von dem Stifter desselben genannt, ihr Wapen darin befindlich, und solches auch in den Fenstern über der Capelle anzutreffen ist, welches nicht geschehen mögen, wenn die Stiftung nach dem rescript nicht zur execution gebracht worden, wenigstens, daß alles dabey, was nöthig gewesen, vorgeschriebener Massen observiret sey, propter hanc temporis summam antiquitatem so lange præsumiret werden muß, donec contrarium probatum fuerit, sicuti in alienationibus rerum ecclesiasticarum similiumque omnium solennium interuentus ex magni temporis antiquitate præsumitur, vt earundem adhibitionem negans ad probationem adstringi debeat,

FABER *in C. Sabaud. lib. 4. tit. 4. def. 7.*
HARPRECHT *resp. 57. §. 306. sqq.*
FRANC. NIGER CYRIACVS *tom. I. controv. XI. n. 8. sqq.*

maxime si talis solennitas sit, quæ post instrumentum confectum demum adhibenda erat, quæ tunc interuenisse præsumitur, si vel maxime instrumentum desit,

FELIN *ad c. Albericus X de testib. inf.*
CYRIACVS *cit. l. n. 14.*

12 welches sich alhier allerdings befindet, da das rescriptum des Cardinals den ernannten delegatis die commission ertheilet, a) die Wahrheit der Sache angegebener Massen zu untersuchen, und wenn b) sich solche wahr befinden solte, alsdann die execution des rescripti zu bewerckstelligen, welches beydes in der That erfolget zu seyn, um desto mehr zu præsumiren, als diese Stiftung vor zweyhundert Jahren bereits geschehen, welche Zeit einer immemoriali gleich zu achten, und keine erhebliche Ursache auszufinden, wie diese Stiftung, die damahls publiquement geschehen, nach Beschaffenheit der damahligen abergläubischen Zeiten verhindert, oder nicht zum Stande gebracht seyn solte, absonderlich da dieser Stiftung die Rechte mehr favorisiren als derselben resistiren, in quibus ex lapsu etiam minoris temporis omnia præsumuntur legitime peracta fuisse.

CARD. DE LVCA *tom. XII. de alien. dise. l. n. 87.*

13 Endlich hier auch alle requisita anzutreffen, welche in re maioris præiudicii auch erfordert werden, als 1) lapsus multorum imo ducentorum annorum, cum tamen vel 30 annos sufficere existiment: 2) obseruantia subsequens, welche alhier verhanden, da die Capelle noch den Namen von der Familie führet, dieselbe ihr Begräbniß, als ein certissimum iuris patronatus argumentum, darin hat, und mutatis et abolitis sacris missaticis ad alium vsum æque pium zu Kirchenständen gebrauchet, auch diese Familie in der possession geschützet worden, welche von selbsten keine geringe præsumtion für sich hat: 3) continua et pacifica possessio et obseruantia, die bishero nicht in Zweifel gezogen, als erstlich vor weniger Zeit, da die R. Familie das gedachte rescript ediret: 4) titulus, welcher aus dem rescript klar erhellet, und die Stiftung derer duorum beneficiorum eventualiter bereits bestätiget, da wohl nicht zu glauben, daß der damahlige Bürgermeister Hermann R. dieses Werck solte liegen lassen, und nicht alles, was er vorgebracht, coram delegatis documentiret und zum Stande gebracht haben, von welchen Haupterequisitis in similibus argumentis iuris mit mehren handelt der vorbelobte CARDINALIS DE LVCA 14

cit. l. n. 87. sqq.

welche dergestalt beschaffen sind, daß sie in petitorio ob fortissimam iuris præsumtionem, der Kirche S. Petri das onus probandi negatiuum aufbürden,

HARPRECHT *cit. l. n. 306. in f.*

zu geschweigen daß zu bloser Fundirung dergleichen Capelle nicht einsten auctoritas ordinarii nöthig, wie *ad quæst. seq.* auszuführen, übrigens die negatiua aus den rationibus dubitandi nicht bewerckstelliget werden kan, indem quoad rationem primam et secundam die obseruantia antiqua und præsentanea possessio coniuncta cum forma antiquissima das Gegentheil und so viel darthut, daß die Capelle gehöriger Massen fundiret, und darauf die Stiftung nothwendig vollenzogen seyn müsse, weil sonsten die R. Familie ihr Begräbniß nach den damahligen Zeiten darin nicht erhalten, und bishero behaupten mögen, solche Capelle auch den Namen von der Familie nicht führen können, vt ita effectus de causa præcedente satis testetur; wiederum die ratio tertia aus eben dem Grunde wegfällt, ja die Capelle von gedachtem Burgermeister nicht einsten erbauet werden mögen, wenn die mater ecclesia dabey ein ius contradicendi gehabt, so hier um desto weniger anzutreffen, indem von dergleichen Capellen die Haupt-Kirche keinen Schaden oder præiudirz, sondern wohl avantage gehabt, überhaupt aber dergleichen opus meritorium putatiuum zu verhindern nicht capable gewesen, endlich auch nach zweyhundert Jahren 16 wohl allzuspät ist, erst den defectum consensus matris ecclesiæ, qui tamen vel ex scientia et patientia per se inducitur, in Zweifel ziehen wollen; ferner quoad rationem quartam sich aus dem rescript nicht schliessen lässet, daß diese Stiftung den constitutionibus und Gewohnheiten entgegen gewesen, solches auch aus der 15

17 clausula: non obstantibus etc. nicht folgen will, als welche bey allen päbstlichen Bullen und rescriptis gewöhnlich und dergleichen legatis a latere (welches quoad rationem quintam zu erinnern,) dergleichen Gewalt nicht disputiret werden mag, cum maius post pontificem habeant imperium in sua prouincia,

c. 36. de elect. in 6.

BARBOSA *de iur. eccles. lib. 1. c. 5. n. 74.*

18 adeoque etiam possint statuta condere in perpetuum duratura, vel etiam antiquis derogare.

IDEM *cit. l. n. 84.*

19 Uebrigens quoad rationem sextam der introitus des rescripti darthut, daß dieser legatus a latere cum iurisdictione et maxima potestate, wie gewöhnlich, abgesandt, und ihm eine grosse provincia, als Teutschland, Dennemarck, Schweden, Norwegen, Frießland und Preussen, bestimmet und angewiesen sey, davon auch die documenta dorten ohne Zweifel anzutreffen,

vid Herr Stamphorst Hamb. Kirch. Geschichte ersten Theils erster Band *p. 510. n. 711.*

20 und was in ratione septima angeführet ist, um desto unglaublicher ist, weil, wenn solches wahr gewesen, die Vorfahren nicht lange still geschwiegen, sondern sich bald anfänglich, oder doch, mortuo fundatore, gereget haben würden, cum præterea vitium sub et obreptionis non præsumatur, sed legitime probari debeat.

STRYK *de falsit. prec. princ. oblat. c. III.*

21 Ferner bey der ratione octava, nona et decima es damahls gar nicht ungewöhnlich gewesen, einer Privat-Person, als Stifter, das ius patronatus zu verleihen, als welches dem iuri communi gantz gemäß, und bey dem Herrn Stophorst *cit. l.* absonderlich *p. 474. seq.* davon genugsam Exempel verhanden, endlich auch

22 abermahl der defectus causæ cognitionis von seiten der Stadt post tantum temporis spatium nicht weiter allegiret worden, man auch nicht absehen kan, wie zu den damahligen Zeiten die Stadt dabey ein ius contradicendi haben mögen, da bekannt, daß dergleichen dispositiones legatorum a latere eben so, als wenn sie von dem Pabst gekommen, angesehen wer-

23 den müssen; letzlich, was die in ratione vndecima et seqq. angeführte Veränderung des dortigen Kirchen-Wesens betrift, zwar nicht zu leugnen, daß die Kirchen-Sachen in gantz anderen Zustand dadurch gerathen, und da der superstitiosus cultus missaticus abgeschaffet, auch der vsus capellæ pristinus nicht weiter übrig geblieben, dennoch α) das ius patronatus der R. Familie dadurch nicht entzogen werden mögen: β) das Begräbniß, so vi iuris patronatus derselben zugestanden, in salvo geblieben, nachdem γ) die Capelle nicht dergestalt eingezogen, daß sie secularisiret worden, sondern δ) wie ex lapsu plus quam centum annorum præsumirlich ist, in alium vsum pium cum consensu magistratus et ecclesiæ matris verwandelt worden, wie die Rechte ohnedem erfordern.

l. 16. de vs. et vsufr. legat.

MAVRIT. *de secularisat. c. 3.*

Wenigstens, da nunmehr von mehr als hundert 24
Jahren von Zeit der Reformation Erb-Kirchen-Stände daraus gemachet sind, nunmehr der Petrinischen Kirchen kein ius agendi mehr übrig bleibet, cum etiam subsellia per lapsum 40 annorum contra ecclesiam a priuatis acquiri queant.

L. B. DE LYNCKER *decis 1046. in f.*
HARPRECHT *vol. nov. cons. 22. n. 67. seq. et 78. seq.*

Und ob wohl einige hiebey den præcedentem 25
titulum nothwendig erfordern, quod possidenti præsumtio iuris resistat,

c. 1. de præscript. in 6.
STRVK *ad ius eccles. ad* BRVNNEM. *lib. 2. c. 2. §. 11.*

welcher Meinung ich selber in thesi Beyfall gegeben

tom. 1. iur. eccles. tit. de præscript. §. 48. in f.

gleichwohl sich solches in hypothesi nicht wohl 26
auf die gedachte Capelle, so der R. Familie iure fundationis zugestanden, appliciren lassen will, da bekannter massen denen Patronis dergleichen Erb-Kirchenstände in ecclesia a se fundata durchgehends in Teutschland zukommen, wie ich selber dargethan,

tom. III. iur. eccles. tit. de iur. patron §. 139.

und dahero die præsumtio iuris der possessioni keinesweges entgegen stehet.

So bin ich der Meinung, daß die quæstio- 27
nirte Capelle der R. Familie zustehe, und aus denen angeführten Gründen das Gegentheil nicht dargethan werden könne.

Quæstio II.

**Ob die R. Familie die Capelle quæ- 28
stionis, und nunmehrige Kirchen-Stände durch einen zweyhundert jährigen Besitz præscribiret habe?**

Rationes dubitandi.

Hierbey sind folgende rationes dubitandi 29
anzutreffen, daß 1) ein immemoriale tempus ermangele, cum memoria initii adsit: 2) das rescriptum Raymundi keinen iustum titulum gedachter Familie mittheile: 3) dieselbe gleich anfangs in malam fidem gesetzet: 4) solche sich vornemlich post tempora reformationis hervorgethan, weil sie priuata auctoritate diese Veränderung der Capelle vorgenommen, und Kirchen-Stände daraus gemachet: 5) dabey die 40 Rthlr. Geld innen behalten: also 6) daraus zu fliessen scheinet, daß die unterlassene

lassene Bezahlung des jährlichen canonis promissi alle præscription aufgehoben, und die Besitzer alles etwa habenden Rechts verlustig gemachet habe.

Rationes decidendi.

30 Im Gegentheil ist sowohl bey dieser als vorigen Frage zu bemercken, daß zwischen denen Capellen und andern Kirchen kein geringer Unterschied zu machen, indem zu jenen nicht einsten, wie zu diesen, absolute auctoritas episcopi erfordert wird,

PETR. LEVREN. *in for. benef. P. I. qu. 86.*

31 und dahero ad dominium et bona fundatoris dergestalt gehören, vt etiam suo modo in commercio sint, si vel maxime capella in ecclesia exstructa sit.

IDEM *cit. l. qu. 96.*

CARDIN. DE LVCA *tom. II. de iure patron. disc. 53.*

32 Dahero denn, wenn gleich aus dem rescripto des legati a Latere nicht zu ersehen seyn solte, daß die geschehene Stiftung zweyer Meß-Priester wircklich erfolget, dennoch diese Capelle nichts destoweniger in dominio vsuali, vti loqui amant, des fundatoris geblieben seyn würde, allermassen eines theils, wie das rescriptum Raymundi ergangen, die Capelle bereits erbauet und consecriret gewesen, also dazu weiter dessen Auctorität nicht erfordert worden; andern theils diese Auctorität nicht zu Fundirung der Capelle, als welche schon erbauet, sondern zu Stiftung zweyer beneficiorum perpetuorum erfordert, und dazu bloß auctoritas legati delideriret worden, da bekanntermassen sonsten in denen capellis keine perpetua beneficia zu seyn pflegen,

LEVREN. *cit. l. qu. 86.*

mithin alle rationis dubitandi alhier so wenig als bey voriger Frage ihre application finden, ja der Petrinischen Kirchen mehr schädlich als vortheilhaftig sind, wie bey denen folgenden

33 Fragen dargethan werden soll, vielmehr cum constet de fundatione, auch alle dubia circa præscriptionem wegfallen, als welche hier nicht einsten nöthig, sondern das dominium vsuale capellæ ex ipsa fundatione offenbahr und plene erwiesen ist, als welches selbsten in ratione prima angezeiget worden, quod initii memoria non desit, welche zureichend genug zu achten, der R. Familie diese Capelle zuzueignen, und quoad secundam rationem der titulus ex ipsa fundatione genugsam legitimiret worden, und wenn die von dem legato a latere anbefohlne commission nicht bewerckstelliget seyn solte, dennoch nichts weiter daraus erfolget seyn würde, als daß die beyden beneficia perpetua ihren Endzweck nicht erreichet, welches die R. Familie gerne sehen wird, nichts destoweniger aber ihnen das ius in capellam nach wie vor verbleiben muß, welche nothwendig mit consens der Petrinischen Kirchen gebauet seyn muß, weil es sonsten nicht zu concipiren, wie solche in der gedachten Kirche erbauet werden mögen, derowegen, nach der ra- 34
tione tertia, malam fidem hier zu allegiren nicht wohl möglich ist, da die R Familie keiner præscription bedarf, præsertim cum post tam prolixum temporis spatium hæc ne quidem allegabilis sit, welches auch bey denen übrigen rationibus zu erinnern, und aus 35
dem effectu und bisherigen langen observantz, so über hundert Jahr sich erstrecket, sich hervorthut, daß so wohl die Begräbniß als die Kirchen-Stühle, nicht ohne consens und approbation der Kirchen, als derjenigen, quorum auctoritas desiderata fuit, darin gemachet worden: endlich die cessatio solutionis annuorum reditvum sie wohl ad reliqua soluenda verbindet, nicht aber der Capelle verlustig machet, als welche von denen beyden fundirten beneficiis perpetuis zu separiren.

So erhellet hieraus so viel, daß wegen Man- 36
gel der præscription alhier kein dubium aufgeworfen werden könne.

Quæstio III.

**Ob die annui reditus, oder 20 Du- 37
caten, so bey der Capelle geleget sind, durch die Verjährung verloren gegangen?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Hierbey will zwar dieser Zweifel entstehen, 38
daß wenigstens über hundert Jahren die annui reditus nicht exigiret, und also dieses debitum durch die præscription getilget worden, angesehen die doctrin, quod debitum annuorum reditvum sit inspræscriptibile, meiner Meinung nach in Rechten nicht gegründet;

vid. tom. I. iur. eccles. tit. de præscript. §. 31.

hierüber es scheinen will, als wenn durch die 39
Reformation, bey welcher der cultus missaticus aufgehoben, auch die causa debendi extinguiret sey, und die R. Familie nicht mehr schuldig gewesen, solche 20 Ducaten jährlich zu zahlen; si enim quod ex causa solutum est, redit ad non iustam causam, debitor liberatur.

l. 1. in f. de condict. sine causa.

Weil aber dennoch die 20 Ducaten zu Stif- 40
tung zweyer beneficiorum PERPETVORVM nach des Cardinals Raymundi rescripto destiniret worden, und es dahero lediglich darauf ankommt, ob die anbefohlne erectio duorum illorum beneficiorum erfolget sey oder nicht? Da im letzten Fall diese destinirte annui reditus kein bonum ecclesiasticum geworden, quia bona talia ex defectu auctoritatis episcopalis adhuc laicalia censentur, non vero spiritualia;

PETR.

PETR. LEVREN. *in for. benef. qu. 96. n. 1.*

41 Das erste im Gegentheil ex rationibus ad quæst. primam adductis hier allerdings zu præsumiren, und dieserwegen diese Revenüen ad duo perpetua beneficia nicht iuris priuati geblieben, sondern zum patrimonio ecclesiæ gedyen, und ob gleich der cultus missaticus, wozu sie gestiftet, aufgehoben, dennoch die causa generalis übrig geblieben, daß sie ad vlus sacros gestiftet worden, mithin zu andern vsibus piis verwandelt werden müsten, wobey keine præscriptio statt finden kan, allermassen ich selbsten hiebey aus dem *l. 46. §. 9. C. de episc. et cleric.* eine exception gemachet, bevorab da die Stiftung in memoriam fundatoris geschehen, und die secularisation dabey keinen privatis zuge-

42 standen; übrigens die collation dieser fundation der R. Familie nicht aberkannt werden kan, da zugleich derselben das ius patronatus perpetuum beygeleget, und was de fideicommisso familiæ ad tertium vel quartum gradum tantum duraturo angeführet ist, in Rechten keinen Grund hat:

43 So halte ich dafür, daß diese Stiftung keinesweges præscribiret sey, iedoch dabey, wenn die Petriniſche Kirche wegen der Stiftung Zweifel erregen und gar ableugnen wolte, dieselbe sich mehr schaden, als dabey profitiren würde.

Quæstio IV.

44 **Ob die Kirche Petri nach Verlauf von mehr als 200 Jahren, diese Capelle sich nicht nunmehro zuzueignen, oder doch zum wenigsten von denen Besitzern derselben Rechnung zu fodern, berechtiget sey?**

Quæstio V.

Von wie viel Jahren diese annui reditus, zu forderen wären?

Rationes decidendi.

45 Diese beyden Fragen erörtern sich von selbsten aus denen vorigen Fragen. Denn ein Unterschied unter der Capelleselbsten, und denen annuis reditibus zu denen beyden beneficiis perpetuis destinaris zu machen; jene kan nach denen bishero angeführten momentis die gedachte Kirche sich nicht anmassen: wohl aber diese, und weil es in dergleichen inprælcriptibilibus annuis heisset, quod singulorum annorum separata desideretur præscriptio, et quod contra ecclesiam præscriptio XL annorum demum currat, so folget von selbsten daraus, daß von neun und dreyßig Jahren die gedachte Familie Rechnung ablegen, reliqua bezahlen, und auch künftighin die jährlichen reditus præstiren müsse.

So ist die Anforderung dieser annuorum re- 46
ditunm nach diesem Fuß zu machen.

Quæstio VI.

Ob die R. Familie sich das quæ- 47 stionirte Begräbniß zueignen, und dasselbe durch die Verjährung habe erhalten können?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl hierbey dieser Zweifel gemachet 48
wird, daß 1) in des Raymundi rescript keines Begräbnisses gedacht wird, concessa autem capella, non concessum etiam censetur ius sepeliendi, nisi fuerit expressum in instrumento,

BARBOSA *in iur. eccles. lib. 2. c. 8. n. 20.*

dahero 2) die gedachte Familie keinen Begräbniß-Brief hiervon aufzuweisen vermögend gewesen, welches doch 3) bey allen Erb-Begräbnissen in dasigen Orten nöthwendig erfordert wird. Ueberdem dieselbe 4) das rescriptum Ray- 49
mundi, als einen Erb-Begräbniß-Brief vorgezeiget hat, auch solches dafür bishero wegen der alten Schreibart passiret ist, so doch keinesweges sich in rei veritate also befindet, mithin 5) die gedachte Familie solches Begräbniß vitiose zu besitzen scheinet.

Weil aber dennoch in dem vorigen darge- 50
than, daß die R. Familie das ius patronatus über diese Capelle habe, aus welchem das ius honorificum, iuri patronatus cohærens, circa sepulturam folget, und in dergleichen capellis gantz gewöhnlich ist,

CARD. DE LVCA *tom. II. de iur. patron. disc. 52. n. 6. 8. conf. tom. III. iur. eccles. tit. de iur. patron. §. 140.*

auch BARBOSA selbsten, welcher in ratione 51
dubitandi angeführet ist, diese limitation dabey setzet: nisi fuisset exstructum sepulcrum scientibus illis, qui capellam concesserunt, welches ja gleich anfangs bey Erbauung der Capelle mit Vorwissen der Kirche geschehen seyn muß, dieserwegen quoad rationem primam es 52
nicht nöthig gewesen, in dem rescripto Raymundi des Erb-Begräbnisses zu gedencken, als welches bloß auf die erectionem duorum beneficiorum perpetuorum abgezielet, die Capelle selbsten aber vorher bereits fundiret und conscriret gewesen, welches nothwendig auctoritate ordinarii geschehen seyn, und die Familie darüber die gehörige documenta erhalten haben muß, ob wohl solche fürietzo nicht mehr zu finden sind, aus diesem aber bey denen andern rationibus dubitandi von selbsten folget, daß die gedachte Familie sich durch dieses rescriptum in so weit zu dem Erb-Begräbniß wohl legitimiren könne, daß sie das dominium oder

ius

ius patronatus ex fundatione an der gedachten Capelle haben, woraus das ius sepulturæ von selbsten folget, nicht zu gedencken, daß die præscriptio von mehr als zwey hundert Jahren sie von allem Anspruch dabey gäntzlich befreyen muß.

53 So mag die R. Familie sich das Erb-Begräbniß mit Recht allerdings zueignen.

54 Aus diesem allen fliesset nun die decisio derer beyden letzten Fragen.

Quæstio VII.

Ob nemlich die Kirche S. Petri das Peritorium so wohl wegen der Capelle als des Erb-Begräbnisses anzustellen fundiret sey?

Quæstio VIII.

Und, da dasselbe viele Unkosten erfordern wird, ob die p. t. iurati und deren Erben sich hierdurch inskünftige in Verantwortung setzen?

Rationes decidendi.

Denn weil ich in petitorio kein fundamentum solidum agendi finde, ausgenommen, was die Stiftung der 20 Ducaten betrift, so ist nicht wohl abzusehen, wie die p. t. iurati wegen derer Unkosten ausser Verantwortung bleiben werden: zumahl sie noch dabey befürchten müssen, daß sie in die Unkosten dazu condemniret werden möchten, dahero das peritorium von wegen der Capelle und des Erb-Begräbnisses denenselben billig zu widerrathen ist. V. R. W. 55

PRIVATO NOMINE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXII.

DECISIO LVIII.

THEMA.

De immunitate fundorum ecclesiasticorum a decimis.

SVMMARIA.

Sententia et species facti. n. 1. 2.

Agri indistincte decimis obnoxii sunt, non habita ratione possessorum, n. 3.

Adeo vt etiam coloni episcoporum ad eas ecclesiis soluendas teneantur. n. 4.

Domini directi seculo XII. vavia in feudum dederunt, vt sibi vasallos acquirerent. n. 5.

Num vasalli episcopales ex iure episcopali diiudicandi sint? n. 6. 16.

Quatenus clericus clericum non decimet? n. 7. 18.

Fundi decimales dicuntur, qui in districtu decimali siti sunt. n. 8.

Res transit cum sua causa. n. 9.

Negligentia conductorum in non exigendo decimas non nocet. n. 10.

Quales agri dicantur nouales? n. 11. 25.

Decimæ nouales regulariter ei competunt, qui ius exigendi decimas habet. n. 12.

Num decimæ nouales domino territorii debeantur? n. 13.

Agri pavochiales in dubio immunes a decimis censendi sunt. n. 14.

Decimæ in onus laicorum, qui diuina percipiunt, introductæ sunt. n. 15. 16.

Ex immemoriali possessione, cuius contrarii non extat memoria, immunitas a decimis colligitur. n. 17.

Nouum genus exactionis est, vt clerici a suis clericis decimas exigant. n. 18. 19.

Origo immunitatis bonorum ecclesiasticorum a decimis recensetur. n. 19. 20.

Tempus immemoriale operatur præsumtionem, olim legitimo titulo immunitatem impetratam fuisse, n. 21.

nec proprie præscriptionem operatur. n. 22.

Ius decimarum per non vsum amittitur, vt nequidem scientia et patientia domini desideretur, n. 23.

non habita ratione allegationis malæ fidei. n. 24.

Sola mutatio fructuum non inducit præsumtionem, quod ager fuerit decimalis, nisi de eo ab antiquo constet. n. 26.

In dubio pro immunitate a decimis pronunciandum est. n. 27.

Ex vniuerso iure decimandi non concluditur ius percipiendi decimas ex agris noualibus. n. 28.

Decisio. n. 29.

Als die Herrn uns interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze, in Sachen derer Freyherren von St., Klägern an einem, und Joh. H. B. und demselben assistirenden Freyherrlichen W. Gerichtshalters, Namens seines Principalen und der Pfarre zu E. so dann Hanß Heinrich N., Jürgen F., Caspar B. und Andreas B. Beklagten, am andern Theil in dem zurückkommenden fasciculo actorum etc.

1 Daß die appellation in ihren formalibus zu Recht beständig, und die Sache zu deren iustification an die Herren erwachsen. Der Materialien halber aber erscheinet aus denen Acten und der Partheyen einbringen allenthalben so viel, daß in voriger Instantz wohl gesprochen, übel davon appelliret, dannenhero die sententia a qua vom 5 May 1742 schlechterdings zu confirmiren, und die acta an dem Richter voriger Instantz zu deren ferneren Ausübung zu remittiren, auch Appellanten in expensas huius instantiæ denen Appellaten nach derer liquidation und erfolgter Mäßigung zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Als die Herren Appellanten wegen prætendirten Zehenden Klage erhoben, und darin wider sie in voriger Instantz gesprochen, und B. in Ansehen der Pfarr-Länderey absolviret, die übrigen ratione der so genannten Creutz-Wiese zum Beweise ihres Angebens gelassen worden, so haben die Herren Appellanten davon abermahl appelliret. Ob nun wohl wegen der Pfarr-Länderey loco gravaminis angeführet ist

3 1) daß die præsumtio, daß dergleichen Ländereyen Zehendfrey seyn, nicht gegründet, vielmehr bekant sey, quod agri indistincte decimis obnoxii sint, non habita ratione possessorum, vt qui ius decimandi intra tractum decimalem habet, intentionem fundatam pro iis exigendis habeat,

c. 4. 23. 24. 29. X. de decim.

4 adeo vt etiam coloni episcoporum ad eas soluendas ecclesiis, in quibus sacra percipiunt, teneantur,

c. 46. C. 16. qu. 1.

5 welches auch 2) auf die Herren Appellanten gezogen werden möchte, angesehen sie mit denen Zehenden zu E. in denen n. 15 et 16. producirten Lehn-Briefen von denen Bischöfen zu N. belehnet sind, und also sie deren Recht in-Hebung derer Zehenden sich bedienen können, als welche vormahls die Zehenden gehoben. Ja die meisten Stifter auf dieselbe gegründet sind, welche sie aber absonderlich in Nieder-Sachsen denen von Adel im 12. seculo und folgenden Zeiten verliehen, vt vasallos sibi acquirerent,

KRESS. *in diss. proæm. ad* THVMMERMVTH. *§. 35.*

daß also die vasalli episcopales ex iure episcoporum dieselbe zu ziehen befugt sind, auch 6
3) die bekannte Regul, quod clericus clericum non decimet, hieher nicht zu ziehen, als 7
welche mehr umzukehren ist.

HORN *de cleric. clericum non decimante.*

Ja alhier nicht der Pfarrer, sondern ein tertius 8
das ius decimandi und also pro se præsumtionem habe, daß alle in dem decimali districtu befindliche Ländereyen decimales sind, und vormahls, da die Bischöfe die Zehenden besessen, gewesen, welche 4) weit älter als die Pfarr-Zehenden sind, weil die Pfarrer solche erst in folgenden Zeiten von denen Bischöfen, eben wie die nobiles, überkommen, auch 5) dabey zu er- 9
wegen sey, daß die Kirche zu E. eine patronat-Pfarre der Herren von W. sey, deren Vorfahren solche mit dotalibus bonis, welche damahls zehntbahr gewesen seyn müssen, versehen und fundiret, keinesweges aber dadurch frey geworden sind, daß sie zu der Pfarr geschlagen sind, cum res cum sua transeat causa. Uebrigens 10
ob wohl 6) eine immemorialis præscriptio denen Herren Klägeren opponiret worden, dennoch dagegen ihnen zu statten kommen möchte, daß sie den Zehenden an andere verpachtet, wie denn seit anno 1704 solche durch die conductores gehoben worden, deren negligentia in non exigendo decimas ihnen nicht schaden könne,

CARPZOV *P. II. dec. 115.*

obgleich der Pacht vielfältig geändert worden, zumahl regulariter niemanden factum tertii præiudiciren kan, und also der conductorum negligentia denen locatoribus nicht beyzumessen ist. Und so viel die so genannte Creutz-Wie- 11
se betrift, die Herren Appellanten 7) vermeinen wollen, daß wenn gleich erweislich zu machen sey, daß dieselbe vormals Urbahr gewesen, dennoch dieselbe dadurch, daß sie zu Acker gemachet worden, für ein novale oder Rottland secundum quid zu achten.

BOEHMER *in iur. eccl. prot. lib. III. tit. 30. §. 60.*

Bevorab 8) an denen Orten, wo aus den Wiesen kein Zehend gezogen wird, als wodurch sie nicht immunitatem absolutam sondern nur secundum quid erhalten, dergestalt, daß wenn die Wiesen beackert werden, alsdann der Zehend-Herr dabey die intentionem fundatam exigendi decimas zu haben scheinet, zumahl 9) der noval-Zehend dem Zehend-Herrn regu- 12
lariter gebühret,

c. 25. X. de decim. ex edit. GONZALEZ.

auch diejenigen keinen Grund haben, welche die 13
novales dem Landes-Herrn zuschreiben, so daß es das Ansehen gewinnen will, als ob Beklagte possessores der Creutz-Wiese schlechterdings zu condemniren gewesen?

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch nach der wahren Absicht 14
derer

derer Päbste ad 1) von der angeführten præsumtion pro qualitate decimali die Pfarr- und Kirchen-Länderey ausgenommen, und billig in dubio als zehendfrey gehalten werden,

c. 2. X. de decim.

15 da aus der Kirchen-Historie mehr als zubekant ist, daß sie nur bloß die Layen, qui divina percipiunt, damit belästiget, und schon vormahls circa an. 688. in des THEODORI CANTVARIENS. *capit. 24.* versehen: presbyter decimas dare non cogetur,

HARDVIN. *in coll. concil. tom. III. p. 1774.*

16 zumahl wohl zu glauben, daß vormahls, da die Bischöfe bey denen Pfarren-Gütern, die Zehenden zu Unterhaltung der Pfarrer geleget, sie von denenselben keinen Zehenden gefordert haben werden, ob sie gleich vormahls das ius vniversum decimarum per totum episcopatum exerciret, also derjenige, der das Zehend-Recht von denen Bischöfen zu Lehn träget, kein besser Recht, als sie exerciren können, sich anzumassen befugt sind, und was von denen Bischöflichen colonis in *c. 46. C. 16. q. 1.* versehen, auf colonos extra diœcesin agros possidentes zu appliciren, wie der gantze context anzeiget,

17 welches ad 2) um destomehr alhier zu appliciren ist, da die Herren Appellanten von undencklichen Jahren keinen Zehenden von den quæstionirten Pfarr-Ländereyen gezogen, also vermuthlich ist, ex immemoriali possessione, cuius contrarii non extat memoria, daß sie bey Stiftung der Pfarre die Freyheit überkommen, und die Bischöfe, wenn sie gleich vormahls zehendbahr gewesen seyn solten, solches Recht erlassen haben, die Herren Appellanten aber nicht mehr Recht, als sie bishero besessen, sich anmassen können, zumahl sie nur indefinite, mit den Zehenden belehnet sind, und nicht einsten den gantzen Zehenden daselbsten haben, sondern die Herren von W einige darneben ziehen, dahero in denen producirten Lehn-Briefen selbsten der gantze Zehenden von dem schlecht weg und indefinite genannten Zehenden unterschieden wird, certo indicio, daß in diesem Fall das ius vniversum decimandi nicht transferiret sey. So

18 dann ad 3) die regul, quod clericus clericum non decimet, nach der Absicht der pontificum sich hieher wohl appliciren lässet, wenn gleich ad 4) die Bischöflichen Zehenden weit älter als die Pfarr-Zehenden sind, zumahl es doch wahr geblieben, quod nouum genus exactionis sit, vt clerici seu episcopi a clericis suis decimas exigant,

c. 2. X. de decim.

19 wenigstens dahero der Ursprung der Freyheit der Pfarr-Güter, und die dahero rührende præsumtion für die Freyheit zu ziehen, und daraus wahrzunehmen, woher die in quæstion gezogene Pfarr-Güter von undencklichen Jahren der Zehend-Freyheit genossen, zumahl Appellanten keine Anzeige von einiger Zeit thun können, daß solche, so lange sie bey der Pfarre sind,

20 zehendbar gewesen, es mag nun ad 5) mit der ersten fundation dieser Pfarre beschaffen seyn wie es wolle, zumahl wenn die maiores derer von W. die Stiftung ex bonis suis gethan haben solten, dennoch solches ohne Bischöfliche Auctorität und consens nicht geschehen mögen, darneben auch aus unzehligen diplomatibus am Tage ist, daß mehrentheils die fundatores sich bemühet haben, die onera, so denen gestifteten Gütern angehangen, loß zu wircken, und dieselbige in völlige Freyheit zu setzen, welches von den Bischofen um desto leichter zu erhalten gewesen, als diese Befreyung zur Aufnehmung der Kirchen- und Gottesdienstes, ja der Religion selbsten, nach denen principiis iuris canonici, zu gereichen schiene, die weltlichen Zehend-Herren in denen vorigen Zeiten eben diese principia hegeten, und ad 6) also die Ursache der undencklichen possession der Freyheit nicht von der negligentia conductorum, wie man von Appellanten Seiten souteniren will, sondern a prima fundationis origine herzunehmen, wenigstens das tempus immemoriale diese starcke præsumtion operiret, olim legitimo titulo immunitatem impetratam fuisse, so daß solche Zeit nicht einsten eine præscription zu nennen, noch solche ex negligentia herzuleiten ist, 21 22

BOEHMER *tom. I. iur. eccles. tit. de præscript. §. 39.*

WERNHER *P. IV. vol. 3. obs. 5. n. 24 sqq.*

ja wenn auch auf eine præscriptionem proprie dictam zu reflectiren seyn möchte, dennoch die excuse de negligentia conductorum denen Herren Appellanten wenig zu statten kommen wird, da sie eines theils nicht einsten dargethan, daß sie vor an. 1704 den Zehenden gezogen, und die conductores deren exaction unterlassen, welches nicht zu glauben, wenn der quæstionirte Zehenden ihnen mit verpachtet worden: andern theils ihnen beyzumessen, daß sie nicht eine exacte specification von dem Zehend-Felde ihren Pächtern eingereichet, und wenn solches nicht geschehen seyn solte, wie doch nicht wohl nach der bekanten praxi in Teutschland zu glauben, sie selber in culpa et negligentia sind, wenn die Pächter dabey etwas versehen haben solten. Daher des CARPZOVII Lehre nicht eben schlechterdings anzunehmen, weil es bey denen Herren Appellanten gestanden, bey so öftern Verpachtungen die gehörige præcautionen dabey zu gebrauchen, nicht zu gedencken, daß dergleichen iura per non vsum, schlechterdings verlohren gehen, vt ne 23 quidem scientia et patientia domini desideretur,

HARPRECHT *de præscript. immunit. a collect. c. II. §. 11.*

nec mala fides contra eum possit allegari, vti 24 KLOCK. *tom. IV. cons. 1. n. 321. et 465.* adstruit, cuius sententia ad exstinctiuam præscripionem applicari nequit,

BOEHMER *tom. III. iur. eccles. tit. de decim. §. 52.*

welches alles nur καϑ' ἄνϑρωπον alhier anzuführen gewesen, weil hier ein immemoriale tempus vorhanden, so keinesweges eine præscriptio zu nennen, dahero die absolutoria schlechterdings zu confirmiren gewesen. Und so viel ad
25 7) die Creutzwiese betrift, zwar die Herren Appellanten durch die Beackerung derselben ein novale oder Rott-Land daraus machen wollen, dennoch solches im eigentlichen und primario significatu nicht angehen kan, da auch Wiesen gar den Zehenden de iure communi geben müssen, und durch die Beackerung nur die Fruchte verändert werden, dahero HADRIANVS saget: et sicut etiam de pascuis olim decimæ persoluebantur, ita nunc de eisdem ad frugum fertilitatem translatis decimas volumus absque deminutione persolui

c. 4. X. de decim. in f.

26 woraus ad 8) a contrario sensu zu schliessen, daß wenn der fundus ab antiquo nicht decimalis gewesen, auch derselbe durch diese Veränderung nicht decimalis werden könne, da allemahl in casu mutationis fructuum præsupponiret wird, quod ab antiquo terra ista fuerit decimalis;

c. 30. X. de decim.

27 überhaupt auch hiebey zu erwegen ist, daß die Zehenden nicht einerley Art sind, weil solche bekannter Massen denen possessoribus inuitis von alten Zeiten obtrudiret sind, welches nicht an allen Orten mit einerley effect und gleichem Glück geschehen, und dahero so vielerley Unterscheid derselben entstanden ist, daß alles bishero auf den alten Gebrauch ankommen muß, und solcher nicht zu extendiren, vielmehr in dubio gegen dieselbe zu sprechen, und bey der immunität zu verharren ist; zumahl ad 9) wenn auch 28
aus der Beackerung ein Rottland zu machen wäre, dennoch, welches das vornehmste ist, die Herren appellanten sich nicht einsten zum Rott-Zehenden legitimiren können, da sie mit dem Rott-Zehenden in E. nicht belehnet sind, sondern die Worte des Lehnbriefes schlechterdings so lauten:

mit dem Gute zu E. und mit den Zehenden daselbst,

worunter das vniuersum ius decimandi so wenig zu verstehen, daß die Herren Appellanten, nicht einsten den gantzen Zehenden daselbsten allein haben, und aus den Lehnbriefen gar deutlich erhellet, daß sie an andern Orten als in- und ausserhalb dem Dorfe St. mit dem Rott-Zehenden expressis verbis haben belehnet werden müssen, certo indicio, daß ihnen an andern Orten solcher nicht zustehe, woselbsten sie damit nicht belehnet worden, weil sonsten an jenem Orte die Ausdruckung des Rott-Zehenden überflüßig und sine effectu gewesen, da doch alles im gedachten Lehnbrief so genau bestimmet ist, so, daß die Appellaten, wenn sie die sententiam a qua nicht in rem iudicatam von ihrer Seite ergehen lassen, sie gar leicht absoliviret werden können, wiewohl es sicherer gewesen, den Beweiß der vorigen Beschaffenheit dieses fundi vorher zu exigiren.

So sind wir geschehener Massen, das vorige 29
Urthel zu confirmiren bewogen worden;

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBR. MDCCXLIII.

DECISIO LIX.

THEMA.

Subsellia in eccleſiis per præſcriptionem acquiri poſſunt.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Officialibus in eccleſiis ſubſellia competere ſolent. n. 2. 3.
Num præſcriptio XL annorum ſine titulo, vbi præſumtio contra ius commune eſt, et poſſidenti reſiſtit, aliquid operetur? n. 3. 4.
Affixio inſignium num ſit certum dominii argumentum? n. 5. 7.
Teſtes de vniuerſitate pro vniuerſitate non prohant, præſertim deficiente eorum ſcientiæ vatione. n. 6.
Subſellia non ſemper iure dominii, ſed familiaritatis poſſidentur. n. 8.
Subſellia a priuatis iure proprietatis acquiri poſſunt. n. 9.
Exiſtente titulo nulla præſcriptio neceſſaria eſt. n. 10.
Deciſio. n. 12.

Auf interponirte ſupplication und erfolgte Geſetze in Sechen der Kirchen-ſtuaten zu A., Supplicanten an einem, und W. C. Supplicaten am an andern Theil erkennen ꝛc. zum Conſiſtorio verordneter Geheimer Rath, Regierungs-Räthe, Vice-Director und Räthe nach vorgehabten Recht auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht.

Daß es der eingewanden ſupplication ohn- 1
hindert,

gehindert bey dem N. 100 befindlichen, und den 9 Febr. 1736 eröffneten Urtheil billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl Supplicanten loco gravaminum angeführet, daß sie 1) in ihren articulis probatorialibus zur Gnüge dargethan, daß Supplicat den Manns-Stuhl mit seinen Vorfahren nicht iure proprietatis, sondern als Bediente betreten, und solcher für einen Amts-Stuhl zu halten sey, welches absonderlich der Rotulus sub N. 72. ad artic. 1. inter. 5. art. 6. et interr. 3. cit. art. zu bestätigen scheinet, und weil des Supplicati Vorfahren insgesamt Bediente gewesen, sie in solcher qualität nach dem art. 7. den gedachten Kirchenstuhl betreten, da die Besitzer des C. Hauses, wenn sie nicht Bediente gewesen, in denselben nicht gegangen, über dem 2) auch sonsten niemand ausser der Herr von W. eigenthümliche Kirchenstühle haben, vielmehr solche der Gemeinde zugehöreten,

3 diesemnach 3) die præsumtion für die Kirchenjuraten militire, daß es kein eigenthümlicher Stuhl, sondern ein Amtsstuhl sey, zumahl auch andere Beamte nach dem art. 22. denselben betreten, dem Supplicaten darneben 4) keine præscription zu statten kommen könne, als welche nicht quiete et solitaria sey, vielmehr derselbe nach Aussage der Zeugen den Beamten in dem Manns-Stuhl den Stand unweigerlich gegönnet, die præscription von viertzig Jahren auch si sine titulo in casu præsenti, vbi præsumtio contra ius commune est, et possidenti resistit, nicht statt haben könne,

c. 1. de præscript. in 6.

STRYK *ad ius eccl.* BRVNNEM. *lib. 2. c. 2. §. 11.*

BOEHMER *tom. I. iur. eccles. tit. de præscript. §. 48.*

4 zumahl 6) aus denen rotulis nicht erhellet, daß jemahls Supplicat und und seine Vorfahren einige recognition der Kirchen wegen etwa prærendirten Eigenthums gegeben, und da niemand in B. einen eigenthümlichen Stuhl besitzet, mehr die præsumtion für die Supplicanten als Supplicaten militire, daß dieser so wenig ein Eigenthums-Recht an dem Manns- als Weiber-Stuhl, ausser einem Platz an diesem zuständig sey, endlich 7) wegen des Weiber-Stuhls das davor befindliche Wapen samt den Namen und Jahrzahl wenig dem Supplicaten zu statten kommen könne, als welches de facto davor gesetzet, gleichwohl der Kirchenstuhl von der Kirchen gebauet, und nicht wahrscheinlich sey, daß sich die Kirche ihres Eigenthums-Rechts daran begeben, also das Wapen nur ornatus gratia davor gemachet, woraus kein Eigenthums-Recht zu inferiren sey.

Rationes decidendi.

6 Weil aber dennoch ad 1) der Supplicanten Zeugen eines Theils von der Gemeinde sind, in deren Namen die Kirchen-juraten geklaget, und dabey in ratione tertia sub N. 59. ad art. 1. interrog. 5. nicht leugnen können, daß sie dabey interessiret wären, und mit zu den Proceß-Kosten contribuiret,

Rot. sub N. 27. ad int. gen. 5.

und dahero der Gewißheit ihrer Aussage vieles dabey abgehet: andern Theils ihre Aussage, daß der quæstionirte Manns-Stuhl ein Amts-Stuhl sey, keine solidam rationem scientiæ bey sich führet, indem sie mehrentheils auf die gemeine Meinung, und daß sie solchen dafür gehalten, sich gründen, und ob zwar Supplicat in rot. sub n. 68. ebenfalls nichts weiter dargethan, als daß der quæstionirte Stuhl jederzeit C. Stuhl genannt sey, seine Vorfahren solchen beständig gehabt, und Zeugen es niemahls anders gehöret, als daß der Manns-Stand zu seinem Hause gehöret, mithin auch diese depositiones keine nothwendige Folge in sich halten möchten, dennoch daraus so viel abzunehmen, daß bey solcher Ungewißheit ohne iurament nicht heraus zu kommen sey, welches billig dem Supplicaten deferiret werden müssen, da derselbe mit seinen Vorfahren den Manns-Stuhl so lange besessen, und solcher des C. Stuhl genannt worden, wie Zeugen ad art. 11. dicti Rotuli erhärten, der Supplicanten Zeugen auch nicht bestimmen können, ob Supplicat und dessen Vorfahren als Bediente oder iure proprietatis solchen betreten, die Meinung, aber daß es ein Amts-Stuhl sey, daher seinen Ursprung haben mag, weil auch hin und wieder, wenn Beamte in die Kirche kommen, solchen als honoratiorem sedem mit betreten, welches doch keine nothwendige Folge macher. Darneben ad 2) 7 Supplicanten gestehen müssen, daß die Herren von W. einen eigen Kirchenstuhl haben, ja den Supplicaten ein Frauens-Stand wegen des davor gemachten Wapens, Namens und Jahr-Zahl wircklich zuerkannt, und daraus also sehr wahrscheinlich ist, daß auch wohl der Manns-Stuhl dem Suppli..ten zugehören müssen, bevorab da aus dem Wapen, Namen und Jahr-Zahl die præsumtion für den gantzen Weiber-Stuhl und nicht allein für einen Stand militiret und also nicht abzusehen, warum der Supplicat mit seinen Vorfahren nicht auch einen eigenthümlichen Manns-Stand haben können; dabey auch ad 3) wenig verfangen will, daß 8 andere die beyden Kirchenstühle mit betreten, als welches iure familiaritatis geschehen seyn kan, wie denn auch ebenfalls in der Herren von W. eigenthümlichen Stuhl öfters geschehen, daraus aber das Eigenthum nicht angefochten werden mag, also auch ad 4) die præscriptio dadurch nicht interrumpiret ist, indem nicht dargethan, daß Supplicat und seine Vorfahren, daß andere Beamte solchen Stand mit betreten, aus Schuldigkeit leiden, viel weniger daß die Kirche zu B. dem Beamten einen Amts-Stuhl halten müssen, worin doch cardo controversiæ vornemlich beruhet, und ohne Zweifel wenn

solches richtig, sich davon Urkunden bey der Kirche befinden würden, davon aber nichts bey den actis anzutreffen, noch die Zeugen davon wissen wollen, dahero ad 5) dieser præscription so wenig die præsumtion entgegen stehet, daß vielmehr dieselbe dadurch bestättiget wird, daß Supplicat en das Eigenthum an dem Weiber-Stand zu erkannt ist, und also vermuthlich ist, daß in der Absicht und Meinung seine Frau und Kinder denselben betreten, besessen, auch Supplicat den Mannesstuhl betreten, und wie jenes also auch dieses opinione domini geschehen sey, Kirchenstühle auch an und vor sich selbsten so beschaffen, daß sie von priuatis iure proprietatis wohl acquiriret werden mögen, wie
10 Supplicanten nicht in Abrede sind, uud ad 6) durch den zuerkannten Eyd die præscription um desto mehr bewähret werden wird, da, wenn Supplicat einen Titul für sich anführen, und beweisen könte, es gar keine præscription bedürfen würde, endlich ad 7) in iudicato beru- 11
het, daß Supplicaten wenigstens ein Weiber-Stand eigenthümlich zustehe, welches aus dem Wapen, Namen und Jahr-Zahl billig geschlossen, gleichwohl, præstito iuramento, solches nicht unbillig auf den gantzen Kirchenstuhl zu ziehen ist.

So ist geschehener Massen zu erkennen ge- 12
wesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBR. MDCCXXXVII.

DECISIO LX.

THEMA.

Modus decimandi per obseruantiam antiquissimam minui potest.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Sæpius in integrum restitutio peti nequit. n. 2.
Sed contra aduocatum negligentem datur regressus. n. 3.
Iura prouincialia ex iure communi interpretationem accipiunt et suppleri debent. n. 4.
Restitutionem in integrum denuo peti tunc demum locum habet, si antea petita, n. 5.
sed reiecta fuerit et decretum reiectionis in rem iudicatam transierit. n. 6.
Modus decimandi ab antiquissima obseruantia dependet, n. 7. 12.
et non usu diuturno amitti potest. n. 8.
Multo magis ergo minui. n. 9.
Consuetudo et obseruantia est facti, et sic legitime probari debet. n. 10.
Nouæ probationes in instantia appellationis admittuntur. n. 12.
Decisio. n. 13.

Auf erhobene appellation und respective ab eius reiectione interponirte supplication in Sachen der Gemeinde zu R. appellanten an einem, und des Hof-Jägermeisters von V. appellaten am andern Theil erkennen ꝛc.

1 Auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht, daß der appellanten erstes und anderes gravamen für erheblich zu halten, und ad terminum audiendæ nebst dem dritten ebenmäßig zu verstatten, auch appellat sich darauf einzulassen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl bey dem ersten gravamine den appellanten die auctoritas rei iudicatæ entgegen stehen möchte, welche sie auch selbsten agnosciret, und gegen dieselbe die restitutionem in integrum zu dem Ende gesuchet, solcher aber eines Theils entgegen stehet, daß sie schon in voriger instantz coram commissione einmahl in integrum restituiret worden, die Rechte aber nicht zu lassen, vt sæpius in integrum restitutio peti queat:

l. 1. C. si sæp. in integr. restit.

anderen Theils die Schuld, daß das letzte Ur- 3
thel in rem iudicatam ergangen, sie auf ihren vorigen aduocatum weltzen, welcher billig appelliren sollen, und da er solches nicht gethan, sie gegen denselben zuförderst den regress nehmen müssen, am meisten aber es an einer iusta restitutionis causa zu ermangeln scheinet, welches aus der Erörterung des andern gravaminis erhellen will, angesehen appellanten nicht 4
in Abrede sind, daß sie den Fleisch- und Blut-Zehenden zu entrichten, und also auch von den Gänsen die zehende Gantz zu geben schuldig, es mog dieselbe in demselben oder folgenden Jahre fallen, dahero dem zu folge erkannt ist, daß ins künftige die appellanten die unter zehn Stück habende Gänse auf die Schrift zu nehmen, und demnechst eine Zehend-Gantz davon abzugeben gehalten, wogegen zwar dieselbe vermeinen wollen, daß wer keine zehn Gänse hätte, gar keine Zehenden von demselben Jahr geben, und also die übrige auf die Schrift nicht bringen dürfe, weil

weil davon in der Zehend-Ordnung nichts disponiret, dagegen doch gleichwohl bekannt ist, quod iura prouincialia ex iure communi interpretationem accipiant et suppleri debeant, und der Natur der Zehend-Gerechtigkeit entgegen lauffet, daß bey dem Vieh nicht ein Jahr in das andere gerechnet, und darnach das zehende Stück, es mag im selbigen oder im folgenden Jahr fallen, gefordert werde solte, mithin was sie von einer obseruantia contraria vorgeben, mehr für eine defraudation des Zehend-Rechts und contrauention, als für ein wahres Recht zu achten, und gar leicht geschehen könte, daß wenn ein jeder von den appellanten nur neun Gänse groß gezogen, das ius decimarum gantz unbrauchbar dadurch gemachet werden müste.

Rationes decidendi.

6 Weil aber dennoch ad 1) man bey hochlöblicher Cantzley die appellation ratione tertii grauaminis bereits angenommen, und nach art. 12. terminum audientiæ, so aber nunmehro suspendiret worden, zu solchem Ende anberahmet, welches nicht anders als mediante restitutione in integrum geschehen mögen, solche auch den appellanten, als einer Gemeinde, bey dem andern gravamine billig angedeihen muß, angesehen ratione neglectæ appellationis sie vorher noch niemahls die restitution gesuchet, und solche ihnen darüber noch nie abgeschlagen, noch weniger also sie für itzo contra reiectam restitutionem die restitution abermahl suchen, cum tamen tunc demum restitutio denuo petita locum non habeat, si antea petita, sed reiecta fuerit, atque decretum reiectionis in rem iudicatam transierit; tunc enim propter auctoritatem rei iudicatæ denuo restitutio peti nequit, vt tamen nihilominus contra lapsum fatalium appellationis restitutio indulgeatur;

BRVNNEM. *ad l. 1. C. si sæp. in integr. restit. n. 3. et 4.*

der regressus aber gegen den aduocatum vergebens seyn würde, weil noch zur Zeit nicht ausfündig gemacht ist, ob die appellanten ein ius fundatum haben, welches aus der decisione futura super grauamine secundo erhellen wird, inzwischen aber fürtzo nur darüber zu erkennen gewesen, ob dieses gravamen schlechterdings verwerflich oder zu fernerer Ausführung ad terminum audientiæ zu verstatten, und appellat sich darauf einzulassen schuldig sey? welches wir für billig und Recht gehalten, angesehen 7
zwar der Fleisch- und Blut-Zehenden anitzo nicht in Streit gezogen, wohl aber der modus decimandi gestritten worden, welcher absonderlich von der Gewohnheit und antiquissima obseruantia dependiret,

c. 18. et 20. X. de decim.

und gleichwie non vsu diuturno die Zehenden 8
gar verlohren gehen können,

BOEHMER *tom. III. iur. eccles. tit. de decim. §. 53.*

alsó nothwendig folget, daß sie auch secundum 9
quid per non-vsum antiquissimum gemindert werden mögen, wohin alhier gehöret, daß die appellanten vorgegeben, wie derjenige, der unter zehn Gänse gehabt, niemahls einen Zehenden gegeben, noch die er gehabt aufschreiben lassen müssen, Herr appellat auch nicht anzeigen können, daß es zu einiger Zeit anders gehalten worden, welches momentum billig in der- 10
gleichen iuribus, die mit den seruitutibus a pari stehen, in consideration zu ziehen, und appellanten, wenn sie die antiquissimam obseruantiam erweisen können, damit zu hören, keinesweges aber mit der blossen allegatione notorii zu admittiren sind, quod consuetudo et obseruantia sit facti et sic probari legitime debeat, quæ in seruitutibus et sic etiam in decimis attendenda,

l. 1. §. fin. de aq. et aqua pluu. arc.
l. 1. et 7. C. de seruit. et aqu.

wenigstens so viel appellanten vor sich haben, 11
daß sie damit zu hören, und auch dieses gravamen, gleichwie bereits bey dem dritten geschehen, zu fernerer Ausführung und allenfalls zu führenden Beweiß, quæ in appellationis instantia adhuc locum habet,

l. 4. C. de tempor. appell.

zu verstatten, dagegen auch nicht zu attendiren, 12
daß auf solche Weise der Zehende gar leicht zu Wasser gemachet werden könte, als welches nicht eben zu befürchten, ob wohl derselbe, wenn die diuturna obseruantia erweißlich seyn solte, sehr vermindert werden würde, quod in modo decimandi vsus diuturnus attendi debeat.

So sind wir geschehener Massen zu erkennen 13
bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXLIII.

DECISIO

DECISIO LXI.

THEMA.

Decimæ ex agris decimalibus præstandæ sunt, licet species fructuum hominum industria mutetur.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Restitutio in integrum locum non habet, vbi superest remedium ordinarium. n. 2.
Citatio inducit litis pendentiam. n. 3. 10.
In dubio pro libertate pronunciandum est. n. 4.
Cessantibus noualibus, allegari nequit possessio noualium. n. 5.
Possessio vnius loci non potest extendi ad alterum. n. 6. 9.
Rusticis ob ignorantiam iuris facilius venia danda est. n. 7.
Probabilis contradictionis causa excusat ab expensis. n. 8.
Si vel maxime species fructuum mutatur hominum industria, decimæ tamen sunt solvendæ, cum ager sit decimalis. n. 11. 12.
Decisio. n. 13.

Auf eingewandte Supplication in Sachen der Eingesessenen zu H. Supplicanten an einem, und dem Advocato Cameræ D. R. Supplicaten, am andern Theil, erkennen ꝛc. Nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht.

1 Daß es der eingewandten Supplication ohngehindert bey dem n. 20. befindlichen, und den 11. Decembr. 1728 eröffneten Urthell billig zu lassen, iedoch mit dieser Erklärung, daß bewandten Umständen nach die Supplicanten mit denen zuerkanten Unkosten zu verschonen, und solche gegen einander zu compensiren und aufzuheben. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl 1) Supplicanten nicht in Abrede seyn mögen, daß stricto iure die supplicatio erloschen und desert zu achten, weil sie ohngeachtet der unterschiedlich erhaltenen prorogationen das farale iustificandæ ablaufen lassen, und die n. 25. befindliche iustifications-Schrift erst post festum eingebracht, und ob wohl sie dabey restitutionem in integrum ex clausula generali gesuchet, dennoch dabey weder eine læsion noch iustum impedimentum dargethan: nachdem was dieserwegen angeführet, mit nichts beygebracht und in leeren Sagen bestehet, jene aber um deswillen ermangeln möchte, weil nur in summariissimo gesprochen: vnde nullum adeo præiudicium infertur, cum superfit ordinarium, vel possessorium, vel petitorium. So viel aber die materialia selbst betrift, Supplicantes dabey 2) vorgestellet, daß sie aus vielen Ursachen sich gemüßiget befunden, das Königl. Amt, als welches die Zehend-Gerechtigkeit wegen des auf das ausgebrante Mete gesäeten Korns prætendiret, ex l. si contendat. beym Königl. Hof-Gerichte zu belangen, und citiren zu lassen, welchem petito das Königl. Hof-Gerichte deferiret, und die gebetene citation ergehen lassen, das Amt auch zwar prorogation gesuchet, dennoch nachgehends dasselbe die Sache vor die Königl. Cantzley gebracht, und dadurch die litis pendentiam verändert, welches zwar nicht geschehen können, diesem aber ohngeachtet, dennoch die Königl. Cantzley in termino darin erkannt, und das Königl. Amt in possessorio maintenіret, cum tamen citatio inducat litis pendentiam, et ea pendente nihil sit innovandum,

clem. vlt. vt lit. pend. nihil innov.

sed vbi acceptum iudicium, ibi etiam finiendum.

l. 30. de iudic.

Diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn ein vitium in processu verhanden, bevorab obgleich die Supplicanten anfänglich bey der Cantzley eine inhibition gegen das Königliche Amt gesuchet, dennoch solche nicht erkannt worden, und man dahero nicht sagen möchte daß daselbst das iudicium præventum sey, ferner 3) wenn auch forum competens gewesen seyn solte, dennoch das Königl. Amt in 4
possessorio summariissimo des quæstionirten Zehends Zugs nicht geschützet werden können, indem dasselbe kein vestigium possessionis für sich angeführet, und dahero billig pro libertate so lange gesprochen werden müssen, bis das Königl. Amt seine Befugniß ausgeführet, bevorab da 4) die Könige in Schweden in einer an. 5
1663 abgegebenen declaration sich dahin erkläret, daß weiter keine Zehenden, als tempore pacis Westphalicæ üblich gewesen, gefordert werden solten, welches von dergleichen Zehenden, davon hier gestritten wird, nicht gesaget werden mag, als welche 5) nicht einsten eigentlich

lich für noval-Zehenden zu halten, angesehen alhier kein neu-Bruch vorhanden, sondern das Korn in die abgebrannte Heyde nur zu dem Ende geworfen wird, damit dieselbe desto besser zur Weide apiret werden möge, cessantibus autem novalibus, allegari nequit possessio novalium. Uebrigens daß 6) einige Dörfer sich zu diesen Zehenden bequemet, ihnen nicht præiudiciren möchte, allenfalls aber ins peritorium zu referiren, keinesweges aber daraus ein actus possessorius zu erzwingen sey, cum possessio vnius loci extendi non possit ad alium locum, woraus denn 7) die supplicantes ein neues gravamen gezogen, daß sie die genossene fructus zu specificiren, condemniret worden, als welches gegen ihre libertät sey, und das Königl. Amt noch zur Zeit keine Befugnis dargethan.

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch 1) die Königl. Justiz-Cantzley die supplication auch bey der, von denen Supplicanten zugestandenen desertion, angenommen, und dahero die angeführten Umstände nicht eben für unrichtig und die causam restitutionis für unbillig befunden haben muß, allenfalls ihnen zustatten kommet, daß sie Bauren sind, quibus ignorantia iuris non nocet, et quibus facilis venia danda est, bevorab da 8 sie doch in etwas sich zu beschweren Ursache gehabt, und wegen der Unkosten, wie eine declaration dem Urthel beyzufügen, für nöthig erachtet, nachdem sie probabilem contradictionis causam für sich gehabt, und die Sache wegen der possession in summariissimo, worin das Königl. Amt geschützet worden, nicht ohne 9 allen Zweifel gewesen; anerwogen das Königl. Amt selbst die Zehenden für noval-Zehenden ausgiebet, also zugestehen müssen, daß bishero in loco quæst. noch keine Zehenden gezogen, und es demselben fast an der possession ermangele, zumahl gewiß ist, daß dasjenige, was in beygefügten Acten anzutreffen, demselben nicht sonderlich und hauptsächlich zu statten kommen kan, als welches andere Dorfschaften betrift, die freywillig sich zu denen Zehenden verstanden, und denen Supplicanten nicht eben præiudici- 10 ren mögen. Und so viel 2) die gravamina betrift, die exceptio litis pendentiæ ungegründet zu achten, nachdem aus denen Acten zu ersehen, daß die supplicantes gleich anfänglich sich über das Königl. Amt bey der Königl. Justiz-Cantzley beschweret, und sich bey ihrer Freyheit zu schützen gesuchet, die Königliche Justiz-Cantzley auch die cognition darin wircklich verhenget, und dahero jenen nicht erlaubet gewesen, davon einen Absprung an das Hof-Gericht zu thun, und das Königliche Amt ex L. si contendit. daselbst zu provociren, dieserwegen es denen Rechten gemäß gewesen, daß die Königl. Justiz-Cantzley darin erkannt. Hiernechst 3) bey der Hauptsache selbsten wir dahin 11 gestellet seyn lassen, ob die Supplicanten einen Neubruch wircklich machen, oder durch den Einsaat in die Asche der ausgebrannten Heyde nur die Weide verbessren wollen; gleichwol andem ist, daß eines theils das Mohr ein zusammenhengender, grosser, weitläuftiger district, und nur mit unterschiedlichen Namen nach der situation benamet ist, in welchen bishero das Königliche Amt bey andern Dörfern, wenn dergleichen Ausbrennung des Mohrs geschehen, den Zehenden gezogen, und dahero wenigstens die præsumtion für sich hat, daß ihm der Zehend-Zug zustehet, und das Mohr zehendbar sey: andern theils wir darauf vornemlich reflectiret, 12 daß das Königl. Amt sowol in seinem abgestatteten Bericht, als auch Beantwortung der iustifications-Schrift angeführet, von Supplicanten aber nirgends in actis contradiciret, oder abgeleugnet ist, daß das Mohr zur gemeinen Weyde gebrauchet, und davon und deren Grasung, so das Vieh genossen, der Schmahl-Zehenden gezahlet werden müssen, und dahero das Mohr bishero zehend-pflichtig gewesen und geblieben, auch nicht hindert, daß der Gedrehde-Zehenden nicht in loco quæst. davon gezogen, sondern man das vorige Jahr erst die Heyde auszubrennen angefangen, si vel maxime enim species fructuum mutatur industria hominum, de illis tamen æque solvendæ decimæ, cum ipse ager decimalis sit,

HERC. MARESCOTTVS *lib. 2. var. resol. c. 95. n. 16.*

wenigstens dadurch so viel ausfündig gemachet wird, daß das Königliche Amt in possessione decimationis des Mohrs sey, und in summariissimo zu schützen gewesen, woraus denn auch 4) von selbsten folget, daß Supplicantes, weil sie gegen die erkannte sequestration die Früchte eingeführet, und das Amt turbiret, eine specification der Früchte erkannter massen übergeben müssen.

So ist geschehener massen zu erkennen ge- 13 wesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE DECEMBR. MDCCXXIX.

DECISIO LXII.

THEMA.

De probatione immunitatis a decimis.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Census solutio indicium est acceptæ immunitatis a decimis. n. 2.
Immunitas a decimis ex longinquitate temporis præsumitur. n. 3.
Qui iniuste alterum in possessione turbat, omnia damna restituere tenetur. n. 4. 9.
Præstatio locarii indicium est, fundum esse decimalem. n. 5.
In dubio id, quod minus est, præsumitur. ibid.
Qui immunitatem a decimis prose allegat, titulum impetratæ immunitatis docere debet. n. 6.
Diminutio vel augmentum præstationis certæ est signum locarii, non census. n. 7.
Contra locationem nequidem præscriptio longissimi temporis obtinet. n. 8.
Cui ius decimarum competit, ei etiam debetur electio, vtrum decimas in natura, an pretium loco earum petere malit. n. 9.
Decisio. n. 10.

Auf eingewandte Supplication in Sachen Johann E. Klägers und Supplicanten an einem und des Amtvogts E. Beklagten und Supplicaten am andern Theil erkennen ꝛc. Nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht.

1 Daß es der eingewandten Supplication ohngeachtet bey dem N. act. 62. befundenen und den 28 Jan. 1737 eröffneten Urthel billig verbleibet, Kläger auch die expensas retardati processus nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung Beklagten zu erstatten schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Nachdem erkant worden, daß Kläger dasjenige, so er zu beweisen sich angemasset, nicht erwiesen, derowegen dann dem Beklagten den Zehenden auf dem quæstionirten Kamp entweder in natura zu ziehen, oder nach Gefallen zu verheuren frey stehe, so hat Kläger gegen solche Erkenntniß suppliciret, und vermeinen wollen, daß er Zehnt-frey sey, und deswegen jährlich 1 Thl. gegeben, solches auch gnugsam dargethan, anbey ihm auch zu viel geschehen, daß wegen der zurückgeforderten Bruch-Gelder nicht erkannt worden; anerwogen 1) gewiß sey, daß er jährlich an den iedesmahligen Amts-Vogt zu V. jährlich 1 Thlr. gezahlet, welches nicht als Heur-Geld anzusehen, sondern als ein census acceptæ immunitatis zu halten, wie denn in sententia vom 17 May 1734 ihm die Zehnt-Freyheit beyzubringen reserviret, deswegen er auch
3 2) testes probatoriales produciret, welche nicht anders gehöret, als daß der quæstionirte Kamp iederzeit Zehent-frey genannt worden, ob sie wohl die Ursache davon nicht angeben können, welchem auch 3) testis reprobatorialis beytritt, der sich aller andern Umstände, worüber er gefraget worden, wohl erinneren mögen, aber davon sich nichts zu erinnern gewust, daß er den Zehenden auf den Kamp quæst. geheuret, vielmehr 4) ex longinquitate temporis zu præsumiren seyn möchte, daß er oder seine Vorfahren vormahls die Zehnd-Freyheit, unter der Bedingung jährlich einen canonem zu zah-
4 len, erhalten haben müsse, dahero 4) Beklagter

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) in sententia 5
vom 17 May 1734 ihm die iactirte Zehnd-Freyheit zu erweisen reserviret worden, mithin daraus erhellet, daß Kläger sein Vorgeben mit nichts dargethan gehabt, dabey aber gleichwol gestanden, daß er 1 Thlr. an den Beklagten wegen solcher Zehenden gezahlet habe, wodurch ipso facto per indirectum zugestanden ist, daß der quæstionirte Kamp von alters den Zehenden unterworfen gewesen, und der Thaler vielmehr als ein locarium anzusehen, cum in dubio id, quod minus est, præsumendum sit.
l. 8. D. de R. I.

Bevorab da ad 2) er die Zehend-Freyheit erwei- 6
sen, und also titulum impetratæ immunitatis darthun sollen, davon aber nichts bey dem Beweis anzutreffen, vielmehr zwey Zeugen nur deponiren, daß der Kamp Zehend-frey genannt worden, sie aber nicht wüsten, woher er Zehend-frey wäre, cum tamen a dicto esse non valeat consequentia, auch solche Benennung daher eben entstanden seyn kan, weil Beklagter den Zehenden davon in natura nicht gezogen, sondern 1 Thlr. genommen, wiewol die Zeugen, daß alle Jahr 1 Thlr. und nicht mehr an den Amts-Vogt gezahlet worden, nicht sagen können, dagegen testis reprobat. n. act. 14. de- 7
poniret, daß er sich erinnere, daß er von dem Beklagten den Zehenden des quæstionirten Kamps im Heuer gehabt, ja sich dabey hervorthut, daß nicht allemal idem canon vel locarium jährlich gezahlet worden, wie n. act. 43. d. der Zeuge, wiewol ohne Eyd ausgesaget, und dabey bekennet, daß der gezahlte 1 Thlr. ein Zehnd-Thaler gewesen, aber verhöhet, und auf vier Marck gesetzet worden, welchen er auch gezahlet; woraus noch klärer wird, daß solches Geld ein locarium gewesen seyn müsse, dabey

dann

dann ad 3) die Länge der Zeit nichts wircken kan, nachdem contra locationem keine præscriptio longissimi etiam temporis statt findet, sondern dem Zehendzieher allemal frey bleibet, ob er den Zehenden in natura ziehen, oder ums Geld weiter austhun wolle.

MEV. *p. 9. dec. 69.*

9 Endlich ad 4) die Bruch-Gelder bey solcher Beschaffenheit er zu zahlen schuldig gewesen, da er nicht beygebracht, daß er in der possessione vel quasi der Zehend-Freyheit gewesen, ja nunmehr gäntzlich succumbiret, und weil er keine gegründete gravamina anführen können, die expensas retardati processus billig bezahlen muß.

So sind wir geschehener massen zu erkennen 10 bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBR. MDCCXL.

DECISIO LXIII.

THEMA.

In quæstionibus de præstatione decimarum situs agrorum et regulæ iuris prouincialis magni sunt ponderis.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
A qualitate hominum propriorum non valet argumentum ad ius exigendi decimas. n. 2.
In dubio pro libertate pronunciandum est. n. 4.
Eadem præsumitur ratio partis, quæ est totius. n. 5.
Situs agrorum et regulæ iuris prouincialis multum valent in decidendis quæstionibus de decimis. n. 6.
Agri intra fines terræ decumanæ siti eiusdem iuris sunt, cuius est tractus, consequenter dominus quoad præstationem decimarum fundatam habet intentionem. n. 7.
Venditor emtori in præiudicium domini immunitatem a decimis promittere nequit. n. 8.
Decisio. n. 10.

Auf Klage, Antwort, geführten Beweis und ersolgte Gesetze in Sachen des sel. General-Lieutenants von K. Wittwen Klägern, an einem, und die Meyer-Leute C. Sr. und consorten Beklagten, am anderen Theil, erkennen auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht ꝛc.

1 Daß Klägerin dasjenige, so derselben zu erweisen obgelegen, und sie sich angemasset, nach Nothdurft erwiesen, dannenhero dieselbe den Zehenden von denen libellirten und in der K. Zehend-Bahne zu S. gelegenen ledigen Ländereyen derer Beklagten zu ziehen wohl befugt sey, es könten und wolten dann Beklagte binnen vier Wochen, daß in den S. aus Hude, Kämpen, Wiesen und dergleichen, wann sie gebrochen und gesäet worden, der Zehende nicht gezogen werden dürfe, besser als bishero geschehen, erweisen, damit würden sie billig gehöret, die Unkosten aber werden aus bewegenden Ursachen gegen einander compensiret und aufgehoben. V. R. W.

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

Rationes dubitandi.

Ob wohl der von der Klägerin geführte Beweis noch zur Zeit nicht hinlänglich zu seyn scheinen möchte, die Beklagten zu Reichung der streitigen Zehenden, in denen libellirten Kämpen rechtmäßig zu condemniren, gestalten die von der Klägerin allegirte Leibeigenschaft derer Beklagten mit der Zehend-Gerechtigkeit keine Gemeinschaft hat, noch von jener so fort auf diese gefolgert werden kan; vielweniger der sub N. 1 et 9. angeführte respective Lehnbrief, und 3 zwischen dem Herrn Grafen zur L. und dem von K. getroffene Vergleich de anno 1561 ein mehreres zu Erweisung der quæstionirten Zehend-Gerechtigkeit beytragen möchte, in betracht solche einzig und allein von denen in S. zur lincken Hand liegenden Feldern handeln, gleichwol aber darunter derer Beklagten Kämpe daher, weilen solche theils die an die Meyer-Höfe zu S. stossen, theils durch Hecken und von den holen Weg, von denen jenseit liegenden ohnstreitigen Zehend-Feldern abgesonderten nicht zu verstehen, noch vermuthlich darunter mit begriffen werden, desgleichen der vom Gegentheil ange-

führte locus aus der dasigen Policey-Ordnung von ordentlich und von langer Zeit her besäeten alten Ländereyen, keinesweges aber ausgerotteten und erst neuerlich besäeten Kämpen, welche daselbst an und vor sich selbst nicht zehendbar, zu interpretiren, in mehrerer Erwegung solche Erklärung nach der dasigen hergebrachten Gewohnheit von unterschiedenen ab seiten des Klägers producirten Zeugen bekräftiget, und insbesondere von dem reste 2. 3. 4. ad art. 5. angeführet wird, daß ihnen dergleichen Gewohnheit von umgebrochenen Ländereyen den Zehenden zu ziehen, in dem S. nichts bewust sey, ohngeachtet doch alle insgesamt daselbst lange Zeit wohnhaft gewesen, mithin was daselbsten Rechtens gar wohl und füglich attestiren möchten, das Gegentheil auch sich offenbar bey dem K. Kamp, so kurtzens besäet und Zehend-frey, hervorthut,

test. 1. ad art. 5. int. 11 et 13.

und durch das von Beklagten n. 38. ad acta gegebene, und von Herrmann H. ertheilte attestatum noch mehr bestätiget wird, gleichwie dann auch in specie, ob und wie weit die Beklagten St. K. und K. von ihren Kämpen bishero den streitigen Zehenden abgetragen, sich nicht zu erinneren wissen.

test. 1. 2. 3. 4. ad inter. 4 et 5. art. 5.

Gleichwohlen aber ohnstreitig, daß deren Kämpe ausgerottete Garten oder Wiesen sind, so kürtzlich besäet worden.

test. 1. 3. ad art. 2.

Vornemlich C. Wiecken-Kamp betreffend, als welcher ohnstreitig laut der sub B. befindlichen Beylage als Zehnd-frey an ihn verkaufet, mithin ohne Grund anietzo von Klägerin in Anspruch
4 genommen worden zu seyn scheinet. Endlich wenn gleich in dem Amt B nach des testis 4. 5. 6. ad art. 24. vsque ad 39. gethanen Aussage, auch alle ausgerottete Ländereyen Zehend-pflichtig zu achten, dennoch kein genugsamer Beweis von diesem auf die S. Ländereyen, worinnen der Beklagten Kämpe gelegen, gezogen werden möchte, gestalten jene diesem kein Recht geben können, diesemnach und in dubio allem Ansehen nach so lange pro libertate derer Beklagter præsumiret werden möchte, bis Klägern ihr prætendirtes Zehend-Recht auf gebrochene Ländereyen besser als geschehen erwiesen, als wozu sie um destomehr verbunden zu seyn scheinet, da Beklagte in possessione libertatis geschützet, und nunmehro bey dem von der Klägerinnen angestelleten petitorio in ihrer exceptions Schrift angeführet, wie sie wegen der Wiesen und Garten ohnedem zu allerhand oneribus als Mahl-Schweinen, Hühner ꝛc. der Klägerinnen verpflichtet, gleichwol nicht vermuthlich, daß solche Aecker mit doppelten præstationibus beschweret sind.

Rationes decidendi.

5 Dieweil aber dennoch derer Beklagten Kälber, Rüben und Wiecken-Kämpe in dem centro der Zehend-bahn gelegen, und mit anderen ohnstreitigen Zehend-baren Aeckern umgeben und benachtbaret sind, auch die um dieselbige vordem gezogene Hecken denenselben an und vor sich selbst keine exemtion geben können, sondern aus andern Absichten darum ehedem vermuthlich gezogen worden seyn, also die præsumtio, daß solche nicht minder Zehend-pflichtig, gegen dieselben militiret, quum eadem sit ratio partis, quæ totius,

GAIL. *l. 2. C. 69. n. 6.*

solche præsumtio aber bey denen gegenwärtigen streitigen Aeckern dadurch noch mehr bekräftiget wird, daß nach dem von der Klägerin 6
producirten Lehn-Briefe und Vergleiche, de anno 1561 derselben in allen um und bey S. zur lincken Hand gelegenen sätigen Aeckern das Recht den Zehenden zu stechen zukomme und die geringeste restriction in besagten documenten nicht befindlich, nicht weniger die Gräflich L. Policey-Ordnung hierinnen klare Maaß und Ziel setzet, nach welcher es heisset: Dem Pflug folget der Zehende in allen Früchten, dabey dann kein Unterscheid, ob solches alte besäete, oder kurtzens ausgerottete Aecker sind, gemachet, sondern generaliter und indefinite von allen besäeten Ländern gehandelt wird, dannenhero, wenn gleich angegebener massen derer Beklagten Kampe von dergleichen Art, dennoch die oben angeführte dispositio, wann sie beser werden, ob paritatem rationis auch auf dieselbigen billig zu adpliciren; ja gnug ist, daß die Klägerinne die vorgedachte regulam iuris prouincialis vor sich habe, nach welcher billig so lange gesprochen werden muß, bis ein Abfall bey ausgerodetem Lande erwiesen, beyorab da aus derer abgehörten Zeugen Aussage nicht undeutlich erhellet, daß diese interpretatio auch in S. ihre application finde, als welches sie einhellig ad art. 5. bekräftigen, so gar, daß nach des rest. 1. ad art. 1. gethanen depositionen solches schon etlichemal durch Urthel und Recht auf die angeführte Art und Weise ausgemacht, und H. in seinem daselbst ausgerotteten Lande gerichtlich zu denen quæstionirten Zehenden condemniret worden,

test. 1. ad art. 8 et 9.

solche Gewohnheit auch ferner nach des testis 4. 5. 6. ad art. 24. vsque ad 39. geschehenen Aussage durch viele Exempel, daß andere von ihren in den K. Zehend-Feldern gelegenen und umgerotteten Aeckern der Klägerin zu Zehenden verbunden sind, verificiret wird, et notissimi iuris 7
est, quod agri intra fines terræ decumanæ siti eiusdem iuris sint, cuius est ipse tractus, consequenter dominus intentionem quoad præstationem decimarum fundatam habeat.

KLOCK. *vol. 1. cons. 40. n. 8.* GAIL. 3. *cons. 4. n. 3.*
MONETA *de decim. qu. 3. n. 84.*
SYRING. *de decimis p. 148*

Gleichwie dann auch bisher von K. Kamp der Zehende beständig gehoben,

test.

test. 4. ad art. 6. 7.
und testis 1 et 3. ad art. 5. int. 2. 7. nicht in Abrede seyn können, daß sie selbst als er Zehend-Samler gewesen, solchen von jenen ohne Weigerung gezogen, demnächst Kamperts Wiesenstück nach des testis ad int. 2. Geständniß vor dreyßig und viertzig Jahren sadige Länderey gewesen, auch nach dem sub B. producirten documento vom Herrn Grafen von der L. in præiudicium des Zehend-Herrn, welcher darüber nicht gehöret, keinesweges Zehend-frey verkaufet werden können, dem zu folge die in dem Kauf-Brief dahin zielende Clausul der Klägere iura nicht verringeren, noch jenen von der streitigen præstation los machen kan, hingegen Beklagte insgesamt, im Fall sie bisher von ihren Kämpen als vor dem gewesenen unbesäeten Stücken andere præstationes als Mahlschweine, Eyer ꝛc. gegeben, dergleichen auch daselbst, wie wir supponiren, von dergleichen, und nicht besäeten Kämpen allein geleistet wird: nunmehro im Betracht sie von den Früchten ad decimas verbunden, von den übrigen oneribus billig erlediget werden müssen. Aus diesem allen aber zur Gnüge erhellet, daß die Klägerin den Grund ihrer angestelleten Klage zur Gnüge erwiesen, gleichwohlen aber, weilen Beklagte sich ratione ihrer exemtion in der daselbst hergebrachten Gewohnheit, daß von ausgerotteten Ländereyen in der Zehendbahn der Zehende nicht abgefolget worden, gründen, und von der Klägerin das Gegentheil noch zur Zeit hierinnen nicht sattsam dargethan worden, wir für nöthig erachtet, denen Beklagten dieserwegen einen besseren Beweis dieser angeführten Gewohnheit zu reserviren, nicht weniger, weilen sie doch unterschiedene wahrscheinliche argumenta für sich haben, auch in possessorio libertatis bisher geschützet, mithin pro temerariis litigatoribus nicht gehalten werden können, die Unkosten gegen einander zu compensiren, und aufzuheben.

8 9

So hat, wie geschehen, erkannt werden müssen. 10

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVAR. MDCCXXX.

DECISIO LXIV.

THEMA.

Ius exigendi decimas legitime probandum est.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Exemtio a præstatione decimarum probatur vel impetrato iure immunitatis vel præscriptione. n. 3. sqq.
Literæ inuestituræ nouæ ab antiquis discrepantes plenam vim probandi non habent. n. 4.
Qui possessorio iudicio nactus est possessionem, ab onere probandi releuatur. n. 6.
Si de petitorio constat, illud absorbet possessorium, ita vt statim de petitorio pronunciandum sit. n. 7.
Dantur varii gradus iuris exigendi decimas. n. 8.
Possessor nemini titulum executionis suæ edere tenetur, nisi constet de iure decimandi alterius. n. 9.
Immunitas a decimis præscribitur XL. annis. n. 10.
Decisio. n. 12.

Als die Herren uns eingewandte Supplication und erfolgte Gesetze in Sachen der gesamten E. Supplicanten an einem, und Gustav Ludwig G. von O. Supplicaten am andern Theil zugeschicket ꝛc.

1 Daß es der eingewandten Supplication ohngeachtet bey dem num. act. 137 befindlichen und den 6 Nov. 1727 eröffneten Urthel lediglich zu lassen, Supplicanten auch die expensas retardati processus nach deren vorhergehender liquidation und erfolgter Mäßigung Supplicaten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi

Nachdem Gustav Ludwig G. von O. vermöge des am 1 Jan. 1722 eröffneten Urthels bey der possels der Zehend-Freyheit in possessorio ordinario geschützet worden, und die gesamten E. zum petitorio geschritten, so ist num. act. 82. daß, so ferne Beklagter nicht erweisen solte, daß seine Länderey von dem Zehend-Recht frey, oder binnen viertzig Jahren, wenn solches besäet gewesen, kein Zehende davon gefodert worden, alsdenn die Klägere solches Zehend-Recht zu exerciren, wohl befugt wären, erkannt worden, welches Urthel aber auf eingewannte supplication fol. 137 gäntzlich reformiret, und denen E. ein besserer Beweis ihres Zehend-Rechts reserviret worden, wogegen dieselben das remedium supplicationis ergriffen. Ob nun wohl Supplicanten in ihrer iustifications-Schrift angeführet, das 1) Supplicatens in possessorio erhaltene possels der Zehend-

2

Freyheit ihn nun nicht mehr von dem Beweis liberiren könte, da sowohl die angeführten actus possessorii nicht quieti gewesen, als auch die possess nur so lange, bis in petitorio ein anderes erwiesen, ihren effect habe, welches aber zur Gnüge geschehen sey, anerwogen 2) aus den in erster instanz producirten Lehn-Briefen daß sie mit den gantzen Zehenden auf den H., worinn der Beklagten Ländereyen auch liegen, belehnet wären, erhelle, die daselbst befindlichen Worte auch 3) absolute von allen daselbst liegenden Ländereyen und nicht secundum quid oder in oppositione des vierthel oder halben Zehenden verstanden werden müsten, hiezu noch 4) in der revidirten Zehend-Ordnung ausdrücklich disponiret sey, daß hinkünftig der Zehende von aller und jeder in der Zehend-Fluhr belegenen Länderey gegeben werden, und die Zehend-pflichtichen hievon sich zu eximiren, nicht befugt seyn solten, woferne sie nicht, daß entweder der Zehend-Herr ihnen solches frey gegeben, oder daß innerhalb viertzig Jahren von solchem Stücke, wenn es besäet gewesen, kein Zehend gegeben worden, darthun könte, mithin 5) Klägere die regulam für sich haben, auch ihnen kein weiterer Beweis aufzubürden seyn möchte, sondern Beklagtem daß einer von den beyden aus der Zehend-Ordnung angeführten Puncten hier eintreffe, zu beweisen, obliege, wozu jedoch 6) der von ihm producirte Lehn-Brief, da derselbe von den alten Lehn-Briefen discrepant, und wie in ante actis gewiesen, Beklagtens antecessores diese Ländereyen mit solcher Freyheit nicht besessen, nicht hinlänge, auch 7) daß die Zehenden in viertzig Jahren nicht bezahlet worden, keinesweges zu erweisen stünde, vielmehr 8) daß anno 1623 der damahlige Besitzer des H. des Beklagten antecessorem gerichtlich besprochen und sowohl damahls als hernach anno 1670 gegen dessen Mutter actus possessorios exerciret, und anno 1690 noch ein Fuder Zehendkorn von besagter Ländereyen wegfahren lassen, ex actis klärlich erhelle, folglich wenn 9) diese Zeiten compariret, und diejenige, da das Feld brach gelegen, laut der Zehend-Ordnung abgezogen würden, fast noch der dritte Theil, ehe viertzig Jahr gezehlet werden könten, ermangele, mithin es das Ansehen gewinnet, als ob voriges Urthel zu reformiren, und es hingegen bey der am 19 Iul. 1723 publicirten sententz lediglich zu lassen gewesen.

Rationes decidendi.

63 Dieweil aber dennoch 1) Beklagter bey der possess der quæstionirten Zehend-Freyheit laut des den 1 Ian. 1722 eröffneten Urthels, welches in rem iudicatam ergangen, so lange geschützet worden, bis Klägere ein anders in petitorio ausgeführet, und dahero ob die exercirten actus possessorii quieti gewesen, nicht mehr zu inquiriren, noch wegen der erhaltenen possess ihm einiger Beweis aufgebürdet werden kan, cum qui possessorio iudicio nactus est possessionem, releuetur ab onere probandi

l. 24. ff. de R. V.

l. 16. C. de probat.

vielmehr es 2) lediglich für itzo darauf ankommt, ob Klägere in petitorio ihr Recht genugsam erwiesen, welches keinesweges geschehen, indem sie nur die zwey momenta, so dieselbe in possessorio schon öfters angeführet, von neuen wieder vorgebracht, auf welche jedoch 3) so ferne sie zu Erweisung des iuris decimandi hinlänglich gewesen, so gleich reflectiret, und nicht erst de possessione, sondern de ipso iure decimandi erkannt worden wäre, quum, si de petitorio constat, illud absorbeat possessorium, ita vt statim de petitorio pronunciandum sit, 7

c. 6. X. de caus. propr. et poss.

folglich ihnen res iudicata, hierinnen im Wege stehet, zudem 4) Klägere zwar in ihren Lehn-Briefen mit dem gantzen Zehenden in dem H. belehnet, jedoch diese Worte nicht eben von allen daselbst gelegenen Ländereyen, sondern so, wie sie ordentlicher Weise genommen werden, zu verstehen, daß nemlich Klägere an den Orten, wo sie den Zehenden zu exerciren, befugt, nicht der viertel oder halbe, sondern der gantze Zehende zukomme, dannenhero 5) die aus der revidirten Zehend-Ordnung oben angeführten Worte, welche nur auf den Fall, wenn einer sein ius decimandi plenum et integrum erweisen kan, gehen, hier gar nicht applicabel sind, und also aus beyden fundamentis allein die Sache nicht erörtert werden kan, beyorab da 6) Beklagter nach der Zehend-Ordnung 9 nicht wenig vor sich hat, indem er aus den producirten Lehnbriefen den titulum possessionis vel quasi libertatis beygebracht, und obgleich Klägere unterschiedenes dagegen eingewendet, dennoch solches von Beklagten in actis genugsam abgelehnet worden, und derselbe als possessor sich darauf ohne dem einzulassen, nicht einmahl schuldig gewesen, cum possessor nequidem titulum possessionis suæ edere teneatur 8

l. 11. C. de petit. hæred.

so lange die Klägere ihr ius decimandi nicht 10 besser erwiesen, ferner 7) Klägere in ihrer iustifications-Schrift, daß Beklagtens Vorfahren von anno 1623 bis 1670 keinen Zehenden gegeben hätten, gestanden, und solche confessio von Beklagtem acceptiret worden, folglich 8) über viertzig Jahr der Zehende nicht gegeben, und dadurch vermöge der Zehend-Ordnung die immunitatem a decimis, wann sonsten die Kläger ihr Recht erwiesen, allenfalls præscribiret, dabey auch 9) auf die gegenseitige hiebey gemachte interpretation, daß solche viertzig Jahre, da das Land allezeit besäet gewesen, verstanden, und die Brachezeit davon abgezogen werden müste, nicht zu reflectiren ist, als wohin die intention der angeführten Zehend-Ordnung nicht, sondern nur dahin gehet, daß, so ofte binnen viertzig Jahren das Land ordentlicher Weise und Landüblich besäet gewesen, kein Zehende davon gegeben worden, welches denn

bey

11 bey gegenwärtigem casu eintrist, mithin 10) daraus, daß Klägere ihr ius decimandi über die quæstionirte Länderey nicht gnugsam erwiesen, Beklagter aber dabey vieles vor sich hat, erhellet, es lediglich bey dem letzten Urthel gelassen werden müssen, Klägere hingegen 11) keine Ursache, daß ihnen ein besserer Beweis auferleget worden, sich zu beschweren gehabt, sondern nur dadurch den Proceß aufgehalten, und Beklagten unnöthige Unkosten verursachet, welche sie ihm zu erstatten verbunden sind.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen. 12

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXVIII.

RESPONSVM LXV.

THEMA.

De natura et iuribus asyli.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. de iure asyli. n. 2.
Crimina maxima in iure nomine maleficiorum veniunt. n. 3. 4.
Ex constitutione Innocentii III. omnes, quantacunque gravia maleficia perpetrauerint, iure asyli gaudent. n. 5.
Priuilegium immunitatis fauorabile, et magis extendendum, quam restringendum est. n. 6. 16.
Interpretatio priuilegiorum ei competit, qui ea concessit. n. 7.
Asyla præcipue in solatium homicidarum constituuntur, qui casu fortuito vel culpa alium occiderunt. n. 8.
Vel qui ex ira vel casu delicta commiserunt. n. 9.
Quænam delicta a iure asyli excludantur? n. 10. 16.
An crimen seditionis militaris? n. 11. 12.
et læsæ maiestatis? n. 12.
Crimen seditionis militaris est species rebellionis. n. 13.
Dolose delinquentibus ius asyli non competit. n. 14.
Templorum tutamen non nocentibus, sed læsis datur a lege. n. 15.
Priuilegia, cum exceptionem a regula constituunt, stricte interpretanda sunt, n. 17.
cum eorum extensio iustitiam lædit, et iniquitatem inducit. n. 18.
Quomodo differat ius canonicum a ciuili circa ius asyli? n. 19.
Decisio quæstionis I. n. 20.
Quæstio II. De limitibus iuris asyli. n. 21.
Verba generalia generaliter in constitutionibus de iure asyli sunt explicanda. n. 22.
Iure canonico publici latrones et agrorum depopulatores tantum a iure asyli excludantur. n. 23.
Priuilegia ex verbis eorum primordialibus et eorum situ sunt explicanda. n. 24.
Quales sint limites iuris asyli ex constitutionibus imperatoriis? n. 25. 26.
Clerici, delinquentem brachio seculari tradentes, irregulares fiunt, si delinquens postea vltimo supplicio afficitur. n. 27.
Iuris asyli extensio a plurimis principibus reprobata est. n, 28.
Hospitalia laicalia non gaudent iure asyli. n. 29.
Decisio quæstionis II. n. 30.
Quæstio III. de eodem argumento. n. 31.
Num immunitas, extra re asyli competens, duret tantum vsque ad impetratum saluum conductum? n. 32. 33.
Asyla eum in finem aperiuntur, vt delinquens tutum habeat hospitium contra vim potentiorum vel iram iniqui iudicis. n. 34.
Impetrato saluo conductu delinquens ius asyli non amittit. n. 35.
Quando is, qui iure asyli gaudet, seculari iudici extradendus sit? n. 36. 37.
Decisio quæstionis III. n. 38.
Quæstio IV. De eodem argumento. n, 39.
Num ecclesiis euangelicorum immunitas competat? n. 40.
Per simultaneum communio vera ecclesiæ inducitur. n. 41.
In re communi melior est causa prohibentis. n. 42.
In ecclesiis, vbi simultaneum receptum, ius asyli etiam est commune. n. 43.
Decisio quæstionis IV. n. 44.

Als dieselbe uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen und vier Fragen zugeschicket.

1 Hat weyland Käyser Ferdinandus I. das Hospital zum heiligen Geiste in der des Heil. Reichs-Stadt N. mit einer Käyserl. und Königl. Befreyung dahin begnadiget, daß im gedachten Hospital und als weit dieselbige Hofstadt eingefangen ist, und zu rings darum fünf Mannes-Schritt breit Käyserl. und Königl. Freyheit

Freyheit seyn, ein jeder, wes Standes und Wesens der sey, so in gedachter Stadt N. aus Zorn, Hitze, oder andern Bewegnissen unbächtlich Todtschlag thäten oder andere malefitz begehen, und in obgemeldten Spittal flüchtigen Fuß setzen, oder den Gezieck der fünf Schritte, damit gedachter Käyserl. Majest. und ihren und des Reichs Wapen an gelegenen Orten ausgezeichnet worden, begriffen, diese bey Tage und Nacht Käyserliche und Königl. Befreyung an solchen Orten und Enden haben, darinnen sicher seyn und bleiben, und von Niemand in solcher Zeit gegen ihnen mit einiger Straf oder That nicht fürgefahren, noch gehandelt werden solle, in keine Maß noch Wege, doch diese Freyheit ausschliessen solle, einen jeden Mörder, Brenner, Entsager und andere, die Vermöge des gemeinen Rechts keine Befreyung haben. Und dann sich zugetragen, daß in anno 1733 einige hiebevor in N. gestandene und bey Gelegenheit des publicirten Creyß-ausschreibentlichen regulativi refractarisch bezeigte Mannschaft von H. aus daselbst angelanget, und gleich anfangs deren Arrestirung ein Arrestant aus denenselbigen vom Reichs-Gottes-Haus O. Creyß-Contingent sich unversehens davon, und in das daselbstigen Hospitals Käyserl. befreyete asylum sich begeben, dadurch es geschehen, daß zwischen dem Magistrat daselbsten, als Oberpflegern des Hospitals, und denen alda auf Commando gestandenen Herren Officirers sich einige Irrungen hervorgethan, daß letztere gedachten Asylanten schlechterdings ihnen auszuliessern wissen, oder aber sie mit ihren untergebenen Trouppen auf Kosten dabey verbleiben wolten, magistratus aber solches um des willen nicht zugeben können, weil sie sich ausser Stand zu seyn erachtet, die Hospitals-Freyheit bekräncken, und violiren zu lassen, anbey vermeinet, daß das von vorgedachten Asylanten verübte factum mit unter die in Käyserl. privilegio angezogene Malefitz-Sachen gehöre, und von solcher Freyheit nur die Mörder, Brenner, Entsager, und andere, die in gemeinen Rechten keine Befreyung haben, ausgeschlossen. Hat darauf der Magistrat aus diesen und andern Ursachen Vorstellung bey des Herrn Bischofs zu N. und Herrn Hertzogen zu W. als beyden Creyßausschreibenden Herren Fürsten gethan, und dabey, wie er sich dabey zu verhalten habe, angefraget, da dann Se. Hochfürstl. Gnaden zu N. geantwortet daß die Auslieferung so schlechterdings nicht geschehen könte, es wäre dann, daß man hinlängliche Versicherung gebe, daß der Asylant mit keiner capital, oder dieser gleichkommenden, sondern nur mit einer Regiments-Strafe beleget werden solte: hingegen Se. Hochfürstl. Durchl. zu W. sich gnädigst dahin declariret, wie dieselbe den Lauf des Krieges-Rechts zu hemmen, nicht gemeinet wären, sondern erwarten wolten, was dasselbe über die vorgegangene und wider alle militarische Ordnung laufende Empörung denen Krieges-Articuln gemäß aussprechen werde, und dahero den von dem Magistrat vorgeschlagenen Pardon nicht zu ertheilen wüsten, vielmehr aber haben wolten, solche Verfügung zu stellen, damit der Asylant so Tag als Nachts wohl beobachtet, und wo er mit Verlassung des Asyli seine retirade anders wohin suchen solte, so gleich angehalten, und dem Lieutenant ausgeantwortet werden möchte. Ist aber endlich nach einiger Zeit der Asylant pardoniret worden; jedoch diesem ohngeachtet wegen der künftigen Fälle, und zwar erstlich gefraget worden:

Ob das oberzehlte Verbrechen als ein Criminal-Fall mit unter die in dem Käyserl. priuilegio per verba: **oder andere** MALEFITZ-**ausbedungene Fälle zu rechnen?** 2

Rationes dubitandi.

Ob nun wohl es das Ansehen gewinnen will, 3
daß dieses oberzehlte factum mit unter die in priuilegio angemerckte Fälle zu ziehen sey, angesehen 1) solches indefinite privilegiret, und nebst dem verübten Todtschlage auch andere Malefitz-Fälle dahin gezogen worden, und 2) der gemachte Unterschied unter schlechte Malefitz-Fälle und Criminal-Sachen gantz ungegründet sey, da bekannter Massen alle, auch die gröbsten crimina in Rechten maleficia genannt würden;

l. f. C. de malef. et mathem.
l. 2. D. de Carbon. edict.
l. 52. §. f. l. 54. D. pro soc.
l. 18. §. 1. de iudic.

bevorab da 3) von solcher Freyheit nur die Mörder, Brenner, Entsager und andere, die in den gemeinen Rechten keine Befreyung haben, ausgeschlossen sind, also alle übrige Verbrechen, ohne respect auf die wirckliche inquisition und iudicatur zu haben, des asyli fähig und darunter begriffen zu achten, welche Erklärung auch 4) mit des Papstes INNOCENTII III. constitution übereinkommt, als worin er alle delinquenten, quantacunque grauia MALEFICIA perpetrauerint einschliesset, und sie des Asyli fähig erachtet, 4 5

c. 6. X. de immunit. eccles.

welches abermahl den gemachten Unterschied inter crimina et maleficia darnieder leget, und da 5) das priuilegium immunitatis localis an und vor sich selbsten favorabel ist, 6

DONATVS *de asylia resol. 65. n. 2.*

solches viel ehender zu extendiren, als zu restringiren seyn möchte, so daß dem magistratui billig bedencklich gefallen, einiges præiuditz zum Nachtheil des höchst verpœnten privilegii zu verhengen, quod in dubio pro immunitate locorum pronunciandum sit

IVL. CAPONVS *tom. I. disceptt. for. 42. n. 11. sq.*

allenfalls aber von Ihro Käyserl. Majest. selbst die 7

die interpretatio dieses priuilegii einzuholen sey.

l. 43. pr. de vulg. et pupill. substit.

Rationes decidendi.

8 Dieweil aber dennoch aus denen verbis procœmialibus des gedachten privilegii Ferdinandei die wahre Absicht, welche des magistratus Vorfahren bey Suchung dieser Freyheit gehabt haben, gantz deutlich erhellet, als in welchem der Käyser referiret, daß des Magistrats Vorfahren vorgestellet,

Daß sich ie zu Zeiten bey ihnen unbedächtlich Todtschlag und andere MALEFITZ-Sachen, aus Zorn, Hitze und anderen unversehenen Zufällen zutrügen und begäben, die zu frischer That gerechtfertiget, und gestrafet worden wären, darinnen vielleicht die Thäter nach Gelegenheit ihres Verbrechens, wo sie sich Käyserl. und Königl. Befreyung behelfen mögen, Milderung der Straf erlanget hätten, ꝛc.

woraus denn klar zu ersehen, daß des magistratus Vorfahren dem Hospital zum Heil. Geiste das asylum nicht weiter zu acquiriren intendiret, als a) in unbedächtlichen Todtschlägen, quod asyla præcipue in solatium homicidarum constituantur, qui casu fortuito vel culpa aliquem occiderunt:

MYLER AB EHRENBACH *de iur. asyl. c. IX. §. 4.*

9 b) in andern malefiz-Sachen, die aus Zorn, Hitz, unversehenen Zufällen sich begeben möchten, als welches auch die Fälle sind, in welchen das ius asyli nach der Heil. Schrift und der gesunden Vernunft statt finden kan,

MYLER *cit. l. §. 2*

10 daher wohl nicht zu vermuthen, daß der Käyser FERDINANDVS I. in groben Capital-Verbrechen das ius asyli dem Hospital zu N. verstattet haben werde, wie ad quæst. sq. mit mehren gezeiget werden soll, fürtzo aber gnug seyn kan, daß von solcher Freyheit mit dürren Worten Mörder, Brenner, Entsager, und alle die vermöge gemeinen Rechts keine Befreyung haben, ausgeschlossen sind, unter welchen auch

11 ohne Zweifel die Empörung und gestissentliche renitentz eines Soldaten in Commando-Sachen, der sich mit dem ihme ausgeworfenen Verpflegungs-Geldern nicht begnügt, sondern bey Verweigerung des geforderten höheren Solds seinen Posten und die Wachten zu verlassen drohet, und also Rotten und Meuterey anzurichten gesinnet ist, mit zu referiren, massen dieses Laster auf eine Empörung und seditionem militarem hinauslaufet, alle subordination, die inter milites absonderlich stricte und heilig zu halten, aufhebet, und deswegen, nach dem in anno 1570 vom gesamten Reich für die Reuter und Fuß-Knechte aufgerichteten Articul, für Capital anzusehen, weil vermöge des anno 1710. vom hochlöbl. Schwäbis. Creyß publicirten Articuls-Briefen §. 1. 8.

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

und 48 die Todes-Strafe darauf gesetzet, ja 12 mit denen Entsagern, so expresse ausgeschlossen werden, wenigstens in gleiche Verdamniß zu setzen ist, vnde etiam a iure asyli expresse excluduntur criminis maiestatis rei in constitutione Gregorii XIV.

MICHAEL ANGEL. DONATVS *de asylia vet. 177.*

quibus etiam annumerandi sunt seditiosi

MYLER AB EHRENB. *cit. l. c. 10. §. 17.* 13

dabey auch jederman leicht begreifen wird, daß die Empörung und Widersetzlichkeit der Soldaten in Commando-Sachen einer Rebellion nicht unähnlich sey, und in denen Krieges-Articuln fast durchgehends am Leben gestrafet werde,

LVNICH *in corp. iur. milit. p. 102. 431. 584. 644. 661. 676. 748.*

und zwar aus der Ursache, weil dergleichen delinquenten, Meutenirer, Rotten und Meutereymacher, Meineydige, absonderlich aber Verräther an itzbemeldten Orten genannt, und dadurch die Grösse dieses criminis angedeutet wird, die nicht einsten nach dem iure pontificio sich des iuris asyli zu erfreuen haben; welchem dann, was in rationibus dubitandi angeführet, nicht entgegen stehet, angesehen ad 14 1) irrig ist, daß alle Malefitz Fälle dahin indefinite gezogen werden, als welches vielmehr nur certo respectu et secundum quid geschehen, so weit sie unbedachtsamer Weise, aus Zorn oder Hitze committiret worden, welches von dem Asylanten nicht gesaget werden mag, als welcher vorsetzlicher Weise mit andern sich empöret, und gedrohet, seine Posten und Wachten zu verlassen, wenn man ihn den geforderten höheren Sold nicht reichen würde. Und ob zwar ad 2) der Unterschied unter die Malefitz Fälle, 15 und groben Laster nicht gegründet, dennoch ad 3) alle grobe Laster, quæ ex proæresi et dolo committuntur, ausgeschlossen sind, als welche das gemeine Käyserl. Recht ausschliesset, und generatim verordnet, quod templorum cautela non nocentibus sed læsis detur a lege;

Nou. 17. c. 7. pr,

welches ohne Zweifel FERDINANDVS I in sei- 16 nem dem Spital gegebenen privilegio unter den Worten: gemeine Rechte, verstanden, anerwogen, nach dem iure canonico auch nicht einmahl die Mörder, Brenner, und Entsager von den asylis, sondern allein publici latrones et nocturni agrorum depopulatores ausgeschlossen sind, ja ad 4) die gantze Verfassung dieser immunität und dessen Grund von dem canonischen Rechte durchgehends abgehet, welches quæuis grauia maleficia mit darunter begreifet,

c. 6. X. de immunit. eccles.

solche aber das privilegium ausschliesset, also nach jenem nicht erkläret werden kan: endlich ad 5) die nimia extensio huius priuilegii contra 17 mentem et intentionem concedentis mehr odiosa als fauorabilis zu achten, bevorab da alle priuilegia, quæ exceptionem a regula

constituunt, billig stricte interpretiret werden müssen,

FARINAC *tit. de carcer, et carcerat. qu. 28. pr. in tract. crim. lib. 6. c. 25. n. 14.*

anbey alle Erklärung der privilegiorum zu evitiren ist, quæ iustitiam lædit et iniquitatem inducit,

c. 10. X. de priuil. et excess. priuil.
c. 8. X. de sent. excommun,

19 welches aber geschehen würde, wenn man dergleichen befreyete Oerter zum Aufenthalt aller Gottlosen, und retirade aller delinquentium, exceptis paucis, machen wolte, worin eben das ius pontificium, nicht aber das ius ciuile excediret, wenn man des Käysers LEONIS constitution

in l. 6. C. de his qui ad eccles. confug.

ausnimt, welche aber per *N. 17. c. 7. pr.* wieder geändert, und aufgehoben worden, bey solchen Umständen aber keine authentica interpretatio nöthig ist.

20 So halten wir dafür, daß das in facti specie gemeldete Verbrechen nicht mit unter die im Käyserl. priuilegio per verba: oder andere MALEFITZ, ausbedungene Fälle zu rechnen sey.

So viel die andere Frage betrift:

21 **Was hierunter nebst dem aus Zorn, Hitze, oder andern Bewegnissen unbedächtlich geschehenen Todtschlage für weitere Malefitz-Sachen zu verstehen seyn?**

Rationes dubitandi.

22 Ob wohl in den verbis privilegii anfänglich nur bey dem Todtschlage die restriction gesetzet, so aus Zorn, Hitze oder anderen Bewegnissen unbedächtlich ausgeübet worden, hergegen bey denen folgenden Worten:

oder andere MALEFITZ begehen ꝛc.

keine limitation anzutreffen, und dahero es scheinen will, als wann solche nach des INNOCENTII III constitution per verba: quantumcunque grauia maleficia perpetrauerit, generaliter von allen criminibus, etiam ex proæresi commissis, als sacrilegiis, adulteriis, furtis, et quibuscunque criminibus, atrocibus etiam, et specialiter non exceptis, verstanden werden müssen,

DONATVS *de asylia resol. 87.*

adeo vt nequidem in specialiter exceptis criminibus extensio fieri debeat ad alios æquipollentes seu similes casus enormes;

IDEM *cit. l. n. 88.*

13 worauf auch FERDINANDVS I. in seinem privilegio reflectiret zu haben scheinet, als in welchem er nur Mörder, Brenner, Entsagere und andere, so in gemeinen Rechten ausgeschlossen, von dieser immunität ausgenommen, wodurch er ohne Zweifel auf das ius canonicum reflectiret, welches nur publicos latrones und agrorum depopulatores ausgeschlossen

c. 6. X. de immun. eccles.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil bereits bey der vo- 24
rigen Frage dargethan ist, daß man den wahren Verstand des privilegii aus der eigentlichen Absicht derer Vorfahren in magistratu, so dieses priuilegium gesuchet, und des glorwürdigsten Käysers FERDINANDI I. so dasselbe ertheilet, vornemlich herausbringen müsse, solche Absicht aber gar deutlich in denen verbis procemialibus, darin der Bewegungs-Grund, solches privilegium zu suchen, gemeldet wird, sich befindet, als in welchen die Vorfahren in magistratu N. vorgestellet, daß sie wohl so geneigt als schuldig wären, die Laster zu bestrafen, sich dennoch je zu Zeiten bey ihnen unbedächtliche Todtschläge und andere Malefitz Sachen, aus Zorn, Hitz und andern unversehenen Zufällen zutrügen und begeben, die zu frischer That, gerechtfertiget und gestrafet worden wären, darinnen vielleicht die That nach Gelegenheit ihres Verbrechens, wo sie sich Käyserl. und Königl. Befreyung behelfen mögen, Milderung der Straf erlangen hätten mögen, woraus denn offenbar zu erkennen, daß andere Malefitz Sachen, ausser dem unbedächtlichen Todtschlag, nicht illimitate, sondern mit dieser limitation verstanden werden müssen:

so ferne solche aus Zorn, Hitz und andern unversehenen Zufällen sich begeben möchten,

worunter keine andere maleficia als per culpam, iracundiam, et non ex vera proæresi sed casu inopinato commissa, et quæ aliasiustam et palpabilem defensionem contra pœnam ordinariam admittunt, verstanden werden mögen, die Vorfahren in magistratu auch bloß das ius asyli in solchen Fällen gesuchet, so aus den folgenden Worten erhellet:

Und sie dann nicht allweg zu der Strenghheit der Strafe, sondern vielmehr in oberzehlten Fällen zu der Milde und Barmhertzigkeit geneigt wären;

Diesemnach auch der glorwürdigste Käyser FERDINANDVS I. der auf diese Vorstellung und darin befindliche Absicht des magistratus allergnädigst reflectiret, in den Worten, die etwas indefinite zu lauten scheinen, nach solcher Absicht verstanden werden muß, wenn er folgender Gestalt verordnet:

So in gedachter Stadt N. aus Hitz oder anderen Bewegnüssen, unbedächtlich Todtschlag thäten, oder andere Malefitz begehen ꝛc.

welche zwar von dem situ verborum procemii in etwas abgehen, jedoch mit denselben einerley Verstand haben müssen, daß unbedächtlicher Todtschlag und andere Malefitz, so aus Zorn Hitz oder andern Bewegnissen, welche nemlich

a dolo

a dolo et proæresi den delinquenten excusiren können, geschehen, allein das ius asyli genieſſen ſolten, welches auch mit den gemeinen Käyſerl. Rechten übereinkommt, vt templorum cautela non nocentibus ſed læſis detur tantum a lege,

per Nou. 17. c. 7. pr.

25 adeoque curandum ſit, vt nec eccleſiaſticis ædibus ſacrisque altaribus ex nimia confugientium deſperatione vel confidentia, contemtu, vel temeritate, audacia vel infamia iniuria aliqua, præterquam deceat, inferatur; et vnicus extremusque miſerorum opeque deſtitutorum portus potentiori aperto ſinu huiuscemodi confugientes excipiat

l. 3. C. de his qui ad eccleſ. confug.

l. 4. C. Theod. eod. tit. ibique IACOB. GOTHOFRED. *in comment.*

26 wodurch denn der Käyſer THEODOSIVS das ius asyli, weil es auf quæuis facinora hat per abuſum extendiret werden wollen, auf diejenigen maleficia, die aus Unbedachtſamkeit, Hitz oder Zorn ausgeübet worden, reſtringiret

SOCRATES *lib. VII. hiſtor. eccl. c. 33.*

vnde collegerunt interpretes, huiusmodi asyla et locorum refugia, maxime ſecularia, patrocinium præſtare delinquentibus ex caſu fortuito, imprudentia, errore, et ſine dolo malo vel non ex propoſito, adeoque innocentibus, vt hi ſeruentur ab omni violentia et iniuria et contra inſequentes protegantur.

MERCKELBACH *apud* KLOCK. *lib. 1. conſ. 10. n. 324.*

MYLER AB EHRENBACH *de iur. asyli c. 9. ſ. 2.*

27 dahero denn die letztern Worte des priuilegii: Doch ſoll die Freyheit, einen jeden Mörder, Brenner, Entſager und andere ausſchlieſſen, die vermöge des gemeinen Rechtens keine Befreyung haben ꝛc.

nothwendig von dem gemeinen Käyſerl. Rechten zu verſtehen ſind, da das ius pontificium weder die Mörder ſeu doloſos homicidas, noch die Brenner ausſchlieſſet, noch ausſchlieſſen können, quod alioquin clerici, delinquentem brachio ſeculari tradentes, irregulares fierent, ſi delinquens poſtea vltimo adficeretur ſupplicio,

IVL. CAPONVS *tom. I. diſcept. 42. n. 10.*

DONATVS *de aſylia reſol. 77.*

MYLER AB EHRENBACH *cit. tr. c. 10. ſ. 3.*

28 welche ratio bey dieſem Hoſpital, ſo unter weltlicher Obrigkeit ſtehet, ceſſiret, und dahero des iuris asyli gar zu weite extenſionen von vielen Landes-Regenten nicht angenommen ſind.

MYLER *cit. l. ſ. 5.*

29 Ueberdem alle Kennzeichen eines hoſpitalis laicalis bey dem Spitahl zum Heil. Geiſte ſich dabey hervorthun, welches deswegen von Käyſerl. Majeſtät die Befreyung ſpeciatim erhalten

Bæhm. Conſ. T. III. P. I.

müſſen, da, wenn es auctoritate epiſcopali fundiret ſeyn ſolte, es dieſer Befreyung nicht bedurft, ſondern ex iuris canonici diſpoſitione ad exemplum monaſteriorum das ius asyli von ſelbſten gehabt haben würde,

BARBOSA *de iure eccleſ. lib. II. c. 3. n. 67.*

SPERELL *in dec. fori eccleſ. dec. 55. n. 19.*

woraus denn wahrſcheinlich zu ſchlieſſen, daß Ferdinandus I. bey dieſer Befreyung auf die facinora in iure communi Cæſareo a iure asyli excluſa allein ſehen wollen, wohin alle Laſter, die aus offenbarem Vorſatz und deſtinato conſilio geſchehen, zu referiren, jedoch, wenn gezweifelt werden ſolte, ob ſie ex proæresi begangen, oder ſonſten rechtmäßige Entſchuldigungen haben möchten, denen profugis die immunität in dubio billig angedeihen muß, dahero auch ſolche ſpecies in der letzten Clauſul angeführet ſind, bey welchen ein offenbarer dolus zu befinden, dahin auch die duellanten, wenn einer auf dem Platz bleibet, offenbare adulteria, latrocinia, Banditereyen, Empörung und ſeditiones, Räuber Entführer der Jungfern, Sodomiten, falſche Müntzer und dergleichen zu referiren, davon auch viele die Canoniſten ſelbſt ausſchlieſſen.

BARBOSA *cit. l. n. 120. ſqq.*

So erhellet hieraus allenthalben ſo viel, daß 30
dahin nur diejenigen Maleficia Fälle, die aus Zorn, Hitze, Unbedachtſamkeit oder aus einem bloſſen Zufall geſchehen, wie auch andere facinora, die ſehr wahrſcheinlich rechtmäßige Entſchuldigung haben können, zu referiren ſind.

Anlangend die dritte Frage:

Auf wie lange ein ſolcher Aſylant 31
in dieſer Käyſerl. und Königl. Befreyung Schutz und Sicherheit zu genieſſen habe?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wohl es ſcheinen will, als wenn der Aſy- 32
lant nur interim und ſo lang, bis ihm ein ſalvus conductus ausgefertiget worden, die immunität zu genieſſen habe.

Dieweil aber dennoch zwar dieſes ſeine Rich- 33
tigkeit hat, wenn der profugus ad aſylum mit dem verſtatteten ſaluo conducto friedlich iſt; ſonſten aber, wofern er demſelben aus erheb- 34
lichen Urſachen nicht trauet, billig ſo lange der immunitatis loci ſich zu erfreuen haben muß, bis entweder er ſich ex loco aſyli gnugſam defendiret, oder von dem magiſtratu, ſo ihn abfordert, gnugſam Verſicherung gegeben worden, daß er mit keiner Leib- oder Lebensſtrafe beleget werden ſolle; etenim in hunc finem aperiuntur aſyla, vt reis innocentibus et qui

culpa magis quam dolo crimen commiserunt, tutum hospitium præbeant aduersus vim potentiorum vel iram iniqui iudicis, quo reus profugus hoc refugio carceris squalorem et molestiam euitare atque ex loco illo priuilegiato causam suam in libertate absque compedibus defendere possit,

MYLER AB EHRENB. *de iure asyli c. 12. §. 1.*

35 bevorab da wenn dem Asylanten gleich ein sicher Geleit zum Rechten ertheilet seyn solte, er doch dadurch des iuris asyli nicht verlustig wird, quin potius, postquam compariuit euocatus, sine vllo impedimento ad locum asyli remitti debeat.

IDEM *cit. l. §. 9.*

COVARRVV. *lib. II. var. resol. c. 20. n. 17.*

DONATVS *de asyliar. resf. 233. n. 4.*

36 Uebrigens ausgemachten Rechtens ist, daß wenn allenfalls gnugsame Versicherung ertheilet worden, daß der delinquent weder an Leib oder Leben gestrafet werden, und gegen alle Gewalt sicher seyn soll, alsdenn die Auslieferung billig geschehen müsse,

c. 9. C. 17. q. 4.

c. 6. X. de immunit. eccles.

BARBOSA *lib. II. iur. eccl. c. 3. n. 56.*

37 welches aber bloß von denen Fällen zu verstehen, da dem delinquenten das ius asyli von Rechts wegen zustehen kan, anerwogen in denen criminibus manifesto dolo commissis keine immunitas, wie bey voriger Frage dargethan, den delinquenten schützen mag, sondern derselbe vielmehr schlechterdings zur gebührenden Strafe seiner Obrigkeit ausgeantwortet werden muß.

38 So halten wir dafür, daß ein delinquent in Fällen, da er sich des iuris asyli zu erfreuen hat, so lange desselben gemessen müsse, bis er entweder ex loco asyli gnugsam defendiret, oder Versicherung gegeben worden, daß er mit keiner Leib- und Lebensstrafe beleget werde solle.

Es haben sich auch ferner einige casus ereignet, daß delinquenten in öffentliche Kirchen entflohen, und die Catholische Geistlichkeit solche in ihren Schutz genommen, die extradirung recusiret, und denenselben durchgeholfen, und dahero vierrens gefraget wird:

39 **Wie man sich in dergleichen Fällen bey dasiger Reichs-Stadt, bey welcher** mixta religio **statt findet, und in der Haupt-Kirchen das** simultaneum **hergebracht, zu verhalten, und was allenfalls für** remedia **dagegen vorzukehren seyn möchten?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wohl bey denen Evangelischen es eine ausgemachte Sache ist, daß ihre Kirchen keine immunitatem haben, und der weltlichen Obrigkeit die iurisdiction über dieselbe nicht genommen, vielmehr dieselbe befugt ist, propria auctoritate den delinquenten aus denen Kirchen heraus zu holen, 40

STRYK. *ad ius eccles.* BRVNNEMAN. *l. II. c. 2. §. 7.*

MYLER AB EHRENBACH *de iur. asyli c. 5. §. 9.*

welches ex potestate ciuili in templa et ecclesias hergeleitet wird,

vid. BOEHMERI *diss. de potest. ciuil. in templa.*

und dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn in ciuitate mixtæ religionis der magistratus Augustanæ confessionis wohl befugt sey, nach ihren principiis der Catholischen Clerisey den delinquenten abzunehmen, und ohne alle exception denselben zu extrahiren.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch man alhier eine solche Kirche in ciuitate mixtæ religionis præsupponiren muß, bey welcher das simultaneum hergebracht, also die Catholische so viel Recht als die Evangelische an solcher Kirche haben, wodurch eine communio veræ ecclesiæ inducirt wird, anbey aber bekannt ist, quod in re communi melior sit causa prohibentis, dieserwegen wenn die Catholische Geistlichkeit einmahl den delinquenten in ihren Schutz genommen, der Evangelische Theil in magistratu ihnen nicht wehren kan, nach ihren principiis pro euitanda irrigularitate zu handeln, noch der magistratus Augustanæ Confessionis alleincitra catholicorum concursum in re communi etwas beschliessen, diesen aber nicht angemuthet werden mag, gegen ihre principia communem causam mit ihnen zu machen. 41 42 43

So halten wir dafür, daß der Evangelische Theil des Magistrats der Catholischen Clerisey den delinquenten nicht abnehmen, noch begehren könne, daß sie solchen ausliefern sollen, auch dagegen keine remedia iuris statt finden. V. R. W. 44

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXIIII.

DECISIO

DECISIO LXVI.

THEMA.

De differentia pœnæ remotionis a simplici dimissione.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Ea, qui in bonam et malam partem explicari possunt, iustas remotionis causas non constituunt. n. 2.
Inprimis concurrente bona fama. n. 3. 4.
Remotio et simplex dimissio admodum differunt. n. 5.
Illa supponit grauem causam et commissum delictum, hæc resignationem. n. 6.
Inutilis scholæ informator post monitoria removendus est. n. 7. 8.
Decisio. n. 9.

Als die Herren und gesuchte restitution und erfolgtes Verfahren in Sachen des Cantoris W. impetranten an einem, und des præpositi E. wie auch Amtmann und Magistrats daselbsten imperraten am andern Theil in denen zurückkommenden Acten zugeschicket ꝛc.

1 Daß es der gesuchten restitution in integrum ohngehindert bey dem fol. 96. befindlichen, und den 6 Jun. 1741 ertheilten dimissions decreet lediglich zu lassen, jedoch bewanten Umständen nach impetranten noch ein viertel Jahr seine Besoldung zu reichen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl pro iustificatione restitutionis der Cantor W. anführet, daß keine gnugsame Ursache zu Entsetzung seines Amts verhanden, noch in actis anzutreffen sey, angesehen 1) aus dem fol. 97. befindlichen protocoll nicht zu ersehen, daß er sich im Amts-Kruge dergestalt betruncken gehabt, daß er s. v. deswegen vomiren müssen, sondern vielmehr er im Begrif gewesen sey, über Feld zu gehen, und Korn zu kaufen, vorher aber daselbst für 1 Gr. Bier getruncken, darauf ihm übel geworden, und einige Gläser Wasser getruncken, welches den vomitum verursachet, so aber ein solcher Zufall sey, so auch dem allerunschuldigsten Menschen begegnen könte, und er deswegen seines Amts nicht zu entsetzen sey, zumahl, daß es aus Trunckenheit geschehen, kein Zeuge ausgesaget, vielmehr
3 2) alles Zunöthigungen wären, so aus unverdientem Haß gegen ihn entsprungen, wie die acta darlegen, da das Gegentheil, und daß er sich ordentlich und gebührend aufgeführet, aus dem fol. 103 befindlichen attestato des meisten Theils der Bürgerschaft zu ersehen, übrigens was 3) vorher passiret, Theils abgethan, Theils in unerwiesenen factis bestehe, und der præpositus ihm vormahls selbsten in actis das Zeugniß gegeben, daß er nebst denen Seinigen in der Kirche auch in der Schule seinen möglichsten Fleiß angewendet, auch ein still und gutes Leben geführet, so daß alles, so gegen ihn angebracht werden wollen, keine zureichende Ursache seiner cassation wirken könne.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch inter remotionem et 5
simplicem dimissionem ein grosser Unterscheid zu machen, da jene zwar nicht anders als ex graui causa et commisso delicto statt findet, 6
diese aber vornemlich in der bey der ertheilten vocation vorbehaltenen resignation oder vierteljährigen Loskündigung sich gründet, welche in des Cantoris W. fol. 21. befindlichen vocation sich befindet, auch vormahls selbst bey Vocirung der Prediger gantz gewöhnlich gewesen,

BOEHMER *tom. V. iur. eccl. tit. de pœn. §. 129. sqq.*

nicht weniger noch hin und wieder gebräuchlich ist, aus welchem Grunde auch das consistorium nicht auf dessen remotion, sondern daß er von seinem bisherigen Amte zu dimittiren sey, erkannt hat; und ob wohl solche reservirte re- 7
signation sub clausula:

aus erheblichen Ursachen

geschehen, dennoch es an denenselben auch hier nicht ermangelt, welche nicht eben allein aus dem, was zuletzt gegen ihn angebracht, sondern aus den vorhergegangenen actis zugleich mit herzunehmen, zumahl aus denenselben wahrzunehmen, daß er sein Amt in der Schule sehr hindangesetzet, vielmahl verreiset, und dadurch vieles versäumet, so daß er schon in anno 1733 fol. 3. sqq dieserwegen constituiret worden, und Besserung versprochen, so aber so wenig erfolget, daß fol. 8. in anno 1735 neue grauamina wegen seines Reisens und andern Unfugs in actis registriret, zu befinden, ferner fol. 16 neue excessus, wie auch im folgenden anzutreffen, dahero er fol. 35 ein scharfes monitorium vom consistorio bekommen, mit dem Anhange, daß auf fernere Anzeige des præpositi, daß er sein Amt versäumet, ohne alle Weitläuftigkeit er seines Amts entsetzet seyn solle, diesem ohn-

geachtet neue Beschwerden in anno 1737. fol. 38. von dem præpositо gegen ihn übergeben, und daß alle Hofnung zur Besserung verlohren, angezeiget ist, so daß die Schule durch sein unordentliches Leben und Unfleiß gantz herunter kommen, dahero er fol. 40. angewiesen ist, beyzubringen, daß er ratione præteriti seiner Kirchen- und Schul-Arbeit fleißig, und wie sich gebühret, abgewartet, so er aber nicht beybringen können, und an dessen statt nur ein generales wenig nutzendes attestatum von etlichen Bürgern unterschrieben, fol. 53. übergeben, darauf er endlich fol. 61. sich gegen den Herrn præpositum submittiret, und aufs neue Verbesserung zugesaget, welches derselbe fol. 60. dem consistorio notificiret, nebst vermelden, zuzusehen, wie er künftig Schule halten würde, nach welcher Zeit bis anno 1740 mit denen querelen Anstand genommen, in welchem Jahre aber von neuen viele grauamina wegen seines verderbeten Zustandes vorgebracht sind, worüber des præpositi Gutachten gefordert, und ohngeachtet derselbe damahls ihn in etwas exculpiren wollen, dennoch dabey nicht in Abrede seyn können, daß er vorlängst gerne gesehen, wenn eine Veränderung mit ihm geschehen, oder noch erfolgen möchte, dahero nochmahls gedachtem præpositо anbefohlen ist, ein wachendes Auge über des Cantoris Schulhalten und conduite zu halten, und ihm nicht zu connivиren, bald fol. 85 ein neuer Verhaltungs-Befehl auf neue vorgebrachte gravamina an denselben ergangen, so aber alles wenig gefruchtet, so daß endlich der præpositus fol 96 genöthiget worden, einen neuen Bericht abzustatten, und anzuzeigen, daß er den gehörigen Fleiß bey öfterer visitation der Schulen bey ihm nicht angetroffen, vielmehr die Schule eine rechte Wüsteney so lange Zeit her gewesen, und keiner zu bewegen sey, seine Kinder in dieselbe zu schicken, wobey er auch den excess, so letzthin in der Schencke passiret, denunciret, aus welchen allen mehr als zu klar sich veroffenbaret, daß man die äusserste Geduld mit ihm gehabt, und er durch seinen Unfleiß, übele conduite und Herrumreisen sich selbsten zum fernern Schuldienst unbrauchbar und inutil gemachet, so daß es bey ihm auch wohl heissen mag, illa schola non videtur habere informatorem, quæ inutilem habet,

c. 2. X. de translat. episc.

mithin die dimission nach seiner vocation auch 8
gegründet seyn würde, wenn gleich der excess in der Schencke nicht passiret, oder einiger massen zu excusiren stünde; wiewohl ein jeder leicht wahrnehmen wird, daß der erfolgte vomitus von seinem unordentlichen Bier- und Wasser-Trincken hergekommen, dabey er doch, wenn ihm übel geworden, billig bey Zeiten aufstehen, und weggehen sollen, so er aber nicht gethan, und man ihn endlich aus der Stube zu führen, genöthiget worden ist, dannenhero er über den Bescheid sich zu beschweren keine Ursache gehabt, jedoch weil in der vocation ihm dabey noch ein viertel Jahr zu gute gehen muß, nachdem er illegaliter aus seinem Amte gesetzet gewesen, wir das Temperament dabey gebrauchet, daß es zwar bey der cassation verbleiben, aber allein noch ein Quartal ihm gereichet werden solle.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen be- 9
wogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXLI.

DECISIO LXVII.

THEMA.

De suspensione ab officio non sine iusta causa decernenda.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Variationes in delictis magnum indicium operantur. n. 2. 3. 4.
Existentibus indiciis delicti, medium eruendi veritatem eligendum est. n. 5.
Nemo ab officio suspendi potest, nisi contra quem inquisitio specialis decreta est. n. 6.
Inquisitio specialis absque indiciis urgentissimis contra reum suscepta nulla est. n. 7.
Testis de se crimen confessus neminem grauat, siue in eodem siue in diuerso delicti genere. n. 8.
Propalator libelli famosi minor quomodo puniendus sit? n. 9. 10.
Variationes testis tertium non grauant. n. 11.
Decisio. n. 12.

Aus dieselbe uns die gegen den Diaconum A. und vornemlich dessen Sohn, Wilhelm Philipp A. ergangene Untersuchungs-Acta in dem zurückkommenden fasciculo act. zugeschickt ꝛc.

Hat Wilhelm Philipp A., ein discipulus 1
primæ classis von 15 Jahren n. act. 4. gestanden, daß sein Vater der Diaconus A. das Pasquil sub ☉ gemachet, und ihn gegeben, solches auszubreiten, darüber dieser constituiret worden,

den, aber solches nicht an sich kommen lassen wollen. Darauf denn n. act. 9. die suspensio ab officio wie auch seines Sohnes Arrestirung und inquisition erfolget.

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wohl die Umstände es geben, daß 1) dieses Pasquil bey Gelegenheit der Besetzung des Steuerdiener-Dienstes gemachet, und weil ein A. Freund David Ludewig S. dabey hindangesetzet, und ein ander die maiora überkommen, es vermuthlich sey, daß solches einen Verdruß bey einem von der A. Familie erwecket, daß er das Pasquil verfertiget habe, wie dann 2) das Pasquil bey dem jungen Wilhelm Philipp A. in der Schule testantibus actis gefunden worden, und in confesso ist, daß er solches andern gezeiget, man also nicht unbillig den Verdacht auf ihn gefasset, daß er wenigstens Wissenschaft davon habe, welches sich 3) bald bey dessen Befragung geäussert, da er n. act. 4 zugestanden, daß solches Pasquil sein Vater, der Diaconus, gemachet, und ihm gegeben, daß er es mit in die Schule nehmen, und seinen commilitonibus weisen solle, dahero er es auch einigen zu lesen gegeben, und darüber die Sa-
3 che ruchbar worden, welches dann 4) verursachet, daß n. act. 9 der Diaconus darüber constituiret, und bewanten Umständen nach, von seinen Amts-Verrichtungen suspendiret, dessen Sohn aber in Arrest behalten worden, bevorab da der Diaconus A. solches nicht an sich kommen lassen wollen, da doch wohl zu glauben, daß der Sohn den Vers nicht selbsten, wie er anfangs vorgegeben, gemachet, noch von der dar-
4 in versteckten Historie information gehabt haben muste, und ob er wohl 5) n. act. 11 wieder revociret, und ad art. 5. ausgesaget, sein Vater habe es nicht geschrieben, vielmehr er es gefunden, das Gegentheil er aber vorhin aus Angst gesaget, dennoch nach seinen eigenen Geständniß ad art. 11 er diese revocation auf Anhetzen seiner Mutter gethan, dabey aber sehr variiret, und bald, daß er es selbsten gemachet, bald hinwiederum, daß er es gefunden, deponiret, dabey aber in loco, wo er es gefunden, variiret, dergleichen variationes ein grosses indicium gegen einen inquisitum machen, und im gegenwärtigen casu anzeigen, daß der Sohn mit der
5 Sprache nicht heraus wolle, also 6) es nöthig seyn wolle, auf ein medium eruendi veritatem zu reflectiren, und ihn zur Bekäntniß der Wahrheit in tam atroci delicto zu bringen.

Rationes decidendi.

6 Weil aber dennoch circa formalia processus wir zuförderst anmercken, daß auf blosses Angeben des Sohns, Wilhelm Philipp A., eines jungen Menschen von 15 Jahren, qui adhuc in lubrica ætate constitutus est, dessen Vater der Diaconus A., ohngeachtet als er darüber constituiret worden, hoch contestiret, daß er das Pasquil nicht gemachet, und die Sache noch in generali inquisitione gestanden, zur speciali aber gegen den Diaconum noch nicht reiff gewesen, Haus-Arrest halten müssen, und er von seinen Amts Verrichtungen suspendiret worden, welches propitio iure nicht geschehen mögen, cum nemo ab officio suspendi possit, nisi contra quem inquisitio specialis decreta est,

STRYK *de suspens. ab offic. c. 3. n. 20. sqq.*

CARPZ. *in iurispr. consist. lib. III. def. 115. n. 13.*

zu welcher specialen inquisition gegen den Dia- 7
conum noch zur Zeit nicht zu gelangen ist, allermassen der Verdacht gegen ihn sich lediglich auf seines Sohnes Aussage gründet, der doch in seiner Aussage gleich anfänglich varius et inconstans gewesen, anfänglich ausgesaget, daß er das Pasquil gefunden, dabey aber in loco offenbar variiret: bald sich selbsten pro autore angegeben, und auf abermahlige remonstration endlich auf seinen Vater bekannt, dergleichen inconstantes et variantes depositiones niemand sonderlich graviren können, nulla autem inquisitio specialis suscipienda est absque indiciis vrgentissimis contra reum, aliquin nulla est

CARPZ. *cit. l. n. 13. et 14.*

bevorab da sein Sohn der propalator des Pas- 8
quils und also in graui reatu gewesen, der dadurch sich incapable gemachet, einen andern unverleumdeten Mann zu graviren, testes enim de se crimen confessi neminem grauant, siue in eodem siue in diuerso genere delicti.

l. 11. C. de testib. l. 3. C. de accus.
c. 1. X. de confess. c. 10. et 20. X. de testib.

Uebrigens der Sohn zwar als propalator pas- 9
quilli und der sich durch seine unbeständige Aussage sehr verdächtig gemachet, ad inquisitionem specialem graviret seyn möchte, und deswegen auch ad articulos abgehöret worden, dennoch da er alles wieder revociret, und seine Bekäntniß aus Angst gethan zu haben, vorgiebet, dabey auch beständig bleibet daß er es gefunden, es freylich bey ihm auf ein medium eruendi veritatem ankommen würde, wenn seine Jugend, und da er erst 15 Jahr alt ist, nicht verhinderte, daß man einiges medium mit ihm vornehmen könne, da weder das purgatorium respectu seiner selbsten ihm imponiret werden kan, indem er kaum die annos pubertatis überschritten, ein schärferes medium veritatem eruendi aber gegen ihn zu erkennen, bedencklich und gefährlich seyn will, wovon ihn seine Jugend billig eximiret, und wir also nicht befinden, wie gegen ihn weiter verfahren werden könne, als daß er als propapalator pasquilli pro ratione ætatis gezüchtiget werde. Dagegen dann die rationes dubitandi nichts vermögen, 10
zumahl ad 1) ob wegen des bey der Wahl übergangenen A. Freundes das Pasquil gemachet sey, so wenig aus demselben, als aus denen actis

zu

zu befinden, da der junge A. nicht einsten darüber befraget, noch wegen der Gelegenheit des gemachten Pasquils constituiret worden, ad 2) aber er nicht weiter als propalitor anzusehen, und ad 3) seine Angeben, daß sein Vater es gemachet, bey denen angeführten Umständen kein sufficiens iudicium gegen seinen Vater operiren, noch ad 4) gegen ihn die harte suspension und den Haus-Arrest verhengen können, da eben ad 5) des Sohnes variationes zwar denselben, aber nicht seinen Vater graviren mögen, auch ad 6) bereits angezeiget ist, warum man auf kein medium eruendi veritatem weiter reflectiren mögen. 11

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß der Haus-Arrest des Diaconi so fort zu relaxiren, und derselbe wieder zu seinen Amts-Verrichtungen nach wie vor zu lassen, auch in Mangel gnugsamer indiciorum nichts weiter gegen ihn vorzunehmen sey, dessen Sohn aber, als propalator pasquilli, in Ansehen seiner Jugend, ausser dem ausgestandenen Arrest, noch mit vier Wochen Gefängniß zu belegen sey. V. R. W. 12

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBRVAR. MDCCXLIII.

RESPONSVM LXVIII.

THEMA.

Suspensio et remotio ministri ecclesiæ absque legitimis indiciis locum non habet.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1. 2.
Indicia remota adulterii recensentur. n. 3. 4.
Ecclesia dicitur viduata, quæ, licet pastorem habeat, inutilem tamen perhibetur habere. n. 5.
Minister ecclesiæ irreprehensibilis esse debet. n. 6.
Exceptio inimicitiæ testem reddit inhabilem. n. 7.
Ex discursibus testium iniuratorum ad specialem inquisitionem progredi non licet, n. 8.
cum deficiat corpus delicti. n. 9.
Suspensio vel remotio tunc demum decerni potest, si locus est inquisitioni speciali. n. 10. 11.
Decisio. n, 12.

Als die Herren uns die gegen den Pfarrer zu H. ergangene inquisitions-acta nebst einem Bericht und beygefügter Frage zugeschicket ꝛc.

Ist gedachter Pfarrer H. vor einigen Jahren in Verdacht gekommen, als wenn er eine ledige Weibes-Person Annen Margarethen W. geschwängert, dahero gegen ihn generaliter inquiriret, auf eingeholtes Rechts-Gutachten aber erkannt worden, daß noch zur Zeit mit der special inquisition gegen ihn nicht zu verfahren, sondern mit der generalen inquisition continuiret werden müste, welches zwar geschehen, gleichwohl die D. Beamten sich bishero geweigert, die Zeugen, so davon die beste Wissenschaft haben, über die ihnen überschickte articulos abzuhören, daher die inquisition nicht fortgesetzet werden können, und ob man zwar gehoffet, daß der Pfarrer seinen verdächtigen Wandel ändern würde, dennoch das Gegentheil erfolget, indem er abermahl mit des Rentmeisters S. Tochter in grossen Verdacht und Ruf eines unkeuschen Wandels gerathen, so zu einer neuen Untersuchung Gelegenheit gegeben, und dahero hiebey gefraget worden: 1

Ob man nicht bey denen in Acten vorkommenden Umständen gegen den gedachten Pfarrer H. mit der suspension und remotion ab officio nebst dem hernachmahligen special Inquisitions-Proceß verfahren könne? 2

Rationes dubitandi.

Ob nun wohl 1) nicht geringer Verdacht, daß der Pfarrer H. die W. geschwängert habe, in actis anzutreffen, und wenn gleich n. 18. act. erkant worden, daß noch zur Zeit mit der special-inquisition gegen ihn nicht zu verfahren sey, dennoch der Verdacht sich hernach noch mehr vermehret, indem 2) Johann Jacob R. n. art. 26. endlich deponiret, daß der W. Mutter, als er derselben zugeredet, daß ihre Tochter nach dem allgemeinen Ruf auf den rechten Vater taufen lassen solte, geantwortet, sie thäte das nicht, sie liesse das Kind nicht auf den Herrn Pfarrer taufen, welcher der Vater beygestimmet, nebst dem Zusatz: 3

ꝛc

er verläßt uns nicht, wir bekommen so mehr von ihm ꝛc.

woraus erhellen möchte, daß Vater und Mutter der imprægnatæ zur Verschwiegenheit mit Gelde erkaufet seyn müssen, welches noch mehr 3) durch die Beylage sub A. bestärcket wird, aus welcher zu ersehen, daß der Rath und Amtmann St. so die Zeugen abzuhören sich bishero gewegert, selbsten gestanden, daß die beyden D. Zeugen ohngefehr vor sechs Jahren, als sie eben der Ursache willen nacher Fr. citiret, und ihnen die articul vorgelesen worden, geantwortet hätten, daß, wenn sie die Wahrheit sagen solten und müsten, anders nicht reden und aussagen könten, als was in denen n. 20. befindlichen articuln verfasset sey, welches auch der dasige Schultheiß W., der vormals die Zeugen nach F. bescheiden müssen, bestätiget, gegen welchen die Zeugen sich eben dieses verlauten lassen, da denn, wenn die Zeugen den Inhalt der gedachten articul bejahen solten, der Pfarrer der imprægnation überführet seyn würde. Welchen noch 4) hinzu kommt, daß derselbe abermals in Verdacht gekommen, daß er mit des Rentmeisters Tochter einen unziemlichen Umgang gepflogen, da der præceptor S. im Sept. 1742 ihn mit gedachter Person in der verschlossenen Kirche gegen Abend, auf eine verdächtige Art angetroffen, und derselbe sowol als die S. sich zu verbergen gesuchet, darüber, wie der præceptor ihn gesehen, er erblasset und erschrocken ausgesehen, die S. aber, wie sie aus der Kirche gegangen, die Schürtze vor das halbe Gesicht gehalten, und so roth wie ein Scharlach-Tuch gewesen, woraus nicht anders zu schliessen, als daß sie nichts gutes mit dem Pfarrer vorgenommen, und sich deswegen geschämet haben müsse, welche üble Aufführung 5) einen solchen Anstoß bey der Gemeinde gewürcket, daß viele nicht in die Kirche und zum heiligen Abendmahl gehen, und vorgeben, daß sie solches ohne Verletzung ihres Gewissens nicht thun könten. Dahero es kommen, daß die wenigsten schlechten Grund in dem Christenthum haben sollen, mithin daraus so viel erhellen möchte, daß der Pfarrer bey der Gemeinde gantz inutil sey, und also seines Amts wohl entsetzet werden möchte, cum iuxta modum loquendi dicatur ecclesia viduata, quæ licet pastorem habeat, inutilem tamen perhibetur habere.

c. 2. X. de translat. epiſc.

6 Deswegen auch die heilige Schrift unter die vornemsten Eigenschaften eines Predigers, daß er irreprehensibilis seyn solle, setzet,

1 TIM. III, 2. *Tit. I, 6.*

und dahero, ob er gleich noch nicht eines adulterii überführet, es das Ansehen gewinnen will, daß wohl ad suspensionem ja remotionem verfahren werden könne, weil, facta depositione, die Zeugen vielleicht ihr Gewissen besser bedencken, freyer aussagen, und zur special-inquisition den Weg bahnen werden.

Bœhm. Conſ. T. III. P. I.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) die ICti Tubingenses wegen der beygemessenen imprægnation der W. die indicia zur special-inquisition noch nicht für zureichend gehalten, und die nachgehends erfolgten indicia ebenfalls dazu nicht zureichend sind, indem ad 2) des R. deposition wenig Glauben meritiret, da testantibus actis, er mit dem Pfarrer in Schlägerey gerathen, und jener deswegen n. act. 9. ihn injuriarum belanget, daher diesem Zeugen mit Recht die exceptio inimicitiæ opponiret werden kan, und was ad 3) die Beylage sub A betrift, solche für einen blossen Bericht von dem, was die D. Zeugen im Discours gegen andere sich haben mögen verlauten lassen, zu achten, worauf noch nicht zu bauen ist, da solcher Bericht nicht einsten bishero pars actorum geworden, und was die Zeugen sich discours-weise verlauten lassen mögen, für keine solche Aussage zu halten, auf welche man eine special-inquisition gründen und gegen den Pfarrer etwas heraus bringen mag. Ferner ad 4) der neue Verdacht wegen eines unzulässigen Umgangs mit der S. auch dahin nicht zureichet, indem der Pfarrer nicht an sich kommen lassen will, daß er auf eine verdächtige Art mit derselben in der Kirche attrapiret worden sey, auch beständig leugnet, daß die Kirche verschlossen gewesen, sondern vorgiebet, daß sie ihn bey Gelegenheit, da er in die Kirche des Abends gehen wollen, über eine übele von ihr ausgebrachte Rede constituiret, sonsten auch der præceptor, der ohnedem viele Händel mit dem Pfarrer gehabt, und dessen Aussage verdächtig ist, nichts besonders, als daß sich die S. cachiren wollen, weiter angeben kan, und es allenthalben an einem corpore delicti ermangelt, ohne welches ad specialem inquisitionem zu verfahren nicht möglich, noch weniger aber ad 5) thunlich ist, ad suspensionem, oder gar ad remotionem zu verfahren, da jene alsdann bey solchen Umständen nur statt findet, wenn ein Geistlicher zur special-inquisition reif, und solche gegen ihn erkannt ist.

STRVE *de ſuſpenſ. ab offic. c. III. n. 20. ſqq.*

Diese aber ebenfalls ein genus pœnæ ist, dahero ein delictum præsupponiret, darüber der Prediger gehöret, und endlich als confessus vel convictus condemniret seyn muß, so hier abermals ermangelt, da noch zur Zeit kein corpus delicti auf ihn gebracht werden können; und woferne die D. Zeugen nicht abgehöret werden, und die auswärtige Gerichte sich dessen ferner unter einen angeführten nichtigen prætext wegern solten, alsdann zwar der Lauf der Justiz, gegen den Pfarrer zu procediren, dadurch aufgehalten, die Verantwortung aber wegen des dadurch entstandenen grossen Seelen-Schadens, und daß die Gemeinde unter der Führung eines solchen scandaleusen Predigers

beständig gefangen gehalten werden muß, bey GOtt auf diejenigen Beamten fallen wird, welche ihre Hülfe, dazu sie doch ihrer Pflicht und Gewissen nach verbunden, ohne allen zureichenden Rechts-Grund versagen, und bloß aus Affecten gegen den vor GOtt und Menschen verdächtig sich aufführenden Prediger H., an dem Verderben der Gemeinde schuldig werden, daher wir bey ietzigen Umständen, und weil das Vorgeben wegen anders einzurichtenden articuln dem Inquisitions-Proceß nicht gemäß ist, auf nochmahlige Vorstellung wir der Hoffnung leben, daß die auswärtige Herren Beamten ihre hülfliche Hand nicht weiter entziehen, sondern über die quæstionirten articul, so bey denen Acten befindlich, die Zeugen eidlich, iedoch salva defensione, inquisito suo tempore reservata, abhören werden, auf welchen Fall alsdann erst wegen der special-inquisition und der suspension etwas mit gutem Grunde erkannt, ohne dieselbe aber aus aller anzustellenden special-inquisition nichts herausgebracht werden kan.

So erhellet hieraus so viel, daß noch zur Zeit 12
gegen den Pfarrer H. mit der suspension und remotion, nebst der hernachmaligen special-inquisition nicht verfahren werden könne, sondern vor allen Dingen die general-inquisition durch abermalige Vorstellung bey denen auswärtigen Herren Beamten, um endliche Abhörung der Zeugen, ferner zu instruiren, worauf alsdann, und wenn solche erhalten, ferner ergehet was Recht ist. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBR. MDCCXLIII.

RESPONSVM LXIX.

THEMA.

De gradibus pœnarum ecclesiasticarum in coercitione ministrorum ecclesiæ obseruandis.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. n. 2.
Pertinax contumacia et inobedientia ministrorum ecclesiæ pœna remotionis coercetur, si admonitionum gradus præcesserunt. n. 3. 4. 5. 6.
Pœna remotionis secundum principia iuris canonici inter grauissimas pœnas refertur, n. 7.
Etiam inter protestantes. n. 8.
Suspensio ab officio et prouentibus remotionem præcedere debet, n. 9.
Inprimis in casu contumaciæ singularis, n. 10.
Quod praxi protestantium illustratur. n. 11. 12.
In pœnis ecclesiasticis gradus sunt obseruandi. n. 13. 16.
Ex propria clericorum confessione ad pœnam suspensionis deueniri potest in iis excessibus, ob quos merito suspendi possunt. n. 14. 15. 27.
Decisio quæstionis I. n. 17.
Quæstio II. n. 18.
Is, qui occasionem inquisitioni dedit, vel legitime condemnandus est, expensas processus ferre tenetur. n. 19. 20. 21.
Contumax in iudicio expensas soluere tenetur. n. 22.
Decisio quæstionis II. n. 23.
Quæstio III. n. 24.
Nemo contra conscientiam agere cogi potest. n. 25.
Vinculum legum sub prætextu conscientiæ non est eludendum. n. 26.
Decisio quæstionis III. n. 28.

1 Als derselbe uns eine speciem facti nebst dreyen Fragen zugesendet ꝛc. Hat der Pastor Meuius mit seinen Collegen wegen des bey der consecration zu adhibirenden Signi ✠ vor vier Jahren auf der Cantzel zu controuertiren angefangen, worauf ihro Durchlauchtigkeit zu Vermeidung alles Aergernisses die Treibung dieser Strittigkeit auf der Cantzel anno 1734. so gleich verboten, dabey aber dem Pastori auferleget, das bey der Gemeine im gantzen Lande, und in den meisten Evangelisch-Lutherischen Kirchen gewöhnliche signum ✠ bey der consecration zu gebrauchen. Hat aber der Pastor Meuius so wenig diesem als dem anno 1735 wiederholten Befehl parition geleistet, sondern die consecration, ohne sich des signi ✠ zu bedienen, verrichtet, weshalben der Landes-Herr dem Superintendenten aufgeleget, dem Pastori Meuio die Befolgung der vorigen Befehle bey willkührlicher Strafe einzubinden, da sich dann der Pastor Meuius vor dem Superinten-

denten dahin erkläret, daß wenn er noch einen Fürstlichen Befehl hierüber erhielte, er den bisherigen Verordnungen nachleben wolte: worauf auf erfolgte relation des Superintendenten zum Ueberfluß an. 1736 der dritte Befehl unter willkührlicher Strafe an Meuium ergangen, welchem er aber wiederum nicht nachgelebet, sondern die Ursachen solcher Verweigerung in einer an ihro Durchlauchtigkeit eingerichteten Schrift anno 1737 angeführet. Ist hierauf dem pastori Meuio vor dem Consistorio an. 1737. d. 12 Dec. der Ungrund seiner angeführten Verweigerungs-Ursachen dergestalt gezeiget worden, daß er selbigen selbst ad protocollum erkannt, und parition angelobet; welches demselben nochmalen eingeschärfet, und ihm ernstlich auf expressen Befehl des serenissimi befohlen worden, von dieser gantzen Sache und Streitigkeit nichts auf der Cantzel zu erwehnen, sondern schlechterdings zu pariren; ausser daß ihm die Erlaubniß gelassen worden, bey Prajung denen consitenten gelegentlich zu eröfnen; wie er künftig gleich seinen Collegen das signum ✝ bey der consecration als ein signum memoratiuum adhibiren würde. Hat diesem allen ohnerachtet Meuius solchen öfters wiederholten Befehlen bis zum 1. Jan. 1738 nicht gebührende Folge geleistet, im Gegentheil aber am besagten 1. Jan. bey Gelegenheit, da er von dem Creutze Christi gehandelt, auch die controvers von dem Gebrauch des signi ✝ bey der consecration, obigen Befehlen zuwider, öffentlich auf die Cantzel gebracht, und unter andern die von ihm aufgeworfene Frage: ob solche adhibition des signi ✝ bey der consecration nöthig und nützlich sey? mit folgenden Ausdrücken in grossem Eyfer beantwortet: Nein, es ist vielmehr höchst ärgerlich und verdammlich. Weil aber serenissimus als summus episcopus es mir befohlen, so muß ich es thun, iedoch um der Dummen und Albernen willen, welche ihren Glauben auf Schauen richten, und denen Christus muß vor die Augen gemahlet werden; worauf derselbe zwar nachgehends bey der consecration das Zeichen des ✝ gebrauchet, aber solches sowohl sehr groß, als auch wieder Gewohnheit bey Absingung der Worte: Nehmet hin das Brodt ꝛc. nehmet hin den Kelch ꝛc. gemachet, ob er gleich selbst gestehet, daß ihm gantz wohl wissend gewesen, daß das signum ✝ bey den Worten: das ist mein Leib ꝛc. das ist mein Blut ꝛc. hier im Lande adhibiret werde; darneben er auch das Brodt und den Kelch more Catholicorum sehr hoch eleviret, und bey diesem allen zum Aergerniß der Gemeine eine grosse Bosheit und alteration blicken lassen. Hat nun hierauf der serenissimus auf erhaltenen Bericht vor einer höchstverordneten commission die Zeugen und den Pastorem selbst summariter vernehmen lassen, da jene meist alles ad protocollum gestehen, dieser aber meist alles geleugnet oder verdrehet, iedoch dieses eingestanden, daß er wider Befehl die Sache auf die Cantzel gebracht habe, worauf denn der pastor Meuius wegen dieses selbst-geständigen Ungehorsames ab officio et prouentibus am 6. Febr. h. a. suspendiret, und die Haupt-Sache zu fernerer Untersuchung und rechtlichen Beahndung dem consistorio übergeben worden. Hat nachgehends nach erfolgtem decreto suspensionis der pastor Meuius in einer so genannten, dem serenissimo selbst zugesendeten, submissions Schrift, ihro Durchl. Verfahren, in Ansehen der suspension, ungerecht und unerhört, genennet, und ausser andern ungeziemenden und respect-losen Ausdrücken offenbar angeführet; er hätte sich nicht schuldig gehalten, ihro Durchl. Befehl, die Sache auf der Cantzel nicht zu tractiren, Folge zu leisten; wobey er auch wider seinen Collegen heftige Iniurien hingeschrieben, endlich sich von neuen opponiret, daß, ohnerachtet den Kirchen-oeconomis, pendente suspensione, die Begat- und Beackernug des Pfarr-Ackers aufgegeben worden, diese auch hierzu den Anfang machen lassen wollen, selbige dennoch daran mit Gewalt von einigen Bürgern verhindert worden, und hierauf der pastor, dem suspensionsdecreto entgegen, den Acker und Garten selbst bestellet, auch einigen schon besäet: bey welchen erweißlichen Umständen nunmehro folgende Fragen entstehen:

Quæstio I.

Mit welcher Strafe der pastor Mevius, denen Rechten nach, wegen aller angezeigten Puncte zu belegen? 2

Rationes dubitandi.

Ob nun wohl 1) in den Rechten gegründet, daß wenn Prediger ihrer hohen Obrigkeit den schuldigen Gehorsam versagen, und in pertinaci contumacia er inobedientia versiren, und durch angewendete vorherige admonitiones und geschärftere Befehle sich von ihrer beharrlichen Hartnäckigkeit, zum gröften Aergerniß ihrer Gemeinde, nicht abbringen lassen wollen, man zu derselben remotion wohl schreiten könne; ad remotionis actum enim deueniri potest, si admonitionum gradus præcesserunt, ita vt inculpatus officii sui admonitus sit, vt seria emendatione scandalum auertat, eaque admonitio vna atque altera vice repetatur, emendationis autem spes nulla sit. 3

CARPZOV. *decis. consist. lib. III. tit. 10. def. 12.*

c. 10. C. 11. qu. 1.

Welche Strafe auch im gegenwärtigen Fall sofort statt zu finden scheinen möchte, da 2) der pastor Meuius sich gegen seine Landes-Obrigkeit gröblich vergangen, und ohnerachtet ihm vom serenissimo anbefohlen worden, die wegen der Adhibirung des signi ✝ bey der consecration zwischen ihm und seinem Collegen enstan- 4

dene controuers nicht auf die Cantzel zu bringen, sondern, zu Verhütung alles fernern Anstosses, das in der Evangelisch-Lutherischen Kirche fast überall angenommene signum ✠ bey der consecration zu gebrauchen, er dennoch diesem Fürstlichen Befehle die schuldige parition denegiret, gestalten er 3) anfänglich die consecration ohne die Adhibirung des signi ✠ zu verrichten beständig fortgefahren, und auch ohnerachtet des darauf erfolgten zweyten wiederholten Befehls und bedroheten willkürlichen Strafe bey solchem hartnäckigen Unhorsam beharret, hierauf 4) auf hohe Verordnung mit ihm von neuen ein andrer Weg, aber wiederum fruchtlos, versuchet worden, indem ihm nicht allein von dem Superintendenten die Nachlebung der vorigen Befehle nachdrücklich eingeschärfet werden müssen, sondern auch auf sein Verlangen an ihn der dritte Befehl sub pœna arbitraria ergangen, dem er zwar nachzuleben versprochen, aber in keinem Stück erfüllet, sondern sich vielmehr 5) dawider schriftlich gesetzet, weshalb ihm wiederum vom Consistorio nachdrückliche Erinnerung geschehen, und ihm der Ungrund aller seiner Einwendungen so offenbar vorgestellet worden, daß er solchem selbst ad protocollum erkannt, und den schuldigen Gehorsam von neuen angelobet, welcher ihm auch darauf von neuen, den vorigen Befehlen gemäß, auferleget worden, gleichwol aber derselbe 6) dieser vielfältigen, theils gütigen, theils ernstliche Befehle und Vorstellungen ohnerachtet denselben offenbar entgegen gehandelt, und nicht allein am Neuen-Jahrstage die Streitigkeit auf die Cantzel gebracht, und sich dabey der heftigsten und anstößigsten Redens-Arten ohne allen zureichenden Grund bloß aus Eigensinn bedienet, sondern auch nach geendigter Predigt, das signum ✠ bey der consecration überaus groß, und wider besser Wissen und Gewissen nicht bey Absingung der Worte: Nehmet hin, das ist mein Leib, das ist mein Blut, sondern ungewöhnlicher Massen, bey den Worten: Nehmet hin das Brodt ꝛc. nehmet hin den Kelch ꝛc. gemachet, hiernechst auch das Brodt und den Kelch sehr hoch more Catholicorum elevi-
6 ret. Ja, als er 7) wegen dieses der Gemeine gegebenen Aergernisses und beharrlichen Ungehorsams nach vorhergehender summarischer Untersuchung ab officio et prouentibus suspendiret worden; nicht er allein gegen den seinem Landes-Herrn gebührenden respect gehandelt, und desselben Verfahren ratione suspensionis ungerecht und unerhört genennet, sondern sich auch von neuen wider die pœnam suspensionis gesetzet, und wider Fürstlichen Befehl die Pfarr bearten lassen. Diesemnach, da derselbe 8) in allen seinen beharrlichen Ungehorsam und contumaciam gegen seine Landes-Obrigkeit erwiesen, auch alle so vielfältig vorgekehrte, gütliche und geschärfte Vorstellungen und Verordnungen nichts bey ihm fruchten wollen, es das Ansehen gewinnen will, daß nunmehro nicht unbillig mit der remotion gegen ihn verfahren werden könne:

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die pœna remotionis nach den principiis iuris canonici eine von den grössesten geistlichen Strafen der Geistlichen angesehen wird, wie mit mehrern darthut 7

BOEHMER *in iure eccl. prot. tom. V. tit. 37. §. 56.*

und diese principia auch in praxi protestantium angenommen sind, daß in delictis leuioribus clericorum nicht eher ad remotionem geschritten wird, bis geringere Grade der Strafen fruchtlos angewendet worden, in welcher Absicht daher 2) in delictis leuioribus bewandten Umständen nach erst auf die Strafe des Priesterlichen Gehorsams, hernach pro re nata auf suspensionem ab officio et prouentibus erkannt wird, 8 9

CARPZOV. *def. consist. lib. III. tit. 10. def. 113. 114.*

auf welche letztere 3) das ius canonicum, sonderlich in casu contumaciæ singularis gesehen, vt clerici propter inobedientias et culpas eorum ab officio beneficioque suspendantur 10

c. 12. X. de maiorit. et obed.

STRYK *de remotione ab officio c. 3. n. 24.*

vt per eiusmodi censuram contumacia illorum et peruicacia compescatur,

GONZALEZ TELLEZ *ad dec. et alest tom. I. p. 281.*

in welchem Absehen 4) die pœna suspensionis auch unter den Pr. testanten beybehalten worden, um dadurch hartnäckige und halsstarrige Prediger zum schuldigen Gehorsam zu bringen, 11

RICHTER *P. 5. C. 19. n. 4.*

STRYCK *l. cit.*

CARPZOV. *l. cit. def. 114.*

welche Strafe auch desto sicherer statt finden muß, wenn bereits bey ungehorsamen Predigern andere gelindere vorgekehrte Mittel vergebens angewendet worden, wie sich solches 5) 12
im gegenwärtigen Fall ereignet, da anfangs der pastor Menius denen so oft wiederholten Befehlen vorseslicher Weise allen Gehorsam denegiret, und weil er gesehen, daß ihm alles ungestraft hingegangen, er immer dreister geworden, und sowohl dem ergangenen Verbot zuwider die oberwehnte Streitigkeit auf die Cantzel gebracht, als auch anfangs nicht dazu bewegen werden können, das signum ✠ der bisher in der Evangelisch-Lutherischen Kirche hergebrachten Gewohnheit zu folge bey der consecration zu gebrauchen, und als er sich dazu endlich bequemet, er solches dennoch zum Anstoß der Gemeine auf eine verkehrte Weise bey der consecration adhibiret, wie solches aus den in rationibus dubitandi angegebenen Umständen zur Gnüge erhellet. Hiernechst 6) alle gelindere 13
bishero angewendte Mittel bey dessen Hartnäckigkeit nichts vermögen wollen, da doch der Landes-Herr zu zwey verschiedenen malen den erstern

erstern Befehl wiederholet, und ihm die parition unter willkührlicher Strafe auferleget, dahero nunmehro nöthig gewesen, zu schärfferen Mitteln zu greifen, und ihn durch Geld-Strafen oder suspension zum Gehorsam zu bringen, und wenn dieses nicht fruchten und er in seiner Halsstarrigkeit verharren solte, alsdenn nunmehro omnibus gradibus fruſtra adhibitis, ohne, ferneren Anstand zur remotion geschritten werden mögen: dem zu wieder iedoch man ihm weiter nachgesehen, und vernommen, ihm sowol durch den Superintendenten, als auch vor dem consistorio die benöthigte Erinnerung geschehen, ja er zwar selbst allen Gehorsam angelobet, aber so wenig gehalten, daß er vielmehr, gegen ausdrücklichen Befehl, die besagte controvers mit anstößigen Redens-Arten auf die
14 Cantzel gebracht, welches letztere er 7) selbst nicht in Abrede seyn können, und dahero man erst nunmehr zur suspension ab officio et proventibus geschritten, welche vorlängst gegen ihn gebrauchet werden sollen. Da in Rechten bekannt, quod ex conuictione vel ex propria clericorum confessione ad pœnam suspensionis deueniri possit in iis excessibus, ob quos merito suspendi possunt.

c. 4. X. de iudiciis.

15 Dieserwegen man bey denen vorgeschriebenen gradibus contra contumaces für convenabler befunden, daß zuvorderst die suspension nunmehro gegen ihn in eine schärfere pœnam verwandelt, und solche a dato publicatæ sententiæ auf ein halbes Jahr extendiret, und er nicht wieder zu seinem Amte gelassen werde, bis er durch einen verbindlichen revers sich zu allem Gehorsam in dieser Sache engagiret, in dessen Verbleibung, und da er etwa post restitutionem hierin weiter neue Unruhe anfangen solte, mit der remotion alsdann ohne ferneren
16 Anstand verfahren werden kan. Uebrigens die in rationibus dubitandi angeführte Gründe diesem nicht zuwider sind, sondern solches vielmehr bestärcken; die pœna remotionis aber deshalben noch zur Zeit nicht statt finden kan, weil in pœnis contumaciæ man ex praxi protestantium per gradus gehet, und nicht leicht ante suspensionem ab officio zur völligen Absetzung eines Predigers zu schreiten pfleget.

17 So sind wir der rechtlichen Meinung, daß pastor Meuius wegen der angezeigten Puncte denen Rechten nach ab officio et prouentibus noch auf ein halbes Jahr gedachter massen zu suspendiren, und alsdann nach dessen Verlauf und angelobten völligen Gehorsam derselbe wieder in sein Amt und Revenüen zwar zu setzen sey, iedoch mit der Verwarnung, daß im Fall er einige neue Widerspenstigkeit und Ungehorsam bezeigen würde, er alsdann gewärtig seyn solte, daß mit der völligen Absetzung gegen ihn verfahren werde.

Quæstio II.

Ob der Pfarrer nicht schuldig, die 18 Kosten, so auf den Proceß ergangen, zu erstatten?

Rationes dubitandi et decidendi

Obwol pastor Meuius einwenden möchte, 19 daß er wie von ihm schriftlich angegeben worden, genugsame Ursache gehabt, warum er denen Landesherrlichen Befehlen zu gehorchen Bedencken getragen, und diese seinen Ungehorsam so weit zu entschuldigen scheinen möchten, daß er die Unkosten des processes zu tragen nicht angehalten werden könte.

Dieweil aber dennoch 1) der pastor Me- 20 vius den Ungrund und Unzulänglichkeit seiner gemachten Einwendungen und Verweigerungs-Ursachen im consistorio selbst erkannt, und darauf allen Gehorsam angelobet, hiernechst aber derselbe 2) sich desto gröblicher vergangen, daß er seinem Versprechen und ergangenen Befehlen zuwider die quæstionirte Streitigkeit auf die Cantzel gebracht, er auch dieses selbst eingestehen müssen, und seine contumacia aus vielen andern Puncten erhellet, wie ad quæst. præcedentem ausgeführet worden, er aber gleichwol 3) durch seinen so vielfältig bezeigten 21 Ungehorsam und Widerspänstigkeit Gelegenheit und Ursach zu der wider ihn verhängten Untersuchung gegeben, und gegen ihn so viel dargethan worden, daß er mit der pœna suspensionis ab officio et prouentibus den Rechten nach beleget werden können, wobey in iure gegründet ist, vt tam is, qui occasionem inquisitioni dedit, quam ille, qui legitime condemnandus fuit, expensas processus ferre teneatur.

CARPZOV *decis. consist. lib. 2. tit. 4. dec. 64.*
IDEM *in pract. crim. P. 3. qu. 138. n. 16. sq.*
BOEHMERI *ius eccl. prot. tom. V. tit. 36. §. vlt.*

Welches 4) in gegenwärtigem Fall desto weniger 22 Zweifel finden kan, da eine geringe contumacia, welche in Gerichten gegen den Unterrichter begangen wird, so viel wircket, daß der contumax alle dadurch verursachte Unkosten tragen muß.

c. 2 et 6. X. de dolo et contum. L. 13. C. de iudic.

Und dannenhero einer, der den Landes-herrlichen Befehlen den schuldigen Gehorsam denegiret, um so vielmehr durch solche grobe contumaciam die condemnationem in expensas verwircket, und also destoweniger Entschuldigung finden kan; quis enim contumacem et inobedientem excusabit ab expensis, quas contumacia sua caussauit?

BOEHMER *in diss. de expens. criminal. c. 1. §. 3.*

23 So halten wir dafür, daß der pastor Mevius die durch seine contumaciam verursachte Proceß-Unkosten zu erstatten.

Quæstio III.

24 **Ob nicht pastor Mevius wegen des angeführten Ungehorsams, daß er die Sache auf die Cantzel am Neu-Jahrstage wider expressen Befehl gebracht, nachdem dieser Umstand in confesso gewesen, de iure die auferlegte Strafe der suspension und privation seiner Einkünfte bis auf eine serenissimo gnädigst beliebige Zeit wohl verdienet habe?**

Rationes dubitandi et decidendi.

25 Ob wol pastor Mevius vorschützen möchte, daß ihm nicht auferleget werden können, wider sein Gewissen das signum ✝ bey der consecration zu gebrauchen, und er dahero propter conscientiam denen Landes-herrlichen Befehlen nicht gemäß leben können, mithin von der dictirten Strafe entlediget werden müsse:

26 Dieweil aber dennoch 1) kein Prediger in Sachen, welche in Kirchen-Ordnungen und Gesetzen versehen, und in denen Evangelischen Kirchen insgemein gegründet sind, sich auf sein Gewissen berufen kan, sonsten einem ieden frey stehen würde, die Verbindlichkeit des Gesetzes sub prætextu conscientiæ zu eludiren,

BOEHMER *iur. eccl. prot. tom. II. diss. præl. §. 55 et 56.*

mithin der pastor Mevius unter keinem Vorwand sich wegern können, der in Evangelisch-Lutherischen Kirchen fast überall hergebrachten Gewohnheit gemäß das signum ✝ bey der consecration zu gebrauchen, zumal da ihm solche durch verschiedene Befehle auferleget worden, er auch als ein Prediger von der Absicht dieser unschuldigen Ceremonie gnugsam informiret seyn sollen und müssen. Ueberdem er 27
2) dadurch insonderheit einen offenbaren Ungehorsam bezeiget, daß er wider hohen Befehl die quæstionirte controvers auf die Cantzel gebracht, welche contumacia an sich so beschaffen, daß er deshalben ab officio et prouentibus suspendiret werden können, wie ad quæstionem I. weitläuffig dargethan worden. Und da er 3) solches factum nicht läugnen können, sondern selbst eingestanden, serenissimus gegen ihn als reum confitentem bekannten Rechten nach die auf solchen Ungehorsam gesetzte Strafe statuiren mögen, vbi enim clerici in iure confessi sunt excessum, ob quem suspendi merentur; non immerito suspendendi sunt.

c. 4. X. de iudiciis.

So hat der pastor Mevius wegen des angeführten und selbst eingestandenen Ungehorsams, daß er die Sache am Neu-Jahrs-Tag wider ausdrücklichen Befehl auf die Cantzel gebracht, die Strafe der suspension und priuation seiner Einkünfte wohl verdienet. V. R. W. 28

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCXXXVIII.

RESPONSVM LXX.

THEMA.

De ministro incorrigibili ab officio remouendo.

SVMMARIA.

Species facti et quæstiones propositæ. n. 1.
Sine legitima testium receptione ad sententiam definitiuam procedi non potest. n. 2.
Causa remotionis ministri ecclesiæ inter causas arduas et maiores refertur. n. 3.
Omissio probationis necessariæ nullitatem insanabilem in processu operatur. n. 4.
Defensio nemini denegari debet. n. 5.
Ob leuiores excessus pœna depositionis clericorum locum non habet. n. 7.
Sine præuia admonitione minister ecclesiæ delinquens, si corrigibilis est, ab officio non deponitur, n. 9.
Quod ex peculiaribus iuris canonici rationibus illustratur. n. 10.
Ecclesia dicitur viduata, quæ ministrum ecclesiæ inutilem habet. n. 11.
Minister ecclesiæ incorrigibilis remouendus est. n. 12.
In causis summariis et denunciationum subtilia processus non attenduntur, n. 13.
et sola veritate inspecta proceditur. n. 14. 15.

Num

Num in rescriptis deductio causalium sit necessaria? n. 16.

Arrogantia clericorum, qui sub prætextu vocationis diuinæ immediatæ independentes esse volunt, reprehenditur. n. 17.

Ministro ecclesiæ suspecto de excessibus substitutus adiungendus est. n. 20.

1 Nachdem die gegen den Pastorem zu N. Ehrn Io. Mauritium M. ergangene denunciations-acta in 8. volum. mir zugeschicket, und mein priuat rechtliches Gutachten über folgende zwey Fragen:

Quæstio I.

Ob die in vol. N. VII. befindliche querela nullitatis abgeschlagen werden müsse, oder nicht?

Quæstio II.

Welches Concept zum Rescript in vol. sub N. VIII. an die Hochgräfliche Regierung am besten zu achten?

begehret, so erachte ich denen Rechten gemäß zu seyn

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl bey der ersten Frage in der angestelleten querela nullitatis gegen das Franckfurtische Urthel angeführet worden, daß 1) alzu balde in dieser denunciations-Sache definitive gesprochen sey, da doch diese Sache noch zur Zeit zu einer definitiv-Urthel nicht reiff gewesen, und aus denen actis zu ersehen, daß der Fiscal vol. VII. den denunciations-libell ordentlich übergeben, denunciatus mündlich darauf von Punct zu Punct geantwortet, dieselbe theils secundum quid eingestanden, theils negiret, und auf Beweis prouociret, und es dahero scheinen möchte, daß auf solchen 2) zuförderst erkannt werden müssen, angesehen ob gleich über einige facta Zeugen summarisch abgehöret worden, doch solche weder seruato iuris ordine abgehöret, noch beendiget sind, cum tamen sine legitima testium receptione ad definitiuam procedi non possit, absonderlich 3)

3 in causa remotionis ministri ecclesiæ ab officio, als welche inter causas arduas et maiores zu referiren und magni præiudicii ist, in welchem das festina lente zu obseruiren, und grosse circumspection zu gebrauchen, so gar daß denunciat vermeinet, daß gleichwie er von GOtt berufen sey, er auch allein von GOtt, und nicht von Menschen, von seinem Amte ab-

4 gesetzet werden könne, um desto mehr also 4) eine nullitas insanabilis alhier anzutreffen, daß dieses substantiale, nemlich probatio necessaria, hindangesetzet, darauf nicht erkannt, sondern so fort definitive auf die remotion ab

5 officio gesprochen worden. So dann 5) denunciaten sein Gegenbeweiß, in welchem seine Haupt-Defension beruhet, ebenfalls abgeschnitten ist, cum tamen defensio nemini denegari queat, auch 6) nicht angehen will, daß 6 die Zeugen ihre summarische Aussage zuvor noch beschweren, und alsdann erst zur remotion geschritten werden soll, welche condition dem Urtheil annectiret worden ist; allermassen die Zeugen nur summarisch ad fundandam denunciationem, non ad legitimam probationem efficiendam abgehöret sind, und dahero nöthig seyn möchte, daß, nachdem denunciat litem in den meisten Puncten negative contestiret, die Zeugen ad articulos abgehöret, und denunciat ad formanda interrogatoria zugelassen, wie auch ad videndum iurare testes gebührender Massen citiret werden, welches aber 7) alles hindangesetzet, so doch absque nullitate nicht geschehen mögen, nicht zu gedencken 8) daß er einige exceptiones der li- 7
tis contestationi annectiret, als daß ihm per substituti vocationem die Pfarr-Revenüen geschmälert worden, in welche er zuförderst, da er bishero in dem ruhigen possess gewesen, plenarie restituiret werden müsse. Endlich 9) denunciat vorgegeben, daß er bereits so viel beygebracht, daß alle gegen ihn angebrachte, und denunciirte facta, wenn sie auch gleich wahr seyn solten, zur remotion nicht zureichend seyn können, als in welchen nur leuiores excessus, keinesweges aber vera delicta anzutreffen, aus welchen allein die depositio clericorum statt finde,

c. 1. D. 81.

und dahero 10) es das Ansehen gewinnen möch- 8
te, als wenn die querela nullitatis anzunehmen, und quoad quæstionem secundam keines von beyden Concepten zum Rescript auszufertigen, allenfalls aber 11) das erste vorzuziehen sey, als welches die rationes reiectionis in sich hält, und man daraus sehen kan, daß causa sufficienter cognita, die reiection geschehen sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) zuförderst alhier 9
wohl zu bemercken, daß bereits denunciat laut vol. sub N. II. wegen vieler unrechtfertigen Puncta und gegen sein Amt begangene grobe excessus in anno 1728 zur Untersuchung gezogen, und durch zwey Urtheil ihm eine pœna pecuniaria von 100 Rthlr. dictiret, mit der remotion aber bloß deswegen noch zur Zeit verschonet sey, weil er noch nicht bestrafet, auch nicht pro incorrigibili zu halten gewesen, gleichwohl der pœnæ pecuniariæ diese nachdenckliche Clausul annectiret worden:

auch nachdrücklich und mit Bedrohung der gäntzlichen remotion von seinem Pfarrdienst zu besserer priesterlichen Betragung gegen männiglichen und zur devotesten Verrich-

Verrichtung seines heiligen Amts wie auch zu mehrerem Respect seiner Obern anzuweisen.

Woraus denn 2) zu ersehen, daß er schon damals zur remotion ziemlich reiff gewesen, jedoch man mit ihm zuförderst per gradus gehen und versuchen wollen, ob bey ihm eine Besserung in seinem Leben und Wandel zu hoffen sey, als welche methode man insgemein mit ruchlosen Predigern zu halten pfleget, ne sine præuia admonitione delinquens, si corrigibilis sit, statim deponatur ab officio.

CARPZ. *lib. III. iurispr. conf. def. 112. n. 10.*

10 Dabey dennoch 3) dieses nicht ausser acht zu lassen, daß dieses gelinde Verfahren bloß ex peculiaribus iuris canonici rationibus, quod ordini clericali vltra modum fauet, hergeflossen, da sonsten keiner mehr, als ein gott- und ruchloser Prediger, der mit seinem Leben alles, was gelehret wird, wieder niederreisset, dahero sein Amt zu verrichten, gantz untüchtig ist, und die Qualitäten *1 Tim. III.* und *Tit. I.* keinesweges besitzet, die Absetzung vom Amte
11 verdienet, mit welchem er so liederlich umgehet, so doch billig in heiligem Leben und gottseligen Wandel von einem Geistlichen, wann er sonsten seine Gemeine erbauen will, geführet werden muß, adeo, vt talis ecclesia dicatur viduata, quæ licet ministrum ecclesiæ, inutilem tamen, perhibetur habere,

c. 2. X. de translat. episc.

welche Kirchendiener schon Iustinianus abzusetzen befohlen hat,

l. 42. ff. 10. C. de episc. et cler,

12 denunciat also 4) sich nicht beschweren kan, daß anitzo die remotion gegen ihn erkannt sey, da er so nachdrücklich zur Besserung seines priesterlichen Lebens, und besserer Beobachtung seines Amts erinnert, und sub pœna remotionis gewarnet worden, sein heiliges Amt, quod inculpate gerendum, mit mehrerer deuotion zu verrichten, dem zuwider er jedoch von neuen unterschiedliche excesse gegen sein Amt und die besondern Pflichten eines Geistlichen begangen, und dargethan, daß er incorrigibilis sey, und keine Besserung zu hoffen; wie es denn an und vor sich selbst eine betrübte Sache ist, wenn man den erst bessern will und muß, der andere bessern soll, auf welche dasjenige, was in *c. 2. D. 87.* stehet, wohl zu appliciren, und wie nun 5) auf diesen Umstand die Herren Franckfurtenser in ihren rationibus ins besondere und gar recht reflectiret, und gar wohl geurtheilet, daß es nicht allein auf die itzo von neuen denunciirte facta, sondern darauf ankomme, ob er sowohl seinem Versprechen als dem Franckfurtischen Urtheil nach sich gebessert, und keine Aergerniß weiter gegeben, also haben sie, nachdem sie das Gegentheil aus den neuen Acten, und dieses wahr genommen, daß denunciat in seinen vorigen sündlichen und ärgerlichen Wegen fortgegangen, mit Abschneidung aller Weitläuftigkeit, welches schon die ICti zu Altorf vormahls erinnert, zwar die Beeydigung der Zeugen noch vorher erfordert, aber auch zugleich wohl definitive erkennen mögen, und ob zwar 6) denunciat, da er wohl siehet, daß er die vormahls angedräuete remotion verdienet, auf diese Cautel gefallen, daß er den effect des Franckfurtischen Urtheils bloß durch Angreifung 13
derer processualium und Anführung allerhand vermeintlich committirten nullitäten, auf viele Jahre, ja bis an das Ende seines Lebens suspendiren, und aufhalten möge, dennoch in diesem ihn nicht nachzusehen, vielmehr zu erwegen, daß insgemein diejenigen, die eine schlimme Sache haben, diese Gewissens-lose chicane gebrauchen, daß sie ex defectu formalium den Proceß selbst impugniren, und von denen materialibus dadurch die Sache gantz abzuführen suchen, zu welchem Ende auch 7) er diese Sache blos dahin zu tourniren gesuchet, daß man dieselbe, worauf so vieler Seelen Heil und Wohlfahrt beruhet, in einen weitläuftigen Proceß ziehen, einen ordentlichen Beweiß und Gegenbeweiß zulassen, und dadurch die Sache protrahiren mögen, da es doch an der nöthigen und zureichender Bescheinigung so weit hier pro re nuta nöthig gewesen, nicht ermangelt, vielmehr die vom neuen ausgeübten excessus theils aus seiner eigenen confession klar sind, theils auch durch die Aussage der Zeugen, wenn solche eydlich bestärcket wird, pro qualitate causæ præsentis und nach Maßgebung des anno 1733 eröffneten Urtheils, worin ihm schon euentualiter ob nouos excessus die remotion zuerkannt ist, zur Gnüge heraus gebracht sind. Hierüber denunciat selbst in vol. sub N. VII. bereits weitläuftig seine defension bey allen Puncten geführet, so daß man nicht sagen kan, daß es in hac causa summaria an denen substantialibus ermangelt, vielmehr dieser geführte Proceß in causis denunciationum allerdings zu billigen, dahero auch 8) Se. Königl. Maj. 14
in Preussen dergleichen kurtze Untersuchungs-Processe gegen gottlose und untüchtige Prediger, die ihrem Amte übel vorstehen, iniungiret, und alle Weitläuftigkeit abzuschneiden befohlen, anbey gewolt, vt sola veritate inspectu procederetur, bey solchen Umständen 9) also die que- 15
rela nullitatis, als welche bloß diese Sache ins weite Feld zu spielen, und durch diesen Abweg die verdiente remotion zu hemmen suchet, billig zu verwerfen, und denunciaten alle Gelegenheit, seine intendirte Absicht zu erreichen, zu benehmen, dabey er auch 10) um desto weniger sich zu beschweren hat, da ihm das beneficium appellationis noch offen gelassen, und ihm frey stehet, in der höhern instantz sein Heil zu versuchen, aber schwerlich zu glauben stehet, daß die sententia Francofurtensis werde reformiret werden. Und so viel 11) die andere Frage be- 16
trift, zwar das erste Concept eine ausführliche deductionem causalium, warum die querela nullitatis verworfen worden, in sich hält, das letzte hergegen nur in generalen terminis abgefasset, dennoch dieses letztere meines Erachtens

vorzu-

vorzuziehen ist, weil es bedencklich fallen will, dem denunciato neue Gelegenheit zu disputiren und zu critisiren zu geben, und mir iederzeit die rescripta besser gefallen, die ohne vieles raisonniren etwas verordnen, und befehlen, dieserwegen mir das Letztere zu Abfassung eines rescripts besser, bewandten Umständen nach, zu seyn scheinet. Dagegen dann die rationes dubitandi nichts verfangen wollen, angesehen ad 17 1) nicht nöthig gewesen, in dieser Sache bey denen besondern Umständen zu interloquiren, und ad 2) nach des denunciati Wunsch auf einen ordentlichen Beweis und Gegenbeweis ad remorandam remotionem zu erkennen, allermassen die rationes decidendi ergeben, daß er sich keinesweges nach denen beyden Vol. II. befindlichen Urtheln gebessert, sondern bereits in anno 1736 so viel Unfleiß in seinem Amte sich geäussert, daß Se. Hochgräfliche Excellentz mit gutem Gewissen die Gemeine nicht länger versäumen lassen können, dieserwegen per rescriptum vom 22 Oct. d. anni dero consistorio anbefohlen, ihm einen substitutum zu setzen, wodurch ein neuer Grad zur Besserung mit ihm vorgenommen, welcher aber ebenfalls wenig gefruchtet, und dahero man nunmehro mit der im anno 1733 ihm bereits angedraueten remotion verfahren können, da es nicht auf die letztern facta allein, sondern vornemlich darauf, ob Er sich gebessert, und seinem Amte mit mehrerem Fleiß vorgestanden, ankommt, welches sich so wenig befindet, daß er vielmehr im Gegentheil seine vorige Unart und Nachläßigkeit beständig continuiret. Dahero ad 3) man lange genug auf seine Besserung gewartet, und mit der remotion gar nicht geeilet, als welche ihm schon anno 1733. im Fall er sich nicht bessern würde, angedrauet ist, vielmehr man bis auf dieses Jahr mit höchstem Schaden seiner Gemeine ihm nachgesehen, ehe der fiscal seine denunciation gegen ihn übergeben, so daß es unverantwortlich seyn würde, ihn länger bey dem Amte mit so vieler Seelen Gefahr zu lassen; dabey denn theils die Arrogantz des denunciaren, da er eine immediatam vocationem diuinam sich zueignet, als dessen ignorantz in moralibus et sacris billig zu bewundern, da er independent und keiner menschlichen remotion unterworfen seyn will, dagegen er nur die herrliche und ausserlesene Epistel des CLEMENTIS ad Corinthios nachlesen, und sich daraus informiren lassen können, wie diejenigen in dem ersten seculo abgesetzet sind, die nicht unsträflich gewandelt; bey solcher Beschaffenheit also, was 18 ad 4) de nullitate insanabili angeführet, hier keine application findet, noch weniger ad 5) gesaget werden kan, daß er nicht genugsam gehöret, und keine defension geführet, die doch bereits vol. sub N. VI. ausführlich ad acta gebracht, er aber darin die ihm imputirte neue excessus nicht ablehnen können, vielmehr einige so gar eingestanden, worunter keines von den geringsten ist, daß denunciat bey der vom Superintendenten im an. 1734 gehaltenen Schulvisitation und examine der Jugend nicht einsten zugegen gewesen, sonder viel lieber einem Dorf-Schmausse beym Krüger beywohnen, als sein Amt versehen wollen: um einen Bienen-Schwarm einzuschlagen, des Mittages aus der Kirche geblieben, und den Segen nicht mitgetheilet: ärgerliche Wege vorgenommen, um seine Tochter gegen der Eltern Willen an einen jungen Studenten zu bringen und dergleichen, welche data gewiß schlechte Besserung, in deren Hoffnung doch die remotion noch nicht erkant, sondern nur angedrauet ist, anzeigen, also solche endlich zum effect zu bringen. Dazu ad 6) 19 die Beendigung der summarisch abgehörten Zeugen genug ist, da schon so viel andere gravamina sind, und diese denunciation als eine suite von der ersten anzusehen, und mit derselben connexion hat. Dahero ad septimum man hiebey keinen ordentlichen Proceß gebrauchet. Uebrigens ad 8) seine annectirte exception 20 auf ein beygemessenes Spolium hinaus laufet, welches ohne grosse Verwegenheit nicht geschehen mögen, da die grosse Nachläßigkeit des denunciati S. Hochgräfl. Excell. dahin gebracht, daß dieselbe dieses Mittel pro bono ecclesiæ, cuius salus suprema lex esse debet, gebrauchen müssen, da dieselbe wohl Ursache gehabt hätten, ihn nunmehr zu suspendiren, gleichwie die Gesetze auch dieses Mittel bey Vormündern approbiren, daß man einem unrüchtigen und suspecto tutori bisweilen einen curatorem adiungiret, woraus denn ad 9) et 10) die ange- 21 führte conclusiones wegfallen, zumal denunciat, weil er sich nicht gebessert, sondern in seinem unchristlichen und ungeistlichen Wandel fortgelebet, zu removiren gewesen, welches ihm schon eventualiter in anno 1733 zuerkannt ist; also auf integra acta von anno 1726 an hier zu sehen, und darnach zu sprechen ist. Endlich ad quæst. 2. die Ursache bereits specialius angeführet ist, warum das letztere concept vorzuziehen.

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß die 22 querela nullitatis zu verwerfen, und denunciat, nach dem letzten concept zu einem rescript, zu bescheiden sey. V. R. W.

NOMINE PRIVATO
MENSE OCTOBR. MDCCXXXIX.

RESPONSVM LXXI.

THEMATA.

I. Exemplum ministri ecclesiæ arrogantis et contumacis. n. 1-30.

II. De ministrorum aulicorum dimissione. n. 31-38.

III. De nociua ministrorum ecclesiæ translocatione. n. 39-42.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio I. de ministro ecclesiæ arrogante et contumace. n. 2.

Ministris ecclesiæ primariis vitio non est vertendum, si monendo et corripiendo officium suum faciant. n. 3. 9. 10.

Quia non suam sed Christi causam pro concione agunt, et per eos ipsemet Deus adhortari dicitur. n. 4.

Nulla personarum habita ratione. n. 5. 6.

Qui ministros ecclesiæ tangit, pupillam oculi Dei tangere dicitur. n. 7.

Delinquere non censendus est, qui aliquam rationem credendi habet, sibi illud, quod facit, facere licere. n. 8.

Vita ante acta christiana præsumtionem delicti excludit. n. 11.

Pruritus dominandi papalis a ministris ecclesiæ alienus esse debet. n. 12.

Principibus competit ius circa adiaphora. n. 13.

Clericorum ecclesiæ Romanæ proprium est, dominari conscientiis. n. 14.

A quo abhorrent Protestantes. ibid.

Iudicio pastorum et ministrorum ecclesiae princeps stare non tenetur. n. 15.

Crimen hæreticinæ delineatur. n. 16. 17. 18. sqq.

Studium pietatis resuscitare volentes ab aliis fere in suspicionem fanaticarum opinionum vocati sunt. n. 17.

Quales ministri ecclesiæ dicantur arrogantes? n. 19. 20.

Prudentia theologica ministri ecclesiæ in quonam consistere debeat? n. 21.

Sola accusatio vel nominatio non sufficit ad aliquem damnandum. n. 22.

Pastores in concionando affectibus priuatis indulgere non debent, nec odium sub prætextu muneris emittere. n. 23. 24.

Exceptio bonæ intentionis asylum delinquentium esse non debet. n. 27.

Nec prætextus conscientiæ. n. 28.

Contumacia sacra in quonam consistat? n. 29.

Decisio quæstionis I. n. 30.

Quæstio II et III. de eodem argumento. n. 31.

Sine causæ cognitione et defensione nemo condemnandus est. n. 32.

Depositio ministri ecclesiæ non nisi præuio processu legitime instructo locum habet. n. 33.

Num sacerdotibus officium sacrum immediate a Deo conferatur? n. 34. 35.

Depositio quomodo differat a simplici dimissione? n. 36. 37.

Decisio quæstionis II et III. n. 38.

Quæstio IV. De nociua ministrorum ecclesiæ translocatione. n. 39.

Translocationes ministrorum ecclesiæ non sunt infrequentes inter protestantes. n. 40.

Verum admodum nociuæ. n. 41.

Decisio quæstionis IV. n. 42.

1 Die mir zugeschickte facti species bestehet in folgenden Umständen.

Es ist Titius von seinem souverainen Landes-Herrn von einer geringen Dorf-Pfarr zum ersten Hof-Prediger und Beicht-Vater vociret, und von demselben binnen etlichen Jahren mit gar vieler Huld und Gnade überschüttet worden, weil der Landes-Herr ihn beständig für einen Mann gehalten, dem es allein um die Ehre GOttes und die Ausbreitung seines Reichs zu thun sey. Es geschiehet aber, daß einige Prediger sich ein Gewissen machen, in einer gewissen ordinatione ecclesiastica bestimmten, und bey der gemeinen Landüblichen Weise, welche in der wircklichen gewöhnlichen praxi unwiedersprechlich sehr viele Mängel und Mißbräuche auf sich hat, ferner zu verbleiben, und dahero bey dem souverain um dispensation und Befreyung angehalten, worüber aber bey der Geistlichkeit einige Bewegung entstanden. Ins besondere aber hat sich Titius hierbey als einen harten und indiscreten Vertheidiger der väterlichen Satzungen bezeiget; in der ersten Predigt, so er nach dieser entstan-

entstandenen Bewegungen für seinen Landes-Herren gehalten, gantz greulich und ohne Grund auf gewissenhafte Prediger, an deren Treue man doch nichts auszusetzen, geschmähet und gelästert, und sich dadurch verrathen, daß er der lauteren Wahrheit und dem rechtschaffenen Wesen mehr abgeneigt und zuwider, als günstig und beförderlich sey; dahero der Landes-Herr ihm sein Verfahren nachdrücklich verweisen und ihm zugleich anbefehlen lassen, in Zukunft sich aller Schmähungen und dergleichen Streitigkeiten auf der Cantzel zu enthalten, sich aber, wenn er ja über Irrthümer in der Lehre zu klagen Ursache zu haben vermeinen solte, am gehörigen Ort zu melden. Diesem allem ohngeachtet hat er nicht unterlassen, ob zwar mit mehrerer Sanftmuth, von dergleichen Dingen zu predigen, welches ihm aus grosser Gnade frey hingegangen. Da aber Titius indessen gehöret, daß einem in seinem Gewissen bedrängten Prediger eine gantz billige und unanstößige Gewissens-Freyheit durch eine gnädige dispensation zugestanden worden, so hat er sich deswegen bey seinem Landes-Herrn in sehr harten und gantz wider den schuldigen respect laufenden terminis schriftlich gemeldet, über Ketzereyen und falsche Lehren doliret, anbey solche Lehrer zu verkehern und anzuschwärtzen gesuchet, von denen man doch gewiß ist, daß sie es redlich mit GOtt und seiner Kirche gemeinet. Ja es ist sein affect so weit gegangen, daß er keinen Scheu getragen, auch diejenigen von dem hohen Hause seines Landes-Herrn anzugreifen und zu beschuldigen, daß sie falsche Lehrer sammt ihren Irrthümern schützeten, welche doch am allernächsten und genauesten mit derselben verbunden sind. Und als man aus diesem Schreiben einige Fragen zu Titii näherer Erklärung gezogen, hat aus deren Beantwortung nicht nur nichts als Feindschaft und Bitterkeit hervorgeleuchtet, sondern man hat augenscheinlich gesehen, daß nicht die Liebe zu JEsu und seinen theuren Wahrheiten, sondern ein unerträglicher und Seelen-verderblicher Hochmuth der Grund von seiner Verstellung, die er doch mit dem Schein des Gewissens bemäntelt, gewesen sey. Er hat sich dabey nicht gescheuet zu schreiben, daß der Landes-Herr in Kirchen-Sachen nichts vornehmen solle, ohne seine, des Titii, Meinung erst darüber einzuholen, weilen er nicht nur Beicht-Vater, sondern auch des Landes-Herrn Gewissens-Rath sey; welches doch eine Sache ist, deren er sich ohne einiges habendes Recht bloß eigenmächtig angemasset. Gleichwohl ist bey diesem allen des Landes-Herrn Gedult und Gnade so groß gewesen, daß dem Titio weiter nichts geschehen, als daß ihn im Namen des Landes-Herrn angedeutet worden, daß, da er sich nunmehro als einen hochmüthigen, rachgierigen und mit vielen passionibus angefüllten Mann dargestellet, und das bishero von dem Landes-Herrn in ihn gesetzte Vertrauen gäntzlich hinweg gefallen, dahero man ihn hinführo nicht mehr zum Beicht-Vater haben wolte, inzwischen solte er in denen übrigen Verrichtungen nebst Beybehaltung seiner ansehnlichen gage und derer übrigen accidentien so lange verbleiben, bis der Landes-Herr Gelegenheit finden würde, ihn anderwärts zu versorgen, mit dem gnädigen Beyfügen, daß ihm auch frey stehen solte, vor seiner gnädigen Herrschaft hinfuhro zu predigen, wenn er sich nur aller anstößigen Reden und Anzüglichkeiten enthalten wolte. Ob nun wohl Titius noch in sich gehen, und in Zeiten sein Verfahren bereuen, und decreciren können, so hat doch dieses alles eine gantz andere Wirckung gehabt, indem seine Halsstarrigkeit nicht zugelassen zu bekennen, daß er zuweit gegangen, sondern er vielmehr dagegen bezeuget, daß er nicht wisse, ob er sich aller Anzüglichkeit enthalten könne, und daher gebeten, daß ihm seine vorige Dorf-Pfarre wiederum zu theil werden möchte, welches ihm der Landes-Herr in Gnaden accordiret, und ihm eine jährliche gage von 1000 Thlr. zugeleget. Unter der Zeit aber als dieses zum Stande gebracht werden solte, hat Titius vermöge der ihme dazu gegebenen gnädigsten Erlaubniß geprediget, aber auch dieser Gnade gemißbrauchet, denn zu geschweigen, daß er einsmalen den Spruch GAL. V, 16. im Eingang gar bedencklich erkläret, so ist seine am dritten Sonntage des Advents gehaltene Predigt von solcher Beschaffenheit gewesen, daß sie der gantzen Gemeine, um der harten und höchst ärgerlichen Anzüglichkeit willen, zum grössesten Aergerniß gereichet, zumal er sein exordium aus Apoc. II, 10. genommen, und weitläuftig gezeiget, wie man ohne Furcht vor Menschen die Wahrheit frey sagen und bekennen müsse, auch alles zu erfolgende Leiden mit Gedult und Standhaftigkeit ertragen solte, wie er dann dabey Iohannem den Täufer als ein Exempel der Gedult und der Treue vorgestellet, wie derselbe von dem Jordan an dem Hofe des Herodis berufen, und von demselben so lange geliebet worden, bis er ihm die Wahrheit gesaget, so bald aber dieses geschehen, er vom Hofe weg und in das Gefängniß gehen müssen ꝛc. Anbey die application dahin gemachet, daß man lieber alles leiden, als der Wahrheit das geringste vergeben müsse. Ob nun wohl dieses für eine richtige Wahrheit anzusehen, so ist doch einem jeden sofort in die Augen gefallen, daß er sich als einen um der Wahrheit willen leidenden Märtyrer, seinen so gnädigen als gedultigen Landes-Herrn aber als einen ihm Gewalt und Unrecht thuenden Herodem vorgestellet. Nachdem ihm nun sein Vergehen auf das Neue vorgehalten, alles fernere Predigen untersaget, und zugleich angedeutet worden, daß, da man keine Besserung bey ihm vermuthen könne, der Landes-Herr ihm keine Gemeine, sie möge noch so klein und geringe seyn, anvertrauen könne, er zwar jährlich 1000 Thlr. pension behalten, aber so lange ohne Amt leben solte, bis man sehen würde, daß er sich von Hertzen bekehret, und in dem Stande wäre, andern den Weg des Lebens zu zeigen. Ob nun wohl der Landes-Herr ihm bishero alles

selbst durch einen derer vornehmsten Bedienten bedeuten lassen, so hat dennoch Titius (nebst dem, daß er gebeten, es möchte ihm mit der pension auch seine Pfarre wieder zugestanden werden) sich beklaget, daß man ihn ohne Urthel und Recht condemnirt, und er nicht wisse, womit er dieses, was ihm wiederführe, verdienet. Daher dann hiebey folgende Fragen vorgeleget sind:

Quæstio I.

2 **Ob nicht Titius sich gegen seinen Landes-Herrn gröblich vergangen, auch zugleich dem gantzen Lande ein grosses Aergerniß gegeben?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl, in der angeführten facti specie unterschiedliche momenta befindlich zu seyn scheinen, welche Titio zu statten kommen möchten; wohin vornemlich gehöret, 1) daß Er der erste Hof-Prediger und Beicht-Vater des Landes-Herrn gewesen, und dahero mit desto grösserer Freymüthigkeit, wenn er irrige Lehre und Spaltung in der Kirche gemercket, für seinen souverain, der ihm auf sein Gewissen gebunden, reden, und die Ketzereyen und Verführung, anzeigen müssen, zumahl er vielleicht aus denen Neuerungen, so ein und ander Prediger bey denen väterlichen Satzungen sich gemachet, befürchten müssen, daß eine schädliche Spaltung und syncretismus entstehen und Unruhe in der Kirchen erregen würde, dergestalt, daß es sein Amt und Pflicht erfordert, frey und ohngescheuet zu reden, und den gebührenden einhalt dabey zu gebrauchen; quis enim ministris ecclesiæ primariis vitio vertet, aut quidpiam culpæ imputabit, si monendo et corripiendo faciant suum officium, quod a Deo illis iniunctum est. *2 Tim. IV, 2. Esr. LVIII, 2. Ezech. XXXIII, 7. 8.* Et non modo a Prophetis et Apostolis, sed et ipso Salvatore nostro facto declaratum est, ingenti siquidem cum zelo et inaudita παῤῥησία magnus ille propheta ludæos coarguit, et ipsos a patre diabolo esse sonora voce profiteatur. *Iob. VIII, 44.* Ita nempe Christus apostolis et eorum in ministerio successoribus dixit: qui vos audit, me audit: qui vos spernit, me spernit. *Luc. X, 16.* Cum eo ergo transigant, qui admonitionum adeo sunt impatientes;

CARPZOV. *in iurispr. eccl. lib. 3. def. 98. n. 4. sqq.*
REINKING *de reg. sec. et eccl. l. 3. cl. 2. c. 2. n. 5.*

4 Allermassen es auch 2) sehr gefährlich und bedencklich fallen würde, wenn ein solcher vornehmer Geistlicher dieserwegen iederzeit in Verantwortung gezogen werden solte, quia non suam sed Christi causam pro concione agit, cuius legatione fungitur, et per quem ipsemet DEVS exhortari dicitur.

2 Cor. V, 20. CARPZ. *c. l. n. 7.*

Dabey aber 3) kein Unterschied der Person, absonderlich bey einem Geistlichen, der erste Hof-Prediger und Beicht-Vater des Landes-Herrn ist, zu machen; allermassen ein solcher Geistlicher wegen dessen, was der Landes-Herr thut und an dessen Hofe geschiehet, besorget seyn, und dabey allem anscheinenden Uebel beyzeiten vorkommen muß, wie solches INNOCENTIVS III wegen des Königs in Franckreich mit folgenden Worten bemercket: Sed forsitan dicetur, quod aliter cum regibus et aliter cum aliis est agendum. Ceterum scriptum nouimus in lege diuina: ita magnum iudicabis vt parvum, nec erit apud te acceptio personarum. 5

c. 13. X. de iudic.

Dabey er auch die allgemeine Pflicht eines solchen im ersten Rang stehenden Geistlichen mit diesen Worten ausdrücket: quia potestas nostra non est ex homine, sed ex DEO, nullus, qui sit sanæ mentis, ignorat, quin ad officium nostrum spectet, de quocunque mortali peccato corripere quemlibet Christianum, welches alles der Heil. Schrift gemäß seyn will, dergestalt, 6 daß 4) Titius bey solcher Bewandtniß Ursache gehabt zu haben scheinet, zu begehren, daß weil er nicht allein Beicht-Vater, sondern auch des Landes-Herrn Gewissens-Rath sey, er in Kirchen-Sachen ohne sein, des Titii, Vorwissen und Meinung, nichts thun solle, dabey er dann ohne Zweifel auf des Käysers VALENTINIANI bedencklicher Reden, so er bey der vorseyenden Wahl eines Ertz-Bischofs von Meyland geführet haben soll, gezielet: talem in pontificali sede constituere procureris, cui et nos, qui gubernamus imperium, sincere nostra capita submittamus, et eius monitu (cum tanquam homines deliquerimus) suscipiamus necessario, velut medicamenta curantis, wie solche Worte Gratianus selbst anführet,

in c. 3. D. 63.

und INNOCENTIVS III. aus diesem Ort fideliter wiederholet,

in c. 13. X. de iudic.

als eine offenbare Anzeige, daß auch die gröstesten Potentaten sich nicht gescheuet, denen vornehmen Geistlichen in Glaubens- und Irrungs-Sachen sich zu unterwerfen, und deren Unterricht gerne und willig anzunehmen, sie auch als Gewissens-Räthe anzusehen. Und obwol 5) Titius nachgehends, da er vom Beicht-Vater-Amte abgesetzet und ihm sein Begehren, daß er seine vorige Pfarre auf dem Dorfe wieder annehmen Erlaubniß bekommen möchte, accordiret worden, er nicht nachgelassen den Eifer gegen die Irrende zu führen, und sein eigen Schicksal mit dem Exempel Johannis des Täufers, der vom Hofe des Herodis ebenfalls um 7

der

der Wahrheit willen gejaget und ins Gefängniß gesetzet worden, en parallel gesetzet, dennoch er solches nicht ohne Ursache gethan zu haben scheinet, da er eines theils causam DEI defendiret, und doch dabey ohnverschuldet gelitten haben will, cum, qui ministros ecclesiæ tangit, pupillam oculi DEI tangat:

c. 5. C. 2. qu. 7.

8 andern theils er dabey eine gute intention geführet, die Verbesserung gegen die einreissende Irrthümer gesuchet, und bona fide geglaubet, daß er daran nicht unrecht thue, delinquere autem non censendus est, qui aliquam rationem credendi habet, sibi illud, quod facit, facere licere.

HARPRECHT *resp. 42. n. 152.*

9 Vielmehr 6) er sich in seinem Gewissen verbunden geachtet, bewandten Umständen nach nicht zu schweigen, es möge daraus entstehen was es wolle, dazu selbsten die Schriften altes und neues Testaments ihm scheinen die Hand zu bieten, welche abermals INNOCENTIVS III. *in cit. c. 13.* zusammen getragen und angeführet hat: quod debeamus corripere et possimus, ex vtriusque patet pagina testamenti, cum clamet dominus per prophetam: clama, ne cesses; quasi tuba exalta vocem tuam et annuncia populo meo scelera eorum; et subiungat ibidem: Nisi annunciaueris impio impietatem suam, ipse in iniquitate, quam operatus est, morietur; sanguinem autem eius de manu tua requiram. Apostolus quoque nos monet: corripe inquietos, et alibi dicit idem: argue, obsecra, increpa in omni patientia et doctrina. Und ob er wohl
107) ein und andern harten Ausdruck mit einfliessen lassen, und das an ihn so oft gethane Verbot hindangesetzet, dennoch er dabey beständig bleibet, daß er die Wahrheit nackent sagen müssen, zumahl auch Exempel von dergleichen harten Ausdrücken in der Heil. Schrift zu befinden, und er der Apostel Lehre dabey in acht genommen, daß man GOtt mehr als den Menschen
11 gehorchen müsse. Inzwischen doch 8) in facti specie selbst angezeiget ist, daß er wegen seines guten Wandels und thätigen Christenthums von einer Dorf-Pfarre nach Hofe gezogen, und zum ersten Hof-Prediger und Beicht-Vater des Landes-Herrn bestellet sey, welches die grösseste præsumtion für ihn machet, daß er bey allem diesem Verfahren eine gute und redliche intention geführet, und für die Reinigkeit in der Lehre gewachet, als welches 9) dem vornemlich obliegt, der am meisten dabey ausrichten kan, und das Ohr des Landes-Herrn hat, man also fast sagen möchte, daß er dabey causam DEI nicht suam verfochten:

Rationes decidendi.

12 Weil aber dennoch 1) das hitzige und unvernünftige Verfahren des Titii aus seiner bey der gantzen Sache geführten conduite hervorgeleuchtet, als wozu er so gar keine erhebliche Ursache gehabt, daß vielmehr er seinen pruritum dominandi papalem mehr als zu klar dabey veroffenbaret, und nicht einsten mit einem vernünftigen Gemüthe ertragen können, daß sein souverain in ein und anderen adiaphoris, die 13 in praxi unwiedersprechlich viele Mängel und Gebrechen bey sich führen, mit einigen Predigern auf ihr Anhalten dispensiret, dem doch diese Macht im geringsten in Zweifel nicht gezogen werden kan, wie mit herrlichen testimoniis und rationibus illustriret

B. THOMAS. *de iure princip. circa adiaphor.*

und ich *tom. III. iur. eccl. in diss. prælimin. de iure liturgico* mit mehrern ausgeführet, auch ich keinesweges zweifle, daß diejenige Puncte, wovon der souverain ein und andere geistliche dispensando befreyet, solche adiaphora sind, worin dergleichen abusus insignes, die einem zarten Gewissen anstößig sind, vorkommen. Dabey er dann 2) keinesweges nöthig gehabt, 14 seines Beicht-Vaters Einwilligung und Rath erst zu suchen, wie er als aufgeworfener Gewissens-Rath prætendiret, dergleichen man zwar in papatu bey denen in der Blindheit mehrentheils steckenden Potentaten wahrnimmt, quod clericorum Romanæ ecclesiæ proprium sit, dominari conscientiis, gleichwol, unter Evangelischen und erleuchteten Landes-Herren sich gar nicht schicken will, als welche alle schwereste affairen in den Geheimten Rath bringen, und ihrer Minister Rath darüber erfordern; und ob ihm wohl 3) frey bleibet, auch seinen Ober-Hof- 15 Prediger darüber, was in Kirchen-Sachen laufet, zu vernehmen, dennoch dessen sentiment ihn gar nicht bindet, sondern er nach wie vor, den Schluß nach seinen lumiere und Gewissen darin machet, wie der vormahlige Gelehrte Cantzler in Tübingen, D. Jäger, recht wohl beobachtet: quo vsque autem iudicio pastorum et ministrorum ecclesiæ stare debeat princeps, quæstio est. Hic sane optime facit, si nulli simpliciter fidem faciat, sed omnia examinet ad normam scripturæ sacræ, quæ est principium credendorum. Alienum enim iudicium qui sequitur, facile in graue periculum incidit.

IAEGER *de conc. sacerd. et imper. c. 12.*

Womit auch der fromme BRVNNEMANNVS übereinkommt,

de iure eccl. lib. I. c. 2. §. 16.

und dabey 10. GERHARD VOSSIVS erinnert,

in diss. epistol. de iure magistr. in reb. eccl. p. 31.

daß das Vorgeben ein schlechter Behelf sey, quod magistratus iudicium recte sententium pastorum iudicio conforme esse debeat; als worauf er also replicirt; sed non cogitant hi, illud ipsum esse, de quo iudicare oportet magistratum, qui illi sint recte sententes pastores. Nec enim ideo ὀρθόδοξοι sunt, quia tales se esse profitentur, cum idem faciant ἑτερόδοξοι; zumahl es auch hier ofte

heisset: multi videntur, sed non sunt. Uebri-
16 gens 4) sein gantzes Verfahren überall inexcu-
sabel ist, da er bey denen geschehenen dispen-
sationibus Gelegenheit genommen, auf gewissen-
hafte Prediger, an deren Treue man nichts
auszusetzen, in seinen Predigten greulich zu lä-
stern und zu schmähen, so ihm billig verwiesen
worden, indem dieses der erste und vornehmste
Staats-Streich derer unrichtigen Gemüther ist,
daß sie gewissenhafte und fromme Leute verfol-
gen und sie verketzern, oder wenigstens in der
Lehre verdächtig zu machen suchen, welches
der gelehrte IO. LASSENIVS unter die vor-
nehmsten arcana atheistico-politica mit rech-
net,

in tr. de arcan. atheist. polit. p. 141. sqq.

und ich *tom. IV. iur. eccl. p. 837. sqq.* mit mehr-
rern erleutert, und mich dabey *p. 846.* auf das
iudicium des sel. D. SPENERS bezogen, da er
saget: die Lust, andere zu verketzern, währet
schon lange, und mögen wir fast allgemach ge-
wohnen, dergleichen zu hören u. s. w. wie es
in Wahrheit fast iederzeit so gegangen, daß
die vor andern um das Heil der Seelen sind be-
kümmert gewesen, von denen grössesten Geist-
lichen sind verketzert und verlästert worden. Zu
17 denen 5) Tirius sich ebenfalls gesellet, da er bey
Gelegenheit einer neuen dispensation an den
Landes-Herrn geschrieben, und solche Lehrer zu
verketzern und anzuschwärtzen gesuchet, von denen
man doch versichert gewesen, daß sie es redlich
mit GOtt und seiner Kirche gemeinet. Nicht
weniger sich nicht gescheuet, diejenigen von dem
hohen Hause seines Landes-Herrn anzureisen
und zu beschuldigen, daß sie falsche Lehrer zu ut
ihren Irrthümern schützeten, welche doch am al-
lernechsten und genauesten mit demselben ver-
bunden sind; wodurch er seinen ketzermacheri-
schen Sinn sehr nachdrücklich verrathen, sein
vermeintliches infallibile iudicium aber præ-
valiren lassen wollen, wovon abermal SPENE-
RVS sehr nachdencklich redet, dessen Worte ich
angeführet,

tom. IV iur. eccles. p. 847. et 851. sq.

auch der sel. BRVNNEMANNVS gar bedenck-
lich schreibet: Pietatis studium magna ex
parte neglectum. Si quando excitati viri
docti et probi, qui pietatis studium fere
exstinctum refuscitare voluerunt, ab aliis
fere in suspicionem fanaticarum opinionum
vocati.

lib. I. de iur. eccl. c. 1. §. 7.

Von welchem zwar unbekanten doch an sich rich-
tigen delicto hæreticinæ ich *cit. l. p. 1056.*
mit mehrern gehandelt. Uebrigens ob ihm wol
18 6) unverwehret gewesen, sich, wenn er über
Irrthümer in der Lehre zu klagen nöthig vermei-
net, auf geziemende Art und an gehörigem Ort
zu melden, wie ihm solches der Landes-Herr bey
dem ersten Verweiß frey gestellet; dennoch er
solches weder debito modo noch an gehörigem
Ort gethan, sondern nichts als Bitterkeit und
Feindschaft von sich blicken lassen, wie in facti
specie angeführet wird, welche Untugenden der
grössesten Ketzermacher wahre Eigenschaften
sind, und man ihr unrichtiges Hertz am besten
daraus erkennen kan. Wie er dann auch 7) 19
so gar dabey allen respect gegen seinen Landes-
Herrn hindangesetzet, und in sehr harten und
wieder den schuldigen respect laufenden termi-
nis sich bey demselben dieserwegen schriftlich ge-
meldet, absonderlich aber in der Predigt am
dritten Advent sehr anzügliche und auf das sehr
gelinde doch gerechte Verfahren des Landes-
Herrn gegen ihn gehende Materien vorgebracht
und sich mit Iohanne, den Landes-Herrn aber
mit Herode in effectu vergleichen wollen, da
er doch wegen seines Hochmuths, Ketzermache-
reyen, Lästern und calumpiiren gelitten, und
sich noch zur Zeit, daß er die Wahrheit gesa-
get, verfechten und erhärtet, nicht legitimi-
ren mögen, vielmehr ihm der Pabst GREGO-
RIVS zum guten Lehrer dienen kan, da er sa-
get: Hoc proprium habet doctrina ARRO-
GANTIVM, vt humiliter nesciant inferre, quod docent, et recta, quæ sapiant, recte ministrare non possint. In VERBIS enim eorum proditur, quod, cum docent, quasi in quodam sibi videntur sublimitatis culmine residere, eosque, quos docent, vt longe infra se positos velut in imo respiciunt, quibus non consulendo loqui, sed vix dominando dignantur. Wobey er den locum *Ezech. XXXIV, 4.* anführet, und ferner saget: Cum austeritate enim et potentia imperant, qui subditos suos non tranquille rationcinando corrigere, sed aspere inflectere dominando festinant, dergleichen hochmü-
thige Hirten der Herr als untreue verwirft.
Gleichwol 8) diesem allen ohngeachtet der Lan- 20
des-Herre ihm noch viele Gnade wiederfahren,
und ihm anfänglich sein Verfahren nur verweis-
sen, und anweisen lassen, sich dergleichen Be-
schuldigungen zu enthalten, und von allen Un-
züglichkeiten in seinen Predigten zu abstini-
ren, welches er doch alles hindangesetzet, und
noch das letztemahl sich erkläret, daß er nicht
wüste, ob er solches thun würde. Endlich auch
den dritten Advent-Sonntag damit losgebro-
chen, welches seinen beharrlichen Ungehorsam
anzeiget, und darthut, wie wenig capable er
sey, dergleichen Gnaden-Bezeugungen recht zu
gebrauchen, davon ein grosser Iurist gar wohl
schreibet: sane mali ingenii minusque Chri-
stiani certissimum indicium est, nolle ad-
moneri, licet fere eo deuentum, vt nullum
sanum ministro ecclesiæ dari posse videa-
tur consilium a magistratu, vel politico, quasi
huic voluntas DEI pariter reuelata non esset,
scilicet: Wie solte uns dieser sagen was recht
ist.

STRYK *ad* BRVNNEM. *ius eccles. lib. I.*
c. 6. membr. 1. §. 15. verbo: cum vide-
rit.

Dabey ihm dann die rationes dubitandi we- 21
nig zu statten kommen, indem bey der ersten ra-
tione zwar einem ersten Hof-Prediger wohl er-
laubet

laubet ist, alle Sorge zu Abwendung einreissender Irrthümer anzuwenden, dabey er aber die gehörige prudentiam theologicam, und Sanftmuth nicht hindansetzen, und nicht per tribunitios clamores auf der Cantzel, sondern am gehörigen Ort mit aller Gelassenheit und dergestalt vortragen muß, daß er sich nicht allein zum Herrn des Glaubens machen, sondern darüber Erkäntniß derjenigen, die dazu bestellet sind, erwarten muß, weil sonsten bey dergleichen Verdammen und Lästern nicht anders verfahren würde, als es auf vielen conciliis hergegangen, da die accusatores zugleich Richter gewesen, welches in effectu Titius intendiret, und sein condemniren allein prævaliren lassen wollen, so allen Rechten und der Christlichen Bescheidenheit und Sanftmuth zuwiderläuft, da man wohl weiß, was aus dergleichen Verdammen und Lästern für Aergernisse und schädliche Trennungen nebst anderm Unheil entstehen. Und dahero der sel. Tübingische Cantzler IAEGER gantz anders einen solchen Geistlichen instruiret: talia dicenda sunt neruose, deuote, ardenter, et cum lacrymis, quæ sæpe etiam dura corda emolliunt. Experientia eius rei testis est. Sæpe etiam litteræ ad principem CVM DEVOTIONE scriptæ pondus habent non exiguum. Non tam facile effluunt e memoria. Ceterum clamores tribunitios non suademus; rectissime enim ex Hugone Grotio de iure summ. potest. dixit Danhauerus in tr. de conscient. iniuriam faciunt euangelio, qui clauium nomen Tribunitiis concionibus obtendunt, et summarum potestatum facta aut ambiguæ interpretationis, aut parum, aut certe aliis minus nota, quanta possunt, acerbitate traducunt palam, idque ad plebem, quam ta-
22 libus factis mederi nec ius nec fas est. Ueberhaupt aber es gantz unerhört und unchristlich ist, ohne gnugsame Untersuchung iemand einer irrigen Lehre und Ketzerey zu verdammen, und sich dabey in concione zum alleinigen Richter oder Pabst aufzuwerfen, cum si accusatio vel nominatio sufficeret, multi damnandi essent innocentes, quia sæpe falsa in quoquam crimina nominantur.

c. 18. C. 2. qu. 1.

Bevorab da man leicht wahrnimmt, daß allein bey Gelegenheit einiger unschuldigen Dispensationen, die Titius nicht vertragen können, und dem die altväterlichen Satzungen lieber als Gottes Ehre gewesen, er auf unschuldige losgefeuret, und sie dadurch in suspicionem hæreseos zu bringen gesuchet, welches kein erlaubter elenchus, sondern ein unzeitiger und unvernünftiger Eifer ist, welches der Apostel, mit Un-
23 verstande eifern, nennet, und man dahero quoad secundam rationem dergleichen clamores tribunitios nicht als GOttes Stimme ansehen, noch einen solchen Prediger dadurch excusiren kan, quod non suam sed Christi causam egerit; ita scilicet officio fungi incumbit Pastoribus et ministris ecclesiæ, ne in concionando affectibus indulgeant priuatis et odium sub prætextu muneris emittant.

CARPZOV. *lib. 3. iurispr. eccles. def. 98. n. 16.*

Caueant ergo ministri ecclesiæ, ne limites officii excedant, et redargutorium Spiritus S. officium in tribunitios clamores ad seditionem contra magistratum excitandum comparatos degeneret; pii siquidem ministri ecclesiæ sunt præcones conuersionis, non tubæ seditionis.

IDEM *cit. l. def. 102. n. 9.*

Dahero dann die in ratione tertia angeführte 24
Lehre des INNOCENTII III. sich zwar wol für einen grossen Pabst, aber nicht für einen Evangelischen vornehmen Lehrer schicket, welchem das: vos autem non sic, billig anbefohlen seyn muß, es auch dabey die Meinung nicht hat, daß ein Hof-Prediger, wenn er Irrthümer vermercket, schlechterdings still schweigen, sondern nur, daß er auf gehörige Weise und Gelassenheit an gehörigem Ort es anzeigen, und die Untersuchungen denen überlassen solle, die dazu eigentlich gesetzet sind, nicht aber so fort einen indiscreten Eifer auslassen, und mit verketzern und verdammen auf der Cantzel schreyen und losfeuren solle, welches deswegen mit Recht Titio verwiesen, und hergegen er angewiesen, an gehörigem Ort solches anzubringen, so ihm aber nicht angestanden, und er lieber einen INNOCENTIVM III. agiren wollen. Uebrigens die ratio quarta ihm zu keinem 25
Gewissens-Rath, oder besser zu reden zu keinen Mit-Regenten in Kirchen-Sachen legitimiren kan. Vielmehr, was dabey einem gottseligen und klugen Regenten zu observiren sey, in rat. decidendi tertia vorgeleget, nicht weniger contra rat. quintam bereits in rat. decidendi quinta, sexta et septima angezeiget ist, wie impertinent und arrogant Titius sich bey aller Gelegenheit aufgeführet, und seine clamores keines Propheten Stimme, sondern tribunitii gewesen, da es vielmehr damals, als er vom Beicht-Vater-Amt abgesetzet worden, noch Zeit gewesen, in sich zu schlagen, seinen Unfug zu erkennen, und der ihm unverdient erzeigten Gnade sich würdig zu machen, welches er aber nichts geachtet, allen Gehorsam, gegen GOttes Wort und seiner Pflicht, sich entzogen, und über seinen eigenen Landes-Herrn hiebey herrschen wollen, contra monitum Petri.

1 Petr. V, 3.

Ferner hiebey die exceptio bonæ intentionis 26
ihm nicht zu statten kommen mag, davon der sel. D. NEVMANN gantz anders raisonniret,

in diss. de bona intentione, plerorumque omnium sectariorum asylo.

und unterm anderen §. 22. saget: Iudæi bona 27
intentione persequebantur Apostolos et interficiebant sanctos, sed committebant latrocinium. Non igitur iuxta bonam intentionem sed iuxta verbum DEI de factis iudi-

28 iudicandum est. Noch weniger die in ratione sexta aufgeführte exceptio conscientiæ ihn excusiren mag, es wäre denn, daß er mit dem Pabst INNOCENTIO III. allen Gehorsam und respect gegen seinen souverainen hindansetzen wolte; hierüber auch bekant ist, was für Bosheit und Sünden sub prætextu conscientiæ ausgeübet werden können, davon der gelehrte Iesuit LVDOVICVS BARDOLOVE in seinen Predigten in Frantzösischer Sprache *p. 164. sqq.* gar bedenckliche Proben ableget, und die Wirckungen eines unrichtigen Gewissens an-
29 zeiget; am allerwenigsten aber die in rat. septima angeführte exceptio veritatis ihn excusiret, es wäre dann, daß er sich in Glaubens-Sachen zum independenten Richter, und intuitu subiectionis gantz souverain halten wolen, wie es die That ausgewiesen, da seine vermeinte contumacia sacra so weit gegangen, daß er sich an kein Verbot, Erinnerung und Anweisung kehren, sondern alles nach seinem Kopf machen wollen. Endlich die letztere rationes ihn destomehr nunmehr zur Last geleget werden müssen, da man siehet, daß er kein rechtschaffenes Wesen an sich habe, sondern in Schafs-Kleidern in so lange sich verstellet, bis endlich seine innerliche Gemüths-Beschaffenheit sich selbst verrathen.

30 So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß Titius sich an seinem Landes-Herrn gröblich vergangen, und dem gantzen Lande durch seine demarchen ein Aergerniß gegeben.

Quæstio II.

31 **Ob die dem Titio dictirte Strafe zu groß sey?**

Quæstio III.

Wie Titius nach göttlichen und weltlichen Rechten zu bestrafen?

Rationes dubitandi et decidendi

32 Ob wohl dabey zu erinnern seyn möchte, daß Titius 1) noch nicht gehöret, und dahero sine causæ cognitione et defensione condemni-
33 ret sey, so ihm 2) um destomehr zu statten kommen möchte, als er sich darüber selbsten beschweret, und die Absetzung eine nicht geringe Strafe für einen Geistlichen im ersten Range ist, welche doch, bekannten Rechten nach, præuio processu legit me instructo allein geschehen muß,
34 so aber alles hindangesetzet, und man also 3) dafür halten möchte, daß in modo es versehen, und wenigstens durch eine commission die Sache untersuchet werden müssen, zumal 4) nicht leicht einem Geistlichen, ob er gleich a principe berufen und gesetzet, sein geistliches Amt genommen werden mag, quia officium secundum plurimorum Theologorum doctrinam sacerdotibus immediate a DEO confertur.

Dieweil aber dennoch diese in rat. quarta 35 angeführte Lehre gar nicht zusammen hänget, vielmehr das Amt einen Hof-Prediger von dem vocante principe anvertrauet und conferiret wird,

GROT. *de iur. summ. potest. circa sacra c. 4. §. 1.*

BVDDEVS *in instit. Theol. mor. P. 2. c. 3. sect. 8. §. 3.*

mithin demselben wohl frey stehet, daß, wenn er durch dessen übele conduite alles Vertrauen zu ihm verliehret, und dieser keinen Gehorsam, aller Vorstellung ungeachtet, leisten will, denselben wie andere Bediente zu dimittiren, und 36 dabey ein grosser Unterschied inter formalem depositionem et simplicem dimissionem sacerdotis aulici zu machen ist. Wie ich in meiner *dissertation, de iure principis circa dimissionem ministrorum principis*, mit mehreren dargethan und erläutert, solches auch insbesondere auf Hof-Prediger appliciret habe, allermassen gantz vernünftig ist, daß wie diese sich die Freyheit, ihre dimission zu begehren, wenn sie wollen, nehmen, und anmassen; also auch ein Landes-Herr seinen Hof-Prediger nach befundenen Umständen ohne weitläuftigen proceß dimittiren kan, wie dann gewiß dergleichen gnädige dimission mit ihm vorgenommen und sehr behutsam verfahren worden, angesehen ihm anfänglich nur das Beichtvater-Amt entzogen worden, nachdem der Landes-Herr alles Vertrauen zu Titio wegen seines unrichtigen Wandels verlohren, und er durch sein irrespectuöses Schreiben und Verlästern sich dessen unwürdig gemachet, dabey er doch noch zur Zeit bey seinem ordentlichen Amt und intraden geblieben, und man ohn Zweifel warten wollen, ob er sich eines anderen bedencken, und seinen harten Sinn brechen wollen. Da aber auch 37 dieses nicht erfolget, sondern er am dritten Advent-Sonntag von neuen sehr anzüglich und hart geredet, ihm alles Predigen und alle Amts-Verrichtungen untersaget worden, gleichwol ihm doch noch 1000 Thlr. Gnaden-pension gelassen sind, welches sein offenbares Vergehen keiner ferneren Untersuchung bedurfte, auch bey solchen gelinden Verfahren, da er noch 1000 Thl. gage behalten, mehr eine simplex dimissio als eine formalis depositio geschehen. Uebrigens ob er nicht noch nach göttlichen und weltlichen Rechten ein mehrers verdienet, und formaliter abgesetzet werden können, sich bey solchen Umständen nicht wohl determiniren lässet, als wozu eine förmliche Untersuchung gehören würde.

So halte ich dafür, daß Titio nicht zu viel 38 geschehen, übrigens wenn noch weiter mit ihm gegangen werden solte, er zuvörderst gehöret werden müste.

Quæstio

Quæstio IV.

39 **Wie man gestalten Sachen nach Titio annoch eine Gemeine, sie sey so klein als sie wolle, mit gutem Gewissen anvertrauen könne?**

Rationes dubitandi et decidendi.

40 Ob wohl Titius selbsten angehalten, daß er zu seiner Dorf-Gemeinde wieder gelassen werden möchte, und es sonsten bey denen Evangelischen Predigern gantz gewöhnlich ist, daß die excedirende Geistliche in eine geringere und pœnitentz-Pfarre gesetzet werden, zumal noch Hoffnung ist, daß er in sich gehen und mit mehrerem Nutzen und aufrichtigern Gemüthe der Kirchen künftighin dienen werde.

41 Dieweil aber dennoch der praxis translocationum gar nicht gegründet und ersprießlich ist,

I. S. STRVK *de translocat. ministror. eccles.*

sondern wenn ein Geistlicher seine Halsstarrigkeit und opiniatreté iemehr und mehr bezeuget, es besser ist, keine andere Gemeinde ihm wieder anzuvertrauen, als solche mit einem solchen arroganten Prediger zu strafen, zumal man leicht erachten kan, daß Titius sein Lästern, Schmähen und Verdammen nicht lassen, sondern ihm nur per translocationem neue Gelegenheit gegeben werden wird, seinen indiscreten Eifer ferner auszuschütten, dergestalt, daß es vielmehr hier heisset, was HIERONYMVS saget: Non omnes episcopi sunt episcopi. Attendis Petrum; sed et Iudam considera. Stephanum respicis: sed et Nicolaum respice - - Infatuatum sal ad nihilum prodest, nisi vt proiiciatur foras et a porcis conculcetur,

c. 29. C. 2. qu. 7.

also vor der Hand es besser ist, Titio keine andere Gemeinde anzuvertrauen, sondern zu erwarten stehet, ob er in sich gehen, sein Unrecht erkennen, sich künftig zu allem Gehorsam und richtigern Wandel vor GOtt bequemen, und sich auf solche Weise tüchtig machen werde, das Amt des Geistes in Furcht und Heiligung künftighin zu führen und der Kirche zu dienen.

So ist noch zur Zeit nicht zu rathen, Titio ei- 42
niges Kirchen-Amt anzuvertrauen. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE MARTIO MDCCXXXIV.

DECISIO LXXII.

THEMA.

De clerico maledico et percussore.

SVMMARIA.

Decisio. n. 1.
Sententia a iudice incompetente lata nulla est. n. 2.
Iustus dolor ab auctore vixæ causatus in delictis excusat. n. 3.
Quatenus actioni iniuriarum exceptio præscriptionis vel dissimulationis obstet? n. 4. 5.
Pœnitentia tempestiua mitigat pœnam delictorum. n. 6. 12.
Forum incompetens dici nequit, quod iustis ex causis extra ordinem per rescriptum determinatum est. n. 9.
Clerici maledici et percussores quomodo sint puniendi? n. 11.
Modus corrigendi per alapas inter conuentuales æquales illicitus est. n. 12.
In pœnis arbitrariis determinandis qualitas personarum attenditur. n. 15.
Iuramentum super punctis irreleuantibus deferri nequit. n. 16.
Decisio. n. 17.

Als derselbe uns die geführte denunciations-acta, in Sachen des Rectoris und conventualis auf dem Closter unser Lieben Frauen in N. A. G. denuncianten an einem und des conventualen I. H. M. denunciaten am andern Theil in fünf zurücke kommenden volum. zugeschicket ꝛc.

1 Daß denunciat I. H. M in seiner anderweit geführten defensions-Schrift etwas, so ihm zustatten kommen möchte, nicht ausgeführet, derowegen es bey dem vol. 2. der commiss. acten fol. 78. befindlichen Urtheil billig verbleibet, und solches zur execution zu bringen. Es ist auch der commissions-Secretarius und advocat M. einwendens ohngehindert den in rescripto vom 11. Mart 1736 zuerkannten Reinigungs-Eyd abzustatten, auch die in denen Neben-actis commiss. fol. 26. specificirte Kosten, sub N. 1. so auf 3 Thlr.

12 Gr., und sub N. 2, so auf 4 Thlr. 11 Gr. zu moderiren, woferne er den Reinigungs-Eyd nicht ablegen solte, abzutragen, wofern er aber solchen abschweren würde, der denunciat dieselbe zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl 1) denunciat abermal die exceptionem fori incompetentis vrgiret, um daraus eine nulliratem sententiæ a iudice incompetente latæ erzwingen. Hiernechst 2) 3 vermeinen will, daß das Helmstädtische Urtheil ohne gnugsamen Grund exasperiret worden, vielmehr es lediglich bey dem Mindischen Urtheil verbleiben sollen; da aus denen Acten und rotulo restium defens. mit mehrern zu ersehen, daß der denunciant durch sein zanckfüchtiges Betragen allerhand inconvenienten auf dem Closter veranlasset, eine Herrschaft sich angemasset, die Knaben zu seinen illegalen Absichten gebrauchet, und selbige gegen den præpositum und conventualen aufgewiegelt, ja sein zanckfüchtiges Gemüth auch aus dem mit dem Herrn Probst hängenden Proceß am allerkläresten zu ersehen, dieserwegen leicht zu erachten, daß derselbe sich auch zu ihm auf alle Art und Weise genöthiget habe, wie denn der denunciant ihn 3) iuxta art. def. 34. bey aller Gelegenheit durchgezogen, seinen Bruder, nach dem art. def. 37. sqq. ihn zu vexiren, gebrauchet, und den Schülern anbefohlen, sie solten denunciaten nicht anders als einen Klotz achten, welches Betragen ihn gegen denunciaten als auctorem rixæ in iustum dolorem gesetzet, daß er sehr gegen ihn irritiret worden. Uebrigens, 4 so viel 4) die verbal-iniurien betrift, denenselben, wenn solche erwiesen seyn solten, die exceptio præscriptionis nach der Magdeburgl. Policey-Ordnung *c. 70. §. 1.* entgegen stehe, da solche vor Ablauf des Jahres hätten denunciiret werden sollen, welches doch nicht geschehen, vielmehr denunciant solche hingehen lassen, und also auch per dissimulationem abgethan wären, *§. 12. I. de iniur.*

5 also lediglich 5) alles auf die gegebene und gerügte Ohrfeige ankäme, wozu doch denunciant selbsten dadurch Gelegenheit gegeben, daß er der Magd in der Küchen, eine Ohrfeige gegeben, welche darauf zu denunciaten gelaufen, und ihn gebeten, zu dem Culinario W. zu gehen, und ihr in der Küche Ruhe zu schaffen, dahero, wie er im Begriff gewesen, und solches bewerckstelligen wollen, der denunciant ihm aber auf der Treppe begegnet, da er denn durch des denunciaten voriges Betragen übereilet worden, 6 daß er mit der Hand nach ihm geschlagen, welches ihm aber 6) in continenti gereuet, so daß er ihn eine Christliche Versöhnung antragen lassen, so er aber anzunehmen sich gewegert, bey welchen Umständen 7) die pœna billig zu mitigiren seyn möchte, da der denunciant zu dem Erfolg allein Ursache gegeben und auctor rixæ sey, wie die sententia Mindensis darauf reflectiret, gegen welche 8) denunciaten kein remedium suspensiuum zugelassen werden sollen, da er ratione pœnæ nicht dabey interessiret, und die Sache inquisitorie tractiret worden. Ausserdem aber 9) bey der letzten transmission 7 unterschiedliche Nullitäten vorgegangen, indem (a) der Herr Commissarius nicht gestatten wollen, daß er den zu seiner defension angeschaften rotulum sub A mit beylegen dürfen, sondern vol. 2. fol. 71. davon einen sehr partialischen Bericht abgestattet, und so bald er (b) ein rescript deswegen erhalten, solchen rotulum hinter des denunciaten Rücken ab actis removiret, und die acta eilfertig transmittiret; im Gegentheil (c) das in termino inrotulationis ad acta gebrachte protocol vom 10. Oct. zurück behalten, und (d) nach Maßgebung des rescripti regii vol. 2. fol. 66. denen Herren Sententionantibus nicht mit aufgegeben, wegen der T. Schreibart mit erkennen zu lassen, hierüber (e) der denunciant tenorem sententiæ ante publicationem schon gewußt, und also Nachricht, wohin die acta verschicket gewesen, gehabt haben muß. Nicht weniger (f) er eine halbe Stunde vorher ad publicationem sententiæ citiret worden, und solche also nulliter geschehen. Ueberhaupt aber 10) das letzte Urthel nach dem Duel-Mandat gesprochen worden, so doch nicht geschehen mögen, als welches bloß wegen der Balger und Schläger, und die von Balgen profession machen, secundum verba procemialia, publiciret sey, worunter aber denunciat, als candidatus theologiæ nicht zu rechnen, solcher Unterschied auch *in art. XI.* des Duel-Mandats, *in f.* mit deutlichen Worten bemercket sey, und dahero sententia Mindensis nicht exasperiret werden müssen. Uebrigens so viel 11) die Neben-Sache betrift, der 8 Herr commissions-Secretarius und Advocat M. fol. 24. der Neben-Acten vermeinen will, daß das iuramentum purgatorium nunmehr unnöthig, nachdem die deduction schon längstens wieder aufgefunden, er auch sonsten nicht graviret sey, vielmehr der Herr Commissarius ihm solche selbsten communiciret, worüber er sich die Eydes-delation reserviret.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad rationem primam 9 erhebliche Ursachen, warum diese Sache von dem ordentlichen Gerichte ad commissionem gezogen worden, verhanden gewesen, wovon die rescripta fol. 32 et 33. Nachricht geben, dieserwegen die ICti Mindenses auch darauf nicht reflectiret. Hiernechst ad rat. secundam, die 10 Haupt-Sache betreffend; das üble Betragen des denunciaten aus der Aussage der defensional-Zeugen nicht erhellen will, sondern mehrentheils alles auf eine blosse Sage hinaus laufet. Uebrigens, wenn denunciat keinen Frieden und Ruhe haben können, es sich gebühret hätte solches zu denunciiren, und die in ratio-

ratione tertia angegebene facta rechtlich zu vindiciren, wiewol dieselbe auch nicht einsten legaliter beygebracht sind, im Gegentheil die in ratione quarta angegebene verbal-injurien der denunciat in seiner litis contestation selbst eingestanden, auch erwiesen, daß er ihn mit dem
11 Besenstiel bedrohet, und ob gleich denenselben exceptio præscriptionis et dissimulationis entgegen stehen möchte, dennoch daraus gegen denunciaten offenbar ist, daß er gegen den denuncianten einen grossen Groll bishero geheget, sich feindselig bey vieler Gelegenheit gegen ihn aufgeführet, und gar keinen, einem candidato theologiæ und conventuali geziemenden Wandel geführet, vielmehr, nachdem der denunciant die verbal-injurien nicht gerüget, sondern solche ohngeahndet hingehen lassen, dadurch sich verleiten lassen, mit härtern real-injurien, als Ohrfeigen, ihn anzugreifen, dazu doch quoad rat. quintam er keine andere Ursache, als seinen gegen denuncianten gehegten Groll, gehabt. Allermassen ihn dasjenige, was zwischen denuncianten und der Köchin vorgefallen, nichts angegangen, und wenn diese ihm solches gleich geklaget, und denunciant ihm bald auf der Treppe begegnet, ihm doch nicht angestanden, dieses, was der Köchin begegnet, mit einer Ohrfeige zu rächen, welche demarche so unanständig, und bey einem zum geistlichen Amte gewidmeten candidato, ja in einem Closter sich befindlichen conventualen um desto strafbarer ist, als dergleichen subiecta andern und in specie der Jugend, so im Closter informiret wird, mit einem guten Exempel und unsträflichen Wandel vorgehen solten, wie in rescripto regio vol. I. fol. 33. selbsten agnosciret ist, und die geistlichen Rechte dergleichen maledicos et percussores clericos des geistlichen Amts gantz unwürdig gehalten, vt delicti ab officio deburent, quod a domini nostri exemplo plane alieni existant, qui cum percuteretur, non repercutiebat, cum malediceretur, non maledicebat: cum patereter, non comminabatur.

c. 7. D. 44.

12 Dergestalt, daß dieses factum billig höher, als die ICti Mindenses gethan, angesehen und gestrafet werden müssen, und die in ratione sexta angeführte Reue allzuspät gewesen, wie denn auch sonsten insgemein solche formidine pœnæ darauf zu erfolgen pfleget, indem dergleichen subiecta erst nachgehends, wenn die That geschehen ist, solche überlegen, so ihnen ad mitigationem pœnæ nicht zuträglich seyn kan; Zumdestomehr als eine moquerie anzusehen ist, wenn er den Schlag eine alapam correctionis nennet, dazu er doch nicht gesetzet gewesen, und dergleichen Art zu corrigiren absonderlich inter conuentuales æquales gantz unerlaubet und ungewöhnlich ist,

c. 1. D. 44.

solchergestalt aber contra rationem septimam et octauam dem denunciantenn nicht zu verdencken gewesen, daß er ein remedium suspensivum gegen das Mindische Urthel ergriffen, so auch dem denunciantenn in denunciations-Sachen erlaubet ist. Uebrigens die in ratio- 13
ne nona angeführte Nullitäten ungegründet sind, da der Herr Commissarius hiebey nichts für sich, sondern alles unter Auctorität der Königlichen Landes-Regierung gethan, die ihm Ziel und Maaß dabey vorgeschrieben, zu der publicatione sententiæ auch keine grosse præparation nöthig, und also solche vergeblich angefochten wird. Endlich weil das vol. 2. fol. 66. bey 14
denen Acten gelegen, nicht absolute nöthig gewesen, darüber mit anzufragen, vielmehr die Urtheils-Fasser ohnedem mit darauf reflectiren können, wenn sie etwas ungeziemendes in der deduction angetroffen. Und so viel die geheim- 15
de ration betrift, dergleichen real-injurien allerdings nach dem duel-Edict zu bestrafen sind, und von denen Herren ICtis Helmstadiensibus der marquirte Unterscheid nicht hindangesetzet worden. Zumahl wenn der denunciat eine Person gewesen, so von balgen und duelliren eine profession gemachet, alsdann derselbe mit drey oder vier jähriger Gefängniß beleget werden müssen, da hergegen er, weil er qua clericus davon keine profession machet, nur auf ein Jahr zur leidlichen Gefangenschaft condemniret worden, welches wohl geschehen können, da bey dergleichen Personen die Richter angewiesen sind,

auf Geld-Busse, Gefängniß, zeitliche und ewige Landes-Verweisung, Staupen-Schlägen und Bestungs-Bau, nach befundenen Umständen zu erkennen,

und dergleichen real-injurie unter dergleichen Personen, die ausserdem durch ihr böses Exempel ein grosses Aergerniß geben, nicht zu hart gestrafet wird, wenn der delinquent zur nöthigen correction, wie geschehen, auf einen jährlichen Arrest in carcere gesetzet wird. Wir daher keinen Grund vor uns gesehen, davon abzugehen. Letzlich ad rat. vndecimam bey dem 16
Nebenpunct es nicht genug ist, daß die deduction wieder zum Vorschein gekommen, sondern die heimliche Entwendung derselben, dadurch die Sache etliche Monathen lange aufgehalten ist, billig geahndet werden muß, und weil dabey der Commissions-Secretarius und Advocat M. sehr verdächtig ist, indem er nicht leugnen kan, solche gehabt zu haben, derselbe sich billig mit dem Eyde reinigen muß, dabey aber dem Herrn Commissario der Eyd über dessen communication nicht deferiret werden kan, da es hierauf anizo nicht ankommt, sondern gewiß ist, daß der Herr Commissarius solche deduction bey der Regierung eingeschicket, und diese darauf resoliviret, bald aber bey der Regierung intercipiret ist, und von diesem facto allein die Frage ist, von welcher auch die Erstattung der Unkosten dependiret, da wenn der Herr Commissions-Secretarius M. den Reinigungs-Eyd ablegen solte, alsdann die mo-

Bœhm. Conf. T. III. P. I.

derirte Unkosten auf denunciaten fallen würden, als welchem alle Unkosten und deren Erstattung zuerkant ist.

17 So hat geschehener massen erkannt werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCXXXVI.

DECISIO LXXIII.

THEMA.

De ministro ecclesiæ ob susceptam obligationem cambialem a beneficio suspenso.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Exceptio SCti Macedoniani libevat ab obligatione cambiali. n. 2.
Cambia metu extorta non obligant. n. 3.
Ministri ecclesiæ iure cambiali se obligantes iure Saxonico remotione puniuntur. n. 5.
Ignorantia iuris allegari nequit, si leges publici iuris factæ sunt. n. 6.
Mitigat tamen aliquatenus pœnam. n. 14.
Filiusfamilias, si sui iuris factus debitum agnouit vel nouauit, obligatur. n. 8.
Metus in negotiis non præsumitur, sed probandus est. n. 9.
Crimen simoniæ tam a parte dantis quam accipientis puniendum est. n. 4. 11.
Qui ad delinquendum inductus est, leuiorem pœnam meretur. n. 12.
Si pœna arbitraria locum habet, suspensio a beneficio præferenda est suspensioni ab officio. n. 13.
Decisio. n. 15.

Als die Herren uns imploration und erfolgte Gesetze, wie auch respect. denunciation und geschehenes Vernehmen in Sachen Heinrich S. imploranten und denunciaten an einem, und des Pfarrers zu St. Herrn M. Friedrich C. E. imploraten und denunciaten am andern Theil zugeschicket ꝛc.

1 Weil implorat die Schuld von 100 Rthlr. fol. 14. simpliciter eingestanden, und solche abzutragen sich erboten, so hat es dabey sein Bewenden, und bleibet ihm wegen der zur Bezahlung zu setzenden Fristen mit imploranten sich zu vergleichen unbenommen, er ist aber dennoch wegen seiner Begönstigung zwar nicht von seinem Amte, doch von denen bey demselben liegenden Nutzungen auf ein Monath lang zu suspendiren, auch alle auf diese imploration und denunciation verwandte Unkosten nach deren vorgehenden liquidation und erfolgten richterlichen Mäßigung zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl 1) implorat angiebet, daß zu der Zeit, da er den ersten Wechsel ausgestellet, er noch in väterlicher Gewalt gestanden, und nach dem verbesserten Wechsel-Recht art. 5. aus dem-
3 selben nicht verbunden sey, und ob er wohl 2) nachgehends in officio pastorali den neuen Wechsel, woraus geklaget worden, ausgestellet, dennoch derselbe von ihm durch scharfe Bedrohung extorquiret worden. Hierüber er 3) die 4
valutam nicht erhalten, sondern solchen Wechsel ausgestellet, damit alle difficultäten, so ihm bey seiner Beförderung zum Pfarr-Amte gemachet worden, aus dem Wege geräumet, und solches Geld an diejenige gezahlet werden möchte, so darzu contribuiren können, welches eine speciem simoniæ constituiren will; gleichwol diejenigen, so das Geld empfangen haben sollen, darüber nicht gehöret, und dahero alles zur fernern Untersuchung zuförderst zu verweisen seyn will. Aufferdem aber 4) implorat und de- 5
nunciat nach dem art 7. sich gegen das Wechsel-Recht gröblich versündiget, und mit der remotion zu bestrafen seyn möchte, da er den ersten Wechsel zwar als candidatus theologiæ ausgestellet, aber solchen, wie er schuldig gewesen, vor Antritt seines Amts nicht bezahlet, ja gar, nach der Zeit und in seinem bereits geführten Amte, einen neuen Wechsel ausgestellet, worauf die remotion, weil er doppelt excediret, nicht unbillig zu setzen gewesen. Bevorab
da 5) ihm die ignorantia iuris keine Entschuldi- 6
gung geben kan, als welche bey dergleichen öffentlichen publicirten Gesetzen nicht statt findet, sondern vielmehr culpam latam anzeiget. Endlich er 6) damahls, da er durch den letzten Wech- 7
sel sich zu Bezahlung der 100 Rthl. verbunden, nicht mehr in väterlicher Gewalt, sondern bereits sui iuris gewesen, also an dessen Verbindlichkeit nicht zu zweifeln.

Ratio-

Rationes decidendi.

8 Dieweil aber dennoch ad 1) es auf den ersten Wechsel-Brief ratione obligationis hier nicht, sondern auf den, woraus geklaget worden, ankömmt, welcher zu der Zeit, da imploratbereits sui iuris gewesen, ausgestellet, und um desto verbindlicher ist, als bekanten Rechtens, quod filiusfam. si sui iuris factus agnovit debitum, vel nouauit, obligetur.

l. 2. C. de SC. mand.

9 Und ad 2) bey dem andern Wechsel die angegebene Extorquirung mit nichts erwiesen, auch solche nicht præsumiret wird,

l. 23. pr. D. quod met. caus.

und die ad acta gegebene Briefe nichts weiter als eine Vorstellung, in was für Gefahr er sich wegen des nicht gezahlten Wechsels setzen könte, wenn er sich mit imploranten nicht setzen würde, in sich halten, worin kein solcher Zwang, als die Rechte ersordern, zu befinden; so dann
10 implorant ad 3) die exceptionem non acceptæ valuræ fol. 14 selbst fallen lassen, und sich zu Bezahlung des Wechsels engagiret, und es billig dabey sein Bewenden haben muß, obwol derselbe als ein Wechsel keine Verbindlichkeit gehabt. Uebrigens, daß derselbe zu Removirung aller Schwürigkeiten, so ihm bey Erhaltung seines Amts gemachet worden, an imploranten ausgestellet sey, nunmehr nicht weiter in
11 consideration hiebey zu ziehen ist, da er sich gerichtlich zu dessen Bezahlung verstanden, solches aber allenfalls zur gerichtlichen Untersuchung gehörigen Orts auszustellen, und wenn dergleichen demarchen sich befinden solten, solches sowol an dem denunciaten als an denen, die das Geld empfangen, zu ahnden seyn würde. Nechstdem ad 4) der original-Wechsel
12 bey denen actis nicht zu finden, woraus man abnehmen könte, ob er auf gestempelt Papier geschrieben, ohne welches kein Wechsel als ein cambium gelten kan, und wir in dieser Absicht und Zweifels-Fall zur Gelindigkeit um desto geneigter gewesen, als man bey diesem gantzen negotio wahrgenommen, daß denunciat das scharfe Verbot des Wechsel-Rechts nicht verstanden, sondern vom imploranten damit übereilet worden, der doch vielmehr, wenn er mit imploraten aufrichtig verfahren wollen, ihn dazu nicht induciren, noch Gelegenheit geben sollen, sich an das Wechsel-Recht zu versündigen; vielmehr da er so promt in denunciiren gewesen, er gleiche Fertigkeit, ihn vom Ausstellung des Wechsels zu dehortiren, bezeugen sollen, cum æque peccet, qui aliquem ad delinquendum inducit, quam qui delinquit. Ueberdem auch in dem Wechsel-Recht 13
die suspension primo loco gesetzet und die remotion bey vorwaltenden besondern Umständen erst zu erkennen ist, also man in so weit per gradus gehen, und mit der suspension a salario et omnibus commodis auf ein Monath lang anfangen wollen, da die suspension ab officio die Gemeinde selbsten mit betrift, und in dubio die suspensio a beneficio billig zu verstehen ist; ad 5) aber ob wohl die ignorantia 14
iuris ihn nicht in totum excusiret, dennoch dieselbe in tantum zur mitigatione pœnæ etwas beytragen kan, so daß wenn er künftig in deraleichen Vergehen sich finden lassen solte, er alsdann nicht unbillig seines Amts zu entsetzen seyn würde. Endlich ad 6) es darauf nicht mehr ankommt, ob er den andern Wechsel, da er sui iuris bereits gewesen, ausgestellet, da er ohnedem sich zu dessen Bezahlung verstanden, auch solches im Anfang bereits eingeräumet ist.

So sind Wir, geschehener massen zu erken- 15
nen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBRVARIO MDCCXL.

RESPONSVM LXXIV.

THEMA.

Tractatus sponsalitii non producunt obligationem ad contrahendum matrimonium.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1.
Sponsio, repromissio et datio arrhæ indicia sunt sponsalium contractorum. n. 2.
Consensus in sponsalia deliberatum animum supponit, n. 3.
cum ex facto tam arduo summum imminere possit periculum. n. 4.
Pactum de sponsalibus in futurum ineundis, non producit obligationem ad contrahendum matrimonium. n. 5.
Sed tractatus tantum constituunt. n. 6.
Decisio. n. 7.

Als ihr uns eine facti speciem nebst etlichen Beylagen zugeschicket, und
1 ꝛc. demnach ꝛc.
Hat Jacob T. gegen Even M. W. von S. eine Ehe-Klage angestellet, und nach geführtem Beweis ein obsieglich Urthel erhalten, welches auch nach interponirter Läuterung bestätiget ist, und ob die Beklagte zwar die Oberläuterung ergriffen, dennoch das Consistorium solche nicht anders zulassen wollen, als wenn vorher in casum succumbentiæ 20 Thlr. erleget seyn würden, daher ihr belehret seyn wollet:

Ob nicht aus denen Anlagen sub A. B. F. et G. so viel erhelle, daß eine sententia reformatoria zu hoffen, und deswegen der Beklagten die Oberläuterung, ohne deposition einiger succumbentz-Gelder zuzulassen sey?

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wohl H. M. und G. T. eydlich ausgesaget, daß Kläger nebst dessen Vater und Vettern durch H. M. sich bey der Beklagtin und ihren Eltern anmelden und seine intention vorbringen lassen, welches von ihnen gantz wohl aufgenommen, und als sie darauf dahin kommen, und förmlich um die Tochter angehalten, sowol von der Beklagtin als ihren beyden Eltern das Ja-Wort erlanget, die Glückwünsche erfolget, auch Beklagtin ein Schau-Stück zum Geschencke angenommen, also hieraus so viel erhellen möchte, daß sowol der Haupt-Personen, als Eltern consens bey diesem Actu gewesen, und die sponsalia pro publicis zu achten, dahero ohne dringende Ursachen nicht dissolviret werden mögen, wie die bey der sententia confirmatoria befindlichen rationes decidendi mit mehrern zeugen.

Rationes decidendi.

3 Weil aber dennoch aus der Aussage der Zeugen sub F. et G. mit mehrern erhellet, daß Kläger mit seinem Vater und Vetter einsten zu I. W. in S. des Nachmittages gegen vier Uhr gekommen, daselbst bis nach neun Uhr geblieben, getruncken und Toback geraucht, so daß I. W. als ein alter siebenzig jähriger Mann darüber truncken worden,

test. ad art. 7. sub G.

darauf erst, und wie es schon weit in die Nacht gewesen, und sie von einander gehen wollen, Gottfried W. quasi in transitu die Anwerbung gethan,

test. 1. ad art. 15. sub F.
test. 2. ad art. 8. sub G.

welche an und vor sich selbst eine gantz ungewöhnliche und unförmliche Sache ist, und kein geringer Verdacht auf Klägern, und dessen Vater und Vetter fället, daß sie auf eine so ungewöhnliche Art die Beklagtin, welche damahls nicht einst gegenwärtig gewesen, und ihre Eltern übereilen, und ihren consens ohne genugsame vorhergegangene Ueberlegung herauslocken wollen, da doch bekant ist, daß in Ehe-Sachen als in einem negotio maxime arduo 4
nicht tumultuarie verfahren sondern genugsame Bedenck-Zeit denen Interessenten gegeben werden muß, propter magnum quod ex facto tam arduo imminere possit periculum.

c. f. de procuratorib. in 6.

Dahero auch beyde Eltern anfänglich das Ja- 5
Wort von sich zugeben geweigert, und Bedencken getragen, ihre Tochter nach Z. ziehen zu lassen.

test. 1. ad art. 16. et 17. sub F.
test. 2. ad art. 9. sub G.

Endlich aber wie Gottfried T. darauf regeriret, was sie sich denn lange sperren wolten, die jungen Leute hätten einander schon, sie, die Eltern, darauf in generalen terminis geantwortet; daß wenn die jungen Leute einander schon hätten, sie solches nicht wehren wolten, wobey doch die Tochter damahls secundum depositionem test. 1. ad art. 20. et test. 2. ad art. 12. noch nicht zugegen gewesen, sondern darauf erst die Tochter ankommen und darüber befraget worden, sie zwar anfänglich solches geleugnet, doch es endlich so weit gekommen, daß sowol Vater als Mutter das Ja-Wort von sich gegeben, auch die Tochter ihren consens ertheilet, und den Glück-Wunsch nebst einem Geschenck, so Gottfried T. ihr in die Hand gedrücket, angenommen, dabey aber *secundum depositionem test. 1. ad art. 23. et 27. sub F. et test. 2. ad art. 17. et 18. sub G.* Gottfried T. sich ausdrücklich vernehmen lassen, daß sie, die Tochter, das Geschencke einstweilen zur geringen Verehrung annehmen solte, sie hätten sich ietzo nicht zum Verlöbnisse geschicket, da denn ein mehres erfolgen solte; anbey verlanget, daß die Eltern einen Tag bestimmen möchten, so wolten sie wieder kommen, die Tauf-Pathen und einen Mahlschatz mitbringen, und die Sache richtig machen, worauf sie auch nach 10 Uhr von einander gangen. Welche Umstände klärlich darthun, daß damals das Ehe-Gelöbniß noch nicht vollenzogen, sondern solches noch weiter hinaus gesetzet worden, und aus dem gegebenen Ja-Wort nichts mehr als ein pactum de sponsalibus in futurum ineundis geschlossen werden mag, welches aber keine völlige Verbindlichkeit hat, da noch vieles bey der ordentlichen Verlöbnisse hat ausgemachet werden müssen, tam diu enim actus imperfectus est, quam diu aliquid ad agendum supereſt.

l. pen. in f. C. de hist. quib. vt indign.

adeo vt si iam plurima acta sint inter partes et prope res peracta, si tamen nondum perfectum sit negotium, nihil plane actum intelligatur.

B. COCCEI. *de iure circa act. imperf. sect. 2. §. 4. in f.*

Dahero denn nicht allemal aus dem blossen Ja-Wort

Wort die völlig geschlossene sponsalia inferiret werden können;

THOMAS. *diss. de pactis futurorum sponsaliorum.*

TITIVS in der Probe des Geistlichen Rechts, *l. 4. c. 1. §. 6.*

6 Vielmehr bey vorerwehnten Umständen solches keine mehrere Kraft als blosse Tractaten haben können, also die W. wohl befugt gewesen, dasjenige, was sie bekommen, wieder zurück zu schicken, und die vorseyende Verlobung nicht einzugehen, welches auch Johann Stephan T. agnosciret und zur Antwort gegeben, wenn es nicht mit Willen geschehen könne, so verlange er es auch nicht,

test. 2. ad art. 22. et 25. sub G.

mithin auch dadurch das ordentliche Ehe-Verlöbniß unterblieben ist.

So halten wir dafür, daß Beklagtin gestalten Sachen und Umständen nach eine reformatoriam sententiam zu hoffen habe, und weil die gravamina höchst erheblich sind, die Oberläuterung ohne depositionem einiger succumbentz-Gelder zu verstatten sey. V. R. W. 7

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVARIO MDCCXVIII.

DECISIO LXXV.

THEMA.

Sponsalia valida liberum desponsatorum consensum supponunt, et omnes excludunt concussiones.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Qualia sint indicia sponsalium perfectorum? n. 2.

Pacta dotalia non pertinent ad essentiam sponsalium. n. 3.

Liber consensus in sponsalia tamdiu praesumitur, donec apertissimae probationes violentiae huic praesumtioni opponantur. n. 4.

Filia, quae voluntati parentum non repugnat, consentire videtur. n. 5.

Praesertim si occasionem habuit, dissensum declarandi, n. 6.

Essentiale requisitum sponsalium est consensus desponsandae. n. 7.

Parentum testimonia in materia sponsalium valida sunt. n. 8.

Concussiones inualidant sponsalia. n. 9. 10.

Minae grauiores et verbera aliaque importunae persuasiones iustum metum operantur. n. 11.

Qualitatem metus unde iudex diiudicare debeat? n. 12.

Sponsalia coacta exitus habere solent difficiles. n. 13.

Matrimonia iure Romano prohibentur, vbi suspicio tantum concussionis grauioris adest. n. 14. 15.

Auf geführten Beweis und erfolgte Gesetze in Sachen Herr M. Lucas Ulrich Al. P. Klägern an einem, und Sophien Elisabeth S. Beklagten am andern Theil, erkennen N. N. verordnete Consistorial- und Kirchen-Räthe auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Daß Kläger dasjenige, was ihm zu beweisen obgelegen, und er sich angemasset, wie Recht, nicht erwiesen. Dannenhero Beklagtinne von der angestelleten Ehe-Klage zu entbinden und loszusprechen, und werden die Unkosten aus bewegenden Ursachen gegen einander compensiret und aufgehoben. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl Kläger in seinem geführten Beweis dargethan, daß der Beklagtin Eltern auf sein Ansuchen ihm ihre Tochter, die Beklagtinne, bis auf priesterliche copulation zugesaget,

test. votuli. 1. ad art. 4. item vot. 2. ad art. 3.

die Tochter auch darin endlich consentiret und nach der Mutter relation sich resolviret, ihn zu heyrathen, dabey contestiret, daß es ihr leid thäte, daß sie den Mann nicht recht in die Augen gesehen,

test. votul. 2. ad art 5.

auch auf ihres Vaters Studier-Stube das Ja-Wort wircklich von sich gegeben,

test. 1. votul. 1. ad 9.

einen Ring von Klägern empfangen, und bey der Mahlzeit am Finger behalten,

test. 1. vot. 1 ad art. 11. test. 1. vot. 2. ad art. 6.

die gratulationes auch deswegen von unterschiedlichen Personen angenommen.

test. vot. 2. ad art. 6. test. 1. vot. 1. ad art. 16.

Hier-

Hiernechst einige Tage hernach abermahl mit einem mit Gold und Silber gewirckten Tuch von Klägern beschencket worden, sich als eine Braut nach diesem gehalten,

test. vot. 2. ad art. 12. test. 1. vot. 1. ad art. 20.

sich von Klägers Freunden, Jungfer Schwester und Schwägerinn nennen lassen,

test. vot. 1. ad art. 24. fqq.

ja selbst an ihn einen Brief geschrieben und in demselben ihn mon cœur geheissen, welches alles denn durch die n. act. 144. befindlichen Briefe bestärcket und erläutert wird, und dahero um destoweniger der Beklagtin Vorgeben, daß
3 die gantze Sache noch in meris tractatibus gestanden, und nicht zum Schluß gekommen, imgleichen, daß sie nicht freywillig consentiret, statt zu finden scheinet, da das erste aus den angeführten Umständen erhellet, und die unvollenzogene Che-pacta ad essentiam sponsaliorum nicht gehören, das andere auch nicht præsumiret, vielmehr erfordert wird, vt apertissimæ
4 probationes violentiæ huic præsumtioni opponantur.

l. 23. pr. D. quod met. caus.

5 Und obwol aus der Eltern Aussage sich hervorthun will, daß die Beklagtin sich gegen diß Verlöbniß in etwas gesperret, dennoch keine absoluta coactio aut metus iustus daraus zu erhellen scheinet, sondern gnug ist, daß die Beklagtin sich endlich nach ihrer Eltern willen accommodiret, cum filia, quæ parentum voluntati non repugnat, consentire intelligatur.

l. 12. pr. de sponsal.

6 Um destomehr, da die Beklagtin Gelegenheit genug gehabt, sich an höhern Ort über angethane Gewalt zu beschweren, id quod vbi omissum, sponte in matrimonum consensisse præsumitur.

BRVCKNER *in decis. matrim. c. 21. n. 21.*

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch aus derer Zeugen Aussage nur so viel hauptsächlich erhellet, daß der Beklagtin Eltern ihren consens zu dieser Verlobung gegeben, und solche gerne zum Stande bringen wollen, an dem vornehmsten requisito aber, nemlich der Beklagtin consens, ein grosser Mangel sich hervor thut; zumahl aus der
8 Beklagtin Eltern Aussage, die Kläger als producent gegen sich gelten lassen muß, auch sonsten in materia sponsaliorum vim probandi haben;

c. 3. in f. qui accus. matrim. poss.

CARPZ. *lib. 2. iurispr. conf. def. 166. n. 11. fqq.*

9 erhellet, daß die Beklagtin auf Klägers gethane Anwerbung durchaus nicht consentiren wollen, diese aber ihr hart zugesetzet, heftig gedrohet, und selbsten dem Kläger vorgestellet, ob er eine Frau mit Zwang haben wolte, derselbe dennoch sich resolviret, sie möchten ihr bestes probiren, wenn es nicht anders als mit Zwang geschehen könte. Darauf es auch geschehen, daß die Eltern nebst dem Freywerber Beklagtin abermahl heftig zugesetzet, und sie so geängstiget und gejaget, daß sie aus einem Winckel in den andern gelaufen, und die Eltern selbsten mit ihr ein Mitleiden gehabt, sie auch ihr keine lange Bedenckzeit auf ihr Verlangen geben wollen, sondern Herr H. als Freywerber so fort den andern Tag wieder gekommen, und in sie abermahl, da sie kranck zu Bette gelegen, gedrungen, und die Eltern ihr mit Dräuungen und Schlägen hart zugesetzet,

teſtes vot. 1. ad interr. 1. fqq. art. 4. et 5.

teſt. vot. 2. ad interr. 1. fqq. art. 4.

dahero auch der Zeuge H. nicht sagen können, daß die Beklagtin in die Ehe-Versprechung gewilliget.

teſt. vot 2. ad interrog. 16. art. 4.

Im übrigen dasjenige, was die Eltern dem Kläger von der resolution ihrer Tochter zu dessen Ehe vermeldet, um ihn dadurch aufzurichten, der Beklagtin nicht præiudiciren mag, sondern die Eltern alles für sich gethan, Klägern nach N. wider der Beklagten Willen kommen lassen; und ob wol daselbst auf der Beklagtin Vaters Studier-Stube sie ihr Ja-Wort von sich gegeben, und einen Ring angenommen haben soll, dennoch aus dem vorher mit ihr vorgenommenen und strafbaren procedere erhellet, daß sie aus Zwang auf die Studier-Stube gehen müssen, da sie auch auf die Anwerbung kein Wort antworten wollen, ob ihr gleich ihr Vater hart zugeredet, sondern vielmehr gantz consterniret und in Furchten gestanden, dahero sich mere passive aufgeführet, und den Ring sich auf den Finger stecken lassen, darzu sie die Hand nicht freywillig hergegeben, noch sich deswegen einsten bedancket,

teſt. vot. 1. ad interrog. 1. fqq. art. 10 et 11.

welches auch nicht einsten wegen der darauf geschehenen gratulation geschehen.

teſt. vot 2. ad interrog. 1. fqq. art. 7.

Im übrigen diese Furcht und Zwang nachgehends continuiret, daß sie sich endlich gantz desperat aufgeführet,

teſt. 2. vot. 1. ad int. 11. art. 11.

und ob Beklagter zwar nachgehends sie mit einem Tuch beschencket, er aber solches nur hingeleget, sie es nicht annehmen wollen, sondern er es nur bey ihr hingeleget,

teſt. 1. vot. 1. ad art. 14. cum adi. interrog.

wozu noch dieses kommt, daß, wie sie auf dasigem Freyschiessen nach Hildesheim mit ihren Eltern gereiset und in Klägers Haus gekommen, sie sehr erschrocken und gerufen: ach Herr JEsus, wo komm ich hier hin,

teſt. vot. 1. ad inter. 4. art. 20.

sich sehr betrübt in Klägers Hause aufgeführet, daß ihr die Thränen immer in Augen gestanden, dahero die Eltern inständig gebeten, daß sie bald wieder abreisen möchten,

teſt.

test. vot. 2. ad intervog. 15. art. 13.

welches solche notable Umstände sind, die keinen freyen Willen zur Ehe-Verlöbniß, welchen die Rechte ersordern, sondern vielmehr den äusserſten Zwang und Mißbrauch der Elterlichen Gewalt in sich halten, und um deſtomehr zu mißbilligen sind, da Kläger solchen Widerwillen und Zwang wol gewuſt, und aus allen Umständen gemerckt, und er dahero als ein Prediger in solche wider GOttes Wort und die Rechte streitende Sache nicht willigen, noch dieſelbe pouſſiren ſollen, keinesweges auch dieſe
11 procedur pro nudo metu reuerentiali anzunehmen, cum minæ grauiores, verbera aliæque importunæ perſuaſiones iuſtum metum operentur,

BRVCKNER *cit. l. n. 19.*

12 et de qualitate metus iudex ex qualitate perſonarum et ſtatu aliisque circumſtantiis iudicare debeat,

STRYK *de diſſ. ſponſal. ſect. 2. §. 18.*

13 abſonderlich da keine Handlung mehr einen freywilligen conſens, als eben die Ehe-Verſprechung erfordert, cum conſtet, quod coactiones difficiles exitus ſoleant habere.

c. 14 et 17. X. de ſponſal.

14 Dahero denn aus ſolcher Abſicht die Ehen unter denen Perſonen, wo nur einige ſuſpicio conciſſionis grauioris ſeyn kan, bey den Römern verboten geweſen,

l. 38. pr. l. 57. pr. l. 65. pr. et §. 1. de rit. nupt.

l. 6. C. de nupt.

und um deſtoweniger eine ſolche unchriſtliche Handelung einige Verbindlichkeit haben mag. Worzu noch kommt, daß Kläger ſich nachhero ſehr importun und hart gegen die Beklagtin aufgeführet, gedrohet, und denen Eltern einen groſſen Widerwillen gegen ihre Tochter beybringen wollen, ihr vorgehalten, daß der Satan bey ihr wäre, daß, wenn er ein ſolches Kind hätte, er ihr den Hals umdrehen wolte,

teſt. vot. 1. ad int. 6 ſqq. art. 26.

wodurch er noch mehr Gelegenheit zu aller Verbitterung und disaffection gegeben. Endlich, was den geſchriebenen Brief, worin ſie Klägern mon cœur genannt, betrift, aus denen *inter-* 15
vog. ad art. 27. vot. 1. erhellet, daß die Beklagtin ſolchen nicht aufgeſetzet, ihr Vater ihn concipiret, und ſie, denſelben abzuſchreiben, gezwungen, alſo es hier allenthalben an der Verbindlichkeit ermangelt.

So iſt geſchehener maſſen zu erkennen geweſen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE AVGVSTO MDCCXVII.

RESPONSVM LXXVI.

THEMATA.

I. De ſponſalibus, conſenſu parentum neglecto, accedente copula carnali, validis.
II. *De dotatione puellæ ſtupratæ.*

SVMMARIA.

Quæſtio I. n. 1.
Matrimonia clandeſtina improbantur. n. 2.
Etiam iure Romano et Germanico. n. 3.
Sponſalia per concubitum in matrimonium transeunt. n. 4.
Num idem iuris ſit in ſponſalibus inualidis? n. 5.
Dolus ei, qui ſpe matrimonii puellam ingenuam ad concubitum induxit, prodeſſe non debet. n. 6.
Adeoque ſponſalia eiusmodi ſine parentum conſenſu valida ſunt. n. 7.
Deciſio quæſtionis I. n. 8.
Quæſtio II. de dotatione puellæ ſtupratæ. n. 9.
In determinanda dote, ſi vidua vitiata eſt, ad eam dotem reſpiciendum eſt, quam vitiata a patre accepit. n. 10.
Si autem virgo, eius quantitatis ratio habetur, quam virgines eius qualitatis in dotem accipere ſolent. n. 11.
Dotatio puellæ ſtupratæ non eſt propriedicta dos. n. 12.
Sed ſatisfactio pro perpeſſa iniuria, ex dignitate puellæ ſtupratæ determinanda. n. 13. 14.
Deciſio quæſtionis II. n. 15.

1 Als derſelbe uns eine facti ſpeciem etc. und dieſemnach gefraget wird ꝛc.

Quæſtio I.

Ob Sylvius, ohnerachtet des ſeh-

Babm. Conſ. T. III. P. I.

lenden elterlichen conſenſus, die Ehe mit der Dorinda zu vollenziehen verbunden?

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wohl Sylvius sich ohne Vorbewust seiner Eltern mit der Dorinda verlobet, und ohngeachtet er sich anheischig gemachet, solchen anzuschaffen, dennoch solches keinesweges bewerckstelligen können, dergleichen heimliche Winckel-Ehen von Luthero sehr improbiret sind.

BVDDEVS *in supplem. epist.* LVTHER. *ep. 251.*
SECKENDORFF *in histor.* LVTHER. *lib. 3. sect. 32. §. 126.*

3 Nicht weniger sowol nach denen Römischen als Teutschen Rechten für unbündig und nichtig zu halten, cuius decisionis varia fundamenta adducunt

CARPZ. *lib. 2. iurispr. consist. def. 39.*
STRVV. *ex. 29. th. 23.*
CYPRAEVS *de sponsal. c. 6. §. 6.*
DE LVDEWIG *de conf. connub. extra patrem diff. 1. c. 2. §. 2. sqq.*

4 Und ob wohl nach solcher heimlichen Verlobung Dorinda von Sylvio geschwängert worden, und einige Rechts-Lehrer sich finden, welche nunmehr solchen sponsalibus eine vollkommene Kraft beylegen, quod illa per concubitum in matrimonium transierint,

CARPZOV. *lib. 2. iurispr. conf. def. 60. n. 10.*

5 dennoch ein ieder leicht begreifen wird, daß solches von denen sponsalibus validis allein verstanden, nicht aber ad inualida appliciret werden müsse,

STRVV. *iurispr. lib 1. tit. 6. §. 4.*

inerwogen bey diesem ein doppelter Unfug sich hervorthut: 1) daß sie ohne der Eltern consens sich heimlich verlobet: 2) daß sie ad extorquendum patris consensum in den Beyschlaf verwilliget, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn Dorinda, da Sylvius sie verlassen, nichts weiter als auf die gewöhnliche satisfaction klagen könne.

Rationes decidendi.

6 Weil aber dennoch in der facti specie unter andern angeführet worden, daß der Dorindæ Mutter von gutem Stand und Vermögen, die Dorinda aber mit ungemeiner Schönheit, gutem Verstande, und mit vortreflichen Tugenden begabet, und also eine Person sey, die dem Sylvio am Stande und andern besonderen qualitäten nicht ungleich zu achten, und dahero in der Hoffnung gelebet, daß Sylvii Vater seinen consens nicht denegiren werde, er sie auch überredet, daß er seiner Eltern Einwilligung gewiß herbey schaffen wolle, dahero in solcher consideration sie in dem Beyschlaf gewilliget, gleichwol Sylvius nach diesem sie verlassen, und ohngeachtet man um der Eltern consens sich bemühet, sie dennoch solchen nicht ertheilen wollen; welches solche bedenckliche Umstände sind, bey denen man nunmehro auf neglectum parentum consensum nicht weiter sehen kan, eines theils ne dolus eius, qui spe matrimonii puellam ingenuam ad concubitum illexit, ipsi prosit: andern theils vt ita succurratur 7 vitiatæ, quæ spe matrimonii promissi ad concubitum adducta censetur.

STRVV. *cit. tit. 6. §. 4.*

Die dissentientes aber vornemlich von dem casu zu verstehen, wenn ein Mägdgen von ungleichem Stande einen jungen Menschen an sich ziehet, und zur Verlobung ja endlich zum Beyschlaf verleitet, damit sie dessen Eltern ad consentiendum zwingen möge; welche gar keinen favorem meritiret, und billig abzuweisen ist, dahero auch in dem Chur-Brandenburgischen *edicto de anno 1694. §. 9.* in dem angeführten casu eine solche limitation beygefüget ist:

Es wäre dann, daß das Consistorium auf der Partheyen Ansuchen nach befundenen wichtigen Umständen und erheblichen Ursachen der höchsten Billigkeit zu seyn erachtet, ein anders zu verordnen.

Welche Billigkeit bey denen vorhin angeführten Umständen hier allerdings anzutreffen.

So ist Sylvius, ohnerachtet des mangelnden 8 Elterlichen consensus, nunmehro die Ehe mit der Dorinda zu vollenziehen verbunden, und dazu durch gebührende Zwang-Mittel anzuhalten.

Uebrigens so ferne Dorinda von solchem rechtli- 9 chen Zwang abstrahiren und zufrieden seyn wolte, daß er sie dotiren, und wegen des Kindes alimentation und Begräbniß indemnisiren müsse, so kommt es dabey auf die Frage an:

Quæstio II.

Ob Sylvius nicht schuldig sey, der Dorindæ eben dergleichen dotem zu geben, welchen sie quoad quantitatem von ihrer Mutter zu hoffen, oder wie hoch allenfalls er sie dotiren müsse?

Rationes dubitandi.

Ob nun wohl einige Rechts-Lehrer in denen 10 Gedancken stehen, daß man in determinatione dotis vornemlich auf den dotem sehen müsse, welchen die Eltern der vitiatæ mit zugeben im Stande sind, vnde si vidua vitiata est, ad eam dotem respiciendum, quam a patre accepit.

BARDIL. *de satisfact. stupratæ c. 3. m. 4. §. 12. 13.*

Si vero virgo vitiata est, eius quantitatis ra- 11 tis habenda, quantum virgines eius qualitatis in dotem accipere solent;

PIRHING *ad tit. de adult. et stupr. sect. 2. §. 2. n. 4.*

und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn in determinanda dote im gegenwärtigen

gen Fall auf dasjenige quantum, was ihre Mutter ihr mitgeben können, sehen müsse.

Rationes decidendi.

12 Dieweil aber dennoch die sogenannte dotatio puellæ stupratæ keinen dotem proprie dictam in sich hält, sondern vielmehr eine sa-
13 tisfactio pro perpessa iniuria ist, adeoque in hoc magis ad conditionem et dignitatem puellæ stupratæ respiciendum, welches expresse in der Magdeburg. Polic. Ordnung *c. 36. §. 1.* versehen *ibi.*

Nach Gelegenheit ihres Standes und Herkommens.

Dergestalt, daß wenn auch die stuprata gar keinen dotem von ihren Eltern zu hoffen hätte, sie dennoch von dem stupratore, ihrem Stand und Herkommen nach, diese satisfaction haben müsse; bey solcher Beschaffenheit also nicht 14
præcise darauf zu sehen, was die Dorinda von ihrer Mutter etwa loco dotis zu hoffen haben möchte, gleichwol weil der Dorinda Mutter von gutem Stande und Vermögen ist, diese satisfaction wenigstens auf 500 Thlr. gar wohl gesetzet werden kan, wovon das Consistorium am besten erkennen, und dahero auch nach befundenen Umständen, so uns unbekant, den dotem wohl höher setzen kan.

So ist angeführter Massen die dotatio zu be- 15
stimmen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXV.

DECISIO LXXVII.

THEMA.

De iure consistorii, supplendi consensum paternum in sponsalia liberorum, sine iusta causa denegatum.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Sponsalia clandestina quænam dicantur? n. 2. 4.

Parentum consensus in sponsalia liberorum neglectus iure diuino et humano reprobatur. n. 3.

Solus contemtus consensus paterni parentibus iustam dissentiendi causam præbet, n. 5.

Modo sponsalia non sub conditione requirendi consensus paterni inita sint; n. 6. 8.

Secus, si inconsultis parentibus pure et absque conditione et reseruatione auctoritatis paternæ sponsalia temere inierint, et ex contemtu consensum parentum neglexerint. n. 7.

Parentes consensum in sponsalia iustis demum ex causis denegare possunt. n. 8. 9.

Patria potestas pietas esse debet, non atrocitas. n. 10.

Iudex ecclesiasticus consensum parentum in sponsalia liberorum iniuste denegatum supplet. n. 10.

In causis parentum et liberorum amicabilis compositio non est negligenda. n. 11.

Decisio. n. 12.

Als Ew. ꝛc. uns imploration und übergebene Schriften in Sachen des Hof-advocati C. W. G. imploranten an einem, dessen Vaters, des Amtmanns I. I. G. imploraten am andern, wie auch des Consistorial-Assessoris I. M. E. adcitati am dritten Theil zugeschicket, und unsere Rechts-Belehrung mit Zuziehung der Theologischen Facultät hieselbst ꝛc.

1 Daß zuförderst von dem Hochfürstl. Consistorio des imploranten Vatern nochmahls bewegalich, und mit Vorstellung so wohl Gewissens- als Rechts-Gründen zuzureden, anbey derselbe alles Ernstes zu vermahnen sey, in die Heyrath seines Sohnes zu consentiren, und sich mit denselben auf dessen bezeugte submission und deprecation zu versöhnen, in Entstehung dessen ist das Hochfürstl. Consistorium, den verweigerten väterlichen consens zu suppliren und die Heyrath des imploranten mit des adcitati Tochter zuzulassen wohl befugt. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wohl der implorat so wohl bey dem 2
mündlichen Verhör, als in der übergebenen Schrift unterschiedliche gravamina wieder seinen Sohn angeführet, aus welchen er iustas dissentiendi causas zu haben vermeinet, wohin vornemlich gehöret, daß 1) der implorant nicht

gleich anfangs seinen Herrn Vater um denn väterlichen consens angesprochen, sondern eine heimliche Verbindung mit des adcitati Tochter vorgenommen, und wie er fol. 67. selbst in seinem an seinen Herrn Vater geschriebenen Briefe bezeuget, derselben ewige Treue und Liebe geschworen, woraus denn 2) sponsalia clandestina geschlossen werden möchten, als welche in nichts anders als in dergleichen ohne der Eltern consens vorgenommenen Verbindung bestehet,
3 dadurch er sich aber 3) nicht wenig vergangen, und seiner Eltern Ungnade auf sich geladen, da er doch sowol aus GOttes Wort als denen Rechten bedencken sollen, daß dergleichen heimliche alliencen viele böse suiten nach sich ziehen,

CARPZOV. *in iurispr. conf. lib. 2. def. 32. n. 5. sqq.*

und wider alle Rechte streiten, und ob er wol
4 4) aus dieser Vereinigung mit des adcitati Tochter keine sponsalia clandestina inferiren und vorgeben will, daß er nur im Hertzen solchen Schluß gefasset, keine förmliche Verlobung aber mit ihr vorgenommen, dennoch solches nicht wohl glaublich zu seyn scheinet, zumahl heimliche Verlobung, iudice LVTHERO *lib.* von Ehe-Sachen nichts anders ist, als welche hinter Wissen und Willen derjenigen, so die Oberhand, und die Ehe zu stiften Recht und Macht haben, geschehen, welches hier anzutref-
5 fen. Welchem denn noch 5) beytritt, daß er solche conversation und Verbindung vor seinen Eltern heimlich gehalten, und ohngeachtet er seines Vatern Willen und Ernst gewust, dennoch von des adcitati Tochter nicht abgelassen, vielmehr die heimliche Besuchung fortgesetzet, und dadurch seinen Herrn Vater immer mehr und mehr irritiret. Bevorab, da er 6) laut seiner eigenen Bekäntniß fol. 67. als er zur Beichte gehen wollen, mit Hand und Mund versprochen, von seinem Vorhaben gäntzlich abzustehen. Bey welchen Umständen keine andere Ursachen des väterlichen dissensus als die heimliche Verlobung und dabey geführte schlechte conduite gegen seinen Herrn Vater anzuführen seyn, und implorat, bey so gestalten Sachen seinen consens zu dieser Ehe zu geben nicht angehalten werden möchte, cum solus contemtus consensus paterni parentibus iustam dissentiendi causam præbeat.

HEIG. *P. I. qu. 22. n. 63.*
GERHARD *in loco de coniug. §. 89.*

Rationes decidendi.

6 Weil aber dennoch 1) aus denen Acten nicht klar erhellet, daß der implorant mit des adcitati Tochter sich wircklich heimlich verlobet, und ohngeachtet er ihr seine affection offenbahret, und sie ihr Gemüth zu ihm geneiget, dergestalt, daß ihre Gemüther sich völlig vereiniget, dennoch daraus nichts weiter geschlossen werden kan, als daß sie ihr Absehen auf die künftige Verlobung dabey geführet, wohin absonderlich des implorantes fol. 67. befindliches Schreiben abzielet. Wie denn 2) gantz natürlich ist, daß wenn Kinder um den consens der Eltern anhalten wollen, sie zuförderst von der Vereinigung ihrer Gemüther versichert seyn müssen, weil es sonsten umsonst seyn würde, der Eltern consens sich auszubitten, wenn man nicht versichert wäre, daß die Person, mit der man sich zu verloben gedencket, in die Verlöbniß gehelen würde. Diesemnach 3) da die beyden Interessenten 7
einander Versicherung von ihrer mutuellen affection gegeben, es nicht anders als sub conditione requirendi consensus paterni verstanden werden mögen, alsdann aber nur 4) die sponsalia clandestina iustam dissentiendi causam denen Eltern suppeditiren, si liberi inconsultis parentibus pure et absque conditione ac reseruatione auctoritati paternæ sponsalia temere iniuerint atque ex contemtu consensum parentum neglexerint,

HEIGIVS *cit. l.* GERHARD. *cit. l.*

Welchem aber implorant beständig widerspricht, und nicht weiter als bis auf Elterlichen consens sich mit ihr engagiret zu haben, die allertheureste Versicherung giebet. Und obwol
5) nicht zu leugnen, daß implorant sich nicht 8
wenig an seinen Eltern versündiget, wie die rationes dubitandi anzeigen, dennoch auch implorat nebst seiner Ehe-Liebsten nicht wenig ihrer Gewalt gemißbrauchet, gantz ausserordentliches Zwangs sich gegen ihn bedienet, und implorat insbesondere, aller väterlichen Pflicht zuwider, allerhand execrationes auf ihn geleget, wenn er seine inclination nicht zwingen und adcitaten Tochter verlassen würde. Welcher Zwang ihn 6) dahin gebracht, daß, wie er zur Beicht gehen wollen, er implorat en versprechen müssen, von dieser allience gäntzlich abzustehen, welches aber, weil es aus Zwang und Furcht geschehen, seinen erwünschten effect nicht erreichen mögen. Absonderlich, da 7) implo- 9
rat keine iustas dissensus causas, als nur diese, gegen seinen Sohn anführen können, daß ihm die B. Familie zuwider, so doch wohl nicht hinlanget, und vorher implorantens Mutter und Schwester mit der Jungfer B. gute Freundschaft gepflogen, und die Mutter selbst bey einem Tantz die Jungfer B. nicht wenig gelobet, wodurch denn implorant in seinem Vorhaben gestärcket worden. Diesemnach 8) wohl zu vermuthen, daß eine andere aber nicht hinreichende Ursache, und zwar vielleicht diejenige, welche implorant passim in actis anzeiget, ihm der Interessenten Verbindung zuwider machet, die doch 9) beyderseits aus gutem Hause sind, und implorat selbst gestehen muß, daß er an der B. nichts zu desideriren, vielweniger auf die Jungfer B. was zusagen habe, noch eine andere gegründete Ursache anzeigen kan, wie denn 10) das Vorgeben, daß implorant noch keine Frau ernähren könne, wohl nicht probabel ist, da er kein Kind mehr ist, und bereits gute praxin
hat. Endlich wenn auch 11) implorant sich 10
etwas weiter, als sich gebühret, mit Jungfer B.

enga-

engagiret hätte, dennoch dem iudici ecclesiastico unbenommen ist, dabey sein arbitrium zu interponiren, wenn er auch an der Eltern Seiten nimium rigorem patriæ potestatis bemercket, quæ tamen debet esse pietas non atrocitas,

l. 5. ad L. pompei. de parricid.

und anbey siehet, daß mehr die Furcht als der contemtus die Kinder zurücke gehalten, ihre inclination denen Eltern zu offenbaren,

BERGER *in supplem. elect. proc. matrim. p. 25. sqq.*

welches hier in consideration nicht wenig gezogen. Dabey aber doch 12) vorher alles zu versuchen ist, daß Vater und Sohn sich wieder vereinigen, jener zur kindlichen Reverentz, dieser aber zur väterlichen Liebe gebracht werde, wie die Rechts-Reguln erfordern. 11

CARPZ. *in iurisp. conf. lib. 2. def. 52. n. 14. sqq.*

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen. 12

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MAIO MDCCXXXII.

DECISIO LXXVIII.

THEMA.

De pœna trinam denunciationem negligentium.

SVMMARIA.

Sententia et species facti. n. 1. 2.
Pater pro filia non tenetur. n. 3.
Delictum supponit dolum. n. 4.
Ignorantia iuris fœminas excusat. n. 5.
Num dispensatio vicarii generalis in spiritualibus etiam extra territorium vim habeat? n. 6.
Tres denunciationes tam in sponsi quam sponsæ parochia fieri debent. n. 7.
Ex commorationibus necessariis ad certum tempus nec domicilium nec parochia colligi potest. n. 8.
Patri incumbit cura pro solennibus ecclesiasticis in matrimonio filiæ. n. 9.
Iuris dictio omnis ecclesiastica et ius diœcesanum episcoporum catholicorum suspensa est in terris protestantium. n. 10.
Ignorantia iuris nimis crassa et affectata a iudice non est attendenda. n. 11.
Trinam denunciationem ecclesiasticam negligentes extraordinem puniendi sunt. n. 12.
Decisio. n. 13.

Rationes dubitandi.

Es hat der D. M. des D. S. Tochter in M. sich antrauen lassen, und vorhero wegen des dreymahligen Aufgebots bey dem Vicario generali in spiritualibus dispensation erhalten, und ist darauf mit seiner angetraueten nach L. gezogen; iedoch ad instantiam des Consistorii bald von dem advocato fisci daher in fiscalischen Anspruch genommen, weil er und seine Frau das dreymahlige Aufgebot daselbst negliget, und offenbar gegen die Landes-Gesetze agiret. Ob nun wohl D. S. als Vater exceptionem non competentis actionis opponiret, und die Regul, ne pater pro filia, für sich angeführet, anbey auch beständig geleugnet, daß er deswegen mit seinem Schwieger-Sohn nach M. gereiset, damit die Trauung daselbst geschehen möchte, er also ab omni dolo frey sey, imgleichen seine Tochter damit excuriret, daß sie die Rechte nicht verstanden, und ihr also ignorantia iuris zu statten kommen möchte, zumahl das Ehe-regiment billig alle Jahr, wie in demselben expresse versehen ist, publiciret werden sollen, so doch in sehr vielen Jahren

1 Daß Beklagter D. M. gestalten Sachen und Umständen nach von der Fiscalischen Klage zu entbinden und loszusprechen, im Gegentheil D. S. in 20 Thlr. und seine Tochter, die Doctorin M. gleichfalls in 20 Thlr. fiscalischer Strafe zu nehmen, alle drey Beklagte aber pro rata die auf diesen Proceß verwandte Unkosten zu erstatten schuldig. Es wird auch D. S. wegen seiner ungebührlichen und anzüglichen Schreibart, damit er sowol das Consistorium hieselbst, als den advocatum fisci angegriffen, in 30 Thlr. Strafe nicht unbillig genommen, und sowol Kläger als iezt gedachte Beklagten verwarnet, daß sie bey Verbleibung härterer Strafe sich hinführo aller Anzüglichkeit zu enthalten haben. V. R. W.

6 nicht geschehen. Im Gegentheil D. M. zwar eingewandt, daß er ein subditus M. und dahero ad statura L. nicht verbunden sey, dennoch ihm solches nicht wohl zu statten zu kommen scheinet, weil er doch daselbst eine gute Zeit sich aufgehalten, und das Ehe-regliment auch diejenige verbindet, welche nur ein Jahr und sechs Wochen daselbsten sich aufgehalten, übrigens alle drey Beklagten sich auf die in M. erhaltene dispensation berufen und vermeinen wollen, daß solche auch extra territorium ihre Kraft haben müsse, wie einige Rechts-Lehrer solches behaupten.

Rationes decidendi.

7 Weil aber dennoch anfänglich D. M. ein subditus M. ist, und dahero nicht pecciret, daß er in M. die dispensation wegen des dreymaligen Aufgebots ratione seiner gesuchet, als woselbst denen Rechten nach auch die Aufbietung geschehen müssen, cum tam in sponsi quam sponsæ parochia hæ tres denunciationes fieri debeant.

SANCHEZ *de matrim. lib. 3. disp. 6. n. 6.*

8 Und ob er wohl einige Zeit zu L. sich aufgehalten, doch solches wegen seines gehabten arresti und Anspruchs ratione initorum sponsalium cum alia geschehen, und also daselbst aus Noth Fuß halten müssen, von welchen commorationibus necessariis das Ehe-regliment nicht wohl verstanden werden mag, also derselbe nicht eben darum sich bekümmern dürfen, daß auch
9 zu L. die dreymahlige Aufbietung geschehen, sondern solches D. S. und seiner Tochter obgelegen, und jener sich um destoweniger hiebey excusiren kan, als ein Vater seine Tochter verheyrathet, und für die solennia ecclesiastica billig sorge tragen muß, man auch wohl siehet, daß dieses à dessein geschehen, und in M. alles in höchster Eile vorgenommen worden, damit sie als Catholische denen Kirchen-Satzungen der Evangelischen sich entziehen möchten; dabey denn die Frage, wie weit die dispensatio, so in ei- 10
nem andern loco erhalten, sich erstrecke, überflüßig ist, indem alhier eine doppelte Aufbietung geschehen müssen, und durch die M. dispensation nichts mehr als dieses erhalten, daß die tria banna ecclesiastica nicht zu M. geschehen dürfen, welches aber D. S. und seine Tochter ihrer Schuldigkeit, sich in L. gleichfalls aufbieten zu lassen, nicht entziehen können; allenfalls auch mehr als zu bekannt ist, quod omnis iurisdictio ecclesiastica et ius diœcesanum episcoporum catholicorum sit suspensa in territoriis protestantium,

per L. P. *art. V. §. 48.*

welches aber D. S. und seine Tochter per indi- 11
rectum gerne ändern, und dieselbe auf L. ziehen wollen, so ohngestrafet nicht hin gehen kan. Endlich die ignorantia iuris nimis crassa und affectata ist, daß sie keiner attention meritiret, dahero die beyden zwar billig allein in fisca- 12
lische Strafe zu nehmen, alle drey aber zu Erstattung der Unkosten concurriren müssen, nachdem auch D. M. nicht ohne Verdacht einer collusion ist.

So ist geschehener massen zu erkennen gewe- 13
sen, und weil D. S. sich nicht entblödet, das Consistorium daselbst p. 153. durchzuziehen und scoptice zu traduciren, anbey auch den advocatum fisci in seiner duplica sehr heftig angegriffen, und bald anfangs dazu p. 22. den Anfang gemachet, welches doch S. Königl. Majestät mit allem Ernst verboten und geahndet wissen wollen. Und ob wol der advocatus fisci auch fol. 74. etwas anzüglich geantwortet, dennoch D. S. darzu die erste Gelegenheit gegeben, so hat dahero derselbe vorietzo nur mit einer Verwarnung, D. S. aber mit einer schärferen Strafe angesehen werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMB. MDCCXXIV.

DECISIO LXXIX.

THEMA.

De superueniente inimicitia iusta repudii causa.

SVMMARIA.

Sententia et speciesfacti. n. 1. 2.
Res iudicata ius facit inter partes. n. 3.
Super rescissione sponsalium decerni non debet, nisi constet sponsalia fuisse perfecte contracta. n. 4.
Ob relegationem superuenientem sponsalia perfecta, etiam iurata, rescinduntur. n. 8. 14.
Pro eo non præsumitur, qui quouis modo iuramenta declinat. n. 9.
Abalienatio animorum, cessante spe reconciliationis, iusta repudii causa est, n. 10.
Vt tamen parti innocenti satisfiat. n. 12. 15.
Matrimonia debent esse libera. n. 11.
Sententia ad acta iudicialia lata responso ab eodem collegio dato præfertur. n. 17.
Decisio. n. 19.

Als

Als der Herr uns ferneres Vorbringen und erfolgtes Verfahren in Sachen N. Klägerin an einem, des Regierungs-Raths N. N. Beklagten am andern, und des Raths N. N. N. intervenienten am dritten Theil, in vier zurückkommenden fasciculis actorum zugeschicket ꝛc.

1 Daß gestalten Sachen und Umständen nach, wenn gleich der Beklagte mit der Klägerin sich bündig verlobet, und intervenient seinen consens dazu gegeben haben solte, dennoch nunmehr solches Ehe-Verbündniß wieder aufzuheben, und die Abschwörung derer deferirten Eyde nicht weiter statt finde. Es sind aber dennoch dieselbe der Klägerin zur Bestreitung der grossen Proceß-Kosten 200 Thlr. beyzutragen, der Beklagte aber derselbe 500 Thlr. zu einiger satisfaction zu erlegen schuldig. Es wolte dann intervenient den ihm deferirten Eyd annoch, ohne allen fernern Aufschub, abstatten, so ist alsdann zwar Beklagter von der Ehe-Klage zu absolviren, iedoch die Helfte von den zuerkannten 500 Thlr., nemlich 250 Thlr. nebst den zuerkannten 200 Thlr. Unkosten, wozu intervenient und Beklagter pro rata zu contribuiren, der Klägerin abzustatten gehalten. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Nachdem in dem letzteu vol. III. n. 79. und 81. befindlichen Urtheile aller deren von intervenienten geschehenen Einwendungen ohngeachtet, auf die Abstattung des demselben deferirten Eydes über seinen in die streitige sponsalia seines Sohnes ertheilten consens erkannt worden, hat derselbe sich zwar dazu von neuen offeriret, aber dabey abermal allerhand Einwendungen gemachet, und vermeinet, daß er ex nouis causis dazu nicht mehr schuldig sey, worüber und was sonsten in actis angeführet, nach vergeblich in vol. IV. act. gesuchter Güte nunmehro
3 zu erkennen ist. Ob nun wol 1) die Abschwörung der Eyde in re iudicata, quæ simpliciter ius facit inter partes, bestehet, und 2) alle dagegen gemachte Vorstellungen, ja was noch zuletzt post transmissionem actorum ad acta gebracht, und nachgeschicket ist, schlechterdings verworfen, und es dahero auch billig nunmehro dabey gelassen werden möchte, zumahl das meiste, was abermal pro rescindendis euentualiter sponsalibus angebracht worden, und vol. IV. weiter an und ausgeführet ist, bereits vor dem letzten Urthel ad acta gebracht, dem
4 ohngeachtet aber erkannt worden, daß Beklagter auf dasselbe noch zur Zeit sich einzulassen nicht schuldig, zumahl ehe man auf die Aufhebung der Ehe-Verlöbniß sprechen könne, man vor allen Dingen gewiß seyn müste, sponsalia fuisse valide contracta, welches ohne die deferirten Eyde nicht herauszubringen ist. Dahero auch Klägerin beständig derselben Abstattung vreiret. Im Gegentheil 3) intervenient dagegen 5
vorgestellet, daß die ICti Altorfini in gegenwärtiger Sache gar nicht sprechen können, weilen sie vorhin der Klägerin ein bevfälliges responsum ertheilet, sonsten auch 4) die angeführten Einwendungen, wenn sie für gegründet zu achten, hinreichend seyn könten, das iuramentum hinfällig zu machen. Bevorab da
5) die gedachte Facultät zwar vermeinet, daß 6
die angeführten atrocissimæ iniuriæ zur Käyserlichen Erkäntniß, woselbst die Sache in appellatorio anhängig gewesen, gehörten, und sie derselben einzugreiffen für bedencklich gehalten, dahero solche der Käyserlichen iudicatur überlassen. Gleichwol nunmehro klar sey, daß die Klägerinne mit ihrer appellation abgewiesen, und also darüber zu erkennen sey, aus welchem sich 6) klärlich hervorthue, daß die Klägerin 7
dem intervenienten laut des fasciculi n. 107. vorgeworfen, daß er dem Amtmann M. gegen sie allerhand adminicula suppediriret, die Schriften selbst dazu concipiret, und ihm consilia hierinnen ertheilet, so ihm doch unerweislich imputiret worden, und er als eine grosse iniurie aufgenommen, zu geschweigen 7) der andern in actis vol. IV. vorgefallenen anzüglichen Schriften, welche iustam causam inimicitiarum würcken und operiren müssen, daß wenn gleich die sponsalia ihre Richtigkeit haben solten, die Klägerin dennoch auf deren Vollenziehung nicht mehr zu dringen befugt sey, da sie zu dieser Feindschaft schuld gegeben. Absonderlich aber 8) diesen hinzutreten möchte, daß 8
die Klägerin condemniret worden, die dasige Fürstliche Residentz zu meiden, und solches Urtheil durch die vom Käyserlichen Hofe reiicirte appellation rechtskräftig worden sey, welche causa allein zur eventualen rescission der streitigen sponsalien zulangen könte, und einem Regierungs-Rath nicht zuzumuthen sey, sich mit einer solchen Person in eine Ehe zu begeben, die sich dergestalt vergangen, daß sie so gar die Hoch-Fürstliche Residentz meiden müsse, ex qua causa superueniente etiam sponsalia valida et iurata rescindi possunt.

c. 25. X. de iurei.

Bey solchen Umständen aber es anscheinen will, als wenn Beklagter pure zu absolviren gewesen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch dieser gantzen in die 9
grösseste ärgerliche Weitläuftigkeit gezogenen Sache gar leicht abgeholfen werden können, wenn intervenient zuförderst den ihm rechtskräftig deferirten Eyd, wie sich gebühret, abgeschworen, dazu er bereits anno 1732 condemniret, und solches Urthel anno 1733 declariret worden. Dagegen aber derselbe, ob er gleich dem Scheine nach sich zum Eyde offeriret, dennoch viele subterfugia vorgebracht, und wegen aller-

allerhand harten in actis vorkommenden expressionen vermeinen wollen, daß theils ob superuenientes inimicitias, theils aber ob malos mores die Abstattung des Eydes unnöthig sey, da es doch bloß darauf ankommen, ob intervenient seinen consens zu denen sponsalibus gegeben, und er davon gewust habe oder nicht, also nicht nöthig gewesen wäre, die Klägerin dergestalt herum zu führen, wann intervenient den ihm deferirten Eyd abzuschwören im Stande gewesen wäre, welches die Altorfini ICti wohl eingesehen, und abermals rechtskräftig auf die Ablegung des Eydes erkannt, anbey gar wohl angezeiget, daß vorher, ehe man auf rescissionem sponsalium erkennen könte, ausgemachet seyn müsse, ob die sponsalia valide mit des intervenienten consens vollenzogen worden, welches durch seinen Eyd sofort zulänglich herausgebracht werden mögen, welchen er aber quouis modo zu declariren, und dieses medium se defendendi contra interuentionem factam zu eludiren gesuchet, woraus aber die Rechte keine gute præsumtion schliessen.

l. pen. C. de postuland.
c. 45. de testib. c. 4. X. de testib. eog.

10 Inzwischen die Sache nunmehro in einen solchen Zustand und Zerrüttung der Gemüther gerathen, daß keine Hoffnung zu einer reconciliation weiter zu machen, sondern propter magnum, quod ex facto tam arduo posset imminere periculum,

c. f. de procur. in 6.

11 nunmehro auf die Aufhebung aller Verbindlichkeit, wenn ja eine da gewesen seyn solte, zu erkennen nöthig befunden worden, quod matrimonia debeant esse libera, et coactiones difficiles soleant exitus habere,

c. 17. de sponsal.

imo metuendum sit, ne deterius inde contingat, vt quis talem ducat vxorem, quam odio habet;

c. 2. X. eod.

Aus denen Acten aber und deren Verfolg zu ersehen, daß sowol intervenient als Beklagter einen grossen Haß und Widerwillen gegen die Klägerin an den Tag geleget, absonderlich aber intervenient in allen Schriften dargethan, daß er der Klägerin die Sache unendlich schwer gemachet, und bereits vor neun Jahren der Sache eine Endschaft durch Ablegung des ihm deferirten Eydes geben können, wenn ihm solchen abzulegen ein Ernst gewesen, dessen Gegentheil aber daraus erhellet, daß er alles, was in actis von Seiten der Klägerin, die wegen des Verzögern wohl in nicht geringe Ungedult gesetzet werden müssen, in einigen harten terminis ausgedrucket, zu atrocissimas iniurias gemachet, darauf causam odii et inimicitiarum gegründet, und dadurch per indirectum die rechtskräftig zuerkannte Eydes-Ablegung eludiren wollen, so gar, daß ohngeachtet im letzten Urthel nochmals mit Verwerfung aller dagegen gemachten Einwürfe darauf erkannt worden, dennoch derselbe solches wiederum hindangesetzet, und, aller Rechts-Kraft zuwider, und ohngeachtet die Klägerin so flehentlich darum angehalten, neue exceptiones dagegen formiret, da doch die ICti Altorfini alle exceptiones bereits aus der raison verworfen, daß man nicht ehender ad rescindenda sponsalia etwas vorbringen, und die Klägerin sich darauf einzulassen nöthigen könne, bis erst klar sey, sponsalia valide esse contracta, zumal wenn der Eyd abgeschworen, man nicht einsten so wenig auf diesen Punct, als auf die malos mores der Klägerin fallen dürfen, nunmehro aber, da sich ex progressu causæ hervorthut, daß keine reconciliatio von Seiten des intervenienten und Beklagten zu hoffen, vielmehr der grösseste Widerwille gegen die Klägerinne sich überall verofenbaret, nicht mehr an die Ablegung des Eydes zu gedencken, da man wol siehet, daß ohnedem aus der Ehe nichts werden kan. Wie davon intervenient selbsten vol. IV. n. 28. die Fragen aufgeworfen, vielmehr alle Verbindlichkeit, wenn gleich solche da gewesen seyn solte, aufzuheben, dagegen aber billig die Klägerin nicht 12
so schlecht abzuweisen, als welche sehr vieles vor sich hat, iedoch durch diesen Proceß fast ruiniret werden, daß sie auch durch dasjenige, was wir ihr zugebilliget, wenig soulagiret werden wird, sie gleichwol von guter naissance und Herkommen ist, die der Beklagte gegen alle seine Liebes-Bezeugungen und Versprechen nicht hindansetzen sollen und können. Bevorab wenn man bedencket, wie viel Unkosten in Ansehen des neun Jahr lang trainirten Eydes, ohne ihr Verschulden, ihr verursachet worden, wozu ihr billig ein guter Beytrag gegeben werden muß, welchen wir auf ein gewisses quantum zu bestimmen für billig gehalten, weil sonsten ein neuer Proceß und Weitläuftigkeit ex determinatione expensarum erfolgen möchte, und ob zwar intervenient in letztgedachter n. 28. be- 13
findlichen Schrift die dissolutionem vinculi omnis ohnedem aus denen atrocissimis iniuriis fundiret zu seyn vermeinet, dennoch dessen Beweis noch guten theils fehlet, und solcher durch die rechts-kräftige letzte Urthel verworfen worden, die harten expressiones aber, so in Schriften befindlich, mehr dem advocato causæ als der Klägerin zuzuschreiben, und durch die Ungedult wohl endlich heraus gepresset werden können. Und was letztens die Händel mit dem M. und deswegen erkanter Reimung der Lan- 14
des-Hauptmannschaft und Hochfürstlicher Residentz betrift, solche ebenfalls vor letztern Urthel in actis angeführet worden, dennoch dem ohngeachtet die Eydes-Ablegung schlechterdings erkant ist. Und obgleich die sententia wegen der Räumung damals noch nicht vires rei iudicatæ ergriffen, sondern noch in appellatorio verfasset gewesen, nachgehends aber die appellation verworfen worden, dennoch die Umstände es geben, daß man auch darauf nicht einsten
reflectiret, sondern vol. III. n. 81. schlechter-

dings

dings auf die publication des Urtheils erkannt hat, da doch, wenn solches eine alteration in der Sache hätte geben können, man mit publication des Urtheils so lange anstehen, oder wenigstens die Eydes-Leistung per sententiam so lange aussetzen müssen, bis der euentus appellationis den Ausschlag, ob das Urthel die Kraft rechtens ergreifen werde, gegeben, welches aber alles in keine consideration gezogen ist. Wie denn auch, was intervenient wegen der imputationen, daß er dem M. beyräthig gewesen seyn soll, angeführet, nicht regardiret worden, sondern zur cognition des Reichs-Hof-Raths ausgesetzet ist. Inzwischen da auch solches nunmehr verworfen worden, daraus keine so grosse iniuria zu machen, da Klägerin solches zu ihrer defension vorgebracht, dem intervenienten den Eyd darüber deferiret, und wenn es auf den Punct ankommen würde, sie doch, præstito licet iuramento, wegen ihres Eydes vor Gefehrde zu excusiren wäre. Ueberhaupt aber der Vorwurf, daß gleichwol die Klägerin die Residentz zu meiden vorlängst condemniret sey, gar leicht aus dem Wege geräumet werden könte, wenn intervenient und Beklagter nicht den ärgsten Widerwillen gegen sie hegten, zumahl S. Hochfürstliche Durchlaucht. solches auf unterthänigstes Ansuchen leicht erlassen, und sie in den Stand setzen würde, die Ehe mit Beklagten zu vollenziehen, welches gnädige Bezeigen unter andern daraus erhellet, daß seine Hochfürstliche Durchlauchtigkeit noch bis diese Stunde, ohne Zweifel wegen dieses processus, das Urthel nicht zur execution gebracht, und es bloß an dem intervenienten und dem Beklagten bey solchen Umständen lieget, daß solche Strafe der Klägerin in Gnaden erlassen werde, welches ohne Zweifel von Seiten des intervenienten mit leichter Mühe zu effectuiren seyn würde. Welches alles nur zu dem Ende angeführet wird, daß derselbe mit Beklagten bey solcher Beschaffenheit der Sachen um destoweniger sich entbrechen wird, die bestimmte satisfaction und expensen der Klägerinnen zu zahlen. Allenfalls aber, wenn intervenient vermeinet, daß die ihr loco satisfactionis zugebilligte 500 Thlr. bey denen noch nicht erwiesenen sponsalibus zu hoch seyn solten, ihm noch frey bleibet, den ihm deferirten Eyd abzulegen, wozu ihm aber kein fernerer Aufschub zu verstatten; in welchem Fall zwar es bey dem Betrag der 200 Thlr. expensen nicht unbillig zu lassen, wozu intervenient und Beklagte pro rata concurriren müssen, iedoch alsdann die satisfaction billig auf die Helfte gesetzet werden muß, welche der Beklagte ihr zu entrichten schuldig, als welchen nicht gebühret, durch so viele Liebes-declarationen, als bereits in actis beygebracht sind, die Klägerin herumzuführen, und dadurch, weil solche bey honetten Personen ihre Absicht allein auf die Ehe haben, sie zu hintergehen, als wodurch sie nunmehr unglücklich gemachet worden, und zu dessen einiger Ersetzung die in Helmstadiensi sententia zuerkannte 50 Thlr. lange nicht zureichen wollen, wodurch denn die rationes dubitandi von selbsten zerfallen, angesehen ad 1) et 2) in thesi alles richtig ist, auch intervenienten nochmals deswegen die Eydes-Ablegung reserviret worden, wir aber bewandten Umständen nach, und weil die Zerrüttung der Gemüther nichts gutes prognosticiret, bedencklich gehalten, schlechterdings auf die præstationem iuramenti zu dringen, sondern vielmehr mit Aufhebung aller Verbindlichkeit auf die satisfaction zu reflectiren. Hergegen ad 3) bey des intervenienten Vorgeben, daß die Altorfini in der Sache nicht sprechen können, zu bemercken ist, daß responsa nicht ad integra acta ertheilet werden, und also, wenn die acta iudicialia ad idem collegium versendet sind, dieselbe mit mehrerem Grund nunmehr wohl sprechen können. Ja es alsdann gar oft geschiehet, daß gantz anders secundum acta gesprochen wird, als in dem responso geschehen, also daraus keine Nullität abzunehmen, intervenient auch dieses nicht einsten in actis sonderlich vrgiret, also es ad 4) et 5) auf die Erheblichkeit der geschehenen Einwendung gegen die Ablegung des Eydes allein ankommt, worüber bereits in ration. decidendi weitläuftig unsere Ursachen dagegen eröffnet sind, wie denn auch ad 6) der geschehene Vorwurf in dem fasciculo sub n. 107. bereits abgelehnet ist. Nichtweniger ad 7) die harten Ausdrückungen und andere vorgeworfene Injurien bereits vormahls, vor dem letzten Urthel, in actis angeführet, aber auch zugleich im letzten Urthel verworfen. Anbey ad 8) gezeiget worden, daß auch diese causa virtualiter im letzten Urthel mit hindangesetzet worden, wie dessen ration, daß zuvor die Richtigkeit der sponsalien feste gesetzet seyn müste, ehe man auf die dissolutionem sponsalium erkennen könte, solches klar zeiget, und Beklagter sonsten, wenn er noch die vorige affection gegen die Klägerin hegete, diesen Stein des Anstosses gar leicht, aus dem Wege räumen könte, wie weiter in ration. decidendi ausgeführet ist.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBRVARIO MDCCXLII.

RESPONSVM LXXX.

THEMA.

De fracta fide sponsalitia, iusta a sponsalibus recedendi causa.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. n. 2.
Ad semel legitime contracta sponsalia consummanda quilibet cogi potest. n. 3.
Sola inimicitia aduersus sponsam, quæ nulla iusta nititur ratione, non est iusta repudii causa. n. 4.
Quando in literis amatoriis mentio sponsalium non fit, magis iocus quam sponsalia inde arguuntur. n. 5.
Sponsalia non valent sine parentum consensu. n. 6.
Sine subscriptione in literis amatoriis facile fraus committi potest. n. 7.
Referens non probat sine relato. n. 9.
Epistola contra tertium fidem haud facit, n. 10.
Ita vt accipiens ea contra tertium vti non possit. n. 11.
Quod si is, ad quem transmissa est epistola, ea accepta non contradixerit, sed tacuerit, eo ipso contenta et fidem illius probasse censetur. n. 12.
Quatenus taciturnitas consensum operetur? n. 13.
Inprimis in acceptatione literarum amatoriarum? n. 14.
Per comparationem literarum etiam recognitio fieri potest. n. 15.
Literarum, quæ inter aliquos interceſſerunt, editio eo caſu iuſte iniungi poteſt, ſi literæ ipſum negotium, de quo agitur, concernunt, et ex iis deſumenda eſt litis deciſio. n. 16.
Etiam tertius ad edendas literas compelli poteſt, quoties ſingularis et iuſta cauſa hoc ſuadet. n. 17.
Iudex omnem diligentiam in manifeſtandis cauſis occultis adhibere debet. n. 18.
Fracta fides ſponſalitia iuſta eſt cauſa veſiiendi a ſponſalibus. n. 19.
In omni deſponſatione tacita conditio ſubeſt, ſi ſponſa in legem connubii non peccauerit. n. 20.
Sponſalia tamdiu dicuntur imperfecta, quamdiu aliquid perficiendum ſupereſt. n. 21.
Deciſio quæſtionis I. n. 22.
Qui negat literas amatorias ad ſe ſcriptas eſſe, concurrentibus indiciis iuramento ſe purgare debet. n. 23.
Quæſtio II et III. n. 24.
Victus victori in expenſas condemnari debet. n. 25.
Fides ſponſo fracta quatenus locum faciat actioni iniuriarum contra ſponſam? n. 26.
Si cauſa iniuriarum a cauſa principali dependet, hæc prius decidenda eſt. n. 27.
Deciſio. n. 28.

Die mir zugefertigte facti ſpecies nebſt Beylagen ſub n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. worüber mein rechtliches Bedencken verlanget worden, verhält ſich folgender geſtalt:

1 Es hat der Herr R. C. I. A. ſich bereden laſſen, mit eines ſo genannten Apothekers, Namens I. C. G. Tochter, ſo von 17 a 18 Jahren iſt, in Heyraths-Tractaten ſich einzulaſſen, auch er ihr, und ſie ihm die gewöhnliche arrhas gegeben, darauf ihre Eltern ein concept der Ehe-Stiftung ihm zugeſchicket, woraus derſelbe ſo gleich abnehmen mögen, daß man mehr auf ſein Geld als Perſon, weil er ſchon von 63 bis 64 Jahren iſt, geſehen, daher er ſolches concept ihnen unvollzogen remittiret. Mitlerzeit aber erhält derſelbe unvermuthet einige Briefe, deren Copey ſub n. 1. bis 6. incluſive mir zugeſandt, daraus zu erſehen, daß dieſe Jungfer nicht nur mit Schülern und Cramerpurſchen vertraulich converſiret, und Liebes-Briefe an dieſelbe geſchrieben; ſondern auch den einen, Namens S. auf des Herrn R. Tod vertröſtet, daher derſelbe eine völlige averſation von ihr bekommen, und ſich reſolviret, ſie ſich nicht trauen zu laſſen. Weil aber ihr Vater hierauf eine förmliche Ehe-Klage übergeben, ſo wird gefraget:

Quæſtio I.

2 **Ob der Herr R. A. nicht genugſame Urſachen habe, eine averſation gegen ſie zu faſſen, und geſtalten Sachen nach von dem, was unter ihnen abgeredet, zurücke zu treten?**

Ratio-

Rationes dubitandi.

3 Hierbey scheinet zwar dem Herrn R. entgegen zu stehen, daß er sich mit der Jungfer G. ordentlich verlobet, zu dessen Bestärckung ihr die gewöhnliche arrhas gegeben, und von ihr dergleichen auch angenommen, wie denn auch ihre Eltern beyderseits darin consentiret, daß also an dem vinculo sponsalium gar kein Mangel anzutreffen, und er daher nach den bekanten Rechten gehalten seyn möchte, durch priesterliche copulation die Ehe zu vollenziehen, oder in Verbleibung dessen durch die Obrigkeit darzu compelliret und angehalten werden könte:

NICOLAI *de repud. et divort. sect. I. c. 1. n. 59.*
CARPZ. *iurispr. Conf. lib. 2. def. 132.*
BRVCKNER *in decis. matrim. v. I. n. 7.*

Licet enim ad sponsalia ineunda nemo cogi possit, ad semel legitime contracta tamen omnino cogi potest.

FROUWERVS *de iur. conub. lib. 1. c. 24. §. 22.*

4 Und ob wol 2) der Herr R. anietzo eine gäntzliche aversation für die Jungfer G. bekommen, so möchte doch solches allein nicht zulangen, von diesem vinculo indissolubili wieder abzutreten, zumal solches den göttlichen und weltlichen Rechten entgegen ist,

BRVCKNER *cit. l. n. 11.*

5 auch dazu 3) aus denen beygefügten Beylagen und Liebes-Briefen keine gnugsame Ursache zu haben scheinen, zumal in dem sub n. 1. nur eine generale Liebes-Erklärung enthalten, und der Scribent nur darin bezeuget, daß ihm auf der Welt nichts liebers sey, als von ihrer anmuthigen Person etwas zum steten Gedächtniß aufzuheben, quando autem in literis amatoriis nulla mentio facta sponsalium, tantum abest, vt sponsalia inde arguantur, vt potius ad iocum referri debeant;

MVLLER. *de liter. amat. th. 20.*

6 4) der Brief sub n. 2. auch bezeuget, daß des Scribenten Vater über solchen Brief-Wechsel sehr erzürnet gewesen, und also ohnedem kein bündliches Versprechen in denenselben gelten könte, wenn gleich daraus erhellen solte, daß der Scribent sich mit Jungfer G. versprochen;

IDEM *cit l. th. 9.*

7 5) der Brief sub n. 3. zwar der Jungfer G. Hand seyn soll, und sie darin declariret, daß der Scribent als ihr einziges Leben mit seinem Liebes-Pfeil ihr Hertz so tief verwundet, daß es nicht auszudrücken stünde, gleichwol der Brief keine subscription hat, sine qua tamen facile fraus committi potest,

BREDEROD. *in resol. instit. ad §. 4. I. de testam. ordin.*

adeoque literis nomine scribentis carentibus credi non debet.

LVDOVIC. GILHAVSEN *in arb. iud. c. 6. P. art. 2. n. 57.*

8 Im übrigen auch daraus eine schlechte Liebes-

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

Erklärung herzunehmen, welche vor der mit dem Herrn R. A. Verlobung geschehen, und eben so wenig den ietzigen sponsalibus hinderlich seyn kan, als wenn sie vordem schon in Tractaten wegen Ehe-Verlöbniß mit iemanden gestanden, und solche Tractaten sich nachgehends zerschlagen hätten, dergleichen Bewandtniß es 6) 9 mit dem n. 4. befindlichen Briefe hat, woraus abermal nichts verfängliches zu nehmen, und dergleichen Briefe zu schreiben, einer unverlobten Person nicht eben grosser Verdacht bringen kan. Endlich 7) die beyden letztern Briefe von mehrerer Wichtigkeit zu seyn scheinen, als woraus abzunehmen, daß sie einem in H. sich aufhaltenden Cramerburschen Namens S. ihr Ehe-Verlöbniß soll notificiret, und ihn auf des Herrn R. bald erfolgenden Todt vertröstet haben, gleichwol dieses dabey zu erwegen, daß beyder Briefe von S. geschrieben seyn sollen, welcher letztere sich auf der Jungfer G. ihr Schreiben beziehet, und doch dasselbe nicht da ist, da denn bekannt, quod referens non probet, nisi constet de relato.

AVTH. *si quis in aliquo C. de edend.*

Hiernechst auch ausgemachten Rechtens ist, 10 quod epistola contra tertium fidem haud faciat.

l. 7. C. de probat.
l. 52. pr. de pact.
MENOCH *de arb. iud. quæst. lib. 2. c. 94. n. 22.*
NICOL. DE PASSER. *de script. priv. tr. 3. pr. n. 187.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch nicht mag geleugnet 11 werden, daß aus den angeführten Liebes-Briefen, wie hernach mit mehrern gezeiget werden soll, eine wichtige causa a sponsalibus resiliendi erwächset, zuförderst aber hiebey untersuchet werden muß, ob die Briefe zum Beweis zulänglich sind, und was etwa noch dabey zu deren Bestärckung nöthig seyn möchte? da denn zwar (1) in thesi richtig ist, quod epistola contra tertium fidem non faciat, scilicet, vt accipiens ea contra tertium vti non possit. Hergegen 12 aber eine andere Frage ist: ob nicht eines dritten Brief gegen den accipienten, welcher denselben angenommen, zum Beweis produciret werden könne? Da ich denn voraus setze, daß die beyden Schreiben sub n. 4 und 5. von der Jungfer G. würcklich accepiret, und von ihr aufbehalten worden, als welches das vornehmste momentum bey der gantzen Sache ist, und vor allen Dingen beygebracht werden muß, in welchem Fall denn klaren Rechtens, quodsi is, ad quem transmissa est epistola, ea accepta, non contradixerit, sed tacuerit, eo ipso contenta et fidem illius probasse censeatur, imo omnia contenta in eadem in sui præiudicium vera esse fateri videatur.

l. 16. D. ad SCt. Maced.
clem. 1. de procur.

MASCARD *de probat. concl. 626. n. 10.*
LAVTERBACH *de epist. th. 45.*
adeoque talis epistola iuncta receptione et lectione absque protestatione plenam probationem contra recipientem facit.
SCHRADER *de feud. P. 2. part. 9. pr. sect. 13. n. 107. cum DD. ab eo alleg.*

13 Et quamuis alias in præiudicialibus taciturnitas et patientia nequeat operari consensum, aliud tamen dicendum, si vltra taciturnitatem interueniat actus aliquis positivus, veluti si quis scienter recepit et custodivit eiusmodi literas,
LAVTERBACH. *cit. l. in f.*
NICOL. *de* PASSERIB. *de script. priv. pr. n. 129. seq.*

14 Welches auch auf dergleichen Liebes-Briefe mit Recht kan gezogen werden, vti probat
MVLLER *de liter. amator. th. 22.*

15 Im übrigen, daß sie solchen Brief gelesen, und dabey acquiesciret haben müsse, 2) daraus sehr wahrscheinlich wird, weil sie mit gedachtem S. vorher in Liebes-Affairen correspondentz gepflogen, sehr verliebt an ihn geschrieben, und sich in dem sub n. 4. befindlichen Briefe seine herzliebe Dienerin genannt, und im Fall sie denselben geschrieben zu haben ableugnen solte, ihr derselbe zur recognition oder eydlichen diffession vorgeleget, oder per comparationem literarum die recognition geschehen kan.
LAVTERBACH. *cit. l. th. 42.*

16 Absonderlich aber 3) hiebey aller Fleiß anzuwenden ist, daß dasjenige Schreiben, welches sie an S. geschrieben, und ihm darin die Heyrath mit dem Herrn R. notificiret, zur Hand gebracht werde, zu welchem Ende denn der zu H. sich aufhaltende S. ad edendum per literas subsidiales wohl angehalten, oder in dem Leugnungs-Fall zu dem gewöhnlichen iuramento, daß er diesen Brief nicht habe noch gefährlicher Weise von Händen kommen lassen, wohl constringiret werden mag, tametsi enim literarum, quæ inter aliquos intercesserunt, editio regulariter iniungi non debeat, hoc tamen minime de illis intelligendum literis, quæ ipsum negotium, de quo agitur, concernunt, et ex quibus sumenda est litis decisio,
MEVIVS *P. 5. dec. 361.*
BRVNNEM. *ad l. 1. de edend. n. 10.*

17 inprimis vero etiam tertius compelli potest, quoties aliqua singularis et iusta causa hoc ipsum deposcit et veritas aliter haberi nequit.
l. 1. C. de edend.
CARPZOV. *lib. III. resp. 78. n. 14.*

18 Welcher Umstand alhier vornemlich verhanden, da die heimliche Vertröstung auf den etwa bald zu hoffenden Tod des Herrn R. A. nicht anders als durch diese verdächtige correspondence ausgemachet werden kan, ein iudex auch billig in solchen occultis causis alle Behutsamkeit, hinter die Gewißheit solcher-Heimlichkeit zu kommen, anwenden muß.
MEV. *P. 3. dec. 417. n. 7.*
ZIEGL. *in dicast. concl. 20.*

19 Alsso, wenn auf diese Weise die contenta der n. 5 et 6. befindliche Briefe gnugsam erwiesen worden, es 4) auf die andere Frage ankommt, ob dieselbe ad rescindenda sponsalia hinlänglich sind? Da denn zwar nicht zu leugnen, daß aus denen ersten vier Briefen keine iusta causa rescindendi sponsalia herzunehmen ist, anerwogen sie diese correspondence vor der Verlobung gepflogen, daraus auch nicht erhellet, daß sie ungebührlich mit dem Scribenten gelebet; hergegen die beyden letztern Briefe anzeigen, daß die Jungfer G. post sponsalia iam contracta eine solche correspondence mit S. geführet, welche sie der grössesten Untreu überführet, anerwogen sie darin die sponsalia, so sie mit dem Herrn R. A. geschlossen, aus der Ursache, notificiret, weil sie mit demselben schon sich vorher verlobet, wie die deutlichen Worte des Briefes anzeigen:

> Denn einmal weiß sie, wie wir stehen, und daß ihre Frau Mama auch noch bey unserer letzten Zusammenkunft in H. mit einander verabredet, daß uns weder Welt noch Teufel trennen kan, wo sie anderst nicht ihre Ehre in Gefahr setzen wollen ꝛc.

Alsso ihn zur Gedult annahmen wollen, zumal sie verhoffete, daß sie ihres neuen Liebsten durch den Tod wegen seines Alters bald befreyet seyn würde, sie inzwischen ein gutes Vermögen von ihm zu ererben hoffete, laut gedachten Briefes eigener Worte:

> Es ist zwar wohl wahr, um einen so fetten, noch 1 a 2 Jahr warten zu können, und die Frau Mama meinete, daß der alte galan so sehr hitzig sich bezeigete, daß ers kein Jahr würde ausdauren können. Allein man kan nicht wissen, wie das Ding gehet, und setzet mich fast in Verzweifelung ꝛc.

Ferner:

> Zwar seyn ihre Vorschläge all considerabel, da ihr neuer galan ziemlich alt, und an die siebenzig Jahr, sich auch offeriret, ihr gleich 4000 Thlr. zuzuheyrathen, und wenn Erben folgen solten, sie sein übriges, so sie glaubte, über 20000 Thlr. werth, darzu zuhaben, in specie hoffete sie auch das Haus noch darzu zubekommen ꝛc.

20 Woraus denn klärlich erhellet, daß gedachte Jungfer G. ihren ersten galan auf den Tod ihres bereits versprochenen Bräutigams vertröstet, und von demselben bald erlöset zu werden, verhoffet, welches eine keiner verlobten Braut anständige Sache, vielmehr eine offenbare Untreue ist, und alsso der Herr R. A. an die sponsalia denen Rechten nach nicht verbunden ist, subest enim in omni desponsatione tacita conditio, si illa in legem connubii non peccauerit, nec contra regulam desponsationis vene-

venerit, quo facto etiam iurata sponsalia dissolvuntur,

c. 25. X. de iureiur.

B. STRYK. *tr. de dissens. sponsal. sect. 2. §. 27. p. 70. in f.*

neque tantum illa fidem sponsalitiam frangit, quæ stuprum patitur, sed etiam quæ fidem alteri in casum mortis sponsi dat.

arg. c. f. X. de eo qui dux. in matrim. quam poll. adult.

Da es auch hier billig heissen muß, quod turpius eiiciatur, quam non admittatur hospes, wie in simili casu der pontifex raisonniret.

in. c. 25. X. de iureiur.

21 Endlich auch 5) hierbey in Erwegung zu ziehen, ob auch die sponsalia ihre völlige Richtigkeit und complementum wirklich erhalten? angesehen ich aus der facti specie wahrgenommen, daß wegen der Ehe-Pacten noch bis dato keine Richtigkeit getroffen, und also, welches ich aus der facti specie nicht erkennen mögen, zuförderst untersuchet werden muß, ob sich die beyde Personen categorice verlobet; oder nur in so weit einander das Ja-Wort gegeben, daß sie doch dabey die Einrichtung der Ehe-Pacten vorbehalten, welche aber bis dato noch zu keiner Richtigkeit gekommen, und daher die sponsalia noch imperfecta seyn würden, cum imperfectum dicatur negotium, ad quod perficiendum adhuc aliquid supereſt.

l. pen. in f. C. de his quib. vt indign.

D. a COCCEI. *diss. de iur. circa act. imperfect. sect. II. §. 2 sqq.*

Dn. THOMAS. *diss. de pactis sponsal.*

22 So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß woferne es vorgedachter massen, mit dem sub n. 6. befindlichen Briefe seine Richtigkeit hat, oder aber allenfalls die sponsalia zu ihrer völligen Vollkommenheit noch nicht gekommen seyn solten, alsdenn der Herr R A. an die bisherigen Tractaten nicht gebunden ist.

23 Im übrigen so ferne der vorgedachte Brief der Jgfr. G. nicht insinuiret noch bey ihr angetroffen sondern etwa aufgefangen seyn solte, würde derselbe zu keinem Beweis gegen sie produciret werden, doch dieses würcken können, daß sie, weil sie dadurch in etwas graviret wird, sich vermittelst Eydes reinigen, und, daß sie niemals die contenta an S. geschrieben, schweren müsse, auf welchen Fall keine erhebliche Ursache, die sponsalia zu rescindiren, verhanden seyn würde.

Quæstio II.

Ob sie ihm nicht allen Schaden und Unkosten erstatten müsse? 24

Quæstio III.

Ob er nicht befugt sey, wider sie actionem iniuriarum anzustellen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Auf diese Fragen kan noch zur Zeit nichts 25
beständiges geantwortet werden, denn ob wol
sonsten bekannten Rechten, quod victus victori in expensas condemnari debeat; hier- 26
nechst auch für keinen geringen affront anzunehmen, wenn eine Verlobte durch unzulässliche correspondence und Untreu ihren Bräutigam prostituiret.

B. STRYK *de diss. sponsal. sect. IV. §. 12.*

Weil aber dennoch das erste ex euentu li- 27
tis sich erst hervorthun wird, ferner auch die Injurien-Klage, welche aus der angestelleten Ehe-Klage entspringet, billig so lange ruhen muß, bis dieselbe ausgemachet ist,

l. 10. C. de iniur.

und nach deren Erörterung alsdenn davon zu iudiciren seyn wird.

So halte ich dafür, daß noch zur Zeit, davon 28
etwas Beständiges nicht könne decidiret werden. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE AVGVSTO MDCCXXV.

DECISIO LXXXI.

THEMA.

A sponsalibus iustis ex causis recedere licet.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Ob geminatam promissionem, nisi causa rationabilis existat, quis ad sponsalia consummanda compelli potest. n. 2.

Quatenus morbus epilepticus sit iusta causa resiliendi a sponsalibus. n. 3. 6.

Sponsalia seriam deliberationem desiderant. n. 4
Matrimonia debent esse libera, et coactiones ad ea difficiles habere solent exitus. n. 5.
Sponsalia iustis ex causis rescindenda sunt. n. 7.
Decisio. n. 8.

Als Dieselbe uns geführten Beweis und erfolgte Sätze in Sachen Hans Nicol. E. Klägers an einem, und Even A. Beklagtin am andern Theil, nebst denen übrigen Acten, in dem zurückkommenden vol. ꝛc.

1 Daß Beklagtin dasjenige, was ihr zu beweisen obgelegen und sie sich angemasset, nach Nothdurft erwiesen. Dannenhero zwar nunmehro die getroffene Ehe-Verlöbniß wieder aufzuheben. Es ist aber dennoch Beklagtin, sowol die durch diesen Proceß nach vorgehender liquidation und erfolgter Mäßigung verursachte, als andere von dem Kläger dieser Verlobung wegen aufgewandte Unkosten ihm zu erstatten, und also dieserwegen schadlos zu halten schuldig, mit anderweitiger geforderter satisfaction aber gestalten Sachen und Umständen nach zu verschonen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl 1) aus der litis contestation zu befinden, daß die sponsalia zwischen Klägern und Beklagtin ihre Richtigkeit erlanget, auch 2) ob wohl die Beklagtin auf die Hinter-Füsse getreten, iedoch abermal solche zu vollenziehen, coram commissione angelobet, und also ex geminata promissione in eine grosse Verbindlichkeit gesetzet worden, davon ihr wieder abzutreten nicht erlaubet seyn möchte, adeo vt nisi rationabilis causa existat, ad sponsalia consummanda compelli queat.

c. 10. X. de sponsal.
STRYK *de diff. sponsal. sect. II. §. 4. seq.*
CARPZ. *in iurispr. conf. lib. II. def. 133. n. 8.*

3 Bevorab, da 3) es der Beklagtin an einer causa rationabili fehlet, allermassen ob sie gleich post iuramenti relationem f. 131 geschworen, daß Kläger bey Gelegenheit, als die Beklagtin ihm junge Schweine zeigen wollen, zu ihr gesaget, er wäre noch nüchtern, indem er berufen könte, und ein Sonntags-Kind wäre, iedoch, wenn er eine Erbse nüchtern esse, solches hinweg wäre: imgleichen, daß er zu ihr gesaget, er hätte eben so ein Stück Kranckheit an sich, wie seine Schwester die Mahlmüllerin, es aber verbeissen konte; dennoch dieses nicht zureichen möchte, ad sponsalia rescindenda, angesehen, das erste Kläger aus Spaß geredet haben will, auch auf einen Aberglauben offenbar hinaus läuset, und kein vernünftiger Mensch sich an dergleichen Worten stossen wird: das andere aber auf eine Art der epilepsie hinaus laufen soll, welche aus der Zeugen Aussage zuvor zu erklären, aber daraus nicht erhärtet wird, da test. 1. ad art. 6 et 5. ad art. 7. von der gleichen Kranckheit nichts melden, sondern nur anzeigen, daß wenn sich seine Mutter oder Schwester erzürnete, die Mutter wohl plötzlich kranck geworden, die Schwester aber sich stille niedersetzen, auch wohl ins Bette legen müssen. Ferner testis 4. ad art. 11. int. 1. nur von Hörsagen deponiren können, wodurch nichts erwiesen wird, so daß bey solchen Umständen es das Ansehen gewinnen will, als wenn Beklagtin zu Vollenziehung der Ehe wohl gezwungen werden mögte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) aus dem fol. 15. 4
befindlichen attestato erhellet, daß anfänglich mit der Verlobung sehr unordentlich und præcipitanter verfahren worden, die doch eine seriam deliberationem erfordert, und obgleich solches nicht vollkommen erwiesen, doch der effectus von beyden Seiten gewiesen, daß solches geschehen und keine wahre affection unter beyden Verlobten gewesen seyn müste, deren Mangel die unglückseligsten Ehen würcket, indem die Beklagtin bald auf die Hinter-Füsse getreten, Kläger auch nach test. 2. ad art. 1 et 2. Aussage sich wenig aus der Beklagtin gemachet, und gemeldet, daß wenn er von der Beklagtin loß wäre, er morgen mit einer andern durch G. fahren wolte, welche liederliche Rede eine nicht geringe Verachtung in sich halten, womit auch test. 3. ad art. 5. übereinkommt, als welcher aussaget, daß Kläger deponenten erzehlet, daß in seiner Abwesenheit Beklagtin die Sachen ihm wieder geschicket, und wenn er da gewesen, er den Abgeschickten nebst den Sachen ins Haus nehmen, und da behalten wollen; woraus man erkennet, daß Kläger eben so wenig Liebe vor sie, als sie vor ihn gehabt. Dahero ob man wol ad 2) sich Mühe gegeben, beyde Verlobte wieder zu vereinigen, auch solches dem Ansehen nach erfolget, iedoch auch dieses wenig gefruchtet, sondern Beklagtin abermal von ihrem Versprechen abgewichen und es dahero der löblichen commission selber bedencklich gefallen, auf die Vollenziehung der Ehe bewandten Umständen nach zu dringen, vielmehr fol. 67. den Beweis der Beklagtin aufgeleget, quod libera debeant esse matrimonia et coactiones difficiles soleant habere exitus. 5

c. 17. X. de sponsal.
c. f. de procur. in 6. ibi: propter magnum, quod ex facto tam arduo posset periculum imminere.

Uebrigens ad 3) die Beklagtin ihre causas dissensus erwiesen, indem die erste causa per iuramentum relatum dargethan. Und obgleich nicht zu leugnen, daß in dergleichen Reden ein 6

blosser

blosser Aberglaube und leere Phantasie stecke, dennoch unter gemeinen Leuten, deren Verstand nicht weit gehet, dergleichen persuasiones einen Abscheu vor denjenigen zu machen pfleget, so sich dergleichen berühmet: die andere causa auch nicht gäntzlich ausser Augen zu setzen, indem Beklagtin doch beschworen, daß Kläger zu ihr gesaget, er hätte auch eben so ein Stücke der Kranckheit an sich als seine Schwester, er könte es aber verbeissen, wodurch er nothwendig ein schlimmes malum verstehen müsse, welches testis 5. ad art. 7. erkläret, und so beschreibet, daß es von einer epilepsie nicht weit entfernet ist, wie denn test. 4. ad art. 11. int. 1. aussaget, von andern Leuten gehöret zu haben, daß die Schwester ein Stück von dem so genannten bösen Wesen an sich habe, welches mit des testis 5. Aussage harmoniret, und dieses jenes erläutert, es auch wohl seyn kan, daß solches malum noch nicht eben bey diesen Leuten zu einem grossen Grad gekommen. Inzwischen doch daraus abermal einige causa a sponsalibus resilendi wegen der daraus entsprungenen Abscheuung entstehet,

c. 25. X. de iurei.

7 und da Beklagtin einmal zu dem Beweis dieser Puncte zugelassen, solches auch cum effectu geschehen müssen, welcher die dissolutionem sponsalium nach sich ziehen muß, iedoch zugleich dabey zu bedencken, daß die Beklagtin sich bey dieser Sache sehr übel aufgeführet, und ohngeachtet sie coram commissione versprochen, die sponsalia zu vollenziehen, und sich mit Klägern völlig ausgesöhnet, dennoch abermal ihr Versprechen hindangesetzet, und überhaupt dem Kläger Unkosten sowol bey diesem Proceß, als ausser demselben durch ihr Verschulden verursachet, sie dahero ihn wenigstens indemnisiren muß. Ausserdem aber Kläger keine andere satisfaction, warum es ihm bloß zu thun gewesen, fordern kan, da es der Beklagtin nicht gäntzlich an einigen Ursachen gefehlet, von denen sponsalibus wieder abzutreten, und sie rechts-kräftig einmal zu dem anerbotenen Beweis zugelassen ist, so seine Wirckung ex rei iudicatæ auctoritate haben muß.

So sind Wir geschehener massen zu erkennen 8 veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE DECEMBR. MDCCLXIII.

XXXIII 2

DECISIO LXXXII.

THEMA.

Quatenus sponsalia pura mutuo consensu dissolui queant?

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Num a sponsalibus puris mutuo consensu recedere liceat? n. 2. 7. sqq.
Sponsalia pura matrimonium initiatum inducere dicuntur. n. 3.
Ad effectum recedendi a sponsalibus requiritur seria declaratio. n. 4 11.
Dissensus ab una parte in consummandis sponsalibus illa non infirmat. n. 5.
Qui iuramentum detulit, prius de calumnia iurare tenetur. n. 6.
In sponsalibus nullum aliud vinculum subest, quam conuentionis, quod obligandi efficaciam ex sola partium voluntate habet. n. 8.
Sponsalia pura non sunt sponsalia de præsenti. n. 9.
Quatenus in renunciatione sponsalium constitorii confirmatione opus sit? n. 10. 11.
Iuramentum calumniæ iusta ex causa parti a iudice remitti potest, n. 13.
præsertim deficiente causa calumniæ. n. 14.
Decisio. n. 15.

Auf eingewandte Läuterung, deren prolecution und erfolgte Gesetze, in Sachen Annen Magdalenen K. Klägerin an einem, und Johann Joachim B. Beklagten am andern Theil, erkennen Wir ꝛc. auf eingeholten Rath unserer Rechts-Gelehrten für Recht ꝛc.

1 Nunmehr aus denen Acten und der Partheyen Einbringen so viel zu befinden, daß Beklagter die mit der Klägerin getroffene Ehe-Beredung vermittelst priesterlicher Copulation noch zur Zeit zu vollziehen nicht verbunden, sondern es ist zuförderst Klägerin den ihr deferirten Eyd, daß sie von dem versprochenen Ehe Verlöbniß angegebener massen nicht abgegangen, auch Beklagten nicht versprochen und zugesaget, daß sie ferner keine prætensiones noch Zusprüche an ihm machen wolle, zu schweren, oder solchen Eyd zu referiren, oder

oder auch ihr Gewissen mit Beweis zu vertreten schuldig, worauf alsdann ferner ergehet, was Rechtens. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wohl Beklagter 1) das zwischen ihm und Klägerin getroffene Ehe-Verlöbniß eingestanden, und dagegen Beklagtens Vorgeben, daß sie sich beyderseits gegen eine Abfindung aus einander gesetzet, nichts zu vermögen scheinet, da viele Rechts-Lehrer in der Meinung stehen, quod a sponsalibus puris mutuo consensu recedere non liceat,

CARPZOV *l. 3. resp. 108. n. 29. ibique citati.*

3 Zumal da 2) in denen sponsalibus puris eine ungezweifelte Einwilligung in die Ehe vorhanden sey, und solche daher nicht unbillig pro sponsalibus de præsenti gehalten werden müssen, quæ matrimonium initiatum inducunt, ideoque mutuo dissensu dissolui nequeunt.

c. 14. X. de conuerf. coniug.

CARPZOV *in iurisprud. eccleſ. l. 2. def. 133. ſeq.*

4 Und ob wohl 3) daß beyde Partheyen von dem Ehe-Verlöbniß abgegangen, nicht hinlänglich erwiesen, vielmehr Klägerin vorgeschützet, daß sie die auf den M. Jahrmarckt vom Beklagten angebotene Abfindung nur vor Scheu und vor dem Gedrenge der vielen Leute, so auf dem Marckt zugegen gewesen, und also nicht serio angenommen, sie auch dieserhalb nicht allein kurtz darauf, als Beklagter sich mit Annen Catharinen G. proclamiren lassen, das Gegentheil und ihre intention, die Ehe mit ihm zu vollenziehen, declariret, und ihm deshalb bey der anderweitig getroffenen Verlobung Einsprache gethan, sondern auch bis letzt beständig in der
5 Meinung verharret, und Beklagten zu Vollziehung der Ehe, durch den Weg Rechtens anzuhalten, gesuchet, deshalben nunmehro sein einseitiger dissensus und Widerspenstigkeit die sponsalia zu trennen, nicht vermögend seyn möchte.

STRYK *de diſſenſu ſponſal. S. II. §. 2. ſq.*

6 Und da nun 4) diesem allen zu Folge die mutua sponsalium renunciatio so wenig in iure als in facto eine hinlängliche und gegründete Ursach, von dem Ehe-Verlöbniß abzugehen, abzugeben scheinet; um so vielweniger Beklagter über solchem vorgegeben Abtritt der Klägerin den Eyd deferiren mögen. Bevorab da in dem fol. 39. Act. befindlichen Abschied die Eydes-delation übergangen, noch auch daraus in der Läuterung ein gravamen angegeben worden; allenfalls wenn ja 5) auf die Eydes-delation eine reflexion zu machen wäre, Leuterant doch vor allen Dingen zum iuramento calumniæ angehalten werden müste, cum qui iuramentum defulit, de calumnia prius iurare teneatur.

Ord. proc. Magd. c. 29. §. 4.
GRIBER *proc. iud. l. 1. c. 4. §. 4. §. 5.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die Meinung, 7
daß sponsalia pura mutuo consensu nicht getrennet werden können, auf schwachen Rechts-Gründen, beruhet, vielmehr desselben Gegentheil

in c. 2. X. de ſponſal.

ausdrücklich versehen worden, daß ein Verlöbniß, so pure und ohne einige Bedingung geschlossen worden, mit beyder Verlobten Einwilligung wiederum aufgehoben werden könte, 8
gestalten daselbst die ratio decidendi von dem contractu societatis hergenommen worden, daß, wie socii, also auch Verlobte mit beyderseits Einwilligung wieder voneinander gehen könten. Wodurch man nichts anders anzeigen wollen, als daß blosse Verlöbnisse nach dem modell der übrigen Verträge beurtheilet werden, und da also alle Verträge mit der contrahenten gutem Willen wieder aufgehoben werden könten, solches ebenfalls bey Verlobungen statt haben müste, cum nullum aliud vinculum hic subsit, quam conuentionis, quod obligandi efficaciam ex sola partium voluntate habet, vt hinc nihil vetet, quo minus iuri suo renunciare possint contrahentes.

STRYK *de diſſens. ſponſalit. ſect. III. §. 23.*

Dagegegen ad 2) die sponsalia pura mit Be- 9
stand Rechtens nicht inter sponsalia de præsenti gerechnet und darnach beurtheilet werden können, da so gar nach dem iure canonico die sponsalia pura ad sponsalia de futuro gehören, und kein matrimonium initiatum ausmachen, sondern solubel sind, wie aus dem angeführten *c. 2.* erhellet, und mit mehrern erweiset,

BOEHMER *in iur. eccleſ. prot. lib. IV. tit. 1. §. 11. et 33. ſq.*

Und obwol, wenn die geschehene Lossagung sich 10
angegebener massen verhalten solte, beyde Partheyen dabey um des consistorii confirmation billig anhalten sollen, solche Verabsäumung dennoch nicht die gantze renunciation unter ihnen vernichten kan, als welche wenigstens in so fern unter ihnen bestehet, daß, nachdem sich die Klägerin einmal ihres Rechtes begeben, ihr kein ius agendi mehr zukommen kan; allermassen denn ad 3) in actis nicht unwahrscheinlich dar- 11
gethan worden, daß beyde Verlobte sich mit guten Willen aus einander gesetzet, in mehrer Erwegung, daß teſtis 1. fol. 22. ſqq. Act. summarisch ausgesaget, wie er beyde Verlobte auf der Strasse zu M. nebst noch einem Bauer angetroffen und auf Befragen erfahren, daß sie eben Willens gewesen, sich aus einander zu setzen, er auch gesehen, wie sie wircklich auf 10 Thlr. wegen des Abstands accordiret, solche so fort nebst denen bey der Verlobung ausgestellten arrhis an Klägerin eingehändiget, und beyde diesen Vergleich mit dem Handschlag bestätiget, welches teſtis 2. gleichfalls attestiret, zugeschweigen, daß, nach geschehener Einsprache, Beklagter abermals mit Klägerin und auf

ihre

ihre Genehmhaltung mit ihrem Haus-Wirth, Herrn A. transigirt und wircklich auf 20. Thlr. untereinander eins worden, nach deren Auszahlung Herr A. im Namen der Klägerin, daß sie keinen fernern Anspruch noch prætension an ihm machen wolte, versprochen; welches alles die vorgegebene renunciationem sponsalium
11 sehr wahrscheinlich machet, hingegen Klägerins Einwenden, daß solche nicht serio sondern simulate geschehen, sehr entkräftet, wozu noch dieses kommt, daß Klägerins geschehene Einsprache, mehr um Geld von Beklagten zu bekommen, unternommen worden, als welches sie selbst bey dem inspectore Herr L. nicht verheelen können, sondern laut desselben attestati fol. 51. Act. gesaget, daß wenn Beklagter ihr noch etwas Geld geben wolte, sie wohl zu frieden seyn
12 wolte; deshalben ad 4) Beklagter um so viel eher bey so wahrscheinlichen Umständen über die vorgegebene Lossagung, Klägerin den Eid deferiren mögen, welche Eides-delation zu Recht beständig ist, weil selbige sowol der litis contestationi in der exceptions-Schrift fol. 20. annectirt, als auch der Abschied, worin dieselbe übergangen worden, wegen eingewandter Leuterung nicht Rechtskräftig worden und also noch res integra ist, überdem ihm auch dis, daß in der Leuterung kein besonder grauamen daraus gemacht worden, nicht schädlich seyn kan, da er überhaupt gegen das gantze Urthel leuteriret; dahero es nunmehr, ehe was weiters erkant werden kan, zu erwarten stehet, wie Klägerin bey dem ihr deferirten Eide sich verhalten werde, wie denn im Fall, wenn Klägerin solchen nicht ablegen könte, oder Beklagter in casu relationis iuramenti das Gegentheil beschwören solte, Beklagter von allem Anspruch der Versöhnis halber nicht unbillig zu entbinden; bey so bewandten Umständen, ad 5) das iuramentum calumniæ 13
aus hinlänglichen Ursachen im Urthel übergangen worden und Beklagtem nicht unbillig erlassen werden müssen, in Ansehung, daß der Eid über eine Sache, die zwischen Klägerin und Beklagten verhandelt worden, deferiret ist, und wenn also beydes, nemlich das iuramentum calumniæ et delatum abgeleget werden solten, ein Eid wider den andern præstirt werden, und folglich einer von beyden einen Meineid begehen würde, welches nothwendig zu verhüten, und daher das iuramentum calumniæ remittiret werden müssen; hiernechst auch auf Beklagtens 14
Seite keine suspicio calumniæ verhanden, immassen er die renunciationem sponsalium, worüber er den Eid deferiret, bereits in actis wahrscheinlich beygebracht. Vbi vero caussa calumniæ deficit, ibi nec calumniæ iuramento locus est, das iuramentum calumniæ auch überhaupt legale ist, in arbitrio iudicis bestehet, und aus bewegenden Ursachen wohl remittiret werden kan.

STRYCK *de iurament. calumn. remissione c. 3. §. 4 sq.*

So sind Wir wie geschehen, zu erkennen be- 15
wogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE AVGVSTO MDCCXXXVI.

RESPONSVM LXXXIII.

THEMA.

De iustis repudii causis, et restitutione euentuali contra sponsalia minorum.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio. Qualis ferenda sententia? n. 2.
In processu matrimoniali cautio pro expensis et reconuentione locum non inuenit. n. 3.
Propter id, quod quis pro stabiliendo actionis suæ fundamento attulit, nemo reconueniri potest. n. 4.
Nec si quæstio tantum est de medio, aliquem ad promissa seruanda cogendi. n. 5.
Ex instrumento liquido et recognito statim exsequutio decerni potest. n. 6.
Nemo ad sponsalia contrahenda, ad semel vero contracta consummanda cogi potest. n. 7.
Sponsalia legitime contracta, vnius partis dissensu dissolui non possunt. n. 8.
Sponsa, contra pacta dotalia in præsentia cognatorum et assistentis prælecta et explicata, de dolo excipere nequit. n. 9.
Rei communis administrator, secundum legale inuentarium vel iuratam specificationem, rationes reddere debet. n. 10.
Impensas nuptiales sponsus et sponsa ferre debent. n. 11.
Cognatorum consensus in sponsalia est honestatis, non necessitatis. n. 12.
Sponsa, quæ non dolo circumuenta est, quæ quoque non ignorat conditiones sponsi, ex capite minoris ætatis contra sponsalia restitui non potest. n. 13.

Persuadens alicui, vt testamentum faciat, non male agit. n. 14.

Ad sponsalia dissoluenda requiritur inimicitia iusta et grauis, et cui repudians causſam non dedit. n. 15.

Opinio doctorum, cautionem in processu matrimoniali reiicientium, legibus non est suffulta. n. 16.

Si probabile caput reconuentionis allegatur, cautio in matrimoniali causſa recte desideratur. n. 17.

Præsertim si limita demum conuentione, reconuentio instituitur n. 18.

Et actor immobilia non possidet. n. 19.

Pacta mixta et in vim vltimæ voluntatis inita præsumuntur, in quibus mentio sit successionis, et ad eorum validitatem requiruntur quinque testes. n. 20.

Forma a lege præscripta neglecta, totum negotium est nullum. n. 21.

Non obligatur sponsa, si se iuri, quod ignorauit, de quo quoque non certior facta est, subiecit. n. 22.

Nec obligatur, si sponsus de sponsæ pecunia sollicitus falsa de se tacuit. n. 23. 24.

Dolus vitiat sponsalia, et a parte decepti omnem excludit consensum. n. 25. 27.

De fideicommisso disponi non potest. n. 26.

Consensus tutorum et curatorum ad sponsalia celebranda quandoque est necessarius. ibidem.

A sponsalibus resilire potest sponsa, si nullos reditus sponsus habet, nec vxori alimenta sufficientia præbere potest, n. 28.

Immo propter metuendam dotis iacturam. n. 29.

Communione bonorum inter coniuges inita, commune quoque est aes alienum. ibidem.

Sponsus facultatibus sponsæ inhiare videtur, qui insolito modo solutionem dotis, et dispositionem iniquam a matre postulat. n. 30. 32.

Mater ad secunda vota non transiens, inuentarium edere non debet. n. 31.

Propter iniurias, matri sponsæ illatas, sponsalia dissolui possunt. n. 33.

Repudio locus est, si sponsa iuramento confirmare vult, tale post sponsalia obuenisse incommodum, quod ipsum si præsciuisset, a spondendis nuptiis deterruisset. n. 34. 35. 36.

Interest reipublicæ, ne tales personæ copulentur nuptiis, quæ ferendis matrimonii oneribus impares sunt. n. 37.

Propter odium superueniens et iustam indignationem, repudium dari potest, præsertim si repudians causſam non dedit odio. n. 38. 42. 43.

Si desponsati reconciliari non possunt, coactio quiescere debet. n. 39.

Coactiones difficiles exitus habere solent. n. 40.

Hostes potius sunt seiungendi quam coniungendi. n. 41.

Minorennis contrahens sponsalia cum obærato, nullosque reditus habente, beneficio restitutionis in integrum gaudet. n. 44. 45.

Minorennes non solum propter læsionem factam, sed etiam propter probabiliter imminentem restituuntur. n. 46.

Restitui etiam minorennis potest contra sponsalia pura, quia non sunt matrimonium. n. 47.

Decisio quæstionis. n. 48.

Sie in Sachen Caii wider Lucretiam wegen verweigerter Vollziehung der versprochenen Ehe mit zugesandte acta priuata bestehen in folgenden Umständen:

1 Es haben Caius und Lucretia sich am 8. Octobr. 1741, mit Einwilligung und Genehmhaltung beyderseits Eltern, ehelich verlobet, und auf den, Inhalts der getroffenen pactorum dotalium, beschriebenen Fuß die Ehe forderſamſt durch priesterliche copulation zu vollziehen versprochen. Es sind aber bald nachhero unter ihnen solche Irrungen entstanden, welche verursachet, daß die Jungfer Braut nebſt ihrer Frau Mutter genugſamen Grund zu haben geglaubet, ihr Wort zurück zu nehmen, und von dem Ehe-Versprechen hinwieder abzugehen. Dahingegen Caius sich dazu nicht verstehen wollen, sondern auf Erfüllung desjenigen gedrungen, was in dem Ehe-contract verabredet worden, und zu solchem Ende, mittelſt Einreichung hoher, denen replicis sub H und I beygefügter, Vorschriften, der Lucretiæ Landes-Herrn unterthänigſt gebeten, diese Sache von dem Ober-consistorio, wohin sie sonſt gehöret, abzuziehen und an eine commission zu verweisen. Weil nun der Landes-Herr nicht für gut befunden, diesem Suchen statt zu geben; so hat Caius, der ergangenen Verordnung zu folge, bey dem Oberconsistorio seine Ehe-Klage angebracht, der Landes-Herr aber haben gedachtem Ober-consistorio in hohen Gnaden anbefohlen, dem Kläger eine ohnpartheyiſche und schleunige Juſtiz forderſamſt angedeyen zu laſſen. Worauf die Sache in cognition gezogen und von beyden Theilen zum Urthel beſchloſſen, auch sowol von der Jungfer Braut Frau Mutter, als derſelben Oheim eine interuention eingegeben worden, und es entſtehet nunmehro die Frage:

Wie in der Sache zu erkennen seyn möchte? 2

Rationes dubitandi.

Ob nun wohl Kläger anfangs in den Gedancken ſtehet, daß die der Unkoſten und Widerklage halber von ihm gefoderte caution, nach Gelegenheit dieſes Processes, keine statt finde, und er alſo damit gänzlich verſchonet werden müſſe 3

BERGER *Elect. Proc. matrim.* §. 21. 22.
SVENDEND. *ad Fibig. p.* 479.

bevorab

4 beworab da dasjenige, was von denen zur Ausrüstung empfangenen tausend drey hundert Reichsthalern, ingleichen denen Juwelen und zwey Coffres zum Vorwand einer Wieder-Klage gebraucht werden wollen, eben dasjenige sey, was Kläger testante libello mit ausdrücklichen Worten, pro stabiliendo fundamento actionis suæ, angeführet habe, und daher nicht weiter per modum recognitionis
5 angebracht werden könne. Gestalt denn auch bey reifer Beurtheilung der Haupt-Sache leichtlich zu befinden, daß es hier keinesweges auf die Erstattung der Unkosten, sondern vielmehr darauf ankomme, durch welche forderlichste Rechts-Mittel die desponsata zur genauen Erfüllung des getroffenen Ehe-con-
6 tracts zu constringiren sey. Hiernechst Kläger eine gantz liquide Sache zu haben vermeinet, in Betracht die Ehe-pacta von sämtlichen interessenten unterschrieben, und es nur auf die recognition deren Unterschrift ankomme, nach deren Erfolg nichts weiter übrig sey, als daß die desponsata zur Erfüllung ihres gethanen Ehe-Versprechens durch die in denen Gesetzen vorgeschriebene Zwangs-Mittel angehalten werden müsse.

CARPZOV. *iurisprud. consistor. L. II. d.132.*

NICOLAI *de repud. S.I.c.1.n.59.*

7 Licet enim ad sponsalia ineunda nemo cogi debeat, tamen ad semel contracta consummanda cogi potest.

BROVWERVS *de iure connub. L.I.c.24. §. 22.*

8 Dahingegen alles dasjenige, was Beklagte in der anbefohlnen euentualen litis contestation und denen annectirten exceptionibus vorgebracht, in gantz unerwiesenen factis bestehe und nicht für hinreichend gehalten werden könne, den geschlossenen Ehe-contract einseitig hinwieder aufzuheben und die desponsatam nebst ihrer Frau Mutter von der aus ihrer Zusage entstandenen Verbindlichkeit loß zu zehlen, allermassen Kläger bey Errichtung der Ehe-pacten allenthalben bona fide verfahren, und dieselbe sich so gefallen lassen, wie sie von der Braut leiblichen Bruder, nachdem sich derselbe deshalb mit seinen aduocatis und andern Rathgebern berathschlaget, selbsten entworfen, und eigenhändig geschrieben worden, ohngeachtet er wohl Ursache gehabt hätte, bey denen in replicis ad §. 5. angeführten Umständen, auf den ersteren contract zu bestehen und sich eine so nach-
9 theilige Clausel wegen des künftigen Rückfalls nicht aufdringen zu lassen. Wie denn auch der Jungfer Braut Frau Mutter um so vielweniger sich einer Uebereitung und Verleitung halber zu beklagen die geringste Ursache haben könne. Da ihr die Ehe-pacta in Klägers und der übrigen Anverwandten Gegenwart, durch ihren eigenen Schwager und assistenten den Doctor Medicinæ N. zu oft wiederholten mahlen deutlich vorgelesen, umständlich erkläret, und sie dabey ausdrücklich befraget worden, ob sie mit dem ihr darinnen zu ihrem Antheil und freyen disposition ausgesetzten dritten Theil des gantzen Vermögens friedig sey, welches sie dann gantz frey und ungezwungen contestiret. Hier-10 über Kläger allenthalben das wahre Beste seiner Verlobten gesuchet, und von deren Frau Mutter und Bruder nichts weiter verlanget, als daß letzterer von seiner bishero geführten administration des gemeinschaftlichen Vermögens, nach einem legalen inuentario, oder einer, bedürfenden Falls, eydlich zu bestärckenden specification richtige Rechnung ablegen und seiner Schwester den ihr zukommenden dritten Theil überlassen solle. Wobey ihm auch gar nicht zur Last geleget werden könne, daß er die Berechnung von der sogenannten Spaar-Büchse, oder vielmehr Neben-Casse gefodert, angesehen solche ohnstreitig zu dem Vermögen gehörete, wo-
von seiner Verlobten der dritte Theil zustehe. 11 Nichtweniger die ihm gezahlte Gelder zur Ausrüstung gehöreten, so nach Recht und Billigkeit von der Braut mit bestritten werden müsse; die ihm durch seine Schwiegerin zur Umsetzung gegebene Juwelen aber in einem auf seine Kosten verbesserten und mit einem Zusatz von guten Steinen vermehrten Staude, nebst denen aus eigener Bewegung mit einigem Geräthe übersandten Coffres, sich bey ihm in sicherer Verwahrung befänden, welche er seiner Verlobten, nach vollzogener Ehe, zum gehörigen Gebrauch herauszugeben nicht ermangeln würde. Ferner des 12 Oheims in Francfurth Einwilligung in die Ehe nicht ex necessitate, sondern bloß ex honestate erbeten, auch pure und ohne einige Bedingung ertheilet worden, mithin die von demselben nunmehro eingewandte interuention von selbsten hinweg fallen müsse, absonderlich da er sich noch niemahlen als curator der desponsatæ legitimiret, und das eingebildete fideicommiss durch die beyde zerstümmelte Beylagen so wenig als die vorgegebene curatel erwiesen werden könne, auch ohnedis für itzo die Frage von contract-mässiger Erfüllung des Ehe-Versprechens alleine ventiliret werde, womit das vermeinte fideicommiss nichts zu thun habe, allenfalls aber Kläger erböthig sey, die Sache casu existente bey denen Gerichten, wohin sie gehörig, mit interuenienten auszumachen. Ueberdem wi- 13 der die Wahrheit vorgegeben werde, daß Kläger durch milde Vorspiegelung um wahrer avantage und favorable gemachter falscher Umstände die desponsatam und ihre Frau Mutter respectiue zum Ja-Wort und consens verleitet, indem seine Umstände und situation dem Gegentheil und dessen gantzen mit seinem Bruder verschwägerten Familie wohl bekannt gewesen, und der desponsatæ Bruder bey seinen langem Aufenthalt vor und nach Klägers Ankunft in N. darnach sich gnugsam erkundiget und wohl erkundigen mögen, weil darunter nichts verborgen, was einen ieden wissen zu lassen Scheu getragen werden möchte, und er von seinem Herrn die so oft wiederholte gnädige Versicherung erhalten, daß er nach Absterben des ihm vorsitzenden

alten Herrn N. in den völligen Genuß sothaner Bedienung anklebenden Besoldung und emolumenten ohne fernere Rückfrage gesetzet werden solle, einfolglich Beklagte sich weder mit einer Unwissenheit von Klägerin Umständen behelfen, noch auch wegen eines zu besorgenden Ruins und Verlust ihres Vermögens das geringste vorwenden und deshalb gegen das Ehe-Versprechen ex capite minoris ætatis restitutionem
14 in integrum suchen könne. In mehrern Betracht Kläger dadurch, daß er der desponsatæ Frau Mutter zur Errichtung eines letzten Willens zu bewegen gesuchet, gar nicht die Absicht geheget habe, ihr Vermögen nur durch allerhand Wege an sich zu ziehen, und seine Ehe-Frau durch einen übermässigen Aufwand und grossen Staat zu ruiniren und in dürftige Umstände zu setzen, vielmehr seine Absicht löblich und der desponsatæ zuträglich gewesen, in Erwegung er dadurch einzig und allein dasjenige, was ihr von Rechts-wegen gehörete, zu erhalten, und es in die Wege zu richten gesuchet, daß bey ihrer nach der Heyrath erfolgten Abwesenheit, der Bruder die Frau Mutter zu einem ihr nachtheiligen letzten Willen zu bereden ausser Stand gesetzet werden möge. Wobey er dann auch, wie aus dem der litis contestation sub No. 2. beygefügten Aufsatz zu ersehen, gar nicht den ihm fälschlich beygemessenen Vorsatz geheget, daß die Mutter ihren Sohn enterben solle, indem darin beyde Kinder zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzet sind, und die Mutter ihn durch die Tochter versichern lassen, was gestalt sie das Werck zu Stande zu bringen gar nicht abgeneigt, und darneben ihre Tochter vor den Sohn zu beneficiren allerdings gesinnet sey.
15 Endlich die von der Beklagten vorgegebene Feindschaft ihr gar kein Recht geben könne, von dem Ehe-Versprechen zurück zu treten, anerwegen solche keinen zureichenden Grund habe und in dergleichen Fällen nicht darauf zu sehen sey, ob ein Haß und Feindschaft vorgewendet werde, sondern ob derjenige Theil, welchem der andere Theil seine Zusage zu halten sich weigert, daran Schuld sey, und darzu gegründete Ursache gegeben habe. Non enim quæuis inimicitia sufficit, vt repudium locum habeat, sed iusta et grauis requiritur, qualis non est, cui refractarius causam et occasionem dederit.

MEVIVS *p. IV. dec. 44.*
STRYCK *de dissensu sponsf. s. II. §. 46.*

Rationes decidendi.

16 Dieweil aber dennoch, was Anfangs den der Unkosten und Widerklage halber gefoderten Vorstand betrift, die Sächsische Rechts-Gelehrte selbsten einraumen, daß die Meinung derjenigen, welche in Ehe-Sachen den Kläger davon lossehlen, in denen Gesetzen nicht gegründet sey

BERGER *elect. proc. matrim. §. 21. seq.*
SCHILTER *exerc. VII. §. 16.*
GRIEBNER *princ. proc. iudic. L. II. c. 3. §. 4.*

folglich, so lange die Gesetze keine Ausnahme 17
von der Regel machen, keinem Richter frey stehet, davon abzuweichen, und den Kläger in Ehe-Sachen von sothanem Vorstande los zu sprechen, wenn von dem Beklagten ein gegründetes caput reconuentionis angegeben wird,

LVDOVICI *processu consistor. c. XII. §. 5.*
WERNHER *t. I. obs. p. 4. obs. 95.*
BERGER *elect. discept. forens. t. XIII. obs. I. n. 3.*

welches auch in dem gegenwärtigen Fall um so 18
viel mehr Statt finden muß, da vor Endigung der Klage die Wiederklage nicht angestellet, und vom Kläger dasjenige, so er aus der Beklagten Vermögen bereits in Händen hat, zurück gefodert werden kan, allermassen ohnstreitigen Rechtens ist, daß wenn Beklagte von der wider sie angestellete Ehe-Klage entunden, und der errichteten Ehe-Contract für ungültig erkant wird, Kläger so wohl die voraus gezahlte 1000. Rthlr. als auch die durch seine Schwiegerin empfangene 300. Rthlr. nebst denen an sich genommenen Juelen und beyden Coffres mit Geräthe herausgeben müsse, und daferne er solches in Güte zu thun sich weigert, Beklagte fundatam intentionem habe, deshalb gegen ihn Klage zu erheben, und das Ihrige zurück zu fodern. Quando enim reconuentio a conuentione tanquam caussa præiudiciali dependet, illa institui nequit, donec hæc finita fuerit

arg. l. 10. c. de iniur.
MEVIVS *p. V. dec. 192.*

wowider auch nichts hindern kan, daß Kläger 19
solcher Posten in seiner Klage Meldung gethan, in Betracht Beklagte dadurch in keine Sicherheit gesetzet wird, daß Kläger nach geendigter Widerklage, und ihm zuerkanten Herausgebung der empfangenen Gelder und anderer Sachen, da er in dasigen Landen nicht angesessen, zur Folgeleistung des rechtskräftigen Urtheils werde angehalten werden können.

l. 15. D. qui satisd. cogant.
STRYCK *in V. M. eod. §. 9.*
LVDOVICI *diss. de eo qui post litem contestat. bona immobil. poss. desiit cap. 1. §. 5 seq.*

Darneben Kläger gar nicht mit Beyfall der 20
Rechte sagen kan, daß er eine gantz liquide Sache habe, deren Entscheidung nur auf die recognition der Unterschrift der geschlossenen Ehepactorum ankomme, in Erwegung solche pacta an und vor sich nicht so beschaffen sind, daß, wenn auch Beklagte sonsten darwider keine exceptiones hätte, darauf sofort erkant werden könte, bevorab da eines Theils die §. 4 5. und 6. wegen der Sterbe-Fälle gebrauchte Worte von succession, succediren, zufallen deutlich ausweisen, daß die pacta als mixta et in vim vltimæ voluntatis inita anzusehen seyn, und also, bey Ermangelung der zu einem letzten Willen erfoderlichen Zahl von 5. Zeugen nicht bestehen können.

l. s.

l. f. c. de don. M. c.

STRVCK *caut. contr. f. III. c. VIII. §. 21. & de succeſſ. ab Int. diſſ. VIII. c. 5. §. 8.*

21 andern Theils in der Landes-Ordnung *p. II. c. 4. §. 5.* beſage des der duplic ſub N. 16. beygelegten extracts, ausdrücklich und heilſamlich verordnet worden, daß, allem künftigen Streit und Irrungen zuvor zu kommen, nicht allein mit Zuziehung guter ehrlicher Leute alle ſolche pacta und Ehe-Gedingnüſſe abgehandelt, ſondern auch, um Lebens und Sterbens willen, alſobald in ihrer und der angewesenen Perſonen Gegenwart durch iedes Orts Gerichtsſchreiber, oder durch ihren Pfarrer, da ſie wollen, von puncten zu puncten aufgeſchrieben, und unter des Gerichtsſchreibers oder Pfarrers Hand und Siegel ausgefertiget werden ſollen, welches alles aber bey Errichtung der Gegenwärtigen Ehe-pactorum in keine Wege in Acht genommen worden. Adeoque ex illis deneganda eſt actio, quia pacta dotalia forma ſua deſtituta ſunt. Forma vero a lege præſcripta neglecta, totum negotium vitiatur

l. 6. D. de euiction.

arg. l. 5. C. de iur. et fact. ignor.

22 dritten Theils Beklagte ſich fremden Land-Rechten und der nach ſolchen unter Eheleuten gebräuchlichen Gemeinſchaft der Güter unterwerfen müſſen, gleichwohl von allem rechtlichen Beyſtand gäntzlich entblöſſet geweſen, und von niemand gehörig unterrichtet worden, worin eigentlich der Inhalt des Land-Rechts, dem ſie ſich unterworfen, beſtanden, und wozu ſie verbunden ſey, wenn ſie mit ihrem künftigen Ehe-Mann in eine Gemeinſchaft der Güter treten ſolle. Welche Unwiſſenheit fremder Rechte ſie alſo zu nichts verbinden, noch den geringſten Schaden bringen kan.

l. 9. pr. §. 1. D. de iur. et fact. ignor.

LEYSER *ad pand. ſpect. 289. m. 4.*

23 Hierüber Kläger bey der vorgehabten Verlobung eine ſolche Aufführung von ſich blicken laſſen, woraus ſich ſo gleich zu Tage leget, daß er ſein Haupt-Abſehen nicht auf die Braut, ſondern auf ihr Geld und Gut gerichtet gehabt, und daher alles ſo zu reguliren geſuchet, damit er von ſolchem Vermögen vollkommen Meiſter werden, und ihm weder ietzo noch künftig das Geringſte

24 entgehen möge. Geſtalt denn zu dem Ende von ihm und ſeinen Beyſtänden ſeine obhabende Bedienung iederzeit für ſehr einträglich ausgegeben worden, ohngeachtet er bloß dem Herrn N. adiungiret, iſt und, ſo lange derſelbe lebet, nichts einzunehmen hat, ſondern mit dem bloſſen Titul ſich behelfen muß, durch welche vortheilhafte Vorſtellungen und der Braut Bruder gethane falſche promeſſen, ihn zu einer einträglichen Bedienung zu verhelfen, ſo doch in ſeinem Vermögen nicht geſtanden, er es endlich ſo weit gebracht, daß Beklagte nebſt ihrer Mutter und Bruder

25 ſich zur Unterſchrift obgedachter Ehe-pactorum verleiten laſſen. Nechſtdem Kläger Vorgeben, daß der Frankfurtiſche Oheim pure und ohne Bedingung in die vorhabende Ehe gewilliget, keinen Glauben verdienet, da derſelbe der Braut Bruder einen Aufſatz zu denen zu errichtenden Ehe-pactis eingehändiget, welchen aber Kläger wiederum, weil er ſeinen Gewinnſüchtigen und Geldbegierigen Abſichten zu wider geweſen, ſo lange zurücke zu halten, und ſeiner Braut und deren Mutter zu verbergen geſuchet, bis er die nach ſeinem Sinn und eigennützigen Vortheil geſchmiedete pacta zu Stande gebracht. Wel-26 ches alles auf eine augenſcheinliche Gefährde hinaus läuft, zumahlen Kläger wohl gewuſt, daß nach dem Teſtament, wovon der extract der interuention ſub A. beygefüget, der Beklagtin Güter mit dem Rückfall beſchweret geweſen, und doch davon, nach eigenem Gefallen, ſo diſponiret, als wenn ſie keinem fideicommiſſo unterworfen wären, ohne dabey auf des Oheims Willen die geringſte Abſicht zunehmen, den der beklagten Großvater beſage der Beylage ſub B. d. d. den 22. Aug. 1736. zum conſeruatore fideicommiſſi beſtellet, und auf ihn nach dem Tode alle ſeine väterliche Gewalt über ſeine andere Kinder und Enckel extendiret, und ihm ſo gar diejenige bis auf die legitimam zu enterben erlaubet, welche ſich würden gelüſten laſſen, ſeine Anordnung anzutaſten, mithin der Beklagten eines ſolchen an Vaters und Großvaters Statt geſetzten Oheims Auctorität und Vollwort in die Ehe um ſo viel nöthiger und unentbehrlicher geweſen, da nach dem ſub N. 20. der duplic beygelegten, und auf die Landes-Rechte ſich gründenden decreto, allerdings die Billigkeit und Ordnung erfodert, daß mit der Vormündere und derjenigen, welche an der Eltern Statt ſeyn, Berathung und Willen die pupillen und Minderjährige zur Verehligung ſchreiten müſſen, welches auch die Beklagte 27 wohl erkannt, und daher nichts ehe ſchlieſſen wollen, bis Kläger ihres an Vatern Statt geſetzten Oheims Conſens eingeholet, nach deſſen vorgegebener Ertheilung aber erſt ſich zur Einwilligung in die Ehe-pacta und deren Unterſchrift bewegen laſſen; woran ſie aber nicht gebunden ſeyn kan, da man ihr verſchwiegen, daß der Oheim dem Bruder einen Aufſatz zu den zu errichtenden Ehe-pactis mit gegeben und ſie alſo durch ſolche liſtige Verſchweigung und Zurückhaltung zur Unterſchrift des nach Klägers Sinn und einſeitigen Vortheil geſchmiedeten Ehe-Gedinges verleitet worden. Dolus vero vitiat ſponſalia, quando iis cauſſam dedit, et error iuſtus atque inuincibilis a parte decepti omnem excludit conſenſum.

BROWERVS *de iure connub. l. I. cap. 25. n. 32 ſeq.*

LEYSER *ſpec. 295. med. 7. ſpec. 296. med. 5.* 28

Geſtalt denn auch ferner poſt contracta ſponſalia ſich ſolche Umſtände hervor gethan, die hinreichend ſeyn würden, die Beklagte von Vollziehung der Ehe gäntzlich zu befreyen, wenn ſie auch nicht gefährlicher Weiſe zur Eingehung des Ehe-contracts verleitet worden; allermaſſen Klägers Umſtände ſo beſchaffen ſind, daß er gar nichts einzunehmen hat, und nur als adiunctus

des Herrn N. den blossen Titul führet, auch, bey vielen vorkommenden Umständen, noch lange nicht ausgemacht ist, ob er nach dessen Tode iemahls sothanen Dienst erlangen werde. Ueberdem sein Vater als ein Amtmann bey seiner grossen Menge Kinder und andern bekannten Umständen ihm nicht den geringsten Zuschub thun kan, sondern seinen Verdienst selbst höchst nöthig hat, dem ohngeachtet aber Kläger schon viele Jahre einen grossen Staat führet, ohne eine Besoldung und wissentliche fonds zur Einnahme zu haben, folglich der Schluß leicht zu machen ist, daß er in grossen Schulden stecken, und seine Last noch täglich schwerer machen müsse. Bey welchen Umständen also der Beklagtin nicht zu verdencken ist, wenn sie sich weigert, einen solchen Mann zu heyrathen, der für sich nicht einmahl die media viuendi hat, geschweige dann eine Frau und domestiquen zu unterhalten sich
29 im Stande befindet. Und wenn gleich der Beklagtin Vermögen ansehnlich ist, doch die davon fallende Einkünfte zum Unterhalt des Klägers und seiner domestiquen lange nicht hinreichend seyn würden, vielmehr Beklagtin sich in augenscheinliche Gefahr setzen dürfte, alle das Ihrige in kurtzer Zeit zu verliehren, und ohne ihr Verschulden an den Bettelstab zu gerathen, bevorab da sie sich denen Fremden ihr nicht erklährten Land-Rechten und gemeinschaft der Güter unterwerffen müssen, wodurch also das Ihrige mit Klägers Vermögen in eine massam und societatem gebracht werden sollen; da doch Kläger bey denen angeführten Umständen nicht das allergeringste in die massam bringen kan, folglich Beklagtin weder ratione dotis mit einem Gegenvermächtniß sicher gestellet, noch die Standesmäßige alimentation ihr verschaffet worden, vielmehr der gäntzliche ruin und Verlust ihres Vermögens bey einer solchen societate leonina, und vom Kläger intendirten bonorum communione totali unvermeidlich seyn würde, in Betracht dieselbe die Gemeinschaft der Schulden nach sich ziehet, wie ich ausgeführet, in diss. de commun. æris alieni inter coniuges, und daher Beklagtin, weilen Kläger nichts in bonis hat, ihr Vermögen zu Befriedigung seiner ietzigen und künftigen Gläubiger hergeben, und sich davon entblösset sehen
30 müste. Ueberdieses Klägers seine Geld-Begierde auch dadurch gar sehr verrathen, daß er nicht nur auf eine ungewöhnliche Weise sich zur Aussteuer 1000. Rthlr. voraus zahlen lassen, sondern auch durch seine Schwägerin es dahin gebracht, daß ihm Beklagtin aus ihrer Spaar-Büchse noch 300. Rthlr. gezahlet, und ihre Iuwelen zur Umsetzung anvertrauet sind, die sie aber nachhero, so oft sie auch darum angesuchet, nicht wieder bekommen können, ohngeachtet damahls von Wiederaufhebung des Ehe-con-
31 tracts noch nicht die Rede gewesen. Ferner Kläger von der Frau Mutter über das gantze Vermögen ein inuentarium, oder eydliche specification, und Berechnung alles desjenigen, was eingenommen worden, vom Gröbsten bis zum Kleinsten, begehret, da sie doch die Landes-Ordnung, weil sie ad secunda vota zu schreiten niemahls die geringste Lust bezeiget, von Aufrichtung eines inuentarii frey spricht. Nicht-32 weniger sie zu Verfertigung eines Testaments, zum gröbsten Nachtheil ihres Sohnes, dergestalt zu bewegen gesuchet, daß sie sich aller fernern disposition über das Ihrige, bey dem Wort der ewigen Wahrheit begeben solle, auch dabey dieselbe in dem der litis contestation sub n. 6. bey-33 gelegten Schreiben auf das gröbste beleidiget, allen schuldigen respect auf die Seite gesetzet, und das von ihr an ihn abgelassene Schreiben ein *monstreuses, scandaleuses*, wunderbahres und nicht beantwortungswürdiges, lächerliches Schreibe-Werck genennet und endlich verlanget, vor Vollziehung der Ehe alle denjenigen, was, seiner Meinung nach, gedachte Ehepacta ersoderten, ein Genüge zu leisten, einfolglich durch solche höchstunanständige conduite und deutliches Bezeugen, daß er der Beklagtin Person gar nicht meine, sondern derselben Geld und Gut in seine freye und unumschränkte disposition zu bringen suche, allerdings verursachet, daß sowohl die Braut, als ihre Mutter aus diesen sehr erheblichen und sehr bedencklichen Umständen das gegebene Wort zurück genommen. Und die erstere, wenn es erfodert wer-34 den solte, iederzeit eydlich zu erhärten sich in duplicis erbothen,

> Daß wann sie diejenige des Klägers Umstände, so sie nicht vor, sondern nach der Versprechung und getroffenen sogenannten Ehepacten erfahren und inne geworden, vor der überredeten Versprechung und Unterschreibung gedachter compactaten gewust hätte, auch von des Klägers bis nach Erhaschung der meubles und Geldes erst sich geäusserten bekannten unerlaubten Absichten, und zum Rückfall gegebenen Ursachen vorhero das mindeste sich vorstellen und wissen können; sie so wenig mit ihme in einige Versprechung, als weniger zur Unterschrift sogenannter Ehe-pacten sich würde haben bewegen lassen.

Toties vero repudio locus est, quoties post 35 constituta sponsalia eiusmodi obuenit incommodum, quod repudiantem, si præsciisset, a spondendis nuptiis sine dubio deterruisset. Omnis enim promissio in se habet tacitam conditionem, rebus sic stantibus, quam nec sponsalia repudiant

c. 25. X. de iure iur.

Quod si ergo tam notabilis rerum mutatio 36 superuenerit, quam si alter desponsatorum scire vel præuidere potuisset, nunquam rationabiliter sponsalia contraxisset; iusta erit repudii caussa

vid. ius eccles. prot. l. IV. t. I. §. 160. et 168.
NICOLAI *de repud. et diuort. p. I. c. 2. n. 2 seq.*

Et pertinet profecto ad substantiam matri- 37 monii, vt maritus uxorem alat habeatque, ex

quo

quo onera matrimonii sustentet, interest quoque reipublicæ, ne tales personæ nuptiis copulentur, quæ ferendis matrimonii oneribus impares futuræ sunt. Ipse igitur magistratus tunc intercedere & infelix tale matrimonium prohibere poterit.

LEYSER *spec. 296. med. 1. et 2.*
HOPPIVS *ad inst. de nupt. pr. p. 81 seq.*

38 In mehrem Betracht der Grund der Ehe die eheliche Liebe seyn soll, die aber Beklagtin wohl schwerlich gegen einen solchen Bräutigam tragen kan, der sich so vielfältig verrathen und durch seine Aufführung deutlich zu verstehen gegeben, daß ihr Vermögen und die freye disposition davon von Anfange her der Haupt-Endzweck aller seiner Handlungen gewesen sey. Malo autem more fæpe fit, vt ambientes feminas magis prius de dote, quam de carne sint solliciti, inde ei legem, quam huic amorem præoptent. Est hoc plerumque dissidiorum præmatura seges et earum, quæ pecuniam suam, quam se amari magis dolent, iusta indignatio.

MEVIVS *p. IV. dec. 45. n. 3.*

39 Wie denn auch Beklagtin bereits coram notario et testibus sich erkläret, was massen sie einen solchen Abscheu und auersion vor Klägern habe, daß sie viel lieber alles in der Welt verliehren, als ihn heyrathen wolle. Non vero tantum corporum, sed præcipue animorum coniunctio est connubium, ideoque id curandum, vt pro hoc iusta prius concilietur, et, vbi locus ei non relictus, quiescat coactio.

MEVIVS *l. c. dec. 42. n. 5.*

Daher die Gesetze in solchen Fällen schlechterdings allen Zwang verwerfen, ne forte deterius inde contingat, vt talem scilicet ducat, quem odio habet,

c. 2. X. de sponsal.

40 absonderlich da in sponsalibus noch res integra ist, und alles besorgliche Unglück vermieden und abgewendet werden kan, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere,

c. 17. X. eod.

41 et inter hostes indiuidua vitæ consuetudo per rerum naturam subsistere nequeat, qui potius seiungendi, quam coniungendi, ne in luctuosum & tristissimum vitæ consortium consentire cogantur.

CYPRÆVS *de iure connub. c. XIII. §. 82.*
LEYSER *spec. 295. med. 7.*

42 Wobey auch der von Klägern gemachte Einwurf, daß ihm die causa odii nicht zugerechnet werden könne, von selbsten hinweg fället, anerwogen eines Theils bereits genugsam ausgeführet worden, daß er durch sein unanständiges Betragen und höchst interessirte Aufführung, auch im Schreiben bezeugte Unanständigkeit mit Hindansetzung alles respects sich den Haß der desponsatæ zugezogen: andern Theils aber auch in dem Fall das Ehe-Versprechen cassiret werden muß, da derjenige, welcher auf den andern einen Haß und Feindschaft geworfen, nicht sagen kan, daß derselbe die Ursache der Feindschaft sey. Solum enim odium sufficit non simulatum, sed verum, vt, si nulla ratione in concordiam reduci possint ab omnimoda animi auersione, permittenda sit dissolutio sponsaliorum, ne forte deterius inde contingat, vt tali nubere cogatur, quem odio habet

Ius eccles. prot. l. c. §. 163.
SPENER *diss. de iure repudiorum in primis ex implacabilis causa odii §. X. in f.*
BRVCKNER *decis. matrim. cap. I. n. 59. p. 72.*

Deshalb auch der berühmte ICtus DVARENVS *ad tit. pand. solut. matrim. n. 4. de potestate et effectu sponsal. p. m. 322.* sich dieses vernünftigen Urtheils gebrauchet: 43

In summa quia non possunt omnes casus sigillatim enumerari, dicendum est, quoties iusta aliqua ratio suadet, e re ipsorum contrahentium non fore coniunctionem, veluti quia periculum est forte, ne perpetuum inter eos odium atque dissidium sit, iudex ad dissoluenda sponsalia, quam ad eos matrimonio iungendos propensior esse debet.

Welchem hierinn völligen Beyfall geben
STRYCK *de dissensu sponsal. s. II. §. 49.*
BERGER *elect. proc. matr. §. 20.*
SCHILTER *exerc. 36. §. 14.*

übrigens Beklagtin, wenn auch sonsten die sponsalia denen Rechten nach bestehen könten, ohnstreitig dawider in integrum restituiret werden müste, allermassen besage des der litis contestation sub n. 13. annectirten attestati dieselbe zur Zeit des geschlossenen Ehe-Gedinges annoch minderjährig gewesen, bey ob angezogenen Umständen aber die læsio in bonis selbsten sich nur daher zu Tage leget, daß Kläger deducirter massen wenig oder gar nichts im Vermögen hat, in keiner Besoldung stehet, von seinem mit vielen Kindern beladenen Vater die zu seinem bishero ohne Besoldung geführten Staat ersoderliche Gelder nicht erhalten können, und also merckliche Schulden machen müssen, auch, wenn er endlich nach N. Tode dessen 400. Rthlr. ertragende Bedienung bekommen solte, doch solches lange nicht hinreichend seyn würde, mit seiner alsdenn habenden familie den angefangenen Staat fortzusetzen, viel weniger seine alte Schulden zu bezahlen, sondern der Beklagten Eingebrachtes, wie zum Theil schon geschehen, angegriffen und sie in die gröste Gefahr, Armuth und Elend, in Ansehung ihrer zeitlichen Güter, gestürtzet werden würde. Quamuis enim minori viginti quinque annis contra matrimonium iam contractum haud videatur indulgenda restitutio in integrum ad resolutionem eius; tamen quantum ad sponsalia attinet, minoribus aduersus ea, sicut aduersus alios contractus damnosos, ob iustas causas subueniri ætatis auxilio idque frequens esse scribit 44

LEY-

LEEVWEN *censur. forens. p. I. l. 1. c. 11. n. 13.* GROENEWEGEN *ad l. 1. c. de sponsi. in f.* VOETIVS *ad D. de sponsal. §. 17.*

45 Quis vero negaret, graue dispendium patrimonii et bonorum cladem ex matrimonio imprudenter contracto imminere posse? Maxime si sponsa animaduertat, sponsum aere alieno esse pressum, rei domesticæ non sufficere reditusque nullos vel adeo tenues habere, vt inde onera matrimonii, etiam dote superaddita, ferre nequeat adeoque per matrimonium futurum conditionem suam fieri deteriorem

Ius eccles. prot. l. c. §. 88. et 98. ibique plures allegati §. 87.

46 bevorab da die minores nicht allein im Fall, da die læsio bereits geschehen ist, sed vbi probabiliter imminet, statt findet, veluti si se oneri, quod suscipere non licuit, obligauerunt,

l. 44. de minor.

welches sich vornemlich auf solche höchst præiudicirliche und gefährliche Ehe-Verbindung appliciren lässet, quæ onus tale continent, quod

47 suscipere non licuit, dabey auch kein Unterschied unter sponsalia conditionata & pura zu machen, zumahl auch diese für nichts anders als die rechte ordentliche sponsalia, keinesweges aber für ein matrimonium zu achten, wie ich solches weitläuftig ausgeführet

cit. l. §. 78. sqq.
conf. diss. de restitut. in integr. contra sponsal. pura minor.

und den consensum der bewehrtesten Rechts-Lehrer als STRYKII, BROVWERI, GROENEWEGII, LEEWENII, VOETII, BERGERI und BRVCKNERI, dabey dargethan habe.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß 48 nunmehro in der Sache nach meinem Urtheil folgender Gestalt zu erkennen sey:

Daß Kläger den der Widerklage halber gefoderten Vorstandt, Einwendens ohngeachtet auf 2000. Rthlr. hoch durch Bürgen oder Pfand zu bestellen verbunden. Hiernechst, gestalten Sachen nach, die zwischen Kläger und Beklagtin getroffene sponsalia hinwiederum zu cassiren und aufzuheben, auch beyden Theilen sich anderweitig christlich zu verehligen zu verstatten und nachzulassen. Würde nun im übrigen Beklagte wegen der voraus empfangenen 1300. Rthlr. nebst denen ihr zugehörigen Juvelen und andern in Klägers Händen sich befindlichen effecten, die reseruirte Widerklage anstellen, und Kläger darauf zum Verhör vorladen lassen, so ergehet auch dißfals ferner was Recht ist. Die beyderseits aufgewandte Unkosten aber werden, aus bewegenden Ursachen, gegeneinander verglichen und aufgehoben. V. R. W.

PRIVATO NOMINE.

RESPONSVM LXXXIIII.

THEMA.

De matrimonio secundum ius Germanicum perfecto ad effectum successionis statutariæ.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. proposita. n. 2.
Iure Magdeburgico viduæ competit portio statutaria. n. 3.
Matrimonium momentaneum etiam iure Romano pro vero matrimonio habetur. n. 4. 19.
Iure Saxonico circa successionem statutariam consensio thalami requiritur. n. 5.
Iure Magdeburgico ius Saxonicum eatenus tantum receptum est, quatenus eius receptio clare probari potest. n. 6.
Consensio thalami quid denotet? n. 7. 12. 19.
Quatenus denegatio debiti coniugalis diuortium operetur? n. 8.
Priuatio lucrorum dotalium est vindictæ species, quæ ab heredibus exerceri nequit, si defunctus actionem priuatoriam contra eam non præparauit. n. 9.
Communio bonorum eiusque effectus iure Germanico matrimonium, perfectum in specie consensionem thalami requirunt. n. 10. 14.
Etiam inter principes. n. 15.
Natura portionis statutariæ ex institutis iuris Germanici est explicanda. n. 11.
Status matrimoniorum in Germania non ex iure Romano sed canonico explicandus est. n. 12.
Sententia iuris canonici de coniugio, commixtione corporis non consummato, allegatur. n. 13.
Matrimonium sine copula carnali quoad effectus iuris Germanici non est perfectum. n. 16.
Præsumtio, quæ ex ascensione thalami nascitur, eliditur, probata denegatione debiti coniugalis. n. 17.
In matrimoniis principum per procuratorem imaginarius vitus adhibetur. n. 18.

Ad

Ad effectum amittendæ successionis non opus est divortio, si constat de malitiosa desertione. n. 20.

Ad priuationem lucrorum dotalium sufficit, si heres probet, defunctum intentionem ad divortium agendi habuisse n. 21.

Decisio quæstionis I. n. 22.

Quæstio II. n. 23.

A cautione ab expensis liberat assistentia iuris prouincialis n. 24. 25.

Iusta reconuentionis causa existente, nemo a cautione liber est. n. 26.

Decisio. n. 27.

Quæstio. III. n. 28.

Editio inuentarii ab hærede iuste exigi potest. n. 29.

Modo ius hereditarium sit certum. n. 30.

Quæstiones præiudiciales ante causam principalem sunt tractandæ. n. 31.

Decisio quæstionis III. n. 32.

Als uns eine facti species nebst drey Fragen zugeschicket, und ꝛc.

1 Hat ein hiesiger Bürger und Buchhändler, nahmens Lucius, sich an ein Sächsisch Frauenzimmer, Tulliam, verlobet, und durch priesterliche Trauung am 31. Aug. die Ehe bestätigen lassen, gleichwol die Tullia ihrem Manne die eheliche Pflicht versaget, und nach Innhalt des beygefügten attestati sich beständig gegen ihn kaltsinnig bezeuget, auch ihn im Bette etliche mahl von sich gestossen, so daß währender dieser Kaltsinnigkeit Lucius den 8. Sept. eben dieses Jahrs, mithin kaum 8. Tage darauf verstorben, und der Tulliæ, solcher ungebührlichen Aufführung halber, niemahls ehelich beywohnen können, wie dann dieselbe auch solche Kaltsinnigkeit continuiret, und nach dem erfolgten Absterben ihres angetraueten Mannes, denselben nicht einmahl begraben lassen, sondern lediglich des defuncti Befreundten dessen Besorgung überlassen, auch nachhero überdas in verschiedener Zeugen Gegenwart, sie wolte sich nicht einmahl nach ihres Mannes Nahmen nennen, sich öffentlich verlauten lassen, ja bis diese Stunde gegen des verstorbenen Lucii Eltern nicht die geringste Freundschaft, weniger den gehörigen respect, vielmehr im Gegentheil bey aller Gelegenheit grosse Verachtung gegen dieselbe bezeuget; dem ohngeachtet die Tullia kurtz nach obgemeltem Absterben des Lucii in einem der hiesigen iudiciorum sich gemeldet, die obsignation gesucht, und es dahin gebracht, daß in des defuncti Buchhandelung ein gemeinschaftlicher Factor gesetzet, und derselbe in ihren und des verstorbenen Lucii Eltern Nämen in Pflicht genommen worden, worauf sie wider itzgedachte Eltern die Klage angestellet, und partem dimidiam hereditatis Lucii tanquam portionem statutariam gefodert, dahero gefraget wird:

Quæstio I.

2 **Ob bewandten Umständen nach, und fals des Lucii Eltern die denegationem concubitus erweißlich machen werden, die Tullia von des defuncti Lucii Erbschaft portionem statutariam Innhalts Magdeburgischer Policey-Ordnung zu fordern berechtiget sey,**

oder ob solche nicht vielmehr davon auszuschliessen?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol so viel die erste Frage betrift 1) 3
in der Magdeburg. Policey-Ordnung c. 44. §. 35. schlechterdings versehen, daß wenn ein Mann ohne Kinder versterben solte, die Wittwe den halben Theil des Mannes Verlassenschaft von beweg- und und unbeweglichen Gütern auch ausstehenden Schulden zusammt der vollen Gerade erb- und eigenthümlich haben solle, welches auch hier seine application finden möchte, da ausser allem Zweifel ist, daß die Ehe durch die priesterliche copulation vollenzogen, und ohngeachtet solche Ehe nicht über acht 4
Tage gedauret, dennoch auch ein matrimonium momentaneum pro vero matrimonio zu achten, und demselben alle effectus matrimonii beyzulegen, cum consensus matrimonium faciat, non concubitus,

l. 30. de R. l. 16. de condit. et demonstr.
B. a COCCEII *de matrim. moment. sect. 2. §. 4.*

und ob wohl 2) sonsten circa successionem 5
statutariam consensio thalami nach Sachsen Recht erfordert wird,

CARPZ. *p. 3. c. 19. def. 2.*

dennoch eines theils solches requisitum iuris Saxonici in der Magdeburgischen Policey-Ordnung nicht zu befinden, und in dem Magdeburgischen das Sachsen-Recht nicht weiter gelten kan, als solches expresse angenommen, sonsten aber nach den Käyserlichen Rechten verfahren werden muß: 6

Magdeburgische Policey-Ordnung in proœm.

andern theils die consensio thalami hier ausser Streit ist, und was von dem defectu copulæ carnalis angeführet worden, keinen Grund zu haben scheinet, sondern billig dabey zu acquiesciren, wenn das Ehe-Bette beschritten, 7

CARPZ. *cit. l. def. 4.*
BEVST. *de iur. connub. P. 3. sem. 23.*
HENELIVS *de dotalit. c. 4. §. 4. 5. 6.*

wie denn das Sachsen-Recht nichts mehr erfordert, als daß eine Frauens-Person des Mannes Bette betreten und die Decke beschlagen sey, 8

Ius Sax. prov. lib. I. art. 45.

ausserdem aber 3) die denegatio debiti coniugalis,

galis, wenn solche gleich erweislich seyn solte, hier in keine consideration zu ziehen seyn möchte, zumahl bekannt, daß solche nicht fort die Ehe trennet, sondern vielmehr per gradus mit der refractaria zu verfahren sey,

NICOL. *de divort. c. 2. n. 59. seq.*

und erst in casu extremæ contumaciæ die Ehe getrennet werden könne, welches hier gar nicht zu appliciren, nachdem Lucius nicht einmal bey seinen Lebzeiten hierüber zu klagen Gelegenheit gehabt, und keine Trennung erfolget, vielmehr die Ehe bis auf den Tod, ob wol eine 9 kurtze Zeit, gedauret; die Erben auch 4) nicht einsten ex hac causa eine exception zu formiren Bestand seyn möchten, da die priuatio lucrorum coniugalium eine vindictæ speciem in sich hält, quæ ab heredibus exerceri nequit, si defunctus actionem priuatoriam eo nomine non præparauerat, vielmehr dafür zu halten, daß der verstorbene Lucius seiner Ehe-Frauen diesen Tort tacite remittiret.

Rationes decidendi.

10 Weil aber dennoch sowol die communio bonorum als die daraus herfliessende portio statutaria ein legales und vollenzogenes matrimonium erfordert, wozu die teutschen Rechte überall consensionem thalami für nothwendig halten,

Sächs. Landr. *lib. 3. tit. 45.*

CARPZ. *P. 3. c. 19. def. 2.*

HENEL. *de dotalit. c. 4. §. 3.*

ita vt vniuersales totius Germaniæ consuetudines hunc thori genitalis ingressum necessario requirant,

BESOLDVS *in thes. pract. voc.* Bett.

LAVTERBACH *de societ. bon. coniug. §. 21.*

SANDE *lib. 2. tit. 5. def. 1.*

11 also dafür nicht unbillig zu halten, daß solches auch nach denen Magdeburgischen Rechten nöthig sey, anerwogen die der Wittwen darin assignirte portio statutaria aus denen Teutschen und ins besondere aus dem uralten Sachsen-Recht herfliesset, und denen Reguln der gesunden interpretation gemäß ist, daß solches institutum iuris Germanici aus seinen eigenen principiis, und nicht ex peregrinis iuris Romani scitis erkläret werden müsse, zumal auch in der Magdeburgischen Policey-Ordnung *in proœm.* expresse versehen, daß die Sachsen-Rechte im gedachten Hertzogthum weiter nicht, als so weit sie der Policey-Ordnung conform seyn, observiret werden sollen, welche conformität hier gantz deutlich in ipsa portione statutaria anzutreffen, und dieselbe dahero ex suo proprio fonte billig erkläret und erleutert werden muß; nicht zu gedencken, daß der sta-12 tus matrimoniorum in Teutschland nicht so wol nach den Römischen als vielmehr bekannter massen nach denen Canonischen Rechten zu beurtheilen ist, als dessen principia die Teutschen von vielen seculis her in ihren Rechten admittiret haben, gestalt sie dann die Betretung des Ehe-Bettes und Beschlagung der Decke daraus angenommen, und die eheliche Beywohnung, als welche sie unter solcher Benennung abgebildet, zu der Vollkommenheit und perfection der Ehe erfordert, und nicht schlechterdings in solo consensu coniugali oder der priesterlichen copulation bey dem concept derselben acqui- 13
escirt, eben wie die Canonischen Rechte die Vollkommenheit der Ehe in dem Sacrament gesetzet, dieses aber aus der ehelichen Beywohnung hergezogen; coniugium enim illud, quod non est commixtione corporum consummatum, non pertinet ad illud coniugium designandum, quod inter Christum et ecclesiam per incarnationis mysterium est contractum,

c. 5. X. de digam. non ord.

wiederum abermal am ietztgedachten Orte es heisset: profecto vbi deficit inter huiusmodi coniuges (secundo nubentes) commixtio corporum, non deest istiusmodi signaculum sacramenti, welches in der Absicht gesaget wird, daß das so genannte Sacrament der ersten Ehe nicht entheiliget werde, weil die andere Ehe ihre Vollkommenheit wegen Mangel der Beywohnung nicht erreichet, welches schon AVGVSTINVS zu seiner Zeit gelehret und gesaget: non est dubium, eam mulierem ad matrimonium non pertinere, cum qua commixtio sanguinis non docetur fuisse,

c. 16. 17. C. 27. q. 2.

vnde nec digamus hoc iure habetur, si ad secundas nuptias non accesserit copula carnalis,

IANVS A COSTA *ad tit. digam. non ord. p. 122.*

imo quod dominus in euangelio dicit: non licet viro uxorem suam nisi ob causam fornicationis dimittere; intelligendum est secundum interpretationes sacri eloquii de his, quorum matrimonium est carnali copula consummatum, sine qua matrimonium consummari non potest,

c. 7. X. de conuers. coniug.

dergestalt, daß wenn die eheliche Beywohnung noch nicht geschehen, der Frauen unbenommen bleibet, ins Kloster zu gehen, obgleich sonsten bekannter massen die Catholischen keine gäntzliche Trennung der Ehe zulassen wollen, welche Lehre der Römischen Kirche, die bereits von AVGVSTINI Zeiten sich ausgebreitet, Anlaß gegeben, daß überall bey denen Christen in Franckreich, Teutschland und bey andern Nordischen Völckern dafür gehalten worden, daß die Ehe erst zur Vollkommenheit durch die eheliche Beywohnung komme, mithin auch die der 14
Ehe anklebende effectus iuris nicht eher erfolgen könten, als bis die Frau in des Mannes Bette getreten, wie dann an allen Orten, wo die communio bonorum oder die successiones coniugum statutariæ sich finden, dieses requisitum voraus gesetzet wird,

HENEL.

HENEL. *de dotal. c. IV. §. 3.*

15 auch ohne Zweiffel die Vollenziehung der Ehe mit dem Namen des Beylagers aus dieser Ursache beleget worden, und die Beschlagung der Decke von Uralten Zeiten, auch bey der Vollenziehung der Ehe der vornehmen Potentaten und Fürsten, als welche sich alle nach dem Geistlichen Rechte richten lassen müssen, als nothwendig erachtet ist,

DN. DE LVDEWIG *de matrim. princ. per procurat. differ. 8.*

16 wozu denn nicht, wie viele lehren, die blosse Betretung des Ehe-Bettes, sine copula carnali, gnug ist, zumahl jene wegen dieser Beywohnung geschiehet, auch wann jene geschehen, man nicht anders urtheilet, als daß die carnalis copula erfolget, mithin man bloß in dem stylo forensi des ersten gedacht, jedoch jederman darunter, nach der disposition der Canonischen Rechte, etwas mehres verstehen, und diesen Schluß daraus ziehen müsse, daß wenn zwar die Braut das Ehe-Bette betreten, und etliche Nächte damit continuiret, jedoch sich præfracte geweigert, die eheliche Beywohnung ihrem Manne zu verstatten, die Ehe noch nicht für voll zu halten, also die effectus iuris Germanici nicht erfolgen mögen

SANDE *lib. 2. tit. 5. def. 1.*
BOEHMER *in not. ad coruin. aphor. iur. canon. lib. 2. tit. 13. §. 3. lit. b.*

17 zumahl bekannt, quod præsumtio, quæ ex ascensione thalami nascitur, elidatur probata denegatione debiti coniugalis; nicht zu gedenken, daß die dissentientes von diesem casu nicht verstanden werden mögen, welche nur hauptsächlich davon reden, daß man die würckliche Beywohnung nicht beweisen dürfe, als welche ohnedem ex consensione thalami præsumiret werde, aber auf dergleichen unvernünftige Betretung des Ehe-Bettes, dabey die eheliche Beywohnung denegiret worden, nicht

18 reflectiret haben können; Dahero noch ehender angenommen werden mögen, daß in Vollenziehung der Fürstlichen Ehe per procuratorem, mit beyderseits Bewilligung, das Beylager imaginario ritu vollenzogen werden können, wovon

DN. DE LVDEWIG *cit. l. c. 3.*

handelt, und solche mit Exempeln illustriret, als wobey man die würckliche cohabitation ritu imaginario intendiret, und solche als geschehen angenommen, damit die Ehe pro perfecto matrimonio gehalten werden möchte, welches etwas irregulaires ist, und auf diesen casum, da die Frau ab omni cohabitatione gäntzlich abhorriret, und das Ehe-Bette nicht mit der intention, die Ehe zu vollenziehen, betreten, nicht gezogen werden mag, mithin diese Ehe annoch für unvollzogen und unvollkommen, quoad effectus aus solcher Ehe die portionem

19 statutariam zu gewinnen, zu achten ist. Wogegen dann die rationes dubit. nichts verfangen, da die erste nach dem iure Romano zwar ihre Richtigkeit aber nicht nach dem iure Germanico hat, und bey der vol. 2. da bereits dargethan ist, daß die Betretung des Ehe-Bettes oder eheliche Beywohnung quoad effectus lucrandi portionem statutariam allerdings nöthig sey, und auch das ius Magdeburgicum ex iure Germanico suppliret werden müsse, übrigens aber unvernünftig seyn würde, wann man die sogenannte Beschlagung der Decke von einer solchen widersinnigen, und mit der denegirung des debiti coniugalis, de consensione thalami verstehen wolte, dessen Gegentheil nach Maßgebung des Canonischen Rechts bereits angezeiget worden, ob wol dabey die teutsche Rechte cassiori formula solches durch Beschlagung der Decke exprimiret, als wodurch sie keine blosse solennität, sondern die würckliche Beywohnung, als wodurch erst die Ehe-Leute vna caro, und aller ehelichen Rechte theilhaftig werden, verstanden.

c. 2. 7. et 13. X. de conuers. coniug.

Nechstdem bey der rat. 3tia anzumerken, daß 20 dergleichen denegatio præfracta debiti coniugalis pro malitiosa desertione zu halten, und ob wol die Ehe noch daraus nicht würcklich getrennet worden, dennoch solches nicht einsten ad effectum amittendi successionem nöthig, sondern genug ist, daß die animorum coniunctio respectu personæ refractoriæ aufgehoben, und für keine Ehe mehr zu halten ist,

STRYCK *de success. ab int. diss. 4. c. 3. §. 13.*

welches allhier Tullia, so gar auch nach dem 21 Tode Lucii declariret, da sie sich so gar um des Lucii Begräbniß nicht bekümmert, ja sich verlauten lassen haben soll, daß sie sich nicht einsten nach dessen Namen nennen wollen, wodurch sie abalienationem mentis ab hoc coniugio genugsam an den Tag geleget, hierüber auch offenbahr ist, daß Lucius sich über die denegationem debiti coniugalis gegen seinen Bruder sehr beklaget, und dadurch die intention ad diuortium agendi zur Genüge declariret, in welchem Fall auch die Erben ad privationem klagen können

c. 4. X. de donat. inter vir. et ux.

wodurch die letzte ratio elidiret wird.

So erhellet hieraus so viel, daß wenn die 22 præfracta debiti coniugalis denegatio erwiesen werden kan, die Tullia von der portione statutaria mit Recht zu excludiren sey.

Quæstio II.

Wenn Titia ihrer intention inhæriret; ob sie nicht erst tüchtige caution zu machen schuldig sey? 23

Rationes dubitandi et decidendi

Hierbey möchte zwar eingewandt werden, 24 daß die Tullia iustam agendi causam in der

Magdeburgischen Policey-Ordnung habe, und dahero Lucii Eltern weder cautionem super reconuentione noch de expensis zu fordern berechtiget seyn.

25 Weil aber dennoch dieses allenfals de cautione proexpensis angenommen werden kan, da sie nicht absolute pro temeraria zu achten, sondern einigen colorem iuris vor sich hat, gleichwol da-
26 durch die cautio pro reconuentione nicht aufgehoben ist, wenn die Eltern des Lucii iustam reconuentionis causam, so sie ohne Zweiffel bewandten Umständen nach haben, anführen können.

27 So ist die Klägerin wenigstens cautionem pro reconuentione zu bestellen schuldig.

Quæstio III.

28 **Ob nicht die formirte quæstio præiudicialis, ehe die Haupt-Sache tractiret werde, ausgeführet, mithin alles in statu quo gelassen werden müsse, also die protestatio des Factors contra editionem inventarii Statt habe?**

Rationes dubitandi. et decidendi.

29 Ob wol gantz natürlich ist, daß eine Witwe da sie dimidiam bonorum mariti fordert, auf editionem inuentarii dringen könne, als welches bey allen Erbschafts-Klagen iuris ist, solche editio auch des Lucii Eltern nicht præiudiciren möchte, also denenselben dabey kein ius contradicendi zustehe.

Weil aber dennoch dieses offenbahr ist, daß 30
die editio inuentarii, wenn das ius succedendi streitig ist, erst alsdann cum effectu gefordert werden könne, wenn erst dem Kläger das ius succedendi zuerkannt ist, ob wol solche gleich bey der Klage gefordert zu werden pfleget, zumal das ius succedendi der Grund von
der editione inuentarii, und als eine quæstio 31
præiudicialis anzusehen ist, welche nothwendig vorher ausgemachet werden muß,

BOEHMER *in introd. ad digest. tit. de hered. petit. §. 7.*

wie denn durchgehends Rechtens ist, daß allezeit alle quæstiones præiudiciales abgethan werden müssen, ehe man die Haupt-Sache tractiren kan,

l. 16. l. 18. l. 21. de except.
l. 7. pr. de hered. petit.

als welche aus der quæstione præiudiciali und deren Erörterung dependiret, mithin es umsonst und vergebens seyn würde, præpostere die editionem inuentarii zu vrgiren, ehe das ius succedendi ausgemachet ist, als welche propter certam successionis causam gefordert werde

So halten wir dafür, daß die editio inuen- 32
tarii nicht ehender von der Klägerin gefordert werden könne, als bis die quæstio præiudicialis iuris succedendi controversi ausgemachet worden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ
MENSE IVNIO MDCCXXXIV.

RESPONSVM LXXXV.

THEMA.

De validitate vel nullitate matrimonii clandestini in ecclesia catholica.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. Num in ecclesia Catholica Romana sacramentum matrimonii a mutuo consensu contrahentium pendeat? n. 2.
Ab antiquo in ecclesia propugnata est sententia, matrimonium a mutuo consensu contrahentium, in patria potestate existentium, non unice pendere, sed nuptias ob vitium clandestinitatis inualidas esse, n. 3.
Nisi ratihabitio subsequens accesserit. n. 4.
Explicatur textus iuris canonici in c. 1. C. 30. qu. 5. n. 5.
De validitate vel nullitate coniugii clandestini ancipites controuersiæ ortæ sunt in ipso concilio Tridentino. n. 6.
Quarum decisio recensetur, n. 7.
et approbatione subsecutorum Pontificum stabilitur. n. 8.
Sacramentum matrimonii in ecclesia Romano-Catholica unice dependet a mutuo contrahentium consensu. n. 9.
Contra regulas honestatis et postulata iuris divini tamen peccat, qui matris et tutorum consensum negligit. n. 10.
Decisio quæstionis I. n. 11.
Quæstio II. De defectu consensus matris vel tutoris et denunciationum in matrimonio. n. 12.

Dese-

Defectus materni consensus matrimonium contrahendum impedit. n. 13.
Origo trium denunciationum recensetur n. 14. 23.
et earum finis. n. 15.
Quando contrahentes diuersarum parochiarum sunt, in utraque denunciationes faciendæ sunt. n. 16. 17.
In matrimoniis parochus sponsæ regulariter adhibendus est. n. 18.
Nemini fraus sua prodesse potest. n. 19.
Vinculum matrimonii ob sanctitatem eius ex sententia ecclesiæ Romano-Catholicæ est indissolubile. n. 20.
Mater per neglectum consensum læsa morte iniuriam sibi illatam remisisse censetur. n. 21.
Matrimonia sine consensu parentum inita sunt rata. 21.
Actus prohibitus & nullus quomodo differat? n. 24.
Denunciationes non sunt de substantia aut forma nuptiarum. n. 25.
Matrimonium in parochia & domicilio mariti initum validum est. n. 26.
Decisio quæstionis II. n. 27.
Quæstio III. Num iure pontificio matrimonia clandestina ita dissolui queant, vt vterque ad novas nuptias conuolare queat? n. 28.
Num in matrimonio contractus ciuilis a sacramento distingui queat? n. 29.
An matrimonium contra leges ciuiles initum a magistratu ciuili irritari queat? n. 30.
Imperatores etiam olim causas matrimoniorum determinarunt, n. 31.
Et in impedimentis eorum dispensarunt aliterque circa ea disposuerunt. n. 32.
Matrimonium ratum et legitimum quomodo differat? n. 33.
Quare causæ matrimoniales ad forum ecclesiasticum tractæ sint? n. 34. 35. 36.
Hodie reges & principes dispensationes in gradibus ab ecclesia prohibitis a curia Romana petunt. n. 36. 37.
Decisio quæstionis III. n. 38.
Quæstio IV. De iisdem argumentis. n. 39.
Contradictio, quæ matri in matrimonio competit, est personalissimum quid. n. 40.
Consensus curatoris et consanguineorum nequidem ad sponsalia requiritur. n. 41.
Vxor inuito marito monasterium sponte intrare, aut ad id vi maiori induci nequit. n. 42.
Decisio quæstionis IV. n. 43.

Cum nobis facti species, adiunctis quatuor quæstionibus, proposita, nostræque decisioni in iure fundatæ subiecta fuerit, ideo nos Ordinarius, Decanus ceteriique Professores iuris Academiæ regiæ Fridericianæ de hoc facto consulti hoc modo respondendum esse ducimus.

1 Ex facto incidit species talis: Angelica ætate tredecim annorum et nouem mensium post obitum patris sub matris imperio et tutela auunculi vixit, tandemque amore Caroli capta fuit, qui puellam quam maxime generis nobilitate, illa vero eum longe diuitiis superabat, nulla tamen consanguinitatis aut affinitatis coniunctione inter eos intercedente. Angelicæ mater de huiusmodi amore certior facta Carolum rogauit, ne amplius virginem viseret, cui etiam morem gessit, et hunc in finem in rus vltra mille et quadringentos passus se contulit. Angelica, eo non obstante, haud mutauit consilium, quo ei nubere destinauerat, sed corrupto famulo iniunxit, vt quicquid opus esset itineris causa, expedite pararet. Præterea matris epistolam callide suppositi, qua Abbatissam cœnobii, in quo educata, decepit, et sic, cœnobio relicto, in rhedam, quæ in cœnobii ianua præsto erat, adscendit, ac post trium mensium separationem ad domum Caroli delata, postulauit, vt fidem coniugii polliceretur. Carolus, persuasissimum habens, post hanc fugam matris tutorisque consensum sibi non defuturum, et vt ingenuæ virginis honori, cui e cœnobio discessus notam inurere videbatur, consuleret, denique scandali euitandi causa, quod ex commoratione Angelicæ in domo Caroli metuendum erat, in coniugem Angelicam accepit. Celebratum fuit matrimonium in domicilio Caroli in ecclesia parochiali interueniente et benedicente Parocho loci in præsentia matris Caroli et quatuor testium, coram quibus mutuo eorum consensu intellecto, in facie ecclesiæ coniuncti fuere, atque post ita consummatum matrimonium, in domo Caroli decem dierum spatio sibimet cohabitarunt. Enim vero Angelicæ consanguinei de hoc matrimonio per epistolam ab Angelica matri, antequam ad Caroli domum peruenire, missam, certiores facti, illuc se contulerunt suprema Regionis auctoritate subnixi. His Carolus sese minime opposuit, sed eis Angelicam tradidit, quæ vt sui amoris constantiæque erga Carolum nouum ederet documentum, nocte præeunte diem, quo ab eo discessit, Parochi librum, in quo coniugum et testium nomina descripta erant, requisiuit, illique nomen suum propria manu subscripsit. Paucis abhinc diebus mater Angelicæ supremum obiit diem, adeoque, rebus sic stantibus, nonnullæ quæstiones ad decidendum nobis oblatæ sunt:

Quæstio I.

An in ecclesia Catholica Apostolica Romana matrimonii 2

sacramentum a mutuo contrahentium consensu pendeat, et an matrimonium inter Carolum et Angelicam contractum sit verum et validum matrimonium?

Rationes dubitandi.

4 Ad primam quod attinet quæstionem, dubium non leue inde emergit, quod ab antiquo in ecclesia propugnata fuerit sententia, matrimonium a mutuo consensu contrahentium, in potestate parentum adhuc existentium, non vnice pendere, sed nuptias sine eorum consensu initas clandestinitatis vitio infectas et inualidas esse, quod confirmat doctrina EVARISTI

in c.1. C.30.qu.5.

aientis: similiter custoditum et traditum habemus, vt vxor legitime viro iungatur; aliter enim legitimum (vt a patribus accepimus et a sanctis apostolis eorumque successoribus traditum inuenimus) non sit coniugium: nisi ab his, qui super ipsam feminam dominationem habere videntur, et a quibus custoditur, vxor petatur, et a parentibus aut propinquioribus sponsetur, et legibus dotetur, et suo tempore sacerdotaliter (vt mos est) cum precibus et oblationibus a sacerdote benedicatur. His post pauca subiungit: aliter autem non præsumta coniugia sed aut adulteria aut stupra aut fornicationes potius quam legitima coniugia esse non dubitate, nisi voluntas propria suffragata fuerit, et vota succurrerint legitima, h. e. nisi denuo consenserint, et patris vel matris ratihabitio, quam LEGITIMA VOTA vocare videtur Euaristus, accesserit, vt verba adducta explicat

GENTIANVS HERVETVS *in orat. ad concil. Trident. de matrimon. clandest. habit.*

5 simulque declarat, subsequentem parentum ratihabitionem sufficere iuxta patrum doctrinam, licet ius ciuile olim præcedentem consensum patris desiderauerit, id quod etiam probat

ANTON. CONTIVS *de clandestin. matrim. seu in not. ad edictum Henrici IV. regis Galliarum f. 9.*

Quamuis vero inter eruditos conclamatum sit, adlatum textum non Euaristi sed ex Isidori epistolis spuriis desumtum esse, non dubitandum tamen est, auctorem, qualiscunque fuerit, de praxi sui temporis h. e. Nicolai I., quo hæ Isidori epistolæ iam innotuerunt, testimonium perhibere potuisse, quod etiam ex aliis, documentis vt testimonio ipsius Nicolai I.

in c.3. c.30. q.5.

atque Leonis pontificis constat,

in c.4. c. 30. qu. 5.

et illustratum plenius est

A PONCIO *de sacram. matrim. lib. II. c.1. §.1. n.6.7.*

vnde concludendum, praxin antiquæ ecclesiæ ad iura ciuilia conformatam, & tale matrimonium nullum fuisse, nec sacramentum in actu nullo seu subducto matrimonio, vt materiam sacramenti, supponi potuisse, quod duntaxat matrimoniis validis attribuendum esse censuit ecclesia Romano-Catholica.

Rationes decidendi.

Quandoquidem vero de validitate vel nullitate coniugii clandestini, h. e. consensu patris vel matris destituti, ancipites controversiæ obortæ sunt in ipso concilio Tridentino, vt vel ex ipsius HERVETI oratione aliisque actis liquet, relatis 6

A PALLAVICINO *in histor. conc. Trident. lib. XXII. cap. 4. §.2. Sqq. & lib. XXIII. c.5. §.17. Sqq.*

ita patres huius concilii post grauissima certamina controuersiam hanc hoc modo authentica interpretatione composuerunt: tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quamdiu ea ecclesia irrita non fecit, et proinde iure damnandi sint illi, vt eos sancta synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant, quique falso affirmant, matrimonia a filiisfamilias, sine consensu parentum contracta, irrita esse, & parentes ea rata vel irritu facere posse: 7

sess. XXIV. de reform. c.1.

atque hoc modo non tantum sententiam concilii Florentini, sub pontifice EVGENIO celebrati, qua consensus contrahentium vt vnicum et principale matrimonii fundamentum agnitum est, sed etiam doctrinam decretalium contra Gallos approbarunt, distinguentes duas diuersas propositiones, et censentes, quod aliud sit, detestari clandestina coniugia, quod omni tempore ab ecclesia factum: et aliud, ea irrita declarare, id quod ab ecclesia factum esse negarunt, præcipue quod LVCIVS III. clandestina matrimonia rata esse censuerit 8

in c.6. X. de raptor.

idemque dogma INNOCENTIVS III. et ALEXANDER III. suum fecerint,

in c. 6. X. de condit. appos. et c. 13. X. de Sponsal.

vnde non potest non concludi, sacramentum matrimonii in ecclesia Romano-Catholica vnice dependere a mutuo contrahentium consensu, adeoque in præsenti specie facti ratum et verum adesse matrimonium inter Carolum et Angelicam, non obstante matris atque tutoris dissensu, quippe quod vtriusque liberrimo et spontaneo consensu 9

adeo

adeo initum est, vt Angelica, ante discessum a marito suo, denuo sua subscriptione,
10 quam in libro parochi annotauerit, eundem repetierit, quamuis in eo peccauerit, quod contra regulas honestatis et postulata iuris diuini matris consensum et tutoris neglexerit, qui defectus tamen ad impedimenta irritantia minime referri potest.

BELLARMIN. *lib. 1. de matrim. c. 19. 20.*
SANCHEZ *de Sacram. matrim. lib. 1. disp. 14. n. 4.*
CASPAR HVRTADO *de matrim. disp. 6. dific. 10. in pr.*

11 Inde concludimus, in ecclesia Romano Catholica matrimonii sacramentum a mutuo contrahentium consensu pendere, ac consequenter matrimonium in facti serie relatum inter Carolum et Angelicam verum et ratum esse matrimonium.

Quæstio II.

12 *An defectus consensus matris vel tutoris, vel quia denunciationes non antecesserunt, matrimonium irritum vel nullum reddant?*

Rationes dubitandi.

13 Etsi defectus consensus materni per se irritare contractum matrimonium nequeat, vt ad quæstionem præcedentem obseruatum est, dubium tamen nullum est, quin tale obstaculum sit, quod, re adhuc integra, connubium contrahendum impediat sponsaliaque contracta irritet, id quod vt patres Tridentini parentibus præstarent, et malo, ex clandestinis nuptiis metuendo, succurrerent efficacius remedium adhibendum censuerunt

in sess. XXIV. de reform. c. 1.

14 atque hunc in finem Lateranensis concilii sub INNOCENTIO III. celebrati vestigiis inhærendo, relatis

in c. 3. X. de clandest. desponsi.

præceperunt, vt in posterum, antequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium parocho, tribus continuis diebus festiuis, in ecclesia, inter missarum solennia, publice denuncietur, inter quos sit matrimonium contrahendum, quibus denunciationibus factis, si nullum legitimum opponatur remedium, ad celebrationem matrimonii in facie ecclesiæ procedatur etc.

15 Cuius dispositionis hic principalis & primarius finis fuit, vt a parentibus dissentientibus, re adhuc integra, et denunciationibus factis matrimonium contrahendum impediri queat, adeoque his omissis nulliter initas nuptias esse credendum est, quod alioquin hæc dispositio, quæ efficacius remedium contra abusus clandestinorum connubiorum introduere voluit, eiusoria & sine effectu foret, liberis semper relicta potestate, clandestine insciis parentibus coniugia ineundi; qua de causa etiam recte interpretes 16
censuere, quando contrahentes diuersarum parochiarum sunt, in utraque sponsi et sponsæ parochia denunciationes esse faciendas, quod alioquin finis huius concilii obtineri non posset, vt consensu multorum adducto euicit

BARBOSA *ad concil. Trid. cit. l. n. 26.*

quo posito, constituendum esse videtur, 17
matrimonium inter Carolum et Angelicam initum esse invalidum, quippe in quo denunciationes prorsus, in fraudem huius dispositionis, omissæ, & ita mater cum tutore impedita fuit, quo minus dissensum suum edere, et filiam a suo proposito auocare potuerit. Huic alii duo defectus acce dunt, 18
tum quod hoc clandestinum matrimonium in ecclesia parochiali Caroli contractum fuerit, cum tamen sponsæ parochus regulariter sit adhibendus, quod deductionem ad ædes mariti benedictio sacerdotalis præcedat,

c. 1. et 3. c. 30. q. 5.

et ita vitium in copula sacerdotali adsit: tum 19
quod ex proæresi et callida machinatione, Angelica dissensum maternum, iam editum, eludere studuerit, atque hunc in finem, vt abbatissam, cuius educationi commissa erat, deciperet, literas matris per mendacium finxerit, quibus discessum e monasterio per fraudem impetraret; qua calliditate improba obtinuit, vt clandestinum matrimonium cum Carolo inire posset, eo magis infirmandum atque in irritum trahendum, quod nemini fraus sua prodesse, nec subsistere possit, quod in fraudem legis factum.

l. 5. C. de LL.

Rationes decidendi.

Enimvero hos tres defectus matrimo- 20
nium inter Carolum & Angelicam contractum infirmare haud posse, vel inde liquet, quod primo callidæ machinationes, quibus decepta est tum Abbatissa, tum ipsa mater, grauissimum quidem in se contineant peccatum, censuris ecclesiasticis merito, more ecclesiæ Romanæ, expiandum, inde tamen minime colligi queat, vinculum matrimonii iam initi, quod ob sanctitatem sacramenti ex sententia ecclesiæ Romanæ Catholicæ indissolubile est, dissoluendum atque irritandum esse, quod multa impediant matrimonium ineundum, quæ semel initum non irritant, atque multa singularia in fauorem matrimonii contracti sint introducta, matre præ- 21
sertim iam defuncta, quæ hoc connubio duntaxat læsa, sua morte autem filiæ remisisse iniuriam sibi illatam credenda sit; denique si ob peccatum in parentes commissum matrimonia essent rescindenda, nunquam rata esse possent con-

connubia illis inuitis et reluctantibus contracta, quæ sententia tamen scitis Tridentinis repugnat, vt vno ore fatentur canonistæ

GRAEVE *ad* GAIL. *lib. 2. concl. 95.*
GVTIER. *de matrim. c. 80.*
BARBOSA *ad concil. Trid. cit. l. n. 4.*

23 Idem quoque asserendum est de altero defectu, denunciationum scilicet trium omissarum, circa quem obseruandum, patres concilii Tridentini nihil noui quoad eas constituisse, sed ius iam olim constitutum duntaxat repetiisse. Constat enim, INNOCENTIVM III. in concilio generali, ad quod prouocarunt patres prædicti concilii, idem, quod de tribus bannis ecclesiasticis adfertur, sanxisse,

in c. 3. X. de cland. desponſ.

penitusque clandestina coniugia prohibuisse, pœnam autem nullitatis edicto suo haud addidisse, sed parochiali sacerdoti, has denunciationes omittenti, suspensionem ab officio per triennium, ipsis autem contrahentibus clandestinas nuptias condignam
24 pœnitentiam tantum imposuisse; neque enim omne, quod contra leges fit, irritum est, sed discrimen potius statuendum inter casum, in quo lex, statuta pœna, aliquid prohibet, contra quam de facto susceptum negotium valet:

l. 1. C. de secund. nupt.

et inter casum, in quo irritat actum in contrarium gestum, qui demum nullus est.

VINN. *lib. 1. select. quæst. c. 1.*
GONZALEZ *ad cit. c. 3. in f.*

Neque aliud in ipso concilio Tridentino cautum esse, contextus ipse docet, in quo demum irrita iudicata sunt matrimonia, quæ absque parocho et testibus contracta sunt, his verbis: qui aliter, quam præsente parocho vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos præsenti decreto irritos facit et annullat; vnde interpretes relati

A BARBOSA *ad concil. Trid. cit. l. n. 28.*

25 vno ore colligunt, denunciationes non esse de substantia aut forma nuptiarum, earumque omissione minime eas irritari, sed personas demum inhabiles redditas ad sic contrahendum, quæ absque parocho et testibus connubium inierunt,

WIESTNER *in instit. canon. ad tit. de clandestin. desp. art. I. n. 5.*

ex quo sequitur, vt nec defectus harum denunciationum connubium, inter Carolum et Angelicam, initum irritare possit, quippe quod celebratum fuit in domicilio Caroli et ecclesia parochiali, parocho loci ceremonias ecclesiasticas peragente, præsentibus matre Caroli et tribus aliis testibus, vt forma a concilio præscripta obseruata exacte fuerit. Denique nec vllus a persona Parochi defectus allegari potest, quod sufficit parochus mariti, quando matrimonium in parochia et domicilio mariti, prout in præsenti casu factum, esse initum constat, quod rursus sufficere interpretes docent 26

BARBOSA *ad conc. Trid. cit. l. n. 13.*
WIESTNER *cit. l. n. 40.*

quod concilium tantum excludere voluerit alios sacerdotes, qui non sunt parochi.

Vnde concludimus, ex adductis defectibus 27 matrimonium hoc inter Carolum et Angelicam irritari non posse.

Quæstio III.

An matrimonium validum sit, 28 *et an Carolus et Angelica aliud matrimonium, secularium dominorum ac magistratuum sententia ab hoc vinculo soluti, inire queant?*

Rationes dubitandi.

Huius quæstionis decisio vel inde dubia 29 et anceps reddi posse videtur, quod in matrimonio duo distinguenda sint iuxta doctorum ecclesiæ Romanæ Catholicæ placita, tum contractus ciuilis, tum sacramentum, quod in eo latitat, adeoque quoad primum respectum illud legi ciuili subiaceat, ex doctrina S. Thomæ, aientis: matrimonium, in quantum est in officium naturæ, statuitur iure naturæ: in quantum est in officium communitatis, statuitur iure ciuili, in quantum est sacramentum, statuitur iure diuino: et ideo ex qualibet dictarum legum naturæ, humanæ et diuinæ, potest persona ad matrimonium effici illegitima.

S. THOMAS *in IV. sent. distinct. 34. qu. 1. art. 1. ad 4.*

Huius vero consequens est, vt, si matrimo- 30 nium contra leges ciuiles est initum, illud etiam a magistratu ciuili irritari, et sic contrahentes a vinculo hoc liberari posse.

FRANCISCVS DE VICTORIA *relect. VII. de matrim.*
IO. LAVNOIVS *de regia in matrimon. potest. P. 1. art. 1. cap. 1. sqq. et inprimis c. 9. et 11.*

Vnde etiam principes seculares per plura se- 31 cula leges irritantes in causis matrimonium concernentibus tulerunt, de iis ius dixerunt, et de facto nulliter contractum dissoluerunt, quod ipsæ vtriusque codicis leges loquuntur, simulque euincunt, imperatores etiam causas diuortiorum determinasse, et quamvis pedetentim hæ causæ ex respectu sacramenti ad fora ecclesiastica tractæ sunt, non tamen credendum est, ecclesiam principes iure

iure statuendi impedimenta matrimonium irritantia spoliasse, aut hanc potestatem sibi reseruasse, vt plenius rursus docet

LAVNOIVS *in cit. tr. art. 2. c. 1. etc.*

32 Certum enim est, imperatores, exemplo Conradi I., etiam in impedimento matrimonii dispensasse,

DITMAR. *lib. 1. p. 325.*

exemplo Philippi abiectis vxoribus succurrisse,

ARNOLD. *chron. Lubec. lib. 6. c. 5. n. 1.*

aliterque circa matrimonia disposuisse.

LEIBNIT. *cod. diplom. P. I. n. 82. et 83. p. 154. seqq.*

Rationes decidendi.

33 Quamuis vero olim ecclesia multis de causis matrimonialia a foro seculari haud penitus retraxerit, sibique vindicauerit; nihilominus tamen iis leges proprias dedit, iuxta quas vinculi sanctitas iudicaretur, distinxitque inter matrimonium ratum, quod iuxta has esset indissolubile, vt ab ecclesia eiiceretur, qui illud contra eas solueret: et inter matrimonium legitimum aut illegitimum, quod legibus ciuilibus esset conue-
34 niens vel ab eis abhorreret; tandem tamen, quod sanctitas fidei coniugalis ex legibus ecclesiasticis præcipue esset æstimanda, inualuit, vt vnice foris ecclesiasticis hæ causæ addicerentur, nec a foris secularibus amplius matrimonia dirimi possent, licet illis effectus quosdam ciuiles subtrahere possent, quod fecit HENRICVS IV. rex Galliæ in pragmatica sanctione contra matrimonia clandestina, quæ hæc non soluit, sed parentibus potestatem liberos tales exheredandi et a successione penitus excludendi conces-
35 sit aliisque pœnis eos coercuit. Quam ob causam hunc canonem concilium Tridentinum generatim constituit: si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit,

sess. XXIV. can. 12.

36 quod iam iure decretalium causæ natalium regum et principum ad forum ecclesiasticum relatæ fuerint, quæ ex matrimonii validitate dependent,

c. 4. X. de ord. cogn.

37 quemadmodum etiam pontifices de iurisdictione in matrimonialibus dispofuerunt, illamque abbatibus denegarunt, et ad episcoporum duntaxat restrinxerunt iudicia.

c. 12. X. de excess. prælat.

Imo extra omnem controuersiam positum est, hodie etiam reges et principes dispensationes in gradibus ab ecclesia prohibitis a curia Romana petere, certo indicio, horum causas, quatenus de vinculo eorum quæstio emergit, vnice foro ecclesiastico esse subiectas. Hoc etiam LVDOVICVS XIII Rex Galliarum agnouit intuitu matrimonii clandestini, a fratre Gastone cum Margaretha ducis Lotharingiæ sorore se inscio initi. Egit enim hanc causam in curia Romana, eamque sollicitauit, vt illud tanquam contra leges regni contractum dirimeret, quod tamen recusauit, allegando, illud intuitu ecclesiæ validum, & sic dissolui non posse, licet forsan ei subtrahi possent effectus ciuiles ratione successionis, si liberi inde editi fuerint.

VASSOR *tom. VIII. p. 1. in histor. Ludov. XIII. p. 31. seqq.*

Vnde concludimus, in ecclesia Romano- 38
Catholica a potestate ciuili dirimi non posse matrimonia clandestina nec ita contrahentes a vinculo coniugii vnquam absolui hoc effectu, vt vterque ad alias nuptias conuolare posset, sed si de facto hoc attentatum fuerit, ecclesiam sub censuris cogere contrahentes posse, vt ad priora vota redeant, ab omni alia coniunctione penitus abstinentes.

Quæstio IV.

An hoc matrimonium causas 39
contineat, quæ illud irritum facere aut annullare possint, et an licitum sit, Angelicam a Carolo directe vel indirecte separare?

Rationes dubitandi. et decidendi.

Ex his, quæ in præcedentibus allata sunt, 40
dependet decisio quæstionis quartæ, quippe quæ a prioribus non differt, sed eis virtualiter inest, quod ex iure, quo vtitur ecclesia Romano-Catholica, matrimonium hoc ratum & validum, nec vlli vitio quoad vinculi sanctitatem subiectum sit, adeoque sub nullo prætextu a potestate seculari dissolui queat, præsertim quod mater paulo post mortua fuerit, cui ius contradicendi primario et principaliter competere potuisset, si in iure ecclesiastico vllo modo fundatum esset; nunc vero eo ipso, quo decesset, exstinctum, quod illud personalissimum fuerit, et sic cessante causa cessare debeat effectus. Neque enim amplius superstant, qui 41
matrimonio obstaculum obiicere possunt, non auunculus, vt curator, cuius consensus nequidem ad sponsalia desideratur:

l. 20. D. de ritu nupt.

non ceteri consanguinei aut familiares, quos hoc negotium non tangit, iiisque perpetuo exceptio: vestra non interest, obstat: non denique magistratus secularis, ad cuius cognitionem causæ connubiales non spectant, nec si in modo ab Angelica peccatum, causam eidem præbere potest, vt coniuges vel di-

recto vel per indirectum separare queant, quorum vinculum probat decretum totius ecclesiæ Romanæ Catholicæ, nec admittit, vt Angelica, inuito Carolo forsan, monasterium sponte intrare aut vi maiori ad id induci queat,

c. 3. 4. seqq. X. de conuers. coniug.

42 quippe quo remedio per indirectum ipsi vinculo connubiali contra iura adducta vis inferretur, censuris ecclesiasticis impediendа.

Quæ cum ita sunt, denuo pronunciandum esse censemus, matrimonium inter Carolum et Angelicam contractum talia vitia haud continere, quæ illud irritum facere, aut annullare possint, adeoque coniuges a semet inuicem nec directo nec per indirectum separari posse. Atque hæc omnia ius et iustitia postulant. 43

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCXXXVIII.

DECISIO LXXXVI.

THEMATA.

I. De matrimonio sine consensu parentum contracto. n. 1-13.

II. De effectu matrimonii putatiui ratione infantis, ex eo nati. n. 14-25.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Mutato libello actor expensas reo restituere tenetur. n. 2.

Quoties de statu matrimonii cum legitimo contradictore actum est, exceptio rei iudicatæ inde omnibus opponi potest. n. 3.

Reseruatio nihil de nouo tribuit, sed intelligenda sub conditione, si ius aliquod competierit. n. 4.

Matrimonio iam contracto dissensus parentum non amplius attenditur. n. 5.

Matrimonia clandestina a Luthero admodum reprobata sunt. n. 6.

Consensus parentum ad matrimonium requiritur non de honestate sed necessitate. n. 7.

Num matrimonium clandestinum conualidetur per concubitum? n. 8. 15.

Quod negatur. n. 9. 10.

Matrimonium nullum nullos producit effectus, n. 10.

Aeque ac matrimonium coactum. n. 11.

Exceptio coacti matrimonii allegari nequit si voluntaria cohabitatio subsecuta est. n. 12.

Ex matrimonio putatiuo nati liberi pro legitimis habentur, et vt legitimi succedunt. n. 13.

Quale matrimonium dicatur putatiuum? n. 14.

Quod auctoritate magistratus factum, pro legitimo habendum est. n. 16.

Licet error iuris in contrahendo matrimonio interuenerit, hic tamen bonam fidem non excludit, si ius dubium et diuersis interpretum sententiis subiectum est. n. 17.

Bona fides adesse censetur, si factum iudicis, licet nulliter procedentis, accesserit. n. 18.

Libellus non mutatus censetur, si in replica exceptiones eliduntur. n. 19.

Sententiæ in contumaciam latæ, et si non principaliter de iure pronunciatum fuerit, tertio non præiudicant. n. 20.

Sententia nulla et erronea nullos producit effectus. n. 21. 22.

Si matrimonium ex capite nullitatis rescinditur, utrique parti liberum est, matrimonium aliud contrahere. n. 24.

Decisio. n. 25.

Als die Herren uns angebrachte imploration und erfolgte Gesetze in Sachen Anwalds Ulrich, und dessen Eheweib Annen M. geborne S. imploranten an einem und Johann Georg V. imploraten, am andern Theil in dem zurück kommenden vol. act.

1 Daß implorat. alles Einwendens ohngehindert seine mit der mit implorantinnen Annen erzeugtem Tochter Sophien Marien als sein eheleiblich Kind zu achten, nach seinem Stand von Zeit ihrer Gebuhrt an zu alimentiren, und zu dem Ende auf die sub. n. 5. fol. 12. beygelegte liquidation sub pœna liquidi sich einzulassen, auch wenn sie sich verheyrathen solte, nach seinem Vermögen auszustatten schuldig, es wird ihr auch ihr Erb-Recht an desselben oder dessen Vaters Vermögen nach deren Tode nicht unbillig vorbehalten. V. R. W.

Ratio-

Rationes dubitandi.

2 Ob wol denen imploranten 1) exceptio mutati libelli opponiret, und zu dem Ende angeführet worden, daß sich dieselbe lediglich in libello in dem den 18. Jul. 1725. voneinem C. P. Ehe-Gerichte zu M. eröfneten, und in rem iudicatam getretenen Urthel, worinnen ihrer mit imploraten erzeugten Tochter ihr Recht reserviret, gegründet und daraus alimenta, dotem et futurum ius succedendi forden wollen, hergegen in der replic post litem contestatam in legitime contracto matrimonio cum implorato sich gründen und vorgeben wollen, wie die implorantinne mit imploraten copuliret, einige Zeit mit ihm in matrimonio gelebet, sie ohne Ursache darauf verlassen, ex capite nullitatis die Klage erhoben, und in contumaciam ein obsieglich Urthel erhalten, in welchem casu mutationis libelli wenigstens auch nach C.P. Landes-Recht p. 1. tit. 12. §. 4. die Unkosten zu bezahlen

3 sind. Hiernechst 2) implorat denen imploranten exceptionem rei iudicatæ opponiret, anbey auf das Rechtskräftige vorgedachte Urthel, worin die geschlossene Ehe wieder aufgehoben, prouociret, anbey aus den ergangenen actis dargethan, daß, weil theils er zu der Ehe gezwungen, theils auch solche ohne väterlichen consens geschlossen, er ad nullitatem matrimonii geklaget, und darauf Rechtskräftig erkannt sey, welche exceptio auch der implorantinnen Tochter entgegen zu stehen scheinet, quoties enim de statu veluti matrimonii cum legitimo contradictore actum, exceptio rei iudicatæ omnibus inde opponi potest.

l. 25. D. de statu hom.

4 Und ob wol 3) der implorantinnen Tochter ihr Recht in sententia reseruiret sey, iedoch solches hypothetice und sub conditione geschehen, so weit sie ein Recht haben möchte, cum reseruatio nihil iuris de nouo tribuat, sed talis clausula intelligenda sit sub conditione, si ius aliquod ei competierit,

ROESNER *de reseru. iur. compet. c. XVI. n. 1. sqq.*

bevorab da 4) solches nicht bestimmet, noch ausgemachet worden, ob ihr solches als einer eheleiblichen oder allenfalls als einer unehelichen Tochter reseruiret sey, so daß sie daraus kein fundamentum agendi ziehen können, absonderlich da 5) implorat noch so gar paternitatem, und ob er Vater zum Kinde sey, in Zweiffel gezogen, und solche allenfalls erst erweißlich gemachet werden müsse. Ueberhaupt

5 aber 6) die von dem imploraten angeführten Beylagen fol. 110. sqq. mit mehrem darlegen, daß bey dem Evangelischen Ehe-Gerichte der implorat in a. 1721. gegen die zu E. geschehene Copulation geklaget, und daß er a vinculo matrimonii absoluiret werden möchte, gebeten, dessen Vater laut fol. 114. befindlichen Beylage interueniendo sich gemeldet, seinen dissensum gegen diese Ehe declariret, und daraus die Nullität der geschlossenen Ehe deduciret, anerwogen ob wol nach denen Canonischen Rechten, matrimonio iam contracto, der dissensus parentum nicht weiter regardiret wird,

c. 6. X. de raptor. c. 6. X. de condit. appos. c. 13. X. de sponsal.

dennoch dagegen bekant sey, daß der seel. Lutherus dergleichen Winckel-Ehen höchst detestiret und improbiret, daß die protestirende ICti nach dem iure canonico zu sprechen, nicht nachliessen, so gar daß er deßwegen denen meisten zu Wittenberg den Krieg angekündiget, und aus Unmuth über diese affaire von Wittenberg weggezogen, auch, weil er bald darauf gestorben, nicht wieder zurück dahin gekommen, 6

BVDDEVS *in supplem. exiss.* LVTHERI *epist. 251.*

SECKENDORFF *in histor. Lutheran. lib. III. sect. 32. §. 126.*

zumal mehr denn allzu klar sey, daß der consensus parentum nicht allein de honestate sondern auch de necessitate sey, und dabey die Schwängerung nicht anzusehen, wie zwar 7

CARPZ. *lib. II. iurispr. consist. def. 60. n. 10.*

meinet, angesehen wenn gleich ein Ehe-Versprechen unter denen Personen vorgegangen, dennoch solches, da es null und nichtig geweesen, so wenig per concubitum als copulam sacerdotalem zur Ehe werden können, ob wol nicht zu leugnen, daß die Protestantes ICti in dieser Materie sehr an der Wahrheit verfehlet, und auf Irrthümer gefallen sind, 8

THOMAS. *de validit. matrim. inuitis parentibus contracti et per benedict. sacerd. depos. confirm.*

BEVST *de sponsal. c. 14. p. 24.*

CYPRAEVS *de sponsal. c. X. §. 10.*

welche principia doch nicht anzusehen, als welche offenbar keinen Grund haben möchten, ita enim fauendum est matrimonio, ne peccatum hac ratione inducatur, vel ad delinquendum inuitentur liberi; hoc vero contingeret, si scirent, parentes non amplius impedire posse connubium, si ad corporum commixtionem copula sacerdotalis accesserit, adeoque nequidem copula sacerdotali consummatum matrimonium subsistere deberet, 9

STRYK *de diss. sponsal. sect. IV. c. 1. §. 32.*

welches auch in unterschiedlichen protestirenden Landes-Gesetzen versehen, und also daraus zu schliessen, daß durch die priesterliche Einsegnung eine nulliter geschlossene Ehe keine Kraft bekommen könne. 10

BOEHMER *tom. III. iur. eccles. protest. lib. IV. tit. 3. §. 2 et 24.*

Welchen noch 7) hinzukommt, daß nachdem der Beklagte nach dem M. Urthel von der Ehe losgesprochen und sich wieder verheyrathet, der Klägerinnen laut n. 11. bey der replic fol. 4. ebenfalls von ihrer Landes-Herrschaft vergönnet worden, sich zu verheyrathen, und zwar aus

der Ursache, weil ihr Ehemann George U. von dem C. consistorio die absolution quoad vinculum von dieser Ehe erhalten, iedoch daß sie den Scheide-Brief vorher in forma probante producirte, bevorab, da die Sache bey vorgedachtem *consistorio in cognition* gezogen sey, wodurch also agnosciret worden, daß legaliter verfahren, diese Ehe durch Urthel und Recht wieder dissoluiret worden, und also keinen effectum ratione des daraus erzeugten
11 Kindes haben könne, zu geschweigen, daß 8) Beklagter dabey angegeben, daß er durch Zwang zu der copulation gebracht worden, dergleichen Ehe keinen rechtlichen Bestand haben könne, es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn der Beklagte von angestelleter Klage zu entbinden und loszusprechen gewesen.

Rationes decidendi.

12 Dieweil aber dennoch aus denen actis und deren Beylagen, wahr zu nehmen, daß Beklagter die Mit-Klägerin in anno 1720 etliche mahl fleischlich erkannt, und sie davon schwanger worden, er auch als er über die Schwängerung von dem hochlöblichen Justitz-Raths collegio zu L. laut n. 6. der replic-Schrift fol. 35. constituiret worden, solches gestanden, und sich sie zu heyrathen erkläret, darauf auch die copulation auctoritate iudiciali laut n. 7. fol. 36. erfolget, und Beklagter ihr ehelich in die dritte Woche beygewohnet, nächgehends aber nach Hause gereiset, und daselbst erst gegen die geschlossene Ehe Klage erhoben, mithin offenbar falsch ist, daß er zu der erfolgten copulation gezwungen seyn solte, zumal ob er gleich damals wegen der geschehenen Schwängerung arretiret worden, solche dennoch nicht wegen der vorzunehmenden copulation primario geschehen, als wozu er sich freywillig bekant, er hergegen, wenn er sich dazu nicht bekennen wollen, zuforderst seine Sache daselbst ausmachen sollen, und gegen gehörige caution ohne Zweifel wieder dimittiret worden seyn würde, zugeschweigen, daß er per subsequentem voluntariam cohabitationem solches gnug an den Tag geleget, und wol post reditum in patriam erst seinen Sinn geändert haben mag, daß er die dissolutionem a vinculo ob nullitatem intervenientem gesuchet, und es so weit endlich gebracht, daß in contumaciam gegen die Mit-Klägerin erkannt, und er a vinculo matrimo-
13 nii lossgesprochen worden. Woraus denn anfänglich so viel erhellet, daß wenn gleich, ob paternum consensum deficientem, eine Nullität bey der geschlossenen Ehe vorgekommen, dennoch solche dem daraus gebornen Kinde, welchem ohnedem seine iura in sententia consistoriali reseruiret sind, nicht præiudiciren mögen, da Beklagter die Schwängerung gestanden, in die copulam sacerdotalem gewilliget, auctoritate iudiciali, mithin bona fide die Ehe vollenzogen, und dahero wenigstens solches pro matrimonio putatiuo zu halten ist, ex quo nati liberi pro legitimis habentur et vt legitimi succedunt,

HERTIVS *de matrim. putat. §. 22 et 23.*
BOEHMER *tom. IV. iur. eccl. prot. lib. IV. tit. 17. §. 38.*

est enim matrimonium putatiuum, quod 14
nulliter, sed bona fide et solenniter est contractum,

HERT. *cit. l. §. 6.*

welches hier um destomehr zu appliciren, da res nicht mehr integra gewesen, man von dem dissensu paterno nichts gewußt, und die Mit-Klägerin um desto ehender die Ehe vollenziehen können, cuius solius bona fides etiam sufficit,

c. 14. X. qui fil. sunt legit.

bevorab da viele Rechts-Lehrer unter denen 15
Protestanten der Meinung sind, daß in solchem Fall auf den paternum dissensum, wenn er auch bereits declariret worden, nicht weiter zu sehen, sondern die Personen, wenn sie es verlangen, re non amplius integra, vt succurratur vitiatæ, wol getrauet werden können.

STRVV. *in iurispr. priu. lib. I. tit. 6. §. 4.*

Und ob wol dagegen unterschiedliches von an- 16
dern eingewant werden, dennoch daraus wenigstens so viel erhellet, daß, da diese copulation auctoritate iudiciali und zwar, wie er selbst fol. 138. ad art. 6. anzeiget, in dem Justitz-Rath zu Erlangen, in Gegenwart aller Justitz-Räthe, und also solenniter et publice geschehen, solches für keine solche Winckel-Ehe, welche in fraudem legum de facto von Verlobten vorgenommen, und von LVTHERO vornemlich improbiret ist, zu halten, cum quod auctore prætore factum, pro legitimo habendum sit; nec dolo malo facere videatur, qui auctoritate magistratus quid facit;

l. u. de acquir. vel amitt. possess.
l. 167. §. 1. de R. I.

welches allein gnug seyn könte, der Mit-Kläge- 17
rinnen Tochter statum legitimitatis, woraus die gebetene iura alimentorum, dotis & futuræ successionis fliessen, zu asseriren, ausserdem aber auch bekannt ist, quod licet error iuris in contrahendo matrimonio interuenerit, hic tamen bonam fidem non excludat, si ius dubium, diuersisque interpretum sententiis subiectum, in quo facile errari potest.

GONZALEZ *ad c. 2. X. qui filii sint legit. n. 4.*
SANCHEZ *de matrim. lib. V. disp. 3. n. 19. in f.*

idque multo magis dicendum, et bona fi- 18
des tunc adesse censetur, si factum iudicis, licet nulliter procedentis, accesserit, quod iustum credendi causam contrahens habuerit, se iustum iniisse matrimonium, quod auctore iudice contractum est,

c. 8. X. qui fil. sint legit.
BOEHMER *tom. IV. iur. eccles. prot. lib. IV. tit. 17. §. 35.*

welches

welches sich auf den hier sich befindenden casum vollkommen appliciren lässet, und darleget, daß die rationes dubitandi von keiner Erheblichkeit
19 sind, angesehen ad 1) keine mutatio libelli hier erfindlich, nachdem die Klägerin sich in dem iure reseruato ihrer Tochter gegründet, und daraus ihre prætensiones gemachet, dagegen aber Beklagter excipiendo, daß die Ehe nulliter geschlossen worden vorgestellet und vermeinet, daß solche keine Kraft respectu ihrer Tochter haben könne, die Klägere nothwendig solches replicando elidiren und das Gegentheil zeigen müssen, welches Beklagter sophistice für eine mutationem libelli ausgegeben, welche doch daraus nicht erkant werden kan, cum replica sit exceptionum elisio und dahero Kläger, daß die Ehe legitimo modo geschlossen und nulliter dissolviret worden, anzeigen müssen, in welchem tramite auch nachgehends die Sache fortgeführet worden, zumal das gantze ius filiæ natæ reseruatum auf die b. f. geschlossene Ehe ankommt und solches aus derselben ohnedem hergeleitet werden müssen; übrigens ob wol ad
202) in dem M. Urthel secundum quid super statu coniugali erkant und bekant ist, quod exceptio rei iudicatæ inde omnibus opponi queat,

l. 25. de stat. homin.

dennoch nur eines theils diß daraus folget, daß die Ehe als zu recht nicht beständig declariret worden, welches auch in matrimonio putativo, sine præiudicio liberorum, geschehen kan: andern theils die sententia in contumaciam gefället worden, et sic non principaliter de iure pronunciatum fuerit, dergleichen res iudicatæ keinem tertio præiudiciren.

l. 17. §. 1. de inoff. testam.

STRYK. *in vs. mod. lit. de re iudic. §. 29.*

21 dahero ad 3) der Klägere Tochter Recht unumstößlich seyn würde, wenn es auch nicht reserviret worden, hergegen da solches geschehen, man dadurch angezeiget, daß dem Kinde durch dieses Urthel in contumaciam nicht præiudiciret werden könne, bevorab da man wol ad 4) vorher sehen müssen, daß diese Ehe wenigstens pro putativo & b. f. contracto zu achten, wie bereits vorhin gezeiget ist, dergestallt, daß ohngeachtet dieses Recht nicht bestimmet ist, welches auch damals nicht nöthig gewesen, dennoch solches noch iederzeit ausgeführet und bestimmet werden mögen, wie nunmehr geschehen ist, und ad 5) der nunmehr erst aufgeworfene Zweiffel de paternitate um destoweniger in consideration zu ziehen, da er zu E. eingestanden, daß er die Mitklägerin geschwängert, auch nachmals zu M. nach fol. 138. den concubitum
22 nicht leugnen mögen. So dann ad 6) er nicht grosse Ursache hat, sich mit dem zu M. geführten proceß und denen daraus gezogenen Beylagen breit zu machen, als woraus offenbahre Nullitäten erhellen, anerwogen da er seine gewesene Frau nicht agnosciren wollen, er nothwendig in E., wo ihr forum gewesen, klagen müssen, welches man auch beständig von Seiten des Justitz-Collegii vorgeschützet, oder wenn er sie als seine Frau in foro suo, quod sequitur vxor, belanget, er dadurch der Klägerinnen Tochter recht, daß sie legitimus partus sey, agnosciret, und um destoweniger solches für itzo streitig machen kan. Hiernechst das fol. 23
171. befindliche Urthel in manifesto errore verfiret, als welches voraus setzet, daß Beklagter in anno 1721. citationem ex L. diffamari impetriret, woran doch nach der fol. 110. befindlichen Klage nicht gedacht, noch solche gesuchet, sondern vielmehr die 2 he ex capite nullitatis impugniret, dahero nöthig gewesen, daß, da die Mitklägerin sich niemals gestellet, sondern alles in contumaciam ergehen lassen, lis pro negatiue contestata gehalten, Beklagter aber angewiesen worden wäre, den nöthigen Beweiß zu führen, welches aber iedoch alles hindan gesetzet, dieses subsidiarie unterlassen, und die Loszehlung a vinculo matrimonii præpostero ordine erkannt ist, man also nicht anders iudiciren kan, also daß man das erroneum fundamentum de citatione ex l. diffamari deßwegen bloß zur ratione decidendi contra acta angenommen, damit man gleich den Beklagten a vinculo matrimonii lossprechen könne, welches aber sine manifesta nullitate nicht geschehen mögen. Ausserdem aber, wenn auch legaliter verfahren seyn solten, dennoch alle angebrachte momenta der Mitklägerin Tochter ihre iura legitimitatis nicht benehmen mögen, da wir schon ausgeführet, daß wenigstens allhier ein matrimonium putativum vorhanden, welches alle effectus legitimi matrimonii intuitu liberorum haben muß; hingegen was LVTHERVS gegen solche Winckel-Ehen mit Recht geurtheilet, auf diesen casum inapplicabel sey; also hier zu untersuchen nicht nöthig ist, ob dergleichen sine consensu parentum ex post facto declarato geschlossene Ehen für zu Recht beständig zu halten; allermassen de iure filiæ ex tali matrimonio putatiuo et nulliter dissoluto natæ allhier die Frage, und dazu genug ist, quod matrimonium bona fide contractum et præpostere dissolutum fuerit, wie bereits oben erläutert worden.
Hierüber ad 7) da Beklagter ad secunda vota 24
getreten, und seine Frau unter dem Schein Rechtens abandonniret, ihr um destoweniger verwehret werden können, sich anderweit zu verheyrathen, dessen vera ratio aber in dem sub n. 11. befindlichen Hochfürstl. rescripto, nicht in agnitione, daß diese Ehe mit Recht getrennet sey, sondern vielmehr in dem Gegentheil und zwar darin gesetzet ist:

Weil nach den vorkommenden Umständen nicht zu sehen, daß sie, die Klägerin, für den schuldigen Theil zu achten,

zumahl wenn auch ex capite nullitatis die Ehe getrennet wird, beyden Interessenten die fernere Ehe nicht versaget wird, also auch dadurch der Klägerinnen Tochter Rechte kein Nachtheil ge-

schehen. Endlich ad 8) daß der angegebene Zwang als ein erdichtetes Werk auf die Bahn gebracht sey, bereits gleich im Anfang gewiesen worden.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE APRIL. MDCCXLIV.

RESPONSVM LXXXVII.

THEMA.

Clandestinæ, inordinatæ et suspectæ copulæ sacerdotalis exemplum repræsentat.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio de foro immediatorum competente in causis matrimonialibus. n. 2.
Quando persona miserabilis immediata est, statim ad suprema imperii tribunalia prouocare licet. n. 3.
Quod beneficium etiam nonnulli mediatis concedunt. n. 4.
Si non de vinculo ipso matrimonii, sed de incidentibus quæstionibus tantum agitur, causa pertinet ad forum ciuile. n. 5.
Persona miserabilis quænam dicatur? n. 6. 7.
Alienatio iudicii mutandi causa non fit sine dolo, qui non præsumitur. n. 9.
Alienatio, si iudicii mutandi causa facta est, non est nulla, sed alienans tantum ad interesse tenetur, n. 10.
Ita vt tertius possessor eo nomine conueniri non possit. n. 11.
In actione reali demum res ipsa fit litigiosa. n. 12.
Vxoribus pro consequendis alimentis hypotheca tacita non competit. n. 13.
Quatenus secundum statum Germaniæ præsentem priuilegium ex l. vn. C. quand. imp. inter pupill. in vsu sit? n. 14.
Si de ipso iure matrimonii agitur, iudiciis imperii cognitio non competit. n. 16.
Quando iudicia imperii in causis ecclesiasticis cognitionem sibi arrogant, iuste ad comitia imperii recurritur. n. 17.
Prouocatio ex l. diffamari locum habet contra eam, quæ se contra rem iudicatam legitimam vxorem dicit. n. 18.
Decisio quæstionis I. n. 19.
Quæstio II. De copula sacerdotali clandestina, inordinata et suspecta. n. 20.
Legitimum matrimonium quomodo probetur? n. 21.
Testimonium de celebrata copula sacerdotali ex circumstantia temporis et subscriptione ficti nominis suspectum nihil probat. n. 22.
Attestata ecclesiastica tunc demum fidem habent, si ex libris ecclesiasticis desumta sint. n. 23.
Attestatum non valet, nisi constet de fide attestantis. n. 24.
Clandestina, inordinata et suspecta copula sacerdotalis inter protestantes legitimum matrimonium non constituit. n. 25.
Qualis sit finis copulæ sacerdotalis? n. 26.
Forma præscripta non seruata, actus est nullus. n. 27.
Clandestina copulatio iure canonico tunc demum valida est, si matrimonium postea a iudicio ecclesiastico comprobatum et ratihabitum fuerit. n. 28. 29.
Sola nominatio filii vel vxoris filium vel vxorem non facit. n. 30.
Quicquid fit a iudice incompetente, inaudito reo, nullum est. n. 31.
Decreta prouisionalia de alimentis veritati non præiudicant. n. 32.
Litis pendentia quid operetur? n. 34.
Si non constat de matrimonio, sed de eius existentia disputatur, transactio et iuramenti delatio locum habet. n. 35.
Nuncio iudiciali tantum creditur quoad actum insinuationis, n. 36.
Non vero relationi de rebus ad officium suum non pertinentibus. n. 37.
Decisio quæstionis II. n. 38.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst einem volum. privat. acten zugeschickt u. ꝛc.

1 Hat eine gewisse Weibes-Person, welche sich anfänglich von H. nachgehends G. und endlich Maria Louise de B. genant, sonsten aber ungewisser Herkunft ist, sich in anno 1703. in H. aufgehalten, und da den 15. Aug. d. anni besagte Stadt von denen Frantzosen an die damahlige alliirte Teutsche übergangen, sie sich auch an die Teutsche Officiers, worunter auch der Herr von B. gewesen, addressiret, mit ihnen an verschiedenen Orten transportiren lassen, und unter mancherley prætexten denenselben gefolget, worauf aber, als der Herr von B. mit denen alliirten Völckern in Italien

Jtalien zu stehen gekommen, die gedachte B. von dessen Abwesenheit profitiret, und in anno 1706. sich nach C. P. gewendet, sich vor des Herrn von B. Gemahlin vermittels producirung eines Trauscheins ausgegeben, und ein decretum provisionale auf das Ritter-Gut L. um jährlich daraus 300. Thlr. aliment-Gelder zu erheben, von C. P. erhalten, und solche bis zu der Zurückkunft des Herrn N. N. von B. genossen, welcher, als er der B. demarchen inne worden, von ihr nichts wissen noch hören wollen, dahero die B. in anno 1709. bey denen General-Staaten, unter deren Sold der Herr von B. damahls gestanden, nach angenommener reformirten Religion, abermahls geklaget, und den dritten Theil seiner Besoldung zu ihrer alimentation ausgebracht, bevorab da von B. Seite alle Gegenvorstellung bey dem C. P. Hofe gegen die intriguen der B. gethan, auch gezeiget, daß das freye Adeliche Gut zu L. der Reichs-Freyen Ober-Rheinischen Ritterschaft unmittelbahr unterworfen, wodurch denn geschehen, daß das vorhin auf das gedachte Gut erkante Verbot wieder cassiret, und die B. völlig abgewiesen worden, das holländische decretum auch endlich cessiret, nachdem der Hr. von B. andere Dienste angenommen. Hat nach diesem in anno 1714. der Herr Obriste von B. sich verheyrathet, und seinen dritten Theil des gedachten Guts L. an seine Herren Schwäger übertragen, die B. aber inzwischen herum vagiret, und in anno 1717. abermal bey dem C. P. Ehe-Gerichte geklaget, daselbst aber nichts erhalten, sondern sie ab und ad forum competens verwiesen worden, worauf sie in anno 1719. die Sache bey der Ober-Rheinischen Ritterschaft anhängig gemachet, iedoch nachdem der Herr von B. litem contestiret, sie abermal von diesem foro einen Absprung genommen, sich an den C. P. Hof wieder gewendet, die reformirte Religion verlassen, den Catholischen Glauben wieder angenommen, auch es dahin gebracht, daß der Landes-Herr im gedachten casu über die Sache von der löblichen Universität zu H. ein Rechtliches Gutachten gefordert, welche auf die Gültigkeit der prætendirten Ehe erkant und ferner vermeinet, daß die alienatio des Guts L. nicht bestehen könne, sondern vielmehr als iudicii mutandi causa geschehen anzusehen, das Gut selbsten aber C. P. Hoheit unterworfen sey; dem zu folge in anno 1720. die reimmissio in gedachtes Gut wiederum erkant, inzwischen der Herr Obriste von B. die Sache bey der Reichs-Ritterschaft fortgesetzet, die B. contumaciret, und eine sententiam absolutoriam in contumaciam erhalten, und weil auch darauf gedachter Herr Obriste dargethan, daß das Gut L. immediat sey, so hat in anno 1721. die gedachte Universität ihre vorige Meynung ratione fori geändert, iedoch vermeinen wollen, daß besagte B. ex L. vn. C. quand. imper. inter pupill. bey S. Kayserl. Maj. unmittelbahr zu klagen wol befugt sey. Hat hierauf die B. sich an den Kayserlichen Hof gewendet, und mit Verschweigung der wahren Umstände in anno 1723. den 23. Aug. ein rescriptum an die Ober-Rheinische Ritterschaft ratione immissionis alimentorum nomine in mehr besagtes Gut L. erhalten, und es so weit gebracht, daß die execution würcklich geschehen, dahero denn bey dieser Sache gefraget wird:

Quæstio I.

In was für einem foro in dieser Matrimonial-Sache billig hätte geklaget werden sollen, und wenn die bisherigen fora nicht competent gewesen, ob nicht die Sache per recursum an das hochlöbliche Corpus Euangelicum gebracht werden könne? 2

Rationes dubitandi.

Ob nun wol ausser allem Zweiffel zu seyn scheinet, daß die B. diese Sache an die höchste Reichs-Gerichte, nach der H. Meynung zu bringen wol befugt gewesen, angesehen die B. als eine verlassene und also miserabilis persona zu consideriren, anbey auch ex supposito, daß sie an den Herrn Obristen von B. getrauet gewesen, pro immediata zu halten, in welchem regard bey der Ober-Rheinischen Ritterschaft geklaget, der Herr Beklagte auch sich daselbst eingelassen, und die Klage prosequiret, dieses auch um desto mehr gegründet seyn möchte, als die alienatio des dritten Theils des Ritter-Guts L. iudicii mutandi und also nulliter geschehen, mithin er noch respectu desselben pro immediato zu halten, aus denen Rechten aber bekant, quod quando persona miserabilis immediata est, tutim ad suprema imperii tribunalia prouocare liceat 3

DN. LVDOLPH. *in iure Camerali p. 32.*
MYLER ab EHRENBACH *de Gamol. c. 9. §. 5.*

quin quod non desint, qui eundem recursum mediatis quoque concedant. 4

GRAEVE ad GAIL. I. *obs. 1.*

auch die qualitas causæ nicht im Wege zu stehen scheinet, zumal alhier nicht de iure ipso matrimonii, sondern allein de facto matrimonii die quæstio verstret, und die B. nur bloß die immission alimentorum nomine gesuchet, welche causa nicht ecclesiastica, sondern mere ciuilis zu seyn scheinet, cum non de ipso vinculo sed de incidentibus quæstionibus hic tantum agatur, de quibus ad summa imperii tribunalia patet recursus, per ea, quæ tradit 5

DN. LVDOLPH. *cit. l. p. 224.*

also hier der recursus ad comitia imperii von selbsten cessiren möchte:

Ratio-

Rationes decidendi.

6 Weil aber dennoch 1) die B. zu dem beneficio miserabilium personarum sich nicht legitimiret, auch daß sie eine miserabilis persona per fortunæ iniuriam sey, nicht dargethan, vielmehr sich als eine Ehe-Frau des Herrn Obristen von B. ausgiebet, die mit denen Wittwen gleiche iura sich um destoweniger anmassen kan, da ihre herumbagirende Lebensart und Intrignen, auch Beylegung allerhand erdichteten Namen genugsam zu erkennen geben, wessen Geistes Kind sie sey, also sie keinen fauorem miserabilium personarum, quod sua culpa potius miserabilis sit, verdiene, allenfalls aber
7 2) sie für keine immediata passiren kan, angesehen der Herr Obriste beständig leugnet, daß er mit ihr iemals vermählet worden, ja auch derselbe von der Reichs-Ritterschaft, wo die B. geklaget, von der Ehe-Klage Rechts-kräftig völlig entbunden, sie also nicht einsten præsumtionem alicuius iuris, weswegen sie ein decretum prouisionale in supremo tribunali
8 suchen möchte, vor sich hat, dabey aber 3) zu erwegen, daß der Herr Obriste seinen Antheil an dem unmittelbaren Ritter-Gut L. bereits in an. 1714. an seinen Schwager veräusert, und in fremden Diensten als Obrister gestanden, mithin sein forum dadurch dergestalt geändert, daß er von der B. vor seinen neuen Landes-Herren belanget werden müssen, unter welcher Er seint der Zeit sein forum competens
9 gehabt, auch 4) das Vorgeben, als ob solche alienatio iudicii mutandi causa und also nulliter geschehen, eines theils nicht gegründet, quod absque dolo non committitur, qui tamen non præsumitur, sed probari debet:

l. 4. §. 3. de alienat. iud. mut.

10 andern theils, wenn solches gleich wahr seyn solte, dennoch deswegen die alienatio nicht null und nichtig ist, sed alienans duntaxat ad interesse tenetur,

l. 4. §. 5. cit. tit.

11 adeo vt possessor tertius eo nomine conueniri nequeat,

colleg. iur. Arg. ad cit. tit. §. 10.

12 noch weniger aber 5) gesaget werden kan, daß um deswillen die alienatio pro nulla zu achten, quod lite pendente facta fuerit, bevorab da solches irrig und contra acta ist, der angelegte Arrest und die geschehene immission bereits cassiret, und daß solche ab incompetente iudice geschehen, von C. P. selber sowol damals als auch nachgehends erkant und agnosciret und die B. gäntzlich abgewiesen werden; überdem auch keine actio realis wegen des quæstionirten Ritter-Guts angestellet, mithin dasselbe mit dem vitio litigiosi nicht behaftet gewesen, cum tamen in actione reali demum res ipsa fiat litigiosa,

Nov. 112. c. 1.

FRANZK. *lib. 1. resol. 11. n. 23.*

13 welches hier nicht zu befinden, noch weniger 6) gegründet ist, quod vxores pro consequendis alimentis hypothecam consequantur tacitam, quippe quæ fingitur tantum a quibusdam interpretibus, in legibus autem fundamentum nullum habet,

LAVTERBACH *de pign. tacito §. 23.*

also auch hieraus keine qualitas litigiosi gezogen oder die alienation angefochten, noch weniger die B. einigen Anspruch alimentorum nomine an dem quæstionirten valide veräuserten Gut machen können, vielmehr 7) schuldig 14
wesen, den Herrn Obristen in seinem damals bereits veränderten, und noch itzo continuirten foro zu belangen, mithin um destoweniger unmittelbahr ad summum imperii tribunal provociren mögen, da sie vielmehr, wenn ihr das priuilegium ex *l. vn C. quand imp. inter pup.* gleich angedeyen solte, unmittelbahr bey seinem Landesherrn, nicht aber in summo imperii tribunali ihr Recht suchen müssen, als welches forum notorie bey denen, die unter den Ständen des Reichs stehen, nach dem itzigen statu Germaniæ, auf Art und Weise wie es in cit. l. vn. determiniret ist, nicht applicabel

GAIL *I. obs. 1. n. 40.*

STRYK *in us. mod. tit. de iudic. §. 31.*

und ob wol 8) die B. in anno 1719. ihre Klage 15
bey der hochlöblichen Ober-Rheinischen Ritterschaft angebracht, und der Herr Beklagte daselbst sich eingelassen, dennoch er solches salvo iure suo wol thun, dieses forum agnosciren auch den proceß daselbst zu Ende bringen mögen, welches aber der B. in der Haupt-Sache mehr zum Schaden als Vortheil gereichet, wie ad qu. seq. gezeiget werden soll, übrigens 9) die qualitas causæ so beschaffen, daß 16
solche ohnedem im höchsten Reichs-Gerichte nicht decidiret werden mag, da allhier nicht de facto matrimonii allein, sondern de ipso iure matrimonii die Frage, und zwar vornemlich ist, wie die Erörterung der folgenden Frage anzeigen wird, die quæstio alimentorum aber davon dependiret, und ob wol noch zur Zeit bloß 17
prouisionaliter ratione alimentorum erkant ist, dennoch die Haupt-Sache selbsten, im hohen tribunal nicht decidiret werden kan, so daß wenn solches daselbst unternommen werden solte, alsdann dieses eine iustam causam recurrendi ad comitia imperii abgeben würde, wie Ihro Kayserl. Maj. anno 1715. den 4. Sept. selbst in Dero commissions-decret dafür gehalten,

Elect. iur. publ. tom. IX. p. 63. et 69.

inzwischen aber noch zur Zeit der recursus nicht 18
gegründet ist, gleichwol dem Herrn Obristen von B. bey solchen Umständen unbenommen ist, die B. ex l. diffamari nochmals wegen des noch immer anhaltenden iedoch bereits decidirten diffamatorischen Anspruchs bey seinem Landes-Herrn zu provociren, und sie entweder in Person oder in dessen Ermangelung edictaliter citiren zu lassen, die vorhin angeführten Umstände aber ferner beym Kayserl. Reichs-Hof-Rath vorzustellen, und dadurch eine Aufhebung der geschehenen immission in dem ihm nicht mehr zustehen-

stehenden Antheil des Guts zu suchen, zumal sie gar keine præsumtionem, quod legitima vxor sit, für sich hat, sondern der Herr Obriste von diesem Anspruch bereits per rem iudicatam absoluiret ist.

19 So erhellet hieraus so viel, daß die Sache bishero in foris incompetentibus, ausgenommen was bey der Reichs-Ritterschaft geschehen, ventiliret worden, auch der recursus an den hochpreißl. Reichs-Hof-Rath, ex *l. vn. cit.* gestalten Sachen nicht gegründet, sondern der Herr Obriste von B. wol befugt sey, sich des vorgeschlagenen Weges zu gebrauchen, und inzwischen seine Nothdurft ferner beym Kayſ. Reichs-Hofrath vorzustellen.

Quæstio II.

20 **Wie sich die Sache selbst in meritis causæ befinde, und ob die B. einigen Grund ihrer Anforderung habe?**

Rationes dubitandi.

21 Ob wol in dem Gutachten viele argumenta angeführet worden, woraus erhellen möchte, daß der Herr Obriste von B. mit der B. würcklich, und auch valide nach denen principiis protestantium copuliret sey, wohin gehöret 1) daß der copulations-Schein vom 4. Jan. 1703. so von einem Catholischen Geistlichen, Namens Ioannes Iacob M. ausgestellet, von ihr produciret, und dadurch die Trauung erwiesen worden: 2) der Herr Obriste in einem Schreiben an sie vom 18. Mart. 1704. sich votre fidelle mary unterschrieben: 3) in einem andern Brief vom 14. April ei. ann. sie seiner Mutter belle fille genannt: 4) in einem testamento militari sine die et consule er sie seine ehelich getrauete Frau genant: 5) einige Zeugen, so ad perpetuam rei memoriam, wiewol ohne Eyd, in C. ausgesaget, daß er sie beständig seine Gemahlin genant: 6) er sich, als die B. in anno 1706. sich in das Gut L. immittiren lassen, bis 1711. nicht gemeldet noch contradiciret: 7) er abermahl in anno 1707. mit eigener Hand und Petschaft ein testamentum militare gemachet, und sie darinn, ma chere petite femme, genant: 8) den 14. Sept. 1708. ihr in einem passe port ihr den Namen mon epouse beygeleget: 9) die Ehe auch von denen Staaten per rem iudicatam als gültig agnosciret: 10) überdem der geschworne Hof- und Ehe-Gerichts-Bote zu H. ausgesaget, daß bey geschehener insinuation eines decreti der Herr von B. gegen ihn erwehnet, daß er durch keinen rechten Geistlichen, sondern durch einen Kerl vom Regiment, der in einem geistlichen Habit gewesen, mit ihr getrauet worden, wodurch er per indirectum die Trauung zugestanden, welcher Aussage billig Glauben beyzumessen; über-

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

dem auch 11) bey denen Protestanten dergleichen würckliche Trauung für gültig zu achten, und iederzeit in favorem matrimonii zu sprechen, mithin also daraus erhellen möchte, daß die von B. in ihrem Anspruch wol fundiret sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch der producirte copu- 22
lations-Schein von einem solchen dato gestellet ist, da die B. noch in H. gewesen, und diese Stadt an die Teutschen noch nicht übergangen, zumal der Trauschein auf den 3. Jan. 1703. gestellet, die Stadt aber erst den 15. Aug. 1703. von denen Frantzosen an die alliirte Teutsche übergeben worden, und diese zur Zeit des ausgestelleten Trauscheins so wenig als der Herr Obriste diese Person gekant, also so fort daraus erhellet, daß dieses testimonium suspicione falsi laboriret, welche suspicio 2) dadurch noch mehr vermehret wird, weil durch die ad acta gegebene attestata sowol des Vicarii zu L. als anderer erhellet, daß weder ein Pfarrer noch privat-Priester daselbst zu finden, der Ioannes Iacob M. heisset, und dahero es eine res pessimi exempli seyn würde, wann man solchem von unbekanten Personen fabricirten Trauschein Glauben beylegen wolte, da 3) leicht ein 23
verlauffener Priester oder wol gar Schulmeister, der nicht mehr im Amte stehet, auch wol niemahls ordiniret worden, sich mit Gelde erkauffen lassen und einen solchen Schein ausstellen könte, welcher doch keinen Glauben haben kan, indem die Kirchen-attestata dahero erst ihre völlige vim probandi haben, daß alle actus vi officii in die Kirchen-Bücher eingetragen, und daraus die attestata genommen sind,

CARPZ. *lib. 2. iurisp. consist. def. 315. n. 2. et 3.*

welches aber auf eines Verlauffenen und Unbe- 24
kanten ausgestelletes attestatum nicht zu ziehen, auch mehr als zu bekant ist, daß viele falsche Briefe von dergleichen Leuten geschmiedet und ums Geld verkauffet werden, mithin wenn man de fide attestantis keine Gewißheit hat, das attestatum selbst keinen Beweis machen, vielweniger 4) operiren kan, daß man daraus ein 25
legitime contractum matrimonium erweisen möge, so dann keinesweges zu billigen, oder als eine allgemeine sententia protestantium anzugeben ist, daß eine solche clandestina, inordinata et suspecta copulatio (wenn sie gleich geschehen seyn solte) bey denen Protestanten eine rechtmäßige Ehe schlechterdings machen solte, da in allen protestirenden Kirchen-Ordnungen diese forma denen Ehen vorgeschrieben ist, daß solche nicht heimlich und im Winckel geschehen, sondern vor her öffentlich per proclamata consueta kund gethan, und darauf die Personen zum wenigsten von einem ordentlichen Pfarrer, der im ordentlichen Predigamt stehet, zusammen gegeben 26
werden sollen, welches auch die gantze Historie der priesterlichen copulation mit mehrerm bestärcket, deren Endzweck bloß dahin abzielet,

daß solche ordentlich, ehrlich und öffentlich geschehe, damit an der rechtmäßigen Ehe kein Zweiffel übrig bleibe, nullus itaque fidelis, cuiuscunque conditionis sit, occulte nuptias faciat, sed benedictione accepta a sacerdote publice nubat in domino,

c. 2. C. 30. qu. 5.

27 welches nachgehends in allen Kirchen-Satzungen verordnet, und fortgepflantzet ist, und es hier auch billig heissen muß, forma præscripta non seruata, actus est nullus.

BOEHMER *in tom. III. iur. eccles. tit. de clandest. desponsf. §. 41.*

28 Allermassen auch 5) bey denen Catholischen dieses um destoweniger Zweiffel findet, als solches in *concilio Tridentino* klar versehen, und dahero der Vicarius zu L. attestiret, daß der Trauschein zu Beweisung einer rechtmäßigen copulation nicht hinlänglich sey, und ob wol in iure canonico antiquo denen heimlichen copulationibus nicht alle Kraft benommen ist, dennoch solches nicht anders verstanden werden mag, quam si postea matrimonium ab ecclesia, h. e. iudicio ecclesiastico, comprobatum et ratihabitum fuerit,

c. 2. X. de clandest. desponsf.

29 welches Kirchen-Gerichtliche comprobatio 6) hier weder geschehen ist, noch geschehen kan, da die copulatio von einem solchen unbekanten Menschen geschehen seyn soll, den die Catholischen selbsten unter sich für keinen Geistlichen und ordinirten presbyterum agnosciren, quorum sacris tamen addictus fuit. Diesemnach denen Protestanten es eine Schande seyn würde, wenn einer die von einem solchen vaganten und untüchtigen Menschen vermeyntlich geschehene copulation, welche die Catholische selbst verwerffen, wie auch das darüber ausgestellte attestatum passiren lassen wolte, als welches gegen alle gute und in unsern Kirchen so hochgeschätzte und vorgeschriebene Ordnung lauffet, und alle Kirchen-Zucht über einen Hauffen wirft. Und

30 ob wol 7) unterschiedliche Briefe von der B. produciret seyn sollen, worin der Herr Obriste von B. dieselbe seine Frau genant und agnosciret, auch in C. zwey Zeugen ausgesaget, daß er sie seine Gemahlin genant; dennoch eines theils dabey zu erwegen, daß die Zeugen mit keinem Eyde beleget worden, und dahero nichts erweisen: andern theils die Briefe und Schreiben niemahls ad recognoscendum dem Herrn Obristen vorgeleget, ohne welche sie doch keine vim probandi haben; quamuis etiam sola nominatio nihil operetur, sicuti nominatio sola filii filium non facit.

§. vlt. in f. I. de adopt.

31 Ueberdem 8) der Herr Obriste dabey bleibt, daß er von dem, was in seiner Abwesenheit in Italien vorgegangen, nichts gewust, und ihm also dasjenige, was von Seiten C. P. geschehen, nichts præiudiciren könne, wiewol auch solches alles a iudice incompetente, inaudito reo, vorgenommen ist, und dahero keine Kraft hat,

lib. 1. §qq. C. si a non compet. iud. iudic.

zumahl die B. 9) durch ihre intriguen dergestalt die Gerichte, auch so gar die Schwägere des Herrn Obristen eingenommen, daß sie dieselbe für dessen Gemahlin gehalten, und ob solches würcklich wahr sey, nicht einsten untersuchet, nachdem sie mit ihren höchstverdächtigen testimoniis dieselbe hintergangen, und dadurch 10) effectuiret, daß man nicht sowol de iure matrimonii contracti weiter cognosciret, sondern solches als richtig angenommen, und deßwegen ein prouisionale decretum de alimentis ergehen lassen, welches aber der Wahrheit selbsten kein præiudicium machet, 32

l. 1. §. 12. 13. 14. de agnos. vel al. lib.

dahero dann dieses auch 11) von dem decreto der Herren Staaten zu sagen, als welche gleichfals über die Ehe nicht erkant, sondern die attestata und was in C. P. geschehen, für wahr angenommen, und in deren regard ihr die alimenta von des Herrn Obristen Sold assigniret, im Gegentheil 12) sie die ordentliche Eheklage erst bey der Ober-Rheinischen Reichs-Ritterschaft vorgenommen und angestellet, woselbst der Herr Obriste sich vltro eingelassen, und dadurch die litispendentia daselbst dergestalt bestätiget ist, daß ihr nicht erlaubet gewesen, nachgehends davon einen Absprung zu nehmen, und da sie solches nichts destoweniger gethan, der Herr Obriste aber auf der litispendenz sich fest gegründet, derselbe allerdings befugt gewesen, den Proceß zu profequiren und zu vrgiren, daß in contumaciam erkant werden mögen, so auch, nachdem sie zuvor ad audiendam sententiam gebührender massen citiret gewesen, erfolget, und der Herr Obriste würcklich und Rechts-kräftig absolviret ist; welches Urthel 13) um destomehr in rem iudicatam ergehen muß, als bey diesem Gerichte bloß die Frage: an matrimonium contractum fuerit? ventiliret worden, quando autem non constat de matrimonio, sed de eius existentia disputatur, etiam transactio et iuramenti delatio locum habet. 33 34 35

HEIG. *p. 2. qu. 16.*

Mithin auch die Kraft Rechtens, quæ vim transactionis habet, bey dergleichen Urtheln Statt finden muß, dergestalt, daß nunmehro der B. die exceptio rei iudicatæ beständig im Wege stehet, wodurch denn die rationes dubitandi völlig entkräftet sind, und nur bey der 10ten noch anzumercken ist, daß des Gerichts-Bothen Aussage keine vim probandi habe in denen Dingen, welche zu seinem Amt nicht gehören, cum tantum ei credatur quoad actum insinuationis, 36

GAIL. I. *obs. 54. n. 5.*

bevorab da dessen ohnbeendete relation de re ad officium suum non pertinente abgeleget, 37

und

und er als ein unbeeydigter Zeuge darin anzusehen ist.

38 So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß die B. in meritis causæ nicht gegründet, und keine prætension wegen der Ehe an den Herrn Obristen nach denen Protestantischen principiis machen könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE APRIL MDCCXXVII.

DECISIO LXXXVIII.

THEMATA.

I. Nouum exemplum fraudulenter et a depoſito miniſtro eccleſiæ nulliter factæ copulæ ſacerdotalis.

II. *De commiſſo priuario et falſo.*

SVMMARIA.

Tenor ſententiæ. n. 1.
Capita defenſionis referuntur. n. 2.
Atteſtata de vita bene transacta bonam præſumtionem operantur. n. 3.
Literæ iocoſæ parum probant. n. 4.
Non ſemper ſilentium pro conſenſu habetur, ſi alia eius cauſa allegari poteſt. n. 5.
Variatio ſuſpectam fidem facit. n. 6.
Indifferens conuerſatio nihil probat. n. 7.
Iuramentum ſupplerorium ſuper matrimonii promiſſione ægre admittitur. n. 8.
Probatio præmatura præcauenda. n. 9.
Promiſſio matrimonii, matre diſſentiente facta, nulla. n. 10.
Suppletorium decerni nequit, deficiente ſemiplena probatione. n. 11.
Teſtis periurus inhabilis eſt. n. 12.
Frater pro ſorore deponere nequit. n. 13.
Sponſalia non præſumuntur, ſi iam antea alteri data fides ſponſalitia. n. 14.
Depoſitio teſtium, non citato aduerſario, nulla. n. 15.
Cauſa qualiscunque a dolo excuſat. n. 16.
Cautio de non diſcedendo ſtricte accipienda. n. 17.
Falſum, ſi tertius non læditur, non eſt crimen. n. 18.
Prælatio diei in teſtimonio non operatur crimen, ſi tertii præiudicium abeſt. n. 19.
Conſilium nudum delictum non operatur. n. 20.
Sponſalia nulla per concubitum non ſiunt matrimonium. n. 21. 25.
Defectus proclamationis in copula ſacerdotali non nocet. n. 22.
Copula ſacerdotalis a putatiuo parocho facta valida videtur, n. 23.
Virum noceat, ſi ſacerdos depoſitus fuerit? n. 24.
Adeoque ita copulati non ſeparandi, præſertim ſi ſcandalum inde metuendum. n. 26.
Crimina falſi et periurii inſignem meruntur pœnam. n. 27.
Virum aduocato fiſci ſumtus reſtituendi, quia ex officio agere debuit? n. 28.
Ex circumſtantiis antecedentibus et conſequentibus, bene, cohærentibus, fides magna iuridica eruitur, n. 29.
Præſertim ſi occultæ et ſuſpectæ literæ accedunt. n. 30.
Si poſt imprægnationem inculpatus id ſuo ſumtu agit, vt illa occultetur et partus clam edatur. n. 31. 34. 35.
Si imputatæ imprægnationi non contradicit. n. 32.
Si confeſſio extraiudicialis accedit. n. 33.
Si poſt partum editum ſollicitus eſt de primo nuncio huius rei. n. 36.
Atteſtata bene actæ vitæ amittunt fidem ex peſſimis moribus ſubſequentibus. n. 37.
Variatio non nocet in tempore, in quo facile errari poteſt. n. 38.
Ob metum periurii moraliter certum ad purgatorium nemo admittendus. n. 39.
Reiecta delatione iuramenti per leges, legaliæ tamen iuramenta locum habent. n. 40.
Deficiente licet ſemiplena probatione adhuc tamen purgatorio locus eſſe poteſt. n. 41.
Virgo honeſta non cenſetur in concubitum conſenſiſſe, niſi ſub ſpe matrimonii promiſſi. n. 42.
Pro diuerſis circumſtantiis vnus idemque partim ſuppletorium partim purgatorium præſtare debet. n. 43.
Calliditas grauis delictum auget. n. 44.
Deciſio cauſæ criminalis non præiudicat ciuili, cuius principia ſequeſtranda. n. 45.
Determinatio pœnæ conditionata demum effectum ſortitur impleta conditione. n. 46.
Recte a fiſci aduocato adducitur, quicquid ſimul

simul causam eius illustrat, licet alteri correo prosit. n. 47.
Veritas rei etiam per purgatorium eruitur. n. n. 48.
Error in circumstantia accidentali non operatur periurium. n. 49.
Frater pro fovore in causa matrimoniali et criminali non est absolute inhabilis, n. 50.
Nec testis inimicus, sed gradus inimicitiæ ponderandus. n. 51.
Duabus de matrimonio contrahendo eodem tempore dans perfide agit. n. 52.
In causa denunciationis testes iuramento constringi possunt inscio denunciato, ad rescriptum principis. n. 53.
Formula: an eydes statt, so wahr mir GOtt helfe, *verum iuramentum est.* n. 54.
Sensus iuramenti de non discedendo extra provinciam. n. 55.
Quicquid in fraudem iuramenti præstiti fingitur, a periurio non excusat. n. 56.
Probato dolo male applicatur regula: quod causa stulta etiam a dolo excuset. n. 57.
Cautio de non discedendo extra prouinciam in causa stupri ex officio imponi potest. n. 57.
In crimine falsi etiam præiudicium publicum considerandum. n. 58.
Veluti si quis falsum attestatum de copula sacerdotali facta fabricauerit, n. 59.
Vel si prælatus dies est in tali testimonio n. 60.
In fraudem publici. n. 61.
Nudi consilii, et nequidem satis probati, nullus effectus. n. 62.
Copulatio sacerdotalis in fraudem publicam a sacerdote remoto et quodammodo mente capto apud protestantes nulla censenda. n. 63.
Dissertatio Thomasiana in contrarium adducta non continet doctrinam protestantium communem sed admodum singularem. n. 64.
Proinde tam illegaliter copulati separandi, n. 65.
Nec attendenda distinctio inter simplicem remotionem et degradationem. n. 66.
Depositus et rursus ad officium sacrum promotus recte ordinari denuo potest. n. 67.
Præiudicia auctoritatis ius non constituunt. n. 68.
Ita inordinate copulati in concubinatu degunt. n. 69.
Expensarum litis, quæ in magnam creuerunt quantitatem, refusio pœnam pecuniariam ex iusta causa mitigat. n. 70.

Als die Herren uns die von O. anderweit geführte defension und darüber verfertigte monita fiscalia in den übrigen deßfals ergangenen in 5 volum. bestehenden Untersuchungs-acten zugeschicket.

1 Daß O. in seiner anderweit geführten defension und entdeckten Ungrund der fiscalischen monitorum in Ansehen der ihm dictirten Straffe so viel ausgeführt, daß er an statt der zuerkanten 200. Thlr. bewandten Umständen nach nur mit einer Straffe von 150. Thlr. zu belegen; dahergegen es alles Einwendens ohngehindert wegen des übrigen, bey dem f. 389. sqq. in vol. sub ☽ befindlichen und den 4. May 1745. eröfneten Urtheil billig zu lassen; iedoch, was den Eyd der W. Tochter betrift, das Göttingische Urthel dahin zu erklären sey, daß, woferne dieselbe, daß der O. sich mit ihr fleischlich vermischet, und sie davon schwanger geworden sey, er auch nachgehends sie nicht zu verlassen sondern sie zu heyrathen aufs theureste in Gegenwart ihrer Eltern versprochen, eydlich erhalten, und also in supplementum schweren: darnebst aber sich vermittels Eydes reinigen würde, daß sie denselben nicht anders, als auf vorhergegangene vielfältige Ehe-Versprechung zum Beyschlaf admittiret, derselbe alsdann der fleischlichen Vermischung halber unter Versprechung der Ehe, sowol als der nachgehends wiederholten Ehe-Gelöbniß für überzeuget zu halten. Würde nun fiscalis in seiner fol. 110. vol. vit. befindlichen specification der Gebühren diejenigen, so er in ersten monitis und andern puncten angesetzet, separiren, und wie viel davon insbesondere auf O. und was hergegen auf W. und dessen Tochter fallen wird, specificiren, so ergehet alsdenn, der moderation wegen was Recht ist. Des defensoris Gebühren aber werden und zwar die fol. 67. specificirte auf 30. Thlr. 15. Gr. und die fol. 148. auf 15. Thlr. 8. Gr. gemäßiget. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem eine commissarische Untersuchung 2
gegen O. von wegen der angeblichen Schwängerung der W. unter Versprechung der Ehe, verfertigten falschen Trauschein, commissi periurii, angerathene exponirung des gebohrnen Kindes, illegalen copulation mit der B. wie auch procurirten antedatirung und Verfälschung des von dem abgesetzten Prediger zu N. ausgestelleten Trauscheins angeordnet, und eine summarische Untersuchung in denen überschickten Acten auch gegen die übrigen interessenten angestellet, so ist vol. sub ☽ fol. 387. sqq. in dem von Göttingen eingeholten Urthel definitive erkant worden, wegegen aber O. allein eine neue defension geführet, und auf die erfolgte monita fiscalia geantwortet. Ob nun 3
wol 1) O. die geschehene Schwängerung der W. nach

W. nach wie vor beständig leugnet und keine solche Person seyn will, zu der man sich dergleichen Missethat versehen möchte, wie doch die peinliche Hals-Gerichts-Ordnung *art. 24.* voraussetzet, wie aus den guten für ihn ausgestellten attestatis der defensor angezeiget, darneben auch angeführet, daß der Stupratæ 2) das *fol.* 192. ausgestellete attestatum ihres Beichtvaters, daß sie mit niemand anders als dem denunciaten einen verdächtigen Umgang gepflogen, wenig helfen könne, indem der gedachte Geistliche an einem andern Orte wohnete, und also von ihrem Umgang keine Nach-
4 richt geben könne, die producirte Briefe 3) auch nichts verfängliches in sich hielten, und bisweilen etwas badinirten: dahergegen nichts in actis zu befinden sey, so ihn der Schwängerung überzeugen möchte als ihre Beschuldigung,
5 so aber keinen fidem habe: 4) der ferner angezeigte Umstand, daß er gebeten, die impræ-gnationem geheim zu halten, daß, wie auf invitation er nach Koditz gereiset, und ihm die geschehene Schwängerung vorgehalten sey, nicht contradiciret, und er zu ihrer Wegbringung und heimlichen Niederkunft alle Anstalten gemachet, Geld dazu gegeben, und ihre Reise bestimmet, keine indicia impræ-gnationis in sich hielten, als welche auch wol ab innocente aus commiseration und andern Ursachen geschehen seyn könten, wie von ihm würcklich geschehen seyn solte, da er solches nach den Regeln der Klugheit gethan, damit die geschehene Beschuldigung ihm an seinem damahls vorstehenden Glück nicht hinderlich seyn, und seine contradictio strenua grosse motus machen möchte, so daß sein Stillschweigen bey geschehener Vorhaltung, denen Regeln der Klugheit gemäß gewesen, und keine tacitam confessionem in sich halten könte; etenim in criminalibus præsens et tacens pro consentiente non habetur,

CARPZ. *qu. 120. n. 81.*

das übrige auch aus besonderer Freundschaft, ihren Unfall cachiren zu helfen, geschehen seyn
6 könte. Sodann 5) ihre imputation allen Glauben verliehre, theils ex variatione, da sie bey dem ersten Verhör den 11. Febr. zum concubitu angegeben: hiernechst aber ad suggestionem commissionis den 23. Febr. wie der Fleischhauer Schmid begraben worden, *fol. 10.* angegeben, welcher laut *fol. 303.* an gedachtem Tage begraben worden: theils aus der Unrichtigkeit des loci et modi da die fleischliche Vermischung in des denunciati Stube auf dem Bette geschehen seyn soll, gleichwol nach seines Dieners *fol. 301.* eydlicher Aussage damals kein Bette in der Stube gestanden, sie also nicht einstens den Ort bestimmet hätte. Und ob er
7 zwar 6) *f. 88. b.* gestanden, daß er, wie sie schwanger gewesen, bey ihr im Garten an der Saale gewesen, dennoch leugnet, daß sie mit ihm von der Schwangerschaft geredet, und sie solche ihm eröfnet, welches sie nicht unterlassen haben würde, wenn er sie würcklich geschwän-
8 gert. Uebrigens wenn auch 7) die indicia impræ-gnationis so starck seyn solten, daß sie ad iuramentum suppletorium gelassen werden könte, er doch zu behaupten suchet, daß ratione der versprochenen Ehe solches gar nicht angienge, weil nach der *proc. Ordn. p. II. tit. 10. §. 4.* zwar super stupro, nicht aber zugleich über die geschehene Ehe-Versprechung der Eyd deferiret werden könne, sondern Beweiß erfordert würde, also auch weder suppletorium noch purgatorium hier Statt finde, da doch die Göttingenser auf jenes erkant, so aber 8) auch aus andern Ursachen nicht geschehen mögen, weil hier vornemlich de promissione matrimonii ante concubitum die Frage sey, davon weder Vater noch Bruder etwas aussageten, sondern nur von der Zeit, da denunciat wieder auf invitation des W. nach K. gekommen, und ihm von seiner Tochter Schwangerschaft Nachricht ertheilet, er damals ihr die Ehe versprochen haben solte, worauf es doch hier, da ad interesse publicum geklaget würde, nicht ankäme, sondern allenfalls zu der ihr reservirten actione ciuili gehöre, dieserwegen 9) die Beeydi-9
gung Vaters und Sohne, worauf doch erkannt sey, sine effectu ja impertinent und ihm sehr præiudicirlich seyn würde, nachdem ihr einmal die Klage ad interesse ciuile vorbehalten sey, in welcher sonsten zu seinem höchsten præiuditz in antecessum mit per indirectum erkannt werden würde, wie er *fol. 127. vol. vlr.* anführet, bevorab da 10) die Strafe ihr einmal zuerkannt, sie solches Urtheil in rem iudicatam ergehen lassen, und es wol, wie er fol. 126. b. meinet, dabey bleiben würde, es möge um diesen Umstand ratione promissi matrimonii post concubitum stehen, wie es wolle, woraus der defensor ferner 11) fol. 126. folgern will, daß dieser Punckt, darin fiscalis so gar die Parthey der W. genommen, ab actis zu removiren sey, da er dabey nichts mehr post pœnam semel dictatam zu thun habe, allenfalls
auch 12) die promissio matrimonii clandesti-10
na und nulla sey, weil des denunciatens Mutter offenbar dissentiret, und nimmermehr per concubitum illicitum zu einigem effectu iuris gedeyen könte. Ausser dem aber 13) das sup-11
pletorium ratione promissi matrimonii ante concubitum um desto weniger hier statt finden könne, da bloß der W. Aussage davon, welche ihr noch dazu fol. 23. von der commissione fuggeriret worden, verhanden, und sonsten kein argumentum, das einen halben Beweis ausmache, in actis anzutreffen. Ja er um desto weniger hierin verdächtig sey, da ihre leibliche Schwestern davon nichts gewust haben, sie gleichwol davon eine confidence an ihren Beicht-Vater laut dessen attestati fol. 192. act. sub D gemachet haben will. Und so viel 14)
12 das Ehe-Versprechen nach der imprægnation betrift, denunciat abermal vorgiebet, daß solcher Punckt hieher nicht, sondern ad actionem ciuilem gehöre, und ebenfalls, ob matris dissensum nicht zu attendiren, darneben des Vaters und Sohns eydliche Bestärckung ihrer

Aussage ad suppletorium nicht zureichend sey, theils weil solches Vorgeben varie angegeben werde, wie er *fol. 21. vol. vlt.* angezeiget: theils auch des W. eydliche Aussage keinen fidem ob manifestum periurium meritire, allermassen er eydlich fol. 481. b. act. sub ☽ ausgesaget, daß dieses Ehe-Versprechen in Gegenwart der V. geschehen sey, diese hergegen solches iurato fol. 515. geleugnet, dieserwegen dessen Aussage, und eydliche Bestärckung ohnedem inordinate und heimlich geschehen, gar keine Achtung meritire, ihres Bruders eydliche deposition
13 ebenfalls ohnkräftig zu achten, cum frater ob vinculum sanguinis pro matrimonio sororis contra reum non sit habilis testis, secus si contra illud producitur.

FARINAC *de testibus lib. II. tit. 6. q. 54. n. 64. et 79.*

Mithin der ICtorum Göttingensium fol. 436. act. sub ☽ befindliche ratio decidendi contra iura laufe, nicht zu gedencken, daß die erfolgte inimicitia keinen von beyden ad testimonium
14 zulasse. Ausserdem aber 15) er ihr die Ehe nicht zusagen können, weil er schon damahls laut fol. 156. act. sub ☽ mit der B. längst versprochen gewesen, die Göttingenser auch contra acta fol. 102. vorgegeben, als wenn denunciat gegen ihren Bruder solches Versprechen am 10 Decembr. gethan, da die W. vielmehr solches
15 vorgegeben. Endlich 16) die bereits geschehene eydliche Abhörung des W. und seines Sohns ihm nicht præiudiciren könte, weil solche wiederrechtlich, ante publicationem sententiæ, se non audito, und dazu in der Stille und heimlich, und dahero solche nulliter geschehen sey; woraus denn 17) folge, weil dieses Zeugniß unstatthaft, auch die W. nicht zum suppletorio gelassen werden möge, vielmehr denunciaten mit besserm Recht allenfalls das purgatorium auferleget werden müsse; dagegen zwar die Göttingenser eingewandt, daß er ein periurium begangen, und zu keinem Eyde zugelassen werden könne, welches aber doch irrig sey, und
16 ohne Grund aus der in actis sub ☿ fol. 23 sqq. geleisteten cautione iuratoria hergeleitet worden, bey welcher in Achtung gezogen werden müsse, daß er eines theils keinen cörperlichen Eyd geschworen: andern theils ein Unterscheid unter einem weiten arrest und cautionem de iudicio sisti zu machen sey, anerwogen in den actis cit. l. nicht jener ihm auferleget, sondern er nur versprochen, vor ausgemachter Sache aus dem Lande sich nicht zu verfügen, sondern sich allemal persönlich zu stellen, wenn es verlanget würde, so er auch stricte in acht genommen, und sich allemahl gestellet, und ob er wol den Freytag nach Weynachten 1743 mit der B. ausser Landes nach N. in Francken gereiset, und sich daselbsten mit ihr trauen lassen, er dennoch laut fol. 39. act. sub ☿ bey des von R. excell. um nach seiner kränklichen Mutter zu reisen, permission gesuchet und erhalten, anbey auch gemeldet, daß wenn er von seiner Mutter an einen andern auswärtigen Medicum verschicket werden solte, ihm solches erlauber seyn möchte, so ihm auch concediret worden, so dann aus solcher indefinite geschehenen concession ihm verstattet sey, ausser Landes zu reisen, er auch bloß in Absicht auf diesen a domino præside ausgewürckten Urlaub die Reise nach N. gethan, auch bekannt sey, quod causa qualiscunque etiam insipida a dolo et delicto excuset, wie wohl er auch dieses Versprechen, nicht ausser Landes zu reisen, nicht einmal eydlich gethan, sondern von selbsten nur die Erklärung dabey gefüget, daß wenn ihm eine nothige Reise vorfiele, und er sich über die Grentze begeben müsse, er dazu die Erlaubniß zu erhalten verhoffe, welches also als ein Stücke seines gethanen Eydes nicht anzusehen, man auch in dubio alle interpretatio dahin richten müsse, vt delictum excludatur, zumal 18) ohnedem 17
der Fürstlichen Regierung laut fol. 25. sub ☿ Absicht nur dahin gegangen, den denunciaten dergestalt zu vinculiren, daß er ohne ihre Erlaubniß vor Austrag der Sache sich aus dasigen Fürstlichen Lande nicht weg begeben solle, ne iudicium per discessum fieret elusorium, wie denn bloß diese cautiones pro obiecto dergleichen Wegreise animo nunquam reuertendi zu haben pflegten, er auch sich niemals engagiret, specifice anzuzeigen, wohin er zu reisen gewillet sey, wenn er permission suchen solte, solchergestalt also des fiscalis Vorgeben irrig, als wenn man ihn durch diese caution dahin zu vinculiren gesuchet, daß er vor Austrag der Sache nicht etwa de facto mit der B. sich trauen lassen möchte, weil damahls nur das iudicium pro interesse publico die Untersuchung vor sich gehabt, jene præcaution aber nur ad iudicium priuatum wegen der W. gehöret, deswegen aber das iudicium nicht imploriret worden. Wiederum 19) bey dem beygemessenen crimine falsi in Ansehen des falschen Trauscheins, der denunciat zu seiner defension anführet, daß, ob er zwar dessen Verfertigung zugestanden, dennoch darin kein crimen falsi anzutreffen sey, weil dabey kein tertius priuatus læditet worden, so doch nach Maßgebung des art. 110. C. Crim. Car. ibi: **dem nechsten zum Nachtheil**, erfordert würde, zumahl man bloß zu dem Ende solchen verfertiget, damit das Kind auswärtig die Heil. Taufe erhalten könne, auch nach der Göttingensium Meinung hiebey das interesse publicum nicht anzusehen, zumahl niemand schuldig sey, sich selbsten zu verrathen, anzuklagen, und sich dadurch in Sport und Unglück zu bringen, vielmehr solches, so viel möglich, abzuwenden, erlaubet seyn müsse, dahero dann die gebrauchten fremde Namen von Ende, und von Truchtleben, als eine innocente Sache anzusehen, da niemanden dadurch Schade zugefüget sey, so gar daß auch die mutatio nominis an und vor sich selbst als indifferent zu halten.

tot. tit. C. de mutat. nomin.

Endlich zu diesen allen hinzukäme, daß der W. ihn dazu verleitet, und er fax et ruba dieser gan-

19 gantzen Comödie sey, woraus denn auch 20) die ihm zur Last gelegte procurirte antedatirung des Trauscheins in Ansehen der mit der B. geschehenen copulation zu ermessen sey, allermassen solcher zwar auf zwey Monate antedatiret, iedoch die copulation selbsten deßwegen nicht in Zweiffel gezogen werden könne, welche ausserdem auch noch durch Zeugen erwiesen, und wiederum durch dieses factum niemand lædiret, vielmehr gewiß sey, daß die Trauung geschehen, sie möge nun am 1. Nov. 1743. oder in fine decembris erfolget seyn, tunc enim demum falsum committitur, si a scribente prælato die, factum mentiatur in præiudicium tertii,

l. 3. D. de fid. instrum. l. 15. 18. ad L. Cornel de falsf.

l. 15. C. ad L. Cornel de falsf.

20 so hier in dem Trauschein wegen der copulirung mit B. nicht befindlich. Uebrigens 21) die fernere Beymessung, daß O. angerathen, das Kind nicht ins Land mit zu bringen, sondern mit Beyfügung eines Zettuls zu exponiren, selbst von den Göttingensibus als eine Sache angesehen werden, quæ inquisitionem nullam mereatur, welches in nudo consilio ohnedem bestehen würde, aber auch von demselben beständig abgeleugnet, und nur von der W. Bruder eingezeuget und beschworen worden, welcher doch zum Zeugniß nicht zuläßlich, licet iurato perverso ordine examinatus fuerit, und dahero in dictanda pœna auf diesen Umstand gar nicht
21 zu reflectiren sey. Endlich so viel 22) die zu N. geschehene copulirung von Mag. L. mit der B. zwar in dem vorigen Urtheil für ungültig und nichtig, und die erfolgte Beywohnung pro concubinatu, aber ohne zureichenden Grund, angesehen und gehalten werden wollen, angesehen die ratio prima, daß wenn er pro convicto wegen der Schwängerung der W. sub promissione matrimonii zu halten, er alsdann sich mit der B. nicht verloben, und sich mit ihr copuliren lassen können, hieher gar nicht, sondern ad iudicium priuatum gehöre, dabeneben aber die erkante Beydigung nicht geschehen, und dahero davon nicht dependiren könne, ja, posita promissione matrimonii, dennoch kein bündiges Ehe-Versprechen aus solcher heimlichen Verbindung sine matris consensu, licet copula carnali firmata fuerit, zu machen sey, daß sie nicht einsten in iudicio priuato ciuili damit fortkommen werde, nachdem er einmahl mit der B. copuliret sey, cum sponsalia nulla non possint per concubitum transire in matrimonium, vel sponsalia matre dissentiente contracta validare, wie bewährte Rechts-Gelehrte statuiren, und hier billig anzunehmen, cum in dubio pro matrimonio tanquam re fauorabili sit pronunciandum.

c. f. X. de sentent.

22 Ferner die ratio secunda a defectu proclamationis vollends nichts heisse, als welche ad substantiam nicht gehöre, auch leicht remittiret werden könne, dabey auch die ratio tertia, daß die copulation von einem removirten Geistlichen geschehen, nicht zu attendiren, zumahl 23
daran, daß er removiret sey, noch billig wegen des attestati f. 311. und der Zeugen Aussage f. 307. zu zweiflen, wenigstens aus der Zeugen Aussage so viel erhelle, daß er noch in dem Pfarrhause wohne, actus parochiales verrichte, und also pro putativo parocho wenigstens zu halten, cuius actus gesti valent, licet ipse non licite egerit,

arg. l. 3. D. de offic. prætor.

und ob zwar auch bey denen Catholischen der cha- 24
racter indelebilis, qui etiam post depositionem saluus est, diese conclusion auswürcken möge; dennoch bekant sey, daß wir viele conclusiones, principiis licet reiectis, beybehalten haben, wie eben das principium reprobatum, quod matrimonium sit sacramentum anzeige, bevorab da unsere Kirche nicht so gar weit von dem charactere indelebili entfernet zu halten, wie aus dem Exempel eines abgesetzten, und nachgehends wieder vocirten Predigers zum anderm Kirchen-Amte zu ersehen, welcher nicht wieder ordiniret werden dürfe, dahero auch der selige Herr THOMASIVS in einer eigenen dissertation defendiret, daß eine Trauung, so von einem abgesetzten Prediger geschehen, für gültig zu achten; sola enim depositio sacerdotis non tollit actus ordinis, sed solennis demum degradatio,

THOMAS. *diss. Lipſ. XVII. addit. 6. p. 1268.*

dabey dann keine Achtung meritiret, daß der gedachte M. T. für mahnwitzig zu halten, als welches er nur vorgegeben, um die Strafe, die auf sein illicitum factum gesetzet, zu evitiren, sonsten aus seinen actionibus, da er bishero noch geprediget und sacra administriret, kein Wahnwitz geschlossen werden könne, daneben nicht zu verwundern, daß der Herr von K. als ertzcatholisch, solches attestire, weil solches ohne Zweifel, da gedachter Prediger Lutherisch sey, ex odio erga protestantes geschehen, da man dennoch ihn in der Pfarrwohnung gelassen, keinen andern gesetzet, sondern ihm nach wie vor die actus parochiales zu verrichten nachgelassen, so daß es hat seyn würde, diese coniunctionem pro concubinatu zu halten, bevorab da bereits aus derselben ein Kind gezeuget, dessen fauor so wenig als der Ehe selbsten hindan zu setzen, und die decisio Göttingensis aus dem irrigen principio geflossen, als wenn die W. aus der angeblichen heimlichen Verlobung, nachdem solche mit der fleischlichen Verbindung besiegelt worden, ein ius quæsitum habe, so ihr durch dieses engagement mit der B., non obstante copula sacerdotali, nicht wieder genommen werden könne, da so wenig die Verlobung erwiesen sey, als durch ihre und ihres Vaters und Bruders eydliche Aussage, wie oben dargethan, erwiesen werden könne, darneben in thesi auch falsch sey, daß dergleichen sponsalia, sine pa- 25
rentum consensu contracta, post acceden-

tem

rem concubitum der Geschwängerten ein Recht geben könne, als welche vielmehr in beyden Stücken gegen die Gesetze gehandelt, ex eo autem, quod contra leges actum, nemini ius nasci potest, sed potius actus pro inualido habendus,

l. 5. C. de l.l.

26 bey so bewandten Umständen 23) also nicht wol zu begreiffen seyn möchte, wie man auf die separation dieser beyden copulirten Personen erkennen mögen, da einmal bereits ein Kind aus der Ehe vorhanden, und die B. bey ihrem Vater daselbst in der Stadt zum allgemeinen Spectacul auf solche Weise leben würde, da hergegen die W. bey ihrem Vater auf dem Lande in dem statu lebe, da schon längst, was mit ihr
27 passiret, vergessen, und ihr Kind todt sey. Ueberigens wenn 24) die angeführten demarchen des O. wahr, oder er dessen überführet seyn solte, alsdann er sich über der enormität der gesetzten Strafe und Erstattung der Unkosten zu beschweren nicht Ursach finden dürfte, nachdem ein ziemlicher cumulus delictorum vorhanden und absonderlich die crimina falsi et periurii so beschaffen, daß sie wol eine härtere Ahndung meritiret, er also sich zu gratuliren haben möchte, daß er mit einer so gelinden Strafe davon gekommen, welche durch den erlittenen Arrest, den er damals ob fractam fidem iuratam verdienet, keinesweges zu mitigiren gewesen, noch dabey anzusehen sey, daß er so viel commis-
28 sions-Gebühren und andere Unkosten tragen müsse, als welche er durch sein unjustificirlich Betragen verursachet, davon doch hingegen billig des fiscalis Gebühren abzukürtzen, als welcher seine Arbeit ex officio verrichten sollen, und er sein Amt dabey nicht so wol in Ansehen des fisci als der W. zum Besten geführet, und mehr deren iura als fisci vertreten, dieserwegen es scheinen will, als wenn das Göttingische Urthel gantz aufzuheben oder wenigstens in den meisten Puncten, absonderlich aber in puncto iuramenti ratione promissi matrimonii zu reformiren gewesen.

Rationes decidendi.

29 Weil aber dennoch die bey der Schwängerung der W. vorkommende gantz besondere Umstände sowol antecedentes als concomitantes et consequentes so beschaffen, daß auf niemand der Verdacht dieser ausgeübten That und zwar in sehr hohen Grad, als auf denunciaten O. fallen kan, ohngeachtet er solches bey der erfolgten Untersuchung hartnäckig geleugnet und dadurch Gelegenheit zu der erfolgten Weitläuftigkeit gegeben, so daß wenn man die Umstände, wie billig geschehen muß, in einer richtigen connexion zusammen verbindet, und nicht eine iede an und vor sich selbsten betrachtet, kein vernünftiger Mensch an der von ihm geschehenen Schwängerung, quoad fidem humanam, zweifeln wird, vtpote quæ desiderat, vt circumstantiæ concurrentes inter se bene ponderentur, et ex his simul sumtis aliquid eliciatur, wie solide ausgeführet.

THOMAS. *de fide iuridica.*

Allermassen die antecedentes circumstantiæ es geben, daß er (a) sehr familiair mit der W. einige Jahr umgegangen, daß auch von der genauern Bekandtschaft zwischen beyden Personen laut des von dem denunciaten selbsten producirten attestati f. 204. sub D) sehr viel geredet worden, und der W. Beichtvater wegen des öftern Umgangs zwischen ihnen, laut attestati fol. 192. act. sub D) um destomehr bewogen worden, sie darüber zu constituiren und zu befragen, ob sie etwa mit ihm verbunden sey, und er ihr die Ehe zugesaget, welches sie damals gegen ihn gestanden: b) daß er deswegen mit ihr in correspondenz gestanden, allerhand Briefe an sie geschrieben, absonderlich aber bey denenselben c) zu considerieren ist, daß er solche auf eine theils verdächtige 30
Art und familiäre Weise, wie unter verlobten zu geschehen pfleget, gestellet, anerwogen er, was indifferent, auf der einen Seite mit ordentlicher Dinte geschrieben: was aber niemand als sie lesen solte, auf der andern Seite mit verdeckten Buchstaben gezeichnet, so daß wenn sie solches lesen wollen, sie die Seite mit Vitriol-Wasser zuvor bestreichen müssen, wie die Briefe anzeigen, woraus man dann eine gantz geheime Liebes-conversation zwischen dergleichen diuersi sexus personas in dergleichen Alter schliessen kan, als welche ausser diesem keine Heimlichkeiten zu haben pflegen: theils auch auf eine verliebte Art seine Heimlichkeiten ausgedrucket, und ihr laut fol. 34. b. von tausend Mäulgen die offerte gethan, wenn sie ihn, wie die Worte zu lauten scheinen, besuchen würde, dergleichen nur zwischen Leuten von ihren Jahren, und die genauere Bekantschaft und Liebes-Intriguen unter sich haben, zu geschehen pflegen, beyorab da sie d) sonsten mit niemand anders als mit dem denunciaten laut attestati ihres Beichtvaters f. 192. Umgang gehabt, und auf keinen andern der Verdacht fallen kan. Absonderlich 31
aber e) die nach der erfolgten Schwängerung vorkommende Umstände ein gröfferes Licht in der Sache geben und anzeigen, wie sauer denunciat es sich werden lassen, dieselbe zu cachiren, welches er nicht gethan haben würde, wenn er dabey nicht als auctor und principalis causa höchst interessiret gewesen, zumal von ihren Eltern nicht zu vermuthen, daß sie dergleichen Anstalten, wenn sie die Sache cachiren wollen, von einem solchen jungen Menschen würden tractiren und bewerckstelligen haben lassen, sondern schon selbst auf andere Weise solche unternommen haben würden, dessen sie aber sich enthalten, und ihm allein die Veranstaltung für seine eigene Rechnung überlassen. Gestalt dann f) nachdem sie ihrer Schwangerschaft gewiß gewesen, sie ihn zu sich in den Garten an der Saale bestellet, er auch fol. 88. b. gestehet, daß er bey ihr im Garten gewesen, und ob er gleich, wie sie doch angiebet und ihm ins Gesicht gesa-

get,

get, nicht gestehen will, daß sie damals, wie sie schwanger sey, ihm angezeiget, dennoch solches um destomehr wahrscheinlicher ist, als er bald darauf g) im Aug. auf des W. Schreiben, daß er nach K. kommen solle, um mit ihm wegen Beylegung der an seiner Tochter geschehenen Schwängerung zu reden, er so fort nach Erhaltung dieses Briefes nach K. gekommen, welches er zwar fol. 89. geleugnet, aber fol.
32 121. b. eingestanden, und darneben h) bekant, daß er damals bey seiner Ankunft der beschuldeten Schwängerung nicht contradiciret, welches die Eltern gerichtlich anzeigen, er aber lieber solche verschwiegen halten wollen, weil ihm Hoffnung zur Erhaltung eines Dienstes gemachet worden, damit ihm diese Beschuldigung keinen Anstoß zu Erhaltung seines Zweckes geben möchte. Wiederum er fol. 148. b. gestanden, daß er auch bey der beygemessenen Schwängerung, nachdem sie bereits niedergekommen, nicht contradiciret, welches ein grosses momentum ihn zu überzeugen an die Hand giebet, daß er sie würcklich geschwängert, weil kein Unschuldiger bey dergleichen Vorhaltung stillschweigen, und die Beschuldigungen ohn contradiciret lassen wird, ja damals, wenn er sich damit nicht beflecket, billig contradiciren solen und müssen; welches zwar der defensor bey denen damaligen Umständen denen Regeln der Klugheit zuschreiben will, man aber vielmehr einer besondern List zuschreiben muß, weil er lieber diese That unterdrucken und cachiren, die vitiatam hernach sitzen lassen, und die B. mit der er damals, seiner Geständniß nach, sich bereits verlobet, heyrathen wollen, wie der euentus nicht allein erwiesen, sondern auch i) der fernere Verfolg und die verdächtige Unternehmung dargethan, dadurch er klärlich gezeiget, daß er bey der imprægnation sehr interessiret und sein Stillschweigen aus einem andern Grund hergenommen sey, tunc enim tacens fateri videtur, quando vltra taciturnitatem actus quidam facti positivi accedunt, quibus confessio eo magis firmatur

CRAVETTA *conf. CXI. n. 5. tom. 1. P. 2. p. 199.*

33 anerwogen er ferner k) fol. 121. b. sub ☽ bekant, daß W. damals die Einrichtung wegen der Reise nach Francken, allwo die Tochter niederkommen solte, gemachet und gesaget, er wolle darin condescendiren, er solle ihm nur versprechen, daß er es mit seiner Tochter aufrichtig meyne, welches er nun zwar versichert haben will, iedoch seine Meynung gar nicht gewesen seyn soll, daß er der Tochter etwas eheliches versprochen, gleichwol solche confessio iudicialis eines theils so viel würcket, daß er die ihm beygemessene Schwängerung nicht abgelehnet, sondern vielmehr alles beytragen wollen, was zu deren cachirung gereichen könne: andern theils aber, wie vorgedacht, sie betriegen wollen, weil er wol gewust und wissen müssen, daß W. mit dieser Rede nicht auf die Wegbringung seiner Tochter, wobey keine List zu befahren gewesen, sondern auf die damals in Vorschlag gebrachte Verehligung gezielet, weil das erste ihm vornemlich an dem Hertzen gelegen, und er dahero fol. 89. b. auch dieses zu ihr selbst gesaget:

er habe Hoffnung, Dienste zu bekommen, sie aber würde ihm daran hinderlich seyn, wenn sie ihre Schwangerschaft werde auskommen lassen;

so ohnmöglich anders verstanden werden kan, als daß sie ihm die fleischliche Vermischung, vorher anzeigen müssen, so gewiß kein honettes Frauenzimmer einen jungen Menschen thun wird, wenn er sich nicht schuldig weiß, und dahero die Cachirung ihr omnibus modis anrathet. Daher er ferner l) f. 90. gestehet, daß er 34
ihr die Reise nach Francken vorgeschlagen, welches er zwar aus commiseration gethan haben will, gleichwol doch gewust, daß sie ihm die Schwängerung vorgeworfen, also bey solchen Umständen dieselbe sehr intempestiua gewesen seyn würde, wenn sein Vorgeben wahr gewesen seyn solte, so kein vernünftiger Mensch glauben wird, bevorab da m) er geständiger massen 35
f. 91. selbsten nach Francken gereiset, und die Einrichtung zu ihrer Niederkunft gemachet: in dem f. 40. sub ☽ befindlichen Aufsatze ihre Reise reguliret: selbst bis Saalfeld gereiset, und laut fol. 93. b. die W. dahin bestellet, um die Einrichtung ihrer Reise wegen zu treffen: ferner als er dieselbe da nicht angetroffen, ihren Bruder nach S. bestellet, und daselbst nach fol. 93, den falschen Trauschein, so er selbst laut fol. 122. b. gemachet, ihr zugestellet, um solchen seiner Schwester zu geben: ihr dabey 60 Thlr. geschicket, und also mit vieler Mühe und Unkosten, ja mit Begehung eines criminis falsi die Hinweghringung der W. befördert, so kein Fremder, oder Unschuldiger, der nicht Theil an der Schwängerung hat, thun, und sich dergestalt der Gefahr einer inquisition wegen des criminis falsi exponiren wird. Diesem ferner n) noch hinzutritt, daß nach ihrer Nieder- 36
kunft laut fol. 148. er bey dem Herrn v. D. den 17. Nov. 1743 gewesen, er alda einen Brief von der A. W. an ihrer Mutter in Gegenwart ihres Bruders produciret, darin sie der Schwester Niederkunft berichtet, gleichwol nicht angeben wollen, was massen er zu diesem Briefe gelanget sey, wenigstens er dadurch angezeiget, wie viel ihm an dieser Sache gelegen, daß er Wissenschaft am ersten davon erlanget, und dieser ihm insinuiret, oder sonst par couvert zugeschicket seyn muß, welches solche wichtige mit einander connectirende data sind, dadurch er fast der Schwängerung völlig überführet worden, zumal was er dagegen eingewandt, von geringer Erheblichkeit ist, angesehen ad 1) seine produ- 37
cirte gute attestata alle Kraft verlieren, wenn man nur seine vor und nach der Schwängerung erfolgten demarchen ansiehet, und dabey erweget, daß er sich dabey des criminis falsi, periurii, eines gedoppelten Ehe-Versprechens, ja eines grossen Verdachts schuldig gemachet, daß

er mit der B. es eben so gemachet, ehe er zu der illegalen und nichtigen copulation mit ihr geschritten, und deswegen den Trauschein auf zwey Monate antedatiren lassen: ad 2) ihr das producirte attestatum ihres Beichtvaters allerdings so lange zu statten kommen muß, bis er darthue, daß sie mit iemand anders verdächtig umgegangen: ad 3) wir bishero das Gegentheil erwiesen, und ad 4) aus der connexion aller sehr notablen Umstände nicht anders schliessen
38 mögen, als daß er sie geschwängert, und ad 5) die ihr vorgeworffene variation in der angegebenen Zeit der fleischlichen Vermischung ihr wenig præiudiciren mag, da man im dato leicht irren kan, sie aber doch desto gewisser in ihrer Sache gewesen, weil sie den Umstand dabey angegeben, daß eben damals der Fleischer S. begraben worden, der Superintendens mit seiner Frau, bey dem sie sich aufgehalten, nicht zu Hause gewesen, und sie ihn also desto leichter besuchen können, welchen Umstand die commission ihr nicht vorhalten noch sie darauf befragen können, wenn sie solchen vorher nicht selber angegeben, daß hier an keine suggestion zu gedencken; vielweniger seines Dieners eydliche Aussage, daß in seines Herrn Stube damals kein Bette gestanden, und sie doch vorgegeben, daß denunciat sie auf einem Bette gemißbrauchet, ihr sonderlich entgegen stehet, da man noch nicht weiß, in was für einer Stube er mit ihr damals gewesen, und ob solches in seiner ordinairen Stube in seinem Hause geschehen, davon sie wenig Nachricht gehabt haben mag, und da er gewußt haben muß, daß sie ihn besuchen wollen, er, ohne grosses Nachsinnen, eine Commodität erwählet haben wird, so zu seinem Vorhaben nöthig gewesen, welches wir gegen ihn anzuführen billig Bedencken tragen würden, wenn die vorhin angeführte überzeugende data uns dazu nicht beredet, und das Anführen des fiscalis fol. 327. wahrscheinlich gemachet hätte. So dann aber ad 6) der Umstand wegen des in Garten vorgefallenen Gespräches vorhin schon völlig erläutert, und aus allem diesem nun zu ersehen,
39 warum ad 7) wir den denunciaten sine præsentissimo periurii metu, und bey so starcken indiciis nicht zum iuramento purgatorio lassen können, sondern es hierin bey dem Göttingischen Urthel lassen müssen, und darin auch zu-
40 gleich mit diesem übereinstimmen, daß wegen des dabey angegebenen Ehe-Versprechens das suppletorium wohl statt finden könne, zumal ob gleich nach der dasigen Proceß-Ordnung keine Eydes-delation zugelassen, sondern dabey ein ordentlicher Beweis erfordert wird, dennoch daraus nicht folgen will, daß pro re nata kein suppletorium oder purgatorium statt haben solte, anerwogen die Eydes-delation wohl geschehen kan, etiamsi nihil probatum fuerit,

l. 35. pr. D. de iureur. l. 25. §. pen. de probat. l. f. §. 10. C. de iur. delib.

und solche aus freyem Willen des Klägers herrühret, dahero voluntarium genannt wird; da hergegen die übrigen beyden iuramenta legalia sind, ex legis dispositione a iudice pro re nata deferenda, welche durch solche Verordnung nicht aufgehoben sind, bevorab da die Proceß-Ordnung von denen gemeinen Rechten, nach welchen auch iuramenti delatio species probationis ist,

BOEHMER *de probat. per iuament. delat.*

abgehet, und also billig stricte anzunehmen ist. Ferner ad 8) das einwenden, daß alhier vor-41 nemlich die Frage de matrimonio ante concubitum promisso sey, davon gleichwol kein halber Beweis in denen Acten anzutreffen, zwar in so weit seine Richtigkeit hat, daß W. und sein Sohn davon nichts aussagen, sondern sich nur darin gründen, daß solches post imprægnationem geschehen sey, und also durch ihren abzulegenden Eyd dazu nichts beytragen werden, so daß es an dem halben Beweis hier ermangelt, bevorab da sich nicht findet, daß sie bey dem familiairen Umgang mit denunciaten ihren Eltern oder Geschwistern davon eine Eröffnung gethan habe, da sie doch ihrem Beichtvater, der sie darum befraget, davon confidence gemachet haben soll, dabey aber auch ungewiß bleibet, ob diese Offenbarung vor oder nach der imprægnation geschehen sey, mithin kein geringer Verdacht übrig bleibet, ob der denunciat auch vor der fleischlichen Vermischung ihr die Ehe zugesaget, und sie ihm unter dieser Hoffnung der zugesagten und mit vielen Betheurungen bestätigten Ehe admittiret, oder ob sie nur in der Absicht, ihn erst dadurch zu fangen und zu fesseln, daß er sie nachgehends heyrathen müsse, sich mit ihm fleischlich vermischet, welcher Verdacht dadurch vergrössert wird, da sie sich erkühnet, zu ihm in sein Haus auf ganz ungewöhnliche und ungeziemende Art zu gehen, so einem solchen Frauenzimmer von ihrem Stande nicht wohl angestanden, so daß kein geringer Verdacht gegen sie entstehet, ob ihr Vorgeben wegen des heimlich gethanen Ehe-Versprechens nicht bloß zu dem Ende angeführet sey, damit sie ihr grobes Versehen dadurch beschönen und erleichtern, und die blame von sich abwenden möge, daß sie nicht aus Leichtfertigkeit, sondern bloß wegen Versicherung der Ehe diesen Fehltritt gethan, bevorab da er solches beständig leugnet, die gantze Sache auf ihre alleinige Aussage beruhet, und dabey zu verwundern ist, daß sie nicht einmal diese heimliche Verlobung ihren Eltern oder Geschwistern anvertrauet, die doch wol wegen des sehr genauen und familiairen Umgangs mit denunciaten darnach gefraget haben müssen, wir also dafür gehalten, daß dieses Umstandes wegen kein suppletorium statt finden könne, da kein halber Beweis dieserwegen vorhanden, wol aber sie sich von dem angeführten Verdacht reinigen müsse, daß sie in den Beyschlaf nicht aus Leichtfertigkeit, sondern bloß wegen der ihr mit den theuresten Worten von dem denunciaten zugesagten Ehe consentiret, angesehen, ob gleich 42
dafür gehalten wird, quod virgo non cen-

seatur stupratori concessisse florem virginitatis decerpere, nisi fidem ipsi de matrimonio dedisset, adeoque stuprator spe matrimonii ad hoc facinus committendum ipsam videatur induxisse, maxime si æqualis conditionis sunt,

TRENTACINQ. *L. III. de matr. resol. n. 2.* CARPZ. *pr. crim. qu. 68. n. 98.*

dennoch auch diese generale præsumtion zum suppletorio nicht zureichen will, dahero auch CARPZ. *cit. l.* derselben bloß diesen effectum beyleget, daß der stuprator vermittels Eydes sich von solchem Verdacht reinigen müsse, welches aber vorwaltenden Umständen nach hier nicht geschehen kan, weil der denunciat, wie bald gezeiget werden soll, eines offenbahren periurii reus, auch dabey wol zu ponderiren ist, daß ein anders sey, ob nicht die præsumtion bey dergleichen Frauenzimmer sey, daß sie sub spe matrimonii contrahendi in den Beyschlaf mit demjenigen consentiret, den sie lieb gehabt haben mag; welches man leicht zugeben kan, indem viele dadurch zur Ehe gekommen sind: ein anders aber, ob daraus zu præsumiren sey, daß sie sich vorher mit dem stupratore verlobet, und er ihr die Ehe mit dem theuresten Versprechen, worauf sie sich verlassen können, zugesaget, welches, wie die Erfahrung bezeuget, nicht daraus folget, noch weniger dergestalt præsumiret wird, daß man solches in allen Fällen einem halben Beweis gleich achten möchte, so daß es am sichersten ist, die Eydes-Formel, wie erkant, einzurichten weil dadurch alle obiectiones wegfallen, sie aber, hoc iuramento præstito, ihr Vergehen dadurch sehr vermindert, und die blame von sich ablehnet, daß sie nicht aus bloßer Leichtfertigkeit, und in der Absicht, ihn zu fangen, sondern als eine vermeintliche Verlobte in den Beyschlaf consentiret, und zu ihm heimlich auf seine Stube gegangen; welches bey dergleichen 43
Umständen noch ehender zu excusiren stehet, da hergegen, was das eheliche Versprechen post imprægnationem betrift, solches mit dem suppletorio gar wol bestärcket werden mag, da nunmehr ihr Vater und Bruder es eydlich bestärcket, und was gegen ihre habilität ad testimonium ferendum angeführet ist, nichts mehr würcket, als daß der denunciat dadurch nicht völlig überzeuget und überwiesen werden könne, dieser Umstand auch nicht bloß ad actionem civilem, sondern auch hieher gehöret, weil daraus erhellet, daß ihm nicht zu viel auch an der verminderten Strafe und zuerkanten vielen Unkosten geschehen, vielmehr dadurch die Grösse seines Verbrechens desto schwerer wird, daß er nicht allein sub spe promissi matrimonii die
44 W. ad concubitum induciret, sondern auch solches Versprechen nochmals in Gegenwart Vaters und Sohns wiederholet und bestätiget, gleichwol solches animo decipiendi bloß gethan, und zu gleicher Zeit mit der B. sich eingelassen, und sich, wie er selber gestehet, mit derselben verlobet, dabey aber gegen den W. Bruder nach fol. 486. act. sub D vorgegeben, daß er ein filou seyn müste, wenn er sie heyrathete und den Umgang mit der B. damals beschönet, damit die Sache mit der W. verschwiegen bliebe, woraus sein leichtsinniges Gemüth, ja das delictum binorum sponsalium, welches ebenfalls accedente præsertim concubitu strafbar ist, sich einiger massen eröffnen bahret, und also dieser Umstand in hac causa fiscali nicht gantz beyseite gesetzet werden können, so daß ad 9) die Beendigung des W. und seines Sohns in hac causa sine effectu nicht seyn, auch dadurch ihm künftig, wenn die W. ad interesse priuatum oder auf die Ehe klagen solte, nicht præiudiciret werden wird, weil doch diese sponsalia da- 45
durch nicht sofort für gültig erkant werden, nachdem des denunciaten Mutter laut fol. 489. b. ihren consens in diese mariage zu geben, beständig recusiret, und künftig sich erst ausfündig machen wird, ob nicht dessen Mutter den Umgang mit der W. vorher gewust, und in deren Verehlichung tacite consentiret, oder ihr Hoffnung gemachet, daß sie um desto williger in den Beyschlaf consentiret. Wiederum dabey künftig die Frage noch vorkommen wird, ob eine, die sich heimlich verlobet, post imprægnationem, non obstante matris stupratoris dissensu, und wenn der Thäter sich gleich de facto mit einer andern heimlich trauen lassen, auf die Ehe oder sonsten klagen könne? deren decision noch lange nicht aus dem abzulegenden und bereits abgelegten Eyde folget, sondern erst auf die künftige decision ausgestellet wird, für- itzo aber intuitu pœnæ criminalis nur durch die erkante Beendigung fest gesetzet wird, daß denunciat der W. vorher die Ehe mit dem theuresten Versprechen zugesaget, sie darauf geschwängert, und darauf abermal sie nicht zu verlassen, sondern zu ehligen sancte in Gegenwart ihrer Eltern und Bruders versprochen, da hergegen, wie weit solches quoad interesse ciuile zureichend seyn werde, ausgesetzet bleibet, und dessen decision noch lange nicht daraus folget. Sodann ad 10) das Vorgeben, daß 46
die Strafe ihrentwegen einmal Rechts-kräftig erkant sey, und es wol dabey bleiben würde, sie möge schweren oder nicht, offenbar irrig ist, indem die determinatio pœnæ nur conditionate geschehen, wenn sie den erkanten, und von uns declarirten Eyd abschweren wird, da hergegen woferne sie solchen abzulegen, Anstand nehmen solte, dieses ohne Zweifel eine härtere Strafe nach sich ziehen wird, weil sie alsdann pro confessa zu halten ist, daß sie bloß aus Leichtfertigkeit und Geilheit sich von ihm schwängern lassen, und vielleicht ihn dadurch, sie zu heyrathen, fangen wollen, welches die Strafe bey ihm in etwas mindern, bey ihr aber wegen der ausgeübten listigen Leichtfertigkeit vermehren würde, deswegen ad 11) dem fiscali nicht zu ver- 47
dencken gewesen, daß er diesen Punckt der abzulegenden Eyde mit vrgiret, ob wol solches der W. mit zum Besten gereichet, dadurch er aber ihre Parthey nicht zugleich genommen, zumal wenn er zugleich hiebey auch gegen sie hierin

fechten wollen, er sich selber entgegen seyn und einen Widerspruch begehen würde; dahero was de remotione huius puncti ab actis dabey angeführet worden, um desto weniger zu verstatten gewesen, als solcher Punckt allerdings hieher gehöret, man aber aus diesem Begehren auch wahrnehmen kan, wie sehr dem denunciaten und dessen defensori vor diesen Eyden grauet, weil dadurch die Warheit der Umstände, welche man so sehr zu occultiren, sich alle äusserste Mühe giebet, heraus kommen werde.

48 Und ob zwar denunciat ad 13) darin fundiret ist, daß ratione promissi matrimonii ante concubitum kein zureichender Grund zum suppletorio vorhanden, dennoch der denunciat wenig daraus profitiren wird, wenn sie nach dem von uns declarirten Urthel schweret, daß sie ohne das vorhergegangene theureste Ehe-Versprechen, nicht in den Beyschlaf consentiret, weil doch auf diese Weise veritas facti ebenfals heraus kommen wird. Daß auch ferner

49 ad 14) der Punckt wegen des Ehe-Versprechens nach der erfolgten imprægnation allhier gehöre, bereits vorhin ad n. 8. dargethan ist, und es bloß nur noch darauf ankommet, ob der Amtmann W. und dessen Sohn hiebey als Zeugen zugelassen werden können? da denn zwar der Amtmann W. ob periurium, vor absolute verwerflich gehalten werden wollen, weil er fol. 487. b. geschworen, daß denunciat in Gegenwart seiner Tochter der V. der Geschwängerten die Ehe zugesaget, diese aber solches fol. 515. sub D iurato abgeleugnet; anerwogen zwar nunmehro so viel wol daraus sich befindet, daß dieser Umstand, daß die Frau V. nicht dabey gewesen, wol für wahr zu glauben sey, aber daraus nicht sofort ein wahres periurium von Seiten des Amtmanns W. zu schliessen ist, indem er sich gar leicht *in einen nebem Umstand*, der zu der Sachen wenig oder gar nichts beyträgt, irren und sich einen andern Begrif in dem, was vor zwey Jahren passiret, formiren und unrichtige Vorstellung machen können, welches um desto ehender zu præsumiren, weil doch die veritas facti, ohne diesen Umstand, ob sie dabey gewesen oder nicht, richtig bleibet und nicht zu glauben, daß jemand wissentlich in einem Umstand einen falschen Eyd thun werde, der absque præiudicio veritatis gar weggelassen werden kan, wie denn auch bey solchen Umständen mehr ein error als dolus zu præsumiren ist,

l. 5. C. his qui sibi adscrib. ibi: in quam credo te magis errore quam malitia incidisse.

HARPRECHT. *nou. vol. cons. 24. n. 19.*

CARP. *pr. crim. qu. 93. n. 7.*

wenigstens W. noch nicht darüber gehöret, zur Verantwortung nicht gezogen, noch de periurio conuictus ist, dieserwegen so lange pro homine integræ fidei zu halten, bis der dolus perspicuis et euidentissimis argumentis beygebracht worden,

l. 6. C. de dol. malo.

alioquin, si iustus iurantis error detectus fuit, a periurio absoluendus est.

l. 1. §. 3. D. ad SC. Turpill.

Ferner ihren Bruder und Vater das vinculum 50
sanguinis nicht absolute verwerflich machet, maxime in causa matrimoniali probanda, siue pro siue contra matrimonium agatur

MARTINI *ad proc. saxon. tit. XX. §. 2. n. 142.*

und ob wol die causa matrimonialis noch nicht eigentlich tractiret, vielmehr ad pœnam die Untersuchung angestellet ist, dennoch solches um desto weniger diese Zeugen, quatenus ad defensionem stupratæ faciunt, gantz verwerflich machet, da auch inhabiles pro defensione zugelassen werden, absonderlich dieses eine Sache gewesen, welche intra priuatos parietes, inter cognatos vorzugehen pfleget, und die man noch zur Zeit cachiren und geheim halten wollen, daß deßwegen andere Zeugen nicht dabey seyn können, als vor welchen denunciat sich nicht so offenherzig expectoriren würde.

MEV. *P. IV. decis. 258. n. 6.*

Endlich die ex inimicitia entstehnte inhabilitas 51
nicht absolute die Zeugen verwerflich machet, sondern der gradus dabey zu ponderiren, und wenn nicht capitalis inimicitia vorhanden, so hier nicht anzutreffen, die Zeugen, saluis exceptionibus, zugelassen werden können, welches auch hier geschehen, deßwegen aber auch ihr das suppletorium noch zuerkannt worden ist, welches auch gestalten Sachen Statt findet, ubi tantum ad pœnam pecuniariam actum est, weil dergleichen Untersuchungen mehr ad causas ciuiles incliniren, dahero auch per procuratores tractiret werden mögen. Sonsten ad 15) wenig zur Sache thut, 52
daß er schon damals mit der B. verlobet gewesen seyn will, als welches nicht verhindern mögen, daß er nicht auch der W. die Ehe versprechen können, sondern nur anzeiget, daß er leichtsinnig und perfide gehandelt, daß er mit zween sich zugleich verlobet, davon er die eine bereits geschwängert, und mit der andern auch vermuthlich circa initium Nou. concumbiret, wie die antedatirung des Trauscheins zu erkennen giebet, der übrige error Göttingensium, der leicht aus dem übel geschriebenen protocoll entstehen können, die decision selbsten nicht alteriret, daß der defensor keine Ursache gehabt, sich darüber aufzuhalten. Uebrigens ad 16) die 53
bereits geschehene Abhörung und Beeydigung des Amtmanns W. und dessen Sohns ante publicationem sententiæ zwar, doch nicht anders als auf serenissimi Gutbefinden und approbation geschehen, und eben nicht nöthig gewesen, den denunciaten dazu citiren zu lassen, solche Beeydigung auch wol vor Einholung des Urtheils bey der anhaltenden Untersuchung geschehen mögen, ja in dem Urthel selbst als ein Mangel der Untersuchung angesehen worden, deswegen auf dessen Ergäntzung erkant ist, zumal wie die gantze Untersuchung nur summarisch geschehen

schehen, die confrontation so fort vorgenommen, und sofort die defensiones verstattet sind, also es auf Gutachten der commission und Fürstliche Regierung angekommen, daß sie, saluo iure cuiuscunque, die Zeugen eydlich abhören können, wie denn auch noch itzo die geschehene eydliche Abhörung ihm zum præiudiz nicht geschehen, und er mit seinen exceptionen nach wie vor gehöret, und darüber erst nunmehr Er-
54 käntniß geschehen ist. Und so viel ad 17) das dem denunciaten beygemessene periurium betrift, weßwegen die Göttingenser auch unter andern ihn zum purgatorio zu admittiren bedenklich gehalten, anfänglich gewiß ist, daß allhier ein wahrer Eyd geleistet sey, indem er versichert und angelobet, sich vor ausgemachter Sache nicht ausser denen Landen zu verfügen, und zwar mittels Handschlags an Eydes Statt und so war mir GOtt helfe, weil eines theils diese letzte Formul die eigentliche gewöhnliche formula iuramenti ist: andern theils die erste Formul hier keinen andern Verstand haben kan, als daß der Handschlag an Eydes Statt. und so viel importiren solle, als wenn er erectis digitis et solenni forma geschworen hätte, aus beyden aber animus iurandi, qui ante omnia hic considerandus

BOEHMER *in introd. ad dig. tit. de iurei. §. 5. et 6.*

deutlich und klar anzutreffen, und also alle essentialia iurisiurandi hier befindlich sind, cuius contemta religio ein periurium ausmachet.

l. 2. C. de reb. credit.

55 Darneben aus der registratura f. 23. vol. act. sub z zu ersehen, daß er nicht allein de iudicio sisti oder sich persönlich allemal zu stellen, geschworen, sondern sich noch weiter anheischig gemachet

sich vor ausgemachter Sache ausser denen Landen nicht zu verfügen,

welches nicht allein auf einen perpetuum discessum sondern auch ad temporalem gerichtet gewesen, welches die beygefügte Erklärung darleget:

auch wenn er in hiesigen Landen sich an einen andern Ort begeben solte, es allezeit zu Hause zu verlassen

so bloß eine Reise in dasigem Lande und auf kurze Zeit anzeiget, und dahero Reisen ausser Landes gantz ausschliesset, welches er auch selber nicht anders verstanden, und dahero diese neue declaration hinzu gethan:

wobey er aber hoffete, daß wenn ihm eine nöthige Reise vorfiele, und er sich über die Grentzen begeben müste, ihm alsdann, auf seine davon thuende gehorsamste Anzeige, Erlaubniß dazu werde gegeben werden,

dergleichen Anzeige unnöthig ja nicht einsten ad rhombum gewesen seyn würde, wenn ihm nicht schlechterdings sowol in perpetuum als ad breve tempus ausser Landes zu reisen verboten gewesen, und er also, wie man zu reden pfleget, einen weiten arrest erhalten, welches eydliche Angelöbniß den 24. Decemb. 1743. geschehen, dem obgeachtet er, den Tag nach Weyhnachten, nach der fol. 37. b. sub z befindlichen Aussage, mit der B. nach N. in Francken gereiset, sich daselbsten von M. T. trauen, den Trauschein aber auf zwey Monat antedatiren lassen, ohne Zweifel mit in der Absicht, daß wenn nun die geschehene Trauung ausbrechen solte, er sein periurium beschönen und vorgeben könte, als wenn diese Reise ausser Landes ante præstitum iusiurandum geschehen wäre, dabey er dann zwar zu seiner exculpirung, als er endlich die 56
Reise zu der angegebenen Zeit eingestehen müssen, vorgegeben, daß er vor obgedachtem Feyertage dem Herrn von R. aufgewartet, und angezeiget, daß er nach seiner Mutter reisen würde, auch ferner Erlaubniß gebeten, daß, da seine Mutter ihres kränckl[ichen] Zustandes wegen, ihn sodann wol an einen oder andern auswertigen Medicum schicken würde, ihm solches erlaubet werden möchte, dadurch also zu erkennen gegeben, daß er vinculiret sey, ohne specialen Urlaub nicht ausser Landes zu reisen, gleichwol er dieses nur bloß in fraudem cautionis iuratoriæ vorgegeben, seine wahre Absicht aber darunter versteckt, daß er nemlich unter diesem listigen Vorgeben, ein und andere Medicos wegen seiner Mutter zu consuliren, mit der B. sich ausser Landes trauen zu lassen intendiret, und dabey fol. 39. gantz unverschämt behauptet, daß ihm solche Reise ausser Landes dadurch indefinite erlaubet gewesen, welches doch seinem eigenen Angeben widerspricht, und darthut, daß ihm nur secundum quid und ein und andere Medicos, wegen seiner Mutter, zu consuliren, die Reise ausser Landes, concediret worden, dahero dann auch billig diese chicaneuse Auslegung der schlechterdings erhaltenen permission ihm fol. 39. b. mit allem Ernst und Nachdruck verwiesen, auch als er auf seinem Kopf bestanden, ihm wegen der gebrochenen eydlichen caution und andern Umständen der Arest, wie er es verdienet, angekündiget worden, zumal ieder man leicht daraus erkennen wird, daß er per hanc excogitatam fraudem seine eydliche caution gebrochen, und die gerichtliche Zusage eludiret.

l. 40. D. de iur. fisci.

l. 29. §. f. ad SCt. Maced. ibi: quæ *in fraudem SCti excogitata probari possunt, rata haberi non oportet.*

Hierüber bey solchen chicanen und offenbarem 57
Betrug die Regel: quod causa fraudis etiam excusat a dolo, nicht statt findet, noch zu Beschönung dergleichen listigen demarchen gebrauchet, vielweniger mit Wahrheit, und den Acten gemäß gesaget werden kan, daß er dieses Angelobniß, nicht ausser Landes, auch nur ad tempus zu reisen, iurato nicht gethan haben solte, dessen Gegentheil gantz deutlich vorhin gezeiget worden, ja denunciat es selber nicht an-

ders verständen hat, als daß er auch nicht einsten ad breue tempus die Grentze des Landes zu übertreten befugt gewesen, welches ein weiter Landes-Arrest mit gutem Fug genannt werden
57 kan, und um desto nöthiger gewesen, als die Untersuchung wegen der dem denunciaten begemessenen Schwängerung der W. sub promissione matrimonii angestellet, und also auch ex officio billig zu verhüten gewesen, daß er mit der B., mit der er einen freyen Umgang damals ebenfalls gehabt, ein neues spectaculum anfinge, oder de facto sich trauen liesse, welches er damals wircklich meditiret, da er das eydliche Versprechen gethan; auch nunmehr die wahre Ursache zu finden, warum er solches anfänglich unter allerhand coloribus fol. 22. sub D zu thun sich gewegert, die Fürstliche Regierung aber ex officio allem ferneren Unheil vorzubauen bemühet gewesen, welches sie nach befundenen Umständen wohl thun können, ob sie gleich a parte læsa darum nicht ersuchet worden, cum hoc ad securitatem iudicii præsentis et instantis pertineret, pro qua iudex ex officio solliciti-
58 tus esse debet. Ferner ad 19) was gegen das crimen falsi eingewendet worden, von gleicher calibre ist, angesehen das præiudicium tertii nicht allein eine Privat-Person concerniret, wie der defensor aus dem *art. 110. car. const. crim.* schliessen wollen, vielmehr das præiudicium publicum weit mehr dabey zu considériren ist, als welches weit wichtiger als das privatum, ja offenbar ist, daß er den falschen Trauschein, pro eludendo magistratus loci officio, gemachet, welches ihm auch gelungen, daß des Orts, wo sie niedergekommen, man dem falschen Trauschein schlechterdings Glauben beygemessen, und dadurch die sonsten ge-
59 wöhnliche Untersuchung in veritatem rei, quæ magistratui in eiusmodi casibus ex officio incumbit, unterlassen, und ob wol niemand schuldig ist, sich selbsten anzuklagen, sondern die erfolgte Schande abzuwenden befugt ist, iedoch solches durch erlaubte Wege und nicht durch Begehung neuer criminum thun muß, wie schon die Gœttingenses dieses ausgeführet, und was dabey dem W. und seiner Tochter zur Last gereichet, bereits in der dictirten Strafe attendiret ist, bey ihm aber das crimen um destomehr zu Schulden kommt, weil er den Trauschein, seiner eigenen Bekäntniß nach, gemachet, aus einem alten Buche ausgeschrieben, ja er die Haupt-Person in dem gantzen Spiel gewesen, dieserwegen daraus mit Recht zu inferiren, daß er hauptsächlich dabey interessiret gewesen sey, daß er sich nicht gescheuet, um seinen Zweck zu erhalten, ein crimen falsi zu begehen. Dieses auch aber-
60 mal ad 20) bey der procuriten Antedatirung des von M. T. in N. ausgestelleten Trauscheins sich ereuget, daran denunciat auch einzig und allein schuld gewesen, indem dieses falsum ihm zum besten von M. T. wie er bekennet, ausgeübet worden, und von solchem crimine um destoweniger entfernet ist,

l. 28. ad L. Cornel. de falf.

als dessen Absichten, wie die Umstände darthun, 61
vornemlich dahin gegangen, theils dadurch die Regierung zu hintergehen, und, wenn seine Trauung in N. auskommen solte, alsdann zu behaupten, daß er schon damals, als er das eydliche Angelöbniß gethan, längst getrauet gewesen, wie er denn solches præfracte anfänglich soutiniret: theils auch damit der ohne Zweifel geschehene præmaturus concubitus mit der B. cachiret werden möge, da sie circa initium aug. laut fol. 124. act. sub Y niedergekommen, der Trauschein also auf den 1. Nov. anni 1743 gestellet ist, damit die neun Monathe richtig eintreffen möchten, die zur vollkommenen Geburt eines Kindes gehören, welches um desto wahrscheinlicher ist, weil er doch gewisse Absichten bey der procurirten Antedatirung gehabt haben müssen. Und weil ad 21) die angerathene Expo- 62
nirung des Kindes in einem blossen consilio bestanden haben soll, darauf der effectus nicht erfolget, auch nur durch einen Zeugen, non omni exceptione maiorem, eingezeuget, von denunciaten aber abgeleugnet worden, man bey der dictirten Strafe darauf mit zu reflectiren nicht nöthig gehabt. Endlich ad 22) so 63
viel die zu N. geschehene heimliche Trauung mit der B. betrift, wir zuförderst von denen rationibus der Gœttingensium, welche auf das præiudicium der W. gehen und dahin schliessen wollen, daß priora sponsalia concubitu confirmata, per subsequens matrimonium cum alia contractum nicht invalidiret werden können, abstrahiren, als welche zur künftigen Ehe-Klage, wenn sie solche anstellen solte, eigentlich gehören, sondern nur bloß an und vor sich selbst, diese so genannte aber recht blamable copulation considériren, welche gegen alle Gesetze auf eine so strafbare Weise vorgenommen ist, daß man billig solche für keine copulation erkennen mag, zumal der M. T. selbsten f. 189. act. sub D gestehet, daß er cassiret und abgesetzet sey, und dahero er einige actus parochiales so wenig mehr verrichten mögen, als bey denen Protestanten ein abgesetzter Prediger alle Macht seines vorigen officii verlohren, wir darneben auch von keinem charactere indelebili perpetuo animæ ordinati inhærente etwas mehr wissen, und so wenig die von einem studioso Theologiæ geschehene Trauung einige Wirckung hat, eben so wenig auch eines abgesetzten Predigers de facto unternommene Trauung einen effectum matrimonii legitime contracti nach sich ziehen kan. Welchen noch hinzukommt, daß laut fol. 182. b. er für wahnwitzig gehalten ist, und der Freyherr von R. daher die Ursache herleitet, woher die discrepans des damals geführten protocolli von dem vorigen rühre, weil der M. T. in allen Puncten sich mit seinem Wahnwitz exculiret, so daß der Freyherr von K. selbsten dabey diese empfindliche remarque machet:

Ob aber dergleichen von einem ab officio removirten Geistlichen vor-

vorgenommener actus parochialis bey denen Augspurgs-Confessions-Verwandten für gültig erkläret werde, ist Ew. Hochwolgeb. besser als hiesiger Seits bekant.

welches zu statuiren und zu affirmiren, höchst scandalös, der Würde und Eigenschaft des Evangelischen ministerii zuwider, und gegen alle Gesetze, ja als ein ewiger wolgegründeter Vorwurf der Römisch-Catholischen Kirche gegen unsere Kirche, und dessen gute Ordnung seyn würde, daß die Protestanten mit denen Ehen so liederlich umgiengen, daß sie auch die geschehene copulationes von einem wahnwitzigen und abgesetzten Geistlichen für gültig hielten, welcher in Verrichtung eines solchen actus parochialis mehr pro fallario als einen Geistlichen zu achten, da hergegen die Catholischen keine Ehe für gültig halten, welche nicht nach dreymahligem Aufgebot a proprio parocho eingesegnet ist,

concil. Trident. sess. 24. de reform. c. 1.

zumal er auch darin ein neues specimen doli et pessimæ fidei abgeleget, daß er den Trauschein laut fol. 185. b. auf ein paar Monat antedatiret, so daß es mit dieser Trauung so liederlich und illegal zugegangen, daß wir in unser Kirchen uns schämen müsten, wenn wir diese copulation für gültig, und die darauf erfolgte fernere Beywohnung für eine Ehe erkennen wolten, von welcher man besser sagen kan, quod Deus hos non coniunxerit sed diabolus, da so viele illegalitäten dabey vorgegangen, welche den actum pro infecto billig constituiren,

l. 5. C. de II.

64 mithin das præsidium der Thomasianischen disputation dem denunciaten nicht zu statten kommen mag, als darin weder der Evangelischen Kirchen allgemeine Meynung enthalten, noch solche den principiis iuris ecclesiastici gemäß ist, am allerwenigsten aber mit denen Rechten der alten Kirchen überein kommt, nach welchen die öffentliche Anzeige bey der Gemeinde, oder die Aufbietung für das allernöthigste gehalten ist, wie TERTYLLIANVS

de pudicit. c. 4. p. 557. edit. Paris.

bezeuget: *et ideo penes nos occultæ quoque conuictiones i. e. non prius apud ecclesiam professæ iuxta mœchiam et fornicationem iudicari periclitantur,*

welches von dieser vermeintlichen Ehe mit Recht auch gesaget werden kan, dabey keine gewöhnliche proclamation vorgegangen: heimlich auf des abgesetzten M. T. Stube, und also im Winckel die nichtige copulation erfolget: durch einen nichtigen und liederlichen Trauschein hat bekräftiget werden wollen, darin fälschlich angegeben, daß die Trauung in der Kirche den 1. Nov. geschehen, so beydes falsch gewesen: in fraudem legum und gegen das eydliche Versprechen, ohne specialen erhaltenen Urlaub nicht ausser Landes zu reisen, eben zu der Zeit von denunciaten unternommen, da er kaum das eydliche Versprechen gethan, und also bey dieser Handelung illegalitäten und illegalitäten überhäuffet sind, so daß billig auf die separation 65 dieser beyden Personen erkant werden müssen, und sie nicht ehender als Eheleute rechtmäßig bey einander leben können, als wenn sie auf rechtmäßige Art nach unsern Kirchen-Rechten finita causa tam criminali quam ciuili von ihrem ordentlichen Pfarrer sich trauen lassen, und also ordinato more ihren künftigen Ehestand christlich anfangen können, dabey auch weder fauor partus, noch die prostitution der B. anzusehen, nachdem jenes wegen keine actus nulliter et scandalose in dedecus ecclesiæ protestantium gesti pro validis declariret werden können; diese aber sich selbsten beyzumessen hat, daß sie sich auf eine so liederliche Art von einem abgesetzten Geistlichen oder, Pfarrer trauen lassen, der doch keinen actum parochialem, so lang er abgesetzet ist, mehr zu verrichten befugt ist, dabey auch der Unterscheid inter re- 66 motionem simplicem et degradationem zwar denen Päbstlichen Rechten gantz gemäß ist, weil der character indellebilis, vnde omnis potestas sacrorum dependet, nur durch die degradation secundum quid, nicht aber durch die deposition aufgehoben wird, aber solcher Unterschied in den Protestantischen Kirchen und Gerichten nicht geduldet werden kan, wie unser Herr Collega

BOEHMER *tom. I. iur. eccles. lib. I. tit. 16. §. 11.*

gar wol gelehret, und gegen CARPZOVIVM und REINKINGIVM, die noch mit dem Päbstlichen Sauerteige ihre Schriften sine iudicio angefüllet haben, behauptet, ja noch weiter

tom. V. lib. V. tit. 37. §. 128.

angezeiget hat, depositum qualecunque vitæ genus eligere posse, æque ac resignantem, ceterum si rursus ad nouum officium ecclesiasticum adspirare intendit, ad instar candidatorum Theologiæ agere, viuere et habitu clericali vti debet, quia hoc modo inter candidatos Theologiæ numerandus est. Gleichwie es aber schändlich seyn würde, sich von einem candidato Theologiæ trauen zu lassen, also es eben so schändlich zu achten, sich der copulation eines abgesetzten Predigers zu bedienen, beyorab da keine solida ratio anzutreffen, warum man einen abgesetzten Prediger, wenn er anders wo wieder zum Kirchen-Amt 67 aufgenommen wird, nicht wieder ordiniren solte; welches nach unsern Kirchen-principiis billig geschehen müste und könte, weil wir von dem Abscheu der Römisch-Catholischen Kirchen gegen die reordination weit entfernet sind, auch in der ersten Kirchen die manuum impositio bey dergleichen Veränderung reiteriret ist, wie das exemplum PAVLI weiset,

act. IX. 17. et XIII. 3.

IDEM *tom. I. lib. I. tit. XVI. §. 7.*

sodann

68 sodann ein elender Behelf dabey ist, daß wir, principiis Romanæ ecclesiæ reiectis, doch die conclusiones vielfältig beybehalten, als welches freylich in denen alten Zeiten, absonderlich aber tempore CARPZOVII geschehen, da alles noch mit dem päbstlichen Sauerteige angefüllet war, wovon aber GOtt lob in denen heutigen Tagen die Kirchen-iurisprudenz sehr gesäubert ist, und man sich nicht mehr an die al-
69 ten præiudicia, tantopere a CARPZOVIO defensa, binden lässet. Letzlich auch der Vorwand, daß er noch in dem Pfarrhause gewohnet, und bißweilen actus parochiales verrichtet, eben so strafbar, als die geschehene copulation zu achten, als welches er wider das Verbot gethan, und dahero ihm von neuen diese actus parochiales verboten sind, zumal noch f. 784. act. sub D) ohnedem es nur eine Schloß-Capelle ist, bey welcher er vormals gestanden, aber damals cassiret gewesen, und dahero erfolget seyn mag, daß man ihn noch in seiner Wohnung geduldet, weil die Schloß-Capelle, die keine ordentliche Pfarr-Kirche ist, noch nicht wieder besetzet gewesen, deren Besetzung auch auf das arbitrium der Herrschaft ohnedem ankommt, wenn nicht per statum anni decretorii ein anders Statt finden möchte, wodurch denn die ratio dubit. 23. gehoben, und zugleich zu ersehen ist, daß die coniunction dieser Personen nicht für eine rechtmäßige Ehe sondern pro mero concubinatu zu halten. Uebrigens daß wir bey solchen enormen excessen ad 24) 70 dennoch die erkannte Strafe von 200. Thlr. mitigiret haben, wir dazu bewogen worden sind, weil er noch die commissions-Gebühren, davon das meiste auf ihn fallen wird, und noch ausserdem die deservita des fiscals, als welche er ohnstreitig, so weit solche ihn angehen, bezahlen muß, nebst des defensoris Gebühren tragen muß, die ein gar grosses austragen, ja die Strafe selbsten ohne Zweifel übersteigen werden, die respectu seiner pro parte pœnæ mit zu halten, ob sie wol ratione iudicis inquirentis zur Strafe nicht angerechnet werden, wir auch dabey erwogen haben, daß dem W. und seiner Tochter, dieweil sie von dem falso mit participiret, nur 50. Thlr. zuerkant sind, und die proportion gegen die dem O. dictirten Strafe nicht wol observiret ist, da er viersach so hoch gestrafet ist, als sie beyde, Vater und Tochter, coerciret worden.

So sind Wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ
MENSE FEBR. MDCCXLVI.

RESPONSVM LXXXIX.

THEMA.

Num copula sacerdotalis essentiale matrimonii requisitum sit?

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1.

Ritus benedictionis in matrimoniis est antiquissimus. n. 2.

Christiani primæui non aliter coniugium legitimum esse censuerunt, nisi sacerdotaliter cum precibus et oblationibus a sacerdote benedicatur. n. 3.

Matrimonium regulariter in domicilio sponsæ est consummandum. n. 4. 13.

Benedictio sacerdotalis non est iuris diuini, sed ritus ecclesiasticus. n. 5. 11.

Actus quicunque expediendus est secundum solennia loci, vbi geritur. n. 6.

Quod etiam in solennibus circa matrimonium consummandum obseruandis attenditur. n. 7.

Vbi benedictio sacerdotalis non est in vsu, ibi licite omittitur. ibid. et n. 12.

Explicatur c. 1. C. 30. qu. 5. n. 8.

Benedictio primorum christianorum admodum differt ab hodierna benedictione sacerdotali. n. 9.

Benedictio sacerdotalis per modum legis a Leone Philosopho introducta est. n. 10.

Decisio quæstionis. n. 14.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst einer Frage zugeschicket ꝛc. demnach ꝛc.

Hat Caia sich vor ohngefehr 3. Jahren in L. mit Titio einem Kaufmann in Holland ehelich und Rechts beständiger Weise verlobet, und nachdem nunmehro die Zeit, die Ehe zu vollziehen, herannahet, iztgedachter Titius Bedencken getragen, sich mit der Caia hiesiger Landes-Gewohnheit nach copuliren zu lassen, unter dem Vorwand, daß die priesterliche copulation überflüssig und dagegen in Holland eingeführet sey, daß die Verlobte bloß in Gegenwart der Raths-Personen ihre Namen in das Ehe-Buch einschreiben müssen, und wird dahero gefraget:

Ob

Ob die priesterliche copulation ein nothwendiges Stück der Ehe sey, und ob ohne dieselbe an Oertern, wo das Ehe-Buch eingeführet, Braut und Bräutigam die Ehe zu vollenziehen und ehelich beysammen zu wohnen, ohne Sünde zu begehen, befugt seyn können?

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wohl die Einsegnung ein sehr alter löblicher Gebrauch ist, die bey der Einsetzung der Ehe selbst von GOtt gebrauchet worden, daß dahero es das Ansehen gewinnet, als wenn GOtt selbsten durch sein Exempel zur priesterlichen copulation und Einsegnung den Weg gebahnet,

HILDEBRAND *de nupt. ver. Christ.*

wie denn auch bey den Juden im alten Testament die Ehe mit öffentlicher Einsegnung vollenzogen worden,

GERHARD *de coniug. §. 459.*

3 und noch heute zu Tage also vollenzogen wird, welchem alten löblichen Exempel die ersten Christen gefolget zu seyn scheinen, als welche dafür gehalten, aliter legitimum non esse coniugium, nisi sacerdotaliter, vt mos est, cum precibus et oblationibus a sacerdote benedicatur,

c. 1. C. 30. q. 5.

4 folglich es als ein allgemeiner Kirchen-Gebrauch anzusehen, welcher, um gute Zucht und Ordnung beyzubehalten, nicht woll unterlassen, noch ohne Sünde hindan gesetzet werden kan, welches in gegenwärtigem Fall um destomehr zu statuiren, da die sponsalia in L. geschlossen, und die Ehe ordentlicher Weise daselbst vollenzogen werden muß, wo die Braut ihr domicilium hat.

SCHILTER *institt. iur. can. lib. 2. tit. 11. §. 9. in f.*

Rationes decidendi.

5 Weil aber dennoch aus denen angeführten rationibus von selbsten erhellet, daß die priesterliche copulation ein blosser Kirchen-Gebrauch und nicht iuris diuini sey,

HILDEBRAND. *cit. tr. circa fin.*

6 also wo die Ehe an solchen Orten vollenzogen wird, alwo dieser ritus eingeführet, es allerdings nöthig und billig ist, daß die priesterliche Trauung adhibiret werde, cum iuris sit, actum quemcunque expediendum esse secundum solennia loci, vbi geritur,

arg. l. 6. de evict.

HERT. *de collis. leg. sect. 4. §. 10.*

7 auch solchergestalt ohne Sünde nicht unterlassen werden kan; im Gegentheil wo solcher nicht eingeführet ist, sondern die Ehe für bündig gehalten wird, wenn die Verlobten in das Ehe-Buch ihre Namen eingeschrieben, und auch daselbst die Ehe vollenzogen wird, sowol denen Rechten als dem Gewissen nach, die Verlobten an die priesterliche Trauung nicht verbunden sind, wie denn auch selbsten die pontificii, die sonsten sehr stricte auf die priesterliche copulation sehen, darin eins sind, quod in solennibus, circa matrimonium consummandum obseruandis, respiciendum sit ad solennia loci, vbi matrimonium contrahitur.

c. 1. X. de sponsal. ibique GONZALEZ *n. 21.*

Hiernechst nicht mag gesaget werden, daß die priesterliche Trauung durchgängig bey denen ersten Christen als ein nothwendig Stück zum Ehestand sey erfordert worden, auch der angeführte Ort aus dem iure canonico keinesweges dem EVARISTO zu zuschreiben, sondern von dem GRATIANO aus des Isidori unrichtigen und falschen epistolis decretalibus pontificum hergenommen ist, 8

BLONDELL. *in Pseudo-Isid. p. 147. sq.*

im Gegentheil man nur so viel aus denen Kirchen-Historien findet, daß die Verlobte ihre Ehe öffentlich der Gemeinde kund gemachet, und darauf die Einsegnung zwar erfolget, solche aber nicht sofort für eine priesterliche copulation zu halten ist. 9

TERTVLL. *lib. II. ad vxor. c. 8.*

Dahero denn auch die Nothwendigkeit derselben zu des IVSTINIANI Zeiten noch unbekant gewesen, als welcher in seinen Gesetzen dieselbe nirgends erfordert, sondern erst per modum legis von dem Leone Philosopho eingeführet worden, 10

Nov. Leon. 89.

also daraus erhellet, daß dis ein solcher ritus sey, der per leges ciuiles et ecclesiasticas gehoben werden könne, woraus denn sowol die Theologi als ICti schliessen, daß die priesterliche Trauung kein nothwendig Stück des Ehestandes sey, 11

HILDEBRANDVS *cit. l.*
DEDEKEN. *P. 3. consil. theol. lib. 2. de sponsal. sect. 1. n. 41.*
STRVV. *ex. 10. th. 26.*
CARPZ. *lib. 2. iurispr. eccles. def. 144. n. 4.*
MVLLER *ad* STRVV. *cit. l. lit. z.*
STRYK *ad ius eccles.* BRVNNEM. *lib. 2. c. 16. §. 6.*

sondern die Ehen, welche in Holland nach dasigem Gebrauch geschlossen und vollenzogen sind, auch von unseren Theologis selbsten für bündig gehalten werden. 12

GERHARD *de coniug. th. 468.*

Und ob wohl regulariter die Ehe an dem Ort, wo die Braut wohnet, vollenzogen wird, dieses dennoch keine absolute Nothwendigkeit ist, sondern mit der Braut Bewilligung auch in foro domicilii sponsi consummiret werden mag: 13

14 So halten Wir dafür, daß die priesterliche Trauung kein wesentlich Stück des Ehestandes sey, mithin, wenn die Ehe an dem Ort vollenzogen wird, wo das Ehe-Buch eingeführet, solche mit Recht und gutem Gewissen unterlassen werden könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ MENSE IVNIO MDCCXIII.

RESPONSVM XC.

THEMA.

De matrimonio ob vitium corporis intolerabile dissimulatum annullando.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio decidenda. n. 1. 2.
Nullum aliud impedimentum, quam immedicabile et perpetuum, quod vsum coniugii tollit, ad rescindendum matrimonium sufficit. n. 3.
Ob mores intolerabiles, perpetuas rixas et quotidianas furias vxoris separatio quoad thorum et mensam ex protestantium principiis admittitur. n. 4.
Diuortium locum non habet, nisi ex causis in iure diuino probatis. n. 5.
Num alienatio animorum inter coniuges iusta diuortii causa sit? n. 6.
Matrimonium ob deceptionem inexcusabilem vitio nullitatis laborat. n. 7.
Ob fœtorem ex vitio corporis molestum, et intolerabilem, vt omnem conuersationem excludat, et sine summa nausea alter alteri iungi nequeat, sponsalia dissoluuntur, n. 8.
Immo et matrimonium, si vitium corporis dolose dissimulatum fuerit. n. 9. 11. 12.
Nullibi exuberantior bona fides requiritur, quam in matrimonio contrahendo. n. 10.
Si matrimonium est nullum, priuatio dotis locum non habet. n. 13.
Decisio. n. 14.

Als derselbe uns eine weitläuftige facti speciem nebst einer Frage zugeschicket, und ꝛc.

1 Hat derselbe in anno 1730. sich mit seiner itzigen Frauen verheyrathet, aber bald an ihr wahrgenommen, daß sie zum Haußgeschäfte untüchtig, dabey aber bey nächtlicher Zeit wegen des fluxus vrinæ das Bette nicht trocken gehalten, welches denselben genöthiget, weil er den Geruch und die Nässe vom vrin nicht ausstehen können, sich von ihr zu betten, iedoch ihr noch zuweilen ehelich beygewohnet, und mit ihr einen Sohn gezeuget; dabey sich aber bald andere Unarten hervorgethan, daß sie um das häußliche Geschäfte sich nicht bekümmert, sondern mit täglichem Schelten und Fluchen gegen denselben sowol als ihre Mutter und Schwiegermutter verfahren, alle Ehrbarkeit und Schaam bey Seite gesetzet, gegen ihr eigen Kind sich gottlos aufgeführet, und dasselbe umzubringen gedrohet, so daß derselbe solches bey seiner Mutter von ihr bringen müssen: Ferner alle Vermahnungen, Drohungen und Zureden ihrer Mutter, anderer Freunde, ja ihres Beichtvaters nichts geachtet, sondern in beständigem Wüten und Toben continuiret, allerhand Unfläterey und Sauerey in und ausser dem Bette begangen, und öfters, wenn sie das Bette mit Unfläterey angefüllet, darinnen liegen geblieben, und sich in ihrem eigenen Koth herum geweltzet, so daß derselbe sich ihrer, so viel als geschehen können, äussern müssen, ja sie endlich in anno 1734. sich von ihm gewandt, und in ihrer Mutter Hauß sich begeben, und ob wol nach einiger Zeit, da sie Besserung zugesaget, er sie wieder zu sich genommen, dennoch solches nicht lange gedauret, sondern sie ihre vorige Unarten continuiret, alle Vermahnungen und Zureden verachtet, und gantz intolerabel geworden, so daß ihre Mutter im Anfange dieses Jahrs sie zu sich zu nehmen resolviret, um zu versuchen, ob sie ihre unleidliche conduite ändern, und sie zu gesundern Gedancken bringen könne, wiewol solches auch noch zur Zeit nichts geholfen, sondern sie vielmehr an ihrer Mutter sich thätlich vergriffen, und sie beständig gescholten, alles nach mehrerm Inhalt der uns zugeschickten facti speciei und dabey gefügten vieler Zeugen Aussage, dahero derselbe bey solchen vielen Drangsahlen nunmehr entschlossen ist, seine Frau nicht wieder zu sich zu nehmen, vielmehr die Sache dem consistorio zu übergeben, dabey aber zuvor belehret seyn will,

Quæstio.

2 **Ob nicht diese Ehe vorkommenden Umständen nach gäntzlich zu dirimiren, mithin dessen Frau ihres dotis und Eingebrachten zu**

zu priviren, und dieselbe in ein Zuchthauß auf ihrer Mutter Unkosten zu setzen, demselben aber sich anderwerts zu verheyrathen nachzulassen sey?

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol alles, was in der umständlichen facti specie angeführet ist, auf zwey Hauptpuncta hinauslaufft, als 1) daß dessen Ehe-Frau an dem fluxu vrinæ laboriret, so daß sie des Nachts nicht trocken liegen können: 2) daß ihre conduite gantz irregulair und intolerabel sey, so daß keine Besserung zu hoffen: dennoch beydes zu einer Ehescheidung nicht hinlangen möchte, angesehen das erste vitium naturale nicht dergestalt beschaffen, daß solches die cohabitation verhindern solte, vielmehr derselbe gestehet, daß ohngeachter er sich von ihr betten müssen, er ihr dennoch ehelich beygewohnet, ja einen Sohn mit ihr gezeuget, also dieser defectus naturalis den finem matrimonii nicht verhindert, da doch kein anders impedimentum, als immedicabile et perpetuum, quod vsum coniugii prorsus tollit, die Ehe aufhebet.

c. 3. et 6. X. de frigid. et malef.

4 Hiernechst aber, was die mores intolerabiles, perpetuas rixas et quotidianas furias vxoris betrift, dieserwegen keine völlige Ehescheidung Statt finden kan, sondern allein die separatio quoad thorum et mensam ex protestantium principiis zugelassen,

CARPZ. *lib. 2. iurisp. consist. def. 217.*
BROVWER *de iur. connub. lib. 2. c. 29.*

also nicht zu hoffen stehet, daß derselbe ex hac causa seine intention erreichen werde, zumahl
5 die Ehe einmahl getroffen, welche ein solches vinculum indissolubile wircket, so nicht anders als ex causis in iure diuino probatis getrennet werden kan, wohin aber keinesweges dergleichen alienatio animorum inter coniuges gehöret, weil sonsten gar leicht unzehliche Ehen dissolviret werden würden, vielmehr einem Eheman in solchem Fall gebühret, sein Creutz geduldig zu tragen.
6

Rationes decidendi.

7 Weil aber dennoch sich bey diesem casu hervorthut, daß dessen Ehefrau schon in ihrer zarten Kindheit mit dem fluxu vrinæ, und dem Schlage oder vermuthlich der epilepsie behaftet gewesen, so daß man schon im achten Jahre ihres Alters ihr die Ader lassen, auch damit von Jahren zu Jahren continuiren müssen, und dahero bey diesen Umständen ihr seliger Vater sie zum Closter-Leben gewidmet, und sie nicht verheyrathen wollen, welches alles aber nach dessen Frauen Vaters Tode ihre Mutter verschwiegen, und sie dieses vitii ohnerachtet an denselben verheyrathet, ja sorgfältig post nuptias contractas zu vertuschen bemühet gewesen, indem sie ihr einige Lacken gegeben, welche sie beym Schlafengehen unvermerckt unter sich legen, und wenn solche vom vrin benetzet, heimlich unters Bette werfen müssen, damit derselbe diesen Fehler nicht mercken möchte, dabey auch dessen Schwiegermutter so sorgfältig sich bezeiget, daß sie die ersten sechs Wochen fast alle Morgen und Abend fleißig zu ihnen gekommen, sich nach denen Lacken umgesehen, solche zu Abend-Zeit selber heimlich untergeleget, oder auch Früh selber heimlich bey Seite geschaffet, aus Furcht, daß dessen Ehefrau die benöthigte Vorsicht nicht gebrauchen möchte, ihren Fehler vor demselben zu cachiren, welches aber von Seiten seiner Schwiegermutter auf einen offenbahren dolum hinausgelaufen, und da sie solches verschwiegen, ihn in diese unglückliche Ehe gebracht, welche aber ob deceptionem inexcusabilem vitio nullitatis laboriret, indem dieses vitium so beschaffen, daß es, unserm 8
Vermuthen nach, weil es ihr von Jugend auf angehangen, arte medica nicht curiret werden mögen, vielmehr einen solchen fœtorem ex vitio corporis erwecket, qui molestus et intolerabilis, vt omnem conuersationem excludat, et sine summa nausea alter alteri iungi nequeat, quo vitio indubie sponsalia dissoluuntur,

BROVWER *de iur. connub. lib. 1. c. 25. n. 35.*
MEV. *P. 4. decis. 45. n. 9.*
NICOL. *de repud. et diu. P. 1. c. 12. n. 117.*

und zwar aus dieser raison, weil dieses vitium 9
corporis dissimuliret, und also der ander betrogen worden, mithin aus eben diesem principio, ob dissimulationem eiusmodi vitii corporis, quod summam nauseam operatur, vt alter alteri nequeat iungi, auch die Ehe, als welche vornemlich bonam fidem et sinceritatem mentis erfordert, mit dem vitio nullitatis behaftet seyn muß, da wol einem Ehemann kein grösserer Abscheu und Eckel erwecket werden kan, als wenn er bey seiner Frau in unleidlichem Stanck und Nässe liegen, und beständig gewärtig sein muß, daß er von seiner Frauen vrin und Unflath beflecket werde, welches denselben auch genöthiget, im ersten halben Jahr sich von ihr zu betten, zumahl es ihm unleidlich gefallen, den Geruch und die Nässe von ihrem vrin länger auszustehen, worin derselbe auch bishero continuiret, gleichwol daraus offenbar 10
ist, daß man denselben improbato more hintergangen, nullibi autem exuberantior bona fides exigitur, quam in matrimonio contrahendo, cessante itaque consensu matrimoniali nullum adest matrimonium.

c. 26. X. de sponsal.
STRYK *de sponsal. consens. sect. 5. §. 48.*

Quid ergo est, improbare ex capite doli sponsalia et admittere matrimonium, ac non potius irritare?

IDEM *cit. l. §. 49.*

11 mithin daraus folget, daß nicht sowol ex causa diuortii als ex capite nullitatis die Ehe wieder zu zertrennen, und dahero denselben nicht hindern kan, daß ob intolerabiles mores vxoris kein diuortium Statt finden möge, als welches nach der protestantischen Consistoriorum principiis zwar richtig ist, gleichwol dabey eine richtige und ohne alle Hinterlist vollenzogene Ehe præsupponiret, dergleichen allhier
12 fehlet, dieserwegen auch nicht zu attendiren, daß derselbe seiner Ehefrau bishero ehelich beygewohnet, und mit ihr einen Sohn gezeuget, als welches nur anzeiget, daß die Ehe nicht ex causa, quæ cohabitationem impedit, dissolviret werden könne, so auch derselbe nicht intendiret, gleichwol nicht zu leugnen, daß dabey ein solcher defectus immedicabilis sich befinde, der sie zum Ehestand und vernünftigen ehelichen Beywohnung incapabel machet, so ihr seliger Vater wol gesehen, und deßwegen niemand mit seiner Tochter betriegen wollen, sondern sie vielmehr zum Closter destiniret, so auch billig ihre Mutter observiren, und dergleichen natürlichen Mangel nicht verschweigen sollen, wie doch demselben zum grossen Tort geschehen.
13 Endlich demselben nicht præiudiciren mag, daß er nunmehr fast neun Jahr die Ehe geführet, als wodurch keine approbatio et ratihabitio matrimonii initi zu schliessen, indem er beständig doliret, daß man ihm diesen Mangel verschwiegen, vielmehr solche mora ohne Zweiffel dahero gefolget, weil derselbe verhoffet, daß dieser eckelhafte Mangel mit der Zeit sich ändern und bessern werde, dazu aber nunmehro alle Hoffnung benommen ist, bey solchen Umständen aber, und da die Ehe null ist, keine priuatio dotis Statt findet, auch ihrer Mutter anheim zu stellen, was sie wegen der Unart der Tochter für media correctionis gebrauchen wolle.

So erhellet hieraus so viel, daß die Ehe 14
wegen dieses ihm verschiegenen Mangels wieder zu trennen, im Gegentheil keine divortien-Klage cum privatione dotis Statt finde, auch seiner Frauen Mutter, bey der sie anitzo ist, anheim zu stellen, auf was Art sie die unartigen mores ihrer Tochter corrigiren wolle. V. R. W.

NOMINE EACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE APRIL MDCCXXXIX.

RESPONSVM XCI.

THEMA.

De matrimonio compriuignorum.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio decidenda de matrimonio compriuignorum. n. 2.

Num matrimonium compriuignorum Leuitic. XVIII, 11. prohibitum sit? n. 3.

Quod nonnulli pure asserunt, ibid.

Alii vero eo demum casu, si habeant fratrem sororemue ex matrimonio postea contracto natum. n. 4. 5. 30.

Tautologiæ in scriptura sacra non præsumuntur. n. 6.

Num inter compriuignos sit genus quoddam cognationis? n. 7.

Exitus matrimoniorum inter compriuignos aliquando fuerunt tristes. n. 8.

Permissio iuris Iustinianei circa hoc matrimonium næuis non annumerandum est. n. 9. 27.

In re dubia satius est abstinere a coniugio, quod dubium est, an legi diuinæ vniuersali repugnet? n. 10. 11. 28.

Explicatur textus Leuiticor. XIIX. v. 11. n. 12. seqq. 23. sqq.

Iure diuino tantum prohibitum est matrimonium cum sorore consanguinea. n. 13.

Matrimonium cum sorore consanguinea apud populos orientales immo et patriarchas licitum fuit. n. 15.

Non vero matrimonium cum sorore vterina. n. 16.

Quod variis testimoniis illustratur. n. 17.

Inter compriuignos non est consanguinitas. n. 18. 19.

Compriuigni iure Romano recte matrimonium contrahunt, licet habeant fratrem sororemve communem, n. 20.

Immo et iure canonico. n. 21.

Validitas matrimonii inter compriuignos præiudiciis stabilitur. n. 22.

Conscientia erronea cuiusdam non est indicium probibiti matrimonii. n. 23.

Qui secundum conscientiam agit, iuste agit. n. 30.

Decisio quæstionis n. 31.

Als uns derselbe eine Frage nebst beygefügtem statu causæ zugesendet ꝛc.

1 Hat Titius, ein Witwer, welcher aus seiner ersten Ehe eine Tochter Sophiam erzeuget, sich vor zwey Jahren zum andernmahl mit einer Witwe Caia verehliget, welche ihm den aus ihrer ersten Ehe erzeugten Sohn Constantin zugebracht. Es haben auch Titius und Caia, welche bereits 47. Jahr alt ist, aus dieser neuen Ehe keine Kinder erzeuget; es sind aber deren zwey zusammen gebrachte Kinder Sophia und Constantin Willens, sich beyde einander zu heyrathen, bey welcher vorhabenden Ehe ihnen Schwürigkeiten gemacht werden, und darüber also diese Frage entstehet:

2 **Ob die solchergestalt zusammen gebrachte Kinder einander ohne Verletzung des Gewissens ehelichen können, und ob dieser Heyrath einiges Gesetze in göttlichen und weltlichen Rechten entgegen stehe?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wohl 1) einige die Verehligung zusammengebrachter Kinder in göttlichen Gesetzen schlechterdings für verbotten ansehen, und solches aus

Leuiticor. XVIII. v. 11.

erweislich machen wollen, da es heißt: **Du solt der Tochter deines Vaters Weibes, die deinem Vater gebohren ist, und deine Schwester ist, Scham nicht blössen:** Welche Worte man auf die Tochter der Stiefmutter, so diese in ihrer ersten Ehe erzeuget und ihrem andern Mann zugebracht, folglich dadurch solche Tochter ihm verwandt worden, ziehen will, so LVTHERVS in den Worten ausdrücken wollen; **welche deinem Vater gebohren ist,** das ist, demselben verwandt worden, nam filia eo ipso patri seu vitrico adfamiliascit, seu adnascitur, coniungitur, vel cognascitur,

WOLFFG. FRANZIVS *in Comment. ad Leuitic. c. XVIII. v. 11.*

nicht weniger auch 2) SELDENVS

Lib. I. de vxore Hebr. cap. IV.

dieses Verbot in angeführten Worten gegründet zu seyn vermeinet, und die Worte: **die deinem Vater geboren ist und deine Schwester ist,** von den übrigen, vermöge einer parentheseos, dergestalt absondert, daß es diesen Verstand haben soll: **Du solst der Tochter deines Vaters Weibes,** das ist, der Tochter deiner Stiefmutter, **Scham nicht blössen:** (**welche aber aus deinem Vater geboren ist,**
4 **die ist deine Schwester.**) Nachgehends 3) wiederum andre die Ehe der zusammen gebrachten Kinder nur allein in dem Fall, wenn aus der neuen zwischen beyder gemeinschaftlichen Eltern getroffenen Ehe Kinder erzeuget worden, verboten zu seyn behaupten, immassen in dem Grund-Text,

Leuit. XVIII. v. 11.

das Wort Moledeth vorkomme, so in der Heil. Schrift öfters in actiuo significatu gebrauchet werde, und eam, quæ peperit, nicht aber: eam, quæ nata est, anzeige, daß man also von Lutheri Uebersetzung, worin es passiue gebraucht worden, abgehen, und die gemeldeten Worte so übersetzen müsse: **Du solt der Tochter deines Vaters Weibes, die deinem Vater** (nemlich in der neuen Ehe,) **geboren hat,** ꝛc.

BOHLIVS *in tr. contra matrimonium priuignorum.*

STRYKIVS *in not. ad §. VIII. Inst. de nupt. p. 74.*

Aus welcher Erklärung sie also den Schluß ma- 5
chen, daß daselbst von der Ehe mit der zugebrachten Schwester die Rede sey, und diese von GOtt in dem Fall, da aus der neuen Ehe ein Kind erzeuget, verboten worden, welche Auslegung 4) auch dadurch desto wahrscheinlicher werden möchte, da, wenn man an dem angeführten Ort nicht von der Ehe unter zusammen- 6
gebrachten Geschwistern, sondern, wie andre wollen, von der Ehe mit der sorore consanguinea verstehen wolte, in den göttlichen Gesetzen, und zwar eodem capite, eine tautologie begangen seyn würde, indem die Ehe mit der Stiefschwester bereits in dem 9ten Vers des angezogenen Capitels verboten worden, dergleichen tautologie der Vollkommenheit des göttlichen Gesetzes wiedersprechen würde.

BOHLIVS *cit. loc. cap. 37.*

Endlich andre 5) Cti bey dieser Frage den so strei- 7
tigen Ort

Leuit. XVIII. v. 11.

bey Seite setzen, und bey deren Entscheidung die allgemeine Regul, daß Niemand sich zu seiner nächsten Bluts-Freundin thun solle,

Leuit. XVIII. v. 6.

zum Grunde legen, und unter derselben auch die Ehe zwischen zusammen gebrachten Kindern begreifen wollen, in Erwegung, daß unter selbigen ein Verhältniß, als unter Bruder und Schwester, zu befinden, welches, so bald aus der neuen Ehe beyder Eltern ein Kind erzeuget worden, unter ihnen entstehe, und sie dadurch nunmehro dergestalt verbunden und verwandt würden, vt adscribi illis debeat genus quoddam cognationis fraternæ et sororiæ, quod etsi minus sit et remotius ceteris, ad circulum tamen proximæ cognationis omnino oporteat computari:

HENR. BERGER. *in disquis. de matrim. compriuignor. §. 34.*

cuius consequens sit, vt, licet matrimonium compriuignorum iure diuino conceptis verbis prohibitum non sit, id tamen generatim factum sit, si nimirum proles ex parentum coniugio extet; adeoque lex Dei generalis quemquam ab eo debeat deterrere:

IDEM *l. c. §. 34. et 45.*

8 Ausserdem 6) dieses göttliche Verbot selbst durch den unglücklichen Ausgang solcher Ehen sehr bestätiget würde, indem die Erfahrung lehre, daß es theils solche verehligte Personen nachhero empfindlich reuete: Theils daß alles, was ihnen widriges in der Ehe begegne, sie nach Ueberzeugung ihres schweren Gewissens der verbotenen Ehe zuschreiben müsten, quæ omnia mentis, grauioris peccati coniectæ, indicia sunt, ac, cum natura ipsis hoc dictitare quodammodo videatur, fidem omnino faciunt, aliquam de vetito hoc matrimonio reuelationem extare.

IDEM *loc. cit. §. 34.*

9 Und wenn also gleich 7) in den Weltlichen und Römischen Gesetzen solche Ehe zugelassen wäre, dennoch weil kein menschlich Gesetz dem Göttlichen entgegen seyn könne, dieses vielmehr pro næuo iuris iustinianei anzusehen, wofür es auch

ANTON. MATHAEI *in fundamentis quibusdam iuris aliter iaciendis disp. XII. §. 18.*

ausgeben wollen, folglich es das Ansehen gewinnet, daß keiner seinem Gewissen anders als durch Vermeidung solcher Ehe rathen, ja auch Richter nicht anders, als durch Widerrathung solcher Ehe ihr Gewissen unverletzt erhalten können,

BERGER *loc. cit. §. 50.*

10 zumahl da 8) man in zweifelhaften Fällen zu Befreyung seines Gewissens dem sichersten Weg folgen, mithin die Vollziehung dergleichen Ehe unterlassen müsse: tutissimum enim est, hanc coniunctionem compriuignorum pro vetita et incesta haberi, cum in re dubia satius sit euitare incestus periculum, et abstinere a coniugio, quod dubium est, an legi diuinæ vniuersali repugnet,

GRIBNER *de incestis cum nouercæ matre nuptiis. §. XI.*

11 Dannenhero, wenn aus demjenigen, was nach vieler ICtorum Meynung in thesi bishero ausgeführet worden, die application auf gegenwärtigen casum gemacht werden müste, der Schluß dahinaus fallen dürfte, daß nach der erstern interpretum Meinung die Ehe zwischen Constantin und Sophia den Göttlichen Gesetzen gänzlich widerspreche, nach der andern ICtorum Meynung aber solche Ehe noch auf einige Zeit, und zwar so lang ausgesetzet werden müste, bis die Gewißheit vorhanden, daß aus der mit Titio und Caia vollzogener Ehe keine Kinder erzeuget werden könten, weil, wenn solches nicht geschähe, noch immer zu befürchten, ne ob partum postea natum inter compriuignos cognatio oriatur, et sic eorundem matrimonium in incestum degeneret.

Rationes decidendi.

12 Dieweil aber dennoch der dissensus ICtorum, wegen Gültigkeit solcher Ehe gröstentheils aus der von jedweden besonders formirten und angenommenen besondern Erklärung der Worte Moses

Leviticor. XVIII. v. 11.

entsprungen, und es also darauf ankommt, ob dergleichen angezogenes Verbot darin enthalten? gleichwol 1) nach der geschicktesten und in der hebräischen Sprache erfahrensten Ausleger Meynung die obenangeführte Auslegung LVTHERI mit dem Grund-Text vollkommen übereinstimmet, und die Worte Moledeth abicha so viel andeuten, als, quæ est nata ex patre tuo,

IO. CLERICVS *in comment. ad Levit. XVIII. v. 11.*

GROTIVS *in comment. ad cit. l.* 13

und wenn also daselbst von der Tochter des Vaters Weibes, die dem Vater oder aus dem Vater geboren ist, geredet wird, darunter die Tochter, so aus der neuen zwischen der Stifmutter und dem Vater vollzogenen Ehe erzeuget worden, das ist, die Stifschwester von Vaters Seiten gantz deutlich angedeutet wird, hieraus also erhellet, daß daselbst die Ehe mit der Stifschwester väterlicher Seiten, oder sorore consanguinea verbotten worden, keinesweges aber von der Tochter, so die Stifmutter aus der ersten Ehe dem Manne zugebracht, folglich auch nicht von Verehligung zusammen gebrachter Kinder gehandelt werde;

FAGIVS *in comment. ad Levit. XVIII. v. 11.*

BOEHMER *in iure eccl. prot. l. 4. tit. 14. §. 72.*

welche dem Grundtext gemäße Erklärung auch 14
2) durch die von Mose beygefügte ration in den Worten: und deine Schwester ist, noch mehr bestärcket wird, als woraus erhellet, daß er von einer wahren Schwester, dergleichen diejenige ist, die von einem Vater, wiewol von verschiedenen Müttern, erzeuget worden, geredet: Cum enim addidit Deus: *Ex eodem patre soror tua est, non reuelabis turpitudinem eius;* manifestat, de sorore factam esse istam prohibitionem, cum fuerit ex patre et ex noverca.

AVGVSTINVS *in quæst. ad Levit. lib. III. Tom. III. op. p. 517. edit. Paris.*

Und obwol 3) die Ehe zwischen Stief-Geschwi- 15
ster generaliter in dem vorhergehenden neunten Vers bereits untersaget worden, und also dieses wiederholte Verbot überflüssig zu seyn scheinen möchte; dennoch solche Wiederholung aus diesem besondern Grund geschehen, weil die Orientalischen Völcker, unter welchen die Juden wohneten, und sonderlich die Phönicier, die Ehe mit der Stiefschwester väterlicher Seits für erlaubet hielten, wie solches

CLERICVS *in comment. ad Genes. XX. v. 12.*

et GROTIVS *in comment. ad eund. loc.*

mit sattsamen Zeugnissen bestätigen, ja auch selbst unter denen Patriarchen solche Heyrath vor-

vorhero erlaubet gewesen war, und dahero Abraham, welcher seine Stiefschwester von Vaters Seiten, die Sara, zur Ehe hatte,

im ersten Buch Mose XX. v. 12.

frey bekennet; Auch ist sie wahrhaftig meine Schwester. Denn sie ist meines Vaters Tochter, nicht aber meiner Mutter Tochter.

16 Durch welche Worte er seine Ehe rechtfertiget, indem zwar die Ehe cum sorore consanguinea zugelassen, hingegen schon vordem nicht erlaubet gewesen, sich mit der Stiefschwester von einer Mutter zu verehligen,

CLEMENS ALEXANDRINVS *Strom. lib. II. p. 421.*

und damit sich iemand mit dem Exempel Abrahams nicht entschuldigen möchte, Gott die prohibitionem coniugii cum sorore consanguinea nochmals besonders einschärfen wollen, bey sol-

17 chen Umständen also 4) die vorhin angeführte Erklärung Bestand hat, und daher selbige nicht allein vordem von denen patribus so angenommen worden,

vid. AVGVSTINVS *l. cit.*

sondern Theologi und ICti selbige für gegründet erkannt, und weil darin kein Wort von den nuptiis compriuignorum zu befinden, sie solche Ehe in den göttlichen Gesetzen für zugelassen gehalten.

IO. GERHARD *de coniugio n. 357. et in syst. theol. T. VII. p. 182.*

IO. BARTH. NIEMEIERVS *in diss. de coniugio consanguin. §. 59. sq.*

DANHAVER *in theol. conscient. T. I. P. II. p. 785.*

ABRAH. CALOVIVS *T. VIII. system. p. 546.*

BENED. CARPZOV. *iurispr. consist. lib. II. dec. 105.*

HENR. BROWERVS *lib. II. c. 15. de iur. connub.*

18 Hiernechst 5) solche göttliche Zulassung auch aus andern Gründen erweislich gemacht werden kan, in Ansehung, daß unter zusammengebrachten Kindern keine Bluts-Freundschaft anzutreffen, weil sie von keinem gemeinen stipite abstammen, noch auch unter ihnen einige Schwägerschaft zu befinden, vielmehr bekannt ist, daß nur des einen Ehegatten Bluts-Freunde mit dem andern Ehegatten verschwiegert werden, unter beyder Ehegatten Bluts-Freunden aber keine Schwägerschaft zu finden ist.

c. 5. X. de consang. et affinit.
l. 4. §. 1. D. de gradibus affin. et l. 8. ff. de reg. iur.

19 Und da nun in der göttlichen Ehe-Ordnung

Levit. XVIII.

die Ehen theils wegen Bluts-Freindschaft, theils wegen Schwägerschaft verboten sind, beydes aber bey quæstionirter Ehe mangelt, daraus der sichere Schluß erfolget, daß dis Verbot auf solche Ehe nicht zu ziehen sey.

CARPZOV. *iurispr. consist. lib. II. dec. 105.*

CYPRAEVS *de matrim. cap. VI. §. 11. n. 3.*

Ausserdem aber 6) diese Ehe in den Römischen 20
Gesetzen ausdrücklich zugelassen ist, und diese deutliche Verfügung davon anzutreffen; quod mariti filius ex alia vxore et vxoris filia ex alio marito, vel contra, recte matrimonium contrahant, licet habeant fratrem sororemque ex matrimonio postea contracto natos:

§. 8. Inst. de nuptiis.
Conf. l. 34. §. 2. de ritu nuptiar.

Dem auch 7) die Verordnung des iuris cano- 21
nici beytritt, quod inter consanguineos vxoris et viri, ex eorundem scilicet viri et vxoris coniugio nulla prorsus affinitas sit contracta, propter quam inter eos matrimonium debeat impediri,

c. 5. X. de consang. et affin.

in welchen Worten INNOCENTIVS III. auf den vorgelegten casum, da ein Witwer eine Witwe, und des Witwers Sohn, der Witwe Tochter zu gleicher Zeit heyrathen wolte, beantwortet, und also die Ehe inter consanguineos, ex prioribus viri et vxoris coniugiis natos, das ist inter compriuignos, ohne Bedencken zulässet. Da nun also diese Ehe in den weltlichen Gesetzen ausdrücklich verstattet wird, 22
auch in den göttlichen Gesetzen kein klares und deutliches Verbot, auch nicht einmal ein Grund dazu, anzutreffen, die consistoria 8) mit Recht auf die Vollziehung solcher Ehe gesprochen, wie dieses

CARPZOVIVS *in iur. consist. lib. II. dec. 105.*

mit einem præiudicio bestätiget, vnde in praxi apud euangelicos tale matrimonium absque dispensatione contrahi potest, quia scilicet inter compriuignos neque consanguinitas neque affinitas intercedit.

BRVCKNER *in decis. matrim. cap. IX. n. 14.*

GERHARDVS *apud* DEDECKENNVM *Vol. 3. lib. 3. sect. 6. n. 13.*
Facultas theol. Ienens. in appendice DEDECKENNI *l. c. p. 842.*

ABRAH. CALOVIVS *T. VIII. system. p. 48.*

Uebrigens die oben angeführte Zweifels-Gründe von keiner Erheblichkeit sind, indem ad 1) 23
die daselbst angeführte Ausleaung der Worte; die deinem Vater geboren ist, von derselben gewöhnlichem significatu ohne Noth abgehet, und nach eigenem Gutdüncken nicht nach den Worten des Grundtextes formiret ist, und eben so wenig ad 2) des SELDENI Erklärung einige attention verdienet, als in welcher diejenigen Sätze, welche zusammen gehören, von einander getrennet werden, und ohne einigen Grund nach eigenem Gefallen eine parenthesis, an welcher dieser Mann sehr gewohnt war, angenommen wird,

BOEHMER *in iure eccl. protest. l. 4. tit. 14. §. 32.*

wie

24 wie denn auch ebenfalls ad 3) mit keinem sattsamen Grund behauptet wird, daß das hebräische Wort Moledeth daselbst actiue gebrauchet werde, und man an statt der Worte, **die deinem Vater geboren ist**, lesen müsse, **die deinem Vater geboren hat**, und wenn ja auch zugegeben wird, daß in andern Schrift-Stellen diß Wort significatum actiuum habe, dennoch daraus noch kein Schluß zu machen, daß es auch an diesem Ort so gebrauchet werde, zumalen da keine gegründete Ursach angezeiget werden kan, warum der allerweiseste Gesetzgeber, der nichts ohne sattsamen Grund verordnet, die Ehe unter zusammen gebrachten Kindern in dem Fall, da aus der neuen Ehe beyder gemeinschaftlichen Eltern ein Kind gezeuget sey, verboten, im Fall aber, daß aus dieser keine Kinder erzeuget worden, solche zugelassen habe.

BRVCKNER. *loc. cit.*

LVDOVICVS DE DIEV *in comment. ad Lævit. XVIII. v. 11.*

Hiernächst auch in den Entscheidungs-Gründen sattsam gezeuget worden, daß in dem angeführten Orte gar nicht von zusammen gebrachten Kindern sondern von der Ehe mit der Stiffschwester väterlicher Seits gehandelt werde: agitur enim ibi de filia ex primis nuptiis patris, cui prohibetur coniugium, non cum priuigna sed cum dimidia sorore ex secundis nuptiis, quam nouerca eius patri ipsius peperit, quæ ideo vocatur filia vxoris patris tui, id est, nouercæ, (nam vxor patris apud Hebræos descriptio est nouercæ) sed sic vt eadem dicatur nata ex patre tuo, vt ne priuigna intelligatur.

LVDOVICVS DE DIEV *loc. cit.*

25 Ferner was ad 4) angeführt ist, aus der ratione decid. tertia seine abhelfliche Masse erhält, wie denn auch das ad 5) vorgebrachte argumentum von gar keiner Bündigkeit ist, indem die Verordnung Moses

Levit. XVIII. v. 6.

auf nahe Bluts-Freunde gehet, und durch die Worte, nemo ad carnem carnis suæ accedat, bey den Hebräern diejenigen angezeiget werden, qui proxima consanguinitate sunt coniuncti,

CLERICVS *ad Lævit. XVIII. v. 6.*

anbey die in dem gantzen 18ten Capitel angeführte Exempel der von GOtt namentlich verbotenen Ehen auch solches ausweisen, und da nun, wie in ratione decid. quarta dargethan worden, zusammen gebrachte Kinder einander weder dem Geblüt noch der Schwägerschaft nach zugethan, noch weniger ein vernünftiger Grund zu finden, warum erst alsdann, wenn aus beyder gemeinschaftlicher Eltern Ehe Kinder erzeuget worden, unter ihnen ein Verhältniß als unter Bruder und Schwester entstehen solte, und dahero

BRVCNER *in decis. iur. matrim. c. IX. n. 3.*

gar wol urtheilet, wenn er schreibet: et licet pater et mater per coniugium fiant vna caro: per hoc tamen alter alterius liberorum ex prioribus matrimoniis non fit pater aut mater, nisi æquinoce. Ad nouum enim matrimonium effectus naturales et reales priorum matrimoniorum trahi nequeunt. Nati igitur ex prioribus matrimoniis nec consanguinei nec affines proprie inter se sunt et fiunt. Nec regulæ ex proprio cerebro fingendæ, et sensus scripturæ ad illas formandus est, sed ex scriptura regulæ formandæ sunt; welches letztere aber gleichwohl geschiehet, wenn man die in eigentlichem Verstande genommene Worte der heiligen Schrift auf analogische significatus ziehet, und was von der wahren und eigentlichen Bluts-Freundschaft verordnet ist, auf eine analogische und selbst formirte Bluts-Freundschaft oder Verwandschaft deuten will, und dadurch nur die Gewissen irre macht. Nächst- 26
dem das ad 6) von dem vorgegebenen unglücklichen Ausgang solcher Ehen hergenommene argument eben so wenig bindet, als wenn man von einem glücklichen Erfolg einer sonst verbotenen Ehe sofort auf die Gültigkeit solcher Ehe schliessen wolte; da ja ausserdem bekant, daß wenn auch iemand aus schlechter Ueberzeugung, und aus irrendem Gewissen ein sich ereignendes Unglück, oder eine erfolgte Reue solcher Ehe zugeschrieben, dennoch man ex cuiusdam erronea conscientia keine Schlüsse oder indicia einer unrechten und verbotenen Handlung hernehmen könne, als welche in solchem Fall eben so irrig seyn würde, als das Gewissen irrig gewesen; und da nun in dem vorhergehenden die göttliche Zulassung solcher Ehe sattsam dargethan worden, der ad 7) vorgegebene nævus 27
iuris iustinianei von sich selbst wegfällt, folglich man solche Handlungen, welche im Göttlichen Gesetz auf keine Weise verboten, und in den weltlichen Rechten ausdrücklich zugelassen sind, ohne Verletzung seines Gewissens unternehmen, auch Richter, deren Pflicht ist, nach Recht und Gesetzen und nicht nach anderer irrigen Gewissen zu sprechen, wenn sie die Vollziehung einer solchen allerwegen zugelassenen Ehe für rechtsbeständig und zugelassen erklären, sie Pflicht- und Gesetzmässig erkennen, und ihr Gewissen allewege unbefleckt behalten. Uebrigens
die ad 8) angebrachte Gewissens-Regul nur in 28
solchem Fall Statt finden mag, vbi res ita dubia est, vt iudicium intellectus nullo rationum momento in neutram partem vergat,

PVFFENDORFF *de iur. nat. et gent. c. III. §. 8.*

welches auf gegenwärtigen Fall nicht zu appli- 29
ciren, dahero man nach den oben angeführten Gründen den sichern Schluß machen kan, daß die quæstionirte Ehe im Göttlichen Gesetz nicht verboten, und den menschlichen Rechten nach erlaubet sey; und ob gleich diese Meynung von andern in controuersiam, wie viele andere Dinge, gezogen worden, sie dennoch dadurch nicht schlechterdings pro dubia bey so wichtigen Gründen, dadurch solche legitimiret worden, anzusehen und eben so wenig Evangelische Prediger deswegen

wegen Scheu tragen dürfen, sich zu verehligen, obgleich die Catholischen, daß kein Prediger salua conscientia in die Ehe treten könne, behaupten, eben so wenig auch zusammen gebrachte Kinder sich von Vollziehung der Ehe durch einiger ICtorum dissensum abschrecken lassen dürfen, zudem ausserdem in streitigen Handlungen derjenige, welcher nach seinem Uberzeugenden Gewissen handelt, gerecht handelt, und sich die Freyheit des Gewissens darinnen besonders äussert.

BOEHMERI *dissert. præliminar. de iure circa libert. conscient. §. 13. sq. in Tom. II. iur. eccl. prot. p. m.*

30 Und, da nun aus diesem allen erhellet, daß die Ehe unter compriuignos überhaupt nicht verboten sey, daraus ad 9) erfolget, daß die vorhabende Verehligung unter Constantin, und der Sophia den Rechten nach erlaubet und zugelassen sey, ja diese überdem um destomehr bestehen könne, da aus der Ehe zwischen ihren Eltern Titio und Caia keine Kinder erzeuget worden, auch, da die Caia bereits 47. Jahr alt ist, aus solcher Ehe der natürlichen Ordnung nach keine Kinder leicht mehr zu vermuthen, mithin die Verehligung zwischen der Sophia und Constantin, wenn man ja von den bisher ausgeführten principiis abstrahiren wolte, auch nach derjenigen Meynung, welche selbige nur in casu, si soboles communis adest, für verboten ansehen, bestehen könte, quoniam valere putant coniugium cum compriuigna, si nouerca sobolem ex marito nouo non ediderit:

THOMASIVS *in iurispr. diuina lib. III. c. 3. §. 166.*

So sind wir der rechtlichen Meynung, daß solchergestalt zusammen gebrachte Kinder einander ohne Verletzung des Gewissens ehelichen können, und daß dieser Heyrath kein Gesetze in Göttlichen und Weltlichen gemeinen Rechten entgegen stehe. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPTEMBR. MDCCXXXIX.

RESPONSVM XCII.

De matrimonio cum defunctæ vxoris nouerca licito.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. n. 1.
In matrimonio inprimis ad id, quod honestum, respiciendum est. n. 2.
Matrimonium in consanguinitate et affinitate in linea recta prohibitum est, n. 3.
Aeque ac matrimonium cum cum nouerca. n. 4.
Matrimonium cum defunctæ vxoris nouerca a nonnullis reprobatur. n. 5.
Virum prohibitiones diuinæ in matrimonio ineundo personas tantum expresse relatas concernant, an vero etiam ad eas extendendæ sint, vbi idem vel similis respectus est? n. 6.
Iure naturæ deficit fundamentum perfectum prohibitionum in gradibus matrimonialibus. n. 7.
Ideoque ad ius positiuum recurrendum, ibid. et n. 8.
Secundum genus affinitatis fundamentum suum habet in iure canonico, non diuino. n. 9.
Respectus parentelæ in primo gradu affinitatis tantum attenditur. n. 10.
Decisio quæstionis I. n. 11.
Quæstio II. n. 12.
Secundum ius canonicum recentius cum vxoris nouerca matrimonium licitum est. n. 13.
Inter protestantes matrimonia sunt liberiora ac inter Catholicos. n. 14.
Iure Romano nuptiæ cum vxoris nouerca prohibentur. n. 15.
Inter Protestantes ordinationibus ecclesiasticis prohibentur matrimonia in secundo genere affinitatis, si adest respectus parentelæ. n. 16.
Decisio. n. 17.

1 SAt Titius zu erst Caiam geheyrathet, aus welcher Ehe Seia gebohren, und an Lucium verheyrathet, aber auch bald verstorben ist, nach welcher ihre Mutter Caia gleichfalls mit Tode abgegangen, und Titius Liuiam wieder geheyrathet, nach deren unbeerbeten Tode er Sempronium zu Ehe genommen und endliche ohne Kinder verstorben ist. Weil nun Lucius itztgedachte nachgelassene Witwe, die Sempronium, so seine Stief-Schwiegermutter ist, zur Ehe nehmen und dabey belehret seyn will:

Quæstio I.

Ob iemand seiner verstorbenen Frauen Stiefmutter nach göttlichen und natürlichen Rechten heyrathen könne?

Rationes dubitandi.

2 Ob wol eines theils nach der gesunden Vernunft bey denen Verheyrathungen vornemlich auf dasjenige, quod honestum est, gesehen werden muß, und denn die nuptiæ in linea
3 recta so wol in consanguinitate als affinitate bey allen Völckern iederzeit reprobiret worden, welches auch auf das secundum genus affinitatis, so in casu proposito anzutreffen, gezogen werden möchte, angesehen aus eben dem respectu, da einer seine Schwiegermutter nicht heyrathen darf, er auch seine Stief-Schwiegermutter zur Ehe zu nehmen Bedencken tragen muß: an-
4 dem theils auch in iure diuino solches verboten zu seyn scheinet, als nach welchem die Stiefmutter zu heyrathen verboten,

Lev. XVIII, 8.

welches auch auf die Stief-Schwiegermutter zuziehen seyn möchte, als welche gleichsam als meine Stiefmutter anzusehen, nachdem Eheleute unter sich vnum carnem constituiren, und wie die verstorbene Frau in solchem Grad nach Göt-
5 tlichen Rechten nicht heyrathen dürfen, also auch es das Ansehen gewinnen will, daß ihr nachgelassener Mann in eben demselben Grad sich nicht verheyrathen könne, dahero denn unterschiedli- Theologi und ICti solche Ehe nach denen Göttlichen Rechten als unzulässlich ansehen, und solche ernstlich wiederrathen,

CARPZ. *lib. 2. iurisp. conf. def. 101.*

BERGER *in supplem. ad elect. proc. matrim. p. 115. sqq. ibique allegati in responf. Dd.*

6 zumal wenn man die Regul feste setzet, daß nicht allein in Göttlichen Rechten die personæ expresse relatæ, sondern auch diejenigen mit unter dem Verbot verstanden werden, unter welchen idem vel similis respectus ist, wie allhier zu befinden, da, ob wol Lucius mit der Sempronia in secundo affinitatis geners verschwiegert ist, dennoch der respectus parentum et liberarum nicht aufhöret.

Rationes decidendi.

7 Weil aber dennoch nach denen natürlichen Rechten kein gewisses fundamentum, wie weit die Ehe als verboten zu halten, absonderlich inter affines, auszufinden, sondern solche prohibitiones ex iure positiuo hergenommen werden müssen, und was einige von der imperfection iuris naturæ in dieser materie daraus anführen, daß GOtt solches selber angezeiget, und den Kindern Israel geboten, daß sie nicht nach den Wercken des Landes Egypten und Canaan thun solten,

Leuit. XVIII, 2.

und daß sich an solchen allen Verbotenen gradibus die Heyden versündiget hätten,

Leuit. XVIII, 24.

und ferner daraus schliessen wollen, als wenn nach denen Rechten der Natur solche gradus verboten gewesen, welches aber die verdorbene Vernunft der Heyden nicht erkennen mögen, und dahero GOtt solches Gebot expresse erklären, und der verdunckelten Vernunft zu Hülfe kommen müssen; dennoch diese argumenta und die 8
daraus genommene Schlüsse keinen richtigen Grund haben, da GOtt in genere nur anzeiget, daß sich die Israeliten von der Weise der Egyptier und Cananiter absondern, und eine bessere Ordnung, die ihnen GOtt vorgeschrieben, in denen Ehen beobachten solten, welche aber ante legem positiuam nicht erkant werden mögen, welches die exempla Abrahams und Jacobs zur Gnüge anzeigen, und so viel das geoffenbahrte Göttliche Gesetze betrift, keine Art an- 9
zuzeigen, daß das secundum genus affinitatis in demselben verboten sey, als welches das ius canonicum hauptsächlich eingeführet. Und was von dem Verbot der Ehe mit der Stifmutter angeführet wird, keinen nothwendigen Schluß auf das Verbot der Ehe mit der Stif-Schwiegermutter machet, weil man a primo genere affinitatis ad secundum nicht argumentiren kan, da man sonsten auch seiner Frauen Brudern Frau nicht heyrathen dürfte, indem die verstorbene Frau in dem gradu nicht heyrathen könne, welches doch alle Rechte zulassen, und also das argumentum ab unitate carnis desumtum allenfals auf die consanguinität und primum affinitatis genus zu restringiren ist. End- 10
lich der respectus parentum et liberorum an und vor sich selbsten nicht in consideration kommet, wenn sonsten keine prohibition anzutreffen, weil sonsten auch seiner Stiefmutter Mutter, oder Vater zu heyrathen verboten seyn würde, welches doch nicht zu befinden, sondern allein dieser regard in primo affinitatis genere zu observiren ist.

BRVNNEM. *in iure eccles. lib. 2. cap. 16. ibique.*

STRYK *in not. §. 23.*

BROVWER *de iur connub. lib. 20. c. 15. n. 5.*

BRVCKNER *in decis. matrim. c. 5. p. 272.*

dahero auch so gar der Pabst INNOCENTIVS III. die antiquas prohibitiones in secundo et tertio genere affinitatis wieder cassiret, und die Heyrathen darin libere zugelassen.

c. 8. X. de conf. et affinit.

So halten wir dafür, daß die Ehe mit seiner 11
Stief-Schwiegermutter weder in natürlichen noch Göttlichen Gesetzen verboten sey.

Quæstio II.

Ob zuvor eine Hochobrigkeitliche 12
dispensation nothwendig erfordert werde, oder nicht?

Rationes dubitandi et decidendi.

So viel diese Frage betrift, möchte zwar ein- 13
gewandt

gewandt werden, daß secundum ius canonicum recentius diese Ehe nicht verboten,

c. 8. X. de conſ. et affin.

14 und also um deßweniger unter denen Protestanten als verboten zu achten, als bekant ist, daß die Protestanten nicht einsten so weit als die pontifices die Ehen verbieten, welches absonderlich hier in consideration zu ziehen seyn möchte, da Lucii Ehefrau Seia schon verstorben gewesen, als sein Schwiegervater die andere und dritte Frau die Sempronium geheyrathet, und durch der Seiæ Tod die Affinität aufgehoworden.

§. 6. et 7. I. de nupt.

15 Weil aber dennoch diese Ehe selbsten bey den Römern verboten gewesen,

l. 15. de rit. nupt.

16 und ob wol INNOCENTIVS III. in secundo genere affinitatis das Verbot wieder aufgehoben, dennoch dagegen bekant ist, daß in prohibitione graduum matrimonialium die Protestanten nach dem iure canonico sich nicht schlechterdings richten, vielmehr in denen Kirchen-Ordnungen fast durchgehends dabey geblieben sind, daß in secundo genere affinitatis die Ehen alsdann, wenn dergleichen respectus vorkommen, verboten zu achen, und ohne vorhergehende dispensation solche nicht zuzulassen, auch der angeführte Umstandt, daß Titius nach seiner Tochter Tode erst die Sempronium geheyrathet, nichts operiren mag, da proprie loquendo das vinculum affinitatis per mortem vxoris nicht aufhöret, weil sonsten gar kein Verbot in affinitate seyn würde:

So mag ohne vorgehende dispensation diese Ehe nicht vollzogen werden. V. R. W. 17

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCXXIII.

RESPONSVM XCIII.

THEMA.

De matrimonio cum defuncti fratris vidua dispensabili.

SVMMARIA.

Facti ſpecies cum quæſtione. n. 1.
Prohibitio iuris diuini cum fratris vidua aperta videtur, n. 2.
Quæ legem moralem conſtituit. n. 3.
Per edictum Regis Boruſſ. matrimonia prohibita, quæ iuri diuino repugnant. n. 4.
Ioannes Baptiſta hoc matrimonium damnaſſe videtur, n. 5.
Cum etiam Deus in gradu remotiori affinitatis illud prohibuerit. n. 6.
Lex leuiratus fuit forenſis, ad conſequentias non trahenda. n. 7.
Non attendendum hodie, vtrum liberi a fratre defuncto relicti fuerint, nec ne? n. 8.
Deficit tamen moralis turpitudo in hoc coniugio, n. 9.
Sicuti in eo, quod cum ſorore vxoris defunctæ contrahitur. n. 10.
Proinde tantum cum mariti viuentis fratre prohibitum matrimonium, n. 11.
Ex ſententia Lutheri n. 12. 14.
Et ratione, quod alias lex Leviratus iniqua foret, n. 13.
Quod reſponſis confirmatum. n. 14.
Præſertim ſi ex priori matrimonio deſint liberi. n. 15.
Diſpenſationi non eſt locus, ſi euidenter matrimonium prohibitum. n. 16.
Optandum, ne proteſtantes gradus prohibitionis extendiſſent. n. 17.
Herodes duxit fratris viuentis vxorem. n. 18.
Affinitas morte ſuo modo ſoluitur. n. 19.
Cur Deus in remotiori affinitatis gradu nuptias prohibuerit, n. 20.
Lex leuiratus monſtrat, matrimonium cum defuncti fratris vidua permiſſum fuiſſe. n. 21.
Conſenſus aliorum ICtorum. n. 22.
Deciſo. n. 23.

Als dieselbe uns eine facti ſpeciem nebst einigen Beylagen und Protocollen und einer Frage ꝛc.

1 Hat Johann Heinrich M. aus Hannover bey denenselben vorgestellet, daß er wol entschlossen sey, seines ohne Kinder verstorbenen Brudern Witwe, um deßwillen zu heyrathen, weilen ausser der natürlichen Zuneigung sie beyde annoch wegen des väterlichen Nachlasses in unzertheilten Gütern lebeten, und er derselben bereits so nahe gekommen, daß sie von ihm sich schwanger befinde, er daher entschlossen sey, unter ihrer Gerichtbarkeit sich zu begeben, und deßwegen um dispensation ihm zu ertheilen gebeten, dahero dieselbe belehret seyn wollen:

Ob die Vollenziehung dieses matrimonii wol gestattet und von

Bohm. Conſ. T. III. P. I.

Obrigkeits wegen dispensiret mithin zur copulation geschritten werden könne?

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wol es das Ansehen gewinnen will, daß 1) solche Ehe *Levit. XVIII, 16.* mit klaren Worten verboten, solches Verbot nochmals *Levit. XX, 21.* wiederholet, und daraus der ernste Wille GOttes zu schliessen sey, zumal
3 diese Verbindung als eine schändliche That von GOtt selbst angegeben, und um destomehr 2) dafür gehalten werden möchte, daß dieses Gesetze ein lex moralis, nicht aber forensis, welches bloß die Juden angehe, sey, mithin die Christen allerdings mit verbinde, als welche zwar von denen forensibus et ceremonialibus legibus befreyet, allerdings aber an die moralischen Gesetze, welche einen grossen Uebelstand und schändliche That zum Grunde haben, gebunden sind; dahero auch die ersten Christen niemals daran gezweiffelt, daß sie, die von den Juden ohnedem hergestammet, nicht ebenfalls an die in Göttlichen Rechten verbotene Graden verbunden seyn solten, worauf Paulus selbsten *1 Cor. V, 1. Sqq.* reflectiret, und deswegen die Ehe mit seines Vaters Weibe oder Stiefmutter höchst improbiret, welches aus dem Rechte der Natur wol nicht, sondern allein aus dem Göttlichen Gesetze geschehen, und uns dadurch ein Vorbild gelassen, so wir billig nachfolgen
4 müssen. Dahero auch 3) Se. Königl. Maj. in Preussen zwar die Ehen, so weit sie in Göttlichen Gesetzen unverboten, inskünftige in Dero Landen zugelassen, solche aber expresse verboten, welche mit klaren Worten, wie diese, wovon gefraget ist, daselbsten verboten sind, als ein gewisses Kennzeichen, daß solche indispensabel
5 sind; wie dann auch 4) vormals unter denen Juden dieses eine so bekante Sache gewesen zu seyn scheinet, daß deswegen Johannes gantz freymüthig darauf provociren und zu Herodes sagen können; es ist nicht recht, daß du deines Bruders Weib habest.

Marc. VI, 18. Matth. XII, 18. Luc. III, 9.

Zumal auch 5) die ratio prohibitionis *Levit. XVIII, 16.* solches anzeiget, welche darin bestehet: denn sie ist deines Bruders Schaam, wodurch eben angezeiget worden, daß wie leibliche Brüder und Schwester sich nicht verheyrathen dürfen, also auch niemanden in affinitate erlaubet sey, seines Brudern Frau, die als seine Schwester zu halten, zu heyrathen,
6 bevorab da auch 6) GOtt in weiterm Grad in affinitate, als mit des Vatern Brudern Weib, die Ehe verboten,

Levit. XVIII, 14.

man also nicht sagen kan, daß solche in nähern gradu affinitatis zugelassen seyn könne. Und ob
7 wol 7) diese Ehe auf gewisse Art zugelassen, ja so gar geboten gewesen, wenn nemlich der Bruder ohne Kinder verstorben ist,

Deuteron. XXV, 6. Ruth IV, 5.

auf welchen casum auch in der Christo vorgelegten Frage von einer Frau, die sieben Brüder nach einander geheyrathet, reflectiret wird;

Matth. XXII, 24. Marc. XII, 19.

dennoch solches als eine sonderbare exceptio a regula, ja als ein lex forensis anzusehen, dabey GOtt auf die Erhaltung des Stamms und Geschlechtes bey denen Israeliten gesehen, und bereits bey ihnen von alten Zeiten im Gebrauch gewesen,

Genes. XXXVIII, 8.

damit des ohne Kinder verstorbenen Bruders Name nicht ausgehen, sondern von dessen noch lebenden Bruder ihm Erben, die des verstorbenen Geschlecht fortsetzeten und seine Güter erbeten, erwecket werden möchten, welcher Grund auf die besondere conservirung der Israelitischen Geschlechter gerichtet, und dahero um destoweniger als ein lex forensis bey unseren republiquen in consideration zu ziehen, als diese ratio bey uns cessiret, und dieserwegen auch 8) in gegenwärtigem Fall, da des imploranten verstorbener Bruder keine Kinder gezeuget, keine application findet, sondern billig bey der Regul man verbleiben muß, wie dann dahero 9) in denen weltlichen Gesetzen überall diese Ehe verboten ist. 8

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) anfänglich bey dieser Ehe wahrzunehmen, daß nach der ratione dubitandi septima keine moralis turpitudo und absoluta prohibitio darin verhanden seyn könne, weil GOtt sonsten ohnmöglich diese Ehe mit des verstorbenen Mannes Bruder, wenn der Verstorbene keine Kinder nachgelassen, geboten und sub pœna infamiæ ihm aufgeleget seyn könte, vielmehr daraus das Gegentheil und dieses zu schliessen, daß nach dem Tode des Bruders, wenn er auch gleich Kinder nachgelassen, die Ehe mit dessen nachgelassener Witwen einem Bruder eben so wenig verboten gewesen, 9
als einem Manne, seiner verstorbenen Frauen 10
Schwester zu heyrathen untersaget worden, als welche er bloß bey seiner Frauen Lebzeiten nicht heyrathen dürfen,

Levit. XVIII, 18.

wie solches gründlich ausgeführet ist

IN BOEHMERI *tom. I. P. I. conf. et decis. arg. 160.*

Dahero gar vernünftig daraus geschlossen wer- 11
den mag, daß auf eben die Art und Weise, wie GOtt die Ehe mit der Frauen Schwester verboten, er auch solche mit des Mannes Bruder verbieten wollen, allermassen bey denen Juden die Ehescheidungen in grosser Freyheit waren, und leicht geschehen konte, daß ein Mann seiner Frauen einen Scheide-Brief ertheilte, dessen Bruder sie aber bey seinen Lebzeiten zu heyrathen so wenig sich unterstehen durfte, als ein Mann, wenn er seine Frau verstossen, deren Schwester, so lange jene lebte, zu heyrathen befugt war, worauf

GOtt

GOtt ohne Zweifel in dem Verbot *Levit.* XVIII, 14. um die grösseste Feindschaft unter nahen Anverwandten zu præcaviren, allein reflectiret, dahero auch der seel. LVTHERVS
12 *in iudicio de regis Angliæ diuortio* dafür gehalten, quod lex de fratris vxore non ducenda, loquatur de fratre viuo, non mortuo,
13 so um destomehr anzunehmen, als man sonsten legem diuinam de fratria necessario ducenda post mortem sine prole mortui fratris nicht wohl mit dem Verbot *Levit.* XVIII, 14. combiniren kan, vielmehr man um dieses Gebot desto besser zu verstehen, voraus setzen muß, daß, nach dem Tode des Bruders, dessen Witwe zu heyrathen nothwendig unverboten, und eben dahero, weil es unverboten war, im gewissen Fall so gar geboten gewesen,

SELDENVS *de vxor. Hebr. lib. I. c. 12.*

14 welches wir selbsten in zweyen Rechts-Gutachten vor wenig Jahren mit mehren ausgeführet, so in denen hiesigen wöchentlichen Anzeigen *de an. 1739. n. 29. sqq.* und *de an. 1741. n. 30.* im öffentlichen Druck bereits erschienen sind, und darin eben dargethan ist, daß LVTHERVS, MELANCHTHON, BRENTIVS nebst andern Theologis wie auch ICtis solche Ehe gebilliget, und als dispensabel gehalten haben, wir auch aus ihrer eigenen Rechts-Frage wahrgenommen, daß dieselbe ebenfalls vormals, nach eingeholtem Gutachten, solche Ehe per viam dispensationis zugelassen, und dieselbe um desto
15 weniger bey dieser Ehe Bedencken haben werden, als der verstorbene Bruder mit seiner nachgelassenen Witwe keine Kinder gezeuget, und der casus eben verhanden ist, in welchem der lebende Bruder die Witwe vormals heyrathen muste, wie solches auch die parabel von der Frauen, so sieben Brüder nach einander gehabt, illustriret, wenigstens dieses daraus zu schliessen, daß in diesem casu die Ehe mit des verstorbenen Bruder unverboten gewesen seyn
16 müsse; dahero wir ad 2) et 3) gerne gestehen, daß man noch heutiges Tages gegen die von GOtt verbotene Ehen keine dispensation zulassen könne, iedoch solches nur von denen klaren und deutlichen Verboten, wie Se. Königl. Maj. in Preussen wohl erinnert, anzunehmen, so hier nicht, vielmehr dessen Gegentheil verhanden, wie bey der ersten ration angemercket,
17 dabey auch zu wünschen wäre, daß die Protestanten es dabey gelassen, wovon der sel. SPENER gar bedächtlich geschrieben: mihi semper illa sententia sedit, in toto negotio prohibitionis stricte inhærendum diuinæ sanctioni, vt etiam existimem, aliquot gradus sanctionibus ecclesiasticis additos plus damni ecclesiæ intulisse, quam commodi, vt adeo longe præstiterit, libertatem sine vlla restrictione seruatam esse, quo vsque non ipse dominus restrinxit;

P. II. cons. theol. Latin. c. IV. p. 105.

welche observation sehr heilsam ist, weil die nachherige weitere Extendirung der Ehe-Verbote nur Gelegenheit gegeben, daß man die vorgefasseten Meinungen aus dem weltlichen Gesetze mit zur Erklärung der göttlichen Gesetze geleget, und daraus nach der eingeführten computation allerhand unrichtige Schlüsse gemachet. Uebrigens ad 4) mehr als zu bekannt ist, daß 18
Herodes seines noch lebenden Bruders entlaufenes Ehe-Weib, die Herodias, geheyrathet, so eben in göttlichen Rechten verboten ist.

IOSEPH. *in antiq. iudaic. lib.* XVIII. *c. 7.*

Hier aber, da von des verstorbenen Bruders nachgelassener Witwe die Frage ist, nicht appliciret werden kan, zumal auch ad 5) die angeführte ratio nur secundum quid, nicht aber absolute zu verstehen, weil sonsten auch der verstorbenen Frauen Schwester zu heyrathen, schlechterdings verboten gewesen seyn müssen, ja auch hierbey absonderlich zu erwegen, daß keine Bluts-Freundschaft durch den Tod, wohl aber die Schwägerschaft auf gewisse Weise aufgeho- 19
ben, und also leichter ist, aus der Schwägerschaft eine Person nach des einem Ehegatten Tode, als aus der Blut-Freundschaft zu heyrathen, wie wenigstens die Römer diesen Unterscheid angemercket haben.

B. HEINECC. *in comm. ad I. Iul. et Pap. Popp. lib. II. c. 17.*

Und gleichwie GOtt ad 6) nicht nach der com- 20
putatione ciuili vel canonica die Verbote eingerichtet, also gar wol geschehen seyn kan, daß in remotiori gradu noch die Ehe verboten, weil daselbst ein besonderer respectus, als cum patris vidua, quæ instar matris erat, cui veneratio debebatur, anzutreffen, so aber in der Ehe mit der Frauen Schwester und Mannes Bruder nicht zu befinden. Uebrigens so viel ad 7) das 21
besondere Gesetze bey den Juden de ducenda fratria betrift, dieses eben anzeiget, daß dergleichen Heyrath nach des Brudern Tode unverboten gewesen, zumal alles, was in certo casu geboten wird, regulariter, ausser diesem casu, in der Freyheit, als erlaubet, stehen, nicht aber verboten seyn muß, ja auch aus diesem der wahre Verstand des göttlichen Verbots eigentlich hergenommen werden kan; und ad 8) die dispensation in præsenti casu um destoweniger Schwierigkeit findet, weil aus der vorigen Ehe keine Kinder gezeuget worden, die weltlichen Gesetze ad 9) aber hierbey in keine consideration kommen, sondern hier bloß die Frage, ob 22
in gegenwärtigem casu dispensiret werden könne? zu erörtern gewesen, welche mit beystimmigen responsis bestätiget

GEORG. HENR. AYRER *de iure dispens. circa connub. P. altera sect. II. in app.*

So erhellet hieraus so viel, daß die Vollenzie- 23
hung dieser Ehe wohl gestattet, und darin dispensiret werden könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MAI MDCCXLIV.

RESPONSVM XCIV.

THEMA.

De dispensabili matrimonio cum defunctæ vxoris sorore.

SVMMARIA.

Quæstiones proponuntur. n. 1.
Argumentum a prohibito matrimonio cum defuncti mariti fratre, ad nuptias cum defunctæ vxoris sorore. n. 2.
Paritas gradus attendenda videtur. n. 3.
Et generaliter matrimonium cum consanguinea prohibitum etiam ad affinitatem trahendum. n. 4.
Vtrum prohibitio de polygamia accipienda? n. 5.
An stringat argumentum a contrario sensu? n. 6.
An leges vniuersales ad prohibitiones matrimoniales referende? n. 7.
In dubio abstinendum. n. 8.
Lex leuiratus contrarium probare non videtur. n. 9.
Magis stringit dubium de non nubendo defuncti mariti fratri. n. 10.
Ante Legem Mosaicam prohibitio in matrimoniis defuit, nec iuris naturæ prohibitio doceri potest. n. 11.
Contra mores populorum orientalium Deus leges matrimoniales publicauit. n. 12.
Interim inter consanguineos probata connubia. n. 13.
Excessus gentilium tantum reprobatus. n. 14.
Præcise Deus personas enumerauit iungi prohibitas, n. 15.
Non gradus numerauit, n. 16.
Ab Israelitis ignoratos. n. 17.
Matrimonium cum vxoris sorore prohibitum sub tribus conditionibus. n. 18.
Inprimis cum viuentis vxoris sorore n. 19.
Et in eius odium et dolorem. n. 20. 35.
Matrimonium cum defuncti fratris vxore in certo casu imperatum. n. 21.
Argumentum ab identitate gradus non stringit. n. 22. 27. 30.
Commendata connubia cum vxoris defunctæ sorore, ex variis causis. n. 23.
Errant, qui polygamiam a Mose Levit. XVIII, 18. prohibitam censent, n. 24. 33.
Postea adhuc permissam. n. 25. 26.
Non absolute prohibitum matrimonium cum fratris defuncti vxore. n. 28.
Quid præstet defunctæ vxoris persuasio ad ducendam sororem? n. 29.
Erroneum est, Deum constituisse, nullam consanguineam ducendam esse. n. 30.
Speneri sententia de hoc matrimonio. n. 31.
Redarguuntur, qui falsis interpretationibus homines constringere cupiunt. n. 32.
Argumentum a contrario sensu non simpliciter reprobandum. n. 34.
Expresse prohibitæ personæ dispensationem non admittunt. n. 35.
Cur Deus prohibuerit, duas sorores simul ducere? n. 37.
Scrupulosa conscientia capti, abstinent rectius. n. 38.
Sola affinitatis ratio non fundat prohibitionem. n. 39.
Decisio. n. 40.

1 Als dieselbe über nachfolgende Fragen unser rechtliches Gutachten begehret, und zc. Diesemnach er belehret seyn will;

I. **Ob ein Göttliches Verbot dem Titio verwehre, seiner verstorbenen Frauen Schwester zu heyrathen?**

II. **Wenn solches nicht ist, ob die aus alten Vorurtheilen noch etwa hier und da überbliebene Meynung einen Anstand gebe, daß einem Menschen dasjenige verschweret, oder gar gewehret werde, was der höchste Gesetzgeber selbsten nicht verwehret?**

III. **Ob mithin ein** magistratus, **der** superioritatem territorialem **und** ius dispensandi **hat, in diesem** casu **nicht** dispensiren **könne?**

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wol bey der ersten Frage insgemein wider solche Ehe angeführet wird, daß allhier 1) ein klares Verbot anzutreffen, allermassen GOtt *Levit.* XIII, *16.* und XX, *21.* expresse verordnet, daß niemand seines Bruders Weib und also eine Frau nicht 2 Brüder nach einander heyra-

heyrathen solle, als welches eine schändliche That sey, und sie ohne Kinder seyn sollen, weil der Bruder seines Bruders Schaam geblösset; woraus denn folgen möchte, daß, was bey zwey Brüdern verboten, auch bey zwey Schwestern verboten seyn müsse, wenn gleich solches nicht
4 deutlich ausgedrücket sey, zumal 2) nicht allein die *Levit* XVIII. benante Personen unter dem Ehe-Verbot zu setzen, sondern auch paritas gradus zu regardiren, und billig zu statuiren sey, quod, vbi idem gradus, eadem quoque prohibitio esse debeat, so daß man bey dem ausdrücklichen Verbot vernünftige Reguln guter Auslegung gelten lassen müsse, bevorab da 3) *vers.* 6. eine allgemeine Ursache solcher Ehe-Verbote zu befinden und verordnet ist, daß niemand sich zu seiner nechsten Bluts-Freundin oder zum Fleisch seines Fleisches thun solle, dieses aber 4) nicht allein auf die consanguinität, sondern auch auf die Schwägerschaft extendiret, und also dafür zu halten sey, daß was zwey Brüdern verboten, auch zwey Schwestern verboten sey, wie dann 5) nach einiger theologo-
5 rum Meynung der vers. 18. nicht von der Ehe zweyer Schwestern, sondern von der simultanea polygamia handelt, und also zu verstehen seyn soll: Du solt zu deiner Frauen keine andere heyrathen, nachdem bekant ist, daß in heil. Schrift die Weibespersonen Schwestern, die Mannespersonen aber Brüder genannt werden.

PFAFF. *de fœdere connub. qu.* 4.

6 Und wenn gleich 6) der gedachte versiculus von der Frauen leiblicher Schwester handeln solte, dennoch das daraus gezogene Argument, daß einer nach der Frauen Tode deren Schwester zu heyrathen wol befugt sey, nur a contrario sensu sey, welches sehr unsicher und nicht allemal schliesse, weil sonsten daraus folgen würde, daß iemand bey seiner Frauen Lebezeiten mit ihrem Willen auch die andere heyrathen könne, über-
7 haupt aber 7) diese Ehe-Verbote unter die leges positiuas vniuersales zu rechnen und also unter den Christen heilig zu halten,

1 Cor. V, *1 seqq.*

man dahero 8) was vor dem Gesetze ex moribus gentium communibus geschehen,

Exod. II, 7. VI, *20.*

kein argument ziehen könne, als welches facti nicht iuris sey, daher auch das Exempel Jacobs nicht ad consequentiam zu ziehen. Insgemein
8 aber 9) da diese quæstio streitig und zweifelhaftig, bey der andern Frage dafür zu halten, daß es sicherer sey, von solcher Ehe zu abstiniren, und sich gegen alle Gewissens-scrupel zu verwahren, cum in dubio abstinendum sit, wie denn die acta Oettingensia darlegen, wie vielen Streitigkeiten diese Ehe unterworfen, und offenbar sey, daß GOtt gleichwol die Ehe mit des Mannes Bruder nach seinem Tode verboten, zumal bey dem Leben desselben es ohnedem als ein Ehebruch anzusehen,

Levit. XX, *10. 21.*

9 und was *Deut.* XXV, *5.* in casu Leuiratus geboten, keinesweges erweisen möchte, daß die Ehe mit zweyen Brüdern bey uns ebenfalls zugelassen sey, nachdem bekant, daß solches in denen besondern Umständen der jüdischen republic beruhet, welche bey uns gäntzlich cessiren, hergegen das generale Verbot *Lev.* XVIII, *16.* übrig bleibet; und 10) dabey zu erwegen, daß 10
kein Mann seines verstorbenen Bruders Weib heyrathen dürfe, weil sie seines Bruders Schaam sey, welches die Blut-Verwandschaft andeute, also ebenfalls eine Frau ihrer Schwester Mann nicht heyrathen dürfe, weil dieser ihrer Schwester und naher Anverwandtin Mann sey, diesemnach 11) bey der dritten Frage es das Ansehen gewinnen will, als wenn diese Ehe indispensabel zu achten, da so viele Gründe ihr entgegen stehen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch von denen Auslegern der 11
heil. Schrift bey denen Ehe-Verboten viele Irrthümer aus Unwissenheit der Alterthümer eingeführet sind, und nicht observiret worden, daß, da die Israeliten unter denen Egyptiern gelebet, sie deren Gebräuche im Heyrathen angenommen, und nach dieser Völcker Weise in denen allernähesten Graden zu heyrathen für erlaubet gehalten, zumal aus dem Rechte der Natur in linea collaterali kein Verbot hergeleitet werden könne, welches aber GOtt nach seiner Weisheit nicht gäntzlich gebiliget, und dahero *Levit.* XVIII, *3.* ihnen verboten, daß sie nach den Wercken des Landes Egypten, und Canaan, dahin sie geführet worden, noch nach ihrer Weise sich halten solten, als welche so gar zwischen Brüdern und Schwestern die Ehe zugelassen, auch so gar die Rechtglaubigen, so lange kein Göttliches Verbot gewesen, in denen nachgehends verbotenen casibus sich verheyrathet, GOtt aber diesem Mißbrauch der Völcker die allgemeine Regel *Levit.* XVIII, *6.* ent- 12
gegen gesetzet, daß niemand seine nechste Bluts-Freundinne heyrathen solle, ob er wol dadurch nicht verboten, in seinem Stamm und Geschlechte zu heyrathen, vielmehr GOtt selbsten verordnet, daß die Kinder Israel im Hey- 13
rathen bey ihrem Stamm und Geschlechte bleiben, und also ausser ihrer Freundschaft nicht heyrathen solten,

Num. XXXVI, *6 seqq.*
Tob. VII, *14.*

als ein unfehlbares Zeugniß, daß die Bluts-Freundschaft selbsten nach denen Sitten der meisten Völcker, nicht denen Ehen entgegen gestanden, sondern vielmehr GOtt wolgefällig gewesen, im Heyrathen bey seiner Freundschaft zu bleiben, wenn er nur von denen allernähesten Personen, die GOtt insbesondere specificiret, keine heyrathen würde, zumal darinn die Heyden und Völcker bisher excediret, und ob- 14
ne allen Unterschied in ihre Freundschaft geheyrathet, welches GOtt bewogen, die Personen eigentlich zu bestimmen, mit denen die Israeliten

ten keine Heyrath treffen solten, und zwar mit
15 destomehrerer Sorgfalt in zweyen nacheinander
folgenden Capiteln als XVIII. und XX. weil
er mit einem halsstarrigen und von denen Egyp-
tiern gantz verdorbenen und verfinsterten Volcke
zu thun hatte, denen auch die allergemeinesten
principia iuris naturæ eingeschärfet, und auf
das genaueste erkläret werden müsten, wie

FLEVRY, von den Sitten der Israe-
liten

deutlich gewiesen, also um desto mehr eine ge-
naue Bestimmung aller verbotenen Personen
nöthig gewesen, welche auch Moses in gedach-
ten beyden Capiteln erzehlet; anerwogen wenn
er der Römischen Lehre nachgehen, und die
16 gradus bestimmen wollen, er nicht nöthig ge-
habt, die Personen so genau und sorgfältig zu
benennen, bevorab da bishero keine Ehe-Ver-
bot gewesen, sondern die Israeliten nach de-
nen Sitten der andern Völckern im Heyrathen
sich gerichtet, die Israeliten auch von der
17 computatione graduum bey der vorhergehen-
den Freyheit wenig gewust, dahero auch diejen-
gen unvorsichtig handeln, die Mosen nach der
römischen computatione graduum erklären,
und also schliessen wollen: inter quas perso-
nas idem gradus adest: inter illas quoque
eadem prohibitio est, dessen Gegentheil aus
der itzt in der Frage befindlichen Ehe erhellet,
da die Ehe mit der Frauen Schwester unter
dreyerley Einschränckungen nur verboten:

18 1) daß kein Mann zugleich zwey Schwestern
heyrathen solle, als welches das Haus-Creutz
vermehrete, da ohnedem schon die Vielwei-
berey unzehlige incommoda nach sich zöge:

1 Sam. I, *6.*

19 2) daß er bey ihrem Leben sich dessen enthalten
müste, weil nach ihrem Tode unter denen
Schwestern wegen des Mannes kein Zwie-
tracht mehr zu befürchten, ja die alten inter-
pretes legum selber diese Ehe mit der verstor-
benen Frauen Schwester recommendiret und
privilegiret:

de LVDEWIG *P.* II. der Gelehrten
Anzeige *ad ann. 1737.* Stück *133. §. 10. 11.*
p. 716.

20 3) daß solches ihr nicht zum Tort, sie zu quä-
len und zu drücken, geschehe, dahero denn in
dem TARGVM ONCKELOS in seiner Chal-
däischen Uebersetzung es also lautet: Du solt
kein Weib mit ihrer Schwester nehmen, sie
zu ängstigen, da du neben ihr bey ihrem Le-
ben ihre Schaam blössest, und im TARGVM
IONATHANS: Du solt kein Weib bey Le-
bezeiten ihrer Schwester zur Frau nehmen,
sie zu quälen. Da du ihre Schaam neben
ihr verschmähest alle Tage ihres Lebens.

IDEM *cit. l. §. 8.*

21 Hergegen bey der Ehe mit des verstorbenen Man-
nes Bruder, ob es gleich idem gradus gewesen,
theils ein Verbot

Levit. XVIII, *16.*

theils ein Gebot anzutreffen,

Deut. XXV, *5.*

welches letztere zwar auf den besonderen statum
reipublicæ iudaicæ gehet, iedoch anzeiget, daß
keine turpitudo naturalis oder moralis ex ra-
tione sanguinis in solcher Ehe stecke, denn
GOtt sonsten nimmermehr in dem gesetzten Fall
diese Ehe geboten haben würde, vielmehr ohne
Zweifel auch nur diese Ehe bey dem Leben des
Mannes verboten gewesen ist, ausserdem man
auch nicht schlechterdings von einem gradu zum 22
andern argumentiren könne, wie die dissentien-
tes insgemein thun, und in diesem præiudicio
ihr gantzes Heil suchen, da doch bey einer Schwe-
ster nach ihrer Schwester Tode besondere Ursa- 23
chen zu finden, warum GOtt solche Ehe zuge-
lassen, weil ihr Schwager auf sie sein gantzes
Vertrauen setzen, sie ihm seine Haushaltung
führen, seine und ihrer leiblichen Schwester-
Kinder erziehen und verpflegen, und dem Wit-
wer alle Handreichung thun könte, so daß die
Schriftgelehrten dieserwegen solche Ehe re-
commendiret, eine Schwester auch sich ih-
res Schwagers Haus mit gehöriger Sorg-
falt nicht eben annehmen würde, wenn ihr
alle Hoffnung ihn nach dem Tode ihrer
Schwester zu heyrathen, benommen gewesen,
welches mehr Schade und Unheil in denen Fa-
milien, als Wolseyn, angerichtet haben wür-
de. Uebrigens wol ohnstreitig ist, daß an dem 24
gedachten Ort nicht von der Vielweiberey, son-
dern von der Ehe mit der verstorbenen Frauen
Schwester gehandelt werde, anerwogen ob
gleich das Wort Schwester auch einen signi-
ficatum generalem hat, dennoch hier, allwo von
verbotener Ehe gehandelt ist, in speciali et
proprio sensu, welcher der vornehmste ist, an-
genommen werden muß, eben wie das Wort
Levit. XVIII, *9.* vorkommt, welches aber
der Weisheit GOttes zuwider seyn würde, da
grössere Dunckelheit und Zweydeutigkeit daraus
entstehen würde, wenn man das Wort Schwe-
ster in vers. 18. anders, als es in vers. 9. 11.
12. 13. stehet, nehmen wolte, oder man müste
auch sagen, daß einem ieden Israeliten vers. 16.
verboten gewesen, eine Wittwe zu heyrathen,
weil in sensu latiori auch ieder Israeliter
Bruder genant werde,

Deut. XV, *3. 7. 12.* XXII, *1. 2. 3. 4. etc.*

dahey denn absonderlich noch zu mercken, daß 25
die Vielweiberey denen Israeliten nach wie vor
zugelassen geblieben, ja davon selbsten noch
von Mose besondere Gesetze, als

Deut. XVII, *17.* XXI, *15.*

gemachet worden, wie auch solches die nach-
folgende praxis bey denen GOtt wolgefälligen
Personen klar bestätiget.

1 Sam. I, *2. 2 Sam.* III, *2. sqq.*

Dahero ein grosser Theologus gar bedencklich
schreibet: Cum vox *Soror* ambigua, adeo
vt etiam quæuis consanguinea, affinis, et
popularis significetur, fuerunt, qui poly-
gamiam hic prohiberi censuerunt, sine vlla
ratione a propria et genuina vocis significa-
tione discedentes, nec satis reputantes,
quod

quod constans et perpetua Ebræorum consuetudo huic interpretationi repugnet.
BVDDEVS *in theol. morali P. II. cap. 3. sect. 6. §. 13. in not. p. 770.*

26 Daß dahero diejenigen der Heil. Schrift grosse Gewalt anthun, die dergleichen unvernünftige Erklärung zum Vorschub ihrer Vorurtheile noch behaupten, und damit sie nur ihre vorgefassete Meinung defendiren möchten, alles annehmen, was derselben favorisiret, welches keinen vernünftigen Ausleger zustehet. Welchem denn nicht entgegen stehet, was in rationibus dubitandi an-
27 geführet worden, zumal ad 1) bereits dargethan ist, daß man in lege Mosaica von der identitate gradus kein argument hernehmen könne, nisi eadem prorsus et in omnibus identitatis ratio adsit, so in casu, mit der Frauen Schwester und des Mannes Bruder nicht zu finden, wie bereits dargethan und dabey behauptet ist, was für Vorurtheile aus der Ehe mit der Frauen die Männer sich versprechen können, weswegen auch GOtt diese nicht absolute, sondern secun-
28 dum quid verboten; wiewol auch viele sind, die auch die Ehe mit des Mannes Bruder für dispensabel halten, und den vers. 16. allein auf den casum, daß niemand seines Brudern Frau, nachdem sie von ihrem Mann geschieden ist, heyrathen solle, restringiren, und also in beyden Fällen noch eine Gleichheit zugleich antreffen,
GEORG. HENR. AYRER *de iure dispens. circa connubia P. II. sect. 2. in append. n. 9.*

29 welches man aber hier nicht ferner ausführen, sondern nur bey dieser ietzigen Heyrath des Titii dieses besonders anmercken will, mit was empressement dessen Ehefrau Caia ihn ersuchet, ihre Schwester zu heyrathen, und wie liebreich sie für ihn nach ihrem Tode gesorget, und dabey ohne Zweifel befürchtet, daß er mit einer fremden nicht so wol als mit ihrer Schwester, die sie am besten gekannt, und wozu sie ein besonderes Vertrauen fassen können, verwahret werden möchte; also es ihr nicht zuwider gewesen, sondern vielmehr zum grossen soulagement gereichet, daß ihr Mann Titius sich dazu willig erwiesen, wie denn auch die Gemüths-Vereinigung unter dem Titio und seiner verstorbenen Frauen Schwester Mevia darauf erfolget, und sowol deren Mutter Sempronia als der gantzen Familie allgemeines votum abzielet, daß es hart seyn würde, diese genauere Vereinigung durch ungegründeten Gewissens-Scrupel zu verhindern, und durch gekünstelte und gezwungene Erklärung den wahren Verstand des göttlichen Gesetzes in unnöthigen Zweifel zu ziehen, viel-
30 mehr ad 2) es genug seyn kan, daß GOtt nicht schlechterdings auf die gradus identitatem gesehen, auch in einerley gradu nicht einerley Verbot geleget, wie absonderlich in præsenti casu zu sehen, ja auch zwar die Ehe mit des Vaters und Mutter Schwester verboten, weil es sich nicht schicken wollen, diejenige, die man als Mutter veneriren müste, herunter zu setzen, und dieselbe zum Gehorsam als Frau zu bringen;
Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

hingegen von des Vaters und Mutter Bruder kein Verbot zu befinden, weil daselbst keine confusio respectuum zu befürchten, sondern in beyden Fällen die Frau im vorigen statu subiectionis verblieben, wie die interpretes legis Mosaicæ gar klar bemercken, anbey daraus offenbar ist, daß wenn ratio diuersitatis angegeben werden kan, man ex identitatis ratione nach göttlichem Gesetze keinen Schluß machen könne, als in welchem nach der computatione graduum Romana nicht zu rechnen, sondern bloß die Personen, die GOtt specificiret, oder wenn wenigstens eadem prorsus ratio mit denen specificirten vorhanden, anzusehen sind. Uebrigens 31
ad 3) aus dem *vers. 6. Levit.* XVIII. nichts mehr zu schliessen, als daß GOTT, ohngeachtet er die Ehen in der Freundschaft der Personen fest gesetzet, er doch die gar zu nahe Bluts-Freunde ausgeschlossen habe, dabey aber doch, welche eigentlich unter dem Verbot zu befinden, anzeigen und specificiren wollen, welches absonderlich in tam agresti populo nöthig gewesen, wie schon oben in ratione decid. gewiesen, anderer Gestalt wir mit den patribus in gleichen Irrthum verfallen würden, welche bekanter Massen aus diesem versiculo behauptet, daß, soweit man noch die Bluts-Freundschaft dencken könne, die Ehe verboten sey, gegen welche Meinung der selige SPENER *in consil. Theol. Lat. P. II. c. 4. p. 105.* selbst geeifert, und gewünschet, daß man stricte bey der prohibitione diuina geblieben wäre, er auch bey dem casu præsenti de matrimonio cum defunctæ vxoris sorore p. 99. in grossen Zweiffel gerathen, ob man schlechterdings daselbst ein Verbot antreffen könne, und hinzu thut: vt prohibitioni diuinæ vix amplius eadem animi plerophoria insistam, vix aliud validius me commouit argumentum, quam quod omnium simplicissimum est, a bonitate et sapientia legislatoris, quæ vix ferent, vt eiusmodi leges conscientiam obligantes aliis, quam clarissimis verbis, exprimantur, quibus rationabile nullum subesse queat dubium; vt magis magisque ambigam, an in causis matrimonialibus vllæ saltim paulo longius deductæ admitti debeant consequentiæ, quæ a lege modo videntur abhorrere. Wor- 32
aus man leicht abnehmen kan, wie übel dieselbe handeln, welche mit aller Gewalt der Menschen Gewissen fangen und wider die Göttliche Absicht bestricken wollen, welches in gegenwärtigem Fall um deswegen zu billigen, als GOtt selbsten die Ehe mit der Frauen Schwester zwar eingeschrencket, aber nicht absolute verboten, und ohngeachtet ad 4) einige casus affinitatis daselbsten angemercket sind, doch nur weniae, und zwar auf differente Art verboten worden. Hergegen ad 5) die recht wun- 33
derliche Erklärung von der Vielweiberey *v. 18. Levit.* XVIII. so beschaffen ist, daß sich dessen Theologi billig schämen solten, wie bereits ab absurdo oben dargethan, und ad 6) ferner die richtige Erklärung von der Heyrath mit der Frauen

Schwester aus dem Text klar behauptet ist, man
34 auch nicht absehen kan, warum man kein Argumentum a contrario sensu, si euidens ratio diuersitatis dari nequit, sicher schliessen könne, hergegen die Schrancken, die GOtt dieser Ehe gesetzet, als überflüßig, unnütze und verwerflich zu halten verbunden sey, weil, wenn GOtt diese Ehe absolute verboten, er nicht nöthig gehabt, derselben die drey Schrancken zu setzen; darneben der gefährliche Schluß daraus nicht zu befürchten, wenn man nach des ON-
35 CKELOS und IONATHANS oben angeführter Erklärung die Worte: ihr zu wider h. e. ihr zum Tort, sie zu quälen, annimmt, als welches geschiehet, wenn der Mann seiner Frauen einen Scheide-Brief gabe, und deren Schwester, bloß seine Frau zu quälen und zu ängstigen, heyrathete, welches GOtt allein verhindern
36 wollen, ob man wol ad 7) gerne annimmt, daß alle die *Levit.* XVIII. und XX. verbotene Personen noch heute zu Tage sich nicht verheyrathen dürfen, davon aber nicht, sondern allein
37 davon die Frage ist, ob die quæstionirte Ehe verboten sey, welches auch ad 8) zu erinnern, und eben das Exempel Jacobs die Bewegungs-Ursache anzeiget, warum es GOtt gefallen, die Ehe mit zweyen Schwestern zu gleicher Zeit zu verbieten, welches aber ad casum defunctæ
38 vxoris nicht zu ziehen. Uebrigens ad 9) ein anders ist, eines andern Gewissen ohne zureichenden Grund einen Strick anzulegen: ein anders einem, der sich aus solcher Ehe ein Gewissen machet, dergleichen Ehe anzurathen, und da wir dergleichen nicht thun, sondern vielmehr auch demjenigen, der sich wegen Essens der erstickten Thiere aus Schwachheit ein Gewissen machet, davon abrathen; also auch im Gegentheil, da wir über die Frage in hypothesi antworten sollen und keine Personen antreffen, die ihr Gewissen wollen gefangen nehmen lassen, wir auch den wahren Verstand des göttlichen Gesetzes nach unserer Einsicht anzeigen, und ohne præiudicio auctoritatis antworten müssen, bevorab da eingie bey der hiesigen theologischen Facultät selbsten mit uns einstimmig sind, ob wol secundum maiora die responsa abgefasset werden, wir also ad 10) zu antworten desto unnö- 39
thiger finden, als keine consanguinitas oder Bluts-Freundschaft mit der Frauen Schwester oder Mannes Bruder, sondern bloß das impedimentum adfinitatis anzutreffen, weil sonsten GOtt nicht geboten haben könte, daß ein Mann in dem *Deut.* XXV, 5. gesetzten casu seines verstorbenen Bruders Witwe heyrathen solte, als welches voraus setzet, daß solche Ehe nach des Mannes Tode mit seinem Bruder erlaubet gewesen seyn müsse.

So halten wir dafür, daß in dem quæstio- 40
nirten casu, seiner verstorbenen Frauen Schwester zu heyrathen kein Göttlich Verbot anzutreffen, sondern der Magistratus zu Speyer wol darin dispensiren könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE AVG. MDCCXLIV.

DECISIO XCV.

THEMA.

Separatio quoad thorum et mensam, cessante emendatione vitæ, prolongari potest.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Separatio quoad thorum et mensam est remedium prouisionale, n. 2.
Et a paribus in perpetuam separationem conuerti non debet. ibid. et n. 3. 5.
Iusta iracundia excusat. n. 4. 8.
Post elapsum tempus separationis quoad thorum et mensam redintegratio matrimonii aliter locum non habet, quam si emendata vita priori sibem præbet coniux honesti et concordis postea matrimonii. n. 6.
Quo cessante separatio temporalis prolongari potest. n. 7. 8.
Decisio. n. 9.

Auf eingewante remedia extraordinaria und erfolgtes Verfahren in Sachen Martin Heinrich S. appellaten und respective imploranten an einem und Dorothea Elisabeth K. appellantinne und respective imploratin am andern Theil, erkennen Wir W. nach vorgehabtem Rath unserer Rechts-Gelehrten für Recht.

Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, 1
daß es bewandten Umständen nach bey dem fol. 395. befindlichen und den 9. Febr. 1736. eröfneten Urtheil nicht unbillig zu lassen, iedoch mit der Erklärung, daß nach Verlauf der zwey gesetzten Jahr appellaten und imploranten fernerweit keine Aussucht und Nachsicht zu verstatten, sondern

sondern er auf den verweigerungs Fall durch gebührende Zwangsmittel, seine Frau, die imploratinne, wieder zu sich zu nehmen, anzuhalten sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol in sententia vom 9. Febr. 1736. abermal die separatio quoad thorum et mensam zwischen imploranten und imploratin noch auf zwey Jahr extendiret worden, und es 1) das Ansehen gewinnen will, daß implorant und appellat nichts anders intendire, als eine perpetuam separationem zwischen ihm und seiner Frauen zu machen; worinn ihm 2) keinesweges zu fugen ist, weil dergleichen interims-und provisional-Verordnung nur auf eine Zeitlang geschehen muß ad maiora mala præcauenda, keinesweges aber eine perpetua separatio quoad thorum et mensam zu verstatten, als welche nicht weiter ein remedium prouisionale, sondern für ein wahres diuortium billig zu achten seyn würde.

NICOLAI *de diuort. et repud. P. 2. c. 5. n. 8.*

3 Dieserwegen da 3) bereits die erste separatio, so auf ein Jahr geschehen, auf zwey Jahr ferner aus bewegenden Ursachen erweitert, und sich nach Ablauf solcher zwey Jahr die appellantinne gemeldet, und zu ihrem Ehemann wieder verlanget, es das Ansehen gewinnen will, als wenn er dazu schlechterdings anzuhalten gewesen, worauf auch das fol. 456. befindliche Urthel reflectiret, bevorab da 4) aus dem geführten Beweiß nichts sonderliches heraus gebracht worden, das sie grauiren möchte, zumal, daß sie pendente appellatione zu W. den König angegangen, und ein Memorial wegen ihres Mannes übergeben, ein unverboten Werck gewesen, dabey gleichwol appellat nicht erwiesen, daß sie ihn dadurch vom Brodt bringen wollen, dieweil die Zeugen das memorial gar nicht gelesen, und ratione tenoris ihre Unwissenheit angeführet,

4 ihr auch 5) keinen sonderlichen Verdacht bringet, daß sie mit ihrem so nahen Anverwandten, ohngeachtet er ein lediger Kerl gewesen, nach W. sich begeben, als dessen assistence und Gesellschaft sie bloß gesuchet; und ob zwar 6) die Zeugen deponiren, daß sie auf ihren Mann geschmälet, und ihn einen Hurer, der Huren-Kinder laufen hätte, genannt, solches doch damals ex iusta iracundia geschehen, und sie dahero dabey zu excusiren seyn möchte, daß er durch seinen Umgang mit der Magd Gelegenheit dazu gegeben, dieserwegen es scheinen will, daß es bey dem letztern fol. 456. befindlichen Urthel zu lassen gewesen.

Rationes decidendi.

5 Weil aber dennoch ad 1) durch die angehengte declaration des imploranten und appellaten Absichten schon vorgebauet, und dabey erkannt worden, daß ihm nunmehro, da das letztere biennium in kurtzer Frist ohnedem abgelaufen ist, nicht weiter nachzusehen, sondern die Versöhnung dieser Ehe-Leute mit allem Ernst wieder herzustellen, auch appellat und implorant anzuhalten sey, seine Frau wieder zu sich zu nehmen, hingegen durch Vermeidung alles bösen Scheins mit ihr friedlich zu leben, zumal nach dem ersten rotulo testium die Zeugen den imploranten nicht von aller Schuld lossprechen, sondern deponiren, daß wenn er die Magd, worüber alles Unheil zwischen diesen Ehe-Leuten entsprungen, beyzeiten abgeschaffet, und nicht halsstarrig ihre Parthey gegen seine Frau genommen, die erfolgte Uneinigkeit leicht verhütet werden könte. Bey solcher Beschaffenheit also 2) da die imploratinne gleichwol anfänglich sehr excediret, und sich unanständig gegen ihren Mann aufgeführet, zwar keine perpetua separatio dem imploranten, so er intendiren mag, zu verstatten, iedoch aber auch, weil anfänglich wegen der imploratinnen üblen Aufführung gegen ihren Mann die separatio auf ein Jahr und nachgehends noch auf zwey Jahr, decretiret, nach deren Ablauf die redintegratio matrimonii nicht anders erkannt werden können, quam si, emendata vita priore, spem præbeat coniux honesti et concordis postea matrimonii,

6

CARPZ. *lib. 2. iurispr. conf. def. 216.*
NICOLAI *cit. l. n. 71.*

welches aber damals sich noch nicht ereuget, und deswegen fol. 304. dem imploraten seine dagegen eingewandte exception zu erweisen vorbehalten, welchen Beweis er auch fol. 323. angetreten, und ad 4) darin beygebracht, daß die

7 imploratinne von ihrem Eifer-Geiste, woher alles zwischen diesen Ehe-Leuten erfolgtes Unglück hergerühret, pendente appellatione noch nicht nachgelassen, zu W. gegen die Zeugen auf ihren Ehemann sehr geschmälet, ihn für einen Hurer gescholten, und ihm beygemessen, daß er Huren-Kinder laufen hätte, welches keine emendationem vitæ, und daß sie zur völligen Aussöhnung mit ihrem Ehemann bereits aufgeleget sey, erwiesen, vielmehr dargethan, daß sie damals dazu noch nicht capable gewesen sey, dergestalt, daß vor der Hand die separatio noch nicht aufgehoben, und dem imploranten angemuthet werden können, die imploratinne wieder zu sich zu nehmen. Und ob wol ad 5) nicht dargethan, daß sie gegen ihren Mann bey Sr. Kön.

8 Majestät etwas arges intendiret, oder ihn von seinem Dienst bringen wollen, noch mit ihrem nahen Bluts-Freunde einen verdächtigen Umgang gepflogen; dennoch ad 6) gnug ist, daß sie ihr zänckisches Gemüth und Unversöhnlichkeit gegen ihren Ehemann damals noch bezeuget, sie auch dagegen die excuse, daß sie solches wohl ex iusta iracundiæ causa gethan haben möchte, nicht entschuldigen kan, da sie vielmehr dadurch sich selbsten schuld gegeben, daß sie durch die dreyjährige separation noch nicht zu gesunderen Gedancken gebracht sey, nunmehro aber, da bereits fast wieder zwey Jahre verflossen, zu

hoffen stehet, daß sie inzwischen klüger geworden, und gelernet, ihrem Mann besser vorzugehen, gleichwie auch dieser anzuweisen, keine Gelegenheit durch verdächtige Wege seiner Frauen zum neuen Eifer zu geben, sondern nunmehr, nach Ablauf dieser letzten zwey Jahre, die Versöhnung zwischen diesen beyden Ehe-Leuten vorzunehmen, und sie wieder zusammen zu bringen sind.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen. 9

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IAN. MDCCXXXVIII.

RESPONSVM XCVI.

THEMA.

Quatenus ob superuenientem maniam vel dementiam coniugis diuortio locus sit.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1. 2.
Diuortio a plurimis Dd. non aliter locus conceditur, nisi ob adulterium et malitiosam desertionem. n. 3.
Furor superueniens matrimonium non dissolvit, n. 4.
præsertim si spes sit, quod furiosus reconualescet. n. 5. 6. 7.
Qui causam dedit adulterio postea ex capite eius ad diuortium agere nequit. n. 8.
Ex doctrina Christi dissolutio matrimonii totalis ex causa fornicationis, vel quod rationem eius habet, decernitur. n. 9.
Quod exemplis illustratur. n. 10. 11.
Princeps circa diuortium ob maniam vel dementiam coniugis dispensare potest. n. 12.
Ad exemplum imperatorum Christianorum. n. 13. 14.
Ob insidias vitæ structas diuortium concedi potest, n. 15.
adeo vt nec cautioni locus sit. n. 18.
Soluto matrimonio ob maniam vel dementiam coniux non obstante diuortio ad dies vitæ incarcerato ad alimenta tenetur, n. 16.
Soli mali mores diuortium non operantur, n. 17.
nisi vsus rationis corrumpatur. ibid.
Diuortio ob dementiam mariti locus est, licet vxor innocens postea adulterium commiserit. n. 19.
Decisio. n. 20.

Als ihr uns eine facti speciem nebst beygefügten 2. vol. act. und einer Frage zugeschicket ꝛc.

1 Ist Johann Heinrich K. von profession ein Posamentirer, wegen seines liederlichen Lebens und daraus entstandener maniæ cum malitia coniunctæ bereits in anno 1742. ins Zuchthaus nach Halle gebracht worden, da indessen seine Ehefrau Anna Regina K. die Posamentirer Arbeit mittels Gesellen Hülfe continuiret, um den Unterhalt für sich und den im Zuchthause sitzenden Manne, und vier unerzogene Kinder zu gewinnen, iedoch dabey Gelegenheit erhalten, sich zu vergehen und mit dem einen Gesellen, Namens B. fleischlich einzulassen, dergestalt daß, nachdem sie davon schwanger geworden, sie das Kind heimlich geboren, nach der Geburt exponiret, iedoch solches lebendig bald darauf gefunden, seiner Mutter aber wieder eingehändiget worden, und sie darauf in inquisition nebst dem gedachten Gesellen gerathen, und das fol. 133. befindliche Urtheil gegen beyde erkant, ihr in der defension ferneres Gesuch aber, daß sie von ihrem im Zuchthauß sitzenden Mann gäntzlich geschieden werden möchte, von uns in gedachtem Urtheil und dessen rationibus zu fernerer Untersuchung des consistorii und disposition Serenissimi ausgesetzet worden. Vermeinet nun die K. Ehefrau genöthiget zu seyn, die gäntzliche separation und Aufhebung der bishero mit ihrem Manne geführten Ehe zu suchen, und ist gesonnen, vermittels der Beylage sub A sich ad Serenissimum zu wenden, will deßwegen belehret seyn:

Quæstio

2 Ob Serenissimus nach denen Rechten die von der K. demüthigst gesuchte dissolutionem totalem matrimonii und anderweitige Verheyrathung gnädigst Statt finden lassen könne?

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol hieran deswegen gezweifelt werden möchte, weil 1) nach der meisten protestantischen

schen Lehrer Meynung nur hauptsächlich ex causa adulterii et malitiosæ desertionis die Ehescheidung, und zwar per modum exceptionis, zugelassen, sonsten aber die Ehe nach der heiligen Absicht GOttes indissolubel sey, so daß in dubio casu man billig von der Ehescheidung abs-
4 trahiren müsse; niemand aber 2) leugnen wird, daß hier ein casus maxime dubius vorhanden, allermassen aus der gantzen facti specie zu ersehen, daß die K. von ihrem Ehemann theils ob pessimos eius mores und sein unleidliches Betragen: theils ob superuenientem maniam vel dementiam die Ehescheidung verlanget, so doch nicht angehet, cum nequidem furor superueniens matrimonium dissoluat;

c. 25. C. 37. q. 7.

5 bevorab da 3) die pessimi mores noch bey ihm durch das Zuchthaus emendiret werden können, und Hoffnung ist, daß die Frau sich mit dem Mann versöhnen werde, in welchem Fall keine Ehe zu scheiden zulässlich;

1 Cor. VII, 10. 11.

6 ja auch 4) nicht alle Hoffnung zur Heilung seines zerrütteten Gemüths verlohren, und wenn er also wieder von diesem malo restituiret werden solte, er auch ohne allen Zweifel seine vorige Freyheit erhalten, und zu continuirung seines
7 metier zurückkehren wird. Derowegen 5) hier nicht einmal derjenigen Meinung, quod etiam ob relegationem perpetuam vel carcerem perpetuum, ad quem maritus condemnatus est, innocens petere possit diuortium, seine richtige application finden kan, da allhier die condemnatio ad ergastulum perpetuum fehlet, und ihr Mann theils nur zur Sicherheit anderer, denen er in seiner Raserey schaden möchte, theils ob correctionem morum in das hiesige Zuchthaus gesetzet ist, und deßwegen auch von der Frauen verpfleget wird. Nicht
8 zu gedencken, daß 6) die K. nicht einstens pro innocente zu achten, welcher man nur dieses beneficium angedeyen lassen kan, nachdem sie sich dergestalt vergangen, daß sie währender Zeit einen Ehebruch mit ihrem Gesellen B. begangen, den partum adulterinum exponiret, und ob duplex crimen, wiewol bewandten Umständen nach, nur extra ordinem gestrafet ist, es also scheinen will, daß sie sich der gesuchten Gnade bey Serenissimo unwürdig gemachet, und nur dieses daraus gefolget werden möchte, daß ihr Mann nicht einstens ex capite adulterii, als wozu er Gelegenheit gegeben, die Ehescheidung suchen könne.

Rationes decidendi.

9 Dieweil aber dennoch ad 1) zwar der Regul nach die Ehe indissolubel, doch extra ordinem dabey selbsten von Christo die dissolutio matrimonii totalis ex causa fornicationis, vel quod eius rationem habet,

vt dicitur Matthæi V, 32.

10 zugelassen, und daraus offenbar ist, daß nicht allein ab adulterium, sondern auch wegen solcher Laster, wodurch jemand die eheliche Treu, wie durch die Vermischung mit andern, völlig bricht, das diuortium zulässlich sey, aus welchem Grund selbsten Paulus die causam desertionis perpetuæ diesen beygefüget; deren doch Christus nicht gedacht, dieweil darin eine violatio fidei coniugalis perpetua sich befindet, welche noch andere mehr beygefüget werden können.

BOEHMER *de iur. eccl. prot. tom. IV. lit. de diuort. §. 31. sqq.*

Wie dann auch dahin gehöret, wenn der Ehe- 11
mann durch seine extreme Bosheit sich selbsten in den Stand setzet, daß er seiner Frau die eheliche Treu nicht mehr halten kan, sondern entweder zum ewigen Gefängniß condemniret, oder in ein Zuchthaus, daraus zu kommen er alle Hoffnung verlohren, gesetzet ist, welche causa selbsten in dem rescripto des Hertzogs von B. und L. de dato den 19. May 1707. ap- 12
probiret und dadurch dargethan ist, daß ein christlicher Fürst auch wol mehr causas, in quibus idem fundamentum est, zulassen könne, zumal ein solcher Ehemann durch sein unleidliches bestialisches Betragen, und so gar daraus erfolgter Raserey, per indirectum das vinculum coniugale bricht, sich in den Stand per extremam malitiam setzet, daß er seine Frau verlassen muß, und dahero derselbe mit einem malitioso desertore wol en parallel gesetzet werden kan, anerwogen es moraliter auf eins hinaus lauffet, ob der Mann seine Frau malitiose verlässet, oder durch seine Grausamkeit, extreme Bosheit, Unmäßigkeit im Trincken und daraus erfolgte Raserey sich in den Stand setzet, daß Frau und Kinder, nebst andern mit ihm sicher nicht umgehen, sondern er um Sicherheit willen in ein Zuchthaus eingesetzet werden muß, wie bey K. geschehen, von dessen gantz enormer bestialität der rotulus testium defensionalium gantz voll und daraus erwiesen ist, daß er weder GOtt noch Menschen geschonet, ja selbsten seine Hohe Landes-Obrigkeit schmählsüchtig angegriffen, und solche Dinge ausgeübet, die furorem moralem et naturalem anzeigen, welches beydes durch seine gantz ausnehmende Bosheit entstanden; dergestalt daß ad secundum sich hier kein dubium 13
finden will, wenn man diesen Mann als einen desertorem verum malitiosum ansehen, und dabey die Exempel der alten christlichen Käyser vergleichen will, welche nach Beschaffenheit der Unterthanen und um äusserlicher Ruhe und Friede willen ex variis aliis causis die Ehe-Scheidung gebilliget, welche constitutiones selbsten die alten Väter nicht improbiret, sondern wol gesehen, daß solche pro re nata statt finden müssen.

LAVNOIVS *de reg. in matr. potest. p. 322. edit. paris.*

SELDENVS *de vxor. hebr. c. 31.*

Und wenn gleich ein Landes-consistorium hie- 14
bey eine mehrere eingeschränckte Gewalt haben

solte, dennoch ein evangelischer Landes-Herr hierbey freyere Hände hat, daß er pro re nata bey besondern wichtigen Umständen, so hier vorhanden sind, die Ehescheidung wol zulassen kan, beyorab da man wol vorher sehen kan, daß es moraliter unmöglich sey, daß er aus dem Zucht-Haus loskommen und sein Leben und Gemüth sich ändern werde, wie er denn noch itzo nach dem beygefügten attestato in seiner mania begriffen ist, da er doch keine Gelegenheit hat, sich im Branntwein und andern Gesöff anzufüllen; also leicht zu erachten, was künftig geschehen dörfte, wann er wieder loskommen solte, weil alsdann seine Frau ihres Lebens nicht sicher seyn würde, gestalt er dann schon vormals nach der Zeugen Aussage ein grosses mörderliches Messer sich angeschaffet, solches bey sich, und allerhand Dräuungen dabey geführet, so daß die K. zur Sicherheit ihres Lebens ihn müssen in das Zucht-Haus setzen lassen; dabey denn auch wol richtig ist, quod ob insidias vitæ structas diuortium concedi queat,

STRYK *de diu. tot. ob insid. vitæ struct. per tot.*

welches um desto billiger geschehen kan, wenn die K. nebst ihrem künftigen Mann, wie sie zu thun schuldig, sich engagiren solten, ihren itzigen Mann auf lebenszeit im Zucht-Hause zu ernähren, dieses auch um desto nöthiger ist, da er vornemlich auch ihrentwegen in dasselbe gebracht, und einmal in den unglückseligen Zustand gesetzet ist, daß er nichts verdienen kan, wie solches auch in andern ähnlichen Fällen die Gesetze für billig gehalten.

c. 18. C. XXXII. q. 7.

Ferner ad 3) man gerne einräumet, quod soli mali mores et animorum inter coniuges dissidium non possint diuortium operari, wovon eben Paulus am gedachten Orte handelt, und die Versöhnlichkeit unter denen in Uneinigkeit gerathenen Eheleuten anrathet; gleichwol man auch leicht einsehen wird, daß hier dieser Fall nicht, sondern vielmehr ein gantz ausserordentlicher casus vorhanden, da der Mann durch seine Erstaunungs-würdige Bosheit in ein monstrum horrendum sich verwandelt, die Art eines wilden reissenden Thiers, so niemand schonet, und deswegen streng verwahret werden muß, von langer Zeit angenommen, und durch Ausübung vieler unvernünftiger lasterhaften actionum endlich den vsum rationis dergestalt corrumpiret, daß er nicht fato quodam in dementiam gerathen, welches Unglück die Frau sonst ertragen müssen, sondern durch sein unleidliches Betragen gegen GOtt, Frau, Kinder, Landes-Herrn und andere Menschen endlich eine speciem alicuius maniæ sich zugezogen, daß er, wie ein böses reissendes Thier, in Verwahrung gebracht, und zur Sicherheit aller und ieder verwahret werden muß, auch keine Hoffnung übrig bleibet, daß er wieder in vorige Freyheit gesetzet werden könne, wenn auch die sich noch äussernde mentis confusio naturalis sich ändern solte, anerwogen wenn er wieder loskommen solte, der von ihm contrahirte habitus, der Völlerey weiter nachzuhangen, ihn niemals verlassen, sondern ihm die desperatesten Dinge vorzunehmen die Freyheit geben, seiner Ehefrauen aber vernünftig niemand anmuthen wird, daß sie einen solchen gefährlichen Ehegenossen wieder in ihr consortium coniugale, wie er nunmehr verlanget, wieder aufnehmen solle, indem ihr niemand wegen der bevorstehenden Gefahr die Gewehr leisten kan. Sicut in insidiis vitæ semel a coniuge structis semper idem periculum metuendum, vt cautio nulla sufficiat,

STRYK *in vs. mod. ad tit. de diuort. §. 32.*

qua de causa etiam theologi admittunt diuortium, si fœuitia sit incorrigibilis; si leonis instar inhumana crudelitate comparem tractet nec admonitus corrigatur, quia talis malitia et fœuitia desertioni æquiparatur.

GERHARD. *de coniug. §. 631. in f.*

KITZEL *in matrim. synopsi c. 8. theor. 6. tit. 1.*

Wodurch denn ad 4) die vorgeworfene spes emendationis gantz hinweg fällt, und eben ad 5) dieses ihm zur Last gereichet, daß seine Frau zu ihrer und ihrer Kinder Sicherheit bereits in anno 1742. ihn ins hiesige Zuchthaus bringen lassen müssen, und ad 6) durch die per malitiam propriam dadurch verursachte desertion, er veranlasset und Gelegenheit gegeben, daß seine Frau in anno 1744. in das sündliche Vergehen gebracht worden, welches eben ihre pœnam sehr mitiget, wie wir in ratione decidendi unserer Urtheil angezeiget haben, sie sich also ihres Rechts, das diuortium zu suchen, dadurch nicht verlustig, noch der Gnade unwürdig gemachet, bey der höchsten Landes-Obrigkeit ihren Endzweck zu erreichen, zumal sie dadurch in den Stand gesetzet wird, die Posamentirer-Arbeit, wenn sie wieder beyrathet, besser fort zu setzen, ihren unartigen Mann im Zuchthause zu ernähren, ihr in adulterio erzeugtes Kind zu legitimiren, und ihr zerrüttetes Hauswesen wieder in den vorigen Stand zu bringen.

So erhellet hieraus so viel, daß Serenissimus nach denen angeführten Rechten und momenten die von der K. demüthigst gesuchte Ehe-Scheidung und anderweitige Verheyrathung gnädigst Statt finden lassen können, wenn die K. sich verbindlich machet, ihren im Zuchthause sitzenden Mann Lebenslang zu verpflegen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ
MENSE IVNIO MDCCXLV.

RESPON-

RESPONSVM XCVII.

THEMA.

De adulterio præsumto, iusta diuortii causa.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio decidenda. n. 2.
Matrimonium sine causa grauissima non est dissoluendum. n. 3. 8.
Iure diuino duæ tantum causæ diuortii, adulterium et malitiosa desertio, recensentur. n. 4.
Ad probandum adulterium probatio luce meridiana clarior desideratur, n. 5.
non sola vita dissoluta. n. 6.
Si ciuiliter ob adulterium agitur, sufficit, si ex vrgentissimis coniecturis de adulterio constet. n. 7. 8.
Quales recensentur. n. 9. sqq.
Literæ amatoriæ præsumtionem adulterii inducunt. n. 10.
Inter vrgentia adulterii indicia refertur, quando vxor sine permissu viri discedit ex domo mariti et extra lares mariti commoratur. n. 11.
Ex conuersatione cum personis dissolutam vitam agentibus adulterium præsumitur. n. 12.
Vox πορνεία *in sacris literis non tantum adulterium præsumtum, sed omnem impuritatem, adulterii præsumtionem inferentem, denotat.* n. 13.
Ob concubitum inordinatum et sterilitatem per medicamenta procuratam diuortio locus est. n. 14.
Deficiente spe emendationis vitæ separatio quoad thorum et mensam non est decernenda. n. 15.
Decisio. n. 16.

1 ALs uns derselbe eine speciem facti nebst einer Frage zugeschicket, und ꝛc.

Hat Titius, ein Fürstlicher Bedienter, vor ohngefähr ein und einem halben Jahre eine Bürgers Tochter die Meviam, geheyrathet, bey welcher Verbindung an Seiten des Weibesbildes und deren Mutter viele Lügen und Unterdrückung der wahren Umstände mit ihrem vorigen Buhler vorgenommen worden, dergestalt, daß nicht nur Titio eine austrägliche Mitgift versprochen, hingegen nichts gehalten, sondern auch, daß seine damalige Braut mit ihrem ersten Buhler dergestalt vertraulich gewesen, daß bey Zernichtung ihrer Liebe sie sich in einen Fluß gestürtzet, und sich ertrincken wollen, gegen ihm verschwiegen worden. Hat sich auch Zeit währender Ehe dieses Weibes böse Art und Feindschaft gegen ihren Mann mehr und mehr geäussert, indem sie nicht nur den jungen Mannspersonen auf öffentlicher Strasse nachgeruffen, ihnen Küsse zugeworfen, Liebes-Briefe mit ihnen gewechselt, verdächtigen Umgang mit ihnen gepflogen, sich ohne Vorwissen ihres Ehemannes in ihre Wohnung verfüget, viele Stunden bey ihnen verharret, sich daselbst im Wein betruncken, und nachhero die unflätigsten Discourse geführet, nicht weniger von ihrem Ehemann loco inconsueto den Beyschlaf begehret, für die Beywohnung Geld verlanget, die conception der Geburt durch allerley medicamenta zu verhindern gesuchet, bey dem Schlafe ihres Mannes die unanständigsten Dinge gegen ihre Stief-Kinder vorgenommen, mit Kuppelweibern verdächtig gelebet, leichtfertige Bücher gelesen, schändliche Historien erzehlet und unzüchtige Lieder gesungen, bey der von ihrem Mann unternommenen coercition sich zur Wehre gestellet, ihn für eine canaille Schelm und Spitzbuben ausgescholten, und bey allem diesem die Haushaltung gäntzlich negligiret, so daß endlich Titius sich genöthiget befunden, die Meviam von sich zu stossen, wodurch beyde Theile in einen Proceß verwickelt worden, und endlich nach geführter Bescheinigung und Gegenbescheinigung das consistorial decret dahin ausgefallen, daß beyde Theile auf ein Jahr von Tisch und Bette zu scheiden, die Obrigkeit auch schuldig sey, auf die Aufführung der Meviæ genaue Acht zu haben und allenfalls davon zu berichten, über welchen Abschied Titius sich daher, weil das totale vinculum matrimonii nicht aufgehoben worden, graviret befindet, und diesemnach derselbe über folgende Frage aus denen Rechten belehret seyn will:

2 **Ob nicht bey so bewandten Umständen die totale Ehe-Scheidung zu erkennen sey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol 1) der Ehestand sowol nach der Einsetzung GOttes als auch der Lehre Christi für eine solche Verbindung zu halten, welche so leicht nicht getrennet werden kan,

Genes. II, 24.
Matth. XIX, 3. sqq. Marc. X, 2. sqq.

auch

4 auch 2) in der heiligen Schrift bloß diese zwey Ursachen, der Ehebruch und die böswliche Verlassung, für zureichend zur Ehe-Scheidung geachtet worden, beyde Fälle aber 3) im gegenwärtigen casu nicht zu befinden, sondern die gegen Meviam angebrachte momenta theils gar nicht in consideration zu ziehen, theils blosse præsumtiones ausmachen möchten, welche ad probandum adulterium nicht zulänglich sind, vbi desideratur probatio luce meridiana clarior.

ZANGER *de tortur. c. 2. n. 220.*
CARPZOV. *Pr. Crim. qu. 60. n. 22.*

6 Wie denn 4) Titius sich selbst beyzumessen hat, daß er vor Vollziehung der Ehe sich nicht genauer nach der Meviæ ihrer Lebensart, und denen mit ihrem vorigen Buhler gehabten Umständen erkundiget. Gleichergestalt 5) daß Mevia denen jungen Mannspersonen auf öffentlicher Strasse nachgeruffen, die Hände in ihren Schoß geleget, nachtheilige discourse mit ihnen von ihrem Ehemann geführet, sich öfters im Wein betruncken, und in der Trunckenheit unflätige discourse geführet, leichtfertige Bücher gelesen, schändliche Historien erzehlet, unzüchtige Lieder gesungen, und sonst gottlos gelebet, dabey auch ihren Ehemann geschimpfet, und die Haushaltung negligiret, lauter solche circumstantiæ sind, die lediglich ihre unanständige Lebensart, nicht aber ein adulterium perpetratum anzeigen, um welcher Willen allein kein diuortium decerniret werden kan. Endlich
7 6) daß dieselbe Geld für den Beyschlaf gefodert, und medicamenta ad procurandam sterilitatem gebrauchet, abermals zur Ehe-Scheidung nicht hinreichen, zumal es schwer fallen dürfte, dieselbe zu überzeugen, daß sie hoc animo die medicamenta genommen, folglich bey diesen Umständen es das Ansehen gewinnet, als ob die totale Ehescheidung bewandten Umständen nach nicht Statt finden könne.

Rationes decidendi.

8 Dieweil aber dennoch 1) aus der Göttlichen Einsetzung des Ehestandes und dessen Verbindlichkeit nur so viel erfolget, daß die divortia nicht promiscue zugelassen werden können, sondern eine prægnans ratio dabey vorhergehen müsse, zu dem Ende auch 2) Christus und der Apostel Paulus hauptsächlich auf den Ehebruch und bösliche Verlassung gesehen, und in dergleichen Fällen die Ehe-Scheidung zugelassen; davon der erstere Fall in gegenwärtigem casu nicht undeutlich anzutreffen, anerwogen
10 3) billig ein Unterscheid zu machen, ob man des Ehebruchs halber civiliter oder criminaliter klage, da zwar im letztern probatio consummati adulterii erfodert wird, hingegen in dem ersten casu dieses nicht vonnöthen, vbi sufficit, si ex vrgentissimis coniecturis de adulterio constet.

c. 12. X. de præsum.
STRYK *in V. M. tit. de divort. §. 53.*
LYNKER *Responsa 30. n. 11. sqq.*

Dergleichen starcke Vermuthungen hier nicht ermangeln, sintemalen 4) nach Anleitung des uns zugeschickten Berichts Mevia denen jungen Mannspersonen auf der öffentlichen Gasse Küsse zugeworfen, und ihnen allerhand zur Geilheit anlockende Figuren gezeiget, sich auch selbst berühmet, daß sie von jungen Mannspersonen Liebes-Briefe erhalten, und weil die Ausstellerderselben die Gelegenheit nicht hätten, dasjenige zu küssen, welches die Schamhaftigkeit zu bedecken suchte, mittelst der Briefe solches verrichten solten. Welche momenta 5) ob sie gleich remotiora zu seyn scheinen, dennoch nicht gäntzlich bey Seite zu setzen, sondern wenigstens der Meviæ ihr geiles Gemüth an den Tag legen, zumal bekant ist, quod literæ amatoriæ præsumtionem adulterii inducant;

MENOCH. *V. præs. 41. n. 39.*
SANCHEZ *de matrim. lib. X. disp. 12. n. 48.*

sonderlich 6) diese præsumtio dadurch sehr be- 11
stärcket wird, daß die Mevia mit jungen Mannspersonen gar öfters verdächtigen Umgang gepflogen, die Hände in deren Schoß geleget, sich sonder Wissen ihres Mannes zu ihnen gantz allein in ihre Wohnung verfüget, und viele Stunden bey ihnen verharret; inter vrgentia quippe adulterii indicia refertur, quando vxor sine permissu viri discedit ex domo mariti et extra lares mariti suspecto more commoratur.

l. 8. §. 3. C. de repud.
CRAVETTA *Cons. 205.*
MYNSINGER *resp. I. n. 23.*

Wozu noch 7) ferner kommt, daß Mevia bey 12
Junggesellen sich betruncken, in der Trunckenheit die schandbahreste Sachen geredet, gegen ihre Stief-Kinder, wie Titius geschlafen, die unanständigsten Sachen vorgenommen, ja so gar mit Kuppel-Weibern wider ihres Mannes Verbot heimlichen Umgang gepflogen, und sie in ihren Cammern verschlossen; welche conversatio mit dergleichen Leuten, die von diesem schändlichen Leben profession machen, nicht wenig das adulterium præsumtum bestärcket. Mithin 8) wenn gleich die übrigen bey der Me- 13
viæ in specie facti angeführten Lebenslauf berührten Puncte nicht in Erwegung gezogen werden könten, dennoch diese bereits angeführte dazu genugsam dienen, daß ein adulterium præsumtum daraus erhelle, welches 9) iusta diuortii causa ist, und bey dergleichen vielfältigem Verdacht des Ehebruchs hieher billig derjenigen DD. Meynung zu ziehen, welche das Wort πορνεία, dessen in der heiligen Schrift gedacht wird, nicht bloß de adulterio consummato, sondern auch de omni impuritate, adulterii præsumtionem inferente, verstehen,

BROVWER *de iure connub. lib. 2. c. 31.*
GROTIVS *ad c. V. Matth. v. 32.*
STRYK. *de dissens. sponsal. sect. V. §. 3.*
BOEHMER *in iur. eccles. prot. tit. de divort. §. 27.*

wel-

14 welchen 10) noch endlich beytritt, daß Mevia nicht nur vom Titio den Beyschlaf wider die Natur begehret, sondern so gar durch medicamenta die sterilitatem procuriret, welche beyde Puncte gleichfalls von denen Dd. ad causas diuortii referiret werden.

NICOLAI *de diuortiis P. 2. c. 2. n. 51 sqq.*
BRVCKNER *in decis. matrimon. c. 16. n. 6.*

15 Auch 11) bey diesen triftigen momentis die blosse separatio quoad thorum et mensam zu der Meviæ emendation nicht völlig dienen dürfte, sondern wol zu vermuthen, daß, wenn sie wieder zusammen kommen solten, die ihr eingewurzelte Boßheit bald wieder ausbrechen, und Titio noch grösserer Tort zugezogen werden dürfte.

So sind Wir der Rechtlichen Meinung, daß 16 bey diesen Umständen die totale Ehe-Scheidung wohl erkannt werden könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCXXXII.

DECISIO XCVIII.

THEMA.

Ob vrgentissima adulterii indicia matrimonium dissolvendum est.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Exceptio rei iudicatæ tanti est ponderis, vt reus litem contestari non obligetur. n. 2.
In causa diuortii ordo iudiciarius obseruandus est. n. 3.
Testes se ingerentes et contra probabilitatem deponentes in foro reiiciendi sunt. n. 4.
Lite nondum contestata ad probationem deueniri nequit. n. 5.
Ab interrogatoriis productus non est excludendus, sed euentualiter illa a iudice sunt supplenda. n. 6.
Indicia adulterii ad diuortium proxima et euidentissima esse debent. n. 7. 13.
Executio rei iudicatæ ob noua emergentia suspendi potest. n. 8.
Ad fundandam actionem diuortii testes præparatorie et summarie examinari possunt. n. 9. 10. 11.
Absente rea lis pro negatiue contestata in contumaciam habetur. n. 12.
Indicia adulterio proxima recensentur. n. 14.
Quatenus singularitas testium dicatur admiculatiua. n. 15.
Decisio. n. 17.

Als derselbe uns erhobene Klage, dagegen opponirte exceptiones, und geführten Beweis in Sachen Andreas E. Klägern an einem, und Annen Margarethen W. in U. Beklagten andern Theils, in denen zurück kommenden vol. act. zugefertiget ꝛc.

1 Daß Kläger dasjenige, was er zu beweisen sich angemasset, nach Nothdurft erwiesen, dannenhero derselbe der Ehe halber von der Beklagtinnen nunmehro wieder zu scheiden, ihm auch, sich anderweit wieder zu verheyrathen, nachgelassen, der Beklagtin aber solches zu verbieten, dieselbe auch die Unkosten dieses processus nach vorgehender deren liquidation und erfolgter richterlicher Mäßigung dem Kläger abzustatten schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol Beklagte gegen diese erhobene di-

vortien-Klage eingewandt, 1) daß, weil Kläger sie nach der geschehenen Trauung nicht zu sich nehmen wollen, von C. M. Hofgericht anbefohlen sey, sie in ihres Mannes Güter einzusetzen, und gegen jedermänniglich zu schützen, und denen iudicatis einen effectum zu geben; dahero sie ehe und bevor solches geschehen, sich auf die divortien-Klage einzulassen nicht schuldig sey. Hiernechst sie 2) euentualiter gegen die Ehe-Klage bereits fol. 21. vorgestellet, daß ante litem contestatam bereits Zeugen abgehöret, welches nulliter, etiam in causa diuortii geschehen, in qua ordo iudiciarius obseruandus est. 3

c. 1. X. vt lite non contest.

Bevorab da 3) die Zeugen nicht citiret sondern 4 sich anmaßlich angegeben, ja sich zum Zeugniß haben erkauffen lassen sollen, dargegen ihre Aussage gegen alle Wahrscheinlichkeit sey; wohin gehöre, daß sie als eine Ehefrau mit dem Unter-Officier N. sich habe trauen lassen wollen, welches nicht zu glauben, da sie durch

schweren proceß ihren itzigen Mann erstritten. Uebrigens 4) wenn dergleichen verdächtiger Umgang mit allerhand Mannspersonen, wie angegeben worden, fundiret seyn sollen, die Obrigkeit nicht ermangelt haben würde, criminaliter gegen sie zu inquiriren, ja sich davon die Früchte bey ihr zeigen müsten, so aber unerfindlich, also auch die imputatio adulterii commissi ohne allen Grund sey, vielmehr 5) aus Klägers, ihres Mannes, Haß gegen sie entsprungen, als welcher selber Ursache sey, daß sie nach U. sich retiriren müssen. Uebrigens sie 6) dabey geblieben, daß sie ante executionem iudicati sich einzulassen nicht gehalten, sondern vermeinet, daß diese Klage bis post executionem iudicati ausgesetzet seyn müsse, wie sie denn auch 7) sich nicht eingelassen, auch super lite contestata in contumaciam nicht erkannt worden, also es scheinen will, daß Kläger zu frühzeitig bey seiner replic mit denen articulis probatorialibus hervor gerücket und Zeugen abhören lassen, cum tamen lite nondum contestata ad probationem deueniri nequeat,

c. 1. X. vt lite non contest.

6 ausserdem sie, Beklagte, bey deren Abhörung nicht gewesen, kein interrogatoria übergeben noch der iudex solche suppliret, wie doch geschehen sollen;

c. 37. X. de testibus.

7 dahero sie 8) auch ihrer Gegen-deduction sich nicht bedienet, worin sie doch gegen den Beweis vieles vorstellen können, als daß die Zeugen vieles von hören sagen deponiret, mehrentheils remota argumenta angebracht; dahin gehöret, was ihre Mutter gegen die eine Zeugin solte gesaget haben, als sie nach L. gegangen: Ferner de diuersis factis deponiret, und also testes singulares sind; der Unter-Officier N. und des Hauptmanns von M. Knecht nicht abgehöret worden, die doch mit ihr unzüchtig gelebet haben sollen, absonderlich aber keiner positive deponiret, daß er sie in ipso adulterio angetroffen, sondern nur einige indicia davon angebracht, quæ tamen ad probandum adulterium nicht zureichend, als welche proxima et vrgentissima seyn müssen,

c. 12. X. de præsumt.

so daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn noch nicht definitive erkannt werden können, sondern erst der processus in gebührende Ordnung hergestellet werden müsse, cum in cauſis arduis et maioribus ad sententiam non sit properandum.

Rationes decidendi.

8 Dieweil aber dennoch ad 1) die executio rei iudicatæ ob noua emergentia wol suspendiret werden mag, cum quæ nouiter emergunt, nouo indigeant auxilio, wohin absonderlich gehöret, wenn ein solches emergens sich hervor gethan, weswegen die execution ihren effect nicht erreichen kan, bevorab da nunmehr die quæstio præiudicialis entsprungen, ob solche execution gar geschehen könne, da, probato adulterio, die Ehe wieder dissolviret werden muß. Hiernächst ad 2) keine nullität darin begangen, daß Kläger ad fundandam actionem diuortii einige Zeugen nur summarisch und præparatorie abhören lassen, deren ordentliche endliche Abhörung erst nachgehends erfolget, als welches denen Rechten nicht zuwider ist, noch auch 3) die citatio iudicialis nöthig gewesen, weil solche summarische depositio nur ad præparandum iudicium geschehen, die Erkauffung der Zeugen unerwiesen, und sie nachgehends nicht deponiret, daß Beklagte sich mit dem Unter-Officier trauen lassen, sondern ihm nur folgen wollen. 4) Sodann die Unterlassung der criminal inquisition in hac cauſa diuortii ihr nicht zum Behelf dienen kan, als welche alius fori ist, und zu der Verantwortung des criminal Rechtens stehet, auch nicht folget, daß weil sie nicht schwanger sey, sie kein adulterium committiret habe, ja wenn ad 5) sie Kläger genöthiget haben solte, sich nach U. zu retiriren, wenn sie ihr Recht ex iudicato verfolgen wollen, sie ohnsträflich und nicht so schändlich, wie die Zeugen aussagen, leben müssen, welches ad 6) nunmehro die executionem rei iudicatæ verhindert, vielmehr sie sich ad 7) legaliter und nach Vorschrift der Rechte einlassen sollen, und ob es wol besser gewesen, das lis pro negatiue contestata in contumaciam per decretum erkant worden wäre, dennoch solches, si non formaliter, in effectu dadurch geschehen, daß, weil Beklagte auf alle vorhergehende citationes nicht erschienen, sie endlich fol. 31. nochmals sub pœna, daß sonsten in der Haupt-Sache *in contumaciam* verfahren werden solle, citiret worden, welches nicht anders seyn kan, als das lis pro negatiue contestata angenommen, und zum Beweis geschritten werden solle; wie denn auch bey continuirter contumacia erfolget, Zeugen abgehöret, deren rotulus publiciret, und darüber Kläger seine deductionem probationis ad acta gebracht, sie aber contumaciter zurück geblieben. Dahero hier die dispositio *c. 1. X. vt lite non cont.* nicht statt findet, darneben sie sich beyzumessen hat, daß communicatis articulis sie nicht erschienen, und interrogatoria übergeben, also ad 8) es nunmehro auf den geführten Beweis ankommt, in welchem das adulterium ad decernendum diuortium sattsam für erwiesen zu achten, nachdem nicht alleine remota, sondern proxima et vrgentissima argumenta adulterii commissi vorhanden, quæ hic sufficiunt,

c. 12. X. de præsumt.

angesehen der Soldat M. f. 45. b, sq. deponiret, daß er von der Beklagtin selbsten gehöret, daß sie dem Unter-Officirer N. in allen Winckeln, ja von einem Stück Korn ins andere nachgelaufen, daß sie deswegen im Arrest gesessen, und angeloben müssen, mit dem Unter-Officirer nimmer wieder zuthun zu haben, welches auch

test.

test. 2 et 3. f. 93. bestätigen, jener auch secundum art. 28. dabey angezeiget, daß er wisse, daß sie die gantze Nacht bey ihm gewesen, er ihr solches vorgehalten, darauf sie aber gesaget, was der Kerl solte, er wäre nicht im Stande, ihr ein recht Vergnügen zu thun, welches seine Frau ebenfalls bestärcket: imgleichen, daß sie bey des Herrn C. von M. Knecht im Rüstwagen die gantze Nacht gelegen, und wie er die Beklagtin damit vexiret, sie fol. 40. darauf geantwortet, was der Kerl solte, er hätte nur ein Glied, wie ein membrum am Finger, welches auch der Zeuge L. fol. 50. bestärcket, und fol. 51. hinzuthut, daß er in seines Wirths Garten bey Abendszeit gesehen, daß die Beklagtin an einem Birnbaum gestanden, und mit dem Unter-Officirer in ipso coitus actu gewesen, woraus bereits ein præsumtum adulterium zu inferiren, welches aber noch weiter durch der fol. 77. sqq. übrigen Zeugen Aussage mächtig unterstützet wird. Allermassen test. 1. fol. 81. aussaget, daß sie mit dem Unter-Officirer N. einen sehr verdächtigen Umgang gepflogen, und deswegen in Arrest gebracht worden: daß, wie Zeugin nach L. gehen wollen, und deswegen die Beklagtin mitzugehen angerufen, ihre Mutter fol. 82. b. gesaget: was soll das Luder, sie habe sich nicht darnach aufgeführet, daß sie nach L. gehen dürfte, und sie wolte, daß ihre Tochter bey tausend Teufeln wäre. Dahero wie sie retourniret, und mit der Beklagtin geredet, diese f. 83. b. bekennet, sie möchte wünschen, daß die affaire mit dem Unter-Officirer nicht geschehen wäre, und dabey erwähnet, daß sie ihm folgen und ihn wie er auch sie nicht verlassen wolle. Ausser diesen testis secundus et tertius ad art. 19. deponiret, daß die gantze Stadt U. und die zwey darin gelegenen Compagnien bezeugen könten, daß die Beklagte eine liederliche Person sey: daß sie nach dem 20. art. dem Unter-Officirer N. in alle Winckel, Dörfer und Korn-Stücke nachgelaufen, und daß testis tertia ihr Liebes-Briefe an denselben schreiben müssen: daß, nach dem 21. art., testis tertia bey Nachtzeit wahrgenommen, daß sich Beklagtin mit N. im Stalle auf das Stroh niedergeleget, und laut f. 97. Unzucht getrieben gehabt, bald aber, als N. sie gemercket, derselbe aufgestanden, und aus dem Hause gegangen, endlich die Beklagtin auch zur Zeuginnen in die Stube gekommen, und laut fol. 88. gegen sie gestanden und gesaget: N. wäre so sehr gegen ihr entzündet, aber ihr ein rechtes Vergnügen zuthun, wäre er nicht capable, ja auch dabey erwehnet: wenn sie von Klägern loskommen und ein Stück Geld bekommen könte, wolte sie den Unter-Officirer heyrathen. Wodurch sie duplici modo am Kläger treubrüchig geworden: als erstlich per adulterium præsumtum, und zum andern durch die geäuserte Willens-Meinung, sich vom Klägern durch ein Stück Geld los zu machen, damit sie N. wieder heyrathen könne, zu geschweigen, was diese Zeugin noch weiter von ihrem liederlichen Leben f. 90. deponiret. Nicht weniger hieher zu ziehen ist, was test. 2 und 3. von dem liederlichen Umgang mit des C. von M. Knecht fol. 93. b. sqq. ausgesaget, als bey welchem sie im Rüstwagen gelegen, und sonsten zu ungewöhnlicher Zeit in der Nacht zu demselben in den Stall gegangen, deswegen da sie auch die beyde Zeugin reprimendiret, die Beklagtin folgende schändliche Worte gegen sie gebrauchet: ey was der Kerl solte, sie hätte gedacht, es wäre besser um ihn gewesen, sie möchte denselben nicht mehr leiden, welches auch fol. 96. b. bekräftiget wird, wodurch sie die getriebene Unzucht mit ihm deutlich bekannt, ob wol ihrem Vorgeben, daß er nicht Bestand gewesen, kein Glaube beyzumessen, zumal sie gleichwol secundum f. 95. ihm beständig nachgelaufen, und gantze Nächte bey ihm geblieben, deswegen auch test. 2 und 3. die Beklagtin wegen ihres unzüchtigen Lebens nicht mehr dulden wollen, ob wol die Beklagtin sehr gebeten, sie nicht zu verrathen, und ihr darneben eine douceur versprochen, welches solche data sind, daraus man nicht anders als die liederlichste Unzucht schliessen kan. Und obgleich nicht alle facta durch zwey 15
Zeugen, dennoch die vornehmste davon beygebracht, auch die dabey vorkommende singularitas testium alhier adminiculativa ist, cum quidem de diuersis factis ad idem tamen tendentibus deponant, quæ singularitas magis testium dicta firmat, quam eneruat.

MEV. *P. VII. decis. 169.*

BOEHMER *ad Dig. tit. de testib. §. 24.*

Uebrigens nicht nöthig gewesen, den Unter- 16
Officirer N. und des Herrn C. von M. Knecht darüber zu constituiren und abhören zu lassen, da hier nicht criminaliter sondern ciuiliter verfahren worden, auch sie als confortes eiusdem criminis zum Zeugniß nicht admittiret werden können. Endlich sie sich selber und ihrer contumaciæ beyzumessen, daß sie durch eine Gegen-deduction die Aussagen nicht eliciret, und die Zeugen ohnangefochten passiren lassen, welche so lange für gut und richtig angenommen werden müssen, bis das Gegentheil dargethan. Diesemnach Kläger so viel beygebracht, daß die Ehe-Scheidung wohl statt finden mag:

So sind Wir geschehener massen zu erkennen 17
bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MARTIO MDCCXLV.

RESPONSVM XCIX.

THEMATA.

I. *De exceptione spolii.*

II. De actione ad diuortium ob præsumtum adulterium.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. n. 2.
A iudice omnia allotria, quæ protractioni iustitiæ inseruiunt, et partes a statu controversiæ deducunt, sollicite præcauenda sunt. n. 3.
Præstat in dubio, ad acta admittere, quæ ad eorum illustrationem faciunt, quam temere reiicere. n. 4. 5.
Decisio quæstionis I. n. 6.
Quæstio II. de exceptione spolii. n. 7.
Eo ipso, quo debitor cognouit, cessionem factam fuisse, secure nomen cum vsuris creditori cedenti soluere nequit. n. 8. 16.
Ad effectum imponendi arrestum chirographi recognitio præcise non desideratur. n. 9.
Exceptiones dilatoriæ in processu executiuo locum non habent. n. 10.
Processus executiuus incipit a recognitione. n. 11.
In spolio probanda est ante omnia spoliati possessio. n. 12.
Exceptio spolii huc tantum vergit, vt reus a litis contestatione absoluatur, non vt condemnetur ad restitutionem. n. 13.
Coniugibus competit beneficium competentiæ. n. 14.
Quæ ad victum alicuius pertinent, arrestis detineri nequeunt. n. 15.
Citatio ad recognoscendum in causis summariis locum habet, nec præcise processum executiuum inducit. n. 16.
Exceptio spolii onmem litem suspendit. n. 17.
Omnia, quæ in domo mariti sunt, ad maritum pertinere, adeoque multo magis ab eo possessa præsumuntur, n. 18.
Nisi contrarium doceatur. n. 19.
Qui de spolio seorsim egit, non impeditur simul exceptione spolii vti. n. 20.
Decisio quæstionis II. n. 21.
Quæstio III et IV. De actione ad diuortium ob præsumtum adulterium. n. 22.
In factis propriis iuramentum respondendorum degenerat in iuramentum veritatis. n. 23.
Publica crimina condemnationem supponunt. n. 24.
Transactio, auctore iudice facta, pro confessione non habetur. n. 25.
Remotiora indicia non sufficiunt ad diuortium. n. 26.
Sine prægnante causa separationi quoad thorum et mensam locus non est, n. 27.
Nec illa in perpetuum admittitur. n. 28.
Ad effectum tamen decernendi diuortii totalis probatio præsumtiua adulterii commissi sufficit. n. 29. 36.
Indicia adulterii recensentur. n. 30.
Ex transactione ab adultero oblata non potest non implicita confessio elici, n. 31. 33.
Licet pro redimenda vexa fieri dicatur. n. 32.
Transactionis iudicialis super delicto is est effectus, vt transigens non notetur infamia. n. 34.
Ad præsumtum adulterium non necessarium est, vt nudus cum nuda in loco suspecto reperiatur. n. 35.
Ob inimicitias capitales concedenda est separatio quoad thorum et mensam. n. 37.
Decisio. n. 38.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst 2. vol. priuat-acten und 4. Fragen zugeschicket ꝛc.

I Ist der Rath O. von des Cämmers, und Forst-Raths S. Tochter, in puncto imprægnationis ad impetrandam dotationem et alimentationem partus belanget, und dieser endlich das suppletorium Rechts-kräftig zuerkant worden, vor dessen Ablegung aber er sich mit ihr auf 700. Thlr. verglichen, ihr einen Wechsel darüber gegeben, sie aber Liti et causæ renunciiret. Hat aber gedachter Rath O. gegen seine Frau beständig die Schwängerung geleugnet, und ihr die theureste Versicherung darüber gegeben, jedoch so bald diese von dem zuerkanten suppletorio Kundschaft erreichet, sie von daran, wie vorhin schon eine geraume Zeit, aller ehelichen Beywohnung ihres Mannes sich gänzlich enthalten, und da sie sich in die Länge nicht sicher bey ihm geachtet, die resolution gefasset, sich bis zu der Sachen Austrag von ihm zu begeben, sich aber bey der retirade sorgfältig gehütet, nicht das geringste, daran der Mann einig Recht und Anspruch gehabt, mit sich zu nehmen, inzwischen gedachte Räthin O. nach Maaßgebung des fasciculi sub

No. 2.

No. 2. schon im Anfang des Jahrs 1732. nöthig gefunden, wegen eines mit ihrem Mann vorhin errichteten transacts, eine Bittschrift ad Sereniſſimum zu übergeben, nach der Zeit auch, als die Sache mit der S. übel gelaufen, ſolches reiteriret, dabey ſie aber an ſtatt gnädigſter Verfügung wahrnehmen müſſen, daß die Sache zum rechtlichen proceß an die Regierung verwieſen, und alles Proteſtirens und Flehens ohngehindert die Zinſen von dem gedachten tranſigirten Capital ihrem Mann inzwiſchen entrichtet worden, der Rath O. aber von der Gelegenheit, daß ſeine Frau ſich von ihm begeben, profitiret, und ihr exceptionem ſpolii opponiret, dergeſtalt, daß, alles Vorſtellens ohngeachtet, das fol. 114. befindliche Urthel erfolget, dagegen ſie ſupplicationem interponiret, und dis ad triplicam verfahren, nunmehro aber auch entſchloſſen, gegen ihren Ehemann auf die gänzliche Eheſcheidung oder wenigſtens auf die ſeparation quoad thorum et mensam zu klagen, und dahero belehret ſeyn will:

Quæſtio I.

2 **Ob ihr Geſuch, daß die acta originalia in puncto imprægnationis ex conſiſtorio abgefodert, und mit den übrigen actis in faſcic. ſub No. 2. verſchicket werden möchten, den Rechten gemäß, mithin die Fürſtliche Regierung demſelben zu deferiren verbunden ſey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol es billig iſt, daß alle aliena, und was mit denen actis keine connexion und Gemeinſchaft hat, von denſelben abgeſondert, und eins mit dem andern nicht vermiſchet werde, als woraus nichts anders, als unnöthige Verzögerung der Sachen und verbotene protractiones iuſtitiæ entſpringen, und die Partheyen von der Sache ſelbſt auf allotria gezogen, mithin von dem ſtatu controverſiæ abgeführet werden, ſo die Rechte nicht erlauben.

R. I. de anno 1654. §. 85.

Perinde enim eſt, vtrum iudex differat adminiſtrationem iuſtitiæ, an admittat ex calumnia et iniquitate partis aduerſæ, quod ad illam iniuſte protelandam facit;

MEV. *P. 6. dec. 306.*

welches auf die acta conſiſtorialia allhier um deſtomehr zu appliciren ſeyn möchte, weil dieſelbe ein gantz diuerſum litis obiectum concerniren, und mit der gegenwärtigen civil-Sache keine connexion haben.

Rationes decidendi.

4 Weil aber dennoch die von Beklagten ſo ſehr vrgirte exceptio ſpolii aus denen conſiſtorial-acten ſo zwiſchen der S. und dem O. ergangen, ihren eigentlichen Urſprung hat, und ohne dieſelbe nicht wol verſtanden werden mag, angeſehen dieſelbe anzeigen, daß, wie die Klägerin wahrgenommen, daß ihr Mann ſo weit graviret ſey, daß er nicht einſten zum purgatorio zugelaſſen werden können, vielmehr der S. das ſuppletorium in puncto imprægnationis deferiret worden, ſie ſich ihres Mannes enthalten, und bey Zeiten von ihm zu gehen, reſoluiret, anbey das Ihrige mitgenommen, woraus ihr Mann in der von ihr movirten Schuld-Sache exceptionem ſpolii opponiret, und den producirten Vergleich ante plenariam reſtitutionem nicht recognoſciren wollen, alſo zu Erläuterung dieſer exception die adiunction der gedachten acten ein groſſes contribuiren möchte; hiernechſt da ſolches Klägerin zu ihrer Nothdurft und excuſe vorgeſtellet, ihr Mann, der Beklagte, aber ſolches als eine meram calumniam angeſehen, und ausgegeben, um dieſen Verdacht abzulehnen, die adiunction der acten nöthig iſt; endlich die Klägerin aus denen conſiſtorial-acten ihrem Mann ein ſpolium fidei coniugalis ab ipſo antea admiſſum vorgeworfen, ſo abermal aus dieſen acten zu erſehen, alſo wenigſtens ad hiſtoriam totius cauſæ vieles beytragen, und dem Beklagten die adiunction nichts præiudiciren wird, præſtat autem in dubio ad acta admittere, quæ ad eorum illuſtrationem faciunt, quam temere reiicere. 5

MEV. *p. 7. deciſ. 117. n. 2. in not.*

6 So halten Wir dafür, daß der Klägerin Suchen, bey Verſchickung der civil-acten die conſiſtorial-acten mit beyzufügen, und ſolche von dem conſiſtorio zu requiriren, gegründet, und ihr nicht abzuſchlagen ſey.

Quæſtio II.

7 **Was die O. auf ihre interponirte ſupplication ſich ſo wol in der Haupt-Sache als ihres Suchens, lite pendente keine Zinſen, weder Capital ihrem Ehemann abzufolgen, für einen Rechts-Spruch ſich zu getröſten habe?**

Rationes dubitandi.

8 Obwol 1) aus dem Vergleich zu erſehen, daß der Herr Rath O. ſeine Frau an dem bey der Hochfürſtlichen Cammer ſtehenden Capital der 10000 Thlr. das meiſte cediret und abgetreten habe, dergeſtalt, daß nicht einſten alhier eine impoſitio arreſti nöthig, ſondern genug geweſen, daß der Hochfürſtlichen Cammer ſolche ceſſion angezeiget, und derſelben intimiret worden, das debitum ceſſum dem creditori cedenti nicht weiter zu zahlen, quia

eo ipso, quo debitor cognouit, cessionem factam fuisse, secure in posterum nomen cum vsuris creditori cedenti soluere nequit,

l. 3. C. de novat.

9 allenfalls aber 2) die impositio arresti hier nicht zu verſagen, allermaſſen obgleich die recognitio noch nicht geſchehen, dennoch der Vergleich die causam arresti genugſam legitimiret, und der cedens ſelbſt, alles was er beyläufig bereits opponiret, ſo beſchaffen iſt, daß er ſeine Hand zu leugnen nicht beſtand geweſen, adeoque ad effectum imponendi arrestum chirographi recognitio non præcise desideratur.

MEV. *de arrest. c. 5. n. 3. et c. 6. n. 63.*

10 Und ſo viel 3) die exceptionem ſpolii betrift, ſolche alhier als dilatoria angeführet worden, dergleichen exceptiones aber in processu executiuo nicht wol ſtatt finden mögen, und daß

11 4) hier ein processus executiuus ſey, daraus abgenommen werden möchte, weil Beklagter gleich auf recognition citiret worden. Hier-

12 nechſt 5) es ſcheinen will, als wenn die zum Beweis des ſpolii übergebene articul pro impertinentibus zu halten, als welche nichts mehr beſagen, als daß die Klägerin mit Hinwegnehmung ihrer Meublen von ihrem Mann gezogen, und ſich anderswo hin begeben, gleichwol darauf, daß der Beklagte ſolche in der poſſeſs gehabt, nicht gerichtet ſind, cum tamen in omni ſpolio probanda ſit ante omnia ſpoliati poſſeſſio, die Klägerinnen hergegen dabey bleibet, daß ſie nichts, als das ihrige, mitgenom-

13 men, nicht zu gedencken, daß 6) Beklagter zwar exceptionem ſpolii opponiret, aber dabey iederzeit auf die condemnationem ad reſtituendum ſpolium gedrungen, welches ſine præiudicio exceptionis oppoſitæ nicht geſchehen können, quæ huc tantum vergit, vt reus a litis conteſtatione abſoluatur, non vt condemnetur ad reſtitutionem.

c. 2. X. de ord. cognit.

Rationes decidendi.

14 Dieweil aber dennoch die erſte und andere ration an und vor ſich ſelbſten ihren guten Grund hat, daß die impoſitio arresti, ceteris paribus, nicht wol denegiret werden kan, und dahero wegen des capitals kein dubium übrig bleibet, daß ſolches von dem debitore in caſu factæ denunciationis ſicher gezahlet werden mag, wohin *l. 3. C. de novat.* hauptſächlich gehöret; allhier aber bey denen Zinſen zweyerley in conſideration zu ziehen, erſtlich daß der cedens die ceſſion anfechte, und ſolche ungültig zu ſeyn, vrgiret, dabey gleichwol in der poſſeſs der Hebung der Zinſen iſt, aus welcher er ſofort et ſine iuſta cauſa nicht geſetzet werden kan, und ob zwar zum andern hiebey das periculum amittendarum vſurarum vorkommt, weil der Beklagte nicht in Abrede iſt, daß er nicht angeſeſſen, und dahero zur reſtitution derſelben ſuo tempore nicht capable ſeyn möchte, dieſerwegen auch die Klägerin nichts mehr geſuchet, als daß die Hochfürſtliche Cammer die Zinſen lite pendente an ſich behalten möchte, dennoch dagegen zu erwegen, daß der Beklagte der Klägerinn Ehemann ſey, welchem das beneficium competentiæ denen bekanten Rechten zuſtehet,

l. 20. D. de re iudic.

derſelbe auch beſtändig vorgiebt, daß durch nicht 15
Bezahlung der Zinſen er ſeine Lebens-Mittel einbüſſen würde, welches dahero probabel ſeyn will, weil die Klägerin ſelbſt angegeben, daß ihr Mann nichts habe, ja ſo gar ſuſpectus de fuga ſey, allenfalls er alſo, wenn er ſeine indigentiam eydlich erhält, und daß ihm durch Arreſtirung der Zinſen die Lebens-Mittel entzogen werden würden, beſchweret, aus der Hebung der Zinſen nicht gäntzlich geſetzet werden kan, ſondern wenigſtens ihm davon ſeine nöthige competens zu reichen, und ſolche ex officio conſtituiret werden, das übrige aber bey der Hochfürſtl. Cammer verbleiben muß, neque enim, quæ ad victum alicuius pertinent, arreſtis detineri queunt;

COLER *de aliment. lib. I. c. 13. n. 20.*

wir alſo dafür halten, daß die Klägerin beſſer thun werde, wenn ſie ihre meſures nach dieſen angeführten Umſtänden faſſe; ſo viel aber die 16
exceptionem ſpolii in ratione tertia et quarta betrift, nicht zu befinden, daß die Klägerin eine executiuiſche Klage übergeben, ſondern nur extraiudicialiter bey der Hochfürſtl. Cammer angehalten, daß das nomen ceſſum auf ihren Namen gebracht, und dem Beklagten nicht ausgezahlet werde, worauf die Sache zur Hochfürſtl. Cantzley verwieſen, welche ſofort terminum zur recognition anberaumet, als welche in ſummariſchen proceſs zur Beſcheinigung nöthig iſt, und man alſo nicht daraus ſchlieſſen kan, daß dieſe Sache, ſo der Hochfürſtl. Cantzley zu unterſuchen übergeben worden, ſie als eine executiuiſche Sache angenommen haben, vielmehr die Klägerin beſſer gethan, wenn ſie, da ſie executiue zu klagen gemeinet, eine executiviſche Klage vorher übergeben hätte, wiewol auch die exceptio ſpolii ſo privi- 17
legiret, vt omnem litem ſuſpendat; auſſerdem quoad rationem quintam die articuli pro impertinentibus nicht zu achten, indem die 18
Klägerin einräumet, daß ſie von ihrem Mann gezogen und vieles mit ſich genommen; übrigens ob es das Ihre ſey oder dem Manne zugehöre, in cauſa ſpolii nicht zu erörtern, ſondern nur darauf zu ſehen, ob nicht probabiliter der ſpoliatus ſolche allein oder wenigſtens mit beſeſſen? welches allhier um deſto wahrſcheinlicher iſt, quia omnia, quæ in domo mariti ſunt, ad maritum pertinere, adeoque multo magis ab eo poſſeſſa præſumuntur,

l. 51. D. l. 6. C. de donat. inter vir et vxor.

welches ſpolium Klägerinne nicht anders abzu- 19
lehnen vermag, als wenn ſie in continenti bey allen und jeden meublen darthun kan, daß nicht ihr Mann, ſondern ſie ſolche beſeſſen, dergeſtalt daß es ſicherer iſt, ſich gegen die Beſcheinigung des Beklagten nicht weiter zu ſperren, ſondern in der anzutretenden Gegenbeſcheinigung das

con-

contrarium, und daß der Beklagte die meublen nicht besessen, sondern sie solche allein in ihrem Beschloß und disposition gehabt, auszufüh-
20 ren. Endlich die ratio sexta gar nichts sagen will, cum etiam is, qui de spolio seorsim egit, non impediatur simul ea exceptione uti.

CORVIN *in aphor. iur. canon. lib. 3. tit. 19. §. 6.*

21 So erhellet hieraus so viel, daß die Klägerinne keine reformatoriam zu hoffen habe.

Quæstio III.

22 **Ob sie nicht aus dem Urtheil sub G. worinnen der S. das suppletorium zuerkant ist, wie auch aus dem, was nachhero in dieser Sache sowol, als was in der zwischen ihr und ihrem Mann hangenden Streit-Sache vorgegangen, die Ehescheidung entweder quoad vinculum oder quod thorum et mensam zu suchen berechtiget sey?**

Quæstio IV.

Welchergestallt sie am füglichsten, um zu ihrem Endzweck zu gelangen, ihre Klage einzurichten habe?

Rationes dubitandi.

23 Ob wol aus denen mit der S. verführten acten so viel erhellet, daß diese ihn wegen der Schwängerung ciuiliter belanget, und dazu allerhand coniecturas angeführet, dennoch dabey zu bedencken seyn möchte, daß 1) der Rath O. diese That beständig geleugnet, und so gar in dem iuramento respondendorum abgeschworen, cum in factis propriis hoc iuramentum degeneret in iuramentum veritatis:
24 2) Hiernechst de adulterio commisso er niemahls condemniret ist, so doch in publicis criminibus erfordert wird,

l. 7. C. de publ. iudic.

sondern die Sache nicht weiter gebracht sey, als daß der S. das iuramentum suppletorium defe-
25 riret worden, welches sie aber 3) nicht abgeschworen, sondern sich mit dem Rath O. verglichen, dieses aber wiederum 4) ihm nicht zur Last geleget werden möchte, weil er sich auctore iudice zum Vergleich disponiren lassen, qualis transactio pro confessione non habetur.

l. 6. §. 3. D. de his qui not. infam.

26 Ja wenn auch 5) die S. das suppletorium abgeschworen, dennoch solches ad diuortium totale concedendum nicht zureichen würde, weil dergleichen Eyde ad dissolutionem matrimonii nicht zureichend sind. Endlich auch 6) solche coniecturæ fortissimæ, quas pontifex in *c. 12. X. de præsumt.* præsupponit, hier nicht vorhanden, indem der Rath O. mit der S. in loco suspecto und zwar admodum suspecto more niemals angetroffen; remotiora autem indicia hier nicht zureichend sind.

PETR. BARBOSA *ad l. 2. solut. matrim. P. I. inpr. n. 69. seq.*

Und so viel 7) die separation quoad thorum 27
et mensam betrift, noch weniger solche statt finden möchte, indem die Räthin O. mit nichts darzethan, daß ihr Mann sie übel gehalten, dazu auch die in fin. fasciculi II. excerpirten passagen aus des Raths O. Schriften nicht zureichend seyn möchten, als welche zwar etwas hart, aber der Klägerin advocat auch nicht eben gelinde geschrieben, wie denn die materia spolii et adulterii nicht eben einen gelinden Ausdruck allemal zulassen will, bekannt aber ist, daß sine prægnante causa keine separatio quoad tho- 28
rum et mensam zugelassen sey, und wenn auch solche statt finden möchte, dennoch bey denen Evangelischen solche nur ad certum tempus nicht aber in perpetuum zulässlich zu achten.

SCHILTERI *institt. iur. can. lib. 2. tit. 12. §. 10.*

BOEHMER *tom. IV. iur. eccles. tit. de divort. §. 49.*

Allem Ansehen nach aber die Räthin O. eine perpetuam separationem intendiret.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad effectum decer- 29
nendi diuortii totalis eine probatio præsumtiua adulterii commissi gnug ist, wenn solche ex coniecturis violentis et fortissimis genommen werden kan, wohin eben die decisio iuris canonici abzielet,

in c. 12. X. de præsumt.

STRYK *ad* BRVNNEM. *ius eccl. lib. 2. c. 17. §. 27.*

BOEHMER *cit. l. §. 28. seq.*

und hierin die consistoria protestantium auch mehrentheils übereinkommen, dahero es alhier lediglich darauf ankommt, ob dergleichen argumenta violenta et certa adulterii commissi indicia matrimonii totali gesehen werden könne? Welches wir um destomehr dafür halten, als 30
die rationes decidendi bey der sententia sub G. dazu einen sichern Grund legen, angesehen 1) was er gegen die S. auszuführen vorgegeben, er nicht beweckstelligen können, sondern sich selbst daran præcludiret: 2) nicht zu vermuthen gewesen, daß die S. ihn, als einen Ehemann, zu ihrer eigenen prægravirung angeben würde, wenn solches nicht richtig sich verhalten: 3) er durch zwey Zeugen, gegen sein abgelegtes iuramentum respondendorum, völlig überführet, daß er auf der grünen Stube zu der angesetzten Zeit, und zwar suspecto more, und allein eine gute Zeit bey ihr gewesen: 4) das tempus

partus

partus mit diesem termino a quo übereintrift: 5) bey ihrer Schwangerschaft er an sie unterschiedlichemal geschrieben, und die Sache zu vertuschen gesuchet, nicht weniger ihr Geld zur Nothdurft zu überschicken versprochen, iedoch unter der schriftlichen Versicherung:

> Daß er ohne ferneren Anspruch bleiben, und von dem nexu gäntzlich liberiret seyn solle;

wiederum in einem andern Schreiben sich zu 100. Thlr. heraus gelassen, welches er nicht gethan haben würde, wenn er an der That un-
31 schuldig gewesen: 6) Solcher Vergleich an seiner Seite alle Richtigkeit gehabt, und es nur darauf gestanden, daß die S. solchen angenommen, ex quo facto non potest non implicita confessio elici,

> *l. 5. l. 6. §. 3. de his qui not. infam.*
> *l. 4. l. 29. D. de iure fisci.*
> *l. vlt. D. de prævaric.*

32 dabey auch ein elender Behelf ist, daß er nur pro redimenda vexa transigiret, welche chi-
33 cane allen Gesetzen zuwider ist: 7) bey solchen Umständen also die ICti zu Greifswald mit Rechte dafür in ihren ration. decidendi gehalten, daß durch einen solchen Vergleich, der seine Gültigkeit, wenn die S. gewolt, erhalten haben würde, der transigens sterck verdächtig werde, daß er auch nicht einsten zu dem purgatorio gelassen werden mögen, bevorab wenn andere gravirende Umstände dabey concurri-
34 ren, daran es hier nicht fehlet, und noch 8) denenselben endlich hinzugetreten ist, daß ad præcauendum iuramentum suppletorium et condemnationem inde necessario secuturam er mit der S. sich verglichen und ihr 700. Thlr. gegeben, und ob zwar 9) autoritas iudicialis bey diesem Vergleich gewesen, solche doch nur dazu dienet, vt transigens non notetur infamia; wiewol solches alsdann nur Statt finden kan, si IVSSV PRAETORIS transactio facta, welches mehr de necessaria quam voluntaria transactione zu verstehen, da bey dem letzten Vergleich wenig Trost dem transigenten vernünftiger Weise zuwachsen kan, und wol
35 niemand 10) eine so wichtige Summe, nemlich 700. Thlr. verschleudern, und transactionis causa hingeben wird, wenn er nicht des delicti imputati völlig überzeuget ist, bevorab wenn sonsten der transigens wenig im Vermögen hat, wie er selbsten in actis angegeben. Wodurch alle rationes dubitandi von selbsten zerrinnen, als welche irrig voraus setzen, daß hier nur indicia remota vorhanden, die doch omnium iudicio violentissima sind, dazu auch nicht eben nöthig, vt nudus cum nuda deprehensus fuerit in loco suspecto, als welches nur exempli causa in *c. 12. X. de præsumt.* angeführet wird, ausser Zweifel aber ist, daß eine 36
coniecturata probatio, quæ ex aliis violentis coniecturis trahitur, ad divortium decernendum gnug sey, der Beklagte auch dabey zu keinem Eyde in causa divortii decernendi zugelassen werden kan, als er dazu nicht einstens in causa, vbi ciuiliter ad dotationem et alimentationem actum, zugelassen worden ist, und eben die rationes, die da angeführet sind, auch hier militiren, es auch ohnedem keines Eydes bedarf, si de præsumto adulterio liqueat. Welches alles 11) um destomehr in ducatu G. 37
zu verstatten, in welchem nach der Kirchen-Ordnung auch die Ehescheidung nicht versaget werden kan, si vxor ob delictum quodcunque in perpetuum relegata est, in welchem casu sonsten noch mehr dubia, als in præsumto adulterio vorkommen, bey welcher Beschaffenheit 12) um desto leichter eine separatio temporalis quoad thorum et mensam nunmehr statt finden kan, da unter beyden Eheleuten nunmehr eine grosse Feindschaft, wozu Beklagter selbsten die eintzige Ursache ist, sich befindet, die auch aus denen actis, und darin befindlichen expressionibus, sich von selbsten an den Tag leget; wiewol solches der Klägerin nicht gar zu profitabel seyn möchte, wenn sie, wie es das Ansehen hat, eine perpetuam separationem intendiren solte. Woraus dann auch 13) sich leichlich ergiebet, daß sie in Anstellung der diuortien-Klage sich in præsumto adulterio gründen, und solches aus denen bereits ergangenen actis, und denen dabey vorkommenden Urtheln und erfolgten Vergleich darthun müsse.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß 38
die Klägerin ad totale diuortium zu klagen wol befugt sey, und ihren Grund der Klage in præsumto adulterio gründen könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE DECEMBR. MDCCXXXIV.

RESPON-

RESPONSVM C.

THEMATA.

I. Adulterium præsumtum iusta diuortii causa est. n. 1-17.

II. Iuramentum purgatorium in causa criminali ob advlterium præsumtum præstitum non præiudicat actioni ciuili ad diuortium. n. 18-24.

III. De remissione adulterii per cohabitationem coniugalem. n. 25-28.

IV. *Conditio habetur pro impleta, si alter implementum eius dolose impedit.* n. 33. sq.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. de adulterio præsumto ad diuortium sufficiente. n. 1. 2.

Ad diuortium certa adulterii indicia requiruntur. n. 3.

Nonnulli ICti Protestantes ob adulterium præsumtum diuortium non concedunt. n. 4.

Immo catholici separationem tantum quoad thorum et mensam admittunt. n. 5.

Pœna priuationis verum delictum supponit. n. 6.

Referuntur vrgentissima adulterii indicia: n. 7.

Veluti commixtio corporalis ante matrimonium. n. 8.

Conuersatio nocturna suspecta. n. 9. 11.

Literæ amatoriæ. n. 10.

Si quis in locis secretis et latebris deprehensus fuerit. n. 11. 12.

Omne, quod rationem adulterii continet, ad adulterium sufficit. n. 13.

In diiudicando adulterio præsumtio multum a iudicis arbitrio discreto dependet. n. 14.

Adulterium ob diuortium operatur priuationem dotalitii. n. 15.

Priuatio quartæ partis bonorum per Nov. 134. abolita est. n. 16.

Decisio quæstionis I. n. 17.

Quæstio II. de eodem argumento. n. 18.

Si criminaliter agitur, priuatio lucrorum dotalium locum non habet. n. 19.

Qualis sit effectus iuramenti purgatorii? n. 20.

Priuatio lucrorum dotalium post criminalem accusationem institutam a Iustiniano reiecta est. n. 21.

Criminalis inquisitio ciuili actioni non præiudicat. n. 22.

Ob adulterium præsumtum etiam matrimonium dissoluitur. n. 23.

Decisio quæstionis II. n. 24.

Quæstio III. de remissione adulterii per cohabitationem coniugalem. n. 25.

Ex cohabitatione coniugali remissio adulterii et per indirectum causa et actio diuortii tollitur. n. 26.

Hæc remissio tamen ad præterita tantum, non ad futura trahitur. n. 27.

Decisio quæstionis III. n. 28.

Quæstio IV et V. de effectu dotis oblatæ. n. 29.

Citra resignationem iudicialem nullum dominium in emtorem transfertur. n. 30.

Re duobus vendita is præfertur, cui per resignationem solemnem res tradita est. n. 31.

Contradicendi ius ei competit, cuius consensus neglectus est. n. 32.

Conditio habetur pro impleta, si per alterum, in cuius gratium implenda erat, stetit, quo minus impleri posset. n. 33.

Præsertim concurrente dolo eius, qui eam accipere debuisset. n. 34. 35.

Defectus resignationis iudicialis tertio possessori, non iis, qui ex contractu obligantur, prodest. n. 36.

Decisio quæstionis IV et V. n. 37.

1 Als dieselbe uns eine facti speciem nebst fünf Fragen zugeschicket.

Hat vor einem halben Jahr Lucretia, Herrn Lucretii zu R. älteste Tochter, sich mit Constantino, Bürgern und Raths-Herrn zu O. in ein Ehe-Verlöbniß eingelassen, auch darauf die Ehe zwar vollenzogen, aber bald erfahren, daß ihr Mann, als welcher schon vorher mit eines Schneiders Weibe Fulvia, verdächtig gelebet, mit derselben,

ben solchen verdächtigen Umgang continuiret, und zu nächtlicher Zeit auf heimlichen Wegen und Stegen aus seinem Hofe, sich über die Wände und dann folgends durch derer Nachbaren Gärten in des Schneiders Haus zu der Fulvia verfüget, bis in die Mitternacht daselbst verblieben, und durch eben dergleichen Umschweife wieder zurück kehren solle, welches denn endlich dahin gerathen, daß mit der general inquisition gegen Constantinum würcklich verfahren, und ihm die session auf dem Rath-Hause versaget ist, und denn anfänglich dabey gefraget wird:

2 **Ob diese indicia præsumti adulterii für sufficient zu achten, daß Lucretia daraus ad diuortium und priuatioem donationis propter nuptias klagen könne?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol die verdächtige conuersation mit der Fulvia zum völligen diuortio nicht zureichend zu seyn scheinet, angesehen dazu keine andere als violenta et proxima adulterii indicia zulangen vtpote si nudus cum nuda solus cum sola in eodem lecto iacentes inuenti fuerint.

c. 12. X. de præsumt.

4 Dergleichen naher Verdacht allhier nicht anzutreffen, vielmehr es scheinen will, als wenn diese verdächtige conuersation nur ein indicium remotum ausmache, dahero auch nur bishero generaliter inquiriret worden, ja einige ICti zu finden, die nicht einstens ein totale divortium ob præsumtum adulterium zulassen wollen,

GONZALEZ *ad cit. l. in f.*

5 absonderlich da nach denen Päbstlichen principiis auch in vero adulterio nur eine separatio quoad thorum et mensam verstattet wird, also solches um desto leichter in adulterio præsumto concediret werden möge.

BERGER *in elect. proc. matrim. §. 30. et supplem. p. 153.*

6 Zugeschwiegen daß die pœna priuationis ein verum delictum præsupponiret.

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch allhier würcklich violenta et vrgentissima adulterii indicia vorhanden, und der verdächtige Umgang mit der Fulvia so beschaffen, daß man daraus wol nichts anders als ein continuatum adulterium schliessen kan, anerwogen 1) durch einen Zeugen zu erweisen stehet, daß er vor der getroffenen Ehe sich mit der Fulvia fleischlich vermischet, semel autem malus semper præsumitur talis in eo-
8 dem genere criminis: 2) er solchen verdächtigen Umgang bey später Abend-Zeit täglich continuiret und bis um ein und zwey Uhr bey der
9 Fulvia sich aufgehalten: 3) seine tour nach ihr und Retour auf eine höchst verdächtige Weise angestellet, und über die Wände durch der Nachbaren Gärten solche genommen, daß diese darüber klagen wollen, auch solche nocturna conuersatio durch viele Zeugen erwiesen werden kan: 4) Der sub lit. ⊙ beygelegte Brief 10
von der Fulvia, den Constantinus gern mit 30. Thlr. wieder einlösen wollen, das præsumtum adulterium noch mehr bestärcket, und anzeiget, daß er constante matrimonio die Ehebrecherische conuersation continuiret, wie er denn 5) sowol von der Lucretia, als einigen 11
Obrigkeits-Personen, des Nachts bey der Fulvia angetroffen ist, dahero nicht allein 6) 12
die inquisition gegen ihn vorgenommen, sondern auch dieses heraus kommen ist, daß er einstens bey der Fulvia gewesen, und da iemand unversehens in die Stube gekommen, sie ihn in den Schranck versteckt, doch man dessen Schuh noch unten sehen können, welches er gegen Lucretiam selber eingestehen müssen, welches alles auch 7) ohne Zweifel die Ursache ist, daß er sich seiner Frauen gantz geäussert, und sich in ein Haus im Hofe gebettet, damit er desto freyer seine heimlichen visiten der Fulviæ geben könte, dieses aber ohne Zweifel vrgentissima adulterii indicia sind, quorsum inprimis refertur, si ante matrimonium iam se cum adultera commiscuit, si in locis secretis et latebris ad hoc commodis, tempore et modo suspecto, cum ea deprehensus fuerit.

c. 12. cit. c. 27. de testibus c. 4. c. 27. q. 1.

Wie denn der gefundene Brief sub ⊙ nebst der 13
gäntzlichen Enthaltung seines Ehe-Frauen genugsam anzeiget, zu was Ende er solche verdächtige visiten vornehme, dabey denn aus der heil. Schrift offenbar, daß nicht allein ein verum adulterium sondern auch omne, quod rationem adulterii continet, ad diuortium zulänglich sey,

Matth. V, 32.

IO. MICHAEL LANGE *de nupt. et divort. diss. VI. §. 11. et 14.*

und hiebey alles auf ein discretum arbitrium 14
iudicis ankommen muß, ex quibus coniecturis ein præsumtum adulterium zu schliessen sey.

STRYK *vs. mod. tit. d. divort. §. 52.*

Und da nun diese Umstände ad diuortium zu- 15
reichend, solche auch allerdings die priuationem dotalitii operiren müssen,

BERLICH *P. 4. concl. 29. n. 52.*

BARBOSA *ad tit. sol. matrim. P. I. in pr. n. 74. n. 16.*

iedoch die priuatio partis quartæ bonorum 16
nach der *nov. 117. c. 8. et 9.* nicht mehr Statt finden kan, nachdem solche wieder aufgehoben.

per nov. 134. c. 20.

BERLICH *cit. l. n. 11.*

So erhellet hieraus so viel, daß die ange- 17
führte indicia für zureichend zu achten, daß Lucretia daraus ad diuortium et priuationem donationis propter nuptias klagen könne.

Auf

Auf die andere Frage:

18 **Ob, wenn die special-inquisition erkant, und vielleicht Constantinus mit dem purgatorio davon käme, das diuortium alsdann nicht Statt finden könne?**

erachten Wir für Recht.

Rationes dubitandi et decidendi.

19 Ob wol, wenn criminaliter geklaget wird, keine priuatio lucrorum dotalium Statt finden kan,

LINKER *resp. 30. n. 29.*

20 und der effectus iuramenti purgatorii vornemlich darin bestehet, daß alle indicia commissi adulterii dadurch elidiret werden, es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn alsdann kein diuortium mehr statt finden könne.

21 Dieweil aber dennoch, was de priuatione lucrorum dotalium post criminalem accusationem institutum angeführet ist, schon vom IVSTINIANO aufgehoben,

per nov. 117. c. 8. §. 2.

22 auch auf den inquisitions-Proceß, welchen der Magistratus ex officio anstellet, ohnedem nicht gezogen werden mag. Uebrigens die criminalis inquisitio der ciuili actioni nicht præiudiciren kan.

l. vn. C. Theod. vict. ciuil. agere et crim. posse.

23 Und wenn also Constantinus sich vermittels Eydes reinigen solte, solches nur effectum se a pœna ordinaria liberandi haben, und ihn von dem Verdacht, daß er den Ehebruch mit ihr per seminis immissionem nicht vollenzogen, befreyen, keinesweges aber dieses wircken kan, daß er auch von der diuortien-Klage frey werden solte, zumal er auf andere verbotene Weise Untreu an seiner Frau verübet haben kan, als welche auch ex actibus adulterium proxime antecedentibus geschlossen werden mag, vtpote qui etiam rationem adulterii habent,

STRYK *cit. l.*

neque enim tantum de adulterio consummato Saluator Matth. V. intelligendus est, sed de omni impuritate, adulterii præsumtionem inferente.

BROVWER *de iur. connub. lib. 2. c. 31. in f. p. 686.*

24 So halten Wir dafür, daß wenn gleich bey der special-inquisition Constantinus mit einem purgatorio davon kommen solte, dennoch nichts destoweniger die Lucretia auf die Ehe-Scheidung klagen könne.

Auf die dritte Frage:

25 **Ob die Lucretia durch die im Anfang der Ehe, geschehene zweymalige eheliche Beywohnung sich wegen der Ehe-Klage præiudiciret?**

erkennen Wir für Recht.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol ausgemachtens Rechtens, quod 26
ex cohabitatione coniugali remissio adulterii inferatur, ex hac vero tollatur causa et actio diuortii.

c. 4. X. de donat. int. vir. et vx.

SANDE *lib. 2. tit. 6. def. 2.*

CHRISTIN. *vol. V. decis. 218. n. 9.*

Weil aber dennoch solche cohabitatio nur 27
zweymal im Anfang der Ehe geschehen, Constantinus aber nachgehends selbsten der Lucretiæ das debitum coniugale denegiret, sich von ihr in ein ander Gebäude gebettet, und seinen höchst verdächtigen Umgang mit der Fulvia continuiret. Dahero wenn auch gleich daraus eine remissio geschlossen werden möchte, solche dennoch nur ad præterita, keinesweges aber ad futura gehet, und solche remissio unter der Hoffnung, daß Constantinus sich ändern würde, geschehen, diesemnach also der Lucretiæ die exceptio remissionis nicht opponiret werden kan.

STRYK *cit. l. circa. fin.*

So erhellet daraus so viel, daß Lucretia 28
sich wegen der ehelichen Beywohnung an ihrem Recht auf die Ehe-Scheidung zu klagen nicht præiudiciret.

Hat ferner der Lucretiæ Vater, um seinen 29
Schwieger-Sohn zu gewinnen, ihm den versprochenen dotem ante diem offeriret, iedoch, daß er abgeredeter massen sein Gut zum Gegenvermächtniß ihr verschreiben solle, gleichwol er denselben anzunehmen sich geweigert, auch sein von seinen Geschwistern erhaltenes Gut, zur resignation nicht vertragen lassen wollen, sondern weit mehres als ihm pro dote versprochen worden, baar und gleich verlanget, wiedrigenfalls aber mit anderweitiger Verkaufung gedrohet, worwider man sich durch eventuale appellation geschützet. Diesemnach gefraget wird:

Quæstio IV.

Ob die oblatio dotis nicht genug, der Lucretiæ alle iura dotis zu conserviren, und das dominium an ihres Mannes Gute, ex causa donationis propter nuptias **zu erlangen?**

Quæstio V.

Des Constantini Geschwister sich

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-142341983-10/fragment/page=0471

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

der gerichtlichen resignation weigern, und den Kauf rescindiren können?

Rationes dubitandi.

30 Ob nun wol bey der ersten Frage in foro domicilii mariti die resignatio iudicialis bey dergleichen Veräusserung erfordert wird, adeo vt citra illam dominium nullum in emtorem transferatur,

CARPZ. *P. 2. C. 39. def. vlt.*

31 et re duobus vendita illi potius ius quæsitum sit, cui per resignationem solennem res tradita est.

CARPZ. *lib. 5. resp. 40. n. 4.*

32 Dieserwegen, weil Constantinus noch kein Eigenthum an dem Gute hat, es das Ansehen gewinnen will, als wenn auch die Lucretia ratione dotis kein Recht daran haben könne, und so viel die andere Frage betrift, der Käufer zwar seinen Verkäufer ad resignationem faciendam zwingen kan, und also, wenn zwischen Constantino und seinen Geschwistern Streit wäre, diese darzu wol gezwungen werden möchten, dennoch Lucretia mit ihnen nicht contrahiret, und also kein ius contradicendi zu haben scheinet, wenn des Constantini Geschwister von dem Kauf zurücke treten wolten.

Rationes decidendi.

33 Weil aber dennoch Lucretius den dotem seinem Schwieger-Sohn offeriret, und also, so viel an ihm gewesen, dasjenige, wozu er nach dem Ehe-Versprechen verbunden gewesen, præstiren wollen, uiithin nunmehro die conditio, unter welcher das Gegenvermächtniß an dem Gute vermachet worden, purificiret ist, habetur enim conditio pro impleta, si per alterum, in cuius gratiam implenda erat, stetit, quo minus impleri posset, maxime si dolose eius implementum impediat,

l. 7. pr. de contr. emt. vendit.

vel si per promissorem factum fuerit, quo minus stipulator conditioni pareret.

l. 161. de R. I.
l. 85. §. 7. de verb. oblig.
l. 24. p. t. l. 45. l. 66. in f. de condit. et dem.

Man auch überdem wol siehet, daß Constantinus 34
bloß den dotem zu acceptiren sich wegert, damit er der Lucretiæ ihre versprochene donationem propter nuptias zu Wasser machen möge, welches keinesweges zu verhengen, ne quis ex dolo suo lucrum sentiat, welches auch gegen seine Geschwister zu opponiren, als welche ohne Zweifel mit Constantino colludiren, und
ihr alles Recht an dem quæstionirten Gut per 35
indirectum dadurch unbrauchbar machen wollen, indem sie ohne wichtige Ursache die resignationem iudicialem verweigern; und gleichwie sie ex contractu darzu verbunden sind, also auch ebenfalls Constantinus nach denen Ehe-pactis obligiret ist, das Gut per resignationem iudicialem auf seinen Namen zu bringen. Endlich auch dieses dabey zu erwegen, daß der defectus resignationis zwar einem tertio possessori zu statten kommen, keinesweges aber denen zum Behelff dienen könne, die ex contractu vice mutua darzu verbunden, die Lucretia auch aus denen Ehe-pactis wegen ihrer donationis propter nuptias ein ius quæsitum hat, daß sie ex iure mariti auf die resignationem dringen kan. Gleichwie der Constantinus darauf dringen können, wenn er nicht subdole mit seinen Geschwistern colludirte, so ihm aber keinesweges zu statten kommen kan. 36

So erhellet hieraus so viel, daß Lucretius 37
durch die geschehene oblation der Lucretiæ iura dotis saluiret, und des Constantini Geschwistere auf Anhalten der Lucretiæ sich nicht wegern können, die resignationem iudicialem zu leisten. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ
MENSE SEPTEMBR. MDCCXXIV.

DECISIO CI.

THEMA.

De malitiosa desertione iusta diuortii causa.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Si diuortium ob insidias vitæ structas petitur, animus insidias struendi probandus est. n. 2.
Testium depositionibus, non testimoniis scriptis, creditur. n. 3.
A desertione ecclesiæ ad desertionem vxoris malitiosam non valet argumentum. n. 4. 10.
Processus ad diuortium ex capite malitiosæ desertionis deficiente edictali citatione nihil operatur. n. 5. 6.

Ob

Ob insidias vitæ structas totali diuortio locus est, n. 7.
Modo legitime probentur. n. 8.
Malitiosa desertio iusta diuortii causa est, n. 9.
Præsertim si constet de animo. n. 11.
Quo probato, nec edictalibus citationibus opus est. n. 12. 13.
Decisio. n. 14.

Auf gesuchte restitution in integrum in Sachen Julianen Wilhelminen, gebohrne B. verehlichte W. imploratinne, an einem, und ihres Ehemanns des Pastoris Wilhelm Ernst W. imploraten, am andern Theil, erkennen Wir nach vorgehabtem Rath, auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht.

1 Nunmehr aus denen acten so viel zu befinden, daß bewandten Sachen und Umständen nach implorantinne der Ehe halber von imploraten ihrem Ehemann gäntzlich zu scheiden, ihr auch, sich anderwerts zu verheurathen, nachzulassen, ihm aber gäntzlich zu untersagen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Obwol 1) implorantinne in ihrer iustifications-Schrift n. act. 97. die rationes decidendi derer vorigen Urtheilsfasser nicht aus dem Wege geräumet, noch darthun mögen, daß ihr Mann, der implorat, bey seiner wunderlichen conduite den würcklichen Vorsatz ihr nach dem Leben zu stehen, gehabt, welches doch vornemlich hätte beygebracht werden müssen, wenn auf die Ehescheidung ex insidiis vitæ structis erkant werden sollen: und ob wol
3 2) testis nunmehro n. act. 98. ein schriftlich attestatum ausgestellet, daß die Flinte, als er solche auf erhaltene ordre aus des Pastoris Hause holen müssen, würcklich geladen gewesen, und er, so bald er nach Hause gekommen, den Schuß daraus gezogen, dennoch dergleichen iniurata testimonia keine vim probandi haben, cum testium depositionibus non testimoniis scriptis credendum,

l. 3. §. 3. D. de testib.

auch sonsten nicht viel zum Beweis dieser Umstand, wenn er gleich richtig, beytragen möchte, da niemanden zu verdencken, daß er zu seiner Sicherheit eine geladene Flinte auf seiner
4 Cammer hat, noch weniger 3) animus deserendi daraus abzunehmen, daß er sogar seine Gemeine verlassen, und nunmehr, wie n. 107. angegeben ist, removiret worden, auch als ein vagabundus herum lauffet, zumal aus solcher desertion kein argumentum auf die Ehe schlechterdings zu machen, und noch nicht alle Hoffnung zur Aenderung seines Gemüths und Besserung seines Lebens verlohren, wenigstens
5 4) er noch nicht edictaliter über den punctum desertionis citiret noch gehöret worden, ohne welche der desertions-proceß nicht bestehen
6 kan. Zugeschweigen daß 5) in der n. act. 85. befindlichen iustifications-Schrift implorantinne selbsten agnosciret, daß sie weder ex capite adulterii noch malitiosæ desertionis proprie dictæ auf die Ehescheidung klagen könne, dergestalt daß es nunmehr nicht mehr thunlich seyn möchte, das principium agendi zu ändern, und auf eine malitiosam desertionem sich zu gründen, sondern dazu nöthig seyn will, daß die implorantinne eine andere klage resusis expensis anstelle.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch in thesi wol mehr als 7
zu richtig, und von bewehrtesten Rechts-Lehrern und Theologis behauptet ist, ob insidias vitæ structas diuortio totali locum esse, als welche causa wichtiger als adulterium und zureichender als malitiosa desertio ist, da so gar eine Ehefrau bey solchen wunderlichen und fast wenig erhörtem Bezeugen ihres Mannes etwas mehres als jenes, die Beraubung ihres Lebens, zu befürchten hat, und also ratio mœchiæ, welche Christus selbst zum Grunde setzet,

Matth. V, 32.

seu grauis violatio fractæ fidei coniugalis 8
ebenfalls vorhanden, und dahero nur ad 1) die Frage ist, ob der darüber geführte Beweis gnugsam sey? dabey denn zu erwegen, daß er eines theils sehr gottlose Reden vom Todtschiessen der Frauen geführet haben soll, aber solche nur durch testem secundum ad art. 4. erwiesen, dahero es an dem vollkommenen Beweis ermangelt, wie denn auch zwar völlig erwiesen per test. secundum et tertium ad art. 5., daß er die Flinte, nachdem die implorantinne schon im Bette gelegen, auf die Cammer geholet, auch auf der Räthin von M. ordre, wie sie davon Nachricht bekommen, der Verwalter die Flinte aus dem Hause holen und wegnehmen müssen, es dennoch dabey an denen actibus insidiarum proximis mangelt, und bloß nur ein starcker Verdacht, welcher allein nicht genug ist, daraus herzunehmen ist, deswegen ad 2) man nicht einstens für nöthig erachtet, auf die Beeydigung des n. 98. ausgestelleten Zeugnisses zu erkennen, weil doch der Beweis nur in nudis suspicionis terminis bestehen bleibet, hierüber was von Herunterwerfung von der Treppe angeführet ist, auch nur per test. 1. ad art. 7. dargethan worden. Gleichwol wenn man des imploraten wunderliche mores und Aufführung erweget, und alles zusammen nimmt, wol daraus abzunehmen, daß er nichts Gutes mit seiner Frauen im Sinne gehabt, und sie ihres Lebens bey ihm nicht sicher gewesen, nunmehro aber allein darauf nicht weiter zu reflectiren, 9
nachdem eine offenbare malitiosa desertio hinzugekommen, zumal er nicht allein per integra acta, daß er seine Frau nicht wieder verlange,

offenbar an den Tag geleget, und das n. 74. befindl. Urtheil von seiner Seite in rem iudicatam ergehen lassen, in welchem anno 1733. in nov. die separatio quoad thorum et mensam auf drey Jahr erkant, sondern auch, als implorantinne dagegen suppliciret, ja als dieselbe auch gegen das n. 88. befindliche andere Urthel restitutionem in integrum gesuchet, sich nicht gemeldet, alles in contumaciam ergehen lassen, und effluxo triennio sich so wenig wieder gestellet, daß vielmehr, als die iustificatio restitutionis ihm bey dem Herrn Superintendenten B. insinuiret worden, er sich darüber beschweret, und nach der Beylage sub. n. 105. sich declariret, daß dem Hochfürstl. consistorio ja bekant wäre, daß er die ihm angetraute Frau nicht wieder haben wolte, dahero er auch die ihm zugesandte Schriften und decreta nicht beantwortet, auch das ihm insinuirte decretum nicht beantworten wolte, er begehre seine Frau nicht, könne sie auch nicht leiden, woraus sein beharlicher Vorsatz seine Frau zu deseriren, concurrentibus prioribus circumstantiis, mehr als zu klar, hingegen alle Besserung, worauf man bishero umsonst gewartet, verlohren ist. Dazu dann ad 3) kommt, daß er so gar seine Gemeinde, an welcher er sanctissimo vinculo gebunden gewesen, so liederlich verlassen, daß er auch endlich removiret werden müssen, welches wenigstens seine Absicht vxorem simul in perpetuum deserendi mehr bestärcket, zumal er nunmehr, wie unstät, herum vagiret, und sich in den Stand auf eine gantz unzulässige Weise gesetzet, die redintegrationem matrimonii effluxo triennio zu begehren, in solchem Fall aber per rescriptum vom 19. May 1717. die Ehescheidung quoad vinculum wol geschehen mag, welches zwar von der perpetua relegatione mariti redet, dennoch wol mit auf diesen casum, da ein pastor seine Gemeinde dolose verlässet, und als ein vagus herum lauffet, daß ihm die Frau nicht folgen kan, zu appliciren, beworab, da er so nachdrücklich seinen animum deserendi abunde satsam declariret, und ad 4) bey solcher anhaltenden contumacia die edictal citatio überflüßig und unnöthig seyn würde, da wenn er anders animum revertendi ad vxorem hätte, er binnen so viel Jahren auf so vielfältig an ihn abgelassene und ihm insinuirte citationes sich gemeldet, und sich defendiret haben würde, dessen Gegentheil er vielmehr noch letzlich offenbar erwiesen, und also es hier heisset, fine obtento cessare media. Endlich ad 5) im vorhergehenden die implorantinne noch keine gnugsame argumenta defertionis vor sich gehabt, und dahero ihre darüber gethane declaration ihr nicht præiudiciren mag, welches aber nunmehr sich mehr als zu klar an den Tag geleget, und der implorantinne wol erlaubet gewesen, bey der gesuchten restitution in integrum diese neue causam mit anzuführen, als bey welcher solche vornemlich erfordert wird,

So ist wie geschehen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE

MENSE IVLIO MDCCXXXVIII.

DECISIO CII.

THEMATA.

I. Quatenus edictalis citatio ob absentiam coniugis malitiosam decerni possit? n. 1-14.

II. Quæstio adulterii prius tractanda est, antequam de defertione malitiosa coniugis innocentis cognoscatur. n. 15.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Iuramentum vxoris, se ignorare locum, in quo maritus degit, num malitiosam desertionem inducat? n. 2. 9.

Si constat de loco, vbi deserens commoratur, non edictalis, sed subsidiaria citatio decernenda est. n. 3.

Deserens vxorem docere debet, absentiam cum bona fide coniunctam esse. n. 4.

Si vel maxime ab initio absentia ex probabili causa suscepta sit, hæc tamen degenerare potest in malitiosam, et diuortium operari. n. 5.

In diiudicando animo deserendi multum valet arbitrium iudicis. n. 6.

Compensatio delictorum locum habet, si ciuiliter agitur. n. 7. 16.

In diuortio ob malitiosam desertionem exacte inprimis inquirendum est, an absentia probabilis vel malitiosa fuerit? n. 9.

Ad

Ad citationem edictalem decernendam non sola absentia coniugis sufficit, sed oportet, eam istius causam et qualitatem referre ad arbitrium iudicis. n. 10. 11.

Quæstio de adulterio prius tractanda est, antequam de desertione malitiosa coniugis innocentis agatur. n. 15.

Ante litis contestationem probationi locus non est. n. 17.

Si agitur ad diuortium ob adulterium, consummatio eius non est probanda. n. 18.

Maritus pendente lite super diuortio vxori alimenta et sumtus litis suppeditare debet. n. 19.

Decisio. n. 20.

Als dieselbe uns angebrachte desertion- und divortien-Klagen und darauf erfolgtes Verfahren in Sachen M. E. P. an einem, und L. G. P. am andern Theil, beyderseits Klägern und Beklagten, in dreyen zurückkommenden vol. ꝛc.

1 Daß die desertions-Klage angebrachter Massen, und noch zur Zeit nicht statt finde, sondern M. E. P. zuforderst auf ihres Mannes angestellete divortien-Klage, wegen beygemessenen Ehebruchs, sich einzulassen schuldig, und weil sie solches bishero nicht gethan, so ist nunmehr in contumaciam lis pro negatiue contestata anzunehmen, diesemnach Klagender L. G. P. den Grund seiner Klage binnen vier Wochen wie recht zu erweisen schuldig, wogegen seiner Frauen ihr Gegenbeweis, Eydes delation und andere Rechts-Nothdurft vorbehalten werden, ferner darauf zu beschehen, was Recht ist. Uebrigens ist gedachter Kläger, lite pendente, seiner Ehefrau die nöthige alimenta und zwar in der Maasse, wie er ihr solche bey seiner Abreise selbsten bestimmet zu haben, vorgiebt, nebst denen Proceß-Kosten, abzutragen, nicht weniger, was er auf das præteritum davon ihr annoch restiret, sie zu befriedigen schuldig, wegen des übrigen Suchens aber, wegen einiger von dem verpachteten Gute præripirten Gelder und Meubles wird derselbe nicht unbillig ad separatum verwiesen, iedoch ihm dabey seine ungebührliche und irrespectieuse Schreib-Art verwiesen, nebst der Verwarnung, daß bey deren continuirung härtere Ahndung gegen ihn ergehen soll. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol 1) die klagende Ehefrau ihre desertions-Klage bereits den 15. Decemb. 1738. übergeben, und den ihr aufgelegten Eyd, daß sie ihres Mannes Auffenthalt nicht wisse, abgeschworen, mithin dadurch, daß ihr Mann sie böslich verlassen habe, zur Gnüge bey-
3 gebracht, so daß 2) die edictalis, und nächhero, als man seinen Auffenthalt erfahren, die subsidiaria citatio, sich auf die desertions-Klage einzulassen, Statt finden können, welches auch nachgehends per decreta confirmiret, und insbesondere solches nochmals per decretum vom 9. Nov. 1739. ihm auferleget worden. Und ob er wol 3) n. act. 15. dagegen mu- 4
litatis dictionem interponiret, und solche weitläuftig zu deduciren vermeinet, dennoch eines theils das meiste in tædiosen und obscuren dicentereyen, und mit vieler Bitterkeit gegen seine Frau angefüllten Schmach-Reden bestehet, so sich keinesweges geziemet: andern theils das meiste darauf hinaus rouliret, daß die desertions-Klage incompetenter angestellet und verhenget sey, dieweil er mit seiner Frauen Zufriedenheit von ihr gereiset, seines wichtigen processus wegen in Wien sich aufgehalten, solches an viele Personen berichtet, und es notorium gewesen sey, daß er ex iusta causa abwesend gewesen, dennoch er das erste nicht erwiesen, und keinesweges besorget gewesen, daß über die übergebene articulos probatorias sub 13. die Zeugen abgehöret worden wären, welches er, wenn er dadurch seine Absicht erreichen wollen, befordern und vrgiren müssen: das andere aber, daß er nemlich mit vielen correspondiret, nicht gnug ist, ad absentiam malitiosam excusandam, als welches wol geschehen können, und dennoch er dabey die intention geführet, seine Frau böslich zu verlassen, welches sich auch noch 4) anitzo zeiget, da er 5
ein implacabile odium gegen seine Frau auf allen Blättern zu erkennen giebet, ihr die nöthige alimenta denegiret, und bis diese Stunde sich wegert, sich bey seiner Frauen wieder einzufinden, ja bishero, nach der guten Absicht des consistorii, zur Güte sich nicht bequemen wollen, woraus denn animus deserendi vxorem ipso facto erhellet, und alle dagegen gebrauchte argumenta ipsi facto contraria sind, cum etiam si vel maxime ab initio absentia ex probabili causa suscepta sit, hæc degenerare possit in malitiosam, et diuortio locum dare.

MEV. *P. IV. decis. 7. n. 7.*

Bevorab da er nunmehr bereits seit anno 1735. 6
abwesend gewesen, und aus solcher langen Zeit pro arbitrio iudicis animus deserendi geschlossen werden kan.

NICOLAI *de repud. et diuort. P. II. c. 2. n. 26.*

ARNISAEVS *de iur. connub. c. VI. sect. 7. n. 28.*

Dahero es 5) das Ansehen gewinnen will, als ob gegen ihn als malitiosum desertorem wol verfahren werden möchte, und er dagegen mit seiner divortien-Klage ex capite imputati adulterii nicht zu hören sey, da seine Frau bereits lange vorher die desertions-Klage angestellet, mithin zuforderst darüber erst erkant, und

und solche aus dem Wege geräumet werden sollen. Allenfalls und wenn auch 6) sie sich vergangen haben solte, nichts mehr als dieses daraus folgen will, daß sie beyderseits in legem coniugii pecciret, und mit einander compensiren, mithin beyde ihre Klage fallen lassen müssen, periniquum enim videtur, vt maritus ab vxore exigat pudicitiam, qui ipse in legem coniugii per desertionem deliquit

l. 13. §. 5. ad l. Iul. de adult.

Endlich 7) auch nicht ausser Acht zu setzen, daß, wenn ja seine Frau sich vergangen haben solte, er solches durch seine desertion verursachet haben kan, so daß seine diuortien-Klage nicht statt zu finden scheinet; allenfalls, wenn 8) solche statthaft seyn solte, der Kläger vermeinen will, daß auf Beweis zu erkennen nicht nöthig sey, weil er sogleich dieselben bey seiner Klage mit aus denen criminal-acten angeführet.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) ad citationem ex capite desertionis nicht genug ist, daß die Klägerin den ihr auferlegten Eyd abgeschworen, und dadurch, daß sie seinen Aufenthalt nicht wisse, erhärtet, auch durch ein testimonium recognitum beygebracht zu haben vermeinet, daß sie caste et pudice gelebet; sed inprimis exacte inquirenda est qualitas absentiæ, vtrum probabilis an vero malitiosa fuerit?

NICOLAI *cit. l. n. 11.*

Woran es hier hauptsächlich ermangelt, gleichwol man auf ihren abgelegten Eyd, ohne dieses gebührend zu untersuchen, so fort die citation erkannt, und bey einem testimonio iniurato, so nichts beweiset, auch bloß auf der attestantium ignorantiam hinaus laufet, acquiesciret, da doch eines theils bekant ist, quod ad citationem decernendam non sola coniugis absentia eiusque allegatio sufficiat, sed oporteat eum istius causam et qualitatem referre, eamque ita instruere, vt inde malitiosa desertio colligi queat; qua de causa iudex ante omnia inspicere debet causam discessus, mores vxoris desertæ et an illa quoque caste et pudice vixerit.

NICOLAI *cit. l. n. 6.*

MEV. *P. IV. decis. 7.*

Andern theils aus denen gegen die Klägerin in puncto adulterii ergangenen inquisitions-acten man sich gnugsam de moribus vxoris informiren können, so daß dergleichen simplen attestato dahero um destoweniger zu trauen gewesen, und wir dahero, daß die desertions-Klage angebrachter massen nicht statt finde, erkennen müssen, da es an dem fundamento citationis ermangelt, so dann ad 2) auf die erfolgten decreta hierbey nicht zu sehen, sondern ad 3) ihr Ehemann befugt gewesen, gegen die Einlassung auf die desertions-Klage die nullitatis dictionem zu interponiren, dabey er zwar ad 4) nicht wenig excediret, und wir deswegen auf einen scharfen Verweiß erkannt, nicht wenig viele Umstände unerweislich zwar angeführet, doch wenigstens aus seiner Frauen eigenen Geständniß dargethan, daß er bey seiner Abreise die disposition wegen ihrer Versorgung gemachet, und sie auch solche aus dem Pacht-Gelde gehoben, dahero, wenn man gnugsam in causam discessus inquiriret hätte, sich ohne Zweifel finden würde, daß er mit ihrem guten Willen seines processus wegen nach Wien verreiset sey, und also probabilem absentiæ causam gehabt. Dabey denn ad 4) auf die gegenwärtige situation der Sachen nicht zu sehen, nachdem die Klägerin durch ihre in criminal acten ausgeführte sehr verdächtige Aufführung und suspicion de adulterio commisso ihm Gelegenheit gegeben, daß er nachhero zu ihr zu kehren recusiret, und gegen ihr die divortien-Klage selbsten angestellet. Welche ad 5) vorher billig ausgemachet werden muß, da so viel aus denen criminal-acten bereits erhellet, daß er durch seine Reise ihr keine Gelegenheit zu solchem höchst-verdächtigen Umgang mit W. gegeben, sondern sie berüchtiget und verdächtig ist, daß sie bereits ante eius discessum mit ihm zugehalten, sofort nach ihres Mannes Abreise damit continuiret, ihn ins Haus genommen, und kaum dieser durch harte Straf-Befehle angehalten werden können, von ihr zu ziehen. Dahero da de discessu eius malitioso keine indicia angegeben sind, auch sie wol, daß er nach Wien seines processus wegen gereiset sey, gewust haben muß, sie aber hernach durch den inquisitions-proceß ob commissum adulterium verursachet, daß er nicht wieder zu ihr zu kehren gedencket, vor allen Dingen nöthig ist, daß die von ihm angestellete divortien-Klage, als welche hier præiudicialis ist, ausgemachet werde. Mithin ad 6) die compensatio hier nicht statt findet, nachdem ihres Ehemanns Widerwille und gefaster Schluß, zu ihr nicht wieder zu kehren, erst ex post facto aus dem verübten criminal-proceß entsprungen, und wir dahin in der andern formula sententiæ: daß noch zur Zeit die desertions-Klage nicht statt finde, gesehen, zumal erst, wenn die divortien-Klage geendiget seyn wird, sich alsdann, rea absoluta forsan, sich äussern muß, ob er zu seiner Frauen wieder kehren wolle oder nicht. Und wie ad 7) bereits geantwortet ist, also ad 8) die acta geben, daß die Beklagtinne auf die divortien-Klage, per extremam contumaciam nicht antworten wollen, also lis pro negatiue contestata anzunehmen, und Klägern der Beweis außuerlegen gewesen, da widerrechtlich ist, ante litem contestatam einen Beweis zu führen,

c. 1. X. vt lite non contest. non proced. ad test. recept.

ob er wol solches zu seinem Beweis gebrauchen kan, und allhier consummatio adulterii nicht erwiesen werden darf.

c. 12. X. de præsum.

Uebri-

19 Uebrigens die gemeinen Rechte wollen, daß ein Ehemann pendente lite seiner Frauen die alimenta und sumtus litis suppeditire, und jene am besten ex vsu ab actore antea determinato bestimmet werden können, und was er dabey per summam confusionem von dem, was seine Frau ihm vltra alimenta weggenommen, angeführet, hieher eigentlich nicht gehöret, sondern er solches gegen ihr in separato ausführen muß.

20 So sind Wir geschehener Massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVARIO MDCCXLI.

RESPONSVM CIII.

THEMA.

De diuortio ob insidias vitæ structas.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio decidenda. n. 1. 2.
Ob iurgia continua et quotidianas vxoris furias inprimis vero ob implacabilem inimicitiam coniugum separationi quoad thorum et mensam locus est. n. 3.
Matrimonium ob insidias vitæ structas rescinditur, si hæ ad actum aliquem externum peruenerint. n. 4.
Diuortio ob insidias vitæ structas locum non esse, nonnulli asserunt, n. 5.
cuius contrarium probatur. n. 10.
Eligens separationem quoad thorum et mensam actioni ad diuortium renunciasse censetur. n. 6. 8.
Separatio quoad thorum et mensam est tantum remedium prouisionale et interimisticum, n. 7.
Et causæ principali non præiudicat. n. 8.
In causa diuortii probationes luce meridiana clariores requiruntur. n. 9.
Ad diuortium ob insidias vitæ structas sufficit probatio metus instruendarum insidiarum talis, qui in constantem virum cadere potest. n. 11.
Decisio. n. 13.
Quæstio incidens de determinatione alimentorum durante processu diuortii, cum decisione. n. 14. 15. 16.

Als derselbe uns ein Berichts-Schreiben nebst beygefügten acten zugesendet, und ꝛc.

1 Ist derselbe, nachdem er mit seiner Frauen über zwantzig Jahren in allerhand Unruh und Verdrießlichkeit zugebracht, solches aber so viel möglich gewesen, vor der Welt cachiret, endlich vor einigen Jahren mit derselben in öffentliche brouillerie gerathen, daß sie denselben häßlich blamiret, auch sogar durch memorialia bey Ihro Königlichen Majestät anzuschwärtzen gesuchet, dahero derselbe, um endlich Ruhe zu erhalten, den Schluß zur separation gefasset, und, da sie den Anfang zu klagen gemachet, er ihr ihre zänckische conduite vorgeworfen, und separation quoad thorum et mensam gesuchet, welche er auch endlich, wiewol nur auf ein Jahr, absonderlich auf die n. act. n. befindlichen Beylagen, erhalten. Gedencket nun derselbe, da das Jahr bald vorbey, keine Besserung ihres Gemüths aber zu hoffen ist, auf die gäntzliche Ehescheidung zu klagen, und zwar aus dem Grunde, weil sie auf denselben einen Dolch heimlich geführet haben soll, und dahero derselbe belehret seyn will:

Quæstio

2 **Ob nicht aus allen in denen manual-acten befindlichen Umständen, zumal wegen des ausgelieferten Dolches, als eines de insidiis vitæ verdächtigen Instruments, imgleichen wegen aufgebrochener Stuben, Schräncke und chatoullen, auch continuirlichen Zancks erhellet, daß von Anfang so fort ad totale diuortium geklaget werden können, ja ihm solches nach Verfliessung des ersten Jahrs zu suchen noch erlaubet sey, oder wie er sein petitum einzurichten habe, daß auf eine totale separation erkant werden mag?**

Bœhm. Conf. T. III. P. I.

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol an und vor sich sich selbsten eine grosse Uneinigkeit zwischen demselben und seiner Ehefrauen in actis sich hervorthut, dazu derselbe aber nicht wenig Ursache gegeben zu haben scheinet, daß er die conuersation mit der Apotheckerin A. nicht euitiret, sondern lieber seine Frau hindan setzen, als diese Freundschaft mit jener aufheben wollen, da ihm doch gebüh-

ret haben möchte, der Schwachheit seiner Frauen, als dem schwächesten Werckzeug, nachzusehen, und den Stein des Anstosses aus dem Wege zu räumen, bevorab da er seiner Frauen zur jalousie geneigtes naturel gewust, und er nicht läugnen mögen, daß sie zum Zancken geneigt sey, und er solche Schwachheit an ihr zwantzig Jahr ertragen, er auch billig den öffentlichen Ausbruch vermeiden sollen, aus welchem dann erfolgen möchte, daß derselbe grosse Ursache zu denen Gemüths-Zerrüttungen gegeben, weswegen gleichwol nur ad separationem quoad thorum et mensam geklaget werden kan, veluti ob iurgia continua et quotidianas furias vxoris, inprimis vero ob implacabilem inimicitiam coniugum;

CARPZ. *lib. II. iurispr. conf. def. 217.*
BROVWER *de iur. connub. lib. 2. c. 12.*

4 und was dabey de insidiis vitæ structis angebracht, theils noch nicht vollkommen erwiesen, und nicht beygebracht, daß sie den Dolch unter ihrem Kopf-Küssen liegen gehabt, oder sonsten denselben auf denselben, als ihren Mann, getragen, wie denn von diesem Umstande nur ein Zeuge Meldung thut: theils auch wenn solches gleich erwiesen, derselbe dennoch nicht angeben mögen, daß sie jemals den Dolch auf ihn gezucket, cum tamen necesse sit, vt insidiæ vitæ structæ ad aliquem actum externum pervenerint,

c. 1. X. de diuort. c. 8. et 13. in f. X. de restit. spol.
SANCHEZ *de matrim. lib. 10. disp. 18. n. 6 seq.*

welches dessen Frau auch vorgeschützet, und vorgestellet hat, daß sie den Dolch bloß einschmieren lassen, weil er voller Rost gewesen, und solches aus guter Vorsicht gethan, welches
5 denn billig in dubio zu præsumiren. Endlich wenn sie auch gleich einen schlimmen Vorsatz geführet haben solte, dennoch ob insidias vitæ structas weder nach denen canonischen, noch nach vieler protestantischen ICtorum principiis die völlige Ehescheidung zugelassen werden mag, sondern nur die perpetua separatio quoad cohabitationem Statt findet,

c. 1. X. de diuort.

welche Meinung viele ICti protestantes eifrig defendiren.

RICHTER *vol. 1. P. 5. conf. 17. n. 9.*
CARPZ. *cit. l. n. 2.*
NICOLAI *de diuort. et repud. P. II. c. 5. n. 31.*

6 Dahero derselbe bishero nicht weiter als auf die separation quoad thorum et mensam geklaget, und es nunmehr zu spät zu seyn scheinet, den angefangenen Weg zu ändern, und auf eine totale diuortium zu klagen, vielmehr dafür gehalten werden möchte, quod electione separationis quoad thorum et mensam renunciasse actor videatur actioni ad diuortium.

arg. §. 16. I. obligat. quæ ex del. nasc.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) die separatio quoad 7
thorum et mensam nur ein remedium provisionale et interimisticum ist, quo tantum ad tempus cohabitatio suspenditur, ad maiora mala præcauenda,

SCHILT. *institt. iur. can. l. 2. tit. 12. §. 10.*
NICOLAI *cit. l. n. 70.*

und also der Haupt-Sache, welche in der di- 8
vortien-Klage bestehet, nicht præiudiciret wird, vielmehr jene insgemein vorher gehet, wenn man ad diuortium totale klagen will, cum, quod prouisionaliter fit, sine præiudicio causæ principalis fiat;

l. 1. §. 11. D. de agn. vel al. lib.

woraus denn folget, daß derselbe dadurch, daß er nur einstweilen die separation gesuchet, sich ratione divortii nicht præiudiciret, und dem ohngeachtet die Haupt-Klage ad divortium nunmehro wol anstellen kan, zumal hier 9
eine solche Sache vorhanden, die noch nicht gehoben, auch nicht wol gehoben werden kan, als welche mit Gefahr des Lebens verknüpfet, da dessen Ehefrau zugestanden, daß sie den Dolch zurichten lassen, und die Zeugin deponiret, daß es zu der Zeit geschehen, da sie in der grössesten rage gegen denselben gewesen, und bey dessen retour den grössesten Lerm mit Schelten und Schmälen angefangen. Ferner dessen Frau nicht leugnen mögen, daß, da derselbe den Dolch zu seiner præcaution ihr wieder genommen und verwahrlich eingeschlossen, sie dennoch denselben wieder zu sich genommen, das Behältniß in desselben Abwesenheit durch den Schlösser aufmachen lassen, und den Dolch heraus genommen, wie auch der Schlösser selbsten bezeuget, welches aus böser Absicht nothwendig geschehen seyn muß, weil der Dolch ihr nicht zugehöret, und sie dennoch dergleichen unerlaubte höchst-verdächtige extremitäten gebrauchet, dessen wieder theilhaftig zu werden, welchem noch hinzugefüget wird, daß sie denselben unter ihrem Kopf-Küssen im Bette geleget gehabt, welches zwar noch nicht erwiesen, und die Zeugin ihre Aussage noch nicht beschworen, noch weniger circumstantialiter darüber vernommen ist, iedoch solches noch geschehen kan und muß, cum in causa diuortii alias luce meridiana probationes clariores requirantur,

c. 1. X. vt lite non contest.

und soferne die noch nicht herausgebrachte Um- 10
stände erwiesen werden könten, die völlige Ehescheidung alsdann demselben nicht zu versagen seyn würde, und ob wol das ius canonicum nur die separationem perpetuam in diesem Fall admittiriret, dennoch bekant ist, aus was vor einem Grunde, so die Protestanten nicht agnosciret, solches geschehen sey, ja bey denen Protestanten die separatio perpetua nicht einsten angenommen, sondern für ein wahres diuortium vielmehr gehalten wird.

BOHMER *tom. IV. iur. eccles. tit. de diuort. §. 31.*

Aus

Aus welchem Grunde denn die bewährtesten Rechts-Gelehrten in casu insidiarum vitæ structarum das totale diuortium zulassen, wie mit dem consensu vieler Rechts-Gelehrten bestärcket

STRYK *in vs. mod. ad tit. de diuort.* §. *9. seqq. et* §. 24.
IDEM *de diss. sponsf. sect. V.* §. *9. seqq.*
BOEHMER *cit. l. adducens consensum*
KITZELII, MELANCHTHONIS *et* CALIXTI.

11 Und obgleich nicht angegeben werden mögen, daß sie den Dolch auf denselben gezucket, dennoch die bereits angeführte Umstände, auch woferne die unerwiesene rechtlich dargethan werden mögen, so beschaffen, daß derselbe keine Sicherheit vor dem Rasen seiner Frauen für sich haben kan, adeoque sufficit metus insidiarum struendarum talis, qui in constantem virum cadere queat.

BROVWER *de iur. connub. lib. 2. c. 29.* 12 *n. 11.*

Dem dann die rationes dubitandi nicht entgegen stehen, als welche theils bereits durch die rationes decidendi abgelehnet: theils auch keinen Grund haben, da dessen Frau selber in actis anzeiget, daß sie ihm des Ehebruchs nicht beschuldiget, und sie also ohne gnugsamen Grund von der conversation mit der Apotheckerin Gelegenheit zum Zancken und Toben genommen, und wenn man nur ihr Schreiben, so sie an die Apotheckerin abgehen lassen, und bey den Acten befindlich ist, ansiehet, man leicht wahrnimmt, wes Geistes Kind sie sey, ja daß sie zu allen extremitäten leicht gebracht werden können, so daß derselbe keine Sicherheit bey ihr haben möge, sondern entweder diuortium oder perpetua separatio erkannt werden muß, welches letztere auch, wie gedacht, das Canonische Recht in diesem Fall zulässet, die Protestanten 13 aber nicht admittiren wollen.

So erhellet hieraus so viel, daß wenn derselbe die noch unerwiesene Umstände zu erweisen bestand ist, derselbe auf das divortium totale zu klagen wol berechtiget sey. V. R. W.

Inserat.

Will derselbe ferner belehret seyn:

Ob bewandten Umständen nach 14 **inzwischen dessen Frau nicht mit 50 oder 52 Rthlr. jährliche aliment-Gelder zu frieden seyn müsse?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, wenn eine Ehefrau wöchent- 15
lich 1 Rthl. aliment-Gelder bekommet, solches genug ist, und auch desselben Ehefrau bey ihrem Stande wol damit zufrieden seyn kan, zumal bey denen wenigsten Fällen man pfleget über 1 Rthl. wöchentlich zu kommen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch einmal per rem iudicatam in iudicio superiori das quantum alimentorum auf 70 Rthl. gesetzet, davon man inzwischen nunmehr nicht wieder abgehen kan, die iudices auch in loco solches am besten nach der Beschaffenheit dessen, was dessen Frau eingebracht, bestimmen können. Dieserwegen er so lange dabey verbleiben muß, bis das totale diuortium erkant worden, derselbe auch ehender seinen Endzweck erhalten wird, wenn er es dabey bewenden lässet.

So wird hierin bewandten Umständen nach 16
keine Aenderung zu hoffen seyn. V. R. W.

NOMINE EACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBR. MDCCXXXVIII.

RESPONSVM CIV.

THEMA.

De matrimonio ob impotentiam coniugalem nullo.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio decidenda. n. 1. 2.
Iniusta vxor, quæ nulliter nupsit, a crimine adulterii non est immunis. n. 3.
Punitur tamen extraordinarie tantum. n. 5.
Impotentia annullat matrimonium. n. 4
Nullitas, quæ ab initio adfuit ad nullitatem matrimonii agendi, licet pars innocens ex post adulterium committat, non impedit actionem instituendam, n. 6.
Pars adultera dotem tamen repetere nequit. n. 7.
Decisio. n. 8.

1 Als ihr uns eine facti speciem nebst einer Frage ꝛc.

Hat eine gewisse Frau seit anno 1726. mit ihrem Manne in der Ehe gelebet, der aber impotens und zur ehelichen Beywohnung gantz untüchtig ist. Und weil nun die Frau in denen ersten Jahren keine Kinder gebohren, ist sie von ihrem untüchtigen

Manne übel tractiret worden, wodurch sie verleitet worden, mit einem andern zuzuhalten und von demselben Kinder erzeuget, wobey also die Frage uns vorgeleget worden:

2 **Ob die Frau von ihrem Manne ex causa impotentiæ geschieden werden könne?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol der Frau entgegen stehen möchte, daß sie, ihrer eigenen Geständniß nach, eine Ehebrecherin sey, und aus solchem Ehebruch würcklich Kinder gebohren, nam etiam iniusta vxor, quæ nullitate nupsit, a crimine adulterii non est immunis,

l. 13. §. 5. ad L. Iul. de adult.

also der Mann wol ehender Ursache haben möchte, sich von ihr ex causa adulterii scheiden zu lassen, sie aber sich ihres Rechts verlustig gemachet zu haben scheinet, da, ob gleich ihr Mann
4 impotens gewesen, sie dennoch, so lange sie seine Frau gewesen, ihm billig alle Treue erweisen, allenfalls gegen ihn ex capite impotentiæ, ad nullitatem matrimonii klagen sollen.

Rationes decidendi.

5 Weil aber dennoch ein anders ist, ob die Frau wegen ihrer an dem Mann, constante matrimonio contracto, verübten Untreue nicht gestraffet werden könne? welches allerdings zu affirmiren ist, ob wol die gesetzte ordentliche Straffe ob impotentiam mariti cessiret, und an dessen statt eine extraordinaria alleine statt findet:

CARPZ. *in iurispr. consist. lib. II. def. 200. n. 12.*

IDEM *pr. crim. qu. 61. n. 14.*

ein anders aber ist, ob dadurch die Frau sich 6
ihres Rechts ad nullitatem matrimonii agendi verlustig gemachet? welches um desto weniger zu behaupten, als die nullitas, quæ ab inito matrimonio adfuit, beständig fort dauret, und aus denen Rechten nicht ersichtlich, daß eine Ehefrau ob adulterium commissum in der Ehe mit ihrem impotente marito verbleiben, und wider ihren Willen dieselbe continuiren müsse, indem eine adultera zwar ihren dotem 7
nicht wieder fordern kan, et ita in tantum ei denegatur actio ad dotis repetitionem, andere actiones aber, so ex alio capite entspringen, solcher bevor bleiben, so daß, wenn der Mann exceptionem adulterii commissi opponiren solte, solches dennoch die action ex capite impotentiæ nicht elidiren, sondern vielmehr die Klage als præiudicialis anzusehen seyn wird, ehe man propter adulterium commissum klagen könne.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß 8
die Frau, non obstante adulterio commisso, ad nullitatem matrimonii wol klagen könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE DECEMBR. MDCCXLIII.

RESPONSVM CV.

THEMA.

De impotentia coniugali immedicabili, iusta diuortii causa, secus de quauis animorum abalienatione dicendum.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. de impotentia coniugali, matrimonium annullante. n. 1.
Si de impotentia agitur, nequidem veriusque confessio sufficit, n. 2.
sed inspectio ocularis requiritur, n. 3. 11.
ita vt impotens ad eam patiendam cogi queat, n. 4.
et posthæc triennium non expectandum sit. n. 5.
In causa impotentiæ iudicium medicorum non est negligendum. n. 6.
Decisio quæstionis I. n. 7.
Quæstio II. De probatione impotentiæ coniugalis. n. 8.
In causis arduis suppletorio iuramento locus non est, quatenus ad annullandum matrimonium agitur. n. 9.
Cohabitatio continua esse debet, si post triennium ad annullandum matrimonium veniendum est. n. 10.
Absoluto triennio vxor ad iuramentum ratione impotentiæ admittenda est, n. 12.
aliquando vero vterque coniux. n. 13.
Decisio quæstionis II. n. 14.
Quæstio III. de matrimonio ob verba et verbera non rescindendo. n. 15.
Nonnulli Dd. diuortium ob mores mariti intolerabiles et animorum alienationem admittunt. n. 16. 17.
Ad diuortium nulla alia causa sufficit, quam fides coniugalis dolose fracta. n. 18.

In

In causa alienationis animorum reconciliatio tentanda est. ibid. n. 19. 20.
Decisio quæstionis III. n. 21.
Quæstio IV. De eodem argumento. n. 22.
Inhabilitas respectiua num ad matrimonium dissoluendum sufficiat? n. 23. 24.
Inhabilitas respectiua in quonam consistat? n. 25.
De causis, quarum finale iudicium pendet ex futuro, non est iudicandum. n. 26.
Decisio quæstionis IV. n. 27.
Quæstio V. Quatenus vxor a marito cautionem ratione illatorum exigere possit? n. 28.
Vxor regulariter cautionem ratione illatorum exigere nequit, n. 29.
nisi ob imminentem eius bonorum dissipationem. n. 30.
Decisio quæstionis V. n. 31.

Als derselbe uns eine facti speciem zugeschicket, ꝛc.
Wobey erstlich gefraget ist:

1 **Ob die F. schon anizo überall mit ihrer Klage** ad annullandum matrimonium propter impotentiam mariti **zu klagen befugt sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

2 Ob nun wol angeführet werden möchte, daß, wenn eine Frau nicht gleich im Anfange der geschlossenen Ehe klaget, dieselbe nachgehends keinen Glauben finde, sondern alsdann, ehe sie klaget, das triennium abwarten müsse, quo elapso demum actio nata videtur, zumal es hier auf den Beweis der impotentiæ ankommt, welchen die Klägerin beybringen muß, vt nequidem vtriusque confessio sufficiat.

c. 1. 5 et 6. X. de frig. et malef.

3 Weil aber dennoch nirgends in geistlichen Rechten versehen, daß entweder die Frau ob impotentiam mariti sofort klagen müsse, oder nachgehends allen Glauben verliehre, vielmehr wenn eine Frau sich hierin übereilen, und sofort klagen wolte, es bey ihr als eine unverschämte Geilheit angesehen, und sie zur Gedult angewiesen werden dürfte, mithin auch der Klägerinnen nicht verdacht werden kan, daß sie bishero zwey Jahr in Gedult gestanden und gehoffet, daß der Mann vielleicht noch bey seinen blühenden Jahren seinen Endzweck, den er so oft bey ihr versuchet, erreichen würde, auch daraus nicht folget, daß sie nunmehr das triennium abwarten müsse, sondern es vielmehr bey der anzustellenden Klage lediglich auf den Beweis ankommt, ob ihr Mann impotentia immedicabili laborire? welches zuforderst ex inspectione oculari herzunehmen und darauf loco probationis prouociret werden kan,

c. 6 et 7. X. de frigid. et malef.
BOEHMER *tom. IV. ius eccl. tit. de frigid. et malef. §. 21 et 24.*

4 ita vt, quocunque tempore agat mulier, hæc decerni et impotens ad eam patiendam cogi queat.

IDEM *cit. l. §. 24.*

5 Dahero wenn aus derselben die Warheit der Sachen heraus gebracht werden kan, sofort, non exspectato triennio, die annullatio matrimonii zu erkennen ist, zumal das triennium nur bloß in casu dubio erfordert wird, welches ohnedem, pendente processu instituendo, leicht ablauffen wird, daß fürtzo noch nicht darauf zu reflectiren, sondern erst zu versuchen seyn wird, wie weit man es mit der inspectione oculari bringen kan, und ob daraus certa impotentiæ argumenta erhellen werden, imgleichen was es vor eine impotentia sey, und ob solche nicht medicamentis naturalibus curiret werden könne, welches der medicorum iudicium bewähren muß, als worauf sehr vieles ankommen wird. 6

c. 4. X. de probat.
c. 3. et 6. X. de frigid. et malef.

So erhellet hieraus so viel, daß die gedachte Ehefrau schon ietzo intra triennium zu klagen wol befugt sey, und wenn alsdann eine immedicabilis impotentia sich finden solte, alsdann sofort die annullatio erfolgen könne. So ferne aber nach der medicorum Gutachten dieses nicht gewiß seyn solte, alsdann erst das triennium a tempore matrimonii computandum abzuwarten. 7

Die andere Frage betreffend:

Im Fall der Mann die impotentiam negiren **solte, ob sie alsdann** impotentiam absolutam **erweisen müsse, oder nicht genug sey, daß sie eydlich erhalte, daß ihr Mann alles Versuches ohngeachtet mit ihr die eheliche** copulam **nicht vollführen können?** 8

Rationes dubitandi.

Ob wol es scheinen wilt, als ob auf der Frauen Eyd es nicht ankommen könne, als welcher in diesem Fall ein iuramentum suppletorium seyn würde, welches aber in causis arduis nicht wol statt finden kan, wohin ohn Zweifel die causa matrimonii zu referiren, quatenus ad annullandum matrimonium agitur. 9 Ausserdem auch man noch nicht wissen kan, was der Mann dagegen einwenden möchte, absonderlich aber dabey sehr bedencklich fal- 10

len will, daß sie nach dem §. 12. sich von ihrem Mann gebettet, als dadurch sie Gelegenheit gegeben, daß der Mann nicht weiter einen Versuch thun können, cum tamen cohabitatio continua esse debeat, si post triennium ad annullandum matrimonium veniendum est.

c. fin. in f. X. de frigid. et malef.

Rationes decidendi.

11 Weil aber dennoch in casu negatæ impotentiæ alles auf die inspectionem ocularem ankommen wird, als welche nothwendig in diesem casu geschehen muß, dabey denn zugleich der Bericht der medicorum abzuwarten, ob die impotentia pro statu præsenti gewiß sey, und ob solche mediis naturalibus gehoben werden könne, und auf was Weise solche zu hoffen sey? und ehe solches ausfündig gemachet wird, man
12 fällen kan. Sensten aber ausser Zweifel, daß wenn bey der Besichtigung zwar sich keine certa et euidentia πειτήρια impotentiæ finden, doch die medici inspicientes auch nicht behaupten solten, daß das malum internum leicht gehoben werden könte, als welches zuförderst dem iudicio medicorum mit aufzugeben, und deren Gutachten wegen der anzustellenden Cur zu erfordern ist; alsdann das triennium continuum abzuwarten, und dahero nöthig ist, daß die Frau sich wieder zu ihrem Mann lege, und auf alle Weise sich bemühe, ihn zur ehelichen Beywohnung zu bringen, oder zum wenigsten ihm nichts in den Weg lege, da alsdenn die Frau nach völlig absolvirtem triennio sich zu dem Eyde offeriren, und nach Beschaffenheit der Sachen dazu gelassen werden kan,

c. 15. X. de frig. et malef.
c. 1. C. 33. q. 1.

welcher Eyd zwar in diesem Fall ein iuramen-
13 tum suppletorium ist, aber billig denen Rechten nach zugelassen wird, weil in re tam obscura et difficili auf keine andere Weise man heraus kommen kan, bevorab wenn aus des medici Bericht der Zustand des Mannes so schlecht befunden werden solte, daß nicht leicht Hoffnung zur removirung des vitii interni vorhanden. Welches noch leichter statt finden würde, wenn der Mann nicht möchte leugnen, daß er alles angewandten Fleisses ohngeachtet, und ob er es vielmal gleich mit ihr versuchet, seine Frau auch ihm nichts in den Weg geleget, dennoch ihr nicht ehelich beywohnen können; wiewol in solchem Fall so wol der Mann als die Frau schweren müssen, vt omnis euitetur suspicio collusionis,

c. 5. et f. X. de frig. et malef.
c. 2. c. 33. q. 1. inf.

davon die formulas iurandi anführet
de BERGER *P. II. resp. 57.*

14 So ist in casu negatæ impotentiæ die inspectio vorzunehmen, und wo ferner der medicus nicht positiue die impotentiam behaupten noch probabiliter darthun mag, daß solche mit medicamentis gehoben werden könne, die Frau alsdann nach verflossenem continuo triennio zum iuramento zuzulassen, und auf diese Weise die impotentiam beyzubringen.

So viel die dritte Frage anlanget:

Ob die Frau nicht auch zugleich 15
darin sich wol gründen könne, daß der Mann noch dazu ihr verbis et verberibus **begegnet, daß sie dahero eine grosse** auersion **gegen ihn bekommen, daß sie ihm nicht weiter ehelich beywohnen könne?**

Rationes dubitandi.

Ob wol einige Rechts-Lehrer vermeinen, daß 16
die Ehescheidung auch ob mores mariti intolerabiles et alienationem animorum statt finden könne, zumal die Ehe vornemlich in animorum harmonia und einer genauern Liebe bestehet, so daß, wenn solche gehoben und eine völlige Trennung der Gemüther zwischen Eheleuten eingeführet wird, alsdann die substantia ja die Seele zu cessiren scheinet, bevorab da der Mann bey 17
seinem schwachen Zustande vielmehr seine Frau menagiren, und ihr mit desto grösseren caressen zur Bedeckung seines Mangels begegnen sollen,

PERTSCH *in elem. iur. canon. lib. II. tit. 15. §. 758.*

und dahero es scheinen will, als wenn auch dieses ein grosses zur Aufhebung der Ehe beytragen könne.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch nach denen regulis Chri- 18
sti und der Heil. Schrift keine andere causa, als wodurch dolose contra fidem coniugalem gröblich gesündiget, und solche gebrochen wird, ad diuortium admittiret wird, nicht aber dahin das übele Betragen derselben und die fœuitiæ maritales zu referiren sind, sondern denen Eheleuten vielmehr in sacris befohlen worden, daß sie in casu alienationis animorum sich wieder versöhnen sollen.

1 Cor. VII, 10. 11.

Und ob zwar nach Anleitung des §. 5. der Mann 19
sich übel und unanständig gegen seiner Frau aufgeführet, doch solches Vergehen ohn Zweifel von der Ungedult und aigreur, daß der Mann seiner Frau nicht ehelich beywohnen kan, herrühret, und wenn dieses malum nur gehoben werden könte, alsdann sich schon eine eheliche Liebe und gutes Vernehmen zwischen denen Eheleuten wieder einfinden dürfte. Inzwischen gleichwol 20
aus dem angeführten loco zu ersehen, daß die Ehe propter alienationem animorum nicht gebro-

gebrochen werden könne, weil, wenn sich die Frau von dem Mann trennen solte, ihr befohlen wird, entweder sich mit ihm zu versöhnen, oder nicht wieder zu heyrathen, dergestalt also darauf bey der künftigen Klage wenig reflectiret werden dürfte.

21 So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß die Frau, das übele comportement ihres Mannes und daher entstandene aversion nicht mit zum Grunde ihrer Klage machen könne, sondern woferne sie künftig reussiren will, sie vielmehr ihm alle Liebe und Gefälligkeit erweisen und sich wieder zu ihm betten müsse.

22 Hieraus entscheidet sich nun die vierte Frage:

Ob bey solchen in facto erwehnten Umständen die Frau sich wol eines obsieglichen Urtheils zu erfreuen haben dürfte, wenn gleich sich hervor thun solte, daß der Mann nicht absolute impotens **sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

23 Denn ob wol aus dem bisherigen Bezeugen des Mannes nichts anders zu vermuthen, als daß er absolute impotens seyn müsse, oder doch wenigstens schwerlich zu hoffen stehet, daß er wieder werde restituiret werden, zumal alle dessen conatus bishero unnütze gewesen, und die Frau dabey beständig bleibet, daß er ihr bis auf diese Stunde nicht ehelich beywohnen können, und also gnug sey, daß allhier eine respectiua inhabilitas vorhanden.

24 Weil aber dennoch, so viel wir aus der facti specie wahrnehmen mögen, hier die Frage nicht de respectiua inhabilitate aufgeworfen werden kan, als welche sonsten in thesi sufficiens seyn würde ad matrimonium dissolvendum,

PONCE *de matrim. lib. VII. c. 61.*

25 zumal solche vornemlich daraus entstehet, wenn eine Frau selbsten einigen Mangel propter aliquam frigitudinem hat, vt quidem vni vlteriue apta, non tamen præsenti marito apta sit,

c. 6. X. de frigid. et malef.

welches sich hier nicht befindet, da der Mann bey seinen itzigen schwachen Umständen wol sich nicht bestand finden wird, auch einer andern Frauens-Person beyzuwohnen, vielmehr alles lediglich auf die künftige inspection und den Bericht der medicorum ankommt, daraus erhellen wird, ob der Mann nicht allein pro præsenti statu inhabilis sey, sondern auch darneben in einer solchen Schwachheit sich befinde,

26 welche nicht leicht per medicamenta gehoben werden könne, und dahero hieher wol zu appliciren, was der Pabst gar bedencklich bey solchen Umständen saget: de talibus non esse facile iudicandum, cum finale iudicium pendeat ex futuro,

c. 6. X. cit.

so daß davon erst zu iudiciren seyn dürfte, wenn der Bericht des medici zuforderst ad acta gebracht ist, zumal wenn daraus erhellen solte, daß bey dem Manne ein vitium medicabile sey, welchem zu helfen stehe, und der Mann sich auch würcklich der Cur unterwerfen wolle, nicht sofort die cassation der Ehe geschehen kan, sondern die Frau den Ausgang der Cur abwarten muß; dabey aber auch die medici ermessen werden, ob aus dem Ursprung dieses mali, welcher vor allen Dingen zu erforschen, und dabey auf die in §. 11. angeführte Umstände zu sehen, zu hoffen stehe, daß solches gehoben werden könne? imgleichen dabey zu observiren, ob sich auch der Mann gebührender Massen der Cur unterwerfen, und sich helfen lassen wolle, wenn noch bey ihm einige Hülfe vorhanden? zumal wenn er, wie bishero geschehen sich keiner Cur unterwerfen, sonden vielmehr sein malum vergrössern wolte, alsdann um desto ehender, absonderlich da inzwischen das triennium ablaufen wird, die Frau zum iuramento admittiret werden wird.

27 So erhellet hieraus so viel, daß noch zur Zeit von dem iudicio finali nichts gewisses asseriret werden könne.

Endlich so viel die letzte und fünfte Frage belanget:

28 **Ob** pendente processu **der Mann in der** possession **der Frauen Güter zu lassen, oder schuldig sey, entweder** caution **zu bestellen, oder in deren Entstehung nach Empfang des Seinigen, so er eingebracht, der Frauen Güter heraus zu geben?**

Rationes dubitandi et decidendi.

29 Ob wol noch zur Zeit die Frau keinen metum amittendæ dotis aliarumque rerum marito datarum erwiesen hat, zumal was von einigem befundenen Mangel in der Handelung §. 10. angeführet ist, noch nicht zureichend ist, einige dilapidation darzuthun, sondern allenfalls nöthig seyn würde, daß zuforderst untersuchet werde, woher dieser Mangel an Waaren und Gelde rühre, als welcher auch wol von einem casu fortuito oder Unglücks-Fall entstehen kan, bekanten Rechtens aber ist, daß keine Frau dergleichen caution regulariter fordern könne.

l. I. vn. C. ne fideiuss. dot. dentur.

Weil

30 Weil aber dennoch 1) bereits sich nach dem §. 10. ein ziemlicher Mangel hervorthut, und wol zu glauben, daß solcher culpa et desidia mariti geschehen seyn müsse, zumal er, wo das Geld oder die Waaren geblieben, nicht hat wissen wollen. 2) Der Frauen Vater darneben für verschiedene Waaren noch über 1100 Rthl. als creditor zu fordern hat, und dadurch der Mann immer tiefer hinein kommt; da er doch noch nicht lange geheyrathet, und in der Handelung gesessen, so daß nicht unbillig zu befürchten, daß der Mann bey solchem unglücklichen Anfang nicht lange mit gutem Fortgang seine Handelung treiben werde. Bevorab, wenn dieses hinzu kommen solte, daß die Frau ex impotentia coniugali ad annullandum matrimonium klagen solte, wodurch der Mann sehr erbittert und in den Stand gesetzet werden dürfte, der Frau und deren Eltern allen Tort anzuthun, und deren Handelung zu ruiniren, welchem Uebel vorzubauen, der Mann zur caution wol angestrenget werden kan.

l. 24. solut. matrim. ibique GOTHOFR. *lit. c.*

l. 29. et 30. C. de iur. dot.

Adeo vt, imminente vxoris bonorum dissipatione a marito, sequestratio etiam decerni queat, si agit, vt non hominem frugi oportet:

l. 22. §. 8. D. solut. matrim.

vel etiam si male rebus vti incipit.

nou. 97. c. 6. pr. in f.

Welches letztere aus der bisherigen Handelung klar abzunehmen und noch ärgere Suiten zu befürchten sind.

So sind Wir der Rechtlichen Meinung, daß 31
gestalten Sachen und Umständen nach, der Mann pendente lite wol angehalten werden könne, gnugsame Sicherheit wegen der Frauen Güter zu bestellen, oder in dessen Ermangelung ihr solche, iedoch saluis fructibus, constante matrimonio percipiendis, wieder abzutreten. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE AVGVSTO MDCCXLIII.

RESPONSVM CVI.

THEMA.

De diuortio ex capite denegati debiti coniugalis.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1. 2.

Si ea infirmitate est correpta mulier, ob quod debitum coniugale viro reddere nequeat, matrimonium non subsistit. n. 3.

Multo magis, si inhabilitas ad coeundum cum viro apparet. n. 4.

Præfracta debiti coniugalis denegatio adulterio et malitiosæ desertioni æquiparatur. n. 5.

Ad diuortium ob impotentiam requiritur, vt vitium naturale et perpetuum sit, n. 6.

cuius probationi inspectio ocularis inseruit, n. 7.

ita vt vxor remediis coactiuis ad eam cogi queat. n. 8.

Quinam gradus in denegatione debiti coniugalis sint obseruandi? n. 9. 10.

Decisio. n. 11.

Als uns eine facti species nebst einer Frage ꝛc.

1 Hat Bernhardus, ein Prediger auf dem Lande, im vierzigsten Jahr seines Alters nach Absterben seiner ersten Frauen sich in anno 1740. kurtz nach Pfingsten mit der Seja copuliren lassen, welche nach der copulation so gleich den Trauring mit verdrießlicher Mine nicht allein zurück gegeben, sondern auch so wol bald nach der Hochzeit als auch hernach ihm das debitum coniugale versaget, so ihn auf die Gedancken gebracht, daß es mit der Seja nicht richtig sey, sondern sie vielleicht mit einem defectu naturali behaftet seyn müsse. Hat nun dieses Verfahren bey dem Bernhardo einen billigen Widerwillen erwecket, daß er sie nicht mehr bey sich leiden und dulden kan, bevorab, da ex propria Sejæ confessione der defectus bey ihr genug gewest zu seyn scheinet, dahero denn Bernhardus belehret seyn will:

2 **Ob das vinculum coniugale zwischen ihm und Seja dieserwegen nicht dissoluiret werden könne?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol Bernhardus vermeinen will, daß Seja an einem defectu, weswegen sie das debitum coniugale nicht abstatten könne, laborire, weswegen so wol geistliche als weltliche Rechte dergleichen Ehen zu recht nicht beständig halten, adeo vt sufficiat, si ea infirmitate est cor-

correpta mulier, ob quod viro debitum coniugale reddere nequeat;

c. 18. C. 27. q. 1.

4 Um desto mehr also dieses zu admittiren ist, wenn eine inhabilitas ad coeundum cum viro sich ereigen solte, weswegen die Ehe wieder aufgehoben werden kan,

c. 5. 6. et 7. X. de frigid. et malef.

5 daran auch bey der Seia um desto weniger Zweifel seyn möchte, weil das vitium ex propria Sejæ confessione klar ist, quæ probationum regina est. Hiernächst Seja nicht wird leugnen können, daß sie bishero das debitum coniugale dem Bernhardo, ohngeachtet er solches von ihr begehret, præfracte denegiret, welches abermal eine iusta causa dissoluendi matrimonium ist, ita vt adulterio et malitiosæ desertioni æquiparetur, cum vxor ad cohabitandum obligata sit;

GERHARD. *de coniug. §. 630.*

NICOLAI *de repud. et diuort. P. II. c. 2. n. 53. sqq.*

so gar daß wenn eine Frau halsstarrig bey solcher denegirung verbleibet, dieses einer malitiosæ desertioni gleich gehalten wird, weswegen abermal die Ehescheidung bekanten Rechten nach statt finden kan.

Rationes decidendi.

6 Weil aber dennoch Bernhardus noch zur Zeit selbsten nicht eigentlich angeben kan, worin der defectus bey der Seja bestehen solle, und also er noch nicht gewiß versichert ist, ob bey ihr ein vitium naturale et perpetuum vorhanden, quod omnem coeundi facultatem impediat, welches die Rechte doch ersordern.

c. 6. X. de frig. et malef.

7 Darneben ex sola confessione Sejæ solches nicht gewiß ist, welche zwar sonsten in rebus priuati arbitrii ad certitudinem genug ist, vt ex ea ferri possit sententia, gleichwol in causis, diremtionem matrimonii concernentibus, ein stärckerer Beweis und grössere Gewißheit erfordert wird, welche sine inspectione oculari nicht kan herausgebracht werden,

c. 1. 4. 5. 6. X. de frigid. et malef.

BOEHMER *tom. IV. iur. eccles. ad cit. tit. §. 21.*

8 solche auch Seja über sich zu nehmen schuldig ist, vt etiam remediis coactiuis ad id cogi queat.

ALEX. SPERELL. *dec. for. eccles. 141. n. 58.*

9 Darneben dieses Mittel auch Bernhardo anzurathen, da, wenn sich solches so sort ex inspectione oculari offenbaren solte, er ohne alle Weitläuftigkeit, welche bey dem processu super denegatione debiti coniugalis sich ereuget, die Aufhebung erhalten kan; zumal ob wol in thesi richtig, daß ob denegationem debiti coniugalis die Ehe geschieden werden kan, dennoch bey diesem Proceß circumspecte et gradatim verfahren werden muß, wohin gehöret, vt denegatio hæc sit pertinax et incorrigibilis, adeoque ante omnia contumax coniux cognatorum precibus et confessionarii adhortationibus ad cohabitandum inducenda; quibus fruftra adhibitis, magistratus auxilium implorandum, vt præceptis pœnalibus aliisque remediis coactiuis ad id, quod sui officii est, adigatur, et tandem post publicas priuatasque admonitiones et sollicitationes fruftra adhibitas, præuia exacta causæ cognitione, diuortium concedi potest.

NICOLAI *cit. l. n. 59. sqq.*

RICHTER *vol. II. P. I. conf. 26.*

10 Woraus denn von selbsten folget, daß, wenn Bernhardus ex capite denegati debiti coniugalis die Ehe-Scheidung suchen will, er vorher alle Mittel hervorsuchen, ja auch endlich bey dem Consistorio anhalten muß, daß seine Frau zu ihrer Schuldigkeit angewiesen werde, da sich dann finden wird, wie weit sie denen Vorstellungen und præceptis pœnalibus parition leisten werde. Und ob sie gleich auf sein Erinnern bishero ihm die eheliche Pflicht versaget, er doch nicht wissen kan, ob sie bey ihrem Vorsatz, wenn sie sonsten mit keinem natürlichen Mangel behaftet ist, halsstarrig verbleiben, oder was sich bey dessen Leistung eräugen werde, zumal auf den Umstand, welcher dabey von ihrem garstigen Schweisse angeführet ist, noch zur Zeit nicht reflectiret werden können, sondern zuvörderst die gehörigen gradus mit ihr vorgenommen werden müssen.

11 So erhellet hieraus so viel, daß ohne inspectione oculari von einigem natürlichen Mangel bey der Seja nicht geurtheilet, noch, daß sie bishero die eheliche Pflicht ihm zu leisten sich geweigert, so sort die Ehe-Scheidung gesuchet, und solche erhalten werden kan, sondern Bernhardus zuvörderst durch ihre Verwandte, auch Geistliche, absonderlich ihren Beichtvater ihr zureden lassen, darauf aber das Consistorium imploriren muß, daß solches seine Frau zu ihrer Schuldigkeit gebührender massen anhalte, unter der endlichen Verwarnung, daß, wenn sie bey ihrer Halsstarrigkeit verbleiben solte, die Ehe-Scheidung nebst einer gebührenden Ahndung erfolgen solle. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBRVARIO MDCCXLI.

RESPONSVM CVII.

THEMA.

De iudice in causis principum protestantium matrimonialibus.

SVMMARIA.

Quæstio I et II. de iudice in causis principum euangelicorum matrimonialibus. n. 1.

Iurisdictio imperatoris dicitur vniuersalis, ad quascunque causas se extendens, etiam matrimoniales. n. 2.

Causæ matrimoniales principum olim ad causæ cognitionem imperatorum spectauerunt. n. 3.

Num imperator causas matrimoniales principum extra ordinem per commissarios protestantes, ad hanc causam cum facultate decidendi delegatos, determinare possit? n. 4.

Forum austrogarum non locum habet in causis principum euangelicorum. n. 5.

Num liceat inter principes parti desertæ et innocenti, confestim via facti et priuata auctoritate matrimonia dirimere et ad alia vota transire? n. 6.

Diuortio inter protestantes sine causæ cognitione et sententia locus non est. n. 7.

Matrimonia inter protestantes priuato pacto dissolui nequeunt. n. 8.

Principes protestantes inter se in causis matrimonialibus non habent iudicem competentem, n. 9.

Suspensa episcoporum iurisdictione ecclesiastica. n. 10. 12.

Imperator iurisdictionem in causis principum matrimonialibus sibi arrogare nequit. n. 11.

Qui iurisdictionem delegare vult, eum in causa principaliter cognoscere posse, necesse est. n. 13.

Immediati imperii in causis ecclesiasticis nullum habent iudicem, n. 14.

Sed sibi ipsis ius dicunt. n. 15.

Qualis fuerit ratio diuortiorum tempore Iustiniani? n. 16.

Decisio quæstionis I et II. n. 17.

Quæstio III. n. 18.

Liberis nascituris semper prospiciendum est. n. 19.

Qua methodo principes protestantes iuste procedere queant in diuortiis, quæ semet ipsos concernunt? n. 20.

Quatenus post diuortium ad secunda vota licitus sit aditus? n. 21.

Decisio quæstionis III. n. 22.

1 Als uns derselbe eine facti speciem nebst drey Fragen zugeschicket ꝛc.

Quæstio I.

Ob Fürst Augustus hierunter einen andern Richter als ihr Christ-Fürstlich Gewissen nöthig haben?

Quæstio II.

Ob nicht genug sey, wenn sie die nach dem durch beyderseitigen Hochfürstlichen nächsten agnaten assistenten vermittelten Recess, völlig erfolgte Ehe-Scheidung per literas patentes **und Abkündigung von denen Cantzeln ihrer Herrschaft** publiciren, **auch dißfalls die gewöhnliche** notificationes **an sowol höhere als gleichbürtige** constatus imperii **auch an Ihro Kayserliche Majestät selbst abliessen?**

Rationes dubitandi.

2 Ob wol 1) nach dem Religions-Frieden und erfolgten Oßnabrückischen Friedens-Schluß, die geistliche Bothmäßigkeit derer Bischöffe, welche sich auch über die Fürstlichen Ehen in Teutschland erstrecket, und zwar aus der Ursache fuspendiret, weil die Protestanten einmüthig dafür gehalten, daß die geistliche Bothmäßigkeit zu der Landes-Hoheit gehöre, und derselben unrechtmäßiger Weise entzogen worden, dieserwegen aus eben dem principio den Kayserlichen Reichs-Hofrath in diesen inter immediatos ventilirten Ehe-Sachen sie pro iudice competente halten müssen, quod iurisdictio imperatoris sit vniuersalis, ad quascunque causas sese extendens, præsertim quod olim causæ matrimoniales principum ad cognitionem imperatorum spectauerint.

TEXTOR *ad R. I. de anno 1654.* §. 74. 75.

Wie

3 Wie denn 2) exempla vorhanden, daß die Kayser auch so gar auf den Reichs-Tägen die Ehescheidungen erkant, wie das exemplum HENRICI II. de anno 1018. da er Graf Eckhards Sohn von seiner Gemahlin geschieden, darthut AVCTOR *vitæ Meinwerci apud* LEIBNIT. *tom. I. rerum Brunsuic. p. 517. sqq.*
ferner mit einem jüngern Exempel des Kaysers LVDOVICI IV. bestärcket wird,
SCHWEDER *introd. in ius publ. p. spec. sect. 2. c. 17. §. 32.*
auch solches mit denen protestantischen principiis übereinstimmen möchte, und wenn man ja
4 3) des Reichs-Hofraths iurisdiction so weit nicht erstrecken will, dennoch es ohnstreitig zu seyn scheinet, daß der Kayser hierin extra ordinem per commissarios protestantes, ad hanc causam cum facultate decidendi delegatos, verfahren könne, wie mit einigen Exempeln illustriret
MYLER *ab* EHRENBACH *de princip. et stat imper. c. 20. n. 20.*
weil alsdann die dubia, so dem Reichs-Hofrath moviret werden, hinwegfallen, und keine suspicion gegen die Kayserliche cognition übrig
5 bleibet. Uebrigens 4) kein ander iudex sich finden will, da man das forum austregarum hierin so wenig zulassen, als die protestantischen Fürsten ihren eigenen consistoriis unterwerfen, noch zum compromisso zwingen kan: und gleich-
6 wol 5) es nöthig zu seyn scheinet, daß die protestantische Fürstliche Eheleute in Ehescheidungs-Sachen einen Ober-iudicem haben, und deswegen von denen ICtis diejenige Meinung verworfen wird, quod liceat parti desertæ et innocenti confestim via facti et priuata auctoritate matrimonia dirimere et ad alia vota transire.
BARDILI *cit. l. §. 21.*
7 Allermassen auch 6) nach denen principiis protestantium keine Ehescheidung sine iudice et plena causæ cognitione geschehen mag, und dahero die blosse Abkündigung von denen Cantzlen und notification der unternommenen Trennung an auswertigen Höfen, nicht zureichend seyn möchte, den Fürsten Augustum von dem vinculo coniugali los zu machen, und ihn in die völlige Freyheit zu setzen, dergestalt, daß
8 ob wol 7) beyde Fürstliche Eheleute einander von diesem vinculo losgezehlet, und die instrumenta dotalia zurück gegeben, dennoch solches für nichts anders als eine separationem cohabitationis, salvo ipso vinculo, anzusehen sey, da bekanter Massen keine Ehe priuato coniugum pacto getrennet werden mag.

Rationes decidendi.

9 Weil aber dennoch die protestirende ICti, so diese materiam de iudice in causis matrimonialibus principum protestantium inter se abgehandelt, gestehen müssen, daß dieselbe keinen iudicem competentem darin haben;
BARDILI *cit. l. §. 9 sqq.*
Bœhm. Conf. Tom. III. P. I.
LVDOVICI *diss. de iudice in causis princip. protest. matrim. per tot.*
L. B. *a* COCCEII *in prud. iur. publ. c. 32. §. 8.*
Zumal quoad rationem primam so wenig durch 10
den Religions-Frieden als Westphälischen Friedensschluß dem Reichs-Hofrath in causis ecclesiasticis einige iurisdictio zugewachsen, als welche derselbe ante reformationem nicht exercitet, und die suspensio episcopalis iurisdictionis bloß in Ansehen der Protestanten, die solches allein, und nicht der Kayser und das 11
Reich, mit verlanget, geschehen, und wie der Kayser selbsten in seinen Erblanden keine iurisdiction in causis matrimonialibus begehret, er noch weniger in causis principum protestantium matrimonialibus solche sich attribuiren wird.
BARDILI *cit. l. §. 12.*
Dieserwegen die in ratione secunda angeführte 12
exempla aus denen alten Zeiten wenig mehr zu regardiren, nachdem einmal die iurisdictio ecclesiastica nach denen principiis iuris canonici denen weltlichen Gerichten entzogen, und priuatiue denen Bischöflichen beygeleget und zugestanden worden, daß die iurisdictio supremorum tribunalium auf diese causas nicht mit fundiret werden mögen: noch weniger der in
ratione tertia gethane Vorschlag de commis- 13
sione Cæsarea einen ingress finden kan, da dergleichen commissarii nichts anders als iudices delegati sind, necesse vero est, vt is, qui delegare vult, principaliter de causa cognoscere possit, quod imperatori in causis matrimonialibus haud concessum est.
BARDILI *cit. l. §. 13.*
B. LVDOVICI *cit. l. §. 33.*
Hiernächst quoad ration. quartam nicht folget, 14
daß, weil kein ander iudex zu finden, nothwendig der Kayser in diesen Sachen iudex seyn müsse; vielmehr dieses daraus zu schliessen, was der selige Herr von COCCEII *loc. cit.* saget: quem ergo status in his causis iudicem habent? Resp. euangelici nullum, reliqui ecclesiasticum: wie denn eine gantz bekante Sache ist, daß die immediati in dergleichen geistlichen Sachen souverain und keiner iurisdiction unterwerffen, welches der Herr von
COCCEII *cit. l.* mit diesen Worten bekräfti- 15
get: euangelici itaque in his causis potestatem absolute summam habent, cum ecclesiastica, quæ sola superior fuit, tota cum omnibus suis speciebus suspensa atque sublata fuerit per pacem osnabrugensem art. V. §. 48.
welches nach ihm bekräftiget
STRVVIVS *in Synt. iur. publ. diss. 24. §. 18.*
und saget: in causis matrimonialibus nulli iudicio sunt subiecti protestantes status, dum papam non agnoscant, et tales causæ a iurisdictione iudicii aulici, cameralis et austregarum sint immunes etc. Bey solcher Beschaffenheit also die ratio dubitandi quinta, so ex sententia des seligen BARDILI entlehnet,

mit dessen eigenen principiis nicht wol connectiret, allermassen, da er selbsten in diesen Sachen keinen iudicem angeben kan, nothwendig folgen muß, daß sie keinen iudicem darin haben, und daher ihre eigene Richter seyn können, cum enim supremum iudicem, quando de dissoluendo matrimonio agitur, non habeant, nihil restat, quam vt dicamus, principem ipsum sibi esse iudicem;

PFEFFINGER *in* VITR. *illustrat. tom. III. p. 306.*

welches auch so gar bey denen nobilibus immediatis A. C. addictis statt findet, wie der seelige Reichs-Hofrath von LYNCKER stattlich ausgeführet

responf. XIV. tom. I.

16 Und was dabey sonsten für consilia an die Hand gegeben werden, bloß ad regulas prudentiæ, keinesweges aber ad necessitatem iuris gehöret, worüber wir allein gefraget sind. Dabey auch quoad rationem sextam dieses niemand fremd vorkommen wird, daß die dissolutio matrimonii sine iudice inter principes geschehen könne, da noch zu den Zeiten des Käysers IVSTINIANI die Ehen, durch einen Scheide-Brief, und nicht per iudicem getrennet worden sind, nur daß derjenige, der das diuortium machen wolte, dazu eine causam legibus probatam haben muste, weil er sonsten, si sine iusta causa diuortium fecerat, gebührlich angesehen wurde; mithin es auch bloß hier darauf ankommt, ob der Grund der Ehe-Scheidung im gegenwärtigen casu zureichend sey? Welches aus denen actis genugsam zu ersehen, und dahero dabey der Fürst Augustus keinen andern iudicem als sein eigen Gewissen nehmen kan, anbey auch das in ratione septima angeführte pactum um destomehr Kraft haben muß, als auf diese Weise keine contradiction über das vinculum mehr verhanden, sie beyderseits solches ein ander in perpetuum remittiret, und gewilliget, daß keiner weiter einen Anspruch an den andern machen solle, und was dabey von Ausbringung des diuortii totalis am gehörigen Ort angefüget ist, solches bloß in der Freyheit gesetzet, und nur auf den Fall, so ferne ein Theil solches zu seiner conuenient nöthig befinden solte, beliebet worden, zumal auch dabey alle contradiction und opposition aufgehoben, kein iudicium aber inter volentes et consentientes nöthig ist, dergestalt, daß auch andere, denen davon notification geschiehet, dagegen kein ius contradicendi anführen können, sondern das iudicium ipsius principis in causa propria, deficiente alio iudice, iure gentium für gültig annehmen müssen.

17 So halten Wir dafür, daß Fürst Augustus hierin keinen andern Richter als sein Gewissen annehmen dürfe, und es genug sey, wenn solches von denen Cantzlen abgekündiget, und an auswärtige Höfe notificiret werde.

Quæstio III.

Ob sie sodann nicht berechtiget, 18 ohne allen fernern Scrupel auch ohne alle figura iudicii zu anderweiter Vermählung zu schreiten?

Rationes dubitandi et decidendi.

Es möchte zwar dieses dubium gemachet 19 werden, daß doch die in quæstione secunda et tertia untersuchte quæstio controvers, und also zu befahren sey, daß, wenn Fürst Augustus ohne alle fernere figura iudicii zur anderweiten Vermählung schreiten würde, solches als eine bigamia angesehen, denen künftig gebornen Printzen und Printzessinnen aber status quæstio moviret werden möchte, da doch viel daran gelegen, daß so wol die künftige Fürstliche Gemahlin völlig dabey in Sicherheit gesetzet, als denen nascituris liberis prospiciret werde, es also sicherer ja fast nöthig sey, die Ehescheidung in forma iudicii vorzunehmen, und eine sententiam vorher in causa ergehen, oder auswärts darin erkennen zu lassen.

Weil aber dennoch Wir 1) bereits voraus 20 gesetzet haben, daß die angegebene Umstände ratione veritatis et probationis ihre Richtigkeit haben, auch wir nicht zweifeln, daß Fürst Augustus ad perpetuam rei memoriam dazu gewisse ordentliche acta verfertiget haben werde. Hiernechst 2) derselbe sich auch erkläret, daß er bey berühmten Juristen-Facultäten und wohlerfahrnen Rechts-Gelehrten sich Raths erholen, und in dieser Sache belehren lassen wolle; welche methode 3) ebenfalls unter denen Protestanten gewöhnlich ist, wenn gezweifelt wird, ob in diesem oder jenem Grad der Blut-Freundschaft die Ehe verboten sey oder nicht? Zumal sie keine dispensation bedürfen und sich allein nach denen göttlichen Gesetzen richten. Alsso auch 4) in diesem casu nichts weiter als certitudo sowol ratione veritatis als iuris erfordert wird, welche nach der vorgedachten erwählten methode gar wol erhalten werden kan. Auch da 5) Fürst Augustus keinen andern iudicem hierin als sich selbsten hat, und solches iudi- 21 cium in controuersiis gentium angenommen, von selbsten daraus folget, daß solches iudicium alle rechtlichen effecte und Wirckung, sowol ratione der künftigen Gemahlin, als Kinder haben müsse. Da sonsten 6) wenn Evangelische Reichs-Fürsten nicht ad secunda vota zu treten berechtiget seyn solten, sie deteriores conditionis als ihre eigene Unterthanen seyn würden, welchen iedoch, facto diuortio ad secunda vota zu schreiten, erlaubet ist.

So ist Fürst Augustus, in solchem Fall sine 22 vlla vlteriori iudicii forma zur andern Ehe zu schreiten wol befugt. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MARTIO MDCCXXXV.

RESPON-

RESPONSVM CVIII.

THEMA.

Quatenus ob inimicitias capitales inter coniuges intercedentes diuortio locus sit in foris Protestantium?

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. n. 1. 2.
Matrimonia continent vinculum indissolubile, et pro rebus publici non priuati arbitrii habentur. n. 3.
Diuortiis secundum principia primitiuæ et hodiernæ ecclesiæ ex duabus tantum causis locus est, n. 4.
nisi eadem vel multo maior ratio adsit. n. 5. 13.
Ob inimicitias capitales plurimi Dd. separationem tantum quoad thorum et mensam admittunt, n. 6. 7. 8.
cuius rationes allegantur. n. 9.
Principis in causis ecclesiasticis maior est potestas, ac consistoriorum, n. 11. 12. 13.
adeo vt nouas diuortiorum causas consistorii præscribere possit. n. 14.
Matrimonium, qua negotium ciuile, a potestate legislatoria dependet. n. 15.
Doctrina de iustis diuortiorum causis multis adhuc dubiis subiecta est. n. 16.
Princeps pro salute societatis ciuilis de negotiis ciuilibus pro temporum varietate hominumque conditione disponere potest, n. 17.
ideoque et matrimonia dissoluere. n. 18.
Imperatores Romani in determinandis causis diuortiorum fuerunt laxiores. n. 19.
Princeps ob inimicitias capitales vinculum matrimonii inter coniuges dissoluere potest. n. 20.
Separatio quoad thorum et mensam perpetua inter Protestantes non statuitur. n. 21.
Ad essentiam nuptiarum pertinet etiam individua vitæ consuetudo. n. 22.
Inimicitiæ capitales fidem coniugalem tanquam fundamentum coniugii tollunt. n. 23.
Decisio quæstionis I. n. 24.
Quæstio II. n. 25.
Causæ iudiciales per procuratores tractari possunt, n. 26.
verum cognitionem præcedentem desiderant. n. 27. 29.
In causis matrimonialibus partes in primo termino in persona comparere debent. n. 28.
Decisio quæstionis II. n. 30.
Quæstio III. n. 31.
Parti innocenti in casu diuortii in foris protestantium vlteriores nuptiæ conceduntur, n. 32.
aliquando tamen etiam parti nocenti mediante dispensatione. n. 33.
Decisio quæstionis III. n. 34.

1 Die mir überschickte facti species bestehet aus folgenden Umständen:

Es haben Sempronius, und Beata, zwey adliche Personen, sich vor etlichen Jahren verheyrathet, aber lange Zeit in einer recht unglücklichen Ehe, so nunmehro eilf Jahr gedauret, gelebet, gestalten diese jenem nicht allein alles erdenckliche zuwider gethan, sondern auch unterschiedene mal mit Sack und Pack von ihm gegangen, und obwolen beyde durch Vermittelung guter Freunde wieder zusammen gebracht worden; so hat dennoch Beata 1734. bey nöthiger Abwesenheit ihres Ehelieb[sten] einesmals sich in ein ander territorium von ihm entfernet, wodurch die Feindseligkeit und Widerwärtigkeit der beyden Gemüther dergestalt zugenommen, daß wann sie itzo nur von einander hören, deren Groll im Hertzen und Unversöhnlichkeit sich äusserlich zur Gnüge zeiget; wannenhero der Beatæ leiblicher Vater auch in einem in copia beygelegten Schreiben alle Hoffnung von einiger Versöhnung benommen, beyderseits auch nichts mehr dann eine völlige separationem quoad vinculum wünschen, mithin gefraget wird:

Quæstio I.

2 **Ob bewandten Umständen nach solche Ehescheidung nicht** auctoritate principis **so das** ius episcopale **hat, ausserordentlich geschehen könne?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol die Ehe 1) nach der von GOtt geschehenen Einsetzung ein vinculum indissolubile, mithin darin von allen andern negotiis priuatorum unterschieden ist, daß solche nicht einmal mutuo consensu derer verheyratheten

Personen getrennen werden kan, und in solcher Absicht pro re publici non priuati arbitrii gehalten wird;

PETR. HEIG. *P. III. q. 16. n. 4.*

4 allenfalls 2) nach der Lehre Christi und derer Apostel, wie auch praxi primitiuæ und hodiernæ ecclesiæ unter denen Protestanten dessen totale Scheidung hauptsächlich nur zweyer Ursachen wegen, nemlich des Ehebruchs und böslichen Verlassung, statt haben kan,

KITZEL *in Synopf. matrim. c. 8. theor. 4. lib. 6.*

NICOLAI *de repud. P. II. c. 1. n. 24.*

5 welche Meynung 3) zwar viele Rechts-Gelehrten neuerer Zeiten weiter extendiret und noch andere causas diuortii für zulänglich gehalten, iedennoch aber meistentheils nur solche dahin gezogen, durch welche auf gleiche Weise die ehelich versprochene und schuldige Pflicht und Treue vorsätzlicher Weise gebrochen wird, quum vbi eadem vel multo maior ratio adest, eadem iuris dispositio locum habeat.

STRYK *V. M. tit. de diuort. §. 25.*

Wohin gleichwol die in dem gegenwärtigen Fall befindliche blosse Uneinigkeit und Feindseligkeit derer Gemüther nicht schlechterdinges zu rechnen,

6 absonderlich da 4) dergleichen Mißhelligkeiten durch andere gelindere Mittel gar füglich gehoben werden können, und eben kein gäntzliches divortium zu solchem Ende absolute vonnöthen, vielmehr von denen bewährtesten Rechts-Gelehrten eine blosse separatio quoad thorum et mensam zugelassen wird,

CARPZ. *iurispr. consist. def. 217. n. 3.*

7 deren man sich 5) unter denen Protestanten überhaupt bloß alsdann zu bedienen pfleget, wann zwischen Eheleuten fides coniugalis nicht gebrochen worden, iedoch aber Uneinigkeit und Mißverstand sich äussert, damit durch solche Absonderung dem besorglichen Uebel gesteuret, hingegen denen unruhigen Eheleuten, sich zu bessern, und zu einem verträglichen Umgang sich zu bequemen, Gelegenheit gegeben werde,

BRVCKNER *dec. matrim. c. 25. n. 6.*

NICOLAI *de diuort. et repud. p. II. c. 5. n. 70.*

8 in dem gegenwärtigen Fall aber 6) nicht alle Hoffnung zu einiger Besserung verlohren, mithin dieses medium interimisticum füglich applicable zu seyn scheinet, nachdem Sempronius und Beata durch Vermittelung guter Freunde bereits etliche mal sich wieder vertragen, und also zu glauben, daß nach erfolgter dissolutione coniugii ad tempus, und dabey gebrauchter scharfer und nachdrücklicher Zuredung des consistorii eine bessere und dauerhaftige Einigkeit und Verträglichkeit erfolgen werde; wenigstens dieses der sicherste Weg ist, den man nach aller vernünftigen Ermessung vor allen Dingen zu erwehlen schuldig seyn möchte, ehe man auf die äussersten Mittel, welche allhier in dissolutione totali sich hervorthun, zu gedencken Ursache hat. Anderer Gestalt, und wann bey dergleichen Aufführung eine causa divortii pleni zu suchen wäre, 7) es um die Ehen überhaupt in vita ciuili schlecht aussehen, und ein ieder Ehegatte mit Grund befürchten würde, daß wann der andere sich von ihm zu trennen, und einen andern zu heyrathen verlangte, gleichwol aber durch den Weg Rechtens dazu keine Hoffnung fände sich der cautel jederzeit zu bedienen im Stande seyn könne, daß er zu allerhand Widerwärtigkeit Gelegenheit suchte, allerhand Groll und Feindschaft simulirte, und solchergestalt beyderseits Gemüther gegen einander aufbrächte, um nur durch solches Mittel die intendirte Ehescheidung zu erhalten. Hieraus aber 8) nichts anders erfolgen könte, dann daß die Bündigkeit der Ehe schlechterdinges von dem arbitrio priuatorum dependiren, deren Scheidung hingegen der Lehre Christi schnurstracks zuwider laufen würde, als worinnen derselbe, gegen die Jüdische traditiones, die unumschränckte, und besonders wegen widriger Sitten von ihnen für erlaubt ausgegebene Scheidung verworfen, und dagegen aus der ersteren Einsetzung Gottes deren Unzertrennlichkeit denen damals zweifelnden Jüden entgegen gesetzet, dadurch aber zu erkennen gegeben, daß man so viel möglich, wo nicht ratio adulterii vorhanden, dieser Regul inhæriren, mithin die causas diuortii mehr restringiren als extendiren solle, es also das Ansehen hat, als ob in dem quæstionirten Fall die Ehescheidung denen Rechten nach nicht geschehen könne. 9 10

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, gleich wie bey allen quæstionibus iuris, also insbesonder bey der doctrin von der Ehescheidung und deren desfalls rechtmässigen Ursachen, zweyerley wohl zu unterscheiden: nemlich, wie weit die Grentzen der dem consistorio als iudici ordinario et competenti bey der Ehescheidung zustehenden Macht und Gewalt zu setzen? und dann, was einem Evangelischen Landes-Herrn vermöge seiner Landeshoheit in ecclesiasticis bey determinirung einer Ehescheidung ausserordentlich zuzuschreiben? da es dann, was den ersteren Punckt betrift, wegen der unter denen protestantischen Rechts-Lehrern eingeschrenckten Meinung de causis iustis divortiorum bedencklich fallen würde, dem consistorio in dergleichen divortien-Klage ein solches freyes Recht zueignen, nach welchem durch dessen Spruch auch Eheleute, so in gäntzlichem Widerwillen miteinander leben, bloß ex totali animorum dissidio von einander geschieden werden könten; wol erwogen dessen facultas dependens und mere iudiciaria, mithin an die demselben vorgeschriebene Rechte, bisheriger observanz und praxi gebunden; gleichwolen aber in foris protestantium ex inueterata obseruantia, quæ instar legis est, bloß einige wenige causæ diuortii als adulterium, malitiosa desertio, insidiæ vitæ structæ und dergleichen wo schlechterdinges eadem ratio fructæ fidei con- 11 12 13

coniugalis vorhanden, recipiret worden, wo aber nicht absolute ratio adulterii similisque caulæ sich äussert, nach der notoria praxi hodierna gedachte consistoria auf eine dissolutionem matrimonii totalem zu erkennen nicht im Stande sind, als wohin auch alle in ratione du-
14 bitandi angeführte momenta einzig und allein gerichtet sind, und anzeigen, daß, im Mangel besonderer Gesetze, der Landes-Herr seinem geistlichen Gerichte keine grössere Gewalt mitgetheilet, als welche denen üblichen principiis derer Protestanten gemäß ist; dahingegen einem Landes-Herrn vi episcopalis iuris hierinnen eine weit grössere Befugniß billig zu zu eignen ist, Kraft welcher derselbe nach befundenen Umständen und Beschaffenheit seines Landes und Unterthanen mehrere und neue causas diuortii, als bisher üblich und allein hinlänglich geachtet worden, determiniren und sogar seinem consistorio per modum legis vorschreiben kan, darnach hinkünftig dergleichen dissolution legitime vorzunehmen,

STRYK *V. M. tit. de diuort. §. 52.*
LYNK. *ad decret. tit. de diuort. §. 11.*

15 in Betrachtung daß eines theils die Ehe, ihrer Natur und Verbindlichkeit nach, ein negotium ciuile ist, mithin von der potestate legislatoria in gewissen Grentzen eingeschränket werden kan:

LVTHERVS *in libro* von Ehesachen *tom. V. Ienens. p. 237.*
CALIXTVS *de coniug. et diuort. §. 24.* de COCCEII *de matr. moment. proleg. §. 1.*
LVDOVICI *de indic. in caus. princ. prot. matrim. §. 12.*

16 andern theils die doctrin de causis diuortii præter adulterium et malitiosum desertionem extendendis vel restringendis annoch vielen Zweifeln und contradictionibus unterworfen,

DD. *ad tit. ff. de diuort.*

17 und dabey, was die Pflicht der Christen als Christen gegen einander ist, von dem, was die äuserlichen Gesetze propter duritiem cordis verhengen und zulassen, wol zu unterscheiden, da jenes cuiusuis conscientiæ überlassen, dieses aber pro salute reipublicæ et statu subditorum einzurichten. Dahero auch ein Landes-Herr überhaupt befugt ist, pro salute societatis ciuilis de negotiis ciuilibus dergestalt pro temporum varietate hominumque conditione zu disponiren, vt nunc sic, nunc aliter ineantur, nunc facilius, nunc iterum difficilius irritentur, nunc his, nunc aliis cautionibus rata, firma, valida, nunc inualida, irrita nullaque efficiantur.

KAYSER *de iur. princip. euangel. circ. diuort. c. 3. §. 1.*

18 Nach dieser Betrachtung aber um destomehr berechtiget seyn muß, auch in dem Fall, wo nur wenige causæ diuortii üblich, ob circumstantias singulares bey einem sich äuserenden casu seine[n] consistorio anzusehlen, daß durch dessen Spruch gewisse Ehe-Leute von einander quoad vinculum geschieden werden müssen. Bevorab aus der Historie bekannt, daß bereits 19 ehedem die Käyser in determinandis causis diuortii laxiores gewesen, und pro re nata extra ordinem hin und wieder in dergleichen Fällen die diuortia zugelassen, wie mit mehreren exemplis ausgeführet

LAVNOY *de reg. in matrim. potest P. 3. p. 441.*

und davon die Gesetze noch in unserm codice übrig sind, wie mit mehrern darthut.

PER ILL. DN. SAM. de COCCEII *in iure controv. tit. de divort. qu. 5. p. 160.*

Welcher Weg dann auch in dem gegenwärti- 20 gen Fall am sichersten zu suchen, und dadurch der intendirte Endzweck sowol der Beatæ als Semproniі zu verhoffen ist, in mehrer Betrachtung beyderseits Gemüther nach der præmittirten specie facti dergestalt auf einander erbittert, daß sie nichts mehr als die völlige Ehe-Scheidung wünschen und verlangen, keine anderweitige Vereinigung aber von ihnen zu hoffen, vielmehr zu vermuthen, daß widrigenfalls diese Ehe zu noch weit grösserm Unglück Anlaß geben könte. Zu dessen Vermeidung doch ein Landes-Herr mittelst seiner desfalls interponirten auctorität ein grosses beytragen und verhindern kan, daß, wenn diese Eheleute obtorto collo und wider Willen, da sie zusammen nicht leben können, wieder zusammen gebracht werden solten, ein oder der andere nicht zu desperatern Mitteln greife; im Gegentheil sie in perpetuum quoad thorum et mensam separiren wollen, revera ein diuortium seyn würde, dergleichen perpetua separatio bey denen Evangelischen nicht statt findet, welche doch 21 bey denen in facti specie angeführten Umständen, wofern das totale diuortium verfaget werden solte, nothwendig erfolgen würde, da alle Hoffnung zu der Vereinigunge der Gemüther verloren, (welches ich billig voraus setze,) und kein Mittel zu finden seyn wird, diese unglückliche Ehe-Leute wieder zusammen zu bringen, sie vielmehr beyderseits die totale Scheidung auctoritate domini territorii extraordinaria verlangen, darin ihnen nunmehr gefuget werden kan; cum enim ad essentiam nu- 22 ptiarum pertineat indiuidua vitæ consuetudo; pugnat omnino cum ea perpetua thori et mensæ separatio, et cum omnis coniugalis societas in communione thori et mensæ consistat, hac in perpetuum sublata omnem coniugii substantiam tolli necesse est; nec quicquam remanet, in quo constituiillacommunio coniugum propria possit;

COCCEII *de matrim. moment. sect. 1. §. 4.*

neque his contrariatur doctrina saluatoris, quippe qui mutuum amorem adeo commendat, vt, animos cogere et vel ad desperationem vel maiora peccata coniuges allicere noluisse, certum sit.

SAMVEL

PER ILL. SAMVEL de COCCEII *in iur. controv. tit. de diuort. q. 5. p. 162.*

Sed etsi detur, Christum de solo adulterio sensisse, sane Christus non legislatorem egit, sed doctorem, vnde suum imperium a seculari perpetuo distinguit, et sic non legem ciuilem præscripsit sed solum virtutem inculcauit,

IDEM *cit. l. p. 163.*

welches dieser gelehrte Mann insbesondere p. 186. auf gegenwärtigen casum appliciret und saget:

So wird auch in göttlicher Schrift, wenn schon an alle Menschen insgemein ein Verbot ergehet, doch die höchste Obrigkeit damit nicht gemeinet. Welchem nach auch das Verbot, daß der Mensch die Ehe nicht scheiden soll, die Obrigkeit und deren Amt nicht trift, wenn sie, um einem grösseren Uebel vorzubeugen, und Aergernisse, Sünden und gefährliche Folgen abzukehren, die Gemüther, so einander nicht leiden können, sich separiren lässet, indem in ihren Mächten nicht ist, zur Einigkeit, worin die Ehe bestehet, sie zu zwingen.

23 Endlich auch ein solcher Haß und Feindschaft, wie die species facti weiset, eine malitiosam desertionem wo nicht überwieget, dennoch derselben sehr nahe kommt, und per indirectum die officia et debita coniugalia in torum verhindert, mithin fidem coniugalem tanquam fundamentum coniugii mercklich zernichtet, wie solches mit mehrerem erwiesen

KAYSER *cit. l. §. 21. sq.*

LEYS. *ad D. p. 316. n. 2.*

24 So halte ich dafür, daß die quæstionirte Ehescheidung auf Ansuchung beyderseits, Sempronii und Beatæ, bewandten Umständen nach auctoritate principis extraordinaria erfolgen könne?

Quæstio II.

25 **Ob auf solchen Fall der actus vermittelst Führung beyder Personen oder nicht, vielmehr durch hinlänglich Bevollmächtigte, ohne** processualische **Weitläuftigkeit zu unternehmen sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

26 Ob wohl sonsten in eines ieden seinem freyen Willen stehet, ob er in oder ausser Gerichten seine Sache selbst treiben oder durch einen Gevollmächtigten dirigiren lassen will, und solches so wenig sein Gegner, als der Richter selbsten zu verhindern im Stande ist, dergestallt, daß auch in Ehe-Sachen nach der praxi notoria heut zu Tage dergleichen füglich und ohne einige nullität angehet, diesemnach nicht abzusehen, warum die quæstionirte Scheidung nicht gleichfalls durch Stellung eines Gevollmächtigten geschehen könne, bevorab ohnedem die zwischen Sempronio und Beatæ obwaltende Bitterkeit zu verschiedenen prostitutionen und andern bösen Folgen, im Fall deren persönlichen Stellung für nöthig erachtet werden solte, nach sich ziehen könte. Inzwischen ohne 27
proceß und vorhergehendes Untersuchen dergleichen wichtige Sache von einem iudice nicht entschieden werden möchte.

Dieweil aber dennoch, wann gleich die fa- 28
cultas causas matrimoniales durch einen Gevollmächtigten überhaupt, und regulariter zu treiben nicht in Zweifel gezogen werden kan, dennoch hingegen gleichfalls nicht zu läugnen ist, daß wenigstens in primo termino dergleichen procurator nicht zugelassen, sondern denen Partheyen anbefohlen wird, in Person zu erscheinen; welche Gewohnheit in sehr triftigen und vernünftigen Ursachen beruhet, wolerwogen das consistorium in diesem erstern termino durch Versuchung der Güte sich alle Mühe geben muß, die widerwärtigen Gemüther derer Ehe-Leute zu vereinigen, und ihnen desfalls ihre Pflicht und Gewissen zu schärfen, dergleichen doch offenbar bey denen Bevollmächtigten nicht allein nicht geschehen kan, sondern vielmehr daß durch ihre Gegenwart der termin fruchtlos ablaufen, und von ihnen allerhand Hindernisse auf die Bahn gebracht werden möchten, nicht ohne Grund zu vermuthen,

BERG. *el. proc. matrim. §. 16.*

LEYSER *ad D. sp. 53. n. 4.*

am wenigsten aber in dem gegenwärtigen Fall 29
dergleichen thunlich ist, bevorab da Sempronius und Beata der processualischen Weitläuftigkeit bey der intendirten Ehescheidung gerne überhoben seyn wollen, als welches auch, prævia imploratione principis, eius auctoritate, besonders wann, wie allhier ein grosses scandalum und prostitution derer Familien anderer Gestalt zu besorgen, mithin iusta causa verhanden, gar wol geschehen kan. Inzwischen von Seiten des principis bedencklich fallen möchte, dergleichen concession auf eine tumultuarische Art, und ohne die geringste Untersuchung eines solchen wichtigen negotii, wie auch vergängige Versuchung zur Güte zu erhalten; zu solchem Ende also vonnöthen und zu rathen ist, daß hiezu eine commission anzusetzen und die a principe zu delegirende commissarii beyderseits Eheleute gegeneinander hören, von der Grösse ihrer gegeneinander habenden Widerwärtigkeit überzeuget werden, denenselben so viel möglich zureden, und nichts, was sich hiebey nur irgends thun lässet, verabsäumen, von allem, was vorgehet, eine richtige und umständliche registratur ad acta verfertigen, und endlich davon an den Landes-Herrn berichten, welcher dann daraus ersehen wird, ob nunmehr die Ehescheidung auf beyderseits beharrlichem Verlangen auctoritate extraordinaria zu verhengen. Anderer gestalt denen Haupt-interessenten selbst über kurtz oder

oder lang dergleichen obenhin, und ohne Zuziehung ihrer Person unternommenes Verfahren zur Last fallen, und ex capite sub-et obreptionis gar leichte von einem oder dem andern, den es mit der Zeit gereuen könte, angefochten werden möchte, welches aber wann aliqualis causæ cognitio, vorhergegangen, und die Güte versuchet, auch davon eine richtige registratur vorhanden, keinesweges zu besürchten ist.

30 So bin ich der rechtlichen Meinung, daß wann dergleichen summarisches Verfahren der Landes-Herr extra ordinem auctorisiren solte, dennoch die Ehescheidung ohne wircklich erfolgte persönliche comparition beyder sowol Sempronii als Beatæ und deren deutlichen Erklärung nicht erfolgen könne.

Quæstio III.

31 **Ob hiernächst beyde Theile sich alsdenn anderweitig verheyrathen können?**

Rationes dubitandi et decidendi.

32 Ob wol sonsten bey aller Ehescheidung dem parti nocenti in pœnam ex dispositione iuris canonici, in foris protestantium agnita,

CARP. *l. II. iurispr. consist. def. 190.*

eine anderweitige Verheyrathung nicht erlaubt ist, sondern der cœlibatus auferleget zu werden pfleget, in dem gegenwärtigen Fall aber nach Inhalt der præmittirten specie facti keiner sich sonderlich einer Unschuld rühmen, vielmehr beyderseits in gleicher Verdamniß stehen möchten, einfolglich es das Ansehen gewinnen will, als ob die angefragte anderweitige Verheyrathung keinem von beyden erlaubet seyn könne.

Dieweil aber dennoch eines theils die quæ- 33
stionirte Ehescheidung ohne ordentlichen processs allhier gesuchet werden soll, gleichwol ohne vorhergehende Untersuchung eigentlich, wer unter beyden am meisten an solchen divortien schuld sey, nicht erhellen kan: andern theils was in rat. dubitandi enthalten, eigentlich in casu divortii ob delictum alterutrius secuti statt findet, dergleichen doch allhier, da bloß wegen der Widerwärtigkeit derer Gemüther die Ehe getrennet werden soll, nicht füglich gesaget werden kan, ferner dergleichen allhier, da nicht ex iure consistorii sed auctoritate superioris extra ordinem verfahren wird, ohnedem nicht statt hat, sondern ad diuortium per viam ordinariam impetratum gehöret, allenfalls beyderseits interessenten sich ex eodem iure, woher das diuortium extra ordinem ihnen auf des Landes-Herrn concession angedeyen möchte, desfals einiger dispensation ratione der Ehe gar leicht zu getrösten haben, nachdem bey uns ohnedem die tempora pœnitentiæ, worinnen sich das ius canonicum ratione obiger Verordnung gründet, unbekant seyn, mithin deren effectus, wohin der quæstionirte cœlibatus gehöret, billig cessiren solten, wie ich mit mehrem

t. IV. iur. eccles. tit. de divort. §. 45.

ausgeführet, unsere consistoria auch in dispensando et admittendo matrimonio a nocente contrahendo sich ohne grosse Schwierigkeit finden lassen.

STRYK *V. M. tit. de diuort. §. 59.*
CARP. *l. 2. iurisp. consist. def. 191.*

So mögen Sempronius und Beata nach er- 34
folgter Ehescheidung zu einer anderweitigen Ehe denen Rechten nach wol schreiten. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE IVNIO MDCCXXXVI.

RESPONSVM CIX.

THEMA.

De iure principis conseruandi matrimonium in gradu prohibito contractum et a consistorio annullatum.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. n. 1. 2.
Matrimonium inter viduam et mariti fratrem prohibitum est, n. 3.
licet affinitas sit illegitima ex sententia Doctorum. n. 4. 5. 6.
Prohibitio moralis huic matrimonio non obstat. n. 7.
Sub Israelitis matrimonium cum mariti fratre sub pœna immunitum infamiæ fuit, n. 8. 9.
cuius rationes examinantur, n. 10.

non habito respectu affinitatis legitimæ et illegitimæ. n. 11.

Bene concordata matrimonia ex causis subtilibus non sunt rescindenda. n. 12.

Decisio quæstinis I. n. 13.

Quæstio II. De eodem argumento. n. 14.

Pœna incestus iure Saxonico fustigatio esse dicitur; n. 15. 16.

In concubitu imperfecto tamen temporalis relegatio locum habet. n. 17.

Decisio. n. 18.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst einem vol. zurück kommender abcopirter acten und zwey Fragen zugeschicket ꝛc.

1 Hat eine Witwe und gemeine Bauers-Frau, welche mit ihrem andern Mann sowol als auch vorher einen guten Lebens-Wandel geführet, Rosina F., vormals verwittibt gewesene G., gebohrne S., in beygefügten actis ad articulos eingestanden, daß, ehe sie mit ihrem andern Mann, Johann Georg F., cohabitiret, mit ihm sich verlobet, und ihn geheyrathet, sie sich mit dessen leiblichen und annoch lebenden Bruder Christian F. wissend, daß dieser ihres nachgehends geheyratheten Mannes Bruder sey, carnaliter vermischet, iedoch ad art. 23. immissionem seminis negiret, sie auch davon nicht schwanger geworden, worauf diese Sache, als sie eclatiret, untersuchet und erkant worden:

Daß diese beyde Ehe-Leute, alles fernern Beyschlafs und ehelichen Umgangs sich zu enthalten, und wider sie mit der inquisition zu verfahren,

Die Ehe aber nach fol. 20. von dasigem Hochlöblichen Ober-consistorio cassiret und annulliret worden. Wollen nun beyde Ehe-Leute, (nachdem der Ehemann fol. 10. b. seiner Ehefrauen diesen Fehltritt bereits remittiret) da anietzo die Frau abermal schwanger ist, und nach denen attestatis sub A. et B. friedlich und verträglich mit einander gelebet, gerne beysammen bleiben und dispensationem suchen, diesemnach erstlich gefraget wird:

Quæstio I.

2 **Ob allhier princeps mit gutem Gewissen in gegenwärtiger Heyrath dispensiren könne, mithin diese Heyrath für keine Blutschande zu achten?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol es das Ansehen gewinnen will, als ob diese Heyrath dem göttlichen Gesetze zuwider also für indispensabel zu achten sey, angesehen bekanter massen einer Witwe verboten ist, ihres verstorbenen Mannes Bruder zu heyrathen, und ob sie wol ihres itzigen Mannes Bruder

4 Christian F. nicht zur Ehe gehabt, sie iedoch nicht leugnen können, daß sie sich, vor der mit ihrem Mann getroffenen Verlöbniß mit demselben fleischlich vermischet, auch wol zu glauben, daß die immissio seminis, ihres Leugnens ohngeachtet, geschehen sey, wodurch eine affinitas illegitima antecedens mit ihrem itzigen Mann entstanden, welche eben so wol die mit ihrem Mann getroffene Ehe verhindert, als wenn der Bruder Christian ihr würcklicher Ehemann gewesen, qua de causa etiam talis affinitas illegitime contracta impedit matrimonium cum stupratoris fratre aliisque proximioribus consanguineis,

c. 6. et 10. de eo qui cogn. consangu. ux.

so gar, daß bey denen Protestanten in dieser affinitate das Verbot eben so weit, als in affinitate legitima, gehet.

CARPZ. *lib. 2. iurispr. conf. def. 97.*

Uberdem wol zu glauben, daß GOtt dieses Ehe- 5
Verbot auch von der affinitate illegitima verstehen wollen, als welche aus der fleischlichen Vermischung zweyer Personen entstehet, und dahero PAVLVS

1 Cor. IV, 16.

gar bedencklich saget: Wisset ihr nicht, daß wer an der Huren hanget, der ist ein Leib mit ihr? Denn sie werden (spricht er) zwey in einem Fleische seyn; aus welcher vnitate carnis die ratio prohibitionis mit des Brudern Frau, oder derjenigen, mit der sich der Bruder vermischet, hergeflossen zu seyn scheinet; weil auch GOtt *Lev. XVIII, 16.* diese ration hinzu füget: Denn sie 6
ist deines Bruders Schaam. Uebrigens ob zwar einige unter denen Gelehrten dieses Verbot von des noch lebenden Mannes Bruder, nachdem sie von dem ersten geschieden war, verstehen, und auf eben die Art, wie bey der Frauen Schwester geschehen ist,

Levit. XVIII, 18.

erklären, es also auf den casum restringiren, daß kein Weib ihres noch lebenden Mannes Brudern heyrathen dürfe;

DN. AYRER *de iure dispens. circa connub. iure diuino non diserte prohib. sect. IV. §. 17. et in subiect. resp. n. XI. p. 65. in append.*

dennoch auch diese Lehre denen beyden Ehe-Leuten, deren Ehe cassiret worden, nicht zu statten kommen möchte, weil des Ehemannes Bruder, der stuprator, noch lebet, und dahero eben der rechte casus dieses Verbots sich hier befinden, und für indispensabel zu achten seyn möchte.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch zuvörderst allhier zu er- 7
wegen, daß dieser Ehe keine innerliche prohibitio moralis, (wie einige gantz unverständlich reden,

reden, und dahero ein aus dem Recht der Natur genommenes Verbot dabey anbringen wollen) entgegen stehe, solche auch aus der commixtione carnali quacunque siue licita siue illicita nicht herzuleiten sey, zumal keine natürliche Folgen aus diesem Satz: weil der Mann mit seinem Weibe ein Fleisch wird: Ergo kan dessen Bruder nach ihrem Tode sie nicht heyrathen, gezogen werden kan, vielmehr aliæ rationes suaforiæ vorhanden, die mannigmal diese Ehe billigen, ja gleichsam ob causas prægnantes
8 für nöthig halten, wie denn GOtt im alten Testament selbsten

Deuter. XXV, *5. seq.*

diese Ehe, und zwar so gar sub pœna alicuius infamiæ, in dem casu bey denen Israeliten geboten, wenn der Mann erblos verstorben, und also sein Stamm ausgehen würde, wenn er seine Schwägerin nicht heyrathete; über welcher conseruation die Israeliten sehr viel gehalten, auch dieses vor der jüdischen republic im Morgenlande ein altes Gesetze gewesen,

Gen. XXXVIII, *6.*

9 welches von GOtt ohnmöglich beybehalten und geboten seyn könte, wenn in solcher Vermischung eine moralis turpitudo seu naturalis stecken solte, also wol zu achten, daß dieses Verbot nur von des noch lebenden Mannes Bruder zu verstehen, auch dahin die restriction bey der Heyrath mit der Frauen Schwester zu ziehen sey, weil insgemein aus solcher die grössesten Aergernissen, Verdrießlichkeiten, und Zerrüttung in der Familie entspringen, und leicht zu glauben ist, daß nach der Ehescheidung zwischen Mann und Weib ein unversöhnlicher Haß entstanden, und wenn dessen Bruder bey seinem Leben sie wieder heyrathete, ein grosser Groll zwischen denen beyden Brüdern entstanden seyn müsse, deren vertraulicher Umgang doch billig quouis modo zu befestigen, nicht aber zu derer Zerreissung ein gewisser Grund an die Hand zu geben und zu billigen ist; wie dann auch sogar zwischen dem Mann, und einem Freunde, welcher die abgeschiedene wieder heyrathete, keine Freundschaft und Liebe mehr statt finden konte, sondern ein beständiger Groll natürlicher Weise unter ihnen erfolgen muste. Weil aber nach des Mannes Tode dieses nicht zu befürchten war, vielmehr die hinterlassene Witwe eine geliebte und bedaurenswürdige Schwägerin bey der Familie blieb, gantz vernünftig daraus zu schliessen, daß das göttliche Verbot auf diesen casum nicht zu ziehen, sondern diese Ehe sehr promoviret und optabilis gewesen seyn müsse, wie dann die Gelehrten anmercken, daß das Wort: Bruders Weib *Levit.* XVIII, *16.* nach dem Grund-textu *de vxore viuentis mariti* anzunehmen sey.

AYRER *cit. l. §. 17. p. 208.*

10 Dahero bey solcher Beschaffenheit wiederum von neuem daraus folgen will, daß das Verbot auch auf den præsentem casum nicht zu ziehen sey, allermassen zwischen demjenigen, der sich ausser der Ehe illicito more mit einer Weibes-Person ein und andermal vermischet, keine solche etroite und ex voto ewige Verbindung, als zwischen wahren Ehe-Leuten unter ihnen selbsten und beyderseits Familien, sich befindet, die wenigsten Brüder, die Beyschläfferinnen ihrer unartigen Brüder wissen oder kennen, solche sich nicht öffentlich mit der Familie des stupratoris verbinden, vielmehr als eine extraneæ nach wie vor angesehen werden; so dann keine Scheidung unter ihnen, und unter beyden concumbentibus kein Haß eben zu concipiren, wenn aus dem Beyschlaf keine imprægnation erfolget, und sie beyderseits einander nicht heyrathen wollen, vielmehr wol zu frieden sind, daß des stupratoris Bruder sie heyrathen möge. Wie denn hier, da Johann Georg F. seine itzige Frau geheyrathet, solches mit guter Zufriedenheit seines Bruders Christian F. geschehen, zwischen dem und seines Brudern Frau kein solcher beständiger vertraulicher Umgang gewesen, daß deren Trennung die erfolgte Ehe verhindern können, bevorab da der itzige Mann davon nichts gewust, und da er solches ex post facto erfahren, ihr diesen Fehler, so sie vor der Verlobung mit ihm begangen, vergeben, und beyde Ehe-Leute gerne bey einander bleiben wollen, welches solche besondere rationes diuersitatis abgiebet, die keine extensionem legis diuinæ auf diesen casum zulassen wollen, viel- 11
mehr darthun, daß ein mächtiger Unterschied zwischen einer öffentlichen geheyratheten Ehefrauen und einer Beyschläfferin: zwischen einer repudiata, die der gewesene Mann hasset, und die Feindschaft auf diejenigen, so sie heyrathen, extendiret, und zwischen einer nach wie vor ledig gebliebenen und ungebundenen Weibes-Person zu machen, deren Verheyrathung, wenn er dieselbe zu heyrathen bedencklich hält, er gerne solches andern, es mag seyn, wer es wolle, gönnet, und dahero, wenn der Bruder selbsten sie heyrathet, keine Zerrüttung Verdruß und offenbare Feindschaft in der Familie anrichtet, bevorab wenn aus solchem unehligen Beyschlaf, wie hier, keine Kinder erfolget, und dahero kein Vorwurf bey der Familie sich befindet. Endlich hiebey zu bedencken 12
ist, daß diese beyde Ehe-Leute bishero wol und einig gelebet, bereits ein Kind zusammen gezeuget, die Frau mit dem andern schwanger gehet, und die Ehe-Leute gerne beysammen bleiben wollen, hergegen aus der cassirung dieser Ehe triste eventus von Seiten des unschuldigen Mannes sowol, als seiner Frauen zu befürchten, dahero, so viel die göttliche Gesetze zulassen und möglich ist, zu præcaviren, ne bene concordantia matrimonia rescindantur.

So erhellet daraus so viel, daß ein prin- 13
ceps in dieser Ehe wol dispensiren könne, und darin keine Blut-Schande nach göttlichen Gesetze anzutreffen.

Die andere Frage betreffend:

Quæstio II.

14 **Wie diese beyde Ehe-Leute zu bestrafen?**

Rationes dubitandi et decidendi.

15 Ob wol Johann Georg F. einigen Verdacht gegen sich haben möchte, daß er wissentlich seine itzige Frau als vitiatam geheyrathet, und sein Bruder Christian, wie angegeben ist, ihm deswegen 200. fl. gegeben haben solle, darneben er in actis gestanden, daß nachdem er es erfahren, ihr nach wie vor ehelich, bis die Sache gerichtlich anhängig geworden, beygewohnet; dessen Ehefrau aber, Rosina F. den concubitum mit Christian F. gestanden, und dessen sich bewust gewesen, und dennoch die Heyrath mit ihrem itzigen Mann vollenzogen, worauf, absonderlich in Sachsen, pœna fustigationis gesetzet ist.

CARPZ. *in pr. crim. qu. 74. n. 26.*

16 Weil aber dennoch das Angeben gegen Johann Georg F. mit nichts erwiesen, in denen actis aber schlechterdings von beyden Ehe-Leuten abgeleugnet ist, so daß cessante suspicione, die doch sonsten einigen Grund haben muß, auch nicht einsten ein purgatorium statt finden kan, bevorab, da Andreas G. laut fol. act. 2. diesen Vorwurf im Eifer, wie er nicht undeutlich gestehet, gethan, und dazu nicht den geringsten Grund anzeigen können. Hiernächst da G. seiner Frauen und ihm den Vorwurf gethan, und es unter die Leute gebracht, er wol einigen Verdacht, aber keine Gewißheit, nach seiner Antwort ad art. 38. davon bekommen, und daher nach dem Vertrauen zu seiner Frauen ihr noch wol ehelich beywohnen mögen, dieserwegen er auch keine Straffe verdienet. Hiernächst Rosina F. beständig dabey bleibet, daß der concubitus mit Christian F. imperfectus und per seminis immissionem nicht vollzogen sey, dergestalt, daß wofern sie durch den Reinigungs-Eyd von der contraria suspicione sich liberiren können wird, die pœna billig mitigiret werden muß. Hiernächst CARPZOVIVS selbsten nicht leugnen können, daß die pœna fustigationis annoch contestabel sey, anerwogen HARTMANNVS PISTORIVS dieselbe in diesem casu mißbilliget, und wegen der erfolgten Ehe, die man gerne per dispensationem conserviren will, es hart seyn würde, die gedachte Straffe zu appliciren und statt finden zu lassen, in dessen Ansehen die leges selbsten etwas von der Strenge der Straffe zu remittiren pflegen, ja bey einem concubitu imperfecto nur temporalis relegatio statt finden kan. 17

DE WERNHER *vol. VI. P. X. observ. 312.*

So halten Wir dafür, daß Rosina F. mit einer zeitlichen Landes-Verweisung oder einiger Geld-Busse zu bestraffen, ihr Mann aber gäntzlich zu absolviren sey. 18
V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBR. MDCCXLV.

DECISIO CX.

THEMA.

De fundamento alimentorum coniugi, lite super divortio vel separatione quoad thorum et mensam pendente, præstandorum.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Substitutio est species mandati. n. 2. 12.
Absque sententia condemnatoria regulariter nemo ad expensas litis soluendas obligatur. n. 4.
De vsufructu bonorum regulariter maritus præstat alimenta vxori. n. 5.
Exceptio spolii num impediat præstationem alimentorum? n. 6.
Exceptio spolii est admodum priuilegiata, et singulares producit effectus, n. 7.
et impedit litis contestationem. n. 8.
Cautio pro recognitione et expensis in causis summariis etiam locum habet. n. 10.
Si agitur ad separationem quoad thorum et mensam, vxori, etsi nullam dotem attulerit, debentur alimenta et expensæ litis. n. 13.
Fundamentum decernendorum coniugi alimentorum non est dos, sed vinculum coniugii. n. 14. 15.
Spolium non committitur in rebus propriis. n. 16.
Frustraneas exceptiones iudex statim reiicere debet. n. 17. 18.
Decisio. n. 19.

Als

Als die Herren uns implorations-Schrift und erfolgte Gesetze in Sachen Catharinen Sophien A. gebohrne A. implorantinnen an einem, und Heinrich August A. imploraten am andern Theil in drey zurück kommenden volum. zugeschicket, ꝛc.

1 Daß imploratens Anwald substitutus sich zur Nothdurft legitimiret. Uebrigens ist derselbe zuforderst der implorantinnen, seiner Frauen, sowol die proceß-Kosten, als auch wöchentlich ausserdem 1. Thlr. 12. Gr. zu ihrer alimentation sowol ratione præteriti als futuri zu reichen, nicht weniger alles andern Einwendens ohngehindert, sich auch ebenfalls auf die vol. III. fol. 81. angezeigte Umstände, und also besser als bishero geschehen, sub pœna confessi et convicti einzulassen schuldig, worauf alsdann ferner in der Sache ergehet was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Obwol 1) ratione legitimationis von der implorantinnen vrgiret worden, daß eines theils daselbsten gedruckte Vollmachten eingeführet, die fol. 46. befindliche substitution aber schriftlich nur abgefasset sey, da doch die substitution eben so wol eine species mandati und dazu das gedruckte formular nöthig sey, dieserwegen des Beklagten mandatarius substitutus sich besser als geschehen zu legitimiren schuldig wäre: Andern theils nach dem fol. 22. befindlichen decreto
3 dem substituenti die praxis so wenig bey der Regierung als consistorio verstattet worden, dem zuwider der substitutus die Sätze von dem substituente behalten, und solche theils dictando theils describendo ad acta bringen lassen, welches in fraudem decreti dicti geschehen, und wenigstens künstig hin nicht zu verstatten.
4 Hiernechst, so viel 2) das provisional-Gesuch der Proceß-Kosten und alimentation betrifft, implorat anführet, daß er wegen jener das fol. 25. befindliche decret für sich habe, in welchem er nicht einsten in die Unkosten condemniret worden, welches doch geschehen müssen, so ferne er zu Suppeditirung der Proceß-Kosten verbunden sey, deren Gesuch ihm auch nicht communiciret worden. Allenfalls aber 3) er weder
5 Mitgift von seiner Frauen, der implorantinnen, in Händen habe, noch solche ihm versprochen sey, mithin kein Grund, woraus die alimenta gefordert werden möchten, zu finden, da er keinen Genuß von ihren Gütern habe, cum tamen de vsufructu bonorum regulariter maritus præstet alimenta vxori.

CARPZOV. *in iurispr. consist. lib. II. def. 214. n. 6.*

6 Bevorab, da 4) implorat ihr exceptionem spolii opponiret, und vorgegeben, daß sie ausser demjenigen, was er ihr auctoritate consistorii restituiren müssen, noch vieles mit sich heimlich hinweg genommen, er dahero um desswegen ihr ad alimenta verbunden, allenfalls diese exceptio ausgemachet, und über der-
7 selben Beweis, da sie dieselbe beständig leugnet, zuvörderst erkant werden müssen, cum spoliatus ante omnia sit restituendus, impediatque exceptio spolii, ne reus litem contestari teneatur,

c. 2. X. de ordin. cognit.

adeo vt in quauis litis parte ea opponi possit ad effectum, vt interim sistatur principalis actio.

Clem. vn. de cauf. poſſeſſ. et propriet.

Dahero 5) den imploraten nicht hindern kan, 8
daß er bereits litem contestiret, als welches nur eventualiter geschehen, und nicht ehender, als bis die exceptio spolii aus dem Wege geräumet, einigen effectum haben mag.

R. I. *de anno 1654. §. 40.*

Geschweige dann, daß 6) implorat über Um- 9
ständе, welche in dem libello vol. III. fol. 2. nicht enthalten, litem zu contestiren schuldig seyn solte, als welche zwar in denen vorhergehenden Acten eingeklaget, aber durch einen Vergleich wieder gehoben sind, mithin in die neue vol. III. fol. 2. befindliche Klage nicht wieder gezogen werden können. Ausserdem aber 7) der 10
implorat von der implorantinnen noch cautionem pro reconuentione et expensis gefordert, welche auch in causis summariis bekanter massen statt findet, und implorantinne daselbst nicht angesessen, auch keinen dotem inferiret, also denselben nicht zurück fodern kan. Endlich auch 8) der Klage selbsten exceptio li- 11
belli inepti opponiret worden, nachdem darin theils Suiten angeführet, die vorlängst abgethan, theils auch solche einen dritten concerniren, und sie nichts angehen, sondern dieser solcher wegen sich melden muß; daher es scheinen will, daß wenigstens dieser exception wegen zu erkennen gewesen sey, daß die Klage, immassen sie angebracht, nicht statt finde.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey der ersten ratione 12
zu bemercken, daß implorat die gedruckte Haupt-Vollmacht ad acta gebracht, und man nicht befunden, daß auch die substitution nothwendig durch das gedruckte formular geschehen müsse, da selbiges bloß der Auftragung der Vollmacht Meldung thut, auf die substitution nicht gerichtet ist, und man also die schriftliche substitution in dubio für gültig halten müssen, woferne nicht die obseruantia iudicialis, so nicht beygebracht, ein anders erfordern solte. Hiernächst die implorantinne nicht beygebracht, daß der substitutus die Sätze aus des substituentis concept dictiret oder abschreiben lassen, allenfalls auch der substitutus dafür, was er von Mund aus in die Feder ad acta bringet, als für das Seinige, responsabel seyn muß, da, wenn auch gleich ein anderer solche entworfen, er es doch

als das Seinige ad acta dictiren lassen, et sic eo ipso omnia sua fecit; ferner wegen der pro-
13 cess- und aliment-Kosten in rat. secunda es nicht darauf ankommt, daß implorat fol. 25. nicht in die Unkosten condemniret worden, weil die implorantinne fol. 28. hauptsächlich die provisionem ratione alimentorum et litis expensarum gesuchet, und nunmehro erst darüber zu interloquiren ist, auch wol zu vermuthen, daß man in dem fol. 25. decreto ihr ihre provisionem, die nur vorher incidenter gemeldet, nicht abschneiden, und ihr solche per indirectum aberkennen wollen. Uebrigens er genugsam über diesem Puncte gehöret, und sein Vorbringen in rat. tertia ihm nicht zu statten kommen mag, zumal bekantens Rechtens, daß auch pendente lite der Mann die Frau alimentiren müsse, wenn so gar ad totale diuortium geklaget wird, um desto mehr also solche zu decerniren, wenn nur die Klage ad separationem quoad thorum et mensam gehet, si vel maxime nullam dotem attulerit, cum alimentorum fundamen-
14 tum non in commodis dotis, sed in vinculo coniugii quærendum sit,

COLER *de aliment. lib. I. c. 10. n. 4.*
CARPZOV. *cit. l. n. 13.*
SVRDVS *de alim. lib. 1. qu. 12. n. 11.*

maritus enim sibi imputet, quod indotatam duxerit, adeoque onera matrimonii recusare nequit;

BRVNNEM. *ad l. 13. C. de negot. gest.*
STRVK. *de decret interim. c. 2. n. 104.*

15 wie dann ihrem Herrn Vater, da sie einmal verheyrathet, nicht zuzumuthen, daß er ihr die alimenta geben solle, dergestalt, daß sowol die künftige als vergangene litis expensæ und alimenta determinirter massen zu ersetzen sind.
16 Ubrigens so viel die in rat. quarta et quinta enthaltene exceptionem spolii betrift, dieselbe zwar in thesi gegründet ist, iedoch dabey zu erwegen ist, daß eines theils implorat ihr ihre Meubles auctoritate consistorii abtreten und zurück geben müssen, worin kein spolium begangen; andern theils aber, daß sie ausserdem von des imploraten Meublen etwas noch zu sich und mit sich hinweg genommen, mit nichts dargethan, allenfalls worin solches bestehen solle, er vol. III. fol. 35. b. in diesen Worten anführet:

> Hingegen hat sie nicht nur alle ihre Meublen, sondern auch diejenigen Kleider, Geld und pretiosa, die sie von mir verehret bekommen, mit sich hinweg genommen, und mich dadurch spoliiret ꝛc.

gleichwol daraus gar kein spolium erfindlich ist, da, was er ihr an Kleidern, Geld, und pretiosis verehret, ihr Eigenthum gewesen, sie in ihrer possess gehabt, und darin kein spo-17 lium begangen werden könten, vielmehr sich dadurch veroffenbahret, daß er diese exception bloß zur Aufhaltung der Sache opponiret, cum tamen frustraneas exceptiones iudex statim reiicere debeat, mithin implorat quoad rat. sextam, und zwar nicht allein über die in vol. III. befindlichen libell enthaltene, sondern auch über die in denen vorhergehenden acten befindliche Umstände, worauf implorantinne vol. III. fol. 2. sich expresse bezogen, hiem zu conte-18 stiren schuldig gewesen, allermassen was in vol. I. et II. eingeklaget, nicht gänzlich, sondern sub conditione der erfolgten Besserung, laut vol. I. fol. 53. abgethan, und da solche nicht erfolget, er auch auf solche sævitien-puncta litem contestiren muß, zumal die in rat. septima et octava opponirte dilatorische exceptiones ebenfalls keinen Grund haben, da wegen der ersten er keine expensas von ihr fordern kan, sondern ihr solche præstiren muß, auch kein caput reconuentionis angegeben, allenfalls sie als seine Ehefrau sich allemal stellen muß, und sonsten per alimentorum denegationem dazu angehalten werden kan, wegen der andern aber die connexion der Sachen es mit sich gebracht, daß auch wegen ihres Herrn Vaters einige Umstände angeführet werden müssen.

So ist geschehener Massen zu erkennen ge-19 wesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBR. MDCCXXXV.

DECISIO CXI.

THEMATA.

I. De legato ad pias causas ex dispositione minus solenni valido.

II. In legato pio dubio id, quod minus est, præstari debet.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
In testamentis requiruntur testes habiles. n. 2.
Declaratio incerta et non in actum deducta testamentum non constituit. n. 4. 7. 9. sqq.

Præ-

Præsertim si ad suggestionem et multiplicem interrogationem facta est. n. 5.
Interrogationes importunæ voluntatem vitiant. n. 6.
Testis varius et sibi contrarius fidem nullam facit. n. 8.
Nudi discursus voluntatem seriam non constituunt. n. 10. sqq.
Dispositio conditionata deficiente conditione exspirat. n. 13.
An in legatis piis obscuris id, quod maius vel minus est, debeatur? n. 14. 31. sqq.
Si heres in manifesta et pertinaci mora solvendi legata pia est, duplum debetur. n. 15. 35.
Legata ad scholas legatis piis annumerantur. n. 16.
Qualia legata dicantur pia? n. 17. 18. 19.
Dispositio ad pias causas facta sine vllis solennitatibus subsistit. n. 20. sqq.
Testes singulares etiam plene probant, quando de diuersis quidem factis ad eundem finem tamen tendentibus deponunt, vt ita cum aliis coniungi queant. n. 23.
Interrogationes, maxime generales, legato non nocent. n. 26.
Præsertim si aliunde constet, voluisse testatorem in huius vel illius fauorem disponere, n. 27. 28.
et omnis suspicio doli et fraudis cesset. n. 29.
Decisio. n. 36.

Als dieselbe uns geführten Beweiß und Gegenbeweiß nebst darüber ad acta gebrachten Verfahren in Sachen mandatarii der Schule zu A. Klägern producenten und reproducten an einem, und S. H. und cons. Beklagten producten und reproducenten am andern Theil, nebst denen übrigen in vol. 3. bestehenden, und zurück kommenen acten ꝛc.

1 Daß Kläger und producent dasjenige, was ihm zu erweisen obgelegen, und er sich angemasset, nach Nothdurft erwiesen, dannenhero Beklagte alles Einwendens ohngehindert der Schulen zu A. 500. fl. zu zahlen schuldig, die Unkosten aber aus bewegenden Ursachen gegen einander zu compensiren und aufzuheben sind. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol Beklagte 1) an denen Zeugen vieles ausgesetzet, als daß testis primus in propria causa Zeuge sey, so auch testi secundo beygemessen ist, testi tertio darneben vorgeworfen worden, daß er sich selbst eingedrungen, ein wahrer inimicus sey, weil die Beklagtin ihm die in der Erbschaft schuldige 100. fl. nicht remittiren wollen, dahero er auch sehr animose deponiret, auch viele Anverwandten habe, die wegen des Schul-Geldes bey dieser Sache interessiret seyn, überhaupt auch 2) die Zeugen discrepantes unter sich zu achten, und da also diese Zeugen nicht omni exceptione maiores sind, keine Ursache zu befinden, warum man den reprobatorial-Zeugen verwerfen wolle, da Klägers Zeugen in gleicher Verdamniß stünden.

3 Darneben aber 3) es an allen solennibus testamenti vel codicillorum ermangele, da doch hier nicht so wol ein legatum ad pias causas, sondern vielmehr zur avantage der Nachbarschaft zur A. damit die Nachbaren daselbsten von dem Schul-Gelde für die Mägdens befreyet werden möchten, vermachet worden, solchemnach ohnedem null und nichtig sey. Und

4 wenn gleich 4) hier eine privilegiata dispositio seyn solte, dennoch die Aussage der Zeugen in vielen Stücken discrepant und incerta sey, da testis tertius deponiret, daß der testator wol vier Jahr vor seinem Tode seine Absicht erkläret, andere Zeugen aber eine andere Zeit, und mit andern Umständen, als testis 7mus angeben, überhaupt auch solche declaratio nur discursiue geschehen, also incerta und so beschaffen gewesen, daß solche nicht in actum deduciret sey, dabey auch die Zeugen singulares wären, welche de diuerso tempore et diuersis circumstantiis deponirten. Ferner 5) aus der 5
Aussage der Zeugen erhelle, daß die gantze disposition, wenn sie zum Stande gekommen seyn solte, ad suggestionem et multiplicem interrogationem geschehen, oder vielmehr erpresset sey, wie absonderlich aus test. 1. ad int. 3. art. 35. erfolgter deposition erhellet, worin er gestehe, daß er mit vielen Fragen bey dieser Sache den patienten Hanß H. fatiriret: daß 6
er endlich gesaget, man möchte ihn gehen lassen, weil er anizo zu matt wäre, etwas zu verordnen, welches er aber thun wolte, wenn es besser mit ihm würde, quales interrogationes importunæ voluntatem vitiant.

CARPZ. *P. III. C. 5. def. 9.*

Zumal 6) daraus wahrzunehmen, daß er zwar 7
seinen Willen, in faveur der Schulen zu A. künftig zu disponiren, declariret, aber damals noch nicht de præsenti disponiret, und dahero seine Willens-Meinung damals noch unvollkommen gewesen, wohin die völlige Aussage des reprobatorial-Zeugen mit dürren Worten rouliret, solches auch 7) der testis probat. secundus ad interr. gen. 14. bestärcket, daß der Pfarrer, so test. 1. ist und den vorigen Tag, da er in faveur der Schulen bereits disponiret haben soll, bey Hanß H. gewesen, zu ihm gesaget, er möchte hingehen, um von Hanß H. zu vernehmen, ob er noch willens wäre, der Schule etwas zu vermachen? Daraus abzunehmen, daß Hanß H. den Tag vorher, wie doch testis 1. nebst andern aussagen will, noch nichts der Schulen vermachet, sondern noch alles in fieri gewesen. Ob wol 8) dieser andere Zeuge, da er 8
ad art. probat. 37. sqq. deponiret, diesem zuwider aussagen wollen, daß schon den Tag vor-

vorher die wirckliche dispoſition geſchehen, und er ihm dafür gedancket, welches beyſammen nicht ſtehen kan, und um deſtoweniger Glauben meritiret, quod teſtis varius et ſibi contrarius fidem nullam faciat.

c. 9. X. de probat. l. 16. de teſtib.

Welches daraus 9) noch weiter abzunehmen, daß H. anfänglich den Prediger nicht verlanget, aber auf des reprobatorial-Zeugen Zureden denſelben, um mit ihm zu beten, holen laſſen, ihn aber wegen dieſer ſtreitigen diſpoſition zu ſprechen nicht begehret, bey welcher Gelegenheit 10) ihn der Prediger erſt darum befraget, und von ihm ſeine Willens-Meinung heraus zu locken geſuchet, welche Fragen nicht nöthig geweſen wären, wenn er die Abſicht geführet, der Schule zum Beſten eine Stiftung damals zum
9 Stande zu bringen. Auſſerdem 11) aus der Auſſage der Zeugen nicht einſten erhelle, ob er 500 Thlr. oder 500 Gülden, oder andere Müntze vermachen wollen, und was teſtis tertius dagegen deponiret, und behaupten wollen, daß er 500 Thlr. der Schule vermachet, um deſtoweniger einigen Glauben meritiret, weil die andern Zeugen ihm hierin widerſprechen, und beſtändig dabey bleiben, daß er das genus monetæ nicht beſtimmet, und dahero voluntas incerta et imperfecta geblieben. Ueberhaupt
10 aber 12) alles diſcurſive geſchehen, dergleichen diſcurſe die Rechte für keinen beſtändigen Willen halten.

§. 1. I. de teſtam. milit.

11 Nicht weniger 13) des teſtis ſecundi depoſition, welcher Hanß H. für das Vermächtniß gedancket haben will, ebenfalls ungewiß bleibe, weil ſeiner eigenen Auſſage nach er nicht gemeldet, was der Schule vermachet ſey, er auch Hanß H. darum gefraget, dahero auch dieſer die Dancſagung dahin verſtanden haben kan, daß er den vorigen Tag declariret, wie er, wenn er wieder zu Kräften käme, es ſelber auſſetzen wolle, zugeſchweigen, daß dieſer ſich ſelbſten ad art. gen. 14. widerſprochen, und erſt vernehmen wollen, ob er noch zu Behuf der Schulen was
12 vermachen wolle? Welchen abſonderlich 14) die fol. 163. ſqq. excerpirte beſondere Umſtände aus der Zeugen depoſition beytreten, woraus die imperfectio voluntatis, da niemand gewuſt, was er der Schulen vermachen wollen, ſondern ſolches einiger Maſſen durch das viele Fragen heraus gebracht werden müſſen, noch klärer erhellen möchte, bevorab da 15) die vierte Zeugin, ad inter. 1. art. 24. Hanß H. Witwe, dabey deponiret, daß ihr Mann geſaget habe:

Wenn ich ohne Erben ſterbe, ſo ſoll die Schule 500. haben, und wann die Schul-Kinder etwas bedürftig ſeyn, ſoll ihnen etwas gekaufet werden,

worauf aber der Prediger nebſt ihr widerſprochen und geſaget:

Nein, ſondern dieſes muß auf Zinße ausgethan werden, und muß bleiben für das Schul-Geld

welcher Umſtand die incertitudinem voluntatis noch mehr vermehret, und 16) teſt. 6. ebenfalls dieſes beſtärcket, als welcher nichts mehr von H. gehöret haben will, als:

500. ohne Erben

welche imperfecta oratio imperfectionem vo- 13
luntatis darthut, zugeſchweigen, daß 17) Hanß H. die condition dabey geſetzet: wenn er ohne Erben verſterben ſolte, alsdann die Schule 500. haben ſolte, ſolche conditio aber nicht exiſtiret, da er Erben, die itzige Beklagte, hinterlaſſen. So dann 18) nicht auſſer acht zu laſſen, ſeyn möchte, daß die Zeugen in vielen Stücken variiret, und einander widerſprochen, wie fol. 176. ſqq. gezeiget iſt, und viele ſpecimina von der animoſen depoſition des teſtis 3. angeführet ſind, welchem doch die übrigen Zeugen nicht beygetreten. Uebrigens 19) es das Anſehen ge- 14
winnen will, als wenn, ſo ferne dieſe diſpoſition für gültig erkant werden ſolte, ſolche nicht von 500. fl. ſondern 500. Thlr. zu verſtehen, quod in legatis piis obſcuris id, quod maius eſt, debeatur,

l. 38. §. 2. de augr. et arg. leg.

ingleichen daß 20) weil Kläger auf das duplum 15
geklaget, auch auf daſſelbige erkant werden müſſen, nachdem die Erben in manifeſta et pertinaci mora geweſen und noch ſind, quo caſu duplum debetur.

per §. 19. I. de act.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) allhier ein ohnſtreitiges legatum ad pias cauſas vorhanden, als welches zum Beſten der Schulen vermachet, und dadurch effectuiret worden, daß die Eltern ihre Töchter deſto fleißiger zur Schulen halten, und zum Chriſtenthum und Gottesfurcht präpariren und zurichten laſſen mögen, quod ſcholæ ſint ſeminaria eccleſiæ et reipublicæ, dahero auch die Stipendia ad ſtudia dahin gezogen werden. 16

BOEHMER *tom. II. iur. eccl. prot. tit. de præb. §. 26. et tit. de teſtam. §. 16.*

Und dabey 2) ein ſchlechter Einwurf iſt, als 17
wenn das gegenwärtige legatum magis in favorem vicinitatis, quam pietatis intuitu, vermachet ſey, da es derer Nachbaren Kinder zum beſten gereiche, zumal wenn dergleichen raiſonnement gelten ſolte, alsdann alle Stiftung ad pias cauſas man leicht, gegen die Abſicht der Geſetze, zu Waſſer machen würde, weil auch, was der Kirchen zu Unterhaltung Prediger und Abtragung anderer Unkoſten vermachet wird, der gantzen Gemeine zum beſten gereichet, als welche ſonſten dieſe Unkoſten per contributionem tragen müſte. Dabey doch 3) nicht 18
primario die commoditæt der Gemeine intendiret, ſondern die haupt-Abſicht derer teſtatorum dahin gerichtet wird, daß die Ehre Gottes durch den Gottesdienſt und das ewige Heil der Menſchen befördert werde, qui finis magnopere pius eſt, ſecundum quem omnis diſpoſitio æſtimanda eſt,

HAR-

HARPRECHT *vol. novo conſ. 1. n. 760. ſqq.*

19 welche gute und löbliche Absicht auch 4) Hanß H. gehabt, und zu teſti ſecundo geſaget, nach dem 46. art. er wolte ſich ein Gedächtniß machen, daß ſeiner über eine Zeit auch gedacht werde, und er wolte ſich ein Lob zurichten aus dem Munde der Unmündigen und Säuglingen; dergleichen diſpoſition, ſo Kirchen und Schulen in perpetuam ſui memoriam geſchichet, zu denen piis diſpoſitionibus in Rechten ſelbſten gerechnet wird.

l. 46. §. 9. C. de epiſc. vel cleric.

20 Dieſerwegen es 5) lediglich hier darauf ankommt, ob das vom Hanß H. gemachte Geſtifte zu ſeiner perfection gekommen, quo probato, hæc diſpoſitio ſine vllis ſolennitatibus facta ſubſiſtit.

c. 11. X. de teſtam.

21 Und wie dieſes 6) in facto beſtehet, alſo aus dem, was die Zeugen bey der diſpoſition angemercket, beurtheilet werden muß. Da denn an dem iſt, daß Hanß H. nach Ausſage vier Zeugen ad art. 4. vorhin den Schluß bereits gefaſſet, und ſich erkläret, daß, ſo ferne er keine Erben bekommen ſolte, er die Schule bedencken wolle, welche generale Absicht, die durch die liſtige und captioſe interrogatoria, ſo unerlaubter Weiſe bey denen articulis ad veritatem eludendam gemachet worden, nicht gehoben werden mögen, genug und zureichend geweſen, ihn in ſeiner letzten Kranckheit darum zu befragen. Zumal 7) man wol ſiehet, daß der Mann zu ſeiner Geneſung ſich groſſe Hoffnung gemachet, und dieſes ohne Zweifel die Urſache geweſen, daß er damals noch an keine Verfaſſung ſeine Absicht zu erfüllen, von ſelbſten gedacht, ſondern noch deſſen erinnert werden müſſen, wie er dann ſo gar noch Hoffnung gehabt, ohne Erben oder Kinder nicht zu verſterben, und dahero die condition, ſo ferne er ohne Kinder oder Erben verſterben würde, dabey ausgedrücket.

22 Inzwiſchen da 8) er ſpecifice von dem Prediger darüber befraget und erinnert worden, daß er ſolches von dem Küſter zu Papier bringen laſſen möchte, es ſich geäuſſert, daß er zwar ex ſpe recuperandæ valetudinis ſich erkläret, wenn es mit ihm etwas beſſer würde, ſo wolte er es ſelber aufſetzen, doch gleich dabey dieſe poſitive und deutliche Erklärung gethan:

> Doch dieſes iſt gewiß, Ehrwürdiger Herr, wenn ich ohne Erben abſterben ſolte, ſo ſoll die Schule 500 haben.

Wie teſt. 1. et 3. ad int. 5. art. 20. teſt. 4. ad int. 8 et 11. 12. eiusd. art. et teſt. 1 3 et 4. ad art. 23. teſt. 4. ad art. 24. interr. 1. item ad art. 28. 29. 34. int. 3. und ſonſten hin und her deponiren. Dahero 9) der Prediger nach des erſten, dritten und ſechſten Zeugen Ausſage ad art. 24. ſich dafür bedancket, und nach dem art. 25. die Freunde des Verſtorbenen angeredet, ſie hätten die gute Meinung ihres Vettern nun gehöret, und habe er die gute Hoffnung, ſie würden nach ſeinem Tode es nicht verhindern, ſondern vielmehr befördern, worauf denn die geantwortet, er könne mit dem Seinigen machen, was er wolle; wie drey Zeugen ad art. 26. deponiren, und noch ad art. 30. hinzuthun, daß, wie Hanß H. dieſe Erklärung gethan, er noch bey gutem Verſtande und in keiner Todes-Noth geweſen, und der Pfarrer keinesweges, nach dem art. 33. und aller Zeugen Ausſage, dem Verſtorbenen dabey heftig zugeſetzet, noch Hanß H., nach Ausſage der Zeugen ad art. 34. darüber ungeduldig worden, und man alſo nach der depoſition ad art. 36. nicht ſagen könne, daß der Verſtorbene froh geworden, daß der Prediger fortgegangen. Welches alles noch ferner 10) durch dem Erfolg des folgenden 23
Tages beſtärcket wird, angeſehen teſt. 2. ad art. 39. ſqq. deponiret, daß er des andern Tages aus freyen Stücken zu deponenten gegangen, iedoch bey ſolcher Gelegenheit ihm der Pfarrer aufgetragen, bey Hanß H. die Danckſagung für das legatum abzuſtatten: daß er wircklich ihn beſuchet, und in Gegenwart Stephan H., des Mitbeklagten, ihn angeredet: Hanß, ihr ſollt ja unſerer Schulen etwas vermachet haben, iſt es denn an dem? wobey denn Zeuge ſich declariret, daß er nicht von künftigen geredet und geſaget habe: Ihr ſollet ja unſerer Schule was vermachen wollen, der verſtorbene Hanß aber mit einen doppelten Ja ſolches beſtärcket. Worauf Zeuge abermal nach dem 47. art. ihn befraget:

> So bleibet es nun bey dem, was ihr geſtern dem Herrn Magiſter verſprochen und gegen ſelbigen ausgeredet?

Welches Hanß H. mit ach ja! beantwortet, und ihm unverzüglich die Hand geboten, Zeuge auch ihm die Hand gegeben und für die löbliche Stiftung der Schule gedancket, welches 11) abermal ein klares Kennzeichen iſt, daß Hanß H. diſpoſition wegen der Schule zu ſeiner Richtigkeit gekommen, er ſolches ſelbſten agnoſciret, und ob er wol ſpecifice das legatum eigentlich nicht exprimiret, dennoch ſolches, weil vorigen Tages ſolches beſtimmet worden, unvonnöthen geweſen, ja der Mitbeklagte Stephan H., ſo ſich dabey befunden, ſolches nach dem art. 50. nicht anders erkant, und ſich dabey nur beſchweret, daß das legat gar zu ſtarck wäre, welches nach dem 52. art. der defunctus zwar mit angehöret, aber unbeantwortet gelaſſen, woraus denn Zeuge nach dem int. 1. art. 50. ſqq. geſchloſſen, daß das legat ſchon zuvor gemachet ſeyn müſſe, weil Stephan H. ſonſt ſich nicht darüber, audiente teſtatore, beſchweret haben würde. Ja 12) der reprobatorial-Zeuge, F. ſelbſt, welcher teſtem ſecundum im Hinweggehen begleitet, dieſe Beſchwerung ebenfalls nach dem 54. art. gegen ihm gethan, und nach dem int. 1. ad cit. art. geſaget, wenn doch das legat, ſo H. der Schule gemachet, nicht ſo viel wäre: mithin dadurch überzeuget geweſen, daß dieſe Stiftung zu ihrer wircklichen perfection gekommen ſey, iedoch dabey verlanget, daß nachdem art. 55. es zu Papier gebracht und auf ein viertel Landes

restringiret werden möchte, welche letztere Umstände 13) davon testis secundus allein deponiret, zwar nur durch einen Zeugen erhärtet worden, dennoch dabey offenbar ist, daß diese Umstände mit dem, was des vorigen Tages passiret, connectiren, sich darauf beziehen, und dahero in genere mit bestärcken, was die perfectionem vltimæ voluntatis, worauf es lediglich ankommet, anbetrift, notum autem est, testes singulares etiam plene probare, quando de diuersi quidem factis, ad eundem finem tamen tendentibus, deponunt, vt ita cum aliis coniungi queant. Endlich
24 ob wol 14) der reprobatorial-Zeuge dieses alles verdrehen, und von einer affaire, die noch erst in fieri gewesen, erklären, und daß diese Stiftung zu ihrer perfection kommen sey, leugnen wollen, dennoch solches um destoweniger zu verwundern, da er ein warhaftiger consors litis, und testis in propria causa ist, ja gestehet, daß wenn für Klägern erkant werden solte, er seinen Antheil zu diesem legato zahlen müsse; weswegen dann seine Aussage gar keine attention meritiret, vielmehr aus denen angeführten argumentis klar ist, daß das Gestifte zu seiner Vollkommenheit gedyen sey, ohngeachtet keine scriptura dazu gekommen, welcher defectus ohne Zweifel F. nach der Aussage testis secundi ad art. 54. int. 5. auf die Meinung gebracht, als wenn dadurch die perfectio vltimæ voluntatis ermangele, wie auch seine eigene deposition darleget, da doch sola voluntas positiue declarata coram testibus suffisant seyn, und daraus die rationes dubitandi
25 elidiret werden können. Angesehen ad 1) weder testis primus noch secundus ein interesse proprium bey der Sache haben, dahero nicht in propria causa gezeuget, und was bey dem dritten Zeugen erinnert worden, unerwiesen, darneben aber zu bedencken ist, daß wenn er gleich beständig deponiret, daß der testator 500 Rthl. der Schulen vermachet, dennoch man auf diese deposition nicht reflectiret, vielmehr nur dieses, daß er indefinite von 500, nach der andern Zeugen Aussage, geredet, angenommen, und darauf nur gesehen, wie weit er in dem Haupt-Werck mit denen andern Zeugen, ja mit Hanß H. Frauen selbsten, einstimmig ist, so daß ad 2) zwischen denen probatorial-Zeugen und dem einzigen reprobatorial-Zeugen, F. ein mächtiger Unterschied zu statuiren, da dieser in propria causa testis und litis consors ist, jene aber nicht sind, und worin jene etwa discrepant seyn möchten, nur in Neben-Umständen, nicht aber in der Haupt-Sache, bestehet, vielmehr sie darin übereinkommen, daß Hanß H. seine Willens-Meinung wircklich und de præsenti declariret und nicht ersten auf das fieri hinausgesetzet, wie F. bey dem Gegenbe-
26 weis deponiret. So dann auch ad 3) daß hier ein legatum ad pias causas sey, schon in rat. decidendi angezeiget und bewähret ist, welches durch dergleichen Verdrehungen sich nicht infringiren lässet, auch ad 4) wol seyn kan, daß Hanß H. zu unterschiedenen Zeiten gegen die Zeugen seine Absicht und Vorsatz declariret, deren Aussage deswegen, da sie ad vnum scopum gehen, nicht für discrepant oder singularibus zu halten, und wenn alle Zeugniß zusammen genommen werden, alsdann daraus offenbar ist, daß er den Vorsatz gehabt, die Schule, wenn er ohne Kinder versterben solte, zu bedencken. Im Gegentheil aber ad 5) sich nicht befindet, daß testis 1. durch seine Befragungen diese Stiftung von ihm herausgepresset, und dabey importunas suggestiones vorgenommen; welchem die Zeugen offenbar widersprechen, und deponiren, daß er mit aller modestie die Fragen an Hanß H. gethan, und weil er sich anfänglich nicht genugsam declariret, er mit denen general-Fragen anhalten müssen, so daß wie er von 500. gesaget, er nothwendig fragen müssen, ob er Thaler oder Gülden verstehe? Dergleichen interrogationes, maxime generales, bey keinem legato einigen Anstoß geben können,

l. 39. §. 1. de leg. 3.

si aliunde satis certum est, voluisse testa- 27
torem in huius vel illius fauorem disponere.

CARPZ. *P. III. C. 5. def. 4.*
BOEHMER *tom. II. P. I. conf. et decis. arg. 651. n. 3 sqq.*
DAVTH. *de testam. p. 195.*

Da wenn testis primus ihn gefraget: ob er nicht der Schulen 500 Rthl. vermachen wolle, solches erst pro suggestiua interrogatione anzusehen seyn würde, gleichwol Hanß H. alles selber declariret, und alle Fragen nur in generalen Anreden bestanden, dabey dennoch der Prediger ihn erinnert, daß, wenn er bey diesem Vorsatz verharrete, er den Küster, daß er es aufschriebe, holen lassen möchte, worauf der testator repliciret, daß er vorietzo matt sey, und solches selber aufschreiben wolte, wenn es sich mit ihm bessern würde. Inzwischen dabey in diese Worte heraus gebrochen, daß dieses 28
gewiß sey, daß, wenn er ohne Erben versterben würde, die Schule 500. haben solte, welche declaratio nicht erst auf das Künftige hinaus gesetzet, sondern præsentem voluntatem dargeleget, und ohne alle suggestion, und sine omni importunitate, von freyen Stücken von ihm ausgesprochen worden, quales declarationes, licet ad interrogationes fuerint factæ, tamen sufficiunt, si aliunde constat, testatorem legare aliquid voluisse,

CARPZ. *P. III. C. 5. def. 10. n. 6. sq.*

præsertim si omnis suspicio doli et fraudis 29
cessat.

IDEM *cit. n. 7.*

Welcher Verdacht hier so wenig anzutreffen, daß der Beklagten ungütiges raisonnement de clericorum importunis sollicitationibus hier übel und schlecht appliciret worden, und man dem Prediger nicht verdencken können, daß, da er den Vorsatz des defuncti gewust, er solchen zu befor-

befördern sich angelegen seyn lassen, ohngeachtet dem Eigennutz der Beklagtin solches zuwider gewesen, welche so gar schon bey Hanß H. Lebzeiten und in seiner Gegenwart, daß das legatum zu groß sey, sich beschweret, und dahero ad 6) nicht zu verwundern, daß sie solche Stiftung aufs äusserste anfechten, und mit ihren untüchtigen und höchst interessirten reprobatorial-Zeugen, gegen so vieler guten Zeugen Aussage, behaupten wollen, das Hanß H. seine Stiftung nicht zum wircklichen Stande gebracht, sondern erst zum Stande bringen wollen, da doch zweyerley Hanß H. wol distinguiret, als, a) daß wenn es mit ihm etwas besser werden würde, er solches zu Papier selbsten bringen wolte, welches nur ad maiorem rei certitudinem gehöret: b) daß inzwischen dieses gewiß sey, daß, wenn er ohne Erben versterben solte, die Schule zu A. 500. haben solte, da das erste nur noch in fieri: nicht aber das letzte gewesen, vielmehr solches zu seiner Vollkommenheit gekommen; wornach auch ad 7) des testis secundi deposition ad interr. gen. 14. zu erklären, als welcher ad art. 37 sqq. mit nachdrücklichen Worten aussaget, daß er den Tag vor dem Tod des Hanß H. das Gestifte von dem Pfarrer vernommen, und dahero so wol aus eigenem Getrieb als auf des Pfarrers Austragung den gedachten H. besuchet, und ihm für das Gestifte Danck gesaget, welches er nicht anders, als wircklich geschehen zu seyn, erkant, bevorab da solches dazu auch von jenem nochmals mit der Handreichung bestätiget worden, dieserwegen seine Aussage ad art. gen. 14. ohnmöglich anders, als von dem schrifftlichen Aufsatz, welchen Hanß H. sich darneben reserviret, und wovon auch testis secundus mit Fischern nach dem int. 5. art. 54. geredet, verstanden, und die Worte:

Ob er noch Willens sey, der Schule etwas zu vermachen?

allein von der reservation, darüber selbsten etwas schrifftlich aufzusetzen, angenommen werden mögen, zumal eines theils der erste Zeuge wol gewust, daß Hanß H. die Stiftung bereits zur Vollkommenheit gebracht, und dem andern Zeugen also nicht beordern können, erst zu fragen: ob H. noch Willens sey, der Schule was zu vermachen; andern theils nach dem art. 37. und dessen interr. testis secundus von dem teste primo völlig informiret und benachrichtiget gewesen, daß Hanß H. der Schule zu A. 500. bereits vermachet habe, mithin seine Aussage ad art. gen. 14. nicht von der bereits errichteten Stiftunge selbsten, sondern davon verstanden werden muß, daß er sich reserviret gehabt, solche zu Papier zu bringen. Bey welcher der Sachen Beschaffenheit ad 8) alle contrarietas wegfällt, und man billig alle Erklärung seiner deposition secundum eius probabilem intentionem machen muß. Uebrigens ad 9) es darauf nicht ankommt, daß H. damals nicht einstens den Prediger verlanget zu sprechen, sondern auf des reprobatorial-Zeugen Zurede er ihn erst, mit ihm zu beten, holen lassen, sondern ad 10) genug ist, daß dieses eine Gelegenheit gewesen, Hanß H. wie der Prediger ihn zum andernmal besuchet, seines gefaßten Vorsatzes zu erinnern, und ihm dessen Vollziehung zu recommendiren, welches er dadurch gethan, daß er ihm gerathen, solches durch den Küster zu Papier bringen zu lassen; worauf dann so wol die Erklärung, daß er es selbsten noch verhofte aufzusetzen, als die wircklüche nuncupatiua dispositio erfolget, welche er ohne Zweifel auf den Fall, wenn er etwa durch den Tod übereilet werden solte, gethan. Ferner ad 11) die incertitudo ratione qualitatis monetæ, ob er 500. Thlr. oder 500. Gulden vermachen wollen, zwar durch der Zeugen Aussage nicht gehoben werden, noch man auf des dritten Zeugen Aussage gestalten Sachen nach dabey allein sehen mag; doch aus denen Rechten bekant ist, daß in solchem Fall id, quod minus est, zu verstehen,

l. 39. §. 6. de leg. 1.

zumal iederman leicht erachten wird, daß, wenn ein solcher testator eine grosse Summe benennet, er keine Groschen oder Pfennige, sondern gewöhnlicher Massen Thaler oder Gulden verstehen wird, als welche dergleichen Leute bey Summen auszudrücken pflegen. Hierüber ad 12) seine Erklärung kein leerer discurs gewesen, wie sowol die Worte selbsten anzeigen, als das darauf erfolgte Handgeben, und die des andern Tages abermal geschehene Erklärung gegen den testem secundum solches bekräftigen, dessen Aussage ad 13) nicht incerta ist, ob er wol nur des legati in genere gegen Hanß H. gedacht, und sich dafür bedancket. Sowol auch ad 14) die fol. 163 sqq. angemerckte Umstände nur anzeigen, was vorhergegangen, ehe die wircklüche disposition darauf erfolget, welche allein zum Grunde zu legen, und welche er genugsam in seinen letzten Worten declariret. Nicht weniger ad 15) die remonstration der Zeugen, daß das capital nicht angegriffen, sondern beysammen bleiben, und auf Zinsen ausgethan werden müsse, der dispositon keinen Abbruch thut, zumal der testator dabey acquiesciret, und beyde Zeugen solche remonstration nicht wol gethan haben würden, wenn die disposition selbsten nicht zum Stande gekommen wäre. Dagegen auch ad 16) des sechsten Zeugen ungewisse Aussage nicht zu regardiren ist, als welche ohne Zweifel nur die Worte: 500. ohne Erben, gehöret, deren völlige Ausdrückung doch die übrigen Zeugen zur Gnüge verstanden, und ad 17) gar leicht zu erachten, daß die dabey gesetzte condition, wenn ich ohne Erben versterben solte, von Kindern zu verstehen, welche conditio ohnedem bey Ehe-Leuten subintelligiret wird, die discrepantz der Zeugen aber ad 18) in substantialibus nicht anzutreffen, vielmehr sie alle in der Haupt-Sache überein kommen, und dieserwegen es, hisce rationibus non obstantibus, dabey bleibet, daß Hanß H. dispositio zum Stande gekommen sey. Uebrigens ad 19) die Meinung, daß in legato pio dubio ein Abfall sey, und id, quod maius est, verstan-

den werden müsse, in Rechten nicht gegründet, sondern in *l. 39. §. 6. de leg. 1.* für das Wort ærea muß aurea gelesen werden, wie die interpretes anmercken.

TIRAQVELL *de priu. caus. piar. priu. 25.*

34 Auch der Pabst selbsten in denen Fällen, da denen Kirchen etwas zu præstiren, dessen qualitas dubia ist, dafür zu halten befohlen, vt id, quod minus est, præstari debeat.

c. 18. X. de censib.

Und was endlich ad 20) das duplum, so in ca- 35
su moræ in legatis ad pias causas zu bezahlen befohlen ist, betrift, solches ohne Zweifel von denen dispositionibus euidentibus et non controuersis zu verstehen, und dahero ad præsentem casum nicht appliciret werden mag.

So sind wir dahero, geschehener Massen zu 36
erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MARTIO MDCCXLIII.

DECISIO CXII.

THEMA.

De causis stipendiorum, ad causas pias et publicas referendis.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Legitimus administrator sine iusta causa ab officio non est remouendus. n. 2.
Vituperanda non est cogitatio eius, qui lites exeeratur. n. 4.
Rationes non legitime redditæ denuo sunt reddendæ. n. 5.
Iudex officium suum non impertitur, nisi imploratus. n. 6.
Intentata actio iniuriarum contra ministrum ecclesiæ summi est præiudicii. n. 8.
Administratio stipendiorum non est causa familiæ priuatæ, sed pia et publica. n. 10.
In causis stipendiorum magistratus ex officio procedere potest, n. 11.
et ei suprema inspectio in administratores competit. n. 12.
Contumax iuste in expensas condemnatur. n. 14.
Quomodo rationes sint reddendæ? n. 15. 16. 17.
Quæstio præiudicialis ante principalem decidenda est. n. 18.
Decisio. n. 19.

Als dieselbe uns ferneres Verfahren, Ungehorsams Beschuldigung und intervention in Sachen Johann Christian G. Kläger an einem, Lic. Hieronymi Petri E. Beklagten am andern, und des Evangelischen Predigers zu Groß N. Johann Philipp H. intervenienten am dritten Theil, zugeschicket ꝛc.

1 Daß nunmehro gegen Klägern, wofern er die an sich gezogene 90. Gulden noch nicht wieder erleget, ohne allen ferneren Anstand mit der execution zu verfahren, auch derselbe wegen seines beharrlichen Ungehorsams und Widersetzlichkeit der administration des Alt-G. stipendii zu erlassen, und dem Beklagten ein anderer coadministrator von dem R. Manns-Stamm ex officio zu adiungiren, nicht weniger Kläger alle durch seinen Ungehorsam dem Beklagten verursachte Unkosten nach deren liquidation und erfolgter richterlicher Mäßigung zu erstatten schuldig. Und weil übrigens bis anno 1725. den 19. Oct. die Rechnung von denen administratoribus vor der Freundschaft abgeleget, so hat es dabey sein Bewenden, es bleibet aber Beklagtem, so ferne er zureichenden Grund dazu zu haben vermeinet, seine monita und defecte darüber in separato gerichtlich zu übergeben und mit denen vorigen administratoren darüber zu verfahren unbenommen, worauf alsdann ergehet was recht ist. Bey der künftigen Abnahme der Rechnung aber ist zuforderst denen iudicatis gemäß, eine obrigkeitliche deputation iederzeit auszuwircken, und dergestalt die Rechnung vor demselben und der Freundschaft zu iustificiren, nicht weniger Kläger die Stiftungs-documenta dem Beklagten auszuliefern schuldig, mit deren Verwahrung es künftighin also zu halten, daß ein ieder administrator alle drey Jahr damit wechseln, und also ein ieder administrator solche drey Jahr in Verwahrung habe. Endlich ist der interuenient H. wenn er sich besser, als bishero geschehen, zu diesem stipendio legitimiret, sonsten auch wegen des ihm beygemessenen Vergehens nichts auf ihn gebracht werden wird, mit demselben verspro-

sprochener Massen, iedoch nach K. zu versehen, die angestellete iniurien-Klagen aber so lange auszusetzen, bis erst die ihm opponirte exception, daß er sich des stipendii verlustig gemachet, aus dem Wege geräumet ist, worauf alsdann ebenfals ergehet, was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol 1) n. act. 69. wegen der von Klägern an sich genommenen 90. Gulden bereits die execution erkant, und sich nachgehends zwar nicht findet, ob solche vollstrecket sey, dennoch ein solches wol zu vermuthen. Hiernächst 2) niemand ohne erhebliche Ursache seiner administration zu entsetzen, bevorab da im letzten Urthel Kläger rechtskräftig pro legitimo administratore erkläret ist, und es das Ansehen gewinnen wil, als ob durch die erkante Erlassung von der administration des Alt-G. stipendii der effectus dem iudicato entzogen, und dergestalt nulliter gesprochen sey, quod sententia contra rem iudicatam lata sit ipso iure
3 nulla, bevorab da die R. Familie, so Klägern einmal zu diesem Amt erkieset, mit ihm zufrieden ist, und ohnedem die Stiftung Maaß und Ziel giebet, wer die administration von beyden Geschlechten führen soll, endlich auch denen bisher erzeigten Widersetzlichkeiten auf andere Wege, als durch Veränderung des Klä-
4 gers, abgeholfen werden könne; 3) der Kläger zwar bishero sich mit Beklagten nicht weiter einlassen wollen, solches aber ihm nicht zu verdencken gewesen, allermassen einem ieden Kläger frey stehet, den angefangenen proceß liegen zu lassen, cum vituperanda non sit cogitatio eius, qui lites execratur.

l. 4. §. 1. de alien. iud. mut. caus.

Dahero dann die condemnatio in expensas allzu hart scheinen möchte; 4) die Rechnungen
5 zwar bis 1725. den 19. Oct. vor denen Freunden abgeleget, gleichwol solches nicht dem iudicato, sub n. 86. der beyliegenden acten gemäß, vor einer obrigkeitlichen deputation geschehen, welches doch Beklagte beständig vrgiret, nicht weniger im letztern Urthel die unabgethane Puncte dahin verwiesen, und also voraus gesetzet worden, daß solche zuforderst nochmals abgeleget werden sollen, zumal denen iudicatis stricte nachzugehen, und dabey Rechtens ist, quod rationes non legitime redditæ denuo sint reddendæ.

MEV. *p. 8. dec. 21.*

FABER *in C. lib. 5. tit. 31. def. 3.*

Alsso es das Ansehen gewinnen will, als wenn auf eine neue Abnahme der Rechnung erkant werden sollen; 5) die künftige Abnahme der Rech-
6 nung in der Stiftung reguliret ist, und es genug zu seyn scheinen will, wenn vor denen gesamten Freunden, ohne Zuziehung gewisser gerichtlichen deputatorum, solche geschehe, als welches ein negotium familiæ ist, und es sonsten heisset, quod iudex non impertiatur of-
7 ficium suum, nisi imploratus; 6) das documentum sub n. 64. Beklagtens Bekäntniß nach nicht von allen interessenten beliebet, und dahero pro norma der Verwahrung der Stiftungs-documenten nicht anzunehmen; 7) der interueniente schlechterdings abzuweisen gewesen seyn möchte, nachdem derselbe a) bereits im Amte, und nicht mehr auf vniversitäten ist: b) das letztere Urthel diesem auch zuwider lauft: c) die expectantz nicht unterschrieben, und er keinen revers ausgestellet: d) allenfalls er sich dessen durch das beygemessene iuramentum verlustig gemachet. 8) Endlich die actio iniuriarum 8
fundiret zu seyn scheinet, da dergleichen Beymessung, als vom Beklagten geschehen, einem im Predigt-Amt stehenden Geistlichen keine geringe blame verursachet, und er Amts halber schuldig ist, sich dieser Beymessung zu entschütten, wenn er ohne allen Anstoß sein Amt führen will, welches am Besten per intentatam actionem iniuriarum geschehen kan.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) eben deßwegen, 9
weil ex actis nicht erhellet, daß die von Klägern unrechtmäßiger Weise gehobene 90. Gulden an K. gezahlet worden, euentualiter auf die Vollstreckung der bereits decretirten execution erkant werden müssen, als welches ohnedem, wenn die Zahlung geschehen, hinweg fällt, und dem Kläger nicht præiudiciret, daß nochmals auf die Vollstreckung erkant worden; 2) Kläger nach eröfnung des letzten Urthels sich 10
sehr widerspenstig und halsstarrig aufgeführet, keinen Verordnungen parition geleistet, die insinuationes difficultiret, dabey so gar Bedrohungen ergehen lassen, die wegen derer stipendiorum ausgestellete Quittungen nicht unterschreiben wollen, und die gantze administration des stipendii in eine solche Verwirrung durch sein feindseliges Verfahren, und inexcusable conduite gebracht, daß, woferne derselbe seiner administration nicht erlassen werden solte, das stipendium darüber in Gefahr stehen, und noch üblere Suiten zu befürchten seyn würden, welchem nicht anders als durch Veränderung des administratoris von R. Mann-Stamm abgeholfen werden kan, wobey die Obrigkeit ex officio allerdings vigiliren, und das Nöthige besorgen muß, da diese Stipendien-administration keine blosse causa familiæ priuata zu achten, sondern als eine causa pia et publica anzusehen,

COTHMAN. *resp. acad. 29. n. 82.*

FRITSCH *de stipend. c. 12. n. 2.*

CARPZ. *lib. 2. iurispr. consist. def. 328. n. 15. sqq.*

BESOLD *cons. 263. n. 22.*

BARDELI *de legat. ad pias caus. th. 16. 19.*

in quam magistratus ex officio procedere et 11
quæ ad eius conseruationem pertinent, determinare potest:

arg. l. 46. §. 3 et 6. C. de episc. et cler.

qua de causa etiam *ipsi* incumbit suprema 12

inspectio in administratores, et si eos male versari animaduertat, eos expellere aliosque ex officio instituere debet;

cit. l. 46. §. 3.

13 wodurch denn dem letzten iudicato kein Abbruch geschiehet, angesehen ein anders ist, einen administratorem, wenn über dessen habilität gestritten wird, pro legitimo zu erklären, so im letztern Urthel geschehen: Ein anders aber, einen administratorem legitime constituirum seiner administration aus bewegenden und erheblichen Ursachen wieder zu erlassen, welches im gegenwärtigen Urthel erkant, und daher nunmehro ohne ferneres Nachsehen zu verfügen ist, daß nach Maaßgebung der Stiftung dem ältesten von dem R. Manns-Stamm die ad-
14 ministration anbefohlen werde. Ferner 3) der Kläger die expensas contumaciæ, als welche er durch seinen beharrlichen Ungehorsam verursachet, bezahlen muß, angesehen, ob gleich er ratione motæ actionis Klägers Stelle vertreten, dennoch dabey viele andere Neben-Puncte vorkommen, so im letzten Urthel zum faveur des Beklagten decidiret sind, und er wenigstens, wenn er des Beklagten Suchen nicht einräumen wollen, sich schriftlich melden, seine Nothdurft vorstellen, und nicht alle resolutiones in den Wind schlagen sollen, mithin nicht erlaubet gewesen, diese Sache welche nicht sein eigen gewesen, liegen zu lassen, ehe und bevor er seine administration niedergeleget, und præstitis præstandis dimittiret worden. Zugeschweigen, daß er durch Verweigerung der subscription der Quittungen zu vielen schriftlichen querelen Anlaß gegeben und unnöthige Unkosten verursachet, die er alle überhoben seyn kön-
15 nen. So viel aber 4) die nochmalige Abnahme der Rechnung betrift, zuförderst hierbey zu erwegen ist, daß die administratores vor der Freundschaft solche bereits iustificiret, und von derselben approbiret und unterschrieben sind. Uebrigens denen vorigen iudicatis dabey ein Genügen geschiehet, wenn Beklagter in separato seine monita ad acta bringet, solche denen administratoribus communiciren und beantworten lässet, und ferner dem Proceß gemäß darüber mit ihnen verfähret; zumal dieses eine a parte Sache ist, so mit diesem Proceß nicht zu vermengen, mithin besondere acta davon zu machen sind, worauf alsdann or-
16 dentlich ergehet, was Recht ist. 5) Diesemnach auch künftighin bey allen erfolgten Abnahmen solches nothwendig in acht zu nehmen ist, nachdem diese Sache pro causa priuata familiæ nicht zu achten, vielmehr der magistratus dabey zu observiren hat, daß das stipendium nicht gemißbrauchet und verringert werde, und die iudicata expresse erfordern, daß zu der Abnahme der Rechnung iederzeit eine obrigkeitliche deputation auszuwircken, und also aller ferneren Unordnung und querelen abgeholfen werde; 6) nicht weniger 17
das sub n. 64. producirte documentum ein gut temperament an die Hand giebet, wie es künftighin wegen Verwahrung der Stiftungsdocumenten gehalten werden solle, welches um desto mehr anzunehmen, da Beklagter solches in diesem Puncte agnosciret, auch wol dergleichen temperament ex officio erkant werden mögen, sich auch nicht findet, daß ausser Beklagten iemand dieses documentum bestritten; und so viel den 18
intervenienten betrift, demselben tempore studiorum das stipendium von den vormahligen administratoribus versprochen, und, daß er zu der Zeit solches nicht genossen, ihn davon nicht ausschliessen mag, da sein Vater die sumtus studiorum ihm inzwischen vorschiessen müssen, das letzte Urthel aber auf die künftige collationes allein gehet, und ad præteritas nicht gezogen werden mag, bevorab da ihm solches Urthel nicht publiciret, er darüber nicht gehöret, und über seine collation noch gar nicht erkant ist, mithin solches Urthel ihm nicht præiudiciren mag, iedoch nöthig seyn will, daß er sich gehörig durch producirung der von denen administratoribus unterschriebenen exspectanz legitimire, nachdem die Beylage sub n. 49. nicht unterschrieben, auch der auszustellende revers gar nicht produciret ist, dessen doch sub n. 48. Meldung geschehen, zur Zeit also noch ein grosser Mangel an der legitimation ist. Ausserdem aber, daß er in Iena durch Schwängerung eines Mädgens sich vergangen, ihm zwar beygemessen, noch zur Zeit aber solches nicht dargethan ist, iedoch Beklagter solches zu beweisen in der letzten Schrift sich angeboten, nachdem ihm die dazu nöthigen protocolla bishero verweigert sind, mithin noch zur Zeit dieser Punckt in suspenso gelassen, welches auch billig 8) mit der von intervenienten angestellten iniurien-Klage geschehen muß, als welche aus der decision der Haupt-Frage, ob intervenient sich des stipendii durch das imputirte Vergehen verlustig gemachet, fliesset, und dahero diese als præiudicialis anzusehen.

l. 10. C. de iniur.

So ist geschehener Massen zu erkennen ge- 19
wesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBRIS MDCCXXXI.

DECISIO

DECISIO CXIII.

THEMA.

De stipendiis studiorum causa constitutis.

SVMMARIA.

Sententia et species facti. n. 1 et 2.
Sola oblatio ad iuramentum non sufficit, sed realis eius praestatio. n. 3.
Stipendia studiorum causa constituta cui competant? n. 4. 5.
Beneficium restitutionis in integrum minoribus competit intra quadriennium, etiam contra rem iudicatam, n. 6.
praesertim probata laesione. n. 7.
Iuramentum, quod non releuat, non est admittendum. n. 8.
Num quis absolutis studiis in compensationem sumtuum, in studia factorum, stipendium petere possit? n. 9. 10.
Restitutio in integrum contra rem iudicatam ei non competit, qui ius agendi ob inhabilitatem ad stipendium non habet. n. 12.
Restitutio in integrum contra aeque priuilegiatum allegari nequit. n. 13.
Restitutio in integrum est verum priuilegium. ibid.
Decisio. n. 15.

Auf interponirte supplication und erfolgtes Verfahren in Sachen des Advocati Moritz von S. supplicanten an einem, und des Predigers S. zu K. wie auch des G. H. L. supplicaten am andern Theil erkennen, nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Daß es der eingewandten supplication ohngehindert bey dem vol. II. n. 19. befindlichen und den 20. May 1738. ertheilten decreto billig zu lassen, supplicant auch die expensas retardati processus, nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung, supplicaten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Dieweil nach Maaßgebung des Rescripti sub n. 40. das decretum sub n. 35. als in welchem der sub n. 19. ertheilte Bescheid bestätiget worden, in Ansehen des supplicanten, nachdem er transmissionem actorum gesuchet, nicht zu regardiren, ob wol in Ansehen der beyden supplicaten, so weit sie vormals unter sich different gewesen, es seine Kraft behalten, und das rescriptum sub n. 40. bloß in Ansehen des supplicanten ertheilet ist; so ist auch bloß zu rietzo über dessen interponirte supplication zu erkennen, zumal auch der eine supplicate, der Herr L. n. act. 51. darum inständigst angesuchet, daß das decretum sub n. 35. von actis nicht genommen werde, supplicante auch in petenda transmissione actorum nicht legaliter verfahren, wie in der resolution sub n. 41. dargethan ist. Ob nun wol
3 1) der supplicant dem decreto sub n. 23. noch kein Genügen gethan, und weder bescheiniget noch den Eyd abgeschworen, daß ihm der Bescheid vom 20. May 1738. erst den 31. eiusdem zur notiz gelanget sey, und nicht genug ist, daß er sich auf des Cantzley-Botens Zeugniß beruffe, als welches er nicht ad acta gebracht, noch zureichend seyn kan, daß er sich in actis zum Eyde offeriret, sondern realis praestatio darzu erfordert wird; allenfalls aber, wann die formalia noch iustificiret werden könten, alsdann die materialia dahero gegründet zu seyn scheinen möchten, daß 2) er der nächste zu dem 4
quæstionirten stipendio sey, welches auch in actis nicht gestritten worden, und er also vor den supplicaten dazu gelangen müsse, zumal er solches 3) auf Universitäten noch nicht genossen, und ob er gleich auf Universitäten antizo nicht mehr sey, dennoch ihm solches noch gereichet werden müsse, da er für sein Geld darauf gelebet, welches ihm durch das stipendium auf solche Weise wieder ersetzet werde, welches von einigen Rechts-Lehrern mit gutem Grunde behauptet wird,

HOFFMANN *diss. de eo, quod circa stipendia stud. causa constituta iustum est* §. 17.

bevorab wenn er durantibus annis academicis dazu nicht gelangen können. Dabey ihm auch 4) 5
die exceptio rei iudicatæ nicht entgegen stehen könne, zumal zwar vol. I. n. 19. ihm und seinem Bruder ex æquis partibus das stipendium vormals conferiret worden, dennoch er damals noch nicht auf Universitäten gewesen, sondern erst ein und ein halb Jahr darnach dahin gezogen, und sein Vormund contra veritatem damals vorgegeben, als wenn sie beyde auf Universitäten wären, also sein Bruder solches allein genieſſen müssen, und mit ihm zu theilen nicht schuldig gewesen. Welches auch 5) der Vor- 6
mund nachgehends agnosciret, und deswegen Vorstellung gethan und gebeten, daß auch supplicanten das stipendium völlig möchte zuerkant werden; womit er zwar abgewiesen worden, dennoch ihm daraus exceptio rei iudicatæ nicht opponiret werden könne, da er tempore

pore decreti noch minorennis gewesen, und noch zur Zeit das quadriennium nicht verflossen, er also billig in integrum restituiret werden müsse, als welches beneficium auch contra rem iudicatam statt finde.

l. t. C. si adu. rem iudic.

7 Darneben an der læsion nicht zu zweifeln, da er sonsten um sein stipendium, so ihm de iure gebühre, komme.

l. 44. D. de minor.

Und wenn er 6) gleich solches auf die Helfte genossen, dennoch er es billig nach seinem Bruder gantz geniessen sollen, worin eben seine læsion bestehe, und ihm deswegen die restitutio in integrum ex capite minorennitatis nicht versaget werden könne.

Rationes decidendi.

8 Dieweil aber dennoch ad 1) auf die formalia fürtzo nicht mehr zu sehen, da die materialia gantz ungegründet sind, und es inconvenable seyn würde, einen Eyd von dem supplicanten abzunehmen, der ihm nichts weiter helfen kan, angesehen ad 2) es fürtzo nicht weiter darauf ankommt, ob er vor dem supplicaten der nächste zum stipendio sey, da ohnleugbar ist, daß ihm sowol als seinem Bruder vol. I. n. 19. auf drey Jahr solches zuerkant worden, und er also es würcklich nach Maßgebung des
9 decreti genossen, vorizo aber ad 3) nicht mehr auf Universitäten lebet, sondern seine studia bereits absolviret. Und ob wol in thesi defendiret werden möchte, daß einer, der nicht mehr auf Universitäten lebet, doch darauf für sein Geld studiret, und damals zum stipendio nicht gelangen können, solches mit Recht nach absolvirten studiis in compensationem sumtuum in studia factorum zu fordern berechtiget sey;
10 dennoch in hypothesi auf gegenwärtigen Fall solches nicht appliciret werden mag, nachdem dieses der fundation zuwider ist, als in welcher versehen, daß von denen 100. Thlr. Renthen zwey oder drey Knaben aus des fundatoris Freundschaft oder im Mangel derselben aus der Stadt H. gebürtig, auf einer Universität zum studiren sollen gehalten werden: welche Worte klärlich anzeigen, daß die Personen, so solches geniessen wollen, auf Universitäten leben müssen, als worauf sie von dem stipendio unterhalten werden solten, nach welchem principio auch vormals anno 1735. gegen Johann Carl von K. erkant, und er mit seinem Suchen abgewiesen, auch die gegen solches decretum interponirte appellation Rechts-kräftig, wie aus n. act. 58. vol. I. zu ersehen, verworfen worden, er dahero kein ander Recht nunmehro begehren kan, cum eadem ratio decidendi adsit, so daß wenn ihn ad 4), die exceptio rei iudicatæ nicht entgegen stünde, er dennoch keine Hoffnung nunmehro haben könte, zu der gesuchten perception des gesuchten stipendii zu gelangen. 11
Ausserdem aber aus dem actis vol. I. erhellet, daß des supplicanten Vormund für ihn und seinen Bruder solches stipendium gesuchet, auch solches für beyde erhalten, so abermal der fundation gemäß ist, worin expresse stehet, daß wenn zwey oder drey Knaben vorhanden, sie von denen 100. Thlr. Renthen auf Universitäten gehalten werden solten, also damals einem ieden die Helfte davon gebühret, auch supplicant nicht undeutlich zu verstehen gegeben, daß er die Helfte davon genossen; übrigens er seinem Vorgeben, daß sein Bruder ein und ein halb Jahr vor ihm auf Universitäten gezogen, und es gantz geniessen müssen, mit nichts bescheiniget, und wenn auch solches geschehen könte, ihm nichts helfen würde, nachdem es nicht einem gantz, sondern beyden zugleich zuerkant ist, auch sein curator mit seiner gesuchten extension ex dicta causa Rechts-kräftig abgewiesen worden. Nunmehr auch ad 5) der sup- 12
plicant mit seiner gesuchten restitution contra rem iudicatam nicht weiter zu hören, da er eines theils kein ius agendi ob inhabilitatem ad stipendium, nachdem er nicht mehr auf Universitäten lebet, mehr hat: andern theils keine wahre læsion anführen kan, nachdem er das stipendium fundations-mäßig genossen, und nicht dargethan, daß er es gantz geniessen müssen: dritten theils supplicant mit supplicatens 13
Söhnen, welche doch minorennes sind, concurriret, und wenn er das stipendium erhalten solte, solches jene auf die drey quæstionirte Jahr verliehren würden, also sie allerseits in æquali conditione stehen, vt hoc priuilegium contra æque priuilegiatum allegari nequeat, auch wol ohnstreitig ist, daß das beneficium restitutionis in integrum ein wahres priuilegium sey, quippe quod conceditur certæ personæ vel certo ordini personarum. Endlich ad 6) 14
aus dem vorigen bereits erhellet, daß er zu dem gantzen stipendio nicht berechtiget gewesen, sondern nachdem er seine Helfte decret-mäßig genossen, er fürtzo gar kein ius agendi mehr habe; allenfalls wenn sein Vormund hiebey was versehen, er sein Heil gegen denselben versuchen kan. Aus welchem allen denn offenbar ist, daß supplicant ohne allen Grund suppliciret, und die grauamina unerheblich sind, er dahero die expensas retardati processus restituiren müsse.

So sind Wir geschehener Massen zu erken- 15
nen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPTEMBR. MDCCXL.

RESPON-

RESPONSVM CXIV.

THEMATA.

I. De iure hypothecæ tacitæ, piis causis in bonis administratorum competente. n. 1. sqq.

II. *De leuterationis desertione.* n. 17. sqq.

III. *De limitibus restitutionis in integrum.* n. 21. sqq.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. n. 1.
Ius hypothecæ tacitæ est singulare, quod expressam legis dispositionem supponit. n. 2.
Dantur variæ dubiæ species hypothecæ tacitæ. n. 3.
Num hypotheca tacita piarum causarum in bonis administratorum eo referenda sit? n. 4.
Cuius quæstionis rationes dubitandi allegantur. n. 5. 6. 7.
Ipsa tamen quæstio affirmatur. n. 8.
In dubio pro piis causis pronunciandum est. ibid.
Iure canonico administratores piorum corporum et tutores æquiparantur. n. 9. sqq.
quod ex legibus prouincialibus Saxonicis illustratur. n. 10.
Verbum: ex legibus, *sic accipiendum est, tam ex legum sententia quam ex verbis.* n. 12.
Obseruantia forensis optima legum interpres est. n. 13. 14. 15.
Decisio quæstionis I. n. 16.
Quæstio II. n. 17.
Quænam formalia beneficium leuterationis requirat? n. 18. 19.
Decisio quæstionis II. n. 20.
Quæstio III. n. 21.
Sæpius restitutionem in integrum petere non licet. n. 22.
Cessante læsione restitutio denegatur. n. 23.
Si adest remedium ordinarium, remedio extraordinario locus non est. n. 24.
Quoties ex noua causa restitutio in integrum petitur, hæc non est deneganda. n. 26. 27.
Minor etiam restituitur, si curatorem habeat, contra quem agere queat. n. 28. 29.
Decisio quæstionis III. n. 30.

Als derselbe uns nachstehende facti speciem nebst drey Fragen zugeschicket, und ꝛc.

Wird erstlich gefraget:

Quæstio I.

1 **Ob so wol nach gemeinen Rechten, als insbesondere nach den klaren Worten der G. Willkühr denen piis causis das ius hypothecæ tacitæ in bonis administratorum suorum zustehe oder nicht?**

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wol 1) die hypotheca tacita ein ius singulare ist, welches sine expressa legis dispositione nicht concipiret werden kan, adeo vt extensionem legis non admittat; und da
3 dieses principium nicht von einigen hiebey obseruiret worden, es geschehen ist, daß so viele spuriæ et dubiæ hypothecæ tacitæ auf die Bahn gebracht worden sind, quas collegit

Bœhm. Conf. Tom. III. P. I.

HARPRECHT *dupl. diff. de spur. et tacit. hypoth.*

Unter welchen unrichtigen hypothecis tacitis 4
auch diejenige gehöret, welche in bonis administratorum denen piis causis attribuiret zu werden pfleget, und von vielen angenommen ist, quos magno numero allegat

HARPRECHT *vol. nov. conf. 69. n. 110.*
IDEM *cit. dupl. diff. §. 3.*

Da doch 2) das Römische Recht dieser beson- 5
dern hypothecæ nicht gedencket, noch weniger das ius canonicum dessen Erwehnung thut, und aus dem *c. 3. X. de pign.* kein argument ad hypothecam tacitam herzunehmen, noch weniger solche *ex c. 1. de restit. in int. et clem. 2. de relig. domib.* zu inferiren ist, in welchen textibus zwar die pia corpora mit denen minoribus verglichen werden, exemplo iuris ciuilis,

Nov. 131. c. 15. l. 32. C. de episc. et cler.

und die administratores zur Berechnung angehalten sind: dennoch daraus nicht folgen will, daß man dieses ius singulare darauf per extensionem ziehen könne, dessen am gedachten Ort mit keinem Worte gedacht ist, und man also billig davon abstrahiren müsse. Welches

6 auch 3) der gerichts-Ordn. des Marggrafthums Ober-Lausitz *tit. 1. art. 24. cl. 1. §. 6.* gemäß zu seyn scheinet, nach welcher nur die salaria der Kirchen- und Schul-Diener, und was zu Unterhaltung Kirchen, Schulen und hospitalen, verordnet, und auf liegende Gründe mit consens der Obrigkeit verschrieben worden, vor andern Gläubigern den Vorzug haben, welches alle hypothecas tacitas hieben ausschliesset, weil sonsten dergleichen expressa hypotheca überflüssig gewesen. So dann 4) in der vom Käyser MAXIMILIANO II. in anno 1565. privilegirten und confirmirten erneuerten Willkühr *art. 35.* Kirchen-Schulden zwar vorgezogen werden, solches aber dahin verstanden werden möchte, wenn sie auf Güter hafteten, dahin die Worte:

Ob sie versessen waren

7 zu zielen scheinen, und mit Gerechtigkeiten, die Güter afficiren, æquipariret sind. Endlich was 5) in der Churfürstl. alten Proceß-Ordnung versehen, extra territorium auf andere Lande nicht zu ziehen seyn möchte, wie dann die verbesserte Proceß-Ordnung deswegen daselbsten nicht recipiret ist.

Rationes decidendi.

8 Dieweil aber dennoch ad 1) gedachter HARPRECHT *cit. l. §. 3.* die ietztgedachte hypothecam tacitam nur unter diejenigen rechnet, welche einigem Zweifel unterworfen, gleichwol von so vielen interpretibus bewähret, ja von ihm selbsten *cit. conf. 69. n. 116.* behauptet worden, in dubio aber billig pro piis corporibus gesprochen werden muß, zumal die dagegen gemachte dubia noch wol zu heben sind.

9 Angesehen ad 2) in Römischen Rechten zwar davon specifice nichts anzutreffen, iedennoch das Canonische hier am meisten in Erwegung zu ziehen ist, als welches die administratores piorum corporum und Vormünder schlechterdings æquipariret,

clem. 2. de relig. domibus ibi: ad instar tut. et curat.

10 so auch in der Policey-Ordnung *de an. 1548* und *1578.* wiederholet, und wenn gleich darin dieser hypothecæ tacitæ nicht besonders gedacht worden, doch genug ist, daß dergleichen administratores der Pabst ad instar tutorum et curatorum gehalten, und ihnen einerley iura beylegen wollen. Allermassen es unglaublich

11 ist, daß die Päbste denen piis sodalitiis das ius hypothecæ tacitæ denegiren sollen, da sie so sehr für deren conservation besorget gewesen, welche doch ohne dieser hypotheca tacita nicht erfolgen mögen. Vielmehr wohl zu glauben, daß nach dem gesetzten principio sie nicht geglaubet haben, daß die interpretes iemals daran zweifeln würden, bevorab da man wol weiß, daß der Römische Hof insgemein nach denen communibus sententiis interpretum sich gerichtet, und vormals diese hypotheca tacita von allen alten Doctoribus angenommen, und nicht einmal streitig gewesen, so daß wenn man den Römischen Hof darum befraget haben würde, derselbe ohnstreitig nach dem gesetzten principio affirmative diese Frage beantwortet haben würde, dabey dann bekant ist, quod verbum *ex legibus*, sic accipiendum sit, tam ex legum sententia quam ex verbis, 12

l. 6. §. 1. de V. signif.

und also was an den dürren Worten der Gesetze mangelt, ex legum ecclesiasticarum mente et pontificum generali intentione, quæ pro bonorum ecclesiasticorum conseruatione strenue militat, ersetzet werden muß. Dagegen dann ad 3) nichts hindert, was in der 13 Ober-Lausitz. Gerichts-Ordnung *tit. 1. art. 24. cl. 1. §. 6.* verordnet ist, als welche allein das Land, und die unter beyden Aemtern Budissen und Görlitz gelegene Güter und derselben Einwohner angehet, dahingegen die Sechs-Städte im Marggrafthum Ober-Lausitz sothane Amts- und Gerichts-Verordnung in ihren ihnen anvertraueten Städten niemals als einen legem angenommen haben, welches unter andern daraus zu erkennen, daß seint anno 1607 bis 1676. so vielmal pro hypotheca tacita, motis concursibus, erkant, und dadurch die obseruantia forensis, quæ optima legum interpres,

l. 38. D. de LL.

erhärtet worden, womit ad 4) die confirmirte 14 verneuerte Willkühr *art. 35.* übereinkommt, als woselbst mit klaren Worten stehet:

Es will ihm E. E. Rath seine und alles dieses, das zu einem gemeinen Gut gehöret, als die Kirchen, Wein-Keller, Salz-Cammer, Geschoß, unmündiger Kinder Geld und dergleichen Schuld und Gerechtigkeit, ob sie versessen wären, vor allen Schulden allwege vorbehalten und ausgezogen haben,

welche Worte Kirchen und publique Schulden einander æquipariren, dahero nothwendig ihnen hypothecam tacitam cum prælatione zuschreiben müssen, worinn eben die Gerechtigkeit derselben bestehet, und aus den Worten: ob sie versessen wären, nichts verfängliches zuziehen, sondern in denselben nur der Umstand, daß Güter vorhanden seyn müssen, auf welche solche versessen werden mögen, und welchen sie inhæriren, quod sine immobilibus hypotheca tacita cum effectu concipi nequeat, und wie es nun heisse, Willkühr bricht Land-Recht, also vornemlich darauf in decidendo reflectiret werden müssen, wie auch etlichemal in hac causa geschehen ist, beverab da ad 5) 15 die Churfürstl. Proceß-Ordnung *de anno 1622. cit. l.* dieses klar bestätiget, welche ohnedem in subsidium, wenn in dem gedachten Willkühr nicht etwas anders verordnet, daselbst observiret wird, an welcher reception aber der erläuterten Proceß-Ordnung es fehlet, und dahero eben die Ursache zu nehmen, warum man solcher in decidendo nicht folgen dürfe, welches

welches alles solche wichtige momenta sind, daß billig es bey dem in hac causa für das Hospital ergangenen Urthel sein Verbleiben haben müsse.

16 So ist so wol nach gemeinen Rechten als insbesondere nach der angeführten Willkühr das ius taciteæ hypothecæ in bonis administratorum gegründet.

Die andere Frage betreffend:

Quæstio II.

17 **Ob die S. Kinder ihre gegen das Ober-appellations-Gericht ausgefallene Urthel eingewandte Läuterung nicht offenbar** desert **werden lassen?**

Rationes dubitandi et decidendi.

18 Ob wol eingewandt werden möchte, daß doch gleichwol die S. Kinder von der sententia de anno 1732. Läuterung interponiret, und da sie inzwischen um tentirung der Güte angehalten, auch dazu terminus anberahmet, darneben in termino dieselbe bis auf die ratihabition erfolget, der terminus bis zu der erfolgten ratihabition offen geblieben, bevorab da sie ante declarationem super ratihabitione nicht wissen mögen, ob sie, ihre Läuterung zu prosequiren, nöthig erachten möchten.

19 Weil aber dennoch aus der facti specie ersichtlich, daß wegen der interponirten Läuterung weder um præfigirung eines termini ad prosecutionem und adcitation derer Vorsteher des Hospitals, noch auch nach der Zeit binnen Jahrs frist darum angehalten, und ob wol sie inzwischen um tentirung der Güte suppliciret, und solches den 17. Jun. anno 1733. erfolget, dennoch solches sub conditione ratihabitionis geschehen, und also sich gebühret hätte, daß sie bey Zeiten dieselbe binnen acht Tagen, wie sie versprochen, angeschaffet, oder eventualiter, wenn etwa des Hospitals ratihabition erfolgen solte, als welches res arbitrii gewesen, um ihre declaration wegen der ratihabition oder in dessen Verbleibung um præfigirung eines termini zu der prosecution der Läuterung angehalten hätten, welches doch nicht geschehen, sie binnen acht Tagen die ratihabition nicht angeschaffet, sondern die Sache bis den 29. Febr. 1736. und über drey und ein halb Jahr erliegen lassen, wogegen sich die S. Kinder mit dem getroffenen Vergleich nicht schützen mögen, weil solcher sub conditione ratihabitionis geschlossen ist, so aber nicht allein ungewiß gewesen, ja nicht einsten binnen denen præfigirten acht Tagen erfolget, und sie dahero allenfalls vigiliren müssen, sondern auch vor tentirung der Güte die desertion sich bereits geäussert, angesehen in der alten Churfürstl. Proceß-Ordnung *tit. 35. §. 3.* klar versehen, daß binnen sechs Wochen und drey Tagen um citation zur prosecution Ansuchung geschehen solle, welches die S. Kinder aber so wenig gethan, daß sie vielmehr in einer Zeit von neun Monathen allein um tentirung der Güte angehalten, wodurch sie aber denen Gesetzen kein Genügen gethan, sondern bey Zeiten, wenigstens, wenn sie ihre Läuterung salviren wollen, um sistirung des termini prosecutionis, bis daß die amicabilis compositio tentiret worden, anhalten sollen, so aber die S. Kinder hindan gesetzet, und dadurch das in anno 1732. eröffnete Urthel in rem iudicatam ergangen ist.

So erhellet hieraus so viel, daß die S. Kinder ihre gemeldte Läuterung desert werden lassen. 20

Endlich so viel die dritte und letzte Frage betrift:

Quæstio III.

Ob nicht pro restitutione in integrum 21 **genugsame Gründe vorhanden, daß zu hoffen stehe, Seine Königliche Majestät werden sich dahin bewegen lassen, daß selbe das** Hospital **entweder** in integrum restituiren, **oder wenigstens erlauben werden, mit den S. Kindern nochmals kürtzlich hierüber zu verfahren.**

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) diesem Gesuch entgegen stehen 22 möchte, quod sæpe restitutionem in integrum petere non liceat,

l. 1. C. si sæp. restit in integr. petit.

wir auch aus der facti specie wahrgenommen, daß das Hospital in seiner letzten deduction bereits zu diesem beneficio seine Zuflucht genommen, aber damit von Seiner Königlichen Majestät abgewiesen worden, so daß ihm nunmehr exceptio rei iudicatæ entgegen stehe. Hiernächst 23 2) das Hospital in effectu durch diese denegation nicht gefährdet wird, als welches seinen regress gegen des consulis, L. Abraham Friedrich N. Erben haben wird, nachdem ihr Erblasser für den Unterverwalter L. S. gut gesaget, und dahero dasselbe ausser Schaden bleibet, cessante vero læsione restitutio denegatur. Ausserdem 3) mit der restitution 24 sparsam zu verfahren, quia est remedium extraordinarium, cui non est locus, si adest remedium ordinarium.

l. 16. §. 1. de minor.

Bevorab da 4) die restitutio in integrum vor- 25 nemlich gegen den rescindirten Vergleich, so in anno 1733. getroffen, geschehen soll, welcher dem Hospital profitabel gewesen, die S. Kinder auf dessen ratihabition von Seiten des Ho-

ſpitals gedrungen, ſolche aber nicht erfolget, und denen curatoribus beyzumeſſen, daß ſie deſſen Erfüllung nicht befördert, ſondern ſelbſten davon abgegangen, und lieber einem ungewiſſen euentui litis die Sache überlaſſen, als ein Gewiſſes verfolgen und annehmen wollen, welches ſie ſelber reſponſabel dieſerwegen machen möchte.

Rationes decidendi.

26 Dieweil aber dennoch zwar ad 1) an dem iſt, daß das Hoſpital intra decendium principaliter die reſtitution in integrum als ein remedium ſuſpenſiuum gegen das letzte ergangene Urthel bereits geſuchet, aber damit abgewieſen worden, mithin dadurch das letzte Urthel in rem iudicatam ergangen, und feſt geſetzet iſt, daß das Hoſpital keine hypothecam tacitam habe, und in ſo weit alſo contra denegatam reſtitutionem keine reſtitution mehr ſtatt finden könne; gleichwol das Hoſpital dabey ſehr lædiret worden, daß es nicht bey dem in anno 1733. getroffenen Vergleich gelaſſen, ſondern die ratihabition deſſen a potentiſſimo denegiret worden, aus keiner andern Urſache, als weil daſſelbe damals als ein pium corpus læſum, ſo durch den Vergleich viel eingebüſ-set, conſideriret worden, und man fiducia iuſtitiæ cauſæ ipſius gehoffet, daß das ius hypothecæ tacitæ, optimis rationibus munitum, durch Urthel und Recht werde bewähret werden, und dann fürtzo die læſio des Hoſpitals vornemlich darin eben beſtehet, nachdem es wenigſtens durch den Vergleich 2000. Thlr. ſalviren können, ſo daſſelbe eben, reſciſſa tranſactione, verliehren würde, wogegen es doch billig reſtituiret werden muß, angeſehen ob zwar dieſes bereits eventualiter in der letzten deductions-Schrift mit geſuchet worden, dannoch ſolches remedium vornemlich gegen das letzte Urthel, worin das ius hypothecæ tacicæ dem Hoſpital aberkant iſt, geſuchet, und nur incidenter gegen dieſen Haupt-Punckt mit tractiret worden, darüber aber, wie wir nicht anders ſchlieſſen können, noch nicht principaliter verfahren, und ſolcher Punckt, der doch ſehr wichtig iſt, aus dem Grunde gehoben worden, quoties autem ex noua cauſa reſtitutio petitur, hæc non deneganda.

BRVNNEM. *ad tit. C. ſi ſæp. reſt. in int. n. 6.*

Dahero wenigſtens das Hoſpital zu hoffen hat, 27
daß wenn es principaliter die reſtitution wegen des reſcindirten Vergleichs ſuchen, und darüber ein Verfahren und rechtliche Erkäntniß ausbitten wird, alsdann ſolches ihm nicht werde abgeſchlagen werden, bevorab da, rebus ſic ſtantibus, die læſio euidens und erſichtlich iſt, daß der Vergleich dem Hoſpital ſehr heilſam geweſen, zu deſſen ratihabition es aber nicht gelangen mögen, worin eine neue læſion beſtehet, weil, wenn ſolche erfolget, das Hoſpital von ſeiner Forderung noch 2000. Thlr. gerettet haben würde, ſo aber auf ſolche Weiſe verlohren gegangen. Dabey auch ad 2) der Vorwand 28
wegen des regreſſus nicht anzuſehen, cum etiam minor reſtitui poſſit, ſi curatorem habeat, contra quem agere queat,

l. 3. C. ſi in integr. reſtit.
l. 2. et 3. C. ſi tut. vel curat. interv.

darneben man wol weiß, was für groſſen difficultäten derſelbe unterworfen, und dabey der exitus cauſæ annoch ungewiß ſey, vt prætter, ius Hoſpitalis intactum, ſeruare quam poſt vulneratam cauſam remedium quærere, ſo daß ad 3) die reſtitutio fürtzo dem Hoſpital 29
ſicherer iſt, nicht zu gedencken, daß das remedium ordinarium gegen andere Perſonen angeſtellet werden müſſe, als gegen welche itzo die reſtitution geſuchet werden ſoll, und wer ad 4) die Umſtände der denegirten ratihabition in Erwegung ziehet, gar leicht finden wird, daß es nicht an dem Hoſpital gelegen, dieſelbe anzuſchaffen, worauf doch in anno 1737. erkant, aber auf abgeſtatteten unterthänigſten Bericht ad potentiſſimum ſolche ratihabition facto ipſius principis für bedencklich gehalten worden, weil man damals ohne Zweifel gemeinet, daß ſolcher Vergleich dem Hoſpital mehr zum Schaden als Vortheil gereichete, deſſen Gegentheil ſich nunmehro findet.

So ſind Wir der rechtlichen Meinung, daß zwar die reſtitutio in integrum nicht gegen das letzte Urthel de anno 1739. wol aber gegen die abgeſchlagene ratihabition des getroffenen Vergleichs geſuchet werden könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPTEMBR. MDCCXXX.

II.

II.
ARGVMENTA
IVRIS PVBLICI.

RESPONSVM CXV.

THEMA.

Quo

Superioritatis territorialis quædam partes, etiam in ecclesiasticis, Comitibus a Hatzfeld in comitatibus et dynastiis Gleichen-Blanckenhayn et Nieder-Cranigfeld asseruntur.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio proponitur. n. 2.

Non datur in imperio territorium, in quo status imperii habeant illimitatam potestatem territorialem. n. 3.

Nomen et res der Fürstlichen Landes-Obrigkeit *solis moribus introducta et varie in diversis territoriis usurpata est.* n. 4.

Superioritas territorialis est totum potestativum, ideoque omnia comprehendit, quæ non pactis vel moribus restricta sunt, n. 5. 38.

et quorum probatio asserenti incumbit. n. 6.

Exercitium iuris sacrorum superioritati annexum est. n. 7.

Vox Gerechtsame *pro substrata materia intelligenda est.* n. 8. 39.

Possessores territoriorum subordinatorum in imperio varia iura exercent, principibus communia, non tamen ea, quæ inseparabiliter a superioritate territoriali dependent. n. 9.

Qui territorium subalternum possident, illi forum sortiuntur in causis realibus in curia domini, ad quem ius territorii sublime respicit, immo etiam in causis personalibus, nisi exemtio doceatur. n. 10.

Ad probationem superioritatis territorialis non sufficit possessio suffragii in Comitiis, nec qualitas feudi imperialis, nec iurium quorundam eximiorum exercitium. n. 11. 57.

Dantur, qui suffragium in comitiis habent, licet bona eorum sint mediata vel Landsassiaca. n. 12.

Sola relatio in matriculam ius status non probat, præsumtionem tamen operatur. n. 13.

A publicatione et usu leges vigorem accipiunt. n. 15.

Mediati status condunt statuta ex voluntate domini expressa vel tacita. n. 16.

Num exactio homagii annexum sit superioritatis territorialis? n. 14.
Affixio mandatorum quatenus superioritatem territorialem involuat? ibid.
Potestas dispensandi circa leges etiam ecclesiasticas extra ordinem statibus mediatis tribuitur. n. 17.
Post reformationem mediati status immo et civitates municipales ordinationes ecclesiasticas publicarunt, et in iis ius dispensandi sibi arrogarunt, n. 18.
quod tamen postea mutatum est. n. 19.
Num mediatis statibus competat ius concedendi prædicata et apices dignitatum? n. 22.
In causis attentatorum contra superioritatem territorialem principes iudicem non agnoscunt, sed propria auctoritate per mandata pœnalia procedere possunt, si quæstio inter principem et subditos est. n. 23. 58.
Confessio regina probationum dicitur. n. 24. 59.
Si de limitibus superioritatis territorialis quæstio est, ei incumbit probatio, qui territorium mediatum possidet. n. 25.
Num comitatus et Dynastiæ Gleichen, Blanckenhayn et Nieder-Cranichfeld sint territoria mediata vel immediata? n. 26.
Transactio de his tantum, de quibus inter partes placuit, interposita videtur, nec ultra placita extendenda est. n. 27.
Adeoque non cogitata in suo statu retinentur. n. 28.
Vox **Gerechtsame** *pro re nata etiam superioritatem territorialem denotat.* n. 29. 30.
Ex subsequenti observantia, tanquam legitima interpretatione, colligi potest, qualis fuerit mens et intentio transigentium. n. 31. 32. 33. seqq.
Actus superioritatis territorialis recensentur. n. 34.
Quando duo contendunt, se possedisse certo tempore, et quis in certi temporis possessione se fundat, specifice hanc qualitatem docere debet. n. 35.
Unde possessionis probatio generalis non sufficit. n. 36. 37.
Verba non sunt captanda, sed, qua mente quid dictum sit, attendendum. n. 40. 41.
Appellationes certum et indubitatum indicium superioritatis non semper præstant, sed ex aliis causis etiam competere possunt, n. 42.
quales allegantur. n. 43.
Qui libero et immediato territorio destituitur, ad votum et sessionem in comitiis imperii regulariter non admittitur. n. 44.
Ex iure voti et sessionis in comitiis orgens præsumtio pro territorio libero et immediato oritur, ita vt contrarium asserenti incumbat probatio. n. 45.
Vasallus sine consensu et præscitu domini non potest feudi statum et conditionem deteriorem reddere. n. 46.
Actus, ab illegitimato in graue præiudicium domini gestus est ipso iure nullus. n. 47.
Actus in effectum non deductus est imperfectus et sic pro actu possessorio allegari nequit. n. 48.
Vsus legum ab arbitrio iudicis non dependet, sed semel publicatæ a iudice in sententionando stricte sunt obseruandæ. n. 49.
Ius plenum consistorii et episcopale in quo consistat? n. 50.
Actus in dubio magis proprio quam alieno nomine gestus, præsumitur. n. 51.
Actus ab iniusto detentore gesti legitimo possessori non præiudicant. n. 52.
Restitutio in I. P. stabilita plenaria esse debet in eum statum in sacris et profanis, quo deiecti ante destitutionem gauisi sunt, aut iure gaudere potuerunt, n. 53.
non obstantibus sed annullatis quibuscunque interim in contrarium factis mutationibus. n. 54.
Exactio homagii a personis ecclesiasticis pertinet ad exercitium plenariæ iurisdictionis ecclesiasticæ, n. 55.
æque ac ius precum publicarum. n. 56.
Explicatur art. XVII. §. 8. capitul. Carol. VII. n. 58.
Possessio facti est, et probanda. n. 60.
Decisio. n. 61.

I Als die Herren uns einen Bericht nebst 3. vol. act. und einer Frage zugeschicket ꝛc. ꝛc.

Ist seint anno 1550. vor dem Käyserlichen und des Heil. Röm. Reichs Cammer-Gericht der Proceß zwischen denen Hochfürstlichen Häusern Sachsen-Weimar und Gotha Klägern an einem, und dem Reichs-fiscal Beklagten am andern Theil, in puncto exemtionis derer Herren Grafen von Hatzfeld-Gleichen und von wegen der Reichsfreyheit derer Grafen und Herrschaften Gleichen-Blanckenhayn und Nieder-Cranichfeld, welche dieselbe von dem hohen Ertzstift Maynz zu Lehn tragen, pendent gewesen, und bis zu dessen Erörterung durch den in Leipzig in 1665. getroffenen Vergleich und darauf in anno 1667. zu Erfurth errichteten executions-recess das exercitium derjenigen actuum superioritatis, welche das Hochfürstliche Haus Sachsen im Brauch gehabt, dem hohen Chur-Hause Sachsen ad interim aufgetragen, dahingegen aber auch dem Herrn Grafen von Hatzfeld-Gleichen bey der Gewähr seiner Gerechtsame, so weit dieselbe hergebracht, und sonst habenden Gräflichen Reichs-Stande geruhig zu lassen, unter Käyserlicher confirmation pacisciret und theuer versprochen worden. Hat nun das Hochfürstliche Haus Sachsen-Weimar aus dem vorgefassten principio, als stünde demselben das völlige ius territorii cum eius possessione vel quasi bey denen gedachten Graf- und Herrschafe-

schaften zu, seit einiger Zeit bey Ihro Königlichen Majestät in Pohlen und Churfürstl. Durchlaucht. in Sachsen, als hohen sequestre, verschiedene harte Befehle an den Herrn Grafen von Hatzfeld ausgebracht, worin demselben die Annehm- und Befolgung der Churfächsischen Landes-Gesetze und Mandaten aufgedrungen: die Fürbitten in der Kirchen als Landes-Herrn: die Befugniß Ober-Aufseher, Cammer-directores, consistorial-præsidenten, Kirchen-Räthe und dergleichen titulaturen zu geben, bey benanter Strafe untersaget. Hiernächst so gar dem Gräflichen superintendenten, Pfarr-Herren, Rectoren und Schuldienern dem Grafen von Hatzfeld-Gleichen, itzo gantz neuerlich und wie noch niemals geschehen, zu huldigen verbotten werden wollen. Worwider von Gräflicher Seiten gegründete Vorstellungen geschehen und klärlich dargethan, daß derer alten Herren Grafen zu Gleichen votum et sessio in comitiis imperii vermöge der Reichs-matricul Reichskündig und aus denen actis deutlich erhelle, daß denenselben tempore reformationis das ius territoriale et episcopale und also auch, was davon dependiret, als über die reine Lehr-geistliche synodos zu halten, Kirchen-visitationes und Gebete, Buß- Bet- und Fast-Tage anzustellen, Cantzler und Geheime-Räthe zu haben, eigene Gesetze zu geben, und was sonsten dergleichen Landesherrliche-Gerechtsame mehr betrift, zugestanden und ihnen dergleichen von denen Sächsischen Häusern nicht in Zweifel gezogen, vielmehr dieselbe zum Beytritt und Vollenziehung des concordien-Buchs durch ihre nahmentliche Unterschrift gezogen und ersuchet worden, und diese hohe iura des Gräflichen Hauses von Hatzfeld und Gleichen bis itzo exerciret, auch sich wegen der Huldigung der Geistlichen in continua et nunquam interrupta possessione vel quasi von undencklichen Zeiten her befindet, und dahero hiebey gefraget worden:

2 **Ob nicht also die von Ihro Königlichen Majestät in Pohlen, und Chur-Fürstlichen Durchlaucht in Sachsen, theils anbefohlene theils** inhibirte actus superioritatis territorialis **diejenige Gerechtsahme seyn, bey deren Gewähr der Herr Graf von Hatzfeld, vermöge der ihm** in regula **zustehenden Reichs-Freyheit, und deren zu Leipzig und Erfurt errichteten Verträge so lange, bis das Hochfürstliche Haus Sachsen, und zwar auf die in gedachtem** recess art. 18. **verglichene Art ein anders ausgeführet, oder dargethan, geruhig zu lassen, und allenfalls von Kayserlicher Majestät bis zum Austrag dieser Sachen zu schützen, mithin der Herr Graf von Hatzfeld oder dessen nachgesetzte Cantzley und** consistorium, **sothane** in actis **befindliche und widrige Verordnungen zu befolgen,** de iure **nicht schuldig, vielmehr aber und insonderheit auch die Hochgräfliche Herrschaft, die Huldigung von denen Geistlichen bey sich ergebenem Fall leisten zu lassen, berechtiget sey?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol 1) in dem Leipziger recess 3
art. 11. mit klaren Worten dieses versehen:

> Nichtweniger bleibet das Fürstliche Haus Sachsen in possessione vel quasi iuris territorialis cum omnibus commodis et emolumentis bey Gleichen-Blanckenhain und Kranigfeld,

und obgleich die clausul dabey gesetzet ist:

> So weit es bishero exerciret und im Brauch gehabt;

doch wenigstens dieses daraus geschlossen werden möchte, daß in regula die superioritas territorialis über die drey Graf- und Herrschaften dem Fürstlichen Hause zuerkannt sey, bevorab da kein territorium in Teutschland an- 4
zutreffen, in welchem die Stände des Reichs illimitatam potestatem territorialem auszuüben befugt wären, sondern solche theils durch Landes-reverfalien, theils durch langwieriges Herkommen und Gewohnheit restringiret und limitiret sey; cum nomen et res der Fürstlichen Landes-Obrigkeit solis moribus introducta et varie in diuersis territoriis usurpata sit.

WEHNER *obs. pract. voc.* **Fürstliche Landes-Obrigkeit.**

KLOCK *relat. 169. n. 54.*

Dieserwegen da 2) die superioritas territoria- 5
lis ein totum potestatiuum sey, alles und iedes Hoheits-Recht darunter angenommen, und auch hier verstanden werden müsse, was nicht durch pacta oder mores restringiret worden, dessen Beweis aber dem Herrn Grafen von Hatzfeld, nicht aber dem Fürstlichen Haus 6
Sachsen aufliegen möchte, als welches sich zu allen in regula befugt achten kan, was nicht per contrarium vsum verlohren gegangen oder aufgehoben worden, welches letztere in facto bestehet, und zu erweisen seyn will, für das erste aber die præsumtion militiret, cum qui totum potestatiuum habet, singulas quoque partes in dubio præsumatur habere, donec contrarium probatum fuerit. Bevorab da 7
zwar 3) der Herr Graf von Hatzfeld in gedachtem recess de anno 1665. bey der Gewähr seiner Gerechtsame, so weit dieselbe herbracht, gelassen

lassen ist, dennoch darunter keine actus superioritatis territorialis und absonderlich das exercitium iuris sacrorum, als welches der Landes-Hoheit bekanter Massen anklebet, verstanden zu seyn scheinen, sonsten man solches weit expressiver ausgedrücket haben würde, allermassen vor dem Vergleich de anno 1665. das Fürstliche Haus Sachsen behauptet, daß es im Besitz und Gebrauch der Landes-Hoheit über die quæstionirte Graf und Herrschaften sey, laut fol. 115. befindlicher Beylagen sub A. B. et C. also unter dem Worte: Gerechtsame keine Hoheits-iura verstanden werden mögen, sondern solche in gehörige subordination dem Herrn Grafen zugestanden seyn müssen. Darneben 4) viele territoria subordinata im Heiligen Römischen Reich anzutreffen, deren possessores die meisten iura, die sonsten die Landes-Herren allein zu exerciren befugt sind, ausüben können, ausgenommen was inseparabiliter zur Landes-Hoheit, als der recursus ad dominum territorii und dergleichen, zu ziehen ist, die also dieselbe sich nicht anmassen mögen.

GRIEBNER *de iur. subordin. territ. duplici dissert.*

HENNIGES *de superiorit. territor.* §. 47.

Welches 5) absonderlich in gegenwärtigem casu zu statuiren, da in dem gedachten recess die appellationes an das Fürstliche Haus Sachsen expresse benennt und fest gesetzet sind, ja auch dabey ausbedungen worden, daß wenn der Herr Graf von Hatzfeld in actionibus realibus und personalibus, da nicht ausserhalb Landes contrahiret worden, von jemand verklaget werden solte, solche Klagen, querelen und appellationes ad interim von Ihro Churfürstlichen Durchlaucht zu Sachsen, als hohen sequestre, angenommen werden solten, wodurch die Sächsische Landes-Hoheit agnosciret zu seyn scheinet; qui enim territorium subalternum possident, illi forum sortiuntur in causis realibus in curia domini, ad quem ius territorii sublime respicit, imo etiam in causis personalibus, nisi doceant exemtionem,

GRIEBNER *disp. altera. cit.* §. 1.

welche exemtion hier nicht einmal in personalibus streitig, sondern in gedachtem recessu expresse agnosciret ist. Allermassen 6) dazu, daß iemand die Landes-Hoheit behaupten wolle, die possessio suffragii in comitiis, oder qualitas feudi imperialis, aut iurium quorundam eximiorum exercitium, nicht zureichend zu achten,

R. I. ne anno 1548. §. 66.

GRIEBNER *cit. l.*

bey welcher Beschaffenheit die possessio suffragii in comitiis, die in gedachtem recess agnosciret ist, dem Herrn Grafen hiebey wenig zu statten kommen möchte, cum dentur, qui ius suffragii in comitiis imperii habent, licet bona eorum mediata et landsassiaca sint,

COCCEI *iur. publ. c. 19.* §. 2.

LIMN. *tom. V. addit. ad lib. 1. c. 7.* §. 99.

also es keine incompatibilität involviret, daß iemand ein Landsasse und zugleich ein Reichs-Stand seyn könne: Allermassen vor dem letzten Reichs-Abschied §. 197. nicht eben zu einem Reichs-Stande, daß er bona immediata in imperio besitze, erfordert worden, wie erst in gedachtem §. solches geschehen, qua de causa nec sola relatio in matriculam imperii sufficit, licet præsumtionem pro iure status faciat.

GAIL *lib. 1. obs. 21. n. 1.*

VICTOR *de exemt. imp. concl. 5.*

Woraus man denn ferner 7) folgern möchte, daß der Herr Graf die Gerechtsame, die er hergebracht, specificiren, und wie er solche anno 1665. hergebracht, darthun müsse. Insbesondere aber 8) dahin erstlich die Erbhuldigung zu referiren, als welche das Fürstliche Haus Sachsen um destomehr zu prætendiren befugt sey, als man von dessen Seiten sich auf eine von dem Weimarischen secretario in anno 1662. gefertigte regiſtratur, nach welcher der Gräfliche Gleich-Hatzfeldische inspector Geier, die Erbhuldigung vermittels gegebenen Handschlages geleistet, beruffen, und solches kurtz vor dem Leipziger recess geschehen, und die possess klar sey. Dem zu folge denn 9) dahin zum andern die Anschlagung derer von Sachsen-Weimar, und nachgehends von Chur-Sachsen, nach denen gedachten Graf- und Herrschaften abgesandten mandaten und patenten zu referiren, als welches sich auf die der Landes-Hoheit anklebende potestatem legislatoriam gründe. Wie dann in anno 1669. und 1670. auf requisition Sachsen-Weimar einige mandata dahin gesandt und solche anzuschlagen befohlen, und was dagegen berichtet, unerörtert und in Vergeß gestellet worden. Wiewol nachgehends, nachdem das exercitium superioritatis territorialis Chur-Sachsen aufgetragen, die Chur-Sächsische mandata daselbst zu affigiren für convenabler befunden ist, welche billig affigiret werden sollen, weil darin der character superioritatis nicht unbillig zu setzen. Anerwogen drittens die Herren Grafen zwar vormals Polizey-Gerichts und Landes-Ordnung gemachet haben mögen: Dennoch 10) noch nicht dargethan, daß solche zur Wirklichkeit und application gekommen, in denen Graf- und Herrschaften publiciret, darnach in denen Gerichten und bey Verschickung der acten gesprochen, und die advocati in denen Streit-Sachen darauf provociret haben, cum demum a publicatione et vsu leges vigorem accipiant. Und wenn auch alle diese actus geschehen seyn solten, dennoch daraus nicht so fort, daß sie solches proprio iure gethan, zu schliessen, cum etiam mediati statuta condant, ex voluntate domini expressa vel tacita.

BOEHMER *in iur. publ. vniu. P. spec. l. 2. c. 3.* §. 25.

Dieses auch viertens von der potestate dispensandi circa leges zu statuiren, welches bisweilen extra ordinem denen mediatis eingeräumet worden;

GRIEBNER *de iur. subord. terr. diss. post.* §. 4.

bevor-

bevorab in causis ecclesiasticis, da anfänglich nach der reformation, ehe die sacra recht reguliret worden, die mediati, auch so gar Land-Städte, Kirchen-Ordnungen gemachet, und darin dispensationes ertheilet, weil bey denen dabey vorkommenden Troublen es nicht wohl möglich gewesen, alles Regul-mässig einzurichten, vielmehr man mit allen zu frieden gewesen, was zur Beförderung der Evangelischen Wahrheit und der daraus fliessenden reformation
19 vorgenommen ist, ob wol nach der Zeit das Hochfürstliche Haus Sachsen gegen die geschehene dispensationes sich gesetzet, und denenselben contradiciret. Absonderlich aber diese gantze Sache ins völlige Licht gesetzet werden
20 will, wenn man 12) gegen die fünfte prætension wegen das exercitii iurisdictionis ecclesiasticæ, und insbesondere des iuris consistorii und Huldigung der Geistlichen den Begnadigungs-Brief Hertzog Wilhelm zu Sachsen, de anno 1657 hält, worin er die Grafen unter gewisser restriction und condition mit einen geistlichen Unter-Gerichte priuilegiret, und also nur in prima instantia consistorialiter zu cognosciren erlaubet, einige concurrenz bey denen Kirchen-visitationen denenselben eingeräumet, alles übrige aber, so zur Landes-Hoheit gehöret, sich vorbehalten, und demselben also verbleiben müssen. Dieserwegen 13) die sechste Beschwerde wegen des Kirchen-Gebets, worin die fol. 203. befindliche formul bisthero gebrauchet worden:

21 Unsern gnäden Herrn und lieben Landes-Herrn

nicht ungegründet seyn möchte, bevorab da bereits anno 1666 das Fürstliche Haus Sachsen sich darüber beschweret, und dieserwegen vom Chur-Fürsten zu Sachsen Johann Georgen, dem Andern, dem Grafen von Hatzfeld remonstration geschehen, und ob zwar auf den erfolgten Bericht keine resolution erfolget, dennoch daraus nichts præiudicirliches herzuleiten seyn will, weil solches vielleicht in Vergessenheit gestellet seyn kan, vielmehr genug ist, daß diesem actui damals contradiciret worden, woraus keine possessio quieta hergenommen werden
22 mag. Ferner 14) das siebende momentum wegen der angeblichen ungebührlichen prædicatorum eines Oberaufsehers, Præsidenten, Kirchen-Raths und Cammer-Directoris so in rescripto vom 10. Sept. 1737. fol. 155. dem Herrn Grafen pœnaliter verboten, daraus seine Entscheidung nehmen will, weil solche prædicata zu ertheilen, zur Landes-Hoheit gehöret, und darin die Landes-Fürstliche Bediente von der mediatorum Bedienten distinguiret werden, als welche nur respectu domini territorii ein iudicium inferius in prima instantia haben, dazu sich dergleichen prædicata keinesweges schicken, sondern eine viel höhere Gewalt ja Landes-Fürstliche Macht anzeigen, welcher dergleichen prædicata und apices dignitatum ihren Bedienten zu ertheilen allein zustehet. Und da-
23 hero 15) sowol dieses als alle übrigen actus bey

Straffe, wie geschehen, dem Herrn Grafen verboten werden mögen, zumal es das Ansehen gewinnen will, als wenn dasjenige, was bey denen Irrungen zwischen Chur-Maynz und dem Fürstlichen Haus Sachsen, im recess de anno 1665. art. 18. ratione modi procedendi bestimmet worden, auf den Herrn Grafen nicht zu ziehen sey, nachdem das exercitium superioritatis territorialis Sr. Königl. Maj. in Pohlen und Churfürstlichen Durchlaucht. in Sachsen aufgetragen, vermöge dessen Sie sich befugt zu seyn erachten, per mandata pœnalia in denen Sachen, worin ein Eingriff in die Hoheits-iura unternommen, zu verfahren, als in welchen die Landes-Herren propria auctoritate sich helfen können, und nicht schuldig sind, sich einer höhern iudicatur zu unterwerfen.

per art. 15. §. 8. capit. Carol. VII.

Bevorab da 16) des Graf Carls von Gleichen, 24
im anno 1592 gethane Erklärung fol. 116 b. sub lit. B. deutlich im Munde führet, als darin er gestanden, daß die Hertzoge zu Sachsen die Ober-iurisdiction und Fürstliche Bothmässigkeit auf dem Maynzischen Lehn exerciret, und sich derselben angemasset, und seine Vorfahren es also auf ihn gebracht hätten, dergleichen confessio regina probationum genannt wird. Und daher 17) eine starcke præsumtion für die 25
superiorität der Fürstlich-Sächsischen Häuser über die quæstionirten Graf- und Herrschaften entspringet, so daß sie das exercitium singulorum actuum superioritatis territorialis beyzubringen nicht nöthig haben möchten, weil sonsten, was ihnen in dem gedachten recess expresse accordiret, ihnen per indirectum inutil gemachet werden würde, adeoque potius onus probandi ei incumbit, qui mediatum territorium possidet.

GRIEBNER *diss. poster. de iure territorii subordin. §. vlt.*

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil alle und iede ra- 26
tiones dubitandi, so wir bey dieser Sache in denen actis angetroffen, hauptsächlich voraussetzen und irrig annehmen, daß die Graf- und Herrschaften Gleichen, Blanckenhayn und Nieder-Cranichfeld, ohnstreitig territoria mediata und subordinata zu achten, und dem Hochfürstlichen Haus Sachsen darüber die superioritas in complexu ad minimum quoad possessionem zustehe, und solches in recessu de anno 1665 zum Grunde gesetzet, auch dessen exercitium auf Chur-Sachsen in denen beyden recessen de anno 1665 und 1667 inzwischen aufgetragen sey, aus welchem Grunde alle neuerlich formirte prætensiones, und die Beymessung, als wenn der Herr Graf von Hatzfeld hin und wieder einen Eintrag in die Sächsische Landes-Fürstliche Hoheit gethan, hergeflossen, da doch hierin eben das πρωτον ψευδος bestehet, und noch sub iudice der noch unausgemachte Streit ist,

ob dem Hochfürstlichen Hause die superioritas territorialis in denen streitigen Graf- und Herrschaften quoad possessorium zustehe, oder nicht? vielmehr, wie Chur-Maynz, von welchem es iure feudi releviret, und der Herr Graf von Hatzfeld bishero behauptet, die Landes-Hoheit diesem darin de iure et quoad possessionem gebühre? und also vielmehr das Hochfürstliche Haus Sachsen dem Herrn Grafen in seiner Gerechtsame Eintrag thue; Wie sowol die Historie des an der Reichs-Cammer noch hängenden exemtions-Processus, als daß im anno 1665 und 1667 getroffenen Vergleichs zwischen Chur-Maynz und dem Hochfürstlichen Haus Sachsen anzeigen. Anerwogen 2) aus jenem wahrzunehmen, daß das Fürstliche Haus Sachsen zwar von alten Zeiten die gedachten Graf- und Herrschaften eximiren und alle Hoheits-iura darüber sich anmassen wollen; ja so gar im anno 1550 eine exemtions-Klage wider den Reichs-fiscal übergeben, und sich unter andern darauf bezogen, daß es in possessione vel quasi der hohen Landes-Obrigkeit über gedachte Graf- und Herrschaften gewesen, auch solches in casu negationis zu erweisen sich offeriret, gleichwol der Reichs-fiscal solches abgeleugnet, das Fürstliche Haus Sachsen aber solchen Beweis bis hero noch nicht vollführet. Inzwischen im anno 1531 die Grafen von Gleichen ausgestorben, die quæstionirten Graf- und Herrschaften an Chur-Maynz apert geworden, und von solchem dem Grafen von Hatzfeld im anno 1639 wieder conferiret, dieserwegen propter ius dominii directi dasselbe dabey sich iederzeit interessiret, und zu verhüten getrachtet, daß der status vasallorum facto alieno nicht mutiret werden möge. Zu dem Ende auch nach dem Westphälischen Frieden, da sich inzwischen occasione belli unter Sächsischem Schutz einige andere diese Graf- und Herrschaften occupiret, dahin beflissen gewesen, daß unter Käyserlicher auctorität endlich der nouiter inuestitus in die possess und völligen Genuß nebst allen anklebenden iuribus gesetzet worden, und also diese Chur-Maynzische Lehns-Herrschaften an ihren rechten Herrn dadurch wieder gelanget, der Herr Graf von Hatzfeld aber bereits in anno 1641, non obstante contradictione Saxonica, zu Stimm und Stand auf den Reichs-Tag admittiret und damit 1654. continuiret, ohngeachtet Sachsen noch immer seine superioritatem territorialem zu behaupten vergebens gesuchet, wie die Beylage sub A. de anno 1642. fol. 115. bezeuget, welchem aber auch noch auf dem gedachten Reichs-Tag von seiten des Herrn Grafen von Hatzfeld hefftig widersprochen. Und also daraus 3) klar ist, daß bis anno 1665, da der Leipziger Vergleich zwischen Chur-Maynz und denen Hochfürstlichen Sächsischen Häusern unter mediation von Chur-Sachsen getroffen, so wol Chur-Maynz als der Graf von Hatzfeld und Gleichen denen Fürstlich-Sächsischen Häusern die superiorität über die quæstionirten Graf- und Herrschaften sowol in possessorio, als bey der Reichs-Cammer in petitorio bestritten, und niemals auch selbsten nicht in dem Vergleich von dieser Meinung abgegangen. Inzwischen um alle Thätlichkeiten und Unruhe zu præcaviren, im gedachten Jahr provisionaliter den gemeldten Vergleich, iedoch salvo petitorio, getroffen, und solchen auf das bisherige exercitium und Gebrauch der Hoheits-iurium, und zwar von beyden Seiten, gegründet, zumal kein convenabler Mittel war, als bis zu Austrag der Sache, das vti possidetis ita possideatis, zu practiciren, und da alle beyde sich der possess der iurium territorialium beruhmet, einen ieden bey der possess, so weit er solche hergebracht und exerciret, inzwischen zu lassen, beschlossen worden. Bey welcher Beschaffenheit niemand 4) wird behaupten können, daß von Chur-Maynzischer Seite dem Fürstlichen Hause Sachsen das exercitium superioritatis territorialis in complexu seu in regula eingeräumet, und auf Chur-Sachsen als hohen sequestrem transferiret seyn könne; vielmehr durch diesen provisional-Vergleich einem ieden das exercitium iurium territorialium, so weit er solches ante dictum recessum im Gebrauch gehabt, und nicht weiter, nur bestätiget, und bis zu Austrag der Sachen in petitorio dabey gelassen ist; transactio enim de his tantum, de quibus inter partes placuit, interposita videtur, præsertim cum transactiones sint stricti iuris, nec vltra placita extendendæ, 27

l. 30. C. transact. l. 27. §. 4. de pact.

l. 9. §. 1. de transact.

quocirca de quibus transactione non est cogitatum, ea in suo statu retinentur; 28

l. 5. D. de transact.

Sonsten daraus 5) das absurdum flissen würde, daß Chur-Maynz, und der Herr Graf von Hatzfeld sich ohne alle dringende Noth ihres Vortheils in possessorio, worauf alles gegründet, begeben, und dem Fürstl. Haus Sachsen mehr eingeräumet haben würde, als es nur verlanget, welches iedoch nichts weiter verlanget, als das exercitium superioritatis territorialis zu behalten, so weit es solches im Gebrauch gehabt. Anerwogen 6) in dem recessu de anno 1665. art. 11. mit klaren Worten stehet: 29

> Nicht weniger bleibet das Fürstliche Haus Sachsen in possessione vel quasi iuris territorialis cum omnibus commodis et emolumentis bey Gleichen-Blanckenhain und Cranichfeld, so weit es solches bisher *exerciret* und im Gebrauch gehabt, bis zu Austrage der Haupt-Sache:

nicht weniger wegen Hatzfeld folgender Gestalt verglichen worden:

> Ingleichem wird auch der Graf von Hatzfeld bey der Gewähr seiner Gerechtsame, so weit dieselbe herbracht, und sonsten habenden Gräflichen Reichs-Stande ruhig gelassen ꝛc.

Da

Da denn niemand zweifeln wird, daß unter dem Wort Gerechtsame dessen bishero im Gebrauch gehabte iura territorialia, keinesweges aber iura territorii subordinati verstanden werden können, zumal diese das Fürstliche Haus Sachsen denen Herren Grafen von Gleichen vltro beständig eingeräumet, und darüber kein Streit gewesen, da hingegen die Grafen von Gleichen die Landes-Hoheit in denen Churmaynzischen Lehn- Graf- und Herrschaften von alten Zeiten exerciret, besessen und behauptet, deswegen auch das Fürstliche Haus Sachsen den exemtions-proceß in anno 1550. angestellet, dergestallt, daß tempore transactionis noch hierüber allein der Streit gewesen, und also die Gewähr der Gerechtsame des Herrn Grafen von Hatzfeld nichts anders nach der gesunden Vernunft, als eben die Hoheits-iura seyn können, so weit dieselbe herbracht, oder welches aus dem vorhergehenden zu erklären, so weit solche der Herr Graf von Hatzfeld bishero exerciret und im Gebrauch gehabt, welche Redens-Art bey dem Hochfürstlichen Haus-Sachsen stehet, und auch bey dem Herrn Grafen von Hatzfeld das Herbringen oder vsus, observantia et possessio in gleichem Verstand angenommen werden muß, welches ganz deutlich die verba finalia dicti recess. art. II. anzeigen und darthun, daß keinem Theile durch diesen Vergleich die *possess weiter*, als ein ieder Theil würcklich und beständig hergebracht, gegeben und zugestanden worden. Wie denn 7) ganz glaubwürdig und wahrscheinlich, daß man bey diesen Vergleichen sich nach dem Fuß des offenbarlichen Friedensschlusses richten, und vsum, observantiam et possessionem ante certum annum zum Grunde legen wollen, welches eben die formula:

bey der Gewähr seiner Gerechtsame

anzeiget und darthut, daß er bey der Gewähr das ist, bey der possessione, vsu et observantia seiner Gerechtsahme, welche bishero ihm bestritten, dennoch er den Gebrauch und possess davon gehabt, zu lassen sey, zumal das Wort Gewähr hier eben dasselbe bey dem Fürstlichen Hause Sachsen das *exercitium*, und die Gerechtsame hier eben dasjenige andeutet, was vorher *superioritas territorialis*, als dessen Gebrauch, exercitium und possess das obiectum transactionis gewesen, genant ist, so daß es wider den Sinn der transigentium und den Grundsatz in petitorio auszumachenden Streitigkeit seyn würde, wenn man das Wort Gerechtsame bey dem Herrn Grafen Hatzfeld von anderer Rechte observanz und Gebrauch nehmen, ja auf iura subordinati territorii ziehen wolte, daran doch nicht gedacht sondern vielmehr völlig abgeleugnet, und dem Fürstlichen Hause weder in possessorio noch petitorio die superioritas territorialis in com-
31 plexu eingeräumet worden. Welche 8) die Grafen von Gleichen, exceptis paucis, bishero in denen bemeldten Graf- und Herrschaften exerciret, ja nach dem Leipziger Vergleich der Herr Graf von Hatzfeld bis anno 1711. ruhig exerciret hat, ita vt ex subsequente obseruantia, tanquam legitima interpretatione colligi queat, qualis fuerit mens et intentio transigentium, quippe quæ omnium optima probatio est,

HARPRECHT *vol. nov. resp. p. 302. n. 69. et p. 210. n. 551 sqq. p. 211. n. 559.*

welche observanz mit mehrem unten auszuführen seyn wird. 32 In solcher Absicht ist auch 9) ferner wegen der Haupt-Streitigkeit diese præcaution in dem gedachten recess de anno 1665. genommen, und expresse, zu Behuf beyderseits Verwahrung, folgendes abgeredet worden:

Die Haupt-controvers an sich selbsten aber wird mit Vorbehalt beyderseits rechtlichen Nothdurft vor dem hochlöblichen Cammer-Gericht zu Speyer ausgeübet, iedoch daß der Proceß zum schleunigsten befördert, alle Thätlichkeiten, attentata beyderseits gegeneinander gänzlich vermieden, auch für keinen Theile, als ob durch diesen Vergleich die *possess weiter* als ein jedes Theil solche würcklich und beständig hergebracht, gegeben und zugestanden worden, künftig bey Erörterung oberwehnten Haupt-Streits oder sonsten angezogen werden.

Woraus denn abermal unleugbar ist, daß a) diese Verwahrung zu beyderseits streitenden Partheyen Sicherheit angehenget: b) der Vergleich bloß die possess derer iurium territorialium qua talium, von beyden Seiten und nicht allein von dem Hochfürstlichen Hause concernire: c) einen ieden Theil durch diesen Vergleich die possess weiter nicht, als ein iedes Theil, und also auch der Herr Graf Hatzfeld, solche würcklich und beständig hergebracht, gegeben und zugestanden worden: d) keinesweges also dem Fürstlichen Hause Sachsen das superioritatis territorialis exercitium in complexu eingeräumet worden sey, noch zugestanden werden können, weil der Herr Graf Hatzfeld gar keine Landes-Hoheit diesem zugestanden und nur dasjenige damals bewilliget, was etwa durch einen beständigen Gebrauch bishero hergebracht, welche Verwahrung für den Herrn Grafen von Hatzfeld um desto nöthiger gewesen, damit das Hochfürstliche Haus Sachsen durch den ansselbige in specie ausbedungenen recursum und bewilligte actionirung des Herrn Grafen keine consequenz in denen übrigen Landes-Hoheits-iuribus oder auch in der Haupt-Sache ziehen und daraus folgern möchte, als wenn der Herr Graf dadurch dem Hochfürstlichen Hause Sachsen omnimodam iurisdictionem tum annexis einräumen wollen, so daß diese protestatio vornemlich dem Herrn Grafen zum Besten beygefüget, und dessen Landes-Hoheit, so weit er solche im Gebrauch gehabt oder hergebracht, vorbehalten möchte, wie auch ferner 10) dadurch geschehen ist, daß um 33 alle Thätlichkeiten von beyden Seiten zu præ-

caviren, Seine Churfürstliche Durchlauchtigkeit zu Sachsen das exercitium actuum superioritatis nicht absolute sondern folgender Gestalt aufgetragen worden:

Daß a) wenn der Graf von Hatzfeld künftig, es sey in actionibus realibus oder personalibus, da nicht ausserhalb Landes contrahiret worden, von iemand verklaget, oder von seinen ertheilten Bescheiden und Urtheln appelliret würde, oder auch b) sonsten einiger anderer *actus territorialis*, welchen bishero das Haus Sachsen *exerciret*, zu verrichten vorfället, solche querelen, Klagen, appellationen, und andere itzerwehnte *actus* der *superiorität* von Ihro Churfürstl. Durchl. zu Sachsen angenommen, darüber cognosciret, exequiret und gebührender massen verrichtet werde ꝛc.

Wobey denn auch c) wegen der Reichs-Steuer und Cammergerichts-Ziehler das nöthige ad interim versehen, daraus aber gantz deutlich abzunehmen ist, daß Chur-Sachsen nicht das superioritatis territorialis exercitium in complexu et omnibus eius speciebus, sondern nur eines theils in certis determinatis actibus, in dessen Gebrauch das Hochfürstliche Haus Sachsen bishero gewesen seyn mag: andern Theils nur in einem andern *actu territoriali*, welchen dasselbe bishero *exerciret*, aufgetragen sey, welchen zu bestimmen man damals nicht vermocht, sonsten solches, wenn dessen exercitium in possessorio bekant gewesen, ohne Zweifel ebenfals, wie bey der actionirung des Herrn Grafen und bey denen unternommenen appellationen geschehen ist, determiniret gewesen seyn würde, welches aber nicht geschehen können, weil das Hochfürstliche Haus Sachsen keinen Gebrauch von andern actibus iuris territorialis absonderlich sacri mehr ge-
34 habt, so gar, daß 11) wie anno 1666. und also noch vor dem Erfurtischen executions-recess, das Fürstliche Haus Sachsen-Weimar wegen des angeordneten Kirchen-examinis und dessen Verhinderung, ingleichem wegen der Kirchen-Rechnung und angeordneten Kirchen-Gebets für den Herrn Grafen, als Landes-Herrn bey Chur-Sachsen sich beschweret, und deswegen von ihm Bericht gefordert, solcher auch noch eodem anno in octobris abgestattet, und darin dargethan, daß die vorigen Grafen von Gleichen die iura ecclesiastica et sacra bishero exerciret und hergebracht, Kirchen-visitationes angestellet, ein eigen consistorium gehabt, Buß-Beth- und Fast-Tage angeordnet, und in sacris alles angeordnet, dennoch diesem ohngeachtet nichts weiter zu Erfurt in dem in anno 1667. errichteten executions-recreß dagegen verhenget, sondern alles lediglich bey dem Leipziger recess de anno 1665. gelassen und darinnen unter denen gesetzten Schrancken nur lediglich in art. 11. folgendes wiederholet worden:

Bey Gleichen-Blanckenhayn und Nieder-Cranichfeld bleibt das Fürstliche Haus Sachsen in possessione vel quasi iuris territorialis cum omnibus commodis et emolumentis, so weit es solche bishero *exerciret*, und im Gebrauch gehabt, ingleichem wird auch der Graf von Hatzfeld bey der Gewähr seiner Gerechtsame, so weit dieselbe hergebracht, und sonsten habenden Reichs-Stande ruhig gelassen. Es ist aber ihre Chur-Fürstliche Durchlauchtigkeit zu Sachsen Inhalts Leipziger recess gebührend ersuchet, das exercitium superioritatis territorialis bis zu Austrag der Haupt-Sache auf Masse und Weise in itztgemeltem recess enthalten, zu führen ꝛc.

Da doch, wenn das Hochfürstliche Haus Sachsen einigen Grund und Beweis für sich anführen können, daß es bishero das exercitium superioritatis sacræ daselbsten gehabt, die beste Gelegenheit damals gewesen, solches, bey bereits darüber erregten Beschwerden, specialius zu bestimmen, und in dem Erfurter recess zu erklären, welches aber nicht geschehen, vielmehr man lediglich bey denen gesetzten Schrancken des exercitii superioritatis territorialis, von beyden Seiten es gelassen, ja Chur-Sachsen bey dem in anno 1666. abgestatteten Bericht es bewenden lassen, und der Herr Graf von Hatzfeld bis in dieses seculum in geruhiger Besitzung der iurium episcopalium verblieben, so daß die hohen pacisc entes, als Chur-Maynz und das Fürstliche Haus Sachsen wohl begriffen, daß es hiebey nicht auf geschehene Ansprüche und Beschwerde, sonderlich lediglich auf das bisherige exercitium actuum territorialium von beyden Seiten, und zwar vor anno 1665. ankommen. Und dahero 12) wenn 35
ausser denen bestimmten actibus superioritatis territorialis noch einiger *actus territorialis*, wie in art. 11. recess de anno 1665. stehet, vom Fürstlichen Hause Sachsen zu diesem exercitio gezogen werden solte, solches nothwendig zuvor beweisen müsse, daß es solchen actum vor dem gedachten Jahr exerciret und in dessen würcklicher und beständiger possess gewesen sey, weil allhier certi temporis possessio erfordert wird, quando autem duo contendunt, se possedisse certo tempore, et quis in certi temporis possessione se fundat, specifice hanc qualitatem docere debet;

POST. *de manuten. obs. 73. n. 25.*
ANTON. *de temp. legali lib. 1. c. 12. n. 1.*
BOEHMER *tom. 1. P. 1. cons. 7. n. 39.*

Dazu aber 13) das gesetzte principium, daß 36
dem Fürstlichen Hause Sachsen die superioritas territorialis in complexu verliehen und eingeräumet, gantz unzureichend ist, als welches irrig und wider den gemeldeten Vergleich ist, und selbsten dadurch resuriret wird, daß dem Churfürstlichen Hause Sachsen nur determinatiue und specifice das exercitium gewisser

wisser Hoheits-iurium aufgetragen und dabey nur lediglich diese formul:

Oder auch sonsten einiger anderer actus territorialis, welchen bishero das Fürstliche Haus Sachsen exerciret ꝛc.

hinzu gefüget ist, welches nur einigen actum particularem, dessen wirckliches und beständiges exercitium aber zuvor beyzubringen, ausser denen determinatiue specificirten actibus anzeiget; keinesweges aber einen complexum iurium omnium territorialium in sacris et profanis designiret, sonsten man gantz andere Ausdrücke hiebey gebrauchet haben müste, quando enim certi temporis possessio requiritur, ea specifice est probanda, nec generalis sufficit, quod non careat obscuritate.

POST. *cit. decis.* 157. *n.* 4.
BOEHMER *cit. l. n.* 41.

37 Bevorab da 1) hier ein wirckliches und beständiges *exercitium* erfordert wird, also keine blosse prætension, Widerspruch und attentata, welche etwa nach Absterben derer Grafen von Gleichen bey eingedrungenen possessoribus unter damals noch fortwährendem Kriege und bis auf das tempus restitutionis vorgenommen seyn mögen, zu solchem Beweis per art. III. des Osnabrückischen Frieden-Schlusses nicht genug sind, sondern hierzu ein weit mehres, wenn eine beständige possess heraus gebracht werden soll, erfordert wird. Welches alles 1) noch klärer werden wird, wenn die rationes dubitandi, wie leicht geschehen kan, aus dem
38 Wege geräumet werden, anerwogen ad 1) nach denen bishero gesetzten richtigen Gründen es offenbar irrig ist, daß dem Fürstlichen Hause Sachsen in regula die superioritas eingeräumet, und die beygefügte limitation, so weit solche im Brauch gewesen, nichts mehr anzeige, als was bey der Landes-Hoheit eines ieden Reichs-Standes verstanden werden müste: zumal ein grosser Unterscheid zwischen einer ohnstreitigen Landes-Hoheit, die einem Landes-Herrn in seinem Lande zukommt, und derjenigen, so bestritten wird, sub litis pendentia stehet, und dabey man bloß provisionaliter unter denen streitenden Partheyen die possess dieser Hoheits-iurium einem jeden von beyden streitenden Partheyen, so weit ein jeder solche in Brauch und Uebung gehabt, zuerkant und verwilliget, daß ein jeder bey dem hergebrachten exercitio superioritatis territorialis bleiben solle. Da im ersten Fall man gerne zugiebet, daß dem Landes-Herrn in regula die superioritas bey allen vorkommenden Fällen zustehe, bis dargethan werde, daß solche in casibus certis limitiret und restringiret sey. Da hergegen in dem andern Fall, welcher hier vorkommt, derjenige, welchem bloß das exercitium superioritatis territorialis, so weit er solches im Brauch und Uebung gehabt, per transactionem eingeräumet, der Gegenpart aber auch bey der Gewähr seiner in lite verfirenden Gerechtsame, welches hier wiederum die superioritas territorialis ist, so weit er solche hergebracht, inzwischen gelassen ist, solches nicht appliciret werden mag, nachdem annoch in petitorio auszumachen ist, wem unter beyden dieselbe in complexu et regula zustehe, und nur inzwischen einem ieden, was er davon besessen, zugestanden ist, in welchem Fall weder jener noch dieser in regula das exercitium der Landes-Hoheit sich anmassen kan, sondern alles lediglich auf den bisherigen Gebrauch von beyden Seiten ankommt, ja dieses um destoweniger von dem Fürstlichen Hause Sachsen alleriret werden kan, da nur anfänglich das exercitium quorundam actuum determinatiue dem Chur-Hause Sachsen aufgetragen und ausser diesem, wenn noch sonsten einiger anderer *actus territorialis*, welchen bishero das Haus Sachsen *exerciret*, zu verrichten vorfallen solte, auch denselben mit committiret worden, welches niemand dahin deuten wird, daß lite pedente, in regula die völlige superiorität einem von denen streitenden Partheyen eingeräumet sey, welches so wenig zu vermuthen, daß vielmehr das Gegentheil auf das allerbündigste daraus geschlossen werden kan, daß in regula solche ihm nicht zugestanden, da ihn nur in soweit die possess davon zugestanden, als er den Gebrauch davon gehabt, zumal der andern Parthey eben so viel davon ratione possessionis eingeräumet ist: allenfalls die regula nicht ad possessorium sondern ad petitorium gehöret, bey welchem das Fürstliche Haus Sachsen nach seiner gethanen offerte ausführen muß, daß in regula demselben die Landes-Hoheit über die quæstionirten Graf- und Herrschaften zustehen; welches auch ad 2)
39 zu sagen, so ebenfalls auf den irrigem Grund, als wenn das Hochfürstliche Haus Sachsen in regula ohnstreitig die Landes-Hoheit oder dessen exercitium habe, und ihm zugestanden sey, beruhet, welches principium doch allein bey denen Landes-Herren anzunehmen, denen ohnstreitig die Landes-Hoheit zustehet, als welche von dem toto potestatiuo reden können, woran, nach Beschaffenheit dieser Sache, alhier nicht zu gedencken ist. Ad 3) aber bereits dargethan ist,
40 daß weil referens ex suo relato zu erklären ist, unter der Gewähr derer Gerechtsame, so weit der Herr Graf dieselbe hergebracht, eben diejenige Gerechtsame verstanden werden müssen, welche er gegen das Fürstliche Haus Sachsen, sowol gerichtlich als ausser gerichtlich behauptet, und die alten Grafen von Gleichen exerciret, welches ohnstreitig die iura superioritatis sind, deren Gewähr, so weit solche hergebracht, dem Herrn Grafen von Hatzfeld auf gleiche Weise versprochen ist, iederman auch gleich begreifen wird, daß das generale Wort Gerechtsame, wenn von denen actibus litigiosæ superioritatis territorialis und deren exercitio die Rede, keine iura priuata oder andere ohnstreitige iura als subordinati territorii, sondern eben die streitigen iura territorii verstanden werden, als worauf sich die Gewähr derer Gerechtsame beziehet, und also eine un-

richtige critique seyn würde, wenn aus dieser generalen Benennung man etwas widriges schliessen wolte, cum verba non sint captanda, sed qua mente quid dictum sit, attendendum:

l. 29. D. ad exhib.

zumal auch dieses selbsten wieder das Hochfürstliche Haus Sachsen ist, daß es vor anno 1665. laut documentorum sub A. B. C. die Landes-Hoheit über Gleichen-Blanckenhayn und Nider-Cranichfeld den Herrn Grafen bestritten, dieser aber solche jenem nie eingeräumet, sondern sich als Landes-Herrn in gedachten Graf- und Herrschaften aufgeführet, und in dessen possess zu seyn behauptet, also durch den Vergleich nichts weiter, als was ein jeder von der streitigen Landes-Hoheit im Brauch gehabt, einem jeden provisionaliter so lange zugestanden werden mögen, bis die Sache in petitorio decidiret. Dannenhero ad 4) was von denen iuribus territorii subordinati, so einem andern Landes-Herrn unterworfen und also mediat ist, hiebey angeführet wird, hieher um desto weniger zu ziehen ist, als der Herr Graf beständig vor und nach dem Vergleich geleugnet, daß seine quæstionirte Graf- und Herrschaften mediat- und landsäßig zu achten, ja der gantze undecidirte exemtions-proceß de anno 1550. darüber pendens ist, ob dieselbe als mediata territoria anzusehen, mithin der Vergleich, der bloß die possessionem vtriusque litigantis provisionaliter zum Grunde des Friedens gesetzet, ohnmöglich in dem angegebenen Verstande, als wenn von Seiten des Herrn Grafen inzwischen in die Landsäßigkeit bis zum Austrag der Sache gewilliget worden wäre, angenommen werden kan, da doch das vti possidetis, ita possideatis, bloß hiebey zum Grunde geleget, und zu dem Ende auch versehen worden, daß der Herr Graf bey dem Gräflichen Reichs-Stand, in dessen possess er ohnstreitig damals war, ruhig gelassen werden solle; eben wie auch ad 5) bey dem Hochfürstlichen Hause Sachsen dieses specifice beliebet, daß, weil aus der confusion mit andern ohnstreitigen landsäßigen Gütern geschehen seyn mag, daß der Herr Graf ohne Unterschied der Güter und Herrschaften von dem Fürstlichen Hause Sachsen, entweder actioniret oder von dessen Bescheiden und Urtheln appelliret gewesen seyn mag, und man aus Irthum die territoria nicht distinguiret, und dahero Sachsen in so weit einige possess vor sich gehabt haben mag, dasselbe dabey gelassen, und solche querelen, Klagen und appellationes inzwischen von Ihro Churfürstlichen Durchl. zu Sachsen angenommen, oder wenn auch noch einiger anderer *actus territorialis* von dem Hochfürstlichen Hause Sachsen bishero exerciret wäre, von Seiner Churfürstlichen Durchlauchtigkeit exerciret werden solte, wodurch aber die völlige Landsäßigkeit nicht feste gesetzet noch durch die Benennung einiger anderer *actus territorialis*, so noch ausser jenen sich finden und erweislich lassen machen möchte, die iura territorialia in complexu oder regula anzeigen können, als welches a particulari possessione ad vniuersalem geschlossen seyn würde, welches bekanter massen nicht angehet, und ob wol in subordinatis territoriis die appellationes auch ad alium dominum territorii geschehen und daraus die Landsäßigkeit geschlossen wird, dennoch solches bey denen territoriis, über deren statum gestritten, die possessio voti et sessionis in comitiis aber unstreitig ist, nicht angehet, vielmehr daselbsten, wenn nach dem statu præsentis possessionis von beyden Seiten transigiret worden, es heisset: transactione nihil plus datum, quam quantum vtrinque possessum, welches beyde recesse gar klar anzeigen, neque enim appellationes certum et indubitatum indicium superioritatis semper præstant, sed ex aliis causis etiam competere possunt,

GRIEBNER *diss. poster. de iur. subord. territ. §. 9. ibique in not. d.*

dergleichen causæ hier nicht ermangeln, in Betracht man tempore transactionis, um Ruhe und Friede willen, auf den bloßen Gebrauch, wie viel ein ieder unter beyden streitigen Partheyen von denen actibus iuris territorialis besessen, gesehen, und dabey ein ieder unter ihnen stricte gelassen ist, ohne so wenig dem Herrn Grafen der Landsäßigkeit zu unterwerfen, welches mit der versprochenen Gewähr seiner Gerechtsame, so er hergebracht, nicht bestehen können: als dem Hochfürstlichen Hause Sachsen die iura superioritatis in regula einzuräumen, welches abermal mit denen determinative specificirten wenigen actibus nicht bestehen mag. Ferner ad 6) dasjenige, was regulare ist ab irregulari et extraordinario unterschieden werden muß, und in dubio billig dafür zu halten, daß iemand respectu derer Lande, weswegen er votum et sessionem in comitiis ab antiquo gehabt, und noch hat, einem andern Reichs-Stande nicht Landsäßig seyn könne, welches das Hochfürstliche Haus Sachsen in seinem anno 1555 angestelleten executions-proceß nicht allein selbsten angenommen, und deswegen noch gegen die admission des Herrn Grafen von Hatzfeld auf den Reichs-Tag de anno 1641 und 1654 heftig, wiewol irrito conatu, protestiret, sondern auch vor anno 1654 bereits in legibus imperii fest gesetzet, und ad regulam referiret ist, daß niemand, qui libero et immediato territorio destituitur, ad votum et sessionem in comitiis imperii gelassen werden solte,

R. I. de anno 1548. §. 66.

so *in R. I. de anno 1654. §. 197.* nur wiederholet und strictius eingeschärfet, also wenigstens solches in regula richtig, das Gegentheil aber irregulair und in dubio nicht præsumirlich, hergegen für denjenigen die stärckeste præsumtion ist, daß er ratione solcher Lande, weswegen er das ius voti et sessionis exerciret, nicht Landsäßig sey, zumal sonsten das Hochfürstliche Haus Sachsen das ius voti et sessionis

sionis dem Herrn Grafen nicht so heftig gestritten haben würde, wenn es, ohne regard auf dieses Recht zu haben, die Landsässigkeit der Chur-Mayntzischen Graf- und Herrschaften behaupten können, daß dahero, wenn par tout iemand Landsässig, und dabey doch votum et sessionem in comitiis haben solle, solches als extraordinarium und irregulair anzusehen, und mehr ad exceptionem als regulam zu referiren, wenigstens aus dem Gegensatz alle præsumtion
45 gegen die Landsässigkeit, und dieses ad 7) daraus vielmehr zu schliessen ist, daß der Herr Graf die Gerechtsame, die er hergebracht und bey deren Gewähr er gelassen ist, nicht specificiren und erweisen müsse, da die stärckeste præsumtion, daß seine Graf- und Herrschaften, Gleichen, Blanckenhayn und Cranichfeld libera et immediata territoria sind, ex iure voti et sessionis in comitiis für ihn militiret, welche præsumtion ex eo, quod regulare et ordinarium est, herfliesset, und so lange wahr bleibet, donec contrarium probatum fuerit, also dem Fürstlichen Hause Sachsen vielmehr zu beweisen obliget, daß, ausser denen determinatiue in transactione specificirten actibus, demselben noch einiger anderer *actus superioritatis territorialis*, wie die eigentlichen Worte des Vergleichs lauten, zustehe. Uebrigens
46 weil man ad 8) ad specialia gegangen, und fürs erste die Erbhuldigung von Seiten des Herrn Grafen verlanget, dabey zuvörderst zum voraus zusetzen ist, daß keine andere possess, als die würcklich und beständig von seiten des Fürstlichen Hauses Sachsen hergebracht, nach dem recessu de anno 1665. art. 11. in s. hier statt finde, gleichwol aus dem, was fol. 44. bey der conferentz zu Dreßden dieserwegen angeführet, zuersehen, daß noch im anno 1643. die Erbhuldigung von Gobst von Mandelslohe, als Pfand-Inhabern der Herrschaft Blanckenhayn, beständig verwegert, und vorher auch niemals zu stande gebracht sey, welches auch nicht wol geschehen mögen, weil man die Landsässigkeit, dessen vornehmster effectus die Erb-Huldigung ist, dem Fürstlichen Hause Sachsen beständig negiret, auch ohne præiuditz des anhängigen exemtions-processus so wenig solche præstiren, als ohne Vorwissen und consens des Chur-Mayntzischen Lehns-Hofes in deren Abstattung consentiren können, quod vasallus sine domini consensu et præscitu non possit feudi statum et conditionem deteriorem reddere.

ROSENTHAL *de feud. c. IX. concl. 26. n. 15. sqq.*

47 Bey so bewandten Umständen also leicht zu erachten, was von der von dem Waimarischen secretario Francken in anno 1662. verfertiget seyn sollenden registratur, nach welcher der gräflich Hatzfeldische inspector Geier die Erb-Huldigung vermittels gegebenen Handschlages geleistet haben soll, zu halten sey, zumal wenn dieser so neuerliche actus, so kurtze Zeit ante recessum de anno 1665. geschehen seyn soll, richtig, legal und für beständig zu achten gewesen, das Fürstliche Haus Sachsen nicht ermangelt haben würde, der Erb-Huldigung eben so wol, als der provocationen gedacht ist, in specie zu gedencken, als welche Ausdrückung ihren geführten Absichten hauptsächlich gemäß gewesen; dennoch man sich nicht getrauet haben muß, mit diesem actu, dessen mit keinem Worte gedacht ist, bey dem Vergleich auszukommen, zumal wenn solcher auch in rei veritate richtig, dennoch daraus keine würckliche und beständige *possess*, die Erb-Huldigung von dem Herrn Grafen von Hatzfeld einzunehmen, zu behaupten ist, da eines theils dieser actus vnicus und neuerlich tempore recessus gewesen, nachgehends niemals wieder geleistet, vielmehr die Herren Grafen nach denen beygehenden Cantzley-Acten die Erb-Huldigung in denen quæstionirten Graf- und Herrschaften von ihren Unterthanen, Geist- und Weltlichen, als Landes-Herren selbsten eingenommen und sich huldigen lassen: andern theils, ob der inspector Geier legitimiret gewesen, noch nicht erhellet, bekant aber ist, daß ein actus ab illegitimato in grave præiudicium domini gestus sit ipso iure nullus, zumal auch in dem producirten Schreiben de anno 1662. von keiner Erb-Huldigung gedacht, auch aller Vermuthung zuwider ist, daß Graf Hermann darzu ordre ertheilet, und sich ipso facto landsäßig gemachet haben werde. Nicht weniger ad 9) bey dem andern po- 48
stulato, daß die von Chur-Sachsen in die quæstionirte Graf- und Herrschaften abgeschickte mandata und edicta angeschlagen werden sollen, ein neuer actus territorialis vorkommt, so das Hochfürstliche Haus Sachsen bis 1710. nicht exerciret und im Brauch gehabt, solchen aber post recessum de anno 1665. nicht unterlassen haben würde, wenn Sachsen davon einen actum in effectum deductum anzeigen und beybringen können. Zumal es dabey nicht darauf ankommt, daß denen Grafen von Gleichen solches mag zugemuthet seyn, wie es nunmehr post recessum nach 50 Jahren dem Grafen von Hatzfeld angemuthet werden wollen; sondern ob solcher Anmuthung iemals Folge geleistet, solche patenta publiciret, angeschlagen, und dadurch potestas legislatoria aliena agnosciret worden, welches erweislich gemachet werden muß; sonsten aber bekannt ist, quod actus in effectum non deductus sit imperfectus et sic pro actu possessorio allegari nequeat. Um
desweniger aber zu præsumiren ist, da ad 10) 49
bey dem dritten postulato ohnstreitig ist, daß die Grafen von Gleichen, als Landes-Herren, selbsten potestatem legislatorium exerciret, Kirchen- Landes- und Policey-Ordnungen publiciret, und davon fol. 180. b. ein notabler extract der Kirchen- und Policey-Ordnung de anno 1586. ad acta gebracht, nicht weniger solches die publicirte Landes- und Policey-Ordnung de anno 1573, 1580, 1643, und 1680. klar bezeugen, und dabey ein leerer Behelf ist, daß nicht erwiesen, daß die advocati

cati in ihren Schriften darauf provociret und darnach gesprochen sey, als welches unnöthig bestritten, und dabey irrig voraus gesetzet wird, als wenn der vsus legum von der Willkühr der advocaten dependire, so niemand zugeben wird, vielmehr bekant ist, daß wenn die advocati solches negligiren solten, der Richter, hoc non obstante, nach ihren Eyd und Pflichten, nach denen publicirten Gesetzen zu sprechen, schuldig und gehalten sind

pr. I. de offic. iudic.

Wenigstens mit nichts dargethan ist, daß diese Policey- und Landes-Ordnunge, worauf die Richter im Lande doch verpflichtet worden, unnütze cadaura sine anima gewesen, oder daß die Grafen von Gleichen nicht propria auctoritate solche Landes-Ordnungen, sondern ex concessa potestate publiciret, dergleichen concession vom Hochfürstlichen Hause Sachsen nicht erwiesen ist, vielmehr die Reichs-Grafen als Landes-Herren, die Stimm und Stand auf dem Reichs-Tag gehabt, solche publiciret, und sich in regard des Fürstlichen Hauses Sachsen für landsäßig nicht gehalten, wie der exemtions-proceß mit mehrem darthut, auch so wol der intoitus als die clausula finalis der Kirchen- und Policey-Ordnung de anno 1586. darleget, daß die vorigen Grafen von Gleichen propria auctoritate als Landes-Herren die publication und zwar bey harter Strafe gethan.

50 Und so viel ad 11) das vierte streitig gemachte ius dispensandi in ecclesiasticis et politicis betrift, anfänglich voraus zu setzen ist, daß die vormaligen Grafen von Gleichen das plenum ius consistorii und ius episcopale in denen quæstionirten Graf- und Herrschaften exerciret, Kirchen-Ordnung, nach der vorhin angeführten Kirchen- und Policey-Ordnung de anno 1586. publiciret, Kirchen-visitationes nach denen fol. 190. befindlichen Beylagen, von Alters her exerciret, ihre Geistliche zu Abfassung und subscription des concordien-Buchs abgeschicket, und alle andere actus iurisdictionis ecclesiasticæ ausgeübet, mithin das dispensations-Recht mit eben demselbigen Fug exerciren können, gestalt denn die Beylage de a. 1617. fol. 172. sub. n. 1. offenbar darleget, daß die Grafen von Gleichen, mit dem Grafen von Hohenloh, als Pfand-Inhaber der Herrschaft Crainichfeld, wegen *exercirung* der geistlichen *iurisdiction* und Bischöflichen Rechte sich verglichen, und als unverneinlich voraus gesetzet, daß dieselbe von Alters her die Pfarrherren ordiniren, confirmiren, von ihrem superintendenten introduciren, die geistliche inspection ausüben, visitationes verrichten, und das Kirchen-Gebet für sich und keinen andern verrichten lassen. Wie denn, ausser denen verglichenen Puncten, die Grafen von Gleichen in dicto recessu das völlige *ius episcopale*, wie auch *patronatus* und alle geistliche *iurisdiction* sich reserviret, und daraus unleugbar zu Tage geleget wird, daß dieselbe noch damals in dem exercitio iurisdictionis ecclesiasticæ gewesen, und solches nach diesem nicht verändert sey. Dabey denn die objection: quod res inter alios gesta nemini præiudicet, nicht zu attendiren, zumal davon hier nicht die Rede ist, sondern nur dieses behauptet wird, daß damals wenigstens die Grafen von Gleichen den Gebrauch und possession von dem iure episcopali gehabt, mithin eadem potestate das ius dispensandi exerciren können, und auch würcklich und beständig exerciret haben, wie die beyden fol. 179 b. sq. befindliche documenta de anno 1586. und 1627. darlegen, und die Grafen von Gleichen wol niemals an sich haben kommen lassen werden, daß sie iure precario vel ex concessione serenissimæ domus Saxonicæ solches exerciret, als davon nec vola nec vestigium anzutreffen, auch nicht möglich ist, da sie das völlige ius episcopale exerciret. Anbey ausserdem bekant ist, quod actus in dubio magis nomine proprio quam alieno gestus præsumatur. Endlich hiebey nicht zu untersuchen ist, qua occasione dieses exercitium iurisdictionis episcopalis acquiriret sey, als welches ad petitorium gehöret, sondern ob es würcklich und beständig exerciret worden, welches so unleugbar ist, daß nichts beständiges dagegen aufgebracht werden mögen. 51

Dagegen ad 12) der nunmehr zum Vorschein gebrachte Sächsische Begnadigungs-Brief de anno 1657, so dem Grafen von Mörßburg, als damaligen defensori der Chur-Maynzischen Lehn-Herrschaft Blanckenhayn, ertheilet worden, in keine Achtung zu ziehen ist, zumal derselbe Graf, als iniustus possessor, dem rechtmässigen Chur-Maynzischen Vasallo, dem Grafen von Hatzfeld, der erst kurtz darnach nach Maaßgebung des instrumenti pacis art. III. restituiret, nicht præiudiciren können; wiewol doch dieser detentor selbsten den Sächsischen attentatis sich mit Ernst widersetzet, und keine actus episcopalis iuris von Sächsischer Seiten zugelassen, bis er endlich wahrgenommen, daß nachdem Chur-Maynz auf die plenariam restitutionem gedrungen, und ihm Hoffnung gemachet worden, daß er unter Sächsischem Schutz und protection sich bey seiner defension länger manteniren können würde, er sich gefallen lassen müssen, diesen Begnadigungs-Brief anzunehmen, welcher aber, facta plenaria restitutione, so wenig einge Würckung haben können, daß das Fürstliche Haus Sachsen sich deswegen nicht getrauet, bey dem errichteten Vergleich darauf zu provociren, auch um desto weniger darauf provociren mögen, weil durch diesen sogenannten Begnadigungs-Brief eine gäntzliche metamorphosis der bishero von denen Grafen von Gleichen exercirten und behaupteten Landes-Hoheit hat introduciret werden wollen, welches aber denen legitime restituendis nicht schaden mögen, als welche *per art. III. I. P.* plenarie in eum statum in sacris et profanis, quo ante destitutionem gauisi sunt, aut iure gaudere potuerunt, restituiret werden müssen; welches auf Chur-Maynz mit allem Recht zu 52 53 54

zu appliciren, auf welchen im anno 1631 die Lehn-Graf- und Herrschaft bey Abgang der Grafen von Gleichen gefallen, dieses aber im anno 1639 zwar den Grafen von Hatzfeld damit belehnet, aber wegen der noch anhaltenden Kriges-Troublen zur possession nicht verhelfen können, und solches sich bis nach dem Friedenschluß und noch viele Jahr darnach verzogen, so daß alle indessen geschehene innovationes und mutationes von keinen Kräften seyn können, wie die clausula *art. III. I. P. in f.* non obstantibus sed annullatis quibuscunque interim in contrarium factis mutationibus, offenbar darleget, so daß dieses palladium nicht von
55 dem allergeringsten Gewichte, sondern dagegen das exercitium iurium episcopalium et plenariæ iurisdictionis ecclesiasticæ in tuto ist, dahin auch billig die Huldigung der Geistlichen gehöret, welche vormals die Grafen von Gleichen eingenommen, also in dessen Gebrauch gewesen, das Fürstliche Haus Sachsen aber keinen actum constantem ante dictum recess-
56 sum anführen mögen. So dann ad 13) das sechste postulatum wegen des Kirchen-Gebetes aus dem vorher bestätigten und von alters her exercirten iure episcopali seine unstreitige Folge hat, solches für die Grafen von Gleichen, als Landes-Herren, im unverrückten Gebrauch gewesen und beständig es dabey geblieben, ohngeachtet das Fürstliche Haus Sachsen im anno 1666 und also kurtz nach dem Leipziger recess, bey Chur-Sachsen als hohen sequestre sich darüber beschweret, zumal nachdem vom Churfürsten Johan Georg dem andern deswegen Bericht gefordert, und solcher dahin vom Grafen abgestattet, daß die vorigen Grafen von Gleichen im beständigen Gebrauch dieses Kirchen-Gebets gewesen, worauf es nach dem gedachten recess eintzig und allein angekommen, es auch damals dabey gelassen, und so gar in dem Erffurther executions-recess de an. 1667 so wenig dieserwegen als anderer actuum iurisdictionis ecclesiasticæ etwas geändert, oder
57 dem entgegen angeführet ist. Wiederum ad 14) das siebende gravamen wegen der denen Gräflichen Bedienten beygelegten titulatur um desto weniger Grund hat, als die vorigen Grafen von Gleichen dieses Recht ebenfalls exerciret, Geheimte Räthe, Cantzler, Cammer-directores, consistorial-præsidenten, Hof-Räthe, Cantzley-Räthe, Ober-Amtleute und dergleichen gehabt, und diese prædicata nach ihrem Gefallen ertheilet, wovon die exempla fol. 21. adducta klare Zeugniß geben, also auch der Graf von Hatzfeld in der Gewähr dieser Gerechtsame um destomehr zu lassen, als nichts ungebührliches und ungewöhnliches dabey vorgegangen, zumal der Herr Graf von Hatzfeld, von einem mediat-Grafen sehr zu distinguiren, und dessen Gerechtsame nicht nach denen iuribus subordinati
58 territorii abzumessen sind. Was aber ad 15) den bey diesen streitigen Puncten concernirenden modum procedendi betrift, zuförderst zu bemercken ist, daß derjenige, so in *capitul. Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.* CAROLI VII. *art. 17. §. 8.* vorgeschrieben, und die Selbsthülfe und manutenentz bey der Landes-Hoheit gegen die Unterthanen betrift, hier keine application finden könne, nachdem hier der casus capitulationis nicht vorhanden, und Chur-Sachsen nicht mit seinen Unterthanen, sondern mit dem Herrn Grafen zu Hatzfeld zu thun hat, der ein Reichsstand und in possessione derer meisten Hoheits-iurium bestätiget, also kein Unterthan ist. Dahero auch in art. 11. Recessus de an. 1665 alle Thätlichkeiten, attentaten, beyderseits gegen einander aufgehoben, und also die Selbsthülfe verboten, vielmehr *in art. 18.* vorgeschrieben ist, wie künftig allen Irrungen vorgebauet, und bey entstandenen Streitigkeiten an Chur-Maynz- und Fürstlich-Sächsischen Seiten, nicht allein wegen der Stadt Erffurt samt dessen Gebieth und was davon dependiret, sondern auch von dieser Gegend Landen herrühret, so die Chur-Maynzischen Lehn-Grafen und Herrschaften sind, via iuris, entweder per viam compromissi, oder bey dem Käyserlichen Cammer-Gerichte verfahren werden solle, so daß hier per mandata pœnalia um desto weniger verfahren werden kan, als solche dem Herrn Grafen von Hatzfeld nicht allein, sondern Chur-Maynz mit betreffen, so sich auch durch gebührende Vorstellungen des Herrn Grafen angenommen, und dabey *ius proprium* contra quæruis postulata behauptet. Uebrigens ad 16) zugleich daraus wahrzuneh- 59
men, was von der fol. 116. b. sub lit. B. angeführten Confession des Graf Carls von Gleichen de anno 1592 zu halten sey, welche, wenn sie gleich richtig seyn solte, zwar in processu camerali anzuführen und daselbst zu untersuchen seyn möchte, hieher aber gar nicht gehöret, da nicht super petitorio verfahren wird, sondern bloß nach dem *Rec. de anno 1665. procediret*, und dessen wahrer Verstand, aus denen præcedentibus actibus possessoriis superioritatis territorialis von beyden Seiten herzuleiten ist, wie man dann bey dem Vergleich darauf sich keineswegs, sondern bloß auf das: vti possidetis, ita possideatis, gegründet, zumal man in actis dieses Geständniß als irrig, falsch und simuliret ohnedem angegeben, und Chur-Maynz um desto weniger præiudiciren mag, als dasselbe dabey besonders und iure proprio interessiret, und die observantia noch anno 1592 das Gegentheil und dieses bezeuget, daß die Grafen von Gleichen sich quouis modo bey der Landes-Hoheit in sacris et profanis maintenirt, welches nicht geschehen mögen, wenn diese confession ihre Richtigkeit in allen Stücken haben solte, wiewohl es auf dieselbe ohnedem hier nicht ankommt. Endlich ad 17) die dahero 60
geleitete stärcke præsumtion pro iure superioritatis territorialis, domui Saxonicæ competentis, theils ungegründet, theils hier unzureichend ist, den wahren Verstand des Recessus de anno 1665 nach gegenseitigen principiis einzurichten, welcher den Fürstlich-Sächsischen Häusern nichts mehr von der superioritate

einräumet, als dieselbe im Brauch gehabt, dem Herrn Grafen aber auch das exercitium seiner Hoheits-iurium, darin er bishero gewesen, gelassen, und dabey das bekante principium in causa adhuc litigiosa observiret wissen wollen: quod vni iustum circa possessionem, alteri quoque iustum circa exercitium suorum iurium territorialium esse debet, wodurch dem Fürstlichen Hause Sachsen dasjenige, was ihm im gedachten recess accordiret worden, nicht inutil gemachet, sondern nur verhütet wird, daß es nicht weiter greife, als ihm accordiret worden. Dahero wenn ausser denen bestimmten und specificirten Hoheits-iuribus sonsten noch einiger anderer *actus territorialis*, welchen bishero das Haus Sachsen *exerciret*, aufzufinden seyn solte, das Hochfürstliche Haus Sachsen dabey zu schützen, iedoch zuförderst solcher zu erweisen seyn würde, weil sonsten man nicht behaupten können wird, daß diesen actum territorialem solches ebenfalls hergebracht, cum possessio facti sit et sic probatione indigeat. Endlich man zwar dieses nicht leugnen kan, daß das voraus gesetzte principium, daß das superioritatis territorialis exercitium, so in complexu et regula in dem gedachten recessu accordiret sey, inutil gemachet werde, man aber dabey auch sich erinnert, daß Se. Königl. Maj. in Pohlen und Churfürstliche Durchlauchtigkeit in Sachsen viel zu gerecht dazu sind, als daß Höchst Dieselbe nach diesem principio, so man nach Beschaffenheit der höchstdringenden Umstände der Sachen aus dem Wege räumen müssen, den wahren Verstand des Recessus de anno 1665 abzumessen und zu beurtheilen sich weiter gefallen lassen solten.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß 61
die von Ihro Königl. Majestät in Pohlen und Churfürstlichen Durchlauchtigkeit zu Sachsen, theils anbefohlne, theils inhibirte actus superioritatis territorialis, eben diejenige Gerechtsame seyn, bey deren Gewähr der Herr Graf von Hatzfeld, vermöge der ihm in regula zustehenden Reichs-Freyheit und derer zu Leipzig und Erffurt errichteten Verträgen, so lange, bis das Hoch-Fürstliche Haus Sachsen und zwar auf die im gedachten recess in art. 18. verglichene Art, ein anders ausgeführet oder dargethan, geruhig zu lassen, und allenfalls von Käyserlicher Majestät bis zu Austrag dieser Sache zu schützen, mithin der Herr Graf von Hatzfeld, oder dessen nachgesetzte Cantzley und consistorium sothane in actis befindliche Befehle und wiedrige Verordnungen zu befolgen, de iure nicht schuldig, vielmehr aber, insonderheit die Hochgräfliche Herrschaft, die Huldigung von denen Geistlichen, bey sich ergebenden Fall, mit leisten zu lassen berechtiget sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPTEMBR. MDCCXLIV.

RESPONSVM CXVI.

THEMATA.

I. De iurisdictione possessorum subordinati territorii.

II. De potestate legislatoria, ceu effectu superioritatis territorialis.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio I. de iurisdictione possessorum subordinati territorii. n. 2.

Comites mediati quandoque in territoriis subalternis regalia, saluo iure territoriali sublimi, exercent. n. 3.

Omnis iurisdictio territorii subalterni possessoribus in suos subditos competit, salua tamen prouocatione ad dominum, qui sublimi iure territorii gaudet, n. 4. 14.

Vt tamen instantia intermedia vel ius de non appellando ad certam summam, restrictum itis concedi soleat. ibid. et n. 5.

In omnibus negotiis vocabula ita sunt explicanda, vt effectum habeant. n. 6.

In dubio autem interpretatio contra eum facienda, qui clarius loqui debuisset. n. 7. 15.

Immediati imperii ratione certorum bonorum vel respectu præfecturarum aliis statibus subiecti esse possunt. n. 8. 9.

Interpretatio in negotiis contra illum facienda est, qui extraordinarium modum procedendi prætendit. n. 10.

In territoriis subordinatis instantia intermedia locum non habet, nisi expressa concessione domini territorii. n. 11.

Ius singulare extensionem non admittit. n. 12.

Facultas recipiendi appellationes vel ex superioritate territoriali, vel conuentione, vel diuturna consuetudine legitimari potest. n. 14.

Decisio quæstionis I. n. 16.

Quæ-

Quæstio II. n. 17.
In diiudicandis controuersiis leges cuiusuis prouinciæ sunt attendendæ. n. 18.
Legislatoria potestas effectus superioritatis territorialis est, et eius necessarium consequens. n. 19.
Leges obligant omnibus in locis domino territorii subiectis. n. 20. 21.
A simplici citatione contra ius decreta appellare licet. n. 22. 27.
Impossibilitas, in quamquis semet ipsum conjecit, non excusat. n. 23.
Decisio quæstionis II. n. 24.
Quæstio III. n. 25.
Quæstio præiudicialis ante principalem decidenda est. n. 26.
Appellatio ligat iudicis inferioris manus, vt absque attentato in causa vlterius procedere non possit. n. 28.
Si sententia primæ instantiæ reformatur, vlterior causæ discussio ad iudicem superiorem pertinet. n. 29.
Decisio quæstionis. III. n. 30.

Als die Herren uns eine facti speciem nebst 4. vol. act. und drey Fragen zugeschicket ꝛc.

1 Hat das Fürstliche Haus A. B. dem Gräflichen Haus St. das vorhin in Wiederkauf gestandene, und im A. ohnstreitigen territorio gelegene Amt B. zur Helfte wieder cediret, und darüber unter dem 7. Nov. 1708. einen gewissen förmlichen recess errichtet, darinnen sich auch expressis verbis die Landes-Hoheit und darunter die appellation tam in ecclesiasticis quum politicis, wenn die Summa 50 Thlr. anbetreffe, ingleichem in puncto denegatæ iustitiæ selbsteigne cognition, ferner affixionem et publicationem edictorum, nicht minder loco iuris collectandi in recognitionem superioritatis territorialis die præstation dreyer jähriger quarten vorbehalten, anbey aber ermeltem Gräflichen Hause St. so lange der Fürstliche A. B. Manns-Stamm dauren würde, denen nexum feudalitium remittiret; dem ohngeachtet aber bereits vor einigen Jahren her, sonderlich wegen schuldiger affixion der disseitigen Fürstlichen A. theils selbsten emanirten, theils ingrossirten Käyserlichen patenten mit dem Gräflichen Hause St. und dem itzigen Besitzer der Helfte des Amts B. dem Herrn Grafen zu St. R. sich öfters differentien entsponnen, und von demselben die affixion zu verrichten unter allerhand erfundenem prætext disputiret und refutiret worden, bey welcher Gelegenheit noch andere quæstiones in puncto appellationis, und daß der Beamte zu B. nach denen prouincial-Gesetzen auch Fürstlicher A. Landes- und Proceß-Ordnung alle Wege zu verfahren schuldig sey, aufs tapis kommen. Ist unter andern auch dieses geschehen, daß man nicht allein den anno 1708 getroffenen Vergleich sinistre interpretiret, sondern auch gedoppelte fora appellationum, anfänglich vom Amte B. an die Gräfliche in der Chur-Sächsischen Hoheit gelegene Cantzley zu R. woselbst nach dem Chur-Sächsischen Proceß und Landes-Gesetzen verfahren werden muß, und dann von dieser Gräflichen Cantzley, oder wol gar cum remissione actorum an das Amt B. von da an die dasige Fürstliche Landes-Regierung statuiret, und den passum denegatæ iustitiæ gäntzlich übergangen, gestalten dann nach denen volum. sub signo ℥ in causa appellationis des Müllers I. A. K. aus B. in Gräflich St. B. Helfte gelegen, contra den A. M. F. zum S. in puncto respect. verkaufter Mühle, auch dießfalls nicht bezahlten Kaufschillings und geschehenen voreiligen exmission sich hervor gethan, und zugetragen, daß die Gräfliche Cantzley zu R. alles protestirens und appellirens ohngeachtet, diese Klage immediate vor sich gezogen, des Amts B. erste instanz zu invertiren, und alle wege nach dem Chur-Sächsischen Proceß und Stylo verfahren zu lassen und selbst zu procediren, ja diesen modum mit einem vermeintlich zustehenden regali der appellation zu vermischen, sich unterstanden, auch durchaus nicht gewillet sey, den von hier ergangenen monitoriis zu Einsendung der Acten, ingleichen denen abgelassenen pœnal-inhibitionen und compulsorialibus Gehör und statt zu geben, folglich dem Müller K. zugleich die iustiz zu denegiren, und dem dasigen regierenden Fürstlichen Hause, und demselben allein et priuatiue competirenden Landes-Fürstl. Ober-Bothmäßigkeit via facti Eintrag zu thun, mithin das davon relevirende Recht der andern instanz und appellation directe et per indirectum gäntzlich abzuschneiden, und an sich zu ziehen, und dann dabey gefraget wird:

Quæstio I.

Ob nicht dem dasigen Hoch-Fürstlichen Hause A. B. über die dem Gräflichen Hause St. recedirte Helfte des Amts B. nach dem recess vom 7. Novemb. 1708 die appellationes tam in causis ecclesiasticis quam politicis, wenn die Summa 50. Thlr. betrift, und in puncto denegatæ iustitiæ, wenn keine monitoria und pœnal-inhibitiones verfangen wolten, die Sache zu selbst eigener cognition allein und privative, mit gäntzlicher Ausschliessung der Gräflichen Cantzley zu K. competire und zukomme? 2

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) in dem gedachten recess de anno 1708. in vol. sub ⊙. f. 37. mit klaren Worten 3

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

ten das Hoch-Fürstliche Haus A. B. ratione superioritatis territorialis sich dahin declariret, daß sie für die Herren Grafen von St. als uralte Grafen und Stände des Reichs einige consideration zu haben geneigt wären, welches denn dahin ohnzweifel zu verstehen, daß die Herren Grafen in dem Amte B. mit anderen Landsassen in keine Gleichheit gesetzet, sondern eminentiori iure von ihnen distinguiret werden solten, wohin denn 2) gezogen werden möchte, daß der Herr Graf von St. R., der die Helfte von gedachtem Amte hat, die daselbst in prima instantia vor gedachtes Amt gezogene Sachen zu seiner eigenen Cantzley zu R. ziehen, und die erste appellation dahin verstatten könne, zumal 3) dergleichen Cantzley in seinem Lande zu haben, dem Herrn Grafen nicht verwehret ist, vielmehr praxis imperii darthut, daß auch wol mediati comites ein territorium subalternum haben, und darin die wichtigsten regalia, sallvo iure territoriali sublimi, exerciren, welches absonderlich solchen alten Reichs-Grafen, die zugleich alio respectu Stände des Reichs sind, nicht wol zu versagen.

GRIEBNER *de iur. territ. subordin. diss. 1. §. 3.*

HORN *in iur. publ. pr. c. 15. §. 6.*

AVCT. *in medit. ad I. P. in mantiss. de super. territ. c. 47.*

4 Wohin 4) absonderlich gehöret, quod omnis iurisdictio territorii subalterni possessoribus in suos subditos competat, salva quidem prouocatione ad dominum, qui sublimi iure territorii gaudet, vt tamen etiam instantia intermedia aut ius de non appellando ad certam summam restrictum iis concedi soleat.

GRIEBNER *diss. II. de iur. territ. subordin. §. 9.*

5 Welches hier ebenfalls anzutreffen, da 5) eines theils die appellation an die Landes-Regierung zu A. B. nicht anders, als wenn die Sache über 50. Thlr. gehet, nach dem gedachten revers statt findet, also dadurch eingeräumet ist, daß infra hanc summam die appellation an des Herrn Grafen St. R. eigene Cantzley gehen könne, zumal in dergleichen Sachen der effectus der Landes-Hoheit gäntzlich cessiret: andern theils 6) in gedachtem recess expresse gedacht worden, daß wenn sich die Unterthanen in Sachen, so vor denen Gräflich St. IVDICIIS ventiliret worden, beschweret befinden, und die Summa 50. Thlr. anbetrift, so dann erstlich die appellation und recursus ex capite denegatæ iustitiæ an die B. Landes-Regierung statt finden solle, welches nothwendig von mehren als einem Gerichte, wie der pluralis anzeiget, zu verstehen, gleichwol in der Helfte des abgetretenen Amts B. nicht mehr als ein Untergerichte sich findet, mithin noch eine andere instantia intermedia dadurch verstanden seyn muß, wovon erst die appellation an die B. Landes-Regierung geschehen könne, so daß sich der gedachte recess am geschicktesten von der ersten instantz zu B. und von der intermedia zu R. welche beyde plura iudicia ausmachen, verstehen lässet. Sonsten aber 7) die Benennung derer St. iudiciorum, so in gedachtem recess mit klaren Worten geschehen, keinen effectum erreichen würde, cum tamen in omnibus conventionibus et negotiis quæuis vocabula regulariter ita exaudienda sint, ut aliquid operentur, nec superflua sint. 6

l. 20. §. 6. D. de hered. petit. c. 10. in f. d. priuil. n. 6.

GOEDDEVS *in conf. marp. vol. 4. conf. 19. n. 109.*

HARPRECHT *vol. nov. conf. 16. n. 846.*

Und wenn 8) das Hochfürstliche Hauß B. so eine besondere consideration für die Herren Grafen von St. zu haben sich erkläret, die intermediam instantiam ausschliessen wollen, solches deutlicher hätte ausdrucken und verabreden müssen, beyorab da man wol vorher sehen können, daß die Herren Grafen zu St. eine eigene Cantzley zu haben befugt gewesen, und dahero die verba recessus ambigua gegen das Hoch-Fürstliche Haus A. B. interpretiret werden möchten. 7

l. 39. D. de pact.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) dem Hoch-Fürstlichen Hause A. B. ohnstreitig in der abgetretenen Helfte des Amts B. die Landes-Hoheit zustehet, solches auch die Herren Grafen so wol in gedachtem recess als auch dadurch zugestanden, daß in anno 1715. laut beygehenden vol. sub D. nach dem in anno 1708 getroffenen Vergleich der Herr Graf J. C. zu St. seinen Herrn Bruder, Herrn Grafen C. F. zu St. St. wegen einiger auf dem A. territorio des Amts B. gestandenen und gefälleten Bäume ex capite turbationis et spolii zu B. belanget, dieser auch im Gegentheil laut vol. sub signo ☞ jenen ebenfalls daselbst actioniret, und, als sich der Herr Graf zu St. R. wegen des Amts B. an das Chur-Fürstlich Sächsische Ober-Hof Gerichte zu Leipzig gewendet, um inhibition de non comparendo gebethen, selbige von Weyland Herrn Fürst V. A. Hoch-Fürstlichen Durchl. als hohen Landes-Fürsten würcklich erhalten, und dadurch die subiectionem territorialem in Ansehen der Helfte des Amts B. agnosciret, cum nihil impediat, quo minus qui immediate imperio subsunt, quandoque ratione certorum bonorum vel respectu præfecturarum aliis statibus subiecti esse queant. 8

instr. pac. art. 6. §. 10. capit. Leopold. art. 44.

Welches auch 2) das Hoch-Gräfliche Haus St. im gedachten recess agnosciret, indem solches Amt in dem Fürstlichen A. territorio gelegen, und dahero dem Landes-Herrn daselbst die von der superioritate territoriali dependirende iura nicht denegiret werden können, und obwol 3) in consideration dieses Hoch-Gräflichen Hau- 9

ses

ses wegen der Landes-Hoheits-jurium ein Vergleich getroffen, dennoch daraus klar zu sehen, daß dem Hoch-Gräflichen Haus nichts weiter im gedachten Amte als die prima instantia in politicis et ecclesiasticis zugestanden ist, die secunda aber dem Hoch-Fürstlichen Hause A. B. so ferne die Sachen die summam von 50 Thlr. anbetreffen solte, expresse reseruiret, von einer intermedia instantia aber kein Wort gemeldet worden, noch 3) solche subintelligiret seyn kan, da der Herr Graf zu St. R. in der gedachten Helfte des Amts kein territorium subordinatum tale, welches mit ausserordentlichen regalibus, als gantze mediat-Graf- und Herrschaften zu seyn pflegen, versehen, sich anmassen, vielweniger 4) solche unter seiner eignen Cantzley, als welche extra territorium unter Chur-Sächsischer Hoheit gelegen, ziehen kan, bevorab weil der A. B. Landes-Hoheit ein grosses præiudicium zugezogen werden, und ratione der Landes-Gesetze eine grosse confusion erfolgen würde. Vielmehr 5) ohnstreitig ist, daß in der gedachten Helfte des Amts B. so im A. territorio lieget, der Herr Graf nur Ober- und Untergerichte, und zwar subordinate, salua appellatione ad dominum territorii, besitzet, und in derselben keine höhere instantz, als die Regierung zu B. seyn kan, welches mit dürren Worten in recessu versehen:

> Daß wenn die Unterthanen dieses abgetretenen Halbschiedes sich in Sachen, so vor denen Gräflichen St. Gerichten ventiliret, beschwerer befinden solten, sie alsdann, tam in politicis quam ecclesiasticis, an die B. Cantzley oder Landes-Regierung zu appelliren Macht haben solten.

Dergleichen gravamina nothwendig in prima instantia, in geist- oder weltlichen Sachen vorkommen und sich ereignen müssen. Andergestalt, wenn 6) von solchen graviaminibus erst an eine andere intermediam instantiam den recurs zu nehmen erlaubet seyn solte, nicht so fort des einzigen recursus an die B. Landes-Regierung gedacht worden wäre, und wenn solches das Hoch-Gräfliche St. Haus intendiret, ihm obgelegen, sich deutlicher hierüber zu erklären, und einen solchen ausserordentlichen recursum ad propria iudicia extra territorium sich auszubedingen, vt potius interpretatio contra illam facienda sit, quod extraordinarium modum procedendi et beneficium sibi acquirere intenderit.

l. 39. de pact. l. 99. de verb. obl.

BOEHMER *de interpret. fac. contra eum qui clarius loqui debuiss. §. 20 sqq.*

Und ob wol 7) auch in territoriis subordinatis eine intermedia instantia zuweilen statt findet, dennoch solches nicht anders, als expressa concessione domini territorii zu verstehen,

GRIBNER *diss. II. de iur. territ. subordim. §. 9.*

welches hier so wenig geschehen, als geschehen zu seyn præsumirlich ist, da in dergleichen Aemtern nicht mehr als eine instantz zu concipiren ist; wie auch 8) vor Abtretung dieser Helfte nicht mehr als eine instantz daselbst gewesen, und es gantz vernünftig, daß dem Herrn Grafen zu St. R. nicht mehr Recht in der gedachten Helfte zustehen kan, als was das Hoch Fürstliche A. B. Haus vorher darin exerciret, oder demselben expresse sonsten eingeräumet worden, von dergleichen appellationen aber an eine intermediam instantiam kein Wort gedacht worden. Als welche ohnedem 9) auf eine Schmählerung der A. B. Landes-Hoheit, welche allein das ius appellandi sich vorbehalten, und kein simultaneum dem Herrn Grafen zu St. R. eingeräumet, hinaus laufen und effectuiren würden, daß die in A. B. territorio gelegene Unterthanen von ihren ordentlichen Gerichten ab- und zu einem extra territorium gelegenen höheren Gericht gezogen, ja aller recursus in casu denegatæ iustitiæ und die alsdann dem Hochfürstlichen Haus A. B. vorbehaltene selbsteigene cognition gäntzlich cessiren würden, so doch nach den bishero gesetzten principiis nicht zu verstatten, noch aus denen rationibus dubitandi zu iustificiren ist. Angesehen 10) bey der ersten ration die consideration für das Hoch-Gräfliche St. Haus nicht weiter sich erstrecken kan, als so weit nach dem recess de an. 1708 das Hochfürstliche A. B. Haus einige besondere prærogativen dem Hoch-Gräflichen St. Haus eingeräumet, quæ ius singulare constituunt, nec extensionem admittunt, 12

l. 14. D. de LL.

worunter aber die in rat. dub. secunda bemerckte intermedia instantia nicht mit begriffen, sondern die andere instanz sofort der Fürstlichen B. Cantzley, oder Landes-Gerichte vorbehalten. Auch 11) quoad rat. tertiam bereits dargethan ist, daß die Helfte dieses Amts B. eine blosse præfectura und kein solches territorium subordinatum sey, als man sonsten in gantzen grossen mediat-Graf- und Herrschaften antrift, noch weniger aber 12) quoad rat. quartam einige intermedia instantia in gedachtem recess denen Herren Grafen zu St. eingeräumet worden, noch solches aus der rat. quinta und sexta in Sachen, so 50 Thlr. anbetreffen, zu schliessen, vielmehr 13) das Gegentheil daraus validissime concludiret werden kan, daß weil in Sachen, die unter 50 Thlr. sind, denen Unterthanen gar keine appellation an die Hoch-Fürstl. B. Landes-Cantzley zugestanden worden, man darin zwar allein qualemcunque recursum an den Herrn Grafen zu St. R. per indirectum frey gelassen, ausser diesem Fall aber die appellatio an keinen andern als an die B. iudicia superiora zulässlich wissen wollen, weil darin der vornehmste effectus der summæ appellabilis, und des Vorrechts, so der Herr Graf zu St. R. herbey erhalten, bestehet. Uebrigens daraus nichts zu machen, daß der St. Gerichte in plurali gedacht worden, gleichwol in der Helfte des Amts B. nur ein iudicium inferius sey, mithin ausser diesem noch eine andere 13 14

intermedia instantia verstanden seyn müsse; zumal so wol das prius als posterius unrichtig, und dieserwegen nur der Hoch-Gräflich St. iudiciorum in plurali gedacht worden, weil daselbsten zweyerley causæ, ecclesiasticæ et politicæ, angeführet worden, die nothwendig vor zwey unterschiedenen foris tractiret werden müssen, also ohnstreitig bleibet, daß mehr als ein St. Gerichte zu der prima instantia gehöret, und in solcher Absicht der St. iudiciorum gedacht, keinesweges aber dadurch eine intermedia instantia des Herrn Grafen zu St. R. gemeinet ist, als wozu der Herr Graf keinen titulum in dem gedachten Amte anführen und darthun kan, da er weder superioritatem territorialem in gedachtem Amte hat, noch die facultas appellandi ihm per conuentionem, wie bishero gewiesen, accordiret, noch solche per consuetudinem diuturnam hergebracht ist, quibus ex titulis alias facultas recipiendi appellationes legitimari potest,

LYNCKER *resp. 193. n. 64.*
GRIBNER *cit. l. §. 9. lit. d. in not.*

adeoque mediatis non aliter alta et bassa iurisdictio concessa censetur, quam saluo iure appellandi ad concedentem,

RAVCHBAR *P. 1. qu. 13. n. 12 sqq.*
FRANZK. *1. resp. 18. n. 35 sqq.*

15 Bey welcher Beschaffenheit 14) die Benennung der St. iudiciorum in dem gedachten recessu nicht ohne effect und inanis ist, wie in ratione dub. septima arguiret werden wollen. Endlich auch die in rat. vltima angeführte regul, quod interpretatio contra illum facienda, qui clarius loqui debuisset, vielmehr gegen den Herrn Grafen von St. zu appliciren, als welcher sich ein ausserordentlich beneficium intermediæ instantiæ aus dem gedachten recess anmassen will, und dahero solches deutlicher exprimiret werden müssen, so doch nicht geschehen, ja noch zu zweifeln, ob tempore recessus initi die Hoch-Gräfliche Cantzley zu R. bereits in rerum natura gewesen, und dahero um desto weniger daran gedacht werden können.

16 So erhellet hieraus so viel, daß dem Hoch-Fürstlichen Haus A. B. über die dem Gräflichen Hause St. recedirte Helfte des Amts B. nach dem recess de anno 1708 die appellation tam in ecclesiasticis quam politicis, wenn die Sache 50 Thlr. anbetrift, imo in puncto denegatæ iustitiæ, wenn keine monitoria und inhibitiones pœnales verfangen wollen, die Sache zu selbst eigener cognition allein und privative mit gäntzlicher Ausschliessung der Gräfl. Cantzley zu R. competire und zukomme.

Quæstio II.

17 **Ob nicht der Beamte zu B. schuldig in Proceß-Sachen, nach denen Fürstl. A. provincial-Gesetzen und Proceß-Ordnung zu verfahren, auch von der Cantzley zu R. die dahin** tanquam ad iudicium incompetens **geschickte acta des Müllers K. contra den Amtmann F. wieder abzufordern, und ins Amt zu verschaffen, auch mit Bericht bey erhöheter Geld-Strafe oder anderer zukommenden** coercition **anhero zur Fürstlichen Landes-Regierung einzusenden?**

Rationes dubitandi.

Ob wol es bey dem Beamten zu B. nicht 18
stehet, nach welcher Proceß-Ordnung er die vor ihm hengige Streit-Sachen entscheiden und richten wolle, da er ein Diener von dem Herrn Grafen von St. ist, der ihm vorschreiben kan, nach welchem Proceß er verfahren solle, und da die Cantzley R. in Chur-Sächsischer Hoheit lieget, also daselbst die Chur-Sächsische Proceß-Ordnung obseriviret wird, es gantz convenable zu seyn scheinet, daß dieser Proceß auch im Amte B. obseriviret werde; übrigens die acta des Müllers K. gegen den Amtmann F. von der Cantzley zu R. avociret worden, welchen avocationen er pariten müssen, und es daher scheinen will, als wenn ihm dabey nichts imputiret werden möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die legislatoria potes- 19
tas ein ohnstreitiger effectus der superioritatis territorialis, und dessen consequens necessarium ist,

HERTIVS *de superior. territ. §. 25.*
THOMAS. *de legislat. potest. stat. imper.*

dahero die Landes-Herrliche Gesetze überall in 20
denen Oertern, so der Landes-Hoheit unterworfen, gelten müssen, cum oporteat principalia statuta suam vim obtinere, et IN OMNI LOCO valere.

l. 3. §. 5. D. de sepulchr. viol.

Dieserwegen wenn der Herr Graf zu St. R. in 21
der Helfte des Amts B. die Chur-Sächsische Proceß-Ordnung zu gebrauchen dem Beamten befehlen solte, er die Landes-Hoheit daselbst affectiren würde, die doch dem Hochfürstlichen Hause A. B. expresse vorbehalten, und ins besondere im gedachten recess de anno 1708 wegen der potestate legislatoria klar versehen, daß sich gedachtes Hochfürstliches Haus in denen an das Gräfliche Haus St. recedirten Dorfschaften und communen die affixionem ac publicationem edictorum publicorum, e. g. Käyserliche avocatorien, Krayß-Verfassungen, oder andere Fürstliche A. das territorium und Unterthanen concernirenden Verordnungen und Mandaten reserviret, wohin dann ohne Zweifel mit

mit gehören, daß die bereits publicirten Landes-Gesetze und Proceß-Ordnungen daselbsten allein gelten, und nicht nach eines Fremden territorii Proceß-Ordnung verfahren werden müsse, auch wegen der Cantzley zu R. dabey kein Zweifel gemachet werden mag, als wohin von dem Beamten zu B. nicht appelliret wer-
22 den kan, wie schon vorhin gewiesen, und also da der Müller K. von der an ihn ergangenen im A. gantz ungewöhnlichen citation appelliret, quod per leges omnino licet,

MEV. *P. 3. decis. 152. et p. 4. dec. 89.*

der Beamte schuldig gewesen, die appellation zu respectiren, und von der Hoch-Fürstlichen B. Landes-Cantzley zu erwarten, was darin würde verordnet worden seyn, dem zuwider er solches an die ausser dem A. territorio gelegene Cantzley berichtet, und dadurch verursachet und Gelegenheit gegeben, daß von ihm die acta avociret, und die Sache gantz incompetenter an die
23 Cantzley zu R. in prima instantia gezogen werden wollen, er dahero sich wenig entschuldigen kan, daß es in seinen Mächten nicht stehe, die acta wieder zu schaffen und einzuschicken, neque enim impossibilitas, in quam quis semetipsum coniecit, excusat

MEV. *P. 7. dec. 99. n. 4.*

BARBOSA *in thes. lib. 9. c. 29. ax. 20. in f.*

vielmehr sich selbsten beymessen muß, wenn mit schärfern Befehlen dieserwegen gegen ihn verfahren wird.

24 So ist der Beamte zu B. nach den A. provincial-Gesetzen und Proceß-Ordnung zu verfahren, auch die incompetenter eingeschickte acta zur Cantzley zu R. wieder herbey zu schaffen schuldig, und kan darzu durch gebührende Zwangs-Mittel angehalten werden.

Quæstio III.

25 **Ob nicht allenfalls die Hochfürstliche B. Regierung als andere instanz und appellations-Gerichte, in ernanten Müllers R. appellations-Sache, auch** ex capite denegatæ iustitiæ, **in euentum anfänglich die Einlassung auf die** in actis sub signo **bereits iustificirte appellation zu erkennen, und die Sache selbst vor sich in Verhör zu ziehen, nicht weniger definitive solche zu entscheiden, auch** in contumaciam **zu verfahren, und den beklagten Amtmann F. nach Befinden aus der Mühle** quæstionis **hinwiederum** exmittiren, **und solches von B. aus zu Beybehaltung der Landes-Fürstlichen** iurium **und** auctorität **auch** manu militari **zur** execution **bringen und veranstalten zu lassen, befugt sey?**

Rationes dubitandi.

Ob wol bloß von der geschehenen citation 26
sub pœna confessi et conuicti an die B. Landes-Regierung appelliret worden, also die appellation bloß hierüber und noch zur Zeit nicht in causa principali ventiliret werden kan. Hiernächst der Amtmann F. dabey extra culpam seyn möchte, als welcher das Verfahren der Cantzley zu R. nicht verantworten darf, solche aber die Sache von selbsten an sich in cognition gezogen, darin erkant, und die execution bereits gethan, übrigens das Verfahren in dieser Streit-Sache lediglich von der præiudiciali quæstione iurisdictionis, ob solche der Cantzley zu R. oder der Hoch-Fürstlichen A. B. Landes-Regierung zustehe, ingleichem ob der recursus an dieses iudicium superius, omisso iudicio intermedio, statt habe? dependiret, welche so lange denen Rechten nach zu suspendiren, bis der præiudicial-punct wegen der Gerichtbarkeit ausgemachet; præcognoscenda enim ea sunt, sine quibus cetera intelligi nequeunt.

HERT. *de ordin. caus. in iudic. tract. §. 2.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) ohnleugbar ist, 27
daß der Müller K. von der gantz ungewöhnlichen, und denen Landes-Gesetzen zuwider lauffenden citation an die Hoch-Fürstliche B. Landes-Regierung appelliret, die appellation daselbst angenommen, die acta primæ instantiæ abgefordert, und dahero zuforderst die litispendentia daselbst gegründet ist; hierbey auch 2) ratione 28
iurisdictionis kein Streit übrig ist, da eines theils dieses Recht dem recessui de anno 1708 gantz gemäß ist, andern theils die Cantzley zu R. ohne einzige provocation, so an dieselbe nicht ergangen, sondern auf den blossen Bericht des Beamten die acta avociret, und vor sich gantz incompetenter und wiederrechtlich gezogen, dabey aber 3) die geschehene appellation aus den Augen gesetzet, da, wenn dieses Gerichte die Sache in prima instantia vor sich ziehen wollen, es dennoch zuforderst die appellation aus dem Wege räumen müssen, cum appellatio liget iudicis inferioris manus, vt in causa vlterius procedere non possit, alioquin attentatum committit,

c. 56. X. de appell. c. 7. eod. in 6.

welchem allen zuwider 4) dennoch die Cantzley in der Sache übereilig verfahren, de facto die execution gethan, und dahero offenbar sowol nulliter procediret, als dem Beklagten, der doch appelliret, die iustiz denegiret. Inzwischen nunmehro 5) die appellation bereits bey 29
der Hoch-Fürstlich B. Regierung als foro appellationis iustificiret worden, und wenn appellat nicht erscheinen solte, alsdann gegen ihn denen

denen Rechten nach in contumaciam verfahren, und wenn 6) die geschehene citation als illegal und wiederrechtlich cassiret und aufgehoben werden solte, wie sich denen Rechten nach gebühret, alsdann die Haupt-Sache selbsten bey diesem foro superiori so wol ex capite denegatæ iustitiæ als propter appellationem iustificatam ausgemachet und darin erkant werden, auch die execution dem iudicato zufolge geschehen muß, cum iudex, qui semel grauauit, in posterum quoque grauare præsumatur,

c. 59. X. de appell.

GAIL *1. obs. 131. n. 1.*

anerwogen die Landes-Hoheit ohne diese media einen grossen Anstoß leiden, und nicht erhalten werden würde, anbey die execution dem iudici superiori, qui sententiam vel decretum reformauit, zustehet, und dieselbe auch manu militari zu thun wol berechtiget; dabey doch nicht unbillig anzurathen, daß, wenn die acta instruiret, und geschlossen, alsdann dem Befinden nach, solche an auswärtige verschicket werden können.

So kan propitio iure vergedachter Massen gar wol in der Sache verfahren, und zu Beybehaltung der Landes-Hoheit in der Sache erkant, auch die Erkäntniß manu militari exequiret werden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCXXXV.

RESPONSVM CXVII.

THEMA.

Num princeps priuilegia minuere vel tollere queat? de hoc argumento latius actum est *Resp. iur. eccleſiaſt. XII. n. 15-22.*

DECISIO CXVIII.

THEMATA.

I. De limitibus ſupremæ principis inſpectionis circa collegia et vniuerſitates.

II. De priuilegiis titulo oneroſo quæſitis.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæſtio I et II. n. 2.

Reſeruatio in auerſione præiudicii et iuris conſeruatione conſiſtit. n. 3.

Principibus competit ius, ſocietatibus et collegiis certum regimen, leges, priuilegia aliaque præſcribendi. n. 4. 5.

Inuebus meræ facultatis, neque præſcriptione neque negligentia per non-vſum attenditur. n. 6.

Vetuſtas vicem legis tenere dicitur, licet ius non probetur. n. 7.

Confirmatio iurium tribuit vaſallis ius quæſitum contra principem. n. 8.

Priuilegia titulo oneroſo quæſita regulariter reuocationi non ſunt obnoxia. n. 8.

Reſeruationes ſupponunt, vt ius reſeruatum iam antecedat, n. 9.

Vnde qui antea ius non habuit, illud vi huius reſeruationis non conſequitur. n. 10.

Principi ſuprema inſpectio in collegia et vniverſitates competit, n. 11.

quatenus per pacta cum ſtatibus prouincialibus inita non limitata eſt. n. 12.

Suprema inſpectio principis in collegia et vniverſitates eo tantum tendit, vt abuſus tollantur, et ne quid in præiudicium reipublicæ ſtatuatur. n. 13.

In cauſis collegiorum vota maiora valent. n. 14.

Priuilegia titulo oneroſo quæſita, et ſæpius confirmata, neque per indirectum tolli, minui vel limitari poſſunt. n. 15. 16.

Succeſſori non licet, quod anteceſſori non licuit. n. 17.

Regulariter quæuis iura per non-vſum amittuntur, quaſi iis tacite renunciatum eſſet. n. 18.

Quænam res dicantur meræ facultatis? n. 19.

Cauſæ

Cauſæ, certam conuentionem et determinationem habentes, non ſunt meræ facultatis. n. 20.

Deciſio quæſtionis I. et II. n. 21.

Quæſtio III. n. 22.

Verecunda dicitur eius eſſe cogitatio, qui lites exſecratur, non vituperanda. n. 23.

De principis poteſtate diſputare, inſtar ſacrilegii eſſe dicitur. n. 24.

Adminiſtratorum officium exigit, ut bonam cauſam iudicialiter proſequantur. n. 25.

Deciſio quæſtionis III. n. 27.

Die mir zugeſchickte facti ſpecies, worüber mein rechtliches Gutachten begehret wird beſtehet in folgenden Umſtänden:

1 Es haben die Durchlaucht. Regenten des hohen Hauſes Braunſchweig-Lüneburg in verſchiedenen alten wegen der Sülze zu Lüneburg ertheilten privilegiis ſich in Gnaden dahin heraus gelaſſen, daß ſie bey der Wahl eines Sothmeiſters ſich nie einigen Rechtes überall gebrauchen, noch dabey iemals concurriren wolten; in deſſen conformität denn von dem erſten Urſprunge der Sülze an bis auf die jetzige Zeit niemalen bey ſolcher Wahl ein herrſchaftlicher Commiſſarius ſich eingefunden, ſondern ſelbige in alten Zeiten einzig und allein die Herren Prælaten daſiges Landes, in ſpecie aber der Herr Abt zu St. Michaelis in Lüneburg, wie auch einige Herren von Adel nebſt denen deputatis des Lüneburgiſchen Raths ſeit mehr denn hundert Jahren verrichtet, deren Stelle allein der zeitige Herr Abt, modo Landſchafts-director, zu Lüneburg, und ein zeitiger Herr Land-Marchall mit obbemeldeten Raths-deputirten lediglich vertreten. Es hat aber indeſſen der Königlichen Regierung gefallen, in einem neuen den 27. Novembr. 1733 emanirten reglement hierunter dergeſtalt eine Aenderung zu machen, daß in Zukunft bey ſolcher Sothmeiſter-Wahl ein herrſchaftlicher Commiſſarius mit concurriren, zugleich auch ſtatt der bishero jährigen eine dreyjährige Wahl eingeführet werden ſolle. Ob man nun gleich die deshalb vorgebrachten argumenta in einer beſondern deduction widerleget, und auf die darüber bey Sr. Königl. Majeſtät von Groß-Britannien ſelbſt eingerichteten allerunterthänigſten Vorſtellung der Sache Endſchaft zu erhalten vermeinet, ſo iſt iedoch ſolche Königliche reſolution nur dahin erfolget, daß Se. Königl. Majeſtät das reglement der Königlichen Regierung in allen Stücken approbirten, iedoch dem Landſchafts-Directori nomine der Abtey zu St. Michaelis in Lüneburg, und Land-Marchall, falls ſie durch daſſelbe graviret zu ſeyn vermeineten, frey lieſſen, den Weg Rechtens gegen Se. Königliche Majeſtät zu erwählen. Nachdem aber der Herr Land-Director ſowol als Herr Land-Marchall zu ſolchen modo zu recurriren ſich aus der vor Sr. Königl. Majeſtät allerhöchſten Willen hegenden vollkommenen veneration nicht eher entſchlieſſen können, ehe und bevor ſie nicht ein unpartheyiſches Gutachten hierüber eingeholet, ſo ſind mir zu dem Behuf folgende Fragen vorgeleget worden:

Bæhm. Conſ. T. III. P. I.

Quæſtio I. II.

Ob man an Seiten des Herrn 2
Land-Directoris **und Land-**Marchalls**, wenn die Sache einem Juſtitz-**collegio **übergeben würde, ſich ein gedeyliches** Decorum **ſowol** 1) **in dem erſten Punckt wegen Verbittung eines herrſchaftlichen** Commiſſarii, **als** 2) **in dem andern Punckt zuverſichtlich verſprechen dürfe, daß es bey der uralten** obſervanz **einer alljährlich vorzunehmenden Sothmeiſter-Wahl gelaſſen werde?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wohl, ſo viel die beyden erſteren Fragen betrift, hier wieder zu bedencken ſeyn möchte, daß Sereniſſimus anno 1654 durch dero damaligen Cantzler expreſſe ad protocollum reſerviret: 3

iemanden bey der Sothmeiſter Köhre zu haben, wenn es ihm hinkünftig beliebte.

Durch welche reſervation 2) die alten privilegia und Herkommen aufgehoben zu ſeyn ſcheinen, reſervatione enim declaramus, nobis ius competere, et facto alterius in præiudicium noſtrum vergenti contradicimus, vnde effectus ejus in auerſione præiudicii et iuris noſtri conſeruatione conſiſtit.

STRYK *de iur. reſervat. c. VI. n. 30 ſqq.*

Hiernechſt 3) dieſe hohe Befugniß, bey dergleichen Wahl zu concurriren, als ein effectus der 4 Landes-Fürſtlichen Hoheit angeſehen werden möchte, ſintemalen aus denen principiis iuris publici bekannt iſt, quod principis imperantis directioni omnia collegia ſubſint, adeo vt ipſi competat ius, ſocietatibus collegiisque certum regimen, leges, priuilegia, aliaque præſcribendi, wie ich ſolches

in iure publ. vniuerſ. P. ſpec. lib. II. c. IV.

weitläuftig behauptet habe. Und dieſes 4) im 5 gegenwärtigen caſu um ſo vielmehr, da nach Maaßgebung des reſcripti vom 30. Nov. 1733 und des dabey befindlichen reglements hinlängliche Urſachen angeführet worden, warum dergleichen Veränderung nöthig ſey, weil nemlich ſowol wegen des eligendi als des modi electionis einige Irrungen entſtanden, welche künftig bey der Wahl groſſe Schwürigkeiten und Col-

lisiones nach sich ziehen könten, auch das Königliche ministerium sich deshalb, daß künftig nur alle drey Jahr dergleichen Wahl vor sich gehen solle, auf bewegende tristige Ursache bezogen, welche zuvorderst zu ponderiren seyn möchten, ehe man dergleichen alten institutis so fest insistiret, nachdem auch die Veränderung derer Zeiten hierunter öfters eine andere Einrichtung
6 erfordert. Ferner c) der concursus ad electionem Sr. Königl. Majestät von Groß-Britannien daher zustehen will, weil die Probstey Lune und Ebstorf nebst denen Gütern des Geschlechts derer von Berge fürsitzo in höchst dero Händen, sie also bey der Sülze mercklich, und mehr als andere Köhr-Herren interessiret sind. Und wenn gleich d) dieselbe sich bis dato dieses voti nicht bedienet, dennoch das exercitium iuris eligendi unter die res meræ facultatis zu referiren seyn dürfte, wobey weder præscriptio noch negligentia per non-vsum zu attendiren,

arg. l. 2. D. de via publ.

MEV. *P. I. Dec. 60.*

adeo vt earum omissione alteri nullum ius tribuatur, nec omittenti præiudicetur,

ROESENER *de præscript. iur. negat. in præf.*

solalich es auch das Ansehen gewinnet, als ob man sich an Seiten des Herrn Land-directoris und Herrn Land-Marchals eines beyfälligen decisi in dieser Sache nicht zu getrösten habe.

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch 1) die bey der Lüneburgischen Sülze interessirte Prælaten und Ritterschaft eine beständige und von vielen seculis her bis ietzo unverrückt fortgedauerte observanz in beyden Puncten vor sich haben, indem seit sieben hundert Jahren, da die Lüneburgische Sülze erfunden worden, nicht ein einziger Fall zu befinden, bey welchem ausser denen Prælaten, Mannen und denen deputirten des Lüneburgischen Raths iemand an Seiten der gnädigsten Herrschaft dem actui elections beygewohnet, vielweniger sich einiges votum dabey angemasset, sondern dieses ius von besagten Personen eines theils privative und in der Absicht, von solchem exercitio die Landes-Fürstliche commission auszuschliessen, wie ratio tertia zeigen wird: andern theils jährlich exerciret worden, also zuförderst dieser Haupt-Grund von der Kraft seyn muß, daß vermöge dessen der Herr Land-Director und Herr Land-Marchall bey der bisherigen possessione iuris eligendi priuatiue et quotannis magistrum putei geschützet, ja auch im petitorio für sie erkant werde, obseruantia enim antiquissima optima lex vocatur, et ius in genere facere, imo vetustas vicem legis tenere dicitur, licet ius non probetur.

l. 37. D. de LL. l. 1. in f. l. f. D. de aq. et aqua pluv. arc.

BESOLD *thesaur. pract. voc. observ.*

conf. diss. de obseruant. eccles. c. II. §. III. ibique allegat.

Bevorab da 2) Se. Königliche Majestät von 8
Groß-Britannien bey dem Antritt Dero Glorwürdigsten Regierung Dero getreuen Ständen aus Mittel von Prälaten, Ritterschaften und Städten, alle gute Gewohnheit und Herkommen, und die daraus entstandene Gerechtsame, also auch gegenwärtiges Köhr-Recht mit Ausschliessung eines Herrschaftlichen commissarii allergnädigst bestätiget und approbiret, ja es
3) bey dem blossen consensu tacito, welcher 9
ex obseruantia gemeiniglich nur hergeleitet wird, nicht geblieben, sondern ein ius expresse constitutum die antiquissimam tot seculorum vetustatem bestätiget, indem die vormaligen Hertzoge von Braunschweig besonders im 13ten seculo dieses expresse denenjenigen, so solches bishero priuatiue exerciret, per modum eines besonderen priuilegii verstattet, wie denn 4) in dem priuilegio Ottonis de anno 1228. folgende expressive Worte enthalten: nos omnibus eis, qui bona habent et possident in salina, illa uti concessimus libertate, VT DE ANNO IN ANNVM magistrum putei sibi statuant communiter et eligant, qui ad hoc officium usui ipsorum maxime expediens et utilis videatur, CONSENSVS autem NOSTER siue CONSILIVM ad huiusmodi electionem nullatenus requiretur: welches in dem priuilegio per modum pacti et sub vinculo interdicti ecclesiastici et excommunicationis initi Hertzogs Iohannis de anno 1377. wiederholet und hinzugesetzet wird: in eligendo autem magistro putei et dominii et boningis *neque* nos neque heredes nostri contendimus vel *volumus aliquod ius habere, et nullam nobis addicimus potestatem.* Wobey es
5) um so viel mehr in Zukunft verbleiben muß, weil Hertzog Otto durch die verbindlichsten clausuln dieses priuilegium als irreuocabile et perpetuum nicht allein bestättiget: Sane vt hoc factum nostrum FIRMVM semper et STABILE perseueret, et ne a nobis et ab vniuersis heredibus et successoribus nostris valeat aliquatenus disturbari, præsenti scripto opponi iussimus bullam nostram etc. ferner Hertzog Johannes mit den allerschärfsten clausuln seine conuention bekräftiget, und sich so gar dem interdicto und geistlichen Bann bey dessen violirung in vlla eius parte unterworfen; sondern auch, wie das letztere priuilegium ausweiset, titulo oneroso venditionis acquiriret worden, dergleichen priuilegia ohnedem regulariter nicht reuociret werden können,

conf. STRYK de priuil. titul. oneros. quæsit.

ia auch Se. Königliche Majestät von Großbritannien alle und iede priuilegia, welche von Ihro Durchlauchtigsten Vorfahren Dero getreuen Ständen verliehen, dergestallt erneuret und bestätiget, daß sie alle und iede dabey fernerhin ungeirret bleiben, dero auch an allen Enden geniessen und gebrauchen sollen. In dessen

9 sen Ansehung 6) besagte Se. Königliche Majestät zweifelsohne auf die übergebene allerunterthänigste Vorstellung dem Herrn Land-Directori und Land-Marschall den Weg Rechtens eröfnet, von dessen Antretung dieselbe die von dem geheimten Raths-collegio zu Hannover angeführten momenta nicht abhalten mögen. Anerwogen 7) was das protocollum de anno 1654 und die darinnen befindliche clausul betrift, überhaupt von dem aus solcher gezogenen præiudicirlichen Schluß nicht wohl geurtheilet werden mag, ehe und bevor hiervon Abschrift ertheilet worden, weil sich alsdenn erst äussern wird, bey was vor Gelegenheit und aus was Ursachen diese reseruation geschehen, besonders aber 8) dergleichen reseruation præsupponiret, vt ius reseruatum iam antecedat, cum reseruatio nihil iuris de nouo tribuat, sed ius, quod est, reseruet,

l. 14. §. 8. D. de relig.
l. 3. §. penult. D. de liber. hom. exhib.
c. 5. de renunc. c. 43. inf. de elect. in 6.

woran es hier völlig ermangelt, indem vielmehr die uralten Herkommen und priuilegia hiervon das contrarium ausweisen, und hiermit gar
10 nicht zu conciliiren sind. Dannenhero 9) weil nicht wol zu begreiffen, daß die Prälaten und Ritterschaft ohne Ursache ihre alte Rechte, welche sie einmal erlanget, in faveur des Landes-Herrn renunciiret haben solten, es vor allen Dingen darauf ankommen wird, ob dieselbe hinlängliche notiz von diesen alten priuilegiis gehabt, dieser Punckt zur contradiction gekommen, und ob dieselbe auch bey der beschehenen reseruation acquiesciret, welches wenn es nicht beygebracht werden könte, aus diesem Vorbehalt nichts verfängliches zu schliessen stehet, quod si enim princeps ante illam clausulam tale ius non habuit, illud vi huius reseruationis non consequitur.

MENOCHIVS *lib I. conf. 2. n. 56 sqq.*
STRYKIVS *de iure reseru. c. VI. n. II sqq.*
ROESENER *de reseruat. iur. com. c. 16. per tot.*

11 Nächstdem 10) Sr. Königlichen Majestät von Groß-Brittannien die suprema inspectio über alle collegia und vniuersitates, vermöge der Landes-Herrschaft, zwar ohnstreitig zustehet,
12 dennoch aber nicht zu zweifeln, daß Dieselbe ihre hohe iura per pacta cum statibus prouincialibus inita selbsten limitiren, und solches hohe Landes-Recht nur in die Masse zu exerciren sich verbinden können, daß Dero Prälaten und Ritterschaft bishero gehabten iura ungekränckt bleiben, welches nicht geschehen würde, soferne deren iuri eligendi die bishe-
rige Kraft entzogen, und ihnen ein neues votum
13 zugeleget würde, in Betrachtung daß 11) die suprema inspectio in collegia et vniuersitates nur den Endzweck hat, vt abusus tollantur, et ne quid in præiudicium reipublicæ statuatur.

PETRVS GREGORIVS *de republ. lib. 15. c. 3.*
Bœhm. Conf. T. III. P. I. vid. ius publ. vniuersal. P. spec. lib. II. c. IV. §. II.

Dergleichen abusus und Schaden aus denen wenigen bishero vorgefallenen Irrungen nicht wol zu schliessen, daß deßfals sowol der modus als tempus eligendi zu verändern, und der bishero denen Prälaten und Ritterschaft eingeräumte völlige effectus iuris eligendi zu entziehen, vielweniger 12) eine specielle Ursache an- 14
geführet worden, warum statt der einjährigen eine dreyjährige Wahl vorzunehmen, als worüber die societas salinaria nicht unbillig zuforderst mit ihrer Nothdurft zu hören seyn würde, vornemlich in Ansehung dessen, daß allenfalls principi nur anmäßlich ein votum zugeschrieben wird, und es bey dergleichen Veränderung auf vota maiora doch ankommen müste. Zugeschweigen, daß 13) Se. Königliche Majestät 15
in denen vorangezogenen priuilegiis sich alles *consensus, consilii, iuris* et *potestatis* bey dieser Sache begeben, einsolglich es per indirectum eine reuocationem priuilegiorum titulo oneroso acquisitorum et per pacta publica cum statibus prouincialibus inita confirmatorum inuoluiren würde, wenn das, non audita societate salinatorum et qui eorum vices sustinent, errichtete reglement so schlechterdings contra obseruantiam antiquissimam et priuilegia toties confirmata angenommen werden solte, welches die Rechte nirgends verstatten, cum neque per indirectum eiusmodi priuilegia onerosa et sæpius confirmata tolli limitari vel minui queant.

ZIEGLER *de iure majest. lib. I. c. 12. §. 12.*
KLOCK *de contribut. sect. I. c. 16. n. 31 sqq.*
STRYKIVS *diss. de priuil. titul. onerof. quæf. c. III. §. 5.*

Ferner 14) was wegen derer eingezogenen Prob- 16
steyen Lühne und Ebstorf, wie auch der Güter derer Herren von Berge pro colorando iure concursus ad electionem magistri putei angeführet worden, eigentlich den statum controuersiæ gar nicht angehet, weil hier hauptsächlich von Zuziehung eines herrschaftlichen *Commissarii* die Frage ist, welchem der Landes-Herr vi superioritatis territorialis bestellet, und welcher nach Inhalt des rescripti vom 19. Dec. 1733 primum locum et votum führen soll, nicht aber von einem solchen, der die vices derer ausgegangenen prælaten übernimmt, in welchem Fall er sich nicht mehr Recht, als welches allenfalls derer beyden eingezogenen Probsteyen vormalige prælaten ante reformationem gehabt, anmassen dürfte. Gesetzt aber, daß
15) der Landes-Herr sich ein votum vt mem- 17
brum societatis anmassen wolte, dennoch demselben zweifelsohne wegen der Güter derer Herren von Berge entgegen seyn würde, daß die Familie derer von Berge zwar seculo XV. der Soth-Meister-Wahl beygewohnet, nachdem aber Vick von dem Berge bey dergleichen election in anno 1559 admittiret zu werden gesuchet, ihm solches, weilen weder sein Vater noch Groß-

Vater dabey gewesen, expresse abgeschlagen, und wie des besagten Vick von dem Berge Sohn Fritz von dem Berge anno 1581 seines Vaters prætension renouiret, endlich der Schluß dahin getroffen worden, daß er zwar ad dies vitæ zu admittiren, nicht aber seine Nachkommen; wobey es nunmehro in die anderthalb secula geblieben, dahero der successor sich denen Rechten nach gleiches Recht gefallen lassen muß, cum successori non liceat, quod antecessori non licuit, sed ille ex huius pactis obligetur.

Argent. cons. 2. n. 130.
TABOR *de offic. succeff. in offic. per tot.*

18 Wegen derer eingezogenen Probsteyen aber 16) dem Landes-Herrn mit Recht dieses entgegen gesetzet wird, daß seit der reformation an und also über zwey secula dergleichen concursus ad ius eligendi niemals prætendiret worden, also hierunter eine tacita renunciatio iuris competentis denen Rechten nach zu schliessen, cum regulariter quæuis iura non vsu amittantur, quasi eis tacite renunciatum esset.

STRYK *de non vsu iur. quæf. c. I. n. 13.*
ROESENER *de præscript. iur. negat. per tot.*

19 Und obwol 17) das Recht bey der Sothmeister-Wahl ein votum zu geben ad res mere facultatis non præscriptibiles referiret werden möchte, dennoch solches keinen Grund hat, weil res meræ facultatis eigentlich diejenigen genennet werden, quæ iure dominii alicui in re sua competunt, et quæ propriis insunt dominiis nec ab aliis debentur, ita vt citra conuentionem et obligationem a mero alicuius arbitrio dependeant et ex libertate naturali congenita et irrestricta fluant.

MANZIVS *in cent. quæst. palat. dec. 49. n. 13.*
CANISIVS *ad c. II. X. X. de vsur.*
HARPRECHT *conf. 90. n. 107 sqq.*
L. B. *a* COCCEII *diss. de reb. mer. facult. th. 7.*

20 Dergleichen das gegenwärtige ius nicht ist, als welches lediglich ex priuilegio Ducum Brunsuicensium herrühret, und also, eigentlich zu sagen, certam conuentionem et determinationem zum Grunde hat, so per non vsum verlohren werden kan, dergestallt, daß dem possessori beyder Probsteyen man dieses zu opponiren befugt ist, wie

LYNKER *resp. P. I. 82. n. 32 sqq.*
LAVTERBACH. *in colleg. pract. tit. de vsurp. et vsuc. §. 18.*
BRVNNEM. *ad l. 2. de via publ. n. 9.*
STRYK *de non vsu iur. quæf. c. 1. n. 13.*
SCHOEPFF *de seruit. præscript. extinct. §. V.*

mit mehrem ausführen; solchergestallt also alle obiicirte momenta keinen hinlänglichen Grund haben.

21 So bin ich der rechtlichen Meinung, daß von Seiten des Herrn Land-Directoris und Land-Marschalls, wenn diese Sache einem iustiz-collegio siue domestico siue extraneo übergeben würde, in beyden Punckten ein gedeyliches decisum zu hoffen sey, woferne man nicht ohne alle contradiction, und nach genugsahmer Einsicht und Wissenschaft derer beyder priuilegiorum bey dem anno 1654 geschehenen reseruato gäntzlich acquiesciret.

Quæstio III.

22 **Ob, da solches zweifelhaft scheinen solte, ein zeitiger Landes-Director und Land-Marschall, ohne Verletzung ihrer Pflicht und Gewissen bey dem Königlichen** reglement simpliciter acquiesciren, **und der amplectirung des Weges Rechtens sich begeben könne, ohne sich dabey einer Nachrede oder Vorwurfs bey der posteritæt zu befürchten?**

Rationes dubitandi et decidendi.

23 Diese Frage lässet sich gar leicht aus dem vorigen beantworten. Denn ob wol 1) diejenigen Veränderungen, welche in dem neuen reglement enthalten, nicht von der Wichtigkeit zu seyn scheinen, daß daraus dem Closter und Ritterschaft ein grosses præiudiz erwachsen könte, vielmehr sie zu erwarten haben, daß dieses zu guter Ordnung und ihrem Vortheil gereichen werde, als wohin des Königlichen ministerii intention zweifelsohne gehet; hiernächst 2) die bey voriger Frage pro et contra angeführten rationes darthun, daß diese Sache einigen Zweifel habe, zumal das protocollum de anno 1654 weil dessen Inhalt unbekant ist, noch nicht recht beurtheilet werden können. Dannenhero 3) der Herr Land-Director und Herr Land-Marschall sich wol keines sonderlichen Vorwurfs zu befürchten hätten, wenn sie lediglich bey dieser neuen Anordnung acquiesciereten, sonderlich weil der euentus litis meistens dubius ist, und daher weitläuftige processe allezeit zu verhüten, vnde verecunda eius esse cogitatio dicitur, qui lites execratur, non vituperanda.

l. 4. §. 1. in f. D. de alienat. iud. mut. caus.

24 Und dieses um so vielmehr, da 4) dieselbe allhier mit ihrem Landes-Herrn zu streiten haben, wovon getreue vasallen in dubio billig abstiniren, inprimis cum de principis potestate disputare instar sacrilegii sit.

l. 5. C. de diuers. rescript.

Dieweil

25 Dieweil aber dennoch 1) dem Herrn Land-Directori und Land-Marchall obliget, dafür besorget zu seyn, daß die Recht- und Gerechtigkeiten derer Prælaten und Ritterschaft auf alle Art und Weise gehandhabet und conserviret werden; Hierunter aber 2) auch gegenwärtige zwey strittige Puncte sich befinden, welche von so vielen seculis her nicht in controvers gezogen, sondern per modum priuilegii titulo oneroso erhalten worden. Daher es 3) denenselben als eine species negligentiæ bey denen Nachkommen ausgeleget werden möchte, wenn sie diese Sache nicht weiter vrgiren solten, cum potius officium eorum exigat, vt bonam causam iudicaliter prosequantur.

arg. l. f. C. de administ. et peric. tut.

26 Zumahl 4) aus der Beantwortung derer beyden ersten Fragen die iustitia causæ erhellet, wenigstens disseits die argumenta von grösserm Gewicht sind, als diejenigen, die an Seiten des Königlichen ministerii vorgebracht worden, auch Se. Königliche Majestät von Groß-Britannien dieses selbst eingesehen, und nach dero weltgepriesenen Liebe zur Gerechtigkeit ihnen den Weg Rechtens zu eröffnen, allergnädigst verstattet, durch dessen Ergreifung alle Verantwortung und Nachrede bey denen Nachkommen vermieden, auch ihr Gewissen hierunter beruhiget wird.

So halte ich dafür, daß bey denen angeführten Umständen der Herr Landschafts-Director und Land-Marchall nicht wol ohne eine Nachrede und Vorwurf sich bey denen Nachkommen zu exponiren, sich des ihnen nachgelassenen Weges Rechtens begeben, und bey dem Königlichen reglement nicht schlechterdings acquiesciren können. V. D. M. W. 27

PRIVATO NOMINE
MENSE MARTIO MDCCXXXV.

RESPONSVM CXIX.

THEMATA.

I. Princeps in pœna homicidii potestatem dispensandi habet.

II. Sed sine graui causa et ex sola gratia dispensare non debet.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio de iure principis dispensandi in pœna homicidii. n. 1. 2. 3.

Facultas dispensandi in pœna homicidii capitali principibus non simpliciter a Dd. denegatur. n. 4.

Determinatio pœnarum specialium ad leges rerum publicarum forenses pertinet. n. 5.

Num iure diuino pœna capitalis in homicidas statuta sit? n. 6. 7. sqq.

Quæstio hæc ex veteri et nouo testamento illustratur. n. 9. sqq.

Christiani primæui abhorruerunt a pœna capitali. n. 11.

Ex quo principio clerici quemquam in crimine capitali accusantes vel condemnantes fiunt irregulares, n. 12.

et intercessiones clericorum ortæ sunt, n. 13.

quarum abusus legibus codicis coercetur. n. 14.

Legibus Germaniæ pœna pecuniaria in homicidas statuta est, n. 15.

ab episcopis in conciliis approbata. n. 16.

In dubio in criminalibus mitior pœna eligenda est. n. 17.

Aetas minorennis excusat in delictis, n. 18.

vt et pœnitentia, n. 19.

ac stupiditas. n. 20. 30.

Princeps absque causis stringentibus, præsertim in homicidio doloso, dispensare non debet. n. 21.

Iudici ordinario, vt ministro legum, potestas dispensandi in delictis capitalibus non competit. n. 22.

Dolus in delictis ex concurrentibus circumstantiis colligendus est. n. 23.

Crimen veneficii ad atrocissima delicta refertur. n. 24.

Crimen veneficii in sponsum commissum parricidio æquiparatur, n. 25.

et pœna eius exasperatur. n. 26. 27.

Minores etiam pœna capitali puniuntur, si de dolo constat. n. 28. 29.

Seductio in delictis atrocissimis non excusat. n. 30.

Decisio. n. 32.

1 Hat die Bambergin in Güte gestanden, daß sie ihren Bräutigam Johann Lorentz Hagen vorsetzlicher Weise mit Gift ums Leben gebracht, und sich dazu von dem Corporal Becker, in Hoffnung künftiger Ehe, verleiten lassen, dahero ihr von dem hiesigen Königlich Preußischen Schöppen-Stuhl das Schwerdt zuerkant, solcher Spruch auch von dem Schöppen-Stuhl in Leipzig auf anderweit geführte defension bestätiget worden, worauf die gedachte inquisitin durch ihre Mutter um Begnadigung demüthigst angehalten, und daß ihr in Ansehung der Jugend, blöden Verstandes, auch daß sie zu solcher Missethat verführet worden, die Todes-Straffe erlassen, und solche in eine gelindere verwandelt werden möge, ansuchen lassen, und dann S. Hochfürstl. Durchl. zuförderst darüber unser Bedencken begehret:

2 **Ob ohne Gewissens-Verletzung die Begnadigung und Verwandelung der Todes-Strafe in eine harte Zucht-Haus oder andere** extraordinaire **Straffe verwandelt werden könne?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol zuförderst hiebey die præiudicial-Frage zu erörtern:

Ob nach der Heiligen Schrift und also salua conscientia bey dergleichen Mord-Thaten ein Landes-Herr zu dispensiren, und die Verwandelung der Todes-Straffe in eine pœnam extraordinariam zu thun befugt sey?

4 Welche præiudicial-Frage zwar vielen difficultæten unterworfen, doch nicht zu leugnen, daß solche von bewährten theologis und ICtis affirmative decidiret, und die facultas dispensandi dem Landes-Herrn nicht schlechterdings abgeschnitten worden, wie solches unter andern aus des seligen D. IOANNIS HENICHII responso theologico

apud THOMASIVM *de iur. aggrat. principis eumgel. in causis homicid. p. 41.*

LVDOVICI *in not. ad consilt. criminal. carol. in f.*

erhellet, und mit mehrern von andern erläutert und ausgeführet,

HANNEKENIG *de iure gratiæ princip. christiani in reos noxæ capitalis.*

THOMASIVS *cit. dissert. cum ibi subi. responsf. facultat. iurid. Hall.*

IO. WILHELMVS ENGELBRECHT *de iur. pœnar. capital. in homicid. c. 3.*

5 absonderlich aber dabey beobachtet ist, daß die pœnæ speciales und deren Bestimmung überhaupt ad leges rerum publicarum forenses gehören, dergleichen gleichwol vor Anrichtung der jüdischen republic in der Heiligen Schrift nicht concipiret werden können, und wenn gleich ante diluuium republiquen gewesen, dennoch, his per diluuium destructis, mehr als zu gewiß ist, daß zu der Zeit, da Noa aus dem Kasten gegangen, keine gewesen, und noch so bald keine wieder entstanden, diesemnach die in der Heil. Schrift *Gen. IX. 6.* vorkommende 6 Worte: **Wer Menschen-Blut vergeußt, des Blut soll wieder durch Menschen vergossen werden**, dahin nicht wohl gezogen werden mögen, angesehen daselbsten v. 4. zuförderst verboten, das Fleisch der Thiere nicht zu essen, so noch in seinem Blute lebet, welches insgemein übergangen, und darin nicht gedacht wird, daß wenn das folgende ad legem uniuersalem gehören solte, auch das vorhergehende dahin gezogen werden müste, weil beyde miteinander connectiret sind, und aus dem ersten Gelegenheit genommen ist, die Menschen vor der Vergiessung des menschlichen Blutes auf das nachdrücklichste zu warnen, und die Würde nebst dem Vorzug derselben vor allen Creaturen dadurch an den Tag zu legen, weil GOtt den Menschen zu seinem Bilde gemachet, und wer sich daran durch den Mord vergreiffen solte, die Rache GOttes dergestallt über sich laden würde, daß sein Blut wieder vergossen, und er keines natürlichen Todes sterben solte; welche Erklärung aus den eigentlichen Worten *Gen. IX.* 7 *v. 5. 6.* abzunehmen, in welchen GOtt, was er über dergleichen Todtschläger verhängen, und selbsten auch durch Menschen exequiren wolle, klärlich andeutet, da er saget:

Denn ich will auch eures Leibes Blut rächen, und will es an allen Thieren rächen, und will des Menschen Leben rächen an einem ieglichen Menschen, als der sein Bruder ist. Wer Menschen-Blut vergeußt, des Blut soll auch durch Menschen vergossen werden.

Welche Worte sehr nachdrücklich die erfolgende Straf-Gerichte GOttes und das ius talionis diuinum, seu factum ipsius Dei andeuten, und zu erkennen geben, daß auch GOtt andere Menschen zum Werckzeuge seiner Rache gegen einen solchen Todtschläger gebrauchen wolle, damit ihm wieder vergolten werde, was er freventlich an andern ausgeübet, oder, wie es VETABLVS in comment. ad *Gen. IX. v. 6.* 8 erkläret, in homine, und folgende explication dazu thut: Rectius mihi exponere videntur, qui hac particula: *in homine* sceleris atrocitatem exprimi volunt, quod quisquis hominem occidit, sanguinem et vitam fratris sui haurit in ipso. Hoc versu homicidis mortem denunciat, quomodocunque moriantur, siue iussu magistratus siue a quocunque aliunde misso a Deo carnifice, welches auch *David in Ps. LV. v. 24.* anzeiget mit diesen Worten: **Die Blutgierigen und Falschen werden ihr Leben nicht zur Helfte bringen**, dergestalt, daß hier nicht de lege magistratui vel patribus familias, extra republicas viventi-

ventibus primario præscripta et data gehandelt seyn kan, cum enim hæc lex lata, nondum constituta erant iudicia. Ita naturale ius talionis hic indicari verius,

H. GROT. *in comment. ad cit. l.*

wenigstens dieses so wenig, als der Befehl vom Blutessen der Thiere, pro lege ciuili et forensi vniuersali angenommen werden mag; welches auch mit der Erklärung CLERICI überein kommt. In tota Dei oratione quæuis pœnæ intelligi videntur, seu Deus eas per se, seu per alios inflígat. Nec ita intelligenda hæc verba, nisi ἐπὶ τὸ πολὺ, qualia plurima dicta apud sacros et profanos occurrunt scriptores. Homicidæ plerumque pœnas luunt cædis seu in iudicium manus incidunt, seu iusta Dei prouidentia violenta nece intereunt.

CLERIC. *in comment. ad Genes. IX, v. 6. in f.*

9 Uebrigens dabey gerne zugestanden werden kan, daß in denen angeführten Worten göttlicher Befehl sey, dennoch aber zu observiren, daß solcher allein darin bestehe: ne effundas sanguinem humanum. Die übrigen Worte aber wegen Ausübung der göttlichen Rache an Menschen und Thieren eigentlich keine verba legis præceptiua, sondern göttliche Dräuungen sind, dadurch Er die Ausübung seiner Rache mediate oder immediate an den Tag legen, nicht aber eigentlich die obrigkeitliche Strafe per legem æternam bestimmen wollen, welche auch die interpretes Hebræi nach des SELDENI Anzeige dergestalt verstanden haben. Zumal gedachter SELDENVS, nachdem er derer Juden Auslegung angeführet, davon also schreibet: Ita manifestum ex his interim est, illud in Genesi: Qui effuderit sanguinem hominis, per hominem sanguis eius effundetur, a magistris accipi non pro lege ita lata, vt vltimum supplicium sit necessario semper homicidii sceleri irrogandum, sed pro indicatione diuina atque expressa in sceleris odium ex designatione pœnæ grauissimæ, quam pro re nata administrationisque publicæ varietate fas esset humano generi præstituere irrogareque.

SELDEN. *de iure nat. et gent. lib. IV. c. 1. p. m. 481.*

10 Aus welchen denn richtig ist, daß allerdings ein præceptum iuris æterni sey, so GOTT allen Menschen ins Hertz geschrieben: ne occidas; die commination aber davon entfernet, und dem Uebel zugeschrieben werden müsse, so GOtt denen Mördern dräuet und welche er selbsten über ihnen unmittelbar oder mittelbar ergehen lassen wolle, dahero um destoweniger Grund hat, daß schon zu Adams Zeiten dergleichen Gesetze verhanden gewesen seyn müsse, zumal der Bruder-Mörder Cain aus der gesunden Vernunft das ius naturalis talionis wohl erkannt, und dictante conscientia sich selber, wie es ihm ergehen würde, das prognosticon gestellet; keinesweges aber daraus fliessen will, als wenn GOtt bereits zu Adams Zeiten einen legem positivam de occidendo homicida gemachet haben solle, wie denn Cain, als das Haupt seiner Familie, von keinem Richter, als welcher ermangelte, seine Worte verstehen könte. Im Gegentheil die loca im Neuen Testamente als *Matth. XVI, v. 52. Apoc. XIII, v. 10.* das ius forense iudaicum darlegen, da so wol CHRISTVS als IOANNES dieses Gesetz Warnungs-Weise anführen. Uebrigens aber Christi Sinn und Sanftmüthigkeit gegen die Menschen von dergleichen Straf-Gesetzen und dem Geist Elia sehr entfernet gewesen, wie Er selber anzeiget,

Luc. IX. v. 55. sqq.

und die Jünger selber Warnungs-Weise darzu anmahnet: Wisset ihr nicht, welches Geistes Kinder ihr seyd? Des Menschen Sohn ist nicht kommen, der Menschen Seelen zu verderben, sondern zu erhalten; woraus die ersten Christen selber den Schluß gefasset, daß die Todes-Strafen in republica christiana billig cessiren müssen, und was dabey angeführet zu werden pfleget, daß die Worte *Gen. IX. v. 6.* von keinem, als einem Richter, der das Schwerdt nichtumsonst führet,

Rom. XI. v. 4.

verstanden werden können, in dem Verstande, so oben angeführet ist, angenommen werden muß. Daraus aber nicht folget, daß schlechterdinges daselbst ein Gesetz der Obrigkeit vorgeschrieben sey, da vielmehr GOtt von seinen eigenen göttlichen Straf-Gerichten redet, und was er über einen Todtschläger, per quoscunque etiam homines, verhengen würde, anzeiget. Endlich um seine Straf-Gerichte desto fester den Menschen einzuprägen, und seinen Ernst dabey dazulegen, nochmals das vorige wiederholet: Wer Menschen Blut vergeüsst, des Blut soll durch Menschen und von wegen der Menschen wieder vergossen werden; welches bey solchen Umständen keine taurologie zu nennen. Ueberhaupt aber ja die interpretes darthun, 11 daß die Worte per hominem nicht einmal den wahren Verstand der Worte ausdrücken, sondern solche entweder in homine, wie VATABLVS oder propter hominem, seu propter hominis præstantiam, wie CLERICVS will, übersetzt, und daraus der Schluß gemachet werden muß, daß GOtt nochmals in den letzten Worten diejenigen Dräuungen, die in dem vorhergehenden befindlich, mit grossem Nachdruck zu erkennen und dabey zu verstehen gegeben, daß er propter præstantiam hominis das unschuldig vergossene Blut dem Thäter auf seinen Kopfe kommen lassen wolle, welche Erklärung auch dem Sinn der ersten Christen ganz gemäß ist, indem schon von andern dargethan worden, daß sie überhaupt einen grossen Abscheu vor allen Todtes-Strafen gehabt.

ARNOLD *in der Abbildung der ersten Christen, lib. V. c. 4.*

Daß daraus die bekandte Regul entsprungen: Ecclesia non sitit sanguinem, und ob sie wol die

die Todes-Strafe nicht schlechterdings verworfen,

TERTVLL. *de spectac. c. 19.*

dennoch dafür gehalten, daß es besser sey, wenn unter Christen alle Todes-Strafen cessiren möchten, da sie sagten: nobis nec homicidium videre fas est, nec audire; tantumque ab humano sanguine cauemus, vt nec edulium pecorum in cibis sanguinem noueri mus,

MINVCIVS FELIX *in octav. c. 30. in f.*

welches zwar den heydnischen modum exequendi pœnas crudelem mit, aber nicht allein berühret, wie die letzten Worte vom Bluteffen der Thiere darlegen, und dabey erkant, daß der Ort *Genes. IX. v. 6.* von den Straf-Gerichten GOttes anzunehmen sey. Ja LACTANTIVS selbsten diese bedenckliche Frage aufwirft: Quæro nunc, an possint pii et iusti homines, qui constitutos sub coitu mortis ac misericordiam deprecantes non tantum patiuntur occidi, sed efflagitant, ferunt que ad mortem crudelia et inhumana suffragia?

LACTANT. *lib. VI. c. 20.*

12 Welches er in genere von allen delictis capitalibus, und also auch de cæde hominis leugnet, und vermeinet, daß kein frommer und gottesfürchtiger Christ mit gutem Gewissen sein votum zum Todes-Urtheil geben könne. Wie dann von dieser Lehre noch übrig geblieben, daß, wenn iemals einer sein votum zum Todes-Urtheil gegeben, er ganz irregularis und zum geistlichen Amte untüchtig gehalten worden,

c. 10. X. de excess. prælat.

c. f. X. ne cler. vel monach. secul. negot. se immisc.

quod clericis illicita sæpe sint, quæ apud homines pro licitis habentur. Ita neque militare iusto licebit, cuius militia est in ipsa iustitia; neque accusare quemquam in crimine capitali: quia nihil distat, vtrumne ferro, an verbo potius? occisio ipsa prohibetur.

LACTANT. *lib. VI. c. 20.*

13 welches ferner die patres dahin gebracht, daß sie darin den genium antiqui nouique fœderis diuersum gesetzet und behauptet, daß denen Bischöffen und Geistlichen, non obstante rigore externæ iustitiæ, obläge, und derselben eigentliche Pflicht wäre, für alle Missethäter, auch so gar die Mörder, die unschuldig Blut vergossen, zu intercediren, und so viel an ihnen wäre, für die Erhaltung ihres Lebens alle Sorge zu tragen. Welches höchst strafbar und unverantwortlich gewesen seyn würde, wenn die pœna homicidii von ihnen als indispensabilis geachtet und angesehen worden wäre, allermassen denn AVGVSTINVS bey denen heimlichen Anklagen unterschiedlicher Donatisten, die gegen die Orthodoxen mit dem Schwerdt gewütet, und viele Unschuldige massacriret, ja vim publicam atrocissimam ausgeübet hätten, dieses argumentum hin und wieder sehr heftig treibet, und daß die intercessiones episcoporum dem genio noui fœderis gemäß wären, behauptet: nec ob aliud, quantum sapio, in veteri testamento antiquorum temporibus Prophetarum seuerior legis vindicta seruebat, nisi vt offenderetur, recte iniquis pœnas constitutas: vt, quod eis parcere, noui testamenti indulgentia commonemur, aut remedium sit salutis, quo peccatis parcatur, et nostris aut commendatio mansuetudinis, vt per eos, qui parcunt, veritas prædicata non tantum timeatur, verum etiam diligatur,

AVGVSTIN. *epist. 153. c. 16. tom. II. oper. p. 524. edit. Paris.*

IDEM *tom. V. serm 2. c. 2. p. 6.*

wie er denn in der gantzen Epistel 153. die intercessiones derer Bischöffe mit vielen argumentis iustificiret, anderswo solches auf die donatistas homicidii reos appliciret, und nachdrücklich saget: Imple iudex christiane pii patris officium; sic succense iniquitati, vt consulere humanitati memineris: nec in peccatorum atrocitatibus exerceas vlciscendi libidinem, sed peccatorum vulneribus curandi adhibeas voluntatem.

IDEM *epist. 133. c. 2. p. 369.*

Ja er so sorgfältig für diese Mörder ist, daß er so gar bey dem proconsule Apringio von seinem Todes-Urthel zu appelliren, sich kein Gewissen machet.

IDEM *epist. 134. in f. p. 397 seq.*

Wiederum bey dem proconsule MARCELLINO eben dergleichen treibet, und bittet, die execution nur so lange zu suspendiren, bis er dieserwegen sich erst bey dem Kayserlichen Hofe gemeldet, dabey er auch ein notables exemplum anführet und saget: Scio enim in causa clericorum Anaunensium, qui occisi a gentilibus nunc martyres honorantur, Imperatorem rogatum facile concessisse, ne illi, qui eos occiderant, et capti iam tenebantur, pœna simili punirentur.

IDEM *epist. 139. c. 2. p. 419.*

Welches gewiß sehr remarquabel, anbey aber offenbar ist, daß wenn die Väter durch ihre intercessiones der Todes-Strafe execution verhindert, sie sich selbsten der Blut-Schulden theilhaftig gemachet haben würden, wenn die pœna indispensabilis und iuris æterni gewesen.

conf. SOCRATES *lib. I. histor. eccles. c. 13.*

SOZOMEN. *lib. 7. c. 23. p. 601.*

14 Wiewol auch mannigmal die Geistlichen und Mönche hierin zu weit gegangen, daß sie so gar die zum Tode verurtheilete mit Gewalt zu befreyen gesuchet, welchem Verfahren billig durch scharfe Gesetze vorgebauet werden muste.

l. 6. C. de episc. audient. iuncta l. 29. C. de appellat.

l. 16. C. Theodos. de pœn.

15 dahero es auch geschehen, daß bey vielen Völckern, ohngeachtet sie zum Christenthum bekehret gewesen, auf die Todtschläger nur pœnæ pecuniariæ gesetzet sind

I. I.

L. L. Salic. tit. 43. vel. 44.
L. L. Ripuar. tit. 7. 9.
capitul. Carol. M. c. I. tom. I. apud BALVZ. *ad ann. 803. relatum a* GRATIANO *c. 27. C. 17. q. 4.*
L. L. Allemannic. tit. 68.
Concil. Tribur. de anno 895. c. 4.
BALVZ. *tom. I. lib. 5. capitul. 15.*

16 welchem die Bischöffe nicht allein nicht widersprochen, sondern auch so gar in denen conciliis sich darauf bezogen haben.

c. 26. C. 17. qu. 7.
REGINO *de disciplˑ ecclesˑ germ. lib. 2. c. 42.*

17 Woraus denn wenigstens dieses folget, daß die ersten Christen bey dieser Frage eine gelindere Meynung geführet, und dafür nicht gehalten, daß die homicidæ schlechterdinges wieder sterben müssen. Derowegen man um desto sicherer bey der Meynung de dispensabilitate huius pœnæ verharren kan, als ohnedem in dubio mitior sententia zu ergreiffen. Uebrigens bey gegenwärtigem casu auch iustæ causæ dispensationem suadentes vorzukommen scheinen.

18 Angesehen a) die inquisitin noch nicht einsten sechzehen Jahr alt gewesen, da sie dieses crimen begangen; bey welchem gar jungen Alter die via gratiæ um destomehr statt zu finden pfleget, indem sich bey ihr nicht hervorthut, daß die Bosheit das Alter erfüllet, vielmehr ihr die be-

19 gangene That so fort leid gewesen, sie sich selber angegeben, und alle Umstände ingenue und auf das genaueste bekant.

CARPZOV. *P. I. qu. crim. 18. n. 28. q. 193. n. 90.*
MEV. *consil. II. n. 98.*

20 Hiernechst b) ob sie gleich nicht emotæ mentis gewesen, dennoch die Zeugen vol. C. fol. 48. seq. vnanimiter deponiren, daß sie fast gar keine Gedancken gehabt, dabey sehr tumm und einfältig gewesen, daß man ihr alles vorschwatzen können, zumal sie in ihrer Jugend von der epilepsie grosse Beschwerde gehabt, welches auch die Medici eod. vol. fol. 69. 80. und 81. von ihrem temperament geurtheilet, und ihre Tummheit, und daß sie nichts überleget, bestättiget. Dahero denn dieses c) verursachet, daß sie um desto leichter von dem Corporal Becker sich gewinnen und verleiten lassen, ihren Bräutigam aus dem Wege mit Gifft zu räumen, wie er ihr angerathen, welches factum wir als wahr, nach dem von Ew. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit an uns ergangenen Bericht, annehmen, und man leicht begreifen möchte, wie ein so junges tummes Mädgen, bey welchem lubricum sexus, ætatis et iudicii prævaliret, sich so leicht von diesem Corporal, so ihr nachgegangen, habe verführen lassen können. Zumal sie ohnedem d) ihren Bräutigam Hagen nicht gerne heyraten wollen, ihn nichts geachtet, dennoch aber zu der Verlobung von ihrem Vater gezwungen worden, worüber sich nachgehends derselbe zu Tode gegrämet, wie vol. C. fol. 51. a. et b. die Zeugen deponiren;

Buhm. Consˑ Tom. III. P. I.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch alles, was wir bis- 21
hero von der dispensabilitate huius pœnæ capitalis angeführet haben, in thesi seine gute Richtigkeit hat, und wir nach unserer Einsicht nicht anders statuiren können, als daß nicht schlechterdinges ein vorsetzlicher Mord mit der Todes-Strafe beleget werden müsse; gleichwol überhaupt diejenigen, welche einem Landes-Herrn die dispensation in homicidio dolose verstatten, voraussetzen, daß dazu erhebliche und stringentes causæ vorhanden, die einige Gnade meritiren möchten, ohne welche alle Begnadigungen, absonderlich in homicidio dolose, für unrecht, und unerlaubt zu achten,

PVFENDORFF *de iur. nat. et gent. l. 8. c. 3. §. 26.*

cum facilitas veniæ nutrire soleat pestilentiam in subditis.

clem. 1. de celebr. miss.

Wir dahero, wenn wir in thesi die potestatem 22
dispensandi einem Landes-Herrn in homicidio dolose einräumen, solches nicht anders, als aus grossen erheblichen Ursachen verstehen, die doch aber so beschaffen seyn müssen, daß ein iudex ordinarius daraus an und vor sich selbsten auf keine mitigationem pœnæ nach denen regulis iustitiæ fallen können, als welcher vt minister legum stricte bey denen vorgeschriebenen Gesetzen verbleibet,

l. 11. pr. l. 13. de pœn.

es also in hypothesi und bey diesem sehr remar- 23
quablen casu bloß darauf ankommet, ob dergleichen wichtige causæ, welche ad dispensandum einen Landes-Herrn bewegen mögen, alhier bey dem veneficio præmeditato anzutreffen sind. Dabey dann absonderlich zu bedencken, daß alhier a) ein homicidium præmeditatum et dolosum vorhanden sey, indem die Bambergin freywillig und gantz eigentlich bekant, daß, als sie sich von dem Corporal Becker, ihren Bräutigam aus dem Wege zu räumen, verführen lassen, sie bey sich beschlossen, ihm Gift beyzubringen, zu solchem Ende sie an zweyen Orten Gifft zu kaufen, aber vergeblich, gesuchet, endlich solchen durch ihres Vaters Bekanten, unter dem listigen Vorgeben, als wenn ihr Vater es gegen die Mäuse gebrauchen wolte, erhalten, darauf ihren Bräutigam zu sich gebeten, Semmel gekauset, auf derselben Butter geschmieret, und das arsenicum hinein gethan, auch dergestalt ihm solchen beygebracht, daß er des andern Morgens davon verstorben; welches solche data sind, daß an dem gottlosen Vorsatz der Inquisitinnen gar nicht zu zweifeln. Dabey aber zugleich zu consideriren, daß dieses homicidium b) qua- 24
lificatum und ein veneficium sey, welches die Inquisitinne mit besonderer List ausgeübet, quod crimen sine dubio est grauissimum et atrocissimum, cum plus sit hominem occidere veneno, quam gladio

l. I. C. de malef. et mathemat.

et reus veneficii simul crimen proditionis committit, quod præcaveri nequit:

CARPZOV. *pr. crim. qu. 20. n. 12.*

Dahero auch eine schwerere Todes-Strafe darauf gesetzet ist.

art. 130. const. Carol. crimin.

25 Solches crimen aber c) dadurch noch vermehret worden, daß inquisitinne solches an ihrem Bräutigam, mit dem sie sich zu verheyrathen in procinctu gestanden, ausgeübet, welches einem parricidio nicht ungleich anzusehen,

l. 1. l. 3. l. 4. fq. ad L. Pompei. de parricid.

26 dergestalt auch aus diesem Umstande die pœna gladii exasperiret zu werden pfleget.

CARPZOV. *pr. crim. qu. 12. n. 44.*

Aus diesen dreyen besonderen Umständen aber es sehr bedencklich fallen will, die dictirte Todes-Strafe in eine andere extraordinariam zu verwandeln, und in tam atroci crimine die dispensation auszuüben, als welches zu vielen üblen consequentien Gelegenheit geben, und mit vielen öffentlichen Aergernissen verknüpfet seyn würde, vielmehr die Nothdurft erfordert, daß bey einem solchen grossen Laster ein Ernst

27 gezeiget werde. Welchem noch d) der vierdte Umstand hinzutritt, daß sie ihren Bräutigam bloß deswegen mit Gifft vergeben, weil ihr der Corporal Becker besser gefallen, und sie aus närrischer Liebe zu demselben dieses atrocissimum crimen begangen, dadurch aber zugleich ihre perfidiam gegen ihren Bräutigam an den Tag geleget, welches alles denen in rationibus dubitandi angeführten und zum Grunde gelegten causis dispensandi eine gantz andere Gestalt giebet; angesehen in atrocioribus criminibus

28 1) das angeführte Alter, da die inquisitinne zwischen dem 15 und 16ten Jahre gewesen, gar nicht in consideration zu ziehen, vielmehr denen Rechten nach darauf nur zu sehen, ob sie das vierzehente Jahr bereits erreichet, so gar, daß wenn sich unter solchem Alter ein sonderbarer dolus hervor thun solte, auch wol die Todes-Strafe erkant werden kan,

BRVNNEM. *cent. 4. dec. 4.*

29 dergleichen dolus aus der vorhergegangenen Ueberlegung und præparatorien, so zu Ausübung dieses criminis nöthig gewesen, bey der Bambergin sich hervor thut, anbey aber zu erkennen giebet, daß sie, da man ihr an zweyen Orten den Gift zu geben geweigert, auf eine recht listige Art es angefangen, durch ihres Vaters Bekanten den Gift zu bekommen, mithin

30 2) die angegebene Einfalt und stupidität nicht so beschaffen gewesen seyn kan, daß solche den dolum ausschliessen, oder einige veniam meritiren solte, welches auch die medicinische facultät hiesiges Ortes selbst geurtheilet, und aus denen angegebenen und in actis befindlichen datis dafür gehalten, daß sie pro mente capta nicht zu halten, sonsten aber ihr nicht einsten pœna gladii dictiret werden können. Dahero denn dieser angegebene defectus in rei veritate keinen Grund hat, vielmehr die Umstände darlegen, daß sie, einen ihr angenehmen und anständigen Bräutigam zu bekommen, diese Mord-That ausgeübet, es auch wohl geschehen kan, daß eine Person, welche sonsten in andern affairen nicht eben grossen Witz bezeiget, dennoch in Beachung Laster und Bosheiten klug genug ist. Wiewol die inquisitinne nicht einmal ex impetu quodam, sondern wie sie selbst vorgiebt, prævia deliberatione dieses grosse crimen begangen, und dabey solche Wege gebrauchet, welche kein anderer als verständiger erwehlen können, ohngeachtet sie nicht verstanden haben mag, daß die Butter bey dem Gift sich nicht gar zu wohl schicke, als welches einige Wissenschaft in re medica erfordert: noch weniger aber 3) die 31
Verleitung des Corporals Beckers ihr zu statten kommen mag, da sie wol gewust, verstanden und begriffen, daß dergleichen Mord-That höchst verboten und sträfbar bey, und in dergleichen enormen Laster die Verführung wenig excuiret, vielmehr der Umgang mit dem Corporal Becker das meiste wol zu diesem Mord beygetragen haben mag, als welchen sie sich, wenn ihr Bräutigam Hagen, aus dem Wege geräumet, eingebildet, und sie denselben zu heyrathen emschlossen gewesen. Endlich 4) zwar wol an dem ist, daß sie ihren verstorbenen Bräutigam ungern nehmen wollen, dennoch sich nicht eben finden will, daß ein absoluter Zwang dabey gebrauchet worden, sie auch gegen solchen, zu dergleichen lasterhaften extremitæt nicht greiffen, sondern sie eben so leicht, andere gute Mittel dagegen vorkehren können, als sie capable und klug genug gewesen, mit besonderer List die Erlangung des Gifts zu procuriren.

So erhellet aus diesem allen so viel, daß 32
zwar Ewr Hochfürstl. Durchl. das ius dispensandi in homicidio doloso an und vor sich selbst zustehe, iedoch in gegenwärtigem Fall kein zureichender Grund dazu vorhanden, auch die enormitæt der ausgeübten Veraistung erfordere, daß die exequirung der dictirten Strafe geschehe, und solche Gewissens halber in eine andere ausserordentliche Strafe nicht verwandelt werden könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPT. MDCCXXXV.

DECISIO

DECISIO CXX.

THEMA.

De iure principis circa deuastationem forestorum.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
In bonis allodialibus possessori liberrima competit dispositio. n. 2.
Forestorum deuastatio quænam dicatur? n. 3.
Bona fides, etiamsi quis fallatur, nihilominus excusat a pœna. n. 4.
Fatua causa excusat a dolo. n. 5.
In pœnis dictandis, ubi dubium occurrit, benignior sententia præferri debet. n. 6.
Princeps etiam in bonis allodialibus subditis liberam dispositionem et administrationem iusta ex causa restringere potest. n. 7.
Salus reipublicæ suprema lex est, et omni derogat iuri. n. 8.
Forestorum deuastatio a principe prohiberi potest, n. 9.
quod exemplis illustratur. n. 10.
Quæuis contrauentio legis pœnæ subiacet. n. 11.
Ignorantia legum, in diætis prouincialibus publicatarum, magis affectata et culpabilis quam excusabilis est. n. 12. 13.
Qui causam liti dedit, expensas ferre tenetur. n. 14.
Decisio. n. 15.

Auf eingewandte supplication und erfolgte Gesetze in Sachen Gotthard von B. Beklagten an einem, und des Fürstlichen fiscalis Klägern am andern Theil, erkennen ꝛc. auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Daß es der eingewanten supplication ohngehindert bey dem n. 14. befindlichen, und den 28. April 1714. erösneten Urthel billig verbleibet, Beklagten auch die expensas retardati processus nach vorgehender liquidation und erfolgter Mäßigung Klägern zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol Beklagter gegen das n. act. 14. befindliche Urthel, worin er in 50 Thlr. Strafe wegen unangezeigtes Holtzfällen condemniret ist, vorgestellet, daß sein Gut allodial sey, und er nach der Natur des Eigenthums dabey unumschrenckte Gewalt dasselbe zu nutzen, und also auch sein Holtz zu fällen, habe, er auch
3 um so vielweniger in eine Strafe genommen werden möchte, weil nach dem n. act. 3. befindlichen Bericht die geschehene Holtzfällung nicht zur Land-verderblichen Verwüstung des Holtzes, sondern vielmehr in der Absicht, sein Gut durch dessen Weeräumung besser zu cultiviren, geschehen, zumal die zur Besichtung deputirte Beamte berichtet, daß Beklagter noch Holtz genug bey seinem Gute behielte, auch die Fürstliche edicta pœnalia de anno 1702 und 1703 auf diesen casum nicht appliciret werden möchten, theils weil solche nur das Land-verderbliche deuastiren der Höltzer sub pœna zu verbieten scheinen, so doch hier nicht zu befinden, theils auch die possessores allodiorum zu weiter nichts, als nur, daß sie bey vorhabendem Holtzfällen eine Anzeige thun sollen, angewiesen, und ob gleich solche vom Beklagten unterlassen, dennoch die Strafe in dem edicto de
4 anno 1703 darauf gesetzet zu seyn scheinet, und ein possessor allodii von einem vasallo, der des Lehns-Herrn consens zuforderst suchen muß, hierin billig unterschieden werden muß. Allenfalls Beklagter sich auf bonam fidem gründet, und vorgestellet, daß bey ihm keine intention, gegen das Fürstliche edict zu handeln, gewesen, er vielmehr dafür gehalten, daß ihm dergleichen Holtzfällen zugelassen sey, bona fides autem, etiamsi quis fallatur, nihilominus excusat

HARPRECHT *vol. IV. responſ. 69. n. 88.*

nec pro eo, quod facientes tantum probabiliter sibi licitum credunt, pœna irroganda est.

CRAVETTA *conſ. 8. n. 31.*

5 Welchem noch beyzutreten scheinet, daß Beklagter bey geschehenem Holtzfällen von solchem edict nichts gewußt zu haben vorgegeben, also der Kläger um desto weniger Ursache gehabt, Beklagtem einigen contemtum des gedachten edicti, so auch nicht præsumirlich, zu imputiren, besonders da Beklagter in re licita versiret, und auch sonsten es heisset, quod etiam fatua causa a dolo excuset: es daher das Ansehen gewinnet als wenn er weder in pœnam noch expensas condemniret werden möchte, cum in
6 pœnis dictandis, vbi dubium occurrit, benignior sententia præferri debeat.

l. pen. D. de pœn.

BESOLD. *conſ. 134. n. 7.*

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch das anno 1702 publicirte edict, sowol gegen die allodial-Inhaber als vasallos eingerichtet, und die causa finalis desselben, welche zu Verhütung der Holtz-Verwüstung angesehen, bey allen und ieden Inhabern und Besitzern der Hölzer statt findet. Auch zu solchem Ende verordnet, und in dem neuen edict de anno 1703 ferner declariret worden, daß wenn in einer quantität Holtz gefället, und verkaufet werden solte, deshalb zuforderst die behörige Anzeige geschehen müsse, gleichwol Beklagter diesem zuwieder gehandelt, eine grosse quantität Holtz, ohne solches vorher anzuzeigen, fällen lassen, sich auch dabey mit der Freyheit seines Eigenthums nicht schützen mag, angesehen einem Landes-Herrn vermöge Landes-Fürstlicher Hoheit allerdings zustehet, zum Besten des Landes die freye disposition und administration des Eigenthums
8 zu restringiren, und zu verhüten, daß solches zum Nachtheil des Landes nicht gemißbrauchet werde, cum salus reipubl. suprema lex esse debeat, et omni deroget iuri.

STRYK *de salut. publ. c. 2.*

9 Absonderlich aber bey denen Holtzungen des Landes dieses zu observiren, als deren deuastation dem gantzen Lande unersetzlichen Schaden bringet, und daher um desto mehr die Holtzfällung einzuschrencken ist,

KLOCK *de ærario lib. 2. c. 2. n. 6 seq.*

PETR. FRIEDER. *de mandat. lib. 2. c. 39. n. 5 seqq.*

10 wie denn auch in allen wol eingerichteten republiquen vermöge des Forst-Rechts davon gewisse Landes-Ordnungen gemachet sind.

KNIPSCHILD *de ciuit. imper. lib. 2. c. 7. n. 44 seqq.*

MYLER *ab* EHRENB. *de stat. imp. l. 2. c. 73. n. 6.*

Hiernächst auch die vorgeschützten Einwürfe 11
Beklagtem nicht gäntzlich zu statten kommen mögen, anerwogen die declaration de anno 1703. nach dem ersten edict sich allerdings richten, und also auch unter der daselbst gesetzten Strafe verstanden werden muß. Darneben wenn gleich durch die Holtzfällung Beklagter keinen Landschaden gethan, dennoch er nicht leugnen mag, daß er die Fällung des Holtzes vorher nicht angezeiget, welches doch vermöge der angeführten edicten unter nachdrücklicher Geld-Strafe erfordert worden, und also genug ist, daß er solchen sich nicht gemäß erzeiget. Wie denn auch die vorgeschützte bona fides oder vielmehr credulitas ihn wol a dolo nicht aber a culpa excusiret, in übrigen auch nicht einstens beygebracht ist, die 12
vorgeschützte ignorantia des gedachtens Verbots aber um desto weniger zu præsumiren, da dieselbe auf dem Land-Tag, wozu auch Beklagter berufen worden, publiciret, und angenommen worden, und ein Land-Stand billig um dasjenige, was auf Land-Tägen geschlossen wird, sich bekümmern muß, wenn er gleich nicht gegenwärtig gewesen seyn solte, also diese ignorantia mehr affectata et culpabilis als excusabilis seyn würde, allenfalls er sich damit von aller culpa nicht excusiren mag. Dahero es 13
auch ohne Zweifel geschehen, daß die vorigen Urthels-Fasser nicht nach dem rigore des edicti de anno 1702 die Strafe, welche sonsten weit höher kommen seyn würde, determiniren, sondern vielmehr mit ihm gütiger verfahren, und überhaupt eine Strafe von 50 Thlr. dictiren wollen. Letzlich bey solchen Umständen Beklag- 14
ter auch wenig Ursache gehabt, sich wegen der condemnation in expensas zu beschweren, da er doch straffällig erkant, und zu der fiscalischen Klage Anlaß gegeben.

So haben wir nicht anders als das vorige 15
Urthel confirmiren mögen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.

DECISIO CXXI.

THEMA.

Num ius venandi ad regalia pertineat?

SVMMARIA.

Sententia et species facti. n. 1. 2.
Num ad acquirendum ius venandi requiratur inuestitura vel præscriptio immemoralis. n. 3. 5.
Actio negatoria locum habet, si quis ius suum augere intendit. n. 4.
Num ius venandi feras maiores ad regalia referendum sit? n. 6.
Si reus se fundat in iure singulari, ei incumbit probatio. n. 7.
Quatenus possessio liberet a probatione? n. 8. 18.
Ius venandi per se in specie in episcopatibus et archiepiscopatibus ad regalia non pertinet, n. 9. 11.

sed

sed ad communes fundorum reditus refertur. n. 10.

Ius venandi in fundis episcopalibus intelligendum est salvo iure nobilium in fundis propriis venandi, n. 12. 13.

Accedente præsertim possessione antiquissima. n. 14.

Libellus ita est explicandus, vti secundum principia iuris concipi debuisset. n. 15. 17.

Decisso. n. 19.

Auf angebrachte petitorien-Klage und erfolgte Gesetze in Sachen des advocati cameræ O. Klägern an einem, und weyland des G. von B. Erben Beklagten am andern Theil, erkennen ꝛc. ꝛc. auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht.

1 Dieweil Beklagter auf die petitorien-Klage sich eingelassen, und derselben nicht geständig, so ist Kläger den Grund seiner Klage und daraus fliessendes iuris prohibendi wie Recht zu erweisen schuldig, wogegen Beklagtem sein Gegenbeweis, Eydes-delation und andere Rechts-Nothdurft vorbehalten werden, ferner darauf zu beschehen was Rechtens ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Nachdem das possessorium wegen der in Streit gezogenen Ober- und Niederjagd geendiget, und Beklagter in der possession derselben geschützet worden, so hat Kläger wegen des Amts N. N. das petitorium angestellet. Ob
3 nun wol aus dem vol. III. befindlichen weitläuftigen libell erhellen möchte, daß 1) Kläger die negatoriam actionem vtilem angestellet, und seinen Grund der Klage darin gesetzet, daß er dem Beklagten die Gerechtigkeit, das hohe und niedrige Wild in denen 21. und in der Klage specificirten Dörfern zu jagen und zu schiessen, nicht gestehen könne, in dem er so wenig ein ius ex inuestitura, welche in generalibus terminis abgefasset, noch ex præscriptione immemoriali sich anmassen könne, zumal aus denen in possessorio ergangenen actis zu ersehen, daß Beklagter nicht ohne contradiction dieses Recht exerciret. Darneben 2) die Zeugen von keiner Gerechtigkeit etwas deponiren können, vielmehr das Gegentheil deponiren, daß die Edelleute nur die Meyerjagd zweymal des Jahrs zu exerciren befugt wären. Dahero 3) gebeten, daß Beklagter sich der hohen Jagd zu enthalten schuldig, und der Nieder-
4 Jagd des Jahres nur zweymal, als bey Graß und Stroh, zu exerciren befugt sey. Mithin die hohe Jagd in totum, die Niederjagd aber secundum quid dem Beklagten geleugnet, in welchen beyden Fällen die negatorien-Klage statt finden möchte, vtpote si quis ius suum augere intendit.

l. 14. pr. si serv. vindic.

5 Bevorab, da 4) aus dem vol. II. n. act. 219. befindlichen extract der B. Holtz- und Jagd-Ordnung nicht wenig aus denen n. 214 sqq. befindlichen Patenten erhellet, daß in denen Herzogthümern B. und V. die hohe Jagd ad regalia referiret sey, und dahero verordnet, daß welche sich derselben anmassen wollen, ihre competens zuförderst erweißlich machen müssen, und welche deren nicht erweißlich befugt sind, sich derselben enthalten solten. Ausserdem auch 5) 6
vieler Rechts-Lehrer Meinung nach die hohe Jagd überhaupt ad regalia zu rechnen; wenigstens die præsumtio iuris pro actore daraus militiren möchte, welche 6) würcket, daß der 7
Beklagte, der sich dabey auf ein ius singulare gründet, solches gebührend beybringen müsse, cum manifesti iuris sit, reo incumbere onus probandi. Bey welcher Beschaffenheit 7) de- 8
nen Beklagten die Meinung von der Freyheit in fundis propriis zu jagen, nicht zu statten kommen will, als welche an denen Orten, wo die Jagden ad regalia gezogen, nicht zu attendiren, noch weniger aber die in possessorio behauptete und erstrittene possession ihnen angedeyen möchte, quæ alias quidem possessorem liberat ab onere probandi, in negatoria tamen ei non prodest, cum fortior præsumtio reo possidenti resistat.

STRYK *de act. in vestig. sect. 2. m. 4. §. 4.*
IDEM *de necess. edend. tit. poss. c. 3.*
HERT. *de quæst. possid. prob. sect. 2. §. 7.*

Diesermegen es das Ansehen gewinnen will, als ob dem Beklagten der Beweis seiner Gerechtigkeit auferleget werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Hohe- und Nie- 9
derjagd an und vor sich selbst und an allen Orten, absonderlich in denen Ertz- und Bisthümern, ad regalia nicht gezogen sind, vielmehr aus denen Alterthümern Teutschlandes offen- 10
bar ist, daß die Jagden ad communes fundorum reditus referiret worden, und ob wol die Bischöfe in denen Stifts- eigenthümlichen 11
Feldern und Gehölzen mit denen Jagden und Wild-Bann versehen worden, und dieser eigentlich ad regalia zu ziehen,

STRYK. *in præs. ad* FRITSCHII *corp. iur. venat.*

dennoch daraus nicht so fort folgen will, daß durch das gantze Stift und auf denen adelichen Fluhren und Feldern, mithin in fundis alienis priuatiue dem fisco die Jagd zu stehe; allermassen aus denen alten diplomatibus erhellet, daß in denen Stiftern nur in denen ihnen assignirten eigenthümlichen Feldern und Holtzungen der Wildbann nebst der Jagd denen vormahligen Bischöffen zugeeignet worden.

BOEHMER *tom. V. iur. eccl. tit. de clerico venatore §. 2. et 3.*

Aus dem n. act. 213. befindlichen extract sich 12

auch nicht schliessen lässet, daß in denen Hertzogthümern B. und V. die hohe Jagd schlechterdings und vniuersaliter eine regale sey, sondern in so weit ad regalia zu ziehen, so weit vormals der Ertz-Bischoffliche Wildbann in fundis episcopalibus gegangen, welches aber saluo iure nobilium in fundis propriis venandi zu verstehen, denen in ihren eigenen Gründen von Uralten Zeiten die Jagden nicht verwehret, noch der Wild-Bann darauf extendiret worden, dahero nur in dem gedachten extract gar bedencklich stehet, daß an denen Orten, wo vor Alters Bischöffliche oder Fürstliche Gehege, das ist, der Wild-Bann, gewesen, solche wieder im Stande und mit gewissen Merckpfählen gezeichnet werden sollen, woraus aber ein vniuersale ius prohibendi in fundis nobilium propriis venationem nicht gezogen wer-
13 den mag. Absonderlich aber dabey mit klaren Worten versehen, daß bey welchem sich ein gegründeter Verdacht oder Zweifel, ob er die hohe Jagd sich anzumassen berechtiget sey, entstünde, derselbe seine competence und Befugniß dazu beybringen und beweisen solle; welches gestalten Sachen und Umständen nach auf den
14 Beklagten nicht zu appliciren, da derselbe bey so vielen vor sich habenden depositionibus testium eine uralte possess vor sich hat, und nunmehr in possessorio schlechterdings so lange geschützet worden, bis Kläger ein anders in petitorio ausführen würde, wodurch demselben bereits der Beweis seines iuris prohibendi auferleget ist, indem ohne Beweis die Ausführung nicht geschehen mag, und was dagegen in libello angeführet, noch zur Zeit nicht zureichen will, da alles schon in vorigen possessorien-actis angebracht, solches aber nach denen rat. decid. Helmstadiensium nicht zureichend erfunden ist, das petitorium, quod alias absorbet possessorium, zu instruiren. Dagegen dann die ratio-
15 nes dubitandi nichts verfangen, zumal ad 1) Kläger eigentlich sich in iure prohibendi gründet, dabey aber noch zur Zeit nicht dargethan, daß dem fisco das ius venandi maiores feras als ein regale vniuersaliter zustehe, und dahero mehr in dem principio, daß das hohe Jagd-Recht ein vniuersale regale sey, sein fundamentum agendi setzet, so Beklagter in duplica geleugnet, und solches zuforderst auszumachen ist, also mehr die confessoriam als negatoriam virtualiter angestellet, und der libell so zu erklären ist, wie denen Rechten nach geklaget
16 werden sollen; ad 2) aber die Zeugen nicht capable sind, von der Gerechtigkeit selbsten zu urtheilen, dahero dessen Ausführung dem Kläger in petitorio auszuführen vorbehalten, und was er ex actis prioribus deswegen beygebracht, für keinen rechtlichen Beweis anzunehmen, weil solches alles im letzten Urthel wol erwogen, aber zur Ausführung des petitorii nicht zureichend gehalten worden. Dahero wir, damit die Sache ordentlich geführet werde, auf Beweis und Gegenbeweis zu erkennen, uns gemüßiget befun-
17 den. Hiernächst ad 3) es doch richtig bleibet, daß sich actor in iure prohibendi gründet, und bekant ist, quod verba libelli in sensu iuris intelligi debeant, im Gegentheil ad 4) et 5) bereits dargethan, daß das hohe Jagd-Recht nicht schlechterdinges ad regalia in denen beyden Hertzogthümern gezogen werden könne, dieserwegen ad 6) Beklagter nicht so wol in iu-
18 re singulari, als in iure communi prædiorum sich gründet, und ad 7) durch das possessorium allen Verdacht von sich abgelehnet, vielmehr die præsumtion, daß ihm die Ober- und Nieder-Jagd in fundis propriis zustehe, vor sich habe, dieserwegen mit dem Beweise zu verschonen.

So sind Wir, wie geschehen zu erkennen be-
19 wogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXVI.

RESPONSVM CXXII.

THEMA.

Num princeps in determinandis alimentis vel dotalitio leges domus excedere possit?

De hoc themate actum est Responsi iur. eccles. II.

RESPON-

RESPONSVM CXXIII.

THEMA.

De pactis illustrium successoriis.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio de pactis illustrium successoriis validis. n. 2.
Iure Romano pacta successoria invalida sunt, n. 3.
licet iurata sint. n. 4.
Num nobiles immediati ea condere possint. n. 5.
Quatenus confirmatio domini territorii ad ea requiratur? n. 6. 22. 31.
Ius quæsitum nemini adimi, imo nequidem minui et grauari potest. n. 7.
Num pacta successoria per non-vsum vel contrarium vsum tolli possint? n. 8.
Conditione non impleta, obligatio deficit. n. 9.
Confirmatio nihil noui iuris addit, quam est in confirmato. n. 12.
Fideicommissa conuentionalia strictius interpretanda sunt. n. 16.
Pacta successoria inter familias illustres nobilesque in Francónia et Sueuia olim vsitatissima fuerunt. n. 17.
Exclusio filiarum a successione absque renunciatione pacto perpetuo in Franconia et Sueuia stabilita est. n. 17. 35.
Legibus Germaniæ filiæ a successione excludun-tur. n. 18.
Origo pactorum familiæ successoriorum cum exclusione filiarum recensetur. n. 19.
Pacta successoria illustrium ex iure Romano non sunt diiudicanda. n. 20. 21. sqq.
Ex geminatione grauissimi effectus nascuntur, inprimis ex ea certa et indubia voluntas colligitur. n. 24.
Pacta de successione quare iure Romano prohibita fuerint? n. 25.
Pacta priuata non possunt immutare ius publicum. n. 26.
Cur Germani pacta successoria approbauerint? n. 27.
Eiusmodi pacta ineuntur ad communis agnationis dignitatem, honorem et potentiam conseruandam. n. 28.
Nobiles immediati in condendis pactis successoriis ad ius Romanum non adstringuntur. n. 29.
Ius Romanum tantum in subsidium receptum est. n. 30.
Legitima filiabus tunc demum debetur, si iis ius succedendi competit. n. 32.
Iure Germanico legitima filiabus non debetur. n. 33.
Violationes legum et pactorum eam non tollunt. n. 34.
Si superstitum omissum est, actus inde non vatiatur. n. 35. 36.
Fideicommissum perpetuum vnde colligatur? n. 37. 38.
Verba **Erben und Erbnehmen** *omnes descendentes masculos denotant.* n. 39.
Fideicommisso perpetuo non obstat, quod alienationis prohibitio non fuerit adiecta. n. 40.
Alienatio bonorum, fideicommisso subiectorum, ipso iure nulla est. n. 41. 43.
In fideicommissis perpetuis succeditur iure proprio ex beneficio conditoris. n. 42.

1 Als derselbe uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen und einer Frage ꝛc. Haben in anno 1498 den 31. Jul. Ludewig Conrad, und Hanß sämtliche Gebrüdere des uralten Fränckischen immediaten Reichs-Adel Geschlechts deren von H. in Würtzburg mit Genehmhaltung und Einrathen ihres Vaters Conradi, Ritters und senioris von H. im Beyseyn dreyer Domherren ein pactum familiæ für sich und alle ihre Erben und Erbnehmen, ihren Namen, Stamm und Geschlecht von H. zu ehren und zu bestätigen, und so viel ihnen möglich, in ewige Zeit zu begründen, unter der zum fundament genommenen Reichs-Ritterschaftlichen observantz und Herkommen, dahin errichtet, daß wenn einer aus ihnen oder derselben Erben ohne männliche eheliche Leibes-Erben versterben solte, alsdann auf die anderen Brüder oder deren männliche Leibes-Erben alles des verstorbenen Güter und verlassene Habe, es wäre gleich Erbe, Eigen, Schloß, Lehn, Pfandschaft, Bahrschaft, Geld, Schuld, fahrende Habe, bewegliche und unbewegliche, actiones, Dienst oder anderes dergleichen, wie das Namen haben mag, nichts davon ausgenommen, erblich fallen und werden solle, und zwar mit dem Beding, daß auf solchem Fall der verstorbenen ehelichen Kindern, ihren verlassenen Töchtern, nach gemeiner Landläufiger Gewohnheit der Ritterschaft in Francken, ein ehrlich Heurahts-Gut gegen Verzicht aller Väterlich Mütterlich Brüderlich und Schwesterlicher Erbschaft gegeben werden solle. Welchem nach sie dieses pactum familiæ nach der in extenso beygefügten Abschrift sub A. nicht allein mit einem cörperlichen Eyde beschwo-

ren, sondern es hat auch derselben Vater Conrad, Ritter und senior von H. solches in seinem anno 1500 errichteten testament nochmals sub B. confirmiret, und nicht minder in eben diesem Jahre des mit conditoris Conradi iunioris Sohn, Bernhard von H. solche errichtete Erbeinigung für sich und seine Erben, sub C. steif und fest zu halten Endlich bekräftiget. Haben nun hierauf in conformität dieser Erbeinigung die beyden Gebrüdere Ludwig und Conrad iunior von H. ihres ohne männliche Erben verstorbenen Bruders Hanßen von H. als Mitconditoris dieses pacti successorii gantze Verlassenschaft anno 1507 völlig unter sich getheilet, und dessen hinterbliebenen Töchtern, Margarethen und Annen von H. von denen Gütern lediglich gar nichts, sondern nur etwas an Gelde, iedoch über die summam des fideicommissi gegen eydliche Verzicht und Absag aller H. Güter gegeben, dabey sich abermal an Eydes statt, mithin zum drittenmal, verbunden, die eingegangene Erbeinignug in allen Stücken, Puncten und Artickeln zu halten und solche nicht zu verletzen, iedoch aber in nachfolgenden Zeiten ein und andere descendenten derer conditorum obgemelter Erb-Vereinigung durch angemassete Vergleiche contraveniret, und derselben zuwider einige H. Güter Anfangs auf das weibliche Geschlechte, und so nach diesem gantz extra familiam H. veräussert, immassen weyl. Herr Moritz, Bischof zu A. des Geschlechts von H. als Unterhändeler zwischen Ludewigs von H. iunioris beyden Töchtern, Margarethen und Sabinen, so dann des Ulrichs von H. einzigen Sohn Conrad und desselben Tochter Eva von H. einen Vergleich dahin errichtet, vermöge dessen der Sohn Conrad alle Ritter- und Mann-Lehn allein behalten, hergegen alle liegende eigene Güter auf zwey Theile unter des Ludewigs und Ulrichs obige vier Kinder, (darunter doch nur ein Sohn gewesen) vertheilet werden sollen, nach welchen also die H. fideicommiss-Güter samt eigenen Gütern und Gefällen auf der Margarethen und Sabinen Ehe-Herrn, S. und St. gekommen, und von diesen weiter extra familiam H. veralieniret worden, auch unter den 4. Nov. an. 1569 Bernhard von H. ohne seines Bruders Ludwigs von H. Einwilligung und ratihabition, vielmehr mit dessen Widerspruch und solenner protestation zu K. sich angemasset, mittels eines Vergleichs der Eva von H. als Veit von L. Ehe-Consortinnen, des H. fideicommiss-Gut I. dem beschwornen fideicommiss entgegen zu cediren. Hat aber eben dieser Bernhard und dessen Bruder Ludewig von H. nachhero selbsten in foro competente Klage erhoben, um diese gegen das von ihren Vorelteren beschworne fideicommiss extra familiam H. veräusserte unbewegliche Güter zu revociren, welcher Proceß auch bis daher fortgeführet, und dann dabey gefraget worden:

2 **Ob das von denen uralten adelichen Reichs-immediaten Geschlechts in Francken, drey H. Gebrüdern, Ludewig, Conrad und Hanß mit consens und Anrathen ihres Vaters Conradi, Ritters und Senioris von H. a. 1498 errichtete pactum successorium sub lit. A. für gültig und pro fideicommisso perpetuo familiæ zu achten?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol 1) in dem pacto familiæ iurato sub A. ein förmliches pactum successorium vorhanden, so denen Römischen Rechten nach keinen Bestand hat, 3

l. f. C. de pact. l. 5. C. de pact. convent.
l. 3. C. de collat.

wann es gleich eydlich bestärckt seyn solte, cum bonis moribus contrarium esse dicatur, 4

l. 29. §. 2. de donat. l. 4. C. de inutil. stipul.

Allermassen 2) wenn gleich einige dergleichen pacta inter illustres, qui superioritatem territorialem habent, zuliessen, dennoch solches auf die nobiles immediatos nicht gezogen werden könte. Allenfalls aber 3) dabey die confirmatio domini territorii, wenn nobiles mediati dergleichen eingehen solten, oder imperatoris, ratione immediatorum erfordert würde, so gar daß auch dergleichen bey denen Reichs-Ständen einige angerathen und für sichrer gehalten. 5 6

CARPZ. *P. II. Const. 35. def. 25. n. 15 sq.*
IDEM *de pact. confirat. c. 2. §. 33. n. 155 sq.*
STRYK *de succ. ab int. diss. VIII. c. 7. n. 11.*

An welcher confirmation, quæ instar dispensationis contra ius commune est, es allhier ermangelt, so hier doch 4) um desto nöthiger gewesen seyn möchte, als so gar denen Töchtern in dem quæstionirten pacto die legitima genommen werden wollen, darauf doch dieselbe ex iure communi ein ius quæsitum haben, vt nullo modo iis adimi, imo nequidem minui aut grauari queat. 7

l. 30. pr. l. 32. C. de inoff. testam.

Dahero es auch 5) vermuthlich geschehen, daß es nach der angeführten facti specie unter denen interessenten selbsten nicht einsten gehalten, und dagegen allerhand contrauentiones vorgenommen, auch in solchen denen Töchtern ein weit mehres, als nach der Erbeinigung sich gebühret, accordiret und gegeben worden, dergestallt per non-vsum vel potius vsum contrarium ausser aller Verbindlichkeit gesetzet worden, bevorab da auch 6) die vorgeschriebene forma, daß die H. Töchter gebührenden Verzicht thun solten, tanquam conditio adiecta, nicht observiret sey, conditione autem non impleta, obligatio deficit. 8 9

l. 44. pr. et §. 3. l. 55. de condit. et demonstr.

Ja 7) solche überflüssig gewesen, wenn das fideicommissum familiæ perpetuum sonsten seinen Bestand gehabt hätte, dessen Gegentheil 10

man

man aus solchem pacto adiecto sehen kan, und ob gleich 8) einige renunciiret, dennoch solches aus Freyheit, und nicht aus Verbindlichkeit, und zwar bloß in Ansehen ihrer Brüder, geschehen. 11) Uebrigens wenn 9) allenfalls das pactum sub A. Bestand haben solte, es das Ansehen gewinnen will, als wenn aus der H. Erbeinigung nichts weiter zu schliessen sey, als daß die drey paciscirende Brüder sich bloß mit einander, wie sie ein ander erben wolten, verglichen, nicht aber auch den Vergleich mit darhin gerichtet, wie solches bey ihren descendenten männliches Geschlechts, und zwar in perpetuum, gehalten werden solte; gestalten weiter niemand zu ihren Gütern und Vermögen darinnen vociret worden, als sie und ihre Söhne, von dieser Erben aber oder deren Guth, und von wem solches in casu deficientium masculorum geerbet werden solte, nichts verordnet worden. Wie denn 12) auch 10) sowol das väterliche Testament, als die von Bernhard von H. geschehene confirmation weiter nichts, als was in pacto successorio enthalten, in sich halten, und solches schlechtweg bestätigen möchte. Confirmatio autem nihil novi iuris addit, quam est in confirmato.

c. 13. c. 29. X. de priuil.

13 Anerwogen 11) in dem gedachten testamento Conradi senioris nirgends eines fideicommissi perpetui, und einiger succession des männlichen Geschlechts derer von H., und daß solche Güter beständig bey denenselben bleiben, und niemals veräussert werden solten, oder auf die Töchter und deren nepotes vel abnepotes nicht kommen könten, nicht gedacht sey. Und ob wol in dem pacto successorio derer Erben und Erb und Erbnehmen gedacht worden, dennoch dabey eingewandt worden, daß solches bloß von derer paciscentium liberis zu verstehen sey. Dahero auch 12) der Mit-conditor Hanß von H. sieben Jahr darnach ein Testament gemachet, und da er keinen Sohn gehabt, seine Tochter zu seinem vniversal-Erben eingesetzet, sich auch die compaciscentes, nachdem sie das Testament aus dem pacto successorio angefochten, sich mit ihr verglichen, und ihr 3750 Gülden, und also weitmehr, als ihr nach dem Vergleich zugekommen, zugestanden, also dieselbe wol gewust und erkant haben müssen, daß das pactum nur auf die Söhne gegangen. Welchem Exempel zu folge 13) der ältere Bruder Ludovicus bey Verheyrathung seiner Tochter über den ordentlichen dotem seinem Tochter-Mann auf Abgang seiner Brüder ohne männliche Erben noch 4000 Gülden weiter versprochen; welches er nicht thun können, wenn er ein ewiges fideicommissum familiæ en faveur des männlichen Stammes errichtet hätte. Welchem allen noch 14) der E. und K. Vergleich hinzutrete, nach welchem ebenfalls so wol an Gütern, als Gelde, dem weiblichen Geschlechte weit mehres überlassen sey, als was sich nach dem pacto successorio gebühret, deren Erben 15) auch schuldig wären diese Vergleiche zu halten; zumal transigens Bernhard von H. bey nachhero mit seinem Bruder George Ludewig aus dieser Erbeinigung angestelleten Klage sich erkläret, den K. Vergleich zu halten schuldig zu seyn, also auch dessen Nachkommen, dessen factum zu halten, gehalten seyn möchten; bevorab 16) da dieselbe von dem vltimo defuncto etwas bekommen. Uebrigens ob wol 17) Georg Ludewig von H. als nachheriger Kläger in seiner Abwesenheit, und da er noch minorennis gewesen, gegen diesen K. Vergleich coram Notario et testibus protestiret, dennoch er unterlassen, intra quadriennium dagegen restitution zu suchen, so er doch nicht gethan, sondern erst vierzehen Jahr darnach geklaget, auch dasjenige, was loco transactionis von denen H. Gebrüdern angenommen worden, dem Gegentheil zu restituiren nicht offeriret worden. Endlich 18) wenn gleich ein fideicommissum perpetuum familiæ errichtet seyn solte, es dennoch das Ansehen gewinnen will, als ob solches nicht weiter gehen könte, als was Conradus senior in seiner Verlassenschaft nachgelassen, nicht aber was von Ludewig iunior und andern descendenten acquiriret worden wäre, zumal hier ein fideicommissum conuentionale vorhanden, welches weit strictius als eine im letzten Willen verfassete Verordnung anzunehmen und mehr stricte als late zu interpretiren.

c. 6. in f. X. de donat.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) dergleichen Erb-Vereinigung inter familias illustres nobilesque in Teutschland, absonderlich unter der unmittelbahren Reichs-Ritterschaft in Francken, Schwaben und an dem Rhein von uralten unfürdencklichen Jahren gantz gewöhnlich und dergestallt hergebracht sind, daß die itztgedachte unmittelbare Reichs-Ritterschaft dieserwegen in anno 1653 den 12. Febr. in einem perpetuo pacto dieses en general erkant, und deswegen von neuem bestätiget, sich zu dieses Rechts Festhaltung einmüthig verbunden, und denen Töchtern die beständige renunciation aufgeleget, so daß, wenn sie auch aller und ieder successioni domesticæ nicht renunciireten, es doch gehalten werden solte, als wenn sie renunciiret hätten, wie dieses pactum unter vielen andern anführet

HARPRECHT *de success. fil. nobil. renunc. ex testam. in fin. ad respons. 1.*

diese Gewonheit und uraltes Herkommen auch, 2) ewige Erb-Vereinigung in den Familien absonderlich unter Brüdern zu stiften, einen richtigen Grund hat, da aus denen uralten Zeiten und dessen Gesetzen in Teutschland die Töchter von aller succession unter denen vom Adel ausgeschlossen, und mit einiger Ausstattung befriediget sind,

lex Salic. tit. 62. §. 6.
lex Ripuar. tit. 56.
lex Sax. tit. 7. §. 1.

wornach sich viele andere Völcker beständig gerichtet

richtet haben, wie solches mit mehrem dargethan ist

in consil. Hallens. tom. II. n. 124. p. 2067 sqq.

in Teutschland aber in seinem beständigen Gebrauch geblieben, und denen Töchtern nur der Zugang zu denen Gütern in Abgang des Manns-Stamms übrig gelassen worden, wie noch das im XIII. seculo verfassete Sächsische Land-Recht anzeiget,

lib. 1. artic. 17.

und das Brehmische Ritter-Recht *tit. 1. et 2.* bestätiget, so daß vormals keine pacta successoria und Erb-Vereinigungen unter denen Geschlechtern noch renunciation derer Töchter nöthig gewesen, sondern die Töchter ipso iure von aller successiion ausgeschlossen worden. Gleich-
19 wol 3) sich in denen Zeiten, da das Römische Recht hin und wieder in Teutschland eingeschlichen und in einigen Gebrauch gekommen, solche Umstände und erregte Irrungen sich ereiget, welche die Adeliche Familien genöthiget, alle Gegenverfassungen gegen solche aus diesen fremden gebrauchten Rechte entstandene Verwirrungen zu machen. Aus welcher Absicht 4) ohne Zweifel geschehen, daß man nicht allein in seculo XIII. auf die conseruation der Teutschen Rechte gegen das damals bereits einbrechende fremde Recht, wovon die diplomata dieses seculi genugsame Nachricht geben, bedacht gewesen, und dahero die teutschen Rechte in denen beyden seculis zusammen getragen und aller Welt vor Augen geleget; sondern auch, weil diesem ohngeachtet die Römischen Rechte, so den Teutschen in diesen und andern Materien gantz zuwider, immer weiter eingedrungen, die vornehmsten Fürstlichen Gräflichen und Adelichen Familien diese Vorsicht gebrauchet, daß sie sich unter einander pro conseruandis iuribus patriæ durch Verträge und pacta verbunden, und dasjenige, was iuris Germanici bey denen Adelichen Familien von uralten Zeiten gewesen, beyzubehalten, und dem Einbruche des ihren Familien schädlichen fremden Rechtes einen Riegel vorzuschieben, nöthige sorgfalt getragen, welches mit desto mehrerem Rechte geschehen konte, weil durch kein allgemeines Reichs-Gesetze das Römische Recht bestätiget, sondern durch einen gar zu gressen Mißbrauch derer Rechtserfahrnen, die aber in den Teutschen Satzungen wenig erfahren gewesen, überall bloß vorgedrungen, und dadurch eine grosse collision zwischen beyden erreget, dadurch aber zugleich eine summam iurium incertitudinem zuwege gebracht, welcher nicht anders als durch dergleichen pacta und Erb-Vereinigungen vorgebauet werden können, welche deswegen bey denen meisten vornehmsten Adelichen Familien noch heute zu Tage anzu-
20 treffen sind. Und deswegen 5) nicht zu verwundern ist, daß die drey Gebrüdere bereits anno 1498 die Erb-Vereinigung sub A. auf Zureden und mit Rath ihres Herrn Vaters Conradi senioris errichtet, in welcher, wie in allen übrigen, nichts denen teutschen Gesetzen zuwider, sondern vielmehr was deren beständigen Ausübung und Beybehaltung gemäß war, verordnet, und dahero in diesen und allen übrigen pactis die conseruatio iuris Germanici, contra peregrina iuris Romani principia, allein intendiret worden; diesemnach um desto mehr attention und auctorität meritiret, als dadurch die iura domestica aufricht gehalten, der entstandenen Ungewisheit und Verwirrungen vorgebauet, und der splendeur der Familien dadurch beybehalten, nirgends auch verboten gewesen ist, die alten Gesetze durch beständige Verträge bey denen Familien zu conserviren, vielmehr dieses das einzige Mittel gewesen, ohne welches ihre gute Absicht nicht erreichet werden können, und dahero diese Erb-Vereinigungen von denen bewährtesten Rechts-Lehrern, so sich nicht allein wie billig durch die Römischen principia leiten lassen, gegen alle Einwürfe behauptet sind

MYNSING *cent. III. obs. 26.*

GAIL *lib. II. obs. 26.*

BOEHMER *tom. I. consult. et decis. P. 2. arg. 45 sqq.*

consil. Hallens. cit. I. p. 2084 sqq. vbi plures adducti.

sogar 6) daß auch nicht wenige gewesen, die diese 21
Erb-Vereinigungen aus des Römischen Rechts principiis behaupten wollen,

HARPRECHT *de fideicommiss. conuent. §. 8. et sqq. et inprimis magno numero §. 12. allegati.*

Welcher man sich aber hier eben nicht bedienen darf, da man nun einen näheren Grund in denen angeführten Teutschen alten Rechten hat, welche weit mehr diese Erb-Vereinigung, als das Römische Recht, bestätigen. Und dahero um destomehr solches, sine vllo præiudicio causæ, zurück gesetzet werden kan, als man hierbey an dessen principia, conseruato hoc modo iure Germanico, nicht gebunden ist.

BOEHMER *de pact. famil. illustr. ad fideicommiss. inclin.*

Woraus denn auch 7) von selbsten folget, daß 22
weil diese pacta nur dasjenige, was von uralten Zeiten in Teutschland sonsten Rechtens gewesen, bestätigen, und gegen dasselbe nichts einführen, keine confirmatio imperatoris vel alius superioris nöthig sey. Anerwogen diejenigen, so das Gegentheil behaupten wollen, zum Grunde setzen, als wenn das Römische Recht allein pro principio regulariuo angenommen werden müsse, und was dem vermeintlich zuwider, nicht anders als præuia dispensatione principis gültig gemachet werden könne; welches dennoch nicht allein sehr irrig, sondern auch bereits dargethan ist, daß diese pacta denen Teutschen Rechten gantz gemäß sind, und nichts mehr in sich halten, als was ohnedem Rechtens, und man nicht schuldig ist, sich das Römische Recht, wenn es diesen principiis zuwider seyn solte, aufdringen zu lassen, welches auch so gar, suppositis principiis iuris Romani, mit vielen andern behauptet haben.

HARPRECHT *de fideic. conuent. §. 20.*

BOEH-

BOEHMER *tom. I. conf. et decis. P. II. arg. 46. n. 35 sqq.*

23 Bey diesen Umständen also es lediglich 8) darauf ankommen wird, ob die an. 1494 errichtete Erb-Vereinigung unter denen dreyen H. Brüdern für ein recht beständiges und ewiges pactum successorium zu halten sey, daß dagegen nichts vorgenommen, sondern alle attentata für zu Recht nicht beständig gehalten werden müssen; welches nicht allein aus denen bisherigen Gründen ohne allen Streit ist, sondern auch aus der rühmlichen Absicht derer dreyer pacis-centium erkannt werden mag, als welche mit grossem Vorbedacht

mit rechtem guten Willen und Wissen, aus rechter brüderlicher Treue, auch Rath, Wissen und Willen ihres Herrn Vaters,

diese ewige Erb-Vereinigung geschlossen und bestätiget, und zwar mit diesem sehr notablen Ausdruck:

Unsern Namen, Stammen und Geschlecht der H. zu Ehren, und so viel als möglich ist, in ewige Zeit zu bevesten und zu gründen.

Zu welchem Ende sie für sich und ihre Erben und Erbnehmen sich vereiniget, und mit etlichemal geschehener Wiederholung dieser formul alles bewilliget haben, daß der Manns-Stamm allein Erben, die Töchter aber, nach Maßgebung des alten Teutschen Rechts, davon ausgeschlossen, und mit einer Ausstattung, wie hergebracht gewesen, abgefunden werden sollen. Dadurch sie also intendiret haben, das alte Teutsche Recht zu ewigen Zeiten bey der Familie derer von H. zu conserviren, und dahero der Gewohnheit der Rechte des Hertzogthums Franckens gedächt haben, weil eben darin das alte Teutsche Recht bey denen adelichen Familien noch conserviret und beybehalten ist, wie das gleich im Anfang allegirte pactum zwischen dem unmittelbaren Reichs-Adel de anno 1653 bestä-

24 tiget. Sie auch 9) nicht allein unter sich diese Erb-Vereinigung endlich bestärcket, und unterschrieben, nicht weniger ihr Herr Vater zu mehrerer Bestätigung approbiret und subscribiret, auch in seinem Testament sub B. anno 1500 nochmals wiederholet, sondern auch Conradi iun. Sohn Bernhard in ietztgedachtem Jahr solche eydlich bekräftiget, und sich dazu, wie alle Erben und Ernehmen, schuldig bekant hat, daß also eine dreyfache Befestigung dieser Erb-Vereinigung hier anzutreffen ist, eo maioris virtutis, quod ex geminatione tali grauissimi effectus nascantur, et inprimis certa et indubia voluntas colligatur.

BRVNNEM. *conf. 162. n. 163.*
MEV. *conf. 103. n. 24.*
KLOCK *tom III. conf. 149. n. 216.*

25 Welches alles 10) um desto mehr befestiget werden wird, wenn denen rationibus dubitandi abgeholfen und solche aus dem Wege geräumet sind, so ohne grosse Schwürigkeit geschehen kan. Angesehen ad 1) nicht alle pacta successoria dem Römischen Rechte zuwider sind, welches sich absonderlich bey dieser Erb-Vereinigung befindet, so auch die strengesten Römischen Juristen exemplo HARPRECHTI *de fideic. convent.* passiren lassen, und mit vielen Römischen principiis bestätigen; ausserdem aber mehr als zu kant ist, daß deswegen die Römer keine priuat pacta de successione für gültig gehalten, weil die Ordnung der successionen einmal per leges publicas fest gesetzet gewesen, welche nicht anders als per alias leges vel testamenta, quæ instar legum erant, et ideo iuris publici dicebantur,

l. 3. D. qui testam. fac. poss.

geändert werden könte, wie man doch insge- 26
mein per pacta priuata, quæ non poterant immutare ius publicum,

l. 38. de pact.

intendirte; da im Gegentheil die Teutschen 27
vormals von keinen Testamenten gewust, hergegen mehr auf Treu und Glauben gehalten, und solche allen anderen considerationen vorgezogen, adeo vt pacta successoria generatim inter eos plenissimam vim et efficaciam habuerint, wie mit mehrern dargethan

BOEHMER *de succeff. coniug. ex pact. dotal.*
LEYSER *in medit. ad D. specim. 43. art. 5.*

welches vornemlich von solchen pactis zu sa- 28
gen, in welchen die alte wahre Teutsche successionen bestätiget, deren Ordnung nicht verändert, und nur verbütet ist, daß das fremde Römische Recht derselben keinen Eintrag thun möchte, wie in dieser Erb-Einigung geschehen; quæ libet enim familia illustris et nobilis talia pacta iure proprio inire potest ad communis agnationis dignitatem honorem et potentiam conseruandam.

BRVNNEM. *conf. 1. n. 119.*
FICHARDVS *tom. 1. conf. 2. n. 91.*
VVLTEIVS *vol. IV. conf. Marpurg. 54. n. 16.*

Sich auch ad 2) kein zureichender Grund findet, 29
warum solches auch bey der unmittelbaren Reichs-Ritterschaft nicht statt finden solte, die weit grössere Vorzüge et iura fere territorialia haben, als die nobiles mediati, denen doch dergleichen Erb-Einigung nicht verboten, noch sie dabey an die Römischen Gesetze verbunden sind.

LEYSER *cit. l.* HARPRECHT *cit. l.*

Aus dessen Verfassung man um destoweniger 30
diese pacta beurtheilen mag, als das Römische Recht nur in subsidium, in Mangel der Teutschen Rechte und deren principiorum, angenommen und darnach erkant werden muß, wie selbsten die Cammer-Gerichts-Ordnung nebst andern Reichs-Gesetzen behauptet.

STRYK *in vs. mod. tom. I. in disc. præl. min. §. 27.*

Dieserwegen auch ad 3) keine confirmatio im- 31
peratoria vel domini territorii nöthig ist, wie bereits in rat. decidendi septima dargethan ist, besonders bey solchen pactis, in welchen die

Aufrechthaltung der alten Teutschen Rechte beständlich, und nichts gegen die iura domestica und die darin gegründete successions-Ordnung verordnet ist. Hergegen ad 4) alles, was diesem zuwider, aus dem fremden Römischen Rechte, so doch mit denen Teutschen nicht zu vermengen, hergenommen, auch bekant ist, daß de-
33 nen Töchtern nur alsdann die legitima gebühret, wenn sie ein ius succedendi haben, so sie aber nach denen Teutschen Rechten niemals, existente prosapia masculina gehabt, sondern erst nach dessen Abgang überkommen. Und wie nun in der Erb-Vereinigung der dreyen Brüder von H. die alte Teutsche succession conserviret, und dadurch die Einführung des Römischen Rechts verhindert worden, also auch was dawider de legitima læsa angebracht ist, keine application findet, vielmehr nach denen Teutschen Rechten denen Töchtern nichts mehr als die gewöhnliche Abfindung und Ausstattung gebühret, so bey denen meisten Familien durch Gewohnheit und Verträge bestimmet ist, und keinesweges nach dem Ertrag derer nachgelassenen Güter, von deren succession die Töchter aus-
34 geschlossen, einzurichten ist. Uebrigens ad 5) die gegen dieses pactum erfolgte contraventiones so wenig eine derogationem huius pacti, als die violationes legum et pactorum quotidianæ, quæ præcaueri non possunt, anzeigen und involviren, sonsten selbsten die wichtigsten principia iuris naturæ Noth leiden, und alle menschliche Handelung, so auf sanctitatem pactorum gegründet, über einen Haufen fallen müsten; vielmehr hier billig zu appliciren, was in iure von solchen attentatis angeführet wird, non videndum, quid Romæ factum sit, sed quid fieri debuerit,

l. 12. D. de offic. præsid.

imo non exemplis, sed legibus iudicandum est.

l. 13. C. de sentent. et interl.

35 Dieserwegen auch ad 6) nicht an die eingebildete formam, und daran hier nicht zugedencken, daß die adel. Töchter endlich der succession renunciiren müssen, so aber bishero nicht geschehen, zumal dieses zwar in der gedachten Erb-Vereinigung anbefohlen, aber nicht pro forma, sondern nur maioris securitatis gratia, ad leguleios retundendos, vorgeschrieben, absolute aber unnöthig gewesen, weil sie ohnedem nach denen Teutschen Rechten, so in dem gedachten pacto nur wiederholet ist, nicht succediren können, und dahero auch in dem im Anfange der rationum decidendi angeführten pacto de anno 1654 gar wohl gesetzet ist, daß die Töchter in Mangel der renunciation gehalten werden solen, als wenn sie renunciiret, qua de causa si superfluum omissum est, actus inde non vitiatur.

BOEHMER *cit. l. arg. 46. n. 38.*

Bevorab alle diejenige, die die Nothwendigkeit dieser renunciation erfordern, bloß das Römische und Canonische Recht zum Grunde setzen, und irrig supponiren, daß nach diesen alle Handelungen einzurichten, welches sehr unleidlich zu hören. Vielmehr ad 7) anzunehmen ist, daß, stante hoc pacto, die renunciation allerdings unnöthig gewesen, und als eine clausula abundans anzusehen. Hergegen ad 8) diejeni- 36
gen, welche geschehen, nichts weiter in sich gehalten, als was ohnedem nach der Erb-Einigung Rechtens gewesen, und nicht allein in favour der Brüder, sondern des gantzen Mann-Stamms geschehen, daß, wenn solches nicht geschehen, dennoch dafür erkläret werden müssen. So viel aber ad 9) die generale Verbindung, und 37
Ausdehnung dieser Erb-Einigung auf alle männliche descendenten betrift, gantz offenbar ungegründet ist, daß solche bloß auf die drey Brüder und deren succession gehen solle, nicht aber ad omnes posteros zu extendiren sey; allermassen der gantze introitus dieses pacti ein anders und dieses zeiget, daß sie eine wahre Erb-Einigung und zwar ihren Namen und Geschlecht der H. zu ehren, oder besten in ewigen Zeiten zu beweisen und zu begründen, die Absicht geführet, dahero für sich nicht alleine, sondern für ihre Erben und Erbnehmen, auch sich vereiniget, und wegen der succession diejenige Verfassung, welche dem Teutschen Rechte gantz gemäß gewesen, bewilliget, also ohnstreitig auf alle ihre männliche descendenten extendiren wollen, da eines theils die Absicht gewesen, die alte Teutsche succession bey ihrer Familie zu conserviren, quod sine iure in perpetuum obseruando fieri non potuit: andern theils diejenigen, die auch ein fideicommissum perpetuum, oder ewiges Geschlechts Gestift anrichten wollen, insgemein nur einige substitutiones zu machen und dabey zu erinnern pflegen, daß sie dadurch der Familie zum splendeur ein ewiges Werck zu stiften intendiren, welches auch effectum perpetuum haben muß,

CASTILLO *lib. V. c. 43. §. 2. n. 13.*

præsertim si ea verba adhibita, quæ perpetuam successionis causam denotant, vt in perpetuum, semper, omni tempore etc.

IDEM *lib. II. c. 22. n. 89. sqq.*

cum dicto: *in perpetuum*, habeat tractum successiuum in futurum et denotet tempus in omne æuum.

PEREGRIN. *de fideic. art. 27. n. 2.*

Præterea vero præfatio vel procœmium dispositionis mentem et intentionem declarat disponentis atque perpetuum fideicommissum condere volentis,

LVDOVIC. MOLINA *de Hispan. primog. lib. 1. c. 5. n. 2 sqq.*

adeoque si principium dispositionis generale est, quamuis postea subdantur aliqua verba, quæ certas et limitatas personas respicere videantur, nihilominus dispositio talis ita est interpretanda, vt generalis sit, et generaliter comprehendat omnes secundum naturam principii.

CASTILLO *a Soto maior. lib. 2. c. 22. n. 99.*

Wel-

38 Welches hier seine richtige application findet, anerwogen die pacisentes in verbis proœmialibus das principium in perpetua successione setzen, dieserwegen obgleich hiernechst die drey Brüder in seqq. specifice von dem Fall handeln, wenn einer unter ihnen ohne männliche Leibes-Erben versterben solte, dennoch solches nicht allein auf den Fall ihrer successiion zu restringiren, als welches eine mera captatio verborum seyn würde, contra monitum ICti.

in l. 29. D. ad exhibend.

sondern vielmehr dafür zu halten, daß ihre Absicht dahin gegangen, daß solches auch bey ihren Kindern zu ewigen Zeiten so gehalten werden solte. Dem zu folge denn auch in anno 1500 des Conradi Sohn, Bernhard, sich auch zu diesem pacto bekant, und solches endlich bestärcket, certo indicio, daß alle und iede männliche descendenten daran gebunden seyn solten, wie denn auch die Worte:

Wo ich ohne männliche Leibes-Erben abgienge,

welche bey allen dreyen insbesondere stehen, nicht eben de primo liberorum gradu verstanden werden müssen, sondern ex verbis proœmialibus nothwendig dahin abzielen, daß wenn bey seiner Linie über kurtz oder lang der Manns-Stamm abgehen solte, dergestalt, daß so lange noch einer von dem Manns-Stamm der dreyen Brüder übrig, nach dem pacto gegangen werden solle und müsse, zumal solches auf ewige Zeiten, für sie und ihre Erben und Erbnehmen errichtet ist. Wornach auch ad 10) so wol das Testament des Conradi senioris als die von Bernhard deschehene confirmation sub B. et C. ebenfalls zu verstehen ist, als welche sich schlechterdings auf diese Erb-Vereinigung referiren und darnach erkläret werden müssen.

39 Also ad 11) nichts hindern kan, daß in dem gedachten Testament des perpetui fideicommissi etiam apud posteros quoscunque duraturi, et quomodo bona alienari in eorum præiudicium nequeant, nicht gedacht worden, als welches alles von selbsten aus dem fest gesetzten principio der Erbvereinigung, daß diese Stiftung zu ewigen Zeiten, cum exclusione filiarum a successione, dauren solte, folget, und zu erinnern unvonnöthen

40 gewesen; nicht weniger die Worte: Erben und Erbnehmen, nach der gesunden interpretation nothwendig alle descendentes masculos obstringiren müssen, nicht aber bloß die Kinder primi gradus der pacisentium begreiffen können, zumal solches zum Aufnehmen des Geschlechts der H. angerichtet worden, adeoque nihil obstat, quod alienationis prohibitio non fuerit adiecta, quæ ex natura ipsius fideicommissi perpetui fluit.

IO. DEL. CASTILLO *lib. V. c. 23. §. 2. n. 19.*

41 Uebrigens ad 12) daß Johann von H. durch Errichtung eines Testaments dagegen gehandelt, nichts weiter als sein attentatum, so wiederrechtlich gewesen, anzeiget, welches aber keinen effect gehabt, und ohngeachtet sich die Vettern mit der hinterlassenen Tochter verglichen, und ihr 3750 Gulden, und also mehr, als die Erbeinigung bestimmet, zugeeignet, dennoch solches blos amore pacis, und der Erbeinigung ohnbeschadet geschehen, da doch gleichwol das Testament angefochten, nicht bestanden, und was die Tochter bekommen, sie bloß als eine Abfindung anzusehen hat, nicht aber aus dem Testament erhalten, welches auch ad 13) bey dem Exempel des Bruders Ludewig zu erinnern, und nicht so wol darauf zu sehen, was er seinem Tochtermann versprochen, sondern was er versprechen können, wiewol auch das Versprechen der 4000 Gulden bloß auf Abgang des Manns-Stamms seiner Brüder geschehen, und nach dem pacto selbsten zu erklären ist. Nicht weniger ad 14) der E. und K. Vergleich nichts 42
weiter darthut, als daß man auf alle Weise dieser Erbeinigung zuwider zu handeln intendiret, dadurch aber derselbe nicht umgestossen, sondern ausser solchem Vergleiche respectu des Manns-Stamms in seinem vigeur geblieben ist. Ja ad 15) es darauf nunmehro ankommt, ob deren transigentium Erben solche Vergleiche zu halten schuldig sind, ohngeachtet sie ad 16) von dem vltimo defuncto ex transigentibus etwas erhalten, zumal diese Verträge und darin attentirte alienationes ipso iure null gewesen, die Erben aber ex facto heredis nullo nicht verbunden sind, hierüber proprio iure und nicht ex beneficio defuncti in diese Stamm-Güter succediret,

l. f. C. de euict. l. 73. D. eod.
l. f. §. 3. C. commun. de legat. ibi: ab initio causa in irritum reuocetur.

KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. XI. n. 394. sqq.*

absonderlich aber dabey zu marquiren, daß alles, was dieselbe von ihrem Anherrn bekommen, solches nicht ex beneficio eiusdem, sondern vermöge dieses pacti erhalten, welches alle und iede Güter, nichts ausbeschieden, afficiret, und man also wol sagen kan, quod nihil a defuncto, ex beneficio eiusdem seu iure hereditario acceperint, da sie allen Nachlaß iederzeit aus diesem pacto und also proprio iure annehmen und sich anmassen können, also einem ieden unter ihnen ein ius quæsitum auf dieselben bey Lebzeiten ihrer Väter zugestanden, welches die generalia verba, so in der Erbeinigunge enthalten, klar anzeigen:

Güter, verlassene Habe, alle und iede, es wäre Erben, Eigen, Schloß, Lehen, Pfandschaft, Baarschaft, Geld, Schulden, fahrende Haab, beweg oder unbewegliche, Aussprüch und Rechte, zu latein actiones genant, Dienst, Dienstbarkeit, zu latein seruitutes genannt, oder anders wie das Namen hat oder haben möchte ꝛc.

Endlich ad 17) daß Georg Ludewig von H. gegen den K. Vergleich nicht intra quadriennium 43
geklaget, ihm um desowenigeer schaden mag, da

er keiner restitution bedurft, vielmehr solcher Vergleich null und nichtig gewesen, und ohne alle restitution aufgehoben werden müssen, darneben er nicht darein consentiret, sondern dagegen protestiret, mithin die dagegen angestellete Klage noch frühzeitig gnug angestellet worden. Irrig aber ad 18) ist, daß dieses fideicommissum bloß auf des Conradi senioris Verlassenschaft zu restringiren, vielmehr diese Erbeinigung der paciscentium Güter überhaupt, sie mögen Namen haben wie sie wollen, angehet, und davon nichts ausschliesset, wie die vorhin in ampliſſima forma angeführte Worte gegen alle Deutelenen mit mehrem darlegen.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß das errichtete pactum successorium de anno 1498 für gültig, und für ein fideicommissum perpetuum familiæ zu halten. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MAIIO MDCCXLIV.

RESPONSVM CXXIV.

THEMATA.

I. De iure priuato principum imperii inter se.
II. De legibus, constitutionibus et pactis domus in controuersiis et successionibus familiarum illustrium, iuri communi derogantibus.
III. De iure promogeniturae.
IV. De interpretatione pactorum successoriorum familiarum illustrium.
V. De cessione successionis in fideicommisso inualida.
VI. *De differentia restitutionis in integrum et beneficii reuisionis.*

SVMMARIA.

Quæstio I. De fundamentis decidendi controversias illustres. n. 1.

Vtrum principes inter se utantur iure communi seu Iustinianeo. n. 2.

Quod exemplis illustratur, n. 3.

præsertim in causis ius priuatum concernentibus, n. 4.

in specie in processualibus et institutis iuris Romani, n. 5.

et causis, quæ in iure naturae et gentium fundamentum habent. n. 6.

Non tamen hoc principium indistincte applicari potest. n. 7.

Ius Romanum non est regula iuris priuati primaria, n. 8.

sed in subsidium receptum est. n. 8.

Ius Germanicum in causis principum principaliter obseruandum est. n. 9.

In specie, si de successione quæstio est, n. 10. 15.

habita præsertim ratione obseruantiæ. n. 11.

Causae principum priuatae haud raro rationes publicas attingunt. n. 12.

Ex abusu iuris Iustinianei in causis principum his summum præiudicium infertur. n. 13. 14.

De natura fideicommissorum conuentionalium. n. 16.

Iure Germanico succedere idem est, quam iure primogenituræ succedere. n. 17.

Ius Romanum indistincte in omnibus causis non vt idolum adorandum est. n. 18.

Decisio quæstionis I. n. 19.

Quæstio II. de iure primogenituræ. n. 20.

Ius primogenituræ, antiquitus introductum, indiuiduitatem bonorum operatur. n. 21.

Per introductionem iuris primogenituræ status secundo genitorum deterior redditur. n. 21.

Vnde hoc in casu secundo genito certi fundi loco apanagii assignantur. n. 22.

Ius primogenituræ quid denotet? n. 23.

Ius primogenituræ inuoluit indiuiduitatem omnium bonorum, iurium et uniuersitatis territorialis, ita vt quicquid familiæ ex post facto accrescit vel successione vel aliis modis, soli primogenito acquiratur. n. 24. 45.

Ius

Ius primogenituræ sua natura omni diuisioni resistit. n. 25.
Portio apanagiato sine liberis decedenti assignata, non reliquis fratribus apanagiatis, sed soli primogenito obvenit, n. 26.
non habita differentia iuris primogenituræ nouiter introducti et antiqui, n. 27.
Saluis tamen pactis in contrarium. n. 28.
Introductio iurium peregrinorum summum intulit præiudicium familiis illustribus quoad ius primogenituræ. n. 29.
In re particulari institutus magis pro legatario quam coherede habetur. n. 30.
Decisio quæstionis II. n. 31.
Quæstio III. De interpretatione pactorum illustrium. n. 32.
Intentio contrahentium in quouis negotio primario attendenda est. n. 33.
Secundum ius commune actus contra intentionem pacisecentium non est accipiendus. n. 34.
Contractus secundum placita et leges iuris Germanici contra principia iuris Romani iuxta ex hoc sunt explicandi. n. 35.
Quod ex causis successoriis illustrium declaratur. n. 36.
Quomodo differat ius Romanum et Germanicum circa ius succedendi? n. 36.
Leges et pacta domus illustris ex iure Germanico interpretanda sunt. n. 37. 38.
Decisio quæstionis. III. n. 39.
Quæstio IV. De interpretatione pactorum illustrium successoriorum. n. 40.
Qui in stirpis succedunt, tantam ex hereditate defuncti partem capiunt, quantam parens eorum fuisset habiturus, si vixisset. n. 41. 42. 43.
Quatenus heres possit declarare dubiam vel obscuram testatoris voluntatem? n. 44.
Verbum: in stirpes quid denotet? n. 46.
Verba contra intentionem disponentis non sunt explicanda. n. 47. 48.
Decisio quæstionis IV. n. 49.
Quæstio V. De eodem argumento. n. 50.
Transactio transigentes tantum tangit, aliis nec nocet nec prodest. n. 51. 52. 53.
Testator voluntatem suam in testamento expressam, ambiguam tamen, declarare semper potest. n. 55.
Decisio quæstionis V. n. 60.
Quæstio VI. De eodem argumento. n. 61.
In dubio coheres cum herede paria iura habere præsumitur. n. 62.
Appellatio: Land und Leute, *quid denotet?* n. 65.
Decisio quæstionis VI. n. 69.
Quæstio VII. De instrumento referente. n. 70.
Testamentum, se referens ad aliam dispositionem, intelligi debet secundum naturam et conditionem illius, ad quam fit relatio, n. 71.
adeoque supponit existentiam relati, n. 72.
modo dispositio referens non contineat certam et determinatam rem. n. 73.
Quando referens sine relato probet? n. 74.
Testamentum referens probat, si in dispositione referente apparet explicite de voluntate disponentis, et de ea habetur certitudo. n. 75. 76.
Decisio quæstionis VII. n. 77.
Quæstio VIII. et IX. De eodem argumento. n. 78. 79. 80.
Quæstio X. De cessione successionis in fideicommisso inualida. n. 81.
Cessio iuris hereditarii litigiosi est de genere permissorum. n. 82.
Prohibita alienatione extra familiam non censetur prohibita in remotiorem agnatum. n. 83.
De iure futuro et conditionali agere non licet. n. 84.
Alienatum dicitur, quod recuperari potest. n. 85.
Prohibita alienatione cessio quoque prohibita est. n. 86. 87.
Res fideicommisso obnoxia alienari non potest, etiam in casibus alias permissis, n. 88.
sed alienatio ipso iure nulla est. n. 89.
Alienatio fideicommissi in remotiorem etiam ex familia quando licita sit vel non? n. 90. 91 199.
Si modus legato adiectus sit in solius legatarii fauorem, quando heres legatarium adigere possit, ut modus adimpleatur? n. 93. 199.
In legatis sub modo heres a legatario cautionem exigere potest. n. 94. 95.
Iudex id semper agere debet, ne exitus iudiciorum parti difficilior reddatur ex facto alieno. n. 96.
Ad impediendas alienationes bonorum fideicommissariorum mandata sine clausula a iudiciis imperii decernuntur. n. 97.
Præstat intacta iura seruare, quam post vulneratam causam nouum remedium ex cautione quærere. n. 98.
Decisio quæstionis X. n. 99.
Quæstio XI. De remedio reuisionis in iudiciis imperii. n. 100.
In appellatione nondum deducta deducere licet, n. 101.
aeque ac in restitutione in integrum, n. 102.
non vero in reuisorio. n. 102.
Quando remedium reuisionis locum habeat? n. 103. 104.
Decisio quæstionis XI. n. 105.

Als uns eine gedruckte facti species, die Gerechtsame des regierenden Hochgräflich Schaumburgischen Lippischen Hauses, wegen des Brackischen Anfalls in Sachen Schaumburg-Lippe-Alverdissen contra Schaumburg-Lippe Bückeburg betreffend, nebst einigen gedruckten Beylagen und dabey angefügten eilf Fragen zugeschicket,

schicket, und des Rechtens darüber belehret zu seyn gebeten, als erachten wir für Recht,

So viel die erste Frage betrift:

Quæstio I.

1 **Ob nicht** in controuersiis et successionibus illustrium familiarum **die** leges, constitutiones **und** pacta domus, **zumahlen** confirmatio Cæsarea iuris primogenituræ **für die Haupt-Regel und Richtschnur,** seu pro dispositione generali et primaria **anzusehen sey, welche dem** iuri communi derogiren?

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wol die controuersiæ et successiones illustrium personarum eine causa mere priuata zu seyn scheinen, worin die illustres unter sich als priuati anzusehen seyn möchten, allermassen solche nicht primario das Regiment und das daraus fliessende ius publicum particulare singulorum statuum imperii, sondern bloß die ihnen angestammete Güter und deren Eintheilung, quæ causa mere priuata est, concerniret, dabey aber insgemein zum Grunde gesetzet wird, quod principes inter se vtantur iure communi seu iustinianeo, adeoque iuris Romani principia hic attendenda sint,

STRYK *in vs. mod. disc. prælim. §. 40.*

cum indubium esse videatur, principes imperii, spectatos inuicem, priuatorum iure censeri et tanquam optimates in aristocratia legibus communibus in imperio receptis subiectos esse.

LEYSERVS *in med. ad Dig. spec. 41. n. 5.*

3 Bevorab da die exempla antiqua et recentiora anzeigen, daß die Stände des Reichs in ihren affairen unter sich auf das gemeine Recht sich gegründet, solches ipso facto agnosciret, und also tacito pacto sich dazu in causis priuatis verbindlich gemachet, auch in denen höchsten Reichs-Gerichten darnach erkant wird, wie LEYSERVS *cit. loc.* mit mehrern ausführet und darthut, daß in causis successionum illustrium, e. g. in causa Iuliacensi et Coburgensi, das ius Romanum bishero zum Grunde ge-
4 leget worden, welches auch in andern Materien, so das ius priuatum concerniren, geschehen müsse.

WERNHER *P. I. obs. 65.*
LEYSER *specim. IV. medit. 5.*

Dahero auch der berühmte LEIBNITIVS *in præfat. ad tom. I. cod. iur. gent. diplom. post medium*

gar bedencklich schreibet: itaque ob illam quoque connexionem gentium Christianarum, quæ ex veteri Romanorum potentia superfuerat, factum esse videtur, vt leges Romanæ prope instar iuris Gentium communis haberentur. - - Et principes liberos in contractibus et fœderibus, in testamentis aliisque gentium vel publicis actibus easdem obseruare solitos, ex hoc ipso nostro codice passim apparet, ita vt interdum in formulis iuris nimii videri possint. Ita video obligasse sese imperatores et reges sub hypotheca omnium suorum bonorum et regnorum etc. Wie denn so gar in denen neuern Zeiten exempla zu befinden, daß die Chur- und Erb-Printzen als filii familias auf Römische Art gehalten sind, und damit sie sich bey vorfallenden Gelegenheiten desto kräftiger verbinden möchten, man nöthig befunden, einen actum emancipationis mit ihnen vorzunehmen, zugeschweigen, daß in tutelis illustrium, ins-besondere aber maternis, das Römische Recht stricte observiret würde, wie die Streitschriften super tutela electorali testamentaria darlegen, so daß nichts gewissers seyn möchte, als in causis successionum inter illustres personas und andern das Römische Recht zum Grunde zu legen, wie absonderlich der MYLERVS AB EHRENBACH in vielen Schriften dargethan.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch man zwar nicht in 5
Abrede seyn kan, daß in einigen materiis als absonderlich in processualibus und denen institutis, welche bloß iuris Romani sind, als in causis testamentorum et legatorum, das ius Romanum et canonicum in causis principum inter se aliquem vsum habe, indem die forma processus bey allen causis litigiosis einerley ist, die testamenta, legata et m. c. donationes weder iuris Gentium noch iuris Germanici sind. Dieserwegen da sich die illustres dieser institutorum, iuri Romanorum vnice propriorum, freywillig bedienen wollen, es nöthig gewesen, daß sie sich dabey denen fremden Rechten, so diese instituta peregrina dirigiren, einiger massen, absonderlich in den formalibus, unterwerfen müssen. So dann was rationes iu- 6
ris naturæ et gentium, die in grosser Menge in Römischen Rechten vorkommen, betrift, niemand zweifeln wird, daß solche auch in causis illustrium personarum angeführet und allegiret werden können, nicht so wol ob auctoritatem iuris Romani, sondern weil sie der gesunden Vernunft und dem Völcker-Recht gemäß sind, zu dessen Erläuterung man auch andere placita und sententias populorum et philosophorum, exemplo GROTII, anführen kan, 7
woraus aber keinesweges folgen will, daß einestheils die bekante Lehre der meisten ICtorum: principes inter se vtuntur iure priuatorum, schlechterdings von dem iure priuato Romano anzunehmen: anderen theils aber ohne alle Einschrenckungen anzunehmen sey, als worin die alten ICti, denen man öfters ohne discretion folget, es am meisten versehen, daß sie allgemeine Lehrsätze vorgetragen, solche aber gar sel-

ten

ten recht genau bestimmet, und dadurch zu allem schädlichen Mißbrauch Gelegenheit gegeben, wie absonderlich in dem angeführten Rechtssatze geschehen, und von grossen ICtis unserer Zeiten bereits angemercket worden,

GRIEBNER *de præiudic. princ. imperii ex abvsu iur. Iustimianei.*

SPENER *in iure publico tom. I. lib. I. c. 12. §. 5. in not. lit. c. p. 371. sq.*

BRVNQVELL *in opusc. de pugna iuris Romani et Germanici in causar. illustrium decisionibus.*

de LVDEWIG *in conf. Hall. tom. II. l. 2. resp. 124. n. 6. sqq. et resp. 106. n. 12.*

Zumal dieses hiebey zwar ein allgemeiner aber grosser Haupt-Irrthum ist, daß das fremde Römische Recht in Teutschland primario in materialibus das einzige ius priuatum sey, so daß, wenn man von diesem redet, jenes zugleich verstehe, welches præiudicium zwar in vorigen seculis noch sehr geherrschet, und Käyser und andere Potentaten auf Vorschub ihrer Bedienten verleitet, daß sie nach des Herrn LEIBNITII Zeugniß das Römische Recht in allen ihren affairen zu rathe gezogen, in itzigen Zeiten aber dergestalt und vielfältig bestritten und widerleget worden, daß man nicht einsten in causis mere priuatorum solches pro regula iuris priuati primaria annehmen kan, sondern nur bloß in subsidium und in Mangel Teutscher Rechten und Ländes-Ordnungen, und so weit es denselben nicht zuwider ist, einigen Gebrauch davon machet.

STRYK *in vsu mod. in disc. prælim. §. 27. sq.*

9 Und ob wol dieser gelehrte Mann in §. 40. in diese paradoxe Meinung verfallen, daß er zu behaupten sich unterstanden, als wenn das Römische Recht unter denen illustribus personis weit in mehrerem Gebrauch als unter privat-Personen sey, dennoch dieses um destoweniger zu verwundern, weil er zu einer solchen Zeit gelebet, da das ius publicum nebst denen Teutschen Rechten wenig excoliret gewesen, und das Römische Recht nach dem exemplo MYLERI ab EHRENBACH in causis priuatis principum das einzige momentum ausgemachet, da doch, wenn die Regul, quod principes inter se vtantur iure priuatorum, wahr seyn soll, sie allenfalls keinen mehreren Gebrauch unter sich, als die priuati, admittiren können, vielmehr die alten Teutschen Rechte bey ihnen zuförderst statt finden, und diesen das fremde Recht, als ein merum ius subsidiarium, nachgesetzet werden muß. Welches der vornehme AVCTOR des Europäischen Heroldes

tom. I. P. IV. c. 2. p. 843.

wohl erwogen und erinnert, daß durch das gemeine Käyserliche Recht die alten Allemannischen und Francksischen, sowol als die Sächsischen Rechte, darauf das Reich gegründet, und davon die hohen Vicariate noch ihre Würckungen bey der Reichs-vacantz gewinnen, nicht für

Bæhm. Conf. T. III. P. I.

aufgehoben und abgeschaffet zu halten. Dahero er gar bedencklich folgendes hinzufüget:

Denn es wäre ja der gantzen Teutschen Nation disreputirlich, wenn der ins Reich eingeführte fremde Gast, oder das ius Romanum und Iustinianeum den Wirth und die alten Fränck- oder Schwäbischen und Sächsischen Rechte hätte austreiben, und sich an deren Stelle setzen sollen.

Dabey er dann durch viele Exempel dargethan, daß die Streitigkeiten unter denen Reichs-Fürsten, absonderlich welche die succession betroffen, von denen vormaligen Käysern nach Teutschen Rechten gerichtet sind, welches absonderlich die merckwürdige Satzung Käyser SIGISMVNDI beym GOLDASTO der Reichs-Satz. *P. II. p. 98. sq.* erläutert in verbis:

So solle die Sache für unsern Herrn dem Könige und seinem und des Reichs-Fürsten bleiben, und mit weltlichen Fürsprechen, nach Teutschen und weltlichen Rechten ausgetragen werden ꝛc.

Ingleichen solches noch weiter durch folgende Worte bestätiget:

Nachdem wir ihnen (Hertzog Heinrichen und Hertzog Ludewigen) beyderseits ein Teutsches Recht mit Teutschen Fürsten besetzet hätten, und beyde Theile mit teutschen Fürsprechen fürgestanden, und ihre Sache nach Teutscher Rechts-Gewohnheit fürgeleget hätten, so sprechen sie zu Recht ꝛc.

Welches ohne Zweifel in beständiger Uebung geblieben, so lange das alte Fürsten-Recht noch in Uebung gewesen, wie der AVCTOR der Donawertischen *information. iuris et facti p. 121.* anmercket, und aus demselben vor kurtzen erläutert

IO. GEORG ESTOR *de iudic. principum sect. I. §. 71.*

Zumal nach diesem in dergleichen causis illustrium nach denen gegeneinander verfassesten Ordnungen, auch andern unter Ständen selbsten herbrachte löbliche und rechtliche Gewohnheiten vor allen Dingen in acht zu haben, und nach solchen zu procediren sey, welches gedachter Herr ESTOR 11

cit. tract. §. 232.

mit diesen Worten bestätiget: nemo dubitabit, quin principum causæ ex iuris communis principiis certo modo iudicari possint. Sed qui illud generalem normam omnium controversiarum illustrium derimendarum asseuerant, eos sua profecto fallit opinio. Ista enim ab illis tanquam dicta redduntur, quæ is, qui rerum legumque patriarum doctus est et vsu peritus, oscitans non esset hallucinatus. Dahero auch der sel. Cantzler von LVDEWIG

tom. II. consil. Hall. lib. II. N. 112. n. 49.

gar nötanter schreibet:

Wenn die Regul, quod principes teneantur iure priuato, seine Richtigkeit hätte, solche die consistence der Landes-Hoheit in vielen Stücken gäntzlich umstürtzen

würde; zu geschweigen, daß dadurch alles Reichs-Herkommen und Gewohnheit nothleiden würde.

12 Welches alles noch mehr dadurch bestätiget wird, wenn man die causas principum domesticas et inprimis successionum inter se recht beleuchtet, als welche niemals mit eines Bürgers oder Bauren theilbaren Erbgütern zu vergleichen, sondern dahin billig zuziehen ist, was ein gelehrter ICtus davon schreibet und saget: vt taceamus, plerasque huius generis causas et controuersias, etiam priuatas, ita comparatas esse, vt haut raro ipsas plane rationes publicas attingant et vel ipsum imperium implicent, vel certe territorium eiusdemque iura respiciant vna.

IO. IACOB HELFFERICH *de iurisprud. princ. ordinumque S. Rom. imper. Germ. priuata.* §. XII.

13 Welche observation sich vornemlich bey denen tutelis illustrium, so das Regiment nebst Land und Leuten betreffen, wie auch bey denen successionibus, welche abermal über Land und Leute und derselben anklebende Landes-Hoheit gehen, appliciren lässet, und dahero dieselbe ebenfalls iuris publici, keinesweges aber mere priuati geachtet werden muß, so daß für Fürstliche und Gräfliche Häuser nichts schädlicher seyn mögen, als daß man bey Einführung des Römischen Rechts solche nach denen gemeinesten principiis priuatarum hereditatum, in quibus vnice de re mere priuata agitur, abmessen, allen Unterscheid der Güter aufheben, die Töchter zu denenselben mit zu lassen, und die völlige Theilbarkeit der Güter contra antiqui iuris principia einführen wollen, welches eine grosse Verwirrung in denen Fürstlichen und Gräflichen Häusern verursachet. Davon der Herr GRIBNER

diss. de præiudic. princ. imper. ex abus. iuris lustin. c. II. §. 13. in not. lit. a.

also schreibet: Olim in ducatibus et principatibus obtinuit ius primogenituræ, quod inter equestris etiam dignitatis homines aliquando in vsu fuit. vid. BAVERMEISTER vom Reichs-Adel p. 286. sqq. Vbi ius Romanum in fora Germaniæ penetrauit, consuetudines maiorum, quæ primogenito successiones tribuebant, tanquam iniquæ reiici, contra æquitas Nov. 18. et æqualis successio commendari cœpit. Inde diuisæ sunt terræ, scissæ prouinciæ, imminuta potestas et auctoritas principum, immutata omnia, donec in pristinum statum se vindicarent principes et primogenituræ ius, ali priuilegiis, quibus olim non opus fuerat, impetratis: alii pactis et conuentionibus in vsum reuo-

14 carent; an dessen Wahrheit um destoweniger zu zweifeln, als man, diesem Uebel vorzubauen, sich zu Beybehaltung des alten Teutschen Rechts durch pacta vnionum oder Vereinigungen verbinden müssen, und dahero fast kein Fürstlich und Gräflich ja adeliches Haus ist, in welchem dergleichen pacta vnionis circa successionem pro conseruando vel reducendo iure antiquo Germaniæ nicht zu befinden seyn solten, welche nicht nöthig gewesen, wenn die alte Art der successionen, so auf conseruation der Familien, wie auch Land und Leute abzieleten, durch das fremde Recht nicht troubliret, und dadurch der mercklicher Ruin derer Fürstlichen und Gräflichen Häuser befördert worden wäre.

BRVNQVELL *cit. l. §. 8. in f.*
BOEHMER *tom. I. conf. et decis. P. 2. arg. 45. n. 33.*

Und ob wol die Leguleii wiederum nach Rö- 15
mischen principiis diese pacta anfechten, und unkräftig machen wollen, dennoch solche nach den wahren iuris Germanici principiis endlich die Oberhand behalten, und nach solchen die successiones allein reguliret, und wieder in vorigen Stand gebracht sind,

GAIL. *lib. II. obs. 127.*
KNIPSCHILD *de fideic. fam. c. VI. n. 47. sqq.*
STRAVCH. *diss. acad. V. aph. 7.*
RHET. *ad 2. f. 8. c. 4. n. 2.*

als welche nach den alten Teutschen Rechten ihre ohnstreitige Richtigkeit haben, nach dem alten teutschen Fuß die successionen wieder herstellen, die Töchter, welche vormals niemals in bona salica succediret, ausschliessen, die alten Stamm-Güter bey denen familiis illustribus conserviren, quæ nec iure Germanico alienari potuerunt, und endlich auch das vordem so sehr beliebte ius primogenituræ, wodurch aller diuisioni bonorum vorgebauet wird, wieder herstellen, absonderlich wenn solche pacta 16
und Erb-Vereinigungen von Kayserlicher Majestät bestätiget sind, welches hier auszuführen überflüßig ist, nachdem solches in vielen Schriften gezeiget worden,

vid. BOEHMER *tom. I. conf. et decis. P. 2. argum. 45. n. 25 sqq. et arg. 46. n. 14 sqq.*
B. *de* LVDEWIG *tom. II. conf. Hallens. lib. 2. n. 124.*

woraus man zwar abermal eine neue Art von fideicommissis conuentionalibus nach den Römischen Rechten machen wollen,

exemplo HARPRECHTI *de fideic. convent.*

iedoch solche in dem gedachten Rechte so wenig gegründet, daß man nothwendig dabey ein ander principium ergreiffen, und solche Verfassung aus seinen wahren Teutschen principiis herleiten muß,

BOEHMER *de fundam. pact. illustr. ad fideicomm. inclin. c. II.*

welche pacta und Erb-Vereinigungen allein bey dergleichen successions-Fällen zum Grunde zu legen, und nicht nach dem iure peregrino, sondern Germanico, zu dessen Befestigung sie errichtet sind, erkläret werden müssen,

de LVDEWIG *conf. Hall. tom. II. lib. 2. N. 115. n. 4 sqq.*

bevorab wenn das ius primogenituræ dabey 17
wieder

wieder reduciret worden, alsweliches alles in familiis illustribus vor dem, um der Vertheilung Land und Leute vorzukommen, gantz üblich gewesen, vt iure Germanico succedere idem sit, quam iure primogenituræ succedere.

de LVDEWIG *cit. l. n. 14.*

18 Wodurch denn die rationes dubitandi von selbsten zerfallen, und darauf nicht eben zu sehen, daß viele illustres in ihren controuersiis und successionibus sich auf das Römische Recht bezogen, als welches vielmehr ihren Räthen zuzuschreiben, die vordem allein in principiis iuris peregrini erzogen waren, von den wahren alten Teutschen Rechten noch wenig wusten, ja so gar noch heute zu Tage sich dergleichen Lehrer auf Universitäten finden, die das Römische Recht pro idolo halten und solches gar zu weit extendiren, worunter aber die Wahrheit nicht wenig Noth leidet, und absonderlich in causis illustrium successoriis die wahre Gerechtsame derer Fürsten und Grafen in grosse Unrichtigkeit setzet, so daß das interesse imperii mit darin zu setzen, daß man die Stände des Reichs nicht secundum sortem priuatorum tractire, und, mit Hindansetzung der alten Teutschen und ex diuerso fonte fliessenden Rechte und Gewohnheiten, eines jeden Fürstlich und Gräflichen Hauses, ihre Gerechtsame nicht schlechterdings nach dem Römischen und Päbstlichen Rechte beurtheile,

BOEHMER *tom. II. conf. et decis. P. 2. arg. 36. n. 128. et arg. 45. n. 33 sqq.*

wodurch denn die Gedancken des Herrn LEYSERI völlig eliciret werden, welche auch bereits von andern ihre Abfertigung bekommen.

GRIBNER *cit. l. in not.*

SPENER *cit. l. p. 371.*

19 So halten wir dafür, daß in controuersiis et successionibus familiarum illustrium die leges, constitutiones und pacta domus, zumal die confirmatio Cæsarea iuris primogenituræ für die Haupt-Regel und Richtschnur der succession zu halten und anzusehen seyn, welche nicht allein dem iuri communi derogiren sondern auch effectuiren, daß solches daselbsten keine application finden könne.

Bey der andern Frage:

Quæstio II.

20 **Ob das in einem Gräflichen Hause introducirte ius primogenituræ, als ein ius vniuersum et indiuiduum, alle Theile der Grafschaft afficire und unter sich begreife, folglich indiuiduitatem omnium bonorum ipsa natura involvire, nisi expresse vel a constituente ius primogenituræ vel per pacta subsequentia aliter dispositum fuerit, so daß posito iure primogenituræ auch die Untheilbarkeit aller Güter gesetzet werde?**

erachten wir für Recht:

Rationes dubitandi.

Ob wol hiebey ein Unterschied zu machen ist, 21
ob das ius primogenituræ bereits von uralten Zeiten, aus Beybehaltung des alten Teutschen Rechtes, in einem illustri domo beständig geblieben, in welchem Fall richtig ist, daß solches alle Theile einer Graf- und Herrschaft afficire, und indiuiduitatem operire: oder ob solches erst de nouo introduciret worden, in welchem Fall der post genitorum conditio weit besser zu seyn pfleget, da ihnen die succession dadurch entzogen wird, worauf sie sonsten ein Recht gehabt haben möchten,

MENOCH *conf. 161. n. 1.*

MYLER *ab* EHRENB. *ad* RVMEL. *in A. 13. P. III. diff. 5. §. 8. in addit. lit. a.*

wobey es mannigmal zu geschehen pfleget, daß 22
was dem secundo-genito pro apanagio assigniret werden, er in dasselbe titulo uniuersali zum Erben ernennet wird, und dahero als coheres mit dem primogenito zu consideriren, dergestalt, daß die nachgehends alsunde angefallene Erbschaft jenen, als Miterben, mit zu gute kommen möchten, das apanagium also nicht pro proprio, sondern improprio zu halten sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die introductio iu- 23
ris primogenituræ alles nothwendig in sich fassen muß, was ad eius essentiam et substantiam gehöret, und ohne welches solches nicht concipiret werden kan, und weil nun das ius primogenituræ nach seinem wahren Begrif nichts anders ist, als ius successionis legitimæ, mere vniuersalis et indiuiduæ inter illustres familias receptum, competens ei, qui in ordine genituræ primo loco natus;

B. *de* LVDOLFF *de introd. iur. primog. P. spec. aph. 1.*

also von selbsten daraus der erste Haupt-Satz 24
fliesset, daß dasselbe nothwendig alle Theile eines Landes afficiren, unter sich begreiffen, und indiuiduitatem omnium bonorum, iurium et vniuersitatis territorialis involviren müsse, ita vt, quicquid familiæ ex post facto accrescit vel successione vel aliis modis, soli primogenito acquiratur, exclusis fratribus vtrogenitis.

IDEM *cit. l. aph. 3. n. 3. et aph. 14.*

ROSENTHAL *de feud. c. VII. concl. 13. n. 2.*

TIRAQVELL *de iur. primog. qu. 5. n. 1.*

Dieserwegen mit dem iure primogenituræ 25
eben so wenig eine dergleichen Theilung derer angefallenen successionen bestehen kan, als unmöglich ist, daß widersprechende Dinge bestehen kön-

nen, quippe quæ se inuicem tollunt et destruunt, cum ius primogenituræ omni diuisioni resistat.

BETS. *de pact. famil. ill. c.10. p.459.*

26 Ja zu dem Ende das ius primogenituræ eben eingeführet wird, daß die indiuiduitas bonorum, so wol in præsentibus als futuris et noviter delatis terris et bonis, zur künftigen Richtschnur gesetzet, und die secundo geniti von aller succession ausgeschlossen werden sollen, adeo vt portio apanagiato, sine liberis decedenti, assignata non reliquis fratribus apanagiatis, sed soli primogenito obueniat.

SPRINGSFELD *de apanag. c. XI. n. 45.*
SCHILTER *de parag. §. 24.*

27 Dabey denn auch der Unterschied inter ius primogenituræ nouiter introductum et antiquum in keine Achtung zu ziehen; zumal gantz vernünftig ist, daß alles, was das ius primogenituræ mit sich bringet, und essentialiter in sich hält, auch bey einem von neuem introducirten iure primogenituræ statt finden müsse, so daß, posito iure primogenituræ, nothwendig alle iura et effectus sich äussern müssen, welche aus demselben nothwendig fliessen, als wohin fürnemlich die indiuiduitas bonorum, et quod primogenitus in bona tam præsentia quam futura tantum succedat, gehöret; und

28 wenn gleich bey Einführung dieses primogenitur-Rechts einige restrictiones und besondere Verordnungen, die in etwas davon abgehen, gemachet werden können, dennoch solches adcidentia lediglich zu ziehen, davon keine Regel bey allen neu eingeführten primogenituren zu machen, bey welchen solche accidentia und Verordnungen nicht anzutreffen, bevorab, wenn dieses Recht von uralten Zeiten bey einem Gräflichen Hause im schwange gewesen, etwas in decadence gekommen, und also in denen neuern Zeiten mehr renoviret als neuerlich introduciret ist, wie bey den Fürstlich und Gräflichen Häusern sich vormals dasselbe nach denen Teutschen Rechten, pro conseruanda territoriorum indiuiduitate, überall befunden,

de LVDEWIG *ad A. B. tit. 25. §. 1. p. 434.*

29 und bloß der fatalitæt des eingeführten fremden Rechts zu attribuiren ist, daß bey unterschiedlichen Häusern solches in Abnahme gekommen und zum allgemeinen Verderb solcher vornehmen Häuser ja Land und Leute, die bonorum et territoriorum diuisio angenommen werden wollen. Welchen grossen Schaden erst die Nachkommen erfahren, und dahero bemühet gewesen, das alte vormals üblich gewesene ius primogenituræ wieder in Schwang und Uebung zu bringen, welches nach der wahren Absicht derer jenigen, die solches renoviret haben, von dem alten Fuß, wie solches nach denen Teutschen Recht vormals üblich gewesen, verstanden werden muß, wenn nicht das Gegentheil durch eine deutliche Verordnung oder andere Verträge bestimmet ist. Dahin aber nicht zu referiren, wenn ein pater illustris in seinem Testament etwa das ius primogenituræ indefinite wieder erneuert, und den apanagiatum mit einem bono particulari providiret, und so wol den primogenitum, als apanagiatum in seiner ihm assignirten re particulari zum Erben einsetzet, weil solches bloß nur dicis gratia geschehen, ne videatur apanagiatus præteritus, ita tamen vt etiam inspecto iure Romano in re particulari institutus magis pro legatario, quam coherede, habeatur,

30

l. 13. C. de hered. instit.

Dieserwegen auch ein solcher apanagiatus von der vniuersitate bonorum, in qua primogenitus institutus, und allen davon dependirenden Rechten auszuschliessen, und absonderlich bey dem wieder erneuerter iure primogenituræ keinen Mit-Genuß und Zugang zu allen vorfallenden successionibus, quæ soli primogenito deferuntur, sich anmassen kan.

So halten wir dafür, daß diese Frage schlechterdings zu affirmiren sey. 31

Bey der dritten Frage ist:

Quæstio III.

Ob bey zweifelhaften Fällen und Stellen die interpretatio legum et pactorum domus ex ipsis pactis et intentione disponentium oder ex iure communi herzuholen sey? 32

Rationes dubitandi.

Hierbey möchte zwar angeführet werden, 33 daß beydes wol beysammen stehe, und kein Widerspruch darin anzutreffen sey, angesehen auch das ius commune seu Romanum verordnet, daß in zweifelhaften Fällen die pacta nach der wahren Absicht derer pacisentium erkläret werden müssen, cum intentio contrahentium in quouis negotio primario attendenda sit

l. 8. pr. l.to. §. 4. D. mand.
l. 33. de contrah. emt. vend.

adeoque etiam secundum ius commune actus 34 contra intentionem pacisentium non est accipiendus, sed potius ex eo diiudicandus.

BOEHMER *tom. II. P.I. consil. et decis. arg. 105. n. 5.*

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil die uns vorgelegte Frage a) von solchen legibus und pactis domus illustris ohne Zweifel zu verstehen, welche von gemeinen oder Römischen Rechten gantz abgehen, und denen entweder unbekant oder nicht darin gegründet sind, sondern einzig und allein die alten Teutschen instituta, Gewohnheiten, Satzungen und deren renouation zum Grunde haben, welche man, ohngeachtet sie dem Römischen oder den gemeinen Rechten e diametro zuwider, gantz impertinenter ex peregrinis principiis zu erklären sehr oft in scriptis publicis 35

blicis suchet: b) solches in zweifelhaften Fällen, die mit klaren deutlichen Worten in dergleichen pactis illustrium vel institutis, Germanis vnice propriis, ausgedrucket sind, anzunehmen, bey welchen der grosse abusus sich mehrentheils zu ereignen pfleget, daß man dergleichen iuris Germanici placita et leges, in quo deficiunt, gleichsam ex iure Romano suppliren, das ist, aus einem principio oppositio erklären, und derselben wahren Verstand heraus bringen wolle, welches ohne die grösseste inconuenienz nicht geschehen noch zugegeben werden kan, wie im Gegentheil man doch insgemein zu urtheilen pfleget, als ob das ius Romanum seu commune die einzige regula und norma vniuersalis et solitaria aller menschlichen Handelungen zu achten, und aus demselben also alle zweifelhafte Fälle zu erklären, zu erläutern und zu suppliren wären. Welcher capitalis error bereits bey der ersten Frage entdecket und angezei-
36 get ist daß in Teutschland, absonderlich in causis successoriis illustrium, man einzig und allein auf die alten Teutschen Rechte, und die sich darauf gründende pacta domestica oder Erb-Vereinigung, wodurch man dem Mißbrauch des einbrechenden iuris peregrini vorbeugen, und die alten patrios mores et iura domestica conserviren wollen, sehen, das Römische Recht aber bey Seite setzen müsse, als welches diesem schnurstracks zuwider: vom primogenituræ iure gantz entfernet: die prouisionem aganagiatorum nicht kennet: sondern mit der portione legitimæ en parallel setzen wollen: die Töchter von denen successionibus illustrium nicht ausschliesset: keinen Unterscheid unter Stamm- und neu geworbene Güter kennet: jener alienation weder restringiret noch verbietet: der Theilbarkeit der Güter überall favorisiret, und deren untheilbare qualität hasset oder nicht passiren lassen will: endlich pro æqualitate liberorum in successione dergestalt portiret ist, daß, es mögen familiæ illustres, ja Land und Leute darüber zu Grunde gehen, oder dabey ihre force verliehren, solches nicht angenommen, sondern allen und jeden Kindern gleiches Recht mitgetheilet wird. Da im Gegentheil bey denen familiis illustribus und deren successionen gantz opposita principia iuris Germanici anzutreffen, nach welchen Land und Leute mit allem Zuwachs dem primogenito zuzufallen, die postgeniti aber von aller successione ausgeschlossen, mit geistlichen Bißthümern und Pfründen versehen, oder in die geistlichen Ritter-Orden aufgenommen sind: sonsten dieselbe auch einige prouisionem alimentariam ihnen zwar assigniren, aber nach der quantitate legitimæ, davon das Teutsche Recht nichts weiß, solche nicht einrichten: die Töchter von aller successione völlig ausschliessen, und nur in Abgang des Manns-Stamms ex antiqua lege salica admittiren: einen mächtigen Unterschied inter bona stemmatica et nouiter acquisita machen, und jener Veräusserung völlig verbieten: die Untheilbarkeit der Güter nebst dem iure primogenituræ fest setzen, solche quouis modo befördern, und mehr auf Erhaltung Land, Leute, und des gantzen Hauses Wohlfahrt, tanquam bonum publicum, als auf die imaginariam æquitatem pro æqualitate omnium liberorum, welche bloß commodum priuatum concerniret, sehen, und sich überall dergestalt von dem 37
Römischen Recht distinguiret, daß wer die nach jenem eingerichtete leges und pacta illustris domus aus diesem erklären wolte, eben das Urtheil zu erwarten haben würde, welches KNIPSCHILD

de ciuit. imperial. iurib. lib. II. *c. 6. n. 140.*

von denenjenigen fället, welche die iurisdictionem reipubl. Germanicæ nach dem Begriff des Römischen Rechts abmessen wollen, so ohne eine monströse application nicht geschehen kan, wovon BOEHMERVS

in præfat. ad tom. II. *conf. et decis.* §. *5.*

also schreibet: Quia vero iura hæc domestica et peregrina inter se in plurimis pugnantia fouent principia, inde quoad vsum, cuius gratia horum scientia acquiritur, duplex malum in Germaniæ iudiciis natum est, tum quod confusio ingens ex vtroque iure in applicatione ipsa facta, creditumque fuerit, iura patria ex iure communi h. e. Romano et canonico esse interpretanda, supplenda, limitanda: tum quod non leuis incertitudo iuris inde nata, et fere eadem fata, quæ olim sub sectis ICtorum fuerunt, resuscitata, welches in §. *5. et 6.* mit unterschiedlichen Exempeln, absonderlich mit denen Erbvereinigungen unter denen vornemsten Familien, woraus man fideicommissa conuentionalia machen, und solche nach dem Römischen Rechte, so ihnen doch par tout zuwider, abmessen wollen, ferner mit der Ausschliessung der Töchter von aller successione, und deren Abfindung, woraus man einen dotem, oder gar speciem legitimæ formiret, wiederum mit denen dotalitiis und dergleichen illustriret, und §. *5. in f.* gar wol angemercket wird, daß der neglectus iuris patrii dem gröseten Unfug verursachet und gewürcket, vt instituta, etiam mere Germanis propria, ex iuris Romani fontibus illustrare, atque ad hæc, contra rationem iuris, principia, iis plane repugnantia, applicare studuerint. Si enim sedula mente singularum legum sensum ex propriis eruissent fontibus, in chaos confusum atque tot ἀσύνατα non incidissent interpretes, passim adhuc regnantia. Wie dann dieses letztere der gelehrte Holsteinische Cantzler und Geheimte Rath, Herr Ernst Joachim von WESTPHALEN,

in præfat. tom. I. monument. inedit. rerum German. præcipue Cimbric. p. 30. in not. lit. q.

mit dem Exempel des vormaligen Mecklenburgischen ICti HAHNII, welcher einige *observationes* über das von MEVIO entworfene *ius Megapolit. provinc.* gemachet, erläutert, und von dessen opere MSCto also urtheilet: re-

fertum est cumulo legum Romanarum, et quæ ex iisdem fontibus deductæ sunt, ampliationum et testimoniorum Doctorum. Quæ tamen necquicquam faciunt ad explicandas iuris Germanici et domestici doctrinas, ex patriæ quippe rationibus et originariis principiis historicis et legalibus diiudi-
38 candas, welches vernünftige Urtheil bey der uns vorgelegten Frage uns destomehr zum Grunde zu legen, als im selbigen de legibus et pactis domesticis gentium illustrium die Rede, oben aber gezeiget ist, daß solche in der Absicht, die alten Teutschen instituta und Rechte gegen das einbrechende Römische Recht bey denen Fürstlichen und Gräflichen Häusern aufrecht zu erhalten, geschlossen, errichtet, und dem peregrino iuri entgegen gesetzet sind, mithin nichts natürlicher seyn kan, als solche nicht aus diesem, sondern vielmehr aus denen alten Teutschen institutis et iuribus nach der pactiscentium eigentlichen und wahren Absicht, in zweifelhaften Fällen und Stellen zu erklären und zu suppliren sind.

39 So erhellet abermal hieraus, daß diese Frage, erklärter massen, wie man solche ohne Zweifel verstanden, zu affirmiren sey.

Belangend die *vierte Frage*:

Quæstio IV.

40 **Ob diesemnach** ex testamento Simonis VI. eiusdemque §. 19. et 20. **eine** subdiuisio in capita stirpium **bey Anfällen, oder nicht vielmehr das klare Gegentheil zu erweisen sey?**

Rationes dubitandi.

41 Ob wol 1) aus dem testamento Simonis VI. ein Unterschied unter den regierenden Herren, als primogenito, und denen übrigen Brüdern, als vltrogenitis, und abgefundenen Herren gemachet, und bey eines seinem Antheil zwar die indiuiduitas bonorum ex ipsa natura primogenituræ sich von selbsten befindet, im Gegentheil bey dem Antheil Güter, so denen vltrogenitis zugetheilet, dergleichen ratio und also auch die prohibitio diuisionis sich nicht befindet, mithin 2) nicht wol abzusehen, aus was vor Gründen die subdiuisio in capita stirpium nicht geschehen solle, nachdem kein ius primogenituræ bey deren vltrogenitorum Antheil zu behaupten stehet, welches auch 3) der testator Simon VI. in §. 19. deutlich angezeiget zu haben scheinet, da er verordnet, daß wenn einer oder mehr von seinen Söhnen ohne Hinterlassung Manns-Erben Todes verfahren solte, alsdenn dessen Antheil Gutes, so er ihm in solchem Testament vermachet, denen übrigen Brüdern und deren männlichen Erben in stirpes, iedoch pro rata, wiederum erblich erwachsen und fallen solle, welches nothwendig, eine subdiuisionem in sich begreiffen muß, weil was einem stirpi in Rechten zugetheilet, inter omnes, qui sunt ex eadem stirpe, getheilet werden muß, welchen significatum das gemeine Recht, wornach der testator sich vermuthlich richten wollen, diesen Worten beygeleget und verordnet, quod, qui in stirpes succedunt, tantam ex hereditate defuncti partem capere debeant, quantam parens eorum fuisset habiturus, si vixisset, Nov. 118. c. 3. welche portion denn, dem Ansehen nach, unter denen, qui ex vna stirpe sunt, per subdiuisionem wieder eingetheilet werden muß. Bevorab da 4) der testator in gedachtem §. 19. von der andern Helfte mit dürren Worten verordnet:

> Daß die übrige Gebrüdere und deren Manns-Erben den andern halben Theil, zusamt davon erben, und unter sich *in stirpes* **austheilen** sollen. 42

Welches er abermal 5) in §. 20. bey dem casu, wenn der regierende Herr ohne einige Manns-Leibes-Erben mit Tode abgehen, und der folgende im regiment succediren würde, wiederholet, und verordnet, daß der successor in regimines seinen vorhin aus der Väterlichen Verordnung bekommenen und ingehabten Antheil nur zum halben Theil behalten, den übrigen halben Theil aber davon seinen Gebrüdern und deren Mannserben in stirpes abzutreten, und ohnweigerlich folgen zu lassen schuldig seyn solle. Hierüber 6) der testator noch die Worte in §. 19. *pro* 43 *rata* hinzugethan, welche von dem gantzen casu subßtitutionis zu verstehen, und also bey dem letzten membro der succession in stirpes auch mit verstanden werden müssen, zumal 7) die weitere subdivision vom testatore nicht verboten, auch sich 3) von dem iure primogenituræ der regierenden Linie auf die nachgebohrnen Grafen der Neben-Linien nicht schliessen liesse, wie solches unter andern aus dem Philippinischen Stamm zu ersehen, bey welchem der jüngste Sohn den mehresten Theil der Lippischen Güter samt denen Erbherrlichen iuribus erhalten habe.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) in dem gedach- 44
ten Testament zwar ein Unterscheid unter dem regierenden Stamm, und denen übrigen dreyen Stämmen der nachgesetzten Brüder, so wol in Ansehen der quantitatis bonorum als intuitu superioritatis territorialis virtute iuris primogenituræ gemachet ist, gleichwol daraus nicht folgen will, daß die bona primogenituræ annexa allein der Theilbarkeit entzogen, der übrigen nachgesetzten Brüder beygelegte Güter aber derselben in infinitum, vermöge des Simonischen Testaments, unterworfen geblieben, als welches gegen seine wahre Absicht, die er bey der in anno 1593 bestätigten Kayserlichen primogenitur geführet und angezeiget, lauffen würde, als worbey er angeführet, daß die gantze Graf-

Grafschaft Lippe an allen unbeweglichen Gütern zur Stunde iederzeit unzerstücket und unzertheilet innen gehabt und gebrauchet worden, welches zwar daselbsten von dem primogenito hauptsächlich behauptet, gleichwol dabey auf die Erb-Verbrüderung, Einigungen und aufgerichteten Verträge, und zwar unter dieser clausul provociret worden:

Zu desto stattlicher Unterhaltung und Fortpflantzung desselben Gräflichen Stamms und Namens und um gemeines Landes Bestes willen.

Welche Absicht nicht völlig erreichet werden können, wenn Graf Simon VI. in seinem Testament in denen Gütern, so er denen nachgebohrnen Stämmen zugeeignet, eine liberam bonorum diuisionem in infinitum zulassen, und nicht vielmehr unzertheilt und unzerstückt bey einem ieden Stamme und dessen Aeltesten lassen wollen, zumal auch die Einigungen und aufgerichteten Haus-Verträge, worauf sich derselbe bezogen, solche diuisionem keinesweges gestatten, welches selbsten Graf Philipp zu Schaumburg-Lippe in seinem anno 1668 errichteten Testament, welches ohnedem das vornehmste momentum in dieser Streitigkeit ausmachet, agnosciret, sich auf ein pactum vnionis oder Einigung bezogen, und behauptet doch nach solchen versehen sey, daß die Güter unzertheilet bey dem Altesten in ieden Hause verbleiben, denen nachgebohrnen aber eine competentz dem Vermögen nach von Geldern gemachet werden solle, wie denn auch in dem Schwalenburgischen Vergleich de anno 1667 dieses pactum vnionis gleich anfänglich zum Grunde mit diesen Worten geleget:

Bleibt es nun und zu ewigen Zeiten bey dem im Hause Lippe vorhandenen pacto vnionis und iure primogenituræ.

An dessen existenz fürtzo um destoweniger zu zweifeln, da Graf Simon VI. selbsten in anno 1593 bey der gesuchten auch erhaltenen primogenitur der Einigung, welches das pactum vnionis ist, gedacht, Graf Philipp aber in seinem in anno 1668 errichteten Testament authentice erkläret, und dessen Inhalt von einem ieden Hause oder Stamme verstanden, nach welcher Erklärung in der itzigen Streitigkeit zwischen Schaumburg-Lippe-Bückeburg und Schaumburg-Lippe-Alverdissen um desto richtiger zu verfahren, als benderseits interessenten das gedachte Testament pro principio regulatiuo annehmen müssen und solches von Käyserlicher Majestät corroboriret worden. Dahero ad 2) man nunmehro nach dieser authentica interpretatione des Simonischen Testaments die Gründe absehen kan, warum die subdiuisio des Brackischen Antheils nicht geschehen könne, und daß allerdings auch nach dieser Erklärung des pacti antiqui vnionis die Güter unzertheilet bey den ältesten in einem ieden Hause verbleiben sollen, welche Erklärung der Käyser Leopold, Glorwürdigstens Andenckens, durch confirmirung des gedachten Testaments selbsten angenommen und bestätiget, dergestallt daß wenigstens in hac causa subdiuisionem concernente darnach erkant und ad 3) das Simonische Testament selbsten §. 19. darnach erkläret werden muß, da das in dem Hoch-Gräflichen Lippischen-Hause befindliche pactum vnionis solches mit sich bringet, und Graf Philipp als Erbe seines Vaters Simonis VI. solches auf die angezeigte Weise erkläret, es auch am Besten nach dessen wahrhaftigen Absicht erklären mögen, da ihm die Gewohnheit und alten Rechte des Gräflichen Hauses wol bekant gewesen, und er die Absicht seines Herrn Vaters ohne Zweifel wissen müssen, heres enim talis potest declarare dubium et obscuram testatoris voluntatem, quoties ambigitur, quid in aliquo casu testator voluerit aut intenderit,

MANTICA *de coni. vlt. vol. lib. III. tit. 1. n. 26.*

IO. DEL CASTILLO *a Soto minor lib. V. c. 183. n. 2 seq.*

welche Erklärung des Erben Kinder nothwendig gegen sich gelten lassen müssen, nachdem sie testamentum patris angenommen, und solches zur norma et regula ihrer Streitigkeit setzen müssen, quo posito gantz natürlich folget, daß in denen Worten des §. 19. Graf Simon VI. nichts weniger als eine seinen Absichten gantz zuwider lauffende subdiuision des angefallenen Brackischen Antheils intendiret und verstanden haben solle, da vielmehr nach des Grafen Philippi authentica interpretatione die Güter unzertheilet bey dem Aeltesten in einem ieden Hause verbleiben sollen und müssen; welches gleichwol nicht geschehen würde, wenn die einem Stamm angefallene Güter der Aelteste mit dem Jüngsten theilen solte. Bevorab da auch solches nicht einsten aus denen angeführten Worten zu schliessen, als welche man gegenseitig schlechterdings in sensu iuris Romani erklären, und daraus eine subdiuisionem bonorum ziehen will, worin doch der grösseste Verstoß geschiehet, wie aus denen Erörterungen derer vorigen dreyen Fragen erhellet. Zuforderst aber hier zu beobachten ist, daß der testator vier Stämme nach der Zahl seiner Söhne verordnet, unter welchen der Aelteste den regierenden Stamm cum potiori bonorum parte: die übrigen drey Brüder die nachgesetzte drey Stämme in gewissen ihnen zugeordneten Gütern und Rechten constituiret, und dabey verordnet, daß wenn einer von diesen Letzten ohne Hinterlassung Manns-Erben sterben, und also dieser Stamm aussterben solte, alsdenn dessen Antheil Gutes nicht nach Römischen Rechten vererbet, weil solcher sonsten auf die hinterlassene Töchter fallen müssen, welche aber nach dem pacto vnionis und Testament von der successione vi iuris Germanici ausgeschlossen, sondern dessen Antheil Gutes denen übrigen Brüdern und deren männlichen Erben in stirpes, iedoch pro rata, wiederum erblich anwachsen und fallen solle, dergestalt, daß der zu der Zeit regie-

regierende Herr von sothanem erledigten Antheil Gutes die Halbschied allein, die übrige Gebrüdere und deren Mannes-Erben den andern halben Theil zusamt davon erben und unter sich in stirpes austheilen sollen, nach welchen Worten in so weit von dem iure primogenituræ abgegangen ist, daß, da nach demselben der primogenitus alles allein erben sollen,

SPRINGSFELD *de apanag. c. XI. n. 45.*
SCHILTER *de parag. §. 24.*

solches doch nur auf die Helfte restringiret ist, dieserwegen dieser Abfall a regula iuris primogenituræ billig, so viel möglich, eingeschränket werden muß, ne nimium præiudicet iuri primogenituræ, eique annexæ indiuiduitati bonorum. Welches nicht anders geschehen kan, als wenn die andere Helfte, so denen übrigen Brüdern in stirpes anwachsen soll, ebenfalls in statu indiuiduitatis, wie solcher bey dem primogenito nothwendig ist, verbleiben, d. i. daß solche zwar unter denen übrigen Brüdern in stirpes, oder nach den Häuptern der Stämme, vertheilet, aber nach dem pacto vnionis oder Einigung aller fernern Theilung eximiret, und bey dem Aeltesten bleiben solle, zumal daß aus
46 denen Worten: IN STIRPES, nicht nothwendig eine fernere subdivision unter ieden Stamm in infinitum zu ziehen sey, (wie in denen bonis priuatis nach Römischen Rechten geschiehet,) eben daraus erhellet, a) daß diese Worte auch anfänglich dem regierenden Stamm mit beygeleget sind, in welchem gleichwol keine subdivision statt findet: b) daß das Wort STIRPS, vbi de hominibus accipitur, nichts anders als auctores generis, h. e. a quibus genus ducimus anzeiget, wie VIRGILIVS *lib.* III. *Aeneid. v. 94.* darthut:

Dardanidæ duri, quæ vos a stirpe parentum
Prima tulit tellus etc.

ingleichem NEPOS in *Eumene*: neque aliud huic defuit, quam generosa stirps, wie solches auch aus vielen andern locis Ciceronis erläutert werden kan, dergestalt daß *in stirpes anwachsen* hier nichts anders denotiret, als daß denen Stämmen, auch den regierenden Stamm mit eingeschlossen, der angefallene Theil anfalle, und nach denenselben vorgeschriebener massen vertheilet werden soll: c) daß der modus succedendi, wenn in einem Stamm mehr Manns-Erben vorhanden, daselbsten nicht ausgedrücket und bestimmet ist, also nach dem pacto vnionis, welche Graf Philipp in seinem Testament so wol, als die transigentes im Schwalenbergischen Vergleich zum Grunde geleget, verstanden werden, und die succession allein dem ältesten in iedem Stamm zukommen müsse: d) daß solches die Absicht des Simonis VI. gewesen seyn müsse, als welcher keinen Unterscheid inter stirpem regentem et ceteras stirpes gemachet, und wie bey jenen die indiuiduitas der angefallenen Halbscheid ohnstreitig ist, also auch bey diesem ebenfals seyn muß, da dieser Antheil nach der Regul dem primogenito auch billig anfallen sollen: daß solches e) absonderlich ad 47
4) et 5) aus dem §. 20 des Simonischen Testaments wahrzunehmen, worin er den casum reguliret, wenn der regierende Herr, ohne einige Manns-Erben absterben, und also der secundo genitus im Regiment succediren solte, von welchem er folgendes verordnet:

> So soll auf den Fall sein des successoris in regimine Antheil, den er oder sein Vater vorhin in Kraft dieser Verordnung von uns bekommen und inne gehabt, nur zum halben Theil bey ihm verbleiben, den übrigen halben Antheil davon soll er schuldig seyn seinen Gebrüdern und deren Manns-Erben in stirpes abzutreten, und ohne weigerliche Folgen zu lassen.

Welches ohnmöglich geschehen könte, wenn nicht der Aelteste in iedem stirpe der nachgesetzten Brüder und deren Manns-Erben, den ihm assignirten Antheil der Güter unzertheilet bekommen hätte, allermassen auch der testator gar bedencklich solches durch die Worte: er oder sein Vater andeutet, und zu verstehen gegeben, daß wenn der secundo genitus bereits verstorben, und vier Söhne nachgelassen, doch nur einer, das ist, der Aelteste, den Antheil der Güter inne haben könne, weil sonsten der testator: er oder ihr Vater, sagen müssen, wenn der angefallene Antheil unter ihnen subdividiret werden können, gleichwol, da er nur von einem oder vnico successore des nachgebohrnen Grafen redet, er præsupponiret haben müsse, daß nur einer unter vielen Söhnen in des secundo geniti portion nach seiner Absicht succediret sey, bevorab, da wenn solcher unter des secundo geniti Söhne bereits wieder subdiuidiret seyn solte, es alsdann nicht wol möglich wäre, daß der successor im regiment nur die Halbscheid davon behalten, die andere Helfte aber denen übrigen nachgesetzten Brüdern heraus geben könte, weil beyde Helften bereits per subdiuisionem in minutissimas portiunculas vertheilet seyn müsten, wenn man die Worte: *in stirpes* vertheilen, in sensu iuris Romani annehmen wolte, woran der testator nicht gedacht haben kan, vielmehr diese beyde zusammen gesetzte argumenta pro excludenda omni subdiuisione als fortissima et concludentia anzusehen, welche anzeigen, auf was Weise der Graf Simon VI. die succession *in stirpes* verstanden, das ist, ob er diese Worte in sensu iuris Romani, oder nicht vielmehr in sensu vulgari et Grammatico angenommen habe, nach welchem keine subdiuision nothwendig aus solchen Worten folget. Uebrigens ad 6) aus der formul: *pro rata* am allerwenigsten etwas, so dieser Erklärung zuwider, zu erzwingen ist, zumal solche ohne Zweifel die Haupt-Eintheilung in zwey Theile, davon die eine Helfte an den regierenden Stamm, die andere Helfte aber an die übrigen Brüder fallen soll, zu verstehen und in folgenden per particulam: dergestallt, declariret ist, in welchem sensu diese formul in

§. 24.

§. 24. ebenfalls adhibiret ist, dahergegen ad 7) die weitere subdiuision ex præsumta voluntate, ex adductis rationibus colligenda, allerdings als verboten zu achten, und man nunmehr die Ursache wahrnehmen kan, warum der testator von einer fernern Theilung in infinitum keine Meldung gethan oder auch thun können, als welche seinen Absichten nicht gemäß gewesen, so daß diejenigen, die bloß secundum verba æquiuoca hiervon ein iudicium fällen, nothwendig irren und fehlen müssen. Endlich
48 ad 8) sich auch von der linea des primogeniti ad lineas derer Nachgebornen alhier inturu indiuidualitatis wohl schliessen lässet, wenn man die angeführten Gründe recht erweget, ja das Philippinische Testament dazu nimmt, in welchem der testator das Simonische Testament nach diesem Verstande erkläret, und ob er gleich selbsten dagegen gehandelt zu haben scheinet, indem er seinem jüngsten Sohn einen guten Theil von denen Lippischen Gütern zugetheilet, dennoch solches ausserordentlich und in consideration der neu acquirirten halben Grafschaft Schaumburg geschehen, wodurch der Herr Graf Philipp sich berechtiget gehalten, extra ordinem dem secundo genito etwas von denen Lippischen Gütern zu assigniren, da er doch selbsten vorher die Untheilbarkeit der Lippischen Güter nach dem pacto vnionis agnoscret und zur Regul gesetzet, und davon nicht abgegangen seyn würde, wenn ihn die neue acquisition der halben Grafschaft dazu nicht veranlasset.

49 So erhellet hieraus so viel, daß ex testamento Simonis VI. §. 19 et 20. keine subdiuisio in capita stirpium bey Anfällen, wohl aber das klare Gegentheil daraus zu erzwingen sey.

So viel die fünfte Frage betrift:

Quæstio V.

50 **Ob der Schwalenbergische Vergleich** de anno 1667. in specie §. 15. **die nachgeborne gräflich Lippische Häuser mit verbinde, oder nur das regierende Lippische Haus allein, folglich Graf Philip und Graf Casimir als blosse** mediatores **anzusehen, und deren posteritat gar nicht angehe?**

Rationes dubitandi.

51 Ob wol 1) an dem ist, daß der Schwalenbergische Vergleich wegen der Streitigkeit, so in dem regierenden Hause zwischen dem regierenden Herrn Grafen Simon Heinrich und dessen jüngern Bruder Graf Jobst-Herrman occasione pactorum dotalium entstanden, errichtet sey, welches nicht allein die rubrica desselben, die nur dieser Streitigkeit Meldung thue, deutlich, sondern auch der tenor desselben klar in allen §§. anzuzeigen scheinet, als in welchem einzig und allein die im regierenden Hause erregte Streitigkeiten reguliret werden, bekant aber ist, quod transactio tantum transigentes tangat, aliis autem nec noceat, nec prosit.

l. 3. pr. D. de transact.
l. 1. C. eod.

Diesemnach 2) daraus geschlossen worden, daß dasjenige, was in §. 45. verordnet und reguliret worden, allein pro subiecta materia von dem regierenden Hause verstanden werden müsse. Zumal 3) das ius primogenituræ allein in der regierenden Linie bekant, und solches allein auch in §. 15. besestiget sey, wornach also die Worte: **nach eines ieglichen Herrn Zustandes**, nemlich in der regierenden Linie, ebenfalls anzunehmen. Zumal 4) nicht zu glauben sey, daß man auch von einem iure primogenituræ in denen Neben-Linien etwas pro futuro etabliren wollen, als wovon damals weder Streit noch Frage gewesen. Vielmehr 5) 53
Graf Philipp und Graf Casimir nur als mediatores dabey considerirt werden müssen, die dieser Vergleich gar nichts angegangen, also auch der Herr Graf von Lippe-Bückeburg solchen für sich in der Streitigkeit mit seinem Herrn Vetter nicht anführen könne. Bevorab da 6) bald darauf der Herr Graf Philipp in seinem Testament die Lippischen Güter unter seine Söhne getheilet, so er nicht thun können, wenn er an dem Schwalenberaischen Vergleich sich verbunden erachtet. Wie denn auch 7) Graf Friedrich Christian von der Philippinischen Linie bey Anfuchung der Kayserlichen primogenitur-confirmation nicht diesen Schwalenbergischen Vergleich de anno 1667, sondern das väterliche Testament zum Grunde geleget.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) der Schwalenber- 54
gische Vergleich de anno 1667 vornemlich zwar die Streitigkeiten zwischen dem damaligen regierenden Herrn und dessen jüngsten Bruder betroffen, und solche unter der direction Graf Philippen und Graf Casimiren beygeleget ist; gleichwol zugleich der Haupt-Punckt dieser Streitigkeit eine causam communem totius gentis, so alle übrige Stämme per indirectum mit angegangen, concerniret, welche vornemlich die Untheilbarkeit derer Lippischen Stamm-Güter, sowol in linea primogeniti, als in denen übrigen nachgesetzten Häusern zum Grunde gehabt, als welche der secundo genitus in der regierenden Linie ex pactis dotalibus seines Herrn Vaters angefochten; auch dadurch seinen Endzweck secundum quid, iedoch citra consequentiam erhalten, dennoch man dabey nicht stehen geblieben, sondern in §. 15 et 16. ratione futuri reguliret, was bey allen Stämmen, zum Aufnehmen und increment

des gantzen Hochgräflichen Hauses nach der declarirten Absicht in §. 22. gereichen, und allen zu befürchtenden künftigen Streitigkeiten wegen Untheilbarkeit der Güter vorbauen könte. Dahero ad 2) Graf Philipp und Graf Casimir diesem Vergleich als Interessenten beygetreten, und verwilliget, daß, was dagegen gehandelt worden, durch aller Interessenten Zuthun wiederum cassiret werden solte; welche Interessenten kurtz vorher benannt und eben zu dem Ende beschlossen worden, daß sie coniuncta manu um die Käyserliche confirmation desselben anhalten und daran seyn wolten:

Daß es von ihnen (nemlich dem vorerwehnten) Graf Simon Heinrich, Graf Philippen, Graf Casimiren, und Graf Jobst Hermann, als welche vorhin als Interessenten aufgeführet worden,) und ihren Gräflichen successoren pure und allerdings gelassen, denen Nachgebornen aber ihre competens an Gelde nach Vermögen des Landes und eines ieglichen Herren Zustandes gereichet, auf keinerley Weise und Wege keine weitere diuision und dismembration an Land und Leuten geschehen solle,

55 welche Verordnung viel weiter als über die damalige principaliter decidirte Streitigkeiten sich erstrecket. Und obwol die rubrica des Vergleichs bloß der Haupt-controvers zwischen Graf Simon Henrich, und Graf Jobst Herman gedencket; dennoch dabey auch bekant ist, quod a potiori fiat denominatio, gleichwol daß die Absicht dieses Vergleichs weiter gegangen, und pro regula des gantzen Hochgräflichen Hauses angenommen sey, nicht allein a) daraus erhellet, daß Graf Philipp und Graf Casimir sich mit, wie eben dargethan, unter die Interessenten rengiren lassen, sondern auch, daß man b) §. 1. zum Haupt-fundamento folgendes geleget:

Bleibt es nun und zu ewigen Zeiten bey dem im Hause Lippe vorhandenen pacto vnionis und iure primogenituræ.

Da denn das Letzte, vornemlich das regierende Haus, das Erste aber, nemlich das pactum vnionis, alle und iede Stämme des Hochgräflichen Hauses concerniret, wie solches Graf Philipp in seinem, drey Monath nach diesem Vergleich, errichteten Testament also selbsten es erkläret und dessen tenorem darin gesetzet:

Daß die Güter unzertheilet bey dem Aeltesten in einem ieden Hause verbleiben, denen Nachgebornen aber eine competens, dem Vermögen nach, von Geldern gemachet werden solle,

also gantz natürlich und offenbar ist, daß, dieweil Graf Philipp kurtz vorher den Vergleich mit schliessen helfen, und dessen Absicht am besten gewust haben muß, er auch erkant haben müsse, daß man in dem Schwalenbergischen Vergleich das pactum vnionis als eine communem normam totius gentis, und nicht allein des regierenden Hauses, zum Grunde geleget, und nach solchem den §. 15 und 16. eingerichtet, der Herr Graf von Lippe Alverdissen also diese Erklärung gegen sich gelten lassen muß, weil sie in paterno testamento geschehen und in demselben zugleich per verba antea adducta der tenor des Schwalenbergischen Vergleichs §. 15. befestiget, wiederholet, und daß solcher auf ein iegliches Haus gehe, agnoscret ist. Sicuti autem testator voluntatem suam in testamento expressam, ambiguam tamen, declarare semper potest,

l. 21. §. 1. D. qui testam. fac. poss.

et eius interpretationi omnino ab herede standum est,

MANTICA *de coni. vlt. vol. lib. III. tit. 1. n. 11.*

ita de omnis alius præcedentis dispositionis interpretatione in testamento facta idem dicendum,

CASENATE *in cons. 45. n. 142. sq.*

welches gantz vernünftig, quia quilibet est verborum suorum optimus interpres. So dann c) die Worte selbsten des §. 15. des 56 Schwalenbergischen Vergleichs dieses bestätigen, da solche anzeigen, daß denen Nachgebornen ihre competens an Gelde nach Vermögen und eines ieglichen Herrn Zustandes gereichet werden solle, welche nicht von dem regierenden Herrn allein verstanden werden können, sondern von mehreren in plurali angenommen werden müssen, da, was von einem ieglichen Herrn gesaget wird, mehr Herren, nach dem Teutschen Ausdruck, præsupponiret, unter welchen etwas statt finden soll, welches kurtz vorher benannt, und kurtz hernach allen Interessenten dessen Würckung zugeschrieben wird, wie im Lateinischen die Benennung der singulorum ein pluralitatem inferiret. Da hergegen, wenn solche Verfassung bloß von dem regierenden Herrn verstanden werden solte, es nothwendig heissen müssen.

Nach des regierenden Herrn Zustande.

Wiederum da d) alle Interessenten communi 57
ope et consilio, was dagegen gehandelt, zu annulliren schuldig seyn sollen, also auch alle und iede, die vorher genannt sind, dabey nothwendig communem causam haben, und ius omnium commune vertreten müssen. Dannenhero auch e) sie alle zu denen confirmationsspesen zu concurriren sich engagiret, und nur den Graf Jobst Herman davon eximiret. Endlich auch f) diesem allen das pactum commune de anno 1621, nach welchem alle alienation in einem iegl chen Hause verboten, beygefüget und versehen worden, daß keinem Grafen von der Lippe demselben zu contraveniren erlaubet seyn solle, welches im §. 16. dergestalt mit dem §. 15. connectiret worden, daß man klärlich daraus abnehmen kan, daß in beyden §§. nicht de causa particulari domus regentis, sondern de communi vniuersam gentem concernente, gehandelt werde, wie die connexion selbsten:

Und

Und weiln auch im Vertrage de anno 1621 etc. offenbar zu erkennen giebet, und von allen Grafen von der Lippe redet. Zu welchem Ende dann auch g) am Ende des gedachten recessus beliebet worden, daß von denen abgehandelten Punckten ein förmlicher recess verfasset, von allen Herren Grafen von der Lippe unterschrieben, und auf einem offenen Land-Tag gleichsam per sanctionem pragmaticam approbiret werden solle, welches auch im folgenden Jahr 1668 auf dem damals gehaltenen Land-Tage erfolget, und der Schwalenbergische Vergleich pro lege in perpetuum valitura angenommen und befestiget worden, als ein unfehlbares Kennzeichen, daß in solchem Vergleich auch causæ communes, so das gantze Hoch-Gräfliche Haus und des Landes Beste concerniren, wohin ohne Zweifel die Untheilbarkeit der Güter mit gehöret, abgehandelt worden, als welche primario auf Land-Tägen gehören, und solche nach dem testamento Simonis VI. §. 2. mit Zuziehung der Hoch-Gräflichen Brüder gehalten werden.

58 Endlich h) dieses alles dem Herrn Grafen Philipp, drey Monat hernach veranlasset, sein Testament nach dem Fuß dieses Vergleichs, da er noch alles in recenti memoria gehabt, seinem Hause zum Besten einzurichten, wie aus der decision der folgenden Frage erhellen wird. Uebrigens ad 3) auch daraus zu ersehen ist, daß das ius primogenituræ zwar primario in dem regierenden Hause eingeführet, iedoch auch bey denen andern Häusern die Untheilbarkeit der Güter etabliret, und in effectu in solchen auch ein ius primogenituræ agnoscirt worden; da hingegen gantz irrig und aller sanæ interpretationi zuwider ist, die Worte nach eines ieglichen Herrn Zustandes auf den regierenden Herrn allein zu restringiren, welche contortam interpretationem kein vernünftiger Mensch passiren lassen, vielmehr ad 4) aus denen vielen angeführten Gründen zugestehen wird, daß auf das Beste und zum increment und Wohlstand der gantzen Hoch-Gräflichen Familie die in §. 15. et 16. geschehene, und auf dem Land-Tage zugleich mit bestätigte disposition ihre Absicht gerichtet, wie der §. 22. zugleich anzeiget. Anbey ad 5) irrig ist, daß die beyden Herren Grafen, Philipp und Casimir, allein als mediatores bey diesem Vergleich gewesen, welches zwar von der Haupt-controvers des Hoch-Gräflichen Hauses anzunehmen, gleichwol sie in §. 15. et 16. weiter gegangen, und als Interessenten denselben begetreten, auch qua tales mit unterschrieben, und bereits ad 6) was von des Grafen Philipp disposition dagegen angeführet ist, aus dem Wege geräumet, und dargethan ist, daß ihn dazu gantz besondere Ursachen bewogen, er auch solches in Ansehen der neu acquirirten Güter wol thun können, sonsten aber er den Schwalenbergischen Vergleich §. 15. zur norm genommen, und fast ipsissima verba daraus entlehnet, nur aber dabey angedeutet, daß dasjenige, was in §. 15. verordnet, nichts neues, sondern dem pacto antiquo vnionis domus gemäß sey. Daher auch ad 7) Graf 59
Friedrich Christian nicht nöthig gehabt, bey Ansuchung der Käyserlichen confirmation den Schwalenbergischen Vergleich zum Grunde zu legen, weil es gnug gewesen, das Testamentum Philipps nebst dessen angehengtem codicill zur Käyserlichen confirmation zu bringen, als welches nach dem gedachten Vergleich eingerichtet, die contenta des §. 15. darin nach dem pacto primordiali vnionis angeführet, und also ein wahres referens gewesen.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß 60
der in anno 1667 errichtete Schwalenbergische Vergleich §. 15. die nachgebohrne Gräflich Lippische Häuser mit verbinde, und das regierende Lippische Haus nicht allein angehe, noch in diesem Puncte die beyden Grafen, Philipp und Casimir, nicht als mediatores, sondern als Interessenten anzusehen.

So viel die sechste Frage betrift:

Quæstio VI.

Ob nemlich nach Inhalt und intention Grafen Philippi testamenti et codicillorum eine subdiuision des Brackischen Anfalls mit Alverdissen statt haben könne oder nicht? 61

Rationes dubitandi.

Ob wol dabey von Seiten des Herrn Gra- 62
fen Lippe-Alverdissen behauptet werden wollen, daß 1) nur incidenter in des Herrn Grafen Philippi Testament das pactum vnionis, ja bloß als eine causa iustificatoria pro illustratione angeführet sey, warum der Herr Graf hauptsächlich der acquirirten halben Grafschaft Schaumburg halber ein ius primogenituræ eingeführet, welches aber auf die Lippischen Güter nicht gehe, sondern allein 2) von dem regierenden Hause zu verstehen, und auch Graf Philipp in seinem Testament verstanden haben müsse, nachdem niemals in denen Neben-Linien ein ius primogenituræ bekant gewesen. Bevorab da 3) der concipient desselben widersprechende Dinge darin angeführet, und da er die Untheilbarkeit der Güter nach dem pacto vnionis zum Grunde legen wollen, dennoch diesem zuwider der testator die Theilung in dem Testament vorgenommen, welches anzeige, daß der concipient keinen richtigen Begrif von dem pacto vnionis gehabt. So dann 4) zu bemercken, daß das ius primogenituræ nicht die Lippischen Güter, sondern nur den halben Theil der Grafschaft Schaumburg concernire, auch dazu 5) noch lis pendens super testamento et constitutione primogenituræ sey, also hier zum Grunde nicht geleget werden könne; allenfals 6) der testator nur von seinen damals beses-

senen, nicht aber von künftigen Gütern disponiret, mithin solches auf den Brackischen Anfall nicht zu ziehen, ja 7) derselbe nur die Absicht geführet, daß man von nun an die im Testament einem iedem angewiesene Güter nicht weiter theilen, sondern solche bey dem Aeltesten in iedem Hause verbleiben, die nachgebohrne aber in Gelde ihre competens haben solten; wovon aber itzo nicht die Frage, sondern bloß die Rede von einer delata dimidia hereditate tertii sey, davon im Testament nicht disponiret, noch bey dessen Theilung gegen das Testament gehandelt werde, vielmehr diesem ohngeachtet die im testament assignirte Güter unzertheilet bliben. Darneben 8) Alverdissen eben so wol Erbe als der primogenitus sey, zumal der testator titulo institutionis honorabili seinen Vater in denen Lippischen Gütern eingesetzet, und er also als coheres paria iura mit Bückeburg haben müsse.

Rationes decidendi.

63 Dieweil aber dennoch alles, was auf diese Scheingründe zu regeriren sey, in thesi bereits bey der andern Frage angeführet, und aus der besondern Natur des primogenitur-Rechts gezeiget worden, daß α) solches ein ius absolute vniuersalis, et indiuiduæ successionis illi inter illustres competentis sey, der die erste Geburth habe, und also Land und Leute cum vniuersitate territorii et iurium in sich begreife: β) daß daraus die Untheilbarkeit aller Güter, gegenwärtiger und zukünftiger folge, und der primogenitus sich mit dem secundo genito in keine Theilung künftig einlassen dürfe, vielmehr derselbe pro excluso ab omni successione zu halten: γ) daß solches auch bey einem solchen noviter introducto iure primogenituræ anzunehmen, als welches mehr pro renouato iure antiquo anzunehmen: δ) daß wenn gleich einem apanagiato particularia bona cum iuribus subalternis zugetheilet sind, derselbe dennoch in rei veritate pro coherede nicht zu achten, sondern solche vielmehr titulo mere singulari besitze: ε) daß dahero das ius primogenituræ alle Theile eines Landes nothwendig afficire, und nichts davon ausschliesse: ζ) daß endlich das apanagium, wenn ein apanagirter aussterben solte, an den primogenitum zurück falle, und die andern noch lebende Brüder daran keinen Theil nehmen, welches alles in hypothesi auf das von Grafen Philipp in seinem Hause introducirte oder vielmehr renovirte ius primogenituræ seine richtige application findet, bevorab da der testator ad 1) verordnet, daß wie fast in allen Häusern teutschen Landes die primogenitur eingeführet, er damit verordnen wolle, daß solch Erstgeburts-Recht bey seinen Nachkommen künftig gehalten werden, und seine posteri nicht weiter Land und Leute theilen sollen, als er in seiner disposition verordnet. Woraus man zuforderst wahrnimmt, daß eines theils der testator auf den Fuß, wie bey andern Fürstlich und Gräflichen Häusern, das Erstgeburts-Recht und kein diuersum, als so weit er expresse verordnet, einführen: andern theils alle Theilung seines Landes und Leute verhüten wollen, welches eben dahin abzielet, daß nach dieser norma auch alle künftige angefallene Güter in keine Theilung weiter kommen, sondern wie alles Land nebst Leute dem primogenito allein zustehet, auch der künftige Anfall von Land und Leuten darunter mit gehöre; weil es auf einen Widerspruch hinaus lauffen würde, die Untheilbarkeit von Land und Leute fest zu setzen, und zugleich die Theilbarkeit der angefallenen Land und Leute zu statuiren, in welcher Absicht er zum Grunde sowol der Schaumburgischen Länder als der Lippischen Güter setzet, daß er jene nouiter acquiriret, und darüber also freyer disponiren könne; diese aber nach dem alten pacto vnionis, welches er nochmals mit seiner approbation bestätiget, untheilbar wären:

> Weil es schon in dem pacto vnionis versehen, daß die Güter ungetheilet bey dem Aeltesten in iedem Hause verbleiben, den nachgebornen aber eine competens dem Vermögen nach von Geldern gemachet werde.

Welches nicht incidenter, wie vorgegeben werden wollen, sondern als der Haupt-Grund der gantzen disposition, wie in dem Schwalenbergischen Vergleich, angeführet, und deswegen nochmals das pactum vnionis von ihm bestätiget ist, damit solches die norma der Untheilbarkeit der Lippischen Güter verbleiben, und solche nicht weiter, als er in seiner disposition verordnet, geschehen solle. Wodurch er so wol die Regel, welche die Untheilbarkeit der Lippischen Güter feste setzet, als auch eine exception ratione des Hauses und Amts Alverdissen, so er seinem jüngsten Sohn, Philipp Ernst, pro apanagio assigniret, gemachet, und ausser diesem casu excepto schlechterdings es bey der Regul lassen, ja dadurch offenbar anzeigen wollen, daß das ius primogenituræ vorgegebener massen nicht allein die halbe Grafschaft Schaumburg, sondern auch die Lippische Güter, und allen davon dependirenden Anfall primario mit begreiffen sollen, da er die Untheilbarkeit derselben mit zum Grunde des renovirten iuris primogenituræ vniuersalis leget. Und was dabey von obscurität und errore des concipienten angeführet ist, als eine bloße chimere anzusehen, zumal in Ansehen der importanten neu acquirirten halben Grafschaft der testator wol etwas ausserordentliches thun, und dem secundo genito in dessen Ansehen das Flecken Alverdissen zu seinem apanagio assigniren können, welches nicht geschehen mögen, wenn diese neue acquisition ermangelt hätte. Wie dann auch ad 2) et 4) irrig ist, daß das ius primo- 64
genituræ allein auf die halbe Grafschaft Schaumburg gehe, allermassen der testator bey beyderley Gütern, so wol Schaumburgischen als Lippischen den Erstgebohrnen selbsten, als he-

redem

redem vniuersalem in Ansehen des secundogeniti, der nur heres in re certa institutus gewesen, genant, und in allen übrigen, so ihm zugehöret, es sey Lehn oder Erbe, denselben zum allgemeinen Erben instituiret, und ihn mit Bezahlung der Schulden belästiget. Darneben in procemio testamenti angezeiget, daß er keinen Unterscheid unter denen Gütern dabey gemachet, sondern das ius primogenituræ bey allen und ieden ohne Unterscheid statt finden lassen wollen, zu welchem Ende er anfänglich bey der institutione heredum folgende formalia gebrauchet:

Unser Land und Leute (welche theils von dem Fürstlichen Hause Hessen wir zu Lehn recognosciren, theils mit einem pacto familiæ afficiret sind) und deren Regierung und übrige unsere Verlassenschaft betreffend, darin setzen wir zum Erben ꝛc.

Und dadurch an den Tag geleget, daß er sub vniuersalitate bonorum so wol die Schaumburgische halbe Grafschaft, als die Lippische mit einem pacto familiæ afficirten und also an sich untheilbaren Güter begriffen, und solche dem heredi vniuersali virtute iuris primogenituræ, ausgenommen was er davon excipiret, zutheilen wollen. Welches er bald darauf noch deutlicher exprimiret, da er bey seinem Hause und Nachkommen das Erstgeburts-Recht introduciret, und verordnet, daß seine posteri sein Land und Leute, so secundum verba præcedentia in der Schaumburgischen halben Grafschaft und Lippischen Gütern bestanden, nicht weiter theilen sollen, zumal auch nach dem pacto vnionis die Lippischen Güter unzertheilet bey dem Aeltesten in iedem Hause verbleiben, die Nachgebornen aber mit einer competens am Gelde sich begnügen lassen müssen, welches in effectu ein ius primogenituræ ab antiquo obtinens inuoluiret, und nunmehro erkläret, daß der testator den Erstgebornen aus keiner andern Absicht pro herede vniuersali declariret, als weil er primogenitus sey, er allein in effectu succedire, alle Lande und Leute, gegenwärtige und zukünftige, ihm allein nach dem iure primogenituræ zufallen, und solche aller Theilbarkeit eximiret seyn müssen, so daß die ex aduerso geschehene Einschränckung des iuris primogenituræ auf die Schaumburgische halbe Grafschaft offenbar der Absicht des testatoris
65 zuwider. Anbey ad 3) falsch ist, daß der testator eine Theilung unter seinen Söhnen vorgenommen, und dadurch der testator oder der concipient sich selbst widersprochen, zumal er den primogenitum pro solitario herede vniuersali erkläret, dem Jüngsten aber sein apanagium bestimmet, welches niemand pro diuisione halten, noch das apanagium pro improprio annehmen wird, nachdem der testator das ius primogenituræ perpetuum et vniuersale introduciret, alle Theilbarkeit der Güter ins künftige aufgehoben wissen wollen, ja unter diesem Rechte nothwendig auch die zukünftigen Güter mit begreiffen, weil solche nach dem von dem testatore selbst authentice erklärten pacto familiæ dem Aeltesten allein zufallen müssen, darneben das Recht der Erstgeburt alle Güter nach sich ziehet, wie bey der andern Frage dargethan, der testator aber gewollt,

daß das Erstgeburts-Recht bey seinen Nachkommen gehalten werden, auch die posteri Land und Leute nicht weiter theilen sollen.

Nach welchen Worten das Letzte eine nothwendige suite von dem ersten gewesen, und zugleich mit auf die künftigen acquisitiones, nach der Natur des Erstgeburts-Rechts, gehen müssen, nachdem denen posteris alle Theilung des Landes und Leuten verboten, darneben die appellatio Land und Leute, eine vniuersitatem rerum et iurium, denotiret, quæ capit incrementum et decrementum, nec certam definitamque quantitatem admittit, ja endlich die Lippischen Güter nach dem pacto vnio- 66
nis ebenfalls der Theilbarkeit entnommen sind, so weit der testator davon ausserordentlich nicht abgegangen, wozu geständiger massen der Brackische Antheil gehöret, der nach diesem, pro fundamento gesetzten, pacto vnionis unzertheilet bey dem Aeltesten dieses Hauses verbleiben muß. Also was ex natura rei flesset, im Testament zu exprimiren unnönthen gewesen, bevorab da nach dem Simonischen Testament der Graf Philippus auf den Brackischen Antheil ex substitutione facta ein ius perfecte quæsitum vorlängst gehabt, und solches auch also mit zu der vniuersitate heredi vniuersali assignata, oder zu dem übrigen, so ihm zugehöret, es sey Lehn oder Erbe, wie die verba formalia des Philippinischen Testaments lauten, gehöret. Ferner ad 5) die vorgeschützte 67
litispendentz super testamento et constitutione primogenituræ unerfindlich, nachdem der secundo-genitus das testamentum patris agnosciret, das ihm assignirte Amt Alverdissen angenommen, und der vormals entamirte Proceß nur das supplementum legitimæ, woran aber inter illustres apanagiatos nicht zu gedencken, betroffen. Nicht weniger ad 6) dargethan ist, daß der testator nicht über seine damals allein besessene Güter determinative, sondern zugleich mit über alle denselben anklebenden iura Recht und Gerechtigkeiten, wozu auch das ius ex substitutione quæsitum nothwendig mit gehöret, disponiret. Ja ad 7) seine Absicht nach dem eingeführten iure primogenituræ und dem zum Grunde gelegten pacto vnionis weiter gegangen, und gewollt, daß die angefallene Lippische Güter oder der Brackische Antheil bey dem Aeltesten in seinem Hause unzertheilet verbleiben solle, und also virtualiter in testamento Philippi darüber mit disponiret worden. End- 68
lich der secundo genitus eben sowol zwar zum Erben instituiret ist, iedoch solches nicht anders, als bey denen Töchtern geschehen, welche wol aus dieser institutione kein Erbrecht prætendiren werden, und bereits oben gezeiget, daß ein solcher institutus in rebus certis, alio existente herede vniuersali, pro coherede ei-

gentlich nicht zu halten sey, eben wie die Töchter, die bloß nach denen Teutschen Rechten abgefunden, sich dergleichen Recht anzumassen nicht werden in den Sinn kommen lassen.

69 Als halten wir dafür, daß, nach dem Inhalt und der Absicht des Grafen Philippi testamenti et codicillorum, keine subdivisio des Brackischen Antheils mit Alverdissen statt haben könne.

Die siebente Frage anlangend:

Quæstio VII.

70 **Ob dieses die disposition Grafen Philipp und deren** præmittirten **fundamenta entkräften könne, daß das von ihm angezogene** pactum vnionis tanquam relatum in natura **nicht aufzuzeigen, noch dessen** annus et dies **zu erweisen sey?**

Rationes dubitandi.

71 So möchte zwar eingewandt werden, daß man zwar darin übereinkomme, daß das pactum vnionis vorhanden gewesen, zumal der Schwalenbergische Vergleich, und das testamentum Philippi nebst andern Urkunden sich darauf beziehen, gleichwol solches fürtzo nicht mehr vorhanden sey, und man dessen tenorem so eigentlich nicht mehr wissen könne, cum tamen testamentum, se referens ad aliam dispositionem, intelligi et regulari debeat secundum naturam et conditionem illius, ad quam fit relatio

CRAVETTA *in conf. 30. circa f.*
PETRVS *de* ANCHORANO *conf. 163.*

72 adeoque præsupponit existentiam relati et ab eo declaratur.

LVDOVIC. CASINATE *conf. 30. n. 28.*

Si vero non apparet relatum, referens nihil operetur.

auth. si quis in aliquo C. de edend.
l. f. C. de probat. l. i. C. de mand. princ.
SIMON *de* PRAETIS *de interpr. vlt. vol. lib. 2. interpr. 3. dubit. 1. fol. 2. n. 246.*

Dieses nach daraus zu folgen scheinet, als wenig auf das pactum vnionis reflectiret werden könne, nachdem solches nicht mehr vorhanden.

Rationes decidendi.

73 Alldieweilen aber dieses zwar seine Richtigkeit hat, si dispositio referens non continet certam et determinatam rem, sed indefinite se refert ad aliud instrumentum,

SIMON *de* PRAETIS *cit. l. n. 239.*
IO. DEL CASTILLO *lib. IV. c. 43. n. 35.*
IDEM *lib. VI. c. 5. n. 7.*

wie etwa im Schwalenbergischen Vergleich §. 1. anfänglich geschehen, weil man daraus keine Gewißheit von dem Inhalt des referentis haben kan; da hingegen es eine gantz andere Beschaffenheit hat, wenn die contenta des relati 74
genau in dem referente bestimmet und angedeutet sind, daß so gar die debitores, amissis chrographis, aus dem inuentario, in welchem dessen contenta in compendio vorhanden, belanget werden können.

l. 57. de admin. et peric. tutor.

Vnde interpretes recte colligunt, quod, quando dispositio referens continet rem certam expressam atque determinatam et talem, quod ad eius intelligentiam atque determinationem non sit necesse confugere ad dispositionem, ad quam refertur, et facta fuit dispositio per eum, qui libere disponere potuit, referens solum attendatur, quamvis relatum non appareat,

SIMON *de* PRAETIS *cit. l. n. 240.*
DEL CASTILLO *cit. c. 43. n. 30. et cit. c. 5. n. 5.*

Welches auf die testamenta referentia seine 75
richtige application findet, quando relatio perfectam orationem habet, et optime potest percipi, quid testator senserit; tunc enim testamentum ipsum seruandum, idque maxime, quando in dispositione referente apparet explicite de voluntate disponentis, et de ea habetur certitudo,

SIMON *de* PRAETIS *cit. l.*
IO. DEL CASTILLO *cit. c. 43. n. 32.*

Welches hier seine richtige application bey dem 76
testamento Philippi findet, als in welchem der tenor des pacti vnionis in compendio referiret, und darin gesetzet worden:

Daß die Lippischen Güter unzertheilet bey dem Aeltesten in iedem Hause verbleiben, den Nachgebohrnen aber eine competens dem Vermögen nach von Geldern gereichet werde.

Welches pactum er nochmals mit seiner approbation bestätiget, zum Grunde seiner disposition setzet, und kein Zweifel ist, daß er, bewandten Umständen nach, also, wie geschehen disponiren, und dem secundo genito das Haus und Amt Alverdissen, in Ansehen der wichtigen acquisition, so er in seinem Hause gemachet, zum apanagio assigniren können, da sonsten er mit Gelde abgefunden werden müssen. Wodurch auch der testator den Schwalenbergischen Vergleich, welchen er drey Monat ante testamentum conditum mit errichten helfen, erkläret, dessen Grund in §. 1. in dem gedachten pacto vnionis gesetzet, in §. 15. aber der tenor desselben angeführet, und als eine gemeine Satzung auf einen ieglichen Herrn des Hoch-Gräflich-Lippischen Hauses, oder alle Interessenten, die vorher specificiret sind, gezogen, in testamento Philippi aber fere iisdem verbis wiederholet, also darnach billig in hac controuersia zu urtheilen ist, ohngeachtet man von anno et die daraus keine

Gewiß-

Gewißheit haben kan, als worauf es hier nicht ankomt, noch davon dessen Kraft abhänget.

77 So erhellet hieraus so viel, daß die dispositiones des Grafen Philippi, und dessen præmittirte fundamenta keineswegs entkräften könne, daß das von ihm angezogene pactum vnionis in natura nicht außzuzeigen, noch dessen annus et dies zu beweisen sey.

Anlangend die achte und neunte Frage:

Quæstio VIII. IX.

78 **Ob die Käyserl.** confirmation **der Schaumburgischen Lippischen** primogenitur de a. 1687. **nur allein die Grafschaft Schaumburg oder aber das** testamentum Philippi **überhaupt nach allem dessen** extractus **Weise beygelegten Inhalt, folglich auch alles dasjenige, so** respectu **der Lippischen Güter darin verordnet,** confirmire **und bestätige, und also Schaumburg-Lippe-Bückeburg, durch die** sententz **vom 18. Sept. 1744. sehr** lædiret **sey, und** in revisorio **eine** reformation **zu hoffen habe?**

Rationes dubitandi.

79 Ob wol aus denen verbis initialibus der Käyserlichen confirmation klar zu erhellen scheinet, daß Graf Christian Friedrich selbsten angezeiget, wie sein Herr Vater als primus acquirens der Schaumburgischen Güter das ius primogenituræ zu fundiren entschlossen gewesen, und zu dem Ende ihm in seinem Testament dieses Recht beygeleget, dessen confirmation er auch gesuchet, und dahin erhalten, daß nur ein einziger regierender Landes-Herr in der Grafschaft Schaumburg Lippischen Antheils seyn solle, die verba relativa von denen Lippischen Gütern aber in Mangel des pacti vnionis keinen effect haben könten, zumal auch die clausula saluatoria, daß diese confirmation dem Graf Philipp Ernsten, wenn er wieder zu seinem völligen Verstande kommen solte, unpræiudicierlich und unnachtheilig seyn solle.

Rationes decidendi.

80 Weil aber dennoch die extractus testamenti Philippi et codicillorum, worauf das ius primogenituræ sowol in der halben Grafschaft Schaumburg als Lippischen Güter sich gründet, in der Käyserlichen confirmation verbotenus inseriret, und solche in allem ihrem Inhalt Mein- und Begreifungen confirmiret und bestätiget, also gantz offenbar ist, daß auch, was von denen Lippischen Gütern darin verordnet, nach der Meinung des testatoris bekräftiget worden, wie dann S. Käyserl. Majestät nochmals solches wiederholen:

Thun das, confirmiren, bekräftigen und bestätigen, vor inserirte extractus testamenti et codicillorum etc.

So daß, obgleich der halben Grafschaft a potiori gedacht worden, dennoch die Käyserliche confirmation das gantze Testament und dessen Inhalt bestätiget, und das Recht der Erst-Geburt dem primogenito nach dem väterlichen Testament, so auch die Lippische Güter in unzertheilten Zustand zu lassen befohlen, beyleget, den secundo-genitum aber auf sein ausgeworfenes apanagium, wiederum nach dem väterlichen Testament, verweiset, dadurch also auch das pactum vnionis antiquum, wie es der testator in seinem Testament selbsten bestimmet, in denen Lippischen Gütern bestätiget ist. Welches um destomehr geschehen können, nachdem der secundo-genitus das väterliche Testament agnosciret und sein apanagium angenommen, dem zuwider die clausula saluatoria nichts würcken kan, quippe quæ per se subintelligitur, aus welchen Gründen, wenn sie coniunctim zusammen genommen werden, sich leichtlich schliessen lässet, daß Schaumburg-Lippe-Bückeburg eine reformatoriam zu hoffen habe.

81 So halten Wir dafür, daß die Käyserliche confirmation das testamentum Philippi überhaupt, und also auch dasjenige, so respectu der Lippischen Güter darin verordnet, bestätiget und confirmiret, mithin dieses Hochgräfliche Haus eine reformatoriam zu hoffen habe. Und solches alles V. R. W.

So viel die zehende Frage betrift:

Quæstio X.

82 **Ob der** apanagirte **Graf von Alverdissen allenfals sein vermeintliches Recht an den Brackischen, Anfall** in præiudicium **seines nächsten in Grafen Philipps Testament** substituirten agnati, in remotiorem agnatum seu stirpem valide cedi**ren können, und der nächste** agnate **den** remotiorem cessionarium **gegen etwaige von diesen letztern zu leistende** caution **auf den Rückfall bey dem Genuß der** cession, **so lange nemlich von des** cedentis **Manns-Erben annoch vorhanden sind, zu belassen schuldig sey oder nicht?**

Rationes dubitandi.

83 Ob wol die cessio eines streitigen Erb-Rechts de genere permissorum ist,

RIC H-

RICHTER *P. I. dec. 36. n. 1 sqq.*

und in Rechten nicht gemißbilliget wird, daß man pro omni lite euitanda, wie hier geschehen seyn mag, sein Recht auf einen andern, um dasselbe auszumachen, cedire.

l. 4. §. 1. D. de alien. mut. iudic. causa.

83 Darneben allhier weder in duriorem noch potentiorem aduersarium, noch in præiudicium des regierenden Herrn Grafen zu Bückeburg diese cessio als geschehen erachtet werden möchte, allermassen, wenn gleich derselbe dem Herrn Grafen von Alverdissen in casu, si sine liberis decesserit, substituiret worden, dennoch derselbe sein Recht auf die cedirte Brackische portion nach wie vor behält, und ersolche, eueniente casu, von dem remotiore wieder vindiciren mag, præsertim cum etiam, prohibita alienatione extra familiam, non censeatur prohibita in remotiorem agnatum,

l. 114. §. 17. de leg. 1.

MANTICA *de coni. vlt. vol. lib. VIII. tit. 12. n. 15.*

KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. XI. n. 422 sqq.*

84 Welches sich hier wol appliciren lässet, da der Herr Graf von Alverdissen sein Recht an dem streitigen Brackischen Antheil auf den Herrn Grafen zu Lippe-Detmold und nicht extra familiam cediret; darneben dem Herrn Grafen zu Bückeburg noch zur Zeit kein ius agendi præsens zuzustehen, derowegen auch die cession anzufechten kein Recht zu haben scheinet, als welches noch futurum, aus denen Rechten aber bekant ist, quod de iure futuro et conditionali agere non liceat.

l. 35. D. de iudic. l. 45. §. 1. de leg. 2.

KNIPSCHILD *cit. l. c. 13. n. 44 sqq.*

85 Welches um desto mehr statt finden möchte, wenn der cessionarius zur genugsamen cautione de re suo tempore et eueniente casu restituenda sich offeriren solte, allermassen also der regierende Herr Graf zu Bückeburg völlige Sicherheit hat, neque enim dicitur alienatum, quod recuperari potest,

l. 67. de V. S.

nec res dicitur apud emtorem esse, a quo auferri potest,

l. 139. §. 1. de R. I.

sicut nec possessionem habere dicitur, qui eam retinere nequit.

l. 22. D. de acquir. vel. amitt. possess.

Rationes decidendi.

86 Weil aber dennoch allhier von der geschehen seyn sollenden cession des Brackischen Antheils der Lippischen Güter die Rede ist, welche sowol nach dem testamento Graf Simonis VI. als ins besondere Graf Philippi, beyderseits Herren Grafen zu Bückeburg Groß-Vaters, mit einem fideicommisso perpetuo belegei, bey welchem bekanter massen alle alienatio, und also auch dergleichen cessio verboten, cum prohibita alienatione, cessio quoque prohibita sit, quæ vera alienatio est.

MASCARD. *de probat. concl. 1243. n. 105.*

ALPHONS. *de OLEA de cession. tit. II. q. 4. n. 11. 12.*

Anerwogen bereits bey der vierten Frage die 87
wahre Absicht des testatoris Graf Simonis VI. aus seinem Testament vor Augen geleget, daß die bona primogenituræ annexa nicht allein, sondern auch die denen übrigen nachgesetzten Brüdern beygelegte Güter der Theilbarkeit entnommen, und in einem ieden Stamm oder stirpe bey dem Aeltesten des Stammes, wie absonderlich aus dem §. 20. des gedachten Testaments klar erwiesen, schlechterdings verbleiben. Im Fall aber von denen nachgesetzten Brüdern, wie in dem Brackischen Antheil geschehen, einer ohne Manns-Erben versterben würde, alsdenn die Helfte dessen erhaltenen Antheil dem regierenden Herrn: die andere Helfte aber denen übrigen Brüdern und deren männlichen Erben, wiewol nach dem seniorat anfallen, und also diese Güter bey iedem Stamme, dem sie beygelegt oder angefallen, schlechterdings verbleiben, und immer auf den Aeltesten, exclusa omni subdiuisione, fallen sollen, welches nicht anders als iure perpetui fideicommissi geschehen kan, so auch von alters schon in dem pacto vnionis gegründet gewesen, worauf sich Graf Simon VI. bezogen, absonderlich aber in dem Schwalbergischen Vergleich, §. 1. daß es nun und zu ewigen Zeiten bey dem im Hause Lippe vorhandenen pacto vnionis verbleiben solle, solches bestätiget. Anbey §. 16. das im anno 1621 errichtete pactum commune, nach welchem alle alienation in einem teglichen Hause verboten, wiederholet, und von neuen versehen worden, daß keinem Grafen von der Lippe demselben zu contraueniren erlaubet seyn solle; welche prohibita alie- 88
natio zwar ohnedem ex natura talis fideicommissi perpetui flesset, iedoch durch solches doppelte Verbot destomehr Kraft gewinnet, adeo vt res talis fideicommisso obnoxia alienari non possit, etiam in casibus alias permissis,

KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. VI. n. 375 sqq. et c. XI. n. 11.*

sed alienatio et cessio talis sit ipso iure nulla, 89
vt nequidem dominium ex ea transferatur.

IDEM *cit. c. XI. n. 14.*

Bevorab da in dem Schwalenbergischen Vergleich in den angefügten Worten die nullitæt darauf gesetzet ist. Absonderlich aber der wahre Verstand des pacti vnionis von dem Herrn Grafen Philipp in seinem Testament in compendio darin gesetzet ist, daß die Güter ungetheilet bey dem Aeltesten in iedem Hause verbleiben sollen, zu welchem Ende auch der gedachte testator denen posteris alle Theilung des Landes und Leuten ausdrücklich verboten, anbey nicht allein auf den damaligen bonorum statum sondern auch auf den künftigen durch Anfall der Lippischen Stamm-Güter verbesserten Zustand nothwendig mit reflectiren, dabey

bey aber zugleich mit dem Grafen Simon VI. gewolt haben muß, daß die einem ieden Hause zugetheilte oder angefallene Lippische Stamm-Güter nicht getheilet, um destomehr auch solche nicht aus einem Stamm auf den andern transferiret und cediret werden können, welches doch durch die entamirte cession des halben Brackischen Antheils an das Haus Dettmold attentiret werden wollen, so ohne höchsten præiudiz des regierenden Herrn Grafen von Bückeburg-Schaumburg, wenn allenfals der Herr Graf von Alverdissen einen Antheil an der Brackischen portion haben solte, nicht geschehen mag, als welcher ausser vorerwehnten dispositionen noch in des Herrn Grafen Philippen codicill de anno 1687 mit folgenden Worten dem Herrn Grafen zu Alverdissen fidei commissarie substituiret worden:

> Solten unsers ältesten Sohns Liebd. vor dem jüngern mit Tode ohne männliche Erben abgehen, soll ihnen unsers jüngsten Sohns Liebd. und vice versa *in allen* substituiret seyn, und es damit so lange unser Manns-Stamm in absteigender Linie währet, also gehalten werden ꝛc.

Welches denn abermal anzeiget, daß, wie die substitutio fideicommissaria reciproca *in allen* geschehen, also auch *in allen* gegenwärtigen und zukünftigen alle cessio und alienatio verboten sey, welches schon das commune pactum de anno 1621. und der Schwalenbergische Vergleich fest gesetzet, wie vorhin gezeiget. Anbey aber daraus ferner offenbar ist, daß nicht allein nach dem Testament des Grafen Simonis VI. eine richtige Ordnung, wie so wol in iedem die successiõn geschehen, als auch wie ieder Stamm dem andern succediren soll, sondern auch in des Grafen Philippen Testament und codicillis dieserwegen die klare Versehung noch am allernachdrücklichsten geschehen, wie eines theils die substitution in perpetuum sich verhalten: andern theils die mit einem fideicommisso perpetuo ab antiquo belegte Stamm-Güter unzerstücket beysammen bleiben, mithin auch nicht einsten ex vna stirpe in alteram transferiret werden sollen. Zumal zwar 90
bisweilen die alienatio fideicommissi in remotiorem etiam ex familia, aber nur alsdann geschehen kan, wenn der testator indefinite, ne heres fundum alienaret, et vt in familia relinqueret, vel vt vni ex familia fundum restituereret, das fideicommissam errichtet, die successions-Ordnung aber dabey nicht bestimmet, sondern nur gewolt, daß es aus seiner Familie nicht kommen ölle, quia tunc sufficit, quod vni de familia reliquerit, als welches allein der testator intendiret.

l. 114. §. 15. 16. 17. de leg. 1.
l. 67. pr. §. 1. fqq. de leg. 2.

Id quod etiam dicendum, si testator dixerit, ne de nomine suo exiret, quio tunc non fit contra voluntatem defuncti, si in vnum de nomine testatoris fundus alienatus est;

l. 94. de legat. 3.
Böhm. Conf. Tom. III. P. I.

Da hergegen es eine gantz andere Beschaffen- 91
heit mit denen fideicommissis absolutis, ordine successiuo deferendis hat, in quibus ordo succedendi certus præscriptus est, omnis vero diuisio prohibita, quo casu omnis in remotiorem alienatio est prohibita.

l. 32. §. 6. de legat. 2.

KNIPSCHILD *cit. tr. c. XI. n. 425. fqq.*

Dabey auch das argumentum ab alienatione 92
fundi in remotiorem nicht anzunehmen, quatenus valet ad vitam alienantis eiusque posterorum, als welches nicht allein in dem gesetzten casu, sondern auch alsdann, *si* in extraneum facta alienatio, seinen Bestand und Gültigkeit hat, weil in selbiger der Lehns-Herr consentiret, dessen consens der alienation alle völlige Kraft ad vitam alienantis mittheilet, womit sich die remotiores begnügen müssen, und dabey kein ius contradicendi haben; welches aber, ob gleich die interpretes dieses argumentum ohnbedachtsam annehmen, auf dergleichen fideicommissa absoluta nicht zu ziehen, die per pactum familiæ perpetuum ab antiquo eingeführet, oder auch per testamentum lege perpetua reguliret sind, in welchen es lediglich bey dem Willen derer maiorum vel testatoris verbleiben, und demselben nicht contraveniret werden darf, absonderlich wenn, wie bey denen Lippischen Gütern sowol nach dem pacto vnionis als testamento Philippi geschehen, die Güter aller Theilbarkeit entnommen, und verordnet ist, daß solche nicht weiter, als etwa im Testament verordnet, getheilet werden sollen, wie das testamentum Philippi mit klaren Worten im Munde führet. Und da er so gar die Theilung derer Lippischen Güter nach dem pacto vnionis unter denen, qui eiusdem gradus sunt, nicht einsten verstatten, sondern schlechterdings haben wollen, daß sie bey dem Aeltesten *in iedem Hause* verbleiben müssen und sollen, er nothwenig auch der Meinung gewesen seyn muß, daß solche auch nicht ausser seinem Hause auf einen andern Lippischen Stamm transferiret werden sollen oder können, bevorab, da zu Erhaltung dieses Zwecks nicht gnug ist, daß die 93
Güter in genere dadurch nicht extra familiam gerathen, sondern dabey zu bedencken ist, daß die Absicht der maiorum et testatorum insbesondere dabey auf eines ieden Hauses Stammes und Besitzers conseruation gesehen, einen ieden dabey prospiciren, und für deren conseruation insbesondere Sorge tragen, und dahero alle dispositiõn über dergleichen Güter in quemcunque verbieten wollen. Welcher Endzweck nicht erreichet werden würde, wenn die alienatio in remotiorem, auch nur ad vitam alienantis, erlaubet seyn solte, cum etiam si modus legato adiectus sit in solius legatarii favorem, sed ex testamento simul appareat, testatorem voluisse minus industrio prospectum esse, omnino heredis interesse credendum sit, vt modus adiectus a legatario, cautione interposita, impleatur.

l. 71. pr. de condit. et demonstrat.

Dergleichen Absicht ohnstreitig bey dispositionibus, bey welchen die conseruation aller und ieder Nachkommen in einem Gräflichen Hause durch Beybehaltung der angefallenen Güter intendiret worden, anzutreffen ist, als welchen der testator oder auch die maiores prospiciren wollen, daß sie in iedem Stamm durch dergleichen Veräusserung ihr Haus nicht schwächen, und in decadence bringen sollen, deren conseruation dem testatori et maioribus am Hertzen und Gewissen gelegen, zumal sie wol gewust, daß ohne diesem lege in perpetuum valitura dieselbe bey ihren Häusern und Nachkommen nicht erreichet werden würde. Ausserdem, wenn man dergleichen alienation ad vitam gelten lassen wolte, auch solche gelten müste, wenn gleich in extraneum die alienation geschehen
94 wäre, so man doch nicht gelten lassen will, da doch der proximior in familia auch in diesem casu das ius reuocandi behält, worauf die interpreten der gegentheiligen Meynung alleine sehen, und daraus ferner schliessen, daß ante tempus delati fideicommissi der proximior kein ius contradicendi habe, so doch offenbar irrig in dem casu ist, da einem tertio etwas sub hoc modo vermachet ist; ne illud in proprium detrimentum alienet, sed sibi suisque liberis conseruet, quia tunc heredis interesse dicitur, ne fundus hoc modo legatus a legatario alienetur contra testatoris dispositionem, quæ in singulorum liberorum et descendentium conseruationem et vtilitatem etiam facta est, deswegen der Erbe auch befugt ist, dieserwegen caution von demselben gegen alle zu befürchtende alienation zu fordern.

cit. l. 71. pr. de cond. et demonstr.

l. 19. D. de leg. 3.

Also um desto mehr solcher Widerspruch gegen die entamirte alienation geschehen kan, wenn er dabey insbesondere interessiret ist, als wenn er dem legatario fideicommissarie subst ituiret, zumal er alsdann ein doppeltes ius contradicendi hat, tum ex iure proprio: tum ex iure quatenus est heres, als welcher dafür Sorge tragen muß, vt modus, legato adiectus in fauorem legatarii, tali casu præcise adimpleatur, wenn nemlich die Absicht des testatoris dahin gegangen, daß er durch den angehengten modum ihn und seine Kinder conservi ren wollen
95 ne in familiæ dedecus posteа egeant. Welches auf des Grafen Philipp testamentum gar füglich sich appliciren lässet, in welchem der primogenitus als Haupt- und vniuersal-Erbe, der apanagirte Bruder aber als in re certa nominatus, das ist als legatarius, zu considiriren, für dessen, wie auch dessen Kinder Wohlfart und conseruation der Herr Graf Philipp besorget gewesen, deswegen demselben alle alienation und Theilung der ihm assignirten oder angefallenen Lippischen Güter verboten, mithin die cession des Brackischen Antheils mit dieser disposition nicht bestehen kan, vielmehr der Herr regierende Graf zu Bückeburg 1) als vniuersal-Erbe dabey interessiret ist, daß der gedachte Antheil, so ferne er zugleich mit auf den Herrn Grafen von Alverdissen kommen solte, nicht in den Händen des regierenden Herrn Grafen von Detmold, sondern, nach der Absicht des testatoris, bey jenen und dessen posteris mit falle und verbleibe. Zumal man wol weiß daß, wenn das apanagium, absonderlich multiplicatis liberis, nicht zureichen will, grosse querelen gegen den primogenitum geführet, und er dabey sehr beunruhiget werden könne, so, vt eius ceu capiti huius gentis interfit, bona Lippiaca conservari in familia secundo geniti, nec ad aliam lineam deuolui. So dann 2) auch derselbe ex 96
subst itutione fideicommissaria interessiret ist, ne hæc alienatio in aliam fiat lineam, als auf welche Güter er bereits ein ius perfecte quæsitum hat, so er noch zwar nicht actualiter exerciren, dochaber verhindern kan, ne in suum detrimentum quid fiat per alienationem in eum, a quo difficilius recuperari potest. Zumal wol ohnstreitig ist, daß wenn der Herr Graf von Alverdissen ohne Manns-Erben absterben, inzwischen aber zu dem Brackischen Antheil kommen solte, solcher weit leichter alsdann von Alverdissischer Seite, als von dem regierenden Detmoldischen Hause propter maiorem potentiam zu erhalten seyn werde, als welches ohne Zweifel den ietzigen Proceß unter dem Namen des Herrn Grafen von Alverdissen geführet, semper autem iudex id agere debet, ne cuius deterior causa fiat ex alieno facto, et exitus iudiciorum difficilior reddatur.

l. 1. pr. de alien. mut. iudic. conf. fact.

Auserdem auch nach den Verträgen und testa- 97
mentis Simonis VI. et Philippi ihm viel daran gelegen, daß der Brackische ihm adiudicirte Antheil dem Bückeburgischen Stamm abgetreten werde, und bey demselben verbleibe. Dahero dann in dergleichen præiudicirlichen alienations-Fällen mandata sine clausula von denen höchsten Reichs-Gerichten erhalten und erkannt werden können,

KNIPSCHILD *cit. l. c. XIII. n. 90.*

gegen welche niemand von dem cessionario cau- 98
tionem auf den Rückfall anzunehmen schuldig ist, als welche lubrica ist, und die illegalität der geschehenen cession nicht removiren, noch die derselben entgegenstehende impedimenta heben kan, quin quod præstat, intacta iura seruare, quam post vulneratam causam novum remedium ex caut ione quærere.

So halten wir dafür, daß der apaganirte 99
Herr Graf von Alverdissen sein vermeintlich Recht an dem Brackischen Anfall an den remotiorem stirpem zum præiudiz seines nechsten agnaten nicht valide cediren können, noch dieser caution auf den Rückfall von jenem anzunehmen schuldig sey.

Und so viel endlich die eilfte Frage betrift:

Quæstio XI.

Ob, da man Bückeburglicher Seiten bedencklich hält, das Haus 100
Det-

Dettmold ad videndum declarari cessionem nullam, separatim citiren zu lassen, als woraus ein processus ordinarius entstehen würde, dieser Punckt mit dem revisorio cumuliret oder mithineingebracht werden könne, und ob in solchem Fall, da der punctus cautionis mit eingestreuet werden dürfte, man nicht darauf insistiren könne, daß Alverdissen auch dieserwegen caution bestellen müsse, daß selbiger die ihm eventualiter zukommende Helfte weder an das Haus Dettmold, noch sonsten an iemand cediren wolle?

Rationes dubitandi.

101 Ob wol, wann die cessio ungültig seyn solte, man behaupten möchte, daß der punctus cessionis nullius mit in das revisorium gebracht werden könne, nachdem auch in appellatione erlaubet ist dasjenige, was bishero unterlassen, anzuführen,

l. 4. C. de appellat.

BLVM. *in proc. camer. tit. 46. §. 15.*

dahero auch der punctus cautionis um desto richtiger zu seyn scheinet, als die cessio von Seiten Alverdissen annoch allemal zu befürchten stehet, als welchem vielleicht schwer fallen möchte, das revisorium auszuhalten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ein anders ist, ob ie- 102
mand die restitutionem in integrum suchet: ein anders aber: ob er die revisionem oder supplicationem interponiret, da zwar in einem remedio noua adduciret werden müssen, dahingegen in revisorio nicht erlaubet ist, noua anzuführen.

ordin. camer. P. III. tit. 53. §. 9.

HERT. *de iudic. revisor. §. 27.*

LVDOLFF *de proc. camer. sect. II. §. 6. n. 43. et 45.*

Als welches ex prioribus actis schlechterdings 103
beurtheilet wird, und nur die revision davon ausgenommen ist, welche in defectu appellationis, ob deficientem summam appellabilem, bey denen iudiciis inferioribus, loco appellationis verstattet ist.

BLVM. *in proc. camer. cit. l.*

Dieserwegen dieser neue Punckt: ob die cessio 104
nulliter geschehen, in das revisorium nicht mit gebracht werden kan, es auch, aus angeführten Ursachen bey der vorigen Frage bedencklich fallen will, separato processu die declarationem nullitatis zu suchen, als welches vergebens seyn dürfte, so daß auch nunmehro vergeblich ist, die quæstionem cautionis exigendæ zu untersuchen.

So erhellet hieraus so viel, daß der punctus 105
cessionis nulliter factæ in das revisorium allensals nicht gebracht werden könne, sondern separatim gesuchet werden müsse. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXLIV.

RESPONSVM CXXV.

THEMA.

De introductione iuris primogenituræ, et eius requisitis.

SVMMARIA.

Quæstio I. n. 1.

In fideicommissis familiæ ratio succedendi a testatore determinari potest. n. 2. 11. 12.

Verba optatiua, vel quæ nudum consilium habere videntur, fideicommissum inducunt, n. 3.

nisi constet de contraria voluntate. n. 6.

Introductio iuris primogenituræ non aliter fieri potest, quam omnium, quorum interest, consensu. n. 4. 13.

Alter alterius lege in bonis iuri primogenituræ subiectis non tenetur. n. 5.

Quid requiratur ad ius primogenituræ legitime et valide constituendum? n. 7.

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

Non facere et non legitime facere paria censentur. n. 8.

Decisio quæstionis I. n. 9.

Quæstio II. n. 10.

Extensio iuris primogenituræ, non nisi debitis adhibitis requisitis fieri potest. n. 14. 15.

Decisio. n. 16.

Quæstio III. n. 17.

In bonis propriis fideicommissum sub lege iuris primogenituræ testator introducere potest. n. 18. 19.

Iure communi feudali pater inter liberos de feudo antiquo disponere potest. n. 20.

Quænam feuda dicantur mixta? n. 20. 21. 22.
Bona imperii immediata ex iure Germaniæ antiquo feudali sunt diiudicanda. n. 23.
Ius primogenituræ in bonis imperii immediatis auctoritatem et confirmationem imperatoris requirit, n. 24. 25. 26.
Idque ex obseruantia imperii inueterata. n. 25.
Consensus imperatoris in iure primogenituræ causæ cognitionem requirit. n. 27.
auditis iis quorum interest. n. 28.
Bona auita alienari nequeunt. n. 29.
In bonis auitis succeditur iure proprio non ex beneficio vltimi defuncti. n. 30.
Bona auita quare dicantur allodia? n. 31.
Natura allodiorum apud veteres Germanos explicatur. n. 32.
Bona auita hodie imitantur conditionem feudalium bonorum. n. 33.
Ius Longobardicum ad principatus et comitatus Germaniæ applicari nequit. n. 34.
Ius Saxonicum et Sueuicum filium ad facta patris in feudis præstanda non obligat. n. 35.
Ius Longobardicum demum in subsidium receptum est. n. 36.
Decisio quæstionis III. n. 37.
Quæstio IV et V. n. 38.
Actus nulliter gestus auctoritate cæsarea confirmari potest, n. 39.
addita præsertim clausula, quod per eam omnes defectus suppleantur. n. 40.
Bonum publicum vtilitati priuatæ præferendum est. n. 41.
Per iudicem supremum ius suum nemini tolli potest. n. 42.
Plenitudo potestatis imperatoriæ nullum habet fundamentum. n. 43.
Inuitus nemo arrogari potest. n. 44.
Decisio quæstionis IV et V. n. 46.
Quæstio VI. n. 47.
Possessio ipso iure non transit in liberos, sed noua apprehensione opus est. n. 48.
Ex testamento, vitio visibili destituto, competit heredi instituto immisso ex L. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll. n. 49. 54.
Nemo ex suo facto iniusto in tutela commodum sentire debet. n. 50.
Possessio iure Germanico ipso iure in liberos transit, n. 51.
et quidem vera ciuilis et plenissima. n. 52.
Qui continuat possessionem, tum a tutore tum ipso iure acquisitam non dicitur apprehendisse demum possessionem, sed ipso iure suo nomine continuasse. n. 53.
Decisio quæstionis VI. n. 55.

Als Ew. Hochgräfliche Excellenz, uns eine facti speciem nebst unterschiedlichen Beylagen und sechs Fragen zugeschicket ꝛc.

1 So ist demnach zum ersten gefraget worden:

Ob Graf Wolfgang das von ihm introducirte Recht der Erstgeburt nach Inhalt seines Testaments auf die collaterales extendiren wollen, oder auch ohne vorherigen consens extendiren können?

Rationes dubitandi.

2 Ob nun wol Graf Wolfgang in seinem anno 1708 errichteten Testament, in welchem er das ius primogenituræ unter seinen descendenten eingeführet, zugleich ratione collateralium dieses mit versehen, daß er nach gänzlichem Abgang des von ihm absteigenden männlichen Stammes, seinen lieben Bruder und Vetter, iedoch wenn bey dero Linie inzwischen nichts geändert wird, anders nicht als nach Ordnung derer Rechte und observantz der Gräflichen Familie zu seinem wahren Unzweifelbaren rechtmässigen Erben einsetzen wollen, dabey er dann zugleich gewünschet, daß zum wahren Besten des Hauses solche Veränderung erfolgen, und man sich mit seinem Vorgang wegen mehreren Zusammenhaltung der Lande conformiren möchte, also daraus dessen enixa voluntas, daß auch das ius primogenituræ bey der Familie seines Vettern Anton Carln eingeführet werden möchte, zu ersehen, allermassen in demselben er seinen descendenten fideicommissarie substituiret, und dabey die clausul: wegen mehrerer Zusammenhaltung der Lande, hinzugethan, wodurch er der Hochgräflichen Familie prospiciren wollen, qualia verba fideicommissum inducunt familiæ, in quo ratio succedendi determinari potest a testatore,

l. 114. §. 14. de leg. 1.
l. 32. §. 6. l. 69. §. 3. l. 78. §. 2. de leg. 2.

etiamsi vel maxime tantum nudum consilium 3
habere videantur,

l. 11. §. 7 et 11. de leg. 3.
KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. 6. n. 90 sqq. et 111.*

vel verba optatiua fuerint.

l. 115. de leg. 1.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch anfänglich richtig und 4
ausgemachet ist, daß Graf Wolfgang in seinem Testament das ius primogenituræ eingeführet, und darüber Kayserliche confirmation erhalten, aber nur solches auf seine absteigende Linie und auf seine descendenten allein restringiret, welches ordentlich bey Einführung des iuris primogenituræ ohnedem intendiret zu werden pfleget. Dahero er auch nur bloß seiner beyden Herren

Herren Söhne consens darzu erfordert, anderer gestalt und wenn er auch solches auf die collaterales, einführen wollen, nach der Natur der Lehn- und Stamm-Güter, worin er die successions-Ordnung nicht ändern mögen, er deren consensum expressum dazu bedurft hätte, cum introductio iuris primogenituræ non aliter fieri possit, quam omnium, quorum interest, consensu,

B. de LVDOLPH *de introd. iur. primog. P. spec. aph. XI. n. 3.*

5 wie in den folgenden weiter auszuführen seyn wird, welches auch Graf Wolfgang wohl gewust, und dahero seinen Vetter keinesweges zu dem iure primogenituræ adstringiret, vielmehr nach Abgang seiner männlichen descendentz denselben nach Ordnung derer Rechte und observantz der Gräflichen Familie, nach welcher die angefallene Güter iederzeit getheilet worden, zum Erben benannt, mithin bey denselben das von ihm inter descendentes solos beliebte ius primogenituræ nicht vorschreiben wollen noch können, wohl wissend, quod alter alterius lege in eiusmodi bonis non teneatur;

BETS. *de stat. et pact. famil. illustr. c. 9. §. II sqq.*

6 wie er dann auch nur bloß bey dem Wünschen es bewenden lassen, daß solche veränderte successiõn bey andern Hochgräflichen Familien eingeführet werden möge, also keinesweges zu sagen, daß er selber solches einführen, und die successionem fideicommissariam auf diese Weise reguliren wollen, dessen Gegentheil aus denen verbis institutionum selbst erhellet, nach welchen er es bey dem modo succedendi nach der bisherigen observantz gelassen, und ob er wohl die condition dabey gesetzet:

iedoch wenn inzwischen bey der Linie seines Vettern Anton Carl nichts geändert wird,

dennoch solche keinen andern Verstand haben mögen, als wenn auf rechtmässige und rechtsgültige Art und Weise solches geschehen, quia quod nullum est, pro non facto habetur, welches aber nicht erfolget, zumal Graf Anton Carl zwar in anno 1736 ein Testament gemachet, und darin das ius primogenituræ introduciren wollen, gleichwol dazu weder Kayserl. confirmation und seines jüngern Sohns consens erlanget, noch allenfalls denselben einen curatorem, der sein interesse bey dem erforderten consens beobachtete, bestellen lassen,

7 welche Stücke doch nothwendig sind, ad ius primogenituræ legitime introducendum, wie bey der dritten Frage mit mehrern dargethan werden soll, so daß es eben so viel ist, als wenn er das ius primogenituræ gar nicht eingeführet, cum

8 non facere et non legitime facere paria censeantur.

l. 1. §. 2. quod quisque iur. in alter. stat. c. 64. de R. I. in 6.
l. 5. C. de L. L.

9 So halten wir dafür, daß Graf Wolfgang das von ihm introducirte Recht der Erstgeburt auf seine collaterales in seinem Testament weder wollen, noch ohne ihren consens extendiren können.

So viel die andere Frage betrift:

Ob nicht Graf Anton Carl nöthig gehabt, über diesen ererbten Antheil der Grafschaft das ius primogenituræ denuo **mit gehörigen** requisitis **einzuführen?**

10

Rationes dubitandi.

Ob wol Anton Carl in seinem anno 1738 11 verfertigten Testament des Herrn Grafen Wolfgang Wünschen und Verlangen erfüllet, und die von demselben angefallene Güter dem erstgebohrnen Sohn assigniret, zumal er in denselben denjenigen zu seinem Erben verlanget, und die successions-Ordnung beliebet, welche Herr Graf Anton Carl einführen würde, und da nun Rechtens ist, quod testator ordinem succedendi in bonis fideicommissariis determinare possit,

FVSAR *de subst. it. fideic. qu. 359. n. 1.*
KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. 9. n. 1.*

nicht abzusehen sein möchte, was weiter hieran 12 fehlen solte, da nicht so wol von der introduction des iuris primogenituræ, als nur von dessen Erweiterung, nachdem es einmal von Herrn Graf Wolfgang valide eingeführet gewesen, die Frage ist, und er also seine cum qualitate huius iuris valide afficirte Güter unter derselben qualität auf seinen Vetter transferiret, welches dieser auch in seinem Testament also verstanden, und es dabey bewenden zu lassen sich erkläret.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch bereits bey der vorigen 13 Frage ausgeführet ist, daß Herr Graf Wolfgang seiner Güter wegen das ius primogenituræ unter seinen descendenten eingeführet, keinesweges aber solches auf seine collaterales extendiret, noch ohne deren consens extendiren können, vielmehr nur gewünschet, daß solches primogenitur-Recht bey denen andern Familien introduciret werden möchte, dieserwegen hiebey nicht darauf zu sehen, was der Herr Graf Anton Carl in seinem Testament vermeinet und verordnet, sondern allein dabey zu subsistiren ist, was in rei veritate geschehen, und er dabey verordnen können. Bey solcher Be- 14 schaffenheit aber, da das ius primogenituræ bey solchen Gütern mit Abgang des Graf Wolfgang männlichen descendenten gäntzlich erloschen, und auf die collaterales nicht gegangen, es allerdings nöthig gewesen, daß respectu deren das ius primogenituræ von Graf Anton Carl wieder von neuem introduciret worden wäre, dieses auch ohne Zweifel der Absicht des Herrn Grafen Wolfgang gemäß gewesen, als

welcher als ein gelehrter Herr, würcklicher Käyserlicher geheimter Rath, und Reichs-Hofraths præsident, wol gewust, daß solches auf keine andere Art und Weise geschehen können, wie er dann selbsten solches auch gewünschet, doch auf das factum legitimum des Herrn Grafen Anton Carln lediglich beruhen lassen, als welcher die gewünschte Veränderung in seiner Familie, debitis adhibitis requisitis, vornehmen können, so aber nicht erfolget, und also es dieserwegen bey der alten observanz dieses Hochgräflichen Hauses geblieben, zumal ob er gleich in seinen **übrigen Gütern**, so er den **Wolfgangischen** entgegen gesetzet, das ius primogenituræ einführen wollen, und wegen des Wolfgangischen es überflüßig geachtet, weil solche ohnedem schon mit dem iure primogenituræ behaftet gewesen, dennoch solches offenbar irrig, und des seligen Herrn Reichs-Hofraths Meinung gantz entgegen ist, nachdem er auch die Einführung des primogenitur-Rechts auf diese Güter mit verstanden haben wollen, ausserdem aber auch Graf Anton Carl, nicht einmal respectu seiner übrigen Güter dasselbe valide introduciret.

16 So erhellet hieraus so viel, daß Graf Anton Carl über diesen ererbeten Antheil der Grafschaft, das ius primogenituræ von neuem gehörig einzuführen nöthig gehabt.

Anlangend die **dritte Frage**:

17 **Ob des Graf Anton Carls, über die gantze Grafschaft einzuführen gesuchte** primogenitur **in Abgang der Kayserlichen** confirmation **und des** consensus **seines jüngern Sohns zu Recht bestehen könne?**

Rationes dubitandi.

18 Ob wol vornemlich es hiebey auf den Unterschied der Güter ankommen mochte, welche entweder mere allodia oder mit der Reichs-Lehnbarkeit behaftete bona sind, wir uns auch wol aus denen publicis deductionibus und Schriften erinnern, daß nicht allein bey dem Hoch-Gräflichen Hause Reichs-Lehne, sondern auch viele allodia sind, so daß der mehreste Theil der Grafschaft darin bestehen solle,

STRVV. *de allod. imper. c. III. §. 79.*

19 wie auch die unter denen Herren Grafen gemachte viele Verträge und Vereinigungs-pacta anzeigen. Diesemnach was 1) die allodialia bona betrift, beyde requisita daben unnöthig seyn möchten, angesehen ein ieder testator libere von seinen eigenen Gütern disponiren, darin den modum succedendi reguliren und solche mit einem fideicommisso familiæ, vermöge, dessen allein der primogenitus succediren solle, behaften kan, welches ohnstreitig in dem testamento Anton Carls anzutreffen; certi autem iuris est in bonis propriis fideicommissum sub lege iuris primogenituræ testatorem introducere posse,

KNIPSCHILD *de fideic. fam. c. 6. n. 270 sqq.*

BETSIVS *de statut. et pact. famil. illustr. c. 8. §. 16.*

de LVDOLPH *de inv. primog. P. spec. §. XI. n. 3 sq.*

Bevorab da ein ieder testator dabey die successions-Ordnung reguliren, und also wol verordnen kan, daß der erstgeborne oder senior in seiner Familie allein zum fideicommisso berufen seyn solte. Und so viel 2) die Reichs-Lehne betrift, allhier eine dispositio patris inter filios in testamento Graf Anton Carls anzutreffen, unter welchen der testator auch respectu feudorum das primogenitur-Recht einführen mögen, angesehen einem Vater nach den gemeinen Lehn-Rechten auch de feudo antiquo inter liberos zu disponiren frey stehet, als welche solches nicht anders als qua patris heredes in allodio annehmen können, und in solchem regard diese Lehn feuda mixta genannt werden. 20

2. f. 45. 51. §. Titius.

COCCEI *de feud. hered. mixto per tot.*

ROSENTHAL *de feud. lib. 7. c. 20. n. 21.*

HARTM. *pistor. lib. II. q. 2. n. 47.*

Dieserwegen auch die Kinder in demselben das factum patris zu præstiren allerdings gehalten, zumal sie das feudum sine allodio nicht annehmen können, sondern es lediglich bey dem testamento paterno lassen müssen, gestalt die Erfahrung bezeuget, quod in multis Germaniæ familiis dispositiones testamentariæ frequententur, in quibus vel æquis vel inæqualibus portionibus filii instituuntur, præcepta regiminis præscribuntur, tutores constituuntur vel etiam, assignato primogenito principatu et regimine reliquis filiis alimenta et bonorum portiones relinquuntur, 21

MYLER *ab* EHRENB. *de princ. et stat. imper. P. I. c. 21.*

Bevorab da das ius primogenituræ zu des gantzen Hoch-Gräflichen Hauses besondern Aufnehmen gereichet, wie der Herr Graf Anton Carl, in seinem Testament mit mehrem dargethan, welcher Verordnung die Söhne sich zu unterwerfen um destomehr schuldig zu achten, nachdem bereits bey andern Hoch-Gräflichen Linien solches eingeführet worden ist, so daß es scheinen will, als wenn nach dem Testament Graf Anton Carls die succession allhier reguliret werden müsse: 22

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch zuförderst allhier zum Grunde zu setzen, daß die Theilung der angefallenen Güter in der Grafschaft O. von uralten Zeiten beständig in observanz gewesen, wie denn schon in anno 1429 nach Absterben Graf Friedrichs, dessen drey Söhne die gantze Grafschaft 23

schaft unter sich getheilet, nachgehends im anno 1486 nach Absterben Graf Ludwigs dessen ein Drittel wieder in vier Theile getheilet ist, und ohngeachtet Graf Ludwig der Aeltere das ius promogenituræ einführen wollen, dennoch anno 1573 solches impugniret, und auctoritate imperatoria cassiret worden, wobey es auch geblieben. Und ob wol Graf Frantz Albrecht und Graf Wolfgang unter ihren descendenten das ius primogenituræ eingeführet, dennoch solches nicht anders, als sub auctoritate Cæsarea et filiis vel consentientibus vel nondum natis geschehen, und dadurch erst die Veränderung in der successiion ihrer Stamm-Linien etabliret worden. Welches auch um desto nöthiger zu achten, als die einmal bey einem Hochgräflichen Hause hergebrachte successions-Ordnung in denen bonis imperii immediatis priuato ausu possessoris nicht so frey, als bey blossen privat-Gütern, geändert werden kan, da diese zwar mehrentheils nach dem Römischen Recht sub libera dispositione sind, und darnach allein beurtheilet werden müssen, nach welchem es heisset: paterfamilias vti rei suæ tutelæue legassit, vel legem dixit, ita ius esto, dieses aber auf bona illustrium immediata unmöglich appliciret werden mag, als welche nach denen alten teutschen Satzungen und denen bekanten Lehn-Rechten diuersæ plane indolis, und dergleichen freyen disposition, welche das Römische Recht præsupponiret, nicht unterworfen sind, wie bald gezeiget werden
24 soll. Dieserwegen denn vieles dazu gehöret, wenn das ius primogenituræ auf rechts-beständige Art introduciret werden soll, wohin vornemlich die auctoritas et confirmatio imperatoris zu referiren, zumal ex qualitate et conditione bonorum illustrium man nicht leicht ein exemplum introductæ primogenituræ finden wird, wobey nicht die confirmatio Cæsarea für nöthig erachtet worden, adeo vt lex imperii in ratione et obseruantia aliquot seculorum fundata sit, quæ formam introducendo primogenituræ iuri præscribat. Wie der gelehrte *assessor Cameræ* von LYDOLPH selbsten nicht in Abrede seyn kan,

de introd. iur. primog. P. spec. §. XIII. n. 9.

25 cum obseruantia imperii inueterata pro lege publica accipienda sit, et intuitu territorii immediati ius primogenituræ non solum successionem terrarum, sed etiam ius territoriale, et imperii statum, die Reichs-Standschaft, operetur, et sic imperatoris simul interfit, ne his, qui ad regimen pro rata nati sunt, per exclusionem præiudicium operetur.

IDEM *cit. l. p. 73. in not.*

26 Zumal wenn gleich auch die gebohrne Söhne priuato pacto in das ius primogenituræ consentiret haben solten, dennoch deren Nachkommen solches nach der Zeit gar leicht anfechten können, wenn solches mit Kayserlicher auctorität nicht bekräftiget worden, da hergegen durch die confirmationem imperatoriam dieses Recht der Erstgeburt als ein lex perpetua domus illustris ins künftige anzusehen, und ohne allen Widerspruch ad instar sanctionis pragmaticæ angenommen und beständig obseruiret werden muß, ita vt per testamentum patris illustris ius primogenituræ sine imperatoris confirmatione et consensu filiorum vltra genitorum introduci non possit, wie mit einem weitläuftigen Rechts-Gutachten dargethan ist

a B. STRYKIO *de caut. testam. c. VI. m. 2. §. 26.*

conf. ITTER. *de feud. imper. c. XIII. §. 11.*

welche principia auch der selige Graf Anton Carl in seinem Testament wohl eingesehen und agnosciret hat, da er bey der introduction des iuris primogenituræ folgendes gesetzet:

erinnern uns auch iedoch, daß zu deren gnugsamen Befestigung die allerhöchste Kayserliche confirmation allerdings erfordert werde.

Hierüber auch bekant ist, daß die Kayserliche 27
confirmation nicht so schlechterdings, sondern cum causæ cognitione erfolge, und deswegen erst von denen secundo genitis ein Bericht erfordert werde, ob sie darein consentiret, und was sie dagegen einzuwenden haben möchten; allermassen dieselbe einmal ein solches ius quæsitum in bonis auitis diuisioni subiectis haben, daß ihnen wider ihren Willen ihr Recht 28
daran nicht genommen, und dem Erstgebornen zugetheilet werden kan,

RHET. *de transmiss. territ. German. in succes. c. 3.*

LYNCKER. *decis. 1001.*

de LVDOLPH *de introd. iur. primog. P. spec. aphor. II. n. 5 sqq.*

so weder die qualitas bonorum allodialium 29
noch feudalium in denen Hochgräflichen Häusern verstattet. Bevorab da im O. Hause unterschiedliche Erb-Einigungen vorhanden, die die bona allodialia auita, als Stamm-Güter, zu veräusern und darüber zu disponiren, schlechterdings verbieten, und zwar zur conservation des Hochgräflichen Manns-Stammes, wie BOEHMER mit mehrern ausgeführet hat

tom. I. P. II. argum. 45. n. 6. sqq.

wodurch dieselbe die Natur und Eigenschaft der- 30
er fideicommiss-Güter erhalten, auf welche, da sie ad illustrissimæ gentis conseruationem einmal gestiftet sind, ein ieder von denen gebornen Söhnen ein ius perfecte quæsitum schon bey Lebzeiten seines Herrn Vaters hat, adeo vt in his succedatur *iure proprio*, non ex beneficio vltimi defuncti,

BOEHMER *cit. l. n. 8. sqq.*

ja wenn solche Erb Einigungen nicht vorhanden 31
wären, dennoch die Fürstliche und Gräfliche Stamm-Güter, welche eigentlich allodia, alt od, oder alt Gut genant sind,

THOMAS. *de select. feudal. in proleg. §. 6. p. 34 sqq.*

HERT.

HERT. *de feud. obl. P. I. §. 2. et P. II. §. 11.*

32 bey denen alten Teutschen dergestalt im Werth und Hochachtung gehalten worden, daß sie das Recht dabey eingeführet und iederzeit heilig gehalten, daß, was einmal in den Erbgang durch das Erbrecht und zwar per diuisionem gekommen, davon ohne den consens der Erben nicht wieder abgehen könne, wie noch wircklich itzo bey denen Fürstlichen und Gräflichen Häusern, ja so gar bey der unmittelbahren Reichs-Ritterschaft in Francken, Schwaben und an dem Rhein, der mittelbaren von Adel dabey nicht einstens zu gedencken, fest und unverbrüchlich darüber gehalten wird, die meisten aber darneben dergleichen Erb-Einigungen gemachet, damit das alte teutsche Recht dabey aufrichtig observiret werden möchte, weil mehr als zu bekant ist, was das römische Recht vor ungemeinen grossen Jibbruch bey diesem Punckt per incuriam et iniuriam leguleiorum einzuführen gemeinet gewesen, welches die Beschaffenheit der alt-väterlichen Stamm-Güter nicht leidet. Dem zu widersehen, und dessen Einbruch zu begegnen, die Vorfahren nichts heilsamer erachtet, als sich gegen diese ausus ICtorum Romanorum aufs Beste durch Verträge und pacta zu verwahren, welche also nichts neues und sonderliches in sich halten, sondern nur das ius antiquum Germaniæ wiederholet, und sich dabey erhalten, so daß alle Söhne darin zu succediren ein ius quæsitum haben, welches ihnen ohne ihr factum nicht genommen werden kan. Dahero auch die Töchter, nach wie vor, von denen Stamm-Gütern ausgeschlossen sind, diese

33 aber inalienabel geblieben, so, daß bey deren Veräusserungen der Söhne consens expresse in denen diplomatibus antiquis gedacht worden ist, certo indicio, daß sie daran schon bey Lebzeiten ihres Vaters ein ius quæsitum haben, welches auch der Sachsen- und Schwaben-Spiegel bestätiget

ius prov. saxon. lib. I. art. 31. et 52. item lib. I. art. 9. in f.

spec. sueu. c. 67. ex edit SCHANNATI.

und die diplomata und decreta imperatorum solches darthun,

ROEHMER *cit. l. n. 45. et 46.*

Vnde ICti recte constituerunt, bona avita hodie imitari conditionem feudalium bonorum,

BERLICH *P. II. concl. 13. n. 8.*

MODESTIN. PISTOR *vol. II. conf. 10. n. 22.*

COTHMAN *vol. I. conf. 3. n. 58.*

BOEHMER *cit. l. n. 47 sqq.*

wie denn ohnedem in dubio dafür zu halten, daß alte Stamm-Güter bey denen familiis illustrium ihre alte Teutsche Gesetze mit Hindansetzung des schädlichen fremden Rechtes beybehalten, daß noch heute zu Tage darnach zu prechen ist, in welchem Verstande anzunehmen, was KNIPSCHILD

de fideic. famil. c. IX. n. 5 sq.

saget: ex quo etiam iure Saxonico (welches das uralte allgemeine Teutsche Recht ist) bona auita conditionem feudorum imitantur, et bona familiarum instar feudalium habentur, so daß gantz natürlich ist, daß bey diesen Stamm-Gütern das ius primogenituræ ohne consens derer vltragenitorum, die darin iure proprio succediren, nicht eingeführet werden könne, noch weniger aber solches bey denen feudis antiquis, qui ex pacto et prouidentia maiorum deferuntur, vt liberi iure proprio quoque in illis succedant, statt finden mag, als welches abermal die alten Teutschen Lehn-Rechte klar versehen haben, und es gantz unvernünftig 34 seyn würde, das Longobardische fremde Recht auf die principatus et comitatus Germaniæ zu appliciren, da nicht einstens solches bey denen feudis mediatis, wenn nicht die Lehns-Ordnung im Lande ein anders versehen, in application in diesem Punckt gebracht werden mag,

GAIL *lib. II. obs. 204. n. 4 sq.*

MYNSING. *cent. III. obs. 61.*

SCHRADER *de feud. P. VII. c. 5. n. 74.*

ROSENTHAL *de feud. c. VII. concl. 20. n. 5.*

LYNCKER *in anal. ad Struu. iur. feud. c. IX. aph. 11.*

LVDOLPH *de iur. primog. P. spec. §. VI. n. 6. et 7.*

nachdem in Sachsen und Schwaben das Lehn- 35 Recht gantz deutlich versehen, daß der Sohn an seines Vaters factum in Lehn-Gütern unverbunden sey.

ius feud. allem. c. 98.

ius prou. sax. lib. II. art. 21. lib. I. art. 9.

ius feud. sax. c. 55.

LVDEWIG *de oblig. successs. in cluentel. et princ. S. R. I. c. 7.*

Sodann dieses Recht billig bey denen Fürsten- 36 thümern und Grafschaften um destomehr statt finden muß, als das ius Longobardium auf die Reichs-Lehn-Güter am allerwenigsten sich schicket, und man denen Landes-Herren grossen Tort thun würde, wenn man deren Lehn-Sachen nach diesem ausländischen Recht richten wolte, welches hiebey in subsidium kaum einen Nutzen hat.

ROSENTHAL *de feud. c. IX. concl. 67. n. 11.*

BRVNNEM. *conf. I. n. 189.*

LVDEWIG *cit. l.*

Wodurch denn zugleich denen rationibus dubitandi abzuhelfen ist, solches alles auch Graf Wolfgang in seinem Testament wol erwogen, und deswegen verordnet, daß nach seiner Kinder Abgang secundum antiquam obseruantiam die Güter vertheilet werden müsten, wann nicht legitimo modo von diesem eine Veränderung dabey eingeführet werden solte.

So halten wir dafür, daß des Graf Anton 37 Carls über die gantze Grafschaft einzuführen gesuchte primogenitur-Recht in Abgang der Kayserlichen confirmation und des consensus seines jüngern Herrn Sohns zu Recht nicht bestehen könne.

Wird

Wird ferner viertens und sechstens gefraget:

38 **Ob allenfalls die abgängige Kayserliche** confirmation **nach dem Tode des** testatoris **dem ältern Herrn Sohn, Grafen Johann Friedrich,** salvo iure et iustitia, **annoch hätte ertheilet, und dem nachgebohrnen Herrn Sohn, Graf Philipp Carl, sein** ius perfecte per obitum patris quæsitum **entzogen werden können? Und ob eine solche** confirmation **für den unmündigen Herrn Grafen** Maximilian **ietzo,** dissentiente Dn. Comite Philippo Carolo, **noch zu hoffen sey, und ob nicht vielmehr es bey dem alten** modo succedendi **zu gleichen Theilen sein gäntzliches Verbleiben haben müsse?**

Rationes dubitandi.

39 Ob wohl es scheinen will, als wenn alles auf die Kayserliche confirmation alhier angekommen seyn würde, anerwogen eines theils aus denen Rechten bekant, quod actus nullius gestus auctoritate Cæsarea confirmari queat, exemplo adoptionis in testamento nulliter factæ, a Cæsare tamen approbatæ; *l. 38. de adopt.*

40 Bevorab, wenn der Kayserlichen confirmation expresse beygefüget, daß dadurch aller Mangel des Testaments gehoben werden solle, *c. 1. X. de transact.*

41 solches auch die conservation der Familie und das publicum bonum erfordert, quæ vtilitati priuatæ dissentientium vltra genitorum præferenda: andern theils sowol der verstorbene ältere Herr Graf Johann Friedrich dazu verbunden gewesen, und noch itzo die Vormünderin desselben Sohns Maximilian verbunden seyn möchte, weil der testator Graf Anton Carl expresse anbefohlen, daß, wenn er solche Kayserliche confirmation bey seinem Leben zu erhalten verhindert werden solte, so dann nach dessen Ableben sein ältester Herr Sohn, Graf Johann Friedrich, oder dessen Vormundschaft allerunterthänigst anrufen, und selbige zu erhalten suchen solte, welches auch mit eben demselben Rechte von der itzigen Vormundschaft des unmündigen Grafens Maximiliani noch wol geschehen möchte, als welcher in ius patris sui getreten.

Rationes decidendi.

42 Weil aber dennoch bereits bey der vorigen Frage dargethan, und sowol ex natura autorum bonorum, als feudorum imperii erwiesen, daß in immediatis bonis illustrium personarum, welche von uralten Zeiten der Theilung unterwürfig gewesen, die bereits geborne Söhne ein ius perfecte quæsitum haben, vt in iis *iure proprio*, non ex beneficio patris, succedant, und ihnen also daran ihr Recht nicht benommen werden könne, quod ne quidem per principem supremum ius suum nemini tolli queat.

l. 4. C. de emanc.

PETR. ANTON *de* PETRA *de iur. quæs. per princip. non toll.*

Angesehen dasjenige, was die alten interpre- 43
tes von der plenitudine potestatis imperatoriæ anzeigen, keinen Grund hat, allenfalls auf das Römische Reich wegen der Wahl-capitulation, woran Kayserliche Majestät selbsten verbunden, sich nicht appliciren lässet, als worin art. 1. §. 9. generatim der höchst sel. Kayser glorwürdigstens Andenckens versprochen, die Stände des Reichs bey ihren regalien, Obrigkeiten, Freyheiten, Privilegien, Gerechtigkeiten, Gebräuchen und guten Gewohnheiten, so sie bishero gehabt oder in Uebung gewesen, zu handhaben und zu beschützen. So dann das ar- 44
gumentum ex l. 38. cit. hieher nicht zu ziehen, als worin der casus befindlich, wenn der heres adoptiuus um die Kayserliche confirmation anhält, quia inuitus nemo arrogari potest.

l. 2. D. de adopt.

Dabey auch das testamentum des Herrn Gra- 45
fen Anton Carls in keine Achtung zu ziehen, als welches nothwendig sub clausula intellecta: consentientibus illis, quorum interest, zu verstehen, solches auch sich klärlich bey dem Exempel des Herrn Grafen Wolfgangs, worauf sich der testator berufen, geäussert, weil derselbe ohnstreitig das ius primogenituræ mit consens seiner Söhne eingeführet, allenfalls aber, wenn der vorgedachte testator dabey andere Meinung geführet haben solte; solche dispolition unkräftig und ungültig seyn würde.

l. 5. C. de LL.

Wie denn Kayserliche Majestät selbsten dergleichen confirmation niemals, als cum causæ cognitione et auditis illis, quorum interest, bewerckstelligen; absonderlich aber solche nunmehro nicht weiter statt finden kan, da einmal per mortem Antonii Caroli die successio pro dimidia auf den Herrn Grafen Philipp Carl würcklich gefallen, und nunmehro nicht weiter de hereditate deferenda, sed iam delata et actualiter possessa die Frage ist, welches Recht ihm nunmehr per confirmationem Cæsaream iuris primogenituræ sub prætextu conseruationis familiæ nicht entzogen werden mag, welche bereits etliche secula im Flohr auch unter der vorgenommenen Theilung gestanden, das ius primogenituræ aber dabey nach rechtlicher Art nicht eingeführet ist, noch sine confirmatione Cæsarea et consensu eorum, quorum interest, nicht eingeführet werden kan, an welchen beyden Stücken es noch bis dato ermangelt,

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-142341983-10/fragment/page=0581

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

und die erste ohne das letztere requisitum nicht zu erhalten stehet.

46 So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß so wenig die abgängige Kayserliche confirmation nach dem Tode des testatoris dem ältern Herrn Grafen Johann Friedrich ertheilet, und dem Herrn Grafen Philipp Carl sein ius succedendi iam delatum et perfecte quæsitum entzogen werden können, als auch dieselbe für den unmündigen Herrn Grafen Maximilianum bey dem anhaltenden dissensu des Herrn Grafen Philippi Caroli nicht zu hoffen, sondern es vielmehr bey dem alten modo succedendi zu gleichen Theilen zu lassen sey.

Endlich so viel die **letzte Frage** betrift:

47 **Ob Herr Graf Philipp Carl nach den** sub n. V. deducirten **Gründen** in possessorio **geschützet werden müsse, und sich eines** mandati S. C. de non turbando in compossessione **zu getrösten habe?**

Rationes dubitandi.

48 Ob wol zum voraus zu setzen ist, daß, nach dem im 1738. Jahr erfolgten Tode des Herrn Grafen Anton Carl, dessen ältester Herr Sohn Johann Friedrich seinem ietzt gemeldten Herrn Vater in der Regierung gefolget, und also von der Zeit an alle actus possessorios regiminis über das gantze Land, so ihm angefallen, exerciret; und ob er wohl Vormund seines jüngsten Bruders Graf Philipp Carls ex testamento paterno gewesen, doch wohl zu glauben, daß er die possession des gantzen Landes vermöge des Testaments übernommen, und proprio nomine exerciret, wozu er, qua primogenitus, berufen und instituiret worden. Wie man dann nicht findet, daß er das contrarium, und daß er zugleich im Namen seines jüngern Herrn Bruders die possession apprehendiret und fortgeführet, da er vielmehr das testamentum paternum vor sich gehabt, und also titulatam possessionem vor sich anführen mögen, neque enim possessio ipso iure transit in liberos, sed noua apprehensione opus est,

l. 43. pr. de acquir. vel omitt. possess.
GAIL. *2. obs. 129.*
MYNSING. *cent. 3. obs. 38.*

atque ita liberis ex persona defuncti manutentio non potest competere.

MENOCH *remed. retin. poss. 3. n. 57.*
POSTIVS *de manut. obs. 55. n. 23 sqq.*

Es also scheinen will, als ob der Herr Philipp Carl, nachdem er maiorennis geworden, non amplius vacuam possessionem ergriffen, ja selbsten durch die apprehendirung der possess zugestanden, daß er vorher keine possess gehabt, und also die Frau Gräfin Vormünderin wegen ihres unmündigen Herrn Sohns Graf Maximilian potior in possessione seyn möchte, sie darneben das testamentum Graf Anton Carls, vitio visibili destitutum, vor sich habe, ex quo competit heredi institutio immissio. 49

ex l. f. C. de edict. D. HADR. *toll.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch anfänglich zu erwegen, 50 daß der Herr testator, Graf Anton Carl, seinen jüngern Herrn Sohn, Philipp Carl, weder können noch wollen von seinem iure succedendi, in dimidiam comitatus excludiren, zumal er das ius primogenituræ erst in seinem Hoch-Gräflichen Hause unter seinen beyden Herren Söhnen, aber nicht anders, als sub auctoritate Cæsarea, qua substantiali requisito, einführen wollen, wie das Testament klar an den Tag leget, diese aber sine consensu secundo geniti nicht zu erhalten gewesen, gleichwol weder der testator, ohngeachtet er zu unterschiedenen malen dessen erinnert worden, die allerhöchste Käyserliche confirmation iemals gesuchet, noch solches von dessen ältesten Herrn Sohn, Graf Johann Friederich, geschehen, noch geschehen mögen, da er seines jüngern Herrn Bruders Graf Philippen Carl, Vormund gewesen, und nimmermehr der Käyserliche Hof die confirmation ihm bey solchen Umständen ertheilet, wenigstens doch dieses verordnet haben würde, daß Graf Philippen Carln zuförderst ad hunc actum ein anderer curator, der seine iura dabey vertrete, bestellet werden müste, welcher aber schwerlich zum præiudiz seines curandi den consens zur introduction des Rechts der Erstgeburt gegeben, sondern vielmehr diese nach allen Kräften zu hintertreiben gesuchet, solches auch gar leicht vom Kayserlichen Hofe erhalten haben würde. Welches nur præliminariter zu dem Ende angeführet wird, daß daraus erhelle, warum der Herr Graf Johann Friederich die confirmationem cæsaream iuris primogenituræ nicht gesuchet noch suchen können, sondern alles in statu quo, nachdem er seines Herrn Bruders Vormund geworden, gelassen und lassen müssen, wie es ante testamentum conditum bey diesem Hoch-Gräflichen Hause gewesen, nach welchem ohne Widerspruch die Theilung statt gefunden. Diesemnach er auch unmöglich die Absicht geführet haben mag, die possessionem solitariam von der Grafschaf anzunehmen, vielmehr er solche nomine suo et tutorio nothwendig exerciren müssen, weil er sonsten gegen die Pflicht eines Vormundes offenbar gehandelt haben würde, welches weder zu glauben, noch ihm, qua tutori, zu statten kommen seyn würde, quod nemo ex suo facto iniusto in tutela commodum sentire debeat, vielmehr das contrarium aus der geführten Vormundschaft, und nicht gesuchter Kayserlicher confirmation des primogenitur-

Rechts

Rechts zu schliessen, deswegen auch das testamentum Graf Anton Carls niemals zu W. publiciret, oder der W. Regierung kund gemachet, noch einiges indicium an den Tag geleget ist, wodurch der Herr Graf Johann Friedrich solitariam possessionem anzeigen wollen; vielmehr das Gegentheil dadurch declariret, daß derselbe Schuld-Verschreibungen proprio et curatorio nomine unterschrieben, dazu sonsten kein apannagiarus concurriret, auch Vollmachten zu der Lehns-Empfängniß proprio et curatorio ausgestellet, ja, wenn er gleichge-
51 wolt, nichts einstens solitariam possessionem ob tutelam gestam ergreiffen können. Ausserdem nicht eben nöthig gewesen, darüber eine besondere declaration zu thun, zumal, mit Hindansetzung des Römischen Rechts, bey dergleichen illustrium Erbschaften auf das alte Teutsche Recht zu sehen, nach welchem die Kinder bereits bey Lebzeiten ihres Vaters so wol auf die auita als feudalia ein ius haben, wie im vorhergehenden gewiesen, und dabey a potiori die in n. 5. beygehender Schrift ausgeführte Meinung, quod possessio iure Germanico ipso iure in liberos transeat, welcher wir mit unserm Beyfall beytreten, statt findet, und nichts weiter dazu beyzufügen nöthig erachten, als daß diese posses-
52 sion, quæ ipso iure in heredes transit, eine vera, ciuilis et pleniſſima possessio sey, vt nullum sit medium inter possessionem heredis et defuncti, et omnis apprehensio ab alio facta sit nulla nullius que effectus, quin potius talis possessor semper ingredi possessionem queat.

CARL *de* MEAN *in obseru. ad ius ciuile Leod. P. I. obs. 93. n. 5 sqq.*

Welches dem Herrn Graf Philipp Carl billig zu 53
statten kommet, und er wol befugt gewesen, post veniam ætatis impetratam in die ihm bereits zugestandene possession seiner Helfte zu gehen und solche zu continuiren. Woraus man aber, wie irrig angegeben worden, nicht schliessen kan, daß er damals erst die possess erhalten, cum qui continuat possessionem, tum a tutore, tum ipso iure acquisitam, non dicatur apprehendisse demum possessionem, sed ipso facto continuasse suo nomine. Uebrigens iederman begreiffen wird, daß hier auf das remedium 54
L. f. C. de edict. D. HADRIANI *toll.* bey so offenbarem Mangel der Kayserlichen auctoritæt und confirmation keine Achtung zu nehmen sey, wie auch solches von dem verstorbenen Herrn Grafen Johann Friedrich, nicht gebrauchet worden, nachdem er sonsten solches gegen sich, qua tutorem, gebrauchen, und zugleich gegen sich contradictor seyn müssen.

So erhellet hieraus so viel, daß der Herr 55
Graf Philipp Carl nach denen sub n. 5. deducirten Gründen in der possess geschützet werden müsse, und sich eines mandati S. C. zu getrösten habe. Und solches alles V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MARTIO MDCCXLV.

RESPONSVM CXXVI.

THEMA.

De iure maioratus fideicommissario et ordine successionis, concurrentibus diuersorum locorum statutis.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. De iure primogenituræ. n. 2.
Casus in testamento non expressi num ex pari tate rationis sint decidendi? n. 3. 4.
Licet ius primogenituræ, vbi semel lineam est ingressum, semper in ea et descendentibus ex ea conseruetur, donec aliquis ex iis superfit; his tamen extinctis ad seniorem in linea sequente sit transitus. n. 5.
Mens et affectio testatoris in explicanda dispositione vltima inprimis attendenda est. n. 6.
In fideicommissis ad solam voluntatem, non habita verborum ratione, respicitur. n. 7.
Destructo fideicommisso, testamentum tantum valet quoad primam institutionem. n. 8.
Decisio. n. 9.
Quæstio II. Quænam leges in ordine succedendi attendendæ sint? n. 10.
Quoad successionem in bona leges rei sitæ attenduntur. n. 11.
In successionibus, quando adsunt diuersa locorum statuta, mobilia legibus domicilii, immobilia vero statutis rei sitæ obnoxia sunt. n. 12.
Mobilia ad immobilia in perpetuum destinata pro immobilibus habentur. n. 13.
Credita personam defuncti sequuntur. n. 14. 15.
Decisio quæstionis II. n. 16.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst Beylagen und zween Fragen ꝛc.

1 Hat Adolphus, nach beygefügtem Testament in seinen allodial-Gütern in Schlesien, seinen Bruder Carolum in der einen Helfte, und in der andern Helfte seines andern Bruders Ludovici ältesten Sohn Georgium zum Erben instituiret, die Güter zum fideicommiß und respect. maiorat gemachet, und dabey verordnet, daß nach eines oder andern Abgang der männlichen descendenz die Helfte auf den andern fallen, nach der beyden descendentium Abgang aber die Güter an seiner Schwestern männliche Erben fallen, und bey denenselben das fideicommiß und respect. maiorat erlöschen solle. Nach dessen Tode auch beyde Erben die Erbschaft angetreten und ein ieder seine Helfte bekommen, iedoch das errichtete fideicommiß vermöge beygefügten Kayserlichen decreti ob defectum consensus regii, als wider die Landes-Gesetze und Käyserliche pragmatical-sanction lauffend für null und nichtig declariret, dabey iedoch denen Erben angedeutet worden, daß, weil aus dem testamento des testatoris Wille, daß auch die ausserhalb Schlesien befindliche allodial-capitalia eingezogen und in Schlesien an Güter geleget, so wol die auf dessen Schlesischen Gütern errichtete fabriquen in gutem Stande erhalten werden sollen, sie hierin der disposition des testatoris nachkommen sollen. Ist nun nach der Zeit der zur Helfte instituirte Georgius in Sachsen, alwo er sein forum domicilii et originis gehabt, kurtz nach seines Herrn Vaters Ludovici Tode unverheyrathet, mit Hinterlassung seiner Frau Mutter, zweyer Brüder und etlicher Schwestern Todes verblichen, und dabey erstlich folgende Frage aufgeworfen:

2 **Ob des itztgedachten** Georgii, **von** Adolpho **in Schlesien zur Helfte ererbetes, und von auswertigen** capitalien **hereingezogenes** allodial **Vermögen nach dessen jüngsterfolgtem Ableben auf seinen ältesten Bruder, oder vielmehr dessen allodial-Erben verfället worden sey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol nach dem Testament eines theils der casus, wenn Georgius unverheyrathet ohne Kinder versterben solte, gar nicht gedacht, andern theils nur des Georgii descendentium, nicht aber dessen collateralium Meldung geschehen, man also nicht sagen kan, daß dieselbe mit ad successionem berufen worden, dergestalt, daß dessen ältester Bruder sich daraus kein ius succedendi anmassen möchte, vielmehr nach den verbis testamenti dafür zu halten, daß, weil Georgius ohne männliche descendenten verstorben, die Helfte auf Carolum und dessen descendenten fallen müsse, zumal es einerley ist, ob Georgius ohne männliche Leibes-Erben verstorben, oder ob nach dessen Absterben dessen männlicher Stamm abgegangen, wie die Worte anzeigen:

Da hingegen vice versa, wenn meines geliebtesten Herrn Bruders Herrn Ludewigs männliche eheliche generation erloschen.

Welches auch in dem casu verificiret wird, wenn Ludewigs Sohn Georgius ohne Kinder verstirbet, nicht weniger dadurch das ius primogenituræ allein in posteris Georgii fest gesetzet wird.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch, wenn es lediglich bey dem Testament bleiben könte, ausser allem Zweifel seyn würde, daß des Georgii ältester Bruder die quæstionirte Helfte ex voluntate testatoris überkommen müste, allermassen die itzt in ratione dubitandi angeführte Worte den Ausschlag in der Sachen geben, und darthun, daß, wie er auf Carolum und dessen posteritat in der einen Helfte, also er auch auf Ludewig und dessen generation in der andern Helfte reflectiret, und ob er wol Ludewigs Sohn am ersten beruffen, als welches ob ius primogenituræ geschehen, und dargethan, daß die successiön zuforderst in Georgii linea etabliret seyn solte, dennoch dadurch die andern Söhne des Ludovici davon nicht ausgeschlossen sind, licet enim ius primogenituræ, vbi semel lineam est ingressum, semper in ea et descendentibus ex ea conferatur, donec aliquis ex ipsis supersit; his tamen extinctis ad seniorem in linea sequente sit transitus. 4

c. f. 50.

MOLIN. *de Hisp. primogen. l. 2. c. 4. n. 14.*

KNIPSCHILD *de fideicom. fam. c. 9. n. 58.*

Und ob wol Ludewig nicht selbsten, sondern sein ältester Sohn Georgius instituiret ist, dennoch die devolutio ad lineam Caroli, nach dem Testament, nicht ehender, als nach Abgang des Ludewigs generation statt finden würde, zu welcher nicht allein Georgius, sondern auch dessen beyde Brüder gehören, auf welche ebenfals mens et affectio testatoris, so wie auf Caroli generation, gefallen, und billig in dispositione vltima zu attendiren ist, 5 6

l. 23. §. 6. de leg. 2.

ob wol in verbis dispositiuis dieses so klar nicht ausgedrücket ist; quod in fideicommissis sola voluntas, non habita verborum ratione attendatur. 7

§. 3. l. de legat.

Diesem allen ohngeachtet aber nun nicht weiter darauf zu reflectiren ist, nachdem durch das beygehende Kayserliche decret das fideicommiß, und also auch der maiorat ob defectum regii consensus als null und nichtig cassiret, und 8

und in so weit das Testament keinen effectum haben, noch vielweniger nunmehr pro norma succedendi gehalten werden kan, als welche allein von dem cassirten fideicommiß dependiret, destructo autem fundamento destructum etiam illud censetur, quod ei superstructum est. Dieserwegen das Testament hauptsächlich nur quoad institutionem primam heredum seinen effect erreichet, so auch würcklich, mortuo Adolpho testatore, erfolget, mithin nunmehr schlechterdings die successio ab intestato dergestalt statt finden muß, daß des Georgii allodial- und Land-Erben zu dieser Helfte ein ius succedendi erhalten, als welches nunmehr, destructo fideicommisso, zum Grunde zu legen.

9 So sind wir der rechtlichen Meinung, daß nicht auf des Georgii ältesten Bruder, sondern insgemein auf die heredes ab intestato allodiales diese Helfte verfället worden sey.

Anlangend die andere Frage:

10 **Ob nicht auf diesen decidirten Fall die successionem nach denen** iuribus domicilii defuncti **in Sachsen, nach welchen die** ascendentes **die** collaterales **ausschliessen, die** successionem **zu** reguliren, **und dem** Georgio **also in sothanen Schlesischen** in mobilibus et immobilibus **bestehenden** allodial-**Gütern, dessen hinterbliebene Fr. Mutter, mit Ausschliessung seiner sämtlichen, Geschwister** succedire?

Rationes dubitandi et decidendi.

11 Ob wol so wol nach des testatoris Absicht alle capitalia und Güter nach Schlesien transportiret, und daselbst im Lande angeleget werden sollen, als auch das Kayserliche decret solches disertis verbis wiederholet, nach welchem auch die beyden Erben sich bereits accommodiret, alle capitalia eingezogen und in Schlesien angeleget, dergestalt, daß alles als ein Schlesisches patrimonial-Gut anzusehen, in welchem nicht secundum iura domicilii defuncti, sed rei sitæ succediret werden müsse,

l. 1. et vlt. C. vbi in rem.

welches auch dem Willen des testatoris gemäß zu seyn geschienen, indem er in successione futura iura Silesiæ allen andern vorziehen wollen.

Dieweil aber dennoch in successionibus, 12 quando adsunt diuersa locorum statuta, ein Unterscheid inter immobilia et mobilia zu machen, da denn in jenen zwar auf die statuta et iura loci zu sehen, und dahero ohnstreitig nach denen Schlesischen Rechten in denenselben succediret werden muß, cum statutorum dispositioni immobilia obnoxia sint, quæ obligant etiam alibi domicilium habentes.

GAIL *2. obs. 124. n. 17.*
STRYK *de success. ab int. diss. I. c. 4. n. 2.*
CARPZ. *P. 3. C. 12. def. 12.*

Welches auch auf die mobilia, quæ ad immo- 13 bilia in perpetuum destinata, zu extendiren, da im Gegentheil andere mobilia und capitalia und deren Beerbung nach denen iuribus loci, in quo defunctus domicilium habuit, zu reguliren, quippe quæ personam defuncti sequuntur,

CARPZ. *iurispr. conf. lib. III. def. 8.*

welches auch von denen capitalien zu sagen, 14 als welche denen ossibus creditorum cohæriren, und an keinen gewissen Ort angeschlossen gehalten werden.

CARPZ. *P. 3. c. 12. def. 14.*

Und ob sie wol nach dem decreto Cæsareo nach 15 Schlesien gebracht werden müssen, sie dennoch dadurch pro rebus sitis nicht geachtet werden mögen, noch naturam immobilium angenommen, sondern nach wie vor ihre vorige Natur und Eigenschaft behalten, daß sie iura creditoris, nicht rerum sitarum geblieben:

So erhellet hieraus so viel, daß zwar in de- 16 nen mobilibus und capitalien nach Sachsen- in denen immobilibus aber nach Schlesischen Rechten seu secundum iura rei sitæ die successionem zu reguliren sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXXXVIII.

RESPONSVM CXXVII.

THEMA.

De consensu statuum prouincialium eiusque effectu quoad obligationem subditorum.

De hoc argumento vide Responsum iuris ecclesiastici XII.

RESPONSVM CXXVIII.

THEMA.

Quatenus ſtatus prouinciales cum principe in legibus eccleſiaſticis condendis concurrant?

De hoc argumento actum eſt Reſponſo iuris eccleſiaſtici XXXV.

DECISIO CXXIX.

THEMA.

De auctoritate legum publicarum per transactiones priuatas non infringenda.

SVMMARIA.

Sententia et ſpecies facti n. 1. 2.
De puncto legitimationis iudex ex officio ſollicitus eſſe debet. n. 3.
Transactiones, quæ vim rei iudicatæ obtinent, omni modo ſeruandæ ſunt. n. 4.
Nec vnius partis diſſenſu reuocari poſſunt. n. 5.
Rerum iudicatarum magna eſt auctoritas. n. 6.
Sententia contra rem iudicatam nulla eſt. n. 7.
Omnia mandata intelligi debent, ſaluo iure quæſito tertii; n. 8.
Niſi concernant vtilitatem publicam. n. 12.
Transactiones contra legem generalem publicam initæ non valent. n. 10.
Onera rebus impoſita ſolui debent eo in loco, vbi bona ſunt ſita. n. 11.
Deciſio. n. 13.

Als die Herren Uns interponirte appellation, deren iuſtification und erfolgte Geſetze in Sachen Stadt-Schultheiſſen, Burgermeiſter und Rath der Stadt U. appellanten und Beklagten an einem, und der Gemeinde zu E. appellaten, und Klägern am andern Theil, zugeſchicket ꝛc.

1 Daß beyderſeits appellanten und appellaten durch legitimatos ſyndicos zu erſcheinen, und ihre Nothdurft ſub pœna reiectionis durch dieſelbe unterſchreiben zu laſſen ſchuldig. Imübrigen iſt die appellation in ihren formalibus zu Recht beſtändig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an die Herren erwachſen, der Materialien halber aber erſcheinet aus der Partheyen Einbringen ſo viel, daß in erſter Inſtantz wohl geſprochen, übel davon appelliret, und dannenhero die ſententia a qua ſchlechterdings zu confirmiren ſey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Als zwiſchen appellanten und appellaten wegen Einnehmung derer collecten und Schatzung der Güter, ſo in der Terminey E. gelegen, und bishero von denen Innwohnern zu U. an Bürgermeiſter und Rath der Stadt gelieffert worden, Streit entſtanden, und darin den 8. Aug. 1733 für die Gemeinde zu E. erkant worden, ſo iſt davon appelliret worden, wobey wir, weil zwey corpora miteinander im Streit liegen, 3 welche nicht anders als per ſyndicos legitimatos erſcheinen, und ihre Nothdurft ad acta bringen können, nöthig erachtet, den punctum legitimationis feſt zu ſetzen, de quo iudex ex officio ſollicitus eſſe debet.

MEV. *P. 2. deciſ. 126. et P. 5. deciſ. 13.*

Ob nun wol, ſo viel die Haupt-Sache betrift, 4 appellanten loco grauaminum anführen, 1) daß dieſe von neuen in Streit gezogene Sache durch einen Vergleich de anno 1591 reguliret, auch 2) ferner durch einen abermahligen Vergleich de anno 1675 vollends feſt geſetzet worden, welches appellaten nicht leugnen können, und dahero es billig, daß nach denenſelben gegangen, und die receptur geſchehe, cum nihil magis iuri et æquitati conueniat, quam transactiones, quæ vim rei iudicatæ obtinent, ſeruare,

l. 65. §. 1. de condict. indeb.
l. 16. l. 19. l. 20. C. de transact.

adeoque vnius partis diſſenſu reuocari ne- 5 queant,

l. 39. C. eod.

die-

dieserwegen auch denen appellaten obliegen möchte, bey solchem Vergleiche es zu lassen, bevorab da 3) den 27. Mart. 1708 abermal rechtskräftig darauf erkannt ist, und vollkommen alle in vorigen Vergleichen enthaltene Dunckelheiten erkläret sind, dergestalt dieselbe dadurch ein neues robur erhalten, cum magna sit rerum iudicatarum auctoritas, quæ regulariter nullo modo reuocari queunt.

l. 1. 4. C. de re iudic. l. 56. D. eod. t. t. C. sentent. rescindi non posse.

Ja da 4) die appellaten von neuen sich gemeldet und beschweret, dieselbe abermal per decretum vom 25. April 1731 abgewiesen sind, daß daraus geschlossen werden möchte, als wenn die sententia a qua null und nichtig sey, und nicht einsten einer appellation bedurfe. Cum sententia contra rem iudicatam nulla sit; wie dann überdem appellanten dabey 5) in undencklicher possessione collectandi befindlich. Und obwohl 6) in der sententia a qua ein Hoch-Fürstlich mandat zum Grunde gesetzet worden, dennoch dagegen bekant seyn möchte, quod omnia mandata intelligi debeant saluo iure quæsito tertii, zumal 7) dadurch den appellanten ein grosses abzugehen scheinen will, wenn sie die collecten von denen Aeckern, so die U. Bürger und Innwohner in der Termine E. besitzen, nicht einnehmen solten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ratione formalium die appellatio richtig, und ob wol dagegen ein und anders eingewendet, doch solches nicht so beschaffen ist, daß darauf reflectiret werden möge, zumal appellanten iedesmal prorogation gesuchet, allenfals auch die restitutio in integrum breui manu ihnen zu statten kommen würde. Uebrigens ratione materialium man zwar nicht in Abrede seyn kan, daß so wol die Vergleiche, als res iudicata, nach Maaßgebung der drey ersten rationum dubitandi, vorhanden; dennoch hiebey zu erwegen, daß die transactiones zu der Zeit gemachet sind, da der modus collectandi in grosse Unordnung gerathen, und nicht reguliret gewesen, da doch so wol denen Rechten als rationibus publicis gemäß ist, daß die collecten von dem Amt oder Gemeinde eingenommen werden, in dessen Bezirck die Länderey liegen, dagegen aber geschehen, daß wenn Innwohner zu U. Länderey in der Terminey E. an sich gebracht, sie dieselbe zu U. bezahlet, welche confusion zu denen Vergleichen Gelegenheit gegeben, und damals, weil der modus collectandi noch nicht reguliret worden, die Stadt mit der Gemeinde darüber sich verglichen, auch darauf erkant ist, gleichwol den 26. Jan. 1722 durch ein Hoch-Fürstliches mandatum generale der modus collectandi dergestalt reguliret worden:

> Daß hinkünftig und mit Anfang des damals lauffenden Jahrs der Unterschied unter Stamm-Gütern und einzelnen Stücken nicht mehr attendiret, sondern alle liegende Güter indistincte an demselbigen Ort, wo sie gelegen, verschätzet werden sollen ꝛc.

Welches alles zu Abthuung vieler Unordnung Beschwerde und prægrauation einer Gemeinde vor der andern veranlasset, und lege publica constituiret ist, dagegen keine Verträge, Gewohnheiten und iudicata gelten können, als welche vor anno 1722, ihre Kraft und zwar, rebus sic stantibus, gehabt, nunmehr aber contra legem hanc generalem publicam nicht weiter statt finden können,

MEV. *P. 4. decis. 43. n. 16. in not.*

cum onera rebus imposita merito solui debeant eo in loco, vbi bona sunt sita.

KLOCK. *de contrib. c. 11. n. 30. inf.*

Ja eben zu dem Ende das Hoch-Fürstliche mandat publiciret worden, daß alle prægrauationes und Unordnungen, welche auch in denen Vergleichen und iudicatis anzutreffen, aufgehoben seyn sollen, welches seinen völligen effect nicht erreichen würde, wenn nach diesem lege generali et prouinciali nicht erkant werden müste. Dahero auch quoad rat. quartam die appellaten nicht schlechterdings abgewiesen, sondern vielmehr ad litem zugelassen sind, welches ohne Zweifel eben deswegen geschehen, weil der status rerum sich inzwischen geändert, und dieserwegen auch quoad rat. quintam auf die alte und lange possession nicht weiter zu sehen, weil sonsten das mandatum generale keine application antreffen würde. Dabey dann was in rat. sexta angeführet ist, zwar auf rescripta und mandata, causas priuatorum concernentia, zu ziehen, gleichwol auf dergleichen leges und mandata, publicam vtilitatem concernentia, nicht extendiret werden mag, vielmehr die Herrschaft ohne Zweifel wissen müssen, daß bishero dabey grosse irregularitäten vorgefallen, welche man aus dem Grunde heben wollen. Endlich der letztern rationi bereits durch die geschehene declaration der appellation, so in der sententia a qua bestätiget, abgeholfen ist,

So hat geschehener massen erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVARIO MDCCXXXVI.

RESPON-

RESPONSVM CXXX.

THEMA.

De interpretatione pactorum publicorum.

Vide de hoc argumento Responsum iuris ecclesiastici V et VI.

RESPONSVM CXXXI.

THEMA.

De requisitis transactionum de causis arduis inter principes initarum.

Confer de hoc argumento Responsum iuris eccles. XLV.

RESPONSVM CXXXII.

THEMATA.

I. De priuilegiis balneorum.
II. De immunitate ab oneribus publicis.
III. *De iuris quæsiti effectu.*

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. n. 1. 2.
Immunitates ab oneribus publicis tantum a concessionibus principum dependent. n. 3.
An et quando magistratus inferior eas concedere possit? n. 4. 10.
Contra ciuitatem præscriptio XL. annorum sufficit. n. 5.
Balnea antiquissimis temporibus in summo fuerunt pretio, n. 6.
ita vt sacra dicta sint, et lauantium prædones sacrilegi ibid.
Balnea gaudent immunitate a metatis. n. 7.
Immunitas a collectis præscriptione XL. annorum acquiritur. n. 8.
Pensitationes, quæ necessariam subiectionis recognitionem erga summum principem involuunt, omni præscriptione exemtæ sunt n. 9.
Concessio immunitatis tam expresse quam tacite fieri potest. n. 11.
Decisio quæstionis I. n. 12.
Quæstio II. n. 13.
Actus contra legis vel principis prohibitionem susceptus nullus est. n. 14.
Iure quæsito quemquam, etiam sub auctoritate principis priuare, leges non permittunt. n. 15. 16.
Decisio quæstionis II. n. 17.
Quæstio III. n. 18.
In quæstionibus, iura immunitatis concernentibus summa appellabilis non attenditur, n. 19.
cum iura certam æstimationem non habeant. n. 20. 21.
Decisio. n. 22.

Als Uns dieselbe eine facti speciem nebst beygefügten acten und drey Fragen zugeschicket ꝛc.

1 Hat nach Absterben des sel. W. G. gewesenen Baders und Chirurgi daselbsten, dessen gewesener Lehrjunge, itzo Bader I. N. K. die G. Badstube unter dem prætext, daß solche als ein Laß-Gut verliehen, an sich zu bringen gesuchet, und zu dem Ende das dasige Reichs-Lehn-Amt G. dahin vermocht, denen G. Erben die edition der Kauf-Briefe anzusinnen, und solches abermal sub pœna anzubefehlen, daß die gedach-

gedachten Erben solche endlich bewilliget, wodurch zwar das Vorgeben wegen der qualität eines Loß-Gutes weggefallen, iedoch dem Rathe bey 10 Gülden Strafe anbefohlen worden, den neuen fol. 36. befindlichen Kauf-Brief über die Badstube zu confirmiren, inzwischen auch des einen Miterben I. P. G. reception in die Bader-Innung streitig gemachet, und darin das fol. 8. befindliche rescript publiciret worden, worin die bisherige immunität ab oneribus publicis der Badstube aberkannt. Sind aber die G. Erben bey dem Amte dagegen protestando, bey der Hochfürstlichen Regierung aber immediate leuterando eingekommen, und haben um deren prosecution oder Abthuung der Sache angehalten, und so viel fol. 15. erhalten, daß der Badstuben die bisherige Freyheit, so lange die Bürgerschaft nichts regete, zugestanden, iedoch dabey angehenget worden, daß nebst dem uralten 6 Gr. Erben-Zinß noch dergleichen 2 Gülden abgegeben, und der Kauf-Brief, iedoch ohne Benennung der Freyheit, confirmiret werden solte, wowider die gedachten Erben abermals Leuterung eingewandt, dennoch solche keinen ingress gefunden und also die Ausführung ihrer Nothdurft ihnen abgeschnitten worden, dahero bey solcher der Sachen Bewandniß nunmehro gefraget wird:

Quæstio I.

2 1) **Ob nebst dem uralten a 6 Gr., wovon der Rath der gnädigsten Herrschaft 2 Gr.** in recognitionem dominii directi **abgiebet, noch 2 Gülden neuerlicher Erb-Zinß darauf geleget werden könne?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol die G. Erben bey ihrer erblichen Badstuben eine völlige immunitatem ab oneribus publicis prætendiren, bey welcher es an einem genugsamen Grund zu ermangeln scheinet, angesehen ausser Streit ist, daß dergleichen immunitates allein ex concessione der Landes-Herren dependiren, und ohne dieselbe sich niemand dazu legitimiren kan, sowol nach den gemeinen Rechten,

l. vn. C. qui a princ. vac. l. 1. C. de oper. publ.

4 als dem in Teutschland üblichen iure publico, adeo vt magistratus inferior eam concedere non possit:

KLOCK. *de contrib. c. 16. sect. 1. n. 12. et 36.*

5 an welcher Landes-Fürstlicher concession es gleichwol hier ermangelt, und der Rath des Orts allein denen G. Erben diese Freyheit eingeräumet, woran der Landes-Herr nicht gebunden, vielmehr jenem es an einem legitimo titulo ermangeln möchte; in welcher Absicht der Landes-Herr wohl befugt gewesen zu seyn scheinet, in compensationem onerum publicorum ferendorum jährlich der Badstube zwey Gülden aufzulegen, bevorab da die G. Erben per reſcriptum vom 1. May 1733. fol. 15. die Versicherung erhalten, daß so lange die Bürgerschaft dagegen nichts rege machet, sie der übrigen Freyheit geniessen sollen, welche aber, da sie über hundert und zwölf Jahr sich dagegen nicht gereget, nunmehr auch sich nicht weiter melden können, cum contra ciuitatem præscriptio 40 annorum sufficiat:

l. 23. C. de SS. eccles. iuncta Nov. 132. c. 6.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Balnea absonderlich in alten Zeiten in grossem Werth und besonderer Hochachtung gehalten sind, vt etiam sacra antiquis dicerentur, lauantium prædones vero sacrilegi,

ARIST. *probl. XXIV, 19.*

PITISCVS *in lex. antiq. roman. voce balneum.*

dergestalt, daß die fures balneorum deswegen 7 sehr hart gestrafet, und die Bäder mit grosser Freyheit versehen gewesen,

ANTON. MATTH. *de crimin. lib. 47. tit. II.*

adeoque etiam gaudeant immunitate a metatis;

TABOR *de metat. p. 250. sq.*

ausserdem aber der G. Badstuben es an einem 8 titulo immunitatis ab oneribus publicis nicht ermangelt, als welche diese Freyheit nunmehr über hundert und zwölf Jahr genossen, und nichts mehr als 6 Gr. zum Erb-Zinß dem Rath gegeben, wovon aber 2 Gr. dem Fürstlichen Amt jährlich wieder gezahlet werden müssen, dergestalt daß, obgleich solche bekant gewesen, dennoch niemals angefochten ist, qui autem titulum immunitatis probare debet, probato lapsu temporis XL annorum simul quoque titulum probasse intelligitur, quod spatium ad immunitatem a collectis acquirendam sufficit,

l. 4. C. de præscript. 30 vel 40 ann. l. 6. C. eod.

HARPRECHT *de præscript. a collect. §. 31. sqq.*

adeo vt possessorum iura in eo statu, in quo per XL annos iugiter manserunt, absque vlla innouatione durare debeant,

l. f. C. de fund. patrim.

welches bey dergleichen immunitatibus um de- 9 sto leichter zu appliciren, welche eines theils mit der subiectione allerdings wohl bestehen können, cum pensitationes demum, quæ necessariam subiectionis recognitionem erga summum imperantem inuoluunt, omni præscriptioni exemtæ sint:

BOEHMER *tom. I. P. 2. consult. et decis. conf. 21. n. 82 et 84.*

10 andern theils dahey der fiscus nicht beschweret wird, anerwogen in actis angeführet ist, daß die Bürgerschaft die G. Erben übertragen, so auch aus dem fol. 15. befindlichen rescripto zu ersehen, auch in solchem Fall gantz gewöhnlich und erlaubet ist, daß auch wol magistratus inferior vel ciuitas iemanden die immunität concediren könne: bey solcher Beschaffenheit aber nunmehro dem fisco nicht erlaubet ist, in regard dieser Freyheit jährlich 2 Gulden der Badstube außzulegen, als wodurch dieselbe per indirectum ausser der immunität gesetzet, und von dem Fürstlichen Amte jährlich collectiret wird, ob wol solches sub titulo annui canonis geschiehet, als welcher zwar in concessione immunitatis nouiter impetratæ reserviret, nicht aber alsdenn erst angeleget werden kan, wenn ein possessor schon die immunitatem acquiriret, und in so langer possessione quieta ist, daß er daraus, ohne gnugsam darüber gehöret zu
11 werden, nicht entsetzet werden kan: wodurch denn die rationes dubitandi von selbsten zerfliessen, da bishero der titulus immunitatis zur Gnüge dargethan, und nicht allein expresse sondern auch tacite per præscriptionem die concessio immunitatis geschehen kan:

LAVTERBACH *ad tit. de vac. et excus. mun. §. 3. in f.*

12 So halten wir dafür, daß die 2 Gulden Erbzinß auf die Badstube neuerlich nicht geleget und dadurch dieselbe aus der immunität gesetzet werden könne.

Quæstio II.

13 **Ob die dem Amts-Verbote zuwider unternommene** confirmation **des Kauf-Briefes zu Recht beständig sey oder nicht?**

Rationes dubitandi et decidendi.

14 Ob wol dem Rathe bey 10 Gulden Strafe anbefohlen worden, den fol. 36. befindlichen Kauf-Brief nicht zu confirmiren, welchem zuwider dennoch derselbe die confirmation gethan, so sich nicht gebühret, mithin es scheinen will, daß die confirmation zu Recht nicht beständig sey; bevorab da bey der nunmehr concedirten Erlaubniß expresse erwehnet ist, daß in dem Kauf-Brief der Freyheit, wie in dem vorigen, nicht gedacht werden solle, sicuti autem contra legis, ita etiam contra principis prohibitionem actus susceptus est ipso iure nullus:

l. 5. C. de LL.

15 Dieweil aber dennoch das Amts-Verbot hauptsächlich auf die turbationem possessionis immunitatis abgezielet, und dahero um desto weniger Kraft haben können, als die Rechte nicht erdulden, iure quæsito quemquam etiam sub auctoritate principis priuare;

l. 4. C. de emancip.

16 welches klärlich daraus abzunehmen, daß nunmehr die confirmation des Kauf-Briefes, aber ohne Benennung der Freyheit, zugelassen, welches zum grossen præiudiz der G. Erben angesehen; hiernächst der Rath bey der bereits geschehenen confirmation nichts weiter gethan, als was die antecessores schon anno 1612, auch das Fürstliche Amt selbsten in anno 1671 und 1701 gethan, mithin bey der geschehenen confirmation nichts innoviret, sondern solche, rebus sic stantibus, iuris gewesen ist:

17 So ist die dem Amts-Verbot zuwider geschehene confirmation für zu Recht beständig zu achten.

Quæstio III.

18 **Was nunmehro für ein** remedium **an die Hand zu nehmen, und ob diese Sache** ad cameram imperii appellabilis **sey, daß die G. Erben** per modum simplicis querelæ **dahin zu** provociren **befugt seyn?**

Rationes dubitandi et decidendi.

19 Obwol diese Sache die iura immunitatis betrift, welche dergestalt beschaffen, daß darin die summa appellabilis, so auch *in R. I. de anno 1654. §. 112.* insgemein gesetzet, nicht pfleget regardiret zu werden.

BLVM. *in proc. camer. c. 46. §. 44 fgg.*

20 Weil aber dennoch solche Meinung aus dem principio geflossen, als wenn die iura keine certam æstimationem oder gewissen Anschlag admittirten, so man aber doch, re accuratius inspecta, nicht absolute sagen kan; dieser recursus ad cameram auch noch zur Zeit nicht nöthig, da die Sache noch nicht gehörig untersuchet und darüber verfahren worden, wir aber dabey ausser allen Zweifel setzen, daß, wenn bey Sr. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit die G. Erben um gnädigstes Gehör und Eröffnung des Weges Rechtens, und darauf erfolgter transmission der instruirten acten anhalten werden, ihnen alsdann die Justiz nicht versaget, sondern sie mit ihrer Nothdurft völlig werden gehöret werden:

21 So ist noch zur Zeit der itztgedachte recursus ihnen nicht anzurathen, sondern vielmehr zu recommendiren, bey Sr. Hochfürstlichen Durchlauchtigkeit anzuhalten, daß ihnen der Weg Rechtens ordentlich eröffnet, und darauf, wenn die acta genugsam instruiret, dieselbe ad extraneos verschicket werden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IANVARIO MDCCXXXIV.

DECISIO

DECISIO CXXXIII.

THEMA.

De immunitate rerum ad proprium vsum emtarum a vectigali.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
De rebus, quas quis non negotiationis causa sed ad proprios vsus emit, vectigal non solvitur. n. 2. 3. 4.
Possessio iuris exigendi vectigal vnde probetur? n. 5. 6.
Non datur priuatio, nisi adsit habitus antecedentis possessionis, super quam cadere debet priuatio. n. 7. 8.
Decisio. n. 10.

Auf gesuchte remedia extraordinaria und erfolgte Gesetze in Sachen des fiscalis V. nomine der Saltz-Factorey zu T. impetranten an einem, und der Gebrüdere von R. impetraten am andern Theil erkennen ꝛc.

1 Daß es, der gesuchten remediorum extraordinariorum ohngehindert, bey dem den 18ten Jun. 1729 eröfneten, und fol. 48. befindlichen Urthel billig verbleibet, und weil impetraten sich nochmals erkläret, daß sie von denenjenigen Saltzen, welche von einer Königlichen Factorey zur andern durch Landesherrliche Fuhren gebracht werden, keinen Zoll prætendiren, so hat es dabey sein Bewenden. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol impetrant loco grauaminis anführet, daß gar zu generaliter und ohne Unterscheid die impetraten bey Hebung des Zolls in possessorio geschützet worden, da ihnen zwar die Hebung des Zolls von zollbahren Waaren nicht gestritten würde, gleichwol solches nicht extendiret werden könte a) auf die Saltze, welche von T. nach andern Königlichen Factoreyen gebracht würden, wann es gleich nicht Landesherrliche, sondern Unterthanen oder eigene und nicht für Lohn gemiethete Fuhren wären: b) auf dasjenige Saltz, was die Leute zu ihrer eigenen consumtion holen, dannenhero solche Fälle billig in sententia excipiret werden solen, zumal die Worte des letztern Urthels *libellirter* massen obscur, und auch im libell nichts ausgenommen wäre, gleichwol die impetraten durch die producirte Beylagen nicht dargethan, daß sie auch in denen beyden quæstionirten Fällen den Zoll gehoben, und auch in so weit ihre possession zu ziehen sey: wie denn die aus denen Beylagen angezogene casus nicht eigentlich anzeigeten, daß sie den Zoll vom Saltze, so ad proprios vsus und nicht mit gemietheter Fuhre geholet worden, eingehoben, welches dadurch nicht beygebracht werden könte, daß der Saltz-Factor C. denen Leuten in solchem Fall verboten, den Zoll zu entrichten, als wodurch vielmehr der angemasseten possession contradiciret, und solche nicht eingeräumet sey; das Gegentheil aber aus der Zoll-Rolle de anno 1622 in principio zu ersehen, daß solche nur von zollbahren Waaren rede, worunter weder das Königliche Saltz, noch dasjenige, was ad proprios vsus eingeführet werde, de iure zu rechnen sey, cum de rebus, quas quis non negotiationis causa sed ad proprios vsus emit, vectigal non soluatur;

l. 5. C. de vectig. l. 203. de V. S.

KOPPEN *qu. 50. n. 3.*

allenfals solches von Fuhren, die für Lohn geschehen, zu verstehen, welches die revision de anno 1709 §. 12. klar an den Tag legete; endlich auch die impetraten die Zoll-Rolle von anno 1721 nicht für sich allegiren können, als welche nicht für sie, sondern für die Königl. Zoll-Verwalter, sich darnach zu richten, publiciret worden: 3

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Sache fürtzo in possessorio stehet, und man daher dasjenige, was ad quæstiones iuris und ins petitorium gehöret, bieher nicht ziehen kan, wohin doch die rationes dubitandi, wenn solche genau examiniret werden, mehrentheils zu referiren, da eine quæstio iuris ist, ob und wie heut zu Tage Leute, die Saltz ad proprios vsus mit ihren eignen Fuhren holen, den Zoll entrichten müssen? welche ad petitorium gehöret, und solches impetranten vorbehalten ist; wiewol auch solches ihn nicht einstens principaliter angehet, und wenn auch ratione publici der fiscus hiebey interessirt seyn solte, er dasselbe in petitorio gebührend auszuführen hat: übrigens die Klage auf alle und iede Saltz-Fuhren indefinite gerichtet gewesen, und daher wol libellirter massen darauf erkant werden können, nach- 4 5

dem die impetraten so wol ihre Hebungs-Register, als die Zoll-Rollen vor sich haben, daraus ihre possessio indefinita dargethan ist, zumal, was das Königliche Saltz betrift, so von T. nach anderen Saltz-Factoreyen durch Landesherrliche Fuhren, und nicht durch gemiethete Pferde verfahren wird, die impetraten sich bald Anfangs und noch beständig erklären, daß sie davon keinen Zoll prætendiren, welches man daher, aller künftigen Unrichtigkeit zu evitiren,
6 dem Urthel einverleiben wollen: übrigens von denenjenigen, die dergleichen Saltz ums Lohn führen, der Zoll allerdings gegeben werden muß, als welches die Zoll-Rolle von anno 1709 §. 12. mit dürren Worten, und zwar unter dem Ausdruck, ohne Unterscheid, verordnet, mithin der Unterscheid von zollbaren und freyen Waaren hieher gar nicht gehöret, nachdem der Zoll hier nicht von der Waare, sondern von den Mieth-
7 Pferden gegeben wird; endlich auch wegen des Saltzes, so mit eigenen Pferden ad proprios vsus verführet wird, um desto weniger eine exceptio neuerlich gemachet werden können, da impetraten generaliter die possession der Erhebung des Zolls vor sich haben, und solche so lange continuiret, bis der Saltz-Factor denen Bauren, den Zoll zu zahlen, neuerlich verboten, und Gelegenheit zu diesem Proceß gegeben, dadurch aber zugleich, daß die impetraten dieses Recht vor diesem attentato exerciret, und die possess gehabt, zu erkennen gegeben, weil sonst der Saltz-Factor denen Bauern nicht verbiethen dürfen, daß sie nicht mehr Zoll geben sollen, wie er in seiner denunciation fol. 3. selbsten bekennet, cum non detur priuatio, nisi etiam adsit habitus antecedentis possessionis, super quam cadere debet priuatio seu prohibitio:

POST. *de manut. decis. 467. n. 3.*

welches um desto wahrscheinlicher ist, als sol- 8
ches mit der revidirten Zoll-Rolle de anno 1721 genau überein kommt, und insbesondere §. 24. angezeiget wird, wie es wegen des Saltzes, so zu Lande nach denen Städten, Flecken und Dörfern gefahren wird, bey Entrichtung des Zolls ratione der Pferde gehalten, und wie viel von denenselben gegeben werden solle: woraus denn sich befindet, daß eines theils der Zoll ohne Unterscheid, wenn von denen Bauern und Einwohnern das Saltz zur consumtion abgeholet wird, zu entrichten, da auf die Dörfer das Saltz wol nicht anders als zur consumtion verfahren werden kan; andern theils der Zoll von denen Pfer- 9
den zu bezahlen, diesemnach hieher gar nicht gehöret, was sonsten de rebus immunibus, quæ ad proprium advehuntur vsum, die Rechte verordnen, wiewol dieses noch eigentlich hieher nicht gehöret, iedoch ad colorandum possessorium nicht wenig beyträget, man auch nicht finden kan, daß gedachte Zoll-Rolle allein für die Königliche Zoll-Verwalter publiciret seyn solle, da doch solche als eine Land-Zoll-Rolle expresse promulgiret, mithin alle Zoll-Bediente sich darnach richten müssen:

So hat geschehener massen erkant werden 10
müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ
MENSE SEPTEMBR. MDCCXXXI.

RESPONSVM CXXXIV.

THEMATA.

I. Quatenus princeps ex damno officialium circa officium contracto obligetur?

II. *De editione documentorum et iuramento editionis.*

III. *De vsu remedii nullitatis.*

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio I. n. 2.

Actor reo tenetur edere documenta, quibus ad suam defensionem vtitur, non item reus actori. n. 3.

Iudex de syndicatu conuentus contra se acta edere non tenetur. n. 4.

Nullo sub prætextu res iudicata resuscitari potest. n. 5.

Documenta vsuris plena et de falso suspecta nihil probant. n. 6.

Rationes, publica fide ab officialibus confectæ, iis, quorum interest, edendæ sunt. n. 8.

Documenta, quæ iure dominii ad actorem spectant, a quocunque edi debent, nec inspectio eorum vllo sub prætextu denegari potest. n. 9. 10. 11. sqq.

Probandi facultas magis amplianda quam restringenda est. n. 10.

Documenta valent etiam contra producentem. n. 13.

Decisio quæstionis I. n. 16.

Quæ-

Quæstio II. n. 17.

Si prætor per errorem vel ambitiose, forsan in fauorem alterius, pronunciauerit, id tamen ratum esse debet propter rerum iudicatarum auctoritatem. n. 18.

Res iudicata habet summam auctoritatem, si lis in facto versatur. n. 19.

Sententia contra leges lata ipso iure nulla est, n. 20.

Siue sit definitiua, siue interlocutoria, n. 21.

Præsertim si sententia iuris est clara, manifesta et indubitabilis. n. 22.

Si prima sententia est nulla, etiam secunda, quæ confirmare primam nullam intendit, nullitate laborat. n. 23. 24.

Decisio. n. 25.

Quæstio III et IV. n. 26.

Qui asserit, documenta esse in deposito, fundamentum intentionis ante omnia probare debet. n. 27. 28. 29.

Culpa vnius alteriusue tertio præiudicare nequit. n. 30.

Si officialis in omittendo peccat, sufficit, si princeps negligentem puniat, et, in quantum bona sufficiunt, inde damnum passo satisfaciat. n. 31.

Obligatur princeps ex damno officialium circa officium commisso ad reparationem eius, cum curare debeat, vt maxime idoneos habeat ministros, n. 37.

Vel ad minimum damnum passo a ministro publico assistere debet auctoritate publica, quo minister delinquens satisfaciat. n. 38.

Decisio quæstionis III et IV. n. 41.

Quæstio V. n. 42.

Per iuramentum editionis coniecturæ et suspiciones contra aliquem militantes eliduntur. n. 43.

Iudex curare debet, ne processus summarius, in quo plerumque instrumentorum editio petitur, per ordinarias probationes in processum ordinarium commutetur. n. 44.

Iuramentum editionis est species iuramenti purgatorii, n. 45. 46.

contra quod exceptio metuendi periurii, quatenus liquido doceri potest, locum habet. n. 47.

In causis arduis et maioribus eo cautius a iudice procedendum est, quo grauius præiudicium inde imminet. n. 48. 51.

Causæ arduæ criminalibus æquiparantur. n. 49.

Quales causæ dicantur arduæ et maiores? n. 50.

Decisio quæstionis V. n. 53.

Quæstio VI. n. 54.

Num subscriptio formulæ iuramenti habeat vim iuramenti? n. 55.

Iuramentum editionis est species iuramenti purgatorii, n. 56.

et citata parte aduersa actu corporali præstandum est, n. 57.

præcedente iudicis sententia. n. 58. 59.

Modus iurandi summam circumspectionem requirit. n. 59. 60.

Iuramentum editionis remitti nequit, vbi maximæ suspiciones contra aliquem militant. n. 61.

Decisio. n. 62.

Quæstio VII. n. 63.

In communicatione scriptorum multum dependet ab arbitrio iudicis. n. 64.

Vtriusque litigantis iura debent esse æqualia. n. 65.

Decisio. n. 66.

Quæstio IIX. n. 67.

Probatio pertinet ad substantialia iudicii, et a iudice absque nullitate infamabili negligi nequit. n. 68.

Probandi facultas a iudice non est coangustanda. n. 69. 70.

Decisio. n. 71.

Quæstio IX. n. 72.

Rationes, vt documenta communia, edendæ sunt. n. 74. 75. 76.

Decisio. n. 77.

Quæstio X. n. 78.

Aduocatus aliquando ex officio constituendus est. n. 79.

Quando licitus sit recursus ad iura pauperum? n. 80.

Decisio. n. 81.

Quæstio XI. n. 82.

Causa præiudicialis impedit cognitionem in causa principali. n. 83.

Decisio. n. 84.

Quæstio XII et XIII. n. 85.

Beneficium appellationis cum querela nullitatis cumulari potest. n. 87.

Ex neglectu substantialium processus nullitas insanabilis nascitur. n. 88.

Si iuramentum editionis ob suspiciones non locum habet, editio documentorum simpliciter iniungi potest, ita vt in casu contumaciæ pro editis habeantur. n. 89.

Decisio n. 90.

Quæstio XIV et XV. n. 91.

Princeps ius quæsitum nemini auferre potest, n. 92.

nisi salus publica hoc postulet, n. 93.

quæ suprema lex est. n. 94.

Ius amittit, qui permissa sibi abutitur potestate. n. 95.

Aequitas postulat, vt, quantum fieri potest, indemnes domini rerum suarum seruentur. n. 96.

Decisio. n. 98.

Als uns abermal eine wieder zurückkommende facti species nebst beygefügten priuat-actis zugeschicket, und ꝛc.

1 Als erkennen wir ꝛc. für Recht und zwar auf die erste Frage:

2 **Ob dominus iudex selbsten per sententiam dem Kläger, der zum Beweiß angewiesen, sein Eigenthum, woran, nachdem der Müntz-Proceß aboliret, demselben kein Recht daran weiter zustehet, vorenthalten, ja sogar die inspectionem und communicationem abschneiden könne, zumal der Kläger sich auf selbige in seinen übergebenen Beweiß-Artickuln beruffen, und selbige mit zum Beweiß nöthig hat?**

Rationes dubitandi.

3 Ob wol 1) sonsten Rechtens ist, quod actor reo teneatur edere documenta, quibus ad defensionem suam vtatur, non item reus actori;

l. 4. l. f. C. de edend.

Der Jude Mussaphia aber ohnstreitig Kläger ist, und in der Frage die Umstände angeführet hat, daß er sich in seinem Beweiß darauf berufen, und daraus vornemlich beweisen will, daß die quæstionirten Gelder der 32000. Thlr. nicht auf die Herrschaftliche Forderung, wie Beklagter in seinen Cammer-Rechnungen vorgegeben, bezahlet worden, dieserwegen es denn etwas
4 hartes seyn würde, wenn man Beklagten anmuthen wolte, daß er dem Kläger die Waffen, womit er ihn besiegen könte, in die Hände geben solte, adeo vt nec iudex de syndicatu conventus contra se acta edere teneatur,

BERLICH *P. 1. decis. 56.*

cum admodum iniquum sit, compelli quendam, vt alteri arma in suam necem porrigat;

l. 4. C. de edend.
l. 7. C. de testib.

5 ausserdem aber 2) der punctus edendorum documentorum schon längstens, und bereits per decretum vom 12. April 1721 abgethan und solches in rem iudicatam ergangen ist, wie solches abermal in sententia de anno 1727 den 12. Mertz bekräftiget, und die Kraft Rechtens darin behauptet, in denen Rechten aber gegründet ist, quod nullo sub prætextu res iudicata resuscitari queat:

l. 1. C. sentent. resc. non posse.

6 hierüber 3) denen quæstionirten Haupt-Büchern, so Kläger als sein Eigenthum prætendiret, entgegen stehet, daß sie nichts beweisen könten, weil darin unterschiedliches radiret worden, und dahero de falso suspecti sind, diesemnach ein actus fruſtraneus seyn würde, ferner auf die inspection und communication der quæstionirten Bücher zu dringen, vielmehr 4) es das Ansehen gewinnen will, als wenn alles bloß auf unnöthige Weitläuftigkeit und Verwirrung der Sache, die bereits durch andere Neben-Puncte in die grösseste bredouille gebracht, abziele; ja 5) da endlich S. Königliche Hoheit so weit nachgegeben, daß der Kasten mit denen quæstionirten Büchern der commission ausgeliefert ist, sich befunden, daß eben die Bücher, auf welche Kläger so sehr provociret, ermangeln, und solche wol nicht mehr in rerum natura sind; bey solcher Bewandtniß aber 6) nicht anders, als sub dato den 16. Iun. 1736 geschehen, erkant werden mögen, daß Kläger mit seinem fernern Gesuch wegen angeblicher Herbeyschaffung und Gesuch mehrern documenten, als demselben bereits respective communiciret und ediret worden, nicht zu hören, sondern es bey denen vorhin ergangenen iudicatis lediglich zu lassen sey: 7

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Klägern ein solcher Beweis auferleget ist, welcher auf Rechnung und Gegen-Rechnungen ankommt, und die nothwendig aus Klägers Haupt-Büchern erläutert, und daraus die Umstände erhärtet werden müssen, daß Klägers Brudern die quæstionirten 32000 Thlr. nicht auf Abschlag herrschaftlicher Posten, sondern auf des Beklagten eigene Schuld bezahlet worden, dergleichen rationes und dazu gehörige Bücher allen und ieden, quorum interest, ediret werden müssen, 8

l. 4. sqq. l. 10. D. de edend. l. 1. C. eod.

vt etiam rationes, publica fide ab officialibus confectæ, in hunc finem edi debeant, et hi actione de edendo ad hoc cogi possint:

SCHILTER *ex 7. th. 31.*

BVSIVS *ad l. 4. cit.*

alhier aber vornemlich die Frage eigentlich auf diejenigen Haupt-Bücher abzielet, welche dem Kläger iure proprietatis zugehören, da bekant ist, daß des Beklagten verstorbener Bruder solche vormals auf hohen Befehl wegen des W. inquisitions-processes ausliefern müssen, so aber vorlängst aboliret, und also die causa finalis, weswegen solche damals abgefordert sind, von vielen Jahren bereits cessiret, an solchen also der fiscus principalis gar kein Recht mehr hat, vielmehr solche iure hereditario auf des verstorbenen Mussaphia Erben gefallen, alle Rechte aber verordnen, quod documenta, quæ iure dominii ad auctorem spectant, a quocunque edi debeant, nec inspectio eorum vllo sub prætextu denegari queat: 9

l. 4. §. 1. l. 6. §. 9. D. de edend.

zumal es wider alle Rechte ist, dasjenige, was mein Eigenthum ist, mir vorzuenthalten, und mich dadurch in Gefahr, alles das Meinige einzubüssen, zuzusetzen, ja die gantze Sache ihrer Natur nach so beschaffen ist, daß, was Klägern zuerweisen 10

auf-

auferleget, derselbe nicht anders, als aus seinen Büchern, erweisen kan, als welche noch darzu in denen Abrechnungen seines verstorbenen Bruders bestehet, so in Klägers Minderjährigkeit passiret, davon er nicht anders als aus dessen Handlungs-Büchern und hinterlassenen schriftlichen Urkunden information geben kan; in welche Nothwendigkeit man Klägern durch das interlocut selbst gesetzet, worin man ihm einen solchen Beweiß auferleget, der die zwischen Klägers Brudern und Beklagten geschehene Abrechnung betrift, und also dociret werden muß, auf welche Schuld-Forderung solche quæstionirte 32000. Thlr. eigentlich gezahlet sind, ob solche auf Herrschaftliche oder des Beklagten ei-
11 gene Schuld abgetragen; zumal die reuisores der Cammer-Rechnung zu unterschiedenen malen selbsten agnosciret, daß die von Klägers Brudern ausgestellte Quittungen gar zu general abgefasset, und der Herrschaftlichen Schuld gar keine Meldung thun, dieserwegen ohnedem mehr als zu hart mit Klägern verfahren ist, daß, da die Quittungen des Beklagten Rechnungen nicht iustificiren, und diese streitige Post dahero ausgesetzet ist, man ihm einen so beschwerlichen Beweiß aufgeleget; noch unverantwortlicher und widerrechtlicher es aber seyn würde, wenn man Klägern, da er sich zu dem Beweise angeschicket, die media necessaria et vnica abschneiden, und ihm per indirectum seinen Beweiß benehmen wolte, cum tamen probandi facultas nemini amputanda, sed magis amplianda quam restringenda,

l. pen. C. de reb. cred.
l. 21. C. de hæret. et manich.

adeoque magistratus curare debeat, vt probatio sit salua,

l. 22. D. de testib.

et ita per omnem viam procedere ad eruendam veritatem, nullatenus vero viam probandi actori præcludere, sed potius iuvare:

l. f. §. 4. C. de episc. aud.
CARPZ. *P. 1. C. 16. def. 9.*
BERLICH *I. concl. 38. n. 76.*
MEV. *P. 3. decis. 173.*

12 welches alles um desto unumstößiger ist, weil die rationes dubitandi von keiner Erheblichkeit sind, angesehen ad 1) hier die Frage de propriis documentis ist, die auch denen Klägern nicht denegiret werden können, a quocunque demum petantur, welches doch der Beklagte vom Anfang des processus mit solcher Gewalt bestritten, daß man wohl siehet, daß er kein gutes Vertrauen zu seiner Sache gehabt, und sich befürchten müssen, daß durch deren edition die Wahrheit an das Tages-Licht kommen würde; in welchem Stücke er zwar in so weit bishero reussiret, daß wegen seiner Vielgeltenheit die edition nicht bewerckstelliget werden können, sondern ad 2) solche durch unterschiedliche decreta abgeschlagen, solche aber dennoch vires iudicatæ rei nicht erhalten mögen, wie ad quæst. sequ. auszuführen; im Gegentheil ad 3) noch nicht dargethan ist, ob 13 solche Bücher nichts erweisen können, sondern dieses eine quæstio ist, die erst bey denen deductions-Sätzen über dem Beweis auszumachen ist, dergestalt daß, gleich wie recognitio, also auch editio iederzeit saluis exceptionibus geschiehet, und wenn solche nachgehends als unkräftig befunden werden solte, dem Beklagten daraus kein Schade zuwachsen wird, iedoch hiebey derselbe wohl zu beobachten hat, daß, wie in actis angeführet, der Herr Beklagte selbsten seine Cammer-Rechnung daraus vormals iustificiret, und über eine Tonne Goldes daraus in Richtigkeit gebracht hat, zu dessen Behuf sie ihm vormals ediret worden, und da er solche zum Grunde seiner eigenen Rechnung geleget, er dieselbe auch gegen sich suo tempore gelten lassen wird, cum quod vni iustum est, alteri quoque iustum esse debeat: woraus denn ad 4) gar leicht erhellet, daß nicht Kläger, son- 14 dern vielmehr der Herr Beklagte die Weitläuftigkeit und ungemeine Schwürigkeiten in dieser Sache verursachet, da er die allernothwendigste Mittel zum Beweis dem Kläger abzuschneiden gesuchet, und dadurch zu denen Weitläuftigkeiten alles allein beygetragen, und verhindert, daß Kläger bishero keine Justiz erhalten mögen: endlich was ad 5) zu erinnern, aus 15 denen folgenden sich finden, und daraus erhellen wird, daß man endlich zwar in die inspection der Mussaphischen Bücher aber erst zu der Zeit consentiret und darauf reflectiret, da bereits die Bücher abhanden gebracht sind, daraus aber nicht folgen will, daß, wie den 26. Iun. a. c. erkant, ihm so fort die Herbeyschaffung derer weggekommenen Bücher abgeschnitten werden müssen, zumal noch andere Rechts-Mittel vorhanden, welche vorher nothwendig anzuwenden, damit die intercipirte Bücher wieder ans Tages Licht gebracht, und nicht per indirectum abermal der Kläger facto iudicis an seinem Beweise verhindert werde, wie aus den folgenden Fragen erhellen wird:

So halten wir dafür, daß dominus iudex 16 dem Kläger seine eigene Bücher, so zu seinem aufgelegten Beweiß absolute nöthig, nicht vorenthalten, noch die inspectionem et communicationem derselben versagen könne.

Die andere Frage betreffend:

Ob das interlocutum vom 12. April 1721. vermöge dessen dem Kläger Mussaphia die Einsicht seiner eigenen Bücher abgeschlagen, für Rechts-kräftig angegeben werden könne?

Rationes dubitandi.

Ob wol die Rechts-Kraft dieses interlo- 18 cuti zu unterschiedlichen malen, als in decreto vom

vom 12. Merz 1727 und vom 16. Jun. 1736 bestätiget, und so gar das erste abermal in rem iudicatam getreten ist, sich auch kein zureichender Grund finden will, warum solches nicht in rem iudicatam treten können, da alle interlocuta dem Kläger gehörig publiciret, er darüber zur Gnüge gehöret, die commission darüber ihren Bericht iedesmal abgestattet, und also cum plena causæ cognitione dieselbe ertheilet sind, wobey auch Kläger acquiesciret, seine articulos probatoriales bereits übergeben, und nur durch des Beklagten unnöthigen Streit ratione desertæ probationis solcher Beweiß bishero aufgehalten zu seyn scheinet; wobey es nunmehro sein Bewenden haben möchte, ne aliter modus litium in infinitum multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diuersa pronunciarentur,

l. 6. D. de except. rei iudic.

adeo vt si vel maxime prætor per errorem vel ambitiose, forsan in fauorem alterius, pronunciauerit, id tamen ratum esse debeat propter rerum iudicatarum auctoritatem,

l. 65. §. 2. D. ad SC. Trebell.

l. 207. de R. I.

quod quidem sæpe perquam durum est, sed ita lex scripta est:

l. 12. §. 1. qui et a quibus manumiss.

Rationes decidendi.

19 Weil aber dennoch ein grosser Unterscheid inter quæstiones facti et iuris ist, da in einem zwar die auctoritas rei iudicatæ, si lis in facto versatur, statt findet,

l. 3. pr. de popul. action.

und in so weit es anzunehmen ist, was man insgemein zu sagen pfleget: quod res iudicata pro veritate habeatur, als welche allein die quæstionem facti angehet, gleichwol ad punctum iuris, quod euidens, certum, et indubium est, dieses nicht gezogen werden mag, cum sententia contra leges lata sit ipso iure nulla,

20 *l. 1. §. 2. quæ sent. sine appell.*

l. 19. D. de appellat.

c. 1. X. de sent. et re iudic.

21 siue sententia sit definitiua, siue interlocutoria,

ALTIMAR. *de nullit. sent. P. 2. rubr. 13. q. 339. n. 3.*

22 præsertim si sententia iuris est clara, manifesta et indubitabilis;

IDEM *cit. l. n. 8.*

GABRIEL *de sent. concl. 7. n. 19.*

Welches letztere sich hier offenbar befindet, da bloß allhier die Sache auf den punctum iuris clarum et in iure determinatum ankommt: ob Klägern zu seinem Beweiß seine eigene documenta, ohne welche er den Beweiß nicht führen kan, nicht ediret, und deren inspection und communication verstattet werde müsse? welches in decreto vom 12. April 1721 dahin decidiret worden:

Daß bemeldtem Juden Isaac Mussaphia die gebetene communication seiner Haupt- und Handels-Bücher so wenig, als deren inspection bewandten Umständen nach zu verstatten. ꝛc.

Welches man mit denen gemeinen und bekanten Rechts-principiis nicht conciliren kan, nach welchen man einem ieden Kläger seine eigene Schriften, documenta und Urkunden ohnmöglich vorenthalten, noch deren edition oder inspection versagen kan, dahero auch durch die 23
folgende interlocutorias sententias solches so wenig bestärcket werden mögen, als aus denen Rechten bekant ist, quod non solum talis prima sententia sit nulla, sed etiam secunda, quæ confirmare intendit primam nullam:

ALTIMAR. *cit. l. n. 53.*

man auch nicht sagen kan, daß Kläger dabey iemals acquiescirt, und wiewol er endlich zum Beweiß sich anschicken müssen, er dennoch dieses grauamen stets vrgiret, seine Noth bey aller Gelegenheit vorgestellet, absonderlich aber in anno 1728, wie S. Königliche Hoheit in Dero Landen retourniret, auf das beweglichste von neuem um die inspection seiner Bücher angehalten, und daß solches in denen Landes-Gesetzen selbsten gegründet sey, vorgestellet; welches auch so viel gewircket, daß nach abgeforderten Bericht von den commissarien, und ferneren eingezogenen Nachrichten von dem Kasten, worin die Mussaphischen Bücher verwahret gewesen, S. Königl. Hoheit gnädigsten Befehl ertheilet, den gedachten Kasten von H. nach K. zu liefern, und der commission aus zu antworten, so zwar erfolget, aber nach dessen Eröfnung erfunden ist, daß, ohngeachtet die Bücher bis Septembr. 1703 bey der damaligen Müntz-commission ausgeliefert sind, dennoch darin kein Blat oder Buch von denen Jahren, in welchen die zwischen Klägern und Beklagten seyende Irrungen vorgegangen, sich finden lassen wollen, sondern offenbar ex oculari inspectione sich hervorgethan, daß solche nach der in anno 1724 im Beyseyn des Herrn Beklagten geschehenen Eröfnung, bis dahin der Kasten versiegelt und also unversehret geblieben, durch heimliche Wege herausgenommen seyn müssen, wovon alles umständlich sub n. act. 326. mit mehrern erläutert worden; welches alles zu dem Ende nur angeführet ist, daß S. Königl. Hoheit selbst die Billigkeit und Nothwendigkeit der Sachen ermessen, und, non obstante præsensa re iudicata, die inspection und communication der Mussaphischen Bücher veranstaltet und anbefohlen, und die Wahrheit der Haupt-Sache ohne Zweifel ans Licht gebracht seyn würde, wenn nicht inzwischen die zu dieser Sache nöthige Bücher intercipiret worden, ja die sub n. 340. befindliche sentenz vom 16. Jun. 1736 die Kraft Rechtens denen vorigen interlocutoriis dadurch genommen, daß darin erkant worden:

Daß

Daß Isaac Mussaphia mit seinem fernern Gesuch wegen angeblicher Herbeyschaffung und edition mehrerer documentorum, als demselben bereits communiciret und ediret worden, und was dem ferner anhängig ist, nicht zu hören ꝛc.

24 Woraus denn sich von selbsten ergiebet, a) daß ihm, non obstante re iudicata prætensa, mehrere documenta, so doch vorhin rotunde abgeschlagen, communiciret und ediret sind, so doch nicht geschehen mögen, wenn die vorhin ergangene interlocuta Kraft Rechtens ergriffen: b) Daß zwar die Herbeyschaffung mehrerer documentorum, als bishero ediret, ihm abgeschlagen, in diesem Punct aber nunmehro die appellation ergriffen, und dadurch dem Urtheil die Kraft Rechtens benommen sey; wodurch denn die rationes dubitandi von selbsten hinweg fallen, indem der Rechts-Grund, worauf die vorhin ergangene interlocuta nicht in rem iudicatam ergehen können, mit mehrern dargethan, der Erfolg auch gewiesen, daß S. Königliche Hoheit solches selbsten erkant, und die commission nöthig erachtet, dasjenige herbey zu schaffen, was ad instruendam probationem verleget worden, und Kläger, non obstante re iudicata prætensa, seinen Endzweck ohnfehlbar erreichet haben würde, wenn nicht bey Einlieferung des Kastens, worin die Mussaphischen Bücher verwahret gewesen, der Mangel der zu dieser Sache erforderten Bücher, die doch vorher darin compler gewesen, sich veroffenbaret, ja die Cammer-Rechnungen, woraus dieses gantze litigium entsprungen, sich nirgends finden lassen wollen, gleichwol die in actis nunmehro angebrachte Umstände Beklagten dergestalt graviren, daß er nicht ausser grossem Verdacht, solche bey sich, oder aus der Welt geschaffet zu haben, gelassen werden kan:

25 So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß das interlocut vom 12. April 1721, darin dem Kläger die inspection seiner eigenen Bücher abgeschlagen worden, die Kraft Rechtens nicht ergreifen können.

26 So viel nun die dritte und vierte Frage betrift:

Ob nicht a domino iudice die sequestrirte und in Sicherheit gebrachte Bücher wieder herbey zu schaffen, mithin die sententia a qua desto härter und gröberer informalität unterworfen, und ob solchem nechst, wenn wegen Mangel des Beweises Kläger Mussaphia succumbiren solte, es nicht propria causa Serenissimi werden dürfte, einfolglich dieselbe nicht schuldig, wenn, wegen abhanden gekommenen Bücher, sie auch nicht vorhanden, denen Erben gerecht zu werden schuldig sey?

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) auf S. Königl. Hoheit Befehl 27
der Kasten mit den Mussaphischen Büchern von H. nach K. versiegelt gebracht worden, und, da bey dessen Eröffnung sich befunden, daß die von Klägern desiderirte Bücher nicht darin gewesen, nicht unbillig gezweifelt werden möchte, ob solche auch im anno 1703 mit ausgeliefert und mit sequestriret worden, welches zuförderst als das fundamentum intentionis beygebracht werden müssen;

l. 1. §. 27. depos.

CARPZ. *lib. 2. resp. 69.*

zumal 2) aus des Herrn vice præsidenten N. 28
Bericht sub N. act. 168. erhellet, mit was grosser Sorgfalt die Mussaphischen Bücher verwahret, in einen Kasten verschlossen, an sichere Oerter gebracht und also verhütet worden, daß sie bey denen entstandenen troublen denen D. nicht in die Hände gerathen, sondern allemal denen Mussaphischen Erben zur inspection vorgeleget werden möchten: dabey denn 3) der Geheimde 29
secretarius W. ad art. 15. eydlich deponiret, daß, wie der Kasten ihm ad archivum in H. auf Befehl des Herrn Geheimden Raths von G. geliefert worden, der Kasten gantz unverletzt und versiegelt gewesen, und in solchem Zustand 3) geblieben, bis er im anno 1724 in Gegenwart des Herrn Beklagten entsiegelt und eröffnet worden, weil man zu wissen verlanget, ob herrschaftliche Sachen darin gewesen, da denn nach deren perlustrirung der Geheimde Secretarius W. alle Bücher wieder hineingeleget, den Kasten zugenagelt, und in seine Verwahrung, bis zu deren Auslieferung zur Hochfürstlichen commission, behalten, daß es also nicht möglich zu seyn scheinet, daß solche von iemand haben intercipiret werden können; allenfalls 4) dieses 30
respectu Serenissimi als ein blosser Zufall und casus fortuitus angesehen werden müste, welchen niemand zu præstiren schuldig, und daher, wenn die quæstionirten Bücher verlohren gegangen seyn, und der Kläger darüber in seinem Beweis succumbiren solte, dennoch solches nicht causa Serenissimi werden könte, da eines theils die Herrn Ministri alle Vorsichtigkeit in custodiendo dabey gebrauchet, andern theils wenn auch per culpam vnius alterivsue hiebey etwas vorgegangen seyn solte, solches doch Serenissimum in keine Verantwortung setzen würde:

l. 155. de R. I. l. 9. D. de liber. caus.

Zumal hiebey von denen Bedienten in omit- 31
tendo, daß sie den Kasten nicht mit aller Behutsamkeit verwahret, pecciret seyn würde, wofür kein Regente stehen kan, sed sufficit, si negligentem puniat, et, in quantum bona sufficiunt, inde damnum passo satisfaciat:

STRYK *de oblig. princ. ex facto ministri c. 4. n. 46.*

32 bey solcher Beschaffenheit 5) aber es fast das Ansehen gewinnen will, daß der Kläger die quæstionirten Bücher vielleicht selber haben müsse, angesehen der Herr Beklagte dem Kläger vorgeworfen, daß er im anno 1716 zu iustificirung des streitig gemachten Cammer-Vorschusses ihm solche zu verschaffen offeriret, wie aus lit. A. N. act. 195. erhellet; ja ferner 6) diesem beygefüget, daß die quæstionirten Bücher, wenn sie auch gleich vorhanden, zur Sachen nichts thun können, weil Kläger nach der herrschaftlichen ordre die streitigen Gelder aus denen Herren-Gefällen de anno 1704 und 1705 empfangen sollen, wovon keine Nachricht in denen Büchern seyn kan, weil schon des Klägers Bruder im Septembr. anno 1703 die quæstionirten Bücher abgenommen worden, mithin Kläger nicht einsten dargethan, daß er aus Mangel solcher Bücher succumbiren müssen:

Rationes decidendi.

33 Weil aber dennoch 1) anfänglich alhier zum Grundze zu setzen, daß die Mussäphische Bücher vormals in anno 1703 complet, und also auch mit den itzo ermangelnden Stücken, die Kläger zu Führung seines Beweises suchet, ausgeliefert seyn müssen; zumal aus denen acten erhellet, daß im gedachten Jahr deswegen Ioseph Mussäphia im Arrest gebracht, und so lang darin behalten worden, bis er seine gesamte Bücher abliefern würde, so er auch gethan, und auch nach relaxirtem Arrest in G. so lange verbleiben müssen, bis erst durch den Portugisischen Notarium die Bücher nachgesehen, und befunden worden, daß solche complet, ohne Abgang, extradiret worden: woraus denn nothwendig folgen muß, daß, wenn die itzo ermangelnde Bücher nicht dabey gewesen, und er solche nicht complet ausgeliefert, er des völligen Arrestes nicht relaxiret worden wäre, zumal solche Bücher auf das sorgfältigste revidiret, und dem Herrn Hof-Cantzler St. zur Untersuchung mit übergeben worden, gleichwol niemals ein manquement daran verspüret, noch iemals gedachtem Mussäphia vorgerücket worden, daß er die Bücher mangelhaft ediret und ausgeliefert habe, welche doch auch währendes Arrests des Ioseph Mussäphia, bis zu deren extradirung durch dessen Buchhalter, nach denen Reguln der Handelungen, continuiret seyn, und also bis auf den 10. Septembr. 1703
34 gehen müssen; bevorab da eines theils 2) gedachter Ioseph Mussäphia die Auslieferung aller seiner Bücher nicht schlechterdings, sondern eydlich thun müssen, und dahero propter religionem iuramenti wohl zu glauben, daß er die itzo mangelnde Stücke nicht werde zurücke behalten haben; andern theils aber 3) bey der damals angestelleten Müntz-commission es auf Joseph Mussäphia, nicht aber auf seines Vaters Bücher eigentlich angesehen gewesen, da diesem nichts hiebey beygemessen worden, und gleichwol fürtzo dessen Bücher sich nur befinden, des Joseph Mussäphia Bücher aber, auf welche es vornemlich und allein damals angekommen, ermangeln. Woraus denn 4) noth- 35
wendig nicht anders zu schliessen, als daß die ausgelieferten Bücher ex post facto fraudulosa subtractione intercipiret seyn müssen, zumal sie niemals an die Mussäphische Erben restituiret, vielmehr nach dem Bericht des vice-præsidenten N. ordentlich zusammen gepacket, in einen Kasten geleget, und sehr sorgfältig verwahret, anbey verordnet worden,

Daß der Herr vice-præsident solche Bücher in die Cantzley-registratur zu G. nehmen, und sie denen Mussäphischen Erben allemal, wenn dieselbe es verlangen, inspiciren, ihnen aber nichts davon abfolgen lassen solle.

Woraus denn des Beklagten Vorwand, daß Kläger selbsten die documenta edenda besitze, und nur bloß zum Verschleif der Sachen die edition seiner Bücher mit solchem ungemeinen Eifer fordern müsse, gäntzlich entkräftet, und als ungegründet abgelehnet; im Gegentheil 5) vielmehr mit bessern Grund aller Verdacht auf den Beklagten gezogen wird, daß er den Mangel der Mussäphischen Bücher, und zu dieser Sachen gehörigen Urkunden und Cammer-Rechnungen, damit der Kläger in seinem Beweise nicht fortkommen könne, allein verursachet, solche entweder besitzen oder aus der Welt gebracht haben müsse, zumal wenn man 6) die nach und nach entdeckten höchst- verdächtigen und n. act. 326. ordentlich connectirten 36
Umstände mit genauer attention erweget, endlich daraus wahrnimmt, daß a) anfänglich der Herr vice-præsident die gesamten Mussäphischen Bücher zusammen gepacket, und in einen leichten Kasten legen lassen, solchen mit seinem Siegel versiegelt, und in Verwahrung gebracht, bis er solchen auf erhaltene Ordre in des wolseligen von G. Hause zu H. wieder abgegeben: b) daß nach des seligen Notarii F. instrumento de anno 1717 unter denen Sachen des wolseligen Herrn von G. Nachlaß der Kasten in dem Zustand versiegelt angetroffen, und noch mit fünf neuen Siegeln versehen, und dem geheimden Secretario W. in das Hochfürstliche Archiv zu H. anno 1719 geliefert worden: c) daß derselbe in solchem Zustand unentsiegelt, und unverletzt bis ad annum 1724 oder 1725 geblieben, und von dem Herrn vice-præsidenten mit Fleiß vormals in einen kleinen Kasten genau zusammen gepacket, geleget worden, damit sie sich in dem Kasten nicht scheuren, sondern commodor fortgebracht werden könten: d) daß gleichwol, nachdem auf Hoch-Fürstlichen Befehl mense Septembr. 1728 der Kasten mit denen Büchern von H. nacher K. gesandt, und bey der commission eingeliefert worden, nach dessen Eröfnung sich befunden, daß der Kasten quæstionis nicht mehr nach des Herrn vice-præsidenten Eyd und Pflichtmässigen Bericht genau und zusammen gepacket angetrof-

getroffen, sondern vielmehr befunden worden, daß in besagtem Kasten an allen Ecken und Oertern bey nahe eine H. Elle Raum vorhanden, und die quæstionirte Bücher nicht anzutreffen gewesen, so doch bis ad annum 1724 oder 1725 unentsiegelt und niemals eröfnet worden: e) daß nach des geheimden Secret. W. eydlichen Aussage ad interr. 25. in anno 1724 oder 1725 auf blosses einseitiges Verlangen des Herrn Beklagten und in dessen Beysein der quæstionirte Kasten eröfnet, und damals noch gantz unverletzt an den Siegeln befunden und wahrgenommen worden, daß es die Mussaphische Bücher gewesen: f) daß gleichwol der Herr Beklagte im August 1728 und also kurtz vorher, wie der Kasten nach K. geliefert, in seinem Eyd und Pflichtmäßigen Bericht angezeiget, daß es unbegreiflich sey, wie man muthmassen könne, daß die Mussaphischen Bücher bey ihm vorhanden seyn müssen, da niemand auftreten und sagen würde, daß er auch nur den geringsten Theil derselben gesehen, gelesen, in Händen gehabt, oder iemals dieselbe zu inspiciren, zu sehen oder zu lesen begehret habe, da er doch damals sich nothwendig erinnern müssen, wie in anno 1724 oder 1725 die Entsiegelung und Eröfnung des quæstionirten Kastens in seiner Gegenwart geschehen, und er daraus wahrgenommen und sehen müssen, daß die Mussaphischen Bücher in dem quæstionirten Kasten gewesen, so er doch gegen S. Königliche Hoheit zu cachiren intendiret, und sich dadurch nicht wenig verdächtig gemachet; g) daß auch der Umstand sehr bedencklich sey, daß der Herr Beklagte damals in des geheimden Herrn Secretarii W. Haus von freyen Stücken gekommen, und zu wissen verlanget, ob auch noch uneröfnete Herrschaftliche Sachen darinnen vorhanden? worauf denn der geheimde Secretarius angezeiget, daß noch ein vernagelter und versiegelter Kasten mit denen Buchstaben C. W. V. E. sich finde, welchen er vom Boden herunter bringen, und in des Herrn Beklagten Gegenwart entsiegeln lassen, wodurch derselbe sehr viel profitiret, als nemlich, daß er gewiß erfahren, wo der Kasten sey, daß derselbe entsiegelt und also von allen Banden befreyet, und zu künftiger heimlichen Eröfnung geschickt gemachet, nicht weniger kund geworden, daß der Kasten auf einem unverschlossenen Boden bishero gestanden, und wieder daselbsten hingesetzet, und also in den Stand gebracht, daß man zu demselben bey Abwesenheit des Herrn geheimden Secretarii leicht kommen können: h) daß dieses alles um dieselbe Zeit geschehen, da kurtz vorher die höchstverdächtige sehr geheime Handelung mit Erkauf- und Bezahlung der H. Schriften für 1000. Thlr. zum Stande gebracht, wobey solche remarquable Umstände vorgekommen, die da anzeigen, daß es solche Schriften betroffen, wobey der Herr Beklagte höchst interessiret gewesen, daß sie aus der Welt kommen möchten, wie der Amtmann H. geschrieben, und dieserwegen einen endlichen revers ausstellen müssen, ja die sub n. act. 176. befindliche specification sub n. 9. darleget, daß dabey auch ein conuolut zur Cl. Rechnung gehörig und ein dito in quarto gewesen; aus dem n. 1. aber absonderlich zu sehen, daß darbey particuläre Nachrichten über die Cl. Rechnungen mit denen remarquen de anno 1701. 1702. 1703. 1704 und 1705. befindlich, die er sub iuramento, daß er nichts davon weder originaliter noch in copia zurück behalten, auszulieffern versprochen, so er auch præstiren können, weil er die revision der gedachten Rechnungen, in welche die itzige controuers lauffet, gehabt, da alle nöthige Schriften dazu denen reüsoribus aus niemals aber wieder ins Archiv geliefert sind, woraus doch die Wahrheit dieser gantzen Streit-Sache entdecket werden mögen, woraus denn die dabey geführte gefährliche intention noch vermehret worden: i) daß da Seine Königliche Hoheit nach denen Mussaphischen Büchern und deren eigentlichen Verwahrungs-Ort Nachfrage angestellet, und viele rescripta dieserwegen ergehen lassen, und Beklagter auch unter andern seinen Bericht davon abstatten müssen, er doch den Ort, wo der Kasten anzutreffen gewesen, verschwiegen: k) daß keine andere Vermuthung zu fassen, als daß die mangelnde Mussaphische Bücher erst nach der geschehenen Entsiegelung auf geheime Art aus dem Kasten gebracht seyn müssen, weil der Herr vice-præsident N. dieselbe complet in den Kasten geleget, selchen versiegelt, und solches Siegel noch unverletzt bey dessen in anno 1724 geschehenen Entsiegelung angetroffen ist: l) daß solches auch leicht geschehen können, weil nach der Zeit der Kasten entsiegelt auf einem unverschlossenen Boden gestanden, zu welchem nach des Herrn W. Aussage ad art. 46. seine gesamte domestiquen kommen können, ingleichem daß nach der geschehenen Entsiegelung keine designation von denen Büchern, so damals darin befindlich gewesen, gemachet worden, nicht weniger der Herr geheimde Secretarius W. unterschiedliche mal mit seinen domestiquen verreiset gewesen, und die Aufsicht des Hauses einer einzelnen alten Frauen anvertrauet, bey welcher Gelegenheit dergleichen intercipirung der mangelnden Mussaphischen Bücher gar leicht geschehen mögen: m) daß gleichwol niemand dabey, als allein der Herr Beklagte höchst interessiret sey, und dahero kein geringer Verdacht auf ihn falle, daß der sich itzt befundene Mangel durch dessen Vorschub erfolget sey: welche Umstände 7) bloß zu dem Ende angeführet sind, daß man aus denselben deutlich darlege, wie höchst- unveranwortlich mit denen Mussaphischen Büchern, und denen Cammer-Rechnungen von denen Jahren, wohin der itzige Proceß hineinschläget, umgegangen, und wie Seine Königliche Hoheit dabey selbst höchst-interessiret sind, mit mehrerem Nachdruck die Sache untersuchen zu lassen, und so viel an Höchst- deroselben ist, durch gebührende Rechts-Mittel heraus zu bringen, wo die Mussaphische mangelnde Bücher hingekommen, und durch wessen intriguen und List solche von

Handen kommen sind, zumal diese Bücher doch niemal ad sequestrationem publicam genommen, und weil denen Mussaphischen Erben daran viel gelegen, und ihr gantzes fortun auf deren conseruation bestehet, um desto mehr S. Königl. Hoheit besorget seyn müssen, daß solche Bücher wieder an des Tages Licht gebracht, und verhütet werden möge, daß der Kläger durch unterlassene genugsahme Nachsuchung und gebrauchte Schärfe, ja bey Verbleibung der gewöhnlichen Rechts-Mittel um seinen Beweis in dieser so viele tausend Thlr. betreffenden Sachen nicht kommen möge, welcher Schade theils durch die denegirte Rechts-Mittel und Hülfe, theils dadurch demselben zuwachsen könte, daß so gar n. act. 340. demselben alles fernere Gehör wegen der weggekommenen Bücher versaget worden, die doch aus dem in H. befindlichen Archiv, worin sie schlecht verwahret gewesen, von Handen gekommen, und weggenommen seyn müssen, dieserwegen daselbsten genauere Erkundigung und Nachricht davon eingezogen werden muß, wenn man publicam fidem von aller Verantwortung frey machen will, obligatur enim princeps ex damno officialium circa officium commisso ad reparationem damni, cum curare debeat, vt maxime idoneos habeat ministros

STAMM. *de seruit. pers. lib. II. c. 15. n. 20.*
STRYK *de oblig. princ. ex fact. ministr. c. 3. n. 57.*

38 vel ad minimum damnum passo a ministro publico assistere debeat auctoritate publica, quo minister delinquens satisfaciat. Quodsi enim princeps hoc omiserit, et malitiæ indulserit, mox culpam contrahit, dum delicta, quæ prohibere poterat, et debebat, non præcauet, nec follicite in ea inquirit

STAMM *cit. l. c. 14. n. 19.*
STRYK *cit. l. n. 76.*

præsertim si princeps, vt iudex, agit, et in iudicando aliquid neglexerit vel auxilium denegauerit, quia hoc ipso litem suam facere dicitur

l. 29. in f. C. de pact.

cum paria sint, aliquid non facere et non legitime facere

MYLER *ab* EHRENB. *in hyparchol. c. 18. §. 4.*

et culpa etiam leuissima præstanda sit ab eo, qui iudicio publico præest, præsertim, si debito modo imploratus et requisitus est, et tamen non administrauerit iustitiam.

GAIL *l. obs. 28. n. 4.*

Bevorab bey solchen wichtigem herausgebrachten Verdacht, daraus sich offenbar hervorthut, daß ad interuertendam veritatem die Mussaphischen Bücher, die doch ad depositum publicum complet genommen worden sind, intercipiret und weggebracht worden. Wogegen 39 denn, was in rat. dubit. angebracht ist, nichts verfangen will, allermassen ad 1) bereits dargethan, daß die Mussaphischen Bücher vormals complet und eydlich ausgelieffert worden, ja bey der Müntz-commission es vormals auf die Bücher, so anitzo manquiren, vornemlich angekommen, und solche auch ad 2. et 3. mit grosser Sorgfalt versiegelt, und bis anno 1724 verwahret geblieben, gleichwol ad 4) damals auf Begehren des Herrn Beklagten, und in dessen Gegenwart der Kasten entsiegelt und eröfnet, dabey aber in einen solchen Zustand gesetzet worden, daß gar leicht daraus die quæstionirten Bücher hinweggebracht werden können, zumal der Kasten auf einen unverschlossenen Boden gesetzt, nicht wieder versiegelt, noch keine specification von denen darin damals befindlichen Büchern genommen, und ins Archiv, wie sich gebühret, geleget worden, inzwischen der Herr geheimde Secretarius W. durch unterschiedliche Reisen abwesend gewesen, und also indessen die intercipirung der Bücher vorgehen können, dabey aber niemand als allein der Herr Beklagte interessiret ist, bevorab wenn man bedencket, was kurtz vorher mit Erkaufung der H. Briefe auf die allerverdächtigste Art vorgegangen, dergestalt, daß solcher höchst-beschwerliche Verdacht eine genauere und nöthige Untersuchung bedarf, und da solche noch zur Zeit nicht zur Gnüge geschehen, ja dem Kläger dieserwegen per sententiam sub n. 340. weiters Gehör abgeschnitten ist, nunmehro die Verantwortung daraus erfolgen und es causa Serenissimi nach den vorher deducirten principiis werden kan: bevorab da ad 5) in dem bey 40 n. act. 195. sub lit. A. befindlichen documento von denen quæstionirten Büchern kein Wort gedacht, noch daraus abzunehmen, daß der Kläger solche in Händen haben müsse, als welche offenbar in publica custodia gewesen, sondern sich nur lediglich offeritet, diejenigen documenta und Beylagen, welche der Herr Beklagte zu iustificirung des streitig gewordenen Cammer-Vorschusses bey der reuision gebrauchet und beygeleget, welches die Hoch-Fürstliche ordre und von Klägers Bruder ausgestellete Quittung gewesen, und er sich damals allein darin gegründet, unter der reuisorum authentiquen Hand wieder herbey zu schaffen, gleichwol damals der Mussaphia Klägers Stelle nicht vertreten, noch vorher sehen können, daß er mit dem auferlegten Beweis beschweret werden würde, und also nicht daraus folgen will, daß er alle und iede documenta in anno 1716 absonderlich aber die manquirende Bücher in Händen haben müsse; endlich ad 6) aus denen Acten erhellet, daß die assignationes und credit-Briefe bereits im Umschlage 1703 ausgestellet, und dahero das negotium wegen der Bezahlung, deren Termin erst in die folgende Jahre gefallen, bereits in anno 1703 geschlossen, und Ioseph Mussaphia darüber im gedachten Umschlage wieder disponiren müssen, welches also nothwendig in den mangelnden Büchern annotirt gewesen seyn muß:

So erhellet hieraus so viel, daß a domino 41 iudice die sequestrirte und in Sicherheit gebrachte Bücher wieder herbey zu schaffen,

fen, und dahero die sententia a qua destomehr grauire, als solches abgeschlagen worden, sonsten zu befürchten stehet, daß es leicht causa Serenissimi werden dürfte, wenn Mussaphia wegen Mangel des Beweises succumbiren solte.

42 Die fünfte Frage betreffend:

Ob nicht dadurch eine informalität begangen, daß, obngeachtet klar und deutlich beygebracht, daß der Herr Beklagte ad iuramentum nicht zu admittiren, iedennoch auch dieses vorbeygegangen, ja auch dem Kläger sogar die fernere Beybringung, daß der Herr Beklagte nicht schweren könne, benommen worden?

Erachten wir für Recht.

Rationes dubitandi.

43 Ob wol dieser Punckt noch nicht in actis hauptsächlich ventiliret ist, und man darüber zu erkennen um desto weniger nöthig befunden haben möchte, als man noch zur Zeit keinen genugsamen Grund findet, warum der Herr Beklagte zum iuramento editionis nicht hätte zugelassen werden können, da weiter nichts als nudæ conjecturæ et suspiciones, daß durch des Herrn Beklagten Vorschub die quæstionirten Bücher von Handen gebracht seyn können, aus denen deducirten Umständen sich hervorthun, welche gewöhnlicher massen per iuramentum editionis elidiret werden müssen,

l. f. C. de fid. instrum.

BERLICH *P. 1. concl. 45. n. 3.*

MEV. *P. 7. decis. 280. et 326.*

44 darüber aber zu erkennen, nicht eben weiter nöthig gewesen seyn möchte, als der Herr Beklagte schon dieser Erkäntniß allenfals præveniret, und vlro das gedachte iuramentum schriftlich abgeleget, auch solches ad acta gebracht, bevorab da dieser Neben-Punckt schon so weitläuftig tractiret ist, dergestalt, daß es nöthig gewesen zu seyn scheinet, denselben endlich einmal definitiue abzuthun, ne processus summarius, in quo plerumque instrumentorum editio petitur, per ordinarias probationes in processum ordinarium commutetur:

CARPZ. *P. 1. c. 17. def. 29. n. 10.*

Rationes decidendi.

45 Dieweil aber dennoch aus den vorher angeführten und beygebrachten Umständen ein solcher wichtiger Verdacht gegen den Herrn Beklagten, daß er die Mussaphischen Bücher habe oder davon wissen müste, sich hervorthut, daß wenigstens er mit dem iuramento editionis beleget werden müssen, und wenn solches geschehen, alsdann der Kläger, interposito remedio suspensiuo, Gelegenheit gefunden haben würde, seine fernere Nothdurft vorzustellen, und darzuthun, ob und in wie weit der Herr Beklagte zu solchem Eyd zugelassen werden könne, zumal das iuramentum editionis eine species iuramenti purgatorii in solchem Falle wird, gegen welches die exceptio metuendi periurii, quatenus liquido doceri potest, statt findet: gleichwol da der punctus iuramenti editionis in sententia a qua gantz übergangen ist, dadurch dem Kläger auch die Mittel entzogen worden, diesen Punckt mit in cognition zu ziehen, worüber bishero noch nicht gestritten worden, und doch derselbe so wichtig anzusehen, daß davon der Ausschlag der gantzen Sache, die ein grosses capital von 32000 Thlr. ohne Zinsen und Unkosten betrift, dependiret, und in dergleichen cautis arduis, die des Klägers gantzes Vermögen, Heil und Wolfarth betreffen, vieles erlaubet und zugelassen ist, was sonsten bey andern Processen hindangesetzet wird, etenim in cautis arduis et maioribus eo cautius et circumspectius a iudice est procedendum, quo grauius præiudicium inde imminet, adeo vt lente hic festinandum sit, quamuis in aliis cautis properandum esse leges iubeant,

ERNEST. COTHMAN. *vol. IV. resp. 12. n. 159. et. vol. III. resp. 15. n. 71.*

vbi enim maius periculum intenditur, ibi plenius consulendum, vt ait pontifex

in c. 3. de elect. in 6.

dahero dergleichen höchst-wichtige Sache denen criminalibus verglichen, und von beyden überhaupt einerley effata angeführet werden, daß zu grossen Sachen grösser ernstlicher Fleiß gehöret und angekehret werden müsse, wie CAROLVS V. saget:

in art. 150. in f. constit. crim.

censentur autem cautæ arduæ et maiores, quæ de vniuersa hominis substantia vel maxima parte bonorum suscipiuntur,

MENOCH. *lib. 2. de A. I. Q. cas. 110. n. 5.*

ODDVS *de restit. in int. P. I. q. 30. art. 17. n. 84.*

maxime, si infinitis tricis et difficultatibus inuolutæ, in quibus sæpe more Areopagitarum decisio in diem longiorem differenda

GELL. *in N. A. lib. V. c. 10.*

vnde in eiusmodi cautis facilius subueniendum et ab ordinariis regulis processus sæpe recedendum.

MANZIVS *in special. iur. comm. voce. arduitas n. 2.*

Bey solchen Umständen also, ob gleich der punctus editionis ein Neben-Punckt ist, es höchstnöthig seyn will, daß dem Kläger die völlige Untersuchung dabey nicht abgeschnitten, sondern derselbe mit grösserm Ernst untersuchet werde, als wovon der gantze Beweis dependiret: bevorab da man bereits so viel Licht bey denen ermangelnden documentis erhalten, daß nach genauerer Untersuchung die Wahrheit endlich heraus gebracht werden kan; wodurch denn die

52 rationes dubitandi ihre abhelffliche Maasse bekommen, und was in denenselben von dem bereits abgelegten schrifftlichen Eyd angeführet, im folgenden removiret werden soll:

53 So halten Wir dafür, daß die cognitio wegen des iuramenti editionis dem Kläger nicht abgeschnitten werden können, sondern er darüber, ob solcher gestalten Sachen nach zulässlich, zuforderst zu hören gewesen.

Auf die sechste Frage:

54 **Ob Herrn Beklagten, so ferne er allenfalls das iuramentum editionis in iudicio zu schweren schuldig, der Eyd gar remittiret werden könne?**

erkennen Wir für Recht:

Rationes dubitandi.

55 Ob wol Herr Beklagter nebst seiner Frau Schwestern das iuramentum editionis schrifftlich übergeben, und solche schrifftliche Formul beyderseits unterschrieben, auch in derselbe die gewöhnliche clausul:

so wahr uns GOtt helfe und sein heilig Evangelium hier zeitlich und dort ewig,

eingerücket, anbey solche ins besondere auf die Mussaphische Bücher mit gerichtet, und dergestalt specialissime auf alle casus eingerichtet, daß es überflüssig gewesen zu seyn scheinet, nochmals denenselben das iuramentum editionis abzufordern; bevorab da die iuramenta nicht zu multipliciren, sondern vielmehr zu restringiren sind, diesemnach dem Herrn Beklagten nicht sowol der gedachte Eyd remittiret, als vielmehr, da er solchen vltro abgeschworen, solches für gnugsam erkant ist:

Rationes decidendi.

56 Weil aber dennoch 1) das iuramentum editionis bey dergleichen verdächtigen Umständen eine species iuramenti purgatorii ist,

LYNCKER. *cent. 7. dec. 617.*

BRVNNEM. *in proc. civ. c. 19. n. 29.*

57 welches 2) im Gerichte, citata parte aduersa, und zwar actu corporali, abgeleget werden muß,

l. 12. §. 4. C. de reb. cred.

CARPZ. *P. 3. resp. 46. n. 17.*

58 nicht weniger 3) nöthig ist, vt per sententiam a iudice iurare fuerit iussus, cui præstatio iuramenti incumbit,

l. 12. C. de reb. cred. ibi: et a iudice approbatum.

l. 4. §. 1. de in litem. iur.

præstitum enim absque auctoritate iudicis nullius habetur momenti, nihilque iurantem iuuat.

l. 4. §. 1. de in lit. iur. l. 3. pr. de iurei

COTHMAN *vol. 1. conf. 17. n. 23. sq.*

KLOCK. *vol. 2. conf. 81. n. 36.*

Bey solchen Umständen also allen Rechten zu- 59
wider ist, ohnerwartet einer richterlichen Erkäntniß bey sich selber, sine actu corporali, non citata aduersa parte, einen schrifftlichen Eyd ad acta zu geben, und nach seinem eigenen Gutdüncken eine schrifftliche Formul sich selber zu machen, welches so illegal anzusehen, daß darauf gar nicht reflectiret, noch solches pro præstito angenommen werden können, da die Gesetze mit aller nöthigen Behutsamkeit den modum iurandi iudicialiter bestimmet haben, als welche wol wissen, daß eine grosse circumspection bey deren Ablegung erfordert wird:

MEV. *P. V. decis. 47. n. 3.*

bevorab, da ein solcher iurans iudex und testis 60
in propria causa wird, und also derjenige, der einen solchen schrifftlichen Eyd ungefordert ad acta giebet, nichts anders thut, als daß er sich selbsten in seiner eigenen Sache als Zeugen eydlich abhöret, und sich selber dabey zum Richter aufwirft, welches pro iuramento præstito keineswegs zu halten, vielmehr als eine unerlaubte cautel anzusehen, daß iemand dadurch eines theils die cognitionem iudicis, ob er auch gestalten Sachen nach zum Eyde zu zulassen, verhindern und abwenden, zugleich aber dem Gegentheil die Gelegenheit benehmen will, das gehörige dabey vorzustellen; andern theils aber die 61
ordentliche und gerichtliche Ablegung des Eydes, wie Rechtens, zu præcaviren intendiret, dergleichen iuuisificirliche cautelen kein Richter nachsehen, solchergestalt man aber nicht anders urtheilen kan, als daß in sententia a qua das iuramentum editionis remittiret seyn müsse, welches doch bey so grossem und wichtigen Verdacht nicht geschehen mögen;

MEV. *P. 3. decis. 191. n. 7.*

zumal der punctus editionis alhier für das alerwichtigste in causa tam ardua et intricata zu achten, und der Herr Beklagte sich selber dazu schuldig erachtet, und aus solcher Absicht, wie wol præpostere et nulliter, einen schrifftlichen Eyd ad acta gegeben:

So halten Wir dafür, daß dem Herrn Be- 62
klagten, wenn er das iuramentum editionis in iudicio zu schweren schuldig gewesen, derselbe gestalten Sachen nach nicht remittiret werden mögen.

So viel ferner die siebente Frage betrift:

Ob das in commissione **vom Herrn** 63
Beklagten in mense Febr. a. c. **eingebrachte weitläuftige** exhibitum **dem Kläger nicht vorgängig um so mehr** communiciret **werden müssen, als er sich dagegen** competentiam reserviret, **und um dessen** communication **gebeten?**

Ratio-

Rationes dubitandi et decidendi.

64 Ob es wol sonsten auf ein arbitrium iudicis ankommen möchte, welche Schriften dem Gegentheil zu communiciren, zumahl vieles pro nuda informatione iudicis übergeben wird, darüber der Gegentheil nicht eben gehöret werden darf, weil sonsten des schreibens und recessirens kein Ende werden, und die acten in infinitum anlaufen dürften.

65 Weil aber dennoch die vom Kläger n. act. 326. übergebene Vorstellung pro nuda informatione iudicis ebenfalls dem Herrn Beklagten communiciret worden, und solche veranlasset, daß der Herr Beklagte das gedachte weitläuftige exhibitum dagegen übergeben, und ad acta gebracht, mithin bey so gestalten Sachen solches nicht mehr pro nuda iudicis informatione conceptum anzusehen, sondern pro parte actorum communi zu halten, dessen communication dem Kläger nothwendig geschehen müssen, cum vtriusque litigantis iura æqualia esse debeant, et quod vni iustum, alteri quoque iustum esse debeat:

66 So halten Wir dafür, daß gedachtes exhibitum dem Kläger vorgängig communiciret werden müssen.

Betreffend die achte Frage:

67 **Ob, da der Beweis** de substantialibus **ist,** dominus iudex **aber** suo facto per indirectum **verhindert, daß Kläger den Beweis nicht führen kan, dieses** substantiale processus negligiret **werden können?**

Rationes dubitandi.

68 Ob wol der Beweis vorlängst dem Kläger zuerkant, ihm dabey gantz ausserordentlich dilation ertheilet, und ihm Zeit und Raum genug gelassen, denselben zu instruiren, so dann man wegen Herbeyschaffung derer Nachrichten und Bücher ihm in allen gefüget, überall nöthige information von denen gedachten Büchern eingezogen, und also das præsuppositum, daß Kläger facto iudicis am Beweise behindert worden, wegfallen möchte; ob wol sonsten in thesi unstreitig ist, daß der Beweis ad substantialia processus gehöret, und von keinem Richter absque nullitate insanabili negligiret und hindangesetzet werden kan.

Rationes decidendi.

69 Weil aber dennoch bey diesem substantiali processus ein ieder iudex alle Rechts-Hülfe dem Kläger, der beweisen soll, angedeyen lassen muß, ne probandi facultas coangustetur, adeoque curare debet, quo probatio salua sit,

l. 21. C. de hæret.
l. 22. de testib.

zu welchen Rechts-Mitteln dann vornemlich der punctus edendorum documentorum gehöret, welcher aber alhier debito modo nicht observiret, vielmehr Kläger dadurch an seinem Beweise behindert worden, so absque nullitate insanabili nicht geschehen mögen, welches auch die *Landes-Ordnung P. 1. tit. 4. §. 10.* selbsten verordnet, anerwogen 1) nicht einsten die edition dem Beklagten per sententiam iniungiret, ja so gar das iuramentum editionis gantz hindangesetzet ist: 2) bey so eclatanten Verdacht des Beklagten ihm dennoch in sententia a qua alles fernere Gesuch ratione editionis der fehlenden Mußaphischen Bücher abgeschnitten, daraus doch vornemlich der Beweis herzunehmen: 3) da zulänglich dargethan ist, daß dieselbe complet sequestriret worden, und doch anitzo eben dieselbe Bücher manquiren, aus welchen der Beweis herzunehmen, man nicht fernere Untersuchung wegen solches Mangels angestellet, den Kasten nicht vorher von dem Herrn vice-præsidenten M., der die gedachten Bücher wohl eingepacket in den Kasten geleget, recognosciren, und wegen des Mangels befragen lassen: ferner auf die verlangte neue relation und Abstattung des Berichts den Herrn Etats-Rath P. nicht gedrungen: endlich auch den Herrn Geheimden Secretair W. noch um specialere Umstände, was etwa mit dem Kasten nach dessen Eröffnung passiret seyn möchte, zu befragen angestanden, wozu man doch ex officio um destomehr verbunden gewesen, als solche Bücher publica auctoritate sequestriret und in Verwahrung genommen sind. Diesemnach man nicht anders urtheilen kan, als daß vornemlich durch das letztere Urtheil der Kläger ferner am Beweis verhindert, und das substantiale necessarium processus nicht völlig in acht genommen worden:

70 So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß solches sine nullitate insanabili nicht geschehen mögen.

So viel die neunte Frage betrift:

71 **Ob nicht Herrn Beklagten, nachdem Kläger beygebracht, daß die verlangten** documenta **in Gegentheils Händen vorhanden sein müssen,** selbige communia, **und so beschaffen, daß ohne dieselbe der Beweis keinesweges zu führen stehet, solches auch in der Landes-Ordnung gegründet,** die edition **derselben allerdings** iniungiret **werden müssen, und weilen selbiges nicht geschehen, nicht allein** contra sanctionem pragmaticam **gehandelt,**

delt, sondern auch abermal eine insanabilis informalitas begangen sey?

Rationes dubitandi.

73 Ob wol Beklagter sich bereits durch einen schriftlichen Eyd purgiret, daß er keine documenta, so zu dieser Sache gehöret, in Händen habe, noch solche gefährlicher Weise von Handen kommen lassen, noch, wo solche anzutreffen, wisse, und bey so gestalten Sachen es überflüßig gewesen sey, auf die edition derer Cammer-Rechnungen und anderer Urkunden zu erkennen, als welches Erkäntniß gestalten Sachen sine effectu gewesen seyn würde; allermassen dann, was die in anno 1724 erhaltene H. Briefschaften und Urkunden betrift, Beklagter davon eine specification ad acta gegeben, auch sonsten alles ediret, was er gehabt hat, dabey aber allen Verdacht abgelehnet, welchen man aus der H. conuention schöpfen können, hierüber der Amtmann H. selbsten n. act. 176. in dem daselbsten befindlichen revers n. 6. die Schriften particuliere ebauches und Minuten heisset, welche wol diese importante Sache nicht angehen können, dergestalt nichts zuverläßiges daraus geschlossen werden möchte.

Rationes decidendi.

74 Dieweil aber dennoch in der Schleßwigischen Holsteinischen Landes-Ordnung P. 3. tit. 19. §. 5. gar klar versehen:

So auch eine Parthey in Rechten anzeigete, daß bey ihrem Gegentheil Urkunden, Briefe, Bücher, Register oder Schriften seyn, und begehrte die ins Gerichte zu bringen und zu ediren, wo dann solche Urkunden, Briefe, Bücher, oder Register ihnen beyden gemein, und also communia instrumenta seyn, so ist die Widerparthey pflichtig, die ins Gericht zu bringen, dieselbe besichtigen und verlesen und verhören zu lassen.

75 Welches auch denen gemeinen Rechten gemäß und daraus zu ersehen ist, daß dergleichen Rechnungen als communia documenta zu halten und zu ediren sind;

l. 2. et 5. C. de edend.

gleichwol aus der sehr verdächtigen und geheimen negotiation mit dem Amtmann H. sich hervorthut, daß Herr Beklagter wegen ausgelieferter importanter Briefschaften, dabey er interessiret gewesen, daß sie von der Welt kämen, durch des Herrn Etats-Rath P. interposition sich resolviret, ihm auf den Rückstand seiner gage 1000 Thlr. zu bezahlen, und solches zu coloriren, theils ein Ansehn daraus simuliret, theils aber in dem eydlichen revers gesetzet werden müsten, als wenn es nichtswürdige Kleinigkeiten betroffen, da doch die geheime Handlung und die ungemeine grosse Behutsamkeit, so bey denen tractaten gebrauchet, solches gar nicht meritiret und erfordert, noch weniger aber nöthig gewesen wäre, einen eydlichen revers, daß alles getreulich ausgeliefert, und keine Abschriften davon genommen worden, auszustellen; gestalt dann die dieserwegen edirte specification derer H. Schriften nichts importiren, noch den Herrn Beklagten bewegen können, dergleichen hazard wegen der 1000 Thlr. zu thun, dieserwegen der grösseste Verdacht noch übrig bleibet, daß solche Schriften, welche diesen procès angehen, zwar unter denen H. Schriften befindlich, aber nicht ediret worden, weil eben dieserwegen allein, wie der Amtmann H. meinet, der Herr Beklagte interessiret gewesen seyn kan, daß solche von der Welt kämen, welches von denen editis nicht gesaget werden mag, mithin die erforderte editio noch zur Zeit pro non facta zu halten; wie denn ohne Zweifel die Wahrheit noch gewisser herausgekommen seyn würde, wenn der Herr Etats-Rath P., welcher in der geheimen affaire Unterhändler gewesen, in St. den Befehl, die wahre Beschaffenheit von denen erkauften H. Schriften nach Eyd und Pflichten abzustatten, nachgelebet, und nicht still geschwiegen hätte. Ausserdem aus dem n. act. 234. befindlichen memorial und dabey befindlichen protocollo commissionali sich sehr verdächtige Umstände veroffenbaren, 76
daß der Herr Beklagte, ohngeachtet ihm anbefohlen worden, auf Eyd und Pflichten die geforderte designation herauszugeben, ja er in der duplic-Schrift n. act. 217. und dabey befindlichen schriftlichen Eyd versichert, nichts mehr in Händen zu haben, als was er ediret, dennoch so wenig im ersten Fall das concept, wornach die Cammer-Rechnungen umgeschrieben, in der designation notiret, als auch nachgehends nach übergebener duplic-Schrift solches ausgeliefert, sondern erst sieben Monath darnach solches bey der commission auszuantworten gemüssiget worden; welches unter andern mit darleget, wie wenig man, wenn es bey der Ordnung des processus bleiben sollen, in sententia a qua dem Herrn Beklagten gar den Eyd remittiren, und den Kläger zu Führung seines Beweises schlechterdings anstrengen können, da doch bey solchen sehr verdächtigen Umständen und Hinterhaltung der documentorum communium, ohne welche der Beweis ohnmöglich zu führen, vielmehr auf eine bessere und völligere edition der documentorum communium erkant werden sollen, als welches sub pœna editorum documentorum zu thun, die iura verordnet; und da dieses gänzlich hindangesetzet, die informalitas nicht geleugnet werden kan, cum sententia contra iura lata viribus careat, wie bey der andern Frage bereits dargethan, wodurch alle Schein-Gründe, so hiebey anfänglich vorgetragen, ihre Kraft verlieren:

So erhellet hieraus so viel, daß contra 77
sanctionem pragmaticam, da bey denen angeführten Umständen auf die editionem derer

derer documentorum communium nicht erkant werden, angestossen, und abermal eine informalitas begangen sey.

Die zehende Frage belangend:

78 **Ob nicht Kläger, da** supremus iudicans **des** Mussaphia **Mittel in Händen hat, derselbe aber bis dahero nichts erhalten mögen, überdem dieserhalb keinen** advocatum **bekommen können, solches auch durch unterschiedene** memorialia **und im letztern** exhibito **vom** 22. Iun. a. c. **angezeiget, indem er angewiesen, den Beweis zu führen,** ad impossibilia, **so durch** supremi iudicantis **Behinderung verursachet,** adiqiret **worden, nemlich einen Beweis zu führen, wozu er** non sua culpa **weder Geld,** Documenta, **noch** advocaten **hat?**

Rationes dubitandi et decidendi.

79 Ob wol die carentia advocati facto actoris proprio entstanden zu seyn scheinet, indem ihm niemals, einen solchen anzunehmen, verboten worden, ohne Zweifel er auch bishero sine advocato et eius assistentia, wie die Schriften zeigen, nicht gewesen, wie weit aber supremus iudicans des Klägers Mittel in Händen habe, und ob solche liquid sind, ex actis nicht zu sehen, daraus also nichts positives erkant werden kan, allenfalls auch er ad iura pauperum zu provociren berechtiget seyn möchte, in welchem Fall ihm auch ein advocatus ex officio zugeordnet werden kan, wenn er debito modo darum anhalten wird;

l. 1. §. 4. D. de postul. l. 7. C. eod. c. 1. X. de offic. iudic.

dahero man nicht statuiren möchte, daß er ad impossibilia adstringiret werden wollen:

80 Dieweil aber dennoch Kläger in quæstione voraus setzet, daß supremus iudicans seine Mittel in Händen habe, und er dieselben, pendente lite, entbehren müsse, dabey wir das suppositum, daß solche seine Anforderung vel in totum vel pro parte richtig und liquid, annehmen, und also wohl hypothetice hiervon urtheilen können, daß hierdurch der Kläger nicht wenig an seinem Beweis behindert werde, als welcher sine advocato eiusque assistentia in causa tam ardua nicht geführet, dieser aber ohne Geld nicht angenommen werden kan, Kläger auch, daß er dieses in verschiedenen memorialien vorgestellet, anzeiget, und billig also darauf, wenn sein suppositum richtig, reflectiret, und ihm die Mittel, seinen Beweis zu führen, per indirectum nicht entzogen werden sollen, und da er also noch genugsame Mittel hat, er, wenn man ihn dazu gelangen liesse, ad iura pauperum zu provociren, auch einen advocatum auszubitten nicht nöthig haben wird, inzwischen doch dieses alles in unterschiedlichen bedingten Umständen verwickelt ist, die keine positiuam decisionem zulassen, und aus denen acten nicht iustificiret und deutlich erwiesen werden können:

So haben Wir darauf positive zu antwor- 81
ten billig anstehen müssen.

So viel die eilfte Frage belanget:

Ob dominus iudicans **ehender die** 82
Vollführung des Beweises iniungiren **können, bis die** quæstio præiudicialis super edendis documentis, **imgleichen ob der Herr Geheimde Rath von C, da derselbe in seinem Eyd- und pflichtmäßig erstatteten Bericht versichert, daß er keine** Documenta **mehr habe, dennoch aber nachhin verschiedene** produciret, **mithin dadurch zugestanden, daß er mehrere** Documenta **wider seine ehemalige erstattete Berichte in Händen gehabt, das** iuramentum edendorum documentorum **schwören könne, ihre abhelfliche Masse erhalten?**

Rationes decidendi.

Weil von dieser Hauptsache in unterschied- 83
lichen vorhin erörterten Fragen gehandelt, und dargethan, daß zuforderst der punctus edendorum documentorum und iuramentum editionis auszumachen sey, ehe die Vollführung des Beweises dem Kläger iniungiret werden könne, da jener offenbar præiudicialis ist, qui impedit cognitionem in causa principali.

c. 19. X. de iudic.

So haben Wir für unnöthig gehabt, ins be- 84
sondere hierauf zu respondiren.

Die zwölfte und dreyzehende Fragen betreffend:

Ob Kläger anders gekont, denn 85
von solcher allzusehr wider alle Rechte und der selbst redenden Billigkeit angehenden Urtheil zu appelliren, **oder welches** beneficium **zuträglicher sey?**

Und ob dann nicht endlich Kläger sich einer reformatoriæ sententiæ **werde zu erfreuen haben?**

Rationes dubitandi et decidendi.

86 Ob wol durch den erwehlten Weg der appellation Kläger von seinem Hauptzweck weit abgeführet, und die Sache in neue Weitläuftigkeit und grosse Unkosten deduciret wird, dergestalt, daß billig zu überlegen gewesen, ob es nicht besser sey, bey dem publicirten Urtheil es bewenden zulassen und nachzugeben, als durch die appellation causæ principalis euentum auf viele Jahr hinauszusetzen, da wenn gleich eine reformatoria erfolgen solte, iedoch die execution schwer halten, und grosse Schwürigkeiten geben wird, ob und durch was Mittel die editio mehrerer documentorum und derer mangelnden Bücher zu erhalten seyn werde, allermassen noch zur Zeit nicht völlig ausgemachet ist, daß Beklagter solche besitze, oder gefährlicher Weise von Händen kommen lassen, welches beydes er beständig leugnet.

87 Weil aber dennoch 1) ohne die vollkommene edition derer verlangten Uhrkunden den Beweis zu führen niemand vermögend, und es also umsonst und ohne erwünschten effect seyn würde, wenn er bey dem Urtheil acquiescirte, darneben 2) die gravamina überall erheblich und von solchem Gewicht sind, daß Kläger sich einer reformatoriæ zu erfreuen hat, zumal auch cau-

88 sæ nullitatum dabey concurriren, daß es 3) ersprießlich seyn möchte, wenn mit dem beneficio appellationis die querela nullitatis cumuliret würde, als wodurch die gravamina destomehr secundiret und unterstützet werden, vornemlich aber effectuiret wird, daß die sententia vom 12. April 1721 nach Maßgebung der andern Frage pro re iudicata nicht angenommen werden kan, welche sonsten dem Kläger sehr im Wege stehen könte, so aber nicht zu befürchten ist, nachdem offenbar die substantialia processus negligiret worden, vnde nullitas insanabilis nascitur;

STRYK *in introd. ad prax. for. c. 23. §. 27.*

BLVM. *in proc. camer. tit. 56. n. 2. sqq.*

LYNCKER *de grav. extra iud. c. 9. P. 2. §. 31. n. 2.*

89 ausserdem aber 4) zu hoffen stehet, daß bey fernerer Ausführung und angezeigten wichtigen Verdacht auf ein gantz ander Rechts-Mittel, als das blosse iuramentum editionis, werde erkant werden, da bekant ist, daß, wenn iemand zu solchem iuramento nicht solte können zugelassen werden, dem possessori schlechterdings die editio documentorum auferleget, oder solche in casu contumaciæ pro editis gehalten werden können, welches Kläger auszuführen der Meinung ist, und wenn 5) solches geschehen solte, alsdann wegen der execution keine difficultät übrig seyn wird:

90 So halten Wir dafür, daß Beklagter nicht anders gehört, als das beneficium appellationis zu ergreifen, auch eine reformatoriam zu erwarten habe, dabey aber die causas nullitatum mit anzuführen, nicht undienlich seyn dürfte.

Bey der vierzehenden und funfzehenden Frage:

91 **Ob nicht des Klägers Familie aller Welt Rechten nach gegründet sey, um wieder Erhaltung ihres Eigenthums, nemlich der Haupt- und Handels-Bücher, um so vielmehr bey gegenwärtiger situation der Sache zu lolliciren, wiedrigenfalls aber der ihnen daraus reluirenden Schade von der gnädigsten Herrschaft erstattet werden müsse?**

Erkennen Wir für Recht.

Rationes dubitandi.

92 Ob wol die quæstionirte Handlungs-Bücher in anno 1703 von Klägers Bruder aus erheblichen Ursachen abgefordert, und darauf in sequestrum genommen, auch von der Zeit an mit nicht geringer Sorgfalt in archiuo principis verwahret worden, dergestalt, daß solche in ihrem primordialen Zustand nicht geblieben, sondern ad patrimonium fisci vel archiui gezogen worden, wozu die gnädigste Herrschaft gerechte Ursachen gehabt haben mag, zumal mehr als zu bekant, daß damals wegen der Münz-commission solche abgefordert, und ohne Zweifel darinnen solche Nachrichten angetroffen sind, welche boni publici causa verursachet, daß die Bücher in beständiger custodia publica und sequestration verblieben, und nicht wieder ausgeliefert worden, welches denen Rechten gantz convenabel seyn möchte; quamuis enim nec princeps alicui ius suum aufferre queat,

l. 4. C. de emanc. liber.

93 salutis tamen publicæ causa princeps subditis ius quæsitum aufferre remque priuatorum tollere et alienare potest,

GROT. *de I. B. et P. lib. III. c. 20. n. 7.*

PVFFENDORFF *de iur. nat. et gent. lib. VIII. l. 5. §. 7.*

94 cum salus reipubl. suprema lex esse debeat, et ita cuicunque iuri deroget,

STRYK *de salut. publ. c. 2. n. 1 sqq.*

95 nicht zu gedencken, daß auch in pœnam et ob abusum iemand seines Eigenthums und andern Rechts priviret werden könne, cum ius mereatur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate,

c. 11. X. de priuileg. et excess. privil.

wie denn ohne Zweifel des Klägers Bruder bey der Münz-affaire mit interessiret gewesen seyn muß, weil sonsten ihm die Handelungs-Bücher

cher zur Herausbringung der Wahrheit nicht abgefordert seyn würden;

Rationes decidendi.

96 Weil aber dennoch 1) es ohnstreitig und gewiß ist, daß das Eigenthum derer Bücher des Ioseph Mussaphia Erben zustehet, zumal solches iure hereditario auf sie gefallen; und ob zwar 2) die gnädigste Herrschaft nöthig befunden hat, in anno 1703 bey der damaligen Müntz-commission solche abzufordern, dennoch dieselbe längstens geendet, die Sache völlig abgethan und aboliret, und kein Rechts-Grund zu befinden, woraus nunmehro denen Mussaphischen Erben die Bücher ferner vorenthalten werden solten: bevorab da 3) nicht zu befinden, daß die gedachte Erben oder deren Erblasser ihres Eigenthums daran in pœnam priviret worden wären, vielmehr nur bishero die Bücher in sequester behalten geblieben, dessen causa nunmehro völlig cessiret, dabey jedoch 4) nach des vice-præsidenten N. Bericht verordnet, daß denen Mussaphischen Erben iederzeit die inspection frey bleiben solle, hierüber dabey 5) ausser allem Zweifel ist, daß solche Bücher damals complet ausgeliefert worden, zumal Ioseph Mussaphia nach relaxation seines Arrests so lange in G. verbleiben müssen, bis solche erst von einem Portugiesischen notario durchgesehen und arrestiret worden, daß dieselbe in vollkommener Ordnung, gantz complet ohne Ausnahme ausgelieffert befunden worden, gleichwol 6) solche zu dem Handelungs-Geschäfte der Mussaphischen Erben ohnentbehrlich, und dabey dieselbe, absonderlich aber der Kläger, höchst-interessiret sind, daß solche im completen Stande wieder herbey geschaffet, und denen Erben wenigstens ad inspiciendum iederzeit vorgeleget werden müssen, da die Bücher zu ihrem Eigenthum gehören, und was ob salutem publicam geschehen, nunmehr cessiret, ja solches ex æquitate also zu erklären ist, vt, quantum fieri potest, indemnes domini rerum suarum serventur;

STRVK *de sal. publ. c. 2. n. 45 sqq.*

im Gegentheil wann 7) solche ihnen nicht retra- 97
diret werden solten, sie daraus ein irreparabile damnum erleiden würden, welches gar leicht durch Herbeyschaffung und retradition derer Bücher præcaviret werden kan; anderer Gestalt und da solches ohne erhebliche Ursache ferner verweigert werden solte, zu befürchten stehet, daß der daraus entstehende Schade auf die gnädigste Herrschaft selbst fallen dürfte, weil diese Entziehung dererselben Gebrauchs ex ratione salutis publicæ nicht iustificiret werden mag, wodurch die rationes dubitandi völlig abgelehnet sind:

So sind die Mussaphischen interessenten de- 98
nen Rechten nach befugt, die Wiedererhaltung ihrer Bücher zu sollicitiren, anderer Gestalt ist zu befürchten, daß der daraus fliessende Schade auf die gnädigste Herrschaft redundiren dürfte. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXVI.

RESPONSVM CXXXV.

THEMA.

Officiales principis arcana domus prodere haud debent.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1.
Num officialis, non obstante iuramento, veritatem, iustitiam et interesse superioris attendere debeat? n. 2. 5.
Inquisitio sine corpore delicti locum non habet. n. 3.
Officialibus non licet, durante officio arcana domus prodere, n. 4.
non habita distinctione inter arcana absolute et secundum quid talia. n. 6.
Decisio. n. 7.

1 Als derselbe uns eine facti speciem ꝛc. Hat der Herr geheimde Rath und Oberaufseher N., von einigen legatis und fideicommissis, so in dem Gräflichen H. testamento de anno 1662 gestiftet, einen Bericht an N. als Obristen H. Landes-Fürsten in T. abstatten, und dadurch seinem Vorgeben nach einige defraudirung des H. cameralisten G. verhüten wollen, welches aber verrathen, und anitzo zum crimine ausgedeutet werden wollen, dannenhero derselbe belehret seyn will:

Quæstio.

2 **Ob er durch dieses Unternehmen unrecht, und gegen seine Pflicht gehandelt?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol der Herr geheimde Rath für sich anführet, daß, ob er wol dem Gräflichen Haus seine Pflicht gethan, dennoch in solchem iuramento allezeit die Wahrheit, Gerechtigkeit, wie auch das interesse superioris ausgenommen, auch kein Bedienter schuldig sey, denen Leuten das ihrige zu nehmen, und seinem Dienstherrn mit Unterdrückung der Wahrheit und Gerechtigkeit zuzuwenden; dieser sein conatus also, den vorgedachten Bericht abzustatten, eigentlich pro proditione arcanorum nicht zu halten, bevorab da allhier das obiectum relationis nur arcana domus secundum quid talia betreffen, welche nicht allein die Herrschaft concerniret, sondern dabey auch andere, nemlich der superior dominus territorii, mit interessiret gewesen, mithin es allenthalben an einem corpore delicti ermangele.

Rationes decidendi.

4 Weil aber dennoch der geheimde Rath und Oberaufseher nicht in C. sondern in Gräfl. H. specialen Diensten und Pflichten gestanden, und dahero dem Gräfl. Haus zu aller Verschwiegenheit verbunden gewesen, solches auch gemeiniglich in die gewöhnliche Eydes-Formul mit eingerücket zu werden pfleget, welches derselbe doch hindangesetzet, und gegen die Frau Gräfin von H. einen Bericht an C. abstatten, und von einigen legatis und fideicommissis ex testamento auito, sub prætextu, daß die legatarii dabey defraudiret würden, dasjenige reveliren wollen, was er doch, durante officio, billig verschweigen müssen, als worzu alle Bediente verbunden sind.

STRVK *de credent. reuel. c. 11.*

Im übrigen der Vorwand, daß in omni iura- 5
mento veritas, iustitia et superior excipiret
sey, um deswillen ihm nicht zu statten kommen
mag, weil eines theils, wenn er die angegebene defraudirung gemercket, und sonsten nach seinen Pflichten nicht abkehren und præcaviren können, er viel lieber seine Dienste quittiren, als solches gestalten Sachen und Umständen nach verrathen müssen; andern theils auch er nicht schuldig gewesen, solches dem superiori zu berichten, wann er nach angewandtem äusserstem Fleiß die Unterschleiffe nicht verhindern können, und der Unterscheid inter arcana ab- 6
solute et secundum quid talia die Sache nicht heben will, anerwogen kein vornehmes Haus solche arcana haben kan, dabey nicht andere mit interessiret seyn solten; und einen Bedienten solches nicht excusiren kan, wenn er demjenigen, der dabey interessiret ist, von solchem Nachricht ertheilen wollen, da er in dessen Diensten nicht gestanden, sonsten auch ein advocat, der seines clienten aduersario etwas reveliret und entdecket, sich eben so leicht entschuldigen könte:

So erhellet hieraus so viel, daß der Herr ge- 7
heimde Rath bey solchem Unternehmen allerdings unrecht und gegen seine Pflicht gehandelt. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVARIO MDCCXIX.

RESPONSVM CXXXVI.

THEMA.

De executione in bona imperii secularia.

De hoc argumento actum est Responso iuris ecclesiastici II.

RESPONSVM CXXXVII.

THEMA.

Libelli, quibus reuerentia principum læditur, a iudiciis imperii superioribus non sunt communicandi sed reiiciendi.

Vide de hoc themate Responsum iuris ecclesiastici II.

RESPON-

RESPONSVM CXXXVIII.

THEMA.

Quodnam forum viduæ legatorum principis sortiantur?

SVMMARIA.

Quæstio I. de foro viduarum legatorum principis. n. 1.
Num legati, æque ac ipsi principes, in alieno territorio priuati sint? n. 2. 5.
Priuilegiatum forum viduis tantum competit per consequentiam. n. 3.
Viduæ etiam invito domino territorii forum mutare et excedere possunt. n. 4.
Legati faciem reipublicæ suæ adseruunt, n. 5.
et personæ sunt publicæ, ab omni iurisdictione loci et regni exemtæ. n. 6.
Legati fictione quadam pro personis mittentium habentur et quasi extra territorium constituti videntur. n. 7. 8.
Priuilegium legatorum circa forum competit etiam eorum comitibus et domesticis, n. 9.
vt et viduis. n. 10.
Legati prouinciales et municipales Romanorum ex delictis in legatione commissis Romæ iudicium pati coacti sunt, siue ipsi admiserint, siue serui eorum, n. 11.
adeo vt ex facto vxorum obligati fuerint. n. 12. 13.
Vidua forum mariti retinet. n. 14.
Forum viduæ malitiose mutare non licet, n. 15.
nisi antea propter administrationem mariti rationes reddiderit, n. 16. 17.
quod iure priuatorum ex iure ciuili et canonico illustratur. n. 18.
Decisio quæstionis I. n. 20.
Quæstio II. De eodem argumento. n. 21.
Extra territorium ius dicenti non paretur. n. 22.
Quatenus vidua legati defuncti principi mittenti rationes reddere teneatur? n. 23. 24.
Viduæ ex ipsa conditione matrimonii vna cum ceteris honoribus ac priuilegiis forum prædefuncti mariti retinent. n. 25.
Renunciatio omnis tum demum iusta est, quando fit rei propriæ spontanea refutatio. n. 26.
Decisio quæstionis II. n. 27.
Quæstio III. de eodem argumento. n. 28.
Remissiones subditorum delinquentium hodie sunt magis voluntatis, quam necessitatis, et per preces obtinentur. n. 29.
Nulla ciuitas simpliciter ad dedendum delinquentem est obligata, sed vel ad dedendum vel ad puniendum, si puniendus deliquerit, n. 30.
quod etiam ad eos pertinet, qui subditi fuerunt, et post crimen commissum aufugerunt. ibid.
Si ciuitas remissionem delinquentium denegat, contra eam ius retorsionis locum habet. n. 31.
Remissio legatorum et eorum viduarum aliquando est necessitatis. n. 32.
Decisio quæstionis III. n. 33.
Quæstio IV. De eodem argumento. n. 34.
Mutatio domicilii libera est, et sic licentia migrandi pro lubitu singulis permissa. n. 35.
In renunciatione iurium ponderandum est, pro quo ius introductum sit? n. 36.
Exemtio legatorum a foro ordinario non est introducta in fauorem legati, sed mittentis. n. 37.
Iuri publico renunciari nequit. n. 36.
Nemo potest renunciare in præiudicium tertii. n. 38.
Pacta tantum de iis valent, quæ ad rem familiarem singulorum, non quæ ad publicam læsionem pertinent. n 39.
Decisio quæstionis IV. n. 40.

Es sind mir folgende Fragen zu Abstattung eines rechtlichen Gutachtens vorgeleget worden?

Quæstio I.

Wenn ein Königlicher legatus während der Verschickung stirbt, ob dessen Witwe, sonderlich die zugleich eine angebohrne Unterthanin des Königs ist, sonsten ihres und ihres verstorbenen Mannes effecten wenigst so lange unter ihres Königes und Herrn iurisdiction gehöre, bis dieselbe wegen desjenigen, was zu ihres verstorbenen Mannes unter Händen gehabten Sachen und Pappieren gehöret, ihrem König und Herrn Red und Antwort gegeben, alles dem-

demselben ausgeantwortet, und solcherhalb Richtigkeit gemachet?

Rationes dubitandi.

2 Ob wol hiebey eingewandt werden möchte, daß 1) Gesandten und Dero Leute, so lange dieselbe in fremder Potentaten Lande sind, auch deren forum und iurisdiction agnosciren müssen, als welche sich durch das gantze Land und Königreich ausbreitet, cum etiam princeps ipse in alieno territorio priuatus sit

KNICHEN *de iure territ. c. 4. n. 4.*
ARTHVRVS DVCK *de vs. et auct. iur. civ. lib. 2. c. 5. n. 9.*

et sic in alterius territorio forum sortitur, sicut quilibet priuatus.

MOELLER *semestr. lib. 4. c. 20. n. 2.*
RICHARD. ZOVCHEVS *de iur. fec. int. gent. P. 2. sect. 2. q. 6.*

3 Dieserwegen 2) eines Gesandten Frau oder nachgelassene Witwe nichts voraus haben, alenfals aber auch 3) wenn gleich denen Gesandten hiebey ein besonderes Vorrecht gegeben, und von denen Völckern agnosciret worden, dennoch solches nach deren Tode auf ihre nachgelassene Witwe nicht zu extendiren, zumal wenn sie die exemtion von der iurisdiction des Landes, worin sie sich mit ihrem Manne aufhält, bey seinem Leben geniesset, solches nur per consequentiam und wegen des Mannes, cuius priuilegio gaudet, geschiehet, vor sich aber, und ausser diesem respect kein Vorrecht
4 sich anmassen kan; also 4) daraus folgen will, daß nach des Gesandten Tode die Witwe dergleichen exemtion, die ihr Mann als minister publicus genossen, nicht mehr geniessen könne, da bey ihr alle considerationen, welche man sonsten vor einer fremden puissance ministre gehabt, cessiren, sie unter voriger qualité ihres Mannes nicht weiter agnosciret, vielmehr so ferne sie an dem Ort, wo ihr Mann in Gesandtschaft gestorben, verbleibet, sie auch die Landes-iurisdiction agnosciren, und wenn ihres verstorbenen Mannes hoher principal an ihr einige Forderung hat, sie an dem Ort, wo sie voritzo wohnhaft ist, belangen muß; bevorab da 4) einer Witwen auch frey bleibet, ihr forum post obitum mariti zu ändern, und sich von ihres verstorbenen Mannes foro ab unter fremde iurisdiction zu begeben, als welche Freyheit allen gemein ist,

R. I. de anno 1555. §. 24.
BRVNNEM. *ad l. 31. ad munic. n. 2.*

adeo vt etiam invito domino territorii forum mutare, et excedere liceat.

STRYK. *de resignat. iur. ciuit. c. 2. §. 10.*

Rationes decidendi.

5 Dieweil aber dennoch 1) das in ratione dubitandi prima gesetzte principium bey denen wenigsten Höfen und Völckern einen Beyfall findet, im Gegentheil mehr als zu bekant ist, daß man einer fremden puissance Gesandten, qui faciem reipubl. suæ adferunt,

CICERO *in philipp. 8.*

nicht als einen subditum temporarium, sondern 6
vielmehr als eine publicam personam ab omni iurisdictione loci et regni exemtam considerire, und sich freywillig desjenigen Rechts, wovon in rat. dub. prima gedacht, in Ansehen seines hohen principals, dessen minister er ist, begebe, weil sonsten alle commercia inter gentes, quæ per legatos inprimis coluntur, gehemmet werden würden, wenn dieses Vorrecht cessiren solte; vielmehr ausgemachet ist, daß so bald Gesandten unter solcher qualité agnosciret werden, man ihnen auch diese Freyheit und exemtion ipso facto zugestehet, dieserwegen auch 2) communi gentium consen- 7
su angenommen ist, vt legati fictione quadam habeantur pro personis mittentium, imo eadem fictione quasi extra territorium constituti videantur,

GROT. *de I. B. et P. lib. 2. c. 18. §. 4. n. 5.*
HVBER. *de iur. ciuit. lib. 3. sect. 4. c. 2. §. 12.*
HERTIVS *de collis. leg. sect. 4. §. 31.*
KVLPIS. *de iur. legat. c. 21. §. 3.*

welches 3) in Holland durch unterschiedliche de- 8
creta publica von denen Staaten agnosciret und behauptet worden, daß über die Gesandten allein ihren hohen principalen die cognition gebühre,

BYNCKERSHOEK *de foro legat. c. 7.*

und sie daher das priuilegium reuocandi do- 9
mum vor sich iederzeit anführen können, welche immunität 4) nicht allein ihnen selbsten, sondern allen ihren comitibus und domestiquen, vornemlich aber dessen Ehe-Frauen, mit zustehet,

l. 7. D. ad L. Iul. de vi publ.
GENTILIS *de legat. lib. 2. c. 15.*
BYNCKERSHOEK *cit. l. c. 15.*

und dahero dieselbe auch bloß unter ihres Man- 10
nes hohen principalen Bothmäßigkeit verbleiben,

MARSELAER *de legat. lib. 2. diss. 18.*

welches auch so gar 5) die Römer auf ihre le- 11
gatos prouinciales et municipales (mit welchen doch die legati gentium nicht einstens en parallel zu setzen,) extendiret, vt ex delictis in legatione commissis cogantur iudicium Romæ pati, siue ipsi admiserint, siue serui eorum

l. 24. §. 1. de iudic.

ja diese prouinciales legati auch überdem für 12
ihrer Frauen eigene facta stehen und dafür responsable seyn müsten,

l. 4. §. 2. de offic. proc. et leg.

als eine offenbare marque, daß die legati, 13
etiam prouinciales, allein sub iurisdictione eius, a quo mittuntur, mit ihren Ehefrauen verbleiben; welches also um destomehr bey denen legatis gentium statt finden muß, als 6) deren besonderes interesse erfordert, daß, weil sie

sie in deren negotiis gebrauchet werden, sie lediglich mit ihrem Ehegenossen von ihm dependiren, da man überdem wol weiß, daß eine Gesandtinne vielfältig ihres Mannes affairen einzusehen, und davon gute connoissance zu haben, die bequemste Gelegenheit hat, und die publiquen affairen durch sie, wenn sie fremder jurisdiction unterwürfig seyn solte, grossen Anstoß leiden würden, nachdem bey itzigen Zeiten es einem Gesanden frey stehet, seine Ehefrau mit sich zu führen, und ihr alle honneurs einer Gesandtinne an fremde Höfe gegeben werden;

BYNCKERSHOEK *cit. l. c. 15.*

13 in welchem Stande sie auch, 7) wenn ihr Mann in der Gesandtschaft sterben solte, verbleibet, cum vidua forum mariti retineat,

l. 13. C. de dignit.

14 welches bey einer Gesandtinnen um desto mehr statt finden muß, als das besondere interesse ihres hohen principalen, von welchem ihr verstorbener Mann geschicket worden, erfordert, daß sie von ihres Mannes scripturen und Sachen, welche sie in Verwahrung nothwendig nehmen müssen, Red und Antwort gebe, welches nicht anders geschehen kan und mag, als wenn sie bloß unter dessen Bothmäßigkeit verbleibet, ohngeachtet sie noch in demjenigen Lande, wohin ihr Mann verschicket worden, sich aufhält, dahero was in contrarium in ration. dubitandi angeführet, seine application respectu dieser Verbindlichkeit verliehret; übrigens so

15 ferne 8) sie sich der Bothmäßigkeit ihres Mannes hohen principalen entziehen, und als vidua das forum loci agnoscíren, und sich demselben unterwerfen wolte, solches offenbar auf einen dolum hinaus lauffen würde, welches allen Rechten zuwider, und niemand erlaubet ist, malitiose forum mutare,

l. 15. §. pen. ad municip.

vtpote si quis ex abrupto vellet mutare forum, quod sciret, actionem contra se motam esse, vel motum iri,

MANZ. *decis. 18. n. 21.*

STRYK. *de resign. iur. ciuit. c. 4. §. 21.*

10 dergleichen dolum weder das ius naturæ noch gentium approbiret, mithin auch unter denen Völckern bey Gesandtinnen, wenn sie dergleichen zum præiudiz ihres hohen principalen sich unterstehen solten, seine application finden muß;

16 dergestalt, daß gleichwie 9) einem Gesandten nicht frey stehet, sich zum Nachtheil seines hohen principalis einer fremden puissance Bothmäßigkeit sich zu unterwerfen, ehe er dimittiret, und von seiner Gesandtschaft Red und Antwort gegeben, also diese Befugniß dessen hinterlassenen Witwen, welche dessen Papyiere und Urkunden, so zur Gesandtschaft gehören, nothwendig in die Hände bekommen muß, ebenfals nicht zustehen kan, ehe und bevor sie dieserwegen Red und Antwort gegeben, und ex nexu, worin sie dieserwegen propter administrationem rerum mariti stehet, dimittiret worden;

17 deswegen denn auch 10) so gar denen weltlichen, welche rationibus reddendis obnoxii sind, untersaget ist, ihr forum zu ändern und geistlich zu werden, bis sie von ihrer administration Red und Antwort gegeben und völlig dimittiret sind,

l. 1. X. de obligat. ad ratiocin. non ord.

vnde etiam iure ciuili curiæ obnoxius, si forte, vt onus curiale excuteret, clericus fieri 18
desideraret, tenebatur ante omnia bona sua in alium transferre, qui vices suas in publico munere impleret, ne detrimentum inde caperet respublica.

l. 49. l. 99. l. 115. l. 121. et 123. C. Theod. de decur.

Diesemnach 11) solches um destomehr auf eine 19
Witwe eines Gesanden zu appliciren, die bloß, damit sie für ihres Mannes affairen nicht responsabel seyn dürfe, deren sie sich doch theilhaftig gemachet, und nach dessen Tode davon die Urkunden in die Hände bekommen, wenigstens Wissenschaft davon zu haben, höchst verdächtig ist, sich der bisherigen immunität, so sie als Gesandtinne gehabt, begeben, und einer fremden Bothmäßigkeit unterwerfen will, welches das hohe interesse aller Völcker keinesweges zulässet, aus welchem gleichwol alle Gesanden und deren domestiquen ihre exemtion zu geniessen haben, wie bey der letzten Frage noch weiter zu bestärcken ist:

So erhellet hieraus so viel, daß eines in der 20
Gesandtschaft verstorbenen Gesandten Witwe wenigst so lange unter ihres Königs und Herrn jurisdiction gehöre, bis dieselbe wegen desjenigen, was zu ihres Mannes unter-Händen gehabten Sachen und Papieren gehöret, ihrem König und Herrn Red und Antwort gegeben, alles demselben ausgeantwortet, und solcher halb Richtigkeit gemachet.

Quæstio II.

**Ob der König und Herr, Kraft 21
der über selbige in solchen Umständen gleich nach des Mannes Tode noch habenden jurisdiction befugt sey, dieselbe zu sich zu rufen, um über die noch unrichtigen Sachen ihres Mannes, und sonderlich wenn sie in billigem Verdacht ist, davon Theil zu haben, ihrem Herrn selbst Red und Antwort zu geben?**

Rationes dubitandi.

Ob wol es scheinen möchte, als ob dieses 22
dem iuri de non euocando alienos subditos zuwider laufe, absonderlich wenn die Gesandtinne sich der vorigen Bothmäßigkeit los gesaget, und ihr forum bereits verändert hat, vielmehr

mehr alsdann sie zu keiner parition ferner verbunden zu seyn scheinet, cum extra territorium ius dicenti impune non pareatur,

l. f. D. de iurisdict.

ja es alsdann auf eine violationem alienæ iurisdictionis hinaus laufen würde, wenn der vorige König und Herr, von welchem ihr verstorbener Mann abgeschicket worden, über sie ferner einige Bothmäßigkeit sich anmassen, und sie in fremden Landen vor sich citiren wolte.

Rationes decidendi.

23 Dieweil aber dennoch die decision dieser Frage aus der vorigen lediglich dependiret, in welcher ausgeführet worden, daß eines Gesandten Witwe so lange der Bothmäßigkeit ihres Königs und Herrn, von welchem ihr Mann abgesandt worden, unterworfen sey, bis sie von ihres verstorbenen Mannes Sachen und Papieren Red und Antwort gegeben, und keinesweges Macht habe, zu dessen præiuditz und um von diesem nexu los zukommen, ihr forum zu verändern, und sich der rechtmäßigen Bothmäßigkeit ihres Königs und Herrn zu entziehen: dahero dann nothwendig folgen muß, daß weil sie in so weit unter der vorigen iurisdiction verbleibet, ihrem König und Herrn frey stehen muß, sie zu sich zu rufen, und von ihr Red und Antwort von den unrichtigen Sachen ihres Mannes zu fordern, bevorab wenn sie in billigem und gegründeten Verdacht ist, daran Theil zu haben, welches Recht alle Völcker nothwendig derer Gesandten hohen principalen eingeräumet haben müssen, cum qui finem admittit, non possit non admittere media, sine

24 quibus finis obtineri nequit, daher denn nicht gesaget werden mag, daß dieses dem iuri de non euocando alienos subditos zuwider sey, da eines Gesandten Witwe inter alienos subditos nicht zu ziehen, vielmehr unter der iurisdiction ihres Königs und Herrn gedachter massen verbleibet, noch weniger dadurch die iurisdictio alieni territorii violiret wird, so wenig als solche dadurch, wenn ein König seinen Gesandten um solcher Ursache willen zu sich ruffet, einigen Eintrag erleidet, welches auf die Witwe, so lange sie noch in nexu ist, und also nothwendig in vorigem statu verbleiben muß, allenfals zu appliciren, anderergestalt es keinem Gesandten erlaubet und zugelassen werden könte,

25 ihre Gemahlinnen mit sich zu führen, wenn sie nicht nach ihres Mannes Tode von dessen Papieren und Sachen, so sie sich nothwendig anmassen müssen, ihrem König und Herrn, dem sie bishero unterworfen geblieben, Red und Antwort geben solten und müsten, gleichwol da sie nunmehr die Freyheit haben, ihrem Mann in seiner Gesandschaft zu folgen, solches nicht anders als unter solcher Verbindlichkeit verstanden werden mag, unter welcher alle Witwen hoher ministrorum im Lande selbsten stehen, und von ihres Mannes Sachen Red und Antwort zu geben schuldig sind, wenn sie in dergleichen Verdacht, wie vorgemeldet, sind; endlich genug ist, quod viduæ ex ipsa conditione matrimonii vna cum ceteris honoribus cum priuilegiis forum prædefuncti mariti retineant,

SPERELL. *decis. 157. n. 15.*

welches sie zum Nachtheil ihres Königs und 26
Herrn, und gegen die Verbindlichkeit, worin sie nach ihres Mannes Tode stehen bleibet, nicht aufgeben kan, renunciatio enim omnis tum demum iusta est, quando fit rei propriæ spontanea refutatio; quando vero id, quod est proprium, ex aliqua parte tantum tale est, huius refutatio non est sita in mero resignantis arbitrio, sed necessum est, vt accedat consensio eius, cui ex parte illud, quod renunciatur, competit:

FRITSCH *de resign. c. 1. n. 20.*

So ist der König und Herr Kraft der über 27
des verstorbenen Witwen habenden iurisdiction wol befugt, dieselbe zu sich zu rufen, und über die noch unrichtigen Sachen ihres Mannes von ihr Red und Antwort zu fordern.

Quæstio III.

Fals eine solche Witwe das zu thun, und vor ihren König und Herrn sich zu dem Ende zu stellen weigern solte, ob der Herr alsdenn befugt, derselben Auslieferung bey der puissance, **an welche die Schickung geschehen, mit** effect **zu** requiriren, **und ob deren** extradition **mit Recht nicht möge versaget werden?** 28

Rationes dubitandi.

Ob wol sonsten richtig ist, daß wenn die 29
Unterthanen delicto commisso echappiren, und ausser Landes attrapiret werden, deren Auslieferung mehr voluntatis als necessitatis zu achten, vt per preces obtineri debeant remissiones subditorum;

CARPZ. *prax. crim. qu. 110. n. 53.*

diesemnach es scheinen will, als wenn es lediglich auf die Willkühr desjenigen Orts Potentaten, wo eine solche Witwe sich aufhält, ankomme, ob er solche ausliessern oder begehren wolle, daß ihr König und Herr seine Ansprüche daselbst vorbringen, und den Ausspruch der Sache von ihm erwarten solle, cum nulla ciuitas simpliciter ad dedendum sit obligata, sed vel ad dedendum vel puniendum, si dedendus deliquerit, 30

GROT. *de I. B. et P. l. 2. c. 21. §. 4. n. 3.*

id quod etiam ad eos pertinet, qui subditi fuerunt, et post crimen commissum aufugerunt,

IDEM *cit. l. n. 8.*

welches auch auf eine solche Witwe zu appliciren, wenn sie auswertigen Schutz suchen, und daselbst sich richten zu lassen begehren solte.

Ratio-

Rationes decidendi.

32 Weil aber dennoch solches seine gute Richtigkeit hat, wenn Unterthanen echappiren und fremden Schutz begehren solten, zumal wenn alsdann die Auslieferung gesuchet wird, dem fremden Potentaten frey bleibet, ob er die Auslieferung solcher delinquirenden Unterthanen thun, oder sich zur Bestrafung offeriren will; wie wol doch gar selten die Auslieferung pfleget denegiret zu werden, quoniam si remissionem simpliciter denegat ciuitas, contra eam retorsione vtimur;

CARPZ. *cit. l. n. 58.*

Welches aber auf gegenwärtigen casum nicht schlechterdings applicabel ist, angesehen einem Potentaten, dessen delinquirender Unterthan echappiret, mehrentheils nicht viel daran gelegen ist, ob er ausgeliefert, oder in loco deprehensionis gestrafet wird, also die obligatio hier wol disiunctiua seyn kan, wie GROTIVS *cit. l. §. 4. n. 3.* redet; im Gegentheil es eine gantz andere Beschaffenheit hat, wenn ein König und Herr ins besondere dabey interessiret ist, daß ihm sein Unterthan, so sich anderswo aufhält, extradiret werde, als wenn derselbe mit vielen Urkunden, Briefschaften, Berechnungen und andern dem Staat gehörigen Sachen ausgetreten, oder sich sonsten unter fremden Schutz begeben, angesehen es nicht convenable seyn will, in dergleichen Sachen fremde Gerichte richten zu lassen, und denenselben darin die Einsicht zuzulassen, als welche auch über solche das interesse eines auswärtigen Potentaten angehende Anforderung an seinen Unterthanen nicht wohl zu richten begehren können. Dergleichen Bewandniß es auch mit eines Gesandten nachgelassener Witwe hat, welche so lange sie pro subdita mittentis noch zu halten, und von denen Papieren und Sachen ihres verstorbenen Mannes Red und Antwort geben muß, billig sich stellen oder ausgeliefert werden muß: bevorab da eine iede puissance in solchem casu sehr erhebliche Ursache hat, niemand anders die cognition darüber zuzulassen, was in seines verstorbenen Gesandten affaire, gelaufen, da sonsten ein Gesandter, wenn er abtrünnig werden und einer fremden republic Schutz suchen solte, eben dergleichen cautel sich bedienen, und von der Auslieferung sich losmachen könte, welches aber allen puissancen zum höchsten præiuditz gereichen und üble suiten nach sich ziehen würde; übrigens dieses nicht eben bey einem Gesandten so leicht zu befürchten, im Gegentheil bey einer Witwen mehr difficultäten machen kan, wenn super statu eius dubia entspringen solten, welche doch in quæst. prima abgethan, und daher wol ausgemachet bleibt, daß, wenn sie, wie erwiesen, pro subdita noch zu achten, alsdann die Auslieferung nicht fehlen werde, weil sonsten auf den Verweigerungs-Fall eine fremde puissance sich aller derer Ansprüche an einem Gesandten und dessen Witwen theilhaftig machen würde, welche derselben König und Herr an ihnen als seinen Unterthanen mit Recht formiren kan, welches GROTIVS *cit. l. §. 7. n. 1.* gar schön nennet: a subditis aut veteribus ADVENIS culpa in rectores transit:

So erhellet hieraus so viel, daß obbesagte 33
Auslieferung mit Recht nicht verwegert werden könne.

Quæstio IV.

Wie lange eigentlich eines bey einer andern puissance **sterbenden Königlichen Gesandten Witwe unter ihres Herrn** jurisdiction **an dem Ort, wo sie mit ihrem Mann in Gesandtschaft gewesen verbleibe? Ob solches nicht wenigstens** durante anno luctus **zu statuiren? Oder wenigstens so lange wahr bleibet, bis sie von ihres Mannes Sachen Red und Antwort gegeben, und sich** iustificiret? 34

Rationes dubitandi.

Ob wol einer Witwen in Rechten keine Zeit 35
vorgeschrieben, wie lange sie in domicilio et foro mariti verbleiben müsse, sondern sie darunter so lange verbleibet, als es ihre convenientz erleidet, übrigens sie nicht daran præcise verbunden, sondern ihr frey bleibet, ihres Mannes domicilium zu ändern wenn sie will, und sich unter ein ander forum zu begeben, cum mutatio domicilii sit libera et sic licentia migrandi pro lubitu singulis permissa. Qui enim ciuitati sese adiungit, ille cura sui ac rerum suarum haut quicquam se abdicat, sed id potius agit, vt insigne sibi firmamentum circumponat. Quia autem sæpe contingit, vt publicum regimen priuatis alicuius rationibus parum expediat, aut alibi commodius iisdem queat prospici: et vero postulari nequit, vt ad vnius aut paucorum libitum respublica reformetur, proximum erit, vt ipsis sit concessum per migrationem rebus suis consulere,

PVFENDORFF *de iure N. et G. l. 8. c. 11. §. 2.*

welches nach den gemeinen Rechten gantz conform ist,

l. 5. l. 12. pr. de capt. et postlim.

STRYK *de resign. iur. ciuit. c. 2. §. 3. sqq.*

und nicht zu befinden, daß wegen des anni luctus einer Witwen verboten seyn solte, ihr domicilium zu verändern, als wodurch sie ihren verstorbenen Mann nicht beschimpfet noch etwas thut, so denen legibus entgegen ist:

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch es allhier bey dergleichen vorzunehmenden Veränderung auf eine 36

renunciationem iuris hinaus lauffet, bey derselben aber bekanter massen es darauf ankomt, vtrum ius, de quo quæritur, introductum sit primario pro ipso renunciante, an minus? priori quidem casu renunciatio libera est, non æque posteriori, cum iuri publico, quod in fauorem renunciantis primario non est introductum, renunciari nequeat,

l. 38. de pactis.

37 Diesemnach bey dieser Veränderung zuforderst zu bemercken, daß die exemtion derer Gesandten und ihrer Gemahlinnen a iurisdictione loci, vbi degunt, ein solches Vorrecht ist, welches iure gentium ihnen nicht wegen ihrer Person, sondern allein in regard des mittentis concediret ist, dieweil sie als dessen ministri publici bey fremden puissancen negotiren, und dessen Person vertreten, also wegen solcher qualität, und in regard ihres Königs und Herrn, von niemand anders als von ihm dependiren müssen; dergestalt, daß, wenn ein Gesandter mit seiner Familie sich solches Vorrechts begeben und freywillig der iurisdiction einer fremdem puissance, inscio et inuito domino, sich unterwerfen würde, solches als ungültig und unkräftig geachtet werden müsse, cum non de præiudicio legati, sed mittentis, in tali renunciatione agatur, welches mit eben derselben raison auf dessen hinterlassene Witwe, so lange sie alle ihres Mannes zu der Gesandtschaft gehörige Sachen und Pappieren gehörig nicht ausgeantwortet, und über alles, was dazu gehöret, Red und Antwort gegeben, und sich, was ihr darunter verdächtiges und untreues gegen ihren Herrn und König zur Last geleget wird, iustificiret,

38 zu appliciren; angesehen ob gleich ihr Mann verstorben, und sie a lege matrimonii dadurch frey worden, sie dennoch zum höchsten Nachtheil ihres Herrn ihr forum nicht verändern, und sich dadurch per indirectum von der auf sie liegenden Verantwortung los machen kan, welches auch die gesunde Vernunft lehret, und will, quod nemo possit remittere ius in præiudicium tertii, atque adeo renunciatio in tertii iacturam facta nulla est,

CALERAT *de renunc. lib. I. c. n. 2. seq.*

neque enim priuatis pactionibus læditur ius tertii, maxime publicum, quod non est in potestate pacisentis,

l. 3. pr. de transact.

l. 42. de pact.

et in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri et pacisci haud permittunt iura,

l. f. in f. C. de pact.

Welches hier sich wol appliciren lässet, indem 39
eines Gesandten Witwe noch nicht ihr eigen ist und lediglich von sich dependiret, sondern ihres Königs und Herrn Befehlen so lange noch unterworfen bleibet, bis sie von allen ihres Mannes Sachen und Pappieren, so sie nach dessen Tode an sich genommen, Red und Antwort gegeben, als wozu sie ex natura rei verbunden und deswegen mit ihrem verstorbenen Manne unter ihres Herrn und Königs Bothmäßigkeit geblieben, da sonst ihre Veränderung des domicilii zum höchsten præiuditz ihres Königs und Herrn gereichen, und sie davon, was nicht in ihren Mächten gestanden, disponiren würde; iam autem dispositiones tantum in iis valent, quæ ad rem familiarem singulorum, non quæ ad PVBLICAM LAESIONEM pertinent.

l. 7. §. 14. in f. de pact.

Diesemnach aller hohen Puissancen interesse darunter verfiret, daß Gesandten Witwen dergleichen Veränderungen und mutationem fori eigenthätiger Weise nicht vornehmen, so lange noch einiger Anspruch an ihnen von ihrem Herrn übrig ist, dergestalt, daß man nicht einsten nöthig hat, hier auf den annum luctus zu sehen, da diese obligatio auch post annum luctus verbleibet, bis sie sich erst von aller Verantwortung los gemachet:

So erhellet hieraus so viel, daß eines Ge- 40
sandten Witwe so lange, bis sie ihrem König und Herrn alle ihres Mannes zu der Gesandtschaft gehörige Sachen und Pappiere gehörig ausgeantwortet und davon Red und Antwort gegeben, auch sich völlig iustificiret, unter dessen iurisdiction und Bothmäßigkeit verbleibe. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE DECEMBR. MDCCXXX.

RESPONSVM CXXXIX.

THEMA.

De remedio reuisionis in summis iudiciis imperiis.

De hoc argumento vide Responsum iuris ecclesiast. III.

RESPON-

RESPONSVM CXL.

THEMATA.

I. *De causa debendi in libello clare exprimenda.*

II. De dote filiarum principum apanagiatorum a statibus prouincialibus prætensa.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio. n. 1. 2.
Libellus breuis et clarus esse debet, n. 3.
et compendiosa narratione causas prouocationis explanare; n. 4.
Subsistit tamen, si natura et genus actionis inde colligi queat, n. 5. 31.
et iudex intelligere possit, qualem sententiam proferre debeat. n. 6.
Num sufficiat, causam debendi implicite libello inesse? n. 7.
Iure Romano obligatio ad dotandas filias ex lege derivanda est. n. 8.
Officium dotandi filias principis apanagiati ex moribus ad principem regentem, tanquam caput familiæ, refertur, ne maneant indotatae: n. 9.
sed sine fundamento. n. 34
Causa dotis causæ alimentorum æquiparatur. n. 10.
Vt iudicium valeat, contradictor iustus esse debet, qualis est is, cuius principaliter in ea causa interest. n. 11.
Debita fisci a debitis prouinciæ admodum differunt: n. 12. 13.
Distinctio tamen hæc in Germania applicari nequit. n. 37.
Reo captiose ulius non est adiungendus. n. 14. 39.
Quale sit fundamentum libelli in actione personali? n. 16.
Reus non tenetur respondere libello in actione personali, nisi causa debendi expressa sit. n. 17. 18. 32.
Obligatio ad dotandum ultragenitorum filias iure communi non est fundata, n. 19.
nec iure Germanico, quo maritus vxori dotam constituebat: n. 20.
Nisi pactis domus vel particulari consuetudine aliud sit statutum. n. 21.
Instrumentum, ex quo agitur, reo cum libello est edendum. n. 22.
Quomodo in conditione ex moribus libellus sit formandus? n. 23.
Ius tributa indicendi subditosque collectandi principi competit, adhibito tamen vtplurimum statuum prouincialium consensu. n. 24. 38.
Adeoque is principaliter præcauere debet, ne subditi nouis et extraordinariis collectis onerentur. n. 25. 36.
Apanagii apanagium peti nequit. n. 26.
Statibus prouincialibus ius priuatiuum circa collectas, excluso principe regente, capitulationibus cæsareis denegatur. n. 27. 37.
Princeps coram proprio regimine conueniri nequit. n. 28.
Indiuiduitas causæ diuersa fora excludit, n. 29.
et operatur, vt coram omnium supremo iudice causa peragatur. n. 30.
Alimentatio filiarum principum apanagiatorum ex apanagio fieri debet. n. 35.
Decisio. n. 40.

1 Die mir zugeschickte facti species verhält sich folgender Gestalt:

Es hat ein gewisser apanagirter Fürst eines hohen Fürstlichen Hauses in Teutschland wider seines Vettern, des regierenden Fürsten, Landschaft vor des Landes ordentliche Regierung Klage dahin erhoben, daß, weil er seine älteste Printzeßin Tochter Durchl. an einen gewissen Fürsten vermählet, mehrgemeldte Landschaft seiner vermehlten Frau Tochter das hergebrachte quantum der Fräulein Steuer von 20000 Thlr. cum interesse moræ abzutragen möchte angehalten werden. Weil man nun von Seiten der Landschaft Willens ist, ad litis ingressum impediendum sich der exceptionis non competentis actionis zu bedienen, und solche darauf zu gründen, daß weder nach gemeinen inter illustres üblichen Teutschen Rechten, noch ex speciali consuetudine des Fürstenthums dergleichen dotation für apanagirter Herren des Fürstlichen Hauses Printzeßinnen Töchter ex loculis subditorum gefordert werden mögen, dabey aber auch nöthig befunden, ausser obbemeldter peremtoria auch einige exceptiones dilatorias der Klage entgegen zu setzen, als 1) incerti libelli, und 2) non adcitati principalis interessentis, des gegenwärtigen regierenden Landes-Herrn, daneben auch zugleich euentualiter litem zu contestiren, so ist hiebey gefraget worden:

Quæstio.

2 **Ob bey denen angeregten dilatoriis samt und sonders einiges Bedencken zu finden, daß solche der Klage nicht entgegen zu stellen?**

Rationes dubitandi.

3 So viel nun diese Frage betrift, ob gleich 1) der beygefügte libell deutlich kurtz und nervos eingerichtet zu seyn scheinen und daraus erfolgen will, daß alle Behutsamkeit dabey gebrauchet, und denen Rechten gemäß derselbe eingerichtet sey,

R. I. de anno 1654. §. 34.

4 bevorab da das factum compendiose darin enthalten und mit einem förmlichen petito versehen ist, cum sufficiat, sola hæc libellis inscribere, quæ compendiosa narratione causas prouocationis possint explanare;

l. vlt. §. 1. C. de appell.

5 Ausserdem 2) aus demselben so fort das genus actionis erhellen und klar seyn möchte, daß alhier keine andere als actio personalis angestellet, und der libell in obligatione statuum prouincialium sich gründet, als welches die Worte anzeigen:

> Wann nun aber der gedachten löblichen Landschaft Pflicht erfordert, die Prinzessinnen ihrer nachgebornen Fürsten zu dotiren,

indem kein anderer Verstand von dem Wort **Pflicht**, als daß iemand zu etwas verbunden sey, in gemeiner Redensart anzutreffen, und wenn solches für eine Beyzugniß in actione reali genommen wird, solches mehr in sensu improprio geschiehet, sublistit autem libellus, si ita factum propositum, vt natura et genus actionis inde colligi queat;

l. 2. C. de formul. et impetr. subl. ibique BRVNNEM.

CARPZ. *P. I. C. 2. def. 13.*

6 welches 3) noch deutlicher durch das petitum erkläret wird, als welches formaliter, wie in actionibus personalibus nöthig, eingerichtet:

> Daß mehr erwehnte löbliche Landschaft ꝛc. das hergebrachte quantum der Fräulein-Steuer von 20000 Thlr. cum interesse moræ abzutragen schuldig sey,

welches auf keine actionem realem quadriret, und dahero alle dagegen gemachte dubia von selbsten hinwegfallen, cum ex hac conclusione iudex scire et intelligere queat, qualem sententiam proferre debeat condemnatoriam;

MEV. *p. 8. dec. 134.*

7 Der vornehmste Mangel aber 4) so man an dem libello aussetzet, daß die causa specialis debendi alhier nicht exprimiret sey, dadurch gehoben werden möchte, daß solche implicite ausgedrucket sey, und aus dem petito selbsten gar leicht ermessen werden möchte; anerwogen darin specifice der hergebrachten 20000 Thlr. Fräulein-Steuer gedacht, und dadurch angezeiget wird, daß diese obligatio der Landschaft in consuetudine vel moribus bestehe, und also keine andere als condictio ex moribus angestellet, und ein richtiger Grund der Klage hier vorhanden sey; zumal auch 5) selbsten nach denen Römischen Rechten ad dotandas filias die obligatio ex lege lediglich herzu leiten, 8

l. 69. §. 4. de iur. dot. l. 19. D. de R. N. l. f. C. de dot. promiss.

und die mehresten interpretes iuris, welche einem regierenden Landes-Herrn oder dessen Landschaft diese Obliegenheit aufbürden, in denen allgemeinen Teutschen Gesetzen und Gewohnheiten sich gründen, und solches expresse ad officium principis regentis um deswillen referiren, quod, cum apanagiati territorio destituantur, hoc officium ex moribus ad principem regentem, tanquam caput familiæ, pertineat, ne maneant indotatæ. 9

COEPPEN *qu. 32. n. 4. 8. 17.*

SPRINGSFELD *de apanag. c. II. n. 271.*

LEISER *de apanag. §. 51.*

Hierüber 6) die causa dotis als eine causa alimentorum zu achten, welche ebenfalls ihre Verbindlichkeit unmittelbar aus denen Gesetzen hernimmt, und dahero bey solchen Umständen die incertitudo libelli gäntzlich wegfallen will; hiernechst 7) die exceptio non adcitati principis regentis bloß zum Aufenthalt der Sachen angesehen zu seyn scheinet, da es alhier vornemlich auf die Landschaft ankommt, als welche deren nachgebornen Prinzessinnen dieses debitum iuris denegiret, und wol nicht zu vermuthen stehet, daß der regierende Landes-Herr denen Prinzessinnen vom Fürstlichen Hause die gebührende Ausstattung streitig machen solte, wie denn allein der Landschaft im libell gedacht wird, so sich dieser prætension widersetzet, und dahero pro iusto contradictore allein zu halten, welcher in Anspruch zu nehmen ist, 10 11

arg. l. 3. de collus. detec.

vt enim iudicium valeat, contradictor iustus esse debet, qualis est is, cuius principaliter in ea causa interest;

l. 1. C. de ingen. manumiss.

l. vlt. C. de edict. D. HADR. *toll.*

Daß aber 8) principaliter hiebey die Landschaft interessiret sey, und dahero diese Sache ausmachen muß, daraus erhellen will, daß diese dotatio als ein onus prouinciæ anzusehen, jene aber das Land repræsentiren, und aus dessen Revenüen die Fräulein-Steuer aufgebracht werden muß, der fiscus principis aber damit gar nichts zu thun, noch dabey einiges interesse hat, magna enim diuersitas inter debita fisci, et populi, seu prouinciæ, constituenda, nec proprie, quod huc spectat, ad ius fisci principis trahendum; 12

arg. l. 2. §. 4. et 5. D. ne quid in loc. publ.

wie denn die Landschaft für Bezahlung der Landes-Schulden vornehmlich zu sorgen hat, und solche

che aus der Landschafts-Casse bezahlen muß, dergestalt, daß 9) es scheinen will, als wenn die Landschaft hier allein des debitoris Stelle vertreten, und diese Sache allein mit der nachgebornen Printzen Töchtern ausmachen müsse, ob solche aus der Landschafts-Casse zu dotiren oder nicht, indem dieses debitum allein vom Lande, nicht aber von dem Landes-Regenten und dessen Revenüen gefordert wird; und ob gleich 10) das hohe Steuer-regale dabey mit vorkommen möchte, dennoch solches nur secundario hiebey einzuschlagen, primario aber auf die quæstionem præjudicialem alles anzukommen scheinet, ob die quæst. dotatio ein Landes-onus sey? welche allein die Landschaft auszumachen, keinesweges aber 11) zu verstatten, vt alius adiungatur reo captiose, quod tunc noua difficultas ratione fori emergat.

CARPZ. *lib. 2 resp. 17.*

Endlich 12) es auch bedencklich seyn möchte, dem regierenden Landes-Herrn in diese Streit-Sache mit zu mellren, als welcher ohne Zweifel wegen der nahen Anverwandschaft und andern Absichten lieber davon abstrahiren, als sich dabey opponiren wird, auch demselben nicht zu verdencken stehet, daß er diese Sache der Landschaft allein überlasse, weil vielleicht der besondere egard für seines Fürstlichen Hauses Printzessinnen Töchter nicht verstatten will, daß er diesen Proceß mit übernehme, vielmehr 13) zu befürchten, daß, wenn nach der Landschaft intention er adciriret werden solte, er diese Sache als eine Landschafts-Sache ansehen und von sich declriniren werde:

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) man zwar gerne zugiebet, auch der gantze context und das petitum libelli es giebet, daß illustrissimus actor actionem personalem ad dotandum angestellet, da er das fundamentum agendi so wol in einer Pflicht, als das petitum auf die Erkennung der Schuldigkeit der Landschaft gesetzet, zumal auch bey denen Römern die formula actionis personalis: dari sibi oportere, solches klärlich angezeiget,

§. 3. I. de except. §. 34. de action. l. 93. §. 1. de solut. l. 103. de verb. oblig.

BRISSON *de formul. lib. V. c. 12.*

man also dieses gar wol pro fundamento actionis allein annehmen kan; gleichwol 2) dabey bekant und in denen Rechten ausgemachet ist, quod reus non teneatur respondere libello in actione personali, nisi causa debendi, seu quare pecunia debeatur, libello expressa sit, wie mit klaren Worten decidiret ist

in c. vlt. X. de libell. oblat.

nam, causa debendi in libello non expressa, reus non potest deliberare, vtrum cedere an contendere debeat,

GILKEN. *ad l. 3. C. de edend. n. 60.*
GONZALEZ *ad cit. c. vlt. n. 1.*

adeoque libellus pro inepto declaratur, atque reuicitur.

ZANGER *de except. P. 2. c. 14. n. 11 sqq.*
CARPZ. *in proc. tit. 6. art. 1. n. 93.*

Neque enim in actione personali sufficit dicere, reum sibi esse obligatum, sed addi debet etiam causa propinqua seu specialis, propter quam reus obligatus sit,

GAIL *l. obs. 61. n. 5.*

atque in hoc actiones in personam ab actionibus in rem differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequantur, nec vlla earum alterius petitione vitietur, quæ proinde specifice exprimenda;

l. 14. §. 2. D. de act. emt. vend.

Quamdiu ergo reus dubius est, ex qua causa agatur, deliberare quoque nequit, vtrum cedere an contendere malit;

HILTROP *in proc. iudic. P. 2. tit. 9. rubr. de libell. oblat. n. 21.*

welches alles doch 3) hier in der Klage hindangesetzet, als in welcher bloß die obligatio schlechtweg pro fundamento angenommen ist in verbis:

Wann nun der gedachten löblichen Landschaft Pflicht erfordert, die Printzeßinnen ihrer nachgebohrnen Fürsten zu dotiren, hierzu aber dieselbe unter einem unerfindlichen Vorgeben, als wenn sie dazu nicht gehalten sey, ob das Gegentheil gleich am Tage lieget, in Güte sich nicht verstehen wollen, des Herrn N. N. Fürsten zu N. aber von Dero gegründeten, wider die Landschaft in hoc puncto habenden Forderung abzugehen, im geringsten nicht gemeinet sind ꝛc.

welche Worte überhaupt die Klage in einer Pflicht der Landschaft, und in des Herrn N. N. Fürsten zu N. gegründeten Forderung, hoc est in iure ad rem et obligatione gründen, dergleichen generaler Ausdruck denen Rechten nach, absonderlich aber in dieser Sache, um deswegen bestehen kan, als 4) diese prætendirte obligatio ad dotandum vitragenitorum filias in gemeinen Rechten nicht gegründet, als welches nur dem Vater in regard seiner Tochter diese Pflicht auflieget, keineswegs aber Brüder und Vettern darzu verbindet, nach denen Teutschen Rechten auch kein zureichender Grund anzutreffen, da nach diesen der Ehemann die Frau versorgen, und ihr einen dotem geben muß;

TACITVS *de mor. Germ. c. 18.*
GVNDLING *de Henrico aucupe p. 41.*

dahero noch im XIV. seculo als etwas gantz ungewöhnliches in dem Hoch-Fürstlich Braunschweigischen Hause angesehen ist, daß Hertzog MAGNVS TORQVATVS einen grossen Brautschatz an Gelde mitgegeben,

LEIBNIT. *tom. III. script. Brunsuic. p. 210.*

welches endlich bey einem Vater gegen seine Tochter noch mehrern Grund gehabt, aber re-

spectu der apanagirten Fürsten Printzeßinnen Töchter auch nicht einsten nach denen Römischen Rechten behauptet werden mag; Dieser-
21 wegen 5) wenn der Landschaft diese exorbitante und weitaussehende Verbindlichkeit aufgeleget werden solte oder könte, solche entweder in denen Verträgen und pactis domus, oder in particulari consuetudine gegründet seyn, und dem zufolge das fundamentum speciale obli-
22 gandi ausgedrücket werden müste; zumal 6) im ersten Fall die actio personalis ex pactis anzustellen, und bey dem libell dieselbe wenigstens in copia beyzufügen gewesen, als welche ein Kläger nach denen bekanten Rechten, nebst der Klage dem Beklagten mit zu ediren verbunden,

l. 1. §. 3. D. de edendo.

welches auch im jüngern Reichs-Abschiede bestätiget ist,

R. I. de anno 1654. §. 34. in f.

zumalen ohne dieselbe der Beklagte sich nicht determiniren kan, ob er sich einlassen, oder lieber nachgeben wolle; im andern Fall aber,
23 wenn diese Pflicht ex consuetudine domus, oder gar Germaniæ vniuersali hergeleitet werden sollen, dergestalt, daß condictio ex moribus angestellet worden, solches ebenfals exprimiret werden müssen, damit die beklagte Landschaft sofort exceptionem non fundatæ intentionis opponiren, und ohne eintzigen Umschweif zeigen können, daß weder in allgemeinen Teutschen Gewohnheiten solche Pflicht gegründet, noch bey dem Hoch-Fürstlichen Hause N. N. solche en particulier anzutreffen, so aber fürtzo unmöglich ist, da Beklagte nicht wissen können, wo ihre Pflicht herrühren solte, mithin derselben nicht zu verdencken, wenn sie sich auf eine solche gar zu generale und ungewisse
24 Klage einzulassen anstehet; hiernächst 7) bey der exceptione non citati principis regentis die Landschaft ebenfals fundiret ist, allermassen, wenn die Fräulein-Steuer derer nachgebohrnen Fürsten Printzeßinnen Töchter gezahlet werden müste, solches aus denen Landes-Steuren aufgebracht, und ex loculis subditorum zu bezahlen seyn würde, bey dessen exercitio und Gebrauch der Landes-Herr vi superioritatis territorialis die Haupt- und principal-Person und also am meisten interessiret ist, vtpote cui ius tributa indicendi subditosque collectandi competit, adhibito tamen vtplurimum statuum prouincialium consensu,

HERT. *de super. territor. §. 40.*

quod ea de causa regalibus etiam in legibus imperii annumeratur,

Capit. Carol. art. 19. ibi: in Sachen hoher Landes-Fürstlichen Obrigkeit und Regalien als *in specie iuris collectarum.*

25 bey welcher Beschaffenheit 8) der Landes-Herr primario das ius contradicendi hat, und also legitimus contradictor, mit nichten aber allein die Landschaft ist, als welcher billig verhülten muß, daß das Land mit neuen und ungewöhnlichen collectis und oneribus nicht beschweret, vielmehr die Unterthanen conserviret werden, als worin die grösseste Macht eines Landes bestehet, da im Gegentheil die enervirung derer Unterthanen dem Landes-Herrn den grössesten Schaden bringet. Also über alles, was aus diesem regali collectarum herfliesset, wohin die Fräulein-Steuer vornehmlich gehöret, zuforderst der Landes-Herr gehöret werden muß, bevor-26 ab da rühmliche Exempel vorhanden, daß grosse Reichs-Fürsten ihre eigene Printzeßinnen Töchter lieber aus ihrem Schatz aussteuren, als die Unterthanen mit solcher ausserordentlichen Steuer beschweren wollen, da doch wegen solcher Printzeßinnen Töchter noch ehender dieses debitum, als von nachgebohrner Fürsten Töchtern vom Lande gefordert werden möchte, als welche letztere den Landes-Herrn nicht weiter angehen, sonsten es das Ansehen gewinnen will, als wenn man apanagii apanagium constituiren und begehren wolte, so keinen Grund hat;

SPRINGSFELD *de apanag. c. XI. §. 22.*

hierüber wenn 9) die Landschaft allein dafür re-27 sponsabel seyn, und belanget werden könte, es das Ansehen gewinnen würde, als wenn dieselbe die disposition über die Landes-Steuren alleine hätten und den Landes-Herrn davon ausschliessen könten, welches doch wider die Verfassung derer Reichs-Lande ist, dahero denn auch S. Kayserliche Majestät in Dero Wahlcapitulation dahin sich verbunden, daß allerhöchst-Dieselbe nicht gut heissen noch zugeben wolten, daß die Land-Stände die disposition über die Land-Steuer, deren Empfang, Ausgab und Rechnungs-recessirung, NB. mit Ausschliessung des Landes-Herrn priuatim vor- und an sich ziehen, oder in dergleichen und andern Sachen, NB. ohne der Landes-Fürsten Vorwissen und Bewilligung conventen anstellen und halten ꝛc.

art. XV. capitul. Caroli VI.

Welche deutliche Verordnung die gedachte exceptionem non citati principis regentis offenbar fundiret, und die Landschaft verbindet, daß sie diese exception nicht hindansetzen, sondern derselben fest inhæriren müssen, zumal auch daraus zu ersehen, daß die Landschaft die Ausgabe der Land-Steuer mit Ausschliessung des Landes-Herrn nicht allein an und vor sich ziehen könne, welches 10) doch geschehen würde, wenn die Landschaft sich auf die Klage allein einlassen, und die Fräulein-Steuer, wenn wieder Verhoffen eine condemnatoria erfolgen solte, aus denen Land-Steuren bezahlen solte; woraus denn aber 11) noch eine neue exception, 28 nemlich fori incompetentis, fliesset, allermassen die Klage vor der ordentlichen Landes-Regierung erhoben, welches nunmehro nicht angehen kan, da der Landes-Herr selbsten mit belanget werden muß, als welcher vor seiner Landes-Regierung zu stehen nicht schuldig ist,

COTHMAN *vol. III. conf. 35. n. 269 sqq.*

vielmehr da nunmehro zwey Beklagte, welche 29 diversis foris subiecti sind, vorhanden, und die

die indiuiduitas causæ nicht leidet, daß solche getheilet werde,

l. 10. C. de iudic.

30 die Rechte wollen, vt coram omnium supremo iudice causa peragatur, mithin ad fora imperii, in causis statuum vsitata, diese Sache gezogen werden muß.

l. 1. l. 2. D. de quib. reb. ad eund. iud. eat.
CARPZ. *de proc. tit. 3. art. 5. n. 16 sqq. et n. 33. sqq.*
VVLTEIVS *de iudic. tib. 1. lit. 4. n. 222.*

31 Dargegen 12) dann die rationes dubitandi nichts verfangen wollen, zumal ad 1) nicht genug ist, daß das factum neruose und deutlich in der Klage angeführet ist, wenn man die causam petendi daraus nicht wahrnehmen kan, als welches zuforderst bey einer wohl eingerichteten actione personali nöthig ist, wie vorhin dargethan, ohne welche ad 2) man das genus actionis specificum nicht wissen noch errathen kan; zumal nicht genug ist, daß man aus der Klage erkenne, daß actio personalis angestellet sey, wenn man nicht zugleich daraus abnehmen kan, quænam actio personalis sit instituta, da ohne diese Wissenschaft die Beklagte sich nicht determiniren können, vtrum cedere an contendere malint, wozu eben die expressio causæ debendi nöthig ist; mithin ad 3) auch

32 das petitum nicht zureichend ist, als welches ex causæ debendi expressione erkläret und erläutert werden muß, so aber hier gänzlich ermangelt, mithin wenig zur Sache thut, daß sich das petitum auf keine realem quadriret, da es sich auch auf keine personalem, non expressa causa debendi, quadriret, vielmehr die Beklagte sich darauf einzulassen nicht schuldig sind,

c. f. X. de libell. oblat.

auch kein iudex, qualem sententiam in hac incertitudine ferre debeat, daraus erkennen wird, als welche sine fundamento certo iuris, quod in causa debendi consistit, ohnmöglich gefället werden kan, ausser daß bey solchen Umständen er wohl siehet, daß er die Landschaft ab instantia absolviren und sprechen müsse:

Daß die Klage, inmassen sie angebracht, nicht statt findet.

33 Wie dann ad 4) in ration. decidendi tertia mit mehrern dargethan, daß nur generaliter der Grund der Klage in iure ad rem et obligatione, nach denen daselbsten angeführten Worten der Klage, gesetzet, ja die Pflicht der Landschaft gegen die angeführten Rechte in notoriete durch diese Worte constituiret sey:

Ob das Gegentheil gleich am hellen Tage lieget,

dergleichen Bestimmung einer Pflicht und Schuldigkeit etwas unerhörtes ist, noch weniger aber die causa debendi aus den Worten des petiti libelli:

Das hergebrachte quantum der Fräulein-Steuer von 20000 Thlr.

zuerkennen ist, da ein anders ist: ob das quantum der Fräulein-Steuer von 20000 Thlr. hergebracht sey, ein anders aber: ob die Fräulein-Steuer selbsten bey derer nachgebornen Fürsten Prinzessinnen Töchter hergebracht sey, oder in der Landes-Gewohnheit sich gründe? Weil die causa debendi von der quantitate debiti toto cælo unterschieden, und diese ex consuetudine in dotandis filiabus illustribus herrühret, jene aber bey apanagiatorum filiabus in pactis domus vel alio iure speciali sich gründen kan, woferne sich dazu ein zurejechender Grund finden will, als welcher so wenig in notorietate als in iure communi siue Romano siue Germanico einigen Grund hat, welches ad 5) zu erinnern, und dessen Gegentheil nicht mit 34
denen blossen assertis einiger interpretum iuris zu behaupten stehet, da viele Fürstliche Häuser diese prætendirte Pflicht nicht agnosciren, auch dazu eine gegründete Ursache fehlet, wie schon andere ICti mit mehrern dargethan,

consil. Hallenf. tom. II. lib. 2. conf. 93.

dergestalt daß die Exempel, so im Gegentheil angeführet werden, fast durchgehends sich auf pacta domus und particularia instituta gründen, welche keine Verbindlichkeit bey andern Fürstlichen Häusern operiren kan; ad 6) aber 35
bekant ist, daß die alimentatio der apanagirten Prinzessinnen Töchter ex apanagio erfolgen muß, und ihnen kein neues apanagium constituiret werden kan, da sonsten die apanagia unendlich werden würden,

cit. consil. Hall. n. 67.

wiewol auch ab alimentis ad dotem kein bündiger Schluß zu machen ist; so viel aber ad 7) 36
die exceptionem non adcitati principis regentis betrift, dieselbe dergestalt fundiret ist, daß die Landschaft davon nicht abgehen kan, da, wie mit mehrern gezeiget ist, es nicht auf die Landschaft allein, sondern auf den Landes-Herrn vornemlich ankommet, ob von denen Land-Steuren diese Abgabe zu thun, und die Landes-Unterthanen mit diesem ungewöhnlichen onere zu belästigen seyn? und ob gleich die Landschaft dieser prætension nach den Worten der Klage sich widersetzet, dennoch nicht daraus folgen will, daß der regierende Landes-Herr damit zu frieden sey, und diese Forderung nicht bestreite, vielmehr das Gegentheil daraus zu præsumiren, daß kein Landes-Herr leicht ein neues onus sich und seinem Lande aufbürden werde, vielmehr allem Ansehen nach man bloß die Landschaft allein pro legitimo contradictore angenommen, und den regierenden Landes-Herrn ex lite gelassen, damit der Herr Kläger die Klage bey der ordentlichen Landes-Regierung anstellen möchte. Dahero da ad 8) offenbar 37
irrig ist, als wenn die Landschaft hierbey allein und privative interessiret sey, dessen Gegentheil die Wahl-capitulario art. XV. klar vor Augen leget, und die differentiam iuris Romani inter res populi et fisci auf die Lande und Fürstenthümer in Teutschland nicht admittiren noch zulassen will; noch weniger aber ad 9) einzuräumen ist, daß der regierende Landes-Herr bey dieser geforderten Fräulein-Steuer

nicht

nicht mit pro debitore anzusehen, allermassen die disposition von den Land-Steuren ja der
38 Landschaft nicht privative zustehet, und das regale collectarum zur Landes-Hoheit gehöret, mithin vornehmlich der Landes-Herr hierbey als principalis debitor anzusehen, ohngeachtet solches aus seinen besondern Revenüen nicht abgetragen werden darf; und wenn ad 10) die quæstionirte dotatio ein Landes-onus seyn soll, solches nothwendig zugleich mit dem Landes-Herrn auszumachen, und er darüber zu hören ist, als welcher ja als Regente dem Lande
39 vorstehet, und ad 11) gantz unerfindlich ist, daß die Landschaft sich captiose nach dem Landes-Herrn adiungiren wollen, als welches sie gestalten Sachen nachthun müssen, damit es nicht das Ansehen gewinnen möge, als wenn sie privative, mit Ausschliessung des Landes-Herrn, gegen die Kayserliche Wahl-capitulation, von denen Land-Steuren zu disponiren sich anmassen wolten; dabey denn ad 12) erst zu erwarten stehen wird, ob der Landes-Herr, wenn er zuvor legitime adcitiret ist, der Landschaft diese Sache für sich auszumachen überlassen werde, welches wol schwerlich bey denen wichtigen Ursachen, aus welchen derselbe ein ius contradicendi hat, zu vermuthen stehet; noch weniger ad 13) zu glauben ist, daß er dieses gegen die principia iuris publici als eine blosse Landschafts-Sache ansehen werde:

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß 40
die dilatoriæ samt und sonders gegründet, und mit Grunde Rechtens der Klage opponiret werden mögen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MAIO MDCCXXXVII.

RESPONSVM CXLI.

CONTINENS

Vindicias successionis Serenissimæ Domus Onolsbacensis in Comitatum Saynensem.

SVMMARIA.

Falsum systema successionis Saynensis ex testamento Iohannettæ repræsentatur. n. 1.

Successio filiarum in bonis hereditariis ex maiorum observantia est determinanda. n. 2.

Num testamentum reciprocum de anno 1685. substitutionem fideicommissariam expressam, tacitam vel præsumtivam contineat? n. 3.

Substitutio directa statim post additionem evanescit. n. 4.

Quæuis successio ex principiis testatorum est determinanda. n. 5.

Sexus femininus in iure sub masculino comprehenditur; n. 6.

Præsertim in allodiis et feudis promiscuis. n. 7 sqq.

Si certæ personæ vel lineæ ad successionem vocantur, num substitutio sit directa vel fideicommissaria? n. 11 sqq.

Verus huius controuersiæ status formatur. n. 18.

Modus a testatore et primo instituture præscriptus ac determinatus in successionis modo et forma ante omnia seruandus est. n. 19.

Quod in præsenti casu ex testamento declaratur. n. 20.

Priuilegia illa sunt explicanda, ut aliquid a iure deuians contineant. n. 21.

Obseruantia antiqua in familiis illustribus idem præstat, quod pactum. n. 22 sq.

Præsertim a familiis multoties approbata. n. 23. 24.

Vbi iure sanguinis tantum ex certa lege succeditur, testamenta locum obtinent nullum. n. 25.

Quales effectus producat ius primogenituræ? n. 26.

Causa testati et interessati simul subsistere nequit. n. 27.

In decidendis controuersiis familiarum illustrium circa successionem leges domus perpetuo attendendæ sunt. n. 28.

Dispositio testamentaria de feudis hereditariis et allodialibus intra familiam libera est, licet vel maxime dispositio ita restricta sit, vt talia feuda in extraneum transferri nequeant. n. 29.

Natura allodiorum gentilitiorum explicatur. n. 30.

Ordo successionis in familia illustri consensu eorum, quorum primario interest, valide mutatur. n. 31.

Successio familiarum illustrium in Germania ex iure Romano non est explicanda. n. 33.

Iure Germanico filiabus nullum ius succedendi vadicatum et immutabile competit, n. 34.

quod ex formulis illustratur. n. 35.

Quinam Prudentes olim dicti? n. 34. 36.

Iure Romano testamentariæ dispositiones liberum stylum habent. n. 36.

In

In fideicommisso familiæ nominati, post eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore, quo testator mortuus est, et qui ex his primo gradu procreati sunt, succedunt, nisi specialiter defunctus ad viteriores voluntatem suam extenderit. n. 37.

Si testator de sola linea masculina mentionem in substitutione fecit, voluisse censetur, vt bona per continuam ex linea masculina successionem, feminis exclusis, conseruentur. n. 38.

Substitutiones fideicommissariæ iuris Romani in testamentis illustrium in usu sunt. ibid. n. 39.

Verba relatiua ex præcedentibus explicanda sunt. n. 40.

Exclusis filiabus vsque ad casum extinctæ prosapiæ masculinæ num vltimi successoris filiæ excludant fideicommittentis filias earumque descendentes? n. 40. 41. 42.

In legum explicatione non tam verba quam sententia earum attendenda est. n. 43.

Fideicommissa ex voluntate defunctorum æstimanda sunt. n. 43. sqq.

Quæ ex expressis intelligi possunt, pro præteritis haberi nequeunt. n. 44.

Omnis dispositio ita interpretanda est, vt non fiat impertinens et effectu destituatur. n. 46.

Substitutio plures gradus inuoluens est fideicommissaria. n. 48.

De vsu pacti hereditatis renunciatæ reseruatiui. n. 50.

Omnis inuestitura fit saluo iure tertii et cuiuscunque. n. 51.

Qui legitimo modo possessionem apprehendit, et potiora ex testamento iura pro se allegat, in ea ex l. Vlt. C. de Edict. D. Hadr. toll. manutenendus est. n. 53.

In fideicommissis ordo succedendi a fundatore simpliciter dependet. n. 54.

Vbi ius Romanum in causis familiarum illustrium receptum, ibi lex perpetua domus esse debet. n. 55.

Præterita dici nequeunt, quæ ex expressis fluunt, et legitime deduci possunt. n. 56. 72.

De effectu obseruantiæ per secula stabilitæ in successione illustrium familiarum. n. 59.

In feudis hereditariis curia feudalis a vasallis allegari nequit. n. 60.

Stante testamento et pacto regulæ successionis ab intestato non attenduntur. n. 61.

Testamenta publice agnita et per pacta successoria confirmata tribuunt ius vadicatum et quæsitum. n. 62. 66. sqq.

Ius primogenituræ omnem excludit diuisionem. n. 65. 76. sqq.

In testamentis interpretatio plenior accipienda est. n. 72.

Fideicommissa, præsertim illustria, non ex verbis sed probabili mente disponentis æstimanda sunt. ibid.

Decisio. n. 83.

1 Als die Herren Uns die sub B. wieder zurückkommende anderweit verfertigte Philippsthalische Deduction, und was darin gegen Unser in anno 1742 ertheiltes Rechts-Gutachten so wol, als das Leipziger Responsum, angeführet werden wollen, zugeschicket, und Unser rechtliches Gutachten darüber abermal gebeten; demnach erachten Wir Ordinarius, Decanus und andere Doctores der Juristen-Facultät auf der Königlich-Preußischen Universität Halle, nach fleissiger Verles- und Erwegung für Recht.

Rationes dubitandi.

Obwohl dem Verfasser der quæstion. Deduction c. VI. §. 2. so weit man seine unbegreifliche und verworrene Gedancken errathen können, die Behauptung der Hoch-Fürstlich-Onolzbachischen Succession in die quæstionirte halbe Grafschaft Sayn-Altenkirchen als ein unnatürlich probandum vorgekommen, und ihme unbegreiflich gewesen, daß, nach denen Elterlichen dispositionen Herzogs Johann Georgen und dero Frau Gemahlin Johannetten, deren beyden Hertzoglichen Söhnen Johann Georgen und Johann Wilhelm, Hertzoge zu Sachsen-Eisenach, weibliche Nachkommen ausgeschlossen seyn, und nicht vielmehr die Schwester des in anno 1741 den 26. Iulii verstorbenen Hertzogs zu Eißenach, Wilhelm Heinrich, in gedachter Grafschaft succediren, sondern demselben ihres Herrn Vaters Schwester Enckel, des Herrn Marggrafen zu Onolzbach Hoch-Fürstl. Durchlauchtigkeit vorgezogen werden solte, und zu solchem Ende sein gantzes systema in XII Sätze p. 397. der deduction abbilden wollen.

2 I) Daß die Erbfolge in dem Saynischen Manns-Stamm in Ansehen deren Töchter oder weiblichen Geschlechts in der uralt herkommlich- verhandenen Geblüts und Erbfolge in Stamm- und gemeinen Lehen-Gütern oder maiorum obseruantia gegründet sey.

II) Daß davon die Manns-Stamms-Erben weiblichen Geschlechts eigenmächtig und willkührlich nicht ausgeschlossen werden mögen.

III) Daß diese Grafschaft in vorigen Zeiten an fremde Häuser nicht libere veräussert, noch auch nachhero von der Frau Hertzogin Iohannetta erst neuerlich acquiriret worden, am wenigsten aber sie als civil-Eigenthümerinne, noch auch als prima inferens in das Hoch-Fürstliche Eißenachische Haus, wovon alle folgende successores causam, und derselben willkührliche successions-Verordnung absolut Gehorsam zu leisten hätten, zu consideriren sey.

3 IV) Daß das errichtete Elterliche testamentum reciprocum de anno 1685 nicht anders, als eine declaration der durchgängig beybehaltenen Gemein-Lehnsrechts üblichen Erbfolge männ- und weiblichen Geschlechts zu achten sey, welches bloß wegen des neu einzuführenden iuris primogenitur æ und der mit darunter verfangenden väterlichen und mütterlichen Erbländer-Umsetzung errichtet worden.

V) Daß also darinnen keine substitutio fideicommissaria iuris ciuilis vel priuata weder expresse, noch tacite, noch præsumtiue vorkomme, woraus sich einige ciuil-testamentliche exclusio des weiblichen Geschlechts von Mann-Stamme schliessen liesse.

VI) Daß vielmehr darinne, wie in solcherley successionen üblich und recht, der testirenden Personen Tod zum alleinigen Vorwurff genommen, und also die unmittelbaren masculi, auch ausser dem Erleben ihrer Väter, sofort nach dem Erstgeburts-Recht, in solchen benahmet worden.

VII) Daß ihnen aber der Testatricinnen Töchtere mit Dero männ- und weiblichen Nachkommen anders nicht, denn nur auf den Erlebungs- oder besitzlichen Ueberlebungs-Fall, wenn der Manns-Stamm wider Verhoffen vor der Testatricin ausgegangen seyn würde, zugleich oder einseln noch ausser dem primgenitur-Recht subordiniret worden.

VIII) Daß hingegen in nicht Erlebungs-Fall deren beyden Töchter daselbsten nichts verordnet, sondern alles der natürlichen Erbfolge unter dergleichen weiblichen Erben lediglich überlassen worden.

IX) Daß diesemnach, da es hernach anders eingetroffen, daß einer deren Herren Söhne, Hertzog Johann Willhelm, würcklich zur succession gelanget, und also seine neue und allein noch überbliebene Mann-Stämmige Linie fortgepflantzet hat, diese aber das weibliche Geschlecht mit in sich begreifet, solche Linie auch durch den in anno 1741 erfolgten Hintritt Wilhelm Heinrich in Ansehen der Gräflich-Saynischen succession für erloschen nicht zu achten, als die noch fortdaurende Johannis-Linie, so im anno 1324 ihren Anfang genommen, nach zeithero öftern Ausgang derer unmittelbar männlichen Stamm-Erben vor erloschen nicht zu halten.

X) Daß also diese Johann Wilhelmische Linie älteste, nächste, auch bereits herkommlich eventualiter also Mitbelehnte, und Mitbehuldigte Mann-Stämmige Erb-Tochter der Frauen Land-Gräfin zu Hessen-Philippsthal Durchlauchtigkeit und Dero Nachkommen sich solches Vorrechts, so ihnen angeboren und angeerbet, würcklich zu erfreuen haben.

XI) Daß hergegen denen weiblichen collateral-branchen, und also auch dem Marggräflich-Anspachischen Hause, keine successions-Fähigkeit daraus zuwachsen oder geboren werden könne, daß in dem recessu de anno 1699 dem Marggrafen zu Brandenburg Onolzbach, als der Ioannetten ältesten Frau Tochter Prinzen, die eventuale Ableistung der Abfindung der Töchter iniungiret worden.

XII) Daß dannenhero das disseits auf irrigen suppositis gegründete possessorium für eine turbativische Invasion zu halten sey.

Hiernechst zu Erläuterung dieser Sätze vorgegeben ist, daß

4 1) In denen rechtlichen Gutachten selbsten eingeräumet worden, daß von dem casu, wenn von des Hertzogs Johann Georgen männlichen Erben keiner den Tod der Frau Testatricin Johannetten nicht erlebet, ingleichen die beyden Frauen Töchter in ihrer eigenen Person, den Abgang der männlichen Linie nicht erreichet, und also insgesamt vor ihrer Frau Mutter verstorben seyn würden, in denen gedachten dispositionen nichts ausdrücklich verordnet worden, wir auch selbsten zugestanden, daß in dem Fall, wenn auch eine Tochter nur vorhanden gewesen seyn solte, der verstorbenen Frau Marggräfin Erben nicht succediren würden, vielmehr solches, als eine der substitutioni directæ gleichkommende succession, quæ statim euanescit post additionem, zu halten; man also zugeben müssen, daß nicht einmal die beyden Printzeßinnen Töchter selbsten, geschweige Dero descendenten, durch eine substitutionem fideicommissariam zur succession berufen worden, vielweniger also derer Herren Brüder weibliche descendenten ausgeschlossen, vielmehr in solchem Fall der natürlichen Erb Folge der Lauf gelassen sey, nach welchem, da die beyden Frauen Töchter den Abgang der männlichen Linie nicht erlebet, der Frau Land-Gräfin zu Hessen-Philippsthal Durchlaucht. als Schwester des letzt-verstorbenen Hertzogs von Eisenach, succediren müsse, dabey auch 2) irrig sey, daß, was von denen beyden Töchtern verordnet, daß nemlich, wenn noch eine von ihnen in casu der abgehenden männlichen Linie leben würde, der bereits verstorbenen Tochter descendenten ausschliessen solte, nur von der concurrenz beyder noch lebenden Töchter unter sich zu verstehen sey, da doch die gantze angeordnete succession auf gleichen principiis beruhete; ja 3) da Hertzog Johann Wilhelm seiner Linie Stifter gewesen, und solche repræsentiret, es nicht einsten nöthig gewesen sey, bey Benennung desselben und seines Herrn Bruders, ihrer Kinder weiblichen Geschlechts zu gedencken, nachdem denen Rechten nach sexus femininus sub masculino begriffen sey, und wie deren zwo Töchtere Nachkommen in deren substitution gedacht worden, also auch ex parita-

te

te rationis der beyden Printzen Töchter tacite mit samt dem Fall, wenn die beyden substituirten Printzeßinnen Töchter den Abgang des männlichen Geschlechts nicht erleben solten, ver-
7 standen werden müsten, welches 4) um desto mehr zu statuiren, als diese von der Fürstin von Hessen-Philippsthal Durchl. natürliche Erb-Folge dem Herkommen des Gräflich-Sayni-schen Hauses gemäß sey, nach welchem die successions-Ordnung nach der proximität des Geblüts statt gefunden, welches die Testatrix selbsten agnosciret, und in ihrem Testament ausdrücklich bezeuget, daß die Grafschaft Sayn, als in ursprünglichen allodiis und feudis promiscuis bestehend, von Graf Heinrich dem Grossen, nach Erbgangs-Recht, auf sie devolviret sey, sie also nicht einsten befugt, von dieser natürlichen successions-Ordnung, ohne
8 der interessirten descendenten ausdrücklichen consens, abzugehen, bevorab da 5) die Lehn-Höfe dabey mit interessiret wären, daß die natürliche Ordnung nicht verändert würde, so dann das in gedachtem Testament eingeführte primogenitur-Recht mit der Onolzbachischen prætension streite, dessen bisher die Johann Wilhelmische Linie einig und allein fähig worden: Hierüber 6) noch ferner als ein falsum
9 supponiren angeführet sey, daß nicht einsten hier die successio ab intestato statt finden, sondern alles auf das Testament und pacta familiæ ankommen müsse, da doch alles in denen gedachten dispositionibus nach der Eigenschaft der Stamm- und Lehn-Güter secundum ordinem succedendi ab intestato eingerichtet, und sich die testatrix selbsten auf das Saynische Recht und observanz, nach welcher ein ieder der beyden Herren Söhne nur die Helfte der Grafschaft Sayn-Altenkirchen prætendiren könte, bezogen, und es dabey unverrückt gelassen, wie das pactum de anno 1699. anzeiget, es also unbegreiflich sey, woher es bey der Frau Land-Gräfin von Hessen-Philippsthal eine andere Bewandniß haben, und sie nicht ebenfals nach der successions-Ordnung ab intestato succediren solte. Derowegen es 7) gantz ungegründet sey, daß das Marggräflich-Anspachische Haus schon ein ius quæsitum an der Grafschaft Sayn-Altenkirchen bey Lebzeiten derer Hertzoge von Eißenach sich anmassen, und diese sich blos als usufructuarii aufführen wollen, so daß solche ihm proprio iure nunmehr angefallen, welches doch mit dem einmal festgesetzten Erbgangs-Recht und successione lineali descendentium promiscua vi provisionis Maiorum nicht bestehen könne, nach welchem das Testament und pactum familiæ, und anders nicht, anzunehmen, und also blos von dem ledigen Anfall zu verstehen sey. So
10 dann 8) das Vorgeben, daß die Grafschaft Sayn in vorigen Zeiten durch letzten Willen und Vergleiche vererbet, und an fremde Häuser transferiret sey, nicht zugegeben werden könne, so ferne es mit unumschränckter Ausschliessung derer descendenten zu verstehen, zumalen

durch die Testamenta die herkommliche Ordnung nur declariret, aber nicht abgeändert, durch der Erb-Töchter Verheyrathung aber dieselbe auf fremde Familien und dieser Kinder gefallen, wie das Exempel der Hertzogin Johannetten bezeuge, eine freye disposition aber darüber um desto weniger zuzugeben, als 9) ein grosser Unterschied unter den Fürstlich- und Gräflichen Stamm-Gütern und einem privat-Eigenthum sey, da jener successions-norme auf die alten ordinationes familiæ, davon die Beylage sub n. 10. bezeuge, sich gründe, das ius primogenituræ bestättige, und keine alienation zuliesse, also keiner freyen disposition unterworfen, so auch von den Erb-Lehn-Gütern zu sagen, und darin von dem privat-Eigenthum offenbar differire, keineswegs 10) auch anzunehmen sey, daß diese Grafschaft von der Hertzogin Johannetta pro nouiter acquisita zu halten, da sie in ihrem Testamente angeführet, daß die Behauptung derselben ihr viele 1000 Thlr. gekostet; daß sie dieselbe gleichsam von neuen acquiriret, da hergegen sie doch im Anfang ihrer disposition selbsten angezeiget, daß solche nach Erbgangs-Recht auf sie devolviret worden, darneben 11) sie solche zwar in die Sachsen-Eißenachische Familie gebracht, gleichwol deren descendenten dabey utriusque sexus, als Gräflich-Saynische descendenten zu achten, und das alte Saynische Geschlecht durch jene fortgepflantzet, und Mann-Stammische dames mit zu der mannstämmigen Linie zu rechnen seyn. Diesemnach 12) die Hertzogin Johannetta keine freyere Hände darüber zu disponiren, als sie vorher an sich gewesen, bekommen, wie denn das testiren in dergleichen Familien-Gütern von uralten Zeiten her limitiret zu seyn pflege, und die natürliche successions-Ordnung solchemnach durch kein Testament aufgehoben werden könne, deme zufolge dann das Testament machen im Hause Sayn, nur blos auf eine declaration des Herkommens in succedendo hinaus laufe, auch das neu mit eingeführte ius primogenituræ mit deren uralten succession wesentlich nicht streite; Solchergestalt man aber 13) Herrn Hertzogen Johann Wilhelm gleiche testirungs-Freyheit auch zugestehen müste, als welcher nicht minder grosse Kosten und Mühe dahin anwenden, nicht weniger dadurch den väterlichen Antheil des Sachsen-Eißenachischen Landes aus denen Händen lassen, ja zugleich eo ipso absonderlich auch dessen Erben weiblichen Geschlechts das gehabte Recht an der Verlassenschaft quittiren müssen, da er doch ex cessione materna per pactum de anno 1699. ein früheres Recht vor sich und alle eheliche Leibes-Erben erhalten, und auf gleiche Art die Freyheit zu testiren inter liberos, als wie einem andern gebornen und regierenden Grafen zu Sayn zugestanden, gehabt haben müsse, welches selbst das testamentum Johann Georgen des Aeltern de anno 1685. §. 17. anzeige, in folgenden Worten;

Denn in übrigen unsers jüngern Sohns Lieb-
den mit dem Landes-Antheil für sich und
Dero posteritat dergestalt zu disponiren
befugt seyn sollen, allermassen wie dasselbe
ein geborner und regierender Graf zu Sayn
zu thun und zu schaffen bemächtiget ist.

Wie er dann auf diese Art seinen andern Sohn in amplissima forma zum Erben eingesetzet, und sich dabey auf seiner Gemahlin Testament de eodem anno bezogen, und wie nun 14) im Gräflich-Saynischen Haus die cognatische succession vor beyderley Geschlecht herkommlich gewesen, also nicht abzusehen, woher das Wort: Posteritat, in dem Testament Johann Georg des Aeltern §. 17. und denn in rat. 14. daraus angeführten Worten des Hertzogs Johann Wilhelm Töchter ausschliessen oder ihm die Hände binden solten, in ihre faveur, in Abgang seines Manns-Stamms, zu disponiren, welche doch nach dem Saynischen Herkommen und der Natur der successionis cognaticæ mit darunter gehörten. Bey solchen Umständen also 15) dem fast unbegreiflichen auctori der gedachten operosen deduction gantz unbegreiflich vorgekommen, daß beyde facultäten der descendenz der beyden Ioannettischen Prinzessinnen Töchter einen Vorzug vor Dero beyden brüderlichen Manns-Stamms-Linie weiblichen descendenz aus dem väterlichen und mütterlichen Testament hervor suchen wollen, da doch der herkommliche Vorzug der männlichen Linie beyderley Geschlechts so deutlich gezeiget worden, daß es denen beyden facultäten unmöglich fallen werde, nur das geringste zu Bekleisterung der Anspachischen prætension dagegen aufzubringen. Und obwol 1116) dieselbe zu einem quasi-fideicommisso oder tacita substitutione fideicommissaria civili ihre Zuflucht genommen, dennoch sie erwegen sollen, daß diese civilis substitutio zu diesen Stamm-Gütern sich nicht schicke, sondern hier allein ein fideicommissum statutarium vorhanden, nach welchem vi statuti perpetui familiæ, von Linien zu Linien, von Graden zu Graden auf die in grader Linie abstammende Nachkommen beyderley Geschlechts die quæstionirte Grafschaft vererbet werden müsse, nicht aber ein saltus zugelassen sey, wie beyde facultäten behaupteten. Ja 17) unsere facultät nach des Schrift-Stellers Einfalt sich sehr vergangen, und wider sich selbsten contradictorisch subsumiret haben solle, da sie den Schluß pro fideicommisso corroborando also formire:

Mithin, wenn gewisse personæ vel lineæ
eine nach der andern ad successionem vo-
ciret, diese Erbfolge, denen bekanten Rech-
ten nach, nicht anders, als fideicommissa-
ria seyn kan.

Welche Worte der auctor der deduction zuvor nach seinem Eigensinn paraphrasiret, und haben will, daß solche de fideicommissaria successione statutaria vel legitima, und in natürlicher Geblüts-Ordnung, oder in linea recta absteigend, directa, nimmer nicht aber de obliqua, zu verstehen sey, allermassen ja ferner angegeben, daß die sereniſſima testatrix nicht so wol auf die personas indiuidualiter nominatas allein, als vielmehr auf alle und jegliche, ihre sowol würcklich zur successiion nominirte, als die auch nachhin *tacite æque ac expresse* subordinirte descendenten reflectiret, wir dennoch die weiblichen descendenten vom Mann-Stamm denen descendenten von denen beyden Töchtern beyderley Geschlechts inuerso ordine nachgesetzet, da doch bey jenen anietzo masculi auch, und zwar in nähern Grad vorhanden, auch eine Linie zuvor die successiion haben muß, ehe sie sich des Vorrechts des männlichen Geschlechts bedienen möge, welches hier nicht geschehen, da die condition: si vixeris, bey der höchst seligen Frau Marggräfin von Anspach Eleonora Erdmuth Louise nicht existiret. Hergegen 18) da wir die fideicommissa als strictissimæ interpretationis erachten müsten, es ein gar starcker Widerspruch sey, daß wir in casu præsenti die Anspachische successiion unterstützen wollen, ohngeachtet der Marggräflich-Anspachischen collateral-branche Frau Stamm-Mutter Eleonore Erdmuth Louisa nicht einmal ihrer Frau Mutter Johannetten Tod, geschweige der männlichen Linie Abgang erlebet, noch weniger also diese Erbschaft antreten und deren fähig werden können, und auf diesen Fall nichts verordnet worden, diesemnach ob strictam eius indolem die successiion dahin nicht zu ziehen sey; bevorab, wenn man betrachtet, daß die testatrix ihren eigenen Sterbe-Fall zu ihrem beständigen Vorwurf gehabt, und dahero den Abgang derer Herren Söhne und derselben männlichen Stammes vor ihrem Tode nothwendig supponiren müssen, um nur wie unter diesen, also auch Dero beyden Frau Töchtern, die subordinations-Ordnung zu halten, also auch dieser Erleben voraus setzen müssen, da solches nicht geschehen, und von diesem Falle im Testamente nichts verordnet worden, sie die beyden Johannettischen Prinzeßinnen Töchter, durch ihren Tod davon excludiret zu achten, nicht aber Johann Wilhelms Töchter übergangen, vielmehr nunmehro nach dem herkommlichen Erbgangs-Recht zuzulassen. Diesemnach 19) die in denen responsis angeführte ratio decidendi, daß deswegen die descendenten der Töchter vor dem weiblichen Geschlecht der Söhne einen Vorzug haben müsten, weil diese im Testament gäntzlich übergangen, eine mera principii petitio sey, nachdem dieselbe unter ihrer Herren Väter Familie mit begriffen werden; man auch 20) nicht sagen könne, daß deswegen die Töchtere vom Manns-Stamme, wegen des ihnen ausgesetzten quanti für ausgeschlossen zu halten, zumal eines theils dieser Umstand, daß auf dem Fall, wenn niemand von denen vier Hertzoglichen Kindern ihren Tod erleben solte, nichts verordnet sey, der gantzen Sache einen Ausschlag gäbe, weil auf solchem Fall die Hertzoginne Johannetta unbeerbet verstorben seyn würde,

wel-

welches doch die responsa nicht zugeben wolten, sondern, daß alles nach dem Testament zu reguliren sey, vermeinten: andern theils man vielmehr im Gegentheil schliessen müsse, daß da die testatrix auf den existirten Fall, wenn die Printzeßinnen Töchter den successions-Fall nicht erleben, noch die Erbschaft antreten würden, ausdrücklich nichts verordnet, nothwendig dieselbe die descendenten weiblichen Geschlechts des Manns-Stammes denen descenten derer Töchter vorziehen müssen, zumal die Abstattung der Abfindung nur auf dem Fall restringiret, wenn beyde, oder eine von denen Töchtern in Person zu der successionen gelangen würden; dritten theils a contrario sensu daraus folgen würde, daß Hertzog Johann Georg der Jüngere, ohngeachtet er dem abgehenden Manns-Stamme Johann Wilhelms expresse substituiret worden, dessen Töchter würde excludiret haben können, weil im Testament solche Abfindung der weiblichen descendenten ihm nirgends auferleget sey: wozu doch verba expressa et dispositiva, wie in institutione, erfordert würden, man dahero leicht begreiffen könte, daß von dieser aufgelegten Abfindung kein argumentum pro et contra auf anderer Ausschliessung gemachet wer-12 den könte. Sonsten aber 21) aus dem quæstionirten Testament zu ersehen, daß die vocatio masculorum, und substitution natürlicher Weise so eingerichtet sey, daß die masculi einer nach dem andern, im Fall sie die testatricin nicht erleben solten, eingesetzet, und sofort beyde Töchter mit Namen, und nicht deren Kinder der männlichen posteritæt substituiret, also auch gewiß, daß auf dem Fall, da entweder einer von den masculis, der Johannetten Tod erleben, oder wann weder deren einer, noch die Printzeßinnen Töchter, ihrer Frau Mutter Tod erlebet, ausdrücklich nichts verordnet, sondern bey der natürlichen Erbfolge es gelassen worden, man dahero ohne cauillation der Printzeßin Töchter descendenten nicht ein-13 schieben könte. Und ob man zwar 22) nicht läugnet, daß die Töchter-Kinder successions-fähig zu achten, dennoch daraus keine præferentia vor andern Mißfähigen zu schliessen, noch die posteritæt derer Töchter dem weiblichen Geschlechte ex masculis vorzuziehen, noch ein fideicommissum tacitum familiæ bey der Töchter posteritæt zu concipiren, vielweniger 23) von dem casu, wenn die testatrix alle ihre männliche descendenten überleben, und die condition: si heredes non erunt, existiren, dagegen aber beyde Töchter, oder wenigstens eine von denenselben die successionen erhalten solte, auf den andern Fall, welcher würcklich existiret, da der gedachte Manns-Stamm zur successionen gelangen würde, kein Schluß zu ziehen, vielmehr dadurch die Printzessinnen Töchter mit ihren Nachkommen ausgeschlossen zu achten: quod adita hereditate ab instituto, euanescat substitutio, dahero auch des Anspachischen Tochter-Sohns successions-Fähigkeit von keiner solchen qualität sey, daß er der Eißenachischen Frau Tochter oder Erb-Gräfin, der noch im Besitz seyenden Linie vorgezogen werden möchte, obwol ihm ebenfalls das onus der Abfindung auferleget sey, als welches nur eventualiter geschehen, und von der nächsten successionen abhange, wie denn in dem pacto de anno 1699 die Bedingung dabey gesetzet worden: **Wenn die** *successionen* **auf Ihro verfallen würde**, welches auf den im Joannettischen Testament der natürlichen Erbfolge gleichsam per modum intestati unbenamt gelassenen Fall, da alle männliche Erben und die damals noch übrig gewesene Frau Tochter, Fridericæ Elisabeth, zur Zeit der Joannetten eigenen Todes, bereits verstorben seyn würden, **und es also unter Deroselben nachgelassenen weiblichen und Weib-Stämmigen Erben zu einer** *transversal-concurrenz* **kommen möchte.** Ausserdem aber 24) hauptirrig, daß wenn die testatrix der Herren Söhne Erben weibliches Geschlechts derer beyden Frau Töchter descendenten beyderley Geschlechts nachgesetzet habe, weil sie nur der männlichen posteritæt bey den Söhnen expressis verbis: bey denen Töchtern aber der posteritæt beyderley Geschlechts gedacht habe, welches dem auctori der deduction bey der Einfalt seines verworrenen Gemüths, als eine Abscheulichkeit vorgekommen ist, zumal hier voraus zu setzen sey, daß alhier eine successio agnatico-cognatica cum iure primogenituræ coniunctæ verhanden, und die testatrix dahero nothwendig auf den Fall, wenn beyde Söhne mit ihrer männlichen posteritæt vor derselben absterben würden, die Töchter oder nur eine derselben ex iure primogenituræ vociren müssen, dergestalt es nicht anders seyn können, als daß der etwa allein zur successionen gelangenden Tochter, und nachhero deren Kinder der vorhin verstorbenen Söhne Kinder selbsten, ja der vorhin verstorbenen Tochter masculum auch ausschliessen solten, welches alles nun cessiren müste, nachdem der Sohn zur successionen gekommen, und die successio agnatica statt gefunden, die cognatica hergegen nunmehr nicht anders und weiter, als nach Abgang der männlichen Linie und deren descendenten beyderley Geschlechts erst statt finden könne, auch nicht simpliciter anzunehmen, daß die Frau Testatrix, da sie eine Linie nach der andern berufen, hauptsächlich auf ihre männliche descendenten, sie möchten von Printzen oder Printzessinnen geboren seyn, reflectiret habe, welches Vorgeben daher rühren soll, weil man in denen rechtlichen Gutachten, deren von dem Manns-Stamm descendirenden weiblichen Geschlecht den agnatischen Vorzug, und den daher rührenden Unterschied, zwischen ihnen, und den cognatischen Erben abläugnen, und nicht einsehen wollen, daß der höchstseligen Frau Marggräfin Sohn nur allein auf den Erb-Antritt-Fall seiner Frau Mutter substituiret, sondern auch der etwa überlebenden Printzessin Fridericen Elisabeth Erben, weiblichen und männlichen Geschlechts nachgesetzet, und gar niemand, als

seiner eigenen Branche Erben weiblichen Geschlechts eventualiter vorgezogen sey, allermassen 25) die verba testamenti klar besagten:

Daß

„wenn die verstorbene Tochter, nur allein „Töchter hinterlassen, und die noch le„bende, einen Sohn am Leben hätte, so„dann derselbe seiner Frau Mutter, und „Frau Mutter Schwester succediren „solte;

welches aber auf den casum, da der vorhin verstorbenen Prinzessinnen Sohn unmittelbar dem letztern masculo in deren Manns-Stamms Linie succediren will, nicht zu ziehen, noch in dem casu etwas verordnet, daher der Satz falsch sey, daß die sub conditione gesetzte Ueberlebung und Antretung der quæstionirten Erbschaft bey denen Töchtern nur die concurrenz unter denenselben zum Grunde haben, keinesweges aber mit zu der allgemeinen Erbfolge gehören solle, dessen Gegentheil, und daß die gesetzte condition mit auf die allgemeine Erbfolge gehe, die verba testamenti so zu paraphrasiren wären:

Daß, woferne nach GOttes Willen beyde unsere geliebte Söhne und deren männliche posteritæt ohne männliche Leibes-Erben (*adde*, noch vor unserm Tode, und also nach der Natur der subst itutionis directæ) abgehen würden, alsdenn das Antheil der Grafschaft Sayn auf die beyden Frauen Töchter ꝛc. ꝛc. fallen soll.

Dahergegen die folgende Worte:

Daferne nun beyde unsere geliebte Töchter solchen Fall erleben, und die successionin unserer Grafschaft Sayn antreten, soll dieselbe nicht zerrissen ꝛc. werden,

nicht nach des Leipziger Responsi Vorgeben einen neuen specialem Casum, wie die beyden Frau Töchter im Fall sie beyde für ihre Person mit Namen, und nicht deren Kinder, den Anfall erleben solten, sich bey der Theilung unter sich zu betragen haben solten, berühre, sondern vielmehr auf das ius successionis in genere gehe, und sowol die vorausgesetzte weibliche Erbfolgs-Ordnung von Manns-Stamm, als auch die darnach denen beyden Töchtern eventualiter zu wissen gemachte eigen gemeinsamer succession-Art wohl beysammen stehen könten, gestalten auch sonsten statuiret werden müste, daß diese beyden Töchter bey gleichwol eigens geständlich obhandener Erbfolgs-Ordnung, ohne solche zur Erbfolge gelassen werden müssen. Solchergestalt aber 26) der Schluß: 15

Daß, wenn eine Person gantzen Linien substituiret, und solche deren Ausgang naturali ordine schwerlich erleben kan, der expresse substituirten ihre descendenten vi correlatorum in dergleichen substitutione fideicommissaria zugleich mit begriffen seyn müssen,

in hypothesi gar nicht zu approbiren sey, nachdem irrig præsupponiret, daß was bey denen beyden Töchtern verordnet, nicht ad ordinem succedendi in genere, welche vorher genugsam determiniret, nicht zu ziehen sey, allenfalls auch nur daraus mit folge, daß, wenn eine Person gantzen Linien substituiret, derselben Person descendenten auch ausser solchen ihren Erleben, durch die prætendirte fideicommissarische, denen erlebenden, und überlebenden Geschwistern in der successionen gleich gehen, und seyn müsten, welches aber gesetzter Weise in Ansehen Anspachs wieder niemand, als euentualiter gegen die nebst der Frau Marggräfin von Anspach mit zu der possession gelangt gewesenen Printzeßin Fridericen Elisabeth, und derselben descendenten gelte: Ja auch gegen Anspach selbst seyn würde, weil nach dem Testamente nur der mit im Besitz überlebenden Tochter Sohn, der früherer verstorbenen Printzeßin Töchtere ausschliessen solle. Endlich die angeführte Worte sich wohl zu einer substitutione fideicommissaria iuris ciuilis, aber nicht zu einem fideicommisso familiæ perpetuo schicketen, wenigstens sonsten der früher verstorbenen Tochter descendenten, und noch weniger von der nur allein im Mitbesitz befindlichen überlebenden andern Tochter, am allerwenigsten aber auch von dieser ihren männ- und weiblichen descendenten ausgeschlossen werden möge, sondern vielmehr auf einem Fall, wie den andern, auch ausser dem Erleben und Antreten solcher Frauen Mutter, mit dem substituiren ohne einigen Unterschied fortgefahren werden müsse. Wiederum 27) es ein irriges supposit um sey, daß der Frau 16
Landgräfin zu Hessen-Philippsthal darum kein näheres successions-Recht zukomme, weil sie nicht præcise von Dero letzten Besitzer, Dero Herrn Bruder, Hertzog Heinrich Wilhelm, causam succedendi hätte, da sie doch als descendentin von dem gemeinsamen Sachsen-Eisenachischen Stamm-Vater Hertzog Johann Wilhelm solches Recht, und zwar noch dazu eine nähere causam succedendi offenbar habe; dessen collaterales aber vom weiblichen Geschlechte kein ander Recht, als den sogenanten ledigen Anfall zu erwarten hätten; sonsten nur eine agnatische und nicht zugleich eine cognatische succession statt finden würde, welche doch beständig im Hochgräflich-Saynischen Hause statt gefunden, und wol kein Recht in der Welt zu finden, daß bey noch währender Linie der descendentium man bey der succession in die Seiten-Linie springen solle. Daß man aber 28) dabey supponiren wolle, als wenn die 17
Töchter des Manns-Stamms gantz ausgeschlossen wären, und dem Herrn Marggrafen also die succession vor jenen, und also auch der Frau Landgräfin von Hessen-Philippsthal Durchl. gegönnet sey, gantz vergeblich, und als ein primum falsum anzusehen sey, welches auch die Lipsienses in rat. II. eingestanden, und angezeiget, daß der Frau Landgräfin von Hessen-Philippsthal Durchl. weil sie von denen männlichen posteris abgestammet, vor denen weiblichen descendenten, der allein von Töchtern herrührenden Erben ordentlicher Weise ein Vorrecht haben, allermassen solches das im

Gräf-

Gräflichen Hause Sayn stets vorgewaltete Geblüts-Recht bewehrete, und durch alle pacisCenten und testatores in ihren pactis und letzten Willen nur erkläret, und nicht geändert worden. Dahero auch abermal 29) der in unserm responso angenommene Satz: als ob durch den in anno 1741 erfolgten tödtlichen Hintritt des letztern Herrn Hertzogen zu Sachsen-Eisenach Wilhelm Henrichs der männliche Stamm von dieser einen Johannettischen Linie gäntzlich erloschen wäre, und demnach eine deren anderen Johannettischen Linie nemlich die Marggräflich-Anspachische, weil ein Tochter-Enckel vorhanden, noch als Manns-Stamm fort blühe, gantz unrichtig sey, zumal wunderlich herauskomme, daß hier der Enckel einer niemals zur succession gelangten Johannettischen Tochter Mann-Stammig seyn, hergegen eines in wahren Landes Besitz verstorbenen masculi nachgelassene Tochter, die den Erbfolgs-Fall würcklich erlebet, und Dero männliche Erben Weibstämmig seyn solle; da doch in dem Sayniſchen Hause die lineæ durch die Erb-Töchter continuiret würden, und Vernunft und Recht gebe, daß alleine nur die noch in der besitzenden Mann-Stamm-Linie stehende, auch der Erb-Folge würcklich nach ihrer eigenen Person fähig werdende Erb-Töchter nebst ihren descendenten von solcher qualität verbleiben; dessen Gegentheil wir selber 30) in unserm Gutachten als nicht gar zu klar im Testament ausgedruckt, agnoſciren müssen, iedoch vermeinen wollen, daß solches durch das pactum de anno 1699 erläutert worden, gleichwol dabey zu erwegen sey, daß wir solches pactum selbsten nur als eine Testaments-Erläuterung, nicht aber als eine neuerliche disposition, angeben können, und darinn es auch nur wie im Testament bey aller und jeder Familie natürl. Erbfolgs-Ordnung (ausser der Abfindung der Töchter) gelassen, nichts aber eigentlich per certos casus, wie unser responsum angegeben, erläutert sey, zumal die Worte in dem pacto: wenn die *successio* (von ohngefehr, wie der wunderliche paraphraſtes es in seiner deduction erkläret) an Ihro (addatur einer, nach dem Sinn desselben) verfallen würde, auf nichts gewisses gehen, sondern nur was eventuelles anzeigen sollen, welche euentual-succession aber fehl geschlagen, nachdem die Erbfolge des Hertzogs Johann Wilhelm sich würcklich ereignet, und die condition, si heres non erit, manquiret. Woraus denn 31) von selbsten folge, daß wir nicht statuiren können, als wenn dasjenige, was wir aus dem gedachten pacto geschlossen, die ausdrückliche Willens-Meynung, sowol des Hertzogs Johann Wilhelms, als derer reciproce testirenden Eltern gewesen sey, vielmehr das Gegentheil daraus erhelle, weil nicht einmahl, daß sie solches sich in den Sinn kommen lassen sollen, zu præsumiren sey, vielmehr dafür zu halten, daß sie gegen die Verfassung der maiorum keine Neuerung einführen wollen; zumal das ius quæsitum derer Stamm-Erben weit stärcker, als die etwa dagegen gemachte Elterliche dispositionen oder Erklärung zu achten, sondern es vielmehr veste bleibe, daß die natürliche Stamm- und gemeine Lehns-Erb-Folge so wenig in Ansehen derer weibl. männlichen Geschlechts-Stamm und Familien-Gliedern durch einiges Elterliches Testament aufgehoben werden könne. Diesemnach 32) es das Ansehen gewinnen will, als wenn auch dem Marggräflichen Hause von Anspach kein Possessorium ex l. fin. C. de edict. D. Hadrian. tollend. zuständig sey, indem das Testament demselben mehr zuwider sey, der Hessen-Philippsthalischer Seite aber mehr favorisire.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch der concipient der 18
übertriebenen deduction eines theils sich ein gantz falsches systema von der succession nach der Johannettä disposition und erfolgten Verträgen gemachet, und die XII. referirte Sätze lauter petitiones principii sind; andern theils derselbe den statum controuersiæ gantz zu verkehren und zu verdrehen gesuchet, in dem wahren statu controuersiæ aber unendliche cauillationes gebrauchet, diesemnach nöthig seyn will, sowol das wahre systema der von der Hertzogin Johannetten regulirten succession herzustellen, als den statum controuersiæ recht zu formiren, das erste aber aus folgenden Sätzen zum voraus am besten erkant werden kan, welche in der suite erläutert werden, und in folgenden bestehen:

I) Daß zwar in dem Gräflichen Hause die successio ab intestato dergestalt eingeführet sey, daß Söhne und Töchter zu derselben zugelassen, jene aber den Vorzug gehabt, und diese nur in deren Ermangelung zugelassen.

II) Daß bey mehrern Erben die Theilung statt gefunden, in diuisione facta nach Abgang eines ieden possessoris dessen Antheil auf dessen Söhne und Töchter, iedoch cum prærogatiua sexus masculini, gefallen, und also die linealis successio obtiniret.

III) Daß aber diesem ohngeachtet dennoch auch die successio testamentaria nach dem Römischen Rechte schon vom XIII. seculo her intra familiam et descendentes statt gefunden, iedoch solche keine nuda declaratio successionis ab intestato gewesen, weil solche sonsten unnütze, überflüssig, und ohne allen effect gewesen seyn würde, welches selbsten Johann Georg, der Aeltere, in seinem Testament sowol, als die Hertzogin Johannetta zugestanden, mit ihrem Exempel bestättiget, ja Hertzog Johann Wilhelm selbsten agnoſciret, ob wol dieser contra fidem datam nicht testiren können.

IV) Daß selbsten die successio ab intestato nicht ohne Streit, und dahero ein

ieder

ieder possessor um desto mehr befugt gewesen, solche ausser Streit zu setzen, und sonsten einige Aenderung und Verbesserung, als in Ansehen des iuris primogenituræ et fideicommissi familiæ perpetui, aus erheblichen Ursachen darin zu machen.

V) Daß die Hertzogin Johannetta beydes in ihrem anno 1685 gemachten Testament, und denen darauf erfolgten Verträgen bekräftiget, und sowol den vsum testamentorum in gente Saynensi æque receptum als bekant voraus setzet, als auch die gewöhnliche Erbfolge unter ihren Kindern aus erheblichen Ursachen mercklich zu ändern intendiret, auch wircklich geändert, und zum besten des Hauses verbessert.

VI) Daß das primogenitur-Recht durch das Testament der Iohannettæ eingeführet, die bishero gewöhnliche Theilung aufgehoben, und eine wesentliche Veränderung in successione vtriusque sexus dadurch eingeführet worden, welche successio vorher unbekant gewesen, hingegen die Theilung inter plures statt gefunden.

VII) Daß dabey die Johannetta ihr vornehmstes Augenmerck auf den sexum masculinum gerichtet, bey ihren Söhnen dabey die Ordnung der successiion nach dem primogenitur-Recht reguliret; bey Johann Wilhelms Linie aber dessen weibliche Erben ausgeschlossen, und nach des Manns-Stamms-Abgang des ältesten Bruders Johann Georg des Jüngern männliche descendenten eben in der Ordnung secundum normam primogenituræ zugelassen, dergestalt, daß wenn Johann Georg seine Linie fortgepflantzet, dessen descendentes masculi, nach Ausschliessung der Töchter Johann Wilhelms, nach dem Testament zur successiion gekommen seyn würden.

VIII) Daß nach Abgang der Manns-Stammischen Linien, worinne die Töchter nicht mit begriffen gewesen, die Linie der beyden Printzeßinnen Töchter zur successiion mit ihren descendenten, und zwar bey diesen cum prærogatiua sexus masculini secundum ius primogenituræ beruffen, die Töchter aber des Manns-Stamms expresse dadurch ausgeschlossen worden, daß ihnen die Abfindung mit 12000. Thlr, sine reseruatione regressus, ein für allemal assigniret worden.

IX) Daß bey denen beyden Frauen Töchtern, wenn sie den Abgang des Manns-Stamms, entweder beyde, oder eine in ihrer Person erleben solten, etwas sonderliches constituiret worden, nemlich, daß sie, non obstante, wenn gleich von einer Tochter descendentes masculi, auf welche die testatrix sonsten ihr Augenmerck vornemlich gerichtet, verhanden seyn solten, dennoch sie beyde-coniunctim, oder eine allein succediren, und dem Manns-Stamm vorgezogen seyn solte.

X) Daß also deren descendentes masculi, eben wie bey denen masculis verordnet, wenn solche specialis successio der Töchter nicht statt finden solte, ebenfals ad successionem beruffen sind.

XI) Daß die in testamento geschehene und regulirte substitutio ohnmöglich allein directa, sondern zugleich fideicommissaria mit seyn müsse, da eine linea nach der andern vocivet, und die primogenitur dabey statt gefunden.

XII) Daß dahero wenn gleich der Manns-Stamm zur successiion gekommen, dennoch die Töchter nach dessen Abgang succediret, und die weiblichen Erben des Manns-Stamms abgefunden haben würden.

XIII) Daß solches unter andern mit daraus zu ersehen, weil die testatrix ihre beyde Töchter gleich so bald ietzo h. e. statim tempore mortis suæ, und ehe die vorgesetzte Fälle der *successiion* an sie gelangen dürften, mit 8000 Thlr. inzwischen versorget, welche der Besitzer der Grafschaft, als futurus successor, nach dem Tode der testatricin auszahlen sollen, also ihnen per interimisticam prouisionem die künftige successiion in denen bestimmten und vorgesetzten Fällen expresse vorbehalten.

XIV) Daß solches in dem Vertrag de anno 1699 noch mehr erläutert, bestättiget, und, ohngeachtet die älteste Frau Tochter den Abgang des Manns-Stamms nicht erlebet, dennoch deren Printzen, nebst der jüngsten Frau Tochter die allernächste und einzige *Successiion* mit zugetheilet worden.

XV) Daß das testamentum Ioannettæ, nebst denen darauf erfolgten Verträgen, nunmehro als leges perpetuæ domus anzusehen, solche dafür angenommen, und der Land-Gräfin von Hessen-Philippsthal Durchlauchtigkeit daran gebunden sey, auch dagegen kein widriges testamentum statt finde.

Wie nun dieses SYSTEMA in den folgenden aus denen dispositionibus zu erklären seyn wird, also ist *quoad statum controuersiæ* zum voraus zu erinnern, daß derselbe nicht darin bestehet, wie die successio ab intestato in der quæstionirten Grafschaft sich verhalten, und nach derselben in casu præsenti die successio zu reguliren sey, sondern wem die successiion nach dem testamento de anno 1685 ingleichen nach denen pactis de anno 1697 und 1699 gebühre, und wer sich solche anmassen könne? Und wir deswegen gantz vernünftig zum Grunde geleget, und vormals fest gesetzet, daß albier keine successio ab intestato statt finden könne, sondern 19

dern alles auf vorerwehnte dispositiones und deren wahren Verstand ankomme, und nach denenselben dieselbe zu reguliren sey, welches der gedachte concipient auch nicht läugnen können, und zu diesem Ende, mit vielen argutiis und Verdrehung der Worte, gedachte dispositiones auf seine Seite bringen, dabey aber nach seiner confusen Art auch die successionem ab intestato verfechten, und vorgeben will, daß gedachte dispositiones nur als blosse declarationes huius successionis ab intestato zu achten, und also auf diese allein zu sehen sey, wohin seine ersten vier Sätze in denen zuletzt bemerckten zwölf vermeintlichen Haupt-Gründen gehen, dessen Gegentheil aber daraus abzunehmen a) daß wenn nichts weiter, als eine blosse declaratio successionis ab intestato in den gemeldten dispositionibus verhanden seyn solte, überflüssig, ja unnöthig gewesen, mit so grosser Sorgfalt und præcaution die künftige succession in der Grafschaft Sayn-Altenkirchen in Vier besondern dispositionibus zu reguliren, welche vielmehr das Gegentheil inferiren, und klar anzeigen, daß man in diesem fideicommisso familiæ perpetuo den ordinem succedendi ausserordentlich und besonders bestimmen, und sich nicht an die sonsten gewöhnliche Art der Erbfolge ab intestato binden wollen, wie denn in dergleichen fideicommissis vornemlich auf den modum et formam succedendi zu sehen ist, qui a testatore et primo institutore præscriptus est ac determinatus, qui ante omnia seruandus.

l. 32. §. fin. l. 69. §. 1. de legat. II.

Atque hæc testatoris voluntas & causa testati atque pacti est perpetua, et causa intestati tamdiu cessat, quamdiu causa testati durat.

l. 39. D. de acquir. hered.

KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. IX. §. 1.*

So dann b) daß dieses die wahre Absicht der Hertzogin Joannetten gewesen sey, und sie von der Ordnung der successionis ab intestato abgehen wollen, dieselbe gantz klar und deutlich in dem testamento reciproco de anno 1685 anzeiget, und sich dabey erkläret, daß, wenn ihr ältester Sohn vermöge Saynischen Rechts und observanz, oder ab intestato succediren würde, er nichts als die Helfte der Grafschaft prætendiren könte, wenn aber solche in Anschlag kommen solte, sie des jüngern Sohnes deputat nicht gar auswerfen würde. Daher sie anfänglich diese Veränderung gemachet, daß der jüngere Sohn diesen Theil der Grafschaft gantz allein, excluso filio primogenito, et quidem sub lege primogenituræ, haben und besitzen solle, dabey sie noch, und daß sie von der gewöhnlichen Erbfolge gantz abgehen wollen, folgendes zum Grunde gesetzet:

> In mehrerer Erwegung, daß unsere Hochselige Frau Mutter und wir, die uns entzogene und von mächtigen Händen vorenthaltene Grafschaft mit grosser Mühe und schweren Kosten, die, wann wir sie specificiren solten, sich auf viele Tausend beliefen, und nicht allein aus der Grafschaft, sondern an ererbten Gräflichen und Hessischen Mitteln meistens genommen worden, vindiciren, und gleichsam von neuen acquiriren müssen, also daß wir über solche zu disponiren, desto freyere Hand haben.

Durch solche Worte aber deutlich sich erkläret, daß sie sich an die gewöhnliche Ordnung der Erbfolge zu binden nicht gehalten, sondern vielmehr davon wie von neu acquirirten Gütern, jedoch in der Familie zu disponiren befugt sey, anderer Gestalt sie wiederum keine Ursache gehabt, sich dergestalt heraus zu lassen, und die Befugniß frey davon zu disponiren, sich anzumassen, als welche zu einer testamentaria dispositione mere declaratoria unvonnöthen ist, sodann c) hiebey es nicht vor der Hand darauf ankommt, ob die causa fundiret oder ungegründet sey, sondern dieses nur dabey in quæstionem kömmt, ob sie nicht eben dadurch anzeigen wollen, daß sie den ordinem succedendi zu ändern hauptsächlich intendiret, und auch wircklich geändert habe, so, daß fine grauissima cavillatione nicht gesaget werden kan, daß in denen dispositionibus der Hertzogin Johannetten nur eine declaratio successionis ab intestato geschehen, und solche darnach zu erklären sey. Und da nun gleichwol d) der auctor deductionis solches überall zum Grunde leget und behauptet, er in effectu jene zu Wasser zu machen, und was er darin, als von der gemeinen Ordnung abgehend, angetroffen, contorte, und gegen den Willen der Testatricin zu verdrehen gesuchet, exemplo eorum, qui sophistice privilegia interpretantur, vt nihil a iure communi deuians, sed id tantum contineant, quod iuris communis est, qualem interpretationem iura merito detestantur. 21

l. 1. §. 2. D. ad Municipal. c. 22. X. de privileg. et excess. privileg.

Uebrigens e) die gedachte Hertzoginne auch nicht einsten nöthig gehabt, die gedachte relation zum Grunde zu setzen, da in dem Gräflichen Saynischen Hause die testamenti factio von uralten Zeiten, absonderlich unter denen, qui eiusdem familiæ sunt, gantz üblich gewesen, Erb-Verträge, Ehe-pacta und Erb-Verbrüderungen aufgerichtet, und dahero die Hertzogin nichts neues durch ihr Testament und pactum de anno 1699 gethan, sondern der obseruantiæ antiquæ Saynensi hierin gefolget, quæ idem præstat, quod pactum, 22

STRYK *decautel. testament. c. II. m. 2. §. 1.*

SCHRADER *de feudis sect. VII. p. 2. n. 14.*

Wiewol es nunmehr f) nicht mehr auf die potestatem condendi testamentum ankommt, nachdem in dem zwischen der Hertzogin Johannetten und der Frau Landgräfin von Hessen-Philippsthal-Herrn Vater von neuem errichteten pacto de anno 1699 die Erklärung geschehen, daß es bey der in der gedachten Hertzogin Testament angeordneten succession unverrückt verbleiben solle, und wie sich dieses pactum auf 23

einen vorhergehenden Vertrag de anno 1697 berufen, worin in §. 6. nochmals solches testamentum maternum zum Grunde geleget, und daß es in unveränderlichen valore unwiederruflich gelassen werden solle, verordnet ist, also solches durch das vorgedachte pactum angenommen, communi consensu erläutert, und durch einen neuen solennen Vergleich bestättiget worden, dergestalt, daß auch solches Testament Hertzog Johann Wilhelm selbst bey aller Gelegenheit als unwiederruflich agnosciret, ja der Landgräfin von Hessen-Philippsthal Durchlauchtigkeit selbsten zum Grunde ihrer prætension geleget, wie die öffentlichen Schriften zeugen, und nur wegen desselben Erklärung einigen
24 Zweifel erregen wollen. Dabey man denn g) auch nicht läugnen können, noch wird, daß die Hertzogin Johannetta wircklich von der gewöhnlichen Ordnung der successionis abgegangen, als welches sie in dem testamento reciproco de anno 1685 selbsten bezeuget, und ihrem ältern Herrn Sohn Hertzog Johann Georg dem Jüngern, zu dem Ende in ihrem Testament vorgestellet, daß er allenfalls, vermöge Saynischen Rechts und observanz, nur die Helfte an der Grafschaft Sayn-Altkirchen prætendiren könte, sie aber aus bewegenden Ursachen davon abgegangen, und in denselben ihren andern Sohn Johann Wilhelm und also forderst, als dessen männliche Linie währet, eingesetzet, nach dessen Linien gäntzlichen Abgang aber, mit Ausschliessung dessen weiblichen Erben (die sonsten ab intestato succediren würden) erst dessen ältesten Sohn Johann Georgen und dessen männlichen Nachkommen, nach dem Rechte der Erstgeburt substituiret, und nach dessen Abgang, ohne wiederum an seine Erben weiblichen Geschlechts zu gedencken, ihre beyden Töchter zur successionberufen, dadurch aber abermals ihre Printzen Nachkommen weiblichen Geschlechts von der successionausgeschlossen, dagegen befohlen, daß diesen so viel an baarem Gelde als der vierdte Theil der gesamten intraden der Grafschaft Sayn-Altenkirchen austragen würde, zum Abstande erleget werden solle, welche Veränderung in der successions-Ordnung um desto merckwürdiger ist, als solche den casum nothwendig voraus setzet, daß der weiblichen descendenten Herr Vater diese quæstionirte Grafschaft nach dem Testament ohnstreitig erhalten und besessen haben müsse, weil sie sonsten keinen Abstand oder Abfindung an statt ihrer sonsten ab intestato ihnen zukommenden successionvon ihres Vaters Schwestern prætendiren können, welche doch mit ihren descendenten ihnen vorgezogen, ja dieses auch bereits damals gewiß war, und auf keinen ungewissen künftigen Fall erst beruhete, nachdem die Hertzogin Johannetta laut pacti de anno 1697 und 1699 die gedachte Grafschaft ihrem Herrn Sohne Johann Wilhelm bey ihrem Leben völlig abgetreten, und sich nur bey Entstehung der von ihm posterirenden männlichen descendenten den Rückfall vorbehalten, wie das pactum de anno 1697. §. 6. in f. speciatim besaget, dergestalt also die Johannetta ihre beyden Frau Töchter oder eine derselben des Hertzogs Johann Wilhelm descendenz weiblichen Geschlechts, wenn er solche allein nachlassen solte, zu der Zeit schon, da er bereits die Grafschaft erb- und eigenthümlich besessen, völlig und wircklich contra ordinem succedendi in Comitatu Saynensi receptum, vorgesetzet, und diese nur mit einem **Abstand und gäntzlichen Abfinden** ohne reservirten ledigen Fall versehen hat, obgleich damals noch ungewiß war, ob er dergleichen descendenten zeugen würde, daher wenn wir auch i) 25
den Fall setzen, daß Hertzog Johann Wilhelm mit Hinterlassung einer Tochter nach seiner Frau Mutter Tode abgegangen wäre, und Hertzog Joh. Georg der Jüngere jenes Tod erlebet hätte, derselbe ohnstreitig, sepositâ omni cauillatione, nach der intention der Hertzogin Johannetten succediren müssen; obgleich k) wieder die offenbare Wahrheit vorgegeben ist, daß der Hertzogin Johannetten Testament nur bloß eine dispositio declaratoria gewesen sey, dessen Gegentheil sie selbsten in ihrem Testament mit folgenden Worten anzeiget:

> Diesemnach, wie in unserer Grafschaft Sayn (so ursprünglich ein wahres allodium ist) iederzeit von denen regierenden Grafen letzte dispositiones und testamenta aufgerichtet worden, wie es nach ihrem Tode der *successiion* wegen, sowol in denen Lehnen, welche auch Erb-Lehen sind, als auch allodial-Güter gehalten werden solle,

und dadurch zu erkennen giebet, daß ausser der successione ordinaria, da die Töchter bey Abgang des Mann-Stamms succediret, auch die testamenta in dem Gräflichen-Hause Sayn introduciret, und darin verordnet sey, wie es der *successiion* wegen in diesem Gräflichen Hause gehalten werden solle, welches ja cum effectu geschehen und verstanden werden müssen, da die testamenta eben alsdann statt finden, wenn man von der successione ordinaria siue in totum siue in tantum abzugehen intendiret; Vbi enim iure sanguinis tantum, er ex certa lege succeditur, testamenta locum obtinent nullum.

KNIPSCHILD *de fideic. fam. c. XI. n. 174.*

Endlich l) die eingeführte primogenitur die 26
Ordnung der successionam meisten geändert, alle Theilung aufgehoben, in denen Linien den Manns-Stamm vorgezogen, und diesen, excluſis filiabus eiusdem lineæ, die andere lineam substituiret, wie das Testament klar besaget, dadurch denn die zuletzt post rationes dubitandi in Ordnung gebrachte XII. irrige supposita, und das daraus fliessende gegenseitige systema (als welches man zuförderst beleuchten will) guten Theils wegfallen.

Anerwogen der erste Satz,

> daß die Erbfolge in dem Saynischen Manns-Stamm in Ansehen deren Töchter oder weiblichen Geschlechts, in dem uralt herkommlich verhandenen Geblüts- und Erb-

Folge

Folge in Stamm- und Gemein-Lehn-Gütern oder maiorum obseruantia gegründet sey,

seine gute Richtigkeit haben mag in successione ab intestato, davon aber hier nicht die Frage, sondern davon allein der status controuersiæ ist: ob solche Erbfolge in hac successione testamentaria, worin solche einigermassen verändert worden, noch statt finden könne? Zumal entweder jene, oder diese wegfallen muß, cum causa testati & intestati simul subsistere
28 nequeat. Und da das Johannettische Testament nebst den darauf erfolgten Verträgen die künftige successionem in der quæstionirten Grafschaft reguliret, man solches reglement agnosciret, zum Grunde dieses Streits von beyden Seiten geleget, überflüssig, ja ohne effect gewesen, was der auctor in dem ersten Capitel mit vielen Ausschweifungen erläutern und behaupten wollen, dadurch er nichts anders intendiret, als den statum controuersiæ zu invertiren, und denselben dergestalt zu verdrehen, als wenn an der Hertzogin Testament nicht einsten zu gedencken, sondern bloß auf causam intestati hier zu sehen sey, da doch jenes bishero zum Grunde gesetzet, und über funfzig Jahr gleichsam pro lege domus perpetua inter Iohannettæ descendentes gehalten ist, und auch gehalten werden müssen, so daß man übel handeln, und sich nach des auctoris Absichten in einen verworrenen Irrgarten einführen lassen würde, wenn man von dem richtigen tramite controuersiæ abgehen wolte, woraus allein diese Sache zu entscheiden ist.

29 Dahin auch der Satz abzielet:

Daß von der successionem des Manns-Stamms Erben, weiblichen Geschlechts, eigenmächtig und willkührlich nicht ausgeschlossen werden können.

Welches theils equivoc wegen der Worte: eigenmächtig und willkührlich: theils a præsenti controuersiæ statu alienum ist, nach welchem es bloß darauf ankommet, was wegen der künftigen successionem die Hertzoginne Johannetta disponiret, von dem Hertzoge Johann George dem ältern approbiret, und von dessen beyden Printzen angenommen, ja von der Frau Land-Gräfin von Hessen-Philippsthal Durchl. Höchstsel. Herrn Vater durch ein pactum solenne von neuem bestättiget, und als ein lex perpetua domus in ordine succedendi vest gesetzet ist, so als ein principium certum in hac causa allein anzunehmen, bevorab da aus denen von dem auctore der deduction angeführten documentis, absonderlich sub n. 31. ersichtlich, wie noch im vorigen seculo die successio der Töchter, deficientibus masculis, von denen Brüdern des ultimi defuncti bestritten, wenigstens solche nicht absolute nothwendig gehalten sey, wenn ein Etterlich Testament vorhanden, und darin unter denen Kindern die Erbfolge in etwas geändert worden, wie die Hertzogin Johannetta solches selbsten in Ihrem Testamente agnosciret, und mit zum Grunde ihrer dispositionem gesetzet, daß iederzeit von denen regierenden Grafen letzte dispositiones und testamenta aufgerichtet worden, wie es nach ihrem Tode, der *successionem* wegen, gehalten werden sollen, daher sie die Richtigkeit solcher dispositionen a qualitate obiecti hergenommen, weil die Grafschaft aus Erb-Lehn und *allodial*-Gütern bestünde, wovon die dispositio testamentaria zum wenigsten intra familiam erlaubet sey, licet vel maxime dispositio ita restricta sit, ut in extraneum talia feuda transferri nequeant.

HARTMANN PISTOR. *lib. II. qu. 2. n. 6.*
HORN *in iurisprud. feud. c. XIV. §. 3.*
STRVV. *in syntagm. iur. feud. c. IX. aph. 12.*

Welches zum wenigsten auch bey dergleichen 30
allodiis statt finden muß, bevorab da der auctor dieselbe mit jenem a pari setzet, und solche mit denen uralten allodiis gentilitiis der alten Teutschen nicht zu vergleichen, als welche nach dem lege Salica francorum die Töchter erst post extinctam totam gentem zu der successionem gelassen, die Stamm-Vettern aber jene überhaupt ausgeschlossen,

L. SALICA 62. §. 6.
L. RIPVAR. *tit. 56. de allod.*
THOMAS *tom. I. select. feud. in proleg. de* LVDEWIG *tom. II. consilior. Hall. n. CXXIV. c. 2. §. 5. seqq.*

welches der gedachte auctor wol eingesehen, und deswegen eine mixtur aus der successione agnatica et cognatica in illustrissima domo Saynensi erfunden zu haben vermeinet, aber dabey auch testamentariam dispositionem zulassen müssen. Uebrigens da die Hertzoginne Johan- 31
netta einen zureichenden Grund zu einiger Veränderung in der successionem absonderlich in Ansehung der weiblichen Erben des Manns-Stamms gehabt, und darneben consensu eorum, quorum primario interfuit, solches bestättigen lassen, man nicht sagen kan, daß die gedachte Testatrix eigenmächtig und willkührlich die Töchter des Manns-Stamms a successione ausgeschlossen, wiewol man, wie gedacht, auf diesen Punckt sich einzulassen nicht schuldig, sondern man befugt ist, den auctorem auf das quæstionirte Testament und dabey annectirte pacta zu verweisen.

Dahero auch der dritte Satz hieher nicht gehö- 32
ret, und es a statu controuersiæ alienum anzusehen:

Ob diese Grafschaft an fremde Häuser libere veräussert sey oder nicht?

Weil es doch gewiß ist, daß es an fremde Häuser per successionem feminarum gefallen, welches sowol in der Person der Hertzogin Johannettä geschehen, als nunmehr durch den Sterbfall Hertzog Wilhelm Henrichs de anno 1741 an der ältesten Frau Tochter der Johannettä männliche Erben, nemlich an das Hoch-Fürstl.

Marggräflich-Anspachische Haus nach dem quæstionirten Testament erfolget, ja wie solche Grafschaft selbsten der Frau Hertzogin von Hessen-Philippsthal Durchl. an ein fremdes Haus zu bringen suchet.

Wiederum die Frage hieher nicht gehöret:

Ob und wie weit die Hertzogin Johannetta die gedachte Grafschaft erst neuerlich acquiriret?

Ob sie wol dafür gehalten, daß, da sie solche und ihre selige Frau Mutter mit unerschwinglichen Kosten erst vindiciren müssen, es gehalten werden müsse, als wenn sie solche von neuem acquiriret, welches nunmehro nicht angefochten werden kan, da das quæstionirte testamentum einmal als lex domus perpetua von so vielen Jahren gehalten ist. Endlich abermal ein wunderlicher Satz ist, daß die Hertzogin nicht als Eigenthümerin, noch als prima inferens in domum Saxonicam anzusehen, da sie doch keine blosse usufructuaria gewesen, sondern durch Erb-Recht solches würcklich Erb- und Eigenthumlich acquiriret, und in solcher qualität es der auctor selbsten der Frau Hertzogin von Philippsthal zu acquiriren suchet, sie auch ohnstreitig solche Grafschaft am ersten in das Hertzogliche Haus Eißenach inferiret, und alle folgende successiones davon causam haben müssen, nachdem einmal das so sehr per pacta versiegelte testamentum Ioannettæ, als lex domus perpetua denen successoribus den Gehorsam auflieget, ja der Frau Hertzogin von Hessen-Philippsthal Durchl. solchen Gehorsam agnosciret, nachdem sie das Groß-Mütterliche Testament selbst pro fundamento successionis angenommen, und ex facto serenissimi patris annehmen müssen, also wiederum diese dritte proposition hieher nicht gehöret. So dann der vierdte Satz:

33 Daß das testamentum reciprocum de anno 1685 nicht anders als eine mera declaratio der durchgängig beybehaltenen üblichen successions-Ordnung des männ- und weiblichen Geschlechts zu achten sey,

nach dem Sinn der deduction offenbar falsch ist, dessen Gegentheil im Anfang der rationum decidendi bereits sub B. et G. gezeiget, und dargethan ist, daß die Hertzogin Johannetta von der gewöhnlichen successions-Folge nicht allein abgehen wollen, und sich dazu berechtiget gehalten, sondern davon würcklich per exclusionem filiarum des Manns-Stammes abgegangen sey, und darnach die bisherige Erb-Folge geschehen, welches auch nicht anders erfolgen mögen, angesehen, wenn man die gantze Erb-Folge bey dem Gräflich-Sayn-Hause ansiehet, wie sie in vorigen Zeiten geschehen, solche von denen alten teutschen Rechten, so sonsten noch bey denen meisten Gräflichen und Fürstlichen, ja auch adelichen Häusern conserviret ist, sehr weit abgegangen, und bereits im XIII. sæculo, in welchem schon in Teutschland laut der vielen alten diplomatum hin und wieder das Römische Recht eingeschlichen,

BOEHMER *tom. I. iur. eccles. tit. de constit. §. 33. et 48.*

nach diesem fremden Recht sehr incliniret, ja 34
bey der damaligen Unwissenheit der alten teutschen Rechte, die Vorfahren dieses Hauses solche Veränderung sich gefallen lassen, gestalt denn HENRICH II. MAGNVS genannt, im XIII. sæculo schon der testamenti factionem, quæ sola iuris Romani est, sich bedienet, und bey denen Vergleichen die Römischen Rechts-Gelehrten zu Rathe gezogen, wie die Beylage der gegenseitigen deduction sub n. 3. anzeiget, ibi: habito prudentum consilio, welche keine andere als der Römischen Rechte beflissene damals gewesen, welches auch die daselbst befindliche formul p. 23. anzeiget: Qui comitissæ stipulanti solenniter promiserunt, diese prudentes aber von Bononien ihre Weißheit mit nach Hause in Teutschland gebracht, in Teutschland hin und wieder bekant gemacht, und unter dem Römischen bekannten Namen κατ' ἐξοχὴν prudentes geheissen, deren Rath die alten Saynischen Grafen, nebst andern Gräflichen Häusern angenommen, dadurch auch die successionem des weiblichen Geschlechts gegen alle teutsche iuris principia beliebet, und angenommen, iedoch dem Manns-Stamm noch einigen Vorzug gelassen, so daß die gantze Erbfolge im Gräfl. Saynischen Hause für eine mixtur aus dem Teutschen und Römischen Rechte anzusehen, bey welchen auch die testamenti factio, Germanis olim plane inusitata, eingerissen, mithin auch diese nach den Römischen Rechten die Erbfolge reguliren müssen, beworab da durch solche mixtur keine geringe incertitudo iuris succedendi entsprungen seyn mag, wie ex testamento Ernesti der Johannettä Vater sub n. 31. der gegenseitigen Beylagen zu ersehen, und darinn eben das so genante Herkommen des Gräflich Saynischen-Hauses, daß sie testamentariam et successionem ab intestato, und diese zwar ex iure Romano et Germanico mixtam hergebracht, bestehet, solchergestalt aber zugleich, wie überall aus solcher mixtur erfolget, vielem Zweifel unterworfen gewesen, so daß die testamenta bey diesem Gräflichen Hause solchen zwar vielmals abgeholfen haben mögen, aber auch denen testatoribus die Freyheit verstattet haben müssen, die Ordnung der Erbfolgen nach vorkommenden Umständen intra familiam zu reguliren, und zu verändern, zumalen die Töchter kein ius succedendi radicatum et immutabile weder aus dem alten Teutschen noch anderer Völcker, vielweniger aus dem Römischen Rechte haben,

de LVDEWIG *cit. loc. c. 2. §. 14 sqq.*

und vornemlich bey solchen Häusern, in welchen 35
gar frühzeitig das Röm. Recht mit eingeschlichen, ja so gar auch der Römischen Formuln vielfältig in ihren Verträgen gedacht worden ist, welche von denen Römischen Juristen, als ihren Rathgebern, ihnen suppeditiret worden, wie absonder-

derlich aus der gegenseitigen Beylage sub n. 6. de anno 1294. pag. 31. zu ersehen, allwo folgende Formulen vorkommen:

Promittentes illis per solennem stipulationem, renunciamus insuper exceptioni doli mali, metus causa, et in factum, beneficio restitutionis in integrum - - - et omni suffragio iuris, legum, canonum, consuetudinum et statutorum auxilio.

36 Woraus man leicht wahrnehmen kan, welche vormals diejenige *prudentes* gewesen, welche die mixtur in der Erbfolge eingeführet, und verursachet haben mögen, daß die alte Teutsche Rechte bey der successiion in dieser Grafschaft, nach welcher die Töchter durante stemmate masculino gäntzlich ausgeschlossen, aufgehoben, das Römische Recht hingegen, so keine nothwendige Erbfolge absonderlich bey denen Töchtern verstattet, mit angenommen, und also auch die testamentariam dispositionem, quæ liberum stylum habet,

l. 1. C. de S. S. eccles.

sich gantz frühzeitig gefallen lassen.

37 Gleichwie nun nach diesem die fideicommissa familiæ ihre ohnstreitige Richtigkeit haben, also ist nicht abzusehen, was der auctor deductionis mit dem fünften Satz haben wolle:

Daß in dem testamento Iohannettæ keine substitutio fideicommissaria iuris ciuilis vel priuata weder expresse noch tacite noch præsumtive vorkomme, woraus sich einige ciuil-testamentliche exclusio des weiblichen Geschlechts vom Manns-Stamm schliessen liesse.

Indem man noch zur Zeit von keinem andern fideicommisso, so in testamentis geschehen, weiß, auch die maiores und deren Rathgeber oder prudentes gewust haben, als welches iuris ciuilis ist, zumal solche allein bey den Römern gebohren und erzogen, und in Teutschland mit der Zeit auch bey Gräfl. Häusern, wie nach den vorher angeführten Gründen in der Grafschaft Sayn, mit der testamenti factione angenommen, also auch nach keinem andern principio, als Römischen Rechte, nicht aber nach des auctoris principio cerebrino, zu beurtheilen sind, nach diesen auch die Hertzogin Johannetta sich berechtiget gehalten, ein fideicommissum familiæ zu stiften, und darinn die Erbfolge mit eben der Freyheit zu bestimmen, als ihre Vorfahren im XIII. sæculo sich der Freyheit bedienet, die Erbfolge guten Theils in Ansehen der Töchter nach dem Römischen Rechte einzurichten, und nur denen Söhnen darinn einen Vorzug zu lassen, also es gantz unbedachtsam ja verwegen herauskommt, die existentiam fideicommissi vel fideicommissariæ substitutionis sowol expressæ als tacitæ et præsumtiuæ, contra euidentiam rei zu leugnen, angesehen anfänglich die Hertzogin Johannetta ihren jüngern Herrn Sohn Johann Wilhelm zum Erben eingesetzet, und nach dessen seligen Hintritt (vor oder nach der Testatricin Tode wie die folgende Worte darthun) dessen ältesten Sohn, und nach demselben dessen Sohns-Sohn, und wann auch deren keiner vorhanden seyn würde, jetzt gedachten Johann Wilhelms andern und zweyten Sohn, und also fordes als lange dessen männliche Linie währet, substituiret, und nach der gesetzten Ordnung zu der Erbfolge in gedachter Grafschaft berufen, welche Bestimmung der successions-Ordnung, nach welcher die masculi einander succediren sollen, gantz genau mit der Natur der fideicommissorum familiæ, in welchen die gradus successionis, wie hier, bestimmet sind, übereinkommen: etenim in fideicommisso, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sunt: nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.

l. 32. §. 6. D. de legat. 2.

38 Wobey denn noch zweyerley eine besondere Achtung merituret, a) daß nach Abgang des Johann Wilhelms Manns-Stamm, dessen hinterlassenen Töchter oder weiblichen Erben gantz und gar nicht gedacht worden, vielmehr dieselbe durch die gleich weiter regulirte successiion ausgeschlossen sind, welches mit der imaginaria successionis ratione secundum morem Saynensis familiæ ab auctore deductionis supposita, et pro aris et focis propugnata nicht übereinkommt, nach welcher er so gar denenjenigen den Krieg angekündiget, welche denen Töchtern hierbey einen Gehorsam und Verbindlichkeit des Testaments oder contrariæ dispositionis auflegen wollen. b) Daß auf beyde Fälle, das ist, wenn Johann Wilhelm die Grafschaft Sayn ex testamento mit seiner männlichen posteritât überkommen, und endlich ausgehen, oder aber wenn er mit seinen männlichen Erben der Frau Mutter Tod gar nicht erleben würde, die fernere substitution des ältern Herrn Sohns Johann Georgen geschehen sey, wie die klaren verba formaliter also lauten:

Nach solcher Linie gäntzlichen Abgang aber, oder auf den Fall gemeldter Unser geliebter Sohn oder dessen männliche Erben unsern Tod nicht erleben solten,

in denenselben aber der erste casus indefinite zwar, aber doch sehr *expressiv* auf den gäntzlichen Abgang der Johann Wilhelms Linie gerichtet ist, so nicht anders concipiret werden kan, als wenn die successiion in des Johann Wilhelms Linie würcklich gekommen, weil auf solchen Fall sie erst abgehen kan, cum priuatio præsupponat habitum, ja kein vernünftiger Mensch statuiren wird, daß wenn auf den Abgang einer gantzen Linie jemand mit seinen männlichen Nachkommen substituiret ist, solches allein auf den casum: Si institutus heres non erit, zu restringiren sey; ob wol der ge-

genseitige auctor dahin incliniret, da doch der Abgang einer ganzen Linie viele casus successionis, vltra hominis vitam contingentes, in sich halten kan, und der da will, daß eine gantze Linie den Vorzug in succedendo vor dem *substituto* und dessen männlichen Nachkommen haben soll, nothwendig plures successionum gradus sich concipiren muß, zumal wenn der testator, wie hier bey der institutione Hertzog Johann Wilhelms geschehen, selbst die gradus successionis nach dem Recht der Erstgeburt exprimiret, und hernach erst die substitution des andern Erben mit seinen Nachkommen männlichen Geschlechts hinzu setzet; Quando enim testator de sola linea masculina mentionem in substitutione fecit, voluisse censetur, vt bona per continuam in linea masculina successionem conseruentur, feminis exclusis.

PEREGRIN. *de fideicom. art. 25. n. 26. 47.*

FVSAR. *de fideicom. substit. quæst. 346. n. 13.*

Welche consideration doch den auctorem der deduction nicht bewegen mögen, ein fideicommissum familiæ alhier sich zu concipiren, weil solches Römisch sey, er aber viel lieber eine directam in solchen Worten allein antreffen will, als wenn solche nicht ebenfalls Römisch zu achten, oder priuata et ciuilis sey, beyde auch in testamentis illustrium, wo solche hergebracht, gantz gebräuchlich sind. 39 Und wie nun beyde substitutionum genera bey dem Manns-Stamm der beyden Durchlauchtigsten in- und substituirten Söhne veste gesetzet ist, also nicht anders vernünftig zu concipiren stehet, als daß die Testatrix serenissima ebenfalls die folgende substitution auf den vorher gesetzten Fuß, und beyde Fälle, exclusis filiabus ex masculina linea, thun wollen:

> Daß woferne nach GOttes Schickung beyde unsere geliebte Söhne, und deren männliche posterität ohne männliche Leibes-Erben mit Tode abgehen würden, alsdann unser Antheil der Grafschaft Sayn auf unsere beyde geliebte Töchter Frau Eleonoren Erdmuth Louise Hertzogin zu Sachsen, und vermählte Marggräfin zu Brandenburg ꝛc. und Printzessin Friderica Elisabeth, sie hätte gleich männliche Erben oder nicht, zu gleichen Theilen, oder auch da deren nur eine im Leben, auf selbige allein fallen solle ꝛc.

40 Wie nun diese Worte in compendio sich auf die vorher berührte Todes-Fälle referiren, und dieselbe nach als verba relatiua ex *præcedentibus* erkläret werden müssen, also verstehet sich von selbsten, daß die ersten Worte, welche den casum extinctæ prosapiæ masculinæ designiren und ausdrucken, von beyden Fällen, wenn solcher casus vor oder nach der Testatricin Tode sich ereignen, oder die prosapia masculina ex dispositione materna die Grafschaft Sayn Altenkirchen überkommen solte oder nicht, zu verstehen sey, als welche beyde Fälle kurtz vorher bey denen Durchlauchtigsten Söhnen ebenfalls gebrauchet worden, und dahero abermals nicht geläugnet werden kan, daß hier ein verum fideicommissum unice ex dispositione materna dependens vorhanden sey, in solchem so gar des Manns-Stamms weibliche Erben ausgeschlossen, der Testatricinnen Frau Töchter denenselben vorgezogen, und die sonst gewöhnliche Erbfolge ab intestato hindangesetzet und verändert sey, allermassen im ersten Fall, wenn der Manns-Stamm mit Hinterlassung weiblicher Erben ante testatricem abgegangen, diese die Frau Groß-Mutter nicht erben, sondern mit der ihnen beschiedenen Abfindung zu frieden gewesen seyn müssen: wiederum wenn die Söhne die quæstionirte Grafschaft ex dispositione materna post mortem testatricis überkommen, und ohne männliche Erben abgegangen, alsdann abermal, mit Hindansetzung der weiblichen Erben des Manns-Stamms, denen substituirten Frau Töchtern der Testatricin und deren Nachkommen vtriusque sexus die succession allein zugestanden. Endlich weil die 41
Testatrix die quæstionirte Grafschaft bey ihrem Leben bereits ihrem jüngern Herrn Sohne Johann Wilhelm, laut der punctation de anno 1697 §. 6. in denen Beylagen der gegenseitigen deduction sub n. 69. völlig und unwiderruflich abgetreten, und sich nur bey Entsehung der von ihm *posteriren*den descendenten (oder des Manns-Stamms, als welchem allein die succession in dem testamento Ioannettæ zugestanden) den Rückfall vorbehalten, dabey aber zugleich verordnet, daß das testamentum reciprocum in seinem unveränderten valor unwiderruflich gelassen werden solle, also daraus abermal von selbsten folget, daß wenn der casus des Rückfalls erfolget, alsdann die beyden Frau Töchter, oder eine von ihnen, solche Grafschaft unmittelbar von der Testatricin, mit Hindansetzung der weiblichen Erben des Manns-Stamms, überkommen haben würden, gleichwie dieser reseruirte Rückfall selbsten des Hertzogs Johann Wilhelms Töchter, die ihm sonsten nach dem Herkommen succediren müssen, ausgeschlossen, und die Grafschaft wieder an die testatricin turbato mortalitatis ordine gebracht haben würde. Dahingegen wann der Rückfall nicht erfolget, (wie er denn nicht erfolget) gleichwol nach der Testatricin Tode der männliche Stamm abgegangen, alsdann die succession nothwendig an die beyden Frau Töchter der Testatricin und deren Nachkommen vorgeschriebener massen kommen, und abermal die weiblichen descendenten den Manns-Stamm ausschliessen müssen, als welchem gantz deutlich in diesem casu nur die Abfindung beschieden worden, weil durch solches pactum die im testamento bestimmte Erbfolge nicht geändert, vielmehr dieselbe nach wie vor zum Grunde geleget, und dahero alle und iede casus successionis darnach reguliret werden müs-

müssen, welches alles darneben denen verbis testamenti et pacti dergestalt gemäß ist, daß daraus des auctoris der deduction wunderlicher Satz von selbsten zerfället, und man vielmehr im Gegentheil sagen muß, daß in dem testamento Ioannettæ eine substitutio fideicommissaria, welche ohnedem sua natura ciuilis ist, et extra quam alia, nisi in cerebro auctoris deductionis, non existit, expressa hier verhanden, woraus eine civil-testamentliche Ausschliessung der Töchter des Manns-Stamms nicht allein zu schliessen, sondern so gar mit dürren Worten die Ausschliessung geschehen, und solchen nur ihre Abfindung gelassen, und ausgesetzet sey, zumal auf dem Fall, wenn nach Abgang des Manns-Stamms sowol ante als post mortem Testatricis auf die beyde Prinzessinnen, oder eine von denenselben, die succession fallen solte, diese dahin gewiesen sind, denen von beyden Prinzen herrührenden Nachkommen weiblichen Geschlechts ein gewisses Geld zum Abstand zu geben, mithin sie offenbar durch die substitutionem fideicommissariam der beyden Durchlauchtigsten Töchtere von der successione ihrer Herren Väter ausgeschlossen, ja noch bey Lebzeiten der Ioannettæ ausgeschlossen, nachdem dieselbe die quæstionirte Grafschaft bey ihrem Leben ihrem jüngern Herrn Sohn vollkommen abgetreten, und sich mit Beybehaltung des Testaments, den Rückfall selbsten vorbehalten, wodurch gedachter massen dessen leibliche Töchter ausgeschlossen seyn würden, wenn derselbe
42 erfolget wäre. Wobey denn noch absonderlich zu mercken, und als gantz remarquable anzusehen, daß die Hertzoginne Ioannetta gantz andere und höhere Achtung für ihre beyden Töchter als für des Manns-Stamms nachgelassene Töchter und Erben weiblichen Geschlechts, geführet, angesehen sie diese nur mit 12000 Rthl. Abfindung, sine vlla spe succedendi, überhaupt versehen, jene aber nicht allein nach Abgang des Manns-Stamms zur successiou berufen, sondern auch noch ehe und bevor sie zur successiou kommen möchten, mit 8000 Rthl. worin sie dieselbe so gar zu Erben mit eingesetzet, bedacht, dadurch aber zugleich ein neues eclatantes argumentum für die Hochfürstliche Anspachische successiou in dem ietzt erfolgten casu an die Hand gegeben; angesehen die serenissima Testatrix in ihrem Testament de anno 1685 hiervon gar bedencklich disponiret:

Damit dann auch hocherwehnte unsere Frau und Prinzessinnen Lbden Lbden so bald ietzo, und ehe die vorgesetzte Fälle der *successiou* an sie gelangen dürfren, gebührend bedacht seyn, und durch unsere mütterliche Vorsorge unseres letzten Willens zugenieſſen haben mögen, so wollen wir denenselben und zwar einer ieden 8000 Rthl. per titulum institutionis vermacht haben, selbige von dem Besitzer der Grafschaft Sayn binnen drey Jahren, iedoch ohne Verzinssung, zu erheben ꝛc. ꝛc.

aus welchen Worten man wahrnehmen kan:

a) Daß die Testatrix wegen der künftigen erst zuerwartenden successiou inzwischen gleich vorietzo die beyden Frau Töchter mit 8000. Thlr. versorgen, und sie darin zu erben so fort a tempore mortis benant haben wolle.

b) Daß iedoch dabey in gesetzten Fällen sie zur successiou vociret habe, welches die beyden casus sind, da entweder der Manns-Stamm den Tod der Johannetta nicht erleben, oder aber erleben succediren und abgehen solte.

c) Daß ehe die vorgesetzte Fälle der *successiou* an sie gelangen würden, sie per modum institutionis 8000. Thlr. und also nach dem Tode der Hertzogin Johannettä haben und geniessen:

d) Daß solche Gelder der Besitzer der Grafschaft Sayn auszahlen solle, und also kein anderer casus darunter begreiflich, als wenn einer vom Manns-Stamm der Testatricin Tod erleben, und die Grafschaft überkommen würden.

e) Daß dem ohnerachtet die vorgesetzten Fälle der *successiou* an sie gelangen solten, welche Worte sich ad præcedentia offenbar referiren, und den Fall absonderlich auch mit andeuten, da nach Abgang des Manns-Stamms post mortem Testatricis sie ad successionem beruffen und verbunden sind, denen Töchtern des abgegangenen Manns-Stamms die bestimmte Abfindung zu præstiren, daß es also offenbar falsch ist, was der oft gemeldete auctor vielhältig nach seinem imaginario Systemate de directa subſtitutione supponiret, daß, so bald eine von dem Manns-Stamm zur successiou gelanget seyn solte, alsdann die subſtituirte Töchter völlig ausgeschlossen seyn würden weil sie nur in casum, si heredes non erunt masculi, subſtituiren worden.

Daß nun auch ferner diese weibliche Erben des 43
Manns-Stamms tacite et præsumtiue in denen mit klaren Worten nicht bestimmten Fällen ausgeschlossen, hergegen die descendenten der beyden Frau Töchter ihnen vorgezogen worden, sich deutlich finden wird, wenn wir zuförderst voraussetzen, daß diejenige Ausschliessung der Töchter als tacite geschehen zu seyn erachtet werden müsse, welche, ob sie zwar mit ausdrücklichen Worten nicht ausgedrucket, doch aus klaren ausgedruckten Sätzen durch wichtige und zureichende Schlüße heraus gebracht werden kan, cum etiam verbum: ex legibus, ficaccipiendum sit, tam ex legum sententia, quam ex verbis,

l. 6. §. 1. de V. S.

quod inprimis in fideicommissis obseruandum, quæ magis ex voluntate defunctorum æstimanda, et sic pinguiorem naturam præ legatis,

legatis, quæ olim stricte secundum verba accipiebantur, acceperunt,

§. 3. I. de legat.

welches zu erinnern überflüßig gewesen wäre, wenn nicht zum Besten des auctoris der deduction, welcher überall eine callidam interpretationem, verbis tantum inseruientem, gern einzuführen, und den wahren Verstand des testamenti der Ioannettæ zu verrücken und zu verkehren bemühet ist, dieselbe nöthig gewesen. Dagegen man ihm dasjenige, was CICERO lib. II. de invent. saget, auf das beste recommendiret haben will: nulla res, neque legibus, neque scriptura vlla, denique nequidem in sermone quotidiano atque imperiis domesticis recte potest administrari, si vnusquisque velit verba spectare, et non ad voluntatem eius, qui verba habuerit, accedere; dabey er denn auch bemercket, daß vieles in Gesetzen übergangen, und nicht deutlich ausgedrucket sey, welches aber doch aus denenjenigen, so ausgedrucket, verstanden werden könne, da er saget: in legibus multa præterita sunt, quæ idcirco præterita nemo arbitretur, quod ex ceteris, de quibus scriptum sit, intelligi possint.

44 Diesem principio denn zu folge, bey dem casu non expresso sed subintellecto, wenn nemlich keine von denen Durchlauchtigsten Töchtern den Abgang des Manns-Stamms erleben solten, welcher hier wircklich erfolget, da die Durchlauchtigste Marggräfin von Anspach noch vor ihrer Frau Mutter anno 1696, die Hertzogin von Sachsen-Weissenfelß aber nach ihrer Frau Mutter anno 1730, und also vor dem Abgang des Manns-Stamms, so in anno 1741 existiret, verstorben, zuförderst dasjenige, so deutlich und klar in dem testamento Ioannettæ und dem darauf sich gründenden pacto de anno 1699 ausgedrucket, zu præmittiren, und was daraus durch klare deutliche Schlüsse gebracht werden muß, anzuzeigen ist, quod illa, quæ ex expressis intelligi possunt, pro præteritis haberi non debeant, und dann das testamentum Ioannettæ anfänglich klare Maaß und Ziel giebet, welcher gestalt bey dem Manns-Stamm eine Linie der andern nach dem Recht der Erstgeburt substituiret, und diese substitutio, wie vorhin gezeiget, und besonders aus dem Testament §. damit denn auch, vorhin dargethan ist, so wol auf den Fall, wenn des jüngsten Herrn Sohns Johann Wilhelms Linie abgehen solte, so von dem casu successionis realiter factæ zu verstehen, als auf den casum, wenn er oder dessen männliche Erben den Tod der Testatricin nicht erleben solte, in gedachten Testamente gerichtet worden, darauf denn ferner verordnet, daß, woferne beyde Söhne und deren männliche posteritæt ohne männliche Leibes-Erben vorgedachter massen, und also auf beyde Fälle mit Tode abgehen würde, alsdann die quæstionirte Grafschaft auf die beyden Töchtere, Frau Eleonora Erdmuth Louise Hertzogin zu Sachsen und vermählte Marggräfin zu Brandenburg und der Prinzessin Friderica Elisabetha:

Sie hätten gleich männliche Erben oder nicht

zu gleichen Theilen, oder auch, da derer nur 45
eine noch im Leben, auf selbige allein fallen, denen Nachkommen weiblichen Geschlechts von Manns-Stamme aber einen gewissen Abstand reichen sollen. Hierauf denn ferner disponiret worden, wie es gehalten werden solle, wenn beyde Durchlauchtigste Töchtere solchen Fall erleben, und die successiõn in der Grafschaft antreten solten. Wenn ferner hiernächst die Printzeßin Friderica Elisabetha unverheyrathet, oder auch sonsten eine Derselben ohne einige Erben abgienge, daß nemlich alsdann die noch lebende andere Tochter in derselben Antheil succediren solle, worauf denn ferner folget:

> Hätte sie (die Verstorbene von denen beyden Töchtern) aber nur allein Töchter hinterlassen, und die noch lebende hätte einen Sohn am Leben, so soll derselbe seiner Frau Mutter und Frau Mutter Schwester succediren, auch durch ihn das ius primogenituræ unter seinen Nachkommen männlichen Stammes fortgeführet, in Mangel der von ihm posterirenden männlichen Erben aber, nicht weniger unter denen Weiblichen, da deren vorhanden, es also gehalten werden, daß, zu Verhütung schädlicher Zergliederung des Landes, diejenige, so nach dem Recht der Erstgeburt folgen wird, die würckliche successiõn haben solle.

Woraus man dann wahrnimmt, daß nach Abgang des Manns-Stamms, und deren linealsuccessiõn, ebenfalls bey den beyden Frauen Töchtern und deren Nachkommen die linealsuccessiõn nebst dem Recht der Erstgeburt eingeführet, der Manns-Stamm den weiblichen Erben vorgezogen, und also ebenfalls dieser Töchtere lineen per viam fideicommissi zur successiõn beruffen sind, dergestalt also die Absicht der Testatricin gewesen seyn muß, das fideicommissum nach Abgang des Manns-Stamms in der beyden Frauen Töchtere Nachkommen zu continuiren. Und obwol der Fall, wann beyde oder eine den Abgang des Manns-Stamms erleben würden, unter ihnen beyden iure singulari allein gesetzet, der andere Fall aber, wenn keine von beyden den gedachten Anfall erleben, aber doch Söhne hinterlassen solte, nicht specifice ausgedrücket, sondern prætiriret zu seyn scheinet, dennoch derselbe nicht so fort pro præterito zu halten, wenn man consideriret, daß anfänglich gantze Linien einander, habita ratione primogenituræ, substituiret, daß nach Abgang des Manns-Stamms der beyden Frauen Töchter Linien mit Vorzug des Manns-Stamms et sub lege primogenituræ beruffen sind, nur aber der casus specialiter und besonders bestim-

met

met ist, wie es, wenn etwa beyde Töchter oder eine derselben den Anfall erleben würden, gehalten werden solte, zumal es sich alsdann zutragen könne, daß beyde oder eine in solchem Fall männliche Erben hätte, gleichwol die Testatrix das ius primogenituræ nebst dem Vorzug des Manns-Stamms auch bey den beyden Töchtern statt finden lasse, und also daraus geschlossen werden könne, daß mit Hindansetzung der Mütter oder beyden Töchter, der erstgeborne Sohn von der ältesten Frau Tochter die succession prætendiren möchte, dahero zu Abschneidung dieses Zweifels die Durchlauchtigste Testatrix verordnet, daß diesem ohngeachtet, die beyden Töchtere, oder auch da deren nur eine im Leben,

Sie hätten gleich männliche Erben oder nicht,

auf selbige die quæstionirte Grafschaft allein fallen, und ihre männliche Erben ob prærogatiam sexus, ihnen nicht vorgezogen werden solten, welches hauptsächlich alsdann Zweifel erregen könne, wenn die eine Tochter, als bey der Marggräfin von Anspach würcklich geschehen, mit Hinterlassung eines Printzen verstorben, deren Schwester aber noch den Abgang des Manns-Stamms erlebet hätte, in welchem Fall es ohne Zweifel Streit erreget haben würde, ob nicht der filius ex filia primogenita der vorher verstorbenen Frau Marggräfin von Anspach der Materteræ vorgezogen werden müste?

46 In dieser Absicht also und aus keiner andern die Testatrix die sehr merckwürdige claufulam:

Sie hätten gleich männliche Erben oder nicht,

hinzu gesetzet, aber auch dabey ihre Willens-Meinung an den Tag geleget, daß, gleichwie bey dem Manns-Stamme die gantze posteritas masculina berufen worden, also auch bey beyden Töchtern (iedoch mit dem Vorzuge in der succession, wenn singulari prorsus casu sie beyde oder deren eine den Anfall erleben solte) die gantze posteritas masculina secundum ordinem iuris primogenituræ, ja auch nach deren Abgang die weiblichen Erben ebenfalls nach dem Recht der Erstgeburt berufen seyn, und darinnen einen Vorzug vor dem weiblichen Geschlecht des Manns-Stamms haben solten, anderer gestalt, und wenn wir die gedachte clausul nach dem Sinn der Frau Testatricin nicht solchergestalt erklären, dieselbe impertinent sine omni effectu, ja gantz ohne raison dabey gesetzet seyn würde, welches in tam illustri dispositione nicht zu præsumiren, vielmehr eben daraus zu schliessen, daß die Testatrix als richtig voraus gesetzet habe, wie bey dem Manns-Stamm bereits geschehen, daß wenn beyde von denen Töchtern den Anfall nicht erleben würden, deren Söhne secundum ius primogenituræ zur succession gelassen, iedoch wenn eine etwa übrig seyn solte, solche diesem vorgezogen werden müste. Allermassen denn die serenissima Testatrix überflüssig geachtet, die linealem successionem derer beyden Frau Töchter wiederum auf eben die Art, wie bey dem Manns-Stamm geschehen, zu wiederholen, nachdem sich diese substitution auf die vorhin deutlich erklärte substitutionem masculinæ lineæ fideicommissariam bezogen, und daraus verstanden werden mögen, iedoch nur dieses dabey zu erklären übrig gewesen, wie es alsdann zu halten sey, wann casu extraordinario et singulari es geschehen solte, daß eine von denen Töchtern mit Hinterlassung eines Sohns versterben, die andere Tochter aber den Anfall erleben solte? Da man denn aus denen ausgedruckten Worten: 47

Sie hätten gleich männliche Erben oder nicht,

den casum verbis expressis haud designatum gantz klar und deutlich herausbringen kan, vt pro præterito, wie der auctor der gedruckten deduction meinet, haberi non debeat, hierüber nicht einsten nöthig ist, dabey allein stehen zu bleiben, nachdem die Hertzogin Johannetta in dem Vertrage zwischen ihr, und ihrem jüngsten Herrn Sohne Johann Wilhelm de anno 1699 selbst die Erklärung von diesem casu und zwar zu der Zeit gethan, da die älteste Frau Tochter, die Marggräfin von Anspach bereits drey Jahre vorher verstorben, und also der casus vorhanden war, da diese einen Sohn hinterlassen, und die jüngste Printzessin Tochter noch am Leben war, dahero der Hertzog Johann Wilhelm nach dem eigentlichen Sinn seiner Frau Mutter ihr Testament folgender Gestalt selbsten, und also erkläret:

> Jedoch daß nach Abgang unsers männlichen Stamms unserer freundlich geliebten Frau Schwester Lbden (der Hertzogin von Weissenfels) die succession unverrückt verbleibe, wobey wir auf begebenen Fall, da unser männlicher Stamm abgienge, für unsere hinterlassene Kinder weiblichen Geschlechts zu Dero gäntzlichen Abfindung der Grafschaft halber 12000 Rthl. binnen drey Jahren zu bezahlen, hiemit bedungen.

Darauf die Hertzogin Johannetta selbst fernere und deutlichere Erklärung folgender Gestalt hinzu gesetzet:

> Auch wir die verwittwete Hertzogin hiezu so wol unsere freundlich geliebte Frau Tochter, als auch unserer ältesten nunmehro sel. Tochter Printzen, wenn die succession auf ihn verfallen würde, kraft dieses wollen verbunden haben.

In welchen Worten zweyerley hauptsächlich ausgedruckt, als erstlich, daß wenn nach Abgang des Manns-Stamms vor oder nach der Ioannettæ Tode (als auf welche beyde casus die Testatrix, wie vorhin gezeiget, substituiret) die Hertzogin von Weissenfels zur succession

vor dem Printzen der ältesten Frau Tochter gelangen solte, sie alsdenn die 12000 Rthl. denen weiblichen Erben Hertzogs Johann Wilhelms auszahlen, zum andern aber, daß wenn dieselbe den Anfall nicht erleben, und die successionauf der Hoch-seligsten Frau Marggräfin Printzen verfallen würde, dieser sodann zur Auszahlung der 12000 Rthl. verbindlich zu achten, die Testatrix dannenhero gantz deutlich dafür gehalten und vorausgesetzet, daß der vorher verstorbenen ältesten Frau Tochter, der Frau Marggräfin von Anspach Printz, nach Abgang der jüngsten Frau Tochter succediren müsse, und sie, die Testatrix, nicht allein in ihrem Testament auf den casum reflectiret, wenn beyde Printzessinnen Töchter oder eine von denselben den Abgang des Mannes-Stammes erleben würde, sondern Dero beständige Willens-Meinung gewesen, daß wenn auch beyde vor ihr versterben solten, deren männliche Erben nach dem iure primogenituræ zur successionen gelassen werden müsten, allermassen denn nach diesen Worten zwey Fälle sich zutragen können, als erstlich, daß die jüngste Frau Tochter noch zur successionder quæstionirten Grafschaft gelanget sey, in welchem Fall sie die 12000 Rthl. an die weibliche Erben des Manns-Stamms alleine bezahlet haben, nach ihrem Tode aber unstreitig vi testamenti die successionem dem Durchlauchtigsten Printzen von Anspach angefallen seyn würde: Zum andern aber, wenn die jüngste Frau Tochter, wie geschehen, vor Abgang des Mannes-Stammes verstorben seyn solte, alsdenn erst der casus sich ereignen können, daß der gedachten ältesten Frau Tochter der Marggräfin von Anspach eintziger Printz zur successionen gelangen und verbindlich seyn können, die 12000 Rthl. an die weibliche Erben des Manns-Stamms zu bezahlen, als welches der eintzige casus ist, worinnen diese Verbindlichkeit auf ihn fallen würde, zumal, wenn die Hertzogin von Weissenfels als jüngste Frau Tochter den Anfall selbsten erlebet, sie allein diesen Abstand zahlen müssen, nach ihrem Tode aber der vorgedachte Printz von Anspach, ohngeachtet er ihr succediret, davon frey geblieben wäre, also per rerum naturam kein anderer casus, da er zu Bezahlung der gedachten 12000 Rthl. verbunden seyn solle, concipiret werden kan, als wenn die jüngste Frau Tochter, die Hertzogin von Weissenfels, den Abgang des Manns-Stammes nicht erleben würde, da er alsdenn, weil ihm mit klaren Worten die successionin diesem pacto beschieden, auch das onus in Bezahlung der 12000 Rthl. tragen müssen, welches eben der casus ist, so sich würcklich nach dem Tode des Hertzogs zu Eißenach Wilhelm Heinrichs zugetragen, und nach den angeführten Worten, so wol die successionauf den Durchlauchtigsten Margaraf von Anspach gefallen, als die leibliche Frau Schwester des gedachten verstorbenen Hertzogs von Eißenach der Frau Land-Gräfin von Hessen-Philippsthal Durchlaucht mit dürren Worten ausgeschlossen ist, nachdem der Herr Marggraf von Anspach verbunden worden, ihr zur gäntzlichen Abfindung 12000. Rthl. zu bezahlen. Woraus denn abermal sich hervor thut, daß der ietzige casus, so würcklich existiret, keinesweges pro præterito zu halten, sondern theils durch klare Schlüsse aus demjenigen, was im Testamente verordnet, heraus gebracht werden kan, theils auch durch die in anno 1699 erfolgte Erläuterung der Durchlauchtigsten Testatricin selbsten angezeiget, und mit Fingern darauf gewiesen ist, solchergestalt also alle cavillationes des auctoris der gedruckten deductionhinwegfallen;

Welches sich auch in dem sechsten und siebenden Satz gegen die klaren Worte und Willens-Meinung der Durchlauchtigsten Testatricin hervor thut, zumal es offenbar falsch ist, daß in diesem Testamente und dem vorgedachten Vertrag de anno 1699 der testirenden Person oder der Hertzogin Johannetten Tod zum alleinigen Vorwurfe genommen sey, und also der Testatricin Töchter mit Dero männ- und weiblichen Nachkommen anderst nicht, denn nur auf den Ueberlebungs-Fall, wenn der Manns-Stamm, wider Verhoffen, vor der Testatricin ausgegangen seyn würde, zugleich oder einzeln subordiniret worden, da doch bishero deutlich dargethan, daß hier α) gantze Linien einander substituiret, qualis substitutio plures gradus inuoluit, et sic fideicommissaria est: bey dem Manns-Stamm β) beyde casus so wol auf den gäntzlichen Abgang der männlichen Linie des Hertzogs Johann Wilhelms, als auch auf den casum, wenn dessen männliche Erben der Ioannettæ Tod nicht erleben solten, wie die ipsissima verba testamenti lauten: γ) absonderlich aber grundfalsch ist, daß die beyden Frauen Töchter der Testatricin anders nicht als auf Erlebungs- oder Ueberlebungs-Fall, wenn der Manns-Stamm wider Verhoffen vor der *Testatricin* ausgegangen seyn würde, substituiret worden, allermassen auf diesen Umstand die substitution der Töchter nicht restringiret, noch im Testament daran gedacht ist, daß die Töchter sowol den Tod der Frau Mutter als den Abgang des Manns-Stamms præcise erleben müsten, da eines theils denen beyden Frau Töchtern im gedachten Testamente, ehe die vorgesetzte Fälle der *successionan* sie gelangen dürfen, inzwischen 8000 Reichs-Thaler legiret sind, welche ihnen der Besitzer der Grafschaft, qua realis successor, auszahlen solle, und also darinnen deutlich præsupponiret wird, daß noch nach diesen empfangenen 8000 Reichs-Thalern die successionin vorgesetzten Fällen (quæ verba relativa sunt) an sie gelangen können, wie ad propositionem quintam weiter ausgeführet ist; andern theils so gar der vorher verstorbenen Töchter Söhne nach Abgang des Manns-Stamms mitvociret sind, wie solches der Vertrag de anno 1699 erläutert und darthut, daß, weil die älteste Frau Tochter vor der Testatricin mit Hinterlassung eines Printzen verstorben, die Testatrix 48

Ioan-

Joannetta den casum als unstreitig angeführet, daß die succession ex testamento auf ihn fallen könne, und zwar also, daß die weibliche Erben des Manns-Stamms noch nicht abgefunden, und ihren Abstand von der jüngsten Printzessin noch nicht bekommen hatten, als welchen casum offenbar die Johanneta in dem gedachten Vertrag de anno 1699 præsupponiret, und eben deswegen den gedachten Printzen darzu verbindet, welches der sich ereignete Fall nach des Hertzogs von Eisenach Tode gewesen, zumal wenn die Hertzogin von Sachsen-Weissenfels, Friderica Elisabetha, den Abgang des Manns-Stamms erlebet haben solte, diese ohnstreitig zur succession gelangen, und zur Abfindung der gedachten weiblichen Erben in compensation, daß sie von der succession ausgeschlossen, die Printzessinnen aber ihnen vorgezogen, verbunden gewesen seyn würde, und wenn solches geschehen, der gedachte Printz nicht abermal darzu verbunden seyn können, dieserwegen die Worte des Vertrags:

Wenn die succession auf Ihro verfallen würde,

den eigentlichen casum der allernächsten *successionis* ex substitutione materna vel auiæ dadurch bestimmen, daß sie denselben zu dem gedachten Abstande verbunden habe, das ist, wenn die jüngere Frau Tochter, die Hertzogin von Weissenfeß, vor Abgang des Manns-Stamms auch nach ihrer Frau Mutter versterben solte; welches am allerdeutlichsten noch daraus ferner erhellet, daß gleich darauf die Hertzogin Johanneta in dem vorgemeldeten Vertrag diesen casum noch insbesondere bestimmet, und also declariret:

> Und sollen, wenn jetzt ermeldete unsere Frau Tochter (Friderica Elisabeth) keinen männlichen descendenten, sondern Printzessinnen hinterlassen würde, denenselben von unserer ältesten Frau Tochter Printzen, bey erlangter succession, ebenfalls 12000 Thlr. zur Abfindung binnen drey Jahren bezahlet werden.

Welche Worte so deutlich sind, daß sie durch keine Sophisterey sich verdrehen lassen können, sondern anzeigen, a) daß in dem gesetzten Fall, wenn die jüngere Frau Tochter post restitutam ex fideicommisso hereditatem nur Printzessinnen hinterlassen solte, alsdenn der vorgemeldete Printz nach dem Testament, welches dadurch erläutert wird, zur succession kommen würde: b) daß er alsdann denen hinterlassenen Printzessinnen der jüngsten Frau Tochter für den Abstand, daß sie von der succession in der quæstionirten Grafschaft ausgeschlossen werden solten, ebenfalls 12000 Thlr. zur Abfindung binnen drey Jahren bezahlen solle.

49 Bey solchen klaren Verordnungen kan nun wiederum nicht zugegeben werden, was im achten Satz der auctor der gedruckten deduction fälschlich angeführet: daß in dem nicht Erlebungs-Fall derer beyden Töchter, oder wenn beyde Töchter den Abgang des Manns-Stammes nicht erleben würden, so wenig im testamento Joannettæ, als dem gedachten Vertrag de anno 1699 etwas verordnet sey, sondern alles der natürlichen Erbfolge unter dergleichen weiblichen Erben überlassen worden. Da doch eines theils bey dem fünften Satz das Gegentheil aus dem Testamente selbsten durch richtige Schlüsse heraus gebracht ist, qualia quæ sunt, pro præteritis haberi non possunt, wie Cicero an obgedachtem Orte gantz vernünftig raisonniret, andern theils die Hertzogin Johannetta in dem ietzt gedachten Vertrag die casus selber deutlich bestimmet, wenn entweder beyde Frau Töchter den Abgang des Manns-Stamms nicht erleben, oder aber die jüngste Frau Tochter solchen allein erleben solte. Anerwogen im ersten Fall der ältesten Frau Tochter Printz denen hinterlassenen weiblichen Erben des Manns-Stamms zu ihrer Abfindung, das ist, weil sie alsdenn von der Erbfolge ausgeschlossen seyn solten, 12000 Thlr. binnen drey Jahren bezahlen müste: im andern Fall aber, und so ferne die jüngere Frau Tochter die Erbfolge mit Hinterlassung Kinder weiblichen Geschlechts erhielte, und abginge, der gedachte Printz solche 12000 Thlr. denen hinterlassenen Printzessinnen der jüngsten Frau Tochter bezahlen müste, weil diese alsdenn die allernächste Erbfolge nach ihrer Frau Mutter Tode gehabt haben würden, wenn nicht nach dem Testament der Johannetta der Manns-Stamm secundum ius primogenituræ vorgezogen wäre, zu dessen compensirung ihnen nunmehro die 12000 Thlr. affigniret sind, gleichwie solche im ersten Fall denen weiblichen Erben des Manns-Stammes zugeeignet worden, eben um deswilligen, weilen sie von der Erbfolge des Manns-Stamms ausgeschlossen worden, und also in dessen compensation die 12000 Thlr. geniessen solten, dieserwegen auch der Frau Land-Gräfin von Hessen-Philippsthal Durchl. in dem nunmehro erfolgten successions-Fall als expresse ausgeschlossen zu halten, und nicht gesagt werden kan, daß alles der natürlichen Erbfolge unter dergleichen weiblichen Erben lediglich überlassen sey.

Woraus denn abermal der neundte irrige 50
Satz seine völlige Abfindung bekommt, und sich klärlich befindet, daß keine andere Fälle, als welche im Testament bestimmet gewesen, anderst eingetroffen, zumal, ob gleich Hertzog Johann Wilhelm würcklich zur successsion gelanget, und also seine Mann-Stammliche Linie allein fortgepflantzet, dieser casus dennoch in dem gedachten Testament der Johannettä mit klaren Worten bestimmet und verordnet worden, daß auf deren Abgang die beyden Frau Töchter, wenn sie solchen Abgang erleben würden, entweder zugleich oder eine alleine succediren, oder wenn beyde bereits verstorben, an dero männliche descendenten nach dem Rechte der primogenitur die Erbfolge fallen solle, der-

gestalt es wider die klare Verordnung des Testaments und gedachten Vertrages lauffet, daß das weibliche Geschlecht mit unter dem männlichen begriffen sey, nachdem jenes vielmehr von deren Erbfolge mit einer Abfindung von 12000 Thlr. gäntzlich ausgeschlossen, ihnen nicht einmal der ledige Anfall reserviret, ohne welche reseruation kein ius succedendi mehr übrig gewesen,

KELLENBENZ. *de renunc. success. q. 33. per tot.*

wie bey denen beyden Frau Töchtern zu ersehen, welchen, ehe die successiion an sie gelangen würde, 8000 Thlr. ex testamento Ioannettæ ausgezahlet werden müsten, jedennoch ihnen die successiion mit klaren Worten reserviret ist, und also der Manns-Stamm mit dessen Abgang allerdings für erloschen zu halten, welches alleine hier nach der Verordnung des Testaments und des gedachten Vertrages und nicht nach der successione ab intestato zu beurtheilen ist.

51 Und wie nun bey dem zehenden Satz es billig heisset: ex falsis præmissis sequitur falsa conclusio; also der in solchem Satz aus denen vorhergehenden offenbar falschen und irrigen præsuppositis gezogene Schluß hinweg fallen muß, daß nemlich der Johann Wilhelmischen Linie älteste, nächste, auch bereits herkommlich euentualiter mitbelehnte und mitbehuldigte Erb-Tochter die Frau Land-Gräfin von Hessen-Philippsthal Durchl. und deren Nachkommen sich des Vorrechts in der Erbfolge voritzo zu erfreuen habe, anerwogen dieselbe ja klar nach dem Vertrage de anno 1699. von der successiion ausgeschlossen, und mit 12000 Thlr. völlig, sine vlla reseruatione, abgefunden werden soll, und was dabey von euentualiter beschehener Belehn- und Huldigung angeführet ist, keine Achtung meritiret, als welche allemal den wichtigen successions-Fall, er mag kommen, wenn er wolle, unter der clausul: Saluo iure tertii et cuiuscunque, præsupponiret, wenn daher solche wider Vermuthen geschehen seyn solten, des Herrn Marggrafen von Anspach Durchl. im geringsten keinen Eintrag, noch der Frau Land-Gräfin von Hessen-Philippsthal Durchlauchtigkeit kein Vorrecht geben würden.

52 Da im Gegentheil bey dem XI. Satz allerdings dem Marggräflichen Anspachischen Hause die successions-Fähigkeit zugewachsen, und solches daraus zu behaupten ist, daß in dem Vertrag de anno 1699 der ältesten Frau Tochter, und der höchstseligen Frau Marggräfin von Anspach Printzen, die Abfindung der Töchter des Manns-Stammes iniungiret worden, nachdem eben solche deswegen geschehen, weil diese nicht succediren würden, noch könnten, sondern im Fall, da die beyden Frau Töchter der Hertzogin Johannettä vor Abgang des Manns-Stammes verstürben, die successiion alsdenn dem gedachten Printz ohnstreitig anfallen müste, gestalten denn die Abfindung mit den 12000 Thlr. propter exclusionem filiarum in eius compensationem offenbar, und nicht einmal, saluo regressu, geschehen ist.

Und da nun das Recht der Erbfolge von Seiten des Marggräflichen Hauses seine ohnstreitige Richtigkeit hat, also abermal der XII. Satz 53
ratione possessorii falsch seyn muß, da nicht allein des Herrn Marggraf von Anspachs Durchlaucht. nach denen ad acta gebrachten documentis, die possession legitimo modo am ersten ergriffen, sondern auch aus denen bishero angeführten momentis sich klar befindet, daß dieselbe potiora iura für sich haben, und nach dem Testament und darauf erfolgten declaration de anno 1699 bey der ergriffenen possession, secundum leg. ult. C. de edicto D. HADRIANI tollendo geschützet werden müssen, obwol der auctor der gedruckten deduction gottloser Weise, und wieder besseres Wissen und Gewissen, solches für eine invasion halten, und dadurch iedermann überzeugen will, daß er noch nicht, was eine inuasion sey, verstehe, gleichwol billig Bedencken tragen sollen, gegen grosse Reichs-Fürsten dergleichen unartiger und unanständiger Reden sich zu bedienen.

Ob nun wol, nach gäntzlicher Ablehnung 54
dieser XII. vom Gegentheil irrig angeführten Sätze, die gantze Sache dadurch an das völlige Licht gebracht, und also auch das aus dem VI. Capitel seiner deduction gegen die eingehohlten responsa angeführtes calumnias gäntzlich abgethan, und was er dagegen auf eine sehr verwegene Art mit Hindansetzung aller modestie vorgestellet, von selbsten hinweg fället, so will man dennoch in der Kürtze solche nach den vorhin ausgeführten momentis durchgehen, und deren Schwäche abermals zeigen. Gestalt denn wol seyn kan, daß dem auctori der gedruckten deduction die Ausschliessung des weiblichen Geschlechts vom Manns-Stamm als unnatürlich vorgekommen, weil sein gantzes Werck anzeiget, daß er keine ordentliche und natürliche Begriffe von dieser Sache und allen dabey vorkommenden Umständen gehabt, dahero alles, was seinen unordentlichen und höchst dunckeln Begriffen nicht gemäß, und ihme unbegreiflich geschienen ist, nicht anderst, als unnatürlich vorkommen können, da doch die successions-Fälle auf mancherley Art und Weise nach dem Gutachten und besonderer affection gegen diese oder jene von seinen descendenten der testatorum, absonderlich aber in fideicommissis, bestimmet werden können, und kein testator sich an gewisse Regeln dabey nothwendig zu binden hat, dergestalt es auf diejenige Ordnung der successiion allein ankommen muß, welche die Hertzogin Johannette selbsten klar und deutlich bestimmet, und das so viele Jahre agnoscirte testament nebst dem Vertrag de anno 1699 reguliret hat, worauf nunmehro gantz alleine, und nicht darauf, was etwa in casu successionis ab intestato nach dem Her- 55
kommen statt finden würde, gesehen werden muß, gestalt denn in diesem letzten Fall, das Herkommen in so weit prævaliren können, daß

nach

nach Abgang der Söhne, die Töchter des verstorbenen Erblassers, von den collateral-Manns-Erben und Vettern die successionem erhielten, als worinnen eben das Gräfliche Hauß Sayn in vorigen Zeiten ohne Zweifel durch der Röm. Juristen suggestion von dem alten teutschen Recht gantz abgegangen, darneben den usum testamentorum more iuris Romani in das Gräfliche Hauß eingeführet, und sich also dessen alles gefallen lassen, welches diesem Römischen instituto, durch welche sonst die übliche successionem in familiis verändert werden kan, gemäß ist. Welcher Freyheit sich auch die Hertzogin Johannetta bedienet, und deren beyde Herren Söhne, nebst der testatricin Gemahl expresse agnosciret, und approbiret, so, daß nunmehro dieses Testament als lex perpetua domus gehalten werden muß. Dagegen denn die rationes dubitandi nichts verfangen; anerwogen

56 ad 1) die Herren Lipsienses expresse in ihrem responso aus dem gantzen Zusammenhang des mütterlichen Testaments gezeiget, daß nicht sowol eine substitutio directa nur auf den Fall, wenn die substituirten Printzeßinnen den casum successionis selbst erlebten, als vielmehr ein fideicommissum familiæ überhaupt daraus abzunehmen sey: und also wenn auch die Durchlauchtigste testatricin auf den casum, wenn ihre Frau Tochter ihrer eigenen Person den Abgang der männlichen Linie nicht erlebeten, ausdrücklich nichts verordnet, sie dennoch die weibliche descendenten ihrer Herren Söhne denen Nachkommen ihrer Frau Tochter nicht vorgezogen, sondern sie vielmehr ausgeschlossen, und expressis verbis bey denen Herren Söhnen nur die masculinam posteritatem, bey denen Töchtern aber die männlichen und weiblichen Nachkommen beruffen, und durch diesen mercklichen Unterschied die Nachkommen von Söhnen und Töchtern keinesweges parificiren wollen, woraus wahrzunehmen, daß die Lipsienses von einer **ausdrücklichen mit klaren Worten verfassetem** *dispositon* allein zu verstehen, nicht aber, wie der auctor der deduction solche Worte gegen ihren Sinn paraphrasiret und verdrehet, (welches eben das cavilliren ist) anzunehmen, dabey aber dem auctori nur zu recommandiren ist dasjenige, was bey dem V. VI. und VII. Satz im Gegentheil angeführet ist, quod illa præterita nemo sanus dixerit, quæ ex expressis fluunt et legitime deduci possunt, dergestalt er leicht begreiffen wird, daß weder wir, noch die Lipsienses, nolentes volentes eingestanden, daß derjenige Fall, welcher hier anjetzo in quæstione ist, und sich würcklich zugetragen, in dem Testamente und dem Vertrag de anno 1699 völlig übergangen sey, derowegen wir bey den dreyen gedachten Sätzen nöthig befunden, dem gedachten auctori die Augen zu eröfnen, und ihm desto weitläuftiger vorzulegen, was in denen responsis in der Kürtze gefasset ist, welches hier zu wiederholen unnöthig, sondern daraus anzuzeigen genug ist, daß da dieser casus deutlich genug in faveur des Marggräflichen Hauses gegen Hessen-Philippsthal bestimmet und reguliret worden, es falsch sey, daß in diesem Fall der natürlichen Erbfolge alles überlassen sey, dessen Gegentheil bey dem VIII. Satz dargethan ist. Daß aber

ad 2) dasjenige, was von den beyden Töchtern in Abgang des Manns-Stamms disponiret worden, bloß von der concurrenz derer beyden Frau Töchter zu verstehen sey, ebenfalls unläugbar ist, wie der offenbare contextus zeiget, der aber dabey nicht bestehen geblieben, sondern auch den casum mit berühret, wenn beyde Töchter in ihrer Person die Erbfolge nicht erleben solten, gestalt denn der Vertrag de anno 1699 solches deutlich erkläret, auch die clausula testamenti:

Sie hätten gleich männliche Erben oder nicht,

selbsten anzeiget, welches wol bedächtlich und 57
eben zu dem Ende hinzu gethan ist, daß die dabey befindliche disposition nicht bloß von der würcklichen concurrenz der beyden Frau Töchter, oder wenn auch nur eine in ihrer Person den Anfall, nach Abgang des Manns-Stamms, erleben solte, anzunehmen sey, vielmehr auch solche statt finden solte, wenn gleich sie beyde die eine davon aber Söhne haben solten, oder nicht, als welche, ohngeachtet auf die männliche Erben der beyden Töchter nach dem iure primogeniturae vornemlich reflectiret worden, ihren Mutter und Mutter Schwester in tali concursu nicht vorgezogen werden solten, da hergegen zugleich mit angedeutet ist, daß, cessante tali concursu, und wenn beyde den Abgang des Manns-Stamms nicht erleben solten, der Manns-Stamm derer Frauen Töchter nach dem Recht der Erstgeburt, mit Ausschliessung derer Töchter des Manns-Stamms substituiret, und zu nichts weiter, als zur gäntzlichen Abfindung derselben mit 12000 Rthlrn., verbindlich seyn solten, wie der Vertrag de anno 1699 mit klaren Worten die Erläuterung davon giebet. Dieserwegen denn

ad 3) falsch ist, daß bey dem Manns-Stamm des Hertzogs Johann Wilhelms nicht einsten nöthig gewesen sey, des weiblichen Geschlechts mit zu gedencken, als welche unter dem Manns-Stamm mit begriffen; da doch das weibliche Geschlecht des Manns-Stammes in hac lineali substitutione fideicommissaria ausgeschlossen, der Ioannettæ Frau Töchter, und wenn auch nur eine den Anfall erleben sollen, ihnen vorgezogen, und sie zur Abfindung derer Töchter des Manns-Stamms nur verbindlich gemachet sind, welches auch in dem Vertrag de anno 1699 auf der bereits verstorbenen Frau Margarafin von Brandenburg Printzen mit dürren Worten extendiret, und abermals dadurch angedeutet ist, daß er des Manns-Stamms weibliche Erben ausschliessen solle, als welchen wegen der gäntzlichen Ausschliessung diese Ab- 58

findung beschieden worden. Wobey denn zugleich notable ist, daß diese substitution der beyden Frau Töchter in vtrumque casum, so wol auf den Fall des gäntzlichen Abgangs der männlichen Linie, welches nach der Ioannettæ Tode geschehen können, als auch auf den Fall, wenn Johann Wilhelms männliche Erben den Tod der Testatricin nicht erleben würden, gerichtet ist, ja sie solche nothwendig davon verstehen müssen, nachdem sie die gedachte Grafschaft bereits in anno 1697 ihrem jüngsten Sohne gäntzlich abgetreten und cediret, und also der casus: Si hæres non erit, nicht mehr ob anticipatam jam successionem existiren können, sondern sie nur den Rückfall sich vorbehalten, und dennoch dabey gewollt, daß es, diesem ohngeachtet, bey ihrem Testament verbleiben, und dessen Töchter auch in diesem casu ausgeschlossen seyn solten. Uebrigens man

59 ad 4) zwar nicht in Abrede ist, daß die Erbfolge der Töchter in Abgang der Söhne in dem Gräflich-Saynischen Hause hergebracht, aber dabey auch gewiß ist, daß die testamenti factio in dem gedachten Gräflichen Hause zugleich mit hergebracht sey, und wo solche anzutreffen gewesen, allein die succession darnach reguliret worden, wie gleich im Anfange der rationum decidendi dargethan, und zugleich gezeiget worden, daß die Serenissima Testatrix in ihrem Testament die gewöhnliche successionem ab intestato, inter eos, qui fuerunt de cognatione Saynensi, ändern wollen, würcklich geändert habe, und dahero das gedachte Testament pro simplici declaratione successionis ab intestato nicht zu achten, darneben ab iis, quorum interfuit, agnosciret, durch solenne Verträge befestiget, und bishero pro lege domus gehalten sey, bevorab da man selbsten gegenseitig das Testament der Hertzoginne Johannettä zum Grunde setzet, nur über den wahren Verstand desselben disputiret, und solches ex defectu potestatis um desto weniger nunmehro erst angefochten werden kan, da das Herkommen nur die succession ab intestato betrift, davon hier nicht die Rede ist, ein gleiches Herkommen aber dem Römischen Recht gemäß, so man bereits im XIII. seculo sich in dem Gräflichen Hause Sayn gefallen lassen, auch die testamenti factionem bestättiget, und dadurch zugleich die possessores der gemeldten Grafschaft berechtiget, in der successions-Ordnung derer von dem Gräflich-Saynischen Geschlecht eine Aenderung zu machen, wie sich denn dazu die Hertzogin Johannetta berechtiget gehalten, auch bey dem vierdten gegenseitigen Satz dargethan ist, daß das Herkommen im Saynischen Hause, sowol die successionem ab intestato als testamentariam, concerniret, und das Römische Recht, dessen Gelehrten man sich in diesen affairen schon in seculo XIII. bedienet, zum Haupt-Grunde dieses Herkommens in so weit habe, daß zum wenigsten unter denen Nachkommen und descendenten des Saynischen Geschlechts die dispositiones gelten müssen, ob gleich die Grafschaft in plane extraneos nicht gebracht werden können. Dabey denn

ad 5) der gegenseitige auctor sich um desto 60
weniger auf das Interesse der Lehn-Höfe berufen mögen, als welches eine exception de iure tertii ist, auch bey dergleichen Erb-Lehn solches Interesse cessiret, bevorab da dasselbe nicht ausser dem Geschlechte der Grafen von Sayn gebracht worden, der Lehn-Höfe Recht aber noch zur Zeit selbsten gestritten wird. Ferner

ad 6) ein richtiges suppositum ist, daß, 61
stante testamento et pacto, keine successio ab intestato allhier zum Grunde zu legen, da man ja selber gegenseitig diese dispositiones in hoc successionis casu controuers zum Grunde leget, und behaupten will, daß, weil von demselben (welches doch irrig ist) nichts im Testament enthalten, man solches nach dem ordentlichen Erbgange suppliren müsse, weil es zu præsumiren sey, daß die Testatrix eben diese Ordnung beybehalten, dergestalt also nach dem Testament solche abermal herzunehmen, wiewol bereits dargethan ist, daß dieser casus nicht pro præterito zu achten, und die Testatrix sich in ihrem Testament nicht nach dem gewöhnlichen Erbgange richten, sondern denselben ändern wollen, und also die Frau Landgräfin von Hessen-Philippsthal kein Recht aus dem gedachten Testament haben könne, sondern nach demselben mit der Abfindung zufrieden seyn müsse, welches so deutlich in testamento prædicto enthalten, daß der gegenseitige auctor es wohl ohnangefochten lassen wird.

Und weil ad 7) dieses Anspachische succes- 62
sions-Recht in testamento publice agnito et per pacta successoria confirmato gegründet, niemand zweifeln wird, daß das Hochfürstliche Anspachische Haus ein ius radicatum et quæsitum aus diesen Verträgen auch bey Lebzeiten der Hertzogen von Eißenach erhalten, welches die Ioannetta durch den Vertrag de an. 1699 mit ihrem jüngern Herrn Sohne, dem bereits gebornen Printzen von Anspach selbsten zugeeignet, und er vor der Geburt der Frau Landgräfin von Hessen-Philippsthal also bereits gehabt, nicht weniger durch seiner Frau Groß-Mutter Tod im anno 1701 solches bestättiget ist.

So dann ad 8) ausser Streit ist, daß die 63
quæstionirte Grafschaft durch Verheyrathung an fremde Familien gebracht ist, und ob wohl sonsten per testamenta dieselbe ad plane extraneos nicht devolviret werden mögen, dennoch dieses nicht negiret werden mag, daß recepta testamenti factione eine Aenderung in der successions-Ordnung unter denen descendenten per fideicommissariam substitutionem wohl geschehen mögen, welches allhier mit dem gegenseitigen auctore der deduction auszumachen nicht nöthig ist, da die Verträge und das quæstionirte testamentum angenommen, bestättiget, und weit mehr, als eine nuda declaratio

ratio des sonsten gewöhnlichen Erbganges ist, man dahero von dem statu controuersiæ sich abbringen zu lassen nicht schuldig, da es hier bloß darauf ankommt, wem voritzo nach denen testamentis de anno 1685 und nach den Verträgen de anno 1697 und 1699 das ius succedendi ex substitutione fideicommissaria per pacta approbata zukomme?

Also ad 9) von dem angeführten Unterscheid zwischen Stamm- und andern gemeinen Gütern hier in thesi zu disputiren überflüssig ist, nachdem es hier auf die gedachte dispositiones ankommt.

64 Desgleichen ad 10) unnöthig zu disputiren ist, ob, und wie weit die Hertzogin Ioannetta die gedachte Grafschaft gleichsam von neuen acquiriret, wie schon in der Beantwortung des dritten Satzes angezeiget ist, wiewol ein ieder Vernünftiger leicht glauben wird, daß die gedachte Hertzogin per merum fucum solches ihren Kindern nicht weiß machen wollen, wie der gedachte Auctor anderen zu persuadiren vermeinet, sondern es in der That und Wahrheit gegründet sey, indem ein anders ist: Ob sie de iure solche Grafschaft nach dem Erbgangs-Recht behaupten können? Ein anderes aber, ob ihr diese Behauptung nicht so viel koste, und sie so viel Geld daran wenden müssen, daß sie würcklich solche bezahlet, und gleichsam von neuen kaufen müssen? Welches beydes wohl beysammen stehen kan, und dadurch nur die Hertzogin Ioannetta den Grund anzeigen wollen, daß sie wol befugt gewesen, in dem ordentlichen Erbgange eine Aenderung zu treffen, die Töchter des Manns-Stamms zum faveur ihrer eigenen beyden Frau Töchter auszuschliessen, und ihr Testament darüber zu errichten, welches auch ihre beyde Herren Söhne wohl erkant, und sich solches gefallen lassen, ja der jüngere Herr Sohn durch den neuen Vertrag de anno 1699. ratihabiret, und angenommen, wie denn auch

ad 11) aus eben dieser Ursache sie solche Grafschaft am ersten in das Sachsen-Eisenachische Hause gebracht, unter ihren descendenten auch allein darüber disponiret, aber an die ordentliche Erbfolge nunmehr nicht weiter zu gedencken, da das fideicommissum familiæ ein anders verordnet, und solches durch solenne Verträge angenommen, und bestättiget ist, welches auch

65 ad 12) zu sagen, in welcher der auctor nichts als die alte Leyer wieder vorbringet, und den statum controuersiæ verdrehen will, jedoch dabey zugeben muß, daß die Erbfolge in dem Testamento Johannettä durch das ius primogenituræ geändert sey, welches zwar nach seiner Meynung mit der uralten Erbfolge nicht streiten soll, gleichwol eine grosse Veränderung in derselben vorgehet, wenn die Theilung unter vielen Brüdern aufgehoben wird, und einer an statt mehrerer in eodem gradu stehenden succediret, oder wenn die Worte so viel heissen sollen, daß die Regulirung des Erstgeburts-Rechts deswegen nicht wesentlich mit der gewöhnlichen Erbfolge streite, weil doch dieselbe unter denen Söhnen verbleibe, man auch ebenfals sagen kan, daß auch das testamentum Ioannettæ nicht wesentlich mit der gewöhnlichen Erbfolge streite, weil die gedachte Grafschaft auch nach derselben unter denen descendenten der Ioannettæ verbleibe, und nur die Ordnung in etwas geändert worden, anerwogen sonsten ein jeder leicht urtheilen wird, daß das introducirte ius primogenituræ eine gewaltige Veränderung unter vielen Söhnen mache, die vor dem pro rata dazu befugt gewesen, da nunmehro alle Theilung aufgehoben, und die vltra geniti das Nachsehen haben müssen, so lange die linea primogeniti dauret, die mannichmal etlicher Menschen Leben übertrift. Dieserwegen, da der auctor deductionis diese in dem gemeldeten Testament geschehene wichtige Veränderung in der Erbfolge annehmen, und paßiren lassen muß, er auch die fernere gemachte Veränderung der Erbfolge in der substitutione fideicommissaria, nach welcher die Manns-Stammischen weiblichen Erben ausgeschlossen, und der Testatricin Frau Tochter descendentes masculi ihnen vorgezogen sind, paßiren und annehmen muß, zumal keine zureichende ratio diversitatis angegeben werden kan, und beyde Veränderungen auf einerley Grunde beruhen, dahero so ofte bereits gegen den gedachten auctorem erinnert werden müssen, daß allein das testamentum Ioannettæ, nebst denen darauf erfolgten Verträgen, zum Grunde zu legen, als welches er selbsten in puncto primogenituræ bey der Frau Land-Gräfin von Hessen-Philippsthal zum Grunde leget, und die dabey in dem alten Erbgange, nach welchem auch die Hertzoginne Johannetta mit ihrer Schwester die gantze Grafschaft getheilet, und nur ihren Antheil davon bekommen, gemachte Veränderung selbst inuitis dentibus agnoscireu müssen, so daß alle übrige Dicentereyen von dem herkommentlichen Erbgange in dem Gräflichen Hause, als unnütze Geschwätze zu achten, und er die viele Mühe, so er in seiner deduction deswegen gebrauchet, wol ersparen können, da es genug ist, daß solche Veränderung in dem Erbgange, so wol in Ansehen des iuris primogenituræ, als ratione des Abgangs des Manns-Stamms würcklich geschehen, jenes von dem auctore approbiret und also dieses von demselben nicht improbiret werden kan, wenn er auf richtigen Stege bleiben will, wiewol auch ausser seiner approbation solche ohnedem stehen bleiben wird.

Daß man aber ad 13) gleiche Freyheit Her- 66
tzogen Johann Wilhelm, von der Grafschaft Sayn zu disponiren, auch einraumen müsse, sehr paradox lautet, und unvernünftig zu achten, so weit solches dem gedachten von ihm angenommenen und approbirten testamentis und darauf erfolgten Verträgen zuwider ist, dergleichen disposition ihm auch in seines Herrn Vaters Testamente weder eingeräumet ist, noch eingeräumet werden mögen, wie selbsten die letzten

ten Worte der angeführten clauſulæ teſtamentariæ darthun, geſtalt denn gedachter Hertzog Johann Georg der ältere, ſelbſten der Johannettä Teſtament in allem beſtättiget, und dahero ohne Widerſpruch dasjenige ſeinem Herrn Sohne nicht einräumen mögen, ſo weit er und ſein Sohn durch jenes gebunden worden, und ſelbſten hiernächſten in anno 1699 ſich dazu bekannt. Aus dieſer Urſache

67 Ad 14) auch gar leicht zu begreifen, daß in den angeführten Worten des Teſtaments Johann Georg des ältern §. 17. daß er für ſich und ſeine *Poſteritär* von dem Antheil der Grafſchaft zu diſponiren befugt ſeyn ſolle, keine andere poſteritär als die männliche verſtanden werden könne, ſo weit als dieſelbe ein Recht zur künftigen Erbfolge allein nach dem Teſtament der Ioannettæ gehabt haben, dem zuwider Johann George der ältere zu diſponiren nicht gemeinet geweſen, da es hier nicht mehr auf das Saynſche Herkommen in ſucceſſione ab inteſtato, ſondern auf gedachtes angenommene und per pacta feſtgeſetzte teſtamentum ankommt, nach welchem

68 Ad 15) denen zweyen Frau Töchtern Descendenten der Hertzoginne Ioannettæ ein Vorzug vor denen weiblichen Erben des Manns-Stammes würcklich dadurch aſſigniret, daß auch dieſe angewieſen worden, in caſu ſucceſſionis denen weiblichen Erben des Manns-Stamms die beſtimmte Abfindung auszuzahlen, welches iederman gantz begreiflich iſt, ob es gleich dem gegenſeitigen auctori deductionis unbegreiflich, ja unerweißlich geſchienen, davon ihm aber der Beweis bey dem V. VI. und VII. Sätzen bereits in die Hände gegeben;

69 Und ad 16) daſelbſt mit gantz klaren Schlüſſen, ja aus dem pacto de anno 1699 gar klar dargethan iſt, daß alhier ein beſtimmtes fideicommiſſum familiæ, worinn die Ordnung der ſucceſſion beſtändig reguliret, und gantz anders, als der auctor deductionis es haben wollen, eingerichtet worden, vorhanden ſey, ja wie bey der Reſponſ. ad rationem dubitandi 13. bereits gezeiget, der gedachte auctor dieſe Veränderung der gewöhnlichen Erbfolge ſelbſten dadurch agnoſciret, daß das eingeführte ius primogenituræ, ſowol die ſonſt geweſene übliche Theilung, als die vltra genitos ausgeſchloſſen, welche vor dem mit admittiret, und dahero keine ſucceſſio in ſtirpes mehr übrig geweſen, kein ius repræſentandi ſtatt gefunden, ſondern des primogeniti præmortui nepos nicht alleine ſeine eigene, ſondern auch ſeines Groß-Vatern Brüdere völlig ausſchlieſſen müſſen, welche Veränderung ſo wichtig iſt, daß ſie iedermann in die Augen fällt, und an kein gezwungenes und fingirtes fideicommiſſum ſtatutarium hier zu gedencken iſt, anerwogen, wenn es dahey lediglich zu laſſen geweſen, Hertzog Johann Georg der Jüngere von der gedachten Grafſchaft nicht ausgeſchloſſen, und ihm Hertzog Johann Wilhelm darinn nicht vorgezogen werden können, wie doch geſchehen iſt. Und wie nun dieſe Haupt-Veränderung würcklich geſchehen, und gegenſeitig agnoſciret, ja in die würckliche Uebung bey dem Manns-Stamm gebracht iſt, alſo keine Urſache zu befinden, warum ſolche nach Abgang des Manns-Stamms bey denen Printzeßinnen Töchtern und deren deſcendenten geſchehen, und ſolche dem weiblichen Geſchlechte des Manns-Stammes vorgezogen werden mögen.

Dahergegen ad 17) wie der gegenſeitige 70
auctor gegen unſere ſubſumtion:

> Daß wann gewiſſe perſonæ vel lineæ eine nach der andern ad ſucceſſionem vociret, dieſe Erbfolge denen bekannten Rechten nach, nicht anders als fideicommiſſaria ſeyn kan noch mag,

paraphraſiret, und poſt: fideicommiſſaria, dieſes additamentum verlanget: *ſtatutaria* vel *legitima*, und in natürlicher Geblüts-Ordnung oder *in linea recta* abſteigend, *directa*, nimmer aber *obliqua*, bloß zu Verdrehung unſerer Meynung angeſehen, und wider alle prima iuris principia feſt geſetzet iſt, als wenn eine fideicommiſſariſche Erbfolge directa, nicht aber obliqua hier zu concipiren ſey, welches doch widerſprechend iſt, und nimmermehr eine dergleichen Erbfolge directa ſeyn kan, dem auctori auch nicht erlaubt iſt, eſſentias rerum moralium, quæ ſunt æternæ, zu immutiren, noch vielweniger unſern Sinn in dem ertheilten Rechts-Gutachten durch ſein wunderliches paraphraſiren zu verdrehen, und auf widerſprechende Sachen zu detorquiren, dahero dann zwar Felſen-feſt beſtehen bliebet, daß die Teſtatrix nicht ſo wol auf die perſonas individualiter vocatas et nominatas allein, als vielmehr auf ihre männliche deſcendenten, reflectiret, und zu deren beſſern luſtre und conſervation die primogenitur in vtraque linea annectiret, welche Worte der auctor wieder auf verkehrte Art paraphraſiret, damit ſeine weibliche deſcendenten vom Manns-Stamme mit hineingezogen werden mögen, welche doch Sereniſſima Teſtatrix ausgeſchloſſen, und nur mit einem gewiſſen Gelde abgefunden, ſo daß ſie weder tacite noch expreſſe mit vociret ſeyn können, weil von der ſucceſſion ausgeſchloſſen, und dazu vociret worden ſeyn, widerſprechende Dinge ſind, nach alles raiſonniren von dem Vorzug der weiblichen Linie des beſitzenden Manns-Stammes vor denen Weib-ſtammigen collateralen ſtante teſtamento Ioannettæ, eiusque ulteriori declaratione, tanquam unico decidendi principio, umſonſt et extra ſtatum controverſiæ iſt, wie in rationibus decidendi im Anfang gezeiget worden.

Uebrigens ad 18) ſo wol im vorhergehenden, 71
als im folgenden der auctor deductionis immer beſtändig ſouteniret, daß in dem gantzen teſtamento der Ioannettæ nur allein eine directa: ſi heres non erit, keinesweges aber eine fideicommiſſariſche ſubſtitution, welche den caſum: ſi heres erit, concerniret, verhanden ſey, man gar leicht begreifet, daß man mit dem oftgemel-

deten

deten auctore und seinen widrigen rationibus nicht zurechte kommen werde, man habe denn nochmal das Gegentheil ihm vor die Augen geleget, und aus dem Testament gewiesen, sodann, daß beyde substitutiones darin würcklich etabliret worden, dargethan, ohnerachtet solches schon bey dem fünften Satz seqq. deutlich ausgeführet ist, zu welchem Ende dann aus dem Testament zu bemercken, daß a) die Testatrix ihren jüngern Sohn Johann Wilhelm zum Erben ernennet, mit diesem Zusatz:

> So lange derselbe im Leben, oder daß der allgütige GOtt lange verhüten wolle, nach seiner Liebden sel. Hintritt, dessen ältesten Sohn, so selbiger verhanden, und nach demselben dessen Sohns-Sohn ꝛc. ꝛc.

Welcher Zusatz deutlich genug anzeiget, daß durch die Worte: So lange er lebet, die conditio: si heres erit verstanden sey. Die folgende aber: Oder nach seiner Liebden sel. Hintritt, den Fall: si heres non erit, begreifet; wiederum die folgende Worte: Und nach demselben ebenfalls vtramque conditionem anzeigen müssen, wie denn auch die darauf ferner geschehene substitution solches erläutert:

> Oder, wenn auch deren keiner vorhanden seyn würde, ietzt Hochgedachten Printzen, Johann Wilhelms, andern und zweyten Sohn, und also förders, als lange Sr. Liebden männliche Linie währet ꝛc.

mithin darthut, daß nach Abgang des ersten Sohnes und wenn seine Linie ausgestorben, alsdenn der andere Sohn mit dessen descendenten erst folgen solle, so ohnmöglich anders, als von dem Fall verstanden werden kan, wenn Hertzog Johann Wilhelm mehr Söhne hinterlassen, und es sich dabey zutragen würde, daß der Erstgebohrne ohne männliche Erben gar vor ihm wegsterben, oder zwar zur succession gelangen, endlich aber mit seiner Linie aussterben möchte: Da im ersten Fall directa: im andern aber fideicommissaria seu obliqua zu befinden, so auch das ius primogenituræ selber an die Hand giebet. Wiederum die folgende substitution ebenfals auf beyde casus offenbar gerichtet ist:

> Nach solcher Linie (Hertzogs Johann Wilhelms) gäntzlichen Abgang aber, oder auf den Fall gemeldter unser geliebter Sohn oder dessen männliche Erben unsern Tod nicht erleben solten ꝛc. ꝛc.

Allermassen der erste casus: si heres erit, in den Worten: Nach solcher Linie gäntzlichen Abgang, deutlich stecket, als welcher auch post aliquot gradus successionum erst abgehen kan: der andere aber in denen folgenden klar ausgedrucket ist: Daferne unser Sohn und dessen männliche Erben unsern Tod nicht erleben solte, so daß beyde Fälle directæ et obliquæ in diesen beyden Linien gantz deutlich enthalten, und ohne cavillation auf die directam nicht restringiret werden können, welche beyde Fälle auch die serenissima Testatrix in compendio in folgenden setzen wollen:

> Woferne nach GOttes Schickung beyde unsere geliebte Söhne, und deren männliche posteritæt, ohne männliche Leibes-Erben abgehen würden ꝛc.

Zumal solche aus dem vorhergehenden zu erklären, als worauf sie sich eben, wie bey Printz Johann Georg geschehen, referiren, und daher auch von dem Fall zu verstehen, wenn die männliche Linie zwar der Ioannettæ Tod erleben, und also succediren, aber ohne Manns-Erben abgehen solte, welches unter andern auch aus dem, was oben propositione V. wegen der interims-Versorgung der beyden Durchlauchtigsten Frauen Töchter ausgeführet worden, abzunehmen. Endlich hiebey noch anzumercken, daß bey dem Fall, da die substituirten Töchter zur successione vorgesetzter massen gelangen können, solches auf zweyerley Weise geschehen können, als erstlich, daß sie beyde oder eine von denenselben den Abgang des Manns-Stamms auch post mortem Ioannettæ (wie kurtz vorher dargethan) erleben, oder zum andern keine von beyden solchen erleben solte, da denn im ersten Fall, wenn beyde Schwestern concurriren würden, sie beyde, doch ohne Zertheilung der Grafschaft succediren: So ferne aber nur eine den Fall erleben würde, dieselbe alleine erben solte, und weil nachgehends sich zugetragen, daß die älteste Frau Tochter die Hochsel. Frau Marggräfin von Anspach in anno 1696 noch bey Lebzeiten der Hertzogin Ioannettæ verstorben, dieselbe diesem ohngeachtet abermal durch die Verträge de anno 1697 und 1698 ihr Testament bestättiget, und von Hertzog Johann Wilhelm bestättigen lassen: Da hingegen im andern Fall, wenn die beyden Frauen Töchter den Abgang des Manns-Stamms nicht erleben solten, zwar mit ausdrücklichen Worten nichts reguliret, iedoch wie bey dem vierdten, fünften und sechsten Satz dargethan, aus dem was daselbst expresse disponiret ist, mit klaren Schlüssen herausgebracht, daß solcher pro præterito nicht zu achten, sondern der Testatricin Willens-Meynung gewesen sey, daß alsdenn der Manns-Stamm der Tochter nach dem Rechte der primogenitur zur successiom gelangen solle, solches aber am deutlichsten noch in dem pacto de anno 1699 dargethan sey, welches alles zu wiederholen unnöthig, aber daraus zugleich abzunehmen, wie viel falsa in ratione dubit. XVIII. angeführet worden, weil α) gegen das Testament und falsch ist, daß auf den Todes-Fall der Frau Marggräfin nichts verordnet worden, β) falsch ist, daß fideicommissa familiæ illustrium stricte zu interpretiren, und man bey denen Worten allein bleiben müsse, dessen Gegentheil die Rechte offenbar lehren, falsch ist, daß die Testatrix ihren Sterbefall zum beständigen Vorwurf gehabt, und den casum præsupponiret, wenn der Manns-Stamm vor ihr abgehen würde; falsch endlich zu achten, daß es hier bey dem herkommlichen Erbgang zu lassen sey, da hergegen

ad 19) der Wahrheit und Richtigkeit in Schlüssen gantz gemäß ist, daß die descenden-

ten der beyden Frau Töchter vor dem weiblichen Geschlechte des Manns-Stamms einen Vorzug haben sollen, weil sie nicht allein übergangen, sondern auch so gar ausgeschlossen, und von jenen nur ihre Abfindung von 12000 Rthl. erhalten sollen; allermassen es auch

72 ad 20) falsch ist, daß die Testatrix auf den Fall, wenn niemand von denen Hertzoglichen Kindern ihren Tod erlebet haben würde, dieselbe ex testamento unbeerbt gestorben seyn müsse, nachdem, wie schon vorhin und ad propositiones V. VI. et VII. klar dargethan ist, der Töchtere descendenten, vor welche dieselbe, gleichwie vor die Töchter selbst, eine gantz besondere affection gehabt, zur successionn gelanget seyn würden, als welcher casus pro præterito nicht zu achten, nachdem er aus der expressa dispositione testamenti et pacti de anno 1699 deutlich fliesset, man also nicht absehen kan, was für ein Licht dadurch der gantzen Sache angezündet syn würde, wenn der casus gleich existiret seyn solte, weil auf solchem Fall die disposition zum faveur des Anspachischen Hauses allerdings vorhanden, und keine successio ab intestato nach des gegenseitigen auctoris irriger Meinung statt gefunden haben würde. Sodann es auch offenbar falsch ist, daß die Abfindung der Töchter nur alsdenn statt finden können, wenn die beyden Töchter, oder eine von denenselben, ihrer Frau Mutter Tod erleben solten, da doch die höchstselige Frau Marggräfin von Anspach bereits vor dem pacto de anno 1699 verstorben, und dennoch die Testatrix in demselben ihr Testament dahin declariret, daß die successionn auf der ältesten bereits verstorbenen Frau Tochter Printzen fallen würde, und er alsdenn zu der Abfindung der weiblichen descendenten vom Manns-Stamme verbunden seyn solte, welcher casus successionis kein anderer per rerum naturam seyn kan, als wenn die jüngste Frau Tochter noch vor Abgang des Manns-Stammes versterben möchte, weil er alsdenn, wie wircklich geschehen, zu der successionn des vltimi possessoris des Manns-Stamms nach diesem pacto cum obligatione imposita gelangen müssen, da hergegen, wenn die jüngste Frau Tochter den Abgang des Manns-Stamms erlebet hätte, diese alsdenn die Abfindung der Töchter des Mannes-Stammes ohnstreitig præstiren, nach deren Tode aber das Marggräfliche Anspachische Haus derselben ohnstreitig ebenfalls succediren, und denen hinterlassenen Printzessinnen derselben allein die Abfindung præstiren müssen; die dagegen gemachte Einwendung aber sehr schlecht ist, daß daraus folgen würde, daß Hertzog Johann Georg der jüngere, ohngeachtet er dem abgehenden Manns-Stamm Johann Wilhelms expresse substituiret worden, dessen Töchter würde excludiret haben können, weil im Testament solche Abfindung der weiblichen descendenten ihm nirgends auferleget sey, als welches überflüssig gewesen, und aus dem nachfolgenden leicht verstanden werden mögen, daß, da die substituirte Töchter solche Abfindung zahlen müssen, solche Verbindlichkeit auch Johann Georg dem jüngern auferleget sey, da in allen substitutionum casibus eadem ratio zu befinden, und die Töchter vom Manns-Stamme excludiret worden; wiewol da Hertzog Johann Georg der jüngere bereits in anno 1698 verstorben, dessen nicht mehr in pacto de anno 1699 gedacht werden dürfen, sondern der gantze Einwurf das Testament de anno 1685 allein betrift, bey welchem der auctor, contra omnes regulas interpretandi, nichts passiren lassen will, als was mit klaren deutlichen Worten ausgedrucket, es mag so vernünftig die Erklärung seyn, als sie wolle, die doch aller Gelehrten Meinung, ja der gesunden Vernunft selber nach, in testamentis statt finden muß, quod in testamentis plenior interpretatio sit accipienda,

c. 6. X. de testament. l. 12. de R. I.

und absonderlich dergleichen fideicommissa illustria nicht nach den Worten allein, sondern ex probabili mente æstimiret werden müssen.

Und weil nun ad 21) offenbar falsch ist, daß 73
in dem quæstionirten Testament bloß eine directa substitutio anzutreffen, dessen Gegentheil ad posit. V. VI. et VII. et ad rationem dubitandi XVIII. dargethan, also auch nothwendig falsch seyn muß, daß, so ferne einer von denen masculis der Johannettä Tod erlebet, wie würcklich geschehen, deren Töchter der natürlichen Erbfolge nach succediren müssen, weil davon nichts ausdrücklich disponiret sey, da doch dieses letztere wiederum offenbar falsch ist, wann man nur dagegen hält, was in dem gedachten Testament von der beyden Printzessinnen Töchter interimistica prouision, ehe sie zur successionn gelanget seyn würden, verordnet ist, nachdem die Testatrix nachdrücklich disponiret, daß, ehe die vorgesetzte Fälle der *successon an sie gelangen dürften*, sie dieselbe inzwischen dergestalt versorget haben wolte, daß eine iede 8000. Thlr. per titulum institutionis von dem Besitzer der Grafschaft, welches die masculi primo loco instituti gewesen, binnen drey Jahren nach der Testatricin Tode erheben solten, welche Worte præsupponiren, daß allein der successions-Fall darin ausgedrucket sey, wenn einer von den Printzen die quæstionirte Grafschaft nach der Johannettä Tode annehmen, und die succession antreten würde, derselbe als Besitzer der Grafschaft solche 8000. Thlr. inzwischen ihnen auszahlen solte, weil in solchem Fall die successionn noch nicht an ihn gelangen könnte, doch auch an sie gelangen würde, wenn der gesetzte Fall, da der Manns-Stamm hiernächst nemlich ausgienge, erfolgen solte, wie denn auch in dem Fall, wenn keine von denen vier Fürstlichen Kindern den Tod der Hertzogin Johannettä erleben sollen, es an der dispositione materna keinesweges ermangelt, wie gleich vorher erwiesen; zuförderst aber

ad

74 ad 22) zu remarquiren ist, daß der deductions-Verfasser selbst nicht läugnen mögen, daß nach dem quæst. Testament der Töchter Kinder successions-fähig zu achten, ob gleich derselbe vermeinen will, daß daraus ihnen keine præferenz vor denen Töchtern ex masculis als mitfähigen zugetheilet werden könne, welche doch in dem quæst. pacto de anno 1699 dadurch ihnen gegeben ist, daß der Printz der ältesten bereits vorher verstorbenen Tochter obligiret worden, denen weiblichen descendenten ex masculis, die Abfindung mit 12000. Thlr. zu bezahlen, woraus denn auch

75 ad 23) der Irrthum, daß, weil der Manns-Stamm zur successsion gelanget, die beyden Töchter mit ihrer posteritat als ausgeschlossen zu achten, von selbst zerfliesset, und aus dem irrigen præsupposito fliesset, als wenn die beyden Printzessinnen Töchter, bloß auf dem Fall: si masculi heredes non erunt, substituiret worden, welches sine aperta cauillatione, und wenn man nur dasjenige, was ad rat. dubitandi XVIII. und XXI. errinnert, auch bey der propositione V. VI. et VII. dargethan ist, dagegen hält, nicht behauptet werden kan, vielmehr

ad 24) die agnoscirte successions-Fähigkeit des Anspachischen Tochter-Sohns cum onere imposito, dem weiblichen Geschlechte des Manns-Stamms die Abfindung von 12000. Thlr. auszuzahlen, von der Beschaffenheit nothwendig seyn muß, daß diese von der successsion ausgeschlossen sind, welches zwar euentualiter, wenn die *successsion* auf Ihro verfallen würde, geschehen, aber kein anderer casus seyn kan, als welcher nach des letztern possessoris Tode in anno 1741 erfolget, dagegen denn nichts thut, daß diese Abfindung in dem Testament de anno 1685 allein den beyden Töchtern in ihrer Person, wenn sie den successions-Fall erlebeten, diese Abfindung imponiret ist, als welches auch in dem pacto de anno 1699 bey der noch lebenden jüngsten Printzeßin Tochter, ohngeachtet Hertzog Johann Wilhelm per anticipationem zur successsion und Besitz der Grafschaft Sayn-Altenkirchen gelanget, wiederhohlet, aber auch zugleich auf den Marggräflichen Anspachischen Printzen mit dürren Worten extendiret worden, auf den Fall, wenn die successsion auf ihn verfallen würde, welches erst geschehen mögen, wenn die jüngste Frau Tochter, wie würcklich erfolget, vor Abgang des Manns-Stamms versterben solte, dabey denn abermal der auctor deductionis impressæ die Worte:

Wenn die successsion auf Ihro (eines) verfallen würde,

durch sein sophistisches paraphrasiren zu verdrehen suchet, als wenn solche auf beyde vorgedachte Personen gienge, und von ihnen eine oder die andere succediren würde, da doch die Worte: Ihro, auf den Marggräflichen immediate vorher gedachten Printzen gehen, und bey illustribus personis an statt: er, gebräuchlich ist, so daß erst die allernächste *successsion* nach Abgang des Manns-Stamms præmittiret wird, welche in der Person der jüngsten Printzeßin damals zu hoffen war, nachdem die älteste mit Hinterlassung eines Printzen verstorben, und jene dadurch obligiret gewesen seyn würde, denen weiblichen descendenten des Manns-Stamms die Abfindung zu geben, nach ihr aber der Marggräfliche Printz, als allernächster successor folgen würde, wenn etwa jene den Abgang des Manns-Stamms nicht erleben solte, weil er alsdann nur verbindlich gemacht werden können, die Abfindung zu præstiren, zumal wenn er seiner Frau Mutter Schwester succediret seyn solte, er keine Abfindung zu thun nöthig gehabt hätte, als welche derer masculorum filiæ schon von der jüngsten Frau Tochter erlanget haben müsten. Sodann die gedachte condition keinen andern casum successionis, als woran die Testatrix mit gedacht, und solchen mit bestimmet, verstanden haben kan, nachdem sie das determinirte onus, die Abfindung denen Töchtern derer masculorum zu thun, dabey geleget, welches allein der substitution und dann in derselben sich zutragenden successions-Fällen beygeleget ist, also gantz falsch ist, daß solche condition: wenn die *successsion* auf Ihro verfallen würde, auf den in testamento nicht declarirten casum gehe, da alle Manns-Erben, und die damals noch einzig und allein lebende jüngste Frau Tochter vor der Testatricin verstorben seyn solte, welche Erklärung aus dem Grundirrigen principio fliesset, als wenn lauter directæ substitutiones in dem testamento verhanden wären, und die Sache ad casum intestati auf die Weise gelangen müste, wenn keine von denen vier Kindern der Johannettä zur successsion gelangen solte, dessen Gegentheil schon so vielmals dargethan, und gezeiget ist, daß die beyden Frauen Töchter auch zur successsion gelangen würden, wenn gleich einer vom Manns-Stamme zum Besitze der Grafschaft gekommen, der ihnen inzwischen, und ehe sie dazu gelangten, 18000. Thlr. iure institutionis binnen drey Jahren auszahlen solte, welches nothwendig den Fall voraus setzen muß, daß die Töchter auch noch die successsion erlangen könnten, wann durch den Tod der Johannettä der Manns-Stamm zum Besitz der Grafschaft gelanget, weil eben dem Besitzer derselben, ehe und bevor die beyden Frauen Töchter zur successsion gelangeten, diese præstation, damit sie auch voritzo etwas bekommen mögen, auferleget worden ist, welches auch Hertzog Johann Wilhelm selbsten in gedachtem Vertrag de anno 1699 bey der successsion seiner jüngsten Frau Schwester in folgenden Worten agnosciret:

Jedoch daß nach Abgang unseres männlichen Stammes unserer freundlich geliebten Frau Schwester Liebden die successsion unverrückt verbleibe. ꝛc.

Welche Worte indefinita sind, und beyde Fälle in sich begreiffen, wenn der Manns-Stamm vor oder nach der Johannetta Tode abgehen solte. Aus welchem Grunde auch

76 ad 24) das gegenseitige irrige suppositum wegfällt, zumal ob gleich die Testatrix das ius primogenituræ zu introduciren gemeynet gewesen, Sie dennoch dabey die künftige succession reguliret, solches bey dem Manns-Stamm, bey der ordentlichen Regul gelassen, daß solches bey Johann Wilhelm anfangen, nach dessen Linie Abgang bey der Linie Johann Georgen des Jüngern continuiren, nach dessen Abgang, und wann solcher noch bey der beyden Printzeßinnen Lebezeiten erfolgen solte, alsdann darinn einen Abfall gemachet, und beyde Printzeßinnen Töchter zugleich zur successsion gelassen, welches gegen die Reguln des primogenitur-Rechts gewesen, jedoch solches bald wieder in den rechten tramitem gebracht, und verordnet, daß welche Tochter einen Printzen haben würde, derselbe seine Mutter und seiner Mutter Schwester erben solte, welches auch im Vertrage de anno 1699 dahin extendiret ist, daß wenn auch beyde Schwestern vor Abgang des Manns-Stamms versterben würden, die successsion an ihrer ältesten Schwester Sohn fallen solle, zumal man ohnmöglich saluo testamento der gegenseitigen Meynung beypflichten und supponiren kan, daß die Testatrix, weil sie das ius primogenituræ eingeführet, die beyden Töchter, wenn beyde Söhne ante Testatricem versterben solten, nothwendig vorher vor der Söhne Töchtere ad successionem vociren müssen, welche Nothwendigkeit man eines Theils nicht absehen kan, da sie aus mehrern Grunde des Johann Wilhelm älteste Tochter vociren können und müssen, wenn ihr schlechterdings nach der gegenseitigen Meynung die successio agnatico-cognatica gefallen hätte, weil des primogeniti Tochter nach dessen Abgang sonst die successsion, als welche ex pacto de anno 1697. unwiederruflich und unveränderlich geworden, und dem primogenito dadurch ein ius acquiriret ist, wol prætendiren mögen, wenn die Testatrix es nicht geändert hätte: Andern theils hauptfalsch ist, daß diese substitutio der Töchter bloß auf dem Fall, wenn der Manns-Stamm vor der Testatricin abgehen würde, geschehen sey, dessen Gegentheil bey der vorigen ratione nochmals aus dem testament Spho damit auch Locherwehnte ꝛc. ꝛc. und sonsten ausgeführet ist, daß also das gantze gegenseitige systema und die eingebildete Abscheulichkeit der disseitigen Meinung, so bloß ein Hirn-Gespenste ist, von selbsten zerfället, hergegen der abentheuerliche Irrthum sich veroffenbaret, daß dadurch, daß der Manns-Stamm zur successsion gelanget, die beyden Printzeßinnen Töchter, und deren descendenten nicht ehender zur successsion gelangen können, als bis der Manns-Stamm mit allen weiblichen descendenten ausgegangen, und der höchst-seligen Frau Marggräfin Sohn nur auf den Erb-Antrits-Fall seiner Frau Mutter, substituiret sey, dessen Gegentheil der Vertrag de anno 1699 offenbar darleget, und es wol die Haupt-Absicht der Testatricin zeiget, daß sie vornemlich auf die männliche descendenten von den Printzen und beyden Printzeßinnen reflectiret, und deswegen denen beyden männlichen Linien sofort die beyden Printzeßinnen:

Sie hätten gleich männliche Erben oder nicht

substituiret, wobey sie zwar a tramite iuris primogenituræ in ihren Personen ex singulari erga filias Serenissimas affectione abgegangen, aber sofort bey ihren descendenten continuiret, bevorab da sonsten die itzt gemeldete verba testamenti keinen zureichenden Verstand haben könten, wenn die Testatrix nicht selbsten dadurch anzeigen wollen, daß wenn gleich von einer oder andern Tochter ein Sohn verhanden, der ex qualitate masculina, worauf sie vornemlich reflectiret, einen Vorzug prætendiren möchte, doch derselbe weder seiner Mutter noch Mutter-Schwester, aus der besondern zu ihnen tragenden affection, vorgezogen werden solte. Und wie nun

ad 25) falsch ist, daß der Marggräflich- 77
Anspachische Printz der etwa überlebenden Printzeßin Fridericen Elisabeth männlichen und weiblichen Geschlechts nachgesetzet, dessen Gegentheil folgende Worte des Vertrags de anno 1699 darthun:

> Und sollen, wenn itzt gemeldete unsere Frau Tochter keine männliche descendenten, sondern Printzeßinnen hinterlassen würden, denenselben von Unserer ältesten sel. Frau Tochter Printzen, bey erlangter successsion, ebenfalls 12000. Thlr. zur Abfindung binnen drey Jahren gezahlet werden,

Also vorgedachter Printz nicht allein seiner eigenen Branche weiblichen Geschlechts, sondern auch dem weiblichen Geschlechte seiner Frau Mutter Schwester mit dürren Worten nach der Absicht der Testatricin, dem männlichen Geschlechte die préference angedeihen zu lassen, vorgezogen ist, diesemnach wohl ohnstreitig ist, daß die angezogene verba testamenti in rat. dubitandi 13. nach diesem zu erklären, keinesweges aber von der directa substitutione allein, nach der gegenseitigen Meynung, wie schon öfters erinnert, anzunehmen, so dann die verba testamenti:

> Daferne aber beyde unsere geliebte Töchter solchen Fall erleben, und die successsion in unserer Grafschaft Sayn antreten,

allerdings nicht von der successsione in genere, sondern von einem specialen casu, wie die beyden Töchter, wenn sie in ihrer Person den Anfall erleben solten, sich wegen der Theilung betragen solten, zu verstehen, anerwogen ja die Testatrix von dem tramite iuris primogenituræ offenbar darin abgegangen, beyde zugleich

ad

ad successionem, contra huius iuris naturam, berufen, und nur die Theilung verboten, nach ihnen aber bey ihren descendenten das ius primogenituræ cum prælatione qualitatis masculinæ erst wieder in den vorigen Gang bringen wollen, dergestalt, daß, wer diese Worte von der successione in genere verstehen wolte, nothwendig behaupten müste, daß solche simultanea successio in folgenden successions-Fällen auch ihre application haben müste, welches niemand behaupten, vielmehr ieder vernünftiger interpres nicht von der successione in genere, sondern von einem casu singulari et excepto verstehen wird, da sonsten die successio simultanea nicht statt gefunden haben würde, wenn der Hertzogin Ioannettæ nach ihrer egalen affection für die Töchter nicht gefallen, von der norma iuris primogenituræ in solchem casu singulari abzugehen, und singulariter dabey die simultaneam successionem so wohl feste zu setzen, als auch beyde oder eine von denselben denen etwa bereits gebohrnen Tochter-Söhnen, non obstante qualitate masculina, vorzuziehen, welche sonsten die Ioannetta zum eigentlichen Augenmerck in ihrem Testament gehabt.

78 Hieraus auch ad 26) gantz begreiflich ist, warum die Testatrix den Erlebungs-Fall zwischen ihnen allein iure singulari angeordnet, solche aber nicht von der successione in genere verstehen wollen, nachdem ihr iure singulari, contra normam iuris primogenituræ, die simultanea successio filiarum allein gefallen, als welche nicht anders, als auf den Erlebungs-Fall concipiret werden mögen, bey denen Söhnen aber die substitution gantz anders eingerichtet, und auch mit auf den Fall gehet, wenn der Manns-Stamm zur successione gelanget, bey Lebzeiten der Töchter, oder einer derselben, aber nachgehends abgehen solte, weil sie sodann erst succediren, inzwischen aber und damit sie vorietzo etwas erhalten möchten, ex testamento 8000 Rthlr. haben solten, wie die klaren verba testamenti lauten. Sodann auch es richtig bleibet, daß wenn gewisse Personen gantzen Linien substituiret sind, und zwar per verba relatiua, wie die vorhergegangene substitutio fideicommissaria cum iure primogenituræ coniuncta in sexu masculino bestimmet ist, alsdenn der expresse substituirten descendenten vi correlatorum mit begriffen zu achten, vt pro præteritis haberi non debeant, quorum vocatio ex expresse adductis colligi potest, dabey es denn gantz ungereimt ist, daß sich dieses wohl zu einem fideicommisso familiæ iuris ciuilis, nicht aber zu einem fideicommisso perpetuo schicke, als wenn jenes nicht auch perpetuum wäre, und dieses man ausser dem Römischen Rechte, welches hierinnen der Testatricin, und nicht die successio ab intestato gefallen, sich concipiren könne.

Uebrigens man ad 27) wohl zugeben kan, 79
daß die Frau Land-Gräfin von Hessen-Philippsthal ausser dem Testament causam succedendi von ihrem Herrn Vater, Hertzog Johann Wilhelm, habe, davon aber hier nicht die Frage, sondern davon alleine die Rede ist, ob sie nach dem Testament ihrer Frau Groß-Mutter solche causam succedendi von ihrem Herrn Vater herleiten könne? Nachdem dieselbe ihr ihre beyden Töchter und deren descendenten, welche sie bloß zur Abfindung in egard ihrer verbindlich gemachet, deutlich vorgezogen, und also was

ad 28) von der ordentlichen Weise des Erb- 80
gangs eingeräumet seyn mag, hieher, da die Testatrix von der Ordnung deutlich genug abgegangen, nicht zu ziehen ist. Nicht weniger

ad 29) der aus unserm responso angeführte Satz, nach denen bishero deducirten Gründen, seine Richtigkeit haben muß, da gewiß ist, daß der Manns-Stamm von der Johannettischen Linie durch den tödtlichen Hintritt Hertzogs Wilhelm Heinrichs erloschen, ferner aus dem Testament und denen Verträgen bishero erwiesen ist, daß die Frau Land-Gräfin von Hessen-Philippsthal die descendentes masculos alterius lineæ Ioannetticæ von der ältern Frau Tochter der hochseligen Frau Marggräfin von Anspach von diesem fideicommisso familiæ nicht ausschliessen könne, vielmehr selber dadurch ausgeschlossen ist, daß der Anspachische Printz angewiesen und verbunden ist, ihr die Abfindung mit 12000. Thlr. zu verabfolgen, welches zwar dem gegenseitigen Verfasser der deduction als ungereimt vorkommt, aber aus keiner andern Ursache, als weil er gerne den statum controversiæ verdrehen, alles ad successionis ab intestato statum bringen, das testamentum darnach reguliren, oder vielmehr gantz hindansetzen will, da doch bishero gewiesen, daß die Testatrix selbsten anzeiget, wie sie aus bewegenden Ursachen, die sonst übliche Erbfolge im Gräflichen Hause Sayn unter ihren descendenten ändern wollen, dazu eben viam successionis Testamentariæ erwählet, und das fideicommissum sowol in der männlichen als weiblichen Linie constituiret und bestimmet, dadurch also das Herkommen, daß die Linie durch die Töchter continuiret werden, hindangesetzet, und hindangesetzet werden können, weil die successio testamentaria ebenfalls in dem Gräflichen Hause Sayn angenommen, auch das testamentum Ioannettæ pro lege domus einmal gesetzet ist, und also über dessen Verbindlichkeit nicht mehr, sondern nur über dessen eigentlichen Verstand gestritten wird. Wobey wir zwar gern

ad 30) zugeben können, daß das pactum 81
de anno 1699 solches erläutert, und in so weit keine neue dispositionen sey, gleichwol der Sache Nothdurft damals erfordert, diese wichtige Erläuterung zu thun, weil damals schon die älteste Frau Tochter nebst dem ältesten Herrn Sohne

verstorben, jene einen Printzen nachgelassen, Johann Wilhelm aber bereits ex anticipata successione nach dem pacto de anno 1697 die Grafschaft erhalten, und nebst ihm die jüngste Printzeßin übrig gewesen, daß der Augenschein giebet, daß im selbigen Vertrage die Hertzogin Johannetta nach völligen Abgang des Manns-Stamms, vor oder nach ihrem Tode, zu ihrem eintzigen Augenmerck die successionem der jüngsten Frau Tochter und des Anspachischen Printzens gehabt, solche als die allernächsten *successions*-Fälle erläutert, hergegen so wenig der Töchter des Manns-Stamms bey denenselben gedacht, daß sie solche als davon Ausgeschlossene considériret, und deswegen die allernächsten Erben obligiret, nur die bestimmte Abfindung ihnen zu reichen, also es durchaus nicht nach der gegenseitigen falschen hypothesi bey der Erbfolge ab intestato gelassen, welche sie vielmehr in ihrem Testament verändert, und die allernächste *successionem* nach des Johann Wilhelms Abgange mit allen männlichen descendenten, der jüngsten Tochter und dem Anspachischen Printz mit klaren Worten zugeschrieben, welches dann nicht von ohngefehr, nach der gegenseitigen wunderlichen paraphrasi, sondern ex certa determinatione erfolgen, und die Manns-Stammischen weiblichen Erben ausschliessen müssen, am allerwenigsten aber solche allernächste *successionem* nach der erfolgten successionem des Hertzogs Johann Wilhelms cessiret, weil die Hertzogin, da sie schon zu der Zeit die Grafschaft abgetretten, an nichts weniger, als an die condition: si heres non erit, gedacht, auch nicht dencken können, indem sie, ehe die vorgesetzte Fälle der *successionem* an die beyden Printzeßinnen gelangen dürften, den künftigen Besitzer der Grafschaft verbunden, inzwischen ihnen beyden 8000 Thlr. ex testamento zu bezahlen, certo indicio, daß ohngeachtet der Manns-Stamm nach dem Tode der Johannettä zur successionem gelanget seyn würde, dennoch dieselbe zur successionem noch gelangen könten, also

ad 31) wir gar recht daraus geschlossen, daß 82
dieses, was itzt gedacht, die eigentliche Meynung und Absicht so wol der beyden testatorum, als Hertzog Johann Wilhelms gewesen, die gegenseitige Erklärung aber contorta, cauillatoria, und so beschaffen sey, daß solche aller præsumtion zuwiderlauffe.

Endlich ad 32) wir hier wiederhohlen, was 83
bereits bey der XII. propositione oben bey Beantwortung der rationum dubitandi, intuitu possessorii, errinnert worden:

Also erhellet hieraus so viel, daß durch die gedruckte deduction beyde vormals ertheilte Gutachten nicht elidiret, und aus dem Wege geräumet, sondern jene deduction vielmehr nunmehro gäntzlich elidiret, und also die Marggräflich-Anspachische successionem gegen alle falsche hypotheses und irrige Sätze befestiget worden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MARTIO MDCCXLVI.

III.

III.
ARGVMENTA
IVRIS FEVDALIS.

RESPONSVM CXLII.

THEMATA.

I. De capitularibus in ecclesia cathedrali a successione in feudum exclusis. n. 1-77.

II. De resignatione status clericalis ad effectum succedendi in feudo. n. 78. sqq.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio I. de successione clericorum in feudis exule. n. 2.

Fratres æquali iure in feudo succedunt. n. 3.

Clerici a successione in feudis indistincte excludi nequeunt. n. 4.

Quod nonnulli restringunt ad clericos nobiles. n. 5.

Iure canonico non improbatur admissio clericorum ad successionem feudalem. n. 6.

Quatenus ius Longobardicum in causis feudalibus tantum in subsidium receptum dicatur? n. 7. 60.

Cum ratio iuris Longobardici, excludendi clericos a feudis, hodie cesset. n. 8. 61.

Clerici per substitutos ratione feudi domino directo seruire possunt. n. 9.

Hodie clericos in feudis secularibus succedere posse, sententia est diuersorum ICtorum, n. 10. 11.

quod variis exemplis illustratur tam quoad clericos catholicos, n. 12.

quam euangelicos, n. 13.

in specie clericos minorum ordinum. n. 14.

Exceptio de iure tertii ad excipiendum non prodest. n. 15.

Sub generali bonorum appellatione et generali dispositione feuda non veniunt. n. 16.

Pacta dotalia per testamentum reuocari possunt. n. 17.

Ordinatio patris de feudo non valet. n. 18.

In feudis ecclesiasticis clerici succedunt. n. 19.

Licet Clerici, mulieres etiam nobiles, regulariter in feudis succedere non possint, per acquisitionem tamen originariam inuestiri possunt a domino sic volente, sicut et plebeii de feudis nobilibus. n. 20. 58.

Status vasalli militaris cum statu clericali non concordat. n. 21. 57.

Status militaris clericis sub pœna remotionis et banni interdicitur. n. 22. 59.

Dispositio iuris Longobardici de exclusione clericorum a feudis innititur principiis iuris canonici. n. 23.

Cleri-

Clerici inhabiles olim erant ad seruitia aulica et honorifica. n. 24.
Exclusio clericorum a feudis illustratur ex iure Alemannico, n. 25.
Saxonico, n. 26.
et ex Auctore vet. de beneficiis, n. 27.
præsertim quoad feuda imperii maiora. n. 28.
Vsus huius iuris constat ex dispensationibus imperatorum aduersus exclusionem clericorum a feudis. n. 29.
Omnis dispensatio supponit legem, aduersus quam conceditur. n. 30.
Ob exclusionem a feudis clerici statum clericalem mediante dispensatione dimiserunt. n. 31.
In familiis illustribus variis filii postgeniti statum clericalem ideo suscipere tenentur, ne in feudis simul succedant. n. 32.
Exclusio clericorum a feudis illustratur ex vsu huius iuris in supremis imperii dicasteriis, n. 33.
in curia feudali Austriaca, n. 34.
Et curia feudali Monasteriensi. n. 35.
Sententiæ DD. nihil operantur, nisi conformes sint analogiæ iuris. n. 36.
Exclusio clericorum a feudis auctoritate doctorum stabilitur. n. 37. 38.
Per primam tonsuram clericalis ordo confertur. n. 39.
Ideoque et tonsurati a successione feudali excluduntur, n. 40.
multo magis ergo beneficiati. n. 41.
Secundum concilium Tridentinum canonicatus annexum habent ordinem presbyteratus, diaconatus vel subdiaconatus. n. 42.
Olim filii clerici in familia de Reck a successione feudali abstinuerunt. n. 43.
Morum et mixtum imperium clerici absque metu irregularitatis exercere nequeunt. n. 44.
Vox Herrlichkeit *in lingua vulgari idem significat, quod regalia.* n. 45.
In feudis imperii liberos semper parentum voluntatem sequi, exploratum est, n. 48.
nisi a patris hereditate abstinere velint. n. 49.
Aditio hereditatis adeo obligat, vt factum defuncti pro facto heredis proprio reputetur. n. 50.
Explicatur textus I. f. 8. n. 51.
Confirmatio cæsarea ad essentiam pactorum dotalium tunc demum requiritur, si feuda imperii per ea in aliam familiam transferuntur, cum tunc demum domini directi interfit, n. 52.
secus ac si vni filiorum feudum assignatur. n. 53.
In successione feudali natura feudi et capacitas militiæ exercendæ prælualet statui nobili et clericali. n. 54.
Explicatur textus II. f. 40. n. 55.
Episcopi et prælati imperii proprie sunt provasalli. n. 56.
Explicatur c. 3. §. 2. iur. feud. alleman. n. 57.
Explicatur C. 6. X. de for. comp. n. 59.
Licet vasallus impeditus possit per substitutum seruire, id tamen tantum procedit in vasallo capace, non cum eo, qui, qua inidoneus, nullum ius in feudo consequi potest. n. 62.
Generali Germaniæ consuetudini contrariæ probandæ non nuda quorundam interpretum assertio sufficit, sed verum ipsarum documenta requiruntur. n. 63.
Ius tertii, excludens ius agentis, unicuique prodest ipso iure. n. 65.
Quæstio an bona feudalia sub generali bonorum appellatione veniant, est magis voluntatis quam iuris. n. 66.
Decisio quæstionis I. n. 68.
Quæstio II. De admissione ad coinuestituram, iuri succedendi non præiudicante. n. 69.
Sententiæ cum plena causa latæ, et nullo iuris remedio suspensæ, transeunt in rem iudicatam. n. 70.
Clausula inuestituræ: so viel wir daran zu verleihen haben, und männiglich an seinen Rechten ohnbeschadet, *quibus prosit?* n. 72. 76.
Admissio ad coinuestituram non præiudicat iuri succedendi. n. 73. 74. 75.
Præsertim si hoc est altioris indaginis. n. 74. 76.
Decisio quæstionis II. n. 77.
Quæstio III. De resignatione status clericalis ad effectum succedendi in feudo, ve adhuc integra facienda. n. 78.
Clericus per resignationem status clericalis feudi capax fit. n. 79.
Præsertim si tempore resignationis iam possidet feudum. n. 80.
Per inuestituram demum feudum perfecte constituitur et acquiritur. n. 81.
Capacitas ad feudi successionem ex capite delatæ successionis est æstimanda. n. 82.
Ius heredis ex tempore inspiciendum est, quo defertur hereditas. n. 83.
Mortuo vasallo feudum ipso iure ad proximum agnatum deuoluitur. n. 84.
Si ad agnatos semel feudum peruenit, non potest, licet postea imperfecto vel muto liberi nascantur, agnatis ius auferri. n. 85.
Clericus nullo modo in feudo succedit, etiamsi habitum religionis, quem assumsit, postposuerit, n. 86. 90.
nisi hoc fiat re adhuc integra. n. 87.
Ius tertio quæsitum per resignationem ex post facto auferri nequit. n. 88.
Dispensatio pontificis tantum in successionibus eis, in quibus nondum agnatis ius quæsitum est, effectum sortitur, ibid.
quod exemplis illustratur. n. 89.
Clerici, dum laicantur, capaces tantum reddunter feudorum postea oblatorum. n. 91.
Sententia in possessorio lata in petitorio non præiudicat. n. 92.
Successione æque ac inuestitura prima acquiritur feudum. n. 93.
Decisio quæstionis III. n. 94.

Recht-

Rechtliches Gutachten

Die
gegründete alleinige

Lehns-Folge

Des
Chur-Cöllnisch- und Hoch-Fürstlich Münsterschen
würcklichen Herrn Geheimten Raths,
Groß Creutz-Herrn des Ritter-Ordens St. Michaelis und Drosten
des Amts Werne,
Herrn

Ferdinand Wilhelm Joseph
Freyherrn von der Reck zu Drensteinfurth

&c. &c.

Auf die Reichs Mann-Lehn und freyen Stühle samt
zubehörigen Lehn-Rechten und Gerechtigkeiten
zu gedachten Drensteinfurth,
und die Reck-Heesenschen Lehen
betreffend.

Die uns unter Beyfügung derer Manual-Acten zu Abfassung eines rechtlichen Gutachtens zugefertigte facti species, beruhet in folgenden Umständen.

1 Es hat die Freyherrliche Familie von der Reck, nachdem sie auf Erlöschung des von Volmensteinischen Geschlechts mit den Reichs-Mann-Lehen und freyen Stühlen zu Drensteinfurth und Heesen von Käyser Sigismund im Jahr 1437 laut der Anlage sub n. 1. wiederum belehnet worden, sich nicht lange hernach in zwey Linien abgetheilet, deren eine die Steinfurthische, die andere aber die Heesensche Güter bekommen. Die Lehne sind darauf nach geraumer Zeit in Gemeinschaft gehalten, und die agnati beyder Linien in einem Lehn-Brief damit belehnet worden, bis 1615 sie auch selbige unter sich abgetheilet. Es hat hierauf die Steinfurthische Linie die so genannte Frey- und Herrlichkeit zu Steinfurth, oder, wie es die Lehn-Briefe ausdrücken, die Mann-Lehn und Frey-Stühle und Zubehörungen und Gerechtigkeiten zu Steinfurth von Käyserlicher Majestät und dem Reich unmittelbar zu Lehn getragen, und ist damit der Herr Johann Matthias Freyherr von der Reck, Erbherr zu Steinfurth, Amelbühren und Ossenbeck, Hochfürstlicher Münsterischer Drost des Amts Werne und Ober-Stallmeister, hiebevor im Jahr 1712 belehnet worden. Dieser hat im Monath September 1699 bey seiner Vermählung mit der Frey-Fräulein Annen Marien Magdalenen von Plettenberg, unter Einwilligung des damals regierenden Bischofs von Münster, Friedrich Christian, so wol als beyderseitiger Anverwandten eine Ehe-Beredung errichtet, und darin alle seine Lehn- und allodial-Güter und insbesondere die Frey- und Herrlichkeit Steinfurth seiner künftigen Frau Gemahlin zum rechten Heyraths-Gut in die Ehe gebracht, davon in §. 2. folgendes verordnet ist:

Worauf dann zweytens thuet der Hr. Hochzeiter der Frey-Fräulein Hochzeiterinnen, seiner künftigen allerliebster Ehegemahlin, zum rechten Heyrathsgut siue in donatio-

neim propter nuptias an- und zubringen seine im hiesigen Hochstift Münster belegene Frey- und Herrlichkeit Steinfurth, und die zwey adeliche Sitze Amelsbühren und Ossendeck, wie auch übrige Güter samt allen dazu gehörigen att- und pertinentien, Höfen, Erben, Kotten, Weyden, Wiesen, Kampfen, Zehnden, Mühlen, Jagden, Fischereyen, Recht und Gerechtigkeiten, actiones et nomina, und sonsten allodialia und feudalia, nichts davon ausbeschieden, vorbehaltlich dennoch, was dessen Oheimbe, die Hochwürdig-Hochwohlgeborne Herren, Herr Matthias Friederich und Herr Herman, Gebrüdere von der Reck, derer hohen Cathedral-Kirchen zu Münster, Paderborn und Minden, respective Dom-Dechand, Dom-Scholaster und Capitularen, auch Probst zu Sanct Mauritz und Amts-Herr zu Lüdinghausen, ieglicher annoch, seiner Filial-Quoten halber, vom Haus Steinfurth rechtmäßig prätendiren, welches ihnen dann billig bevorbleiben, und vorgesetzte donatio nichts daran präiudiciren, in massen darüber zu gelegener Zeit ein Actus formiret, und die Abgüttung amicabiliter oder sonsten verglichen werden sollen.

Es sind auch darauf, in Ansehung des vorgedachter Frey-Fräulein dabey auf den Todes-Fall ihres Ehe-Herrn vermachten Leibgedinges, alle Lehn- und allodial-Güter in §. 12. in verbis:

Und damit zwölftens die Frey-Fräulein Hochzeiterin dieses ihro zugelegten Leibgedings desto sicherer seyn möge, so werden ihro von Herrn Hochzeitern alle seine allodial- und feudal liegende Güter mit ap- und dependentien loco generalis et realis Hypothecæ angewiesen,

verschrieben, und nachher auf den Fall, da derselben Ehe-Herr zur zweyten Ehe schreiten solte, in Ansehung der Lehn- und Erb-Folge derer aus der ersten Ehe erzielten Söhne in allen Gütern in §. 16. unter andern folgends verglichen worden:

Woferne aber sechzehndes die Frey-Fräulein Hochzeiterin vor ihren künftigen Eheherren mit Tode abgehen würde, und ein oder mehr Manns-Erben hinter sich im Leben verliesse; der Hochzeiter aber zur zweyten Ehe mit einer rittermäßigen Standes-Person wiederum schreiten wolte: so sollen die Söhne erster Ehe, einer nach dem andern, alle Güter besitzen, und die übrige Kinder nach Vermögen selbiger Güter, doch mit Gutbefinden derer Herren Vormünder und nächsten Verwandten abgegütet werden ꝛc.

So dann in dem §. 18. die weitere Verfügung geschehen:

Da nun achtzehendes der Herr Hochzeiter in solchen Fall zur andern Ehe schreiten würde, und ein oder mehr Söhne aus erster Ehe vorhanden wären, soll derselbe zwar bey allen zusammengebrachten ererbten, und bey stehender erster Ehe gewonnenen Gütern beweg- und unbeweglichen, ohne unnöthiger Beschwerung des Eigenthums ruhig sitzen bleiben, iedoch nach seinem Ableben denen zweyter Ehe Söhnen und Töchtern aus allingen seinen Gütern nicht mehr als einen dritten Theil zu vermachen bemächtiget seyn; damit aber die Güter nicht separiret und versplittert werden mögen, stehet denen ersterer Ehe Söhnen frey und bevor, solchane nach proportion vier pro cento jährlicher Rente taxirende tertiam successiue zu reluiren.

Nun ist erwehnte erstere Gemahlin, nachdem sie einige Jahre mit Herrn Johann Matthias Freyherrn von der Reck im Ehestande gelebet, verstorben, und aus solcher Ehe ein einziger Sohn, Herr Ferdinand Wilhelm Joseph zu Drensteinfurth, dermaliger geheimder Rath und Drost des Amts Werne, übrig geblieben. Hierauf hat der Herr Wittwer im Jahr 1709 mit der Frey-Fräulein Annen Adolphinen Freyin von Wolf Metternich zur Gracht sich zum zweytenmal verheyrathet, und nachdem er aus dieser zweyten Ehe ebenfalls einen Sohn, Herrn Franz Arnold, Freyherrn von der Reck, dermalen Triesischen und Münsterischen Dom-Capitularen und resp. Domicellaren erzeuget, ein Testament errichtet, und im solchen, wieder den klaren Inhalt der pactorum dotalium erster Ehe, nur erwehntem Herrn Sohne zweyter Ehe alle seine Güter, feudal- und allodial, zugetheilet, den aus erster Ehe erzielten Herrn Sohne aber, Herrn Ferdinand Wilhelm Joseph Freyherrn von der Reck, Chur-Cölnischen Hochfürstlichen Münsterschen würcklichen Herrn geheimden Rath, auch Cämmerer und Drosten des Amts Werne weiter nicht, als in legitima, instituiret; worauf der Herr Vater, im Jahr 1739 Todes verblichen.

Es befinden sich aber unter denen nachgelassenen Gütern die vorgedachte Mann-Lehen und so genannten Freystühle samt zugehörigen Lehn-Recht und Gerechtigkeiten zu Drensteinfurth und Welpsendorf, welche die Freyherrliche Familie von der Reck Drensteinfurth seit alten Zeiten her von Käyserlicher Majestät und dem Reich ummittelbar zu Lehn getragen, auch der letztverstorbene Besitzer, Herr Johann Matthias, Freyherr von der Reck noch im Jahr 1712 für sich und seine eheliche Manns-Erben zu Lehn empfangen. Gleichwie nun der aus zweyter Ehe erzeugte Sohn, Herr Franz Arnold, Freyherr von der Reck, sich nach des Herrn Vaters ersolgten Ableben, der sämtlichen Verlassenschaft, als vermeintlicher Testaments-Erbe angemasset: also hat derselbe auch bey dem hochpreißlichen Reichs-Hofrath für sich allein unterm 17. December 1739 ein conclusum admissorium zur Ablegung der Lehns-Pflicht wegen oberwehnten Reichs-Mann Lehen und deren Zubehör ausgewürcket.

würcket. Als aber der ältere Herr Bruder, Herr Ferdinand Wilhelm Joseph Freyherr von der Reck, dagegen vorgestellet: daß ihm, Kraft der zwischen seinen verstorbenen Herrn Vater und dessen ersteren Frau Ehegemahlin errichteter Ehe-pacten, die gegenwärtige succession und administration des Lehns allein gebühre; so ist vorerwehntes conclusum admissorium durch ein neues conclusum vom 21. Jan. 1740 suspendiret, und dem jüngern Herrn Bruder die communication der gethanen Vorstellung, um sich binnen zwey Monathen darüber vernehmen zu lassen, geschehen. Es hat auch derselbe unterm 24. Martii 1740 bey dem hochpreißlichen Reichs-Hofrath eine allerunterthänigste Erklärung dahin eingegeben, daß er nur zur investitur pro dimidia parte obgedachter Reichs-Lehen admittiret zu werden verlange. Dagegen der ältere Herr Bruder, Herr Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherr von der Reck, unterm 28. Julii 1740 von seiner Seite auf die Beleihung mit dem gantzen Lehen zugleich auch aus diesem angeführten Grunde angedrungen, daß mehr gedachter dessen Herr Halbbruder verschiedene Canonicatus und Dohm-præbenden, namentlich in denen respective Ertz- und Dohm-Stiftern zu Maynz, Trier und Münster, sich zu wege gebracht, und seines geistlichen Standes halber der Lehnsfolge in den streitigen Reichs-Lehen unfähig sey; auch da der jüngere Herr Bruder nebst seiner Frau Mutter die sämtliche zu dem streitigen Reichs-Lehen gehörige Urkunden in Händen haben, selbigen die edition aufzuerlegen gebeten, um dadurch das ihm allein zustehende successions-Recht des mehrern ausführen zu können: worauf per conclusum vom 3. Junii 1740. dem Gegentheil ein endlicher terminus duorum mensium ad se declarandum gestattet worden. Als nun Herr Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, behuf der auferlegten Erklärung um prolongation allerunterthänigst nachgesuchet, ist statt dessen, unterm 6. Aug. anno 1740 das conclusum dahin erfolget, daß beyde Herren Brüder zur Ablegung des Lehn-Eydes zu admittiren; auch die Beleihung, iedoch männiglich an seinen Rechten unbeschadet, zugleich an den jüngern Herrn Bruder, Herrn Frantz Arnold, Freyherrn von der Reck, würcklich erfolget. Als nun kurtz darauf Ihro Käyserliche Majestät Käyser Carl der VI. Glorwürdigsten Andenckens mit Tode abgegangen, und währenden Interregni, die Investitur von des Königs in Pohlen Majestät als Reichs-Vicario renoviret werden sollen: so hat Herr Ferdinand Wilhelm Joseph Freyherr von der Reck bey Ansuchung um die Investitur zugleich, ihm zu dem alleinigen Besitz der streitigen Reichs-Lehen zu verhelfen, auch seinem Herrn Halbbruder Herr Frantz Arnold, Freyherrn von der Reck, zu Edirung der zu den Lehen gehörigen Briefschaften anzuhalten, gebeten. Und da währenden Verfahrens der Partheyen die Thron-Ersetzung durch ihro nunmehro auch verstorbene CAROLI VII. Käyserliche Majestät erfolget: so hat Herr Ferdinand Wilhelm Joseph Freyherr von der Reck bey Käyserlicher Majestät von neuen die Lehn gemuthet, zugleich auch, nach weiterer Ausweisung derer deshalb bey hochpreißlichen Reichs-Hofrath zu Franckfurth verhandelten Acten, wegen admission seines Herrn Halb-Bruders zur coinvestitur so lange nichts wiedriges zu verhängen gebeten, bis die Sache wegen der ihm zustehenden gegenwärtig alleinigen succession und administration der streitigen Reichs-Lehen ausgemachet. Ob nun wol desselben Gesuch in puncto non admissionis dessen ad iuramentum investituræ pro sua quota bereits zugelassenen Halbbruders, des Freyherrn Frantz Arnold von der Reck, vi concilii Cæsarei vom 9. Decembr. 1743 nicht statt gegeben worden, so ist zugleich dessen Herrn Halbbruder, um sich auf dessen exhibita in causa principali vernehmen zu lassen, ein zwey monathlicher Termin angesetzet worden, worauf auch derselbe unter erhaltener weiterer prolongation allerunterthänigste Vorstellung und Anzeige unterm 31. Julii 1744 übergeben. Bey dem höchst beglückten Regierungs-Antritt seiner ietzt regierenden Käyserlichen Majestät FRANCISCI I. hat Herr Dohm-Capitular Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, von neuen, um nach denen vorher ergangenen Reichs-Hofraths decretis zur Ablegung des Lehn-Eides zugelassen zu werden, nachgesuchet, und ein conclusum admissorium unterm 11. Decembr. 1745 laut Anlage sub n. II. erhalten. Ob nun wol der Herr geheimte Rath, Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherr von der Reck, dargegen, daß währender völliger Erörterung der Hauptsache sein Herr Stiefbruder zur Lehns-investitur nicht zugelassen werden möchte, allerunterthänigst nachgesuchet, so ist es doch per conclusum von 7. Jan. 1746 bey dem vorgedachten concluso gelassen, iedoch dem ältern Herrn Bruder, die Hauptsache in separato auszuführen, laut Anlage sub n. III. vorbehalten worden.

Nachdem auch indessen über die Erbfolge in der allodial-Verlassenschaft unter vorgedachten beyden Herren Brüdern anfänglich vor dem Hochfürstlichen Münsterischen Hof-Gericht, und nachhero in appellatorio vor Käyserlichem Reichs-Cammer-Gericht ein Streit obgewaltet, und es darin hauptsächlich darauf angekommen, ob die vorgedachte im Jahr 1690 errichtete Ehe-Pacten auch in so ferne darin von der succession der aus erster und andern Ehe erzeugten Söhne verordnet worden, als eine unwiederrufliche und per modum contractus inter vivos errichtete Eheberedung angesehen werden könne, oder solche durch das nachhero zum Vortheil des aus der zweyten Ehe erzeugten Herrn Sohns, des Herrn Dohm-Capitularis, errichtete Testament wieder habe aufgehoben werden können: so ist auf die von Herrn Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, übergebene rechtsgegründete Vorstellung von den auf bekante teutsche Rechte und allgemeine Reichs-Gewohnheit sich gründenden

Rechts-Bestand solcher auch der successionen der Kinder halber errichteten Ehe-Stiftungen vom Käyserlichen Reichs-Cammer Gericht unterm 21. Mart. 1746. laut Anlage sub n. IV. dahin erkant worden:

„Daß die pacta dotalia vom Jahr 1699 an und vor sich rechtsbeständig seyn, und ohne hinlängliche Ursachen nicht revociret und geändert werden mögen.

Indessen ist auch aus der Heesenschen Linie der Freyherrlichen Familie von der Reck der letztere aus derselben, Herr Johann Adolph, Freyherr von der Reck am 17. Novemb. vorigen 1745. Jahres verstorben, mit ihm der Reck-Heesensche Manns-Stamm erloschen, und sind dadurch auch die Heesensche Lehne der Reck-Steinfurthischen Linie angefallen. Da nun in dieser Linie vorgedachter Herr geheimte Rath, Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherr von der Reck, allein weltlichen Standes ist, und dessen Herr Stiefbruder, der Herr Dohm-Capitular, Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, zur Zeit des Lehn-Anfalls im Geistlichen Stande gewesen, so komt es auch bey dieser Lehnsfolge darauf an, ob derselbe in Ansehung seines Geistlichen Standes Lehnsfähig sey, und dem älteren erstgedachten Herrn Bruder weltlichen Standes auch in diesen Lehen die alleinige Lehnsfolge gebühre. Es will aber gleichwol verlauten, daß gedachter Herr Dohm-Capitular seinen Geistlichen Stand und Dohm-Präbenden unter zu erhaltenden Päbstlicher Dispensation zu verlassen und wieder weltlich zu werden vorhabens sey. Bey solchen Umständen nun beruhet das Hauptwerck dieser Lehns-Streitigkeiten auf folgende Fragen, und zwar Anfangs ist

Quæstio I.

2 **Ob nicht Herr Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, seines geistlichen Standes halber, der Lehns-Folge in den streitigen Reichs-Lehen der Freyen-Stuhle, nicht weniger in denen Heesenschen Lehnen vor unfähig zu achten, und deshalben dem Herrn Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, nach Abgang seines Herrn Vaters, und respective Herrn Agnaten aus der Reck-Heesenschen Linie die Lehnsfolge in den streitigen Reichs-Lehen der freyen Stühle und denen Heesenschen Lehnen allein, und mit Ausschliessung seines vorgedachten Herrn Halbbruders, den Rechten nach zukomme, und derselbe auch hierunter in Ansehung derer Reichs-Mann-Lehen und Freyen-Stühle zu Steinfurth in vorgedachten Ehe-Pacten vom Jahr 1699 fundatam intentionem habe?**

Rationes dubitandi.

Bey dieser Frage hat nun vorgedachter Herr Dohm-Capitular, Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, ein gleiches und gemeinschaftliches Lehnsfolge-Recht in den streitigen Reichs Mann-Lehen und freyen Stühlen mit seinem Herrn Bruder, dem Herrn Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, zu behaupten gesuchet, vermeinet auch ein gleiches bey denen Heesenschen Lehnen zu behaupten, und möchten folgende Gründe sein Gesuch zu unterstützen scheinen. Denn da derselbe 1) als ein aus der zweyten Ehe des Weyland Johann Matthias, Freyherrn von der Reck, erzeugter Sohn zu Schild und Helm gebohren, und unter dessen Leibes Lehns-Erben zu rechnen; so ist dessen prätendirtes gleiche Lehnsfolge-Recht, so ferne es bloß nach dem Recht der Geburt betrachtet wird, um so weniger in Streit zu ziehen, als in den Lehn-Rechten versehen ist, 3
omnes filios, per masculinum sexum descendentes, in feudo succedere, et sufficere, aliquem ex stipite descendisse, qui eius agnationis pater fuit communis,
II. F. 8.
und wo das Recht der Erstgeburth nicht hergebracht ist, denen Söhnen eines verstorbenen Vaters eine gleiche Lehnsfolge gebühret.
I. F. 8.
II. F. 55.

Hierbey möchte auch 2) der geistliche Stand, darin derselbe stehet, vor eine hinlängliche Ursach, ihn der angebohrnen Lehensfolge unfähig zu machen, nicht angesehen werden, indem überhaupt nicht behauptet werden kan, daß Geistliche zu allem Lehens-Besitz schlechterdings unfähig sind, vielmehr genug Exempel vorhanden, daß Lehne Geistlichen verliehen worden, auch selbst im Longobardischen Lehn-Recht eingeräumet wird, clericum veluti episcopum, abbatem non solum respectu ecclesiæ, sed etiam intuitu personæ beneficium a rege habere posse; 4
II. F. 40.
welches auch die Exempel derer Prälaten, die noch heut zu Tage in der Lehns-Verbindlichkeit gegen das Reich und Käyser stehen, erhärten. Einige Rechts-Lehrer haben dahero 3) bey dieser Frage einen Unterscheid unter einem gemeinen Geistlichen und einem Geistlichen, der zugleich von Ritter-Art ist, gemacht, allermassen dem letztern in den Worten des 5
iur. feud. ALEMAN. *cap. 3. §. 1.*
empfähet ein Pfaffe oder eine Frau des Reichs Gut zu Lehn von dem Reiche, das mögen

gen sie wol erben, und mögen dem Gute nachfolgen an einen andern Herrn, ob beyde, Pfaffe oder Fraue, von Ritter-Art sind,

6 die Erwerbung eines Reichs-Lehns zugelassen wird. Hierzu komt 4) daß die Lehre unbillig scheinet, daß derjenige, so durch die Geburt ein Recht zu einem Reichs-Lehn erlanget, durch die Erwehlung des geistlichen Standes dessen verlustig werden solte, weil der geistliche Stand in den Rechten viel grössere Vorzüge als der weltliche hat, und die Lehns-Erwerbung bey den Geistlichen dem iuri canonico nicht entgegen ist, da ihnen vergönnet wird, den Weltlichen so wol den Eyd der Treue abzuleisten, dafern sie etwas Weltliches von ihnen besitzen,

c. 30. X. de iure iurando.

darunter auch der Besitz eines Lehns zu rechnen; als auch in Lehns-Sachen vor den Lehns-Gerichten Recht zu nehmen.

c. 6. 7. X. de foro compet.

7 Wenn nun gleich 5) das Longobärdische Lehn-Recht die Geistlichen von der Lehnsfolge ausschliesset, so möchte doch an dessen Anwendung auf die Reichs-Lehen um so mehr gezweifelt werden, weil solches nicht weiter gilt, als es angenommen worden; darneben an der Annehmung alsdann billig zu zweifeln, wenn theils die Gründe einer Lehns-Verordnung heut zu Tage wegfallen, theils die Rechts-Lehrer dessen Nicht-
8 Gebrauch bezeugen. Denn da 6) die Geistlichen vor dem zur Lehnsfolge deswegen hauptsächlich nicht gelassen worden, weil sie das Lehn nicht verdienen, und die Krieges-Dienste nicht übernehmen konten, auf deren Leistung die Haupt-Absicht bey den Lehnen gegangen: so scheinet der Grund dieser Verordnung heut zu Tage um so weniger eine rechtliche Achtung zu verdienen, weil Lehn-Dienste durch andere eben so leicht, als in eigner Person, abgeleget werden können; dahero mit

HIERON. SCHVRFFIO *cent. I. conf. 68. n. 11.*

die Regul anzunehmen, quod inhabilis ad serviendum, si sit habilis ad succedendum, possit seruire per substitutum. Es hat dieser Einwurf einen desto grössern Schein, weil selbst die
9 Longobardische Rechte 7) die Ablegung der Lehn-Dienste durch einen substitutum in ähnlichen Fällen zulassen. So verordnet FRIDERICVS I.

II. F. 55. §. I.

vt quicunque, indicta publica expeditione, vocatus a domino suo, in eadem expeditione spatio competenti temere venire supersederit, vel alium pro se acceptabilem mittere contemserit, feudum amittat. Eine gleiche Verordnung findet sich

II. F. 99. tit. de feud. ligio.
II. F. 100. tit. Imperat. feud. amitt.

und wird daselbst per substitutum acceptabilem zu dienen verstattet. Hiervon macht dahero SCHENCKIVS den Schluß auf die Geistlichen, vt etiam clericis per substitutum et per intermediam personam feudi muniis satisfacere permittendum sit. Si enim id conceditur fortuitae calamitati, cur non pietati? vt clericus effectus idem possit, quod mutus effectus? Maxime cum non solum consilio dominum, sed et re clericus dominum iuuare possit, substituens idoneum quendam et acceptum domino virum, qui maiori aut pari diligentia, fide ac sinceritate feudi munia adimpleat.

FRID. SCHENCK. *in comment. ad ius feud. l. 2. tit. 21. n. 8.*

Verschiedene Rechts-Lehrer nehmen deswegen 10
8) die Verordnung des Longobärdischen Lehn-Rechts, wegen Ausschliessung der Geistlichen von der Lehnsfolge, nur unter der Einschränckung an, vt si per substitutum seruitia praestare velint, admittendi sint ad successionem in feudo.

ANDR. DE ISERNIA *ad l. 2. feud. tit. 21.*
SCHVRFFIVS *in conf. feud. cent. I. conf. 68.*

Und wie diese Einschränckung bey allen Geistli- 11
chen eintreten kan, so scheinet deswegen 9) die Lehre verschiedener Rechts-Lehrer gegründet zu seyn, daß heut zu Tage die Geistlichen nach einem beständigen Herkommen in weltlichen Lehnen succediren, welches in gegensätziger Schrift als eine gemeine angenommene Meinung ausgegeben, und davon

VVLTEIVS *in tract. de feud. lib. I. c. 9. n. 135.*
HANNETON *de iur. feud. l. 2. c. 3.*
CHRISTINAEVS *ad leg. mechlin. tit. 10. art. 8. n. 5.*
SONSBECK *de feud. p. 12. n. 147.*
SCHVLTZ *synops. feud. c. 8. n. 39.*
GOTHOFR. ANTONIVS *in disput. feud. disp. 6. th. II. in not. lit. B.*
STRVV. *in synagm. iur. feud. c. 9. aph. 9.*
ESBACH *ad* CARPZOVIVM *p. 3. const. 28. def. I. n. 2.*
STRYK *in exam. iur. feud. c. 15. §. 23.*
FELTMANN *in tr. de feud. c. 5. §. 2. n. 10. et c. 8. §. 3. n. 5.*
CHLINGENSBERG *de feud. c. 6. q. 18.*
ROSENTHAL *de feud. c. 7. concl. 30. n. 9.*

als Zeugen des Gerichts Gebrauchs aufgeführet 12
werden. Diesem treten auch 10) einige in gegenseitiger unterm 31. Julii 1744. übergebener Vorstellung angebrachte Exempel derer Reichs-Lehne bey, in welchen Dohm-Herren und andere Personen geistlichen Standes ohne Widerspruch die Lehnsfolge erhalten: Wie denn nach der Anlage sub B. der Herr Christian Franz Dieterich, Freyherr von Fürstenberg, nebst seinen Brüdern Hugo Franz, Friederich Christian und Franz Eyon, Freyherrn von Fürstenberg, insgesamt geistlichen Standes, mit dem vom Reich zu Lehn gehenden Zehenden im Jahr

1719 belehnet worden; Ferner Johann Baptista Xaverii, Frey und edler Herr von Ulm, Dohm- und Capitular-Herr der Dohmstifter zu Eichstett und Augspurg, sowol in den Reichs-Lehnen als dem Seniorat laut Anlage sub C. et D. succediret, nicht weniger auch des Reichs Erb-Truchseß Herr Graf Maximilian Maria, Graf von Wolfegg und Herr zu Waldburg im Jahr 1738. vor sich und im Namen seiner Herrn Gebrüdere Carl Ernst, Dohm-Herrn zu Cölln und Straßburg, Franz Carl, Dohm-Herrn zu Saltzburg, Joseph Carl, ebenfals Dohm-Herrn zu Cölln und Straßburg, und Johann Ferdinand, Dohm-Capitularen und Domicellarn zu Cölln und Constantz, laut des Lehn-Briefes sub E. und der zur Lehn-Empfängniß abgegebenen Vollmachten sub F. G. H. I. mit dem Waldburgischen Stamm-Lehen, ohnerachtet solche inter feuda imperii maiora zu rech-
13 nen, beliehen worden. Wie nun 11) ein gleiches bey Evangelischen Canonicis und Prälaten keinen Zweifel leidet, und deren Lehns-Fähigkeit nicht in Streit gezogen wird.

HORN *in iurispr. feud. c. 15. §. 25.*
BERLICH *P. III. concl. 39. n. 18.*

so möchte auch hievon ein Schluß zur Bestätigung der angegebenen Observantz in Teutschland bey Catholischen Canonicis und Prälaten
14 gemachet werden. Es scheinet ohnedem 12) der geistliche Stand dem Herrn Franz Arnold, Freyherrn von der Reck, um so weniger entgegen zu stehen, als derselbe in sacris ordinibus nicht stehet, sondern bloß ordines minores erhalten, bey welchen einige Rechts-Lehrer die Fähigkeit zur Lehnsfolge eher als bey denen in maioribus ordinibus constitutis zugeben.

SONSBECCIVS *in comm. ad vsus feud. p. 12. n. 115.*
ROL. à VALLE *vol. I. conf. 23. n. 23.*

15 Und obwol derselbe zugleich verschiedene beneficia hat; so könte derselbe doch 13) seiner Meinung nach der Krieges und Lehn-Dienste sich selbst unterziehen; und ohnerachtet derselbe sich in Gefahr setzen würde, seiner Präbenden verlustig zu werden, so wäre doch solches eine exceptio de iure tertii, quæ ad excipiendum non prodest.

MENOCH. *conf. 79. n. 29.*

Wenn demnach der geistliche Stand denselben der Lehnsfolge nicht unfähig machen solte,
16 so möchte es ferner 14) das Ansehen gewinnen, daß ihm durch die väterlichen Ehe-Pacten vom Jahr 1699 die Lehnsfolge in den altväterlichen Reichs Mann-Lehen der Freyen-Stühle zu Steinfurth nicht genommen werden können. Es erwächset hieben zuforderst der Zweifel, ob gedachte Ehe-Pacta, wenn sie gleich dem ältesten Sohne ersterer Ehe die alleinige succession in allen Gütern einräumen, dennoch auch auf die Lehn-Güter zu ziehen, weil in dem §. 16. zwar aller Güter, aber nicht besonders der Lehn-Güter Meldung geschehen; wobey die Rechts-Lehrer der beständigen Meinung sind, quod sub generali bonorum appellatione et sub generali dispositione feuda non veniant.

STRYK. *de caut. testam. c. VI. memb. I. §. II.*
WESEMBECIVS *conf. 13. n. 16.*

Hiezu komt, daß 15) vorgedachte Ehe-Pacten 17
durch das von Weyl. Herrn Johann Matthias, Freyherrn von der Reck, nachhero errichtete Testament wieder aufgehoben, und dem aus der zweiten Ehe erzeugten Herrn Sohn, dem Herrn Dohm Capitular, die alleinige Lehn und Erbfolge darin zugewendet worden. Endlich wenn auch selbige an sich rechts-beständig zu
achten, so scheinet es doch, daß 16) selbige we- 18
nigstens in Ansehung der Verordnung über die Lehnsfolge nicht vor gültig zu achten. Denn wie die Söhne in altväterlichen Lehnen ex pacto et prouidentia maiorum ihre Lehnsfolge erhalten: so will es nicht in der Macht und Gewalt eines Vaters stehen, einem die alleinige Lehnsfolge, mit Ausschliessung des nach gleichem Recht succedirenden Sohnes, zu ertheilen, und die in Lehn-Rechten gegründete Lehnsfolge darunter zu ändern. Si quis enim decesserit, filiis et filiabus superstitibus: succedunt tantum vel nepotes ex filio, loco sui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente.

I. F. 8.

Vnde nec pater potest vni assignare feudum, et aliis certam pecuniam assignare.

MICH. GRASSVS *recept. sent. §. 14. n. 19.*
VVLTEIVS *de feudis lib. I. c. 9. n. 79.*
TITIVS *im Teutschen Lehn-Recht c. 23. §. 34.*

Dieses sind die vornehmsten Gründe welche demselben bey der in dem geistlichen Stande und gegen die pacta dotalia paterna behaupteten Lehnsfolge zu statten kommen möchten.

Rationes decidendi.

Wenn aber bey diesen Einwürfen, von der 19
Fähigkeit der geistlichen Standes-Personen zur Lehnsfolge, gründlich geurtheilet werden soll, so müssen verschiedene und mit einander nicht zu vermischende Fragen genauer auseinander gesetzet werden. Es ist 1) ausser allem Streit, daß Geistliche der geistlichen Lehen dergestalt fähig sind, daß hinwiederum kein Weltlicher in selbigen folgen könne. Denn wie den hohen Stifts-Kirchen durch ansehnliche Schenckungen Reichs- und andere Lehn-Güter zugefallen, so gehören solche eigentlich zum Lehns-Eigenthum der Kirche, welches der derselben vorstehende Prälat, als provasallus ecclesiæ, unter seiner direction und administration hat, und daher keinem andern als dem Prälaten zufallen kan, folglich eine so besondere Eigenschaft hat, daß davon auf die weltliche Lehne kein Schluß zu machen: in hoc feudi genere enim non tam consideratur persona episcopi, aut prælati,

quam

quam ipsa ecclesia: vt ecclesia ipsa vera Regis vasalla dicatur, prælatus vero tantum ecclesiæ administrator durante vita sua, et quasi tutor ipsius ecclesiæ.

THOM. CRAGIVS *de feud. lib. I. tit. 10. §. 22.*

20 Wann dahero 2) bloß von der Fähigkeit der geistlichen Standes-Personen zur Lehnsfolge in weltlichen Lehen die Frage ist, so ist auch hiermit die Fähigkeit zur Lehns-Erwerbung nicht zu vermischen. Denn wie eine iedwede, zur Lehns-Folge an sich untüchtige Person, mit Lehnsherrlicher Bewilligung ein Lehn erwerben kan, weil bey der Lehns-Erwerbung alles auf den untern Lehnsherrn und Lehnsmann geschlossenen Vertrag ankommt, und aus eben diesem Grund in der Lehnsfolge sonst unfähige Personen weiblichen Geschlechts ein neues Lehn erhalten können; so kan auch ein Lehnsherr auf gleiche Weise einer von der Lehnsfolge sonst ausgeschlossener Person geistlichen Standes die Gnade erweisen, und ein neues Lehn verleihen, oder seines Lehns-Mannes Sohne geistlichen Standes, so gut wie dessen Töchtern, die Lehnsfolge in den Lehn-Briefen versichern. Nach diesem Unterscheid hat schon

MATTHAEVS DE AFFLICTIS *ad tit. feud. de clerico qui inuest. fec. num. I.*

im folgenden geurtheilet: Nota ex isto textu, quod clericus potest habere feudum, subaudi, non per successionem, immo si habet, perdit illud. Sed bene poterit habere paternum feudum, si inuestitura paterni feudi dicat, ita quod etiam filius clericus vel monachus possit habere feudum. Nam tenor inuestituræ derogat omni naturæ feudorum. Item poterit clericus capax feudi esse, si Rex dedit sibi de nouo.

conf. SCHILTERVS *in comment. ad ius feud. Alem. cap. 3. §. 2. p. 54.*

So wenig aber dadurch, daß Lehne bisweilen auf Erben beyderley Geschlechts verliehen werden, das weibliche Geschlecht überhaupt die Lehns-Fähigkeit erhalten mag; so wenig kan von der Belehnung eines geistlichen mit weltlichem Lehn auf die Fähigkeit der Geistlichen zur Lehnsfolge geschlossen werden; etsi enim Clerici, mulieres etiam nobiles, succedere in feudis regulariter non possint, tamen per acquisitionem originariam inuestiri possunt a Domino sic volente: sicut et plebeii de feudis nobilibus inuestiri possunt.

SCHILTER *l. c. cap. 1. §. 4. n. 27. p. 44.* CVIACIVS *ad Libr. II. feud. tit. 21.*

21 Dieses nun zum voraus gesetzet, so ergeben 3) sowol die Gründe als Verordnungen der Lehn-Rechte, daß Personen geistlichen Standes der Lehnsfolge in weltlichen Lehen deshalb nicht fähig seyn können, weil sie die Kriegs-Dienste, derentwegen die Lehen vornemlich ertheilet worden, ihres geistlichen Standes wegen, nicht leisten, noch der status vasalli, qui militaris est, mit dem statu clericali compatibel seyn können. Es beziehen sich die Lehn-Rechte auf diesen allgemeinen Grund, quod clerici servire non valeant,

II. F. 36.

beneficium vero non pertineat ad eum, qui non debet gerere officium;

II. F. 21. in fin.

und die unzehliche Kirchen- und andere Verordnungen zeugen, wie hart es an den Geistlichen geahndet worden, wenn sie Krieges-Dienste, worin die Lehn-Dienste hauptsächlich bestanden, übernommen. Unter den Francken, bey 22
welchen die ältesten und vornehmsten Spuren der entstandenen Lehen anzutreffen, ist das harte Verbot, daß Geistliche keine Krieges-Dienste thun solten, durch die Strafe der Absetzung und des Kirchen-Bannes verpönet,

CAPITVLAR. *regum francor. l. VI. c. 61.*

und solches in den conciliis so häufig wiederholet worden. Unter andern verordnet das CONCILIVM MELDENSE c. 37.: quicunque ex clero esse videntur, arma militaria non sumant, nec armati incedant, sed professionis suæ vocabulum religiosis moribus et religioso habitu præbeant. Quod si contemserint, tamquam sacrorum canonum contemtores, et ecclesiasticæ sanctitatis profanatores proprii gradus amissione muletentur, quia non possunt simul Deo et seculo militare.

c. 6. C. 23. q. 8.

Diesen Unterscheid inter militiam secularem, die ihnen untersaget ist, und inter militiam ecclesiasticam schärffet der Papst NICOLAVS in c. 19. C. 23. q. 8. den Geistlichen aufs genaueste ein, quod militum Christi sit, Christo servire, militum vero seculi, seculo, secundum quod scriptum est: Nemo militans Deo, implicet se negotiis secularibus; und in den

c. 2. X. de vita et honest. clericor.
c. 5. X. de pœnis

sind deßhalb gegen Geistliche, so darwider han- 23
deln, harte Strafen erkant. Auf den Grund dieser Kirchen-Gesetze sind 4) die allgemeinen Lehn-Rechte

in II. F. 21.
II. F. 26. §. 5.
II. F. 36.

gebauet, welche die Geistlichen anders nicht als der Lehnsfolge unfähig erklären können, weil diese ohne Verletzung der Kirchen-Gesetze die Lehns-Dienste zu verrichten nicht im Stande gewesen: ja es wird der Grund dieser Ausschliessung so wol in

II. F. 21.

als auch

II. F. 109. in extraordin.

aus vorangeführter Verordnung NICOLAI I. genommen: ex iure et moribus receptum est, vasallum clericali se militiæ dedicantem feudum

dum amittere; scriptum est enim in diuinis eloquiis: miles Christi seruiat Christo, milites seculi seruiant seculo

cit. II. F. 21.

24 Hierzu kam 5) noch diese Ursach, daß ausser den Krieges-Diensten, von einem Lehn-Mann Ehren-Dienste erfordert wurden, und derselbe bey öffentlichen Versamlungs-Tägen an Fürstlichen Höfen, bey Heimführung und andern dergleichen Ehren-Zügen den Ehren-Dienst meistentheils zu Pferde zu verrichten, und dabey in eigener Person in der Hof-Farbe zu erscheinen verbunden war.

DAV. GE. STRVBEN *de vestitu vasallorum in Parergis Gattingensibus tom. I. l. 3. obs. 9. p. 167. seq.*

Wie wäre es aber gleichwol mit dem geistlichen Stande zu reimen gewesen, wann diejenigen, denen in habitu clericali modesto einher zu gehen vorgeschrieben,

c. 15. X. de vita et honest. clericor.

und denen aufs härteste ausgeleget worden, si relicto habitu clericali tamquam laici conversarentur,

c. I. X. de apostasia.

in der Hof-Lieberey erscheinen und denen Ehrenzügen beywohnen wollen? Es erfordert also der geistliche Stand die Ausschliessung von der Lehnsfolge: und mit dieser Verordnung der Lon-
25 gobardischen Lehn-Rechte stimmen 6) die Teutschen Lehn-Rechte auf das genaueste überein. In den Schwäbischen Lehn-Rechten ist versehen:

Pfaffen, Wibe und Geburen, und alle die nit von ritterlicher Art sind geboren, und die nit ehlich geborn sind, die sollen alle nit Lehn-Recht haben.

IVS FEVD. ALEMANN. *cap. I. §. 4.*

26 Ein gleiches verordnet das Sächsische Lehn-Recht:

Pfaffen, Wib, Dorffere, Koufflüte, und alle die Rechtes darben, oder unecht geborn sind, die süllen Lehn-Recht darben.

IVS FEVD. SAXON. *art. 2.*

27 Auf eben diese Weise stellet der VETVS AVCTOR de beneficiis die Geistlichen unter die Zahl derer der Lehn unfähigen Personen:

Clerici et mulieres, ruſtici, et mercatores, et iure carentes, et in fornicatione nati, et omnes, qui non sunt ex homine militari ex parte patris eorum et aui, iure carent beneficiali.

VETVS AVCTOR *de beneficiis cap. I. §. 4.*

Wie nun die Sächsischen und Schwäbischen Lehn-Rechte, mit welchen auch das

IVS FEVDALE ALEMANNICVM *ex moribus Bauariæ cap. I. in* illustris SENCKENBERGII *corpore iuris feud. p. 135.*

übereinstimmet, die alten Lehns-Gewohnheiten und Rechte der Teutschen in sich fassen, so sind diese, zumalen sie hierunter mit dem Longobardischen Lehn-Rechte einerley Verordnung enthalten, auch 7) den Reichs-Lehnen zum Grund 28
geleget worden. Auf dieses allgemeine Recht ist die Verordnung der

Güldenen Bulle *c. 7. §. 2. 3. et 4.*

bey den weltlichen Churfürstenthümern gegründet, daß jedesmal nur der erstgebohrne Sohn weltlichen Standes zur Churfolge gelangen kan, und diese Verordnung ist in den Häusern Sachsen, Brandenburg und Pfaltz durch verschiedene Käyserliche Verordnungen, Erb-Vereinigungen und Verträge, und zwar nicht nur in den Chur- sondern auch in denen übrigen Landen befestiget worden, wie ich, der Cantzler Böhmer, in einem ausführlichen Gutachten

in tomo I. consultation. et decision. arg. 43. n. 75. seq.

nicht weniger auch

CHRISTIAN. GODOFREDVS HOFFMANNVS *de clericorum in feuda in primis S. R. I. maiora successione c. III. §. 7. et seqq.*

IOANN. IAC. MOSERVS im Teutschen Staats-Recht *tom. XII. lib. 3. c. 60. §. 17. seqq.*

ausgeführet. Auf dieses Recht gründen sich die Verträge in den Fürstlichen Häusern, in welchen unter die nothwendigen Eigenschaften zur Lehnsfolge dieses gesetzet worden, daß einer nicht geistlichen Standes sey. Dergleichen Vertrag ist über die Land und Lehnsfolge im Hertzogthum Braunschweig Lüneburg unter des Hertzog Magni Torquati nachgelassenen Söhnen, Herrn Friederich, Bernhard, Heinrichen und Otten an einem, und der Ritterschaft und Städten des Hertzogthums Braunschweig am andern Theil im Jahr 1374 geschlossen und dem Aeltesten,

der nein Pape edder geistlich Mann en were die Lehns und Landesfolge beygeleget worden, wie die Urkunde

in LVNIGS Reichs-*Archiv. part. spec. cont. II.* vierte Abtheil. vierten Abs. *p. 252.*

ausweiset. Den beständigen Gebrauch dieser Lehn-Rechte bestätiget ins besondere 8) eine 29
merckwürdige dispensations-Urkunde, Käyser Friedrichs des Dritten vom 24. Octobr. 1492 so Käyser MAXIMILIANVS I. unterm 3ten Dec. 1500 von neuen ertheilet, und so in

IO. CHRIST. BECKMANNI Ziffortie des Fürstenthums Anhalt *P. IV. p. 523.*

befindlich ist. In dieser dispensiret der Käyser, daß die Annehmung des geistlichen Standes und die Weyhung denen beyden Brüdern und Fürsten von Anhalt, Adolphen, welcher die Dohm-Probstey des Stifts zu Magdeburg bereits erhalten, und Magno, welcher noch Willens war, in geistlichen Stand zu treten, und Weyhung anzunehmen, keine Hinderung und Abbruch an der Lehnfolge ihrer Fürstlichen Erb-

und

30 und Antheile geben solte. Wie nun alle dispensation ein verbindendes Gesetz zum voraus setzet, dessen Verbindlichkeit in bestimmten Fällen aufgehoben wird, cum omnis dispensatio præsupponat legem, aduersus quam conceditur,

LYNCKER *ad ius ciuile tit. de constit. princip. §. 16.*

so erhellet aus besagter Käyserlicher dispensation offenbar, daß die Gesetze, welche Personen geistlichen Standes von der Lehnsfolge ausschliessen, als angenommene und in Reichs-Lehnen geltende Rechte angesehen worden, wie denn der Käyser so wol in den Worten:

derogiren auch den gemeinen geschriebenen und andern Rechten, Statuten, Ordnungen und Gewohnheiten, so wider solches insgemein oder insonderheit seyn ausgelegt, gebraucht oder verstanden werden möchte,

selbst eingestehet, daß dergleichen Lehn-Rechte und Gewohnheiten vorhanden, die der Lehnsfolge der Geistlichen entgegen sind, und denen derselbe zu derogiren nöthig erachtet, als auch ferner in den nachfolgenden Worten die Verbindlichkeit solcher Lehns-Gesetze nur in Ansehung der vorgenannten Adolfen und Magnussen, Fürsten zu Anhalt, und zwar namentlich und ausdrücklich nur auf diesmal und nicht ferner aufzuheben sich erkläret, und dadurch den Gebrauch und Gültigkeit solcher Lehn-Gesetze in andern per dispensationem nicht ausgenommenen Fällen aufs deutlichste anerkant. Weil nun diese Begnadigung nur auf besagte beyde Fürsten eingeschränckt, und etliche Jahr nachhero auch Fürst Georg zu Anhalt durch Annehmung der Dohm-Probstey zu Magdeburg in geistlichen Stand getreten war, so hat dieser seinem Lehnfolge-Recht durch eine vom Käyser CAROLO V. unterm dato Worms den 14. Merß 1521 erhaltene dispensation auf gleiche Weise sicher zu stellen gesuchet, wie solche ebenfalls bey dem BECKMANNO *l. c. p. 524.* in extenso zu finden. In dieser derogiret der Käyser auf gleiche Weise, iedoch nur wiederum in Ansehung des vorgedachten Fürsten, und unter der ausdrücklichen clausul, auf diesmal und nicht ferner, den gemeinen geschriebenen und andern Rechten, Statuten, Ordnungen und Gewohn-
31 heiten. Wie nun in Lehns-Sachen durch die gemeine geschriebene Rechte, das ius feudale Longobardicum, durch die andere Rechte, Statuten und Gewohnheiten insgemein die Teutschen Rechte verstanden werden, so ist in gedachter clausula derogatoria der Gebrauch der übereinstimmenden Longobardischen und Teutschen Lehn-Rechte anerkant worden. Hierauf gründet sich 9) das Reichs-kundige Herkommen, daß wenn die Lehnsfolge an Personen geistlichen Standes gefallen, sie, daferne sie nicht bereits tief geistlich worden, vermittelst päbstlicher dispensation den geistlichen Stand in der Absicht verlassen, damit sie zur Lehnsfolge gelangen mögen, wie hievon

Böhm. Conf. Tom. III. P. I.

IO. PETR. *de* LVDEWIG *in diss. de clerico successionis in feuda et princip. R. S. I. exule cap. II. §. 8. sq.*

verschiedene Exempel beybringet. Eine gleiche 32
Absicht hat es 10) mit der in verschiedenen Häusern, und bey der Catholischen Reichs-Ritterschaft kündlich hergebrachten Gewohnheit, daß wenn viel Söhne vorhanden sind, einige zur Erhaltung der Aufnahme derer Familien geistlich werden müssen, damit sie an den Lehn-Gütern keine Ansprache machen können.

MOSER *im* Teutschen Staats-Recht *tom. XII. lib. 3. cap. 60. §. 23. p. 349.*

Wie denn bey den alten Stiftungen so vieler Hohen und Unterstifter zugleich auf die Erhaltung und Aufnahme vornehmer Geschlechter, und daß die von der weltlichen Lehnsfolge ausgeschlossene Söhne in selbige aufgenommen werden könten, Absicht geheget, wie solches sowol das Teutsche Reich in den grauaminibus nationis Germanicæ de anno 1522. n. 22. als auch die Evangelischen ins besondere im Jahr 1565 und 1576 vrgiret.

HORDLEDER *de causa belli Germ. tom. I. lib. I. c. 1. n. 51.*

LEHMANN *de pace religiosa lib. 2. cap. 4.*

Der beständige Gebrauch der vorangezogenen 33
Lehns-Verordnungen wird 11) in Teutschland auch durch den Gerichts-Gebrauch sowol in hohen Reichs-Gerichten als andern Lehnhöfen bestätiget. Von der bey der Reichs-Cammer behaupteten gleichen Meinung zeuget

MYNSINGERVS *observ. camer. cent. 5. obs. 48. n. 3 et 8.*

quod videlicet Dominis Cameralibus visum sit, eam opinionem, quod scilicet clericus in feudo non succedat, sed prorsus sit incapax, ceteris veriorem magisque communem esse.

conf. MENOCHIVS *conf. 181. n. 81 et conf. 202. n. 121.*

Ob nun wol der in Reichs-Sachen kundige Herr

MOSER *in der* Einleitung zum Reichs-Hofraths-Proceß *tom. III. c. 3. §. 9.*

kein præiudicium weder vor noch gegen diese Meinung bey dem hochpreißlichen Reichs-Hof-Rath aufführen können, so ist er doch der beständigen Meinung, daß, weil die Reichs-Lehne in subsidium nach den Longobardischen und hierunter mit der Teutschen Staats-Verfassung übereinstimmenden Lehn-Recht zu beurtheilen, auch hierunter gegen die Geistliche zu sprechen sey. Noch ausführlicher äussert er seine begründete Meinung in folgenden:

Da nun bey diesen Umständen vieles auf die gemeine Rechte ankommt; nun aber allerdings nicht nur dem Sinn des päbstlichen Kirchen-Rechts gemäß ist, daß die Geistlichen sich der weltlichen Dinge, zumalen welche die ihnen anvertrauete Kirche nichts angehen, sich entschlagen, sondern auch die Geistliche im Longobardischen Lehn-

Recht schlechterdings von der Lehnsfolge ausgeschlossen werden, massen es *2. F. 26. §. 4.* deutlich heißt:

qui clericus efficitur, aut votum religionis assumit, hocipso feudum amittit;

solches Lehn-Recht aber denen Reichs-Gerichten in Lehns-Sachen zur norm fürgeleget ist, so ferne solches nichts der Teutschen Staats-Verfassung widriges enthält, und nun dieses bey gegenwärtiger Materie so gar nicht gesaget werden kan, daß vielmehr das Longobardische Lehn-Recht, und die zuvor angeführte Gründe und Exempel pro exclusione clericorum einander die Hand bieten und unterstützen, so halte ich dafür, daß solches ersitgedachten Satz, daß die Geistlichen ordentlicher Weise in weltlichen Landen nicht successions fähig sind, das völlige Gewicht gebe.

MOSER *im* Teutschen Staats-Recht, *tom. XII. l. c. §. 41. p. 356.*

34 Es ist ferner 12) dieses Recht in verschiedenen Lehn-Höfen Teutschlandes beständig beybehalten worden. Von den Osterreichischen Erblanden zeiget das Decisiv-Rescript CAROLI VI. vom 18. Sept. 1718.

apud BVRGERMEISTERVM *in Codice diplomat. equestri P. III. p. 646.*

et LVNIGIVM *in corp. iur. feud. tom. II. p. 439.*

Daß nach der ad exclusionem der Geistlichen gemachten und wiederholet bestätigten general-Regul und legis pragmaticæ, ersagter Canonicus zu Saltzburg Reichs Erb-Truchses zu Friedberg und Schör, (Joseph Wilhelm) obschon dieser erst die quatuor minores angenommen, und keine præbendam canonicalem genieſſet, gleichwol von der coinvestitur ausgeschlossen verbleiben, auch in Kraft dieser unserer abgehenden declaration insgemein alle andere, welche mit denen quatuor minoribus insigniret sind, unter solcher general-Regul dergestalt comprehendiret seyn, daß wenn sie auch per errorem und mittelst Verschweigung des geistlichen Standes mit investiret werden möchten, dieses ohne alle Würckung seyn, die exclusion zumalen so lange statt haben solle, bis dergleichen in quatuor minoribus gestandene descendenten oder agnati von würcklich abgelegten geistlichen, und wieder angetretenen weltlichen Stande rite docirt haben werden, denen sodann gleichwol die investitur, wenn diese debito tempore gesuchet wird, præstitis præstandis ertheilet werden kan ꝛc. ꝛc.

Es enthält diese Verordnung kein besonder provincial-Recht, sondern ist auf die allgemeine principia derer Lehn-Rechte gebauet, welche Personen geistlichen Standes von aller Lehnfolge ausschliessen. Das von der Münsterischen Lehns-Cammer unterm 6. August 1740. ertheilte Erkenntniß in der Beylage sub n. V. enthält 13) in den Worten;

daß gegenwärtig so wenig als andern Lehen 35
bey hiesiger Lehen-Cammer bekant, oder hergebracht sey, daß existente fratre laico seseque opponente ein mit-concurrirender frater clericus jemalen inuestiret sey:

zugleich ein Zeugniß von der auf gemeine Rechte 36
gegründeten observanz. Ob nun wol einige Rechts-Lehrer aus einer anscheinenden Billigkeit, welche doch, wenn darauf zu sehen, bey Personen weiblichen Geschlechts eben so gut, wie bey den Geistlichen eintreten würde, und welche durch die auf Gründe des geistlichen Rechts obangezeigter massen gebauete Lehn-Rechte genugsam widerleget wird, den Geistlichen eine Lehnsfolge beylegen wollen, so ist doch bey klarer Verordnung der übereinstimmenden Teutschen und Longobardischen Lehn-Rechte nicht sowol auf dasjenige, was ein oder anderer Rechts-Lehrer behauptet, als vielmehr auf die Gesetze zu sehen, indem die Meinungen derer Rechts-Lehrer weiter nicht gelten, als in so ferne sie mit den Rechten, oder in deren Ermangelung, mit der analogia iuris übereinstimmen, hergegen so ferne sie von der Vorschrift der Gesetze abweichen, nichts vermögen.

STRYK *in vsu mod. lib. I. tit. 3. §. 13.*

GABR. ALVAR. DE VELASCO *in tr. de iudice perfect. rubr. 15. annot. I. n. 52.*

Wenn es aber auf Meinungen der Rechts-Ge- 37
lehrten ankommen soll, so haben nicht weniger 14) bewerthe Rechts-Lehrer so wol unter den ältern als neuern die Ausschliessung der Geistlichen von der Lehnsfolge unter Beystimmung derer Gesetze und Rechts-Gründe behauptet. Es führet

CVRTIVS *iunior in tractatu feudor P. III. membr. II. n. 10. p. 269.*

über die Frage: numquid clericus succedat in feudo cum aliis fratribus laicis? den inter præstantiores Doctores totius Italiæ bey einer streitigen Lehnsfolge entstandenen Streit ausführlich aus; und bringet pro affirmativa sententia sechzehn und pro negativa neunzehn alter Italienischer Rechts-Lehrer Meinungen an. Den letztern pflichtet er, unter Widerlegung der erstern, bey, und schliest endlich; concludo igitur in proposito nostro ex omnibus prædictis, quod clericus non potest per substitutum seruire Domino, et per consequens nec per se, nec per substitutum; ideoque sequitur necessaria conclusio in articulo principali, quod clericus non possit succedere in feudo: quam opinionem vltra infinitas auctoritates superius adductas reperio tenuisse Alexandrum in consilio X.

CVRTIVS

CVRTIVS *iun. l. c. n. 22. p. 277.*
RETR. RAVENNAS *in consuet. feud. lib. II. tit. 26. p. 204.*

So behauptet

CASP. RITSCHIVS *in comment. ad consuet. feud. lib. 2. tit. 30. p. 567.*

quod clerici in feudo non succedant, quodque feudum, antea acquisitum, postea, ipso clericatu assumto, perdant.

Es gehören hierunter nachstehender Rechts-Lehrer Meinungen, welche sie in folgenden Worten äussern, als:

BARTHOLOMAEVS BARATERIVS *in libello feudorum reformato tit. XIV. c. 22.*

Dicitur, clericum nullo modo succedere in feudum paternum debere, etsi postea hunc habitum postposuerit. Idem in omnibus, qui habitum religionis assumunt, vt conversi. Hi enim nec postea in feudum succedunt, et si quod habent, perdunt.

IOANNES NIELLIVS *in controu. iuris feud. disp. V. §. 5. et lit. a.*

Clerici ad feudi successionem non admittuntur; et ne admittuntur quidem per substitutum seruire volentes.

IOANNES SCHONNERVS *in feudal. disput. lib. IV. th. 112. et 118.*

Clerici, nequidem minorum ordinum seu primæ tonsuræ, ad feudi successionem admittendi, quia iura feudalia generaliter de clerico loquuntur.

HENRICVS ZOESIVS *in prælect. feud. c. X. n. 6. p. 50.*

Verior et communior est contraria sententia, quam asserunt plures textus feudales, veluti tit. 30. in f. lib. 2. vbi nullo modo dicitur clericus succedere in feudo.

PETRVS GVDELINVS *de iure feudor. P. III. cap. V. n. 13. p. 80.*

Clerici successionis incapaces sunt, quoniam seruientes Deo sese implicare militiæ armatæ seu secularibus negotiis iure prohibentur. Atque ideo, quia huiusmodi vitæ institutum assumserunt, eo ipso feudo seu successioni eius renunciasse intelliguntur.

THOMAS CRAGIVS *de iur. feud. lib. 2. tit. 18. §. 14.*

Ius successionis impeditur per clericatum; nam clerici Deo militant, eorumque arma lacrimæ et preces esse debent: itaque nihil mirum, si in feudo, quod militare in bello seruitium requirit, non admittantur.

HARTMANNVS PISTORIS *quæstionum iuris lib. II. q. 93. n. 3. et 17.*

Verum hæc opinio (de clericis ad successionem admittendis) communibus interpretum suffragiis iam dudum est explosa, plerisque vno ore contra existimantibus, clericum, etiamsi per substitutum seruire vellet, tamen ad successionem feudi non admittendum esse. Quod procedit etiam in clericis, in ordinibus minoribus constitutis: nam iura feudalia generaliter loquuntur de quolibet clerico.

GOTHOFRED. ANTONIVS *in disput. feud. disp. VI. §. IX.*

Propter conditionis suæ impedimentum non incommode monachi et clerici, etiam per substitutum seruire parati, feudorum incapacibus annumerantur.

HVBERT GIPHANIVS *in antinomiis iuris feud. disput. V. n. 55.*

Clerici et religiosi in feudis non succedunt: et hæc sententia in camera imperiali etiam recepta fuit teste Mynsingero.

GEORG. OBRECHT *de iure feudor. l. II. c. XIII. n. 11. 13. 14.*

At contraria sententia iure feudorum verior est; nam lib. 2. feud. tit. 30. aperte dicitur, clericum nullo modo in beneficium paternum debere succedere. Ex quo hanc sententiam regulam iuris feudalis esse, eamque veriorem et magis communem, inque iudicio cameræ receptam affirmant MENOCHIVS consil. 202. n. 122, et MYNSINGERVS obs. 48. cent. 5. Et cum ius feudorum generaliter et indistincte de quouis clerico superiorem regulam affirmet, omnino arbitramur, in clericis primæ tonsuræ huic regulæ esse inhærendum.

IOANNES COEPPEN *in observ. iur. feud. obs. 7. n. 17. seq. p. 233.*

Filii tamen clerici in feudo non succedunt; nisi re integra clericatu se abdicauerint.

WILHELMVS LVDWEL. *in synopsi iuris feud. cap. IX. p. 202.*

Nec distinguendum inter clericos: quoniam et primæ tonsuræ et intra annum probationis constituti, a successione repelluntur. Sed nec illud refert, inferioris ordinis sint clerici an superioris, puta, episcopi, cardinales etc.: nam et hos a successione feudorum remoueri verius est, per generalitatem textuum feudalium et rationem subiectam.

IDEM *in tract. feud. de succes. feud. cap. vlt. n. 2. p. 291.*

ZASIVS *de feud. p. V. n. 74.*

Certe in vsibus feudorum iustissime et omnino ex christiana sinceritate cautum est, ne clericus feudis implicetur. Nec certe satisfacere posse videtur communis ista et plane frigida solutio, quod per substitutum saltem clericus seruiat: quia tale quiddam posset videri, ac si furem quispiam excuset, si per substitutum furetur.

Illustr. HENR. CHRIST. de SENCKENBERG *in iur. feud. p. II. c. 8. §. 171.*

Multa sunt clericorum ad feuda non admissorum exempla. De regula vterque (clericus et femina) non admittitur: ita tamen vt leges faciliores sint in noua feudi acquisitione, quam in successionis casu, vbi mores curiarum plerumque in contrarium.

SIGISMVNDVS FINKELTHAVS *in controuersii feud. illustr. disp. VI. §. 16.*

vbi pro exclusione clericorum a successione feudali pugnat a p. 285. vsque ad p. 201.

Conf. HENRICVS a ROSENTHAL *in tr. iur. feud. c. VII. concl. XXX. per tot.*

FRANC. SONSBECKIVS *in comment. ad vsus feud. p. XII. n. 137. p. 63.*

LVDOLPHVS SCHRADER *de feud. part. V. c. 5. n. 30. p. 193.*

HENR. BOCERVS *de modo amittendi feudum tract. I. n. 157. p. 148.*

HERMAN. VVLTEIVS *de feud. lib. I. c. XI. n. 67. p. 380.*

qui perspicuum esse ait, hanc sententiam tam manifestis iuris feudalis textibus, quin etiam communibus interpretum suffragiis probe suffultam et stabilitam esse, et ab illa tam in iudicando quam in consulendo non esse recedendum.

ERIC. MAVRITIVS *in posit. iur. feud. dec. IX. §. 2.*

Certioribus argumentis illi nituntur, qui iure feudali communi ad successionem clericos regulariter non admittunt; cum quibus faciunt post veteres, LVDWELLO iam nominatos, VVLTEIVS, BOCERVS, REVSNERVS, SCHVLTZIVS, CARPZOVIVS, FINCKELTHVSIVS, LVDWELLVS, quin et ius Saxonicum feudale, et imperialis Cameræ Assessores hanc vt veriorem probasse, Mynsingerus tradit.

Conf. TOBIAS REINHARTHVS *in observ. ad Christinæi decision. vol. V. observ. XII. per tot.*

TITIVS *in iur. feud. cap. 21. §. 25.*

Wie denn

IO. PETR. *de* LVDEWIG *in clerico exule successionis in feuda et principatus S. R. I.*

IO. HENRICVS FELTIVS *de clericorum successione in feud.*

CHRISTIANVS GOTHOFR. HOFFMANNVS *de clericorum in feud. in primis S. R. I. maiora successione c. II. et III.*

diese Meinung in besondern Abhandlungen vertheidiget.

38 Wie nun 15) die angeführte Gründe die Richtigkeit der in deutlicher Verordnung der Lehn-Rechte gegründeten, und durch den Gerichts-Gebrauch und so vieler Rechts-Lehrer Meinung erkanten Lehre völlig erhärten, so ist die Anwendung auf gegenwärtigen Fall eben so gewiß zu machen, daß weil der Herr Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, nicht allein primam tonsuram erhalten, sondern auch in den hohen Stifts-Kirchen zu Maynz, Trier und Münster Dohm-Capitular und respective Domicellaris ist, und in dem würcklichen Genuß und Besitz der Dohm-Präbenden zu Trier und Münster stehet, auch vor dem geschehenen Lehns-Anfall den geistlichen Stand nicht verlassen, derselbe der Lehnsfolge sowol in Steinfurthischen als Heesenschen Lehen nicht fähig seyn, und deßhalb, mit Ausschliessung desselben, dem ältern Herrn Bruder Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, die alleinige Lehnfolge in selbigen gebühre. Denn wie 16) die Kirchen-Rechte verordnen, quod 39
per primam tonsuram, secundum formam ecclesiæ datam, clericalis ordo conferatur,

c. 11. X. de ætate et qualit. præficiend.

ideoque quis in clericatum tonsurari dicatur,

c. 6. X. de transact.

auch deshalb in pontificali Romano unterm 40
Titul de clerico faciendo, von der prima tonsura gehandelt wird: so ist unstreitig, daß der Herr Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, als ein würcklicher Clericus anzusehen, bey welchem die Verordnung derer Lehn-Rechte in Ansehung der Ausschliessung von der Lehnsfolge völlig eintritt, immassen die Lehn-Rechte die Geistlichen überhaupt, ohne einen gemachten Unterscheid, und in Ansehung dessen, daß sie saluo statu clericali nicht zugleich Kriegesdienste leisten können, von der Lehnsfolge in weltlichen Lehen ausschliessen. Nec enim distinguendum inter clericos, quoniam et clerici primæ tonsuræ a successione repelluntur.

LVDWELLVS *in synopsi iur. feud. cap. IX. p. 202.*

Quoniam enim textus generaliter loquuntur, ab illorum regula non recedendum, quæ omnes clericos a successione in feudis excludit.

HOFFMANN. *de successione clericorum in feuda imp. cap. II. §. 8.*

HARTM. PISTOR. *quæst. iur. lib. 2. qu. 33. n. 17.*

GEORG. OBRECHT *de iure feud. lib. 2. c. 13. n. 14.*

GOTH. ANTONIVS *in disp. feud. disp. VI. §. 9. lit. g.*

Contrarium tenentium opinio enim tum demum admittenda, quando clerici primæ tonsuræ, re adhuc integra, habitum religiosum exuunt.

HERM. VVLTEIVS *de feud. lib. I. cap. IX. n. 67. p. 381.*

Es hat dieses 17) im gegenwärtigen Fall um so 41
weniger Zweifel, da Herr Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, zugleich ein beneficiatus ist, und im würcklichen Genuß der Dohm-Präbenden zu Trier und Münster stehet; in welchem Fall auch diejenigen Lehrer, welche bey denen clericis primæ tonsuræ einen Anstand nehmen, die beneficiatos der Lehnsfolge in weltlichen Lehen unfähig halten, indem einer nicht zugleich sein beneficium in der Kirche behalten, und zugleich den Krieges- und Lehn-Diensten obliegen kan. Si autem clericus primæ tonsuræ est beneficiatus, tunc non erit feudi amplius capax.

CONC. TRIDENT. *sess. 23. de reform. c. 6.*

ROSEN-

ROSENTHAL *in tr. iur. feud. cap.* VII. *concl.* 30. *n.* 7.
ZOESIVS *de iure feud. c.* X. §. 7.

43 Es erläutert solches das vorhin in rat. decid. 12. angezogene, den Oesterreichischen Lehn-Hof betreffende, rescriptum Käysers CAROLI VI. in welchem alle Canonici, auch diejenige, welche noch keine præbendam canonicalem erlanget, von der Lehnsfolge ausgeschlossen werden. Es ist auch, bey der erwiesenen allgemeinen Ausschliessung der Personen geistlichen Standes, die nothwendige Folge auf die Canonicos præbendatos zu machen, und dieses um so mehr, da nach der Verordnung des CONCILII TRIDENTINI *sess. 24. de reformat. c. 12.* alle canonicatus in hohen und andern Stifts-Kirchen sowol einen annexum ordinem presbyteratus, diaconatus, vel subdiaconatus haben, als auch alle capitulares und canonici denjenigen ordinem, welcher bey dem canonicatu lieget, annehmen sollen, folglich, da der Herr Franz Arnold Freyherr von der Reck in obligatione perfecta stehet, den bey den erhaltenen beneficiis liegenden ordinem sacrum anzunehmen, derselbe auch in Ansehung dessen, denen in maioribus ordinibus constitutis gleich zu achten, cum cingendus habeatur pro cincto et inuestiendus pro inuestito.

SCHRADER *de feud. P. X. sect. I. n. 114.*

44 Bey diesem allen ist auch nicht ausser Erwegung zu setzen, daß 18) diejenigen in dem Freyherrlichen-Hause derer von der Reck, welche den geistlichen Stand angenommen, sich vormals iederzeit die Ausschliessung von der Lehnsfolge willigst gefallen lassen. Ohnerachtet der erste Lehns-Erwerber der Herrschaften Heesen und Steinfurth, Dieterich von der Reck, drey Herren Söhne, mit Namen, Gerhard, Dieterich und Adrian, nach sich gelassen, davon der letztere Adrian von der Reck geistlichen Standes und Dom-Herr zu Münster gewesen, wie hievon

SPENERVS *in opere heraldico part. spec. lib. 3. c. 50. §. II. p. 764.*

Nachricht ertheilet: so sind doch nur die beyden erstern Söhne, Gerhard und Dietrich von der Reck, weltlichen Standes, in den väterlichen Lehnen succediret, und mit denen damals noch ungetheilten Lehnen zu Heesen und Steinfurth gemeinschaftlich belehnet. Hergegen der dritte Bruder, geistlichen Standes, Adrian von der Reck zur Lehnsfolge nicht mit zugelassen, auch nicht einmal in den Lehn-Briefen benennet worden, zum deutlichen Merckmal, daß die Ausschliessung derer geistlichen Standes-Personen von der Lehnsfolge in den damaligen funfzehenden Jahrhundert, bey Adelichen und Freyherrlichen Familien, als ein ungezweifeltes Recht angenommen und ohne Wiederrede behauptet worden. Auf gleiche Weise ist der ietzigen Herren Gebrüder Freyherren von der Reck Anich Vater, Johann von der Reck, mit Ausschliessung seines Bruders, Matthiassen von der Reck, Dom-Capitularen zu Münster und Paderborn, nicht weniger der Großvater, Johann Dietrich von der Reck, mit Ausschliessung seiner beyden Brüder, Matthias Friedrichen und Hermannen von der Reck, welche beyde zu Münster, Paderborn und Minden respective canonici capitulares gewesen, zur alleinigen Lehnsfolge in dem streitigen Lehen gelanget. Und wenn gleich diese in contradictorio nicht besagene Exempel allein keinen sichern Grund einer Gewohnheit abgeben: so sind sie doch in so ferne zu erwegen, daß die, die Unfähigkeit der Geistlichen zur Lehnsfolge, betreffende Lehn-Rechte vormalen in der Familie derer von Reck so unstreitig angenommen und erkannt worden, daß die Brüder geistlichen Standes die observanz der gemeinen Lehn-Rechten agnosciret, und dieserwegen sich die Ausschliessung von der Lehnsfolge willigst gefallen lassen müssen. Endlich tritt auch bey den gegenwärtigen Lehen der freyen Stühle 1945 noch dieser besondere Grund hinzu, daß dieselbe vornemlich in mero et mixto imperio und in der peinlichen Gerichtbarkeit beruhen, daran Geistliche absque metu irregularitatis nicht einmal Theil nehmen können, und vermöge einer specialen Verordnung des iuris feud. Alemann. cap. III.

Gerichtze Lehen mag mit Recht weder Pfaff noch Weib gehaben.

sowol von der Erwerbung eines Gericht-Lehens als von der Lehnsfolge in denselben ausgeschlossen werden. Wann dahero die in Lehn-Rechten gegründete Ausschliessung der Geistlichen von der Lehnsfolge in irgend einer Art derer weltlichen Lehne seine gewissere Anwendung gewinnen kan, so muß solches vornemlich in derjenigen Art geschehen, deren Besitz mit dem geistlichen Stande am wenigsten bestehen kan. Aus diesen bishero ausgeführten Gründen ergiebet sich nicht weniger dieses, daß 20) der Herr Dohm-Capitularis Herr Franz Arnold, Freyherr von der Reck, über die in den väterlichen Ehe-pactis verordnete und ihn treffende Ausschliessung von der Lehnsfolge in den Steinfurthischen Lehen am wenigsten Beschwerde zu führen Ursach hat. Denn so viel zuförderst der Inhalt und Verordnung derer väterlichen Ehe-Pacten vom Jahr 1699 betrift, so hat Weyl. Herr Johann Matthias, Freyherr von der Reck mit seiner ersten Gemahln der Frey-Fräulein von Plettenberg, die Ehe-Stiftung und die darinn in den successions-Fällen gemachte Verordnung überhaupt über alle Lehn- und allodial-Güter errichtet. Es bestimmet gleich Anfangs der §. 2. der Ehe-Pacten, was vor Güter von Seiten des Herrn Ehe-Gemahls in die Ehe gebracht und über welche die Ehe-Stiftung, und was darinn versehen, errichtet worden. Es werden hierunter nahmentlich seine im Hochstift Münster gelegene Frey- und Herrlichkeit Steinfurth, und die beyden Adelichen Sitze Amelsbühren und Offenbeck wie auch übrige Güter und sonst allodialia und feudalia, nichts davon ausgeschlossen, angeführet, welche insgesamt derselbe seiner künftigen Ehe-Ge-

mahlin zum rechten Heyraths-Gut zugebracht. So ferne nun darinn Steinfurth eine Frey- und Herrlichkeit genennet wird, so ist nicht sowol das blosse Gut, so weit es allodial ist, als vielmehr das Gut in der Verbindung derer mit denselben und zu Lehn gehenden Regalien und Zubehörungen der Freyen Stühle, der Ober- und Nieder-Gerichtbarkeit, Zoll und Weg-Geldes, angedeutet worden. Denn wie ein Ritter-Gut an sich, und ohne Absicht auf die damit verbundene Regalien, nie eine Herrlichkeit benennet wird, so ergiebet der beständige Gebrauch, daß das Wort Herrlichkeit in der Teutschen Mutter-Sprache so viel als regalia bedeutet.

HERTIVS *in consiliis resp. 336. n. 7.*
SIXTINVS *de regal. lib. I. c. I. n. 19. et c. 5. n. 105.*
EYBEN *in elect. feud. c. 10. §. 7.*

Quod enim omni dubio careat, quod vox Herrlichkeit in vulgari lingua idem importet, quod verbum regalia, ex eo confirmatur, quia illud verbum Herrlichkeit latine aliter reddi nequit, quam regalia.

MEISCHNER *tom. III. decis. 13. n. 32.*
WEHNERVS *in obs. pract. voce Herrlichkeit p. 217.*
BESOLDVS *thesaur. pract. voce Herrlichkeit.*
HARPRECHT *in evolut. clausulæ:* mit denen Herrlichkeiten §. 17. *et seq.*

In solcher Deutung wird die Formul: mit allen Herrlichkeiten: genommen, und werden durch diese die regalia verstanden;

SIXTINVS *de regalib. l. I. c. 1. n. 19. et c. 4. n. 105.*

wie solches in den Lehnsformeln, mit regalien, Herrlichkeiten und Gerechtigkeiten,

in literis feudalibus FERDINANDI II. de anno 1623 apud
PFEFFINGERVM *in vitriar. illust. lib. III. tit. 25. p. 1091.*

mit regalien, Herrlichkeiten und pertinentien, in dipl. FERDINANDI II. *de eod. ann. ibid. p. 1091.*

nicht weniger in den Worten des Reichs-Abschieds zu Augsburg vom Jahr 1555 §. 15. 16. Herrschaften, Obrigkeiten, Herrlich- und Gerechtigkeiten, deutlich angezeiget, und in solchem Verstand einzele regalia von dem Inbegrif aller regalien und der Landes-Hoheit, welche mit dem Ausdruck der Ober-Herrlichkeit Landes-Herrlichkeit benannt zu werden pfleget, unterschieden werden.

STRVVIVS *in synt. iur. publ. ex. 26. §. 13. p. 569.*
ERTEL *de iurisdictione inferiori ciuili lib. 2. c. I. p. 254.*
CONRING *de republ. ex. 5. th. 22. p. 166.*
MYLERVS ab EHRENBACH *de principibus et stat. imp. p. 2. c. 36. §. 1. et 2. p. 331 et 332.*

Unter dieser allgemeinen und gegründeten Deutung ist auch die Frey- und Herrlichkeit Steinfurth in den Ehe-pactis mit ungezweifelter Gewißheit anzunehmen, da bey derselben aller dazu gehörigen act- und pertinentien, allodialium und feudalium ausdrücklich gedacht, folglich die dazu gehörige Reichs-Mann-Lehen, freyen Stühle und übrige Lehns-Gerechtigkeiten darunter begriffen worden; wovon auch zugleich ein Beweiß aus dem §. 12. der Ehe-Pacten zu nehmen, in welchem vorgedachter Weyl. Johann Matthias, Freyherr von der Reck, seiner Ehe-Gemahlin zur Sicherheit des ihr verschriebenen Leibgedings alle seine allodial und feudal liegende Güter mit ap- und dependentien loco generalis et specialis hypothecæ verschrieben. Ueber diese in die Ehe zum wahren Heyraths-Gut gebrachte allodial- und Lehn-Güter und nahmentlich über die Frey und Herrlichkeit Steinfurth; ist nun ferner 21) auf den Fall, so der Herr Gemahl zur 46
zweiten Ehe schreiten würde, wegen der Erb- und Lehnsfolge derer aus der ersten Ehe erzeugten Söhne die Versehung geschehen:

> Daß einer nach dem andern alle Güter besitze, und die übrigen Kinder nach Vermögen derselben, doch mit Gutbefinden derer Herren Vormünder und nächsten Verwandten abgegütet werden sollen.

Wie nun hierin den Söhnen ersterer Ehe, und zwar einem nach dem andern, die alleinige succession in allen Gütern ausgesetzet, hergegen bey den übrigen Kindern die Abgütung und Abfindung, mithin die Ausschliessung von der successiön in Gütern selbst verordnet worden: so ist solches so wol nach dem, dem Wort-Verstande nach, an sich allgemeinen Ausdruck aller Güter, als auch insbesondere nach Anleitung des §. 2. derer Ehe-Pacten, von allen denen in die Ehe gebrachten Lehn- und allodial-Gütern, und von der darunter ausdrücklich benanten Frey- und Herrlichkeit Steinfurth zu verstehen. Dieses leidet um so weniger Zweifel, als Weyl. Herr Johann Mathias, Freyherr von der Reck, bey der unter seinen Kindern fest gesetzten succession sich §. 18. noch deutlicher erkläret, daß er es von allen zusammen gebrachten, ererbten, und bey stehender Ehe gewonnenen Gütern beweg- und unbeweglichen verstanden wissen wollen, und bey der zweyten Ehe zwar den Besitz derselben vorbehalten, jedoch nach seinem Ableben denen zweyter Ehe Söhnen und Töchtern aus allingen seinen Gütern nicht mehr als einen dritten Theil zu vermachen sich verpflichtet. Es erhellet aber nicht allein aus dem vorgedachten §. 2. der Ehe-Pacten, was vor Güter zusammen gebracht, und daß von seiner Seite alle Lehen und allodial-Güter, und nahmentlich die Frey- und Herrlichkeit Steinfurth, in die Ehe zum Heyraths-Gut gebracht worden, sondern es bestärcket auch der nachdrückliche Ausdruck allinger seiner Güter, daß er von allen und iedden seinen in die Ehe gebrachten Gütern nicht

weiter

weiter als bis auf den dritten Theil derselben zum besten derer zweyten Ehe Söhnen und Töchtern zu disponiren die Freyheit sich vorbehalten, folglich dadurch zugleich deutlich bestimmet, daß im Fall er dergleichen disposition machen solte, dennoch denen Söhnen ersterer Ehe einem nach dem andern die alleinige succession in den übrigen zweydrittheil aller und ieden seiner zusammen und in die erste Ehe gebrachten Lehn- und Erbe-Güter verbleiben solle.

47 Endlich ergiebet 22) die gantze Absicht der unter den Söhnen erster und anderer Ehe der succession halber gemachten Verordnung, daß solche das Aufnehmen, splendeur und Aufrechthaltung der Familie zum Grunde gehabt, der Weyl. Frey-Herr von der Reck zu dem Ende die Vertheilung und Versplitterung der Lehn- und Erb-Güter verhindern, und iederzeit den Aeltesten seiner Söhne durch den alleinigen Besitz aller und ieder Güter in den Stand setzen wollen, das Aufnehmen des Geschlechts zu behaupten. In dieser Absicht hat derselbe auch in dem Fall, der bis auf den dritten Theil seiner Güter zum besten der Kinder anderer Ehe euentualiter sich vorbehaltenen disposition, in ebengedachten §. 18. der Ehe-Pacten dabey verordnet, daß,

damit die Güter nicht separiret und versplittert werden mögten,

den Söhnen ersterer Ehe frey und bevorstehen solte,

sothane nach proportion 4. pro cento jährlicher Rente taxirende tertiam successiue zu reluiren.

Solchemnach können auch nach der Absicht derer pacisentium die vor sich zu Flor und Aufnehmen der Familie dienende Lehn-Güter von vorgedachter allgemeinen Verordnung nicht ausgeschlossen werden, die auch nach vorangeführten Gründen deutlich darunter mit begriffen
48 worden. Da nun 23) der Rechts-Bestand und Gültigkeit vorgedachter unwiderruflichen Ehe-Stiftung an sich so wol

in der im Jahr 1753 in Druck gegebenen Rechtsgegründeten Vorstellung über den Bestand dieser Ehe-Stiftung

als auch durch das Käyserliche Cammer-Gerichts-Urtheil dieses ietztlaufenden Jahres in der obberührten Anlage sub n. IV. gegen den in dem Testament nichtig geschehenen Widerruf derselben rechts begründet behauptet worden; so behält selbige auch in Ansehung der darin über die Lehn-Güter und besonders über die Frey- und Herrlichkeit Steinfurth gemachten väterlichen Verordnung deshalb ihre Rechts-Kraft, weil der Herr Dohm-Capitular Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, seines im Jahr 1739 abgestorbenen Herrn Vaters weyl. Johann Mathias, Freyherr von der Reck, Erbe in allodio worden, folglich unter der Eigenschaft eines Erben dessen facta zu præstiren, mithin dessen in Ansehung derer Lehen gemachte Verordnung zu agnosciren verbunden ist.

II. F. 45.
I. 14. C. de rei vindicat.
REINCKING *de regimine secul. et eccles. l. I. class. 4. c. 17. §. 60. p. 441. et §. 63. p. 412.*

Vnde pater per testamentum potest partes inæquales constituere, plane vni vel alteri filiorum totum feudum, reliquis alimenta relinquere, ius primogenituræ vel maioratum statuere, perpetuam communionem introducere vel alio modo disponere, id quod quidem iis in feudis, vbi filii simul in allodio succedunt, ratione non caret.

Illust. de SENCKENBERG *in iur. feud. P. II. c. II. §. 291.*

Es bestätigen die häufigen von

IO. FRID. PFEFFINGERO *in Vitriario illust. L. 3. tit. 20. §. 17. p. 114. vsque ad pag. 136.*

beygebrachte Exempel, daß väterliche Verordnungen auch über Reichslehen und deren Lehensfolge unter den Söhnen gemacht worden, und von diesen, als Erben ihres Vaters, haben erkant und angenommen werden müssen. Dahero der gelehrte und in Reichs-Sachen erfahrne Herr Reichs-Hofrath von Senckenberg mit Grund behauptet, id minimum certum exploratumque esse, in feudis imperii liberos semper parentum voluntatem hic sequi, nec esse exemplum, vbi eiusmodi dispositio subuersa fuerit.

Dn. de SENCKENBERG. *l. c. §. 291. in f.*

Denn wenn gleich eine väterliche Verordnung 49
über die Lehne, so ferne sie an sich betrachtet wird, zum Nachtheil derer nach gleichem Recht succedirenden Söhne nicht wol errichtet werden mag, und in solcher Absicht ein Sohn nach denen Teutschen auch bey dem Käyserlichen Cammer-Gericht in Uebung gebrachten Rechten seiner väterlichen Erbschaft sich entschlagen, und nichts destoweniger sein alt-väterliches Lehn behalten kan:

GAIL. *Lib. II. obs. 128. n. 19.*
MYNSING. *Cent. 3. obs. 17.*
LVDOLPH *in introd. iur. primog. Part. spec. §. 6. n. 7.*

so setzen doch vorermeldete Rechtslehrer zum voraus, daß der Sohn seines Vaters Erbschaft sich entäussere, und behaupten im Gegentheil, daß wenn er des Vaters Erbe worden, sich die väterliche disposition gefallen lassen müsse: licet enim pater de feudo disponere nequeat, id tamen limitandum, nisi et filii heredes patris facti sint: tunc enim vel dispositionem paternam circa feudum agnoscere vel commodum illud allodiale negligere debent.

STRYK *de Caut. testam. c. 6. memb. 1. §. 4. et memb. 2. §. 23.*

SCHRA-

SCHRADER *de feud. P. VII. c. 2.*
VVLTEIVS *de feud. c. 9. n. 159.*

Es gründet sich hierauf des HORNII aufgegenwärtigen Fall gehörige Meinung, quod si pater feudum vni soli assignet, etiam in hac patris voluntate, quot supersunt, filii acquiescere debeant:

HORNIVS *in iurisp. feud. cap.* XIV. §. *10.*
RHETIVS *in comment. feud. p. 312.*
Dn. de SENCKENBERG *l. c. §. 291.*

welches auch bey denen alten Familien-fideicommis-Gütern seine unstreitige application findet, wie mit vielen Gründen dargethan

HARPRECHT *de tacito pacto fideicom. remiss. ex diuis. bonor. præsumto §. 29. n. 12.*

50 Der Einwurf, daß auch die Söhne ex pacto et prouidentia maiorum zur Lehnsfolge gelangen, würcket 24) ein mehreres nicht, als daß, wenn sie ihres anererbten Rechts sich bedienen wollen, sie der allodial-Erbschaft sich entschlagen müssen. Die Antretung der Erbschaft setzet sie sofort in eine Verbindlichkeit, die väterliche Verordnung sich gefallen zu lassen: sie werden denen Rechten nach dabey gehalten und angesehen, als wenn sie selbst diese Verordnung bewilliget, quod factum defuncti sit factum heredis proprium, ja dadurch per indirectum verbunden, vt paternam dispositionem circa feudum vel nouum vel antiquum sequi teneantur,

STRVVIVS *in syntag. iur. feud. c. 9. §. 12. n. 5 et 7.*

eben auf diese Art, als in

L. 14. C. de rei vind.

versehen ist, vt filius, matris heres factus, non possit vindicatione impugnare alienationem domus, ad filium proprio iure spectantis, a matre factam.

REINHARTH *in obseruat. ad Christinæi decis. tom. I. obs. 52. n. 4.*

51 Es stehet auch 25) diesem die Verordnung des Lehn-Rechts

I. F. 8. in verbis: *nulla ordinatione defuncti manente vel valente:*

nicht entgegen, immassen der Zusammenhang ergiebet, daß nur eine solche väterliche Verordnung vor ungültig erkläret wird, in welcher die Lehnsfolge auf andere, der Lehen nicht fähige oder zur Lehnfolge an dem Lehn-Gut nicht gehörige Personen, dergleichen in dem angeführten texru feudali die Töchter gewesen, gebracht wird, vt adeo sensus cit. textus I. F. 8. sit, quod etsi Vasallus filiabus de successione per ordinationem suam prospexerit, tamen hæc non valeat, sed filii tantum, exclusis filiabus, succedant.

IOANN. GOTHOFR. BAVERVS *de vasallo exhæredato §. 2.*

Dergleichen Verordnung würde gegen die Lehns-Gesetze und zum Nachtheil der Lehn-Herren gereichen, ja es würden andere Lehnsfolger in das Lehen gesetzet werden, als welche in der ersten Belehnung per contractum inter dominum et vasallum begriffen sind, so ohne besondern Lehns-Herrlichen consens nicht geschehen könte; welches aber ohnvonnöthen ist, so ferne nur unter den Söhnen, welche in der ersten Belehnung schon mit begriffen, ein Vater circa feudi successionem disponiret.

HARTMANN PISTOR *lib. I. qu. 37. n. 14.*

Dieser Rechts-Grund fällt daher weg, wenn der Vater unter seinen Söhnen als rechtmäßigen Lehnsfolgern eine Verordnung macht, und wie in gegenwärtigem Fall geschehen, dem Aeltesten, unter Abfindung und Abgütung des jüngsten Sohnes alle Lehns-Güter zugetheilet.

Es kan auch 26) die Verbindlichkeit der obgedachten Ehe-Pacten unter des Wepl. Jo- 52
hann Matthias, Freyherrn von der Neck, hinterlassenen beyden Herren Söhnen dadurch nicht geschwächet werden, daß die Ehe-Stiftung nicht zu hoher Käyserlicher confirmation gebracht worden, als welche nur alsdann zu einem wesentlichen requisito pactorum erfodert wird, si feuda imperii per pactum in aliam familiam transferuntur, cum tunc domini directi demum interfit;

RHETIVS *ad I. F. 8. §. 4. n. 25.*
GRAEVIVS *in concl. pract. lib. II. concl. 37. n. 4.*

NIC. REVSNER *l. I. conf. 3. n. 59 seqq.* 53

Dahergegen alsdann solche zum Rechts-Bestand einer der Lehnsfolge halber gemachten väterlichen Verordnung nicht erfodert wird, wenn darinn unter denen, welche zur Lehnsfolge gehören, eine denen lehnsherrlichen Rechten unnachtheilige Versehung geschiehet, wie die gegenwärtige Ehe-Stiftung ist, darinn dem ältesten Herrn Sohn und Lehnsfolger, mit Abgütung des jüngern Herrn Sohns, die alleinige Lehnsfolge zugetheilet worden: wie denn der Rechts-Bestand aller Arten derer der lehnsherrlichen Rechten unschädlichen conventionum unter ermangelnder lehnsherrlichen Einwilligung von

TIRAQVELLO *de iur. primog. q. 6. n. 5.*
MVSCVLO *de confratern. th. 41.*
KLOCKIO *tom. 3. conf. 150. n. 6.*
VVLTEIO *vol. 4. conf. marp. 54. n. 16.*

behauptet wird: Vnde et in eo casu, vbi inæqualiter diuisio facta inter filios, vel vni filiorum feudum assignatum, nec domini consensu opus est, cum vasallus alterius sanguinis illi haud obtrudatur.

HORNIVS *in iurispr. feudal. c. XIV. §. 10.*

Die oben angeführte Zweifels-Gründe können 54
hierbey wenig verfangen, und sind aus den beygebrachten Gründen leicht abzulehnen. Denn ad 1) ist im gegenwärtigen Fall auf das Recht der Geburt keine rechtliche Absicht zu nehmen, da die Annehmung des geistlichen Standes mit dem statu militari vasallitico incompatibilis ist, und einen gesetzlichen Grund in sich hält,

einen

einen von der durchs Recht der Geburt sonst zugefallenen Lehnsfolge auszuschliessen. Es beantwortet diesen Zweifel SCHILTERVS nach den Gründen des Teutschen Lehnrechts in folgenden: de nobilibus natis et ex equestri sanguine oriundis dubitari poterat, cum in re hac feudali maxime nobilitas et genitura ad clypeum militarem cernatur. Sed natura tamen feudi prævalet, ex eaque sexus masculinus atque capacitas militiæ exercendæ: quæ cum in clericis et mulieribus, etsi nobilibus, cesset, cessat etiam iuris feudalis capacitas.

SCHILTER *in comment. iur. feud. Alem. cap. III. §. 1. p. 53.*

55 Hiernächst ist ad 2) der nöthige Unterscheid unter der Fähigkeit der Geistlichen zur Lehns-Erwerbung und zur Lehnsfolge billig zum voraus zu sehen: immassen diejenige, welche sonst der Lehne nicht fähig sind, mithin auch Geistliche, durch lehnherrliche Vergünstigung ein neues Lehn empfangen können, wie das Beyspiel der weiblichen Lehen ausweiset: dahergegen bey der Lehnsfolge auf die Lehens-Fähigkeit iederzeit deswegen zu sehen, weil das Lehn nur denen Leibes-Lehns-Erben, folglich nur denenjenigen, welche nach den Lehnrechten, Lehnserben seyn, und in Lehn folgen können, in dem Vertrag des ersten Lehns-Erwerbers versichert worden. Nulla in quæstione finium regundorum iudicio magis opus habemus, quam in illa: num clerici feuda acquirere & possidere queant? multi incauti eam confundere solent cum controuersia: num clerici in feudis succedant? et sublata omni differentia inter acquisitionem et successionem nimis confidenter argumentantur, eum, qui ad feudorum acquisitionem admittitur, successione in feudis excludi non posse. Fallimur ita concludentes: qui acquirere potest, etiam succedere potest.

CHRIST. GOTHOFR. HOFFMANNVS *de clericor. in feuda inprimis S. R. I. maiora succeſſ. c. 1. §. 3.*

CVIACIVS *ad lib. 2. feud. tit. 21.*

Es ist dahero der angezogene textus feudalis.

II. F. 40.

zur gegenwärtigen Frage gar nicht gehörig, indem derselbe theils von einem a Clerico durch Vergunst des Lehn-Herrn erworbenen Lehn, theils von dem der Kirche zugehörigen Lehn in den Worten:

Beneficium habens a rege datum non solummodo personæ sed ecclesiæ

Meldung thut: wie denn

CVIACIVS *ad lib. II. F. tit. 21.*

erinnert; eum textum loqui de feudo, quod initio concessum est clerico vel ecclesiis, id quod fieri potest.

RITTERSHVSIVS *in paratitl. iur. feudal. lib. I. c. 15. n. 20.*

Hic textus enim non accipiendus tantum de feudo nouo clerico dato, sed et insuper agit de clerico, qui non suo, sed ecclesiæ nomine, feudum tenuerat.

FINCKELTHAVS *in controv. feudal. disp. 6.*

Dannenhero gehören eben so wenig die Exempel 56
derer Bischöfe und anderer Reichs-Prälaten hieher, weil diese mit solchen Reichslehen belehnet werden, welche den Stiftern und Kirchen ursprünglich vom Käyser und Reich verliehen, und diesen demnach eigentlich erworben worden, folglich die Prälaten, so den Kirchen und Stiftern vorstehen, der Wahrheit nach, nur als provasalli belehnet werden: wie ich denn, der Cantzler BOEHMER, in der Diss.

de feudis ecclesiasticis §. 73. und in iure ecclesiast. lib. III. tit. 20. §. 73. et sq.

gezeiget, ecclesiam proprie esse vasallam, officium prouasalli vero perpetuo cohærere muneri episcoporum, prælatorum et rectorum ecclesiæ, qui ipso iure facta electione et postulatione functiones provasalli suscipiunt; quanquam res pedetentim in eum deducta sit statum, vt fere ipsi prælati vasalli principales esse, ecclesiæ vero nomen vasallorum nudum retinuisse videantur.

So ist auch 3) in dem Ritter-Stande eines 57
Geistlichen kein rechtlicher Grund einer Ausnahme zu finden, indem so wenig ein Geistlicher, seines Ritterstandes wegen, sich der Verordnung der Canonum entziehen und vitam militarem befolgen kan, eben so wenig derselbe das Lehn verdienen und zur Lehnsfolge sich geschickt machen konte. In der angeführten Stelle des *iuris feud.* ALEM. *c. 3. §. 1.* wird in den Worten: empfähet ein Pfaffe oder eine Frau: nicht von der Lehnsfolge sondern von der Erwerbung eines neuen Lehns mit lehnsherrlichen besondern Vergunst, gehandelt. Beyde, ein Geistlicher und eine Frau, werden nach gleichem Recht beurtheilet, und weil vordem keinen andern, als denen von Ritterart, Lehen gegeben werden konten, so wird beyden, dafern sie von Ritterart sind, Reichslehne zu empfangen und zu erwerben vergönnet. So wenig aber iemand aus dieser Stelle wird behaupten können, daß Weibes-Personen, wenn sie von Ritter-Art sind, der Lehnsfolge fähig werden, eben so wenig kan es bey den Geistlichen geschehen. Aus den nachfolgenden Worten des

Iur. Feud. ALEM. *c. 3. §. 2.*

ein ieglich Pfaffe, der von Ritters-Art ist, der mag wohl behaben Lehn zu sine Libe

ist eben so wenig zu behaupten, daß Geistliche von Ritter-Stand der Lehnsfolge fähig sind. Denn es ergiebet der gantze Inhalt des *cap. 3. iur. feud.* ALEM. daß darin a) bloß von erster Empfängniß oder Lehns-Erwerbung, so mit specialen consens des Lehns-Herrn geschiehet, die Rede ist, und b) die angeführte Worte auf die vorhergehende mit selbigen unmittelbar in Verbindung stehende Verordnung in §. 8.

Empfahet ein Pfaffe oder eine Frauw des Reiches Gut zu Lehn ꝛc.

gehen, und bey selbiger noch dieses hinzugefüget wird, daß er das empfangene Lehn auf Zeit Lebens nur haben könne, ferner c) der nachfolgende dritte Paragraphus wiederum von der Lehns-Erwerbung eines Geistlichen handelt, und darauf im §. 4. in allen diesen Fällen denen vom weiblichen Geschlecht mit denen Geistlichen gleiche Rechte in den Worten:

> Und hat eine Fraue Lehen von einen Herrn, die hett die Recht, die der Pfaff hett, und empfahet es ein Mann, wer der ist, mit ir, und hant sie gleiche Wer, so ist dasselbe, als um den Pfaffen.

gegeben worden. Wenn also gleich denen vom geistlichen Stand, so wie denen vom weiblichen Geschlecht, das Recht ein Lehn zu erwerben, welches ein jedweder inhabilis unter seines Lehensherrn Vergünstigung erlangen kan, in dem Schwäbischen Lehnrecht gegeben wird: so kan doch a facultate personæ inhabilis feudum acquirendi ad ius succedendi in feudo, welches nach dem pacto primi acquirentis Lehnsfähige Personen zum voraus setzet, kein gegründeter Schluß gemacht werden. Dahero SCHILTERVS dieses bey Personen geistlichen Standes und weiblichen Geschlechts bloß als eine exception annimmt, daß sie ein Lehn erwerben können: regula (de clericorum et mulierum incapacitate ad feudi successionem) exceptionem patitur in vtrisque, quoties clericus de feudo imperii inuestitur, itemque mulier:

SCHILTERVS *ad ius feud. Alem. c. 3. §. 1. p. 53.*

ius feudale Alemannicum enim non de sequela et successione feudi paterni, sed de prima noui feudi inuestitura loquitur.

IDEM *l. c. §. 6. p. 57.*

Quod etsi clerici et mulieres, etiam nobiles, succedere regulariter non possint, tamen per acquisitionem originariam inuestiti queant a Domino sic volente, sicut & plebeii de feudis nobilibus inuestiri possunt.

IDEM *l. c. c. I. §. 27. p. 44.*

58 Wie denn auch SCHILTERVS, wenn er daselbst von dem Gerichts-Gebrauch handelt, einen denen Lehns-Gesetzen widersprechenden Gerichts-Gebrauch nicht anzuführen vermogt, sondern nur bey der von der vorigen unterschiedenen Frage: an vasallus per clericatus susceptionem feudi semel legitime acquisiti privationem patiatur, der Meinung ist, daß nach den Alemannischen Rechten und dem Gerichts-Gebrauch der Verlust eines bereits vorhero rechtmäßig erworbenen Lehns durch den Eintritt in den geistlichen Stand nicht erkant werden könne.

IDEM *l. c. c. 3. §. 3. 4. 5 et 6.*

59 Ad quartam hat vielmehr die Beschaffenheit des geistlichen Standes erfordert, daß Geistliche der weltlichen Handlungen sich entschlagen, folglich sich auch der Lehnsfolge enthalten müssen, die sie anders nicht, als unter der Verbindlichkeit des mit dem Lehn verknüpften, ihnen aber untersagten Krieges, und vor sie nicht geziemenden Ehren- und andern Lehn-Diensten hätten antreten können. Daferne ein Lehn, ohne dergleichen Verbindlichkeit zu persönlichen Kriegs- und Ehren-Diensten, erworben werden konte: so war kein Grund vorhanden, warum die geistlichen Rechte einem Geistlichen hierunter entgegen seyn solten. Bey dergleichen erworbenen Lehen weiset das ius canonicum die Geistlichen Lehns-Sachen an die Lehn-Gerichte. Von diesem besondern Fall, nach welchem der Lehns-Herr einem Geistlichen ein Lehn zu acquiriren vergönnet, und dieser dadurch das forum feudale erkennen muß, kan aber auf das Recht der Geistlichen zur ordinairen Lehnsfolge überhaupt nicht geschlossen werden. Was das *c. 6. X. de for. compet.* betrift, so erinnert

RITTERSHVSIVS *in paratit. iur. feud. lib. 1. c. 15.*

dabey dieses mit Grunde: si textum probe in- 60
spicias, ibi non agi de clerico vasallo, sed potius de vasallis ecclesiæ (qui ibi milites ecclesiæ dicuntur:) qui ab ecclesia seu episcopo eius feuda tenebant, palam est. Wie nun aber ad 5) das Longobardische Lehnrecht, in so weit es der Teutschen Reichs-Verfassung nicht entgegen ist, oder mit den Teutschen Lehnsprincipiis übereinstimmet, bekanter und reichskundiger massen als ein gemeines Recht, auch in Reichslehnen seine application findet, so ist bey gegenwärtiger Frage um so weniger daran zu zweifeln, als a) dessen Verordnung von Ausschliessung der Geistlichen von der Lehnsfolge aus der innersten Natur und Eigenschaft dem Lehne selbst, welche die Geistliche zu verdienen nicht im Stande sind, und bloß deswegen zum weltlichen Stande gehören, hergenommen: b) den Teutschen Lehnrechten nicht entgegen ist, sondern mit selbigen genau übereinstimmet, auch c) Käyser MAXIMILIANVS I. und CAROLVS V. solches, als ein gemeines Recht, angesehen, und demselben, wie in rat. decid. 8. ausgeführet worden, nur in einem dispensations-Fall derogiret, folglich dessen Rechts-Verbindlichkeit extra casum dispensationis erkant, endlich d) dessen beybehaltener Gebrauch in ratione decidendi 9. 10. 11. et 12. gezeiget worden. Es kan hiebey ad 6) eben so wenig 61
Rechts-beständig behauptet werden, daß der Grund dieser Lehns-Verordnung heut zu Tage gäntzlich wegfalle, weil Geistliche heut zu Tage eben sowol, wie vormals, sich aller weltlichen Händel und der Ableistung der Kriegs- und Ehren- und anderer Lehns-Dienste zu entschlagen verbunden sind. Wenn auch gleich heut zu Tage die persönliche Leistung der Lehns-Dienste nach der Strenge der alten Lehnrechte nicht gefordert zu werden pfleget: so bleibt nichts desto-weniger, der Regul nach, ein jeder Vasall darzu den Rechten nach verbunden, folglich müssen auch die darauf sich gründende Lehn-Gesetze in ihrem Werth bleiben. Ja es ist Reichskundig, daß illustres familiæ, welche mit vielen Söhnen

gesegnet

gesegnet gewesen, deswegen einige davon geistlich a dessein werden lassen, damit die Lehn-Güter unter ihnen nicht gar zu sehr vertheilet, sondern die geistlichen Söhne davon ausgeschlossen werden möchten. Es würde auch das weibliche Geschlecht, welches wegen Untüchtigkeit zu den Lehnsdiensten, mithin aus gleichem Grund, wie die Geistlichen, der Lehnsfolge nicht fähig ist, diese heut zu Tage mit eben so vielen Recht fordern können, wenn vorangeführe Ursach einen rechtlichen Grund abgeben könte.

HOFFMANN *de succ. cleric. in feud. c. 3. §. 6.*

62 Ferner setzet ad 7) die Leistung der Lehn-Dienste durch einen substitutum acceptabilem die Fähigkeit zur Lehnsfolge zum voraus, sie kan aber einen, so der Lehnsfolge nicht fähig ist, nicht erst fähig machen. In den textibus feudalibus II. F. 55. II. F. 99 et 100. wird bey lehnsfähigen Lehnsleuten unter eintretenden billigen Ursachen vergönnet, den Dienst durch einen andern verrichten zu lassen. Hieraus aber kan mit SCHENCKIO *l. c.* kein gegründeter Schluß gemachet werden, daß die der Lehnsfolge unfähige Geistliche dadurch, daß sie das Lehn allenfalls per substitutum verdienen können, der Lehnsfolge fähig werden; quod enim vasallus impeditus possit per substitutum seruire, hoc tantum procedit in vasallo, qui feudi capax est; secus vero in eo, qui, cum minus idoneus sit, nullum ius in feudo consequi potest.

HARTM. PISTOR. *qu. 33. n. 9. et 10.*

In clerico autem hanc substituti admissionem neque iuris feudalis dispositio neque Domini voluntas tuetur, non 1) ipsum ius feudale, tum quia illud clericum nullo modo ad successionem admittit, neque hoc substituendi modo, tum quia iure feudali substituti tum demum ratio habetur, vbi possessori ius feudi integrum est, atque illæsum; non etiam 2) domini voluntas, quia vasalli laici personam eiusque industriam, non clerici eligit.

FINCKELTHAVS *in controv. feudal. disp. VI. §. XVI. n. 23. 24. 25. seq.*
ROSENTHAL *tr. feud. cap. 7. concl. 30. n. 15. 16.*
GVNDELINVS *de iure feudor. P. III. cap. V. n. 13.*
CVRTIVS *Jun. l. c. p. 281.*

63 Es kan daher ad 8) die gedachte Lehns-Verordnung unter Einschränckung, daferne ein Geistlicher das Lehn durch einen substitutum nicht verdienen könne, nicht angenommen werden, weil diese Einschränckung in den Lehn-Rechten nicht gegründet, sondern denselben vielmehr entgegen ist, immassen sie theils die gantze Verordnung umstossen, theils alle inhabiles gegen die Rechte der Lehnsfolge fähig machen würde. Endlich kommt es auch hiebey ad 9) auf einiger Rechtslehrer widrige Meinung nicht an, weil selbige gegen ausdrückliche Lehns-Gesetze streitet: noch weniger kan aus selbigen ein hinlänglich Zeugniß eines gegenseitigen Gerichts-Gebrauchs genommen werden. WILHELM HANNETONIVS in dem von IOHANNE HAVICHORST nach seinem Tode publicirten tractat *de iur. feud. p. 149.* führet ohne Beweißthum nur dieses an, contrariam sententiam tam in Germania quam in Gallia vsum recepisse. Aus eines Doctoris asserto aber kan gegen klare Gesetze kein Beweiß einer allgemeinen in Teutschland angenommenen widrigen Gewohnheit genommen werden, davon er kein einziges præiudicium eines iudicii anbringen können. Er selbst gehet p. 153. von dieser Meinung ab, und stimmet der iezt ausgeführten bey, und hält diese, inspectis feudalium placitorum traditionibus, pro veriori sententia. HANNETONII Ausspruch haben andere Rechts-Lehrer ohne alle Untersuchung, woraus er den widrigen Gerichts-Gebrauch beybringen wollen, schlechterdings angeführet, worunter VVLTEIVS l. c. gehöret, ohnerachtet er selbst diese Meinung widerleget. Auf HANNETONIVM und VVLTEIVM beziehen sich wider ROSENTHAL, STRVVIVS, SCHVLTZIVS und CHLINGENSPERG, ohnerachtet sie selbst anderer Meinung sind. Dannenhero

IO. MICH. LANGGVTH *in animadversionibus feudal. ad Coccei hypomnem. iur. feud. c. 10. §. 10. n. 6.*

mit Grund urtheilet: generali Germaniæ consuetudini contrariæ probandæ non nudam quorundam interpretum assertionem sufficere, sed rerum ipsarum documenta requiri: eo magis, quod iure feudali Germanico pariter ac Longobardico clerici successioni feudali inhabiles censeantur: welcher Meinung auch

REINHARTVS *in observat. ad Christinæi decis. vol. V. obs. 12.*

beypflichtet, und derselben um so mehr beyzupflichten, da das Gegentheil aus denen in rat. decid. angeführten Gründen abzunehmen. Die übrigen angeführten Rechtslehrer als CHRISTINAEVS, STRYKIVS, ESBACH ad CARPZOVIVM und FELTMANN beziehen sich nur auf besondere Landes-Gewohnheiten, daß diese hierunter zu Rathe zu ziehen. Endlich erhärten ad 10) die angeführten Exempel ein mehreres nicht, als daß in der Familie der Freyherren von Fürstenberg und der von Ulm es denen Geistlichen nicht in Streit gezogen worden, woraus aber bey der Frage, ob sie wieder Willen der nächsten Lehnsfolger, sich die Lehnsfolge zueignen können? kein argument zu nehmen. Das Exempel derer Herren Grafen und Reichs-Truchsesse von Waldburg ist deswegen gar nicht hieher gehörig, weil der Herr Graf Maximilian Maria, nur allein die wahre Belehnung, und im Namen seiner geistlichen Herren Brüder die mit- und eventual-Belehnung erhalten; zu welcher Geistliche deßhalb zugelassen 64

werden können, weil sie vor dem würcklichen Lehns-Anfall noch die Freyheit haben, den geistlichen Stand unter erfolgter Päpstlicher dispensation niederzulegen, und wieder weltlich, und dadurch successions-fähig zu werden. Von
65 Evangelischen Canonicis läst sich ad 11) um so weniger auf Catholische Canonicos ein Schluß machen, weil jene weder tonsuram noch ordines annehmen, auch dabey weltlichen Geschäften obliegen können, auch nicht einmal von der Verheyrathung und a militia abgehalten werden, also es solche Geistliche nicht sind, welche das gemeine Lehn-Recht von der Lehnssuccession ausschliesset. Und wie ad 12) das Gegentheil bereits in rat. decid. 16. et 17. gezeiget worden, so ist ad 13) die exceptio clericatus nicht als eine ungegründete exceptio de iure tertii anzusehen, anerwogen in Rechten gegründet ist, quod ius tertii, excludens ius agentis, vnicuique prosit ipso iure,

MEVIVS *p. IX. dec. 177. n. 6.*

et quatenus alicuius interest, habeat ex iure tertii exceptionem.

IDEM *p. V. Dec. 33. n. 7.*

66 Uebrigens enthalten die gegen die Ehe-pacta und die darin der Lehns- und Erbfolge halber gemachte Verordnung erregte Zweifel aus denen in ratione decidendi XX. vsque ad XXVI. ausgeführten Gründen ihre völlige Erledigung, anerwogen ad 14) die Frage: an bona feudalia sub generali bonorum appellatione veniant? an sich eine blosse quæstio voluntatis ist, wobey diejenige, so behaupten, quod sub ea feuda contineri non præsumantur, sich in thesi überhaupt in præsumtione gründen: diese præsumtion fällt aber weg, wenn contrariæ voluntatis euidentia argumenta vorhanden sind, welche im gegenwärtigen Fall, wo die Ehe-Pacten über alle Lehn- und Erbgüter und nahmentlich über die Freyherrlichkeit Steinfurth errichtet worden, vorhanden sind, wie in ratione decidendi XX. ausgeführet worden.

67 Die im Testament geschehene reuocatio derer unwiderruflichen Ehe-Beredung ist ad 15) offenbar wiederrechtlich und dahero ungültig, *l. 5. C. de II.* und der ad 16) angeführte Zweifel fällt um deswillen weg, weil der Herr Dom-Capitular Freyherr von der Reck, die Väterliche Erbschaft bereits angetreten, und als heres die unwiederrufliche Verordnung seines Herrn Vaters zu erkennen und zu halten, nach denen in rationibus decidendi XXIII. XXV. beygebrachten Gründen, verbunden ist.

68 Derowegen sind wir der in Rechten gegründeten Meinung, daß Herr Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, seines geistlichen Standes halber der Lehnsfolge in den streitigen Reichslehen der freyen Stühle und den Heesenschen Lehen vor fähig nicht zu halten, sowol auch wegen derer Ehe-Pacten von jenen auszuschliessen, und deshalben dem Herrn Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, nach Abgang seines Herrn Vaters und respective agnaten die Lehnsfolge in denen streitigen Reichs- und Heesenschen Lehen allein und mit Ausschliessung seines vorgedachten geistlichen Herrn Halbbruders den Rechten nach zukomme.

Es entstehet hiebey zweytens noch die Frage:

Ob Herr Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, des Reichs-Hofraths 69 **conclusum vom 6. Augusti 1740 und die darauf erfolgte admission seines geistlichen Herrn Halbbruders zur Ablegung der Lehns-Pflicht, an seinem alleinigen** successions-**Recht** præiudicire, **und ihm entgegen stehe, selbiges wider seinen Herrn Halbbruder auszuführen?**

Rationes dubitandi.

Es hat zwar der Herr Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, behaupten wollen, daß 1) das gedachte conclusum admissorium cum plena causæ cognitione ertheilet, vermöge desselben beyde Herren Gebrüder zum Lehns-Eyd und demnächst, nach dem Zeugniß des unterm 15. Sept. 1740 erhaltenen Lehn-Briefes, zur würcklichen Belehnung zugelassen, mithin dadurch die entstandene Lehns-Streitigkeit völlig entschieden und abgethan worden: daß 2) wieder dasselbe kein rechtliches remedium eingewandt worden, mithin solches die Kraft und Eigenschaft eines rechtskräftigen Urtheils erhalten: daß 3) kein Unterscheid unter der admis- 71
sion zur inuestitur und unter der würcklichen Lehnsfolge zu machen, sondern durch die Entscheidung der erstern der Herr Frantz Arnold, von der Reck vor Lehnsfähig erkläret, und die dieserhalb zwischen beyden Herren Brüdern in contradictorio entstandene Lehns-Streitigkeit entschieden und abgeurtheilet worden, und daß endlich 4) die in dem Lehn-Brief befindliche 72
Worte, so viel wir daran zu verleihen haben, und männiglich an seinen Rechten unbeschadet, nur denen, so nicht in lite gewesen, und in Ansehung derer das Erkenntniß als res inter alios iudicata anzusehen, nicht aber dem Herrn Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, als welcher seinem Herrn Halbbruder die coinuestitur und die Lehnsfolge in der Hesste derer streitigen Lehen gestritten, zu statten kommen könne.

Rationes decidendi.

Es ergiebet aber nichts destoweniger der gantze 73
Verfolg derer Acten, daß 1) der Herr Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, gegen seinen Herrn Bruder keine ordentliche Klage geführet,

ret, sondern anfangs nur bey dem Hochpreißlichen Reichs-Hof-Rath ein allerunterthänigst Ansuchen und bitten pro renouanda inuestitura über die streitigen Reichslehen übergeben, die Belehnung über das gesammte Lehn angesuchet, auch unterm 11. Dec. 1739 das conclusum admissorium ad iuramenti præstationem erhalten; iedoch als hierauf Herr Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherr von der Reck, aus denen zwischen seinem Herrn Vater und dessen erstern Gemahlin errichteten Ehe-pactis sein alleiniges Lehnsfolge-Recht zu behaupten, und deshalb das vorige conclusum wieder aufzuheben angesuchet, selbiges auch suspendiret und gegenseitige Erklärung gefordert worden. Als nun derselbe diese dahin ertheilet, daß er nur zur Helfte die Belehnung an den streitigen Reichs-Mannlehen fordere; hat Herr Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherr von der Reck, diesem Suchen durch die Exceptionem inhabilitatis ad successionem propter clericatum zu begegnen, und weil aus denen dies Lehn betreffenden Urkunden und Briefschaften, so dessen Herr Halbbruder annoch vorenthalten, ein mehreres quoad modum succedendi sich äussern dürfte, deren communication zu bewircken gesucht, und ist hierauf, nachdem Herr Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, sich binnen der vorgesetzten Frist von zwey Monaten hierauf nicht vernehmen lassen, so fort unterm 6. August das gedachte conclusum:

admittantur nunc ambo fratres ad iuramentum inuestituræ,

74 ertheilet worden. Hieraus erhellet also 1) so viel, daß wie der Herr Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, bloß ratione admissionis ad iuramentum fidelitatis allerunterthänigste Ansuchung gethan, also auch das darauf erfolgte conclusum admissorium bloß darauf gerichtet worden; hergegen solches als eine endliche Entscheidung der streitigen Lehnsfolge um so weniger angesehen werden können, da die von dem Herrn Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, erst in seiner letztern unterm 28. Juli 1740 übergebenen Anzeige und Vorstellung eingewandte exceptio clericatus bey der gesuchten admissione ad iuramentum fidelitatis eben dadurch in der That, als altioris indaginis exceptio genugsam angesehen worden, indem ohne selbige zuförderst in Untersuchung zu ziehen, und ohne auf die edition der Lehns-Urkunden zu erkennen, nicht weniger ohne auf die von Frantz Arnold, Freyherrn von der Reck, unterm 3. Aug. 1740 übergebenes aberunterthänigstes Suchen pro indulgendo adhuc termino bimestri ad se declarandum die gebetene Frist zu verstatten, auf die von beyden Theilen abzulegende Lehns-Pflicht das conclusum unterm 6. Aug. ertheilet worden. Es verordnen

75 die Reichs-Gesetze selbst, daß dafern 3) die Lehnsfolge bey Reichs-Ständen und der unmittelbaren Reichs-Ritterschaft Widerspruch leidet, so auf weitere Erörterung beruhet, die Belehnung ihnen ungehindert wiederfahren, und der Streit der Lehnsfolge halber dem rechtlichen Austrag überlassen werden solle. In der capitulatione Kayserl CAROLI VI. Glorwürdigsten Andenckens ist artic. XI. ab initio verordnet:

> Wir sollen und wollen auch die Lehn- und Lehn-Briefe denen Churfürsten, Fürsten und Ständen des Reichs (die unmittelbare Reichs-Ritterschaft mit begriffen) und andern Reichs-Vasallen iedesmal nach dem vorigen tenor unweigerlich und ohne contradiction (als welche zum rechtlichen Austrag zu verweisen) ungehindert wiederfahren lassen.

Es erfolget also daraus unwiedersprechlich, daß die Mitzulassung des Herrn Frantz Arnold, Freyherrn von der Reck, zur Belehnung so wol wie sie unter Kayser CAROLO VI. als wie sie bey der darauf sich gründenden Lehns-Erneuerung unter Kayser CAROLO VII. Glorwürdigsten Andenckens erfolget, dem ältern Herrn Bruder nicht entgegen stehe, sein gegründetes alleiniges Lehnsfolge-Recht in rechtlichen Austrag zu bringen; und daß auch 4) die in den Lehns- 76
Briefen befindliche clausul: so viel wir daran zu verleihen haben und männiglich an seinen Rechten unbeschadet, aus Kayserlicher capitulation ihre rechtliche Auslegung gewinne, daß die Belehnung auch demjenigen, welcher derselben widersprochen, unschädlich seyn solle, die Gründe seines Widerspruchs in rechtlichen Austrag zu bringen. Es ist auch 5) vorgemeldeter Unterscheid bereits in dem concluso des hochpreißlichen Reichs-Hofraths unterm 19. Dec. 1743 zum Grund geleget, und in dessen membro primo zwar

> das impetrantische Begehren puncto non admissionis seines ad iuramentum investituræ schon würcklich pro sua quota zugelassenen Bruders Freyherrn Frantz Arnolds,

nicht statthaft erkant, dabey aber in des davon separirten Haupt-Sache

> Das impetrantische exhibitum sub præs. 5. Nov. nup. parti impetratæ communiciret worden, um sich in causa principali in termino duorum mensium darüber vernehmen zu lassen.

Noch deutlicher aber ist unter der Regierung Sr. jetzt regierenden Kayserl. Majestät in dem von Hochpreißlichen Reichs-Hofrath ertheilten concluso

Veneris 7. Ianuarii 1746.

denen Rechten des Herrn geheimten Raths und Freyherrn von der Reck prosperiret, und ob zwar desselben Gesuch zur alleinigen Belehnung, in Ansehung solches annoch vlteriorem causæ cognitionem bey der ohne Auffenthalt zu ertheilenden Belehnung erfordert, n. 1. concluso nicht statt gegeben worden, dennoch Herr impetrant n. 2. concluso mit der Haupt-Sache ad separatum verwiesen, folglich die Erörte-

rung des Lehnsfolge-Rechts selbst zur Haupt-Erörterung in petitorio vorbehalten worden.

Aus diesem Grund ergiebet sich nun von selbst der Ungrund der vorhin angeführten Zweifel, und daß das conclusum cæsareum de dato 6. Augusti 1740 vor nichts weniger, als vor ein Rechtskräftiges iudicatum in Ansehung des streitigen Lehnsfolge-Rechts angesehen werden könne;

77 Derowegen wir in Rechten davor halten, daß dem Herrn Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, das Reichs-Hofraths conclusum vom 6. August und die darauf erfolgte admission seines geistlichen Herrn Halbbruders zur Mitablegung der Lehns-Pflicht an seinem alleinigen Lehnsfolge-Recht in den streitigen Reichs-Lehen nicht præiudicire, noch demselben entgegen stehe, selbiges wider seinen geistlichen Herrn Halbbruder rechtlich auszuführen.

Es erwächset endlich hiebey noch die dritte Frage:

78 **Ob der Herr Dohm-Capitular Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, dadurch, daß derselbe nach geschehenem Lehns-Anfall den geistlichen Stand unter Päbstlicher** dispensation **vermittelst** resignation **seiner Dohm-**præbenden **nieder zu legen Vorhabens ist, die Lehnsfolge sowol in denen bey dem hochpreißlichen Reichs-Hofrath in Streit befangenen Steinfurthischen Reichs-Mann-Lehen, als auch in denen im Monat November vorigen Jahres an die Reck-Steinfurthische Linie angefallenen Reck-Heesenschen Lehen wieder erhalten könne?**

Rationes dubitandi.

79 Bey dieser Frage ist 1) nun wol ausser allen Streit zu setzen, daß da der Herr Dom-Capitular bey dem würcklichen Genuß einiger Dom-præbenden nur in quatuor minoribus ordinibus stehet, derselbe unter erhaltener Päbstlichen dispensation den geistlichen Stand mit den Dom-præbenden niederlegen und wieder weltlich werden könne. Es ist ferner unstreitigen Rechtens, daß derjenige, so aus dem geistlichen Stand wieder in den weltlichen getreten, dadurch die Fähigkeit zur Lehnsfolge in denen nachhero angefallenen Lehen erhalte, omnes enim, qui ex dispensatione laicantur, feudorum capaces redduntur.

HENR. a ROSENTHAL *de feud. c. 7. concl. 30. n. 3. 4.*

Papa enim dispensare potest, vt clericus fiat laicus, si iusta caussa id suadeat.

IDEM *l. c. lit. c.*

Es möge dahero 2) die erfolgte resignation 80
status clericalis dem Herrn Dohm-Capitular zur Lehnsfolge in den Steinfurthischen Reichs-Lehen um so eher zu statten kommen, da derselbe bereits in possessorio die Belehnung derselben erlanget, und nunmehr in petitorio sein Recht zur Lehnsfolge durch die zuerhaltende Lehns-Fähigkeit begründen könne, immassen die Niederlegung des geistlichen Standes mehr zur Behauptung der in possessorio erlangten Belehnung gereiche, als zur Verletzung derer dem Herrn Geheimten Rath, Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, zukommenden Rechte abziele, weil dieser die alleinige Belehnung mit den streitigen Lehen durch ein rechtlich Erkänntniß noch nicht erlanget, und also noch zur Zeit res integra sey. Und wenn gleich 3) so viel die Reck-Heesenschen Lehen betrift, 81
dieselbe bereits im Monath November vorigen Jahres und also zu der Zeit, da derselbe noch im geistlichen Stande gewesen, durch den Abgang des letztern vom Heesenschen Stamme an die Steinfurthische Linie gefallen, so möchte es doch das Ansehen gewinnen, daß weil der Herr Dom-Capitular mit seinem Herrn Stiefs-Bruder, dem Herrn Geheimten Rath, Frey-Herrn von der Reck, der Geburt und Linie nach ein gleiches Lehnfolge-Recht an demselben habe, beyde aber die Belehnung darüber noch nicht gesuchet und erhalten, die Fähigkeit zur Lehnsfolge nicht sowol nach der Zeit des Lehns-Anfalles als vielmehr nach der Zeit der gesuchten und erhaltenen Belehnung zu beurtheilen, folglich der Herrn Dom-Capitular, wenn er nunmehro den geistlichen Stand niederlegen solte, als ein Lehnsfähiger die Belehnung derer Heesenschen Lehen empfangen könne, cum per inuestituram demum feudum perfecte constituatur et acquiratur.

STRVVIVS *in synt. iur. feudal. c. 8. §. 1.*

Rationes decidendi.

Diesem allen ohnerachtet aber ist bey gegen- 82
wärtiger Frage hauptsächlich 1) in Erwegung zu ziehen, daß die Fähigkeit zur Lehnsfolge nach der Zeit des Lehns-Anfalls beurtheilet werden müsse. Es ist dieses nicht allein bey der erb- 83
licher Folge Rechtens, vt ius heredis vel maxime ex tempore inspiciendum sit, quo defertur hereditas,

l. 49. §. 1. D. de heredib. instit.

l. 52. D. de legat. 2.

sondern auch besonders bey der Lehnsfolge ge- 84
gründet, daß wie das Lehn ex pacto et prouidentia maiorum allen vom ersten Lehns-Erwerber abstammenden lehnsfähigen Erben erworben ist, und vermöge desselben den nächsten Lehns-Erben, so bald der vasallus possessor verstorben, anfällt, so auch zur Zeit solches Lehn-Anfalls der nähere Lehns-Erbe die Fähigkeit zur Lehnsfolge haben müsse. Mortuo enim vasallo feudum

feudum statim ipso iure ad proximum agnatum deuoluitur,

I. F. 1. §. 4.
I. F. 14. §. 1.
LVDEWIG *de clerico exule succeſſ. in feudo c. 2. §. 8.*

ideoque in habilitate succeſſorum tempus succeſſionis spectandum.

HORNIVS *in iurisprud. feud. c. XV. §. 9.*
BITSCH *ad conſuet. feud. ad tit. 30. n. 11.*

85 Es ergiebet sich ferner 2) daraus der Schluß, daß weil das durch den Tod des letztern Besitzers erledigte Lehn nur auf lehnsfähige Lehns-Erben fallen kan, dieſe mit Ausschlieſſung desjenigen, welcher zur Lehnsfolge unfähig iſt, die alleinige Lehnsfolge erlangen, folglich ihnen das daraus an dem Lehn erworbene Recht nach der bekannten Rechts-Regul, quod alteri inuito ius quæſitum auferri nequeat, nachhero nicht wieder entzogen werden kan, wenn gleich derſelbe oder deſſen Kinder nachhero lehensfähig worden; nach welchen Gründen STRVVIVS von dem Fall, wenn ein von der Lehnsfolge ausgeſchloſſener imperfectus vel mutus lehnsfähige Kinder erzeuget, urtheilet, vt ſi ad agnatos ſemel feudum peruenerit, non poſſit, licet poſtea imperfecto vel muto liberi naſcantur, agnatis ius auferri.

STRVVIVS *in ſynt. iur. feud. c. IX. §. 10. n. 7.*

86 Nach dieſen Gründen iſt 3) bey denen der Lehnsfolge unfähigen Perſonen geiſtlichen Standes, daferne ſie nach dem Lehns-Anfall den geiſtlichen Stand niederlegen, in den Lehn-Rechten ſelbſt die deutliche Entſcheidung gemacht worden, clericum nullo modo in beneficium paternum debere ſuccedere, etiamſi, poſtea quam habitum religionis aſſumſerit, poſtpoſuerit. Idem in omnibus, qui habitum religionis aſſumunt, vt conuerſi. Hi enim nec poſtea in feudo ſuccedunt.

II. F. 30. §. 1 et 2.

Und hiemit ſtimmet auch überein, was

BARATERIVS *in libello feudor reformat. tit. XIV. §. 23.*

87 aus den Lehn-Rechten angeführet. Es machen dahero 4) die Rechtslehrer nach dem Sinn dieſer Lehns-Verordnung hiebey nicht unbillig den Unterſchied, ob der nächſte Lehnsfolger vor den würcklichen Lehns-Anfall oder erſt nachhero dem geiſtlichen Stand niederleget. Im erſten Fall kan ſolches demſelben zur Lehnsfolge zu ſtatten kommen, weil vor dem Lehns-Anfall denen übrigen Lehn-Vettern noch kein nächſtes Recht zum Lehn erworben iſt, und dem clerico nunmehro nach bewürckter reſignation und erhaltener Lehns-Fähigkeit kein anderes impedimentum ſuccedendi mehr entgegen ſtehet. Laicari itaque et in feuda ſecularia ſuccedere poſſunt clerici, ſi diſpenſatione papæ prius impetrata, antequam feudum fuerit apertum, ac clericatum depoſuerit.

ISERNIA *ad II. F. 30. n. 3.*
HARTMANN PISTOR. *lib. 2. qu. 33. n. 19. 20.*

In dem andern Fall iſt hergegen durch den Lehns-Anfall denen übrigen Lehnsfolgern die Lehnsſucceſſion bereits priuatiue erworben: tunc vero res non amplius eſt integra, ſed ius ſemel quæſitum eſt agnatis aut aliis ſucceſſuris, ideoque clericus excluditur, licet poſtea habitum clericalem depoſuerit.

LVDWIG *l. c. cap. II. §. 8. ibique citati Dd.* IAC. DE ARDIZONE, ANDR. DE ISERNIA ALVAROTTVS, HART. PISTORIS, BOCERVS.

Vnde inhabiles ſunt clerici, licet deponere velint, vel habitum poſt delatam ſucceſſionem depoſuerint:

STRYK *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. I. c. 3. §. 12.*

cum ius, quod alii iam ex delata ſucceſſione quæſitum eſt, reſignatione ſtatus clericalis auferri nequeat.

LIMNAEVS *in iure publ. l. 3. tit. 7. n. 20.*
BITSCHIVS *in comment. ad conſuetud. feud. ad II. F. 30. n. II. p. 568.*
ROSENTHAL *de feud. cap. 7. concl. 30. n. 5. et 6.*
VVLTEIVS *de feudis l. I. c. 9. n. 69.*
LVDEWIG *in comment. ad A. B. tom. 2. p. 515.*

Es kan auch 5) die zur Niederlegung des geiſtlichen Standes erhaltene Päbſtliche diſpenſation weiter nicht, als ſo weit ſie ſelbige betrift, und ein Geiſtlicher dadurch wiederum in den weltlichen Stand zurück treten kan, nicht aber auf eine zum Nachtheil eines dritten gereichende habilitirung zur Lehnsfolge gezogen werden, cum pontifex ipſe profiteatur, ſe non iudicare de feudo. 88

c. 13. X. de iudiciis.

Vnde diſpenſatio pontificia tantum in ſucceſſionibus eis, in quibus nondum agnatis ius quæſitum eſt, ſiue quæ nondum iis delatæ ſunt, effectum ſortitur.

BITSCHIVS *l. c. n. 10.*
ROSENTHAL *de feudis l. c. n. 4.*

In dieſer Abſicht 6) erhielten im Jahr 1500 89 die Fürſten von Anhalt, Adolph und MAGNVS, ehe die Lande und Lehen im Fürſtenthum Anhalt ihnen angefallen, von Käyſer MAXIMILIANO I. die Vergünſtigung für ihre Perſon, und ohne daß ſolches weiter gegen die gemeine Rechte zur Folge dienen ſolte, in dem weltlichen Lehen zu ſuccediren, vid. ratio decidendi VII. quæſt. I. welche ihnen, wenn der Lehns-Anfall bereits erfolgt geweſen wäre, ohne Verletzung derer denen übrigen Agnaten zukommenden Rechte nicht hätte ertheilet werden können. Nach dieſen in den Lehn-Rechten gegründeten principiis iſt 7) von gegenwärtigem Fall ſowol 90

in

in Ansehung der Steinfurthischen als Reck-Heesenschen Lehen zu urtheilen, davon die erstere im Jahr 1739 und die letztere im Monat Novemb. des vorigen 1745ten Jahres, folglich beyde zu der Zeit denen beyden Herren Brüdern, Freyherrn von der Reck, angefallen, da unter denselben der Herr Dohm-Capitular noch im Geistlichen Stande und deshalb der Lehnsfolge nicht fähig gewesen, und derohalben besagte Lehen dessen ältern Herrn Bruder, dem Herrn geheimten Rath Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, einzig und allein angefallen und erworben worden, welches alleinige Lehnsfolge Recht vermöge derer vorangeführten Gründe durch die nunmehr vorhabende Veränderung und Niederlegung des Geistlichen Standes demselben nicht wieder entzogen werden kan. Die vorhin berührte Zweifel erledigen sich aus denen ausgeführten Rechts-Gründen, immassen ad 1) der Herr Dohm-Capitular den geistlichen Stand nicht mehr re integra verläßt, clerici autem, dum laicantur, capaces quidem redduntur feudorum postea oblatorum, non vero antea apertorum et deuolutorum;

ROSENTHAL *l. c. cap. VII. concl. 30. n. 13.*

adeo vt et in quatuor minoribus constituti, nisi re integra, hoc est, antequam successio fuerit delata et antequam alii fuerit ius quæsitum, clericatu excant, in feudis non succedant.

IDEM *l. c. n. 6.*

Ferner wie ad 2) ein in possessorio ertheiltes Erkenntniß der rechtlichen Ausführung in petitorio bekannten Rechten nach nicht entgegegen ist, noch weniger jenes, da es nur in causa possessionis ertheilet, einen Behelf in causa proprietatis discutienda geben kan:

l. 3. C. de interd.
l. 3. C. de R. V.

also kan auch das in possessorio successionis feudalis für den Herrn Dom-Capitular ertheilte Erkänntniß denen in separato auszuführenden und dabey ausdrücklich vorbehaltenen Rechten des Hrn. geheimten Raths und Freyherrn von der Reck nicht entgegen seyn. Eine nach dem Lehns-Anfall und währenden Rechts-Streit zu suchende resignatio status clericalis kan daher zur Begründung der in possessorio erhaltenen Belehnung nicht angeführet werden, weil die habilitas succedendi ex tempore delatæ successionis beurtheilet werden muß, und der Herr Dom-Capitular durch die ex post zu impetrirende Lehns-Fähigkeit, das ex tempore delatæ successionis dem Herrn geheimten Rath und Freyherrn von der Reck erworbene alleinige Lehnsfolge-Recht nach denen vorhin angeführten Gründen nicht wieder nehmen kan.

Bey den Reck-Heesenschen Lehen kommt es ad 3) eben sowol in Ansehung der Fähigkeit zur Lehnsfolge auf die Zeit des Lehns-Anfalls, nicht aber auf die Zeit der gesuchten Belehnung an, weil der Herr geheimte Rath und Freyherr von der Reck als Lehns-agnat sein Lehnfolge-Recht nicht erst ex noua inuestitura, sondern ex pacto et prouidentia maiorum et ex inuestitura primi acquirentis erhält, und in Rechten bekannt ist, successione æque ac inuestitura prima acquiri feudum.

II. F. 1. in f.

Derowegen da zur Zeit des Anfalls derer vorbenannten Lehen der Herr Dom-Capitular seines geistlichen Standes halber zur Lehnsfolge unfähig gewesen, und daher dem Herrn Geheimten Rath und Freyherrn von der Reck, die alleinige Lehnsfolge an besagtem Lehen erworben worden;

So sind Wir der rechtlichen Meinung, daß der Herr Dom-Capitular Frantz Arnold, Freyherr von der Reck, durch die nach dem Lehns-Anfall zu suchende und zu erhaltende Niederlegung des geistlichen Standes die Lehnsfolge weder in denen bey dem hochpreißlichen Reichs-Hofrath im Streit befangenen Steinfurthischen Reichs-Mann-Lehen, noch auch bey denen im Monat Novemb. vorigen 1745ten Jahres an die Reck-Steinfurtische Linie angefallenen Reck-Heesenschen Lehen wieder erhalten könne. Und dieses alles V. R. W.

Zu Urkund dessen haben wir Endes Unterschriebene vorstehendes rechtliches Gutachten abgefasset, unterschrieben und untersiegelt: So geschehen Halle und Göttingen im Monat October 1746.

(L.S.) IVST. HENNING. BOEHMER,
IC. pot. Reg. Boruss. consil. intim. Cancellar. Regim. ducatus Magdeburg. Academ. reg. Friederic. Director, facult. iurid. Præses et Prof. iur. prim.

(L.S.) GEORG. LVDOV. BOEHMER,
IC. Potentiss. magnæ Britanniæ Regi a consiliis et Professor iuris ordin. in Academ. Georgia Augusta.

Beylagen.

No. I.

Wir Sigismund von GOttes Gnaden Römischer Käyser zu allen Zeiten Mehrer des Reichs, und zu Hungern, zu Beheim, Dalmatien, Croatien ꝛc. ꝛc. König ꝛc. bekennen und thun kund offenbar mit diesem Brief allen den, die in sehen oder hören lesen, daß Uns der Vest Dyetrich von der Recke, Unser und des Reichs lieber Getreuer, dyemütiglich gebern hat, daß Wir Im und seinen Erben die Mannlehen und freyen Stüle, die ersten Johann von Volmenstein seine Freund selig inne gehebt, und besessen hat, und die an in von demselben Johann gevallen und erstorben sind, genedialichen geruhten zu verleihen; Des haben Wir angesehen seine fleißige und dyemütige Bete auch getreue und willige Dienste, die er und sein Vordern

dern Unsern Vorfaren am Reich und uns gethan hant, teglichen tuen, und fürbaß thuen sollen und mögen, in künftigen Zeiten, und haben darum mit wolbedachten Mute, gutem Rathe, und rechter Wissen demselben Dietherichen, und seinen Erben Mannes-Geschlecht die obgenannten Mannlehen und freyen Stüle als angestorbene und gevallene Lehen genediglichen verlihen und gereichet, leihen und reichen In die auch von Römischer Kaiserlicher Macht in Kraft dieses Briefs, was Wir In dann daran von Rechtswegen leihen sollen oder mögen, die obgenannten Mannlehen und freyen Stüle von Uns und dem Reich zu rechten Mannlehen inne zu haben, zu besitzen, und der zu gebrauchen und zu geniessen, von allermänniglich ungehindert, unschedlich doch Uns und dem Reich an Unser Lehnschaft und sonst jedermann an seinen Rechten: Uns hat auch der obgenannt Dieterich gewöhnlich gelübt und Eyde gethan, Uns und dem Reiche davon zu thun, als dan ein Mann seinem Lehn-Herren von Rechts- oder Gewohnheitswegen pflichtig ist zu thun, an Geverde, mit Urkund dis Briefs versiegelt, und mit Unserm Kaiserlichen anhangenden Insigel nach Christs Geburd vierzehnhundert Jare, und darnach im syben und dreyßigsten Jaren zu Eger geben am negsten Freitag nach sand Peters-Tag ad vincula, Unserer Reiche des Hungerischen ꝛc. im ein und funfzigsten, des Römischen im syben und zwanzigsten, des Behemischen im achtzehenden, und des Kaiserthums im fünften Jaren.

Ad Mandatum D. Imperatoris

(L.S.)

HARTMANNVS HECHT.

No. II.

Sabbathi 11. Novembr. 1746.

Von der Reck zu Steinfurth Frantz Arnold in pto inuestituræ siue Impetrantischer Anwald von Middelburg sub præsentato 7. Decembr. a. c. übergiebet allerunterthänigste requisition feudi iuncto humillimo petito pro Clementissime admittendo ad iuramentum fidelitatis über die Helfte an den Reichslehnbaren Mannlehn und freyen Stülen zu Drensteinfurth samt deroselben An- und Zubehörungen. Appon. lit. A. etc.

Admittatur nunc supplicantis Mandatarius ad iuramentum.

Arnold Henrich von Glandorf.

No. III.

Veneris 7. Ianuarii 1746.

Von der Reck zu Drensteinfurth, Freyherr Ferdinand Joseph, contra Frantz Arnold, Freyherrn von der Reck, puncto inuestituræ über die Mannlehn und freyen Stühle im Stift Münster, siue impetrantischer, de rato ac mandato cavirender Anwald V. Munereti sub præsentato 14. Decembr. a. p. übergiebet allerunterthänigste Anzeige ad conclusum d. 11. Decembr. a. p. und resp. Verwahrung wegen des dissits wiederfahrenden gröstten præiuditz und Bitt pro Clementissime præuia cassatione concluſi supplicantem fratrem cum eiusdem pro inuestitura petitione a limine iudicii amouendo, aut ad minimum lite pendente nil præiudiciale statuendo, interea vero ad producendum producenda termino vnius mensis concedendo, cum victimo concluso.

I. Hat das Begehren nicht Statt, sondern man lässet es bey dem concluso d. 2. Dec. 1745 lediglich bewenden, dahingegen

II. der Impetrant mit der Haupt-Sach ad separatum verwiesen wird.

Arnold Henrich von Glandorf.

Martis 11. Ianuarii 1746.

Von der Reck, zu Drensteinfurth, Frantz Arnold, puncto inuestituræ über die Mann-Lehn und freyen Stüle, samt zubehörigen Gütern siue dessen Anwald Johann Henrich von Middelburg præstitit iuramentum inuestituræ.

Arnold Henrich von Glandorf.

No. IV.

SENTENTIA PVBLICATA

d. 21. Martii 1746.

In Sachen Ferdinand Wilhelm Joseph, Freyherrn von der Reck, wider Frantz Arnold Freyherrn von der Reck appellationis, nec non euentualiter petitæ restitutionis in integrum aduersus sententiam 12. Iunii 1744. latam ist die gebetene restitutio in integrum abgeschlagen, darauf allen An- und Vorbringen nach, zu recht erkant, daß die Pacta dotalia vom Jahr 1699. (6) an und vor sich Rechts-beständig sern, und ohne hinlängliche Ursachen nicht revocirt oder geändert werden mögen; Also wir hiemit abschlagen, und für Rechts-beständig erkennen. Den ist Lt. Deuren sein der serneren Endurtheil halber beschehene Begehren noch zur Zeit abgeschlagen, sondern ihm umb sich auf dasjenige, was in (50) folio 331. bis 392. nemblich daß Appellant berührten pactis selbsten, und erst contravenirt hätte, vorgebracht worden, in specie vernehmen zu lassen, Zeit zwey Monat pro termino et prorogatione von Ambtswegen angesetzt, mit dem Anhang, wo er dem also nicht nachkommen wird, daß alsdann auf des Gegentheils Anrufen ferner ergehen solle was Recht ist. Immittels ist, der Hauptsach ohne Nachtheil, bis zu derselben weiteren Erörterung hiermit die provisional-Verordnung, daß Appellat dem Appellanten jährlich zwölf hundert Rthlr. von Zeit Absterbens beyderseitigen Va-

ters anzurechnen, bezahlen, und entrichten solle, und ist Lt. Lang, daß sein Principal dieser Verordnung sowol in Entrichtung des Verflossenen, die schuldige Folge geleistet habe, als auch vors künftige derselben gehorsamlich geleben wolle, glaubliche Anzeige zu thun, vorbemeldte Frist imgleichen prægirt, und angesetzt, mit dem Anhang, wo er dem also nicht nachkommen, und sein Principal einige Verzögerung, oder contumaciam sich zu Schulden kommen lassen wird, daß alsdann puncto immissionis des Appellanten in zwey Drittel derer streitigen Güter, oder sonsten ohne weitern Anstand ergehen solle was recht ist.

No. V.

In Lehn-Sachen, Frantz Arnold, Freyherrn von der Reck, Dom-Capitularn und Hof-Rathen dahier wider Ferdinand Wilhelm Joseph Freyherrn von der Reck Hochfürstlich Münsterschen geheimen Rath, wird allerseits Partheyen einen Geschwornen Cantzley-Agenten ad acta zu bestellen, mithin Beklagten unterm 30. Julii jüngsthin eingekommen, Anzeige Exception und Bittschrift samt Beylagen an Klägern insinuiren zu lassen hinverwiesen, diesem zu folg erst gedachten Klägern Dom-Capitularn, Freyherrn von der Reck, wider gedachte Anzeigs was sich gebühret, zu handeln, und dawider habende Einreden auf einmal einzubringen, nicht destoweniger und gestalten Sachen nach, daß gegenwärtig so wenig als anderen Lehnen bey hiesiger Lehn-Cammer bekand oder hergebracht sey, daß existente fratre laico seseque opponente ein mit concurrirender frater clericus jemalen investirt. Kläger aber und zu der Zeit eben, wie Beklagten das Lehen- und Successions-Recht heimgefallen, in habitu non tantum sed et Clericali beneficio sich würcklichen befunden, und Männiglichen wissens annoch befindet, de eiusmodi observantia cum fratre laico ita succedendi zu dociren, ob sonsten, warum er dazu nicht schuldig zu seyn vermeinen mögte, die etwan habende Ursachen beyzubringen auferlegt, und dazu allerseits Zeit der Ordnung peremtorie angesetzt, und ex officio verstattet. Decretum in Consilio Feudali den 6. Auguſt. 1740.

Chur-Cölnische zur Hochfürstlich Münsterschen Lehn-Cammer gnädigst verordnete Præsident und Commissarii

V. Freyherr von Twickel.

J. W. Holstein, Secret.

RESPONSVM CXLIII.

THEMATA.

I. *Sententia de eo, super quo lis non est contestata, lata nullitate insanabili laborat.*

II. De qualitate feudali.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1. 2.

Ex re iudicata nascitur ius irrevocabile. n. 3.

Pro allodio præsumtio est, donec qualitas feudalis probetur. n. 4. 5.

Sententia nulla in rem iudicatam non transit, adeo vt nulla appellatione opus sit. n. 6.

Actus nullus de iure nullum præstat impedimentum. n. 7.

Si sententia non est conformis controversiæ et petito partium, non valet, n. 8.

aeque ac, si de eo lata est, super quo non erat lis contestata. n. 9.

Actio realis virtualiter personali inesse nequit. n. 10.

Iudicis potestas ad libellum restricta est, nec vltra eum extenditur. ibid.

Si vna ex causa actum, ea vero non sit probata, tum, etiamsi actor in processu aliam causam probet, ex qua de iure actoris constat, reus tamen condemnari nequit, sed absolvi debet. n. 11. 12.

Vbi ex noua causa agitur, novo libello opus est. n. 13.

Iudex reum non potest condemnare in alia re, quam quæ principaliter fuit petita. n. 14.

In actione personali causa specialis est exprimenda. n. 15. 16.

Qualitas feudalis ab antiquo agnita etiam hodie præsumitur, n. 17.

donec transmutatio feudi in allodium probetur. ibid.

Qualitas feudalis ex litteris inuestituræ probatur. n. 18.

Feudum vetus non fit nouum, si in agnatum remotiorem alienatur, qui per primam investituram ius quæsitum habuit. n. 19. 20.

Sententia ex causa notorie falsa lata ipso iure nulla est. n. 21.

Decisio. n. 22.

Als

Als uns ein Bericht nebst Beylagen wie auch einer Frage zugeschicket, und ꝛc.

1 Ist anno 1639 Herr Graf Heinrich R. und das folgende Jahr seyn einiger Sohn, Heinrich R. verstorben, und mithin ihre Mannlehnschaft nebst denen Gütern B. D. und Z. dessen Agnaten und Vettern Heinrich R. zu U. G. und Herrn Heinrichen zu O. G. zu gefallen, das sämtliche allodium aber auf die hinterlassene resp. Wittwe und Mutter gekommen, und einige Jahr von derselben im geringsten kein Anspruch gemachet worden, bis endlich, da anno 1641 die Lehns-Vettern das Gut Z. wegen dringender Lehn-Schulden verkauffen müssen, itzgemelte Fr. Wittwe dagegen contradiciret, und wegen der Tochter legitimæ, meliorationen und anderen Forderungen protestiret, im übrigen die Lehns-qualität nicht geleugnet, dabey ferner fast 14. Jahr acquiesciret, und in anno 1654 erst eine Klage an Ihro Kayserliche Majestät übergeben, und unter andern Punckten auch wegen des Guts Z. von Herrn Heinrich R. den halben Kauf-Schilling prætendiret. Ist nun wieder Vermuthen ein Urtheil in dieser Sache dahin ausgefallen, daß der ältere Herr R. das Gut Z. zum halben Theil cum fructibus perceptis et percipiendis entweder abtreten, oder den rechten Werth dafür nebst dem interesse entrichten solle, gleichwol kein remedium dagegen admittiret, sondern mit der execution verschiedentlich commineret, um deren Abwendung doch dergestalt gearbeitet worden, daß man endlich viele neue documenta aufgefunden, und Ihro Kayserliche Majestät LEOPOLDVS glorwürdigsten Andenckens dadurch bewogen worden, an Ihro Churfürstl. Durchlaucht. zu N. zu rescribiren: Beklagte in solchen Punckten mit ihrer Nothdurft zu vernehmen, dahero auch die Sache ferner in cognition gezogen, und davon an Ihro Kayserliche Majestät Bericht abgestattet, und darin ausdrücklich vermeldet, daß die merita dissentiger documentorum von ziemlicher importanz wären, und endlich anno 1664 die acta avociret, an den Reichs-Hofrath übergeben, und daselbst in anno 1709 das vorige Urthel schlechterdings confirmiret worden, dawider die interessirende Herren Grafen die restitutionem in integrum gesuchet, und dahero gefraget wird:

2 **Ob die Herren Grafen mit ihrer gesuchten restitution zu hören, und sich darauf einer erwünschten reformatoriæ zu erfreuen haben?**

Rationes dubitandi.

3 Wann nun gleich eingewandt werden möchte, daß nunmehro nicht mehr res integra, sondern bereits anno 1656 in dieser Sache definitive gesprochen, auch solches Urthel darauf in rem indicatam ergangen sey, zumal die ad cameram interponirte appellation nicht fortgesetzet, auch sonst die vorgeschlagene Leuterung dagegen nicht angenommen werden wollen, aus welcher Absicht denn das in anno 1656 gesprochene Urthel für Rechts-kräftig erkant worden ist, mithin der Klägerin dadurch ein ius irrevocabile so fort zugewachsen.

l. 3. D. de agn. vel. al. lib.

l. 25. de stat. homin.

Und ob wol nach der Zeit unterschiedene neue 4
dienſame documenta aufgefunden, auch darauf die Sache von neuem in cognitionem gezogen ist, so hat doch solches vires rei iudicatæ nicht hemmen mögen,

l. 4. C. de re iudic.

anerwogen einmal pro allodio die stärckeste præsumtion ist, mithin wann qualitas feudalis nicht deutlich erwiesen werden mag, billig gegen die successores feudales erkant werden muß, 5
deswegen auch der Mitbeklagte Herr R. bonam fidem agnoscíret und mit Klägerin sich verglichen haben mag, aus der Ursach, weil er der Klägerin prætension als gerecht erkant, wie dann auch nicht mag geleugnet werden, daß der Fr. Klägerin Eheherr das Gut Z. von seinem Herrn Vettern, Herrn Heinrich R. in anno 1612 gekaufft, und dahero um desto gröſsere præsumtio pro allodio alhier zu militiren scheinet.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch wenn ein Urthel Bün- 6
dig und Rechts-kräftig seyn soll, allerdings nöthig ist, daß solches keinen Mangel oder nullität habe, cum sententia nulla in rem iudicatam transire non possit, adeo vt nulla appellatione opus sit,

l. 1. D. quæ sentent. sine appell. rescind.

und dahero auch die exceptio rei iudicatæ dar- 7
aus nicht erwachsen kan, cum actus nullus nullum de iure præstet impedimentum,

BLAS. ALTIMAR. *de nullit. sent. P. 1. R. 8. q. 160. n. 3. seqq.*

mithin auch in gegenwärtigem Fall das anno 1656 gesprochene Urthel kein impedimentum setzen noch nouam causæ disquisitionem verhindern kan, als welche unter andern vornemlich daher 1) nullitate quadam insanabili laboriret, 8
daß solches in diesem Puncket dem libell gantz nicht conform, und dem statum controuersiæ nicht recht berühret hat, angesehen die Frau Klägerin in ihrem fünften Klage-Puncket nur den halben Theil von dem Kauf-pretio, nemlich 6896½ Gulden samt Land üblicher-Interesse prætendiret, und solches dahero, weil ihr Eheherr das Gut Z. vor 13793 Gulden neu angekauffet, wie auch das petitum weiter nichts als bloß die Bezahlung solcher Schuld-Forderung im Munde führet, woraus denn offenbar, daß nur eine actio personalis angestellet sey, dahero auch allein auf solche prætendirte Post erkant

werden müssen, so sich doch gantz anders befindet, indem in dem Urthel de anno 1656 die Abtretung des Guts zum halben Theil cum fructibus perceptis et percipiendis oder doch wenigstens die Entrichtung des rechten Wehrtes dafür nebst dem Interesse zuerkant, und da in actione personali bloß auf das gebetene Kauf-pretium hätte erkant werden sollen, in der That in reali, et sic in diuersa actione, ja so gar auch auf ein diuersum obiectum erkant worden ist. Iam autem si sententia non est conformis controuersiæ et petito partium, dici nequit, quod illam diremerit et definiverit, et propterea non valet, quod iudex extra interrogata pronunciauerit,

arg. l. 18. D. commun. div.
l. f. de fideic. libert.
BERLICH. *decis. 87. n. 14 seq.*
SVRD. *decis. 295. n. 21.*

quia iudex iudicans in his, quæ in libello non continentur, exercet potestatem vltra illud, quod in iudicium deductum est.

BLAS. ALTIMAR. *de null. sentent. P. 2. rub. 13. qu. 336. n. 1.*

9 Ja 2) in der That dasjenige nicht decidiret noch darüber erkant ist, worüber lis contestiret worden, hergegen, worüber keine litis contestatio geschehen, in der That erkant worden, welches eine insanabilem nullitatem nach sich ziehen muß, nulla enim est sententia de eo, super quo lis non est contestata.

MENOCH. *lib. 4. cons. 345. n. 31 seqq.*
ALTIMARVS *cit. l. n. 4.*

10 Und mag 3) nicht gesaget werden, daß dasjenige, worauf erkant worden, in dem petito virtualiter begriffen sey, in welchem Fall sonsten keine nullitas vorhanden, anerwogen ein anders ist, das Kauf-pretium als eine Schuld fordern: ein anders, die Abtretung des Guts selbsten prætendiren, welches nothwendig per actionem realem hätte geschehen müssen, so doch im geringsten nicht angestellet und die realis ohnmöglich virtualiter in der personali begriffen werden mag, in welchen Fällen bekant, quod iudicis potestas ad libellum restricta sit, nec vltra eum extendatur,

CARPZ. *P. 1. decis. 49. n. 12.*
MEV. *P. 3. decis. 308.*

nec quicquam supplere possit absque speciali partis instantia circa causam in litem deductam.

CARPZ. *P. I. C. 26. def. 6. n. 3.*

11 Gleichwie nun 4) denen Klägern nicht einsten erlaubet ist, nach der litis contestation libellum zu mutiren, und ein ander genus actionis zu erwehlen, so mag auch kein Richter in pronunciando von dem libello abgehen, ohnerachtet ob gleich nach der litis contestation von dem Kläger in dem Beweiß der status controversiæ verändert werden solte, inde si ex vna causa actum, ea vero non sit probata, tum, etiamsi actor in processu aliam causam probet, ex qua de iure actoris constat, reus tamen condemnari nequit, sed absolui debet.

MENOCH. *lib. 1. de A. I. Q. 9. 31.*
CARPZ. *P. 1. c. 26. def. 6.*
ANTON. FAB. *in C. lib. 2. tit. 27. def. 3. n. 6.*

Welches denn 5) um destoweniger geschehen 12
kan, wenn nicht einmal erwiesen, daß Klägern die Sache ex alia causa zustehe, wie in præsenti causa sich äussert, da nach dem gantzen libell unmöglich auf die Abtretung des Gutes Z. erkant werden mögen, angesehen die Frau Klägerin in dem libell selbst solches als ein Lehn angegeben, auch deswegen die Abtretung desselben nicht begehren wollen, noch können, sondern nur das Kauf-pretium als eine vermeinte Lehn-Schuld prætendiret, und also um desto weniger geschehener massen erkant werden mögen, da die Fr. Klägerin das quæstionirte Gut selbst für ein Lehn ausgegeben, auch nachgehends in dem Verfahren dabey geblieben. Woraus denn Sonnenklar erhellet, daß keine actio in rem angestellet, worauf doch gesprochen worden; und ob gleich nach der Zeit 6) 13
man angefangen hat de qualitate des Gutes Z. zu disputiren, und demselben die qualitatem feudalem streitig zu machen, so ist man zwar einiger massen dadurch a statu controversiæ abgewichen, und, wann also es hiebey hätte bleiben und darauf erkant werden sollen, wäre allerdings nöthig gewesen, eine neue Klage deswegen zu formiren, und der vorigen zu renunciiren, so doch nicht geschehen. Wiewol doch 7) 14
keine totalis mutatio actionis eben zu finden, sondern es ist die Frau Klägerin bey ihrer actione personali noch beständig verharret, wie die petita dero eingegebenen Schriften ausweisen, und nur obiter und zum Ueberfluß de qualitate feudali der Streit erreget, gleichwol principaliter darauf erkant worden, welches doch sine insanabili nullitate abermal nicht geschehen können, cum iudex reum non possit condemnare in alia re, quam quæ principaliter fuit petita;

l. vt fundus 18. comm. diuid.

sententia enim de iis concipi debet, quæ sunt in conclusione libelli, non quæ adduntur pro illustratione causæ,

MEV. *P. 3. decis. 308. n. 2.*

si autem aliquid incidenter in probatione ventilatum, in libello autem et petitione actoris nihil de eo dictum fuerit, auctoritas rei iudicatæ ad illud se extendere, et iudex de eo pronunciare nequit.

CARPZ. *P. I. decis. 49.*
BRVNNEM. *ad l. 18. D. comm. div. n. 5.*

Vnde sententia super non petitis et comprehensis in libello lata, est ipso iure nulla.

BERLICH. *P. I. decis. 87. n. 13.*

Ja 8) findet sich in der Sache eine grosse in- 15
certitudo, welche vornemlich aus dem libello selbst erwachsen, indem solches keine causam debendi

bendi in sich hält, und also eigentlich nicht zu ersehen gewesen, ex qua causa sey geklaget worden, da doch in actione personali causa specialis hätte deutlich ausgedrücket werden müssen,

GAIL *I. obs. 61. n. 5.*
c. f. in X. de oblat. libell.

16 welches auch in summarischen Processen nöthig ist, weil sonsten eine grosse Ungewißheit in der gantzen Sache dadurch entstehen und die decision hemmen würde, da ohne einen gewissen Grund der Klage nichts gründliches vorgenommen werden mag, und wenn also eine sententia auf solche ungewisse Klage gefället worden, solche denen Rechten nach nicht bestehen kan.

BLAS. ALTIM. *de null. sent. P. 2. rub. 13. q. 311. n. 114.*

Aus welchen offenbaren nullitäten dann die prætendirte Kraft Rechtens des anno 1656 gefälleten Urthels entzogen, anbey nunmehro ferner zu untersuchen seyn wird, ob auf die Abtretung des Gutes, wenn gleich darauf principaliter geklaget seyn solte, erkant werden können; da
17 sich denn 9) aus denen ad acta gegebenen Lehn-Briefen hervorthut, daß dieses quæstionirte Gut Z. dem gegenseitigen Vorgeben nach, kein allodium, sondern ein uraltes R. Lehn, und mit solchem die Gräflich R. Familie sowol vom Chur-Hause N. als nachgehends von der Crone B. beliehen sey, zu dem Ende auch die Herren Grafen in dem an die Cron B. ausgestellten revers das Gut Z. nahmentlich unter die von der Crone B. zu Lehn gehende Stücke gesetzet, und die Lehns-Pflicht mit darüber abgeleget, einfolglich da ab antiquo qualitas feudalis an diesem Gute gehangen, für dieselbe noch billig præsumiret werden und man so lange dabey bleiben muß, bis die transmutatio feudi in allodium klärlich erwiesen worden, cum etiam pro qualitate feudali præsumtio sit, si res diu VT feudalis fuerit possessa,

IVL. CLAR. *in §. feudum qu. 19. in f.*
MENOCH. *de præsumt. lib. 3. præs. 91. n. 33.*

Welche possessio qualificata aus denen obbemel-
18 ten Lehn-Briefen klärlich erhellet, und 10) noch mehr dadurch bestärcket wird, daß der Frau Klägerin Eheherr selbst das Gut Z. von seinem Herrn Vettern Heinrich sub qualitate feudali anno 1612 gekaufet, auch sich im Kauf-Briefe dispertis verbis dahin reversiret, daß er und seine Lehnsfolgere dieses Gut vom Herrn Verkauffern in Lehn nehmen, auch derselben künftig auf iede Fälle gebührende Folge thun wolten; wie denn auch der Herr Verkauffer sich ebenfals verpflichtet, seiner Mitbelehnten Herrn Vettern consens in diesem Kauf auszuwürcken secundum expressa formalia:

Es will auch der Herr Verkauffer um mehrerer dieses contracts Bekräftigung willen dem Herrn Käuffer hierüber der Herren Vettern und Mitbelehnten consens und Einwilligung, binnen Jahres und Tages erlangen und ausbringen.

Welches alles unnöthig gewesen wäre, wenn das Gut Z. die Art und Eigenschaft eines Lehns nicht gehabt hätte, wie denn auch 11) dadurch 19
denen Herren Agnaten ihr Recht nicht benommen ist, ob sie gleich in solche Verkaufung consentiret, neque enim feudum verus nouum fit, quod in agnatum etiam remotiorem alienatur,

HARTMAN. PISTOR. *lib. 2. qu. 6. n. 20.*
FACHIN. *lib. 7. contr. iur. c. 10.*

habuit enim hic iam ius quæsitum per primam investituram;

COEPPEN *obs. 2. n. 26.*

bevorab da 12) durch des Herrn Heinrichs 20
Tode unter andern Gütern Z. auf der Beklagten Eheherrn mit allen Rechten in der Theilung gefallen, mithin zwar das dominium directum in seiner Person consolidiret, gleichwol dem Gute die Lehns-Eigenschaft nicht entzogen worden, weil in der Theilung die sämtliche Herren Interessenten die gesamte Hand und Mitbelehnschaft reserviret, und der Frau Klägerin Eheherr darin consentiret hat; zugeschweigen, daß 13) solches die Frau Klägerin toties quoties in actis zugestanden, und also dieses nunmehro nicht weiter controvertiren mag; bey welchen Umständen sich denn 14) eine neue nullität in 21
dem anno 1656 gefälleten Urthel hervorthut, als welches sich darauf gegründet, und zu ihrem Fundamente gesetzet, als wenn das Gut Z. ein allodium wäre, welches doch notorie sich anders verhält, si enim sententia lata est ex causa notorie falsa, ipso iure nulla est,

GABRIEL *de sentent. concl. fin. n. 15. in f.*
SVRD. *cons. 223. n. 17 seqq.*
BLAS. ALTIMAR. *de nullit. sent. P. 2. rubr. 13. qu. 316. n. 1.*

aus welchen allen die in rationibus dubitandi angeführte momenta von selbsten hinweg fallen:

So halten wir dafür, daß die Herren Grafen mit ihrer restitution zu hören, und 22
sich einer reformatoriæ werden zu erfreuen haben. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCX.

DECISIO CXLIV.

THEMA.

De probatione feudi nobilis.

SVMMARIA.

Sententia et species facti. n. 1. 2.
Quilibet actor fundamentum suæ intentionis probare debet. n. 3.
Feudum nobile a feudis vulgaribus admodum differt. n. 4.
Qualitas feudalis colligitur ex seruitiis equestribus et regalibus. n. 10.
Indicia qualitatis feudalis recensentur. n. 11. 17.
Prædium præsumitur nobile, si iura nobilia ei inhærent. n. 12.
Num per præscriptionem prædium nobile fieri possit? n. 13. 14.
Remissa felonia ex noua gratia fundus sub eadem qualitate in feudum datus censetur. n. 15. 21.
Qui liti se offert, tenetur ad iudicatum præstandum. n. 16.
Præscriptio ab oneribus non interrumpitur, nisi interuenerit interpellatio et subsecuta contradictio. n. 20.
Prædia nobilia personis ciuicis in subfeuda dari, et ab iis possideri possunt. n. 22.
Decisio. n. 23.

Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen Thomas Günther von J. auf A. und V. appellanten an einem, und Schultzen Gemeinde zu V., in specie aber die D. Erben auch adhærirenden Magistrat nebst cons. appellaten am andern Theil erkennen von GOttes Gnaden ꝛc. nach vorgehabtem Rath Unserer Rechtsgelehrten für Recht.

1 Daß die appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an Uns erwachsen, der Materialien halber erscheinet aus denen Acten so viel, daß wol appelliret, und dannenhero die sententia a qua vom 25. Febr. 1741 dahin zu reformiren sey, daß appellant dasjenige, was ihm zu erweisen obgelegen, und er sich angemasset, nach Nothdurft erwiesen, dannenhero dessen Hof zu V. nebst denen quæstionirten Hufen, für freyes Ritter-Lehn zu halen, mit fernerer contribution zu verschonen, und aus dem catastro zu deliren, appellaten hergegen den selbst angegebenen eingezogenen wüsten Hof und dazu gehörige zwey Hufen Landes unter sich auszumachen, und so lange, bis solches geschehen, zu übertragen, nicht weniger die indebite bezahlte contribution, iedoch compensatis expensis, appellanten zu restituiren schuldig seyn. V. R. W.

Rationes decidendi.

2 Als im anno 1693 ein catastrum verfertiget und einige verlohrne Acker-Höfe aufgesuchet worden, ist appellantens Hof zu V. mit zwey Hufen Landes zwar als ein eingezogener Acker-Hof mit angegeben, iedoch dergestalt, daß die Sache erst untersuchet werden solle, dagegen sich zwar appellantens Vorfahren gemeldet, und per rescriptum de anno 1695 erhalten, daß sie darüber gehöret und die Sache per commissionem untersuchet werden solle, solches auch geschehen, aber fol. 101. erkant worden, daß appellant besser, als bishero geschehen, sein fundamentum intentionis, daß sein Hof in V. ein würcklich Schoß-freyes Rittergut oder frey verwilligtes Lehngut sey, beyzubringen schuldig sey, wovon derselbe an Se. Königliche Majestät appelliret. Ob nun wol appellaten 3
gegen die angeführten gravamina vorgestellet, 1) daß appellant Kläger sey, und das fundamentum intentionis, daß sein Hof zu V. Schoßfrey, oder ein würcklich freyer Rittersitz sey, erweisen müsse, quod quilibet actor fundamentum suæ intentionis probare debeat; darzu 2) dann nicht genug sey, qualitatem feudalem 4
beyzubringen, vielmehr ein Unterschied unter adelichen Rittergütern und gemeinen Lehen zu machen, zumal auch Bauergüter wohl zu Lehn gehen können, aber dennoch der contribution unterworfen blieben, dahero appellanten zuforderst qualitatem prædii nobilis, und nicht allein feudalem ihres Hofes zu V. erweisen, und das rescriptum de anno 1695 davon verstanden werden müsse. Bevorab, da 3) appel- 5
lant das catastrum de anno 1693 wider sich hätte, worinnen, daß zu V. dreyzehen Acker-Höfe seyn müssen, angegeben, und unter denen fehlenden Acker-Höfen Günthers von J. Erben-Hof mit benannt, aber dabey vom H. F. Hof, so damals die B. besessen, unterschieden sey, gleichwol appellant behaupten wolle, daß sein Hof zu V. worüber anitzo gestritten wird, eben derjenige Hof sey, so H. F. als Meyer von denen B., diese aber solchen von denen von J., als ein After-Lehn, besessen, welches zuforderst zu erweisen

weisen sey; auch 4) nicht folge, daß in der matricul de anno 1541. sub n. 10. Ricke S. als Meyer der B. mit zwey Hufen Landes angesetzet worden, es also der jetzo im Streit gezogene seyn müsse, ohngeachter er auch zwey Hufen habe, weil mehr Höfe mit zwey Hufen in matricula dicta angesetzet befindlich wären, wiewol auch daraus qualitas feudi nobilis noch nicht
6 zu schliessen sey. So dann 5) die qualitas feudalis noch nicht einsten aus dem Lehn-Briefe de anno 1598. sub n. 6. erhelle, als worin Sabel R. Hof mit zwey Hufen Landes zu Lehn gegeben worden, welches aber der in Streit gezogene Hof keinesweges, auch ex confessione appellantis, fol. 143. seyn könne. Und wenn gleich 6) aus denen Abgangs-Büchern befindlich, daß H. F. Hof in V. nach Absterben der B. an die von J. gefallen, und von ihnen bewohnet sey, dennoch nicht folgen wolle, daß es eben der Hof, worüber gestritten würde, sey. Und wenn es auch 7) derselbe seyn solte, dennoch daraus nicht zu schliessen, daß er Schoß-frey sey, zumal auch Bauer-Güter zu Afterlehn gegeben werden können, welches hier anzutreffen, nachdem dieser Hof in der matricul de anno 1541 und 1584 als contribuabel angesetzet worden. Darneben 8) solcher Hof, so H. F. vormals bewohnet, in denen Abgangs-Büchern mit 5 Gülden 16 Schilling noch angesetzet geblieben, und dieser Ansatz die qualität der Steuerbarkeit voraus setze, wie denn sub. n. 3. in den Abgangs-Büchern lit. p. annotiret worden, daß der Meyer im anno 1603 den Schoß von seinem eigenen Vieh gegeben, allenfalls genug sey, daß die contribution vom gedachten Hofe in denen Abgangs-Büchern fortgetragen, und dadurch alle præscription verhindert worden, appellanten aber daraus die præsumtion gegen sich hätten, daß der gedachte Hof keinesweges für ein freyAdeliches Ritterlehn zu halten, auch post aperturam, nach Abgang der B., seine qualität nicht ändern mögen. Zumal auch 9) wol Bauer-Länderey bey dem Landes-Herrn zu Lehn gehen können. Dahero
7 auch 10) die sub n. 7. 8. und 9. befindliche Muthscheine zum Beweis nicht zulänglich zu achten, da in n. 7. vom V. nicht gedacht worden, und in n. 8. nicht exprimiret, daß darin der in Streit gezogene Hof angedeutet, und deswegen die Lehns-Muthung geschehen sey. Ferner 11) die Theilungs-recesse sub n. 4 und 5. gegen appellaten, als tertios, nichts erweisen können, ausserdem aber in n. 4. zu befinden, daß das erledigte Afterlehn verkaufet, und wegen des Geldes der Vergleich getroffen sey, mithin von dem Gute, worüber anietzo gestritten werde, die Rede nicht seyn könne, wie denn auch in dem Theilungs-recess sub n. 5. des Hofes nominatim nicht gedacht worden. Hierüber
8 12) der Bericht der Lehns-Canzeley sub n. 10. so von einem Adelichen Gute rede, ingleichen die documenta sub n. 11 und 12 de anno 1684 sich auf die vorhergegangenen supplicationes bezogen, worin des Adelichen Hofes gedacht sey, so man ex relatione inquisitionis angenommen, und repetiret, daraus aber veritas qualitatis nobilis nicht erweißlich zu machen, als welches man damals als richtig voraus gesetzet, auch wol Bauerlehn caduciret werden könten. Und obwol 13) sub n. 14. sqq. die Roßdienst-
9 Rolle ergebe, daß appellant würcklich Roß-Dienste von seinem Hofe leiste und bishero gezahlet habe, auch für itzo den Lehns-canon davon entrichte, dennoch ein Unterschied zwischen dem Hof und Acker, und denen dabey verliehenen regalien sey, da denn zwar diese ad qualitatem nobilem zu referiren, und in deren regard die Ritterdienste præstiret würden, dennoch aber der Hof und Acker dabey wol qualitatem rusticam haben können, und also zuförderst zu beweisen sey, daß die Ritterdienste vom Hofe und Acker selbsten præstiret worden, welches 14) um desto unwahrscheinlicher, als gedachter Hof dem B., so ein Bauer oder Bürger gewesen, zu Afterlehn gereichet worden, welches nicht geschehen seyn würde, wenn der Hof und Acker Adelich Lehn gewesen, vielmehr daraus, daß es ein Acker-Hof sey, zu schliessen. Dahero dann 15) in dem extract fol. 425. derselbe unter die ausgezogene Acker- und Bauer-Höfe gesetzet worden, welches der fehlende Hof nothwendig seyn müsse, weil 16) die zwey fehlende Hufe Landes unter appellaten nicht seyn können, da sie nichts in communi besessen, und ein ieder Hof seine Länderey in einer Breite belegen hätten. Endlich die im anno 1728 geschehene Ueberschlagung, worauf appellant fol. 187. provociret, das Gegentheil nicht erweise, darin zwar ein plus herausgekommen, solches aber theils von der Verbesserung der sandigten Hufen, theils von der geschehenen Ausrodung herrühre, und also das Land in der Aussaat erträglicher worden sey; dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn Kläger noch nicht besser als geschehen, sein fundamentum intentionis erwiesen, sondern nach wie vor die qualitas feudi nobilis unerwiesen zu achten sey.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) durch die matricul 10
de anno 1693 vielerley Irrungen eingeführet worden, und daraus zu schliessen ist, daß damals die Herren commissarii keine rechte Nachricht von den eincatastrirten Ländereyen gehabt haben müssen, zumal sie eines theil das abhanden gekommene catastrum de anno 1624 nicht zum Fundament nehmen können: andern theils die possessores der Länderey nicht allemal mit dazu gezogen, wie der Herr geheimte Rath von T. in seiner Nachricht von der C. contributions- und Schoß-Einrichtung p. 43. selbst anzeiget, absonderlich aber die Unrichtigkeit desselben bey appellanten Hofe sich deutlich befindet, bey welchem sie a) bloß der Gemeinde Bericht zum Grunde geleget, und die von J. als damalige possessores des Hofes abwesend gewesen: b) sie dabey erinnert, daß die Lehns-Briefe nicht

pro-

produciret worden, und also die Sache, ob der Hof contribuabel sey, noch untersuchet werden müsse: c) sie nicht einsten den itzo streitigen Hof recht untersuchet, und der Hof, so H. F. der B. Meyer, bewohnet, von des appellanten Hof unterschieden, und denselben zum dritten fehlenden Hofe machen wollen, da doch laut derer documenten dieser Hof des appellanten itziger Hof, worüber gestritten wird, seyn muß, welcher d) damals nothwendig in der possess der Schoßfreyheit gestanden, also 2) es etwas hartes gewesen, daß vor ausgemachter Sache derselbe unter die contribution gezogen und appellanten das onus probandi dadurch schwerer gemachet werden wollen, daß er gegen die appellaten die qualitatem feudi nobilis beybringen solle, welches billig mit dem Lehns-fiscal auszumachen gewesen, zumal solches gegen den Lehns- und Landes-Herrn eigentlich beygebracht werden muß, daraus also so viel doch abzunehmen, daß wenn appellant gegen den Landes-Herrn qualitatem feudi nobilis erweiset, appellaten solches auch gegen sich gelten lassen müssen, als welches aus der qualitate feudali, und den Ritter-Diensten nebst den anklebenden regalien am sichersten zu schliessen. Dahero dann 3) bey dieser 11
durch die matricul de anno 1693 in confusion gebrachten Sache zuforderst beyzubringen ist, daß eines theils der itzt in Streit gezogene Hof eben der von denen B. zum Afterlehn besessen gewesene, aber nachgehends eröfnete Hof sey: andern theils aber daß solcher qualitatem prædii nobilis habe, und bishero verroßdienstet worden, als worauf es, bey denen vielen contradictionen derer appellaten, hauptsächlich, ja allein ankommet. Da dann 4) was das erste betrift, aus dem Lehn-Briefe sub n. 6. de anno 1598 erhellet, daß die von J. mit einem Hof, den Jacob B. von ihnen zu Lehn habe, und durch einen Meyer cultiviren lassen, belehnet worden, dessen auch die matricul de anno 1541 sub n. 10. unter dem Namen des Meyers Ricke S. gedencket, und in der matricul de anno 1584 unter des Meyers H. F. Namen fortgeführet worden, wobey 5) denn der extract aus den Abgangs-Büchern wegen V. sub n. 3. de anno 1594 darleget, daß H. F., des K. B. Meyer gewesen, damals aber an die von J., als deren Lehn-Junckern nach der B. Absterben, gefallen, und bis anno 1597 wüste gelegen, damals aber von Ludolph von J. besessen und gebrauchet sey, zu dessen Erläuterung der Theilungs-receß de anno 1598 zwischen Jürgen und Ludolphen, gewettere von J., zu C. und O. zu legen, und daraus zu mercken ist, daß eben damals das erledigte After-Lehn zu V., so die B. iure subfeudi gehabt, mit in den Vergleich gezogen, Ludolphen zugeschlagen, und Jürgen mit Gelde dagegen abgefunden worden, welcher solches auch 6) bis 1619 nebst O. besessen, dessen Söhne, Jürgen und Dieterich von J. im gedachten Jahr sich dergestalt in beyde Güter getheilet, daß Jürgen von J. O., so ein ohnstreitiges feudum nobile ist, Dieterichen von J. aber V., so der B. Afterlehn gewesen, zugefallen, und sie dabey die Absicht geheget, daß die Güter an Acker und Wiesen gleich geachtet worden, welches nicht geschehen mögen, wenn man damals, daß der Hof zu V. aus Bauer-Aeckern bestehe, sich solte haben einfallen lassen, allermassen dann auch in dem Theilungs-receß des einen Viertheils Ackers und Wiesen, so versetzet gewesen, und anno 1721 nach denen documentis sub n. 28. 29. 30. von appellantens Hofe und dessen possessoribus eingelöset worden, Meldung geschehen, und dadurch derjenige Hof deutlich bezeichnet worden, der auf D. zu V. wovon appellant anitzo causam hat, gefallen. Sodann 7) als beyde Gebrüdere Ludolphs Söhne, in anno 1640 verstorben, und Dieterich zwey Söhne hinterlassen, der älteste davon die Lehne in gedachtem Jahr gemuthet, iedoch weil er mit seinem Bruder noch unmündig gewesen, ihm wegen O. und V. Lehns-indult laut n. act. 8. ertheilet worden; woraus denn 8) die qualitas feudalis offenbar, und zugleich abzunehmen ist, daß unter V. derjenige Hof verstanden sey, so nach der B. Abgang an Ludolph von J. und nach dessen Tode durch die Theilung an dessen Sohn Dieterichen von J. gekommen, nach dessen Abgang aber von seinen beyden Söhnen gemuthet, und wegen der Belehnung indult erhalten worden; woraus denn zum voraus auch 9) qualitas prædii nobilis um desto mehr zu præsumiren, als solcher Hof mit O. bey der Theilung gleich gehalten und parificiret, mit jenen zugleich gemuthet, die Belehnung erfolget, solcher aber von dem B., extincto sub feudo, zu V. auf Ludolph von J. gefallen, und daher die Ursache herzunehmen sey, warum solcher Hof in die Abgangs-Bücher von anno 1584 gesetzet und keine contribution davon gezahlet, ja auch in denen Lehn-Briefen deren regalien gedacht sey, so bey denen prædiis nobilibus zu seyn pflegen. Und wie nun 10) nirgends geleugnet worden, daß appellant von Dieterichen von J. des Hauses alt-O. abstamme, also ist um destoweniger zu begreiffen, wie der quæstionirte Hof nebst denen zwey Hufen 12
Landes qualitatem prædii rustici habe, und doch mit allen Gerichten und andern iuribus versehen seyn solle, zumal solche von uralten Zeiten die adeliche Familie derer von J. besessen und zu Lehn empfangen, vnde argumentum prædii nobilis desumitur,

HERTIVS *de feudo nobili sect. III. §. 4.*
præsertim si iura illi inhærere solita habeat;
AVGVSTIN. LEYSER *de iur. præd. nobil. per tot.*

welches aber 11) um desto richtiger und gewisser wird, als aus der n. 14. befindlichen Roßdienst-Rolle de anno 1625 erhellet, daß von der Zeit an mit einem drittheil Pferd Gebhard von J. vom Gute O. und Hofe zu V. specifice in derselben aufgeführet worden. Darneben 12) die n. 13. sqq. befindlichen Quittungen bestärcken, daß auch die Ritter-Dienste in anno 1672. 1678. 1686. ꝛc. würcklich davon entrichtet sind,

sind, und noch bis dato der jährliche Lehnscanon davon entrichtet werde, dergestalt, daß wenn 13) der appellaten Vorwand, daß der quæstionirte Hof vormals ein prædium rusticum gewesen, (welches sie doch mit keinem richtigen Grund behaupten mögen) gegründet und richtig seyn solte, dennoch da er über hundert Jahr sub qualitate nobili besessen und verroßdienstet ist, nunmehr per præscriptionem gegen allen Anspruch sicher seyn würde, neque enim dubium est, quin per tantum tempus prædium nobile fieri possit.'

FELTMAN *de feud. c. II. §. 5.*

14 Welches absonderlich 14) in S. Königl. Maj. Landen anzunehmen, als in der assecuration vom 30. Jun. 1717. §. 4. offenbar versehen, daß eine funfzigjährige possession den possessorem von allem Anspruch, es sey ex capite domanii oder was für Fundament sonsten wäre, völlig liberiren solle, welche præscription hier fast doppelt zu befinden, und aus denen angeführten momentis zu ersehen, daß die von J. den gedachten Hof sub qualitate nobili von mehr als hundert Jahren besessen und Ritterdienste davon geleistet, als welches 15) nach dem edicto vom 1. Febr. 1718 einen justum titulum immunitatis ab oneribus communibus ohnedem abgiebet, wie der Herr Geheimde Rath von T. in seinem oben allegirten tractat p. 369.

15 zum ersten Grunde billig setzet. Dahero 16) es auch geschehen, daß im anno 1685 unter denen ex capite feloniæ mit in Anspruch genommenen feudis ein Adelicher Hof zu V. mit gezogen, aber, remissa felonia, ex noua gratia, wieder sub eadem qualitate in feudum verliehen worden, welches solche data sind, daß an der possessione feudi nobilis vetustissima kein Zweifel übrig bleibet; dagegen dann die rationes dubitandi nichts verfangen mögen.

16 Angesehen ad 1) wenn gleich appellant Kläger seyn solte, er dennoch bereits dasjenige erfüllet, was einem Kläger obliget, und die qualitatem feudi nobilis vom gedachten Hofe zu V. dargethan, wiewol es appellanten schwer genug gefallen, daß er mit appellaten sich als Kläger einlassen, und diese Sache mit ihnen ausführen müssen, welche sie aber freywillig mit ihm übernommen, sich als Beklagte aufgeführet, und dahero auch den effectum sententiæ contra se latæ erleiden müssen, welcher vornemlich darin bestehet, daß weil appellantens Hof für ein freyes Rittergut declariret worden, gleichwol er die contribution vom anno 1693 auf ihr Angeben davon præstiren müssen, sie auch solches gegen ihn bis hieher als ein rechtmäßiges factum behauptet, so er doch indebite bezahlet, sie zugleich alle indebite bezahlte contributiones erstatten müssen, cum etiam, qui liti se offert, teneatur ad iudicatum præstandum, welches sie vltro gethan, appellant aber mit grossem Widerwillen daran gegangen, und sich endlich mit denen appellaten einlassen und diese Sache ausführen müssen, denen es nunmehr nicht unbillig zum Nachtheil gereichen muß, daß sie sich so sehr zu appellanten gedrungen, und verursachet, daß er mit ihnen diese Sache ausmachen müssen. Uebrigens ad 2) zwar an dem 17 ist, daß der Beweis vornemlich auf qualitatem feudi nobilis gehe, gleichwol solcher auch zulänglich dargethan und gezeiget worden, daß von dem Hofe Roßdienste geleistet sind, und solcher sub qualitate nobilis feudi weit über funfzig Jahr besessen sey, wiewol auch da die von J. mit diesem Hof belehnet sind, und die Mitbelehnschaft dabey befindlich, niemand leicht ein feudum rusticum daraus præsumiren wird, indem vielmehr das Gegentheil, id quod vtplurimum esse solet, zu præsumiren ist, und dahero auch in solchem Verstande das rescriptum de anno 1695 bloß der Lehnbarkeit gedencket, weil daraus die qualitas feudi nobilis billig zu præsumiren. Hiernächst ad 3) was 18 für Unrichtigkeit bey catastrirung der Güter im anno 1693 vorgegangen, bereits gezeiget und dargethan worden, daß man damals selbsten an der Beschaffenheit des quæstionirten Hofes gezweifelt, und gantz irrig denselben von demjenigen Hofe, so die B. in Afterlehn von denen von J. gehabt, distinguiren wollen, dessen Gegentheil doch aus denen Abgangs-Büchern erhellet, und in rat. decid. gezeiget ist, daß es eben der quæstionirte Hof sey. Dahero auch ad 4) richtig folgen muß, daß der Hof so in der matricul de anno 1541. sub n. 10. gemeldet, und als der B. Hof aufgeführet ist, kein anderer seyn könne, als welcher auf appellantens Vorfahren Ludolf von J. nach Abgang der B. gefallen, und von der Zeit an von denen von J. besessen worden, wobey dann sonderlich zu bemercken, daß in der gedachten matricul zu der Zeit alle und iede Güter, freye und unfreye angesetzet, und auf acht Jahr zu der algemeinen Mitleidenheit gezogen sind, dahero denn nicht zu verwundern, daß der possessor des sub n. 10. befindlichen Hofes mit 1. Gulden von zwey Hufen ad tempus angesetzet worden, woraus doch keinesweges folget, daß der gedachte Hof damals als steuerbar gehalten oder als Bauerland rangiret worden, da doch eben zum Unterscheid, daß es der B. Land sey, und solches von deren Meyer cultiviret werden, dabey annotiret gewesen, welche B. als ein Afterlehn von denen von J. zu Lehn getragen, und wol daraus zu schliessen, daß der Hof quæst. anno 1541. von andern Bauren-Höfen eben dadurch distinguiret worden. Daß aber auch dieser Hof eben derjenige sey, welcher in anno 1584 unter dem Namen H. F. des L. B. Meyer, aufgeführet ist, die suite der Sachen und der Namen selbst nebst denen Abgangs-Büchern anzeiget, als in welchen dieser Hof in eben dem Jahr, da er ausgestorben, unter der B. Namen noch angeschrieben stehet, bald aber sich findet, daß er an die B. Lehn-Junckern zurück gefallen, und solche die von J. und zwar der erste, Ludolph von J. gewesen, sodann mit eben dem quanto daselbst in Abgang gesetzet worden, als er in anno 1541 angesetzet gewesen, und mit solchen

auch fortgetragen ist, welches eben anzeiget, daß in der matricul de anno 1584 der gedachte Hof nach der Vorschrift de anno 1541 aber irrig, als contribuabel, angesetzet sey; allermassen in letztgedachtem Jahre alle Güter, freye und unfreye versteuret worden, und darnach die matricul de anno 1584 eingerichtet ist, welcher Irrthum aber verursachet, daß die Abgangs-Bücher eingeführet und darin angeführet worden was nach der matricul de a. 1584 in Abgang gebracht sey, dessen Ursache keine andere seyn können; als weil ad 5) dieser B. Hof als ein J. subfeudum, womit die von J. von dem Landes-Herrn belehnet worden, als ein adelicher Hof anzusehen gewesen, wie dann die von J. solchen in dieser qualität zu V. besessen, und Ritter-Dienste davon præstiret, auch derselbe in denen Lehn-Briefen mit klaren Worten, daß Jacob B. solchen von ihnen zu Lehn habe, ausgedrücket, anben aber mit Sabel R. Hof nicht zu confundiren ist, weil derselbe von solchen unterschieden gewesen, von demselben der appellant noch bis dato die angesetzten præstationes geniesset, und sub n. 1. in catastro de anno 1693 unter denen Acker-Höfen stehet. So dann ad 6) daß der itzt in Streit gezogene Hof eben der Hof sey, der in den Abgangs-Büchern notiret ist, in vorigen schon aus des appellanten Vorfahren Vertheilungs klar erwiesen, als aus welchem ersichtlich, daß es der erledigte Afterlehn-Hof zu V. sey, den in anno 1598 Ludolph von J. soluto pretio per diuisionem angenommen, und auf seine posteros, so des appellantens Vorfahren gewesen, devolviret, dessen Schoß-Freyheit ad 7) zwar nicht eben ex subinfeudatione, sondern ex propria sua qualitate, und daß dafür Ritter-Dienste præstiret worden, herzunehmen, irrig aber in die matricul de anno 1584 wieder gebracht, und daher in den Abgangs-Büchern von gedachtem Jahr in Abgang gesetzet, und von da an nichts gezahlet ist, welches doch wol einen zureichenden Grund gehabt haben muß, weil man sonsten nicht ermangelt haben würde, die angesetzte contribution in der matricul de anno 1584 davon einzutreiben. Und ob wol ad 8) in denen Abgangs-Büchern dieser noch mit 5 Gulden 16 Schill. angesetzet ist, dennoch daraus nicht die qualität der Steuerbarkeit, sondern das Gegentheil zu schliessen, daß der gedachte Hof in dem gedachten catastro unrichtig unter die steuerbahren Höfe angesetzet worden, weil eben diese Bücher deswegen gemachet sind, daß man die unrichtig angesetzte contribution, und was daran abginge, erkennen könte; allenfalls es nicht wol zu begreiffen stehet, warum man solche nicht eingetrieben, auch wol seyn kan, daß der Meyer von seinem eigenen Vieh vormals Steuer gegeben haben mag, welches nur so viel anzeiget, daß die adeliche Meyer von ihrem eigenen Vieh nicht frey gewesen, gleichwol nicht dabey stehet, daß er die contribution von dem Hofe und denen zwey Hufen Landes gezahlet, auch nicht daraus folget, daß wenn der Vasall den adelichen Hof selber besitzet, er deswegen von seinem Vieh die Anlagen zahlen müsse, noch weniger durch die Forttragung in denen Abgangs-Büchern eine interruptio præscriptionis zu inferiren, als welche allein dadurch, denen bekanten Rechten nach, geschehen wäre, wenn solche gefordert, aber deren Zahlung versaget worden, welches die appellanten mit nichts erwiesen, so doch allenfals geschehen müssen, wenn sie auf der interruptione præscriptionis bestehen wollen, dessen Gegentheil aber daraus abzunehmen, daß der Hof in der Roßdienste-Rolle de anno 1625 annotiret stehet, und davon die Roßdienste würcklich bezahlet sind, wie die ad acta gebrachte Quittungen bezeugen; keinesweges aber ad 9) zu statuiren, daß dergleichen Güter auch wol Bauer-Güter seyn können, ja wol nicht leicht zu befinden, daß solche von dem Landes-Herrn zu Lehn gehen solten, und wenn solches sich gleich finden solte, dennoch solches hieher nicht zu ziehen, nachdem erwiesen ist, daß von diesem Hof Roßdienste gezahlet, dessen Lehnsbarkeit aber ad 10) durch die Muthungs-Scheine sub n. 7. 8. und 9. zur Genüge evinciret ist, da deren possessores darin genant sind, und solche eben dieselbe zu O. und V. gewesen, die von Ludolph von J. abgestammet, auf welchen V. der Afterlehn-Hof zu V. nach Abgang der B. gefallen, und solcher mit dem Gute zu O. parificiret worden, welche Theilungs-recesse ad 11) wenigstens identitatem obiecti, so appellaten so hertig bestritten, anzeigen, und wenn sie gegen appellaten, als tertios, sonsten nichts erweisen könten, doch so viel darthun müssen, daß Ludolph den angefallenen Afterlehn-Hof zu V. in der Theilung angenommen, und seinen Vetter Jürgen von J. mit Gelde contentiret, keinesweges aber, daß, wie appellaten vorgegeben, solcher damals verkaufet und das Geld unter sie getheilet worden, allermassen in dem gedachten Theilungs-recess de anno 1598 wegen der von Jürgen von J. zu zahlenden 600 Gulden abgeredet worden, daß daran, was ihm, Jürgen von J. nach vollenzogenem Kauf-Briefe wegen des erledigten Afterlehns zu V. am Kauf-Gelde zu seinem Antheil zukommen werde, abgezogen und abgekürtzet werden solte, welche bedingene decourtirung eben anzeiget, daß Ludolph von J. als Käufer diesen Afterlehn-Hof zu V. so die B. vormals gehabt, für sich behalten, wie auch solches würcklich nach denen Abgangs-Büchern erfolget ist, als worin Ludolph von J. als Besitzer des gedachten angefallenen Hofes annotiret ist, daß wol nichts gewissers, als was itzo gemeldet, nichts weniger aber als dessen Verkauffung an einen Fremden seyn kan, und dahero allerdings von dem Gute zu V., worüber anitzo gestritten wird, die Rede gewesen seyn müsse, ja in dem folgenden Theilungs-recess sub n. 5. kein ander Hof verstanden werden mag, als welcher namentlich auf Ludolphs Söhne, Jürgen und Dietrich, nebst O. gefallen, und anno 1619 unter ihnen vertheilet worden.

21 den. Ferner ad 12) aus dem, was im anno 1685 wegen des begangenen Lehns-Fehlers passiret, und auch der adeliche Hof zu V. eingezogen worden, wenigstens so viel zu schliessen, daß man dessen Lehns-qualität damals agnosciret, ja als ein prædium nobile nothwendig, nicht sowol aus dem abgestatteten Bericht und supplicationen, als daraus abnehmen müssen, weil davon bishero Ritter-Dienste præstiret worden, welche man ja nach der Rolle der Roß-Dienste bey dem Lehn-Hofe gewust, und sich nichts weiß gemachet haben muß, wie appellaten vorgeben, und darneben auch ad 13) das wichtige argumentum, so davon hergenommen, zu Wasser macheu wollen, da doch in dieser Rolle mit klaren Worten stehet:

½ Pferdt Gebhard von J. vom Gute O. und Hofe zu V.

wodurch der Hof selbst verroßdienstet worden, der gemachte Unterschied aber zwischen dem Hof und denen demselben anklebenden regalien zerfället, wiewol auch von diesen kein Wort in der gedachten Rolle stehet, auch wol nicht zu glauben, daß bey einem Bauer-Hofe dergleichen regalia iemanden verliehen seyn solten, und nicht wohl zu concipiren, wie der Hof qualitatem prædii rustici haben, und die dabey verlihene regalia allein den Roß-Dienst abstatten solten, man auch darauf um destoweniger zu reflectiren hat, als die Rolle des Hofes selbsten mit klaren Worten Meldung thut, und daß von demselben die Ritter-Dienste præstiret würden, anzeiget. Daß aber ad 14) dieser Hof denen B. zum After-Lehn gereichet worden, dessen anklebender qualität keinesweges præiudiciren kan, zumal die B. wol keine Bauren, wol aber angesehene Bürger oder patricii gewesen seyn müssen, welche ihren eigenen Meyer darauf gehalten, auch sonsten bekant genug ist, daß auch wol Bürger ein prædium nobile besitzen und zu Afterlehn tragen können, welches in substrato nach dem geschehenen Rückfall sich mehr als zu klar an den Tag geleget, und denen von J. ad 15) nicht præiudiciren mögen, daß dieser Hof laut fol. 425. befindlichen extractus mit unter die ausgezogenen Bauer-Höfe im anno 1604 gesetzet worden, als welches nach der irrigen matricul de anno 1584 geschehen, und daher der Abgang auch gerühret, so in denen Abgangs-Büchern notiret ist. Endlich ad 16) wenn zwey Hufen Landes fehlen solten, solche nunmehr nothwendig unter den appellaten seyn müssen, zumal sich auch bereits bey der im anno 1728 geschehenen Ueberschlagung ein ziemliches plus gefunden, und sie dahero nunmehr unter sich, wer solche habe und an sich gezogen, ausmachen müssen, zumal appellantens Hof nunmehr sich gnugsam legitimiret, daß er die beyden contribuablen Hufen nicht besitze. 22

So sind Wir geschehener massen zu erkennen 23 veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCXLIII.

DECISIO CXLV.

THEMA.

De differentia feudorum nobilium et rusticorum in successione Marchica.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Iure Marchico feuda in allodium mutata sunt, saluo iure succedendi et agnatorum. n. 2. 3.

Literæ inuestituræ ius quæsitum ratione successionis tribuunt. n. 4.

Quomodo differant feuda rustica et nobilia in Marchia circa successionem? n. 8.

In feudis sculteticis ex simultanea inuestitura non succeditur. n. 9. 10. 11.

Qualitas officii virilis non impedit, quo minus fœmina in feudo sculletico succedere possit. n. 7. 12.

Decisio. n. 13.

Auf interponirte remedia extraordinaria und erfolgtes Verfahren in Sachen J. S. deducenten an einem, und der Witwe S. nunmehr verehlichter K. deductinnen am andern Theil, erkennen Wir ꝛc. nach vorgehabtem Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der interponirten remediorum ex- 1 traordinariorum ohngeachtet bey dem fol. 260. befindlichen und den 3. Jun. 1741 eröfneten Urthel billig verbleibet, dem Advocato des deducenten aber billig zu verweisen sey, daß er so anzüglich gegen die vorigen Urtheilsfasser geschrieben. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol von Seiten des deducenten angeführet ist, daß 1) hier nicht so wol von der qualitate allodiali, wie solche anno 1721 den 12. August per regiam declarationem denen Schultzen- und Bauer-Lehen beygeleget, sondern davon die Frage sey, ob dadurch das vormalige successions-Recht aufgehoben? welches aus dem gedachten edicto declaratorio nicht erhellen, vielmehr zu glauben sey, daß solches eben auf die Weise, wie die Königliche assecuration bey denen Ritter-Gütern verordnet, verstanden werden müsse, als in welcher ebenfals, nach denen fol. 289. angeführten Worten, auf das nachdrücklichste die qualität eines völligen Erbes und Eigenthums denen Ritter-Gütern beygeleget, doch solches, saluo iure succedendi derer Gesamthänder und die ein reluitions-Recht daran haben, geschehen, also nicht folge, daß, wenn die vorige successionen geblieben, die denen Schultzen Lehen beygelegte qualitas allodialis ihren völligen effectum nicht erreichen würde, dessen Gegentheil aus der gedachten assecuration zu ersehen, welches auch
3 2) billig hier zur Erklärung dienen müsse, nachdem in dem gedachten edicto de anno 1721 durch folgende Worte:

Daß in Ansehen der Schultzen- und Bauer-lehn der bisherige nexus feudalis, gleich wie bey denen adelichen Lehnen, gehoben, die prouocation darauf geschehen, und daraus zu schliessen sey, daß solches auf eben die Art und Weise, wie bey denen adelichen Lehnen, verstanden werden müsse, dannenhero nichts schade, daß nicht expresse das vorige ius succedendi dabey in saluo erhalten worden, als welches tacite darunter um desto mehr anzunehmen, als die ratio, daß niemand durch die allodification an seinem Rechte gekräncket werden solle, pro vniuersali et generali zu halten, in
4 praesenti casu aber 3) in rei veritate sich befinde, daß des deducenten Vater vor der Vererbung, nicht nur für sich, sondern auch für seine Söhne, worunter er der jüngste sey, belehnet worden, und er aus solchem Lehn-Briefe ein ius quaesitum succedendi so fort erhalten habe, so ihm durch die geschehene Vererbung nicht benommen; auch 4) nicht anzusehen, daß bey denen Schultzen- und Bauer-Lehnen keine gesamte Hand sey, als welche auch bey denen adelichen Söhne sich nicht finde, und doch denenselben
5 das ius succedendi zukomme. Sodann 5) die in anno 1729 geschehene Erbtheilung, nach welcher solches Schultzen-Lehn auf der deductinnen ersten Mann nach fol. 108. b. zugeschlagen, des deducenten Meinung beytrete, weil fol. 114. daselbst es heisse:

Weil nun vidua an das Schultzen-Gerichte, wie solches an und vor sich selbsten ist, nicht ankommet.

Die Witwe aber davon nicht ausgeschlossen seyn würde, daferne man das Schultzen-Gerichte als ein purum allodium auch ratione successionis angesehen hätte. Diesem auch 6) nicht entgegen stehe, daß dergleichen Lehn nur einem Sohn, welchen der dominus directus annehmen wolle, zugeeignet werde, als welches aus der Ursache geschehe, weil solche Lehne von schlechter importanz und sich mehrere Söhne und Familien davon nicht ernehren könten; sodann 7) das Schultzen-Lehn ein officium virile importire, dessen die deductinne nicht fähig sey, sondern allein bey dem Mann-Stamm bleiben und deducent ihrem Manne, als einem Fremden, vorgezogen werden müsse. Anbey 8) irrig sey, daß, wenn die Vererbung nicht geschehen, in dem itzerfolgten casu, da der deductinnen Sohn verstorben, das Lehn auf den Fall gestanden wäre, da, ohngeachtet keine gesamte Hand in solchen Lehn anzutreffen, dennoch das ius succedendi a primo acquirente ihm zukomme, und dabey die deductinne nicht gefehrdet werde, als welcher der Werth des gedachten Lehns zuerkant sey; so 9) ohne Zweifel um deswillen geschehen, weil die übrige Gebrüdere bey der Erbvertheilung davon bereits ihren Antheil an barem Gelde überkommen, und davon abgefunden worden, gleichwol es billig sey, daß dieses Schultzen-Lehn bey der Familie conserviret werden möge, auch nicht zu glauben stehe, daß die hochlöbliche Kriegs- und domainen-Cammer der deductinnen einräumen werden, daß sie ihren itzigen Mann zum Lehn-Schultzen machen könne. Uebrigens was 19) deducentens advocat gegen die Scabinos S. zu N. angeführet, pro necessitate causæ geschehen seyn möchte, welches keinen Verweis meritire.

6

7

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch anfänglich der advocatus der deducenten sich gegen die vorige Urtheilsfasser sehr ungütig und anzüglich gegen die Königl. edicta aufgeführet, sie f. 287. erbärmliche raisonneurs und interpretes der Landes-Gesetze genant, die sich unter die Gelehrten, von welchen man rechtlich Gutachten erfordert, nicht rechnen könten, ja fol. 307. vermeinet, daß ihnen dergleichen interpretation nachdrücklich verwiesen werden müste; da doch ihre rationes gegründet und ihre Erklärung dem Königlichen edict gemäß ist, so daß dieser excess billig einen Verweis meritiret, das letzte Urthel aber allerdings dem Königlichen edict de anno 1721 gemäß abgefasset worden, angesehen allhier nicht de successione liberorum, die erst ihrem verstorbenen Vater succediren wollen, die Rede ist, als welches bereits anno 1729 geschehen, und dahin die meisten argumenta des deducenten rouliren, sondern nachdem dieses Schultzen-Gerichte einmal auf den ältesten Sohn in anno 1729 mit Abfindung der übrigen Brüder gefallen, und darauf nach dessen Tode auf dessen einzigen Sohn vererbet, derselbe aber auch verstorben, nunmehr die Frage de successione collateralium, ob des defuncti Vaters jüngster Bruder nach dem alten Lehnrecht succedi-

8

ren

ren müsse, zu formiren seyn würde, wenn die Vererbung nicht geschehen, da denn der Unterschied zwischen Adelichen, und diese Bauer-Lehn in dem edicto regio de anno 1721 darin gesetzet wird, daß in jenen Gesamthänder anzutreffen, denen das ius succedendi billig muß conserviret werden, welche aber bey denen Schultzen- und Bauren-Lehn ermangeln, und dahero es nach denen alten Teutschen- und Sachsen-Lehn-Rechten c. 21. heisset: es vererbet niemand kein Lehn, denn allein der Vater auf den Sohn, dergestalt, daß wenn einer aus denen Brüdern allein in der Theilung das Lehn erhalten und seine Brüder mit Gelde abgefunden, solche nicht weiter, wo die gesamte Hand fehlet, succediren können, sondern vielmehr das Lehn dem Lehnherrn apert wird, welches in dem gedachten edicto selbsten angezeiget wird, durch diese Worte:

Bey ieder succession, wo nicht der vasallus succedens bey der inuestitur bereits männliche Leibslehns-Erben gehabt, alle dergleichen Lehn (nemlich wegen Mangel der gesamten Hand) auf den Fall gestanden ꝛc.

nicht weniger die ICti Marchici in ihren Schriften sich darauf beziehen, welche die Stargardienses fol. 270. angeführet, also wenn die Lehns-Vererbung nicht geschehen, der deducent nicht succediren können, sondern das Lehn apert geworden seyn würde, in welcher consideration Seine Königliche Majestät die geschehene Vererbung mit Recht für eine grosse Gnade gehalten, zumal auch darin nunmehr die collaterales, wenn kein näherer vorhanden, wie in anderm allodio, succediren können, ja der hochlöblichen Kriegs- und domainen-Cammer Absicht selbsten dahin in effectu abzielet, indem sie der deductinnen den wahren Wehrt des quæstionirten Schultzen-Lehns zuerkant, welches nicht geschehen mögen, wenn der deducent iure succedendi ordinario solches behaupten können. Und da ihr virtualiter durch das erste Urthel die successio zuerkant ist, ihr auch die substantia des Schultzen-Gerichts, nachdem es schlechterdings vererbet, nicht aberkant
9 werden mögen. Dagegen die rationes dubitandi nichts verfangen; zumal ad 1) der Unterscheid unter denen adelichen und Schultzen-Lehn darin sich veroffenbahret, daß in jenen die agnati succediren, ex simultanea inuestitura; so aber bey diesen ermangelt, und dahero, nach geschehener Vertheilung unter denen Brüdern, auch vormals die succession bey ihnen nicht statt gefunden, ihnen also in dem edicto nichts reserviret werden können, das sie vordem nicht gehabt. Dahero ad 2) die Vererbung zwar auf gleiche Weise unter diesen Lehnen geschehen, die succession aber auf einerley Art, bey Ermangelung der gesamten Hand in denen Schultzen-Lehnen, nicht reserviret werden mögen, und was für ein regard ad 3) bey der successione fi- 10
liorum in feudum paternum sich findet, hieher, vbi de successione agnati agitur, nicht zu ziehen, quippe qui defuncti agnato non iure sanguinis, sed tantum ex simultanea investitura succedit. So daß ad 4) wo diese fehlet, jene auch weg fallen muß, wie selbsten in edicto regio angedeutet ist, und hier nicht von denen Söhnen, als welche keine gesamte Hand gebrauchen, sondern von denen Vettern die Frage ist, die, ohngeachtet sie ex eodem stipite abstammen, post separationem ihr ius succedendi nach denen Sächsischen Lehn-Rechten verlieren. Dieserwegen ad 5) was in an- 11
no 1729 geschehen, hieher nicht zu ziehen, weil daselbsten de successione in feudum patris die Frage war, daran die damalige Witwe nicht kommen konte, in gegenwärtigem Fall aber die hinterlassene Mutter nach der geschehenen Vererbung vor dem deducenten, als dem kein besonder Recht reserviret ist, zugelassen werden muß; ob wol ad 6) auch dieses ex natura ipsius rei dabey verbleiben kan, daß unter vielen coheredibus nur einer zur succession gelassen werde, die andern aber mit Gelde abzufinden sind, wodurch sie in effectu ihren Antheil an dem Schultzen-Hof bekommen, und mit geerbet haben, welches aber hiebey nicht weiter in consideration kommen mag, da deducenten keine succession, die er nach denen Sächsischen Lehn-Rechten nicht einsten haben kan, vor der deductinnen als Erbin ihres Sohnes, reserviret, und derselbe sich hiebey immer auf das ius Longobardicum fundiret. Uebrigens ad 7) 12
die qualitas officii virilis nicht im Wege stehet, daß die deductinne das quæstionirte Schultzen-Gerichte nicht erben solte, da sie solches durch ihren itzigen Mann vertreten, ja ihm solches ob qualidatem allodialem abtreten kan, und allerdings ad 8) wahr bleibet, daß deducent nicht einsten die succession prætendiren könte, wenn die Vererbung nicht geschehen, als in welchem Fall, deficiente manu coniuncta, es heisset: das Lehn vererbet niemand als der Vater auf den Sohn. Hierüber ad 9) bereits in dem ersten Urthel, in welchem der Werth des quæstionirten Schultzen-Lehns der deductin zuerkant ist, deren succession fest gesetzet ist, da kein successor sonsten schuldig, dasjenige, worin er succediret, zu bezahlen, und die hochlöbliche Kriegs- und domainen-Cammer nicht abgeneigt seyn wird, der deductinne Ehemann anzunehmen, da sie anfänglich per rescriptum derselben die succession zugebilliget, und endlich ad 10) das letzte im Anfang gleich beantwortet ist:

So sind wir geschehener massen zu erkennen 13
bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE APRILIS MDCCXLII.

RESPONSVM CXLVI.

THEMATA.

I. De differentia iuris crediti in feudo a feudo pignoratitio.

II. Quatenus mobilia ad instruendum fundum feudalem destinata censeantur feudalia?

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. De iuris crediti in feudo et feudi pignoratitii differentia. n. 1. 2.

In feudo pignoratitio ius succedendi tantum successoribus feudalibus competit. n. 3.

Feudum sub lege retrouendationis possessum non est feudum pignoratitium ein Pfand-Lehn. n. 4.

Ius crediti in feudis mere allodiale est, in heredes transitorium. n. 5.

Feudum redimibile etiam ad heredes allodiales transit, si non possessori pro se et heredibus masculis fuit concessum. n. 6.

Decisio quæstionis I. n. 7.

Quæstio II. cum decisione. n. 8-11.

Quæstio III. quatenus mobilia censeantur feudalia? n. 12.

Animalia cum ipsis instrumentis rusticis sæpius ad feudalia referuntur. n. 13.

Quicquid ad fundum destinatum est, eiusdem qualitatis cum fundo censetur. n. 14.

Inuentarium fundi tunc demum qualitatem feudalem habet, si vasallus cum eo est investitus; n. 15.

alias gaudet natura allodii. ibid.

Fructus feudi percepti sunt mere allodiales. n. 16.

Mobilia pretiosa fundi quatenus censeantur allodialia vel feudalia? n. 17.

Decisio quæstionis III. n. 18.

Quæstio IV. de actione familiæ herciscundæ. n. 19.

Hereditatis petitio partiaria locum habet contra eum, qui vt solitarius heres hereditatem possidet. n. 20.

Familiæ herciscundæ iudicio agens per exceptionem præiudicialem repellitur. n. 21.

Nisi certo constet de iure coheréditario. n. 22.

Decisio quæstionis IV. n. 23.

1 Als derselbe Uns eine facti speciem nebst vier Fragen ꝛc.

Ist anno 1711 der sel. Herr Obrist-Lieutenant Werner S., auf seinem Gute S. verstorben, und hat acht Kinder, als drey Söhne und fünf Töchter, nebst einem guten Vermögen hinterlassen, welches an Lehn in denen Gütern S. und A., an Erbe aber in baarem Gelde und einem auf dem Gute B. wiederkäuflich und pfandschillings Weise gethanen Vorschuß an 24000 Thlr. bestanden. Hat nun der älteste Herr Werner Ludewig das Gut S., der zweyte Heinrich die Güter A. und B., bey der Theilung erhalten, nachdem die Theilung erst anno 1720 vorgenommen, und der dritte Sohn August Adolph vor derselben in seiner Minderjährigkeit verstorben, und von denen Töchtern, Frau Philippine Sophia, und von Frau Charlotten eine Tochter und Sohn übrig geblieben. Ist ferner das Gut B. anno 1729 gegen Wiederbezahlung des Pfandschillings von 24000 Thlr. reluiret, welches Geld Herr Henrich S. der Zeit, als seine Schwester, Frau Philippine Sophia, noch minderjährig und unbevormündet gewesen, baar empfangen, 10000 Thlr. davon depensirt, ja 10000 Thlr., worüber er einen banco-Zettul in der Wiener Banck gehabt, dem Herrn von K., hingegeben, welcher aber nach dessen im anno 1733 erfolgten Ableben solchen banco-Zettul dessen ältesten Bruder, Werner Ludewig, bona fide retradiret, welcher auch diese 10000 Thlr. nebst dreyjährigen Zinsen wieder erhalten, und also 14000 Thlr. seit anno 1733 allein genutzet. Hat endlich der Herr Werner Ludewig 1733, da der auf seinem Gute gewesene Verwalter F., kurtz nach dem Tode Henrich S., verstorben, unter dessen Bette 2000 Thlr. baar vorgefunden, und solche allein zu sich genommen, weil dieser F. von dem verwalteten Gute A. in vielen Jahren keine Rechnung abgeleget, nicht weniger des sel. Henrich ziemlich kostbaren meubles, nebst Vieh und Feld-inventario auch Getreyde, propria auctoritate sich angemasset, so wenigstens auf 3000 Thlr. zu schätzen, und dabey erstlich gefraget wird:

2 **Ob Frau Philippine Sophia nebst denen von Frau Charlotten hinterlassenen beyden Kindern, von denen**

denen 14000 Thlr. Capital und Interesse vom anno 1733 an, als einem allodio pro rata participiren?

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol es das Ansehen gewinnen will, als wenn die quæstionirten 14000 Thlr. unter denen beyden Brüdern, wie Lehn zu halten, zumal der älteste das Lehngut S. und der andere, Henrich die Güter A. und B. bey der Theilung erhalten, so daß es mit A. a pari gesetzet, und in compensation das Lehngut S. ihm zugetheilet worden, wie denn auch die Wiederkaufs-Gelder bloß bey denen successoribus feudalibus verbleiben, wenn der Besitzer mit dem wiederkäuflichen Gute für sich und seine Söhne belehnet ist,

STRVV *in synt. iur. feud. c. IV. aph. 15.*
IDEM *de feud. hered. obs. 19.*

äusserdem auch 10000 Thlr. davon ihm ex donatione des Herrn von K. zugefallen, und also zu der Henrichischen Erbschaft nicht gehören.

Rationes decidendi.

4 Weil aber dennoch in der facti specie nicht angeführet ist, daß der Herr Obrist-Lieutenant Werner S. mit dem Gute B. wiederkäuflich belehnet, noch weniger, daß solches Gut auf den Mann-Stamm bloß verliehen worden, vielmehr daraus nicht anders zu schliessen, als daß der sel. Herr Obrist-Lieutenant iure allodiali solches besessen, und als einen Pfandschilling die 24000 Thlr. darauf gethan habe, welches mehr für ein verpfändetes Lehn, als für ein feudum pignoratitium, ein Pfandlehn, zu achten;

STRYK *de feud. pignorat. c. V. n. 6.*

5 und dabey bekant ist, quod ius crediti in feudo mere allodiale sit, in omnes heredes transitorium,

RAVCHBAR *P. I. qu. 37. n. 5. sqq.*

äusserdem auch solcher Pfand-Schilling von 24000 Thlr. im anno 1729 wieder bezahlet, welches Geld bey dem sel. Henrich ohnstreitig allodial und so beschaffen gewesen, daß es auf alle allodial-Erben falle, quod etiam in feudo
6 redimibili locum habet post reluitionem factam, si tale feudum pro se et heredibus masculis non fuerit concessum,

STRVV *de feud. hered. obs. 17. 18. 27.*

welches wir hier voraus setzen, und dahero nicht abzusehen, wie der älteste Bruder dieses Geld mit Ausschliessung seiner Frau Schwester, und seiner Schwester-Kinder sich anmassen können. Bevorab da der Herr von K. den banco-Zettel als ein Erbstück, so zur Erbschaft des Herrn Henrichs gehöret, zurück gegeben, nicht aber quasi ex noua donatione auf dessen Bruder transferiret, welches wir abermal voraus setzen, also hierbey nicht anzusehen, daß das Gut B. dem sel. Henrich in der Theilung zugefallen, da allenfalls auf die Beschaffenheit der Wiedereinlösungs-Summe hier zu sehen, welche mere allodialis ist:

So müssen Frau Philippine Sophie, und 7
die von der Schwester Charlotte hinterlassene Kinder von denen 14000 Thlr. Capital und Zinsen von anno 1733 an pro rata billig participiren.

Die andere Frage betreffend:

Ob gedachte Schwester und Schwester-Kinder von denen zu A. 1733 unter des verstorbenen Verwalters F. Bette vorgefundenen 2000 Thlr. auch ihren Antheil haben? 8

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol die unter des Verwalters Bette 9
vorgefundene 2000 Thlr. zu dessen Erbschaft, und nicht zu dem Henrichischen allodial-Vermögen, davon allhier bloß die Frage ist, gehören und Herr Werner Ludewig sich solches Geld de facto angemasset, davon er denen Rechten nach denen Erben F. Rechnung geben muß:

Weil aber dennoch der Verwalter F. von 10
dem verwalteten Gute A. in vielen Jahren keine Rechnung abgeleget, mithin in die Henrichische Erbschaft noch vieles schuldig seyn muß, zu dessen Berichtigung Werner Ludewig sich indessen dieses Geldes, und also im Ansehen der Henrichischen Erbschaft, bemächtiget, solches in solutum auf Abschlag zu sich genommen, und es also nicht anders, nach seiner eigenen Absicht, als ein bezahltes Erbschafts-Capital anzusehen, wovon billig die Schwester und Schwester Kinder ihren Antheil haben müssen, zumal Werner Ludewig diese Gelder aus keinem andern Titul, als qua heres fratris Henrici, dessen debitor F. gewesen, besitzen kan, und ob zwar noch mit dessen Erben kein liquidum gezogen, dennoch genug ist, daß er solches auf Abschlag desjenigen, was Friderici dem seligen Henrich schuldig geblieben, angenommen:

So erhellet hieraus so viel, daß gedachte 11
Schwester Frau Philippine Sophie, und deren selige Schwester Charlotten auch davon ihren Antheil haben müssen.

So viel ferner die dritte Frage betrift:

Ob sie auch von des verstorbenen Bruders Herrn Henrichs, nachgelassenen kostbaren Meublen Vieh und Feld inventario, ingleichem Getreyde, so Herr Werner 12

ner Ludewig allein sich de facto angemasset, ihre portion bekommen müssen?

Rationes dubitandi et decidendi.

13 Ob wol das Vieh und Feld-inuentarium zu dem instrumento fundi zu gehören scheinet, so daß auch vielfältig animalia cum ipsis instrumentis rusticis mit zu Lehn gereichet werden,

ROSENTHAL *de feud. c. IV. conc. 4. n. vlt.*

STRVV. *in synt. iur. feud. c. VI. aph. 12.*

14 gleichwie es ex destinatione defuncti auch ohne Zweifel pro accessorio fundi gehalten worden; hiernächst das Getreyde ebenfals bey dem Hofe verbleiben muß, als welches zu dessen Bestellung und Beartung gehöret, und es ebenfalls mit denen Meublen so gehalten werden möchte, als welche ad fundum instruendum ohne Zweifel angeschaffet sind.

15 Dieweil aber dennoch 1) das Vieh und Feld-inuentarium nicht anders zu einem Lehn-Gut gehöret und qualitatem feudalem hat, als wenn der vasall damit belehnet worden, sonsten in dubio qualitatem allodialem behält, und ob es wol zu des Lehn Guts A. Wirthschaft bishero gebrauchet worden, dennoch dadurch seine naturam allodialem nicht verliehret,

KNICHEN *de vestit. paction. P. II. c. 4. n. 23. sqq.*

16 sondern mit zu der allodial-Erbschaft gehöret, und a feudo separiret werden muß, dieses auch 2) von dem Getreyde, so auf dem Lehn Gut gezeuget worden, gesaget werden muß, cum fructus feudi percepti sint mere allodiales.

HARTMANNVS PISTOR. *P. I. qu. 24. n. 38.*

HORN *in iur. feud. C. XVI. §. 29.*

17 Endlich 3) die nachgelassene kostbare Meublen, wenn sie auch gleich ad instruendum fundum feudalem gebrauchet worden, dennoch ihre qualitatem allodialem dadurch nicht verlieren, zumal sine accedente inuestitura dieselbe die Eigenschaft eines Lehns nicht überkommen, und also zu der allodial-Erbschaft mit gehören:

STRVV. *in centur. decis. quænam res feudales quænam allodiales.*

So sind gedachte Schwester und Schwester-Kinder davon ihren Antheil ebenfals zu fordern wol berechtiget. 18

Endlich so viel die letzte Frage betrift: 19

Was eigentlich für eine actio dieserhalb anzustellen sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob es wol scheinen will, daß Herr Wer-20 ner Ludewig sich der Erbschaft des seligen Henrichs pro herede dergestalt angemasset, daß er allein Erbe zu seyn prætendiret, in welchem Fall die hereditatis petitio partiaria statt findet, bevorab da derselbe die Erbschaft besitzet, quo casu agens familiæ herciscundæ iudicio 21 per exceptionem præiudicialem repellitur.

l. 1. §. 1. famil. herciscc.

Weil aber dennoch die Schwester Philip-22 pine Sophie und der Charlotte Kinder ohnstreitige Miterben in allodio sind, und solches ius cohereditarium ihnen nicht in Zweifel gezogen werden kan, in solchem Fall aber die actio familiæ herciscundæ vielmehr statt findet, bey welcher ohnedem sie sich darauf gründen können, daß sie Miterben in allodio sind, und Beklagter also schuldig sey, von der Henrichischen allodial-Erbschaft ihnen ein inuentarium oder eydliche specification zu ediren, und ihre Erbportion heraus zu geben, welches auch zu der hereditatis petitione partiaria gezogen werden kan:

So sind wir der Meinung, daß gedachter 23 massen die actio familiæ herciscundæ hier anzustellen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE AVGVST. MDCCXLII.

DECISIO CXLVII.

THEMATA.

I. *De vsu l. 3. C. de apoch. publ. in debitis priuatis.*

II. De fundamento præstationis censuum in feudis impropriis.

SVMMA-

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Solutio in facto consistit, et ab allegante probanda est. n. 2.

Solutio trium annorum quatenus liberet a probatione solutionis ratione præteriti? n. 3.

Explicatur l. 3. C. de apoch. public. n. 3. 10. 11.

Remissio canonis locum habet, si casus fortuitus omnes fructus absorbet. n. 5.

Census loco seruitiorum feudalium præstantur, quæ peti nequeunt, si fructus per calamitatem ex feudo percipi haud potuerunt. n. 6.

Num vasallus durante processu priuationis servitia præstare obstrictus sit? n. 7.

In feudis impropriis, veluti censiticis, census non æstimatur secundum perceptionem fructuum, nec remissio, vt in conductione, peti potest. n. 13.

Si præstatio census realis ex contractu feudali simpliciter debetur, periculum fructuum est possessoris fundi, non eius, qui censum percipit. n. 14.

Per feloniam non ipso iure, sed demum per sententiam feudum amittitur, quæ non est declaratoria sed priuatoria. n. 15.

Decisio. n. 17.

Auf interponirte Oberleuterungen und respect. Leuterung wie auch erfolgte Gesetze in Sachen Anwalts derer Gevettere B. Beklagten an einem, und des Closters M. Klägere am andern Theil, allerseits Ober- und Leuteranten, und Ober- und wie auch Leuteraten, erkennen ꝛc. auf vorgehabtem Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

1 Daß es beyderseits Oberleuterungs-grauaminum ohngeachtet bey dem vol. 2. fol. 65. befindlichen und den 15. Decemb. 1735 eröfneten Urtheil billig verbleibet. So viel aber des Beklagten Leuterung betrift, ist nunmero aus denen Acten so viel zu befinden, daß Beklagter, daß sie die jährlichen præstanda de annis 1722. 1723. und 1724 Klägern abgeführet, zu erweisen nicht schuldig, sondern es vielmehr bey dem vol. I. fol. 165. befindlichen Abschiede lediglich zu lassen, und Beklagten dabey sein Gegenbeweiß, Eydes delation und andere Rechts-Nothdurft vorbehalten werden, ferner darauf zu beschehen was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol der Beklagte Leuterung dahero ungegründet zu seyn scheinet, daß 1) sie wegen derer præstandorum de annis 1722. 1723. und 1724 exceptionem solutionis opponiret, welche sie denen Rechten nach erweisen müssen, cum solutio in facto consistat, et sic ab allegante
3 probari debeat, von diesem Beweiß auch die præsumtio, weil gleichwol eingeräumet sey, daß die solutio von anno 1725 geschehen sey, sie nicht liberiren möchte, welche sonsten in iure gegründet sey,

l. 3. C. de apoch. publ.

zumal diese præsumtio nur in debitis publicis, bey welchen mehrere accuratesse nöthig, statt finde, wie denn auch keine solutio trium annorum hier vorhanden, welche in l. 3. cit. zum Grunde geleget werde, und dahero dieser textus hier nicht applicabel sey, bevorab da nicht einmal eine Quittung von anno 1725 vorhanden sey und produciret worden; so viel aber der Beklagten Oberläuterung Betrift, deren grauamina im Gegentheil gegründet seyn möchten, daß 2) bereits über dem Beweiß erkant 4
sey, da doch keine litis contestatio geschehen, und sie noch nicht specifice auf die Klage geantwortet, auch noch nicht eingestanden, daß sie von so und so viel Jahren schuldig sind, und wenn ja dieser Punckt de simplici et plano decidiret worden, alsdann daraus folgen wolte, daß auch die exceptio solutionis absque ambagibus nur zu erweisen, und Klägern schlechterdings aufzulegen sey, die originaliter zu producirende Quittung zu recognosciren; ferner 3) auf die remission derer præstandorum de
annis 1726. 1727. 1728 und 1729 wegen er- 5
littenen Unglücksfälle billig erkant werden sollen, weil solche leicht erweißlich gemachet werden können, und die remissio census seu canonis billig statt finden müste, wenn die Unglücksfälle so groß, daß solche alle fructus absorbiren,

BRVNNEM. *ad l. 1. C. de iur. emphyt.*

zumal der census nicht geringe, sondern von 6
denen Jahren ein grosses importiret, præsertim cum loco seruitiorum feudalium census præstentur, illa autem peti nequeant, si fructus per calamitatem ex feudo percipi haud
potuerint. Wie denn auch 4) ratione futuri, 7
mit Abtragung derer præstandorum zu continuiren, nicht erkant werden mögen, da Kläger sie als vasallen nicht agnosciret, vielmehr den privations-process nach wie vor continuiret, dahero keine seruitia inzwischen von ihnen fordern können, und 5) Kläger in die Unkosten
billig zu condemniren gewesen, da derselbe 8
schon bezahlte præstanda fordert, und diesen Proceß temere angefangen. Im Gegentheil Klägerer Oberleuterungs-grauamen 6) darin beruhet, daß auf Anlegung einer liquidation abermal erkant sey, deren es doch nicht bedürfe, weil die Lehns-Abgiften aus dem Lehns-Brief klar, der terminus solutionis Martini sey, und der Preiß des Korns nach der nächsten Stadt, Helmstadt nemlich, vol. I. fol. 46. und 47. und

vol. II. fol. 179. eingerichtet und von einer verpflichteten Person extrahiret sey, nicht weniger die Zinsen davon à 5. pro cent gerechnet und also daselbst die Summe des liquidi bereits gezogen, und keiner fernern liquidation bedürfe.

9 Dieserwegen denn auch 7) Beklagte die verursachte Unkosten billig bezahlen sollen, da obgleich die præstanda von annis 1722. 1723. und 1724 noch erst erwiesen werden müssen, dennoch auf die præstationes von anno 1726 und folgenden Jahren solches nicht gezogen werden möchte, deren Abtragung sie sich temere geweigert, und dahero billig in die Unkosten zu condemniren gewesen.

Rationes decidendi.

10 Weil aber dennoch, so viel 1) der Beklagten Leuterung betrift, Kläger nicht in Abrede seyn, daß die Abgiften von anno 1725 abgetragen worden, und bey solcher Bekäntniß keiner weitern Quittung es bedarf, als welche weit mehr als alle Quittungen erweiset, und dahero billig zu præsumiren, daß der vorhergehenden Jahre præstanda abgetragen seyn müssen, quæ præsumtio etiam in debitis priuatis et censibus locum habet, cum creditores debita antiqua prius exigant quam recentiora.

BRVNNEM. *ad l. 3. C. de apoch. publ. n. 7.*

11 Und ob gleich in debitis publicis Quittungen von dreyen Jahren en suite erfordert werden, dennoch solches nicht absolute pro regula anzunehmen, vielmehr darauf zu sehen, daß iederzeit das solutum auf die ältesten Jahre gerechnet werde, und keineswegs zu vermuthen, daß Kläger die Abgift auf 1725 anrechnen, und dessen contentirung eingestehen würden, wenn die vorhergehenden Jahre noch restiren solten, bevorab da der Ammann, so damals Closter-Pachter gewesen, und alle dessen intraden eingehoben, nichts weiter von Beklagten prætendiret, und dessen attestatum vol. I. fol. 159. b. fals es in originali produciret werden solte, Beklagten beym Gegenbeweiß, so ihnen deswegen reserviret, billig zu statten kommen muß, bey solchen Umständen also das letzte Urthel reformiret, und es bey dem vol. I. fol. 165. befindlichen Abschiede gelassen werden müssen; im

12 Gegentheil die Oberleuterungs-grauamina von keiner Erheblichkeit sind, angesehen ad 2) bey der itzigen situation der Sache es unverantwortlich seyn würde, auf eine bessere litis contestation zu erkennen, da doch zur Gnüge ex actis erhellet, daß Beklagte die præstationes nicht in Zweifel gezogen, im Gegentheil beständig geläugnet, daß sie noch von anno 1722 1723 und 1724 præstanda schuldig wären, worin eine deutliche litis contestation begriffen, und darüber nächstdem die Frage entsprungen, wer dieserwegen den Beweiß führen müsse? übrigens ob und wie der Beweiß sine ambagibus zu führen sey, Beklagte nichts weiter angehet, da sie ab onere probandi frey gesprochen, ihnen auch der Gegenbeweiß nachgelassen, welchen sie durch producirung des originals von der K. Quittung führen können. Nicht weniger ad 3) zu erwegen, daß allhier ein feu- 13
dum impropriũm, censiticum videlicet, vorhanden sey, welches nach der Natur und Eigenschaft derer bonorum censiticorum zu æstimiren ist, bey welchen der census nicht nach der perceptione fructuum beurtheilet, und die remission, wie bey Pacht-contracten, gefordert werden kan, da bekanter massen diese zwar 14
in compensationem der genossenen Früchte gezahlet werden, solches aber hier keineswegs geschiehet, vielmehr die præstatio census realis ex contractu feudali simpliciter debita ist, quo casu periculum fructuum est possessoris fundi, non eius, qui censum percipit,

LEOTARDVS *de vsur. qu. 57. n. 6. sq.*

bevorab da der fundus nicht ruiniret, sondern noch würcklich vorhanden, und seine jährliche revenuen giebet. Ad 4) aber die Zahlung der 15
rer rückständigen censuum allerdings geschehen muß, da ja die Beklagte noch zur Zeit das Gut besitzen, solches ihnen noch nicht aberkant, und sie noch allerdings vasalli sind, cum notum sit, per felloniam non ipso iure sed demum per sententiam feudum amitti, adeoque sententiam non esse declaratoriam, sed privatoriam, bey welcher Beschaffenheit ad 5) Kläger allerdings fundatam intentionem ratione der rückständigen censuum gehabt, und Beklagter sich vielmehr ohne erhebliche Ursache gegen die Zahlung gesperret. So viel aber des Klägers 16
Oberleuterung betrift, die bereits ad acta gegebene liquidation noch so richtig nicht ist, daß solche so schlechterdings angenommen werden könte, vielmehr dieselbe erst ordentlich angeleget werden muß, allermassen Beklagter nirgends ad interesse moræ condemniret worden, welches doch Kläger mit in die liquidation gebracht, welchen zu contradiciren Beklagter um desto mehr Ursache gehabt, da sie zur Lehnsemenda dieserwegen guten theils condemniret sind, und in solchem regard dieselbe billig wegfallen müsten, ne duplici pœna rei adficerentur; dieselbe auch ad 7) nicht ohne alle raison des Klägers Forderungen contradiciret, zumal die quæstio remissionis faciendæ daselbst mit eingeschlagen, bey welcher erhebliche dubia aufgeworfen worden.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen. 17

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPT. MDCCXXXVII.

DECISIO

DECISIO CXLIIX.

THEMATA.

I. *De exceptione non numeratæ pecuniæ.*

II. De eo, quod mortuo vasallo circa impensas vtiles in feudum factas iustum est.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Quatenus iure Marchico remedia extraordinaria contra duas conformes sententias locum habeant? n. 2. 7.
Exceptio non numeratæ pecuniæ post XXX. dies locum non habet. n. 3.
Successor in feudo heredibus allodialibus meliorationes in feudum factas restituere obligatur. n. 4.
In computanda præscriptione tempora minorennitatis deducenda sunt. n. 6.
Dilationes ei, qui militiæ causa abest, facilime sunt concedendæ. n. 8.
Apochæ documentis saepius ſtæ accipiendæ pecuniæ inseruntur, nec solutionem plene probant. n. 9. 10.
Iuramentum suppletorium creditalitatis in factis antiquis tertii locum habet. n. 12.
Si vasallus meliorationes in feudum fecit, feudo aperto dominus aut pati debet, ædificium auferri, aut soluere pretium meliorationis obligatur. n. 13.
Quod etiam in Marchia obtinet. n. 14.
Decisio. n. 16.

Auf interponirte remedia extraordinaria und erfolgte Gesetze in Sachen unsers Obristen, Friedrich Wilhelm F. von K. Klägern und deducenten an einem, und Leopold August von W. Beklagten und deducten am andern Theil, erkennen ꝛc. nach vorgehabtem Rath unserer Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Daß formalia, Einwendens ohngehindert, für Rechts-beständig zu achten, quoad materialia aber nunmehro aus denen Acten so viel zu befinden, daß in Ansehen des ersten gravaminis es zwar bey denen vorigen Urtheilen iedoch nicht anders zu lassen, als wenn deduct eydlich erhalten, und, daß er nicht anders glaube und wisse, als daß die 1200 Thlr. nach dem Vergleich de anno 1685 würcklich bezahlet worden, in supplementum schweren wird, nicht weniger bey denen andern und dritten gravaminibus deduct, wofern er die geforderte meliorationes zu zahlen nicht gemeinet, zu leiden schuldig, daß die von dem verstorbenen D. aufgerichtete Gebäude deducent hinwieder abbrechen und wegfahren lassen könne, dieser auch mit denen zuerkanten Unkosten zu verschonen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol deduct gegen die formalia 1) eingewandt, daß nach der Cammer-Gerichts-Ordnung *tit.* 53. §. 6. und andern Königlichen *Boehm. Conf. Tom. III. P. I.* edicten post duas conformes sententias die remedia extraordinaria nicht leicht zu verstatten, dahero bereits dieselbe præuia causæ cognitione vol. I. f. 359. b. abgeschlagen, mithin die instantia restitutionis geendiget, und darwider nach dem edicto vom 2 Maji 1736. art. 16. ad n. 12. kein neues remedium weiter zugelassen werden solle, dagegen auch 2) das vol. I. f. 361. befindliche rescript deducenten nicht zu statten kommen möchte, da nach demselben das Hochlöbliche Cammer-Gerichte billig berichten, nicht aber die remedia extraordinaria zulassen sollen, als welche einmal Rechts-kräftig aberkant worden, und das Cammer-Gericht gegen sein eigen factum solche nicht admittiren können. Bevorab da 3) deducent binnen vier Wochen peremtorischer Frist seine deduction eingebracht, und ob er wol verschiedene dilationes dagegen erhalten haben wolle, dennoch solches de iure nicht geschehen können; quoad materialia aber das erste gravamen ohne allen Grund zu seyn scheinet; da 4) aus dem vol. I. f. 50 sqq. befindlichen Vergleich deutlich zu ersehen, daß im anno 1685 der Vergleich bereits extra-iudicialiter geschlossen gewesen, und nachgehends gerichtlich vorgetragen worden, darin die Witwe von D. deutlich bekennet, daß ihr die verglichene 1200 Thlr. würcklich ausgezahlet worden, sie darüber quittiret, und der exceptioni non numeratæ pecuniæ renunciiret; welches auch 5) durch die abgehörte Zeugin bestärcket worden, und dabey 6) aus denen Rechten bekant sey, daß nicht einsten nach 30. Tagen gegen eine solche gerichtlich-bündige 3

Quittung die exceptio non numeratæ pecuniæ weiter statt finden könne.

l. 14. §. 2. C. de non numer. pec.

Zu geschweigen 7) daß die præscriptio longissimi temporis, nachdem der Proceß erst im anno 1722 seinen Anfang genommen, diesem noch hinzugetreten; und ob wol die gedachte
4 Witwe 8) darneben versprochen, noch eine speciale Quittung darüber auszustellen, solches aber nicht geschehen, dennoch solches nur zum Ueberfluß reserviret sey, nachdem sie dabey zu gleich bekant, daß sie die Gelder in ihre sichere wahrsam baar empfangen, hierüber aus dem fol. 83. vol. I. befindlichen attestato die Ursache, warum die Quittung nicht ausgestellet sey, zu ersehen, mithin die solutio völlig erwiesen zu seyn scheinet. Hergegen bey dem andern gra-
5 vamine zu erwegen, daß 9) aus denen Lehn-Rechten bekant sey, daß ein Lehns-successor dergleichen meliorationes denen Landerben erstatten müsse, so auch in der Marck Rechtens ist;

MVLLER *in resol. March. 62. n. 73.*

Bevorab da 10) deducent das rescript vom 1. Octobr. 1684, worin der Lehns-Cammer dem lehnsherrlichen consens zu ertheilen injungiret worden, für sich habe, also die nachgehends erfolgte rescripta ihm nicht præiudiciren möchten, als welche auf ungleiche erfolgte Berichte erschlichen; in mehreren Erwegung 11) dergleichen Lehn-Schulden auch ohne lehnsherrlichen consens die Lehns-successores verbinden, und
6 12) keine præscription verhanden sey, da des deducenten Vater im anno 1686 maiorenn geworden, der deducent aber im anno 1718 die maiorennität nicht erreichet, und wenn dannenhero die tempora minorennitatis abgerechnet würden, alsdann die præscription, die ohnedem in Ansehn der L. debitorum per rescriptum regium verworfen, nicht statt finden könne; zumal auch ohnedem 13) der Beklagte sich a male fide zu purgiren, niemals im Stande seyn würde.

Rationes decidendi.

7 Weil aber dennoch ad 1) die extraordinaria remedia in der Cammergerichts-Ordnung nicht absolute, sondern nur secundum quid contra duas conformes sententias verworfen worden, und dahero aus bewegenden Ursachen noch wol zugelassen werden können, und obwol super admissibilitate vormals verfahren, und dieselbe abgeschlagen sind, dennoch die restitutions-instanz dadurch nicht geendiget, sondern die quæstio præiudicialis noch übrig geblieben ist, nachdem deducent sich nach Hofe gewendet, und ein rescriptum dahin erhalten, daß das Hochlöbliche Cammer-Gericht entweder die remedia extraordinaria zulassen, oder berichten sollen, und da solches das erste erwehlet, nunmehr auch erst die instantia in remediis extraordinariis seinen Anfang genommen, und zur Wircklichkeit gekommen, mithin gegen den reiections-Bescheid nicht von neuen remedia extraordinaria interponiret sind, sondern die vorhin interponirte zur deduction zu gelassen und zur Wircklichkeit gebracht sind. Hiebey aber ad 2) es auf des Hochlöblichen Cammer-Gerichts Gutachten ankomme, ob solches den erforderten Bericht abstatten, oder die remedia extraordinaria nach Königlichem Befehl zulassen wollen, und da solches das Letzte erwehlet, und die succumbentz-Gelder erhalten, nunmehr nicht weiter an die Frage super admissibilitate zu gedencken; darneben ad 3) deducent die deduction zur gebühren- 8
den Zeit übergeben, nachdem er vom Hochlöblichen Cammer-Gericht unterschiedliche mal dilationes erhalten, welche nunmehro nicht weiter zu disputiren, sondern allenfalls deren concession auf des iudicis Verantwortung ankommt, wiewol auch solche bey einem, qui militiæ causa abest, nicht zu difficultiren sind, also an denen formalibus nichts zu desideriren. Hiernächst quoad materialia eorumque grauamen primum zwar ad 4) die Quittung in dem ge- 9
dachten Vergleich enthalten zu seyn scheinet, iedoch bekant ist, daß dergleichen öfters in denen documentis, spe accipiendæ pecuniæ, eingerücket zu werden pflegen, und selbst aus dem Vergleich einiges dubium dabey übrig geblieben, weil in selbigen hernach folgende clausul eingerücket:

> Und darnebst versprochen, nachdem sie die Gelder in ihre sichere Gewahrsam baar empfangen, nicht allein eine special-Quittung unter ihren und ihres kriegischen Vormundes Hand von sich zu stellen, sondern auch alle und iede documenta etc. auszuantworten.

welche noch einiger massen den künftigen Empfang der Gelder anzudeuten scheinen, zumal die Worte: *Nachdem sie die Gelder in ihre sichere Gewahrsam baar empfangen*, auch so verstanden werden können, wenn oder nachdem sie solche empfangen haben wird, weil, wenn die Zahlung damals bereits geschehen, solche Quittung nicht so sollicite hinaus gesetzet und reserviret worden wäre, sondern die geschehene gerichtliche Quittunge allein zureichend seyn können; gleichwol solche nicht ausgestellet, auch nicht beygebracht, daß die extradition derer documenten, so ebenfalls vorbehalten, erfolget, sodann ad 5) die abgehörte Zeugin die Sache 10
noch mehr in Zweifel setzet, da in der gerichtlichen registratur stehet, daß der Herr von Ch. durch seinem mandatarium die 1200 Thaler zahlen lassen, die Zeugin aber deponiret, daß solches Geld die Frau von D. bey der Post erhalten, die bekanten Rechte aber ad 6) bey solchem casu, da noch eine speciale Quittung reserviret worden, nicht wohl applicabel sind, und was ad 7) die præscription betrift, solche bey denen 11
in ratione dubitandi angeführten Umständen nicht wohl statt finden kan, und gäntzlich zerfällt, wenn die tempora minorennitatis subtrahiret werden, ad 8) aber bishero gezeiget ist, daß 12

aus

aus der angeführten clausul kein geringer Zweifel entspringet, welcher durch das fol. 83. vol. 1. befindliche attestat nicht aufgehoben ist, weil in demselben der von B. nicht deutlich attestiret, daß von ihm die Zahlung geschehen, und er solche gesehen habe, also wir noch für nöthig erfunden, daß, allen Zweifel zu heben, der deduct noch vorher das suppletorium credulitatis schweren müsse, welches um desto eher hier zulässig, als der deduct so vieles vor sich hat, dieses ein factum antiquum tertii betrift, und wenig an der probatione plena ermangelt. Und
13 so viel ad 9) die Baukosten, so als meliorationes angegeben sind, betrift, bishero in actis nicht gezeiget werden können, daß solche eine absolute Lehnschuld sey, als welche allein bey denen necessariis statt findet, darneben auch der Lehns-Herr zu mehrern malen den lehnsherrlichen consens denegiret, und des deducenten Vorfahren dabey acquiesciret, diesemnach, wenn solche ja geschehen seyn solten, nicht anders als vtiles zu considériren, und die gemeinen Lehn-Rechte dabey verordnen: si vasallus in feudo ædificium aliquod fecerit, et contigerit postea, vt sine filio masculo decedat, dominus aut patiatur ædificium auferri, aut soluat pretium meliorationis,

2. f. 28. §. si vasallus in feudo.

da ohne Zweifel wenigstens noch die rudera dem deducenten zu Nutzen kommen werden; das angeführte rescriptum aber ad 10 zu keiner 14
execution gebracht, vielmehr das Gegentheil verordnet ist, sonsten auch, daß in der Marck dergleichen Unkosten denen Land-Erben, wenn die successores feudales das ius tollendi ædificium nicht verstatten wollen, gut gethan werden, der MVLLERVS *cit. l.* bezeuget, obwol man vordem und vor anno 1653 nach dem Sachsen-Recht noch gesprochen, welches aber durch den Landtages-Abschied im gemeldten Jahr geändert. Hierüber ad 11) dargethan ist, 15
daß nicht absolute dergleichen Baukosten von denen successoribus feudalibus zu restituiren sind, und auf die præscription ad 12) und 13) hier keine reflexion genommen ist, also kein dubium daraus gemachet werden können:

So sind Wir, geschehener massen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE 16
MENSE IVLIO MDCCXLII.

RESPONSVM CXLIX.

THEMA.

De effectu consensus domini directi quoad præferentiam in acquisitione feudi.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1. 2.
Feudum sine domini directi consensu alienari nequit. n. 3.
Consensus domini directi in alienationem feudi etiam limitate concedi potest. n. 4.
Ius protimiseos in feudis iure Saxonico non nisi causa cognita concedendum est. n. 5.
Cum in eo summum vasalli præiudicium versetur. n. 6.
In rescriptis primo loco considerandum est, quatenus preces veritate nisæ fuerint; n. 7.
Præsertim si contra ius prouinciale impetrata fuerint. n. 8.
Nemo cogitur cum tertio in societate esse. n. 9.
In explicandis rescriptis intentionis concedentis vatio imprimis habenda est, n. 9. 10. 11.
Decisio. n. 12.

1 Als derselbe uns eine facti speciem nebst einer Frage zugeschicket ꝛc.

Hat Friderici Vater Henricus anno 1666 das Ritter-Gut L. sub hasta erstanden, und solches nach seinem Tode, als ein Mann-Lehn auf seine drey Söhne vererbet, davon nach Absterben des jüngsten der mittlere Bruder nach erhaltener Befriedigung seinen Antheil bis auf einen gewissen Lehn-Stamm dem ältesten Friderico überlassen; hat nun der Cammer-Rath Johannes, in der Meinung, daß nach Henrici Tode keiner von denen Söhnen das Lehn-Gut L. wieder behaupten könne, sondern solches zur alienation kommen würde, bey S. Churfürstl. Durchl. sich heimlich um den Vorkauf beworben, inzwischen Fridericus mit seinem Bruder, Schwestern und Stiefmutter sich gütlich verglichen, zu deren Abfindung aber einige Capitalien aufgenommen, und nach diesem bey der erfolgten Schwedischen invasion mehrere Schulden auf das Gut machen müssen, also daß er endlich, sich von der Schulden-Last los zu machen, sich resolviret, die Helfte des gedachten Lehn-Guts bis auf Lehnherrlichen consens an Titium zu verkaufen, dabey aber nunmehro der Cammerrath Johannes sich protestan-

do meldet, und sich auf seinen Vorkauf berufen, und dadurch den Kauf mit Titio zu verhindern suchet, worüber inzwischen Fridericus mit Hinterlassung eines unmündigen Sohns und drey Töchter verstorben, und die Frau Mutter, als derselben Vormünderin, nunmehro zu wissen, verlanget:

Quæstio.

2 **Ob und wie weit der prætendirte Vorkauf gültig sey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol an dem, daß Johannes den concessions-Schein des Vorkaufs, de anno 1680 produciret, und S. Churfürstliche Durchlauchtigkeit wohl befugt gewesen, ex iure dominii directi ihm solchen Vorkauf an das Lehn-
4 Gut L. zu accordiren; anerwogen bekant ist, daß keine gültige alienation eines feudi ohne lehnsherrlichen consens geschehen mag, und dahero der Lehns-Herr, der den consens gar denegiren kan, denselben auch limitate und dergestalt verleihen mag, daß das Lehngut auf keinen andern, als dem er das Vorrecht gegeben, veräussert werde.

Rationes decidendi.

5 Dieweil aber dennoch in der gedachten Vorkaufs-concession de anno 1680 expresse enthalten, daß wenn Johannes denen Landesconstitutionen und jüngsten Erörterung der Landes-Gebrechen sich gemäß bezeigen würde, ihm solcher Vorkauf bewilliget seyn solle, und nun in der neuen Erledigung tit. von Justitien-Sachen §. 71. ausdrücklich versehen, daß kein Vorkauf auf Lehn-Güter ohne vorgehende genugsame Erkundigung und cognition verschrieben, sondern solche moderation gebrauchet werden solle, daß aller Mißbrauch gäntzlich nachbleiben und niemand Beschwer oder Unheil empfinden möge; diesem zu folge dann die gehörige causæ cognitio interponiret, und Fridericus darüber gehöret werden müssen, anerwogen keine genugsame Erkundigung und causæ cognition statt finden, noch aller Mißbrauch anders vermieden werden mag, als wenn der Besitzer des feudi, der es etwa zu
6 veräussern gedencket, mit seiner Nothdurft darüber gehöret worden; zumal eines theils derselbe kein geringes interesse bey solcher concession des Vorkaufs hat, da wenn solcher cuicunque, absonderlich aber einem potentiori zugestanden werden solte, die conditio des vasalli allerdings deterior wird, und wenn hiernächst das Lehn verkaufet werden solte, durch den Vorkauf gar leicht andere emtores abgeschrecket werden könten, sich mit dem Besitzer des feudi in einen Kauf einzulassen, mithin per indirectum kein geringes onus dadurch dem feudo zugezogen wird, welches ohne Zweifel die Ursache gewesen, warum in denen Landesconstitutionen die genugsame Erkundigung und causæ cognitio erfordert ist, andern theils 7
auch bey solcher heimlichen Erhaltung des Vorkaufs, non audito vasallo possessore, viele unrichtige Ursachen angegeben werden können, welche die concessionem sub et obreptitiam machen, und nach der Zeit zu vielen Irrungen und dispüten Anlaß geben, wie denn gar wahrscheinlich ist, daß der Cammer-Rath Johannes im anno 1680, und also bereits vor acht und dreyßig Jahren, vermeinet, daß das Lehngut post mortem Henrici ad hastam kommen würde, er also ohne Zweifel in solcher Absicht den Vorkauf gesuchet und erhalten, zumal das attestatum cancellariæ gantz general ist, und aus seinem supplicato, so sich doch nicht findet, zu erklären seyn würde, er also dasselbe zuförderst billig produciren müste, damit man aus der Vorstellung, quatenus preces veritate nisæ fuerint, ersehen könte, und da es nun allenthalben an dem Haupt-requisito causæ cogni- 8
tionis ermangelt, nicht anders geurtheilet werden mag, als daß solche concession sub et obreptitie impetriret sey, und, denen Rechten nach, er fructu precum suarum billig cariren müsse, præsertim cum talæ rescriptum contra ius prouinciale impetratum fuerit,

l. 1. C. si contra ius vel vtil. publ.

nec princeps præsumatur, ius suum alicui deterius aut difficilius reddere voluisse.

l. 4. C. de emanc. liberor.

Hiernächst wann auch kein vitium subreptionis 9
noch der defectus einer gnugsamen Erkundigung und causæ cognitionis hier anzutreffen seyn solte, dennoch auf den geschehenen Kauf das reseriptum nicht gezogen werden mag, als welcher nicht das gantze sondern nur die Helfte des Guts betrift, und in effectu dadurch der Verkaufer mit dem Kaufer in einige communion zu treten genöthiget wird, indem nicht alles so genau abgetheilet werden kan, daß nicht einige iura und Stücke in communion verbleiben solten, bey solcher Bewandniß aber keinem Verkäufer angemuthet werden mag, wider Willen mit einem socio in eine communion zu treten, oder einen ihm nicht gefälligen vicinum, mit dem er beständige lites und Verdruß befürchten muß, anzunehmen, so doch hier nothwendig geschehen muß, da der verstorbene Fridericus Titium als seinen guten Freund, und von dem er sich alles Gutes zu versehen, mit gutem Vorbedacht zum Käuffer dieser Helfte erwehlet, her- 10
gegen derselbe mit Johannes niemals in gutem Vertrauen gelebet, sondern sich vielfältig über dessen Leute, wegen des ihm zugefügten Schadens beklaget, also, wenn solcher Vorkauf seinen effect erreichen solte, die unmündige Kinder des Fridrici davon grossen Verdruß befürchten müssen, vielmehr also dafür zu halten, daß von einem solchen casu, da die blosse Helfte des Guts verkauffet wird, der concedens die concession des Vorkaufs nicht verstanden haben

haben wollen, endlich des Friderici Kinder durch solchen Verkauf keinen geringen Schaden nehmen würden, weil in dem mit Titio geschlossenen Kauf eine pœna von 4000 Thlr. abgehandelt worden, welche, wofern der Kauf nicht seinen effect erreichen sollen, die unmündigen bezahlen müssen, dabey denn dem Cammer-Rath zu imputiren ist, daß er seinen Verkauf ganzer acht und dreyßig Jahr lang heimlich gehalten, und nun erst in præiudicium summum des venditoris damit hervorgewischet, welches denn der intentioni serenissimi concedentis keinesweges gemäß seyn kan.

So erhellet hieraus allenthalben so viel daß gestalten Sachen und Umständen nach der Verkauf allhier nicht statt finde. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVARIO MDCCXIX.

RESPONSVM CL.

THEMATA.

I. Literæ inuestituræ, saluis pactis, intelligendæ sunt.

II. *De iure perfecto ex pacto tertii quæsito.*

III. Modus succedendi in feudo ex intentione primi acquirentis explicandus est.

SVMMARIA.

Species facti n. 1.

Quæstio I. De interpretatione literarum investituræ. n. 2.

Pacta feudalia in præiudicium agnatorum tolli nequeunt. n. 3. 4.

Ex pactis ius quæsitum non competit iis, qui nec compaciscentes fuerunt, nec pactum acceptarunt. n. 5.

In dubio mutatio et derogatio pacti feudalis non præsumitur, nec ex factis ambiguis colligitur. n. 6.

Pacta feudalia sunt radix et fundamentum simultaneæ inuestituræ. n. 7. 8.

Si quid pactis contrarium in literis inuestituræ continetur, per errorem irrepsisse dicendum est, et potissimum ad illa respiciendum est. n. 9.

Primo acquirenti in feudis competit ius, modum succedendi in feudis determinandi. n. 10.

In feudis ex pacto ius tertio acquiri potest. n. 11.

Pacta in fauorem tertii inita mutua pacisentium voluntate reuocari possunt; n. 12.

nisi pactum nomine tertii simul, qui notitiam de eo habuit, conceptum sit. n. 13.

Decisio quæstionis I. n. 14.

Quæstio II. De successione feudali. n. 15.

In successione feudali citra consensum simultaneæ inuestiturarum nihil mutari potest. n. 16. 17.

Errores in primis in inuestituræ literis commissi a primo acquirente, non concurrente simultaneo inuestito, emendari possunt. n. 18. 20.

Frustra consensus ab eo requiritur, quo etiam inuito actus persici potest. n. 19.

Decisio quæstionis II. n. 21.

Quæstio III. De eodem argumento. n. 22.

Iure Saxonico filius feudum non aliter, quam iure hereditario acquirit, et facta patris præstare tenetur. n. 23.

Quilibet beneficio, a se concesso, modum præscribere potest. n. 24. 25. seq.

Decisio quæstionis III. n. 28.

Quæstio IV. De eodem argumento. n. 29.

Abusus chartæ blancæ ad interuertendam successionem speciem falsi continet; n. 30.

Modo de præiudicio tertio illato constet. n. 32.

Decisio quæstionis IV. n. 33.

Quæstio V. De eodem argumento. n. 34.

Exceptio præiudicii causæ criminali obstat, si a decisione causæ ciuilis dependet. n. 36.

Decisio quæstionis V. n. 37.

1 Als derselbe uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen und fünf Fragen zugeschicket ꝛc. Hat der Oberamtmann Constantin im a. 1713, das dem Lehnherrn anheim gefallene Ritter-Gut R. gekaufet, und ob er wol ausser seiner Tochter zwey Söhne gehabt, dennoch von seines ältesten annoch lebenden Bruders, Johann Christian, sechs Söhnen, die drey ältesten zur Mitbelehnschaft in Vorschlag gebracht, auch darauf zu deren Annehmung gewierige resolution erhalten, dahero er über die sub lit. I. beyliegende Puncte mit ihnen in Behandelung gestanden, dennoch auf Anhalten des ältesten der primus acquirens sich darin geändert, und seinem leiblichen Bruder, Johann

hann Christian, zum Mitbelehnten dergestalt angenommen, und mit ihm deswegen das sub A. befindliche pactum errichtet, worin §. 6. wegen der künftigen successione abgeredet, daß wenn das Gut auf die Mitbelehnten devolviret werden solte, alsdann unter diesen Söhnen die linealis successio statt finden solte. Hat hierauf Constantin nur in terminis generalibus, ohne Beyfügung des geschlossenen pacti, die Belehnung gesuchet, und ist dahero erfolget, daß im anno 1714 der sub lit. B. befindliche Lehn-Brief in dem sonst gewöhnlichen stylo der Sächsischen Lehns-curie mit der clausul: nach rechter Sipzahl, abgefasset worden, iedoch Constantin, als anno 1727 dessen Tochter unverehligt gestorben, und dessen beyde Söhne noch unverheyrathet gewesen, nicht weniger die Veränderung des Lehn-Herrn bald darauf erfolget, auch die Lehns-curie in der citation vom 13. May 1732 selbst erinnert, dasjenige, was er wegen der Mitbelehnten censiren und sonsten zu erinnern hätte, deutlich aufzusetzen, die Sache besser zu Herzen genommen, und die Vorstellung sub C. wegen der lineal-succession nach dem pacto sub A. übergeben, auch darauf den Lehn-Brief sub D. darnach erhalten. Ist endlich Constantin selbst im anno 1737 Todes verblichen, welchem seine beyden Söhne im anno 1738 und 1739 bald gefolget, worauf der Mitbelehnte Johann Christian die Lehn genuthet, und nicht eher als im anno 1740 den 28. Sept. in seinem zwey und achtzigsten Jahr einige Bewegung wegen des letzten Lehn-Briefes ad süggestionem seiner jüngsten Söhne gemachet, und bey der Lehns-curie vorgestellet, daß ihm von dem letzten Lehnbrief de anno 1732 die Abschrift nunmehro erst zu Händen kommen sey, und er also erst die Veränderung wegen der lineal-succession gegen seine intention wahrgenommen, und derselben also widersprochen, zumal der erste Lehn-Brief nach rechter Sipzahl eingerichtet sey, welchen sein seel. Bruder ohne Wiederspruch angenommen, ihm auch noch von dem supplicato sub L. nichts bewust sey, noch er selber solches unterschrieben, zu dessen mehreren Bestärckung er noch im anno 1740 sich bewegen lassen, coram Notario auszusagen, daß er seinem ältesten Sohn zu Beförgung der Lehns-Angelegenheiten zwey blanquette zugestellet, und nach seines Bruders Tode zur neuen Belehnung das dritte blanquet ertheilet, gleichwol ihm bis dato unbekant geblieben, zu was Behuf dieselbe extendiret worden, und zu vermuthen sey, daß weil er nicht mehr im Stande sey, geschriebene Schrift zu lesen, solche gemißbrauchet seyn müssen, deswegen er seine declaration zum faveur seiner übrigen Söhne dabey gefüget, daß sie allerseits von dem Lehn participiren solten, wobey er es noch nicht gelassen, sondern im anno 1741 ein schriftlich Testament übergeben, worin er seine Meinung ratione successionis æqualis von neuen wiederholet. Haben nun nach dessen Absterben seine fünf Söhne gegen den ältesten einen Proceß erhoben, und ein rescript dahin erhalten, daß, weil sie die possess im gedachten Lehngut R. nicht nur beygebracht, sondern sich auch zur successione genugsam legitimiret, sie der Lehn ieder zu seinem Antheil, der gesamten Hand aber unter einander Folge zu leisten hätten, der primogenitus auch die liquidirte Kosten zu 81 Thlr. 12 Gr. restituiren, und er wegen des anscheinenden fulti und des Mißbrauchs der erhaltenen blanquette dem Befinden nach zu bestrafen sey. Dieserwegen hiebey erstlich gefraget ist:

Ob durch den Fürstlichen Lehn-Brief vom 21. Jun. 1714. dem pacto de anno 1713 d. 23. Oct. derogiret werden können oder würcklich derogiret sey? 2

Rationes dubitandi.

Ob nun wol es das Ansehen gewinnen will, 3
als wenn das pactum de anno 1713 durch den erfolgten Lehn-Brief, welcher denselben ratione successionis e diametro entgegen stehet, aufgehoben sey, angesehen, 1) wenn dabey ein Irrthum vorgegangen, Constantin solches so fort erinnern müssen, so er aber nicht gethan, sondern den Lehn-Brief angenommen, und ohne contradiction dabey viele Jahre verharret, daß die der mitbelehnten successione nach rechter Sipzahl geschehen solte, bis die Veränderung mit dem Lehn-Herrn in anno 1732 erfolget; da 2) erst wegen der lineal successione die Veränderung geschehen, welche doch nach aufgehobenen ersten pacto unzeitig gewesen, und zum præiudiz des Mitbelehnten nicht mehr geschehen mögen, beyorab da 3) der primus acquirens bey der künftigen successione seines Brudern Söhne nicht interessiret, und es ihm gleich viel gewesen, ob solche in lineas geschehen, oder alle zugleich künftig succediret, und er um desto mehr geschehen lassen können, daß der Lehn-Brief mit der clausul: nach rechter Sipzahl, ausgefertiget worden, wodurch aber 4) dem pacto ipsi derogiret sey, welches nicht anders als mit dessen Bewilligung geschehen zu seyn erachtet werden mag, wie denn auch 5) das Lehnspactum allein unter beyden Brüdern errichtet, von denenselben allein unterschrieben, und also absonderlich von dem primo acquirente wol wieder aufgehoben werden mögen, beyorab da sein Bruder Johann Christian ebenfals nicht dawider gesprochen sondern damit zufrieden gewesen; die Söhne aber 6) so lange die paciscentes gelebet, kein ius quæsitum ex hoc pacto gehabt, als welche solches nicht acceptiret, noch inter compaciscentes gewesen. 4 5

GROT. *de iur. bell. et pac. lib. II. c. II. §. 18.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) das pactum 6
de anno 1713 seine unzweifelhafte Richtigkeit gehabt,

gehabt, und der Lehns-Herr einmal in die Annehmung des Mitbelehnten consentiret, also ihnen auch frey gestanden, ratione der künftigen successions-Fälle, wie gewöhnlich, gewisse Verträge mit seinem Bruder und dessen Lehnsfolgern zu machen, darin die lineal succession zu bestimmen; auch nicht nöthig gewesen, bey der ersten Belehnung, da noch der Mitbelehnten succession in weitem Felde gestanden, des abgeredeten modi succedendi Meldung bey der Belehnung zu thun, daher es auch geschehen, daß der Lehn-Brief in forma communi abgefasset, und da der Lehn-Herr von dem pacto nichts gewust, man auch nicht sagen kan, daß er solchem derogiret, dessen Gegentheil sich vielmehr in anno 1732 bey der erfolgten Veränderung des Lehn-Herrn geäussert, da die Lehnscurie selbsten den primum acquirenten erinnert, dasjenige, was er wegen der Mitbelehnten zu erinnern hatte, deutlich aufzusetzen. Darneben auch nicht zu vermuthen, daß der primus acquirens von dem Lehns-pacto abgehen wollen, als welchem viel daran gelegen, daß solches wegen der darin ihm und den Seinigen zum besten stipulirten Vortheile gehalten würde, zumal wenn sonsten dasselbe durch den erhaltenen Lehn-Brief aufgehoben zu achten seyn solen, er und seine posteritat das grösseste præiudiz dadurch erleiden würden, vielmehr vernünftig dafür zu halten, daß er bloß noch zur Zeit unnöthig erachtet, dieserwegen einige Erinnerung zu thun, als welche noch allemal im künftigen Lehn-Briefe, bevorab bey der weit aussehenden künftigen succession der Mitbelehnten, geschehen und die Aenderung nach dem Lehns-pacto eingerücket werden könne, cum in dubio mutatio et derogatio talis pacti non præsumatur, nec ex tali facto maxime ambiguo colligatur. Dahero ad 2) in anno 1732 7 bey der ersten Lehns-Veränderung der primus acquirens in der übergebenen Vorstellung sub C. wegen dieses Lehns-pacti Erinnerung gethan, daß ein Irthum im ersten Lehn-Briefe vorgegangen sey, gemeldet, und gnugsam declariret, daß solches dadurch weder aufgehoben sey, noch aufgehoben werden können, welches auch die Lehns-curie wol begriffen, und in dem Lehn-Brief sub D. die succession abgeredeter 8 massen bestimmet, welches ad 3) anzuführen, er um destomehr befugt gewesen, als er bloß Anfangs die drey ältesten Söhne seines Bruders, eo excluso, zu Mitbelehnten certo ordine præsentiret, und man aus denen vorhergehenden tractaten wol siehet, daß er dem primogenito dabey vornemlich prospiciren, und dem zum Besten die lineal-succession einführen wollen, welcher aber seinem seligen Vater zu Liebe es dahin gebracht, daß er von der ersten præsentation derer Mitbelehnten wieder abgestanden, und seinen Bruder in die Mitbelehnschaft, saluo tamen pacto, genommen, welches dieser selbsten nachhero nicht einsten geleugnet, sondern das pactum nur durch allerhand Deuteleyen verdrehen wollen, und wie

Boehm. Conf. Tom. III. P. I.

das pactum radix et fundamentum simultaneæ inuestituræ zu achten, also dem primo acquirenti allerdings daran gelegen gewesen, daß solches in allen Puncten und Clauseln aufricht gehalten, und der Lehn-Brief darnach eingerichtet worden; anderer Gestalt sonsten gegen seine 9 intention die Mitbelehnschaft allen Brüders-Söhnen insgemeine zu gute kommen würde, welche er doch dem primogenito vornemlich zugedacht, und propter hunc primario seinen Bruder zum Mitbelehnten ex post facto præsentiret, ja alle Belehnung nicht anders, als saluis pactis, zu verstehen, vt si quid his contrarium in literis inuestituræ contineatur, per errorem irrepsisse dicendum sit, vt proinde ad hæc potissimum respiciendum sit.

HORN *in iur. feud. c. 1. §. 37.*

Uebrigens wie in einem fideicommisso familiæ 10 dem Stifter frey stehet den modum succedendi zu bestimmen, und aufs Beste seiner Familie dabey zu prospiciren, also auch dem primo acquirenti, der zum Besten seiner Familie seinen Bruder in die Mitbelehnschaft genommen, frey gestanden, den modum succedendi zu bestimmen, und darüber zu halten, daß solcher inskünftige beobachtet werde; in welchem Ansehen er allerdings ein groß Interesse dabey gehabt, da er wol gesehen, daß, wenn sein Lehn-Gut auf alle Brüdern-Söhne ex æquo fallen würde, der von ihm intendirte Endzweck, ne feudum diuideretur, vel in plures deuolueretur, nicht erreichet werden würde. Mithin ad 4) so wenig von Seiten des primi ac- 11 quirentis, als von Seiten des Mitbelehnten dem pacto derogiret worden, und ob wol ad 5) das pactum von denen Haupt-Personen allein unterschrieben worden, dennoch solches mit auf beyderseits interessenten künftige Lehnsfolger expresse gerichtet, deren expresse in præfatione Meldung geschehen, und diesen dadurch ein ius acquiriret worden, welches absonderlich bey denen feudis zu observiren, in quibus ex pacto ius tertio acquiri potest, wie denen Teutschen Rechten allerdings gemäß ist, bevorab da der älteste dasselbe mit unterschrieben haben soll.

MEV. *P. IV. decis. 112. n. 4. 5.*
GOTHMAN *vol. II. resp. 54. n. 88 sqq.*
STRYK *in vs. mod. tit. de pact. §. 12.*
LEYSER *in medit. ad dig. spec. 519. n. 4. 5.*
BOEHMER *diss. de iure perfect. ex pact. tertii quæs. c. II. §. 5.*

Und also ad 6) irrig ist, daß die Söhne, und 12 absonderlich der primogenitus kein ius ex hoc pacto gehabt, da es doch in ihrem Namen mit concipiret, und auf sie gerichtet, ja von dem Aeltesten vornemlich mit dem primo acquirente zu Halle errichtet worden; und obgleich einige dafür halten, quod pacta in fauorem tertii inita mutua pacisentium voluntate reuocari possint,

ROSENTHAL *de feud. c. IX. concl. 71. n. 17.*

dennoch solches ungegründet, wenn im Namen 13

des tertii, der Wissenschaft davon erhalten, das pactum zugleich concipiret,

BOEHMER *cit. l. c. §.*

hier aber um desto weniger inapplicabel zu achten, nachdem das pactum mit special Vorwissen des ältesten Sohns des Mitbelehnten errichtet, nicht aufgehoben, der primus acquirens solches bey der andern Belehnung erinnert, solche darnach geschehen, und durch den Tod des primi acquirentis und dessen Lehnsfolger allenfals bekräftiget ist, also nunmehr dem Mitbelehnten nicht mehr erlaubet gewesen, zum præjudiz des primogeniti von solchem pacto, woraus er ein ius perfecte quæsitum gehabt, abzugehen, und dasselbe zu verändern.

14 So erhellet hieraus so viel, daß durch den Lehn-Brief de anno 1714 das getroffene Lehns-pactum nicht aufgehoben sey, noch ex post facto aufgehoben werden können.

Betreffend die andere Frage:

15 **Ob dem primo acquirenti allenfals zu verdencken gewesen, wenn er auch zu der conservation des Guts und der Familie einseitig die abgeredete lineal-succession angezeiget und darüber zu halten gebeten hätte, und ob er solches einseitig zu suchen nicht berechtiget gewesen?**

Rationes dubitandi.

16 Ob wol aus der Beylage sub lit. C. zu ersehen, daß solche Vorstellung auch im Namen des Mitbelehnten Bruders abgefasset, und auf die lineal-succession gedrungen sey, davon iedoch der mitbelehnte Bruder nach der Zeit nichts wissen wollen, und es also geschehen seyn kan, daß der älteste Sohn, der einige blanquete zu denen Lehns-affairen gehabt, solche gegen dessen intention gemißbrauchet, ohne dessen consens doch nichts in den neuen Lehns-Brief einverleibet werden mögen, so dem ersten Lehn-Brief entgegen gewesen, als woraus er ein ius quæsitum gehabt.

Rationes decidendi.

17 Dieweil aber dennoch, daß der Mitbelehnte bey seinem zwey und achtzigsten Jahr sich desjenigen ex post facto nicht erinnern können, was zwischen ihm und seinem Bruder vor der andern Belehnung vorgegangen, nicht eben zu verwundern ist, da absonderlich bey so hohem Alter die memorie leidet; iedoch, wenn auch die Vorstellung auf ein blanquet geschrieben, solches dennoch von ihm, als Mitbelehnten, unterzeichnet, und also dafür zu halten ist, daß der Mitbelehnte zu aller Lehns-Nothdurft und deren Beobachtung seinem ältesten Sohn commission ertheilet, dahin vornemlich gehöret, daß, weil im ersten Lehn-Brief ein offenbarer error rationæ futuræ successionis vorgegangen, derselbe redressiret, und alles nach dem errichteten Lehns-pacto, welches durchaus nicht aufgehoben, eingerichtet werden möchte, dahero allenfals auch der primus acquirens allein, non concurrente simultanee inuestito, solches erinnern und sorgen können, daß die neue Belehnung nach dem Lehns-pacto accurat und formaliter geschehen möchte, als wozu er von der Lehns-curie in der citation sub G. selber veranlasset und erinnert worden: 18

Dasjenige, was er wegen der Mitbelehnten zu censiren und sonsten zu erinnern hätte, deutlich aufzusetzen,

welches er auch in der Vorstellung sub C. gethan, den errorem des ersten Lehn-Briefes gezeiget, das Lehns-pactum angeführet, und gebeten, den neuen Lehn-Brief darnach einzurichten, so er gestalten Sachen nach sine concursu fratris wol thun mögen, zumal derselbe auch ex pacto feudali zu dieser Vorstellung mit verbunden, und nicht einsten nöthig gewesen, ihn darüber insbesondere zu hören, und sein Name also nur ex abundanti mit unter die Vorstellung gesetzet worden, welches allein der primus acquirens thun können, weil solches dem Lehns-pacto gemäß, und er wol gewust, daß sein Bruder hierin nicht dissentiren könne noch würde, frustra enim consensus ab eo requiritur, quo etiam inuito actus perfici potest. 19

l. 3. D. de R. I.
l. 17. §. 4. de ædilit. edict.

Und da nun ausser Streit ist, daß der primus acquirens diese Vorstellung hauptsächlich gethan, solche nach dem Lehns-pacto auch geschehen sollen und müssen, und der Mitbelehnte dagegen nicht contradiciren können; wenig daran gelegen, ob er von der Vorstellung etwas specifice gewust, oder das blanquet eben dazu ausgestellet worden, vielmehr dieses daraus gezogene dubium nur eine solche critique in sich hält, auf welche es in decidendo nicht, sondern allein auf das Lehns-pactum ankomt, daß auch der Mitbelehnte nach seines Bruders Tode selbsten noch agnosciret, und nur sinistre nach seiner Einbildung auslegen wollen: 20

So erhellet hieraus so viel, daß wenn auch gleich der primus acquirens die nach dem Lehns-pacto einzurichtende lineal-succession allein gesuchet und darüber gehalten hätte, daß der neue Lehn-Brief nach dem Lehns-pacto eingerichtet worden, solches bündig geschehen mögen, und er dazu berechtiget gewesen. 21

So viel die dritte Frage betrift:

Ob allenfals des ersten Lehnsfolgers, Johann Christians, dagegen geschehene offerte und Deu- 22

tun-

tungen dieses pacti einigen effect haben können?

Rationes dubitandi.

23 Ob wol der Mitbelehnte Johann Christian, nachdem das Lehn auf ihn gefallen, vorgegeben, 1) daß er von dem Lehn-Briefe de anno 1732 nichts gewust, und nunmehr erst die Veränderung des ersten Lehn-Briefes wahrgenommen, zumal der erste Lehn-Brief vornemlich auf ihn laute, wegen seiner männlichen descendenten aber die Sippahl fest gesetzet: Daß 2) er von dem supplicato sub C. nichts wisse, noch dazu iemand beordert habe, also solches wider seinen Willen unter seinem Namen ausgestellet sey: Daß 3) seine Meynung in dem Lehns-pacto, welches allein mit seinem Bruder errichtet, nur dahin gegangen, daß wenn hiernächst nach langen Zeiten seine sechs Söhne sich ausbreiten und eine zahlreiche posteritât constituiren solten, alsdann die Lehnsfolge secundum lineas gehen, iedoch in vna eademque linea allewege die successio nach rechter Sipzahl nichts destoweniger geschehen solle: daß 4) an dem Fall, so sich unvermuthet ereiget, nicht gedacht sey, und man damals nicht vermuthen können, daß der primus acquirens nebst seinen beyden Söhnen vor ihm versterben, und die Lehnsfolge noch an ihn kommen würde, da aber 5) wider Vermuthen solches geschehen, die application dieses pacti auf diesen casum nicht zu ziehen, da seine sämtliche Söhne nicht von dem primo acquirente, sondern von ihm, als Mitbelehnten, abstammeten, und in dessen Ansehen nur einerley Linie wären, welches alles er auch 6) in seinem errichteten Testament wiederholet, und allen Söhnen gleiches Recht zur succession attribuiret, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn um destomehr es dabey sein Bewenden haben müsse, da nach den gemeinen und Sächsischen Rechten der Sohn nicht anders das Lehn als iure hereditario haben, und allenfals seines Vaters factum prætiren und dessen Willen agnosciren muß.

CARPZ. *P. 2. C. 47. def. 5.*
BERLICH. *P. II. concl. 7.*
HORN. *iur. feud. c. 7. §. 25 sqq.*

Rationes decidendi.

24 Dieweil aber dennoch diese anitzo auf die Bahn gebrachte Ausflüchte erst nunmehr, da der primus acquirens mit seinen beyden Söhnen verstorben, ausgehecket oder erfunden sind, vorhin aber daran nicht gedacht worden, sondern alles lediglich auf denselben angekommen, mit was für Bedingungen er den Mitbelehnten und dessen sechs Söhne in die Mitbelehnschaft nehmen wollen; da anfänglich nicht einsten an den Bruder Johann Christian gedacht, sondern nur dessen drey älteste Söhne zu Mitbelehnte præsentiret worden, vielmehr auf Zureden des *Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.* primogeniti erst dessen Aufnehmung, iedoch limitato modo, geschehen, zumal, wie er nicht schuldig gewesen, ihn zum Mitbelehnten anzunehmen, er also auch den modum dieses ihm erzeigten beneficii, æque vt in beneficiis a principe concessis, bestimmen mögen,

l. 191. D. de R. I.

und sein Bruder es lediglich dem primo acquirenti überlassen müssen, wie er die succession unter dessen Kindern künftig dererminiren würde, dessen Meinung ohne Zweifel dahin gegangen, daß dem Aeltesten er vor andern bey der successione prospiciren und denselben am ersten in derselben bedencken wollen, welches er noch deutlicher in dem memorial sub C. angezeiget, und wie die lineal-succession zu verstehen sey, deutlich declariret. Ueberhaupt auch der mitbelehnte Bruder sich nicht einfallen lassen, daß dem pacto durch die erste Belehnung derogiret sey, sondern er nur dabey, seinen jüngsten Söhnen zugefallen, gantz wunderliche neue Erklärungen gemachet, welche doch keinen Bestand haben können; zumal ad 1) wenn er 25 gleich von dem Lehn-Brief de anno 1732 nichts gewust haben solte, derselbe iedoch dem Lehnspacto gemäß, und also, wie geschehen, einzurichten, der error des ersten Lehn-Briefes aber offenbar gewesen, und er dahero dem Lehn-Briefe nicht contradiciren mögen. Wiederum ad 2) wenig es darauf ankommt, ob er der Vorstellung sub C. sich bey seinem hohen Alter noch erinnern können, welche er doch und zwar in qualität als Mitbelehnter unterschrieben, auch weil solche dem Lehns-pacto conform befunden, er unterschreiben müssen, und nicht einsten dagegen dissentiren können. Sodann ad 3) er das Lehns-pactum mit dem mitbelehnten Bruder nicht allein, sondern auch dessen künftigen Lehns-Folgern zugleich mit errichtet, sie also nicht ihr ius succedendi ex beneficio patris, sondern hier offenbar ex primi acquirentis pacto immediate haben, und es also wenig darauf angekommen, wie er das pactum ex post facto, da er ohnedem in seinem hohen Alter dazu nicht wol capable gewesen, erklären wollen, sondern darauf, wie es verstanden werden müsse, zu sehen ist, ja endlich wol seyn kan, daß er diesen erlebten casum nicht vermuthen gewesen, gleichwol darauf nicht zu sehen, sondern zu erwegen ist, daß in dem Lehns-pacto §. 6. versehen, daß die successio in feudum secundum lineas geschehen solle, welches ohne Zweifel erfolget seyn würde, wenn der Mitbelehnte vor seinem Bruder verstorben, und nunmehro auch, da jener diesen überlebet, ebenfalls geschehen muß, weil die Bestimmung der lineal-succession nicht wegen des mitbelehnten Bruders, sondern wegen dessen sechs Söhnen fest gesetzet, der primus acquirens nach seiner Freyheit diesen modum succedendi erwählet, und also nicht auf den Mitbelehnten, sondern auf ihn, qui beneficium dedit et modum ei præscribere potuit, es angekommen, was es für Meinung mit dem pacto gehabt,

welche er gar klar und deutlich, und zwar selbsten, auf Veranlassung der Lehns-curie, in der Vorstellung sub C. declariret, und darin genau bestimmet, wie die succession unter seines mitbelehnten Bruders Söhne geschehen solle, und wie die lineal-succession künftig einzu-
26 richten sey; dahero, ob gleich ad 4) unvermuthet die succession des Mitbelehnten so bald sich ereuget, dennoch dadurch der lineal-succession kein Anstoß gegeben ist, sondern vielmehr das pactum nunmehr durch den Tod des primi acquirentis destomehr bestättiget worden; dergestalt, daß ad 5) dadurch des mitbelehnten Söhne, gleichwie sie mit in dem pacto begriffen gewesen, also ex hoc pacto ein ius perfecte quæsitum ratione successionis erhalten, quam non ex beneficio patris, sed iure proprio ex pacto cum primo acquirente inito deriuare possunt, und also es offenbar gegen das Lehns-pactum ist, daß die sechs Söhne des Mitbelehnten nur einerley Linie ausmachen solten, weil eben derselben wegen, und weil ihrer so viele, die communion aber bedencklich gewesen, der Vorzug der ersten Linie in der successions beliebet worden, wie der primus acquirens selbsten diese Erklärung in der Vorstellung zum C. darüber gemachet, und den Lehn-Brief darnach einrichten lassen, wobey es billig
27 bleiben muß. Endlich ad 6) das Testament des Vaters dem ältesten Sohn nicht præiudiciren mögen, als welchem ein eigen Recht immediate ex pacto primi acquirentis zukommt, daß hier nicht auf die gemeine Lehre der interpretum zu sehen ist, weil die Söhne mit in dem pacto begriffen gewesen, als compaciscentes anzusehen; ja dieselbe vornemlich die Mitbelehnten ex distinctione primi acquirentis gewesen, der seinen leiblichen Bruder nicht einsten zum Mitbelehnen annehmen wollen, sondern nur anfänglich die drey ältesten Söhne seines Brudern dazu præsentiret, dieserwegen alles was in dem pacto geschlossen, mehr mit den Söhnen als mit deren Vater abgeschlossen gehalten werden muß, weil der Vater wegen der Söhne zur Mitbelehnschaft præsentiret ist, und unter diesen also die lineal-succession, ohne eintzigen Unterschied, nach der wahren Absicht des primi acquirentis, welcher solche etabliret, statt finden muß:

28 So mögen die dagegen gemachte Ausflüchte des Mitbelehnten Bruders keinen effect haben.

Belangend die **vierte Frage:**

29 **Ob der Mitbelehnte oder seine jüngere Söhne befugt, des** primi acquirentis facta, **so doch dem Lehns-pacto gemäß, zu blamiren, und dawider eine Art der** inquisition **auszuwürcken?**

Rationes dubitandi.

30 Ob wol eigentlich nicht des primi acquirentis facta, sondern des ältesten Sohns des Mitbelehnten anscheinende gebrauchte intriguen zur Untersuchung gezogen seyn möchten, zumal der älteste Sohn das Lehns-pactum de anno 1713 mit unterschrieben, in welchem doch sein Name nicht genant sey, und es also wol vermuthlich ist, daß er solches ohne seines Vaters Vorwissen gethan haben müsse. Darneben aber ihm zur Last geleget werden wollen, daß er die blanquete gemißbrauchet, und vermuthlich die Vorstellung sub C. hinter dem Rücken seines Vaters darauf schreiben lassen, worüber sein Vater in der declaratione coram notario facta sehr doliret, und wol zu glauben, daß derselbe seinen leiblichen Sohn nicht graviren würde, wenn solches keinen wahren Grund hätte. Endlich alle diese demarches ad intervertendam vltro genitis successionem angesehen zu seyn, und also speciem criminis falli in sich zu halten, scheinen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch, daß der älteste Sohn 31
des Mitbelehnten Bruders das Lehns-pactum mit unterschrieben, nicht eben so gar inconvenable zu achten, und wol zu glauben ist, daß solches mit Wissen und Willen des acquirentis geschehen seyn müsse, zumal der künftigen Leibes-Lehns-Erben mit in demselben gedacht, und solches in deren Namen mit abgefasset worden, unter welchen nach der lineal-succession der Erste und Vornehmste der älteste Sohn gewesen, der absonderlich wegen der allodial-Erbin constringiret werden müssen, und weil die lineal-succession in dem pacto deutlich genug bestimmet, keine Gefährde bey der Unterschrift gebrauchet werden mögen, ohngeachtet dessen insbesondere in dem pacto nicht gedacht, doch genug ist, daß dem zum Besten dasselbe mit errichtet worden, ja der primus acquirens mit demselben solches zu Halle entworfen, und auf dessen Verlangen das eine Exemplar ohne Zweifel mit unterschrieben seyn muß. Ubrigens wegen 32
Mißbrauch der blanquete wir noch zur Zeit nichts erhebliches und præiudicirliches aus denen Umständen wahrnehmen mögen, da der Mitbelehnte nicht leugnen können, daß er zu denen Lehns-observandis ihm dieselbe ausgestellet, und solche nicht gegen das pactum, sondern vielmehr demselben zufolge sind gebrauchet worden, und die Deutelegen, so der Mitbelehnte auf seiner jüngern Söhne Getrieb dabey gemachet, nunmehro zu des ältesten Sohns præiudiz in occasionem criminis eiusdam nicht gezogen werden mögen, da der primus acquirens selber in der Beylage sub C. erinnert, daß ein error im ersten Lehn-Briefe vorgegangen, und er solchen redressirt wissen wollen, gegen welches der Mitbelehnte sich nicht sperren und, solches verhindern mögen, als welches der Warheit conform gewesen, also es noch zur Zeit an einem corpore delicti ermangelt:

So

33 So sind die angegebene facta noch zur Zeit zu einer Untersuchung nicht qualificiret, noch zu einiger inquisition zureichend.

Endlich so viel die letzte Frage betrift:

34 **Was für remedia iuris gegen das in der facti specie angeführte rescriptum zu gebrauchen?**

Rationes dubitandi.

35 Ob wol das angeführte rescriptum so wol in possessorio als petitorio die Sache völlig decidiret zu haben scheinet, indem nicht allein die possess denen übrigen fünf Brüdern darin zuerkant, sondern auch festgesetzet ist, daß sie sich zur successsion so wol durch das Lehns-pactum und den ersten Lehn-Brief als väterliche dispositition gnugsam legitimiret, also die Sache bereits pro decisa angesehen werden möchte, zumal daß der primogenitus einiges remedium dagegen gebrauchet, in der facti specie nicht angeführet ist.

Rationes decidendi.

36 Weil aber dennoch wir nicht befunden, noch uns vorstellen können, daß diese Sache, welche sehr vielem Zweifel unterworfen, durch ein ordentliches Verfahren Proceß-mäßig abgethan seyn werde, sondern wir vielmehr glauben müssen, daß solches auf hinc inde extraiudicialiter ergangene Vorstellungen ertheilet seyn werde, also pro iudicato noch nicht zu achten; anderer Gestalt die uns vorgelegte Frage umsonst und ungereimt seyn würde, dahero dem ältesten Sohn noch frey bleibet, durch geziemende Vorstellung an den Lehns-Herrn die Gnade sich auszubitten, daß ihm der Weg Rechtens so wol in possessorio als petitorio eröfnet, und die Sache zwischen ihm und seinen fünf Brüdern ordentlich ausgemachet, inzwischen aber die Untersuchung, als welche von der iustitia causæ hauptsächlich dependiret, ausgesetzt bleiben möge, cum etiam exceptio præiudicii causæ criminali obstet, si a decisione causæ ciuilis dependeat:

BOEHMER *de excepr. præiudic. in criminal.*

So halten wir dafür, daß der primogenitus wol thun werde, wenn er auf gedachte Weise verfahre, und woferne er in possessorio fort zu kommen gedencket, solches zuforderst ausmache. V. R. W. 37

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MAIO MDCCXLIII.

DECISIO CLI.

THEMA.

De natura feudorum promiscuæ successionis.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Impedimentum notorium ipso iure prorogationem concedit. n. 2.
Decretum præclusiuum omnes creditores excludit. n. 3.
Cessante causa promissionis, conditioni sine causa locus est. n. 4.
Deficiente qualitate feminina feudi sorores non admittuntur ad diuisionem. n. 5. 6.
Num creditor, cuius debitum ante concursum per res iudicatas stabilitum, moto concursu, prætensa nouiter liquida reddere obligetur? n. 7.
Creditores noti in concursu specialiter citandi sunt. n. 8.
Feudum promiscuæ successionis liberrimæ dispositioni successoris subest, n. 9.
Et primus acquirens de eo libere disponere potest. n. 10.
Scientes qualitatem rei euictionis nomine agere nequeunt. n. 11.
Primus acquirens ad minimum de pretio feudi inter liberos, maxime consensu domini accedente, disponere potest. n. 12.
Decisio. n. 13.

Auf interponirte supplication, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen des zum O. concursu bestelleten, contradictoris und curatoris bonorum supplicanten an einem, und Jungfer Catharinen Christinen O. supplicatinne am andern Theil, erkennen ꝛc. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht:

Daß es der eingewanten supplication ohngehindert bey dem n. 26. befindlichen, und den 16. May 1743 eröfneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Weil durch den Tod des vorigen contradictoris die fatalia nicht so genau observiret werden können, gleichwol bekant, quod impedimentum notorium ipso iure prorogationem concedat,

MEV. *P. 2. decis. 369.*

3 so hat man die formalia für richtig passiren lassen müssen. Ob nun wol so viel die materialia betrift, bey deren ersten grauamine angeführet ist, daß die supplicatinne in terminis liquidationis sich mit ihrer Forderung von 3000 Thlr. nicht gemeldet, und dahero durch das decretum præclusiuum mit derselben præcludiret sey, da, ohngeachtet solches liquid gewesen, sie doch wenigstens in den angesetzten terminis ihre Forderung profitiren müssen.

4 Hiernächst das andere grauamen darin gesetzet ist, daß die causa, warum ihr die quæstionirten Gelder vormals ausgelobet und versprochen sind, aufgehöret, und also condictione sine causa solche wieder gefordert werden können, zumal aus dem Vergleich sub n. 1. zuersehen, daß das Gut B. als ein feudum promiscuum mit in die Theilung gebracht sey, welches doch durch des ietzigen regierenden Landes-Herrn Hoch-Fürstliche Durchlauchtigkeit wieder geändert, dem feudo die qualitas masculina wieder beygeleget, und in solcher subhastiret worden, dahero obgleich vormals die causa promissionis da gewesen seyn möchte, dennoch dieselbe ex post facto aufgehöret, man solches auch wol vorhero sehen mögen, nachdem die Veränderung der qualitatis feudalis cum consensu der

5 Durchlauchtigsten agnaten nicht geschehen, dessen Mangel die einige Ursache dieses erfolgten Verlustes der beygeleaten qualität sey, darunter die creditores allein nicht leiden können, ja der debitor communis selbsten bey der Theilung keine geringe læsion erlitten, daß seine Schwestern mit ad diuisionem feudi zugelassen sind, dazu sie deficiente qualitate feminina promiscua nicht zugelassen werden dürfen.

l. 3. C. commun. vtr. iudic.

6 Dabey auch nicht hindern wolle, daß keine litis denunciation geschehen, zumal supplicatin selbsten mit andern creditoribus um die subhastation des Lehns als eines feudi masculini mit angehalten, und also niemand vorhanden, sondern genug gewesen, daß die qualitas feudi, weswegen es in die Theilung gekommen, dadurch aufgehöret, welches nicht per casum fortuitum, sondern ex natura ipsius rei geschehen, so man vorhero wohl wahrnehmen mögen, wenigstens also von dem vormals bestimten Preisse so viel herunter gesetzet werden müsse, als liquidat secundum arbitrium boni viri weniger gegeben haben würde, wenn das feudum bey der Theilung nicht pro feudo promiscuæ successionis ausgegeben worden wäre, welches dem concurs zum besten nunmehro geschehen müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey dem ersten gra- 7
uamine zu erwegen ist, daß die unbekannten creditores ad liquidandum bey einem ieden concurs edictaliter citiret, und, welche in terminis liquidationis nicht erschienen sind, præcludiret werden, dahin aber supplicatinne nicht zu referiren, welche zu liquidiren nicht mehr nöthig gehabt, nachdem ihre Forderung längst ante motum concursum ausgeklaget, ja sie dieserwegen in das Lehn-Gut B. immittiret worden, mithin ihre liquide Forderung in Gerichten bekant gewesen, so daß auch ex officio diese vorhin ergangene acta den concurs-acten beygeleget sind, und wenn der vormalige con- 8
tradictor vermeinet haben solte, daß die supplicatinne ihre Forderung wenigstens profitiren sollen, ihm obgelegen hätte, deswegen an sie ein monitorium auszuwürcken, bevorab da regulariter die bekanten creditores billig specialiter citiret werden müssen,

BRVNNEM. *de concurs. credit. c. II.*

§. 2.

wenigstens also das decretum præclusionis auf die supplicatin nicht zu appliciren, als welches bloß die incognitos primario angehet, die noch liquidiren müssen. Und so viel das ande- 9
re grauamen betrift, weder causa euictionis vorhanden, noch die condictio sine causa gegründet ist, angesehen des liquidati Vater das Lehngut B. als ein feudum promiscuæ successionis mit damaligem Lehnsherrlichen consens in keiner andern Absicht acquiriret, als damit alle seine Kinder daran ihren Antheil haben, und es, wie geschehen, in die Theilung ad minimum per æstimationem kommen solle, und gleich- 10
wie, wenn es als ein masculinum von dem Vater acquiriret worden wäre, derselbe als primus acquirens verordnen können, daß die Söhne denen Schwestern wenigstens in æstimatione ihre ratam conferiren solten, also ipso facto solches dadurch geschehen, daß der primus acquirens mit Lehnsherrlichem consens solches als ein feudum promiscuæ successionis acquiriret, solches aus diesem Grund in die Theilung gebracht, und der supplicatin ihre rata daraus versprochen und zugetheilet worden, welches eben die 3000 Thlr. sind, welche die supplicatinne zu fordern hat, und weswegen sie auch bereits post rem iudicatam, cessante solutione, immittiret ist, und wie diese causa debiti tempore diuisionis ex patris intentione fundata gewesen, und der liquidatus unter solcher qualität das Lehn viele Jahr besessen, also solche nunmehro dadurch nicht aufgehoben, 11
daß des itzigen regierenden Landes-Herrn Hoch-Fürstliche Durchl. die vorige qualität wiederaufgehoben, und dem feudo die qualität eines feudi masculini von neuem bey der subhastation beygeleget, dieweil höchst. dieselbe in die vorige Veränderung nicht consentiret, als welches der liquidatus tempore diuisionis wol gewust, und bereits damals maiorennis gewesen, zumal

mal er den 8. May 1691 geboren, und der sub n. 1. befindliche Theilungs-recess den 8. Mart. 1717 errichtet, dabey aber bekant ist, quod scientes qualitatem rei, euictionis nomine agere nequeant,

l. 27. C. de euict.

quod etiam in diuisione hereditatis attendendum, nisi speciatim a coheredibus euictionis præstatio promissa fuerit.

l. 7. C. comm. vtr. iudic.

Dergleichen Verbindung doch bey der vorgenommenen Theilung nicht geschehen, so daß es bloß an dem liquidato gelegen, daß er, wenn er sicher gehen wollen, den Mangel des consensus serenissimorum agnatorum sich entweder bey der Theilung reserviren, oder denselben
12 nachgehends suchen sollen und müssen; inzwischen er doch das Lehn-Gut, da es sein Vater als ein feudum promiscuæ successionis zum besten seiner Kinder acquiriret, in die Theilung zu bringen schuldig gewesen, also ex patris voluntate die causa debiti auch füritzo nicht cessiret, sondern respectu liquidati continuiret, und er, nach der Absicht ihres Vaters, ihr solches Geld, da er primus acquirens gewesen, zahlen müssen, wenn er gleich das Lehn in pristina qualitate acquiriret, quod primus acquirens ad minimum de pretio feudi inter liberos, maxime consensu domini accedente, disponere queat, an welchem consens es vormals bey der geschehenen Theilung nicht ermangelt, wie die bey denen acten befindliche Beylagen bezeugen, mithin keine euictions-Leistung weder in totum noch in tantum hier statt finden kan, iedennoch der supplicant in seiner supplication nicht ohne allen Grund gewesen:

So sind Wir geschehener massen zu erkennen 13
und die Unkosten zu übergehen gemüßiget worden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE APRIL. MDCCXLIV.

DECISIO CLII.

THEMA.

Quatenus per expectatiuam ius feudi transeat?

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Quilibet præsumitur, cognationem et genealogiam suam optime cognitam habere. n. 2. 10.

Pactum de inuestiendo in casum extinctæ prosapiæ masculinæ actionem personalem contra dominum directum, non realem contra tertium possessorem, operatur. n. 3.

Inuestitura conditionalis, deficiente conditione, nullum habet effectum. n. 4. 5.

Per abusiuam inuestituram dominium seu ius in re non transferri, sed tantum ius ad rem concedi interpretes iuris feudalis largiuntur; n. 6.

Cum traditio nequidem symbolica, ad transferendum ius in re necessaria, in expectatiua quahsicata accedat. n. 6. 7.

Res iudicata aliis nec nocet nec prodest, n. 8.

præsertim si causa a iure victorum non dependet. n. 9.

Pactum de inuestiendo quomodo differat ab expectatiua qualificata? n. 11.

Nihil tam naturale et æquitati conueniens est, quam voluntatem, ius suum in alterum transferre volentis, ratam habere. n. 12.

Per abusiuam inuestituram non transfertur possessio, quæ actum apprehensionis exigit, ius tamen feudi transit. n. 13. 14 seq.

In feudis nulla alia præscriptio quam XXX. annorum locum habet. n. 16.

Vbi eadem vincendi causa est, auctoritas rei iudicatæ contra tertium locum habet. n. 17.

Bonæ fidei possessor fructus perceptos non nisi a die rei iudicatæ restituit. n. 18.

Decisio. n. 19.

Auf interponirte supplication und erfolgte Gesetze in Sachen derer von C. S. Imle in actis benannt, Kläger an einem, und Ernst Gottfried von C. Beklagten am andern Theil, erkennen rc. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht.

1 Daß Klägerer Anwald sich zur Nothdurft legitimiret, und es, des ersten gravaminis wegen, der eingewandten supplication vhngehindert bey dem n. act. 62. befindlichen und den 4. Decembr. 1738 eröffneten Urtheil billig verbleibet, und weil dem zu folge Klägere durch die n. act. 91 sqq. ad acta gebrachte documenta dargethan, daß Barthold und Burchard von C. ohne Hinterlassung männlicher Lehns-Erben verstorben, es dabey sein Bewenden habe. So viel aber hingegen das andere gravamen betrift, erhellet nunmehr aus denen

denen acten so viel, daß Beklagter von angestelleter Klage gäntzlich nicht zu absolviren, sondern derselbe Einwendens ohngehindert das neue B. Gut zu O. cum fructibus perceptis von Zeit der litis contestation Klägern abzutreten und einzuräumen schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol 1) bey dem ersten gravamine Klägere angeführet, daß Beklagter wider besser Wissen und Gewissen exceptionem plurium interessentium opponiret, anbey geleugnet, daß Barthold und Burchard von C. ohne männliche Erben verstorben, zumal sie wol wissen müsten, wer in ihrer Familie männliche Lehns-Erben hinterlassen, oder ohne dieselbe verstorben sey, cum quilibet præsumatur, cognationem et genealogiam suam optime cognitam habere,

c. 3. X. quæ matrim. accus. poss.

dahero Klägere ratione exceptionis huius wol befugt gewesen seyn möchten, Beklagtem darüber das iuramentum calumniæ speciale zu deferiren, und es dabey scheinen will, als wenn zuforderst darüber erkannt werden müssen. Und
3 so viel die Haupt-Sache betrift, 2) Klägern die exceptio non fundatæ intentionis opponiret, und in dem n. act. 66. befindlichen decreto dargethan worden, daß solche allerdings fundiret sey, angesehen in der concession de anno 1662 eine blosse exspectativa, oder pactum de inuestiendo in casum extinctæ prosapiæ masculinæ B. enthalten, welche nur eine actionem personalem gegen den Lehns-Herrn, nicht aber realem contra tertium
4 possessorem verstattet. So dann 3) diese exspectanz und inuestitura conditionalis ad casum feudi aperti restringiret sey, welche condition aber nicht existiret, sondern von dem von B. per refutationem et alienationem des quæstionirten feudi, so ihm frey gestanden, intervertiret und inutil gemachet worden, nachdem im anno 1663 mit lehnsherrlichem consens die alienation dieses quæstionirten feudi an Carl von C. geschehen, und im anno 1670 zum vollkommenen Stand gebracht worden;
5 dieser auch 4) solche Ankaufung des quæstionirten Lehnguts wohl thun mögen, nachdem in dem exspectantz-Brief de anno 1662 er ebenfalls unter denen exspectivatis mit enthalten, und denen darin benannten interessenten die Freyheit verliehen worden, sich mit denen von B. wegen der Lehngüter zu vergleichen, und solche an sich bey deren Lehzeiten zu bringen, so auch würcklich mit lehnsherrlichem consens erfolget, und dadurch 5) geschehen, daß die condition, so in der concession de anno 1662 enthalten, nemlich auf Abgang des B. Manns-Stamms, nicht
6 erfolget; auch überdem 6) in derselben zwar eine exspectativa cum eventuali inuestitura enthalten, solche aber nur conditionata seyn möchte, allermassen damals, als im anno 1662 diese concession geschehen, die von B. noch gelebet, in der Besitzung des quæstionirten Lehn-Guts gewesen, und dahero deren Klägern kein ius in re darauf transferiret werden können, qua de causa nequidem per abusiuam inuestituram dominium seu ius in re transferri, sed tantum ius ad rem concedi, interpretes iuris feudalis largiuntur,

IO. A STRVV *in synt. cur. feud. c. VIII. §. 9.*

BVRCHARD GOTTHELFF STRVV *in iurispr. feudali c. XI. §. 17.*

quod traditio, absque qua ius in re transferrimequit, nequidem symbolica in exspectativa qualificata accedat, vel si symbola accedunt, hæc tantum solennitatis causa adhibeantur.

BVRCHARD GOTTHELFF STRVV *cit. l.*

Welches auch 7) verursachet, daß wie anno 7
1686 der B. Manns-Stamm ausgestorben, und Kläger sich gemeldet, ihnen demonstration dieserwegen geschehen, und sie alsd damals gehöret worden, wie die n. 103. seq. befindlichen Beylagen anzeigen, und der Lehn-Hof am besten wissen müssen, was für ein Recht durch diese concession verliehen sey, wie denn Beklagten Großvater in anno 1670 in würcklichen Besitz gekommen, belehnet worden, und das ius reale an dem quæstionirten Lehn-Gut erlanget, so daß gegen Beklagten, als possessorem, keine actio realis, so von Klägern angestellet worden, statt zu finden scheinen will. Dagegen denn 8) nicht hindern möchte, daß bereits 8
vormals wider den Cammerrath Heinrich von C. und dessen Sohn Achatz Heinrich von C. eben die itzo renovirte Klage angestellet gewesen, diese auch eben die itzo opponirte exceptiones vorgeschützet, und die Sache in denen beygehenden 3. volum. ventiliret, dem ohngeachtet aber Rechts-kräftig auf die Abtretung des Lehn-Guts quæst. erkant worden, anerwogen aus denen Rechten bekant ist, quod res iudicata aliis nec noceat nec prosit.

l. 63. de re iudic.

Wie denn Beklagter beständig anführet, daß 9
ihn diese res iudicata nichts angehe, indem er von denen damaligen Beklagten sein Recht nicht herleite, noch deren Erbe geworden, folglich deren facta zu præstiren nicht schuldig sey, beworab da die vormaligen Beklagten den Proceß negligiret, und gegen das letzte Urthel vol. 3. kein remedium interponiret, da ihnen doch noch die restitutio in integrum, ja die appellatio an die Reichs-Gerichte zugestanden, es aber hier genug sey, daß der itzige Beklagte seine causam a iure victorum keineswegs habe, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urthel schlechterdings confiniret werden sollen.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil ad 1) das erste 10
grauamen die Klägere dadurch selber fallen lassen,

lassen, daß sie sich, das ihnen auferlegte probandum darzuthun, bemühet gewesen und auch würcklich zum Stande gebracht, angesehen dieselbe durch das n. act. 91. befindliche attestatum zur Nothdurft beygebracht, daß Burchard von C. in den teutschen Orden getreten, und darin anno 1681 verstorben sey, also, dieses Ordens statuten gemäß, ohnverheyrathet geblieben. Nicht weniger aus dem n. 92. befindlichen Lehn-Briefe erhellet, daß nach Absterben Johann Hilmar Barthold Sohne die Belehnung an den ältesten, und die übrige Lehnsagnaten geschehen, und des Johann Hilmars descendenten gar nicht weiter gedacht, noch dieselben im Lehn-Briefe mit benannt werden, certo indicio, daß damals mit denselben des Barthold Manns-Stamm abgestorben, so daß nunmehr über das iuramentum calumniæ speciale zu erkennen um destoweniger nöthig gewesen, als Beklagter dagegen nichts erhebliches opponiret, sondern solches richterlicher Erkänt-
11 niß ausgesetzet. Und so viel ad 2) die Hauptsache betrift, es allerdings und bloß darauf ankommt, ob Klägere aus dem documento de anno 1662. sub n. act. 2. ein ius in re und actionem realem sich anmassen können oder nicht? Da denn zwar nicht ohne, daß in dem gedachten documento eine exspectativa enthalten, gleichwol solche nicht simplex sondern qualificata und mit der inuestitura conditionali verknüpfet worden sey; zumal darin mit klaren Worten enthalten, daß nach Abgang des B. Manns-Stamms die in dem documento benannte Gebrüdere von C. mit den B. Lehn-Gütern exspectiviret, beanwartet, und eventualiter beliehen seyn sollen, ja solche euentualis inuestitura mit sehr nachdrücklichen Worten in folgenden terminis geschehen:

> Thun das auch, beanwarten und belehnen in euentum ermeldte Gebrüdere = = dero Gestalt und also, daferne vorgedachte von B. oder S. etwa über kurtz oder lang ohne Hinterlassung männlicher Leibes-Lehns-Erben abgehen, oder sonsten auf andere begebende Fälle und Wege, wasserley Weise dieselbe etwa geschehen möchten, dero von B. oder S. Lehn eröffnet, und an uns und unsere mitbegriffene los und heimfallen würden, daß alsdann unsere Beanwartete und Nachbelehnte und ihre männliche Leibes-Lehns-Erben, solche vorerwehnte B. und S. Güter samt und sonders, als von uns ihren gedachten Gebrüdern von C. und ihren mitbenannten mit würcklich darin constituirten Rechten fürters zugewendete und übergebene Lehn-Stücke mit eigenem zugelassenen freyen Willen und Macht apprehendiren und in Besitz nehmen = = sollen ꝛc.

Woraus denn offenbar erhellet, daß a) keine nuda promissio de inuestiendo, sondern b) euentualiter die inuestitura selbsten geschehen, und zwar c) solches in der Absicht, damit denen Gebrüdern von C. als Nachbelehnten ein würckliches Recht dadurch euentualiter constituiret, und d) ihnen dieserwegen Freyheit gegeben werden solle, propria auctoritate die possess das künstighin eröffneten feudi zu ergreifen, dagegen e) die Gebrüdere von C., wie in Belehnungen gewöhnlich ist, versprochen, dem serenissimo Domino feudi treu, hold, gehorsam und gewärtig zu seyn, und alles dasjenige zu thun und abzustatten, was treuen und gehorsamen vasallen gegen ihren Lehns-Herrn zu thun eignet, gebühret, und wohl anstehet; welches man keinesweges für ein nudum pactum de inuestiendo halten kan, nachdem die würckliche Belehnung geschehen, so auch wohl con- 12
ditionate verrichtet, und also auch das Eigenthum euentualiter transferiret werden können, als wobey es bloß auf die Willens-Meinung ankommt, cum nihil tam naturali æquitati conueniens sit, quam voluntatem, ius suum in alterum transferre volentis, ratam habere.

§. 40. I. de acquir. rer. domin.

Dieserwegen der seel. ICtus BORNIVS bey 13
denen, die hierbey ihren dissensum an den Tag geleget, gar wol erinnert und saget: confundunt illi translationem possessionis cum translatione vtilis dominii. Verum quidem est, abusiuum inuestituram, siue pure siue in euentum certum factam, nunquam transferre possessionem, sed ad hanc manciscendam actum alium apprehensionis exigi, sed propterea tamen per eam nihilominus transit ius feudi:

de exspectat. c. VIII. n. 19.

So dann der seel. STRYK *de inuestit. abus. c. III. §. 2. sqq.* STRVVII Meinung weitläuftig untersuchet, und, daß solche mit denen Lehn-Rechten nicht übereinstimme, gezeiget hat. Gleichwie auch der seel. BVRCHARD GOTTHELFF STRVV *l. cit.* mit sich selbst hierin nicht eins ist, wie aus denen p. 376. beygefügten Noten zu ersehen, worin er sich selbsten wiederleget; wiewol es hier darauf nicht, sondern auf die Absicht des Durchlauchtigsten Lehn-Herrn eigentlich ankommt, der in dem documento ein weit mehreres Recht, als eine blosse exspectantz auf die Gebrüdere von C. transferiren wollen, indem er euentualiter ein ius in re ihnen concediret; welches ad 3) ipso iure purificiret 14
worden, als der männliche Abgang des B. Stamms erfolget, welcher denn würcklich existiret, und sich keinesweges behaupten lässet, daß durch die im anno 1670 geschehene alienation der casus intervertiret worden, und die exspectantz inutil gemachet sey, als welches translato euentualiter iure in re nicht geschehen können, das gegenseitige assertum aber præsupponiret, daß nur ein ius ad rem transferiret worden, dessen Gegentheil vorhin mit mehrern dargethan ist. Und ob zwar ad 4) in 15
dem documento sub n. 2. denen Nachbelehnten zugelassen ist, sich mit denen von B. wegen

des quæstionirten Lehnguts zu vergleichen, dennoch solches auf die Art, wie die succession daselbst bestimmet, und in der daselbsten designirten Ordnung zu verstehen ist, und wie nun Carl von C. denen daselbst genannten Gebrüderen von C., in der successione nachgesetzet ist, also auch solche Freyheit, sich mit denen possessoribus über die Lehne zu vergleichen, zuförderst denen itztgedachten Gebrüdern von C. allein damals zu gestanden, welchen Carl von C. durch den getroffenen Kauf nicht vorgreiffen noch ihnen præiudiciren mögen; also auch ad 5) die in dem documento de anno 1662 gesetzte condition dadurch nicht erloschen; noch weniger aber ad 6) gegründet ist, daß nur ein blosses ius ad rem in demselben denen Gebrüdern von C. verliehen, dessen Gegentheil bereits vorhin 16 ausgeführet ist, darneben sie ad 7) nach der Beylage sub n. 103. sie im anno 1686 ihres Rechts sich nicht begeben, vielmehr damals solches vrgiret, und ihnen vorbehalten ist, damals aber die Zeit und Gelegenheit nicht gewesen, diese Sache recht ordentlich zu untersuchen, und in genugsames Verhör zu ziehen, als worüber erst viele Jahr hernach Proceß geführet worden, daher auch Beklagter der exceptionis præscriptionis sich zwar bedienet, gleichwol vom anno 1686 da der casus successionis existiret, bis 1703, da der erste Proceß gegen die damaligen possessores ergangen, nicht einsten zwantzig Jahre verflossen gewesen, da doch die Lehn-Rechte keine andere als dreyßigjährige præscription zulassen. Endlich ad 8) diesem allen beytritt, daß diese Sache bereits gegen Henrich von C. und dessen Sohn Achatz Henrich von C. Rechtskräftig abgethan und decidiret ist, und obwol Beklagter von diesem causam prædii feudalis nicht herleiten, noch deren Erbe geworden seyn will; iedoch hier zu erwegen, daß eines theils jene sowol als ietziger Beklagter ihr Recht vom Carl von C. herleiten müssen, dessen acquisition anietzo angefochten, und in vorigen actis sub n. II. III. dagegen erkant ist: andern theils auch bekant, quod, vbi eadem vincendi causa est, auch die auctoritas rei iudicatæ contra tertium ihre Kraft habe; welche auch, wie im 18 vorigen dargethan, ihren richtigen Grund hat, inzwischen, da Beklagter ein Urtheil für sich hat, und diese Sache zweifelhaft gewesen, derselbe nicht anders als b. f. possessor condemniret werden können: 17

So sind Wir geschehener massen zu erkennen 19 veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE DECEMBR. MDCCXL.

RESPONSVM CLIII.

THEMA.

De effectu inuestituræ quoad officia, sub qualitate feudali possessa.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio decidenda. n. 2.
Possessoria remedia ei non prosunt, qui nondum in possessione fuit. n. 3.
Per inuestituram ius in re quidem, non vero ipsa possessio transfertur. n. 4.
Possessionis translatio desiderat actus facti, non solam conuentionem. n. 5.
Possessio vel quasi feudi ex quibus actibus probetur. n. 6.
Exercitium officii sub qualitate feudali possessi non constituit solitarie possessionem eius. n. 7.
Possessio ciuilis feudi quomodo acquiratur? ibid.
Nouo titulo superueniente causa possidendi mutata censetur, etiam absque alia animi declaratione. n. 8.
Qui maius retinuit, non potest dici minus amisisse. n. 9.
Possessori, qui habet pro se assistentiam iuris, debetur manutentio, si vel maxime non exacte probata fuerit possessio. n. 10.
Decisio. n. 11.

1 Als derselbe uns eine facti speciem nebst einer Frage zugeschicket ꝛc.

Haben des Fürsten zu Cassano Durchl. von geraumen Jahren her, ein besonderes gnädigstes Zutrauen zu Hn. Mevio gehabt, und so wol in consideration der bey ihren Regiments-Vorfahren, als auch bey ihnen selbsten und sonsten bey dem Fürstlichen Hause erworbenen stattlichen meriten, seine bishero bey Hofe versehene maitre-charge dergestalten Lehnsweise erblich conferiret, daß nach seinem erfolgten Ableben iedesmal dessen ältester Sohn, und wenn derselbe nicht im Stande seyn werde, ein S. Hochf. Durchl. oder dem iedesmaligen Landes-

Landes-Regenten anständiges subiectum in jenes Namen und auf dessen Kosten diese charge begleiten, und darneben 3000 Gulden pro salario genieſſen solle, wie denn auch hierüber nicht nur die gewöhnliche Lehn-Briefe ausgefertiget worden, sondern die würckliche inuestitur erfolget ist. Hat nun nach Absterben dieses Fürsten, und da derselbe einen minderjährigen Printzen hinterlassen, der zur administration und Vormundschaft gelangte nächste Herr Agnat das principium gefasset, daß alle Lehn, wie sie tempore mortis Sereniſſimi Domini principis in possessorio sich befunden, verbleiben, die confirmation selbsten aber ad tempora maiorennitatis ausgesetzet bleiben sollen, und dahero vermeinet, daß, da der Herr Mevius seine gage a 4000 Gulden, und nicht aus dem Lehns-nexu herrührende 3000 Gulden tempore mortis sereniſſimi principis gezogen, man auch nicht eigentlich sagen könne, daß er in den völligen Genuß seines Lehns gekommen sey, bey solcher Beschaffenheit aber, und da eine reduction vorgegangen und Herr Mevius seine gage bis auf 2000 Gulden herunter gesetzet, ihm weder die bisherige 4000 Gulden, noch die ex contractu feudali herrührende 3000 Gulden indessen abgereichet worden, und also gefraget wird:

2 **Ob nicht Sereniſſimus Dominus administrator de iure gehalten, den Herrn Mevium gleich andern vasallen in possessorio zu tractiren, und ihm die quæstionirte 3000 Gulden a tempore mortis sereniſſimi principis abreichen, und das indessen zurück gebliebene nachtragen zu lassen?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol die Frage allein von dem possessorio entworfen und gefraget worden, ob nicht Mevius gleich andern vasallen in possessorio zu tractiren sey, gleichwol Mevius nicht in Abrede gewesen, daß er bishero bis auf den Tod des Landes-Regenten seine vorige 4000 Gulden allein genoſſen, zu dem Genuß aber derer aus dem Lehns-nexu herrührenden 3000 Gulden noch nicht gelanget sey, sondern solcher bis auf des domini feudi Tod suspendiret worden, mithin in possessorio keinen Grund des Herrn administratoris Durchlaucht setzen könne, da er noch niemals die possession gehabt, solches auch in dem Lehn-Briefe deutlich exprimiret, und darin verordnet, daß Mevius für seine Person die ihm dermalen gnädigst geschöpfte gage Zeit des domini feudi Leben unabbrüchig fort genieſſen, nach dessen Tode aber er so wol für sich selbsten als hernach seine Erben und iedesmalige successores zu einer jährlichen Besoldung 3000 Gulden zu empfangen haben solle, in welchen Worten die vorhin genoſſene 4000 Gulden von dem künftigen Lehns commodo distinguiret werden, und man also nicht wol sagen kan, daß er durch Genieſſung der 4000 Gulden schon in die Lehns-Hebung gekommen sey; endlich die Belehnung dazu nicht zureichend seyn möchte, als wodurch wol der 4
contractus feudalis cum iure in re, nicht aber ipsa possessio transferiret wird,

STRYK *de inuestit abusiv. c. 3. §. 7.*

nam vt possessio transferatur, desideratur 5
actus facti, non autem sola conuentio sufficit.

POST. *de manuten. obs. 20. n. 1.*

Rationes dubitandi.

Weil aber dennoch Mevius mit dem bisher versehenen Hofamte würcklich belehnet worden, dergestalt und also, daß von dem Landes-Regenten, dessen Fürstliche, Nachkommen im Regiment auch erben und Erbnehmen er Mevius und seine männliche descendenten solche Stelle zu Lehn tragen solle, bey solcher Beschaffenheit also Mevius nach der geschehenen Belehnung die Lehns seruitia præstiret, und dadurch in die possession des Lehn-Amts nicht allein gekommen, sondern solche auch sub qualitate feudali bis an des Lehns-Herrn Tode continuiret, und noch fortsetzet, dieserwegen von der possessione vel quasi des Hof-Amts und zwar sub qualitate feudali, nicht wol Zweifel erreget werden kan, vielmehr die vorige 7
exercirung dieses Amts, quæ magis ex beneplacito principis antea dependit, durch die geschehene Belehnung in eine possessionem ciuilem irrevocabilem verwandelt worden, vt 8
ex alia causa munus aulicum possidere iam inceperit: nouo enim titulo superueniente causa possidendi mutata censetur, etiam absque alia animi declaratione:

POSTIVS *de manuten. decis. 633. n. 5. et 634. n. 3.*

quo posito man nicht anders sagen kan, als daß er auch die Lehns-Nutzungen davon genoſſen, zumal der Landes-Regente ihm seine vorhin gnädigst accordirte gage der 4000 Gulden gelaſſen, worin wenigstens die zum Lehn-Amte beständig aufs künftige gelegte 3000 Gulden mit stecken müſſen, cum minus maiori insit, 9
et qui maius retinuit, non potest dici minus amisisse,

arg. l. 3. C. de dignit.

und weil das Lehn-Amt als seruitium feudale und die dabey gelegten commoda correlata sind, nothwendig folgen muß, daß, da Mevius post inuestituram das Hof-Amt sub qualitate feudali geführet und exercitet, er auch die dabey gelegte 3000 Gulden mit als das Lehnscommodum genieſſen müssen, und nun nach des Lehn-Herrn Tode die 1000 Gulden, so er mehr genossen, wegfallen, auf solche Weise aber nicht zu statuiren, daß die vorige gage von 10
dem künftighin erst zu genieſſenden 3000 Gulden quoad qualitatem zu distinguiren gewesen,

sondern nunmehr nur dasjenige, was er vorher mehr genossen, cessiren müsse, welches alles in iure communi gegründet, und dahero Mevius eius assistentiam vor sich hat; nulli autem dubium est, quin possessori, qui habet pro se assistentiam iuris, debeatur manutentio, si vel maxime non exacte probata fuerit possessio, quod prolixe declarat

POSTIVS *cit. tr. obs. 45.*

multo magis ergo, si de possessione constat. Dieserwegen denn die verba des Lehn-Briefes, so von der künftigen Besoldung der 3000 Gulden reden, nach dem vorher gesetzten Verstande anzunehmen und so zu erklären sind, daß alsdann das minus anfangen, und des plus cessiren solle, wodurch alle rationes dubitandi von selbsten ihre Abfindung gewinnen:

So erhellet hieraus so viel, daß des Herrn adminiſtratoris Durchl. de iure gehalten, Mevium gleich andern vasallen in possessorio zu tractiren, und ihm die quæstionirten 3000 Gulden a tempore mortis sereniſſimi principis abreichen auch das indessen zurück gebliebene nachtragen zu lassen. V. R. W. 11

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE

MENSE APRIL. MDCCXL.

RESPONSVM CLIV.

THEMATA.

I. Simultanea inueſtitura num operetur compoſſeſſionem?

II. *Quatenus de iure futuro agi poſſit?*

III. *De requiſitis remedii l. f. C. de Edict. D. Hadr. toll.*

IV. *Donec de petitorio non euidenter conſtet, in poſſeſſorio pronunciandum eſt.*

V. *De interpretatione pactorum familiæ.*

SVMMARIA.

Quæſtio I. n. 1.

Iudicium de eo, quod adhuc futurum eſt, non competit. n. 2.

Remedia adipiſcendæ et retinendæ poſſeſſionis coniungi nequeunt. n. 3.

Simultanea inueſtitutura num tribuat poſſeſſionem et iura, ab actuali poſſeſſione dependentia? n. 4. 19. 32.

Remedium adipiſcendæ quid ſupponat? n. 5.

Si teſtamentum vitium viſibile non habet, remedium l. f. C. de edict. D. Hadr. tollendo locum habet, n. 6. 33.

in quo quæſtio, num teſtator facultatem teſtandi habuerit? non examinatur, ſed in petitorio demum decidtur. n. 7.

Petitorium cum poſſeſſorio adhuc ante concluſionem in cauſa cumulari poteſt. n. 8.

Proceſſus hodie ſecundum doctrinam iuris canonici inſtruitur, non attento iure ciuili. n. 9.

Fruſtra de poſſeſſione quæritur, ſi de petitorio conſtat. n. 10.

Vbi actor conſentit in examen quæſtionum, ad petitorium pertinentium, etiam de iure ipſo ſententia ferri poteſt. n. 11.

Proteſtatio ipſi facto contraria nihil operatur. n. 12.

Commune dominium tam per ſimultaneam inveſtituram quam per antiqua vnionis pacta impetrari poteſt. n. 13.

Simultanea inueſtitura bonorum pro indiuiſo facta agnatis tribuit ius commune in bona feudalia, ita vt communi nomine a quouis poſt factam diuiſionem ciuiliter poſſideantur. n. 14. 15. 16.

Ad poſſeſſionem acquirendam tam in corporalibus quam in incorporalibus animus volentis tradere et acquirere attenditur. n. 17.

Qualis ſit virtus conſtituti poſſeſſorii? n. 18.

Propter ius ſimultaneæ inueſtituræ res in feudum datæ cum defuncto poſſidentur a ſucceſſore non tantum filio, verum alio quolibet, vt omnibus remediis poſſeſſoriis ſucceſſoribus ſuccurratur. n. 20. 21. 22.

Spes proxima ſuccedendi, quamcunque ſit, iudicium de futuro et conditionali fundare nequit, n. 23.

niſi iuſta et probabilis cauſa intercueniat de præſenti, quæ ſuadeat, admitti eum, qui viuente maioratus fideicommiſſi vel feudi poſſeſ-

possessore petit, se declarari successorem post mortem eiusdem. n. 24.
Præcedente iusta causa procedit actio super iure de futuro. n. 25.
Quod exemplis illustratur. n. 26. 27.
Ad effectum apprehendendæ possessionis quorum bonorum nihil requiritur, quam, vt, eam petens, probet, se esse heredem præsumtium n. 28.
Quando possessor bonorum feudalium pendente iudicio super successione in bonis decessit, tunc non necesse est, nouam actionem super possessorio instituere, sed iudicium antea cœptum continuandum est. n. 29. 31.
Instrumenta imperfecta nihil probant. n. 30.
Cumulatio petitorii cum possessorio soli actori competit, n. 34.
non reo, inuito actore. n. 35.
Vbi actor protestatur, et asserit, se tantum possessorio contra reum contendere, et obtenta victoria, reliqua iustitiæ capita in petitorio deducere velle, iudex super solo possessorio sententiam ferre debet. n. 36. 37.
Iudex demum super euidenti petitorio ius dicere debet, etsi in possessorio tantum conclusum sit. n. 37.
Decisio quæstionis I. n. 38.
Quæstio II. De remedio l. fin. C. de Edict. D. Hadrian toll. n. 39.
Remedium l. f. cit. admittitur, si testamentum vitio visibili caret. n. 40. 43.
Filia a patre in testamento instituta ex c. l. fin. in possessionem bonorum feudalium, quæ patet tempore mortis possidet, non minus quam allodialium mittenda est, non obstante contradictione filiorum aut agnatorum, n. 41. 63.
nisi statim constet, eam incapacem feudi esse. n. 64.
Remedium cit. l. f. datur iam possidenti, vt in possessione confirmetur. n. 42.
Vi remedii l. f. missio heredis in bona mox decernenda est, n. 44.
qualiacunque bona fuerint, etiam feudalia. n. 45.
Si ante licentiam concessam de mittendo in possessionem quis comparet, is legitimus contradictor ad hanc licentiam merito dicendus est, donec de eo, quis potiora iura habeat, iudicetur. n. 46.
Quænam possessio dicatur violenta? n. 47.
Vitiosam possessionem lex tueri non intendit. ibid. *et* n. 48.
De bonorum hereditariorum natura secundum ius Germanicum. n. 49.
In remedio adipiscendæ possessionis sufficit, ostendisse, se esse præsumtium successorem, quod ex qualitate bonorum constare potest. n. 50.
Quæstiones altioris indaginis non possunt impedire eventualiter executionem decreti etiam in possessorio adipiscendæ. n. 51.
Ex testamento prohibente magistratu condito et in antecessum annullato immissio in bona decerni nequit, existente præsertim legitimo contradictore, qui meliora et potiora iura ostendit, exclusiua iuris heredis scripti, et in continenti probata. n. 52.
Vbi testamento locus esse nequit, veluti in feudis ex pacto et prouidentia maiorum, ibi cessat remedium cit. l. fin. n. 53. 56.
Vnde quando qualitas bonorum feudalium in continenti probata est, remedium hoc reiicitur. n. 54. 56. sq.
Quinam dicatur legitimus contradictor ad impediendam missionem in bona? n. 55. 59. sq.
In remedio l. f. legitimi contradictores audiendi sunt, qui dissimilem titulum a testatore vel lege habent, per quem possint possessionem bonorum sibi asserere. n. 57. 58.
Quatenus exceptio, testatorem non potuisse testari, impediat possessionem in bona? n. 62.
Decisio quæstionis II. n. 65.
Quæstio III. De interpretatione pactorum familiæ. n. 66.
Amisso instrumento originali, sufficit, si modo aliunde tenor eiusdem probari queat. n. 67. 68.
Testamenti facto libera et iuris publici censetur, nemini facile ademenda. n. 70.
Multiplex diuiso bonorum impedit splendorem familiæ. n. 71.
Semper inter cohæredes et agnatos æqualitas seruanda, et illa sententia recipienda est, quæ illi fauet. n. 74. 75.
Lites et discordiæ in familiis illustribus omni modo euitandæ sunt. n. 76.
Exemplis instrumentorum nequidem in possessorio fides adhiberi debet, nisi appareat originale, n. 77.
nisi exemplum sit nimis antiquum et ex instrumento originali traductum. n. 78.
Pacta unionis inter illustres non aliter quam in scriptis post grauissimam deliberationem fieri solent, nec ante subscriptionem et plenam absolutionem obligant, n. 79.
Sed vt nudi tractatus considerantur. n. 80. 81. seqq.
De feudis, in quibus succeditur ex pacto et prouidentia maiorum, sine consensu domini directi et agnatorum disponi nequit. n. 83.
Domini directi interest, ne alius ipsi obtrudatur vasallus, quam cui per inuestituram prospectum est. n. 84.
Simultanea inuestitura in feudis imperii agnatis condominium pro indiuiso tribuit. n. 85.
Ad actum quemcunque valide gerendum et voluntas et facultas desideratur. n. 86.
Quæuis, dispositio quantumuis generalis, intelligi debet de his, quæ sunt in potestate disponentis. n. 87. seq.
Particula absonderlich *maxime exprimit casum minus dubitabilem, includendo tamen etiam magis dubitabilem.* n. 91.
Contractus verba ita sunt accipienda, ne reddantur superflua et frustratoria. n. 92.

Nulla melior obscurorum verborum datur interpretatio, quam quæ ex ipso instrumento contractus haberi potest. n. 93. 94.

Illa amplectenda est interpretatio, per quam ius commune seruatur illibatum et illæsum; n. 95.

Cum e contra illa reiicienda sit, qua alter in iacturam et captionem detruditur. ibid.

Si ipsa statuti vel negotii dispositio et conclusio aliud determinat, quam præfatio sonat, hæc illi præferri potest aut debet, non magis, quam si rubrica a textu differat, quæ utique textui præferendus est. n. 98.

Decisio quæstionis III. n. 100.

1 Als derselbe uns einige impressa in Sachen der Herren Gebrüdere Johannis Dominici, und Philippi, Wild- und Rhein-Grafen zu Salm, impetranten an einem, und des Herrn Fürsten zu Salm Hoch-Fürstliche Gnaden impetraten am andern Theil, nebst drey Fragen zugeschicket ꝛc.

Erstlich wird gefraget:

2 **Ob das petitorium cum possessorio cumulative in dieser Sache, befundenen Umständen nach, decidiret werden könne, oder allein über das possessorium zu erkennen sey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol es das Ansehen gewinnen will, als wenn in allen Schriften und impressis mehr das petitorium als possessorium betrieben und ausgeführet sey; zumal 1) was anfänglich dieses betrift, occasione der von Fürstlich Salmischer Seiten gesuchten, aber nachgehends wieder liegen gelassenen veniæ testandi die Herren Gebrüdere Johann Dominicus und Philipp, Wild- und Rhein-Grafen zu Salm, humillimas preces pro clementissime decernendo rescripto Cæsareo de non contraueniendo pactis familiæ, neque successioni in iis præscriptæ vllum impedimentam obiiciendo nec oppignorationibus vllis bona grauando, nec etiam in futurum successionis casum proximis coagnatis possessionem præripiendo übergeben, und auch zwar ein rescriptum erhalten, iedoch es nicht allzu legal angesehen werden möchte, bereits über künftige possession eine Verordnung zu suchen, und darüber eine Erkänntniß zu verfangen, cum iudicium de eo, quod ad huc futurum est, non competat.

l. 35. in f. de iudic.

Welches denn 2) verursachet, daß, weil in dem conclusо vom 8. April 1737 an Chur-Pfalz commission erkant ist, darüber zu sehen und zu halten, damit die mit ihrem Vettern Nicolao Leopold in pari gradus proximitate stehende Wild- und Rhein-Grafen ihrer gleicher successions-Befugniß an der Grafschaft Salm, der Herrschaft Vinsingen, beydes Rhein-Gräflichen Antheils der Grafschaft Kyrburg, und was überall von Alters her dazu gehörig, und dem Herrn Fürsten zu Salm daran zustehen möchte, auf begebenden Fall geschützet, und daran weder durch einige des Herrn Fürsten zu Salm errichtete oder ferner errichtende widrige Testamentarische oder andere Verordnungen noch durch ihres Vetters, Graf Nicolai Leopold, anmaßlichen Vorgrif und præripirung der possession, auf was Wege und Weise es geschehen möge, nicht im geringsten vernachtheiliget, sondern ihnen erforderlichen fals zu gleicher Mitbesitznehmung ermelter Graf- und Herrschaften, und was von Alters her dazu gehörig, auctoritate cæsarea kräftigst verholfen, und sie bey solcher compossession alsdann zu ihren gleichen Antheilen ruhig erhalten und gehandhabet werden mögen, der Hoch-Fürstlich-Salmische Anwald dagegen das remedium reuisionis vel supplicationis ergriffen, und sich darüber beschweret, daß denen beyden Herren impetranten eine possession de plano zuerkant und verordnet sey, daß durch die dabey erkante commission denenselben die manutenenz in possessorio angedeyen solle, ohne daß ein factum possessionis vorhergangen, und das remedium adipiscendæ vel retinendæ nicht einsten beysammen stehen können, ja 3) gezweifelt werden möchte, ob eines von beyden allhier sich appliciren lasse; 4

zumal obgleich die Herren impetrantes mit denen quæstionirten Graf- und Herrschaften simultanee inueſtiti sind, dennoch daraus keine possession erfolgen möchte, cum simultanea inueſtitura non tribuat possessionem, nec iura ab actuali possessione dependentia,

STRVV. *in Synt. iur. feud. c. 9. aph. 16. n. 2.*

BERLICH. *P. 1. concl. 20. n. 26.*

das remedium adipiscendæ aber 4) erst von dem casu deuolutionis secutæ dependiren und zu erörtern seyn wird, ob und wer in genanten Herrschaften zu Ergreifung der possess einige Befugniß und Vorzüge haben. 5 Uebrigens da 5) der casus deuolutionis bereits existiret, und der itzige Herr Fürst zu Salm die possess ergriffen, und aus dem testamento defuncti principis Salmensis die manutenenz zu behaupten suchet, es das Ansehen gewinnen will, als wenn er darin potior sey, da das testamentum kein visibile vitium zu haben scheinet, 6

l. f. C. de edict. D. Hadr. toll.

und die quæstio, ob der testator facultatem testandi gehabt, hier nicht zu erörtern stehet, 7 quippe quæ altioris indaginis est, in petitorio demum decidenda,

l. 13. §. 3. D. ad SC. Trebell.

und so ferne auch 6) ein possessorium hier statt finden solte, dennoch die cumulatio cum petitorio 8

titorio gar wol, auch noch ante conclusionem in causa, geschehen mögen,

c. 5. X. de caus. possess. et propriet.

9 nach welcher doctrina iuris canonici der Proceß heute zu Tage bekanter massen instruiret, und, non obstante iure ciuili, erkant wird.

BOEHMER *tom. 1. iur. eccles. lib. II. tit. 12. §. 5.*

10 Wie denn 7) in gegenwärtigem Fall das petitorium durch und durch mit ausgeführet, die Gründe desselben vor iedermans Augen geleget, und bereits solches dergestalt erörtert zu seyn scheinet, daß darin wol mit erkant werden möchte, so daß es auch hier heissen müsse: fruſtra de possessione quæritur, si de petitorio con-
11 stat. Und obwol 8) die Herren impetranten vornemlich ihre intention in possessorio gegründet, und auch darin einige conclusa erhalten, dennoch nicht zu leugnen, daß der hochseel. Herr impetrat hauptsächlich die Sache auf die quæstion in petitorio zu bringen gesuchet, daß er nach dem pacto familiæ de anno 1545 unter den nächsten von der Familie, wenn auch gleich æquales in pari gradu verhanden sind, zu testiren wohl befuat sey, worauf die Herren impetrantes sowol in der exceptions-Schrift, als in denen publicirten Beylagen ad exhibitum vom 17. Jul. 1736 sich eingelassen, und die angeführten fundamenta zu removiren, von ihrer Seite aber das ius succedendi zu befestigen gesuchet, in Rechten aber bekant ist, quod vbi actor consentit in examen quæstionum ad petitorium pertinentium, etiam de iure ipso sententia ferri possit.

c. 1. X. de restitut. spoliat.

12 Und obwol solches 9) cum protestatione de se non intromittendo in peritorium geschehen seyn mag, dennoch denen Herren impetranten solches um destoweniger zu statten kommen möchte, quod protestatio ipsi facto contraria fuerit.

Rationes decidendi.

13 Dieweil aber dennoch 1) aus denen Lehn-Briefen deutlich abzunehmen, daß nach des FERDINANDI II. mandato Cæsareo contra 10. GEORGIVM vom 10. Decembr. 1627 die sämtlichen Wild- und Rhein-Grafen zu Salm die Reichs-Lehne und Lande vigore simultaneæ inuestituræ bestrlich hergebracht haben, wie die eigentlichen Worte lauten, und 2) anzeigen, daß weil die Reichs-Lehne beständig von einem Lehnträger, im Namen aller agnaten zu Lehn, empfangen, wie insbesondere der Lehn-Brief de anno 1615 darthut, sie dieselbe pro indiuiso und in solidum erhalten, und communi nomine, non obstante diuisione, besessen haben müssen; darzu 3) vornemlich die alten Erbeinigungs-Verträge, absonderlich de anno 1375, das meiste contribuiret, und eine solche vnion und communion unter denen sämtlichen Herren agnaten errichtet, daß sie insgesamt dadurch in ein condominium gesetzet, ein corpus familiæ ausgemachet, und nach des Herrn impetraten eigenem Bekäntniß in der alterunterthänigsten remonstration vom 23. December 1720 alles nach dem alten vnions- und communions-tractat wegen succession der Häuser zu reguliren sey; da denn 4) die Benennung des vnions- und communions-tractats selbsten das commune dominium, tam per simultaneam inuestituram impetratum, quam per antiquissima vnionis pacta corroboratum, anzeiget, und die sämtliche agnatos, ohngeachet sie unterschiedliche Theilungen vorgenommen, als socios eorundem feudorum et bonorum stemmaticorum constituiret hat; wie denn 5) ohnedem die simultanea inuesti- 14
tura eorundem bonorum pro indiuiso facta de iure communi, als wovon hier allein die Rede ist, ein commune dominium allen agnaten auf die Lehn-Güter attribuiret, und nach solchem Rechte würcken muß, daß sie auch communi nomine von einem ieden Theil post factam diuisionem, zum wenigsten ciuiliter besessen werden.

l. 1. §. 1. l. 2. D. pro soc.

Bevorab 6 da ex iure communi, offenbar ist, 15
daß auch einer seinen Theil ex re communi, worau der andre facta diuisione ein condominium behält, nicht allein proprio, sondern zugleich alterius nomine mit besitzet, obwol inzwischen ein ieder aus seinem Antheil die Nutzungen ziehet, und in so weit, illo viuente, der condominus sich dessen nicht anmassen kan.

ROSENTHAL *de feud. c. 9. m. 1. concl. 56. n. 9.*

Jedoch wann 7) der casus succeſſionis existi- 16
ret, er so fort die possession continuiret, und nebst der ciuili auch die naturalem überkommt, dergestalt, daß in dessen præiuditz dagegen nichts geschehen kan, hier auch 8) solches um 17
destomehr zu appliciren, da iederzeit ein zeitiger Fürst für sich und seine Herren agnaten von denen quæstionirten Graf- und Herrschaften in solidum et pro indiuiso die Belehnung genommen, und communi consensu also ein ieder nothwendig ein condominium und die compossession auf des andern Antheil conserviren muß, ad possessionem enim acquirendam tam in corporalibus quam incorporalibus attenditur animus volentis tradere et acquirere,

POSTIVS *de manut. obs. 20. n. 22.*

welcher animus 9) durch die von Seiten des 18
Fürsten von Salm iederzeit genommene Belehnung für sich und seine Herren agnaten, und zwar in solidum et pro indiuiso declariret und genugsam bestätiget worden, mithin implicite ein constitutum possessorium in sich gehalten, virtute cuius ein ieder seinen Antheil nomine alterius zugleich mit behalten, vt facta quauis diuisione solo animo retenta fuerit in re alteri per diuisionem assignata possessio; dergestalt, daß 10) was einige lehren, simul- 19
taneam inuestituram non operari compossessionem, entweder von der Saxonica anzuneh-

nehmen, in welcher einer allein besitzet, und die Mitbelehnten nach der Absicht des principal-vasallen nicht ehender, als nach dem Tode des possessoris absque prosapia mascula, succediren: oder bloß von der naturali possessione verstanden werden muß, quæ non excludit possessionem socii ciuilem; bevorab da 20 11) ein solcher Lehnträger communi nomine die Lehns-Pflichten verrichtet, und unter dergleichen simultanee inuestitos viele iura insgemein noch administriret werden, auch die Huldigung im Namen derer agnaten zu geschehen pfleget; dahero 12) die interpretes gar recht schliessen, quod propter ius simultaneæ investituræ res in feudum datæ cum defuncto possideantur a successore, non tantum filio, verum etiam alio quolibet, nimirum si feudum antiquum ex pacto et prouidentia maiorum delatum est, vt omnibus remediis possessoriis successoribus succurratur.

WESEMBEC. *P. I. conf. I. n. 49.*

21 Aus welcher Absicht dann 13) ohne Zweifel geschehen, daß den 13. Jul. 1733 an den damaligen Wild- und Rhein-Grafen zu Salm, Nicolaum Leopoldum, nunmehro Fürsten von Salm, von Ihro Käyserlichen Majestät ein Befehl dahin ergangen, denen pactis gentilitiis nicht entgegen zu handeln, noch im zukünftigen successions-Fall denen Herren impetranten, als nächsten agnaten, die compossession zu præripiren; welcherley mandatum auch 14) an den Höchstseeligen Fürsten von Salm, als impetraten ertheilet ist. Und als ferner 15) per conclusum vom 18. Jun. 1736 verlanget worden, die Rhein-Gräflichen Stamm und Lehn-Güter, über welche die Herren impetrantes ratione testamenti a Principe Salmensi faciendi contra ordinem succedendi besorget gewesen, namentlich anzuzeigen, und die qualität derselbigen zu bescheinigen, so auch den 17. Jul. 1736 erfolget, so ist den 14. Aug. 1736 an den Hochseeligen Herrn impetraten abermal auf die benahmte Graf- und Herrschaften ein mandatum ergangen, zum præiudiz derer Herren impetranten denen pactis familiæ und der darin fortgesetzten successions-Ordnung nicht entgegen zu handeln, nicht weniger an den damaligen Herrn Rhein-Grafen von Salm, Nicolaum Leopold, das vorhin ergangene mandatum vom 13. Jul. 1733 wiederholet; worauf zwar 16) der damals noch lebende Fürst von Salm, eine partional-Erklärung unter dem 24. December 1736 ergehen lassen, aber dabey weitläuftig anführen wollen, als wenn dem Herrn impetraten nach den pactis familiæ zum faveur eines von denen nächsten Agnaten zu disponiren erlaubet sey; welche Erklärung iedoch 17) sub dato den 8. April 1737 als unzulänglich gehalten, und erkant worden, daß die geschehene deductio iurium hieher, da in possessorio man versirte, unstatthaft sey, sondern allenfals ad petitorium gehöre, und dahero an Chur-Pfalz die commission ertheilet worden, die Herren impetranten, als welche in pari gradu mit dem damaligen Herrn Wild- und Rhein-Grafen Nicolao Leopoldo gestanden, bey ihrem gleichen successions-Befugniß an der Grafschaft Salm, der Herrschaft Winstingen, und der Grafschaft Kyrburg auf begebenden Fall zu schützen, und weder durch Testamentarische disposition noch durch ihres Vettern, Graf Nicolai Leopold, anmaßliche Vorgrif und præripirung der possession dagegen etwas verhengen zu lassen, sondern denen Herren impetranten erforderlichen falls zu gleicher Mitbesitznehmung ermeldter Graf- und Herrschaften kräftigst zu verhelfen, und bey solcher compossession zu handhaben; woraus denn 18) klärlich abzunehmen, daß nach denen 22
Reichs-Hofräthlichen conclusis bloß wegen der denen Herren impetranten zustehenden compossession, so ihnen nach denen Lehn-Briefen und pactis familiæ gebühret, die gantze Sache tractiret, und das petitorium noch ausgesetzet worden, zumal man leicht vorher sehen können, daß durch præripirung der possession künftighin sub prætextu testamenti denen Herren impetranten ein grosses præiudiz zuwachsen könte, so daß, wenn man auch 19) den Satz, per simultaneam inuestituram non dari compossessionem, annehmen wolte, dennoch gar wol super futura apprehensione compossessionis eine prouision geschehen und erkant, mithin das possessorium adipiscendæ possessionis fest gesetzet werden können, zumal das condominium ex simultanea inuestitura wenigstens fundatum gewesen, und denen Herren impetranten daraus ein ius præsens, firmum, et radicatum succedendi zugestanden; welchem nach ihnen, 20) existente casu successionis, auch die 23
compossession zum voraus versichert, und auch wol darüber par avance erkennet werden mag; quamuis enim spes proxima succedendi, quantacunque sit, iudicium de futuro et conditionali validare nequeat, et nemo possit petere, vt viuente possessore successor futurus declaretur.

IO. DEL CASTILLO *tom. 5. quotid. controuers. lib. 8. c. 93. §. 14. n. 7 §qq.*

ROSENTHAL *de feud. c. 9. m. 2. concl. 83. n. 18.*

Hæc tamen sententia merito temperanda est, 24
vt actor talis audiendus sit super iure futuro, quod tamen pendeat ab eo, quod est de præsenti, iudicium instituens, si iusta et probabilis causa interueniat de præsenti, quæ suadeat, statim reum audiri et admitti eum, qui viuente maioratus fideicommissa vel feudi possessore petit, se declarari successorem post mortem eiusdem,

l. 1. C. de fideic. l. 1. C. de sentent. quæ sine certa quant.

atque ita præcedente aliqua iusta causa etiam 25
super iure de futuro procedit actio, et potest petere quis, vt declaretur sibi ius competere in futurum

IO. DEL CASTILLO *cit. l. n. 25.*

LVDO-

LVDOVICVS MOLINA *de maior. lib. III. c.14.*

26 vtpote si possessor bonorum maioratus prætendat bona esse libera, illaque tanquam libera alienare vel dissipare cœperit, vel quicquam simile fecerit, ex quo maioratus successoris iuri præiudicari posset, nisi ius futurum simul cum iure præsenti in iudicium deduceretur, vt in terminis ex SVARESIO tradit

DEL CASTILLO *cit. l.*
Conf. ALVAR VALASCVS *cons. 184. n.10 seq.*
SVRD. *lib. 1. cons. 167. n. 21.*

27 Welches 21) hier auf gegenwärtigen casum gar füglich und geschickt zu appliciren, da ausser Streit ist, daß die Herren impetranten ein ius præsens radicatum ex inuestitura simultanea et pactis familiæ in die quæstionirte Graf- und Herrschaften haben, diesem ohngeachtet aber des Hochseeligen Herrn impetraten Fürstliche Gnaden damit umgegangen, daß sie darüber disponiren, solche auf ihren Herrn Schwiegersohn, mit dem doch die Herren impetranten in gleichem Grad stehen, mit derselben Ausschliessung transferiren, und eueniente casu die compossess ihnen zu præripiren, und sie hingegen ins petitorium zu verweisen intendiret, worin eben heute zu Tage ein damnum irreparabile bestehet, und dahero pro tali præiudicio auertendo sie billig höchst besorgt zu seyn Ursache gehabt, und auch die rechtliche Hülfe bey dem hochpreißlichen Reichs-Hof-Rath aus denen angeführten momentis erhalten. Bevorab da sie 22) gleiches Recht mit des Herrn impetraten Herrn Schwiegersohn bey der instehenden succession unstreitig gehabt, auch ad effectum apprehendendæ possessionis ex interdicto quorum bonorum nichts weiter erfordert wird, als daß der implorant heres præsumtiuus sey, und deswegen ihm eueniente casu die possess oder compossess gebühre;

28

BOEHMER *in tr. de action. sect. 2. c. 3. §. 4.*

welches sich hier ohnstreitig für die Herren impetrantes befindet, ja eben deswegen an Chur-Pfalz commission ertheilet worden, sie zu der compossess eueniente casu zu verhelfen, und sie dabey zu mainteniren. Uebrigens, da 23) pendente reuisorio der casus successionis würcklich existiret, nunmehro die Sache in den Stand gerathen, daß denen Herren impetranten das Reichs-Hofräthliche concludum angedeyen muß, quando enim pendente iudicio possessor eiusmodi bonorum decessit, tunc non necesse est, nouam actionem super possessorio instituere, sed iudicium antea inceptum continuandum.

29

ALV. VALASC. *cons. 184. n. 2 et 3.*

30 Uebrigens was 24) zu excludirung derer Herren impetranten angebracht worden ist, sowol der qualitati bonorum als aller præsumtion zuwider läuft, in continenti nicht erweislich ist, vielmehr in altiori indagine beruhet, mithin billig hier zu verwerfen ist, bevorab da das pactum vnionis de anno 1545, worauf man gegenseitig totius causæ præsidium setzet, in originali nicht vorhanden, ja man nicht einsten weiß, ob solches proiect iemals zum Stande gebracht und ausgefertiget sey, und dahero keine Namens-Unterschrift hat, und unvollenzogen ist, woraus niemand ein ius fundatum excipiendi haben kan. Wogegen denn 25) die rationes dubitandi nichts verfangen mögen, zumal ad 1) bereits dargethan ist, daß allerdings bewandten Umständen nach super iure futuro successionis et apprehendendæ possessionis das iudicium fundiret werden können, bevorab, da pendente iudicio der possessor feudorum et bonorum fideicommissariorum verstorben, und nunmehro nicht mehr das iudicium de futuro sed de præsenti iure continuiret wird.

31

IO. DEL CASTILLO A SOTO MAIOR *cit. l. n. 30.*

Ja auch ad 2) ante hunc euentum, über die künftige possess-Ergreifung gar wol erkant werden können, nachdem eines theils ex simultanea inuestitura die compossess erläutert worden ist, oder wenigstens ihnen aus dem condominio in simultanea inuestitura et pactis familiæ fundato die compossession als præsumtiuis successoribus gebühret, und unter dem prætextu testamenti, darin sie de facto ausgeschlossen werden wollen, ihnen solche nicht præripiret werden können, welche demarche der hochpreißliche Reichs-Hofrath leicht vorher gesehen, und eben deswegen commission auf Chur-Pfalz pro hoc præiudicio auertendo erkant hat. Dieserwegen denen Herren impetranten es an dem fundamento possessorii keinesweges ermangelt, und ad 3) bereits in ratione decidendi dargethan, daß alle agnati pro indiuiso und in solidum durch den Herrn Lehnträger belehnet worden, ihnen also ein gleiches Recht und compossess an denen quæstionirten Graf- und Herrschaften zugestanden; und ohngeachtet die Theilung geschehen, dennoch ein ieder in parte alterius animo die possessionem ciuilem conserviret, ja ex ipso condominio nichts anders ersolgen mag, als daß ein ieder seinen Antheil nomine alterius mit besitzen muß, obwol die naturalem possessionem ein ieder für sich hat, mithin was de simultanea inuestitura Saxonica, in welcher die simultanee inuestiti niemals in compossessionem gekommen, angeführet wird, hieher nicht zu ziehen, im Gegentheil ante diuisionem die Herren agnaten in compossessione nothwendig gewesen, und solche nach der geschehenen Theilung solo animo et sic ciuiliter wohl conserviren können. Ja wenn auch ad 4) von dem remedio adipiscendæ possessionis hier bloß die Frage seyn solte, iedoch auch solches in antecessum

32

33

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-142341983-10/fragment/page=0717

wol, wie klar gezeiget worden, fest gesetzet, und denen Herren impetranten zuerkant werden können, zumal dessen execution bloß ab euentu dependiret, das ius apprehendendi compossessionem aber bereits erörtert, ja der casus nunmehr nicht mehr in pendente, sondern bereits würcklich da ist; dabey denn ad 5) das prætensum testamentum defuncti principis Salmensis in keine consideration zu ziehen, noch eine manutenentz, bewandten Umständen nach, dem heredi instituto *ex l. f. C. de edicto D. Hadr. toll.* geben kan, wie eines theils bey der folgenden Frage darzuthun, andern theils bereits vorläufig daraus klar ist, daß der heres institutus alle præsumtion wider sich hat, kein heres præsumtiuus, worauf doch alles ankommt, seyn kan, und demjenigen die possess oder compossess zuerkant werden muß, qui potiora iura pro se habet, dieweil alhier gnug ist, daß der testator præsumtiue keine potestatem testandi gehabt, wie die qualität der quæstionirten Graf- und Herrschaften darleget; sonsten auch ein ieder, damit er nur die possess auf den heredem institutum bringen möchte, ein testamentum de feudis imperii verfertigen, und nachgehends der heres institutus vorgeben könte, testamentum carere vitio visibili, et quæstionem, vtrum testator testamentum facere potuerit, esse altioris indaginis, in petitorium reiiciendam, cuius exitus difficillimus est, dergleichen illegales Unternehmen die Rechte nicht approbiren, sondern vielmehr ver-
34 abscheuen; so viel aber ad 6) die cumulationem petitorii cum possessorio betrift, so ist bekant, daß solche nur allein die Rechte dem Kläger, so hier die Herren impetranten sind, zulassen, wie die verba textus anzeigen

in c. 5. X. de cauf. propriet. et poſſeſſ.

alwo der Pabst sich auf das ius ciuile beruset, und spricht: cum legali sit prouisione statutum, eum, qui fundum vindicauerit ab eo, cum quo interdicto, vnde vi, potuit experiri, pendente iudicio interdictum posse nihilominus intentare, welche Worte offenbar
35 von dem Kläger reden, hier aber das Gegentheil, da die Herren impetrantes bloß in possessorio geklaget, sich befindet und hervorthut, daß der impetrat, qua reus, die Sache mit Gewalt ad petitorium zu bringen gesuchet, welches aber denen Herren impetranten wider ihren Willen, als welcher hierbey erfordert wird,

c.1. X. de reſtitut. ſpol.

nicht obtrudiret werden mag, ja per conclusum vom 8. April 1737 alles, was zu Bestärckung des petitorii vom Herrn impetraten angebracht worden, verworfen, und bloß in possessorio erkant ist, so daß, was ad 7) davon angeführet, umsonst und sine effectu seyn muß, indem dem Herrn impetraten nicht erlaubet gewesen, statum controuersiæ zu mutiren, und von dem eigentlichen themate litis abzugehen; dahero auch dasjenige, was unter dem 11. April 1737 zu Erläuterung des petitorii angebracht ist, per conclusum vom 16. April. 1737 von neuem verworfen ist, als ein klares Kennzeichen, daß der hochpreißliche Reichs-Hof-Rath die Verdrehung des processus nicht verstatten wollen, zumal auch das petitorium noch lange nicht mit dem, was in actis vom Herrn impetraten angeführet ist, aus- und klar gemachet werden kan, sondern dazu noch wichtigere argumenta gehören, zumal das Vernehmste, so ex pacto prætenso de anno 1545 genommen, noch zur Zeit, so lange kein original produciret werden kan, das schwächste, und wie ad quæst. tertiam gezeiget werden soll, ad fundandum petitorium unzureichend ist, an und vor sich selbsten aber ad 8) irrig ist, daß die Herren 36
impetranten sich darauf eingelassen, und consentiret haben, daß das petitorium zugleich mit tractiret werde; allermassen was etwa davon angeführet, nur in der Absicht geschehen, daß eines theils die Herren impetrantes qualitatem bonorum dadurch weisen, anbey vorläufig anzeigen wollen, was vor Schwürigkeiten in petitorio zu übersteigen von Seiten des Herrn impetraten sich befinden dürften, als welches in altissima indagine noch beruhet: andern theils daß die Herren impetranten von ihrer Seiten das possessorium in etwas, so viel nöthig, coloriren möchten, dabey doch solches, wie die exceptiones reusioriæ anzeigen, cum protestatione solenni, de se non intromittendo in petitorium, geschehen, und dahero daraus so wenig eine ordentliche Einlassung als vielmehr das Gegentheil zu schliessen; welche protestatio denn ad 9) ipsi facto nicht contraria ist, indem sonsten niemals die coloratio possessorii, als wobey man zugleich incidenter und beyläufig den punctum iuris, wie hier geschehen, nothwendig mit ausführen muß, sub hac protestatione würde geschehen können, gleichwol mehr als zu bekant ist, quod, vbi actor protestatur et asserit, se tantum possessorio contra reum contendere, et obtenta victoria, reliqua iustitiæ suæ capita in petitorio deducere velle, iudex super solo possessorio sententiam ferre debeat,

CARPZ. *in proc. tit. 1. art. 5. n. 26.*

BRVNNEMANN *in proc. ciu. c. 1. n. 42 in f.*

LAVTERBACH *tit. de interd. circa f.*

auch niemand leicht behaupten wird, daß das- 37
jenige, was circa petitorium vtrinque angeführet ist, dasselbe dergestalt völlig erörtere, daß kein dubium mehr übrig bleibe, da von der Richtigkeit und integrität der documenten noch ein grosses auszumachen übrig bleibet, und der Herr impetrat seinen Satz, daß das pactum prætensum de anno 1545 in den folgenden Verträgen zum Grunde geleget sey, zu behaupten noch vielleicht mehrere Mühe antreffen wird, als er vermuthet, darauf doch ein grosses suo tempore ankommen wird, weil derselbe daraus zu behaupten intendiret, daß das pactum beständig, als basis, agnoscīret, und für gültig

tig gehalten worden; iudex enim demum super EVIDENTI petitorio ius dicere debet, etsi in possessorio tantum concludum sit:

MEV. *P. 6. decis. 100.*
HARPRECHT *vol nov. consil. IV. n. 292.*
MYNS. *cent. 6. obs. 13. n. 9.*

38 So sind wir der rechtlichen Meinung, daß nur allein über das possessorium in dieser Sache zu erkennen sey, das petitorium aber noch zur Zeit nicht mit in die decision kommen könne.

39 So viel die andere Frage betrift:

Ob der Herr impetrat ex lege vlt. C. de edict. D. HADR. toll. bey der possession solitaria sich zu schützen vermöge?

Rationes dubitandi.

40 Ob nun wol 1) an dem ist, daß der hochseelige Herr impetrat lite pendente verstorben, und die Sache dadurch in einen gantz andern Stand gesetzet ist, indem er ein Testament gemachet, und darin den Herrn Wild- und Rhein-Grafen, Nicolaum Leopoldum, zum vniuersal-Erben, und so gar derer quæstionirten Graf- und Herrschaften, eingesetzet, und man hier voraus setzet, daß gedachtes Testament kein visibile vitium, nach der äusserlichen apparence, habe, wodurch sonsten die immission verhin-
41 dert werden könne. Und ob wol 2) hiebey die quæstio, daß zum præiudiz der Lehn und Stamm-Güter das Testament nicht bestehen könne? aufgeworfen werden möchte, dennoch solche als unstatthaft zu verwerfen, weil der hochseelige testator einen agnatum zum Erben instituiret, und die aufgeworfene quæstio hiebey altioris indaginis ist, dieserwegen billig verworfen werden muß, adeoque etiam filia a patre in testamento instituta ex l. f. C. de edict. D. HADR. toll. in possessionem bonorum feudalium, quæ pater tempore mortis possedit, non minus, quam allodialium, mittenda est, non obstante contradictione filiorum aut agnatorum.

ROSENTHAL *de feud. c. VII. concl. 48. n. 2.*

42 Bevorab da 3) der gemeldte heres institutus bereits die possession derer von dem testatore verlassenen Lehn und Stamm-Güter inne hat, solche realiter besitzet, und dahero de missione facienda nicht mehr die Frage seyn kan, vielmehr nunmehr derselbe bey der possess in dubio zu schützen seyn möchte, cum etiam remedium ex cit. l. f. detur iam possidenti, vt in possessione confirmetur.

MENOCH. *remed. IV. adipisc. poss. n. 348.*

43 Allermassen 4) das testamentum, omni carens visibili vitio, der institutus heres vor sich hat, so allein genug ist, ad fundandum hoc

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

possessorium, etiamsi non doceat, se heredem esse;

IDEM *cit. l. n. 51.*

nicht weniger 5) die Stamm- und Lehn-Güter 44
der defunctus ohnstreitig besessen, in quæ missio mox decernenda,

iuxta l. f. C. de edict. Hadr. toll.

qualiacunque fuerint, siue propria, siue alie- 45
na, quod etiam detentio pro possessione habeatur, veluti si defunctus tantum vsumfructum habuit,

MENOCH. *cit. l. n. 368 sqq.*

adeoque multo magis, si etiam feudalia fuerint, filia herede instituta, cum sufficiat, quod in petitorio ostendere queat, se esse feudi capacem.

IDEM *cit. l. n. 375 sqq.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) hiebey wol zu er- 46
wegen, daß der institutus heres eines theils die possess der quæst. Lehn- und Stamm-Güter propria auctoritate apprehendiret, und er auctoritate iudiciali noch zur Zeit in die possess nicht gesetzet worden, mithin ihm solche de facto apprehendirte possessio wenig helfen kan, bevorab da solches eo tempore geschehen, da ohnstreitige contradictores legitimi da gewesen, und diese Sache in possessorio viele Jahre bereits ventiliret worden, quando autem quis comparet ante licentiam concessam de mittendo in possessionem, is est legitimus contradictor merito dicendus ad impediendam hanc licentiam, donec de eo iudicetur, quis potiora habeat iura,

MENOCH. *cit. l. n. 567.*

bevorab da 2) dem Herrn testatori pie de- 47
functo verlängst die gesuchte venia testandi abgeschlagen, und per mandata cassatoria alle testamenti factio de bonis feudalibus et fideicommissariis verboten; im Gegentheil verordnet worden, vt impetrantes, ceu agnati in æquali gradu constituti, in compossessione, eveniente casu, mitterentur; wodurch also 3) die apprehensio possessionis vitiosa geworden, und als violenta zu achten, quod supremo magistratu vetante apprehensa fuerit: vi enim factum videtur, si quis contra, quam prohiberetur, fecerit,

l. 1. §. 5. D. quod vi aut clam.

et qui prætore vetante fecit, is contra edictum fecisse intelligitur, imo illegali modo fecisse.

l. 102. pr. l. 121. D. d. R. I.

Mithin 4) die apprehensio possessionis als spoliatiua anzusehen, da in voriger Frage dargethan worden, daß die Herren impetranten ex simultanea inuestitura, pro indiuiso et in solidum facta die compossession an allen Lehn- und Stamm-Gütern animo et ciuiliter conserviret, und die compossession dahero ihnen nicht præripiret werden können, quo casu ma-

gis spoliatiua et sic maxime vitiosa dicitur possessio, quam lex tueri non intendit.

POST. *de manut. obs. 42. n. 74. et 150.*

48 Allermassen denn c) der hochseelige Herr testator und dessen Vorfahren vielfältig in Schriften agnosciret, daß in dem Wild- und Rheingräflichen Hause keine andere denn Lehn- und einige allodial-Stamm-Güter zu befinden, zu welchen keine andere als agnati befugt seyn können,

vid. die gedruckten Beylagen p. 24. zum exhibito vom 17. Iul. 1736.

und zwar um deswillen, weil disfals von Uralters her ein contractus vnionis et communionis wegen successionder ein und andern branche zum faveur des Manns-Stammes errichtet worden, wie von Seiten des pie defuncti principis in denen Beylagen p. 31. abermal eingestanden, und insbesondere a) von der Grafschaft Salm angemercket ist, daß, wenn einer damit belehnet worden, solches im Namen der gantzen Familie geschehen, weil sie alle nur eine Familie ausgemachet, wodurch die qualitas feudalis der Grafschaft Salm, und die geschehene inuestitura pro indiuiso, ausser denen Lehn-Briefen, offenbar gegenseitig festgesetzet, und daraus eben das condominium hergeleitet worden; aus welcher Ursache auch in denen Beylagen sub n. 6. p. 7. FERDINANDVS II in mandato vom 10. Decembr. 1627 gar notanter angezeiget, daß die sämtliche Wild- und Rhein-Grafen, als Grafen zu Salm, unter andern des heil. Reichs-Lehn, vigore simultaneæ inuestituræ die Grafschaf Salm, und dazu gehörigen regalien, nebst alle Oberherrlich- und Gerechtigkeiten besitzlich hergebracht hätten, und dahero bey harter Strafe, nichts davon zu veräussern und zu verwenden, verboten, ja per conclusum cæsareum vom 18. Iun. 1629 der über der attentirten alienation geschlossene contractus als null und nichtig erkläret, und von neuem ex parte principis Salmensis in der Beylage sub n. 9. de anno 1684 diese qualitas bestätiget worden: ferner b) wegen der Herrschaft Winstingen abermals in denen Beylagen sub n. 10. p. 10. von Seiten principis Salmensis ein klare und deutliche Bekäntniß bey der damals vorgewesenen Käyserlichen commission anzutreffen, als woselbst gedachte Herrschaft mit dürren Worten als ein unmittelbares Reichs-Lehn angegeben, ja in der Beylage sub n. 11. p. 13. deutlich declariret worden, daß Ihro Fürstliche Gnaden das Lehn darob von Käyserlicher Majestät und dem Reich erkenneten und hielten; welche Bekäntniß, tanquam probationum regina, die unstreitige qualitatem feudalem der gedachten Herrschaft mehr als zu deutlich anzeiget: endlich wegen der Wild-Grafschaft Korburg die Lehn-Briefe sub n. 12. und 13. ein klares Zeugniß von ihrer qualitate feudali darlegen, und überhaupt nach dem Ryswickischen Frieden princeps Salmensis die Belehnung mit denen von Käyserlicher Mai. und dem heil. Römischen Reich zu Lehn rührenden Landen (und nicht allein mit denen regalibus) sowol, laut der Beylage sub n. 15. gesuchet, als auch das procuratorium laut n. 16. auf diejenigen Lande, Herrschaften und regalien, so von Käyserlicher Majestät und dem Reiche zu Lehn rühren, mit klaren Worten ausgestellet, als ein klares Kennzeichen, daß die Graf- und Herrschaften selbsten, und nicht bloß die regalia, von Käyserlicher Majestät und dem Heil. Röm. Reich zu Lehn rühren; ausserdem d) solche Lande und Herrschaften annoch von uralten Zeiten mit einem fideicommisso familiæ beleget, und darüber ein vnion- und communions-Vertrag, ex propria confessione principis Salmensis, von Alters her aufgerichtet gewesen, aus welchem Grunde in dem den 18. Iun. 1696 in dem Wild- und Rheingräflichen Haus errichteten Vertrag expresse ausbedungen ist:

> Daß keine von denenjenigen Herrschaften, Landen und Gefällen, welche in dem Rheingräflichen Hause gewesen, iedoch noch sind, und in denen Theilungen de anno 1515, 1574 und 1607 befunden, soll veräussert, noch verpfändet werden, ohne Genehmhaltung aller Manns-Namen vom besagten Rheingräflichen Haus 2c.

Welches um desto nöthiger gewesen, weil es 49 mehrentheils bey dergleichen Herr- und Grafschaften sich befindet, daß allodia intermisciret sind, welche gar leicht nach denen principiis iuris Romani, wiewol ungeschickter Weise, von denen Land-Erben in Anspruch genommen, oder von denen possessoribus mit Schulden beschweret, oder veräussert werden können, welchem Unfug vorzubeugen, und die alten Teutschen Rechte bey denen alten Stamm-Gütern, nach welchen solche allein denen agnatis gebühren, zu conserviren, man von Alters her dergleichen Verträge und pacta vnionis gemachet, und solche bey denen meisten Fürst- und Gräflichen Häusern in der Menge vorkommen, auch alle den itztgedachten Zweck gehabt haben.

BOEHMER *de fundament. pact. familiæ ad fideicommiss. inclinant. c. II. §. 7. sqq.*

Dieserwegen auch die Herren Wild- und Rhein-Grafen dabey ohnstreitig diese Absicht geführet haben müssen, daß die Stamm-Vettern insgesamt und zwar allein dazu berechtiget seyn solten, welche zureichender Weise dargethane qualität in hoc summario iudicio e) nichts anders würcken mögen; als daß per conclusum vom 14. Aug. 1716 dem Herrn impetraten über besagte uralte Wild- und Rheingräfliche Stamm- und Lehn-Güter die zuerrichtende dispositionverboten, und besonders dadurch denen Herren impetranten mit ihrem Vettern, dem Herrn Wild- und Rhein-Grafen, Nicolaus Leopolden, an ihrem mit diesem gleich habenden successions-Recht nicht verkürtzet werden solte, zumal in hoc iudicio præparatorio et summario possessorio ad victoriam causæ genug gewe-

gewesen, die qualitatem bonorum in continenti darzuthun, und ex propria principis Salmensis confessione et agnitione beyzubringen, daß über die quæstionirten Graf- und Herrschaften keine testamentaria dispositio gelten könne, sondern eueniente casu die compossession denen Herren impetranten allerdings gebühre; dagegen auch nunmehr 7) der Einwurf keine statt finden mag, daß der Herr impetrat über diese ad exhibitum vom 17. Jul. 1736 beygebrachte documenta noch nicht gehöret worden, da einestheils in hoc iudicio summario ad effectum possessionis colorandæ mehr nichts erfordert worden, cum etiam in remedio adipiscendæ possessionis sufficiat ostendisse, se esse præsumtiuum successorem, quod ex qualitate bonorum demonstrata constat: andern theils das petitorium noch zur Zeit nicht zu erörtern gewesen, als wohin der Vorwurf, daß der Herr impetrat noch nicht darüber gehöret worden, zu referiren, weil sonsten diese summarische Sache zum petitorio contra ordinem iuris würde gezogen worden seyn: dritten theils der Herr impetrat gegen das gedachte conclusum nichts eingewandt, und dessen Kraft Rechtens agnosciret, zu solchem Ende auch in seinem exhibito vom 24. Decembr. 1736 die iniungirte declaration wegen der paritione mandati zwar gethan, aber per indirectum dadurch wieder entkräftet, daß er sich bloß erkläret, gegen die pacta familiæ keine disposition zu machen, sondern sich denenselben conformiren wollen, gleichwol vermeinet, daß seine disposition, dadurch er die Herren impetranten auszuschliessen intendiret, denen pactis familiæ conform sey, wodurch er also qualitatem bonorum eingeräumet, nur dabey contra iuris rationem befugt gewesen zu seyn vermeinet, zum faveur seines Herrn Schwieger-Sohns die disposition zu errichten, und zu solchem Ende das höchststreitige pactum de anno 1545 zum Grunde zu legen, so doch altioris indaginis gewesen, vt non impedire potuerit executionem euentualiter decretam, etiam in possessorio adipiscendæ,

MENOCH. *remed. 1. adipisc. poss. n. 102.*

in mehrerer Betrachtung die Herren impetranten ex qualitate bonorum demonstrata ihr ius præsumtiuum succedendi klar dargethan, und das ius commune oder regulam iuris vor sich gehabt; hergegen des Herrn impetraten exceptio, daß er zum faveur eines agnati cum exclusione in æquali gradu constitutorum disponiren könne, aller præsumtioni iuris entgegen, also zu verwerfen, und ad petitorium zu verweisen gewesen, wie auch würcklich in denen conclusis vom 8. und 16. April 1737 geschehen, von welchen zwar die reuision interponiret, gleichwol bewandten Umständen nach es dabey gelassen werden muß. Uebrigens weil 8) der Herr impetrat dennoch ein Testament gemachet, und lite pendente verstorben, sich gar bald hervor thut, daß aus einem solchen Testament, quod magistratu prohibente conditum et in antecessum annullatum keine immission erkant werden könne, zumal allhier ohnstreitig legitimi contradictores vorhanden, qui potiora et meliora iura ostenderunt, quæ sint exclusiua iuris heredis scripti, eaque in continenti probarunt.

ARGEL. *de legitim. contradict. q. 1. art. 1.*

Im Gegentheil 9) denen Rechten nach, das beneficium *l. f. C. de edict.* HADR. *toll.* aus einem solchen testamento, welches über Reichs-Lehen und Stamm-Güter zum præiudiz der in gleichem Grad stehenden Agnaten gemachet ist, nicht statt finden kan, cum illud fundetur in ipso testamento, vbi autem locus testamento esse nequit, illud cessat. At vero in bonis feudalibus deficit testamentaria dispositio, præsertim si feuda ex pacto et prouidentia maiorum deferuntur, et ita in illis cessat testamentaria dispositio; ergo etiam in rebus feudalibus beneficium prædictum locum habere nequit, præsertim si absque domini directi consensu conditum est.

IDEM *cit. l. qu. 17. art. 1. n. 2 sqq.*

An welchem consensu 10) es dergestalt fehlet, daß vielmehr nach gesuchter venia testandi solcher denegiret, und in antecessum alle disposition, so zum præiudiz derer Herren impetranten geschehen möchte, annulliret worden, bevorab da 11) die qualitas bonorum feudalium et fideicommissariorum tot confessionibus agnita nicht kan im Zweifel gewesen seyn, mithin pro fundanda compossessione der angeführte Beweiß in hoc summario iudicio, quod per exceptionem l. f. C. de edicto D. HADR. toll. interuerti et mutari nequit, billig zureichend seyn muß, quando autem in continenti probata est qualitas bonorum feudalium vel fideicommissariorum, beneficium l. f. C. de edict. D. HADR. toll. reiicitur,

ARGEL. *cit. l. qu. 17. art. 2. in addit.*

IDEM *cit. l. art. 6. et 7.*

nam etiam, vbi vitia inuisibilia in continenti probantur et in oculos incurrunt, impeditur missio ex cit. l. f.

IO. DEL. CASTILLO *lib. III. quotid. controv. c. 24. n. 125.*

MENOCH. *remed. 4. adip. poss. n. 730. 745 sq.*

Hiernächst 12) die Herren impetrantes ex demonstrata bonorum qualitate ohnstreitig bey diesem remedio legitimi contradictores sind, als welche potiora iura in continenti darthun, und die Ursache, warum der itzige Herr impetrat nicht allein die possess der quæstionirten Lande behaupten könne, sofort beweisen und beybringen können, est enim legitimus contradictor ad impediendam missionem, qui legitimam allegauerit causam, illamque in continenti paratus sit probare; tunc namque audiendus erit, vt de iure suo potiori possit docere, qui vult in continenti probare:

IO. DEL. CASTILLO *cit. l. n. 165.*

56 nicht zu gedencken, daß 13) das remedium *l. f. C. de Ed. D.* HADR. *toll.* bloß bey denen bonis, quæ tempore mortis testatoris fuerunt, statt finde, und er also darüber zu disponiren Macht gehabt, welches hier aber bey denen Lehn-Gütern und bonis agnatitii inapplicabel ist, als welche zu denen Erb-Gütern, welche auf den heredem testamentarium iure hereditario fallen können, nicht gehören, vielmehr die gantze Familie dabey ex inuestitura simultanea befugt ist, dieweil durch dieselbe alle und iede agnati in æquali gradu constituti ein condominium et compossessionem daran haben, und also dieselbe kein obiectum testamentariæ dispositionis gewesen; woraus

57 denn 14) denen rationibus dubitandi gar leicht abgeholfen werden kan, zumal ad 1) nicht genug ist, daß allhier ein testamentum visibili vitio carens vorhanden sey, da es an solchen Gütern fehlet, darüber testiret werden können, und dahero gezeiget worden, ex testamento super feudis imperii condito immissionem denegandam esse, bevorab da die qualitas bonorum nicht altioris indaginis, sondern, wie in rationibus decidendi geschehen, ex propria aduersæ partis confessione klar und evident ist, welches ad victoriam obtinendam zureichend seyn muß, darneben das petitorium hier noch nicht auszumachen, vielmehr genug ist, quod impetrantes potiora ex qualitate bonorum ostensa iura docuerint, quæ immissionem solitariam aduersæ partis in bona feudalia et fideicommissaria impediret; dabey denn ad 3) die de facto geschehene occupatio bonorum dem Herrn impetraten nicht zu statten kommen kan, als welche keine missio iudicialis ist, vielmehr eben dazu das remedium l. f. cit. angeführet ist, daß niemand einem andern, der so fort potiora iura darthun kan, die possession præripiren möge, und ihn ins petitorium etwa zu verweisen bestand sey, als welches von unerträglichem præiuditz seyn würde, dieserwegen gar recht verordnet, legitimos contradictores audiendos esse, qui dissimilem titulum a testatore vel a lege habent, per quem possint possessionem bonorum sibi asserere, eumque in continenti etiam summarie et semplene probare, quo facto reiicitur remedium ex cit. l. f.

IO. DEL CASTILLO *lib. 3. c. 34. cit. n. 104.*

58 Zumal derjenige ohnstreitig potiora iura darthut, qui præsumtiue ostendit, se futurum successorem esse, vel æquale ius succedendi radicatum et immutabile in bona relicta cum herede scripto se habere, quod per testamentum adimi non potuit, wie aus denen Lehn-Briefen, vnions-Verträgen und eigenem Geständniß des Gegentheils in continenti erweislich gemachet ist; hierüber so lang kein contradictor sich meldet, die blosse inspectio testamenti nach der äusserlichen apparence zwar genug und zureichend ist, ad immissionem impetrandam, wovon der erste Theil des L. vlt. cit. handelt. Dagegen wenn ein contradictor legitimus sich findet, welcher mit gutem Grunde der possessioni aduersarii widersprechen kan, alsdann es nicht bloß auf die äusserliche apparence des Testaments ankommt, sondern alsdann nach denen principiis adipiscendæ possessionis kurtz untersuchet werden muß, wer successor præsumtiuus sey? welches daraus erkant wird, qui potiora iura præ altero, qui testamentum pro se habet, ostenderit, welches nicht geschehen könte, wenn man bloß nach der äusserlichen inspectione oculari testamenti urtheilen, und darnach die possession abmessen wolte, da sonsten ein institutus heres allemal in possessione potior seyn würde, si modo vitium visibile deficeret. Im Gegentheil wenn gleich ein contradictor legitimus sein Vorrecht an der possession so fort darthun könte, dennoch derselbe abgewiesen werden müste, welches gegen den wah- 59
ren Sinn des gedachten legis ist, quæ, legitimo contradictore comparente, eum in possessione præferendum esse voluit, non qui in testamento apparenter valido se fundat, sed qui qui potiora iura ostenderit, vel docuerit, se præsumtiuum successorem esse, wie die Art und Eigenschaft des remedii adipiscendæ possessionis mit sich bringet, is enim merito pro legitimo contradictore habendus et heredi testamentario præferendus, qui, quamvis tempore mortis non possedit, ostendit tamen titulum legitimum, immissione itidem dignum, vt si contradictor habeat titulum potiorem, quam heres instítutus, isque immissionem itidem mercatur, præferendus illi merito sit in possessione,

IO. DEL CASTILLO *cit. l. n. 152.*

wie vielmehr also derselbe zu hören seyn wird, der in der compossessione ciuiliter tempore mortis ex qualitate bonorum gewesen, und ex inuestitura simultanea ab aduersario agnita offenbar ein condominium hat; woraus denn ad 4) leicht zu schliessen, daß es hier nicht 60
bloß auf das Testament, sondern darauf ankommt, wer, contradictore legitimo comparente, potiora in successione iura darthun kan, welches hier ex qualitate bonorum ab aduersario agnita keine altiorem indaginem weiter erfordert, sondern einem ieden gar leicht in die Augen fällt; diesemnach auch ad 5) hiebey 61
nicht genug ist, daß der defunctus testator die bona feudalia et fideicommissaria innen gehabt, sondern vornemlich darauf zu sehen, ob es Erbgüter, oder aber solche Güter gewesen, die kein obiectum testamenti de iure communi seyn können; imgleichen ob er die quæstionirten Güter suo allein, oder aber suo et agnatorum nomine besessen, nachdem in gedachtem lege finali bloß Erbgüter, und worüber eine testamentarische disposition statt finden kan, præsupponiret werden, wie in rat. decidendi nona dargethan, und die verba *cit. l. f.* selbsten anzeigen, als welche dem heredi scripto bloß die missionem in possessionem bonorum

seu

seu earum rerum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, zugestanden haben, deren beydes hier fehlet, dieweil der hochseelige Herr testator die quæstionirten Graf- und Herrschaften nicht erb- und eigenthümlich besessen, sondern davon bloß ein ius limitatum, quod omnem excludit testamenti factionem, gehabt, nicht weniger er solche suo et agnatorum nomine innen gehabt, dieserwegen per testamenti factionem denen in gleichem Grad
62 stehenden agnatis dieselbe nicht benehmen mögen; übrigens ob wol sonsten die exceptio, testatorem non potuisse testari, die immission nicht zu hindern pfleget, dennoch solches de inhabilitate personali, quæ obscura, turbida, et ita altioris indaginis est, nicht aber de reali, quæ ex qualitate bonorum, ab adversario agnita, dependet, zu verstehen, cum etiam hæc exceptio attendatur, si in continenti verificata fuerit.

MENOCH. *de adipisc. possess. remed. IV. n. 746. sqq.*

63 Dieserwegen das argumentum a filia in feudalibus herede scripta bey diesem casu nicht stringiret, zumal unzehlig viele Kunckel-Lehn anzutreffen, und die Töchter nicht absolute inhabiles successionis feudalis zu achten, vielmehr bloß die Frage, ob die qualitas feudi masculina an fœminina sey? hiebey vorkommt, welche aber in das peritorium gehöret, wenn dabey ein wichtiges dubium anzutreffen:

ARGEL. *de legit. contrad. qu. 19. art. 1. n. 48. sqq. item n. 56.*

64 Dagegen hier alte Reichs-Lehne, ex pacto et prouidentia maiorum debita et agnita, verhanden, danebest die agnati in gleichem gradu constituiret sind, und also sofort offenbar ist, per institutionem vnius agnati ceteros in æquali gradu constitutos non potuisse a testatore excludi, et suo iure ex pacto et providentia maiorum quæsito priuari, vielmehr potiora iura in gegenwärtigem casu für die Herren impetranten militiren, weswegen ihnen die compossession nicht denegiret worden, cum etiam filia vel soror heres instituta ab hoc beneficio l. f. cit. excludatur, si statim constat, eam incapacem feudi, de quo quæritur, esse.

IDEM *cit. l. n. 56. et art. 2. n. 70. sqq.*

Uebrigens das prætensum pactum de anno 1545. §. 20. dem Herrn impetraten dabey keinen Grund geben, noch die immission ex cit. l. f. ihm zu wege bringen kan, wie ad quæst. sq. mit mehrern dargethan werden soll.

65 So erhellet hieraus so viel, daß der Herr impetrat, als heres instituirus, aus dem testamento des hochseel. Fürsten von Salm in die quæstionirten Graf- und Herrschaften die solitariam possessionem nicht erhalten könne.

So viel endlich die dritte und letzte Frage 66
betrift:

Ob das angebliche pactum de anno 1545 zum Beweis zulänglich, und allenfalls dessen §. 20. von denen quæstionirten Gütern zu verstehen sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol 1) an dem quæstionirten pa- 67
cto vom 11. May 1545 wenig zu zweifeln seyn, sondern vielmehr in dubio dafür gehalten werden möchte, daß solches in originali verhanden gewesen, ob wol es fürietzo in keinem archiv sich finden will, zumal man solches bey der Thaunischen Linie iederzeit im hohen Werth gehalten, und kein documentum dadurch seine Kraft verliehret, daß das originale davon verlohren gegangen, si modo aliunde tenor eiusdem probari queat;

l. 1. 5. 7. 8. C. de fide instrum.

Wie denn 2) die folgenden Verträge sich auf 68
dieses bezogen, und dadurch existentiam originalis bekräftiget, ja 3) die compaciscentes selbsten, als Philipp Frantz und Johann Philipp, solches ipso facto agnosciret, und in würcklichen Gebrauch gezogen, nachdem sich zugetragen, daß Philipp Frantz mit Hinterlassung fünf Söhnen, Johann Philipp aber ohne Leibes-Erben verstorben, und eine dispositon Kraft vorgedachten pacti de anno 1545. §. 20. hinterlassen, in welcher er aus seines Herrn Bruders fünf Söhnen nur einen, nemlich Johann Philipp, mit Vorbeygehung aller übrigen Brüder zu seinem vniversal-Erben eingesetzet, also daß er, oder dessen männliche Erben in alle seine Haab und Güter, Gereuden und Ungereuden, succediren, doch bey Abgang des männlichen Stamms, und wenn aus seiner getroffenen Ehe nur ein oder mehr Töchter seyn würden, selbige 100000 Francken in allem haben, die sämtliche Güter aber, mit Ausschliessung des fräulichen Geschlechts, auf des ernannten successoris Brüder und deren männlichen Stamm zurück fallen sollen, welcher casus auch würcklich existiret, indem der instituirus heres nur eine posthumam hinterlassen, so mit 100000 Francken abgefunden, die Güter aber, so er von seinem Vetter geerbet, auf dessen hinterbliebene Brüder devolviret, und dadurch das gedachte pactum so fort in die Erfüllung und Ausübung von dem einen compaciscente gebracht ist; zumal 4) in dessen §. 20. expres- 69
se versehen, daß ein ieder Rhein-Grafe Macht haben solle, über seine Güter, iedoch in fauorem eines agnati, so ab intestato zur successsion fähig, cum exclusione ceterorum in æquali gradu existentium zu disponiren, kraft welcher Verordnung Johann Philipp, nur einen aus seines Brudern Söhnen zum vniversal-Erben eingesetzet, und diese disposition zur offenbaren Würcklichkeit gebracht, als ein klares

res argument, daß das pactum würcklich vollenzogen, und ein original davon gefertiget seyn
70 müste; an welches 5) die Herren impetrantes, die Herren Rhein-Grafen von Flandern, um desto mehr verbunden, als sie in abstreigender Linie von dem einen compaciscenten, Franz Philipp, abstammen, und als heredes facta maiorum præstiren müssen. Hierüber 6) dieses pactum zu mehrerer Erhaltung der Rhein-Gräflichen Familie und deren splendeur seine Absicht gehabt, qualia pacta summum fauorem habent, sanctissime seruanda. Dabey es dann 7) nicht ungewöhnlich ist, dergleichen pacta, vermöge deren zum faveur eines von denen nächsten Agnaten cum exclusione aliorum zu disponiren, ein ieder possessor befugt seyn soll, zu machen, so der Natur der alten Stamm-Güter nicht zuwider sind, da in denen alten pactis nur die alienatio in extraneos verboten, und verordnet ist, daß ohne aller Agnaten consens dergleichen nicht geschehen solle; im Gegentheil darunter nicht præcise dieser in §. 20. dicti pacti de anno 1545. gesetzte casus begriffen ist, Kraft dessen ein ieder Agnat Macht haben solle, in faveur eines der nächsten Agnaten, cum exclusione in gradu æquali existentium, zu disponiren, zumal die testamenti factio niemande leicht zu benehmen, quæ libera, et iuris publici censetur,

l. 1. C. de SS. eccles.

l. 3. D. qui testam. fac. possunt.

vt nemini facile adimi debeat.

KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. XI. n. 156. sqq.*

Bevorab da 8) durch dergleichen Testament der Absicht derer Stamm-Güter nicht entgegen gehandelt, sondern nur die Theilung in viele kleinere portiones verhindert wird, als wodurch eben so wol als durch alienationes in extraneum der splendeur der Familien geschwächet und veringert wird; welche Absicht 9) die
71 compaciscentes in dem gedachten pacto de anno 1545 geführet zu haben scheinen, als welche sie klärlich in denen verbis proœmialibus angezeiget, und zu dem Ende angeführet, daß durch die Theilungen vieler Güter deren wahre substanz und Wesen, und Betrag gemindert und geringert werde, auch viele Güter ohne grossen Nachtheil nicht getheilet werden, und sonsten Unförmlichkeiten entstehen könten, daß einem die Manns-Lehen, denen andern aber die Erb- und Undienstfreye Lehen zu fielen, wodurch Unwille, Zwietracht, und processe erfolgen würden, welchem vorzubauen man ohne Zweifel das pactum in §. 20. errichtet, und verordnet, daß in faveur eines agnati zu disponiren, einem ieden aus denen compaciscentibus frey stehen solte, damit die multiplex diuisio verhütet werden,
72 und daraus 10) zugleich erhellen möchte, daß das obiectum dieses pacti alle und iede Graf- und Herrschaften, nichts davon ausgenommen, gewesen, solches also keinesweges, nach dem Sinn derer Herren impetranten, auf die bona nouiter acquisita restringiret werden können, zumal in der præfation die feuda masculina, Erblehn und Undienstfreye-Güter mit dürren Worten benahmet, und dadurch angezeiget seyn möchte, daß über alle Güter, sie mögen Namen haben, wie sie wollen, diese Erb-Vereinigung getroffen, und also auch der §. 20. davon zu verstehen sey, angesehen 11) da die 73
Worte des pacti solches gantz deutlich anzugeben scheinen:

> Wir obgedachte Gebrüdere erlauben auch, daß ieder Rhein-Grafe Macht und Gewalt habe, von allen und ieden besagten seinen lehnenden und liegenden Gütern, absonderlich denjenigen, welche wir gegenwärtig besitzen, und itzt hernach uns können zukommen, gebühren und zugehören ꝛc. Verordnung zu machen

welche Worte gantz general sind, und sich auf die vorigen §§. in dem Worte: besagten seinen liegenden Gütern ꝛc. beziehen, worin überhaupt aller und ieder Schlösser, Herrschaften, Dorfschaften, Gerichten, und Landen nach dem §. 2. 7. 9. Meldung geschehen, insbesondere aber in §. 1. ohne Unterschied alle Güter gemeldet worden, diesemnach nothwendig von allen und ieden Gütern erkläret werden müssen; bevorab da eben 12) dadurch der in §. 1. angedeutete 74
Endzweck erhalten werden kan, nachdem bey denen Theilungen sich zutragen möchte, daß einem die feuda masculina, dem andern die Erblehn und freye undienstbare Güter zufielen, dabey diese Ungleichheit aber erfolgen würde, daß einer von seinem Antheil nicht disponiren könte, dieser aber freye Hand darüber behielte, welcher Ungleichheit vorzubauen, kein besser Mittel gewesen zu seyn scheinen will, als daß die facultas disponendi in familia gleich gemachet werde, wie in §. 20. geschehen, dadurch jenen etwas gegeben, nemlich dispositio de feudis, diesen etwas genommen, nemlich libera dispositio von Erb-Gütern quoad extraneos; welche
interpretatio 13) um destomehr statt finden 75
muß, als sonsten eine Ungleichheit unter denen Agnaten eingeführet werden würde, cum tamen semper inter cohæredes et agnatos æqualitas seruanda, et illa sententia recipienda sit, quæ illi faueat, vt pluribus illustrat

IO. DEL CASTILLO A SOTO MAIOR *lib. V. quotid. controu. c. 148. n. 3. sqq.*

weil sonsten 14) nichts als Streit und Zanck 76
unter denenselben entstehen würde, quæ maxime vitanda sunt,

SVRD. *lib. I. cons. 31. n. 16.*

dahero diese Absicht die paciscentes insbesondere geführet, wie solches die verba proœmialia des gedachten pacti de anno 1545 mit mehrern darlegen.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil 1) noch zur Zeit 77
gar nicht dargethan ist, daß ein wahres originalvon dem pacto de anno 1545 iemals in

rerum

rerum natura gewesen, auch in keinem Hoch-Gräflichen Archiv dasselbe anzutreffen ist, noch der Herr impetrat solches produciren können, wovon der extractus protocolli Notarialis sub lib. B. bey denen exceptionibus reusioriis beglaubte Nachricht giebet, niemand aber sein ius agendi oder excipiendi auf ein documentum bauen kan, welches in originali nicht produciret werden kan, cum nequidem exemplis instrumentorum fides adhiberi debeat,

c. 1. X. de fide instrum. l. 2. D. eod.

COVARRVV. *pract. resol. c. 19. n. 2. et c. 21.*

et ita ne quidem in possessorio exemplum aliquid operatur, nisi appareat originale.

MOLIN. *de primog. Hisp. lib. III. c. 13. n. 47. 48.*

78 Und ob wol 2) ein exemplum nimis antiquum, ex instrumento originali traductum, ob antiquitatem exemplationis aliasque circumstantias einigen fidem operiret;

c. 13. X. de præscript.

COVARRVV. *cit. c. 21. n. 7.*

dennoch niemals glaubwürdig beygebracht worden, daß ein original vorhanden gewesen, wovon eine glaubwürdige copey genommen werden können, zumal die davon befindliche alte Urkunde nicht einsten die nöthigen Namens-Unterschriften haben, welche nicht ermangeln würden, wenn ein vollzogenes original verhanden gewe-
79 sen; man also 3) das pactum prætensum, wie solches im Druck zu befinden, für nichts anders als ein proiect anzusehen, welches man zwar entworfen, und die Kyburgischen agnati zu dessen Beytritt §. 6. invitiret, dieweil aber dieselbe solches bedencklich gehalten, und sich dessen geweigert, es ohnzweifel geschehen, daß solches niemals vollenzogen worden, sondern in terminis eines blossen Entwurfes geblieben, da man wol weiß, quod talia pacta vnionis inter illustres non aliter, quam in scriptis, post grauissimam deliberationem, fieri soleant, nec ante subscriptionem et plenam absolutionem obligent.

BARDILI *de subscript. c. VI. §. 2. 14. 15. 23.*

BETSIVS *de pact. famil. ill. c. 10. p. 632.*

HARPRECHT *vol. nov. cons. 42. n. 103. sqq.*

80 Dieserwegen es 4) sich ofte zuträget, daß man in dergleichen wichtigen Handlungen tractaten schliesset, die puncta zu Papier bringet, ja in forma eines ordentlichen pacti entwirft, gleichwol wegen einer und anderen Bedencklichkeiten solches nicht ordentlich unterschrieben, untersiegelt, und vollenzogen wird, dieserwegen keine Kraft haben kan;

WESEMBEC *cons. 106. n. 1.*

81 welches hier 5) um destomehr zu vermuthen, da man sonsten in denen archiven der Dhaunischen Linie, davon die compacisentes gewesen, das original haben, oder wenigstens zurechende Nachricht von dessen vormahligen existentz, oder endlich eine Spur von einer richtigen copey antreffen würde, davon doch nicht das allergeringste in actis angeführet worden, noch wird aufgeführet werden können, als ein offenbares Kennzeichen, daß, weil das proiect niemals zum Stande gekommen, man, solches nicht einsten im archiv auf zu bewahren, für nöthig erachtet. Ja wenn man 6) dieses pacti 82
gantzen Zusammenhang, dessen specielle Verordnungen und capita recht einsiehet, iederman bekennen wird, daß solches in vielen Stücken unvollkommen und sehr verfänglich eingerichtet, vieler declarationen noch bedurft, und wenn es also, wie es entworfen, zu seiner consistentz kommen sollen, solches ein rechtes pomum eridos gewesen seyn, und zu lauter Verdruß und Zanck Gelegenheit gegeben haben würde, welchen Streitigkeiten dasselbe doch vorzubauen intendiret. Gleichwol weil man gesehen, daß der Endzweck dadurch nicht erreichet, vielmehr das Gegentheil effectuiret werden würde, man solches ohne Zweifel unvollzogen liegen gelassen, oder verworfen, da nicht zu glauben, daß man solches in dergleichen confusion, Undeutlichkeit und Dunckelheit, in welcher es abgefasset, gelassen haben würde, wenn das proiect approbiret worden wäre; dessen Gegentheil 7) der effect anzeiget, daß ein ieder agnat, non obstante hoc pacto, von seinen acquisitis freye disposition behalten, und davon unter seinen Töchtern auch anderen extra familiam disponiret, auch selbst der hochseel. Herr impetrat mit seinem Exempel solches bestätiget, da er die Herrschaft Anhold und andere acquisita seinen Frauen Töchtern vermachet, und dadurch in obseruantiam pacti selbsten agnosciret. Uebersdem man 8) nicht findet, daß in denen folgenden pactis und Verträgen iemals das prætensum pactum de anno 1545 zum Grunde geleget sey. Vielmehr ist in dem pacto vom 15ten Jun. 1696. §. 11. das Gegentheil behauptet und beliebet worden, daß von dem pacto de non alienandis bonis die neu erworbene Güter ausgeschlossen seyn sollen, so dem gedachten proiect de anno 1545 zuwider ist; und dahero auch 9) geschehen, daß im anno 1580 die neue acquisita in Lothringen denen Töchtern adiudiciret sind, bey welcher Gelegenheit man unvergessen gewesen seyn würde, auf das proiect de anno 1545 zu provociren, und sich darauf zu gründen, wenn solches zur Richtigkeit gekommen, so doch nicht geschehen. Uebrigens wenn man auch 10) den gantzen Zusammenhang des 83
prætensi pacti genau erweget, und, so viel man aus dessen unförmlichen und unordentlichen Abfassung schliessen kan, betrachtet, sich dabey hervorthut, daß man bloß über die neu acquirirte Güter in denselben disponiren, und nur verhüten wollen, daß die Töchter daran keinen Anspruch nehmen solten, zumal wegen der Lehn- und alten Stamm-Güter solches unvonnöthen gewesen, als welche ohnedem nach den Lehn- und Teutschen Rechten, auch ältern Familien-Verträgen, auf die Töchter nicht fallen können, bey denen wohlgewonnenen Gütern aber diese

Vorsicht gebrauchet werden muste, daß denen Töchtern, zum Aufnehmen und splendeur des Mann-Stamms, worauf alles angesehen gewesen, der Zugang zu demselben abgeschnitten werden möchte, welche Absicht die compaciscentes sowol bey dem gantzen pacto als insonderheit bey dessen §. 20. gehabt haben müssen; zumal wenn solches 11) von denen ex pacto et prouidentia maiorum herrührenden Lehn-Gütern zugleich mit verstanden werden sollen, sowol des Lehn-Herren, als aller Lehns-agnaten consens dazu erfordert werden müssen.

ROSENTHAL *de feud. c. 7. concl. 4. n. 6.*
STRYK *de caut. testam. c. VI. in 2. §. 6.*

84 Gleichwol aus dem gantzen pacto gar leicht wahrzunehmen, daß man nicht einsten an den lehnsherrlichen consens gedacht, cuius tamen interest, ne alius ipsi obtrudatur vasallus, quam cui per inuestituram prospectum:

STRVV *in synt. iur. feud. c. 9. aph. 1. inf.*

welches man von Fürstlicher Seiten wohl erkant, und dahero bey Ihro Käyserliche Majestät in anno 1725 veniam testandi zwar gesuchet, gleichwol darüber zuförderst derer agnaten Erklärung, wie billig, erfordert worden, welches aber dem hochseel. Herrn impetranten nicht angestanden, und dahero wieder zurück treten und vermeinen wollen, als wenn er auch ohne die erhaltene veniam testandi, i. e. sine consensu domini feudi et agnatorum von denen Reichs-Lehnen ein Testament machen könte, worin derselbe doch fehl geschlagen, und dahero geschehen, daß ihm alle testamenti factio, zum Nachtheil derer Herren impetranten, untersa-

85 get worden. Darneben hiebey 12) remarquabel ist, daß die beyden compaciscentes in dem gedachten pacto prætenso §. 23, wo von denen feudis passiuis und actiuis gehandelt worden, sich selbsten beschieden, daß sie allein, ohne den Bestand und Einwilligung ihres Herrn Vettern, Johannsen, davon nicht disponiren könten, und dahero die Versehung geschehen, daß, was Franz Philipp mit dem gedachten Vetter vergleichen würde, der andere Bruder Johann Philipp, genehm und fest halten wolle, welches auch seinen guten Grund gehabt, weil die gesamte Hand, womit sie alle Reichs-Lehn pro indiuiso, und gemeinschaftlich vom Käyser und dem Reich empfangen, allen und ieden agnatis ein condominium an die Lehen attribuiret, und dahero niemand von denen Verträgen und compactatis über dieselbe ausgeschlossen wer-

86 den mögen. Dahero 13) aller Wahrscheinlichkeit zuwider lauset, daß die beyden Gebrüdere allein mit excludirung ihres Vettern, der dem besagten pacto nicht beytreten wollen, in dem §. 20. auch von denen Lehngütern disponiren sollen, da sie doch selbsten agnoscirt, daß sie davon ohne ihren Herrn Vetter nicht disponiren können, ad actum autem quemcunque valide gerendum et voluntas et facultas desideratur.

10. DEL CASTILLO *lib. 2. quotid. controv. c. 26. n. 4.*

Bey welcher Beschaffenheit auch 14) nicht an- 87
ders zu præsumiren, als daß die beyden Gebrüdere nur darüber disponiren wollen, wovon sie disponiren können, etenim quæuis dispositio quantumuis generalis intelligi debet de his, quæ sunt in potestate disponentis, cum sic commode accipi et intelligi potest,

PEREGRIN. *de fideic. art. 6. n. 11.*
DEL CASTILLO *lib. IV. quotid. contr. c. 5. n. 6.*

cum nemo præsumatur velle id, quod in eius potestate non fuit.

DEL CASTILLO *cit. l. n. 7.*

Woran 15) um desto weniger zu zweiffen, als 88
die compaciscentes §. 27. sich darüber deutlich erkläret, und zum Grunde dieses gesetzet:

> Zumal da es uns auch gebühret, alles mit unsern Gütern zu disponiren, ohne daß man uns hieran Hinderniß machen kan,

welche Worte von keinen andern, als wohlgewonnenen Gütern, worüber ein ieder nach allen Rechten freye Macht zu disponiren gehabt, verstanden werden mögen, gleichwol sie auch bey denenselben das Beste und Aufnehmen ihrer Familie beobachten, solche bey dem Stamm lassen, und die Töchter davon gäntzlich ausschliessen wollen; zu dessen legitimation 16) sie 89
eben in denen referirten Worten angegeben, daß ihnen niemand daran Hinderniß machen könne, welches etwa von Seiten der Töchter hätte befürchtet werden können, welchen aber dadurch vorgebauet worden, daß solche dispo-sition

> zur Erhaltung, Vermehrung und Hoheit ihres, derer Rhein-Grafen, Namens und Geschlechts, und um hiermit eine grössere Liebe, Freundschaft, Ruhe und Einigkeit unter ihren Unterthanen zu hegen,

errichtet worden, da die erste ration bey denen Lehn- und uralten Stamm-Gütern gantz überflüssig gewesen, als welche entweder ihrer Natur nach, oder durch ältere Verträge von alten Zeiten her auf das Hochgräfliche Geschlecht und Stamm gestiftet gewesen, bey denen neu acquirirten Gütern aber solche die eigentliche und gründliche Ursache, warum die Töchter davon ausgeschlossen, abgegeben: nicht weniger die andere ration dahin abzielet, daß weil auf solche Weise die neu erworbene Güter in diuiduo nexu bey dem Geschlechte und denen alten Stamm- und Lehn-Gütern beständig verbleiben, sie keinen Veränderungen, welche durch die vielen Vertheilungen unter denen Töchtern zu befürchten waren, künftighin unterworfen seyn möchten, als wodurch die Ruhe und Liebe der Unterthanen zu ihrer Herrschaft verringert und gestöret wird; wie dann 17) diese Haupt- 90
Absicht, daß bloß wegen der neu erworbenen Güter, und daß solche bey dem Hoch-Gräflichen Stamm mit Ausschliessung der Töchter und Gemahlin verbleiben möchten, aus allen und ieden §§. hervorleuchtet, und nach dem introitu in §. 3 und 4. von Ausschliessung der Töch-

ter

ter von allen Herrschaften, Schlössern, Dörfern und Landen: im §. 5. von Ausstattung und renunciation, und subsidial succession, in Ermangelung männlicher Erben, auf diejenige Güter,

welche nach und durch Ordnung des Rechts ihnen gebühren und zuständig seyn möchten,

gehandelt: im §. 6. eine gemeinschaftliche Erb-Einigung mit der Kyrburgischen Linie vorbehalten wird, welches allein von denen nouiter acquisitis verstanden werden könte, und dahin die Worte:

Welche wir gegenwärtig inne haben und besitzen, als auch dererselben, welche wir ins künftige, es sey durch Erwerb- oder Zubringung, Erbfolge, als andere Weise werden besitzen und haben können ꝛc.

offenbar abzielen, allermassen die alten Lehn- und Stamm-Güter vorlängst schon mit gedachten Vettern nach dem §. 5. vererbeiniget gewesen: ferner in §. 7. die succession des Manns-Stamms derer beyden compaciscenten im Fall, daß einer oder ander von ihnen ohne männliche Erben abgehen solte, in diese neu erworbene Güter reguliret: in §. 8. wegen der succession der Töchter in die Fahrniß, iedoch in §. 9. mit Ausschliessung derer zu denen Schlössern und Erbgütern gehörigen mobilien, Versehung geschehen: in §. 10. von denen Gemahlinnen: in §. 11. von denen zu denen unbeweglichen Gütern geschlagenen und denen neu erworbenen Gütern gleich gerechneten Capitalien: in §. 12. de prohibita alienatione absque consensu agnatorum: in §. 13. und 14. von denen gleich und Standesmäßigen Ehren: in §. 15. 16. und 17. von Versorgung der Gemahlinnen: in §. 18. und 19. von Bevormundschaften gehandelt ist. Worauf denn 18) der §. 20. folget, welcher einem ieden von denen compaciscenten die Freyheit verstattet, von besagten seinen fahrenden und liegenden Gütern, von welchen die Töchter ausgeschlossen, und wovon allein in vorhergehenden §§. tractiret worden, in faveur eines von denen nächsten agnaten, mit Ausschliessung der in æquali gradu constitutorum, zu disponiren, so daß wenn 19) nach diesem Zusammenhang alles erwogen wird, sich handgreiflich befindet, daß unter denen Worten:

Von allen und ieden besagten seinen fahrenden und liegenden Gütern, absonderlich denenjenigen, welche wir gegenwärtig besitzen, und itzt hernach uns können zukommen, gebühren und zugehören ꝛc.

keine andere als neu erworbene Güter verstanden werden können, als von welchen offenbar im vorhergehenden gehandelt worden, und die particula relativa: besagte solches noch mit mehrem erläutert, absonderlich aber 20) hiebey zu bemercken, daß anfänglich generaliter die Erlaubniß verstattet ist, daß ein ieder Rhein-Grafe, welches auch die posteros derer compaciscentium mit begriffen, Macht und Gewalt haben solle, von besagten seinen fahrend- und liegenden Gütern, wovon die Töchter nach dem §. 3. 4. 5. 7. und 9. 10. 11. ausgeschlossen, die beyden compaciscenten aber absonderlich von denenjenigen, welche sie gegenwärtig (ex noua scilicet acquisitione) besessen, und itzt und hernach ihnen zukommen können, gebühren und zugehören möchten, in faveur eines von denen nächsten agnaten zu disponiren: daher nach dieser ungezwungenen Erklärung die particula absonderlich hier nicht zu captiren, sondern nur declariret, daß dieses so wol in specie von deren compaciscentium, als in genere von der posterorum Güter, so ihnen neuerlich anfallen möchten, verstanden werden solle, zumal sie primario und principaliter von ihren neu erworbenen Gütern das gantze pactum errichtet, und solches durch die particulam: absonderlich, ausgedrucket, dabey auch dasjenige vornemlich angeführet, worüber am wenigsten Zweifel vorfallen möchte, welches derer compaciscentium eigene nouiter acquisita bona betroffen, zugleich aber nicht denjenigen casum vergessen, wobey mehr Schwürigkeiten vorkommen möchten, so derer Nachkommen acquisita angegangen, particula enim absonderlich maxime exprimit casum minus dubitabilem, includendo tamen etiam magis dubitabilem: 91

STRAVCH *in lexic. partic. iur. voc. maxime.*

hierüber 21) auch die Worte: *welche wir gegenwärtig besitzen und itzt hernach uns können zukommen*, pro materia subſtrata gantz convenable von denen acquisitis verstanden werden können, gleichwie solche in §. 6. davon allein verstanden sind, in welchen die compaciscentes vorbehalten, die gemeinschaftliche Vereinigung zwischen ihnen und ihren Kyrburgischen Vettern und ihren Erben, so wol derer Güter wegen zu machen, und aufzurichten, welche sie gegenwärtig inne haben und besitzen, als auch dererselben, welche sie inskünftige, es sey durch Erwerb- und Zubringung, Erbfolge und andere Weise werden besitzen und haben können, allermassen die materia subſtrata anzeiget, daß solches von denen acquisitis allein verstanden werden müsse, zumal in vorhergehendem §. 5. bereits gemeldet, daß über die Stamm- und Lehngüter schon von alters Erbeinigungen vom Hause anzutreffen und vorhanden, dahero unnöthig gewesen, darüber noch erst mit ihren Vettern eine Erbeinigung aufzurichten, contractus enim verba ita sunt accipienda, ne reddantur superflua et fruſtratoria, 92

HARPRECHT *vol. nov. conſ. 16. n. 301.*
IO. GOEDD. *in conſ. Marp. vol. IV. conſ. 19. n. 109.*

von welcher Beschaffenheit auch 22) die in §. 20. bemeldete Worte: 93

von allen und ieden besagten seinen fahrenden und liegenden Gütern ꝛc.

zu halten, da eben dieser Ausdruck von denen ausgeliehenen Capitalien in §. 11. gebrauchet und angezeiget ist, daß solche als ein unbewegliches und liegend Gut seyn, und den männlichen Erben zugehörig verbleiben sollen, welches von keinem andern, als gemeinen allodio und Erb-gut, verstanden werden mag, wozu sonsten die Töchter berechtiget gewesen, wenn sie davon nicht ausgeschlossen worden, nulla autem melior obscurorum verborum datur interpretatio, quam quæ ex ipso instrumento contractus haberi potest,

GOEDD. *in vol. III. conf. marp. 26. n. 9.*
HARPECHT *vol. nov. conf. 36. n. 256.*

welches auch von denen mobilien oder aller fahrenden-Habe verstanden werden können, wenn nicht in §. 9. davon die Fahrnüssen ausgenommen worden, welche zur Hauswirthschaft der Schlösser, Häuser und Vestungen bestimmet
94 worden; dieserwegen 23) es allerdings seine Richtigkeit hat, daß der §. 20. bloß von denen fahrenden und liegenden Gütern anzunehmen ist, in welchen die Töchter hätten succediren können, wenn sie davon nicht ausgeschlossen gewesen, als wovon am sichersten die facultas libera disponendi in fauorem vnius agnati, sine iniuria eorum, qui in æquali gradu erant constituti, reserviret werden können, da, wenn man solchen §., nach gegenseitiger Meinung, auch von altväterlichen Stamm- und Lehn-Gütern verstehen und annehmen wollen, die compacisc entes nicht Ruhe, Friede und Einigkeit in ihrem Geschlecht gestiftet, wohin doch nach Anleitung des §. 1. das gantze pactum abzielen soll, sondern dieselbe vielmehr den effectum contrarium eingeführet und erreichet haben würden, anerwogen sine iniuria summa eorum, qui in æquali gradu constituti erant, dergleichen Ausschliessung von Gütern nicht geschehen mögen, wozu sie ex pacto et prouidentia maiorum, nach denen Käyserlichen Lehn-Briefen und alten Erbeinigung, befugt gewesen, und woran sie nach denselben ein condominium gehabt, quod sine iniuria iis in-
95 ferueri non potuit; welchem noch 24) hinzutrit, daß die gegenseitige interpretatio nicht allein von den gemeinen Rechten sehr weit abgehet, sondern auch der natürlichen Billigkeit zuwider ist, da im Gegentheil die bishero eingerichtete Erklärung des pacti in §. 20. nicht allein das ius commune saluum et illibatum conserviret, sondern auch der Billigkeit, quæ non patitur, ius suum cuique adimi vel lædi, gantz gemäß ist; illa autem amplectenda est interpretatio, per quam ius commune seruatur illibatum et illæsum,

CRAVETTA *conf. 135. n. 38.*
SOCIN. IVN. *vol. 3. conf. 105. n. 32.*

e contrario a tali interpretatione cauendum, qua alter in iacturam et captionem detruditur.

MANTICA *de tac. et ambig. conv. lib. 2. tit. 4. n. 83.*

Endlich 25) die diuersa ratio bonorum auch 96
in dem pacto selbsten §. 5. agnosciret und selbsten zum Grunde geleget worden, da zwar auf den Fall, wenn das gantze Geschlecht derer Rhein-Grafen, nemlich von denen beyden compacisc entern, von der Welt genommen werden solte, und kein Kind oder männliche Erben derer besagten Rhein-Grafen übrig bleiben würde, alsdenn und anders nicht die Töchter zur Erbfolge zugelassen und angenommen, und die von ihnen geschehene Absagung zernichtet, und von keiner Gültigkeit seyn sollen, welches lediglich von denen bonis nouiter acquisitis, oder wie in gedachtem §. 5. stehet, von denen Gütern, welche nach und durch Ordnung des Rechts, und der natürlichen Billigkeit ihnen zuständig und gebührend seyn mögen, es seyn beweg- oder unbewegliche Güter, verstanden werden muß, angesehen sofort davon feudalia et stemmatica ausgenommen worden:

> Ausgenommen und vorbehalten dasjenige, was in denen alten über die gemeinschaftliche Erbvereinigung vom Hause des Namens, Geschlechts und der alten oberherrlichen Lehn gemachten Vertrag benahmet und begriffen ist, die wir zum Theil allein inne haben, und zum Theil mit unsern Vettern, unsers obgedachten Oheims Johann Rhein-Grafens Kindern, in gemeinschaftlichen Besitzen, und davon gesamter Hand und unpartheylich belehnet sind.

Als welche Güter denen gedachten Vettern und deren männlichen Erben vorbehalten sind, wobey denn insbesondere zu remarquiren, daß bey denen Lehngütern der Grund darin gesetzet worden, weil ihnen solche per simultaneam inuestituram und zwar pro indiuiso (ohnpartheylich) verliehen worden, wovon dergleichen pactum, wie in §. 20. geschehen, einzugehen, in ihren Mächten nicht gestanden, und dahero durch keine vernünftige interpretation solches dahin gezogen werden können, wie denn auch das principale obiectum dieses pacti keine andere Güter gewesen, als wovon man die Töchter ausschliessen wollen, auch nicht eben anzusehen ist, daß man mit keinem deutlichen und heut zu Tage gewöhnlichen Ausdruck die Güter benahmet und distinguiret, als welches man nach Beschaffenheit der damaligen Zeiten, da der teutsche stylus noch nicht so wol als itzo excoliret gewesen, von ihnen nicht prætendiren mögen. Wiewol doch auch 26) in §. 10. die compacisc entes sich noch etwas deutlicher erkläret, und die erworbenen unbeweglichen und liegenden Güter, es seyn Häuser, Schlösser, Grund-Stücke, Lande, Unterthanen, Dorfschaften, ohne Widerrede derer Töchter denen männlichen Erben vorbehalten, auf welche sich der §. 20. nothwendig in dem Wort: besagten, referiren müssen; dagegen denn 27) die in ra- 97
tionibus dubitandi angeführte momenta nicht bestehen mögen; angesehen ad 1) aller Wahrscheinlichkeit zuwider ist, daß iemals ein origi-

nal

nal vorhanden gewesen, davon doch in denen Archiven der Dhaunischen Linie sich einige Spuhren finden würden, wenn das projectt nicht unvollzogen geblieben, dessen Gegentheil angezeiget und unerfindlich ist, daß man solches pactum in grosser veneration iederzeit gehalten, oder daß ad 2) die folgende Verträge sich darauf bezogen, davon selbsten das Gegentheil der anno 1696 geschlossene Vergleich ein klares Kennzeichen giebet, in welchem die beste Gelegenheit gewesen, solches zum Grunde zu legen, woferne man es für vollenzogen oder richtig gehalten, so doch nicht geschehen, noch ad 3) dessen Ausübung durch das angeführte Exempel des einen Mit-compacisenten, Johann Philipp des ältern, erwiesen und dargethan worden, da a) die zum Beweise aufgeführte Urkunde unvollkommen und zerstümmelt ist, woraus nichts erwiesen werden kan: b) nicht legali modo verfasset und extrahiret: c) der geschehenen vniuersal-Schenckunge die übrigen Brüder des Johannis Philippi, des jüngern, contradiciret: d) zu der Erbschaft des jüngern Grafen, Johann Philipps, dessen vier Brüder und Schwestern contra tenorem pacti de anno 1545 worin die Tochter und Schwestern gäntzlich ausgeschlossen, angegeben: e) dessen hinterlassene Wittwe und posthuma sich aller Güter zu bemächtigen gesuchet, welches nicht geschehen mögen, wenn das pactum in rerum natura vorhanden gewesen: f) der Tochter in der donatione vniuersali 100000 Francken contra tenorem pacti assigniret worden, und g) endlich gesprochen seyn soll, daß man ihr entweder die 100000 Francken entrichten, oder den Antheil des abgestorbenen Vetters in der successiion des Herrn Rhein-Grafens Oheims, welcher nur ein sechster Theil desselben gewesen, abfolgen lassen sollen, welche Umstände überhaupt mit dem pacto de anno 1545 gar nicht harmoniren, sondern vielmehr anzeigen, daß solches weder in der damaligen controvers zum fundamento decisionis geleget, noch in observanz gekommen sey, wie denn auch aus der gantz unvollkommenen piece nichts Rechts-beständiges erwiesen, noch ad 4) der Schluß daraus gemachet werden kan, daß solche donation nach Anleitung des §. 20. dicti pacti geschehen sey; dieserwegen, da ad 5) es an der Ausfertigung und Vollenziehung dieses pacti ermangelt, die obligation derer Herren impetranten von selbsten hinweg fällt, die ohnedem proprio iure zu succediren befugt sind, so daß ad 6) nicht zu sondiren ist, ob dieses pactum ad splendorem familiæ conseruandum abziele, da die quæstio præiudicialis, ob solches vollenzogen sey, noch nicht ausgemachet ist; im Gegentheil ad 7) die Unbilligkeit dieses pacti, wenn es nach gegentheiliger Erklärung gehen solte, klärlich in rat. decid. vor Augen geleget, sonsten aber bekant ist, daß keine testamenti factio von dergleichen Lehn- und Stamm-Gütern erlaubet, vielmehr verboten und also odiosa sey. Uebrigens ad 8) daß solches ad impediendam multiplicem bonorum diuisionem abziele, und solche daher restringiret worden, sich so wenig aus dem pacto selbsten befinden will, als solches aus dem §. 20. dicti pacti geschlossen werden kan, wie in rat. decid. mit mehrem dargethan ist; noch ad 9) solches aus denen verbis procœmialibus geschlossen werden mag, da, wenn solches die Absicht gewesen, die compacisentes ohne Zweifel dasjenige, was in §. 20. erst vorkommt, sofort nach diesem procœmio angeführet, und mit mehrem Nachdruck gleich zum voraus gesetzet haben würden, dessen Gegentheil sich aber offenbar befindet, da man nur gesonnen gewesen, die nouiter acquisita denen Töchtern zu entziehen, davon auch durchgehends alle §§. handeln, und darauf von besagten Gütern der §. 20. folget; darneben das argumentum a præfatione deductum nicht eben von grossem Gewicht ist, wenn sich absonderlich dasjenige, was in der Haupt-disposition darauf folget, mit der Vorrede nicht reimet; 98

MASCARD. *de gen. statut. interpr. concl. 5. n. 22.*

neque tali in casu quando ipsa statuti vel negotii dispositio et concluso aliud determinat, quam præfatio sonat, hæc illi præferri potest aut debet, non magis, quam si rubrica a textu differat, qui vtique rubricæ præferendus,

HARPRECHT *conf. 94. n. 109.*

IO. DEL CASTILLO *lib. IV. controv. quotid. c. 47. n. 33.*

welches hier sich befinden würde, wenn die Worte desselben so deutlich wären, daß man daraus abnehmen könte, daß solche die multiplicem diuisionem restringiren und verhindern wolten, welches doch aus dem darauf folgenden §. 2. sich nicht finden will, sondern in §. 1. zuförderst die multiplex ratio bonorum et eorum diuersitas angezeiget, und dabey gewiesen, daß gar leicht bey deren Theilung eine Ungleichheit entstehen, und aus der unterschiedenen Beschaffenheit derselben allerhand Verdruß entstehen könte, und dahero, solche Ungleichheit und zu besorgende Unentigkeiten zu verhüten, alle Behutsamkeit bey derselben vorzunehmen sey, damit nicht auf einen die Lehngüter, auf den andern aber die Erbgüter fallen möchten, zumal alle nouiter acquisita auch dazu geschlagen werden solten, diesemnach keineswegs die Theilung selbsten aufgehoben, oder solche zu verhindern intendiret worden, sondern nur die regula æqualitatis dabey vornemlich zum Grunde geleget, und dieselbe so einzurichten beschlossen worden, damit bey der Theilung alle bessere Wege und Mittel vorgekehret werden mögen, welche zu Fortsetzung und Erhaltung des Friedens, Liebe, Freundschaft und Ruhe auf ewig unter ihnen, in der Nachfolge der löblichen Weise und Gewonheit, wie sie gefunden und gesehen von ihren Vorfahren von undencklicher Zeit hero beobachtet worden zu seyn, dienen würden,

welche Worte klärlich anzeigen, daß man in allen circa modum diuidendorum bonorum, wozu die nouiter acquisita geschlagen werden solten, künftighin dergestalt zu verfahren habe, daß Ruhe, Friede, und Einigkeit unter ihnen beybehalten werde, weil von Alters her die Theilung selbst iederzeit selbsten beobachtet worden, nicht aber, daß die Theilung nachbleiben oder solche Mittel gebrauchet werden sollen, wodurch die alten Lehn- und Stamm-Güter zum præiudiz derer in gleichem gradu stehenden agnaten einem zugewendet, und dem andern entzogen werden könten, als welches das rechte Mittel gewesen, Uneinigkeit, Widerwillen, und ewige lites in dem Rhein-Gräflichen Geschlechte einzuführen, wie der itzige euentus dargethan; bey solcher Beschaffenheit aber ad 10) man endlich wol zugeben kan, daß das pactum suo modo über alle Güter einige Verordnungen gemachet, als daß nach dem §. 1. et 2. bey der Theilung derselben alle Gleichheit, so viel möglich, beobachtet werden solle, keineswegs aber sich befindet, daß alle und iede §§. von allen und ieden Gütern handeln, da der Augenschein weiset, daß in §. 3. sqq. bloß von denen Fahrnissen und liegenden Gütern, woran die Töchter keinen Theil haben sollen, das ist von nouiter acquisitis, disponiret, auch solche in §. 5. deutlich von denen alten Lehn und Stamm-Gütern distinguiret, und dahero das vornehmste obiectum dieses pacti die gedachten Güter allein und davon auch der §. 20. zu verstehen gewesen, wie in rat. decid. klärlich dargethan. Mithin ad 11) irrig ist, daß der §. 20. auch von denen alten Lehn- und Stamm-Gütern habe handeln können, wie die particula relatiua: besagte anzeiget, und in rat. decid. erläutert ist; dabey 12) zwar, so viel die Theilung selbsten betrift, die generale Absicht gewesen, daß eine Gleichheit bey derselben beobachtet werden möge, welche aber nicht erhalten werden würde, wenn man nach der gegenseitigen Absicht den §. 20. von allen und ieden Gütern verstehen, und dem possessori die Macht geben wolte, von denen alten Lehn- und Stamm-Gütern die in æquali gradu constitutos auszuschliessen, als welches ohnstreitig die allergrösseste Ungleichheit und Unbilligkeit nach sich ziehen, und effectuiren würde, daß diejenige, die ex prouidentia et pactis maiorum ein ius perfecte quæsitum und condominium erlanget, davon excludiret, und solches ihnen gegen alle principia iuris genommen werden könte, dieserwegen auch nicht zu glauben stehet, daß sie solches per pactum bewilliget haben solten, quod nemo suum iactare et iuri suo renunciasse præsumatur, solches auch mit der æquali facultate testandi, omnibus agnatis competente, nicht beschöniget werden mag, als welche man zwar in denen nouiter acquisitis intendiret haben kan, solche aber sich keineswegs auf Reichs-Lehn und alte Stamm-Güter schicket, bey welchen dergleichen facultas disponendi nicht das Aufnehmen, sondern den ruin derer agnaten, die in gleichem Grad stehen, wircken würde, da man doch jenes insgemein respectu aller agnaten offenbar intendiret, dieses aber verhüten; und ad 13) die Gleichheit vornemlich bey der Vertheilung der Güter nach Maaßgebung des §. 1. et 2. beobachten, keineswegs solche noch der gegentheiligen Erklärung aufheben wollen, als woraus die stärckeste Ungleichheit reuera eingeführet seyn würde, und dahero die angeführten rationes iuris sich besser auf die Erklärung, welche in ration. decid. angeführet ist, schicken. Endlich ad 14) dieselbe auch allen Zanck, Streit, und Widerwillen inter agnatos in æquali gradu constitutos præcaviret, welche aber aus der gegenseitigen interpretation nothwendig erfolgen muß.

So halten wir dafür, daß das gedachte pactum de anno 1545 als unvollzogen, und ad probandum nicht zureichend zu halten, allenfals aber dessen §. 20. nur von denen nouiter acquisitis zu verstehen sey. S. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MAIO MDCCXL.

RESPONSVM CLV.

THEMATA.

I. Quatenus ex inuestitura feudali immissio in feudum peti queat?

II. Num dominus directus simultanee inuestito, in præiudicium reliquorum, quibus coniuncta manus competit, feloniam remittere queat?

III. De effectu clausulæ: nach Recht der Sipzahl.

IV.

IV. *Apprehensio possessionis haud vacuæ illegitima est, sed pro actu turbatiuo habetur.*

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.
Quæstio I. De immissione in feudum ex investitura feudali. n. 2.
Vtile interdictum quorum bonorum adipiscendæ possessionis illis, quibus successio delata est, recte accommodatur. n. 3.
Qui auctore principe possidere iussus est, iuste possidet. n. 4.
Nemo habet facultatem apprehendendi possessionem, quæ ab alio iam occupata est. n. 5.
Successoribus in feudo integrum est, propria auctoritate possessionem ingredi vacantem. n. 6.
Immo et simultanee inuestitis. n. 7.
Possessio, quæ petitur vigore inuestituræ feudalis, dicitur priuilegiata. n. 8.
Modo nemo antea possideat. n. 9.
Qui petit immissionem ex inuestitura feudali, æque ac testamento vitio visibili carente, probare debet, inuestituram vitio visibili carere. n. 10.
Simultanee inuestitis citra eorum consensum nouus simultanee inuestitus a domino directo obtrudi nequit. n. 11.
Quoties aduersus instrumentum aliquæ exceptiones coloratæ opponuntur, tunc actor per illud non dicitur in continenti probasse fundamentum suæ intentionis. n. 12.
Quæstiones altioris indaginis impediunt possessionem in bona. n. 13.
Decisio quæstionis I. n. 14.
Quæstio II. De remissione felloniæ. n. 15.
Quoties felonia in ipsum dominum commissa, feudum tamdiu ad dominum deuoluitur, quam diu vasallus eiusque descendens viuit. n. 16.
Si dominus vasallo feloniam remittit, hic in illius locum transire dicitur, præsertim si successio tempore remissæ felloniæ nondum fuerit delata. n. 17.
Quando simultanee inuestiti habent partes pro indiuiso solo intellectu percipiendas, pars negligentis simultaneam inuestituram acquisita esse intelligitur, in quam per remissionem felloniæ ius suum abdicat in fauorem eius, cui remissio facta est. n. 18. 19.
Inuestitura simultanea Saxonica ex principiis iuris Longobardici explicari nequit. n. 20.
Iure Saxonico dominus directus vasallo, inuitis simultanee inuestitis, feloniam remittere nequit. n. 21. 22. 31. seq.
Simultanea inuestitura sola circa agnatorum successionem iure Saxonico attenditur, et ius æquale inuestitis tribuit. n. 23.
Simultanea inuestitura singulis in solidum indulta est, vt neuter ex simultanee inuestitis absque illorum consensu immo cum consensu domini de feudo disponere possit, sed vel singuli in solidum possideant, vel habeantur, ac si coniunctim et in solidum possiderent. n. 24.
Simultanea inuestitura succedit in locum illius iuris, quod antea agnati in communi feudo obtinuerunt. n. 25.
Denominatio coniunctæ manus der gesamten Hand *explicatur.* n. 26.
Coniuncta manus quomodo amittatur? n. 27.
Communio, quæ ex simultanea inuestitura nascitur, non ex iure Longobardico sed Germanico explicanda est. n. 28. 29.
Possessor feudum sine simultanee inuestiti consensu non potest oppignorare, vel aliter quam consensu domini de eo disponere. n. 30.
In successione nach Recht der Sipzahl *proximitas gradus attenditur.* n. 32.
Delictum agnati possidentis præiudicare non potest simultanee inuestitis. n. 34.
Simultanea inuestitura regulariter ius indiuiduum operatur. n. 35.
Exceptio non factæ renouationis feudi etiam a simultanee inuestitis, et tertio, in quem feudum alienatum est, opponi potest. n. 36.
Omissa renouatio iure Saxonico non tam feloniam quam spontaneam abdicationem iuris succedendi in feudo inuoluit. n. 37. 38.
Decisio quæstionis II. n. 40.
Quæstio III. De eodem argumento. n. 41.
Collectiuo nomine inuestiti in stirpes succedunt. n. 42.
Clausula nach Recht der Sipzahl *ius repræsentationis excludit.* n. 43. 44.
Particula zugleich *in successione partes viriles designat.* n. 45.
Decisio quæstionis III. n. 46.
Quæstio IV. De possessione haud vacua non apprehendenda. n. 47.
Actus, qui fiunt nomine publico, turbatiui censendi non sunt. n. 48.
Iniuria ei imputari nequit, qui iure permittente egit. n. 49.
Rescriptum contra iura pugnans vires non habet. n. 50.
In dubio principum rescripta ita accipienda sunt, ne aliis noceant. n. 51. 52.
Ad apprehendendam possessionem citandi sunt ii, quorum interest. n. 53.
Decisio quæstionis IV. n. 54.
Quæstio V. De eodem argumento. n. 55.
Possessionem contra vim intentatum defendere licet. n. 56. 57.
Mandantes tenentur de factis mandatariorum. n. 58.

Per

Per rescripta nemo possessione sua deiiciendus est. n. 59.

Decisio quæstionis V. n. 60.

Quæstio VI. n. 61.

Heredes factum defuncti præstare tenentur. n. 62. 63.

Decisio quæstionis VI. n. 64.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst einem volum. act. und sechs Fragen zugeschicket ꝛc.

I Ist a. 1638 Herr Georg Abraham T. verstorben, und hat nach der fol. 114. 115. befindlichen genealogie fünf Söhne hinterlassen, welche die nachgelassene Güter dergestalt getheilet, daß Christoph Heinrich, T. F. und M. Georg Abraham, und Moritz Henrich, das Gut O. L. das neue Schloß genant, und drey Theile des Guts B. ꝛc. Urban Caspar und Hanß Rudolph aber, das Gut D. nebst einem Theil der Haupt-Wälder überkommen, worauf Moritz Henrich, und Georg Abraham sich hinwiederum abgetheilet, daß jener die drey Theile von B., dieser aber das neue Schloß O. L. und F. untern Theils überkommen, überhaupt aber die Mitbelehnschaft unter sich an allen Gütern conserviret. Ist darauf nach des ohne Kinder verstorbenen Urban Caspars Tode die Helfte des Guts D. an seine vier Brüder gefallen, daß solchemnach Hanß Rudolph, nebst dem halben Theil des gedachten Guts noch den achten Theil desselben überkommen, weil aber derselbe viele Schulden auf dem Halse gehabt, hat derselbe seine Antheile an gedachtem Gute an seinen Herrn Bruder Georg Abraham, mit consens seiner übrigen Brüder, und Vorbehaltung der Mitbelehnschaft verkaufet, dieser hingegen seinen Antheil am Gute O. L. das neue Schloß genant, mit Vorbehalt derer Haupt-Wälder und consens seiner Brüder an seine Mutter wiederkäuflich verkaufet, welche aber mit demselben nicht belehnet worden. Hat nun ferner Georg Abraham, dieweil er das Gut D. mit vielen Schulden übernehmen müssen, und unter solchen creditoribus sein Bruder Christoph Henrich gewesen, zu desselben Vergnügung sein am Gute O. L. das neue Schloß genant, gehabtes Lehn-Recht samt Wiederkaufs-Recht abgetreten, und die Mitbelehnschaft sich vorbehalten, nicht weniger das Gut D. an Herrn Christoph Henrichen verkaufet, auch sich declariret, daß er so wol des iuris patronatus, als aller anderen an denen gelöseten Gütern habenden Forderungen, Recht- und Gerechtigkeiten sich begeben haben wolle, es wäre dann, daß durch Erbfälle ihm etwas zukäme, wie er dann auch die Mitbelehnschaft sich reserviret, und dieweil an dem Gute D. Moritz Henrich, noch den achten Theil prætendiret, ist ein Vergleich zwischen ihm und Christoph Henrich getroffen, vermöge dessen dieser sein Lehn-Recht an O. L. das neue Schloß genant, an jenen, jener aber an diesen, das achte Theil am Gute D. cediret. Haben nun ferner gedachte fünf Brüder an dem andern Theil des Guts O. L., das alte Schloß genannt, so ihr Vetter Caspar Friedrich von T. besessen, ebenfalls die Mitbelehnschaft gehabt, und weil Herr Moritz Henrich am Gute bereits drey Theile, letzt erwehnter Caspar Friedrich aber nur einen Theil besessen, haben beyde anno 1654 einen Tausch-contract getroffen, und Caspar Friedrich seinen Antheil des Gutes O. L. das alte Schloß genannt, Herrn Moritz Heinrichen gegen die drey Theile des Guts B. mit consens Georg Abrahams und Hanß Rudolffen, als Mitbelehnten vertauschet, dabey dann sowol, als bey andern Fällen, Christoph Henrich und sein Sohn Hanß Julius, der an solchen Gütern zustehenden Mitbelehnschaft halber die Lehn gesuchet, und der gesamten Hand Folge geleistet, desgleichen auch nach Moritz Henrich T. Tode, der einen Sohn Julium Henrich verlassen, geschehen, und darüber die Lehn-Scheine ertheilet sind, da im Gegentheil Georg Abraham iun. von der Zeit an, da er sein Lehn-Recht am Gute O. L., das neue Schloß genannt, an Herrn Christoph Henrich cediret gehabt, und bey dessen Absterben, als solches nachgehends dessen Erben wiederum an Moritz Henrich cediret, der Mitbelehnschaft so wenig Folge gethan, daß er, als ihr Vetter Caspar Friedrich, das alte Schloß des Guts O. L. an Moritz Henrich anno 1654 vertauschet, die Mitbelehnschaft sich nicht vorbehalten, oder aber dieselbe sich von neuem zukommen lassen, so daß er darüber anno 1675 verstorben, und weder anno 1656 bey Absterben des Churfürsten Johann Georgen des ersten, noch sonsten auch dessen Sohn der Herr geheimte Rath Hanß Henrich T., als der Churfürst Johann Georg der andere verstorben, und endlich wie Moritz Henrich verblichen, der Mitbelehnschaft einige Folge gethan, bis einsten anno 1692 besagter Herr geheimte Rath Hanß Henrich T. bey dem Lehn-Hof sich gemeldet, und, daß ihm seines Vaters Lehns-Fehler pardonniret werden möchte, gebeten, iedoch weil Moritz Henrich dagegen protestiret, solches ohne effect verblieben. Hat aber dennoch derselbe in anno 1710 den Lehnspardon laut fol. act. 107. erhalten, und Julius Henrich darin fol. 108. consentiret, dergestalt, daß er anno 1718 die Mitbelehnschaft, ohne daß die übrige Mitbelehnte darüber gehöret worden, erlanget, welcher gleichwol noch vor gedachten Julius Henrich des Besitzers vom Gute O. L. und F. mit Hinterlassung eines einzigen Sohns, Herrn Henrich Ernst T. Todes verblichen, dieser auch nicht allein der gesamten Hand am Gute O. L. und F. die Folge geleistet, sondern auch auf den Fall, wenn der Besitzer derselben Güter Herr Julius Henrich verstorben solte, Befehl ausgewürcket, ihn sofort in deren possess zu setzen. Ist nun den 14.

Aug.

Aug. a. c. des Nachts gedachter Julius Henrich ohne Leibes-Lehns-Erben verstorben, und von ihm ein Testament errichtet, darinnen er Herrn August Wilibald, und Herrn Franciscum Otwald, Gebrüdere T., zu Erben des allodii eingesetzet, welche auch nebst ihrem dritten Bruder, Henrich Joseph, als welche von Fällen zu Fällen, nebst ihrem Vater und Großvater der Mitbelehnschaft am Gute O. L. alten und neuen Schlosses behörige Folge geleistet, gewöhnlicher massen sofort davon possession ergriffen, und die actus possessionis im gedachten alten und neuen Schlosse und denen dazu gehörigen Gärten, Feldern, Wiesen, Gehölzen, Schäfereyen, gebührend exerciret, und alles vormittag um zwölf Uhr ruhig beschlossen. Hat aber des Mittages um vier Uhr der Amtmann im Vogtlande S. mit einigen bey sich habenden advocaten und etlicher Mannschaft sich gemeldet, und unterweges einige Unterthanen, ohngeachtet dieselbe ihnen eröffnet, daß sie albereit vormittages denen vorgedachten dreyen Gebrüdern T. den Handschlag abgestattet, zu nochmaliger Abgebung eines Hand-Gelöbnisses an dem bey sich gehabten advocato Z., als welcher sich für einen Gevollmächtigen des Herrn H. Heinrich Ernst T. ausgegeben, gezwungen, possess von der Schäferey, wie auch unterweges von denen zu O. L. gehörigen fundis, Teichen, und sonsten, davon die drey Gebrüdere bereits vorher die possess ergriffen, genommen, und ihren Weg nach dem Rittersitz fortgesetzet, iedoch, ehe sie daselbst angelanget, die drey vorgedachten Brüder den notarium, so über ihre vormittags ergriffene possess das instrument verfertiget, ihnen entgegen geschicket, und sie befragen lassen, ob sie zu denen unternommenen actibus Befehl hätten? davon sie allenfalls communication verlanget, dem zuwider der Beamte, ohne sein commissoriale zu communiciren, im vollen currier nach dem Rittersitz fort gejaget ist, in Meinung daselbst einzudringen, welcher aber mit Wache besetzet gewesen, welche, als er mit Gewalt durch zu dringen vermeinet, ihr Gewehr vor sich gestrecket, und den Beamten dadurch aufgehalten, daß er seinem Zweck nicht erhalten können, dahero der Beamte denen Wächtern einen Befehl vom Serenissimo vorgelesen, kraft dessen ihm aufgetragen worden, nach Absterben Julii Henrich T. den Herrn Henrich Ernst T. in die possess des Guts O. L. einzusetzen und sich daran kein appelliren irren zu lassen. Haben darauf die drey Herren Gebrüdere sich zu dem Beamten hinaus begeben, und fürtzo das rescript vorzeigen lassen, auch ihm, da er sich nicht zur Ruhe begeben wollen, dagegen remonstriret, daß eines theils solches rescript einseitig sub-et obreptitie ausgebracht, und sie dabey nicht gehöret worden: andern theils dasselbe in sensu legali und also anzunehmen, daferne noch possessio vacua wäre, sie aber bereits vormittags die possess vom gantzen Gute ruhig ergriffen, und der Beamte sie darin selbst als possessores angetroffen, dieser aber sich nicht weisen lassen wollen, sondern ad serenissimum appelliret, worauf derselbe mit seinen Leuten desselben Tages abgezogen, und zu einer Unterredung, wozu er von denen possessoribus invitiret worden, ins Gut O. L. nicht kommen wollen, des andern Tages aber auf die Wälder geritten, daselbsten von denen Bäumen Aeste abschneiden, einige gesetzte Claster-Holtz einwerfen lassen, und von einigen daselbsten angetroffenen Personen den Handschlag abnöthigen wollen, so ihm aber dergleichen nicht gegeben, und endlich ein patent an die Unterthanen ergehen lassen, darinnen er sie bedeutet, Herrn Hof-Marschain Henrich Ernst T. pro possessore anzunehmen und zuerkennen, dabey denn folgende Fragen uns vorgeleget sind, und zwar erstlich:

Ob oben gedachte drey Gebrüdere, Henrich Joseph, August Wilibald und Franciscus Otwald T., als wahrhafte Mitbelehnte mit Rechts-Bestande am Gute O. L. und F untern Theils die possess ergriffen, oder ob sie schuldig sind, dem Herrn Henrich Ernst T. zu weichen, und ihn nebst sich in die compossess setzen zu lassen? 2

Rationes dubitandi.

Ob nun wol Herr Henrich Ernst T. ebenfalls mit denen dreyen Herren Gebrüdern, die gesamte Hand an denen Gütern zu L. O. erhalten, den fol. 110. befindlichen Lehn-Schein für sich hat, auch mit denen dreyen Herren Gebrüdern in pari gradu stehet, mithin, da die Mitbelehnschaft sub clausula: *nach Recht der Sippzahl*, verliehen, gleiches succession-Recht daran haben muß, und ohngeachtet sein Groß-Vater Georg Abraham einige Lehns-Fehler per omissionem inuestituræ begangen, dennoch seinem Vater, Hanß Henrich T. bereits anno 1710 solcher condoniret, und derselbe wieder zu der gesamten Hand gebracht worden ist, worin auch der letzverstorbene Besitzer, nach dem fol. 108. befindlichen revers, consentiret, und ihn zum Mitbelehnten wieder aufgenommen, darauf er auch würcklich beliehen, und es dahero scheinen will, als wenn der Herr Hof-Marschall ebenfalls zu der compossess zu lassen sey, und ihm solche von denen dreyen Herren Gebrüdern nicht præripiret werden mögen, quin potius vtile interdictum quorum bonorum adipiscendæ possessionis illis, quibus successio delata est, recte accommodarun. 3

II. Feud. 26.

HORN. *in iurispr. feud. c. 24. §. 14.*

VVLTEIVS *lib. 2. de feud. c. 1. n. 22.*

PHILIPPI *in vs. præct. institt. lib. 4. tit. 25. th. 3. eclog. 71. n. 10.*

Bevorab da der Herr Hof-Marschall aus der erhaltenen Mitbelehnschaft eben sowol successor feudalis 4

feudalis præsumtiuus ist, als die drey Herren Gebrüdere, welche die possession des Ritter-Sitzes O. L. vor ihm apprehendiret, jener auch den Befehl des Serenissimi für sich hat, nach welchem der Beamte beordert worden, ihn sofort, wenn das Lehn eröffnet, in die possess zu setzen, vt eo iustius possidere possit, quia auctore principe possidere iussus est.

arg. l. u. D. de acquir. vel omitt. poss.

Rationes decidendi.

5 Weil aber dennoch ohnstreitig ist, daß die drey Herren Gebrüdere T. die erledigte possession des Rittersitzes O. L. mit allen Zubehörungen allein und in solidum vor dem Hof-Marschall ergriffen haben, und dahero, wie derselbe die possession ebenfalls ergreiffen wollen, solche nicht mehr ledig, sondern bereits apprehendiret gewesen, aus denen Rechten aber bekant ist, quod nemo habeat facultatem apprehendendi possessionem, quæ iam ab alio occupata est,

MENOCH. *remed. adipisc. poss. 6. n. 23.*

cum si vel maxime lex vel princeps concedat facultatem apprehendendi possessionem propria auctoritate, id tamen intelligi debeat, nisi ab alio iam occupata sit.

IDEM *cit. l. n. 23.*

TIRAQVELL. *in tr. le mort saisit le vif. P. 1. declarat. 8.*

Vnde cum iam possessio ab alio est occupata, eam ne quidem prætore auctore ingredi licet;

MENOCH. *cit. l. n. 27.*

6 welches in præsenti casu um desto stärckern Grund hat, als die drey Herren Gebrüdere unstreitige Mitbelehnte des verstorbenen Julius Henrichs T. sind, die sowol als seine Voreltern der gesamten Hand beständig Folge geleistet, und dahero als unstreitige successores in feudo anzusehen, quibus integrum fuit propria auctoritate possessionem ingredi vacantem, vt pote quod cuilibet heredi permissum est,

IDEM *cit. l. n. 1.*

7 multo magis vero simultanee inuestito, qui iam ius in re ex simultanea inuestitura habet, vi cuius mortuo possessore sine liberis ipso iure actu secundo succedit, et propria auctoritate possessionem vacantem apprehendere potest.

STRVK *exam. iur. feud. c. 12. qu. 35.*

HORN. *in iurispr. feud. c. 12. §. 29.*

CARPZ. *P. 2. C. 45. def. 2. in f.*

8 Und da nun die drey Herren Gebrüdere T. die gedachte possessionem vacuam ruhig und ohne allen Widerspruch anfänglich ergriffen, sie billig dabey gegen den Herrn Hof-Marschall T. geschützet werden müssen, ohngeachtet derselbe nach erlangtem Lehns-pardon wieder in die Mitbelehnschaft, wiewol ohne der dreyen Herren Brüder consens, aufgenommen worden; quamuis enim non minus dicatur priuilegiata possessio, quæ petitur vigore inuestituræ feudalis, quam quæ petitur vigore testamenti, adeo vt ostendens inuestituram de se loquentem immittendus sit;

ARGELVS *de acquir. possess. ex remed. l. f. C. de edict. D. Hadr. toll. qu. 4. art. 1. n. 13.*

hoc tamen intelligendum est de casu, si 9
nemo possideat, quo casu demum officium iudicis in locum l. f. C. de edict. D. HADR. toll. transit,

ROSENTHAL *de feud. c. 7. conclus. 50. in not. lit. e.*

nec iudex hoc casu concedere potest successuro facultatem ingrediendi possessionem, quæ spolium operaretur,

MENOCH *remed. 6. adip. poss. n. 27. seq.*

wie denn auch, wenn die inuestitura feudalis 10
eben dergleichen immission, welche ex testamento visibili vitio carente geschiehet, würcken soll, nöthig ist, daß die geschehene Belehnung schlechterdings und ohne einigen sichtbaren Mangel geschehen sey, so hier bey der Herren drey Brüder Belehnung allein zu finden, als welche eine unstreitige Belehnung für sich haben, deren Eltern der Mitbelehnschaft an dem quæstionirten Rittersitz sine vlla interruptione Folge geleistet, und ihr ius succedendi dadurch in beständiger serie conseruiret, auch darauf die possession in solidum und allein ruhig apprehendiret haben; im Gegentheil des Hrn. Hof-Marschalls Henrich Ernst T. Belehnung vielen sichtbaren Mängeln im Ansehen derer dreyen Herren Gebrüder unterworfen ist, als dessen Großvater, Georg Abraham, die Mitbelehnschaft theils verloren, theils gebrochen, und 11
ob zwar dessen Sohn, Hanß-Henrich T. anno 1710 der Lehns-Fehler condoniret worden, und der letzte Besitzer des Rittersitzes in die Wieder-Aufnehmung in die Mitbelehnschaft laut reversus fol. 108. consentiret, sodann derselbe auch anno 1718 würcklich beliehen, auch von solcher Zeit an von ihm so wol als dessen Herrn Sohn, Herrn Heinrich Ernst T. die Mitbelehnschaft richtig verfolget worden; dennoch eines theils die drey Herren Gebrüdere und deren Herr Vater darin keinesweges consentiret, wider deren Willen doch kein Mitbelehnter von neuen aufgenommen werden mögen, Hanß-Henrich T. auch solches agnosciret, und deswegen des letztern Besitzers des quæstionirten Ritter-Sitzes consens darzu gesuchet und erhalten, so doch nicht genug gewesen: andern theils der 12
Lehns-pardon in dem condonations-rescripto nicht schlechterdings, sondern sub illa clausula ertheilet, wenn sich des supplicanten Anführen also verhalte, und nichts erhebliches dabey zu erinnern, gleichwol der supplicant nichts mehr angeführet, als daß sein Herr Vater bloß ex negligentia um die Mitbelehnschaft am Gute O. L. gekommen, dabey aber verschwiegen, daß als er das neue Schloß des gedachten Guts

an

an seine Frau Mutter verkaufet, er sich die Mitbelehnschaft nicht vorbehalten, desgleichen daß er sein Lehn-Recht an dem gedachten neuen Schlosse derer dreyen Herren Brüder Großvater, Christoph Henrich T. cediret, und als Herr Caspar Friedrich T. das alte Schloß ermeldten Gutes, Herrn Moritz Henrich T. Tausch-weise überlassen, er zwar darin consentiret, dennoch die gesamte Hand daran sich nie zubekennen lassen, vielmehr solche durch die geschehene alienation gebrochen sey, und also er destinato consilio sein Lehn-Recht abdiciret, welches die übrige Mitbelehnte, die der gesamten Hand Folge geleistet, dadurch allein, ipso excluso, acquiriret; er endlich auch verschwiegen, daß sein Herr Vater so gar in D. contract auf der F. Güter, dergleichen O. L. und F. untern Theils renunciiret; woraus denn von selbsten erfolget, daß aus der geschehenen Belehnung der Herr Hof-Marschall T. kein præsumtus successor feudalis seyn könne, da eines theils die im anno 1718 erfolgte Belehnung ein feudum nouum in Ansehen des Herrn Hof-Marschals und dessen Herrn Vaters gewürcket, so ohne der dreyen Herren Brüder consens ihm nicht gereichet, noch diesen ein neuer Mitbelehnter wider Willen obtrudiret werden mögen, davon ad qu. seq. mit mehren zu handeln; andern theils der Lehns-pardon vielen offenbaren Mängeln unterworfen, als worin das nöthige verschwiegen ist, gleichwol die erfolgte Belehnung sich darauf gründet. Derowegen die drey Herren Gebrüdere grosse Ursache gehabt, die possession des quæstionirten Guts O. L. allein und mit excludirung des Herrn Hof-Marschalls zu ergreifen, als welche aus denen angeführten Umständen leicht ermessen mögen, daß, wenn dem Herrn Hof-Marschall aus der erhaltenen Belehnung ein ius succedendi zustehen solte, solches nicht anders als nach Abgang ihrer und ihrer descendenz allenfalls zu verstehen sey, woraus denn von selbsten zu schliessen, daß der Herr Hof-Marschall aus der wiedererlangten simultanea inuestitura keine immission in dem quæstionirten Ritterstz erhalten können, quoties enim aduersus instrumentum aliquæ exceptiones coloratæ, quæ ad minimum insignem iuris colorem pro se habent, opponantur, tunc actor per illud non dicitur in continenti probasse fundamentum suæ intentionis,

ARGELVS *cit. l. qu. 2. art. 5. n. 34.*

13 welches doch hier nöthig ist, bevorab da es auf die interpretation der Belehnung ankommt, wie solche allenfals zu verstehen, ob der Hof-Marschall, dessen Herr Vater nouiter inuestitus ist, nicht allenfals nach denen dreyen Herren Gebrüdern zur successiion ex simultanea inuestitura zuzulassen, quæ interpretatio altiorem adhuc requirit indaginem, nec ita comparata est, vt statim inde immissio possit decerni in præiudicium eorum, qui possessionem iam apprehenderunt,

IDEM *cit. l. n. 37.*

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

ROL. A VALL. *vol. 1. conf. 98. n. 41.*

vielmehr alles, was der Herr Hof-Marschall aus seiner erhaltenen Belehnung nach dem Lehns-pardon anführet, altioris indaginis und so beschaffen ist, daß daraus keine immissio in die compossession geschehen mag:

So erhellet hieraus so viel, daß die gemeldte drey Herren Gebrüdere T. als wahrhafte Mitbelehnte am Gute O. L. und F. untern Theils mit Bestand Rechtens die possess ergriffen, der Herr Hof-Marschall Henrich Ernst T. aber die immission in die compossession nicht prætendiren könne. 14

Auf die andere Frage:

Ob der allerdurchlauchtigste Lehn-Herr Herr Hanß Heinrich T. die am Gute O. L. versäumte und abdicirte gesamte Hand, denen von Herrn Christoph Heinrich T. herstammenden Mitbelehnten zum Nachtheil pardoniren können, und wie weit Kraft solchen pardons nunmehro dem Herrn Hof-Marschall T. die gesamte Hand am ermeldten Gute zustehe? 15

Erachten wir für Recht.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) in dem gegenwärtigen Fall des Herrn Hof-Marschalls Großvater vornemlich es darin versehen, daß er der Mitbelehnschaft nicht Folge geleistet, und dadurch feloniam in ipsum dominum feudi committiret hat, in denen Lehn-Rechten aber ausgemachet ist, quod quoties felonia in ipsum dominum commissa, feudum tamdiu ad dominum deuoluatur, quamdiu vasallus eiusque descendens viuat, 16

2. feud. 24. c. denique sæpe et 2. f. 37.

HARTM. *Pistor. lib. 2. qu. 15.*

Woraus denn 2) von selbsten zu folgen scheinet, daß, wenn der Lehns-Herr die feloniam des Herrn Hof-Marschalls T. Vater nicht pardoniret, dessen Antheil bey dem itzo erfolgenden Lehnsfall auf den Lehn-Herrn so lange, als dessen descendentes noch im Leben, verfallen seyn würde; mithin 3) ihm frey gestanden, den committirten Lehns-Fehler dessen Herrn Vater, etiam simultanee investitis inuitis, zu pardoniren, als welchen dadurch kein præiudicium zuwächset, vielmehr der dominus feudi nur dasjenige Recht, so er in casu successionis delatæ an dem Lehn gehabt haben würde, remittiret, und der pardonirte reuera in locum domini trit, welches 4) vornemlich alsdann statt findet, si successio tempore remissæ felloniæ nondum fuerit delata, wie allhier würck- 17

lich geschehen, da bereits anno 1710 der Lehns-pardon ertheilet worden;

STRVV. *in synt. iur. feud. c. 15. aph. 12. n. 11.*

18 wiewol auch 5) in casu successionis delatæ solches dem Lehns-Herrn frey gestanden haben möchte, weil auch in diesem Fall der Lehns-Herr nur sein Recht, so er künftig exerciren können, in faveur des pardonirten remittiret, und denen andern Mitbelehnten an ihrem successions-Recht nichts præjudiciret, cum simultanee inuestiti in feudo, de quo simultanee inuestiti sunt, habeant partes pro indiuiso, solo intellectu percipiendas, adeoque pars negligentis simultaneam inuestituram acquisita esse intelligatur, in quam per remissionem feloniæ ius suum abdicat in favorem eius, cui remissio facta.

BERGER *P. 1. supplem. ad discept. for. p. 442.*

HORNIVS *in iurispr. feud. c. 17. §. 19.*

19 Bevorab da 6) ausser dieser negligenz sich kein ander Lehns-Fehler befindet, anerwogen als des Herrn Hof-Marschalls Großvater mit seinen vier Brüdern sich in anno 1637 vertheilet, und an ihn und Herrn Moritz Henrich T. das neue Schloß O. L. gekommen, er und seine Brüder in diesem nicht nur beliehen, sondern auch einem ieden an des andern Theil, ja auch an dem alten Schloß O. L. die gesamte Hand zubekennet sey, ja als 7) dieses alte Schloß an Herrn Moritz Henrich T. in anno 1654 vertauschet worden, des Herrn Hof-Marschalls Großvater ebenfals darin die gesamte Hand sich vorbehalten; nicht weniger 8) in anno 1657 ihm die Mitbelehnschaft an seiner Herren Brüder und Vettern Güter verliehen worden; wie er denn auch 9) anno 1654 bey dem neuen Theil nach dem Vergleich fol. 143. b. sqq. abermals die Mitbelehnschaft vorbehalten, und um die conferirung der gesamten Hand angesuchet, die ausser diesen nachgehends erfolgte Lehns-Fehler aber 10) remittiret, und des Herrn Hof-marschall Vater von dem letzten Besitzer zum Mitbelehnten angenommen, und die Belehnung in anno 1718 darauf ertheilet worden, dergestalt, daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn der Lehns-Herr den Lehns-pardon, auch inuitis reliquis simultanee inuestitis, wol ertheilen können, und der Herr Hof-Marschall zur Mit-succession anitzo zugelassen werden müsse.

Rationes decidendi.

20 Dieweil aber dennoch 1) die Sächsische Mitbelehnschaft in den Longobardischen Rechten keinen Grund hat, sondern aus seinen eigenen principiis beurtheilet werden muß, und dahero was aus den Longobardischen Rechten zum Behuf dieser decision angeführet ist, nicht schlechterdings zum fundamento decisionis angenommen werden kan, vielmehr in teutschen Landen nach teutschen Rechten davon geurtheilet werden muß,

GOLDAST. *P. 2.* der Reichs-Satzung *p. 99.*

dabey denn 2) der gantze status controuersiæ darauf lediglich ankomt, auf wen, wenn einer oder anderer von denen Mitbelehnten der gesamten Hand nicht beständig Folge leistet, oder bey Brechung der gesamten Hand sich nicht wieder in die Mitbelehnschaft bringen lässet, bey ereigtem casu successionis, wenn andere Mitbelehnte der gesamten Hand richtig Folge geleistet, das Lehngut, siue in totum siue pro parte, fällt? da ausgemachet ist, daß, wenn das 21 gantze Lehn-Gut auf die Mitbelehnte, die das Lehn richtig befolget, fället, dem Lehn-Herrn nicht erlaubet sey, inuitis simultanee inuestitis, den Lehns-Fehler denenjenigen, die der gesamten Hand nicht Folge geleistet, zu pardoniren, welches im Gegentheil alsdann geschehen kan, wenn der Theil des negligentis simultaneam inuestituram auf den Lehns-Herrn, nach dem Longobardischen Rechte, so lange zurück fallen solte, als der negligens und dessen posteritæt lebet; welches zwar 3) wie in rat. dub. 22 angezeiget, viele Rechts-Lehrer statuiren, aber dabey den Unterscheid unter den Longobardischen und Sächsischen Lehn-Rechten hindansetzen, da nach jenen dieser casus, so hier anzutreffen, nicht existiren kan, als welches Recht bey denen Lehns-Agnaten keine gesamte Hand erfordert, und die Lehns-Vettern nicht eher die Lehn suchen dürfen, als wenn der casus successionis bey ihnen sich ereignet, und sie alsdann nur des Lehns priviret werden, wenn sie iusto tempore die Belehnung nicht gesuchet haben; im Ge- 23 gentheil nach Sächsischen Rechten die künftige successsion derer agnaten durch die renouation der gesamten Hand conseruiret, und also auch verlohren wird, wenn unter vielen Mitbelehnten ein oder ander derer gesamten Hand nicht Folge geleistet, als welcher sich seines künftigen successions-Rechts dadurch begeben, etenim simultanea inuestitura sola circa agnatorum successionem attenditur, et ius æquale inuestitis tribuit,

CARPZ. *P. 3. C. 27. def. 2. n. 5.*

atque arcto vinculo plures coniungit inuestitos.

HARTM. PIST. *lib. 2. q. 20. n. 11. in f.*

Dahero dann 4) wenn iemand von vielen Mit- 24 belehnten der gesamten Hand nicht Folge leistet, derselbe sein ius succedendi so fort ipso facto verliehret, und solches allein respectu des gantzen Lehns bey denen übrigen Mitbelehnten, welche nachgehends beständig wegen des gantzen Lehn-Guts in der Mitbelehnschaft verblieben, und belehnet sind, verbleibet, und ihnen per indirectum zum Vortheil gereichen muß; angesehen 5) die Mitbelehnten nicht pro certa parte, sondern in solidum iederzeit belehnet werden, und wenn also iemand aus der Lehnsfolge fällt, solches denen andern, welche nach diesem mit dem gantzen Gut belehnet sind,

zu

zu statten kommen muß, quia simultanea inuestitura singulis in solidum indulta est, vt neuter ex simultanee inuestitis absque illorum consensu, imo etiam cum consensu domini de feudo disponere possit, sed vel singuli in solidum possideant vel habeantur, ac si coniunctim et in solidum possiderent,

SCHILTER *in comm. ad ius feud. all. c. 16. §. 1.*

welches auch den Sächsischen Lehn-Rechten, wenn zweene oder mehr mit einem Lehn sämtlich beliehen worden, gemäß ist,

art. 8. iur. Sax. Feud.

25 so zwar von dem casu, wenn mehrere ein Lehn-Gut in Gemeinschaftlichkeit besitzen, redet, gleichwol, wenn sich dieselbe theilen, und die gesamte Hand an solchem Gut bekommen, es gehalten wird, als wenn sie noch würcklich in der communione feudi stünden,

HARTM. PISTOR. *lib. 2. qu. 20. n. 5. 11.*

quia simultanea inuestitura successit in locum illius iuris, quod antea agnati in communi feudo obtinuerunt,

IDEM *cit. l. n. 27. in f.*

quocirca simultanee inuestitis ab initio solidum ius succedendi in feudum singulis ita tributum videtur, vt nulla pars deficere possit et vacua fieri,

MENCKE *in progr. X. quo demonstrat, portionem vnius ex simultanee inuestitis, qui renouationem inuestiturae apud Saxones neglexit, ad reliquos, non ad dominum directum, pertinere.*

26 welches 6) eines theils selbsten die Benennung der gesamten Hand anzeiget, wodurch man von uralten Zeiten die Gemeinschaftlichkeit des Rechts und der Güter, absonderlich unter Eheleuthen, angedeutet, und deswegen solches communis et coniuncta manus genant ist, wie aus den alten diplomatibus zu sehen,

DN. de LVDEWIG *de simultan. inuest. c. 2. §. 14.*

BÖEHMER *tom. IV. iur. eccl. p. 482.*

27 ja damit, facta diuisione, die Brüder oder agnati ihr ius feudi commune et in solidum conserviren möchten, eben dazu von uralten Zeiten erfordert ist, daß dieselbe von Fällen zu Fällen sich belehnen lässen und der gesamten Hand Folge leisten müssen, vnde ius reale et fori tribuere dicitur,

SCHILTER *de simult. inuest. c. 1. §. 4.*

und wer solches unterlässet, aus der gesamten Hand gehet, und denen übrigen solche allein in 28 solidum verbleibet; andern theils diese communio iuris, quæ ex simultanea inuestitura nascitur, nicht nach denen Römischen und Longobardischen, sondern nach denen principiis iuris Germanici zu beurtheilen ist, Romanis enim, et omnibus iis, qui solis illis legibus viuunt, communio rerum nihil aliud est, quam si plures rem vnam pro indiuiso possident, ita tamen, vt iure ipso res diuisa, et nemo possessorum in solidum, sed pro parte tantum rei dominus sit; sed iure Germanico communionis eiusmodi hæc est ratio, vt quilibet in solidum ius habeat et ita inuito altero de ea re nequidem pro parte disponere queat,

IVSTVS VERACIVS *de consuetud. Bamberg. tit. communio bonorum qu. I. apud* DN. de LVDEWIG *de scriptor. Bamberg. tom. I. p. 958.*

dahero 7) denenjenigen, die mit der gesamten 29
Hand ein Lehn empfahen, gleiche Gewehr daran zugetheilet wird, welche sie zwar verliehren, wenn sie sich theilen, iedoch solche durch die simultaneam inuestituram an eines ieden Theil in solidum wieder bekommen,

art. 29. iur. Saxon. feud.

als welches er sonsten an seinen Sohn nicht vererben könte,

art. 11. iur. Saxon. feud.

welches eben die Ursache ist, warum niemande 30
ein Mitbelehnter wieder seinen Willen obtruiren werden möge, als welcher dadurch in communionem iuris mit gesetzet wird, ita vt possessor feudum sine simultanee inuestiti consensu non possit oppignorare vel aliter, quamuis cum consensu domini, de eo disponere,

SRVV. *in synt. iur. feud. cap. 9. aph. 16.*
HORN. *in iurispr. feud. c. 12. §. 29.*

Dieserwegen wenn 8) ein Mitbelehnter sein Recht 31
verlohren, und der gesamten Hand nicht Folge geleistet, der Lehns-Herr demselben wider der Mitbelehnten consens nicht pardoniren, und ihn wieder zur gesamten Hand bringen kan, weil sonsten der Lehns-Herr einen neuen Mitbelehnten denen andern obtruiren würde, so gleichwol nicht geschehen mag; dahero auch 9) als Hanß Heinrich T. in anno 1692 den Lehnspardon gesuchet, dessen Suchen dem damaligen Besitzer des Gutes O. L. Herrn Moritz Henrich T. communiciret, von diesem aber laut fol. 119. dagegen protestiret worden, dergestalt, daß es damals dabey bis anno 1718 geblieben, in welchem Jahr der damalige Besitzer Julius Heinrich T. welcher ebenfals vorher gegen die von neuem gesuchte Mitbelehnschaft protestiret, endlich bewogen worden, in die gesamte Hand zu consentiren, mithin des Herrn Hof-Marschals Vater dadurch agnoscîret, daß dazu der Mitbelehnten consens erfordert würde; gleichwol da des Henrich Julius Recht mit seinem Tode erloschen, solches denen dreyen Gebrüdern nicht præiudiciren mag, als welche so wenig als ihr Herr Vater darin consentiret, und dahero ihnen ihr Recht, in solidum zu succediren, in saluo verblieben; welches alles 10) alsdann um destomehr statt finden muß, 32
wenn, wie die Lehn-Briefe darlegen, die Mitbelehnschaft nach Recht der Sippzahl verliehen ist, als wodurch die successio secundum proximitatem graduum verliehen ist, vt eodem, qui iure communi obtinet, succedatur modo,

HORN *cit. tr. c.16. §. 14.*

mithin, wenn einer aus der gesamten Hand fället, solches den andern zuwächset, wie bey der successione secundum proximitatem gra-
33 duum iuris ist; keinesmegs aber 11) dem Lehn-Herrn bey der negligirten gesamten Hand etwas eröfnet werden kan, da der negligens noch die würckliche Gewehr an dem Lehn-Gut nicht gehabt, welches doch in priuatione feudi ordentlich præsupponiret wird, sondern alles erst auf die künftige würckliche succession sein Absehen gehabt, aus welcher aber des Herrn Hof-Marschalls Großvater durch die versäumte gesamte Hand gesetzet ist, und die andern Mitbelehnte allein das ius succedendi in solidum behalten, gleichwie sie nach diesem mit dem gantzen Rittersitz beständig in solidum und indiuisim belehnet sind, auch nach dem itztgedachten verlohrnen Mitbelehnschafts Recht so des Herrn Hof-Marschalls Großvater an dem quæstionirten Rittersitz gehabt, bis anno 1718 allein damit
34 belehnet worden; worin eben 12) der Unterschied zwischen dem Besitzer des Lehn-Guts und denen Mitbelehnten bestehet, da jener ob neglectam renouationem inuestituræ des in Besitz habenden Lehn-Guts, præuio processu instituto, priviret, und von dem Lehn-Herrn solches so fort eingezogen werden kan, bey dem es so lange, bis die succession an die Mitbelehnten fällt, verbleibet, quod delictum agnati possidentis præiudicare non possit simultanee inuestitis,

CARPZ. *P. 3. c. 27. def. 81. n. 20.*

wie denn alle ICti, so von der priuatione feudi reden, von dem Besitzer des Lehns es verstehen, und ihre rationes solches darlegen; diese hingegen noch keinen würcklichen Besitz, dessen sie priviret werden können, haben, und dahero wenn einer unter denenselben der gesamten Hand Folge zu thun unterlässet, im Gegentheil die andern dieselbe beständig verfolgen, und also allein belehnet werden, es gantz natürlich ist, daß sie eueniente casu allein succediren, und
35 den negligentem ausschliessen, ja auch der Lehn-Herr des negligentis Theil nicht an sich ziehen können, nachdem er die andern beständig mit dem gantzen Lehn-Gut, ohne einige restriction und reservation belehnet, adeoque etiam simultanea inuestitura regulariter ius indiuiduum operatur,

BOEHMER *tom. 1. P. 2. conf. et dec. arg. §o. n. 5. 6.*

et si vnus vel alter ex simultanee inuestitis renouationem omiserit, hic a simultanea inuestitura ipso iure excluſus est,

CARPZ. *P. 2. C. 45. def. 17. n. 7.*

36 estque exceptio non factæ renouationis adeo excluſiua, vt non solum ab ipso feudi domino, si ad eum feudum reuersum fuerit, sed etiam a simultanee inuestitis et tertio, in quem feudum alienatum est, opponi queat,

IDEM *cit. l. n. 8.*

welches von denen Mitbelehnten nicht anders, als ad hunc effectum, verstanden werden mag, daß, sie ihn von der succession des Lehns gäntzlich ausschliessen, und das Lehn-Gut allein bekommen, da wenn nach des seeligen Herrn von Bergers Meinung des negligentis portion dem Lehn-Herrn anfallen solte, die Mitbelehnte, wenn er die Mit-succession prætendirte, diese exception nicht opponiren könten, vtpote quæ esset de iure tertii; worauf es doch 13) 37
nicht einsten allein hier ankommt, sondern weil nach Sächsischen Rechten durch Theilung und alienation oder consentirung in dieselbe die gesamte Hand gäntzlich gebrochen,

conſtit. elect. 45. P. 2.

P. I. Cod. Auguſt. fol. 149.

und es nicht so wol für einen Lehns-Fehler, sondern also anzusehen ist, daß er voluntate sua sich der künftigen succession begeben, dieses allhier noch das vornehmste momentum ausmachet, zumal in facto richtig, daß wie anno 1654 das alte Schloß des Guts O. L. von Caspar Friedrich T. an Moritz Henrich T. Tauschweise überlassen worden, des Herrn Hof-Marschalls Großvater Georg Abraham nun darin consentiret, die Mitbelehnschaft aber so wenig sich dabey reserviret, als nachgehends gesuchet und erhalten, und er auch darüber verstorben, dieserwegen der erhaltene pardon seinem Sohn hiebey um desto weniger zu statten kommen kan, als solcher boß die Lehns-Fehler angehet, hier aber eigentlich keine felonia committiret, sondern voluntate directa die gesamte Hand gebrochen, und eine spontanea abdicatio iuris quæsiti daraus erfolget ist; welches auch 14) bey dem neuen Schloß O. L. erfolget, angesehen des Herrn Hof-Marschalls Großvater Georg Abraham in anno 1654 sein Lehn-Recht daran an Christoph Henrich T. der dreyen Gebrüder Großvater würcklich cediret, und er damals daran die Mitbelehnschaft zubekannt nicht erhalten, mithin abermals die gesamte Hand gebrochen ist, dergestalt daß als hernachmals solches neue Schloß anno 1672 an Moritz Henrich T. abgetreten und veräussert worden, dessen Herr Sohn die Mitbelehnschaft daran nicht weiter erhalten mögen; und wenn auch 15) solches geschehen mögen, die drey Gebrüdere dennoch, an deren Großvater das Lehn-Recht des neuen Schlosses veralieniret gewesen, darin einen Vorzug haben müssen, da zwar ihr Großvater solches Recht an Heinrich Moritz T. wieder abgetreten, iedoch die Mitbelehnschaft daran sich reserviret und zubekennet bekommen, und dahero sie als descendentes von Christoph Henrich, an welchen des Herrn Hof-Marschalls Großvater das Lehn-Recht abgetreten in successione diesen billig vorgezogen werden müssen, als welcher erst sein Mitbelehnschafts-Recht nach der dreyen Brüder Abgang exerciren könte, da dieser ihr Großvater durch die an ihnen geschehene cession ein Vorrecht vor jenen bekommen, welches auch seinen Kindern durch die reservirte und bekennte Mitbelehnschaft bey der anno 1672 geschehenen Veräusserung conserviret worden ist,

ist; nicht zu gedencken 16) daß nach dem anno 1659 zwischen Christoph Henrichen und Georg Abraham T. getroffenen Kauf, wegen des Guts D. fol. 79. er sich des iuris patronatus, so denen T. zu F. zuständig, wie auch allen andern an solchen Gütern habenden Forderungen, Recht und Gerechtigkeit begeben, und in selbigen weiter nichts, als welches ihm durch Erbfälle zukommen möchte, so von dem allodio zu verstehen, begehret, mithin sich auch seines Rechts an O. L. begeben, als welches iederzeit nebst einem Theil O. F. zusammen gehöret, und dahero deren possessores die F. T. iederzeit genant sind, woraus denn abermal eine spontanea renunciatio der simultaneæ inuestituræ an dem quæstionirten Gut sich hervorthut, worauf der Lehn-pardon nicht gezogen werden mag, sondern die Wiedereinnehmung in die Mitbelehnschaft allenfals mit der Mitbelehnten consens und ohne deren præiudiz geschehen müssen, jener doch nicht erfolget, übrigens die im beregten contract annectirte clausul:

die Mitbelehnschaft behält ihm der Verkäufer auch bevor,

nicht weiter als von dem verkauften Gute anzunehmen, als respectu dessen er verkauffer gewesen, und es auf einen Widerspruch hinaus laufen würde, wenn er sich aller Recht- und Gerechtigkeit an F. und O. L. begeben, und doch die Mitbelehnschaft daran sich reserviren wollen, dahero auch von solcher Zeit an Georg Abraham T. am Gute O. L. und F. bey keinem Fall einige Folge weiter gethan, als ein richtiges argumentum, daß er sich der Mitbelehnschaft freywillig begeben, cum ex subsequente obseruantia constet, qualis fuerit intentio contrahentium, welchem denn nicht entgegen stehet, was 39
in rat. dubit. angeführet worden; angesehen die ersten drey rationes in aperto iuris errore sich gründen, und solcher bereits oben refutiret worden, wie denn auch die vierte und fünfte ratio sich auf eben solchem erroneo principio gründen, und bey der rat. sexta schon dargethan ist, daß præter negligentiam simultaneæ inuestituræ die gesamte Hand würcklich gebrochen, und des Herrn Hof-Marschalls Großvater sich seines Rechts sponte begeben, also was anno 1637 bey der brüderlichen Theilung geschehen, nicht weiter in consideration zu ziehen, als worauf es ietzo nicht ankommt; bey der rat. septima aber aus dem contract nicht zu ersehen, daß, als das alte Schloß an Moritz Henrichen T. vertauschet worden, Georg Abraham T. sich die Mitbelehnschaft reserviret; hierüber in rat. octava zwar fol. 106. ein Lehn-Schein de anno 1557 an Georg Abraham T. ausgestellet sich befindet, iedoch mit der bedencklichen clausul:

Woran ihm solche zustehet, und derselben Folge geschehen.

Mithin da er der Mitbelehnschaft keine Folge gethan, ihm auch solcher conditionirter Lehns-Schein nicht zu statten kommen mag, wie denn auch bey der ratione nona, ratione des neuen Schlosses eine plena abdicatio der Mitbelehnschaft bereits dargethan, also die in contractu fol. 143. b. in f. und 144. geschehene reseruatio, quæ ius nondum extinctum præsupponit, ohne allen effect gewesen. Endlich die letzte ratio eines Theils auf eine sub- et obreptionem hinaus laufet, indem die gebrochene gesamte Hand in dem memorial wegen Erhaltung des Lehns-pardons verschwiegen; andern theils, wenn der Lehns-pardon einigen effect haben solte, dennoch denen Herren dreyen Brüdern an ihrem solitarischen successions-Recht nicht præiudiciren könte, sondern allenfalls nur dieses wircken müste, daß der Herr Hof-Marschall mit seinen posteris nach Abgang der dreyen Brüder zu succediren befugt sey:

So erhellet hieraus so viel, daß die von dem allerdurchlauchtigsten Lehn-Herrn am Gute O. L. versäumte und abdicirte Mitbelehnschaft zum præiudiz derer von Christoph Henrich abstammenden Mitbelehnten nicht pardoniret werden können, allenfalls aber nur dieses würcke, daß nach Abgang ietztgedachter Mitbelehnten, der Herr Hof-Marschall und seine posteritæt zur succession bey dem quæstionirten Rittersitz befugt sey. 40

Bey der dritten Frage:

Den wie vielesten Theil allenfalls der Herr Hof-Marschall am gedachten Rittersitz bey dermahligen Fall vermöge der gesamten Hand prætendiren könne? 41

Erachten Wir für Recht:

Rationes dubitandi.

Obwol es das Ansehen gewinnen will, als wenn, so ferne der Herr Hof-Marschall mit succediren solte, die succession nicht in capita sondern in stirpes geschehen müste, angesehen, in dem fol. 90. befindlichen Lehn-Brief de anno 1637 zwar Christoph Heinrich und Georg Abraham mit Namen genennet, deren Leibes- und Lehns-Erben aber nomine collectiuo mit eingenommen sind, und denn aus denen Rechten bekant, quod collectiuo nomine inuestiti in stirpes succedant, quod hæc sit collectiuorum vocabulorum natura, vt plures pro vna persona habeantur. 42

CARPZ. *P. 3. C. 29. def. 13. n. 4. 5.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in eben gedachtem Lehn-Briefe die clausul nach Recht der Sippzahl zu befinden, nach welchem ohnstreitig auf die gewöhnliche successions-Ordnung secundum proximitatem graduum gesehen werden muß, nach welchem des letzt verstorbenen Vaters Bruders Enckel in capita succediren, und kein ius 43

repræ-

repræsentationis weiter statt findet, welcher casus hier anzutreffen,

CARPZ. *cit. l. def. 11.*

HARTM. PISTOR. *lib. 2. qu. 21.*

44 und dahero auf die rationem dubitandi um deswegen hier zu sehen, als die clausul, nach Recht der Sitzahl, die appellationem collectiuam erkläret und darleget, quod voce collectiua eo casu vocati secundum ordinem succedendi communem succedant,

CARPZ. *cit. l. def. 14. n. 7.*

45 nicht zu gedencken, daß fol. 97. b. auch die particula zugleich befindlich, quæ portiones virites designat.

IDEM *cit. l. def. 14. n. 2.*

Bey welcher Beschaffenheit das alte Schloß in vier Theile zu theilen, und davon dem Herrn Hof-Marschall ein Viertheil nur zustehen kan, wegen des neuen Schlosses aber schon bey der vorigen Frage dargethan ist, daß des Herrn Hof-Marschalls Großvater solches an der dreyen Brüder Großvater cediret, und dahero nach deren Abgang ein successions-Recht daran haben können:

46 So erhellet hieraus so viel, daß allenfalls an dem neuen Schlosse die successio in capita geschehen müste.

Die vierdte Frage betreffend:

47 **Ob der beamte** Sp. legal **Verfahren und die von ihm unternommene** actus **dem Herrn Hof-Marschall ein** ius possessionis acquiriren mögen?

Erachten Wir für Recht:

Rationes dubitandi.

48 Ob wol der gedachte Beamte commission gehabt, bey Absterben des Hauptmanns Julius Henrich, den Herrn Hof-Marschall T. in die possession zu setzen, davon er sich, wie billig, acquitiren, und ohngeachtet die drey Herren Gebrüdere bereits possess genommen, dennoch er seiner ordre nachkommen müssen, gestalt dann in dem commissoriali so gar die clausula, remota appellatione, enthalten, und dahero nicht nöthig gewesen, daß des Herrn Hof-Marschals mandatarius sich erst bey denen dreyen Herren Gebrüdern legitimiret, nachdem es mehr auf den commissarium, als ihn angekommen, und derselbe nichts weiter als die compossession zu ergreifen intendiret haben mag, und dahero keine actus turbatiuos vornehmen können, zumal er nichts nomine priuato, sondern alles nomine publico gethan.

Rationes decidendi.

49 Dieweil aber dennoch 1) bereits vorhin dargethan, daß die drey Herren Gebrüdere T. die gantze und alleinige possession von dem quæstionirten Rittersitz propria auctoritate ergreifen können, und dieselbe dahero in eo, quod iure permittente factum, niemand Tort und unrecht gethan,

l. 55. d. R. I. l. 1. §. 12. de aq. et aq. pluv. arc.

diesem zu folge dann 2) das rescriptum commissoriale dahin nicht hat gedeutet werden können, daß der commissarius Gewalt gebrauchen und diejenigen, so die gantze possession allein ergriffen, turbiren, und beeinträchtigen sollen, cum alioquin tale rescriptum viribus carere credendum sit; 50

l. 1. C. si contra ius vel vtil. publ.

der commissarius also 3) solches in sensu legali verstehen, und allein in casu vacuæ adhuc possessionis die execution seines rescripti bewerckstelligen sollen, quod in dubio principum rescripta ita accipienda, ne aliis noceant; 51

l. 1. §. 10. 16. ne quid in loco publ.

dem zuwider aber 4) der commissarius, ohnerachtet er erfahren, daß die possessio nicht mehr vacua gewesen, Gewalt gebrauchet, allerhand actus turbatiuos exerciret, und ohngeachtet der Rittersitz besetzt gewesen, durchdringen wollen; und 5) dadurch nicht so wol seine commission exequiret, als die drey Herren Gebrüdere depossediren, oder wenigstens turbiren wollen, wozu er doch 6) keine ordre gehabt, noch sein commissoriale dahin deuten können, wie bey der ersten Frage dargethan; wie er denn auch nicht einsten 7) denen Interessenten, so bereits des Morgends die possess ruhig und allein ergriffen, sein commissoriale abschriftlich zugeschicket, und sich dadurch legitimiret, so doch per generalia in Chur-Sachsen bey denen Gerichten der Rittersitze geschehen muß; allenfals er endlich 8) die possessores gebührend citiren, und ihnen seine commission eröfnen, und wann solchem widersprochen worden, er zuforderst berichten, und neue ordre darüber erwarten sollen; dergestalt also 9) seine actus lediglich pro turbatiuis anzusehen: 52 53

So hat der Beamte gestalten Sachen nach nicht legal verfahren, sondern es sind seine unternommene actus pro turbatiuis zu halten. 54

Bey der fünften Frage:

55 **Ob die Wächter, durch welche sich die** possessores **bey der** possess maintenir**et, etwas strafbares gethan, wenn sie den Herrn Beamten und des Herrn Hof-Marschall** T. mandatarium **nicht eingelassen?**

Erachten wir für Recht:

Rationes dubitandi.

56 Ob wol der commissarius denen Wächtern das commissoriale vorgelesen, und sie dahero wol

wol daraus wahrnehmen können, daß er auf hohen Befehl dasjenige, was er gethan, verrichtet, und sie billig diesen höhern Befehl respectiren, und sich ihm nicht widersetzen sollen, als welches ohne Verachtung des hohen rescripti nicht geschehen können, der commissarius auch nicht nöthig gehabt, vorher mit denen drey Gebrüdern die Sache dahin zu reguliren, daß sie die Wache contramandiren sollen, sondern er wol befugt gewesen, vi commissionis solches ihnen zu befehlen.

Rationes decidendi.

57 Dieweil aber dennoch die Wache nichts anders gethan, als die bereits lange vorher ergriffene possess der drey Herren Gebrüdere zu defendiren, welches contra vim intentatam ihnen erlaubet gewesen, zumal eines theils der commissarius keine ordre gehabt, Gewalt zu gebrauchen; andern theils sie über den teno-
58 rem rescripti zu iudiciren nicht bestand gewesen, sondern alles lediglich auf die Verantwortung derer jenigen, welche ihnen die Verwahrung des Rittersitzes anvertrauet, ankommen lassen müssen, als welchen sie so lange, bis sie contramandiret worden, pariren müssen,

l. 37. ad l. aquil. l. 169. pr. de R. I.

59 also dem Beamten obgelegen, mit denen Herren possessoribus es dahin zu reguliren, damit sie die Wächter dimittiren möchten, zumal dieses ohnedem keine causa publica, sondern mere priuata gewesen, und niemand seiner possess durch ein blosses rescriptum commissoriale entsetzet werden kan, sondern vorher darüber billig zu hören ist:

l. 9. §. 1. D. de offic. proconf.

60 So erhellet hieraus so viel, daß hierbey die Wächter nichts strafbares begangen.

Endlich die sechste Frage betreffend:

61 **Ob Herrn August Wilibald, und Francisco Oßwald Gebrüdern T. præiudicirlich sey, wenn sie des seel. Hauptmanns Iulii Henrich Erbschaft ex testamento antreten solten?**

Erkennen Wir für Recht.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol aus des seel. Herrn Hauptmanns 62
fol. 108. befindlicher Erklärung und consens in die Mitbelehnschaft des Herrn Hof-Marschals T. Vaters nicht eigentlich zu ersehen, daß derselbe zum præiuditz der andern Mitbelehnten in die Mitbelehnschaft genommen werden solle, sondern solche Bewilligung nur dahin gezogen werden mag, daß der Herr Hof-Marschall und seine posteri nach Abgang derer drey Brüder in dem quæstionirten Lehn succediren sollen, weil derselbe gleichsam von neuen zum Mitbelehnten angenommen ist:

Weil aber dennoch der Hauptmann Iulius 63
Henrich in die Mitbelehnschaft des seel. Herrn Hanß Henrich T. dergestalt consentiret, daß er dabey seine contradiction fahren lassen, und die alte Mitbelehnschaft, so sein Vater gehabt, aber nach der Zeit in Irrung gerathen, ihm wiederum vergönnet, so viel also an ihm gewesen, er gewolt, daß er und seine Kinder nach ihm succediren solten, zumal die Güter überhaupt Stamm-Güter wären, man also den Willen des seel. Hauptmanns daraus genugsam abnehmen kan, welchen obgedachte beyde Brüder, wenn sie ex testamento die Erbschaft antreten, als heredes, qui factum defuncti præstare tenentur, gegen sich gelten lassen müssen.

So ist denen beyden Brüdern allerdings 64
præiudicirlich, wenn sie die allodial-Erbschaft des seel. Hauptmanns ex testamento antreten. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE DECEMBR. MDCCXXXV.

DECISIO CLVI.

THEMATA.

I. Quatenus actione reali, contra possessorem vasallum instituta, simultanee inuestito interuentio competat?

II. De præscriptione seruitutum.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Sententia tertio et non citato haud præiudicat. n. 2.
Omnes, quorum interest, ad causam citandi sunt. n. 3. 15.
Iura sua natura sunt indiuidua. n. 4. 16.
Confirmatio nihil noui iuris tribuit. n. 5.
Facta conductorum quatenus locatoribus præiudicent? n. 6. 15.
Noue operæ rusticorum tam ex pacto quam præscriptione acquiri possunt. n. 7.
Num seruitutes iure ciuili præscriptione X. annorum acquirantur? n. 8. 9.
Quod negatur. n. 17.
Pendente lite nemo possessione sua priuandus est. n. 11.
Realis actio datur contra possessorem, qua talem. n. 12.
Simultanea inuestitura non præbet possessionem, adeo vt nequidem liberet ab onere satisdationis. n. 13.
Interuentio simultanee inuestiti ob futuram successionem non est principalis, sed accessoria. n. 14.
Conductor sine speciali mandato iura locatoris conseruare obstrictus est. n. 15.
Pacta non trahuntur ad non cogitata. n. 16.
In acquirendis operis rusticorum deficiente titulo præscriptio XXX. annorum requiritur. n. 18.
Causa in petitorio decisa frustra recurritur ad possessorium. n. 20.
Decisio. n. 21.

Auf interponirte Läuterungen, und erfolgte Gesetze in Sachen Land-Raths von der P. imploraten, an einem des Hof-Junckers von der P. interuenienten am andern, und der Gemeinde zu L. imploranten am dritten Theil erkennen ꝛc. auf vorgehabten Rath unserer Rechts-Gelehrten für Recht,

1 Daß es der eingewandten Leuterungen ohngehindert bey denen fol. 169. befindlichen und den 10. Sept. eröfneten, ingleichem bey denen fol. 254. befindlichen und den 8. April 1739 eröfneten Abschieden billig verbleibet, iedoch mit dieser Erklärung, daß wenn implorat wegen der quæstionirten Dienste im Amts-Küchen-Garten, und der Bothen-Reisen, so wol ausserhalb als binnen dem Fürstenthum H. die vorgeschützte præscription von dreyßig Jahren, besser als geschehen binnen vier Wochen beyzubringen vermöchte, der imploranten Gegenbescheinigung, Eydesdelation und andere Rechts-Nothdurft vorbehaltlich, oder auch interuenient sich legitimiren, und binnen der gesetzten Frist darthun könte, daß er die compossess und den Mitgenuß an dem quæstionirGut L. habe, sie alsdann damit noch zu hören, worauf denn ferner ergehet, was Rechtens. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Nachdem der gegen den fol. 254. befindlichen Abschied interponirten Leuterung dergestalt deferiret worden, daß zugleich die grauamina der vorhergehenden Leuterung ob connexitatem mit deduciret werden sollen, so ist über beyde Leuterungen verfahren worden, und nunmehro darüber zu erkennen. Ob nun wohl 1) Leuteranten angeführet, daß die den 3. October 1737 publicirte sententz dem Hof-Juncker von der P. als ietzigen intervenienten, und also tertio et non citato nicht præiudiciren könne, zumal der Herr Leuterat von der P. nicht allein dominus, sondern dessen Herr Bruder der ietzige intervenient condominus von L. sey, gleichwol derselbe bey der ersten Klage nicht citiret noch gehöret, noch die gedachte sententz gegen ihn mit gerichtet sey, diesemnach die exceptio rei iudicatæ ihm nicht præiudiciren könne, vielmehr alles, was geschehen und erkant, im regard seiner pro infecto zu halten, cum omnes, quorum interest, ad causam citandi sint.

MEV. *P. 1. decis. 112. n. 10.*

Dahero es auch geschehen, daß fol. 185. auf 3
interposition der ersten Leuterung decretiret worden, daß die streitigen puncta nochmals gehöret werden sollen, wodurch denn die begangene Nullität nochmals agnosciret, und alles in vorigen Stand gesetzet sey; dem zu folge dann 2) solche committirte Nullität auch dem im- 4
ploraten zu gute kommen müsse, da alhier über die Dienste Streit moviret worden, welche sua natura iura indiuidua sind, und dahero auch des Herrn Hof-Junckers von der P. intervention seinem Herrn Bruder zu Nutze kommen, und die Rechts-Kraft der am 3. Oct. 1737 gefälleten Urtheil auch gegen ihn aufgehoben werden müssen; und weil 3) die imploranten ihrem 5
gantzen Grund auf das document vom 22. Febr. 1666 gesetzet, zuforderst nöthig sey, daß das original davon produciret und recognosciret werde, überhaupt aber aus demselben zu ersehen sey, daß solches kein Vergleich, sondern nur ein attest des Dom-Capituls sey, so dasselbe ad instantiam der imploranten ausgestellet, auch in solcher qualität lediglich von Hochlöblicher Regierung confirmiret, und daher demselben dadurch keine neue Kraft beygeleget worden, cum confirmatio nihil noui iuris tribuat;

c. 13. et 29. X. de privil.

dergleichen testimonia iniurata aber keinen 6
Beweis ausmachen, zumal solches ad instantiam aduersariorum ausgestellet, auch darin nicht enthalten, woher solche Nachricht genommen,

men, ja das Dom-Capitul als Verkäufer nicht einsten von denen Diensten des Guts L. attestiren können, weil solches iederzeit in der Pächter-Hände gewesen; und ob wol im vorigen seculo die hochlöbliche Regierung auf dieses documentum gesprochen, dennoch solches nicht gegen die Herren von der P., sondern gegen die Pächter, die mit den Bauren processiret, geschehen, so ihnen zum Nachtheil nicht angeführet werden können; woraus denn 4) von selbsten
7 folge, daß diese Dienste nicht nach dem quæstionirten documento reguliret, noch solches zum Grunde geleget werden könne; sondern 5) vielmehr darauf gesehen werden müsse, wie dieselbe seit zehen, zwanzig, dreyßig und noch mehr Jahren præstiret worden seyn, allermassen, wenn auch das documentum einige Gültigkeit haben solte, dennoch bekant sey, quod etiam nouæ operæ rusticorum tam ex pacto quam præscriptione acquiri possint, wie denn fast durchgehends sich befindet, daß die Dienste auf solche Art vermindert oder vermehret werden können, auch beyde principia hier anzutreffen, da quoad pactum die imploranten, als beyde Herren Leuteranten, das Gut L. angenommen, bey dem geleisteten Eyde stipulata manu angelobet, daß sie alles dasjenige, das sie dem Herrn Geheimten Rath Edeln von der P. geleistet ha-
8 ben, auch in Zukunft præstiren wolten; die præscription auch ebenfalls nach dem iure civili, wornach in dasigen Landen zu sprechen, hier vollkommen verhanden, und da nach diesem nicht mehr als zehen Jahr, wie in seruitutum præscriptione, erfordert werden,

de WERNHER *P. X. obs. 492.*

solche aus denen f. 206. befindlichen extracten und fol. 199. producirten rotulo klar sey, als woraus zu ersehen, daß bereits über zwantzig Jahren die auswärtige Dienstleute nicht mehr in natura gedienet, sondern Dienst-Geld ge-
9 geben; und dazu 6) ein genugsamer Grund zu befinden, indem in L. die Unterthanen seint dreyßig Jahren sich sehr vermehret, über dreyßig Häuser angebauet, und solche denen andern Unterthanen daselbst zu Hülfe kommen, wie die fol. 210. b. sq. befindliche specification der Unterthanen anzeiget, dahero die Herren Leuteranten sich berechtiget zu seyn erachtet, von denen S. und klein Q. cossäten Dienst-Geld zu nehmen, da die neuen Einwohner in L. sie
10 übertragen. Ferner 7) nachdem vorhin angeführten rotulo klar ist, daß die imploranten schon über viertzig Jahren, und von Anfang des angelegten Gartens, in demselben gedienet, und allenfals die præscription bereits complet sey; welches auch 8) von denen Boten-Reisen so wol innerhalb des Fürstenthums als ausser demselben, aus denen producirten extracten als rotulo testitum erhärtet worden, woraus erhellet, daß die imploranten bereits über sechtzig Jahren der-
11 gleichen Reisen gethan; endlich 9) wenigstens die possessio vel quasi der streitigen Dienste aus dem befindlichen rotulo und extracten dargethan, und denen Rechten gemäß sey, daß ein ieder bey seiner possess lite pendente geschützet werden müsse, welches billig dem Herrn Hof-Juncker als condomino des Guts L. zu statten kommen, und durch denselben auch dem Herrn imploraten angedeyen müsse, dieserwegen es das Ansehen gewinnen will, als wenn die ergangene sententien gäntzlich zu reformiren gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die angestellete 12
Klage wegen der streitigen Dienste realis ist, die contra possessorem qua talem angestellet werden müssen, welches auch gegen den Herrn Land-Rath als possessorem des Guts L. geschehen, und ob zwar der Herr interuenient 13
vermeinen will, daß er condominus von dem quæstionirten Gute sey, und dahero billig mit belanget werden müssen, dennoch da so oft in actis und absonderlich fol. 246. sqq. an- und ausgeführet worden, daß er nur ein Mitbelehnter sey, er aber sich qua possessorem, der in communioni des Guts L. stehe, niemals legitimiret, die interuentio ungegründet ist, cum simultanea inuestitura non præbeat possessionem, adeo vt ne quidem liberet ab onere satisdationis,

CARPZ. *P. 2. decis. 129.*

HORN *de iur. feud. c. 12. §. 30.*

mithin die Klage gegen ihn mit anzustellen nicht 14
nöthig gewesen, noch die interuentio als principalis mit anzusehen, sondern wenn er als Mitbelehnter ob futuram successionem interueniren wollen, solches nur accessorie geschehen, derowegen er den Proceß in dem statu, worin der Proceß tempore interuentionis gestanden, annehmen muß; da aber bereits res iudicata 15
gegen den Herrn Land-Rath verhanden gewesen, so er nunmehro anzufechten nicht vermag, noch eine Nullität daraus, daß er nicht mit ad causam citiret worden, zu erzwingen Bestand ist, vielweniger die fol. 185. befindliche resolution dahin deuten kan, daß man einige Nullität agnosciret, und von der re iudicata abgegangen, als welches nicht einsten geschehen mögen, sondern solches in sensu iuris anzunehmen, und vor allen Dingen die legitimation des Herrn interuenienten dabey zum Grunde geleget werden muß, besonders da nach diesem und zwar fol. 246. solche heftig angefochten worden, er aber sich darzu nicht angeschicket, welches uns dann bewogen, die declaration mit anzuhängen, daß wenn er sich qua possessorem, der zugleich den Mitgenuß des Gutes L. haben, legitimiren würde, er auch damit zu hören sey, zumal alsdann die Sache sich sehr alteriren, und die in rem iudicatam ergangene sententz zur execution noch zur Zeit nicht würde gebracht werden können, vielmehr die nullitas alsdann aperta seyn würde, worauf sich intervenient gegründet; und davon auch 2) 16
der punct dependiret, ob solches dem Herrn imploraten per indirectum, da die Dienste

indiuiduæ sind, mit zu gute kommen werde, zumal er für sich kein Recht hat von dem iudicato abzugehen, und dem zufolge bey dem documento de anno 1666 verbleiben muß; wiewol ad 3) die gegen dasselbe gemachte dubia keinen Stich halten werden, da dieses documentum iederzeit in denen alten beygefügten actis pro principio regulatiuo angenommen, vormals im anno 1671 von der hochlöblichen Regierung maioris auctoritatis gratia confirmiret, und das Dom-Capitul aus ihren alten Registern am besten attestiren können und wissen müssen, in was für qualität sie das Gut L. verkaufet, als welches des Herrn imploraten maiores nicht anders empfangen können. Dahero so gar den 13. Aug. 1687 aus demselben für den Dom-Herrn von der P. erkant, und die imploranten angewiesen worden, die Ziegel-Fuhren darnach zu richten, wodurch derselbe solches als ein principium regulatiuum agnosciret, nicht weniger in sententia vom 8. Oct. 1679 solches abermal zum Grunde geleget und darnach erkant ist, und ob zwar damals die Sache mit dem Pachter M. in lite versangen gewesen, dennoch derselbe diese Sache nicht suo, sondern procuratorio nomine führen, und von wegen des Verpachtens alles vorstellen müssen, als wozu ein Pachter, ohn eine speciale mandatum zu haben, verbunden ist,

l.1. C. si per vim.

und also auch solches gegen den principal gelten muß, zumal wenn gleich der Herr von der P. damals minorennis gewesen, er doch curatores gehabt hat, die um die Sache wissen müssen, dergestalt, daß auch dieses documentum gegen den Herrn intervenienten, wann dessen interuention statt finden solte, gelten müste; inzwischen es 4) noch zur Zeit bey der re iudicata verbleiben, und die quæstio operarum nach dem angeführten documento decidiret werden muß, bis ein neueres principium, wodurch man davon abgegangen, erwiesen werden wird; welches zwar ad 5) theils in pacto theils in præscriptione gesetzet worden, iedoch jenes unerfindlich ist, indem die imploranten damals, als sie das homagium abgeschworen, wol nicht die Gedancken gehabt, ein neues pactum einund von dem documento de anno 1666 abzugehen, so sie bey allen vorgewesenen Streitigkeiten zum Grunde geleget, und dahero wol keine andere Meinung geführet, als daß man die Dienste von ihnen nach rechtlicher Art fordern würde, und so viel die præscription betrift, solche aus der summarischen Zeugen Aussage und denen extracten noch zur Gnüge nicht dargethan, die implorantes mit ihrer Gegenbescheinigung noch nicht gehöret, und dieselbe um desto nöthiger seyn will, als man aus dem bisherigen Verfahren leicht abnehmen kan, wie dieselbe vielfältig dieserwegen beunruhiget, und deswegen leicht ein und andere dadurch intimidiret seyn können, etwas præiudicirliches einzugehen, welches aber der uniuersitati in genere nicht præiudiciren kan, gleichwol imploret darauf sich nunmehr beständig gründet, und solches dem iudicato nicht zuwider ist, als welches allein das erste principium regulatiuum aus dem documento von anno 1666 zum Grunde geleget und darnach die decision formiret, und gleichwie auch die imploranten daraus geklaget, diesemnach er damit noch billig zu hören ist; wiewol alsdenn keine præscriptio decem annorum nach des Herrn WERNHERS Meinung genug seyn wird, sondern vielmehr wenigstens præscriptio longissimi temporis dargethan werden muß, nachdem es bey dieser præscription bloß darauf ankomt, daß die Dienste non vi, clam vel precario exigiret worden, sonsten aber kein neuer Titul sich findet, und wegen dessen Ermangedie præscriptio triginta annorum statt finden muß, bevorab da die vsucapio und præscriptio iure nouo vereiniget, und in ein systema verwandelt sind,

l.vn. C. de transformanda vsucap.

also nunmehro keine præscriptio decem annorum sine titulo vero seyn kan, welches man aber bloß auf die Dienste im Garten und Boten-Lauffen restringiret, zumal was die concurrenz der S. und K. Q. collaten zu den Diensten in der Erndte betrift, aus dem art. 12. der summarischen Zeugen Aussage erhellet, daß noch vor zwantzig Jahren dieselbe die Dienste in natura verrichtet, und dahero nach des imploraten eigenem supposito hier noch keine præscription anzutreffen ist; das Vorgeben aber wegen Vermehrung der Unterthanen ad 6) imploraten propter auctoritatem rei iudicatæ nicht zu statten kommen kan, als worin schlechterdings es bey dem documento de anno 1666 gelassen worden, übrigens ob der Herr intervenient noch damit zu hören, auf dessen legitimation ankommen wird, sonsten er damit abgewiesen werden und es lediglich bey dem iudicato verbleiben muß; wie denn auch ad 7) es gleiche Bewandniß mit denen Diensten im Garten hat, da offenbar ist, daß solcher erst vor viertzig Jahren angeleget, und also die Dienste neuerlich sind, wenn nicht die præscriptio erkanter massen erwiesen werden kan; ferner ad 8) das Boten-Laufen klar in dem gedachten documento bestimmet ist, und so lange keine præscription in contrarium erwiesen ist, es auch dabey, wie schon in iudicato geschehen, zu lassen ist; endlich ad 9) nunmehro in possessorio erst zu erkennen zu spät seyn würde, nachdem bereits Rechtskräftig in petitorio erkant ist, und des Herrn interuenienten sein Vorgeben lediglich von seiner legitimation dependiret:

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXL.

RESPON-

RESPONSVM CLVII.

THEMATA.

I. Simultanea inuestitura euentualis non desiderat renouationem, sed hæc impune omittitur.

II. De pœna neglectæ renouationis inuestituræ.

SVMMARIA.

Species facti. n. 1.

Quæstio I. n. 2.

Contractus emtionis ad feuda non pertinet. n. 4.

Super contractu feudali et actu inuestituræ nec non pactis adiectis instrumentum conficitur, vt ipsa inuestitura eiusque tenor per illud probari possit. n. 3.

Ex contractu emtionis tantum actio personalis datur, n. 5.

non rei vindicatio. n. 6.

Exceptio amissæ successionis feudalis cuicunque actioni obstat. n. 7.

Feuda hodie non tantum acquiruntur per contractum feudalem, sed alii præcedere debent tituli præambuli, ad dominium transferendum habiles. n. 8.

Ratio inuestituræ ex contractu emtionis æstimari et diiudicari debet. n. 9.

Si pendente conditione res tradita est, emtor eam non potest vsucapere pro emtore, sed emtio adhuc ex futuro euentu pendens et perfecta non est. n. 10.

Per constitutum possessorium et sic sola voluntate transferri potest dominium. n. 11.

Venditio sub conditione facta deficere, et sic nulla esse potest venditio. n. 12.

Si naturæ rei conditio inest, tamen actus conditionalis est, si conditio, quæ inest, expresse adiecta fuerit. n. 13.

Dominio euentualiter translato nascitur actio realis contra quemcunque possessorem. n. 14. 15.

Possessor vindicanti exceptionem dominii aliunde acquisiti opponere et sic rem contra vindicare potest. n. 16.

Decisio quæstionis I. n. 17.

Quæstio II. n. 18.

Literæ inuestituræ sunt radix et fundamentum omnium controuersiarum feudalium. n. 19.

Num mentio coniunctæ manus sit nota characteristica simultaneæ inuestituræ Saxonicæ? n. 20.

Expectatiuam habentes, si vel maxime in casum aperturæ abusiue inuestiti sunt, ex praxi Germaniæ renouationem petere non tenentur. n. 21.

Quando renouatio in literis inuestituræ expresse requiritur, inuestitura non pro abusiua sed simultanea Saxonica habetur. n. 22.

Obseruantia subsecuta optime quæuis pacta et quascunque dispositiones declarat et ostendit, qualis intentio disponentium fuerit. n. 23.

Si lis ipsa rem feudalem tangit, iura loci sunt obseruanda. n. 24.

Formulæ literarum inuestituræ secundum curiæ domini iura accipiendæ sunt. n. 25. 26.

Agnitio etiam factis fieri potest. n. 27.

Simultaneam inuestituram negligentes a successione feudali excluduntur. n. 28.

Vnuscuiuscunque contractus initium spectandum, et causa finalis, quæ dirigit omnes actus. n. 30. 31.

In feudo nouiter acquisito non alii succedunt, quam qui a primo acquirente originem trahunt, non primi acquirentis collaterales, nisi iisdem simul prospectum sit. n. 32.

Licet agnati ad contractum non concurrant, hoc ipso tamen, quod illis prospectum sit per pactum emtoris speciale, extincta prosapia masculina primi acquirentis feudum acquirunt. n. 33.

Iure Germanico et Feudali ius tertio per pactum acquirere licet. n. 34.

Si feudum nouum iure antiquo acquisitum est, vasallus acquirens sine collateralium consensu, sola domini voluntate accedente, illud alienare potest. n. 35. 36.

Simultanea inuestitura ab expectatiua in eo differt, quod per illam ius præsens, per hanc vero ius futurum detur. n. 37.

In vasalli, qui feudum emit, arbitrio est, cui cum consensu domini directi ratione futuræ successionis in feudalibus prospicere velit. n. 38.

Quale sit genus inuestituræ, quod Geding *vocatur?* n. 39. 41.

Inuestitura in casum mortis vulgo Geding *fieri debet sub conditione, et conferri in illud tempus, quo possessor sine herede masculo decedit, adeo vt, si pure facta sit, non valeat inuestitura.* n. 40.

Particula alsdenn, tunc, *vel* eo casu *prorsus indubitatam conditionem inuoluit, et id, quod sub illa in pacto disponitur, ad solum casum, in conditione specialiter comprehensum, limitant et restringunt.* n. 42.

Omnis dispositio conditionalis totum actum et contractum suspendit, et prius, quam conditio purificetur, nihil penitus positum intelligitur. n. 43.

Simultanea inuestitura fieri debet volente possessore, expectatiua autem sine possessoris consensu. n. 44.

Licet etiam in hac consensus possessoris vtiliter ad hibeatur. n. 45.

Ius simultaneæ inuestituræ non minus arcto vinculo plures coniungit, quam communis possessio. n. 46.

Prædicatum coniunctæ manus *generale est, et iis etiam tribuitur, qui in communione bonorum sunt.* n. 47.

Pacta dant legem negotiis humanis. n. 48.

Literæ primæ inuestituræ tantum pondus habent, vt, si in posterioribus quid mutatum reperiatur, error potius commissus censeatur. n. 49.

Feuda hodie titulo emtionis acquiruntur. n. 50.

In constituenda simultanea inuestitura primi acquirentis et simultaneæ inuestiendorum consensus requiritur, vt inde mutua inter illos obligatio, vnius facto non dissoluendu, oriatur. n. 52. 53.

Vox Dinge *et* Gedinge *pro substrata materia idem denotant.* n. 54.

Conditionales venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio. n. 55.

Deficiente autem conditione nullæ sunt, et nihil ex iis acquiritur. n. 56.

Ex simultanea inuestitura communio quædam iurium et societas, quod ad ius succedendi attinet, nascitur, et ius præsens simultaneæ inuestitis acquiritur. n. 57.

Venditio conditionata pendente conditione imperfecta est. n. 58.

Quatenus simultanea investitura et coniuncta manus sint compatibilia. n. 59.

Nec traditio pendente conditione facta aliquid operatur. 63.

Inuestitura feudi sub clausula alsdenn und nicht eher *facta non est simultanea sed abvsiua.* n. 64.

Formula simultaneæ inuestituræ recensetur. n. 65.

Clausula: zu einer gesamten Hand *etiam in expectatiuis adhibetur.* n. 66.

Quod iure Saxonico formulis expectatiuarum illustratur. n. 67.

Particula: samt *quid significet?* n. 68. 70.

Quoties sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipienda est, quæ rei gerendæ aptior. n. 69.

Simultanee inuestiti curiæ feudali sunt præstandi. n. 71.

Verba contractus ita sunt explicanda, ne noceant iis, quorum interest, sed quo magis res, de qua agitur, in tuto sit. n. 72.

In negotiis assimbus videndum est, quid inter partes actum fuerit, n. 73.

et ad id, quod minimum est, redigenda obligatio. n. 74.

In expectatiuis renouatio inuestituræ non est necessaria. n. 75. 76.

Dolus desideratur in iis, qui inuestituræ renouationem neglexerunt. n. 77.

Minoribus non currit præscriptio. n. 78.

Decisio quæstionis II. n. 79.

Quæstio III. n. 80.

Renouationem omittentes feudum amittunt, n. 81. sq.

etiam de iure Anhaltino. n. 82.

Priuatio feudi res ardua et magni momenti est, adeo vt causis criminalibus æquiparanda sit. n. 84.

In ea summa circumspectione opus est. n. 85.

In pœna priuationis sententia priuatoria, præuia diligentissima causæ cognitione, requiritur, n. 86.

auditis et citatis successoribus. n. 87.

Dominus de facto feudum occupare nequit. n. 88.

Occupatione feudi a domino illicite facta, non currit tempus successoribus petendi inuestituram. n. 89.

Pœna priuationis contemtum domini præsupponit, quo cessante, pœna cessat. n. 90.

Sine dolo et culpa lata felonia concipi non potest. n. 91.

Iudex pronior esse debet ad absoluendum quam condemnandum. ibid.

Iusta causa a pœna excusat. n. 92.

Si iuste de qualitate inuestituræ dubitatum fuit, pœna priuationis locum non habet. n. 93.

Qui se bona fide negat esse vasallum, vel prædium esse feudale, felonium non committit. n. 94.

Crassa, supina, aut affectata ignorantia non excusat a felonia. n. 95.

Si exterus toties, quoties opus erit, renouationem non petierit, feudo non est priuandus, sed sufficit, si semel simultaneæ investitus fuerit, ita vt aperto feudo nihilominus ad successionem admittatur. n. 96.

Princeps non debet niti sola circumuentione temporis et ex ea feudum auferre, eo præsertim casu, quando non probatur, quod per contemtum domini vasallus inuestituram petere neglexerit. n. 97.

Si inter vasallos successores fuerunt minores, tempus petendæ inuestituræ nec currit maiori. n. 98.

Decisio quæstionis III. n. 100.

Quæstio IV. n. 101.

Iure Anhaltino ob neglectam inuestituram feudo vasallus indistincte priuatur, non habita distinctione, vtrum feudum ex gratia sola domini vel titulo oneroso acquisitum sit. n. 102.

Remissio priuationis feudi actum gratiæ merum sapit, ad quem nemo cogi potest. n. 103.

Priuatio feudi ex iusta causa concurrente quæsita. n. 104.

Præsertim si feuda titulo oneroso quæsita sint, n. 105.

quæ ius perfectius et reuocationi non obnoxium tribuunt. n. 106.

Vasallis hodie ius fortius competit, ac iure Longobardico. n. 107.

Vnde loco priuationis feudi emenda feudalis potius dictatur. n. 108. 111.

Idque ex regulis iustiæ. n. 109.

Qualis olim feudorum precariorum fuerit ratio? n. 110.

Iudex in dubio benigniorem eligere debet sententiam. n. 112.

Decisio quæstionis IV. n. 113.

Recht-

Rechtliches Gutachten

Die

wohlgegründete

SVCCESSION

des Hochadlichen Hauses

Der

Herren von Münchhausen

an

das Ritter- und Lehn-Gut

Dornburg

betreffend.

I Die mir zugeschickte facti species bestehet in folgenden Umständen:

Es hat Weyland Statz von Münchhausen in anno 1591 von denen von Latorf das Lehn-Ritter-Gut Dornburg, so in Anhalt-Zerbstischen Landen gelegen, gekauft, und zwar solcher gestalt:

Für sich und seine männliche Erben, und wenn deren keine mehr wären, alsdann und ehe nicht für seine beyde Brüder und deren männliche posterität.

Welcher contract von dem domino directo confirmiret, und also in diesen Kauf auf die gedachte Weise consentiret worden. In den nach dem geschlossenen Kauf ausgestelleten Lehn-Briefen de anno 1591 und 1608 ist Statz von Münchhausen und seine Brüder solcher gestalt mit diesem Gute beliehen:

Von GOttes Gnaden Wir ꝛc.

Hiemit bekennen, daß Wir auf unterthänigstes Ansuchen unsers lieben getreuen, Statz von Münchhausen und seiner rechten männlichen Leibes-Lehns-Erben, und wann deren nicht mehr wären, alsdann und eher nicht seinen Gebrüdern mit Namen, Hilmar und Curd von Münchhausen, in eine gesamte Hand zu rechten männlichen Lehn gnädiglich gereichet und geliehen haben ꝛc.

nicht weniger in folgenden diese Worte beygefüget sind:

immassen sie darauf den Lehns-Eyd geleistet, und Zusage gethan, weiter sollen sie den Lehnen, so ofte die zu Falle kommen, gebührliche Folge thun.

Diese inuestitur ist anno 1608 von Fürst Rudolph zu Anhalt wiederholet worden, nach diesen aber sind die Gebrüdere und deren Erben in den folgenden Lehn-Briefen weggelassen: wiewol ein Schreiben bey den Acten vorhanden ist, woraus zu sehen, daß einer der agnaten, so der Zeit Ober-Land-Dröste zu Zever gewesen, an den Anhaltischen Marschall von Marwitz geschrieben, und die gesamte Lehns-Sinnung oder renouation an ihn überschickt habe. Nun ist anno 1674 des Statz von Münchhausen branche erloschen, und hat der Fürst von Anhalt, als dominus directus, von dem quæstionirten Lehn-Gut, die possession genommen. Die agnaten sind dero Zeit theils minderjährig, von vier oder 6 Jahren, theils abwesend gewesen, und haben von ihrem Recht an Dornburg keine Nachricht gehabt, daher es dann gekommen, daß sie sich so gleich nicht gemeldet haben. Als aber in anno 1691 die Frau Wittwe von Münchhausen zu Leitzkau von ihret minderjährigen Söhne Gerechtsame information erhalten, hat sie zwar von dem domino directo die Lehn gesuchet, aber nicht erhalten; dieserwegen als die Herren Söhne Leitzkauischer Linie zur maiorennität gelanget, haben sie eine Klage gegen den Fürsten zu Anhalt angestellet, aber zu Leipzig ein widriges Urtheil erhalten, weil der gesamten Hand nicht Folge geleistet worden, und für den Lehn-Herrn die præscription militirte; worauf die Sache an den Reichs-Hof-Rath gediehen, wie denn auch die übrigen agnaten, als sie von den Umständen dieser Sache Nachricht bekommen, sich gleichfals gemeldet, und gegen den dominum directum Klage erhoben. Bey diesen Umständen sind nun folgende Fragen zu erörtern.

Quæ-

Quæstio I.

2 **Ob die Herren von Münchhausen sich nicht vornemlich auf den confirmirten Kauf-Brief über das Gut Dornburg fundiren können, daß weil ihre Vorfahren anno 1591 das quæstionirte Gut solcher gestalt mit erkauffet, daß ratione ihrer der Verkauf erst seine perfection erreichen solle, wenn des Statz von Münchhausen Manns-Stamm erloschen, sie nunmehro aus dem Kauf-Briefe eine vindication contra quemcunque possessorem anstellen, und daraus alle Lehns-quæstiones decliniren können?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol 1) hierbey eingewandt werden möchte, daß es nicht sowol hiebey auf den Kaufcontract als vielmehr auf den Lehn-Brief, welcher das fundament der gantzen Sache abgiebet, ankomme, als in welchem eben der contractus feudalis eigentlich enthalten ist; super contractu enim feudali, et actu inuestituræ, nec non pactis adiectis instrumentum conficitur, ut ipsa inuestitura eiusque tenor per illud probari possit.

STRVV. *in Synt. iur. feud. c. VIII. aph. 8.*

4 Zumal der Kauf-Brief zum negotio feudali eigentlich nicht gehöret, sondern davon unterschieden ist, und ex accidente nur dabey sich ereignet, gleichwie durch den contractum emphyteuticarium eigentlich eine emphyteusis constituiret wird, ob wol das emphyteut-Gut

5 auch vorher gekauft seyn mag; 2) hiernächst aus dem Kauf-Brief nichts weiter als eine actio personalis entspringet, welche contra quemcunque possessorem nicht angestellet noch we-

6 niger 3) eine rei vindicatio daraus entspringen kan, cum non pactis, sed traditionibus dominia rerum transferantur;

l. 20. C. de pact.

7 Dahero wenn gleich 4) dieselbe gegen den possessorem angestellet werden könte, dennoch solche so fort exceptione amissi per neglectam renouationem feudi elidiret werden würde,

l. 9. D. de R. vind.

auf welche 5) die Herren von Münchhausen sich einzulassen schuldig seyn möchten, weil sie einmal die Mitbelehnschaft in dem ersten Lehn-Briefe agnosciret, und gleichwol nachgehends der gesamten Hand Folge zu leisten unterlassen, dergestalt, daß doch 6) finaliter alles auf die quæstiones feudales hinaus lauffen, und alles daraus wird decidiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) wie in der folgenden Frage auszuführen seyn wird, der vorhergegangene Kauf-Brief, auf welchen sich der erste Lehn-Brief implicite referiret, und daraus die Haupt-formula in dem Lehn-Brief hergenommen ist, den Grund der gantzen Sache, in Ansehen derer beyden Gebrüdere, Hilmar und Curdt von Münchhausen, abgiebet, da der Lehn-Brief ein merum instrumentum referens ist, welcher ex relato erkläret werden muß, und ob derselbe wol zum contractu feudali nicht gehöret, dennoch es auf diesen noch zur Zeit nicht ankommt, sondern die Herren von Münchhausen all ihr Recht, so sie am den Lehn-Gut Dornburg haben, aus dem von dem Lehn-Herrn ratificirten Kauf-Brief herzunehmen besugt sind, als aus welchem beurtheilet werden muß, auf was Art und Weise ihnen das Lehn-Gut Dornburg mit verkaufet und übergeben sey; non tantum enim hodie feuda acquiruntur per contractum feudalem; sed alii possunt præcedere tituli præambuli, ad dominium transferendum habiles, vnde etiam dantur feuda emtitia. Ipso enim iure feudorum ad constituendum feudum requiritur causa idonea, puta, emtio venditio, 8

BOCER *de inuestitur. c. II. n. 5.*

ROSENTHAL *de feud. c. VI. concl. 5. et 6.*

quam demum sequitur contractus feudalis,

STRVV. *in Syntagm. iur. feud. c. VIII. aph. 3. n. 2.*

dahero allerdings nöthig ist, daß auf den titulum præambulum, quo prædium feudale acquisitum est, gesehen werden muß, als welcher die causam acquirendi, oder den Grund alles daraus fliessenden Rechtes constituiret, so daß deswegen der Titulus in Rechten mehrentheils causa genannt wird. Wenn man nun ad 9 2) den Kauf-Brief ansiehet, so findet sich offenbar, daß a) der Kauf allein mit Statz von Münchhausen geschlossen, und deswegen derselbe als Käufer pasim in demselben contract allein angegeben wird: b) daß derselbe allein das Kauf-Geld gezahlt: c) daß seine beyden Brüder, Hilmar und Curdt, unter den contrahenten nicht mit gewesen: d) daß dennoch dem Käufer gefallen, den Kauf auf sie auf gewisse bestimmte Weise und condition mit zu ziehen: e) daß diese Bestimmung darin bestanden, daß die Gebrüdere Latorf ihr Lehn-Guth Dornburg an Statiussen von Münchhausen und dessen männlichen Leibes Lehns-Erben, und wann derosselben nicht mehr wären, als dann Hilmar und Curt von Münchhausen und deroselben Leibes Lehns-Erben verkaufet haben wolten, wie die verba proœmialia dieses contracts an den Tag legen. Gleichwie nun respectu Statz von Münchhausen der Kauf-contract pure geschlossen, und derselbe dahero für den Käufer in dem gantzen contract angesehen worden: also ist 10 hingegen respectu Hilmar und Curdten von

Münch-

Münchhausen dieser Verkauf conditionate und auf ein tempus incertum geschlossen, da sie nur alsdann mit in den Kauf genommen, wenn der Haupt-Käufer mit seinen Descendenten abgehen würde, so daß respectu ihrer der Kauf nicht eher, als existente conditione zu seiner perfection kommen können, so erst anno 1674 geschehen, adeo, vt, si pendente conditione res tradita sit, emtor eam non possit vsucapere pro emtore, sed emtio adhuc ex futuro euentu pendens et perfecta non sit,

l. 8. pr. D. peric. et comm. rei vend.
l. 2. §. 2. D. pro emt.
l. 43. §. 9. D. de edict. Aedilit.

quia dominium, quod in pendenti est, nondum adesse dicitur,

l. 12. l. 25. §. 1. in f. D. de vsufructu.

quod enim pendet, non est pro eo, quasi sit:

l. 169. §. 1. D. de Reg. iur.

11 und wie nun die conditionales venditiones erst ihre perfection erreichen, cum impleta fuerit conditio;

l. 7. pr. D. de contrab. emt. vend.

so folget daraus gantz natürlich, daß nach dem Kauf-contract die Descendenten von Hilmar und Curdten von Münchhausen erst aus dem contractu ein ius quæsitum auf das Gut Dornburg in anno 1674, da die conditio nebst dem tempore incerto existiret, und der Kauf respectu ihrer purificiret worden, erhalten, und das dominium davon, so bishero bey ihnen in pendenti war, nunmehr ihnen schlechterdings zugestanden, zumal in dem Kauf-Brief unter andern von der translatione dominii euentuali folgendes enthalten:

> haben demnach unsern Abekäufer Statz von Münchhausen und seine Mitbeschriebene in den Eigenthum und possess aller obbenannten und verkauften Güter würcklich selbst ein- und angewiesen ꝛc.

welches nach denen vorhergehenden pactis nicht anders verstanden werden kan, als daß auf Statz von Münchhausen das Eigenthum pure, auf dessen Brüder aber sub conditione et euentualiter mit lehnsherrlichem consens transferiret sey, cum etiam per constitutum possessorium et sic sola voluntate transferri possit dominium, welche translatio euentualis aber in ihre Vollkommenheit samt dem contract erst gegangen, als die conditio und darin steckende ungewisse Zeit existiret, quia articulus tum, tunc, extremitatem temporis designat;

l. 4. in f. D. de condit. et demonstrat.
l. 1. §. 34. D. de vi et vi arm.
l. 35. D. de vsufr. legat.

12 quæ enim sub conditione facta est venditio, deficere, et sic nulla esse potest venditio,

l. 37. pr. D. de contrab. emt. vendit.

quod etiam de tempore incerto dicendum, quod conditionem sua natura sapit,

l. 45. §. 3. D. de verb. oblig.

Bœhm. Conf. Tom. III. P. I.

bevorab wenn der contract selbst und dessen 13
gantze Verbindlichkeit, wie hier geschehen, auf solche eine Bedingung und ungewisse Zeit heraus gesetzet ist, quæ existere et deficere potest, adeo vt, si etiam naturæ rei conditio insit, tamen actus conditionalis sit, si conditio, quæ inest, expresse adiecta fuerit.

l. 69. D. de cond. et demonstr.
l. 65. §. 1. D. de legat. 1.

Woran hier um destoweniger zu zweifeln, da der 14
Kauf pure auf Statius von Münchhausen und dessen Descendenten; auf seine beyden Brüder, Hilmar und Curdt, aber conditionate geschehen, so auf diese Art nicht eingerichtet seyn würde, wenn nicht die Absicht des Käufers dieses intendiret und gewolt, daß der Kauf nicht ehender, sondern alsdann erst, wenn er mit seinen Descendenten nicht mehr vorhanden seyn würde, mit auf seine beyden Brüder gerichtet seyn solte, wie solches noch weiter bey der folgenden Frage auszuführen seyn wird. Und da nun aus vorhergehendem zu ersehen, daß bereits bey dem geschlossenen Kauf das dominium mit auf die beyden mitbeschriebene Brüder transferiret worden, so ist daraus offenbar, daß so bald in anno 1674 die conditio adiecta purificiret worden, auch das Eigenthum denenselben pure zugestanden, woraus die beyden Gebrüdere von Münchhausen auch actione reali contra quemcunque possessorem, quæ demum eo tempore nata, zu klagen befugt gewesen: ad 3) es bey dem contract allein nicht geblieben, sondern per constitutum possessorium das dominium euentualiter sofort mit transferiret worden. Woraus aber ad 4) zugleich 15
erhellet, daß wenn solche rei vindicatio gegen den Lehn-Herrn, der das Lehn-Gut de facto eingezogen, angestellet worden, und er die exceptionem amissi per neglectam inuestituram simultaneam dominii opponiren solte, alsdann dieselbe ohnmöglich einen ingress finden könne, weil, da der Kauf respectu ihrer mit lehnherrlichem consens erst im anno 1674 zu seiner Vollkommenheit gedyen, und die euentualiter facta traditio purificiret worden, sie zu keiner renouatione inuestituræ, auch nach der Absicht der Lehns-Herren, verbindlich gewesen seyn können, wie bey der folgenden Frage auszuführen und ad 5) zu erörtern seyn wird, ob 16
die ietzige Herren Klägere die wahre Mitbelehnschaft in dem ersten Lehn-Brief agnosciret, und solches nicht sowol pro vera simultanea inuestitura als vielmehr pro inuestitura abusiua de caducitate anzusehen sey? welche Lehns-Fragen, wenn sie auch ad 6) gegen die rei vindicationem opponiret werden solten, cum possessor vindicanti exceptionem dominii, aliunde acquisiti, opponere

l. 9. de rei vind.

et sic rem contra vindicare queat,

DE BERGER *de contrauindic.*

aus denen bisherigen principiis gar leicht resoliret werden mögen:

17 So bin ich der rechtlichen Meinung, daß die Herren von Münchhausen sich vornemlich auf den confirmirten Kauf-Brief gründen, und daraus eine rei vindicationem contra quemcunque anstellen, die dagegen aufgeworfene Lehns-Frage aber aus den gesetzten principiis gar leicht eliciren können.

Quæstio II.

18 **Wenn aber das negotium auf die Lehnbarkeit zu nehmen, ob dieselbe nicht nach dem Kauf-Brief also anzusehen, daß denen Gebrüdern Hilmar und Curdt von Münchhausen nur an dem quæstionirten Lehn-Gut ein Geding mit einer** inuestitura euentuali abusiua in anno 1591 **verliehen sey, oder ob solche** inuestitura pro simultanea Saxonica **zu halten, welcher bey allen Fällen Folge geleistet werden müssen?**

Rationes dubitandi.

19 Ob nun wol hierbey 1) nicht sowol auf den Kauf-Brief, als vielmehr auf die erfolgte investituram primam, und den darüber gestellten Lehn-Brief gesehen werden möchte, zumal selbiger als radix et fundamentum omnium controuersiarum feudalium anzusehen, und nach diesem Grunde alles zu beurtheilen ist;

I. F. 14. §. 2. II. F. 2. §. 2.
ROSENTHAL. *de feud. C. 1. concl. 12.*
GAIL. *2. observ. 50. n. 15.*

20 aus dem ersten Lehn-Brief aber 2) eine simultanea inuestitura Saxonica zu erhellen scheinet, indem in demselben mit klaren Worten versehen, daß des Statz von Münchhausen Gebrüdere, Hilmar und Curdt von Münchhausen, *in eine gesamte Hand* beliehen worden, nicht weniger im folgenden diese formul befindlich ist, immassen sie darauf den Lehns-Eyd geleistet und Zusage gethan, weiter sollen sie den Lehen, so oft die zu Falle kommen, gebührende Folge thun:

woraus eine nota characteristica simultaneæ inuestituræ geschlossen werden möchte, als bey welcher allein die renouatio inuestituræ be-
21 kandter massen nöthig, nicht aber bey einer investitura abusiua super expectatiua dieselbe erfordert wird; neque enim expectatiuam habentes, si vel maxime in casum aperturæ abusiue inuestiti sunt, renouationem petere tenentur, vt praxis Germaniæ notoria docet,

ROSENTHAL. *de feud. c. 17. concl. 49. n. 1.*
HORN *in iurispr. feud. c. 17. §. 4.*

22 woraus a contrario sensu 3) folgen will, daß wo eine renouatio nach den Lehn-Briefen erfordert wird, solches keine blosse abusiua inuestitura, sondern vielmehr eine wahre simultanea inuestitura Saxonica seyn müsse, zumal
auch 4) in dem Lehn-Briefe de anno 1608 sol- 23
ches wiederholet, und dahero ipso vsu et obseruantia bestätiget worden, notissimi autem iuris est, obseruantiam subsecutam optime quæuis pacta et quascunque dispositiones declarare et ostendere, qualis intentio disponentium fuerit.

vol. III. consil. Marp. 34. n. 143.
HARPRECT *vol. nov. consil. 42. n. 192. sqq.*

Absonderlich aber 5) hiebey auf den locum feu- 24
di siti und iura Curiæ feudalis zu sehen, und daraus alle dergleichen Handlungen zu beurtheilen sind, das quæstionirte Lehn-Gut aber im Anhältischen gelegen, woselbst die simultanea inuestitura eingeführet, und dahero auch der erste Lehn-Brief darnach erkläret werden müsse; etenim si lis ipsam rem feudalem tangat, iura loci sunt obseruanda, quoniam hæc omnes res ibidem sitas afficiunt.

CARPZ. *P. 3. constit. 12. def. 12.*
STRVV. *in syntagm. iur. feud. c. 1. aph. 12.*

Ja wenn man 6) sagen wolte, daß vielmehr 25
hier super formula contractus die Frage sey, dennoch die Sache wieder auf eins hinaus lauffen wird, weil der Lehn-Brief im Anhältischen in curia domini confirmiret worden, also der Verstand desselben ex moribus curiæ domini herzunehmen,

arg. l. 6. D. de euict.

dem zufolge dann 7) in der Anhältischen erneu- 26
erten und verbesserten Landes-Ordnung tit. 16. mit klaren Worten versehen ist:

daß wenn iemand ohne erhebliche Ursache solche Zeit versäumen, und insonderheit der gesamten Hand nicht selbsten mit gebührlicher Anfuchung und Pflichtleistung rechte Folge thun würde, derselbe des Lehns und der gesamten Hand verlustig erkant werden solte,

welches noch expressiver bald darauf angedeutet wird:

Weil in unsern Landen die simultanea inuestitura des alten Sachsen-Rechts hergebracht, so muß derselben renouation gesuchet werden, so oft entweder der Lehn-Herr oder der Lehn-Mann, der das Gut in würcklicher possess gehabt, verstirbt ꝛc. ꝛc.

Woraus man wol keinen andern Begrif von der formula des Lehn-Briefs de anno 1591 machen möchte, als daß solche von der in Anhältischer üblicher saxonica simultanea inuestitura zu verstehen gewesen; welches auch 8) von 27
neuem aus dem, was post annum 1608. geschehen, zu erkennen ist, da ein agnat, so zu der Zeit Land-Drost zu Jever gewesen, an den Anhältischen Marschall von Marwitz geschrieben,

ben, und ihm die gesamte Lehns-Sinnung oder renouation überschickt, also ipso facto die Nothwendigkeit der renouation agnosciret.

28 Da nun aber 9) nach diesem in den Lehn-Briefen die gedachten Brüder und deren Lehns-Erben weggelassen sind, und sie keine renouation gebeten, oder der gesamten Hand Folge geleistet, so will keine andere Folge daraus fast herzuleiten seyn, als daß der Lehn-Herr in anno 1674 nach Abgang des Statz von Münchhausen Lehn-Erben wohl befugt gewesen, das gedachte Lehn einzuziehen; allermassen sich auch

29 10) damals niemand gemeldet, sondern erst in anno 1691 die Frau Wittwe von Münchhausen zu Leitzkau sich gemeldet, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn auch nunmehr so gar die præscriptio pro domino directo militiren möchte.

Rationes decidendi.

30 Gleichwie man aber 1) die eigentliche Beschaffenheit eines ieden contractus und negotii und dessen wahre Erkäntniß aus der Absicht der contrahirenden so wol, als aus dem ersten Anfang eines negotii, am sichersten erlernen, und daraus, was der contrahentium wahre Meinung gewesen, schliessen kan und muß, cum vniuscuiusque contractus initium spectandum et causa finalis, quæ dirigit omnes actus:

l. 8. pr. l. 10. §. 4. D. mandat.
l. 12. D. ad Sct. Macedon.

vnde si plures contractus concurrere videntur, animaduertendum, quis fuerit primus seu principalis contractus, quia inde negotium æstimandum:

l. 1. §. 13. D. depos.
l. 58. §. 2. D. pro soc.

sicuti enim causa finalis designat principalem contrahentium intentionem, vt secundum eam cetera omnia regulari debeant,

MENOCH *cons. 81. l. 1. n. 41.*

ita hæc pro fundamento constituenda, ex quo totius causæ status dependet;

ZASIVS *l. 2. cons. 1. cons. n. 107.*

also ist auch bey dieser Belehnungs-Sache auf beyde principia als a) auf dessen Anfang, und b) auf die wahre Absicht und Meinung des Käuffers des Ritter-Guts Dornburg, Statz von Münchhausen, nach dem in anno 1691 errich-

31 teten contract, zu sehen; woraus 2) wahrzunehmen, daß der Kauf-contract eigentlich zwischen den Gebrüdern von Latorf und Statius von Münchhausen geschlossen und abgeredet worden, und dieser der eigentliche alleinige Käuffer gewesen, wie solches aus denen clausulis contractus klar zu ersehen, dahin gehöret

um und vor 30000 Gulden Müntz, die uns Käuffer Statz von Münchhausen, baar über und in einer Summe zugestellet und wol bezahlt.

Desgleichen:

Bohm. Cons. Tom. III. P. I.

Demnach unsern Abkäuffern Statz von Münchhausen und seine Mitbeschriebene in dem Eigenthum und possession aller obbenandten und verkauften Güter wurcklich selbst ein- und angewiesen.

Nichtweniger:

Vorbenandtes seines uns aberkauften Hauses und Schlosses Dornburg . . für sich und seine männliche Leibes-Erben und Mitgedachte hinführo zu gebrauchen.

Endlich ist auch solches abermal bey der versprochenen Gewehres-Leistung noch klärer ausgedruckt:

Wollen auch den Käuffer Statz von Münchhausen die verkauften Güter gewehren,

und bey renuntiation der exceptionum angefüget worden, daß die Gebrüdere von Latorf allen Rechts Behelfen,

so ihrem Abkäuffer und seinen Mitbenenten zum Schaden und Nachtheil gelangen könten,

sich gäntzlich begeben wollen, welche clausulæ prægnantes ausser allen Zweifel setzen, daß das initium negotii, worauf vornemlich zu sehen, ein zwischen den Gebrüdern von Latorf, und Statz von Münchhausen, als Abkäuffern, geschlossener Kauf-contract gewesen, welcher auch die Kauf-Summa dafür bezahlet, und principalis ja solitarius contrahens gewesen.

Weil aber 3) dieser Kauf-contract ein feu- 32
dum nouiter acquisitum betreffen, in quo non alii succedunt, quam qui a primo acquirente originem trahunt, non primi acquirentis collaterales, nisi iisdem simul prospectum sit; also hat es lediglich auf des primi acquirentis Wohlgefallen beruhet, auf was Art und Weise er seinen beyden Brüdern, Hilmar und Curdten von Münchhausen, deren in dem contract mit gedacht worden, prospiciren, und ihnen den künftigen Anfall des Ritter-Guts nach Abgang seiner männlichen Leibes-Erben angedeyen lassen wollen; welches 33
auf zweyerley Art und Weise geschehen müssen, daß sie entweder als wahre Mitbelehnte dem Lehn-Hof præsentirt, und in die würckliche und wahre Mitbelehnschaft aufgenommen, oder ihnen bloß der künftige Anfall und das Geding an dem quæstionirten Ritter-Gut, accedente etiam inuestitura abusiua, ausbedungen worden, als welches nach den Teutschen Rechten und absonderlich in Lehn-Gütern um desto mehr cum pleno effectu geschehen kan, vt licet agnati ad contractum non concurrant, hoc ipso tamen, quod illis prospectum sit per pactum emtoris speciale, extincta prosapia masculina primi acquirentis, feudum acquirant;

SCHRADER *de feud. P. II. C. 3. n. 79. seq.*

bevorab da nach den Teutschen und Lehn-Rech- 34
ten nichts gewöhnlicher ist, als ius tertio per pactum acquirere, wie ich in der Dissertatione

de iure ex pacto tertii quæsito C. II.

35 absonderlich aus denen Lehn-Rechten gewiesen habe. Dieses erhellet auch 4) gar klärlich daraus, daß wenn ein neu Lehn-Gut nach Art und Eigenschaft eines alten Lehns acquiriret wird, alsdann denen collateralibus nichts weiter als der künftige Anfall reseruiret wird, und sie also wie expectiuarii in solchem Lehn anzusehen sind, so gar, vt vasallus acquirens sine collateralium consensu, sola domini voluntate accedente illud alienare queat.

ROSENTHAL *de feud. C. II. concl. 15.*
HORN *in iurispr. feud. C. III. §. 10.*

36 Daß nun 5) dieses letztere und nichts mehr als der blosse künftige Anfall des primi acquirentis Brüdern, Hilmar und Curdten, reseruiret und ausbedungen sey, lässet sich am deutlichsten daraus ermessen, daß der principal-contrahent und Abkäuffer kein anderer als Statz von Münchhausen in dem gantzen contract genennet, und mit demselben alles principaliter allein abgeschlossen, ja von demselben das Kauf-Geld allein gezahlet ist, wie er durchgehends als die Haupt-Person in dem contract genennet worden, dessen eintzige Absicht in dem geschlossenen Kauf diese gewesen, daß er seinen beyden Brüdern den künftigen Anfall, wenn er als primus acquirens mit seinen männlichen descendenten abgehen solte, versichern und ausbedingen möchte, und da solches mit Lehnsherrlichem consens geschehen müssen, hat er für nöthig gehalten, dieses dem Kauf-contract, als welcher von dem Lehns-Herrn in allen seinen clausuln zu confirmiren war, mit einzuverleiben, wie denn von Seiten des Lehn-Herrn die ratification dieses Kaufs und Verkaufs und *aller vorbeschriebenen Dinge* oder pactorum würcklich erfolget. Denn daß die Worte: *Aller vorbeschriebenen Dinge*, nicht in sensu, metaphysicis proprio, welcher bloß mit entibus begriffen, sondern in sensu forensi anzunehmen seyn, wird eine jeder leicht begreiffen, der da wahrnimmt, daß in dem Kauf-contract zweyerley zu befinden gewesen, als erstlich der Verkauf des Schlosses Dornburg, so das principale gewesen: zum andern die dabey abgeredete pacta, so insbesondre des Käuffers Brüder wegen des ihnen vorbehaltenen Anfalls betroffen, und darinn eben die vorbeschriebene oder bestimmte pacta und Dinge oder Gedinge bestehen, weil solches dabey ausbedungen gewesen, darnehen die Worte: Vorbeschriebene, eine relation in sich halten, und die Art und Weise anzeigen, wie denen Brüdern des Käuffers der künftige Anfall vorbehalten sey. Wie nun in dem Kauf-Brief die Absicht des Käuffers dahin gegangen, daß er seinen Brüdern per specialia pacta mit prospiciren wollen, also sind diese auch durch die angeführte clausul ratificirt worden. Es bestehen aber diese Gedinge und die

37 dem contractui beygefügte conditiones 6) darin, daß Statz von Münchhausen nichts weiter als den blossen Anfall seines erkauften Guts per inuestituram abusuam seinen beyden Brüdern vorbehalten wollen, als welches ihm ohne Zweifel damals am zuträglichsten gewesen, zu welchem Ende gleich anfänglich in dem contract versehen ist, daß die Verkäuffer, die Gebrüdere von Latorf, das gedachte Ritter-Gut Dornburg verkauffet haben

> dem Edlen Gestrengen und Ehren-Vesten Stattiussen von Münchhausen, - - und seinen rechten männlichen Leibes-Lehns-Erben, und wann deroselben nicht mehr wären, alsdann Hilmar und Curdten von Münchhausen, Gebrüdern und deroselben männlichen Leibes-Lehns-Erben.

wodurch klärlich angezeiget ist, daß der Herr Abkäuffer, mit Lehnsherrlichem consens, zwar sich und seinen masculis descendentibus das Lehngut zu acquiriren intendiret, iedoch das Geding dabey gesetzet, daß alsdann, wenn sein Manns-Stamm ausgehen solte, seinen beyden Brüdern und deren männlichen Leibes-Erben der Anfall vorbehalten, und dahero nach dem Willen und Wohlgefallen des Käuffers ihnen auf solchen Fall gleichsam mit verkauffet seyn solle, ohngeachtet sie inter emtores nicht mit gewesen, sondern Statz von Münchhausen allein den gesamten Kauf abgeschlossen und vollenzogen, und dahero den modum bestimmen können, nach welchem es ihnen mitverkauffet seyn solle. Dieser bestehet nun darin, daß sie nicht so fort aus dem Kauf ein ius quæsitum, sondern alsdann erst haben sollen, wenn der Käuffer und seine descendenten nicht mehr vorhanden, welches keine Mitbelehnschaft, qua ius præsens datur, sondern eine blosse expectanz allein anzeiget und ausdrücket. Denn ob zwar 7) sonsten in Sachsen und Anhalt- 38
Zerbstischen Landen die Vettern nicht anders als durch die Mitbelehnschaft regulariter succediren können, so wird doch wol ausser Zweifel zu setzen seyn, daß es bey dem primo acquirente stehe, auf was Art er seinen Brüdern prospiciren wolle, ob er sie als wahre Mitbelehnte mit in den vom Lehn-Herrn ratificirten Kaufcontract einschliessen, ihnen ein ius præsens perfectum ratione futuræ successionis acquiriren, und sie dem Lehn-Hofe sub hac qualitate præsentiren: oder aber ihnen sonsten den künftigen Anfall versichern und reseruiren wollen, zumal niemand leugnen wird, und Exempel genug vorhanden sind, daß auch in Sachsen und Anhältischen jemanden eine schlechte Angefälle und Anwartschaft auf ein Lehn reseruiret und verliehen worden, und er nach solchem bey ereignendem ledigen Fall das Lehn prætendiren können, ob er gleich die Mitbelehnschaft nicht erhalten, noch derselben Folge geleistet, und obgleich die Vettern insgemein in die Mitbelehnschaft genommen werden, so ist dieses doch eine res arbitrii, auf was Weise man denselben mit lehnsherrlichem consens prospiciren wolle, da man zwey Wege vor sich hat, denselben, imo cuicunque tertio, mit lehnsherrlichem consens zu prospiciren, und der eine Weg in Sachsen so gewöhnlich als der andere ist. Da- 39

hero

hero HARTMANNVS PISTORIS und BERLICHIVS, nachdem sie de simultanea inuestitura gehandelt, bald darauf und zwar

PISTORIS *lib. II. qu. 25. n. 1.*

dieser aber

P. II. concl. LIV. n. 1. sqq.

hinzuthun: est et aliud genus inuestiturae in aulis principum frequentissimum, (daß also Exempel genug davon vorhanden seyn müssen, quia frequentissimum esse dicitur) quo feudum, viuente possessore, alteri ea lege et conditione conceditur, vt si possessor sine liberis decesserit, feudum ad ipsum deuoluatur, quae inuestitura de caducitate feudi et iure Saxonico a conditione illa, sub qua feudum conceditur, *ein Geding* vocatur, atque haec spes inuestiturae etiam ad heredes inuestitos, etiam in Saxonia, transit.

BERLICH. *cit. l. n. 43.*

Und da nun beyderley Wege in Sachsen ganz gebräuchlich und æque frequentissimæ sind, so kan man keinen dem andern vorziehen, und einen bündigen Schluß machen, daß die agnati allein per simultaneam inuestituram zur Succession mit berufen werden müssen oder können, sondern man muß vielmehr darauf, quid actum fuerit inter eos, quorum interest, sehen, und daraus wahrnehmen, welche Art man eigentlich zur Erhaltung seiner Absicht bestimmet ha-
40 be. Wie nun 8) die inuestitura in casum mortis, oder das Gedinge, nicht anders als eine dispositio et promissio conditionalis ist, cum debeat fieri haec inuestitura sub conditione, et conferri in illud tempus, quo possessor sine herede masculo decedit,

IDEM *cit. l. n. 44.*

HARTM. PISTOR. *cit. l. n. 1. et 12.*

adeo, vt si pure quis de tali feudo, quod ab antiquo possidetur, inuestitus fuerit, non valeat inuestitura;

PISTOR. *cit. l. n. 12.*

also ist in dem Kauf-Brief und dessen erwehnten clausul offenbar eine euentualis et conditionalis dispositio nach Art und Eigenschaft aller expectantien, qua ius succedendi in futurum promittitur, befindlich, indem der Kauf principaliter auf Statz von Münchhausen und seine Descendenten, in der Absicht ihnen ein ius præsens radicarum daraus zu acquiriren, euentualiter aber auf Abgang dessen männlichen Descendenten, und also aufs künftige, auf Hilmar und Curdt von Münchhausen, und zwar aus zweyerley Ursachen, mitgerichtet worden,
41 deren erste ist: daß inzwischen diese beyde Gebrüdere, so lange ihr Bruder Statz von Münchhausen und seine Descendentes leben würden, sie kein ius præsens, sondern nur ein bloßes Gedinge an dem quæstionirten Ritter-Gut haben solten, quod ita vocatur a conditione, quae plerumque in euentum mortis eiusmodi concessioni inseri solet,

HARTMAN. PISTOR. *cit. l. n. 1.*

42 welche condition in denen gedachten Worten des Kauf-Briefes deutlich durch die particulam: alsdann, angedeutet worden; haec enim particulam alsdann latinis tunc, vel eo casu, prorsus indubitatam conditionem inuoluere, et id, quod sub illa in pacto disponitur, ad solum casum, in conditione specialiter comprehensum, limitare, et restringere, interpretes vno ore fatentur,

IO. COEDD. *vol. I. conf. Marp. 24. n. 131.*

BRVNNEMAN. *conf. 164. n. 52.*

HARPECHT. *Vol. nou. conf. 1. n. 100. et conf. 35. n. 34.*

RVDINGER *lib. I. obseru. 17.*

dergestalt und also, daß so lange Statz von 43
Münchhausen und seine Descendentes leben würden, seine beyden Brüder noch kein Recht an dem Lehn-Gut haben, sondern solches alsdann erst erhalten solten, wann er ohne männliche Erben abgehen würde, tralatitium enim est, quod omnis dispositio conditionalis totum actum et contractum suspendat, et priusquam conditio purificetur, nihil penitus positum intelligatur.

BESOLD *conf. 221. n. 4.*

HARPRECHT *cit. conf. 31. n. 35. sqq.*

Woraus denn 9) deutlich zu schliessen, daß nach 44
der wahren Absicht des Käufers Statz von Münchhausen seine beyde Brüder, Hilmar und Curdt, die Belehnung nicht ehender zu suchen, als existente casu, schuldig gewesen, und eigentlich in solchen Worten keine Mitbelehnschaft nach Sächsischem Fuß intendiret worden; denn ob zwar sonsten diese und das schlechte Geding darin differiren, quod simultanea inuestitura fieri debeat volente possessore, expectatiua autem sine possessoris consensu etiam:

H. PISTOR. *l. II. q. 20. n. 2.*

Dennoch dieser Unterscheid nicht eben essentia- 45
lis, ja ohnstreitig ist, daß man auch jemanden ein Gedinge mit Wissen und Willen des possessoris vel emtoris feudi zugestehen könne, und nicht wenige dergleichen consensum zugleich recommendiren,

HILLIGER *de necessitate consens. vasalli §. 27.*

dadurch aber ein solches bewilligtes Geding nicht sofort zu einer Mitbelehnschaft wird, oder daß solche nothwendig geschehen müsse, erfordert, wie denn auch, ob gleich der expectiuarius selbst eventlicher Weise ein dergleichen Geding zu suchen pfleget, dennoch niemand zweifeln wird, daß nicht auch der primus acquirens solches Geding seinen Brüdern ex pacto suo acquiriren könne, nachdem dergleichen pacta heutiges Tages efficacissima sind, und daraus einem tertio acquiriret werden kan. Dahero dann der primus acquirens Statz von Münchhausen durch kein einziges indicium oder clausul in dem Kauf-contract angedeutet, daß seine beyden Brüder die Belehnung sofort in Person, als Mitbelehnte, zu suchen schuldig seyn solten, welches ohne Zweifel ausgedrucket seyn

würde, wenn der Käuffer solche intendiret hätte. Im Gegentheil hat derselbe den Kauf mit auf sie gerichtet, bloß zu dem Ende, daß sie künftig den Anfall daraus zu erwarten haben solten, wornach auch die erfolgte Lehn-Briefe, als documenta referentia, zu erklären, und soferne dieselbe weiter gegangen, so mag dieses der Sache keinen Abbruch thun, sondern es muß vielmehr alles nach dem Kauf-
46 Brief reguliret werden. Daß nun 10) nichts weiter als dieses in dem Kauf-Brief intendiret sey, ist eben jetzt aus der euentualiter tantum facta promissione de succedendo geschlossen worden, welche noch gar sehr den primum acquirentem von dessen Brüdern euentualiter et tunc demum, si emtor sine liberis decesserit, vocatis, distinguiret, cum tamen non minus arcto vinculo ius simultaneæ inuestituræ plures coniungat, quam communis possessio;

HARTM. PISTOR. *lib. II. qu. 20. n. 11. in f.*

47 dahero auch die gesamte Hand ein sehr altes allgemeines prædicatum ist, so denen tribuiret wird, welche in einer Gemeinschaftlichkeit der Güter verbunden sind,

vid. tom. IV. iur. eccles. lib. IV. tit. 20. §. 77.

welches aber in dem Kauf keinesweges intendiret worden, sondern der Käuffer nur seinen Brüdern auf künftigen Fall einen Anfall an dem Ritter-Güte vorbehalten, und dadurch sich und seine Kinder sehr von seinen Brüdern distinguiret, und sie nicht verbunden, daß sie, nach Art der Mitbelehnschafte, auf alle und jede Fälle die Belehnung zu suchen schuldig seyn solten, als welches zu Erreichung seiner Absicht nicht nöthig, sondern genug gewesen, daß er ihnen den Anfall ausbedungen, und der Lehns-Herr darin, vermöge der angehängten ratifi-
48 cation consentiret. Nach diesem contract, als welcher radix et fundamentum literarum inuestituræ ist, muß alles beurtheilet werden, cum pacta dent legem negotiis humanis;

l. 23. D. de reg. iur.

49 Und wie, wenn kein anderer contract vorhanden, der erste Lehn-Brief zum Grund zu legen ist, vt si in posterioribus quid mutatum reperiatur, error potius commissus censeatur.

SCHRADER *de feud. P. V. c. 2. n. 27.*
ROSENTHAL *de feud. c. 17. conclus. 69. n. 16.*

also wann noch ein anderer contract, worin zugleich die Art der Belehnung bestimmet worden, vorhergegangen, derselbe eben so wol pro radice et fundamento der Lehn-Briefe gehalten, und wenn darin von jenen abgegangen,
50 alsdann billig zu glauben ist, daß solches per merum errorem geschehen sey, da bekandt, daß heute zu Tage die Lehne nicht bloß per contractum feudalem constituiret werden, sondern noch andere tituli, ad dominium transferendum habiles, vorher gehen können, cum etiam feuda titulo emtionis acquirantur, et sic contractus alius præcedat contractum feudalem.

LYNCKER *in analect. ad ius feud. Struu. c. VIII. aph. 3. n. 2.*

Uebrigens wenn er 11) seine Brüder in die 51
Mitbelehnschaft zu nehmen, resoluiret gewesen, hätte solches mit dergleichen particula limitativa et restrictiua, alsdann, nicht geschehen dürfen, sondern wäre genug gewesen, daß er sich vorbehalten, seine beyde Brüder mit an die gesamte Hand zu bringen, ohne daß der angeführte casus oder gesetzte condition dabey anzuhängen, ja auch nöthig gewesen wäre, mit dergleichen Nachdruck den künftigen succes-sions-Fall zu bestimmen, oder in dem Kauf-Brief diesen casum auszudrücken, welches aber zu dem Ende geschehen, damit der Lehns-Herr durch ratificirung dieses Kauf-contracts in diesem den Münchhäusischen Brüdern vorbehaltenen Gedinge, als welches bloß in dem Kauf-contract befindlich, seinen consens verleihen möchte, welches darzu zureichend war. Im
Gegentheil wo 12) eine Mitbelehnschaft künftig 52
constituiret werden soll, wird ein weit mehreres erfordert, videlicet et primi acquirentis et simultanee inuestiendorum consensus, vt inde mutua inter illos oriatur obligatio, quam dissentiente altero, vnius facto dissolvi, iuris ratio non patitur, simulque simultaneum ius in feudum omnibus, in simultaneam inuestituram receptis, acquiratur.

H. PISTOR. *cit. qu. 20. n. 20.*

Daß nun dergleichen obligatio mutua zwischen 53
Staz von Münchhausen und seinen Brüdern geschlossen und vollenzogen, ja unter ihnen abgeredet sey, daß sie ein ius simultaneum an dem Ritter-Gut Dornburg nebst dem Käuffer sofort erhalten sollen, davon findet sich nichts in dem Kauf-Briefe, als welcher bloß zwischen den Gebrüdern von Latorf, und Staz von Münchhausen geschlossen ist, darzu die beyden Gebrüdere von Münchhausen nicht concurriret haben, noch Mit-contrahenten oder Mitkäufere eigentlich gewesen, vielmehr Staz von Münchhausen ihnen nur nach Abgang seines Manns-Stammes mit prosp iciren wollen, daß alsdann und nicht eher ihnen das Gut Dornburg mit verkauffet seyn solle, dem zu folge dann die beyden Brüder ohnmöglich ein ius præsens, quam simultanea inuestitura desiderat, erhalten mögen, als welches einen offenbaren Widerspruch in sich begreiffet. Und obwol die Verkäuffer in dem Kauf-contract den Käuffer und die Mitbeschriebene in das Eigenthum und possession aller verkauften Güter gesetzet haben, so muß doch solches nach der Natur des vorbehaltenen Gedinges und der vorher bestimmten Art und Weise des Verkaufs verstanden werden, wie denn gleich die declaration in dem contract hinzugethan und angezeiget wird, daß solches primario von dem Käufer zu verstehen, welchem er in eine würckliche Gewehr, nutzbare und leibliche possession und Aufnahme seines,

von

von den Verkäufern aberkauften Hauses und Schlosses Dornburg setzet, keinesweges aber dessen beyden Brüdern ein gleiches Recht attri-
54 buiret, welchen Verstand und Begriff auch 13) der Durchlauchtigste Lehn-Herr selbst von dem Kauf-contract gehabt haben muß, als darin er in der angehängten ratification bekennet:

> Daß dieser Kauf und Verkauf und alle vorbeschriebene Dinge mit unserm, als Ober-Lehns-Herrn und Landes-Fürsten, gnädigen und guten Willen geschehen,

mithin dadurch angezeiget, daß darin Dinge oder Gedinge, als welches einerley ist, h. e. pacta et conditiones vorbehalten sind, welches den künftigen Anfall der beyden Brüder, vornemlich zum Endzweck gehabt hat, wie bereits in rat. decid. quinta dargethan, und es auch hier heisset: verba ambigua ex subiectata materia explicanda sunt. Da nun das Wort, Ding, alhier in einem ratificirten Kauf-contract befindlich, und unmittelbar dem Worte: Kauf- und Verkauf, annectiret, darneben angedeutet wird, daß solche Dinge vorgeschrieben worden; so wäre es wol unvernünftig, wann man die Benennung der vorbeschriebenen Dinge nicht von dem im Kauf-contract ausbedungenen Anfall, als welches das vornehmste pactum gewesen, verstehen wolte. Und wie
55 nun 14) die erste Ursache der gedachten clausul dadurch erläutert ist; so lässet sich gar leicht die andere Ursach erkennen, warum die beyden Brüder von Münchhausen aufs künftige mit unter die Käufer gesetzet sind, und darin ausbedungen worden, daß alsdann, wenn Statz von Münchhausen mit seinen männlichen Descendenten nicht mehr wären, auch Hilmar und Curdten von Münchhausen, und derselben männlichen Leibes Lehns-Erben das Gut Dornburg mit verkaufet seyn solle, welche venditio conditionata gewesen, und also keinen effect als existente conditione, nach Art des Gedinges oder Lehn-Anfalls, haben können; conditionales enim venditiones TVNC perficiuntur, cum impleta fuerit conditio;

l. 7. pr. D. de contrah. emt. vendit.

56 welches alhier in dem contract ebenfalls gantz neruose durch die particulam alsdann, TVNC, wie es im gedachten textu heisset, ausgedrucket, und dadurch angezeiget ist, daß der Kauf bey ihnen nicht eher seinen effect erreichen solle, als wann Statz von Münchhausen und seine männliche Descendenten nicht mehr seyn würden; quod si autem conditio defecerit, nulla est venditio, adeoque interim in pendente est, et nihil iuris ex tali venditione interim iis, quibus euentualiter prospectum, acquiritur, sed expectandus est euentus.

l. 37. D. de contrab. emt vendit.
l. 8. pr. D. de peric. et commod. rei vend.
l. 169. §. 1. D. de reg. iur.

57 Dieses schicket sich abermal 15) zwar auf ein schlechtes Gedinge, so weit der Lehns-Herr diese venditionem conditionatam ratificiret, als welche ebenfalls ein ius futurum et acquirendum zum Grunde hat, nicht aber auf eine wahre Mitbelehnschaft, cum ex simultanea inuestitura communio quædam iurium et societas, quod ad ius succedendi attinet, nascatur, et ius præsens simultanee inuestitis acquiratur;

BERLICH *P. 2. concl. 53. n. 20.*

58 dergleichen societas et communio iuris unmöglich zwischen denen, davon einer etwas pure, und der andere sub conditione, quæ demum post diuturnum tractum temporis existere potest, kauset, zumal respectu des letztern der Kauf erst aufs künftige in seine perfection kommen wird, pendente conditione aber der Kauf als imperfecta angesehen und gehalten werden muß,

l. 8. pr. de peric. et comm. rei vend.

59 es aber nicht wohl angehen kan, daß einer ein eigentlicher Mitbelehnter sey, und die gesamte Hand habe, respectu dessen der Kauf noch nicht einsten seine Vollkommenheit und Würcklichkeit erreichet, sondern alsdenn erst seine perfection und existenz bekommt, wenn die gesetzte condition erfüllet ist. In solchem regard sind auch
60 16) die beyden Gebrüder von Münchhausen niemals als künftige Mitbelehnte in den Kauf-contract aufgeführet, sondern dieselbe werden daselbst nur seine Mitbeschriebene oder Mitgedachte in generalen terminis angeführet, certo indicio, daß er nicht gesonnen gewesen, sie als wahre Mitbelehnte in die Belehnung mit aufzunehmen, sondern nur eine inuestituram in casum mortis zu Wege zu bringen, welches auch unmöglich geschehen konte, da der Kauf allein pure auf Statz von Münchhausen und seine descendenten, sub conditione aber auf dessen beyde Brüder eingerichtet worden, so den effect haben müssen, daß der Kauf bey den beyden Brüdern erst seine perfection erreichen solte, wenn der Haupt-Käufer mit seinen descendentibus masculis abgegangen, dahero es auch geschehen, daß in der ratification des Lehns-Herrn ihrer gar nicht insbesondere, als Mitbelehnte, sondern nur als Mitbeschriebene, gedacht und angezeiget worden, daß sie bey dem bedungenen Kauf geschützet werden sollen, welches keine andere Absicht haben kan, als daß sie nach dem Recht des Gedings und Anfall bey künftig existirender condition sich melden, und purificata condition die Belehnung zu suchen, Macht haben solten, als auf welchen Fall allein diese Lehn-Güter ihnen mitverkaufset worden sind. Da nun 17) aus
61 diesem Kauf-Briefe die gantze wahre Absicht des Käufers Statz von Münchhausen klar und deutlich abzunehmen, und von keiner künftigen succession specifice darin gedacht, sondern nur der Kauf conditionate mit auf die Hilmar und Curdt von Münchhausen extendiret ist, so ist nach demselben auch die darauf erfolgte Belehnung nach Maasgebung des Kauf-Briefes zu erklären, als welche allein ihren Grund in dem mit Lehns-Herrlichem consens ratificirten

Kauf-

Kauf-contract hat, dessen radix und fundamentum ist, und nach dessen wahren Absicht geschehen seyn muß, oder wann mehr darin geschehen und gegen die Absicht des Kauf-Briefe gehandelt seyn solte, solches als ungeschehen anzunehmen. Solches bezeugen gleich 18) die aus dem Kauf-contract hergenommene Worte:

62 Daß wir auf unterthänigstes Ansuchen und Bitten des Ehren-Vesten unsers Lieben Getreuen Stattiussen von Münchhausen, und seinen rechten Leibes-Lehns-Erben, und wann die nicht mehr wären, alsdann und eher nicht, seine Gebrüder, mit Namen Hilmar und Curdt von Münchhausen, und ihren männlichen Leibes-Lehns-Erben in eine gesamte Hand zu rechten Mann-Lehn gnädiglich gereichet und geliehen haben ꝛc.

Welche Worte nunmehr um desto mehr Licht bekommen, nachdem aus dem ratificirten Kauf-contract die wahre Absicht des Käuffers Statz von Münchhausen mit mehrern dargethan, nach welchem dieser pure und also realiter belehnet, die beyden Gebrüdere von Münchhausen aber in casum mortis durch die clausul: alsdann und nicht eher, (die noch expressiuer als in dem Kauf-contract selbsten ausgedrucket ist,) investiret worden, welches in der That nichts anders als eine superinfeudatio, oder abusiua inuestitura ist, so über das Geding und wegen des künftigen Anfalls gemachet werden kan.

63 Dann dieses ist vorhin bereits gezeiget, daß der titulus venditionis, aus welchem ihnen der Anfall zustehen solte, damals anno 1591 noch in pendente und suspenso gewesen, und der Kauf respectu ihrer seine Vollkommenheit noch lange nicht erreichet, also war es nicht wol möglich, daß sie mit in communionem et societatem quandam iuris feudalis secundum naturam simultaneæ inuestituræ gebracht werden konten, cum nec traditio, pendente conditione facta, aliquid operetur,

l. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vendit.

sondern alles, was in dem Lehn-Brief ihnen alsdann und nicht eher, als in casum mortis, gereichet und verliehen werden konte, war das Ungefälle und Gedinge, als dessen Natur und Eigenschaft darinn bestehet, daß auf Abgang des possessoris und seiner männlichen descendenten die euentualiter geschehene Belehnung ihren effect ereichen solte, man aber alle Erklärung billig secundum naturam rei, certo pacto determinatam, machen muß, prout subſtrata materia illud patitur, zumal nicht möglich war, diejenigen mit in eine wahre Mitbelehnschaft nach dem Kauf-contract zu nehmen, die noch kein ius perfectum aus dem Kauf-Brief hatten, quod potius tunc in pendente erat. Und da der Kauf-contract der Grund von dem Lehn-Briefe ist, so muß auch dieser nach jenem erkläret und die Worte: in eine gesamte Hand, von demjenigen Recht verstanden werden, was den beyden Brüdern in dem Kauf-Brief verliehen ist, welchen aber kein ius præsens, sondern euentuale et futurum, seu quod ex futuro euentu dependet, verliehen worden. Was nun 19) nicht ex 64
præsenti, sondern nur auf einen gewissen Fall und alsdann nur, und nicht eher zu Lehn gereichet wird, das kan zu keiner eigentlichen Mitbelehnschaft gezogen werden, sondern schickt sich allein auf eine inuestituram de caducitate oder abusiuam inuestituram, welche auch bey dergleichen Fällen, die ex natura sua noch in pendenti sind, euentualiter gewöhnlicher massen gereichet wird, da im Gegentheil die gemeine Formul, wodurch die Mitbelehnte in die gesamte Hand genommen, gantz anders und so 65
lautet, daß daraus eine wahre simultanea investitura und Mitbelehnschaft erkandt werden kan:

Wir haben auch aus besondern Gnaden ihre Vettern Weyland N. und deren männliche Leibes Lehns-Erben an obbenahmten Gütern mit Ihnen belehnet, und belehnen mit Ihnen dieselbe bescheidentlich und also ꝛc.

LVNICH. *in corp. iur. feudal. tom. III. p. 843.*

welche conuncta manus aber in der vorhin gemeldeten Formul, da Hilmar und Curdt von Münchhausen nur alsdann und nicht eher, als wenn Statz von Münchhausen und seine Descendenten nicht mehr wären, keinesweges zu befinden, als welche ein ius simultaneum allen und iedem reichen muß, so hier aber nicht geschehen können, nachdem der Kauf nur auf die beyden Brüder des Käufers euentualiter et sub conditione gerichtet, eher also zu seiner perfection respectu ihrer nicht gekommen ist, bis Statz von Münchhausen mit seinen Descendenten abgegangen. Dahero wenn auch in ein und andern Lehn-Briefen, darin eine wahre Mitbelehnschaft anzutreffen, eben dergleichen Formuln, alsdann und nicht eher, vorhanden seyn solten, so bleibet doch dieses daraus genommene argument um deswillen bey Kräften, weil der Kauf-Brief solcher Formul einen gantz andern Verstand giebet, und nicht leidet, daß die beyden Brüder zu wahren Mitbelehnten aufgenommen werden können, da respectu ihrer der Kauf noch in pendenti geblieben. Hier- 66
aus muß nun auch 20) die daselbst befindliche clausul:

zu einer gesamten Hand

erkläret werden, als welche auch so gar bey blossen Anwartschaften in Sachsen gebräuchlich ist, wie die von denen Sächsischen ICtis angeführte formula derselben solches anzeiget:

Die Anwartschaft und Mitbelehnschaft aus Gnaden bewilliget und verschrieben, begnaden auch ihn N. und N. so wol ihre Leibes-Lehns-Erben mit berührtem Anfall, gesamter Hand und Mitbelehnschaft, und bewilligen ihm dieselbe hiemit.

BVRCHARD GOTTLIEB STRVV. *in iurispr. feudali in append. n. IV.*

LVNIG.

LVNIG. *cit. loc. p. 851.*
BORNII *dissert. de expectativ. c. VIII. §. 29.*

und da nun dergleichen Mitbelehnschaft in solchem Verstande den beyden Brüdern des Käysers reseruiret, in solches auch expresse von dem Lehn-Herrn durch die ratification consentiret ist, so ist es in effectu eben so viel, als wenn die beyden Brüder um die Anwartschaft angehalten, und solche ihnen versprochen sey, quod enim quis per alium facit, per se fecis-
67 se putandus est. Es hat auch 21) diese Benennung im Sachsen-Recht ihren gar guten Grund, zumal darin von den Anwartschaften also stehet:

Zween Mann mag der Herr ein Gut leihen, also daß einer die Gewehr daran habe, und der andere das Gedinge, als ob dieser ohne Lehns-Erben stürbe, der das Gut in Gewehr hat.

ius feud. Saxon. C. IV.

Ja es ergeben die Exempel solcher Lehns-Anwartschaft, daß würcklich einige Art der Belehnung darbey vorgegangen, und eine Mitbelehnschaft geschehen sey, wie Käysers LVDOVICI Bauari expectantz-Brief für Marggraf Ludewigen zu Brandenburg über das Fürstenthum Anhalt de anno 1314 solches bezeuget:

ex nunc prout ex tunc contulimus et conferimus per præsentes, inuestientes ipsum de iisdem nostræ annulo maiestatis,

LVNIG. *P. I. corp. iur. feud. p. 617. n. 41.*

nicht weniger des Stifts Fulda expectantz-Brief für Landgraf Wilhelm zu Hessen auf die von Hanau zu Lehn habende und besitzende Stücke de anno 1640. d. 19. Sept. solches erleutert in his formalibus, welche mit der formul der Münchhausischen Lehn-Briefe sehr genau übereinkommt:

Doch also und anderer Gestalt nicht, als, wann nach GOttes Willen der Gräfliche Hanauische Manns-Stamm gäntzlich abgehen solte ꝛc.

Leihen und bekennen Hochgedachtem Herrn Wilhelm, Landgrafen zu Hessen, solche Lehn gehörter massen in und mit Kraft dieses Briefes ꝛc. Daß Wir auch weniger nicht in diese ietzt vorgegangene euentual-Belehnung mit allen ihren clausuln, conditionen, und sequelen in bester und beständiger Form consentiret und verwilliget haben.

LVNIG *P. I. corp. iur. feud. p. 18. 95.*

68 Woraus denn 22) sich veroffenbaret, daß die Worte: mit einer gesamten Hand, nichts anders als doppelte Belehnung oder concession in sich begreifen, deren eine die Gewehr, die andere aber die blosse Anwartschaft anzeiget, weil das Wort Samt nichts anders als vna, simul, pariter, bedeutet, und eine solche Mitbelehnschaft auch wol bey einer Anwartschaft seyn kan,

Buhm. Conf. Tom. III. P. I.

WACHTER *in Glossar. Germ.*

so 23) aus der subsirata materia vornemlich her- 69
zunehmen, welche sich im gegenwärtigen Fall in der Sache selbst findet, da es in dem Lehn-Brief heißt: alsdann und eher nicht, solle Hilmar und Curdt mit dem gedachten Schloß Dornburg belehnet seyn, wenn Statz von Münchhausen und seine männliche Descendenten nicht mehr seyn würden, welches eine wahre Anwartschaft ist, die noch aufs künftige ausgesetzet; quoties autem idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipienda est, quæ rei gerendæ aptior.

l. 67. de Reg. iur.

Die Richtigkeit dieser Erklärung kan aus dem Lehn-Brief selbsten nicht allein genommen werden; sondern muß, wie schon öfters gesagt, aus dem relato, tanquam radice et fundamento des Lehn-Briefes, sein Licht nehmen, cum omne referens ex relato explicandum sit. Nach solchem nun sind die Gebrüdere nur auf den Fall mit in den Kauf genommen und eingeschlossen worden, wann Statz von Münchhausen mit seinen Descendenten abgehen würde. Alsdann und nicht eher ist ihnen das Gut Dornburg mitverkaufet, und dahero bis anno 1674 solcher Kauf noch in pendente, sie also auch nicht schuldig gewesen, ehender als der Fall sich ereignet, und der Kauf bey ihnen purificiret worden, das gedachte Lehn-Gut in würckliche Belehnung zu nehmen. Aus diesen Gründen lassen sich nun die rationes dubitandi leicht beantworten, allermassen ad 1) allerdings nöthig ist, auf den 70
Kauf-Brief, als nach welchem die Belehnung eingerichtet, zu sehen, und daraus sowol originem negotii, als die wahre Absicht des primi acquirentis, abzunehmen, wie in rat. decid. 1. et seq. deutlich dargethan ist, da man sonsten ohne dessen Einsicht keinen deutlichen Begriff von dem ersten Lehn-Brief, so ein wahres instrumentum referens ist, haben und sich machen, ja man ad 2) nunmehr um desto leichter die Worte: in einer gesamten Hand, erklären kan, als welche pro subsirata materia, wie dargethan ist, die Anwartschaft und Angefälle alhier bedeuten müssen, so ebenfalls eine Mitbelehnschaft, auch gantz gewöhnlich ist, daß dergleichen mit einem Geding begnädigte belehnet werden, welches aber eine abusiua inuestitura und keine wahre Sächsische Mitbelehnschaft ist, so daß auch dergleichen abusiue inuestiti einen Lehn-Schein unter folgenden formalien bekommen:

Demnach bey dem Durchlauchtigsten Fürsten N. die von Sr. Durchl. aus Gnaden ihm verwilligte expectantz und Mitbelehnschaft an N. Lehn-Gütern, samt allen pertinentien, heute untern dato in Person würcklich empfangen, und gewöhnliche Lehns-Pflicht abgeleget, als ist ihm hierüber gegenwärtiges Lehns-Bekäntniß ertheilet und ausgefertiget worden.

LVNIG *Tom. III. corp. iur. feud. p. 805.*

71 Woraus also zu befinden, daß daraus, daß nach dem ersten Lehn-Brief der Lehns-Eyd von den Gebrüdern von Münchhausen geleistet sey, keine Folge auf die Sächsische Mitbelehnschaft herzunehmen, bevorab da a) sich nicht befindet, daß Statz von Münchhausen iemals seine beyden Brüder, Hilmar und Curdt von Münchhausen, als Mitbelehnte, præsentirt und vorgeschlagen, wie bey denen Lehn-Höfen gewöhnlich ist:

LVNIG. *cit. l. p. 842. n. 142.*

b) nur der ratificirte Kauf-Brief ihrer, aber nicht als künftiger Mitbelehnten, gedencket, vielmehr den Gebrüdern bloß die Anwartschaft auf das Gut Dornburg ausbedungen und reserui-
72 ret ist: c) in dubio billig die verba eines ieden contracts so zu erklären, ne noceant iis, quorum interest, sed quo magis res, de qua agitur, in tuto sit:

l. 80. D. de verb. obl.

dahero d) auch die formul in einer gesamten Hand mehr von einer abusiua, als simultanea inuestitura, verstanden werden muß, damit denen Gebrüdern, Hilmar und Curdt von Münchhausen, und deren männlichen Descendenten ihr aus dem Kauf-Brief erlangtes Recht an dem Ritter-Gut Dornburg nicht möge unverschul-
73 deter Weise entzogen werden: e) endlich in eiusmodi negotiis affinibus allemal zu sehen, quid inter partes actum fuerit,

l. vlt. D. qui sine manumiss. l. 34. D. de Reg. iur.

74 so aus dem Kauf-Brief am besten erhellet: ja f) da hier Zweifel vorfallen, es auch hier heissen muß: ad id, quod minimum est, redigenda obligatio,

l. 1. 9. 34. D. de Reg. iur.

so ohnstreitig im Gedinge vorkommt, welches auch ad 3) bey der clausul:

weiter sollen sie denen Lehnen, so ofte die zu Falle kommen, gebührliche Folge thun,

zu erinnern, welche bey den angeführten Umständen von Statz von Münchhausen und dessen Descendenten de præsenti verstanden werden muß, nicht aber auf die im Kauf Mitbeschriebene mit zu ziehen ist; talia enim sunt prædicata, qualia permittuntur a suis subiectis, zumal dieselbe nur alsdann und nicht eher zum Kauf und Lehn mit berufen sind, wenn der primus acquirens mit seinen männlichen Descendenten nicht mehr seyn werden, welches sich zu keiner Mitbelehnschaft schicket, ohngeachtet ad 4) solches in dem Lehn-Brief de anno 1608 wiederholet, als welches de superfluo geschehen, und nicht nöthig gewesen, sich auch nicht einsten findet, daß Hilmar und Curdt von Münchhausen sich gemeldet und würcklich belehnet worden, vielmehr zu glauben, daß der andere Lehn-Brief nach dem formular des ersten, wie gewöhnlich, eingerichtet, nachgehends aber erst solches geändert worden, wie sich von den abusiue inuestitis niemand weiter gemeldet.

75 Ob nun wol ad 5) et 6) man gerne einräumet, daß im Anhältischen die gesamte Hand in obseruantz ist, wie solches auch ad 7) die Anhältische Landes-Ordnung darthut, so kommt es doch hier nicht darauf an, da keine Mitbelehnschaft ist, sondern man wird dagegen auch einräumen müssen, daß daselbsten auch die Anwartschaften und Anfälle vsuell sind, in solchen aber keine renouatio inuestituræ vonnöthen ist, wie denn solches auch in Sachsen sich ebenfalls befindet,

vid. P. II. constit. elect. Saxon. 45.

und von diesen allein in gegenwärtiger Lehns-controvers die Frage ist, und ob wol ad 8) 76
der Herr Land-Dröst zuvor bey dem Anhältischen Hof-Marschall von Marwitz wegen der Lehns-renouation sich weiter gemeldet haben mag, so ist ohne Zweifel doch solches nur zur præcaution, woferne solche nöthig befunden werden solte, geschehen, da aber solche nicht nöthig ist, wol zu glauben, daß man solche überflüßig gehalten; wiewol man auch leichte wahrnimmt, daß bey solchen Umständen die interessenten, die sich für keine Mitbelehnte gehalten, sich um die Mitbelehnschaft nicht weiter bekümmert haben werden, und ad 9) wenig geachtet, daß sie aus den Lehn-Briefen gelassen sind, da sie aus dem ratificirten Kauf-contract ihr Geding und Anwartschaft zur Gnüge befestiget gesehen. Endlich so viel die præscription ad 10) 77
betrift, so ist zwar an dem, daß anno 1674. die Statz Münchhausische branche erloschen, und zu der Zeit wenigstens die auf solchen Fall expectiuirte sich hätten melden sollen; da aber damals eines theils dieselbe abwesend und in fremden Landen, ja an solchen Orten sich aufgehalten, da man von keiner gesamten Hand weiß, und sie nicht anders glauben und dafür halten können, als daß sie erst, existente conditione, zur Lehns-Nehmung verbunden wären: welches auch so gar statt findet, wenn eine wahre Mitbelehnschaft vorhanden seyn solte, quia tales exteri non sunt in dolo, qui tamen desideratur in eis, qui renouationem neglexerunt,

BERLICH. *P. 2. concl. 53. n. 38.*

CARPZOV. *P. 2. c. 45. def. 20. in f.*

andern Theils unter ihnen minderjährige von 78
vier bis sechs Jahren gewesen; so ist wol ausgemacht, daß ihnen die præscription nicht laufen können, bevorab da anno 1691 die Frau Wittwe von Münchhausen zu Leitzkau wegen ihrer minderjährigen sich noch zeitig genug gemeldet, den gantzen statum causæ dem Lehns-Herrn eröfnet, und endlich anno 1698 geklaget, daß also die præscription dadurch aus dem Wege geräumet wird, wiewol auch sonsten nach gemeinen Rechten diejenigen, die ein Geding haben, nicht præcise binnen Jahr und Tag sich zu melden schuldig sind, wenn es die prouincial-Rechte nicht mit sich bringen; worzu noch dieses kommt, daß der Lehns-Herr nach Abgang des Statii von Münchhausen des Schlosses Dornburg sich augenblicklich angemasset, gleichwol von der wichtigen Ansprache

der

der Münchhausischen Gebrüdere und deren descendenten gewust, solche de facto ausgeschlossen, alle Briefschaften occupiret, und solche heraus zu geben sich geweigert, also selbsten veranlasset, daß die interessenten von ihrer Gerechtsame an dem Gute Dornburg nicht genugsam informiret seyn können, welches solche attentata seyn, die mit der bona fide nicht bestehen können, ohne welche doch keine præscription statt finden kan. Endlich nicht zu gedencken, daß der Lehns-Herr durch Einziehung des Lehns selbsten verhindert, daß die Lehns-interessenten sich zur renouation des Lehn-Guts Dornburg melden und solche suchen dürfen oder müssen, wie bey der folgenden Frage auszuführen seyn wird:

79 So erhellet hieraus so viel, daß die Herren von Münchhausen sich hierbey vornemlich auf den Kauf-Brief fundiren, und daraus rechts-beständig erhärten können, daß an dem quæstionirten Lehn ihnen nur ein Geding et inuestitura in anno 1591 verliehen, nicht aber sie als wahre Mitbelehnte zu achten.

Quæstio III.

80 **Ob nicht, wenn allenfals dieses** negotium **als eine Sächsische wahre Mitbelehnschaft anzusehen sey, allhier erhebliche Ursachen anzutreffen, weswegen man zur Lehns-Einziehung und** priuation **nicht kommen mögen?**

Rationes dubitandi.

81 Ob wol, existente simultanea inuestitura, es das Ansehen gewinnen will, daß die beyden Gebrüdere, Hilmar und Curdt von Münchhausen, und deren männliche descendenten schlechter Dings schuldig gewesen, der gesamten Hand bey allen und jeden Fällen Folge zu leisten, wie solches auch in anno 1591. und 1608 würcklich geschehen, hernach aber unterlassen worden, so dann Gelegenheit gegeben, daß sie so gar in den folgenden Zeiten aus den Lehn-Briefen gelassen worden, und dahero der Lehns-Herr wol befugt gewesen zu seyn scheinet, das Lehn in anno 1674 einzuziehen, und ob wol nach diesem sich ein und andere interessenten gemeldet, dennoch solches zu spät gewesen, und Sie zu dem Lehn nicht weiter zugelassen werden mögen, cum ius non petitæ renouationis tale sit, quod in totum agentem excludat;

ZANGER. *de except. P. III. c. 26. n. 248. seqq.*

82 bevorab da in der Anhältischen Landes-Ordnung tit. 16. solches klar in folgenden Worten versehen:

Es ist bekandten Rechtens, daß ein jeder auf Begebende in denen Lehn-Rechten ausgedruckte Fälle, die Lehn innerhalb Jahr und Tag suchen, und die, welche die gesamte Hand haben, derselben renouation zugleich bitten sollen. Solcher Verordnung sollen sich alle und jede Lehn-Leute gemäß bezeigen; im widrigen Fall aber, und da jemand ohne erhebliche Ursache solche Zeit versäumen, und insonderheit der gesamten Hand nicht selbst mit gebührlicher Ansuchung und Pflicht-Leistung rechte Folge thun werde, derselbe soll des Lehns und der gesamten Hand verlustig erkant werden

LVNIG *in corp. iuris feud. tom. II. p. 1824.*

aus welchen Worten dreyerley zu mercken, a) 83 daß insonderheit dieses bey der Mitbelehnschaft genau beobachtet werden solle, und zwar b) von allen und jeden Lehn-Leuten, so daß auch fremde darunter begriffen seyn möchten, und endlich c) daß dabey auf die Lehns-priuation erkant werden solte, welches auch bereits in casu præsenti geschehen, da die Herren Lehns-interessenten mit ihrer Klage contra dominum feudi abgewiesen sind, welches nicht allein den Sächsischen Rechten gemäß, sondern auch so gar in den gemeinen Rechten gegründet ist, weil auch nicht einmal nach anno 1674 binnen Jahr und Tag die Lehn gesuchet worden:

HARPRECHT *conf. 84. n. 265.*

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil 1) die priuatio 84 eines so ansehnlichen Lehns, besonders so titulo oneroso acquiriret worden, eine res ardua et magni momenti ist, adeo vt cautis criminalibus æquiparanda sit,

ROSENTHAL *de feud. c. XII. concl. 9. n. 12.*

Diss. mea *de causis ard. et mai. c. 1. §. 20.* 85 und dahero darin mit aller circumspection und nöthiger Sorgfalt zu verfahren, und das festina lente, dabey zu recommandiren ist;

COTHMANN *vol. II. resp. 86. n. 16.*

IDEM *vol. III. resp. 15. n. 71.*

welches aber hier sehr hindangesetzet, indem der 86 Lehns-Herr in anno 1674 nachdem Statz von Münchhausens descendenten abgegangen, das quæstionirte Lehn-Gut Dornburg sine causæ cognitione et sententia priuatoria eingezogen, da doch diese pœna priuationis nicht ipso iure imposita ist, sondern dabey sententia priuatoria, præuia diligentissima causæ cognitione, vt in cautis arduis et maioribus decet, erfordert wird, worin alle interpretes iuris feudalis überein kommen,

ROSENTHAL *de feud. c. X. concl. 41. n. 4. seqq.*

STRVV. *synt. iur. feud. c. X. aph. 8. n. 2.*

HORN *in iurispr. feud. c. 23. aph. 20.*

zumal diejenigen, so ob neglectam inuestituram des Lehns priuiret werden sollen, erhebliche Ursachen für sich anführen mögen, weswegen sie mit solcher priuation zu verschonen, wel- 87

che also nicht gleich, als inauditi, verstossen, noch dergleichen Lehns-occupirung so schlechterdings geschehen und iustificiret werden können; vielmehr 2) die Lehns-interessenten billig citiret werden sollen, ad videndum et audiendum, se feudo priuari, welches vor dem nach Sächsischen Rechten mit vielen solennitäten geschehen muste, wovon weitläuftig handelt

BERLICH. *P. I. concl. 62.*

so aber allhier gäntzlichen hindan gesetzet; und
88 dadurch 3) verursachet ist, daß die Lehns-interessenten bey dem ereigneten Fall in anno 1674 sich nicht gebührend melden, und um die Belehnung anhalten können, welches sie auch gestalten Sachen nicht schuldig gewesen, nachdem der Lehns-Herr selbsten sie de facto per occupationem feudi davon abgehalten, und also damals das tempus petendæ inuestituræ ihnen nicht lauffen mögen,

SCHRADER *de feud. P. VI. c. 2. n. 21.*

89 man dahero von der negligentia huius temporis billig gantz und gar zu abstrahiren hat, bey welcher der Lehns-Herr per occupationem feudi illicitam et omissam citationem in longe maiori culpa sich, als die Münchhäusischen vasalli, selber befinden, und nicht prætendiren mögen, daß die vasallen sich binnen der in Rechten gesetzten Zeit melden sollen, da er ihnen allen Zutritt zum feudo versaget, sie pro vasallis nicht agnosciret, und also die Verbindlichkeit zu der Lehns-renouation auch von ihrer Seite in so weit nicht vorhanden gewesen, daß ihnen deren Unterlassung nicht zur
90 Last geleget werden kan; sondern alles 4) bloß auf den vorher unterbliebenen renouations-Gesuch oder daß sie der Gesamten Hand nicht gebührend Folge geleistet, für ietzo ankommen muß, da zwar die beyden Gebrüdere Hilmar und Curdt, in den ersten beyden Lehn-Briefen de anno 1591 und 1608 mit benandt, hernach aber ausgelassen sind, gleichwol dabey allerdings voraus zu setzen, daß die priuatio feudi eine pœna und an sich ungemein hart und odiosa sey, vt merito, quantum fieri potest, restringi debeat,

SCHRADER *de feud. P. VI. c. 2. n. 58.*

præsertim quando non probatur, quod per contemtum domini vasallus inuestituram petere neglexerit.

IDEM *cit. l.*

91 Etenim sine dolo et culpa lata felonia nec concipi nec priuatio locum habere potest;

II. F. 24. §. 2. vers. præterea.

ROSENTHAL *de feud. c. X. concl. 12. n. 32.*

MEYER *in synt. iur. feud. cap. 29. §. 2. p. 803.*

eo temperamento adhibito, vt pronior iudex esse debeat ad absoluendum, quam condemnandum,

II. F. 28. §. ad hæc.

VVLTEIVS *de feud. lib. I. c. 2. n. 15.*

92 Dieses bestärcket auch 5) die Anhältische Landes-Ordnung tit. 16. allwo zwar verordnet worden, daß auf denen sich begebenden und bestimmten Fällen der gesamten Hand Folge geleistet werden, aber alsdann nur auf den Lehns-Verlust erkandt werden solle, wenn iemand ohne erhebliche Ursachen solche Zeit versäumen würde, woraus denn a contrario sensu geschlossen werden muß, daß wenn Mitbelehnte dergleichen erhebliche und in Rechten gegründete Ursachen anführen können, warum sie der gesamten Hand nicht Folge geleistet, dieselbe auch des Lehns nicht verlustig erkant werden mögen. Nun finden sich aber 6) aus denen in 93
beyden vorigen Fragen angeführten Umständen sehr erhebliche Ursachen, welche die Mitbelehnte und im Kauf-Brief Mitbeschriebene leicht in den erheblichen Zweifel und irrigen Wahn setzen mögen, ob sie auch als wahre Mitbelehnte bey diesem negotio, und nicht vielmehr als blosse expectiuarii anzusehen, welche nicht ehender zur Lehns-Suchung, als bis der casus successionis sich ereignet, verbunden gewesen. Denn der Kauf-Brief lag ihnen vor Augen, in welchem sie nur sub conditione mit eingeschlossen, und sie daraus nicht anders schliessen konten, als daß respectu ihrer, conditione adhuc pendente, der Kauf noch nicht einsten zu seiner perfection gediehen, dieserwegen sie ex natura rei et contractus præambuli nicht anders als blosse expectiuarii anzusehen. Solcher Kauf mit allem Gedinge war von dem Lehns-Herrn selbsten confirmiret, sie aber als wahre Mitbelehnte darin nicht aufgeführet. Die formulam des Lehn-Brieses hatte man nach der formula des Kauf-Brieses eingerichtet, und zwar in solchen bedencklichen terminis, daß das negotium sich auch zu einer inuestitura abusiua de caducitate reimet, und dahero konten die Descendenten der beyden Mitbelehnten leicht in den Wahn gerathen, daß sie die renouationem inuestituræ so lange anstehen lassen könten, bis der Kauf respectu ihrer purificiret, und der darin bemerckte Fall existiret sey. Gleich wie nun 6) derjenige, qui se negat esse 94
vasallum, vel prædium esse feudale, solches aber bona fide thut, keine feloniam begehet, cum dolo careat;

ROSENTHAL. *de feud. c. 10. conc. 32. n. 3.*

also kan man auch nicht sagen, daß derjenige, welcher sich nicht für einen wahren Mitbelehnten gehalten, und darin zu zweifeln erheblichen Grund und Ursache gehabt, einen solchen Lehns-Fehler begehen solte, weswegen er so fort eines solchen wichtigen und titulo oneroso acquirirten Lehns zu priuiren sey. So kan man auch 95
nicht sagen, daß bey denen Lehns-interessenten eine crassa, supina aut affectata ignorantia, quæ non excusat a felonia, vorhanden sey;

MEYER *in synt. iur. feud. c. 29. §. 4. n. 6. p. 812.*

denn wer kan doch daraus eine affectatam ignorantiam erzwingen, wobey so viele Rechts-Gründe in contrarium vorkommen, daß bey der

der ersten und andern Frage die causa derer Herren von Münchhausen daraus hat iustificiret werden müssen, ja worbey Sächsische Lehn-Höfe selbst im Zweifel stehen, ob eine wahre Mitbelehnschaft aus dergleichen formulis geschlossen werden mögen, wie dann das Lyssenachische Attestatum im Munde führet, es sey die in Dornburgischen enthaltene clausul derjenigen gar nicht gemäß, mittelst welcher die simultanea inuestitura ertheilet zu werden pfleget; ja wenn mehrere collegia Dtorum hierüber befraget werden, und von dem gantzen negotio, d. i. von den vorhergehenden Kauf, und darauf erfolgter Belehnung und andern angeführten Umständen urtheilen solten, würden sie kein grosses Bedencken finden, solches ebenfalls zu
96 behaupten. So hat 7) auch diese Meinung um desto leichter sich bey derer beyden Brüder Descendenten insinuiren können, da sie an solchen Orten gelebet, wo die gesamte Hand unbekant, und man bloß dabey acquiesciret, daß die beyden Brüder euentualiter mit in den Kauf-Brief und also auch in das Lehn genommen worden, und ihrer im ersten Lehn-Briefe mit Meldung geschehen, als welches nach denen gemeinen Rechten genug ist. Bey welcher Beschaffenheit die interpretes iuris Saxonici gantz billig dafür halten, quod, si exterus toties, quoties opus erit, renouationem non petierit, feudo non sit priuandus, sed sufficiat, si semel simultanee inuestitus fuerit, ita, vt aperto feudo nihilominus ad successionem admittatur.

BERLICH. *P. 2. concl. 53. n. 38.*
CARPZOV. *P. 2. concl. 45. def. 20. in f.*

97 Diese Meinung ist nun desto vernünftiger, als Fremde, die keiner Mitbelehnschaft gewohnet sind, und dergleichen subtile formalitäten, die ohnedem der ersten gegebenen Treue und parole zuwider laufen, nicht aus Verachtung des Lehns-Herrn, oder ihr Recht aufzugeben, sondern weil sie sich auf den vom Lehns-Herrn confirmirten Kauf-Brief verlassen, hindan gesetzet, vor andern zu excusiren stehen, besonders da sie es mit einem Reichs-Fürsten zu thun haben, qui non debet niti sola circumuentione temporis, et ex ea feudum ausferre, eo præsertim casu, quando non probatur, quod per contemtum domini vasallus inuestituram petere neglexerit,

SCHRADER *de feud. P. VI. c. 2. n. 58.*

98 dergleichen Verachtung so wenig vernünftig zu præsumiren, daß vielmehr die bloße Entlegenheit und Entfernung der Vasallen, ja weil auch 8) die Vasalli selbsten minderjährige unter sich gehabt, und abwesend gewesen, verursachet daß sie der gesamten-Hand, nach der einmal geschehenen ersten Belehnung, nicht weiter Folge geleistet, welches absonderlich tempore des Anfalls in anno 1674 geschehen, aus denen Rechten aber bekant ist, quod hoc casu tempus petendæ inuestituræ nec currat maiori.

SCHRADER *cit. l. n. 27.*
CARPZ. *P. II. const. 45. def. 19.*
BERLICH. *cit. l. n. 35.*

Wiewol gegen den anno 1674 geschehenen Anfall die Herren von Münchhausen ohne dem genug bedecket sind, dieweil der Lehn-Herr de facto zugefahren, das Lehn-Gut Dornburg eingezogen, und dadurch selbst dieselbe von der Lehns-Suchung ipso facto dispensiret, so daß sie endlich zu klagen genöthiget sind. Diesem kommt 99
noch 9) hinzu, daß die Gebrüdere von Münchhausen im ersten Lehn-Brief de anno 1591 würcklich belehnet sind, ihrer in dem Lehn Brief nominatim gedacht worden, und es dabey bewenden lassen, ohne Zweifel, weil sie die gantze Sache nicht anders nach dem Kauf-Briefe als für eine inuestituram abusiuam de caducitate angesehen, dieserwegen in anno 1608 sie keine Lehns-Pflicht geleistet, als welche sie bey solchen Umständen, und weil sie sich für keine Mitbelehnte halten können, für unnöthig und überflüssig gehalten, dem ohngeachtet sie doch von dem Lehns-Herren in den damaligen Lehn-Brief namentlich mit eingerücket worden, und man dahero sie selber in der Meinung dadurch bestärcket, daß sie als Fremde, und die an die Mitbelehnschaft ohnedem nicht gewohnt, zur beständigen Folge-Leistung nicht schuldig gewesen, ja man hat dadurch ipso facto von Seiten des Lehn-Hofes agnosciret, daß wie solches auch der Kauf-Brief mit sich bringet, keine wahre Mitbelehnschaft bey ihnen zu statuiren gewesen, welches solche erhebliche Ursachen sind, daß den Rechten nach die Einziehung des Lehn-Guts Dornburg, daran erst der Kauf in anno 1674 respectu der ietzigen Herren von Münchhausen in seine perfection gekommen, nicht zu iustificiren stehet, und die Anhältische Landes-Rechte, so in rat. dubit. angeführet sind, alhier ihre application nicht finden können:

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß 100
wenn gleich eine simultanea inuestitura vorhanden seyn solte, dennoch so viel erhebliche Ursachen anzutreffen, weswegen die unterlassene Verfolgung der Gesamten-Hand, denen Herrn von Münchhausen nicht schaden könne.

Quæstio IV.

Ob nicht, wenn auch solche erhebliche Ursachen nicht angesehen werden solten, dennoch der Lehn-Herr, da das Lehn ex titulo oneroso und nicht ex mera gratia acquiriret ist, mit einer raisonnablen Lehns-Strafe oder emenda zufrieden seyn, das Lehn aber selbsten den Herren von Münchhausen wieder einzuräumen schuldig erkant werden müsse? 101

Rationes dubitandi.

102 Ob wol, so wol nach gemeinen als Anhaltischen Lehn-Rechten die renouatio feudi, absonderlich bey der Mitbelehnschaft, bey Verlust der gesamten Hand und des Lehns gesuchet werden muß, zumal in den Anhältischen Land-Rechten loc. cit. mit klaren Worten versehen:

> im wiedrigen Fall und da jemand ohne erhebliche Ursache solche Zeit versäumen, und insonderheit der gesamten Hand nicht selbst mit gebührlicher Ansuchung und Pflicht-Leistung rechte Folge thun würde, derselbe soll des Lehns und der gesamten Hand verlustig erkant werden,

dabey dann kein Unterscheid, ob das Lehn ex gratia sola domini oder titulo oneroso acquiriret sey, gemachet, vielmehr ohne allen Unterscheid der Verlust der gesamten Hand darauf gesetzet ist, allermassen in beyden Fällen einerley ratio sich hierbey findet, quod contemnere videatur dominum, qui renouationem feudi non petiit, und was einige Rechts-Leh-
103 rer im Gegentheil anführen, daß in Sachsen und anderswo, an statt der priuation eine emenda feudalis dictiret zu werden pflege, keine Regul auszumachen scheinet, sondern lediglich in der Willkühr des Lehns-Herrn beruhet, cum talis remissio priuationis actum gratiæ merum sapiat, ad quem nemo cogi potest.

Rationes decidendi.

104 Weil aber dennoch 1) selbst in den Anhältischen Rechten die pœna priuationis bloß und allein statt findet, wenn ohne erhebliche Ursachen ein Mitbelehnter der gesamten Hand nicht Folge geleistet; bey der vorher gehenden Frage aber dargethan ist, daß bey gegenwärtigen casu sehr erhebliche Ursachen den Herren von Münchhausen, wenn sie zur Verfolgung der gesamten Hand verbunden gewesen seyn solten, zu statten kommen, daß gegen sie mit dem rigore nicht verfahren werden könne;
105 allenfalls aber 2) der Unterscheid inter feuda, ex mera gratia et titulo oneroso acquisita, nicht hindan zu setzen, sondern, wie in andern iuris articulis, also auch hier in Acht zu nehmen, beyorab wenn der Lehns-Herr den Kauf in allen und jeden Puneten und Gedingen, wie hier geschehen, ratificiret, weil er auf solche Weise ad contractum mit concurriret, und
106 aus demselben dem vasallo ein ius perfectius, et quod reuocationi non est obnoxium, acquiriret wird, dergestalt, daß gleichwie priuilegia, titulo oneroso quæsita, nicht reuociret werden mögen,

STRYK *de priuil. titul. oneros. quæs. c. VII.*

also auch dergleichen erkaufte Lehn der reuocation und Einziehung nicht so leicht unterworfen werden können, absonderlich wenn der gantze Fehler bloß in neglectu einiger formalitäten, wohin in der That die beständige Verfolgung der gesamten Hand gehöret, bestehet, in quo etiam periti facile fallere possint, und es also hart und iniustificirlich seyn würde, einem Mitbelehnten sofort ex eiusmodi neglectu sein ex emto vendito erworbenes starckes Recht zu be-
107 nehmen: beyorab da 3) heut zu Toge die vasallen weit mehr Recht, als iure Longobardico, an dem Lehn haben, und desselben nicht so leicht als vor dem zu entsetzen sind; in wel-
108 chem Betracht 4) die Teutschen Rechts-Lehrer gar bedencklich und mit grossem Nachdruck statuiren, daß in casu neglectæ renouationis feudalis die pœna priuationis nicht mehr statt finden könne, sondern allenfals mit einer convenablen emenda feudali verbüsset werde, solches auch nicht so wol ein actus gratiæ merus, sondern vielmehr iustitiæ sey,

RETHIVS *in comment. ad ius feud. p. 461. n. 3.*
STRYK *de culpa vasallo remissa c. III. n. 12.*
BRVNNEMAN. *conf. 8. n. 81. sq.*
TITIVS *vom Lehn-Rechte C. VI. §. 48. seq.*
TORNOV. *de feud. Mecklenb. Sect. IV. §. 45. p. 189.*
HORN. *in iurispr. feud. C. XVII. §. 18.*
MEYER *in Synt. iur. feud. c. XXVIII. p. 859.*

wie denn unsere Juristen facultät in simili casu anno 1730 daß bey erkauften Lehn allein eine emenda feudalis statt finde, nach den regulis iustitiæ erkant, welches Gutachten ich in meinen consultationibus ediret,

Vol. 1. P. 2. arg. 142. n. 4. sqq.

109 und solche Meinung unter andern mit darin gegründet ist, quoniam omittendo tantum peccatur, quod leuius esse, quam si committendo delinquitur, nemo dubitat: atque insuper spatium petendæ inuestituræ ita arctis finibus est coangustatum, vt magnum iuris rigorem contineat, quem ob tam exigui temporis lapsum iure suo priuari. Qua de causa a plerisque traditum est, dominos beneficio non solere vasallis ex hac culpa feuda eripere, wie gar nachdrücklich schreibet:

HARTM. PISTOR. *lib. 2. qu. 18. n. 8.*

auch damit man nicht meinen möge, daß solches blos auf die Gnade des Lehns-Herrn ankäme, hat er noch aus dem MATTHAEO DE AFFLICTIS dieses bedenckliche monitum hinzu gethan: pessimos esse consiliarios, qui aliud principi persuadent, welches der Rechts-Wahrheit gantz gemäß ist, zumal iederman weiß, daß vormals, da die feuda precaria waren, und mit dem Tode eines ieden possessoris auf höreten, die Kinder oder agnaten von
110 neuen das Lehn sich ausbitten, und es als eine Gnade achten musten, wenn das Lehn auf sie renovirt würde, als welches der Herr de summo iure ihnen versagen konte, so nach der Zeit, da die feuda successoria worden, sich gantz anders befindet, nachdem die successores feuda-

les

les ex pacto et prouidentia primi acquirentis ein ius perfectissimum haben, und die renouatio feudi, absonderlich bey der Mitbelehnschaft, heut zu Tage eine blosse formalität, ja eine Fall-Grube ist, dadurch gar leicht einer gefangen, und um das Seinige, unter dem Schein Rechtens, gebracht werden kan, daß
111 man also mit Recht sagen kan: pessimos esse consiliarios, qui contrarium principi persuadent, zumal da in solchem Fall die pœna pecuniaria generaliter moribus Germaniæ eingeführet ist, wovon keiner Lehns-curiæ abzugehen zustehet,

BESOLDVS *P. VI. conf. 269. in fin. addit.*
WESENBECIVS *P. I. conf. 43. n. 116. et 117.*
RITTERSHVSIVS *in Partit. feud. lib. 1. c. 5. n. 4. in f.*

nicht zu gedencken, daß iederzeit in dubio in 112 beniniorem sententiam das Gemüthe eines Richters hingelencket werden müsse:

So erhellet hieraus so viel, daß der Lehns- 113 Herr, da das quæstionirte Lehn titulo oneroso acquiriret ist, mit einer convenablen Lehns-Strafe oder emenda zufrieden seyn, das Lehn aber selbsten denen Herren von Münchhausen abzutreten, schuldig erkant werden müsse. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE IVNIO MDCCXLI.

RESPONSVM CLVIII.

THEMATA.

I. Iure Hennebergico et Franconico in feudis simultanea inuestitura Saxonica non attenditur.

II. De Felonia.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1. 2.
Collaterales iure Saxonico in feudis absque simultanea inuestitura non succedunt. n. 3.
In dubio quæuis alienatio non impugnata adhibitis debitis solemnibus facta præsumitur. n. 4.
Simultanea inuestitura iure Hennebergico et Franconico exulat in collateralibus ad effectum succedendi. n. 6.
Non quæuis mandata iudicis transeunt in rem iudicatam. n. 7.
Concurrentibus pluribus, qui in feudo succedunt, iure communi quis constituitur, qui Lehnträger dicitur, n. 8.
secus ac iure Saxonico. ibid.
Priuatio feudi censitici cessante dolo locum non habet. n. 9.
Iure Saxonico per diuisionem simultanea inuestitura exspirat. n. 10.
Felonia commissa ex probabilibus coniecturis pro remissa censeri debet; n. 12.
Veluti si dominus directus ex post canonem debitum recipit. n. 13.
Actus nullus nullos producit effectus. n. 14.
Alienatio feudi in coheredem seu socium rei communis etiam sine consensu domini directi fieri potest. n. 15.
Minores, alienatione sine debitis requisitis non facta, nulla indigent restitutione. n. 16.
Decisio. n. 17.

I Als derselbe uns die hiebey zurückkommende zwey fasciculos actorum nebst einer Frage zugeschicket ꝛc.

Sind nach dem schemate genealogico sub lit. c. Hanß Georg B. und Hanß Boppo B. leiblich Geschwister-Kinder gewesen, deren ieder die Helfte des Hartz-Waldes, der Mittelberg und Mahnenbachs-Leite genant, pro indiuiso besessen, nach Absterben Hanß Georgen, dessen halber Theil auf Hanß Georgen iun. und Georg Ernsten, mit Abstand der übrigen Brüder gefallen, und als Hanß Boppo verstorben, dessen Helfte auf dessen einigen Sohn Johann Günter, und nach Absterben Hanß Georgen iun. dessen vierter Theil an den Factor Hanß Georgen und Johann Günter, vererbet worden. Nachdem nun Johann Günter, Hanß Boppo Sohn, in anno 1733 verstorben, haben die drey, als Georg Ernst, der Factor Hanß Georg und Johann Günter, sich bey dem Lehn-Herrn, dem Herrn von W. gemeldet, und solche Helfte prætendiret, worüber ihnen die fol. 4. befindliche resolution zwar ertheilet, inzwischen aber geschehen ist, daß in wenig Wochen nach solcher resolution der Factor Hanß Georg verstorben, dessen hinterlassene drey unmündige Söhne, Johann Gotthelf, Johann Elias Wilhelm, und Johann Christian nebst Georg Ernst und Hanß Güntern, ihres Vaters Bruder diesen Wald in com-

communione nunmehr gantz besessen, bis anno 1739 derer dreyen unmündigen Gebrüdere Mutter deren tertiam an dem Walde sine omni solennitate an Johann Günter verkauffet, und also, nach Georg Ernst Ableben, an Johann Günters Sohn gleiches Namens verfället, und von ihm allein besessen worden. Als aber auch dieser ohne Erben verstorben, haben des Factors drey vorgedachte Söhne die successionem prætendiret, welchen aber der Lehn-Herr contradiciret und vermeinen wollen, als ob das Lehn ihm eröffnet sey, dahero gefraget wird:

2 **Ob des Factors Johann Georg B. hinterlassene drey Söhne die successionem an dem Hartz-Walde, der Mittelberg und Mahnebachs-Leite genant, mit Grunde Rechtens prætendiren können, und folglich sothaner Wald, nach Absterben Johann Günters, an sie verfället sey?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol in confesso seyn möchte, 1) daß bereits in anno 1733, als der chirurgus Johann Günter verstorben, Johann Georg der Factor und dessen cons. keine Mitbelehnschaft mehr an den Hartz-Wäldern nach der fol. 4. befindlichen resolution gehabt, ohne welche doch die collaterales nach dem iure Saxonico nicht succediren können, zumal nach solchem allein aus Macht des Gedings, nicht nach der Stipschaft succediret wird, und niemand das Lehn, denn der Vater auf den Sohn vererbet,

ius sax. feud. c. 21.

4 welches in Sachsen unstreitig, und nicht gnug gewesen ist, daß die B. unter sich die genanten Hartz-Wälder pro indiviso besessen; bevorab da sie 2) die Stellung eines Lehnträgers, und Suchung der Mitbelehnschaft, so ihnen damals in der fol. 4. befindlichen resolution zum Ueberfluß nachgelassen, nicht befolget; auch 3) nicht erwiesen, daß sie Mitbelehnte sind, welches doch facti ist und erwiesen werden sollen; welchem noch 4) hinzukommt, daß in anno 1739 des Factors B. Söhne durch ihre Mutter ihren Antheil an Johann Güntern erkauffet, die gesamte Hand gebrochen, und da sie diese alienation nicht angefochten, die præsumtion entstehet, daß die alienatio adhibitis debitis solennitatibus geschehen, dahero 5) nach Johann Günters Tode, der B. Wittwe solche Lehn-Stücke wieder bereits zu Lehn gereichet sind, also nicht mehr res integra ist, daß des Factors drey Söhne in præjudicium tertii keine restitution in integrum zu hoffen haben, vielmehr es das Ansehen gewinnen will, als wenn es bey dem Erffurtensischen responso sein Verbleiben haben müsse.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch anfänglich voraus zu 6
setzen ist, daß Hanß George und Hanß Boppo die B. leiblich Geschwister Kinder gewesen, und die Hartz-Wälder qu. pro indiviso in communion besessen, woraus wir nicht anders schliessen können, als daß solche ihr Großvater gantz besessen, und auf sie pro indiviso per proprios parentes vererbet worden, dergestalt, daß die drey B. des Factors Söhne, die ietzo die prætension daran machen, als abstammende a communi parente angesehen werden müssen, dahero als der Chirurgus Johann Günter verstorben, der Factor und cons. sich gemeldet, ihre Lehn-Scheine produciret, und sich zu der successionem ihres Lehn-Vetters nach der resolution fol. 4. legitimiret, welches nach den gemeinen Lehn-Rechten genug gewesen, und nicht beygebracht ist, daß daselbsten die Mitbelehnschaft bey denen collateralibus ad effectum succedendi absolute erfordert werde, da vielmehr im Hennebergischen und Coburgischen, wie überhaupt in Francken, man nicht aus Macht des Gedinges, sondern nach der blossen Stipschaft, denen gemeinen Lehn-Rechten gemäß, succediret, wie solches mit mehrem ausgeführet

ROESLER *in specim. decis. iur. Sax. Coburg. sect. II. dec. 3. n. 9.*

B. a LVDEWIG *de simult. inuestit. c. 9.*

also wol nicht zu glauben, daß bey diesem Lehn-Herrn in diesem feudo iuris Hennebergici vel Franconici die Saxonica simultanea inuestitura eingeführet seyn werde, vielmehr in der abgefassten resolution de anno 1733 folgende clausula enthalten:

wie Mann-Lehn-Recht und Gewohnheit ist, 7
so aber die Mitbelehnschaft daselbst nicht erfordert, und ob wol damals die Lehns-Folger der in anno 1733 ertheilten resolution nicht widersprochen, dennoch solches nicht nöthig gewesen, weil dieselbe nicht in rem iudicatam gehen können,

l. 14. D. de re iudic.

sie auch darneben ipso facto derselben wider- 8
sprochen, nachdem sie die ihnen angemuthete Mitbelehnschaft nicht gesuchet, und diese condition nicht eingegangen. Darneben man solches von Seiten des Lehns-Herrn dadurch agnosciret, daß eines theils von ihnen begehret worden, einen Lehnträger zu bestellen, welches in der Sächsischen Mitbelehnschaft ungewöhnlich, nach denen gemeinen Lehn-Rechten aber bey vielen interessenten gebräuchlich ist: andern theils man die damaligen successores als den Factor Hanß Georgen und cons. als würckliche Lehns-Folgere agnosciret, und den Lehn-Zinß davon bis anno 1739 angenommen, wie die Beylage sub D. bezeuget, so dann nach der geschehenen Veräusserung auf Johann Günter dieses Lehn demselben zugeschrieben, woraus leicht abzunehmen, daß alhier keine ordentliche Mitbelehnschaft, absonderlich in diesem feudo

ten

9 censitico nöthig sey, und wenn gleich von Seiten des Factors Hanß Georg Kindern ein Fehler vorgegangen seyn solte, daß sie die Belehnung nicht gehörig gesuchet, dennoch, da sie damals noch minderjährig gewesen, und diese Versäumung nicht ex dolo geschehen, keine priuatio feudi censitici statt finden kan.

I. f. 22. II. f. 55. c. præterea.

CARPZ. *P. II. C. 45. def. 19.*

Beverab da ihr Vater kurtz nach der ertheilten resolution gestorben, und sie von der gedachten resolution wol nichts gewust haben, wiewol sie auch zu der angemutheten Mitbelehnschaft nicht schuldig gewesen. Dagegen dann die rationes dubitandi nichts verfangen mögen; angesehen
10 ad 1) bereits dargethan, daß alhier auf die Mitbelehnschaft nicht zu sehen, ja wenn auch dieselbe einigermassen statt finden solte, dennoch dadurch, daß sie diese Wälder pro indiuiso besessen, und die gesamte Hand niemals gebrochen, sie das ius succedendi secundum principia iuris Saxonici communia conseruiret haben würden, welches sich absonderlich nach Johann Günters des Chirurgi Tode ereuget, dahero man damals dem Factor, Hanß Georgen und conf. die successionem zugestanden, wenn sie nur die Mitbelehnschaft suchen würden, welches Anmuthen aber wiederrechtlich gewesen, nachdem erst durch würckliche Theilung, so doch niemals geschehen, die gesamte Hand gebrochen wird.

Ius feud. Saxon. c. 32.

Ius allemann. feud. c. 61. §. 1.

11 Dahero ad 2) daß die Stellung eines Haupt-Lehnträgers, und die gesuchte Mitbelehnschaft, nicht erfolget, ihnen nicht zum præiuditz gereichen mag, als welches unnöthig gewesen, allenfalls des Factors drey Kinder, wegen ihres unmundigen Alters, wol zu excusiren stehen, aber auch ipso facto als Lehns-successores bis auf die nulliter geschehene Veräusserung agnosciret sind, zumal auch sonsten der gantze Hartzwald am Mittelberge Johann Güntern, de cuius successione iam quæritur, nicht zugeschrieben seyn würde, wann jene nicht succediret hätten, als von welchen er ihren Antheil bekommen; es also ad 3) keines Beweises, daß
12 sie Mitbelehnte gewesen, bedarf, sondern genug ist, daß sie als successores feudales ipso facto von dem Lehn-Herrn agnosciret und gehalten sind, adeo vt, si felonia commissa, hæc tamen ex probabilibus coniecturis pro remissa censeri debeat,

STRYK *de culpa vasallo remissa c. III. n. 15.*

vtpote si canonem respectu feudi debitum 13
recipit dominus.

STRYK *cit. l. n. 25.*

Uebrigens ad 4) die durch ihre Mutter geschehene alienatio ihres dritten Theils, ob defectum solennium, wenn solcher erweislich, offenbar als null und nichtig zu halten, und also die gesamte Hand, wenn solche nöthig, nicht gebrochen seyn würde, cum, quod nullum est, nullos possit habere effectus. 14

l. 4. §. 6. de reiudic.

Im Gegentheil nach gemeinen Rechten denen 15
dreyen Brüdern ihr ius succedendi an die quæstionirten Hartzwälder per alienationem in coheredem seu socium rei communis etiam validam nicht entzogen wird, welches in der That als eine Abfindung mit Gelde anzusehen, so auch sine domini consensu geschehen kan,

2. f. 26. c. omnes 2. f. 50.

ROSENTHAL *de feud. c. IX. concl. 54.*

STRVV *in Synt. iur. feud. c. IX. aph. 5. n. 7.*

also hier ad 5) keine restitutio in integrum so 16
wenig nöthig als ihnen die geschehene Belehnung an der B. Witwen, welche nulliter, feudo nondum aperto, geschehen, schaden kan, allenfalls auch die alienatio nulla solcher nicht bedarf, cum minores, alienatione sine debitis requisitis facta, nulla indigeant restitutione.

l. 16. §. 1. D. l. 3. C. de minor.

So erhellet hieraus so viel, daß des Factors 17
drey Söhne die successionem an den Hartz-Wäldern, der Mittelberg und Mahnebachs-Leite genannt, mit gutem Grunde wol prætendiren können, und solche nach Absterben Johann Günters an sie verfället sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXLIV.

DECISIO CLIX.

THEMA.

De refutatione feudi, bona fide facienda.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Facta refutatione feudi possessor eius ex nouo titulo singulari possidet. n. 2.

Refutatio feudi fieri debet in curia feudali, n. 3.

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

non tamen in fraudem creditorum. n. 4. 5.
Refutatio feudi, bona fide facta, valida est, si vel maxime creditores inde lædantur. n. 6.
Qui agit sine fundamento, ad expensas tenetur. n. 7.
Decisio. n. 8.

Als dieselbe uns angebrachte Klage und erfolgte Gesetze in Sachen Wilhelm Rudolph S. tutor. nomine Martin Theodor, und Wilhelm Bias S. zu A. Klägers an einem, und Johann Daniel H. Beklagten am andern Theil zugeschicket, und ꝛc.

1 Daraus so viel zu befinden, daß Klägers Suchen noch zur Zeit nicht statt finde, es ist auch derselbe die verursachte Unkosten nach deren vorgehender liquidation und erfolgter Mäßigung Beklagten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol Kläger seine petitorien-Klage vornemlich darin gründet, daß er dem Hällischen Urthel vol. 3. fol. 238. gemäß die refutationem feudi gethan, und dahero solches auf die Mitbelehnten gefallen, welche aber darin consentiret, daß Klägers pupillen mit dem Lehn-Gut und pertinentien tanquam de feudo nouo, salua tamen manu coniuncta, belehnet werden möchten, allenfals sie sich erkläret, daß, wenn sie principaliter damit belehnet werden solten, sie alsdann die pupillen als ihre Vettern damit subinfeudiren wolten; wodurch denn qualitas feudi dergestalt immutiret sey, daß ihnen die possessio nunmehro schlechterdings abgetreten werden müsse, und sie solches ex novo titulo singulari anitzo zu fordern berechtiget wären, dagegen denn die von Beklagten angeführte exceptiones nichts zu releviren scheinen, indem die possessorien-Klage noch nicht geendiget, und dahero von der restitutione expensarum et damnorum fructuumque noch nichts opponiret werden möchte:

Rationes decidendi.

3 Weil aber dennoch vol. 3. fol. 238. Rechtskräftig erkant ist, daß die refutatio feudi bey der Lehns-Cammer zuforderst gebührend geschehen müsse, und, daß solche würcklich bewerckstelliget sey, aus derselben ein gerichtliches attestatum ad acta gebracht werden müsse, und nicht schlechterdings auf die vol. 7. fol. 2. seqq. abermal ad acta gebrachte zu sehen, solches aber bishero weder geschehen noch geschehen können, nachdem die Lehns-acta vol. VI. mit mehrem 4 ergeben, daß wegen der intendirten refutation von der pupillen Mutter nicht geringer Streit erreget, solche auch der Lehns-Cammer bedencklich vorgekommen, zu solchem Ende auch ein Verfahren zwar darüber angeordnet, und der pupillen Mutter itzigen Kläger provociret, derselbe aber in termino nicht erschienen, und sich nicht getrauet, die intendirte refutation zu bewerckstelligen, diesemnach daß seine pupillen ex nouo titulo die Lehns-Güter zu vindiciren berechtiget, noch zur Zeit nicht gesaget, noch er seine pupillen zu dieser Klage legitimiren kan, derselbe auch dabey wol zu bedencken hat, daß die intendirte refutation so schlechterdings 5 nicht passiret werden können, als welche er offenbar in fraudem legis zu thun intendiret, und obgleich sonsten solche bestehen mag, si vel maxime inde creditores lædantur, dennoch 6 solches cum grano salis und nicht dergestalt zu verstehen, daß man pro lubitu die qualitatem feudi verändern, und ex veteri ein nouum machen, mithin in fraudem legis die Kinder, welche citra feudum dem allodio nicht renunciiren mögen, von der Bezahlung der Schulden ihres Vaters befreyen könne, welche demarchen die Rechte billig reprobiren, und nicht wenig zu befürchten, daß klagender Vormund dieserwegen nicht geringe Verantwortung suo tempore haben werde. Diesemnach zuforderst 7 bey der Lehns-Cammer, ob und wie weit diese immutatio feudi, welche nach der Zeit denen pupillen præiudicirlich seyn könte, zuzulassen, ausgemachet werden, und da solches gleichwol erkanter massen nicht geschehen und Kläger also gar kein fundamentum agendi gehabt, er billig die Unkosten erstatten muß:

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen. 8

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVARIO MDCCXXIV.

RESPONSVM CLX.

THEMA.

Refutatione feudi domino ab agnatis facta, ille ad onera his incumbentia non obligatur.

SVMMA-

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1. 2.
Onera feudalia afficiunt fundum ita, vt quilibet possessor ea præstare teneatur. n. 3.
Num vsusfructus proprietario cessus cum feudo, ad manus domini refutato, comparari queat? n. 4.
Exceptiones, quæ opponi poterant cedenti, obstant etiam cessionario. n. 4.
Refutationes feudi fieri debent salvo iure tertii et cuiuscunque. n. 5.
Alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet. ibid.
Commoda successionis eius incommoda etiam sequuntur. n. 6.
Verba literarum inuestiturae stricte accipienda sunt. n. 8.
Verba contractus diligenter perscrutari debemus, quia sunt forma, quæ dat esse rei, cui neque aliquid addi neque detrahi debet. n. 9.
Onera feudalia simultanee inuestitis imposita in casu refutationis feudi dominum directum non sequuntur. n. 10.
Contractus ad non cogitata non porrigitur. n. 11.
Conditionalis dispositio in vno casu facta ad alium expresso dissimilem non extenditur, quia conditiones strictissimi iuris dicuntur. n. 12.
Præsertim si conditio ab arbitrio eius, in cuius fauorem adiecta est, dependet. n. 13.
Conditione deficiente dispositio pro non facta habetur. n. 14.
In dubio interpretatio pro liberatione facienda est. n. 15.
Consensus domini directi est stricti iuris, et ad non expressa non extenditur. n. 16. 20. sq.
Refutatio feudi reuera est renunciatio, præsertim si absolute et in rem concipitur; n. 17.
Ideoque per eam omnia pacta cum agnatis inita cessant. n. 18.
Refutatio feudi bona fide facta valet, licet per indirectum heredibus allodialibus præiudicium inferatur. n. 19.
Decisio. n. 22.

Als derselbe Uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen zugeschicket ꝛc.

1 Ist der Obriste von R. am 30ten Jan. 1743 verstorben, und mit ihm weyl. Martin von R. als primi acquirentis das mit lehnsherrlichem consens um eine gewisse Kauf-Summe erkaufte adeliche Rittergut W. ausgegangen, folglich die Lehns-succession in solches Gut auf des von R. in der Belehnung mit gestandenen Vettern, als den General-Maior von R., den Obrist Lieutenant von R. und den Capitain, Adam Levin von R. gefallen, iedoch die Miteinnehmung in das gedachte Lehn unter diesem Anhang nach dem Lehn-Brief vom 17. Nov. 1728 geschehen:

> Daß, woferne mehr gemeldeten Obristen absteigender Manns-Stamm gäntzlich erlöschen würde, alsdann diejenige Kauf-Summe, dafür dieses Lehn gekaufet worden, durch ermeldte dessen Vettere, oder ihre alsdann verhandene descendenten (so anietzo die drey vorgedachte sind,) des weyland Martin von R. dero Zeit überbliebenen und von ihm herstammenden Land und allodial-Erben ohne einige exception und Bedingung baar in einer Summe hinwieder erlegen und bezahlen, und ehe und bevor solches nicht geschehen, ihnen, denen gedachten Vettern von R. der Besitz des Guts nicht eingeräumet, vielweniger die würckliche inuestitur über dasselbe wiederfahren solte.

Haben aber gedachte Vettern in der Beylage sub dato d. 3. April. a. c. aus bewegenden Ursachen sich gemüssiget gesehen, dieses gedachte Lehn ad manus domini directi zu refutiren, wodurch gedachtes Lehn dem Lehn-Herrn eröffnet, welcher mit solchem hinwiederum den Hof- und Cantzley-Rath Freyherrn G. R. von L. laut der ihm unterm 18 und 19. April. a. c. ertheilten expectantz beliehen, von welchem nunmehro die allodial-Erben das Kauf-Geld als ein onus feudale prærendiren, und dannenhero hiebey gefraget wird:

Quæstio.

Ob derselbe zu Bezahlung der gedachten Summe verbunden zu halten? 2

Rationes dubitandi.

Ob nun wol 1) es das Ansehen gewinnen will, als wenn die Bezahlung der Kauf-Summe als ein onus feudale auf das gedachte Lehn-Gut geleget sey, zumal diese Bedingung dem beygehenden Lehn-Brief vom 17. Nov. 1728 expresse inseriret, mit lehnsherrlichem consens confirmiret, und daraus ein solches onus reale erwachsen ist, das auch der neue vasall, der Freyherr von L. abzutragen haben möchte, angesehen expresse dieses bey der Belehnung ausbedungen, daß ehe und bevor die Bezahlung geschehen, denen in das Lehn mit genommenen Vettern der Besitz des Lehnguts nicht eingeräumet, vielweniger die würckliche inuestitur in dasselbe wiederfahren solle, wodurch also das Lehn-Gut selbsten für diese Schuld haften, und daraus a quocunque possessore abzutragen ist. 3

Zumal ob gleich 2) die ietzigen im Leben seyende Vettern solches ad manus domini refutiret, 4

dennoch eines theils solches per cessionem, æque vt in vsufructu, proprietario cesso,

§. 3. D. de vsufr.

geschehen zu seyn scheinet, und aus solcher cession der nouus vasallus solches wieder erhalten, mithin alle exceptiones, quæ opponi poterant cedenti, auch demselben opponiret werden möchten:

BRVNNEM. de cess. action. c. vlt. n. 2.

5 andern theils solche refutation saluo iure tertii et cuiuscunque geschehen; und 3) zu besorgen ist, daß solche nicht eben bona fide sondern vielmehr zum Nachtheil derer Land-Erben a dessen geschehen sey, dergleichen refutation keinen effect haben mag, cum alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat. Hier-
6 über 4) dabey zu consideriren seyn möchte, daß der casus conditionis adiectæ würcklich existiret, da die drey Vettern, wenn sie gewolt, zur successsion gelangen könten, solche auch noch würcklich leben, und es im Ansehen der Land-Erben gehalten werden muß, als wenn sie zur successsion würcklich gelanget, so daß der Frey-Herr von L. als nouus vasallus an deren Stelle getreten, und die angehengte condition zu erfüllen schuldig seyn möchte, da er an ihrer statt das commodum successionis genieſſet, also auch das incommodum tragen muß; gestalt
7 dann 5) der andere in dem Lehn-Brief befindliche casus:

> im Fall der R. Manns-Stamm gäntzlich ausgehen und erlöschen würde, so soll auch diese Kauf-Summe damit abgethan, todt und erloschen, und uns alsdann oder unsern Nachkommen das Lehn-Gut zu unserer und ihrer freyen disposition männiglich ohngehindert einzunehmen, und damit nach Belieben zu verfahren, hiemit ausdrücklich vorbehalten seyn,

nicht existiret, und noch zur Zeit der Manns-Stamm nicht erloschen, mithin das Capital auf dem Gute nach wie vor stehen geblieben;
8 darneben man 6) nicht sagen kan, daß per refutationem feudi der R. Manns-Stamm erloschen sey, als von welchem Fall der Lehn-Brief nicht redet, auch bekant ist, quod verba literarum inueſtituræ ſtricte accipienda sint,

STRVV in iurispr. feudali c. 10. §. 2. in f.

ROSENTHAL de feud. c. 1. concl. 12. n. 2.

vielmehr solcher noch in denen dreyen refutantibus bestehet.

Rationes decidendi.

9 Weil aber dennoch das dem ersten Lehn-Brief angehengte pactum, von Wiedererstattung der Kauf-Summe an die Land-Erben, bloß in Ansehen derer Vettern, welche in dieses Lehn a primo acquirente mit genommen sind, concerniret und ihnen als ein onus feudale allein in compensationem, daß sie zur Lehns-succession in feudo hoc nouo mit admittiret sind, in quo alias regulariter collaterales non succedunt, aufgeleget worden, und solches gantz natürlich den Fall præsupponiret, wenn sie zur successione feudali vermöge dieses pacti gelangen und die Belehnung suchen würden, zumal expresse abgeredet, daß wenn Martin von R. männliche descendenten abgehen würden, alsdann die Kauf-Summe, dafür dieses Lehn-Gut erkauffet worden, durch dessen Vettere oder deren descendenten an die allodial-Erben bezahlet, auch ihnen der Beſitz des Gutes nicht eingeräumet, noch sie damit belehnet werden sollen, bis solche Kauf-Summe erleget worden, dessen wahre Ursache darin bestanden, weil sie gratis und extra ordinem mit in das Lehn genommen, darin sie sonsten nicht succediren mögen, qua de causa verba contractus diligenter debemus perscrutari, quia sunt forma, quæ dat esse rei, cui neque aliquid addi neque detrahi debet, ne a tenore eorum recedatur,

l. 26. C. de fideiuſſ. ibi: niſi pacti tenor ad hoc reclamauerit.

l. 21. C. de probat. ibi: eum tantum adiuvat, quem tenor ſcripturæ deſignat.

DEL CASTILLO lib. IV. c. 6. n. 11.

und da der tenor huius contractus bloß die 10
mit in das Lehn genommene Vettern betroffen, den Lehns-Herrn aber davon in casu aperturæ befreyet, als welcher sich laut der letzten clauſul nicht verbinden wollen, nothwendig daraus folgen muß, daß solches onus auch nur bloß bey ihnen und deren descendenten appliciret werden mögen, allermaſſen die Worte die condition, wenn sie zur Lehns-succession gelangen würden, natürlich in sich fassen, und keinen andern casum, als successionis respiciren; dieserwegen da sie das Lehn nicht verlanget, sondern ad manus domini refutiret, der casus nicht existiret, in welchem die Bezahlung des Kauf-Geldes ausbedungen ist, vielmehr das Lehn dadurch dem Lehn-Herrn apert geworden, der aber von diesem onere befreyet ist, mithin auch der neue vasall, der Freyherr von 11
L. daran nicht gebunden seyn kan, als auf welchen casum gar nicht gedacht worden; contractus autem ad non cogitata non porrigitur,

l. 5. l. 9. §. 1. de transact.

præsertim cum conditionalis prouiſio et dis- 12
poſitio in vno casu facta ad alium expresso diſſimilem non extendatur, quia conditiones dicuntur ſtrictiſſimi iuris,

DEL CASTILLO lib. IV. c. 15. n. 50. ſqq.

bevorab da in effectu diese conditio, wenn 13
sie succediren würden, von der Vettern arbitrio dependiret und voluntaria gewesen, in welchem Fall um deſtoweniger eine extenſion statt findet,

IDEM cit. l. n. 54.

sondern

14 sondern wie ihnen frey gestanden, ob sie das auf sie devoluirte Lehn annehmen wollen, also auch das mit dem successions-Fall verknüpfte und denen agnatis alleine aufgelegte onus cessiren müssen, nachdem sie ihrer convenienz nicht gemäß gefunden, die successionem feudalem anzunehmen, conditione enim ipsa deficiente, dispositio pro non facta habetur, siue agatur de dispositione inter viuos, siue mortis causa.

MANTICA *de coniect. vlt. vol. lib. XI. tit. 20. n. 1.*
ROLAND *cons. 2. n. 23.*

15 Endlich wenn ja noch einiges dubium übrig bleiben solte, dennoch die interpretatio pro liberatione geschehen muß,

l. 47. de oblig. et act.

dagegen dann die rationes dubitandi nicht zu
16 attendiren, zumal ad 1) zwar in casu præsenti ein onus feudale consensu domini munitum vorhanden ist, solches dennoch bloß denen Lehns-Vettern in compensation der ihnen sonsten nicht zugestandenen successionen aufgeleget worden, und wie der consensus domini directi stricti iuris ist, vt ad non expressa minime extendi debeat, also auch der feudo aperto belehnte neue vasall dazu nicht verbunden werden mag, als welcher seyn Recht nicht aus M. von R. ersten Lehn-Briefe, sondern post aperturam feudi ex noua gratia domini directi, der mit diesem onere nicht beleget worden, herleitet, und dahero ohne einiges onus schlechterdings belehnet ist, zumal auch auf diesen casum bey reseruirung des gedachten oneris nicht ge-
17 dacht worden; keineswegs auch ad 2) zu statuiren, daß der itziae vasall solches per cessionem von denen R. Lehns-Vettern erhalten, als welche das Lehn dem Lehns-Herrn refutiret, qualis refutatio reuera renunciatio est, præsertim si absolute et in rem concipitur,

ROSENTHAL *de feud. c. IX. membr. 1. concl. 50. n. 3.*

18 wodurch denn dem Lehns-Herrn das Lehn eröfnet wird, und alle pacta, die den casum successionis agnatorum concerniret, aufhören, als
19 welcher nicht existiret; man auch ad 3) nicht sagen kan, daß einige Gefehrde bey der refutation vorgegangen, als welche aus sehr triftigen Ursachen, wie die Beylage bezeuget, geschehen, die Lehns-Vettern sich dabey ihres Rechts bedienet, und dahero den R. Land-Erben dadurch kein Unrecht zugefüget, vielmehr diese solches als ein malheur ansehen und sich fassen müssen, wenn die drey Lehns-Vettern ohnbeerbet vorher gestorben, wie sie denn würcklich ohnbeerbet und ziemlich bey Jahren sind. Auch ad 4. ad 20
effectum conditionis implendæ nicht genug ist, daß sie noch leben, und der Manns-Stamm nicht ausgegangen, auf welchem Fall das onus regulariter erst aufhören sollen, sondern auch dabey erfordert worden, daß sie nach dem ersten Lehn-Briefe auch würcklich succediret, als welchen casum derselbe genau bestimmet, und ohne dessen existenz das onus nicht bestehen mag, welches nicht absolute, sondern nur in Ansehen der Lehns-Vettern in casu successionis dem feudo imponiret und von dem Lehns-Herrn verconsentiret ist, cuius consensus ad casum non expressum et non cogitatum extendi non debet.

HORN *in iurispr. feud. c. 19. §. 7.*
ROSENTHAL *de feud. c. IX. concl. 34. n. 1.*

Endlich ad 5) et 6) der R. Manns-Stamm zwar 21
noch nicht würcklich ausgegangen, doch zugleich durch die exprimirte clausul ausgedrucket ist, daß wenn das Lehn dem Lehn-Herrn eröfnet werden solte, welches ordentlich bey Erlöschung des Manns-Stamms geschiehet, das onus feudale pro existincto gehalten werden solte, zumal solches bloß denen Lehn-Vettern in casu successionis imponiret gewesen, mithin bey Erlöschung des Manns-Stamms die causa oneris impositi adæquata cessiret, welche aber auch bey der geschehen refutation ebensals cessiret, bevorab da solche aus so erheblichen und vernünftigen Ursachen geschehen, und dahero der casus, da das onus feudale abgetragen werden sollen, nicht existiret, vielmehr im Gegentheil dafür zu halten ist, als wenn der Manns-Stamm erloschen sey, da man wol siehet, daß man den Lehn-Herrn in casu aperturæ nicht grauiren wollen, so, daß wenn derselbe das Lehn eingezogen, respectu dessen das onus pro extincto gehalten werden müssen, wohin die gantze Absicht der letzten clausul gehet:

So erhellet hieraus so viel, daß der Frey- 22
herr von L. als nouus vasallus die Kauf-Gelder denen Land-Erben zuzutragen nicht schuldig sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXLIII.

DECISIO CLXI.

THEMA.

Præscriptio, quæ vasallo opponi potest, non nocet domino directo.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Ex contractu inter dominum directum et vasallum inito contra tertium agi nequit. n. 2.

Appellatio generalis decimarum ex obseruantia est applicanda. n. 3. 4.

Qualitas decimarum præscribi potest. n. 5.

In dubio id, quod minus est, debetur. n. 6. 14.

Pro literis inuestituræ præsumtio semper militat. n. 7.

Decimæ, quæ a diuersis percipiuntur ex vno eodemque agro, eiusdem qualitatis esse censentur. n. 8.

Locatio in se semper continet potestatem resignandi et a locatione recedendi, vtut per immemoriale tempus continuata sit locatio. n. 9.

In prædiis rusticis obtinet locatio pro certa frugum quantitate, loco frugum soluenda. n. 10.

Pacta priuata vasalli de feudo dominum non consentientem haud obligant. n. 11.

Contra locationem iuris cuiusdam præscriptio locum non habet. n. 12.

Præscriptio, quæ vasallo opponi potest, nequidem agnatis vel simultanee inuestitis, multo minus ergo ipsi domino præiudicat. n. 13.

Decisio. n. 15.

Auf übergebene imploration und erfolgte Gesetze in Sachen Anwalds der N. N. Lehns-Cammer zu Hannover Klägers an einem, und der vormals K. itzo C. Zehenpflichtigen zu S. und K. L. Beklagten am andern Theil, erkennet das Königl. Amt E. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Daß die Beklagten Einwendens ohngehindert den quæstionirten Zehenden in natura abziehen zu lassen schuldig, auch die Abhörung der Zeugen über die bereits ad acta gebrachte Articul gestalten Sachen und Umständen nach nicht statt finde. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol Beklagten 1) gegen den ad acta gebrachten Lehn-Brief, darin die K. unter andern mit den Zehenden zu S. und halben Zehenden zu L. belehnet sind, anführen, daß solcher sie als tertios nichts angehe, zumal darin ein contractus inter dominum et vasallum anzutreffen, woraus contra tertium nicht geklaget werden könne; allenfals 2) der Besitzer des Guts zu O. indefinite mit dem Zehenden belehnet, bekant aber sey, daß vielerley species der Zehenden seyn, und nicht allemal der Garben-Zehenden darunter verstanden werden könne, vielmehr es auf die bisherige obseruanz ankäme, was für eine species sub appellatione generali 4 verstanden werde; sie aber 3) bishero von undencklichen Jahren her keinen Garben-Zehenden præstiret, sondern nur den Sack-Zehenden in certa frumenti mensura seu quantitate zu præstiren schuldig wären, als welchen sie von undencklichen Jahren zu gewissen Zeiten geliefert; zu dessen Behuf sie 4) bereits articulos probatoriales übergeben, und solche obseruantiam antiquam zu erweisen im Stande wären, womit sie billig zu hören; bevorab wenn gleich 5 5) vormals der Garben-Zehenden gezogen seyn solte, dennoch daraus erhellen würde, daß sie nunmehr den Sack-Zehenden gegen den vorigen possessorem præscribiret, welches sich auch der dominus directus gefallen lassen, und alenfals seinen regress gegen den Lehns-vasallen, welcher dergleichen præscription nicht widersprochen, nehmen müsse, zumal binnen vierzig Jahren keine Garben-Zehenden von der Beklagten Länderey gezogen, sondern ein Korn-Zinß geliefert und Zehend-Korn auch ein Zehend sey; und da 6) der Sack-Zehende weniger als 6 der Garben-Zehend trage, billig in dubio für die Beklagte zu sprechen sey, cum in dubio id, quod minus est, debeatur.

c. 10. D. de R. I.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) der Anwald der Königl. Lehns-Cammer klaget, der von 7 wegen des domini directi bey der Sache interessiret, und wol befugt ist, sich der Lehns-vasallen ratione dessen, womit sie belehnet sind, anzunehmen, und zu dessen Behauptung sich auf den Lehn-Brief zu Gründen, für welchen die præsumtio, daß die Belehnung richtig sey, militiret; bevorab da ad 2) Beklagte nicht 8 leugnen können, daß sie Zehendpflichtig sind, und nur negiren, daß sie einen Garben-Zehenden abziehen zu lassen schuldig, sondern vermeinen, daß sie einen Sack-Zehenden an gewissen Zinß-Korn liessern müssen, dagegen aber wiederum ungestritten ist, daß der vasall mit dem halben Zehend zu L. belehnet ist, und also dieser mit der andern Helfte von gleicher Natur und Eigenschaft seyn muß, welcher vom Felde gezogen werden kan, und der Beklagten Länderey in der Zehend-Fluhr belegen seyn muß, und wie die andere Helfte in natura gezogen wird, also auch daraus klar ist, daß in dem Lehn-Briefe kein ander als ein Garben-Zehend verstanden werden kan, dieserwegen die Lehns-Cammer intentionem fundatam für sich habe; dagegen denn ad 3) denen Beklagten nicht zu 9 statten kommen mag, daß sie bishero von alten Zeiten her nur den Sack-Zehenden præstiret, welcher an statt des Zehenden in gewissem Gelde

oder

oder in gewissem Zinß-Korn bestehe, so sie um Petri zu liessern schuldig wären, gestalten dieses nothwendig ex conuentione cum vasallis herrühren muß, so dem Lehn-Herrn, auf welchen per refutationem vasalli das Lehn-Gut zurück gefallen, nicht præiudiciren kan, ja ein Sack-Zehend nicht anders als per locationem constituiret wird, da die Zehendpflichtige an statt der Garben ein gewisses Geld oder Zinß-Korn liessern, und für dasselbe den Zehenden innenbehalten, also in effectu den Zehenden von dem Zehend-Herrn gepachtet haben, locatio autem in se semper continet potestatem resignandi et a locatione recedendi, vtvt per immemoriale tempus continuata sit locatio

MEV. *P. VIII. decis. 66. n. 8.*

10 præsertim cum in prædiis rusticis etiam obtineat locatio pro certa frugum quantitate, loco pretii soluenda,

l. 21. C. de locat.

11 oder wosern die vasallen durch einen andern contract an statt des Zehenden Zinß-Korn zu nehmen sich engagiret haben solten, solches abermal dem Lehn-Herrn, als welcher nicht darin consentiret, nicht præiudiciren würde; bey

12 solchen Umständen also ad 4) der von denen Beklagten aufgeworfene Beweiß, daß sie von undencklichen Jahren den Sack-Zehenden geliefert, irreleuant und bekant ist, daß contra locationem iuris cuiusdam keine præscriptio statt finden könne, sondern die facultas resignandi allemal in saluo sey, auch wenn gleich ein 13 vasall gegen sich ein Recht præscribiren lassen, dennoch solches dem Lehns-Herrn, wenn das Lehn auf ihn zurück fällt, nicht præiudiciren kan, cum nequidem præscriptio agnatis vel simultanee inuestitis præiudicet, multo minus ergo ipsi domino.

HORN *in iurispr. feud. c. XI. §. 10.*

ZIEGLER *de præscript. feud. §. 12.*

Endlich da ad 6) aus der andern Helfte des 14 Zehenden klar ist, daß die Beklagten den Garben-Zehenden zu liessern verbunden, solcher auch in dubio allemal, als der wahre eigentlichen Zehenden, verstanden werden muß, die ratio iuris, quod in dubio id, quod minus est, debeatur, hier nicht statt findet, dennoch Beklagte hiebey pro temerariis litigatoribus nicht zu halten, und dahero die Unkosten tacite übergangen sind:

So sind wir geschehener massen zu erkennen 15 bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE AVGVSTO MDCCXLIII.

RESPONSVM CLXII.

THEMA.

Pacto consensu domini directi munito onera feudalia in alium fundum transferri possunt.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1.
Pacta tertium possessorem non obligant. n. 2.
Onera fundis non inhærent, nisi legitime in eos sint translata. n. 3.
Scripturæ priuatæ nihil probant. n. 4.
Resoluto iure vasalli, extinguitur onus, quod feudo imposuit. n. 5.
Num in consensu feudali consentiens semper excipiatur? n. 6.
Pactum consensu domini munitum, vi cuius feudum ab onere liberatur, quibuscunque possessoribus prodest. n. 7.
In pactis reseruatiuis solennis translatio oneris vel iuris non requiritur. n. 8.
In traditionibus rerum, quodcunque pactum est, valet; n. 9.
Quod etiam in constitutione priuata seruitutum iuris est. n. 10.
Dominus consentiendo iuri suo renunciasse censetur. n. 11.
Vasallus priuato ausu statum feudorum mutare nequit. n. 12.
Non vsus occasionem agendi frequentiorem præsupponit, et absque hac nihil operari potest. n. 13.
Decisio. n. 14.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst etlichen Beylagen sub A. B. C. D. E. zugeschicket ꝛc.

1 Hat Henning von S. das Gut R., worauf vormals zwey Pferde gehaftet, mit consens der sämtlichen agnaten und des Lehns-Herrn anno 1617 an L. von S. um 19000. Rthlr. verkaufet, und davon ein und ein halb Pferd genommen, und solche von seinen übrigen Gütern abzustatten versprochen, so daß gedachtes Gut nur mit einem halben Pferde beroßdienstet werden solte, welches auch der Lehns-Herr

Herr approbiret, und weil der Verkäufer damals noch vier Lehn-Güter gehabt, hat der ietzige Besitzer des Guts R. gegen die possessores der ietztgedachten vier Güter Klage erhoben, und darin gesuchet, daß dem pacto gemäß, da ein und ein halb Ritter-Pferd nach proportion von gedachten vier Gütern abgetragen werden möchte, worauf auch in zweyen Urtheln erkant ist, dannenhero gefraget wird:

Quæstio.

2 **Ob diese Urthel in denen Rechten gegründet sind?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol der Herr Beklagte die beyden Güter F. und P. darum aus folgenden Gründen frey zu seyn vermeinet, daß 1) er ein tertius possessor, und dahero an solches pactum nicht gebunden sey; 2) die translatio des ein und eines halben Pferds niemals auf gedachte Güter erfolget, ohne welche doch kein onus denen Gütern inhæriren mag; 3) zu dem Ende Klägers Herr Vater bey allen vorigen indictionibus der Lehn-Pferde im anno 1658. 1663. 1672. 1678 und 1679 solche quæstionirte ein und ein halbes Pferd von seinem Gute R. noch abgetragen, dagegen 4) die anno 1684 verfertigte Muster-Rolle, als eine scriptura privata, nichts operiren könne; wie denn auch 5) der Herr Beklagte seine causam possidendi von Henning von S. in regard F. gar nicht habe, und dahero an dessen factum nicht gebunden sey; ja 6) das Gut R. anno 1617 schon mit Lehns-Fehlern behaftet gewesen, daß also dergleichen præiudicirliches pactum in regard des Lehns-Herrn nicht gelten mag. Uebrigens 7) dagegen die præscriptio verhanden; allenfalls auch 8) der Kläger sich an die Erben des Henning von S. halten müsse; zu geschweigen, daß 9) tempore venditionis auf F. so viel Schulden gewesen, daß durch solches pactum denen creditoribus nicht præiudiciren mögen; vielmehr 10) es hier heissen müsse, resoluto iure vasalli, extinguitur onus, quod feudo impositit; endlich auch 11) in Ertheilung der consense der consentiens allemal excipiret werde, und dahero den Lehn-Herrn nachdem F. heimgefallen, nicht binden können.

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch hiebey dieses sonderlich zu erwegen ist, daß vormals Henning von S. mit lehnsherrlichem consens von dem Lehn-Gut R. ein und ein halbes Ritter-Pferd genommen, solche sich reseruiret, und von seinen andern Lehn-Gütern abzutragen versprochen, durch welches pactum, consensu domini munitum, eines theils das Ritter-Gut R. von diesem onere feudali in so weit so fort frey worden, vt quibuscunque possessoribus prosit:

l. 17. §. 5. de pact.

andern theils von Seiten des Verkäuffers es 8
in effectu ein pactum reseruatiuum ist, bey
welchen keine solennis translatio oneris vel iu-
ris, wie in solchen Fällen, wenn man auf frem-
de Güter seruitutes legen will, erfordert wird,
sondern es gnug ist, wenn der Verkäufer mit 9
Lehnsherrlichem consens solches onus zurück
behält, und von seinen andern Gütern zu præ-
stiren verspricht, wodurch solches ipso facto
die andern Güter afficiret, cum in traditio-
nibus rerum quodcunque pactum est, id
valere manifestum sit,

l. 48. de pact.
l. 1. C. d. pact. int. emt. et vendit.
l. 5. C. si mancip. ita fuer. alien.

welches auch so gar in constitutione priuata 10
seruitutum Rechtens ist, quodsi enim quis
duas ædes habeat, potest legem traditioni
dicere, vt vel istæ, quæ non traduntur, ser-
væ sint his, quæ traduntur, vel contra, vt
traditæ retentis ædibus seruiant, quo facto
statim seruitus acquisita est,

l. 6. pr. commun. prædior.

dannenhero auch das vormals in anno 1617
gemachte pactum diesen effectum gehabt ha-
ben muß, daß das onus feudale der anderthal-
ben Ritter-Pferde auf des Verkäuffers andere
Güter, welche er damals besessen, und dahero
auch auf F. und den P. transferiret ist, wo- 11
durch denn die erste, andere, fünfte, achte
und zehente rationes von selbsten hinwegfallen,
die andere rationes auch unerheblich sind, zu-
mal die sechste, neunte und eilfte nichts anders,
als exceptiones de iure tertii, h. e. domini
vel creditorum anzusehen, welche sich die itzi-
gen possessores nicht zu Nutze machen können,
allenfals auch der Lehns-Herr, der einmal in
diß pactum consentiret, sich solcher auch nicht
anmassen könte, quia consentiendo iuri suo
renunciasse videtur, zumal auch so gar aus der
a. 1623 verfertigten Musterrolle, worauf die sen-
tentionantes zugleich mit gesehen, erhellet, daß
dieses pactum bald darnach seinen würcklichen
effectum erreichet, und dahero was gegen die
anno 1684 producirte Musterrolle in ration.
dub. quarta angeführet, um desto weniger zu
attendiren gewesen. Endlich was dagegen in rat. 12
tertia et septima allegiret worden, gleichfals
die Herren sententionantes in ihren rationi-
bus decid., welche ex actis genommen, dadurch
abgelehnet, daß in actis nicht beygebracht noch
Kläger geständig sey, wie in anno 1672, 78 et
79 sein Vater solche anderthalbe Ritter-Pferde
von R. præstiret, und wenn auch solches schon
geschehen, er doch sine consensu domini feu-
di dergleichen neue onera auf das Lehn-Gut
nicht nehmen, noch statum feudorum priuato
ausu verändern können, welches auch, daß es
geschehen sey, nicht præsumirlich ist, dahero auch
die præscriptio keinesweges hier statt findet, 13
welche in dergleichen præstationibus, so vor-
mals gar selten indiciret worden, et sic defi-

ciente

ciente occasione, keine application findet, cum non-vsus, occasionem agendi frequentiorem præsupponit, absque qua nihil operari potest, anderer in rationibus decidendi angeführten Ursachen zu geschweigen:

So erhellet hieraus so viel, daß keine reformatoria der beyden vorigen Urthel zu hoffen sey. 14

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MARTIO MDCCXIX.

RESPONSVM CLXIII.

THEMA.

An et quatenus vasallus feudum vel eius partes in subfeudum dare possit?

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1. 2.
Subinfeudatio iure Germanico et Longobardico vasallo conceditur. n. 3. 4. 15.
Num hæc concessio per constitutionem Friderici sublata sit? n. 5. 16.
Subinfeudationes per se non sunt in fraudem legis. n. 6.
Res subinfeudari solitæ adeo libere possunt subinfeudari, vt nequidem morte subinfeudantis sine liberis desinant, sed dominum et vasallos obligent; n. 7.
Quod ex iure Feudali communi et Germanico illustratur. n. 8.
Subinfeudatio supponit conditionem: si nihil in fraudem legis fiat. n. 9.
Quæ conditio existit, si apertura feudi immineat. n. 10.
Species alienationis est emphyteusis et sic in feudis prohibita est. n. 11.
Emphyteusis vel subinfeudatio a vasallo vltimo constituta, eo sine liberis mortuo exspirat. n. 12. 13.
Resoluto iure vasalli subfeudum concedentis, ius quoque subvasalli expirat. n. 14.
Decisiones verba legum dispositiua desiderant. n. 15.
De differentia feudorum Italiæ et Germaniæ circa alienationem. n. 16.
Aperta feuda antiqua olim infeudari solita abiecta antiqua qualitate sine consensu capituli alienari nequeunt. n. 17.
Decisio. n. 18.

Als die Herren uns eine facti speciem nebst einer Frage zugeschicket ꝛc. 1
Hat Carl Wilhelm von N. N. als vltimus vasallus und Besitzer der auf dem Fall gestandenen, und im Fürstenthum Halberstadt belegenen Lehn-Güter N. N. kurtz vor seinem Ableben, und da er mit keiner männlichen descendenz versehen gewesen, auch wegen seiner zuletzt schwächlichen Leibes-constitution dazu weiter keine Hoffnung haben können, verschiedene sonsten selbst genutzte particulas feudi verafterlehen, wie nicht weniger gewisse Afterlehen, so cum consensu der vormaligen seniorum familiæ und Gesamthänder wolbedächtig eingezogen, und bey dem Haupt-Gute seit funfzig sechtzig und mehr Jahren als dazu gelegte pertinentien genutzet worden, hinwiederum in subfeudum conferiret, ausserdem aber hin und wieder männliche Afterlehne in Erbzinß-Lehn verwandelt, und ist diesemnach gefraget worden:

Quæstio

2 **Ob und wie weit der** dominus directus **oder der** successor **die facta** *Bœhm. Conf. Tom. III. P. I.* **des nunmehr verstorbenen** vasalli **zu** præstiren **gehalten?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, ohngeachtet sonsten in feudis alle alienatio inuito domino et quidem sub pœna feloniæ verboten, die Afterbelehnung zugelassen, und hierin das alte Teutsche Recht mit dem Longobardischen Recht überein kömt, 3
ius feud. Saxon. c. 24.
ALLEM. *ius feud. c. 30.*
2. feud. 3. et 26. c. beneficium. 2. feud. 34. c. similiter
auch die Kayser CONRADVS SALICVS, LOTHARIVS und FRIDERICVS I. solches ebenfals bestätiget, 4
2. f. 29. 55. c. illud quoque.
keinesweges auch dafür zu halten, daß Kayser FRIDERICH nachhero solches ius subinfeudandi durch die scharfe Verbietung aller Veräusserung aufheben wollen, 5
2. feud. 55. §. callidis.
als welche constitution bloß gegen die in Italien sehr üblich und unter allerhand heimlichen machinationem versteckete und ausgeübte alie-

6 nationes gerichtet gewesen, in so ferne sie in fraudem legis geschehen, dergleichen in subinfeudationibus unerfindlich,

BITSCHIVS *ad 2. f. 26. cap. beneficium p. 466.*

7 und dahero auch ohne Lehnsherrlichen consens und ohne Vorwissen und Willen der Lehn-Vettern wol geschehen mag, so daß dem Herrn Carl Wilhelm von N. N. die geschehene Aster-Belehnung ebenfals nicht verboten seyn können, welches um destomehr bey denen Afterlehnen zu billigen, die vormals bey der Familie des gedachten N. N. zu Lehn gegangen, und also res subinfeudari solitæ gewesen, quæ adeo libere possunt subinfeudari, vt nequidem morte subinfeudantis sine liberis desinant, sed dominus vel agnati tales subuasallos agnoscere et in suo statu relinquere teneantur,

ROSENTHAL *de feud. c. 9. concl. 83.*

STRVV. *in obseru. feud. c. 10. n. 10.*

welches auch von denen übrigen Aster-Belehnungen zu behaupten seyn möchte, so daß, da der subinfeudans ohne Lehns-Erben verstorben, es scheinen will, als wenn nicht allein diese res subinfeudari solitæ, sondern die übrigen sub-
8 infeudationes bestehen, und so wol der Lehns-Herr solche Afterlehn-Leute belehnen müsse, sondern auch die Lehns-Vettern diese particulas subinfeudatas wieder einzuziehen nicht befugt seyn könten, zumal solches nicht allein den alten Longobardischen Lehn-Rechten gemäß seyn will,

II. f. 9. ibi: eo excepto, quod ille, qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat (subfeudum) si priori domino seruire et ab eo feudum recognoscere volebat.

sondern darneben auch mit denen Teutschen Rechten hierin überein komt, nach welchen der Oberlehn-Herr, wenn der subinfeudans ausstirbet, die Afterlehnleute zu belehnen schuldig erachtet wird.

AVCTOR *vetus de beneficiis §. 57. 58. 59. editus a* THOMAS. *in select. feudal. conf.* THOMAS. *cit. l. p. 339.*

Rationes decidendi.

9 Weil aber dennoch die Aster-Belehnung zwar erlaubet, aber solche nicht anders zugelassen ist, quam si b. f. vel non in fraudem legis fiat, welches auch die Longobardische Lehn-Rechte selbsten anzeigen: beneficium a vasallo in feudum, *si nihil in fraudem legis fiat*, recte fieri potest, dum tamen militi detur,

2. f. 26. c. beneficium.

10 dahin denn ohne Zweifel gehöret, wenn die Verafterbelehnung geschiehet zu der Zeit, da das Lehn auf dem Fall stehet, und der vasallus vltimus nicht mehr Hoffnung zu Lehns-Erben hat,

ROSENTHAL *de feud. C. 9. m. 1. concl. 45. n. 1.*

weil alsdann iederman leicht wahrnehmen wird, daß solche subinfeudation gewisser Lehns-pertinentien bloß zu Verminderung des Lehns und in præiudicium domini geschiehet, dahero auch in feudis alienabilibus mehrentheils der casus ausgenommen wird, wenn das Lehn auf dem Fall stehen solte, gestalt dann in gegenwärtigem casu als richtig angenommen wird, daß Carl Wilhelm N. N. zu der Zeit diese Aster-Belehnung vorgenommen, da bey ihm alle Hoffnung Kinder zu zeugen verschwunden gewesen, er also aus keiner Absicht diese subinfeudation als in fraudem legis und zu Verminderung des Lehns vorgenommen haben kan, welches unter 11
andern auch daraus abzunehmen, daß er hin und wieder männliche Afterlehn in Erbzinß verwandelt, damit die conditio feudi deterior und diese subfeuda auf die Tochter erblich werden möchten, welches offenbar wiederrechtlich ist, cum species alienationis sit emphyteusis et sic in feudis prohibita,

l. f. C. de reb. alien. non alien. Nov. 7. c. 1.

oder doch wenigstens heut zu Tage mit dem To- 12
de des vasalli auf höret, si sine liberis moritur,

STRVV *in iurisprud. feud. c. XVIII. §. 4. in f.*

so daß alles nur in præiudicium des Oberlehn- 13
Herrn, damit er ein recht zerstümmeltes Lehn überkommen mögen, abgezielet, da doch allein die Aster-Belehnung dem Lehn-Herrn zum Besten geschehen sollen, wie gleich zu zeigen ist, welche Absicht auch daraus klar ist, daß die mehreste nur eine bloße Verschreibung, hergegen weder die gewöhnliche Belehnung noch possession überkommen, und der vasall nur nach seinem Tode die Interessenten von seinen Lehn-Stücken versorgen wollen, ausserdem aber auch ganz vernünftig ist, daß solche gantz irregulaire Aster-Belehnung, wenn sie gleich b. f. geschehen, nicht länger dauren können, als so lange der subinfeudans mit seinen Kindern lebet, ita vt eo sine liberis mortuo ipsum subfeudum exspiret, cum nemo possit plus iuris in alterum transferre, quam ipse habet,

l. 20. pr. D. de acqu. verum dom.

et resoluto iure dantis, resoluatur ius accipientis,

l. 31. de pignor.

adeoqe resoluto iure vasalli subfeudum 14
concedentis, ius quoque subuasalli, quod ab illo dependet, exspiret,

1. f. 4. C. vt sus.

SCHILTER *in comm. ad ius feud. Allem. c. 33.*

ANDR. KOHL *de subfeud. c. vlt. n. 1. sqq.*

ROSENTHAL *de feud. c. 9. concl. 49.*

HARTM. PISTOR. *lib. II. qu. 44. n. 10. sqq.*

HORN *in iurispr. feud. c. 19. §. 13.*

welches, da es ex recta ratione fliesset, auch in 15
feudis ohnstreitig statt findet, ob wol sonsten denen vasallen die Aster-Belehnung, iedoch limitato modo, zugelassen, und dagegen pro decisione nicht anzunehmen, was *ex II. f. 9.* angeführet worden, angesehen aus der rubrica textus:

textus: *qualiter olim poterat feudum alienari*, und dem gantzen stylo historice prolato erhellet, daß der feudista nur Erzehlungs-Weise referiret, was für grosse Freyheit die vasalli vormals in Italien circa alienationem feudorum sich angemasset, und daß stante tali consuetudine, die Aster-Belehnung, mortuo subinfeudante sine liberis, nicht exspiriret habe, weil auch sonsten die alienation ihren Bestand gehabt, aus welchen verbis relatiuis keine decisio genommen werden kan, quæ verba legum dispositiua postulant.

KOHL *de subfeud C. vlt. n. 56. sqq.*

16 Nachdem aber diese Gewohnheit bey Veräusserung der Lehen durch die Käyserliche constitution aufgehoben, es auch billig gewesen, daß die subinfeudationes citra fraudem factæ zwar ihren Bestand haben, aber auch nicht länger dauren können, als der Afterlehn-Herr das Lehn behalten. Und ob zwar nicht zu leugnen, daß nach den alten Teutschen Lehn-Rechten die Afterlehn nicht indistincte morte vasalli sine liberis, aufgehöret, wie der AVCTOR VETVS *de benef. cit. l.* und das daraus gezogene *ius feud. Saxon. c. 25.* von denen ältesten Zeiten angiebet, dennoch zu bemercken, daß diese disposition bloß auf die alten subfeuda regularia et propria sich geschicket, da ein vasall mit einem territorio belehnet, wovon er viele milites dem Lehn-Herrn in casu emergentis belli stellen, und zu solchem Behuf denen subvasallis æque habilibus einige particulär-Stücke zu Afterlehn zum besten des Lehn-Herrn verleihen konte, damit er seine Aster-vasallen aufbieten, und solche dem Lehns-Herrn nebst sich selbsten stellen möchte, welches dem Herrn zum Vortheil geschahe, und dahero der Ober-Herr in casu aperturæ keine præiuditz davon hatte, wenn die Afterlehnleute ihm fernerhin die seruitia militaria leisten wolten, wozu die Lehne dem vasallo principali gegeben waren; da hergegen dieses seine application auf die heutigen Afterlehn nicht haben kan, welche irregularia et impropria sind, und nicht mehr, domini gratia, damit der vasall desto leichter seine sub-vasallen stellen könne, sondern mehrentheils sub-vasallorum causa, damit denenselben eine Wohlthat und faveur geschehe, das Lehn aber zergliedert und deterioriret, ja von seinen besten pertinentien priuiret werde, wie in præsenti casu sich findet, geschehen, und von denen alten Afterlehen gantz abgehen, vt ob seruitia militaria rarius dentur, absonderlich wenn ein Edelmann particulas feudi sui in subfeudum unterschiedliche Personen giebet, als welche er seinem Lehn-Herrn zuzuführen nicht gebrauchet, nachdem heute zu Tage auf denen Ritter-Gütern seruitia determinata von ein oder zwey Ritter-Pferden nur liegen, und dahero nicht nöthig ist, so viel sub-vasallen zu haben, bevorab, da solches bey unserm heutigen statu militari nicht einsten möglich, nachdem man exercitatissimos milites heute zu Tage im Kriege erfordert, und die vasallen selbsten nicht einsten mehr aufsitzen, sondern die Ritter-Pferde mit Gelde zu bezahlen pflegen, mithin es ein wunderlicher Aufzug seyn würde, wenn ein Edelmann, der zwey Ritter-Pferde auf seinem Gute hat, zwey von seinen Aster-vasallen, so etwa Gelehrte, Kaufleute, oder von anderer profession sind, dem Lehn-Herrn ad seruitia militaria abschicken würde, welche er ja nicht gebrauchen könte, dahero diese irregularität noch sich in vielen andern Stücken zeiget, dahin auch gehöret, daß mancher Edelmann nur zwey oder drey Ritter-Pferde auf sein wichtiges Lehn-Gut, und dabey wol zehen bis zwölf und mehr Afterlehnleute hat, welche er ja nicht dem Lehn-Herrn zum besten, sondern seines eigenen Nutzens und Ehre wegen angenommen, welche gegen die Absicht des alten Lehn-Rechts per abvsum diuturnum, zwar bestätiget, auf solche aber die alten Teutschen Lehn-Rechte inapplicabel sind, dahero von solchen subfeudis irregularibus der seel. Herr THOMASIVS

in select. feud. p. 343.

gar recht folgende remarque machet: at vero nullum est dubium, sed æquitas, et natura feudorum tunc omnino postulabat, vt talia subfeuda fierent cum consensu domini primi, aut si id factum non fuisset, vt, resoluto iure dantis, resolueretur etiam ius accipientis, welches um desto mehr hier zu applici- 17
ren, da der Augenschein weiset, daß solche subinfeudation, das Hauptlehn nur zu schwächen und in domini directi manifestum præiudicium zu mindern, geschehen sey, welches auch bey denen vor funfzig oder sechtzig Jahr eingegangenen Afterlehen seine application findet, weil solche vormals mit consens der vormaligen seniorum familiæ und Gesamt-Händern wolbedächtig eingezogen, und bey dem Haupt-Gute seint funfzig oder sechtzig Jahren genutzet, dadurch aber res infeudari solitæ zu seyn aufgehöret haben, dahero auch, wenn ein Bischoff, einmal aperta feuda antiqua eingezogen, und zur Bischöflichen Tafel geschlagen hat, selbige nicht ferner von denen successoribus in feudum ex pristina sed abiecta et deposita qualitate sine consensu capituli gegeben werden können.

STRVV *in iurispr. feudal. c. VI. §. 4.*

So halten Wir dafür, daß der dominus 18
directus oder der successor in gegenwärtigen casu die facta des nunmehro sine liberis verstorbenen vasalli in denen angeführten Fällen zu præstiren nicht verbunden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE DECEMBR. MDCCXLV.

DECISIO CLXIV.

THEMA.

Quatenus vasallus de fructibus feudi disponere queat?

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

In mora est debitor, si non præstat præstanda, et quidem integre et in debita qualitate. n. 2.

Fructus feudi non sequuntur naturam feudi, sed iure allodii censentur. n. 3.

Refutatio feudi non nisi consensu omnium, quorum interest, fieri potest. n. 4.

Moræ non est annumerandum, quod optima ratione differendi causa factum est. n. 6.

Vtilitas, ex feudo vasallo competens, exspirat eius morte, et sic resoluto iure dantis, resolvitur ius creditoris. n. 7.

Qui singulari titulo in feudo succedit, facta vasalli antecessoris præstare non tenetur. n. 8.

Creditores in feudum immissi, vasallo sine liberis decedente, ius percipiendi fructus amittunt. n. 9.

Exceptio de iure tertii nemini prodest. n. 10.

Decisio. n. 12.

Als die Herren uns interponirte appellation und erfolgtes Verfahren, in Sachen des Rittmeisters von V. zu S. appellanten, und Beklagten an einem, und des Freyherrn von W. zu G. wie auch des weyl. geheimten Raths von S. nachgelassene Erben appellaten und Klägern am andern Theil in drey zurückkommenden volum. zugeschicket ꝛc.

1 Daß appellantens Anwald huius instantiæ sich bey der gewöhnlichen Strafe binnen vierzehen Tagen zu legitimiren schuldig, die appellation aber für desert und erloschen nicht zu achten, sondern in ihren formalibus zu recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an die Herren erwachsen. Der materialien halber erscheinet aus denen Acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß in erster instanz wol gesprochen, übel davon appelliret, und die sententia a qua zu confirmiren, mithin die Sache an den Richter voriger instanz zur execution zu remittiren, nicht weniger appellant die expensas huius instantiæ nach deren vorgängigen liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung appellaten zu erstatten schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol appellant 1) dem vorigen Urtheil ein Genügen gethan, und eine Vollmacht ad acta primæ instantiæ übergeben, und so viel die interponirte appellation betrift, denen formalibus 2) von appellaten die exceptio desertionis opponiret und angeführet ist, daß es bloß bey appellanten gelegen, daß dieselbe nicht gebührend und zu rechter Zeit iustificiret worden, zumal er die acta primæ instantiæ bey Zeiten ablösen, und an den Rechter erster instanz dazu keine reducirte Müntz-Sorten überschicken sollen, weil das S. Gerichte die reducirte Müntze zu der Zeit nicht für voll angenommen, und also das iudicium primæ instantiæ solche anzunehmen nicht schuldig gewesen; und was 3) gegen die designation der sportuln für Auffenthalt gemacht worden, dem appellanten nicht zu statten zu kommen scheinet, da sein Sachwalter ihm bey Zeiten dieselbe zugeschicket, und er dafür sorgen sollen, daß solche richtig gemachet, auch 4) das mandatum ebenfals bey Zeiten ad acta gebracht würde, als worauf in der sententia a qua expresse erkant ist, und ohne nullität solches nicht hindangesetzet werden können, es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn der appellant in allem hiebey, daß die appellation nicht gebührend und zu rechter Zeit iustificiret worden, in mora et culpa gewesen sey, fruſtratio autem nemini prodesse debet,

l. 37. D. mand.

in mora enim est debitor, si non præstat præstanda, et quidem integre et in debita qualitate.

l. 72. §. 1. de solut.

l. 17. de pericul. et comm. rei vend.

So viel aber 5) die materialia betrift, der appellant zu deren iustification angebracht, daß 3
die ehemaligen Gebrüdere B. nicht so viel Güter gehabt, daß die Lehngüter alle an einen Mann kommen können, sie vielmehr resoluiren müssen, ein und andern gewisse Lehns-revenuen zu ihrer Abfindung anzuweisen, das Lehngut aber selbst bey einander zu lassen, und solches nach Art der S. Bauer-Güter einem colono auszuthun, welcher die fructus feudi an gehörigem

rigem Ort abgegeben, zu dem Ende auch sie einen Lehnträger constituiret, der allemal præstanda præstiren müssen; dieserwegen 6) da die Lehns-fructus nur getheilet worden, solche auch von dem Inhaber derselben, sine diuisione feudi, einem creditori, so Geld darauf gegeben, wie appellant gethan, wol assigniret werden mögen, wodurch keine alienatio feudi vel partis eius geschehen, cum fructus feudi non sequantur naturam feudi, sed iure allodii censeantur;

MYNSING *cent. 6. obs. vlt. n. 3. fq.*
MEV. *P. 6. decis. 353. n. 8.*

4 und obgleich 7) der appellat, der seel. geheimte Rath von S. das Lehn per refutationem von seinem Schwiegervater erhalten, und damit ex noua gratia von dem mit appellaten belehnet seyn will, dennoch solches nicht geschehen können, da Alexander B. ein Lieutenant in Dänischen Diensten noch lebet, ohne dessen consens das Lehn auf den von S. nicht gebracht werden mag; übri-
5 gens 8) es hiebey nicht eben auf die Frage ankomme, ob die S. Lehn Bauer-Güter pro hereditariis et alienabilibus zu achten, indem hie keine alienation geschehen, dennoch, wenn es darauf ankommen solte, solches durch die vol. 2. fol. 240. sqq. befindliche Beylage zur Gnüge erhärtet worden, und dessen obseruanz aus denen fol. 237. b. angeführten Exempeln beygebracht werden könte, es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urthel reformiret werden müsse.

Rationes decidendi.

6 Weil aber dennoch ad 1) die ad acta gegebene Vollmacht nur die primam instantiam betrift, wodurch sich dessen procurator lediglich legitimiret, im Gegentheil bey dieser andern instanz ein ander procurator von Seiten des appellanten sich gemeldet, dessen legitimation bey denen actis nicht befindlich, ohngeachtet sich der Anwald der appellaten vol. 2. fol. 246. zur Genüge legitimiret, und dahero ex officio darauf zu erkennen gewesen; hiernächst ad 2. 3. et 4. so viel die formalia betrift, aus dem vol. 1. zu ersehen, daß es anfänglich ratione iudicis secundæ instantiæ viele difficultäten gegeben, und obgleich endlich vol. 1. fol. 165. b. decretiret worden, die grauamina bey der Königl. Landes-Regierung statim post ferias cum actis primæ instantiæ zu übergeben, dennoch ratione iudicis secundæ instantiæ die Sachen erst fol. 196. b. in Richtigkeit gebracht, darauf sich gleichwol abermal wegen extradition der Acten neue difficultäten hervorgethan, welches appellant beständig gemeldet, dilation gesuchet, und erhalten, und die Irrung wegen des reducirten Geldes sowol, als übermäßig angesetzter sportuln verhindert, daß die acta primæ instantiæ nicht sofort eingesandt werden können, welche der appellant bey dem itzigen Zustand des Geldes, auch Erhöhung der sportuln nicht sofort abwenden mögen, moræ autem non est annumerandum, quod optima ratione differendi causa factum.

l. 21. de vsur. et mor.

Und so viel ad 5) die materialia betrift, es auf die vormalige Vertheilung unter denen B. Brüdern der Lehns-revenuen allhier nicht ankommt, sondern vornemlich in consideration zu ziehen, daß Ludolph B. dem appellanten gewisse in libello primæ instantiæ benante Lehns-Pachte von wegen eines Capitals eingethan, welche doch als ein wahres pertinens zu dem Lehn-Hofe gehören, und von dem colono abgetragen werden müssen, mithin dem creditori nicht länger zugestanden werden mögen, als der vasallus gelebet, vtilitas enim ex feudo vasallo competens exspirat eius morte, et sic resoluto iure dantis, resoluitur etiam ius creditoris.

CAIL. *lib. 2. de pac. publ. obs. 17. n. 16.*
MEV. *P. 6. decis. 353. n. 9.*

diesemnach da Ludolph B. bereits verstorben, in- 8
zwischen nach dem vol. 1. fol. 80. befindlichen Lehn-Briefe, der seel. geheimte Rath von S. nach der mit Lehnsherrlichem consens auf ihn geschehenen refutation, mit dem quæstionirten Hofe ex noua gratia belehnet, und er dabey obliget worden, die etwa versetzte oder veralienirte Stücke wieder herbey zu bringen, derselbe allerdings actionem feudi reuocatoriam anstellen mögen, da ihn als successorem singularem das factum des seel. Ludolph B. nichts angegangen, als wovon er sein Recht nicht, sondern bloß ex noua inuestitura her deduciret, und er alle Lehns-revenuen nunmehr zu geniesen haben muß, wodurch denn die rat. 6. ebenfals ihre Abfindung bekommet, und offenbar wird, daß wenn gleich ein vasall von denen fructibus feudi disponiren kan, dennoch deren perception dem creditori nicht länger, als das ius debitoris daran dauret, zu gute kommen mag, dahero auch die in 9
fructus feudi immittirte creditores, vasallo sine liberis decedente, solches wieder abtreten müssen; dabey dann ad 7) die exceptio, daß 10
der Lieutenant B. in die refutation und neue Belehnung des seel. geheimten Raths von S. nicht consentiret, allerdings de iure tertii ist, und appellanten nichts angehet, vielmehr respectu seiner bey der neuen Belehnung zu subsistiren ist; und also ad 8) es sehr viel darauf 11
ankommen wird, ob das quæstionirte Lehn ein feudum hereditarium et alienabile nach Art der Bauer-Lehne sey, dessen Beweiß dem appellanten reseruiret ist, und was zu dessen Behuf der appellant vol. 11. f. 240. b. sq. bereits angeführet, er künftig, wenn er solchen Beweiß ordentlich antreten solte, anführen, und dessen obseruanz nach dem attestato sub n. 4. fol. 241. als worauf es vornemlich ankommen wird, darthun muß, dazu weit mehres, als was appellant dabey vorgebracht, erfordert wird:

So ist geschehener massen zu erkennen ge- 12
wesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXXXVI.

RESPONSVM CLXV.

THEMA.

Num defuncti vasalli patrui et eorum liberi in feudis in capita vel stirpes succedant?

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1. 2.
Pacta tam dispositionibus legum quam consuetudini feudorum derogant. n. 3.
Si plures collectivo nomine simultanee inuestiti sunt, succedunt quidem omnes, sed in stirpes. n. 4.
A particulari succedendi modo ad alium non valet consequentia. n. 5.
Iure communi successio fratrum et fratrum liberorum in stirpes locum habet. n. 6. 7.
Quando fratri et fratrum filiis per simultaneam inuestituram prospectum est, hi non in capita sed in stirpes succedunt. n. 7.
Inter patruum et patrui liberos iuri repræsentationis locus non est. n. 8.
Iure Saxonico simultanea inuestitura ius æquale inuestitis tribuit. n. 9.
Ideoque hi regulariter in capita succedunt. n. 10.
Præsertim si nominatim simultanee inuestiti sint. n. 11.
Ius repræsentationis tantum locum habet in successione collateralium, non inter patruos et patruorum filios. n. 12.
Pacta ita sunt explicanda, ne a iure communi recedant. n. 13.
Decisio. n. 14.

Als derselbe Uns ein facti speciem nebst beygelegten extracten aus den Theilungs-recessen und einem schemate genealogico zugeschicket.

1 Ist im verwichenen Jahr 1737 ein vornehmer vom Adel ohne Leibes-Erben verstorben, und hat zwey ansehnliche Ritter- und Mannlehn-Güter im Fürstenthum Anhalt hinterlassen, welche auf dessen nächste Agnaten und Lehnsfolger, und zwar nach dem beygelegten schemate genealogico, sowol auf den noch lebenden patruum sub N. 3. als auch auf des erst verstorbenen patrui sub. N. 1. hinterlassene drey Söhne sub N. 6. 7. 8. und auf des letzt verstorbenen patrui zwey Söhne, sub N. 9. 10. vermöge des Lehn-Briefes und der gesamten Hand verfallen. Es sind auch die Herren Lehnsfolger darinnen einig, daß die Lehnsfolge nicht nach den gemeinen Rechten secundam proximitatem graduum, sondern nach den gemeinen Sächsischen, in dem Fürstenthum Anhalt, ausdrücklich angenommenen Rechten, geschehen, mithin die sämtliche Mitbelehnte, kraft der gesamten-Hand dazu gelassen werden müssen. Es will aber in Ansehung der Theilung unter denselben einige Irrung entstehen, da einige die successionem in stirpes, vermöge der Theilungs-recesse de an. 1705 et de an. 1707. andre hingegen die successionem in capita in gegenwärtigem Fall für gegründet halten, und diesemnach gefraget wird:

Quæstio.

2 **Ob in gegenwärtigem Erb-Anfall, da des defuncti Vaters-Bruder mit zwey verstorbenen Vaters-Bruder-Kindern concurriren, die Theilung in stirpes ex pactis de anno 1705 et 1707 statt habe, oder nicht vielmehr nach dem gemeinen sächsischen Rechte in capita geschehen muß?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol die successio in stirpes deshalben hier vorzuziehen seyn möchte, weil 1) diese Art der Erbfolge bereits einmal in dem unter ihnen errichteten Theilungs-recessu de anno 1705 beliebet worden, als in welchem die damals lebende Gebrüdere sub N. 2. 3. 4. 5. und des ältesten Bruders sub N. 1. nachgelassene drey Söhne sub N. 6. 7. 8. sich laut extracts aus dem Theilungs-recessu sub lit. B. dahin verglichen, daß die auf eines jeden Antheil gefallene Summe a 10500 Thlr. in die gesamte-Hand gebracht werden, und bey ereignenden Fällen auf die männliche successores in stirpes zurück fallen solte, welcher Vergleich nicht allein anno 1707 von denen paciscenten laut extracts sub lit. C. abermals erneuert, sondern auch von dem Lehns-Herrn bestätiget worden, mithin die bey dieser Familie eingegangene und von dem Lehns-Herrn gleichfalls confirmirte Verträge, auch bey dem jetzt sich ereignenden Lehns-Fall zum Grunde zu legen, und die Lehnsfolge bloß nach denselben und nicht nach den gewöhnlichen Lehn-Rechten einzurichten, cum pacta tam dispositionibus legum, quam consuetudini feudorum derogent. 3

SCHRA-

SCHRADER *de feudis Part. 10. sect. 7. c. 4. n. 74.*

4 Hiernächst 2) die successio in stirpes um desto mehr hier statt zu finden scheinet, da in dem Lehn-Briefe sub ☉ et ☽ des patrui sub N. 1. et 4. hinterlassene Herren Söhne sub nomine collectiuo coniungiret worden, mithin die zusammen genannte Söhne in einer Linie nur ihres Vaters Stelle vertreten, und insgesamt iure repræsentationis succediren. Quodsi enim plures collectiuo seu communi nomine simultanee inuestiti sunt, succedunt quidem itidem omnes, sed in stirpes.

STRVV *syntagm. iur. feud. c. 9. aph. 16. n. 6.*

Rationes decidendi.

5 Dieweil aber dennoch die quæstionirten Theilungs-recesse im gegenwärtigen Fall auf keine Weise zum Grunde geleget werden können, indem 1) die in denselben festgesetzte successio in stirpes nur in dem besonderen damals sich ereignenden Fall zum Grunde geleget werden müssen, der Herren Pacisceuten Absehen aber keinesweges gewesen, diese als eine beständige und ewige Regul und Richtschnur in der Lehns-Folge der Lehn-Güter künftig bey der Familie einzuführen; in mehrer Erwegung, daß 2) die die a. 1705 geschehene Theilung der väterlichen Lehn-Güter unter des verstorbenen vasalli annoch lebende vier Herren Söhne und des verstorbenen ältesten Herrn Sohnes nachgelassene vier unmündige Söhne geschehen, worin denen Herren Brüdern sub N. 2. et 5. die Lehn-Güter, denen übrigen aber ihr Antheil zu Gelde, iedem a 10500 Thaler iedoch dergestalt angeschlagen werden solte, daß die verglichene Summe als ein beständiger Lehn-Stamm in die gesamte Hand, und bey entstehendem Anfall auf die männlichen successores, nach der damaligen situation der Mitbelehnten, in stirpes zurück gebracht würde; solchergestalt also 3) dieser getroffene Vertrag bloß auf die damalige Lehnsfolge in dem ausgesetzten Lehns-Stamm gerichtet worden, wovon aber kein bündiger Schluß auf die allgemeine künftige succession in den Lehn-Gütern gemacht werden kan, quoniam a particulari succedendi modo ad alium nulla valet consequentia;

6 wie denn 4) die Umstände ergeben, daß die vier Brüder damals noch unverheyrathet, hingegen des verstorbenen Bruders nachgelassene Söhne annoch unmündig gewesen, folglich die successio damals nicht anders als in stirpes eingerichtet werden können; anerwogen unter Brüder- und Brüders-Kinder die successio in stirpes gemeinen Rechten nach statt hat, und sie also

7 in diesem damals befindlichen Fall nichts anders sich vergleichen mögen, als was ohnedem Rechtens gewesen, quando enim fratri et fratrum filiis per inuestituram simultaneam prospectum, hi non in capita sed in stirpes succedunt.

CARPZ. *P. III. const. 29. def. 13.*

HORN. *iurisprud. feud. c. 16. §. 7.*

wie denn auch 5) unter Brüdern und Brüders-Kindern das ius repræsentationis nur statt findet, damit die Bruders-Kinder die Stelle ihrer Väter vertreten, und also mit den übrigen in gleichem Grad stehen, mithin in stirpes succediren; dergleichen casus auch in den quæstionirten Theilungs-recessen enthalten; wovon aber 6) der gegenwärtige Lehns-Anfall gantz und gar unterschieden, da des defuncti vasalli Vaters-Bruders und Vaters-Brüder-Kinder concurriren; bey welchen bekannten Rechten nach kein ius repræsentationis mehr statt findet, 8

Auth. post. fratres et fratrum liberos C. de legitima hæredit.

HARTMANN PISTOR. *lib. 2. qu. 23. n. 15.*

mithin die dispositio der quæstionirten Theilungs-recesse auf den gegenwärtigen Fall gar nicht applicabel, und der hieher gezogene Schluß bey solchen Umständen ein argumentum a diuersis ad diuersa ist; vielmehr die gegenwärtige Lehns-Folge 7) nach denen gemeinen Sächsischen Rechten zu reguliren, nach welchen bekant, daß die Mitbelehnschaft das ius succedendi zueigne, ohne Ansehen, wer von den Mitbelehnten weiter oder näher ist, quum simultanea inuestitura ius æquale inuestitis tribuat, 9

HART. PISTOR. *P. II. quæst. 21.*

CARPZ. *P. III. C. 27. qu. 2. n. 5.*

ideoque hi regulariter in capita succedant, 10

HORN *in iurisprud. feud. c. 16. §. 12. in f.*

STRVV *in Synt. iur. feud. cap. 9. aph. 16. n. 6.*

inter simultanee inuestitos enim successio in stirpes siue ius repræsentationis exulat, et æquali iure omnes succedunt et æqualis omnium, nullo proximitatis respectu habito, est ratio,

WERNHERI *diss. de simult. inuestitor. success. §. 13.*

und da nun 8) des defuncti vasalli Vaters Brüder und Vaters Brüders-Söhne die Mitbelehnschaft auf die hinterlassene Lehn-Güter erhalten, ferner erfolget, daß ein ieder von selbigen ein gleiches Recht an denselben bekommen, vermöge dessen sie zu gleichen Theilen succediren; und obwol 9) eingewant werden will, 11 daß Inhalts des Lehn-Briefes sub. n. ☉. des n. 1. hinterlassene Söhne nomine collectiuo in die Mitbelehnschaft gezogen worden, dennoch aus dem Lehn-Brief klar erhellet, daß die Söhne erst namentlich benennet, dabey aber zum Ueberfluß und zu mehrerer Deutlichkeit, wegen so vieler Mitbelehnten aus einer Familie gleiches Namens, hinzugefüget worden, daß diese des Herrn von N. Söhne wären, wie solches in dem Lehn-Briefe sub lit. O. ebenfals bey Anton Otto von N. als dem einzigen Sohn des seel. Land-Raths August Lebrecht von N.

geschehen, und da also die Vaters Brüders-Söhne in dem Lehn-Briefe namentlich benennet, mithin ein ieder zur besondern Mitbelehnschaft gezogen worden, dieselbe iure proprio das Recht zur Lehns-Folge bekommen, und nicht erst iure parentum zum Lehn gelangen, übrigens dieselbe mit ihren Vaters-Brüdern vermöge des Gedinges ein gleiches ius succedendi erhalten, und also insgesamt in capita succediren, quando enim plures nominatim simultanee inuestiti, tunc succedunt in capita, non vero in stirpes;

PISTOR. *lib. I. qu. 22. n. 6.*
RICHTER *de succes. ab intest. sect. III. Membr. I. n. 47.*

12 zugeschweigen daß 10) so gar nach denen gemeinen Rechten bekant, quod post fratres et fratrum liberos omnes in capita succedant, indem die successio in stirpes zum voraus setzet, daß der stirps das Erb-Recht auf das ius repræsentationis gründet, welches sich aber gleichwol in successione collateralium nicht über Bruder und Bruders-Kinder erstrecket, noch weniger aber auf ascendentes und also auf patruos et patruorum filios gezogen werden mag.

N. 118. c. 13.
Auth. post. fratres C. de legitimis heredibus.

Endlich auch 11) die angezogene verba pactorum stricte und dergestalt zu erklären, ne a iure communi recedant, zumal man keinen Grund hiebey antreffen kan, daß die paciscenten etwas besonders, quod a iure communi deuiaret, einführen wollen, als worüber sie so wenig sich erkläret, daß sie auch dazu keine Ursache angeführet, dieserwegen da ohnedem contra pacta a iure communi deviantia zu sprechen, auch hier billig die Erklärung dergestalt zu machen ist, daß denen gemeinen successions-Rechten nicht derogiret werde: 13

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß im gegenwärtigen Erb-Anfall des defuncti Vaters Bruder und der zwey verstorbenen Vaters Brudern-Kinder in die hinterlassene Ritter und Mann-Lehn-Güter nach dem gemeinen Sächsischen Rechte in capita zu succediren berechtiget sind. V. R. W. 14

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MARTIO MDCCXXXVIII.

DECISIO CLXVI.

THEMA.

Aestimatio canonis feudalis, in casu mortis vasalli præstandi, a domino directo dependet.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Aestimatio litis est instar emtionis venditionis, duorum voluntate perficiendæ. n. 2.
Qui canonem scienter petit et exigit, caducitatem remisisse censetur. n. 3.
Aestimatio litis ex arbitrio iudicis et eius determinatione in casu contumaciæ dependet. n. 4.
Et in feudalibus ab arbitrio domini directi. n. 5.
Decisio. n. 7.

Auf Vorbringen und beschuldigten Ungehorsam, in Sachen unsers Lehns-fiscalis Klägern an einem, und die von Wendt, zum Crassenstein und Holtzfeld Beklagten am andern Theil, erkennen, nach eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht:

1 Daß Beklagter zuförderst wegen der zwey moderirten Heergewetten die angesetzte 150 Thlr., denen vorigen Lehns-Verordnungen gemäß, an unsere Lehns-Cammer binnen vier Wochen zu bezahlen schuldig, in dessen Verbleiben vom Beklagten solche durch gebührende execution ohne fernern Nachlaß einzutreiben sind. Im übrigen ist Beklagter auf die fiscalische caducität-Klage in einem anderweit dazu angesetzten termino sub pœna confessi et conuicti sich einzulassen und zu antworten schuldig, worauf alsdenn ferner ergehet, was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter wegen der beyden Heergewetten sich auf 150 Thlr. herausgelassen, dabey aber keine fernere Lehns-præstanda zahlen wollen, welches man aber von seiten der Hoch-Fürstlichen Lehns-Cammmer ihm nicht accorduren, sondern allein wegen der zwey Heergewetten 2

wetten 150. Thlr. haben wollen, alſo hierüber die litigantes noch nicht einig ſind, und dahero es faſt das Anſehen gewinnen will, als wenn auf die moderirte 150 Thlr. nicht erkant werden mögen, anerwogen bishero per viam transactionis verfahren, wo alles mit beyderſeits Bewilligung geſchehen muß, in der That auch, wenn die æſtimatio des Heergewettes præſtiret wird, ſolches per æſtimationem litis geſchehen muß, quæ eſt inſtar emtionis venditionis duorum voluntate perficiendæ,

l. 10. de iur. dot.

l. 1. C. comm. vtriusque iudic.

3 allenfalls wenn die Heergewette bezahlet werden, alsdenn die fiſcaliſche caducität-Klage hinweg zu fallen ſcheinet, als welche wegen nicht erfolgter Zahlung des Heergewettes angeſtellet iſt, cum qui canonem ſcienter petit et exigit, caducitatem remiſiſſe cenſeatur.

CARPZ. *P. 2. C. 38. def. 6.*

Rationes decidendi.

4 Weil aber dennoch Beklagte nicht in Abrede ſeyn mögen, daß ſie zwo Heergewetten zu præſtiren ſchuldig ſind, vermöge deſſen ſie zwey Pferde nebſt beſtem Sattel und Zeuge, welche die Lehns-Cammer aus allen des verſtorbenen Lehn-Mannes Pferden erwehlen möchte, zu liefern, oder den Werth deſſelben, alter Gewohnheit nach, und zwar binnen ſechs Wochen a tempore mortis, abzutragen ſchuldig ſind, gleichwol bishero in extrema mora et contumacia geweſen, und dabey es nicht mehr auf eine voluntariam æſtimationis præſtationem ankomt, ſondern nunmehr die æſtimatio litis, quæ ex iudicis arbitrio et determinatione in caſu contumaciæ dependet

t. t. D. condict. triticar.

præſtiret werden muß; zumal auch ohnedem 5
deſſen determination vornemlich auf den Lehns-Herrn ankommt, und Beklagter ſich über die 150 Thlr. nicht beſchweren können, da die Freyfrau von W. ſich ſelbſt n. act. 7. offeriret, dasjenige zu geben, was vorhin gezahlet worden, nach welchem oblato es hier für 150 Thlr. per decretum vom 3. May 1718 gelaſſen worden, und es nunmehro dabey ſein Bewenden haben, und im Fall gütiger Zahlung vermittelſt der exemtion ſolches Geld eingetrieben werden muß; im übrigen die fiſcaliſche Klage 6
nicht allein und vornemlich wegen dieſer zwey Heergewetten, ſondern weil zu zwo unterſchiedenen malen die renouatio inueſtituræ unterlaſſen worden, angeſtellet iſt, Beklagte aber ſich bishero darauf nicht einlaſſen, noch denen vorigen citationen parition leiſten wollen, alſo dem Proceß nach nöthig geweſen, ihnen ſolches ſub pœna confeſſi et conuicti zu iniungiren, damit ferner, was ſich gebühret, erkant, und gegen die contumaciam verfahren werden könne:

So iſt wie geſchehen, zu erkennen geweſen. 7

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXIX.

RESPONSVM CLXVII.

THEMA.

Num liberi illegitimi, ſubſequente matrimonio non conſummato, in præiudicium domini directi legitimi cenſendi ſint, quoad ſucceſſionem in feudo?

SVMMARIA.

Species facti et quæſtio decidenda. n. 1. 2.
Conſenſus matrimonialis num ſufficiat ad matrimonium? n. 3.
Proclamationes in eccleſiis eum in finem ſunt introductæ, vt occultæ coniunctiones non prius apud eccleſiam profeſſæ ab antiquo pro illegitimis haberentur. n. 4. 5.
Iure Romano conſenſus coniugalis matrimonium conſtituit, non concubitus. n. 6.
Benedictio ſacerdotalis non de eſſentia matrimonii eſſe dicitur, ſed tantum ad honeſtatem publicam requiri. n. 7.
Liberi ex deſponſatis nati ſunt legitimi, ſi vel maxime mors ſponſi interuenerit, vt benedictio ſacerdotalis ſponſalibus concubitu firmatis accedere nequeat, n. 8. 10.
ita vt etiam ex ſententia D. D. in feudis ſuccedere poſſint. n. 9. 14.
Iure Longobardico naturales filii, licet poſtea fiant legitimi, ad ſucceſſionem feudi nec ſolli nec cum aliis admittuntur, n. 11.
Quod Dd. nonnulli tantum, ſed male, intelligunt de legitimatione per reſcriptum principis. n. 12. 24.

Iure canonico tanta est vis matrimonii, vt qui antea erant illegitimi, fiant legitimi. n. 13.

Coniunctio illegitima de iure canonico verum non constituit matrimonium, nisi accedat proclamatio et benedictio sacerdotalis. n. 15.

Leges positivæ iuri naturæ aliquid addere eiusque præceptis certam formam sub lege nullitatis præscribere possint. n. 16.

Quæ ad formam externam coniugii pertinent, a nemine sine vitio nullitatis omitti queunt. n. 17.

Sola proclamatio ad matrimonium perfectum non sufficit. n. 18.

Copula sacerdotali consensus coniugalis legitimo modo et publice declaratur. n. 19.

Legitimatio per subsequens matrimonium successionem feudalem in præiudicium domini directi non operatur, n. 20.

Quod ex iure Longobardico et speculis Sueuico et Saxonico illustratur. n. 21.

Licet hoc modo legitimati in allodio succedere possint. n. 22.

Dominus directus et agnati feudales ius quæsitum in feudo habeni intuitu successionis et aperturæ. n. 23. 24.

Mantel-Kinder *quatenus successionis feudalis capaces habeantur?* n. 25.

Successio feudalis legitimatorum enervatur legibus prouincialibus. n. 26.

l. 30. de R. I. l. 24. de R. N.

Derjenige casus worüber unser rechtliches Gutachten zu ertheilen begehret worden, bestehet in folgenden:

1 Es hat der von D. mit eines advocati Namens W. Tochter aus L. zwey uneheliche Söhne erzeuget, und sich zwar mit derselben proclamiren lassen, ist vor der copulation aber verstorben, und der eine sothaner Söhne, tanquam per subsequens matrimonium legitimatus zum Besitz des Nachgelassenen Lehnguts S. admittiret seyn wollen, dannenhero die Frage erwächset:

Quæstio.

2 **Ob per subsequens matrimonium non consummatum die Kinder in præiudicium domini directi legitimiret werden?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol anfänglich so viel die zwischen dem von D. und des aduocati W. geschlossene Ehe betrift, solche als vollenzogen gehalten werden möchte, angesehen es an dem consensu matrimoniali hier nicht ermangelt, sondern solcher dadurch zur Genüge declariret worden, daß er

4 sich bereits mit der gedachten W. proclamiren lassen, und dadurch seine Absicht, mit derselben in der Ehe zu leben, öffentlich vor der ganzen Gemeinde declariret, als wozu vornemlich die proclamationes anfänglich sind eingeführet worden, vt occultæ coniunctiones non prius apud ecclesiam professæ pro illegitimis habitæ ab antiquo fuerint,

TERTVLL. *de iudic. c. 4. p. 557.*

5 welches eines theils ad constituendum matrimonium nach dem praxi derer ersten Christen genug gewesen, und ausser der publica professione apud ecclesiam nichts weiter erfordert worden;

HOCHMAN *de benedict. nupt. c. 2. §. 9.*

6 andern theils auch bey den Römern nichts weiter ad matrimonii essentiam als der consensus coniugalis nöthig erachtet ist, quippe qui matrimonium constituit non concubitus,

und ob wol ausser der proclamation noch die benedictio sacerdotalis in denen Evangelischen Kirchen beybehalten ist, dennoch dabey so wol Theologi als ICti erinnern, daß solche nicht eben de essentia sondern nur de decoro coniugii zu achten, und nur ob honestatem publicam erfordert werde, 7

PEREZ *ad cod. tit. de nupt. n. 12.*
BRVCKNER *in decis. matrim. c. 1. n. 57.*
DEDEKENN *P. III. conf. theol. l. 2. de sponsal. sect. 1. n. 41.*
STRYK *ad ius eccl.* BRVNNEM. *lib. 2. c. 16. §. 6.*

woraus sie denn ferner schliessen, liberos ex desponsatis natos esse legitimos, si vel maxime mors sponsi interuenerit, vt benedictio sacerdotalis sponsalibus concubitu firmatis accedere nequeat, 8

BRVCKNER *in decis. matr. c. 2. n. 17.*
CARPZ. *P. III. c. 14. def. 12.*
CYPRAEVS *de iure connub. c. n. §. 21.*

so gar, daß dergleichen Kinder auch für fähig 9
zur successione feudali von vielen geachtet werden,

STRYK *de succeff. ab int. diff. 1. c. 3. §. 28. in f.*
STRVV. *in synt. iur. feud. c. 9. aphor. 3. n. 13.*
HORN. *in iurispr. feud. c. 15. §. 3.*

bey solcher Beschaffenheit also es das Ansehen 10
gewinnet, daß der Mangel der Priesterlichen copulation, welcher durch den Tod des von D. sich ereignet, der legitimation des mit der W. erzeugten Sohns nicht schaden könne,

MEV. *P. 2. decis. 81.*

dieserwegen derselbe auch für Lehns fähig zu ach- 11
ten seyn möchte, angesehen zwar in Longobardischen Lehn-Rechten generaliter folgender Gestalt versehen: naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur,

2. f. 26. c. naturales

dennoch von den meisten Rechts-Lehrern solches 12
bloß auf die legitimationem per rescriptum principis restringiret zu werden pfleget, als welches die Worte: nec soli nec cum aliis,

anzei-

anzeigen möchten, da in allodio es viel quoad successionem darauf ankommet, ob sonsten keine andere als die legitimati vorhanden, oder ob mit ihnen recht- und echtgebohrne Kinder concurriren, welcher Unterscheid im Gegentheil bey der
13 legitimatione per subsequens matrimonium nicht vorkommt, und dahero der angeführte textus davon nicht verstanden werden kan, cum tanta sit vis matrimonii, vt qui antea erant illegitimi, per illud fiant legitimi,

c. 6. X. qui fil. sint legit.

nach welchem principio in causis matrimonialibus auch bey denen Evangelischen verfahren und geurtheilet wird, ja zu glauben, daß dieses
14 auch in Lehns-successionen angenommen sey, wie solches die bewärthesten Rechts-Lehrer behaupten,

STRYK *cit. l. §. 27.*
STRVV. *cit. l. aph. 3. n. 12.*
HARTM. PISTOR. *lib. 2. qu. 41.*
GAIL *lib. 2. obs. 141. n. 2.*
MYNS. *cent. 5. obs. 42. n. 2.*

adeo vt etiam legitimatos per subsequens matrimonium ad feuda regalia admittant.

ROSENTHAL. *de feud. c. 8. concl. 18. n. 10.*
KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. VIII. n. 337.*
MYLER AB EHRENB. *in gamol. c. 24.*
ITTER *de feud imp. c. 14. §. 2.*

Rationes decidendi.

15 Weil aber dennoch so viel die vorgegebene vollenzogene Ehe betrift, offenbar ist, daß der von D. zu des advocati W. Tochter keine eheliche Liebe geheget, sondern dieselbe nicht anders als auf unerlaubte Weise gemißbrauchet, und mit derselben zwey uneheliche Söhne ausser der Ehe gezeuget, welche coniunctio illegitima auch nach denen Canonischen Rechten eine wahre Ehe nicht anders werden können, als wenn so wol die proclamation als Priesterliche Trauung diese unerlaubte Beywohnung in eine wahre Ehe verwandelt, solche formam coniugio præscriptam auch schon die Carolingische Gesetze vielfältig bestätiget, und ausser derselbe keine Ehe für gültig gehalten,

vid. capitular. apud BALVZ. *P. 1. p. 230. 945. 978. 1003. 1062. 1108. 1189.*
LL. Wisigoth. apud LINDENBR. *l. XII. lit. 3. leg. 8.*

16 dahero denn nicht zu regardiren, daß diese solennia ecclesiastica nicht per se ad essentiam coniugii gehören, sondern der consensus matrimonialis dazu zureichend ist, zumal mehr als zu bekant ist, quod leges positiuæ iuri naturæ aliquid addere eiusque præceptis certam formam sub lege nullitatis præscribere queant,

l. 6. D. de O. et I.

17 welches bey denen Ehen von langen Zeiten ebenfalls geschehen, dabey auch die Nothdurft erfordert, daß der consensus coniugalis publice et solenniter atque præscripto modo declariret werden müsse; quæ enim ad formam externam coniugii pertinent, a nemine sine vitio nullitatis omitti queunt,

CARPZOV. *l. 2. iurispr. consist. def. 142*
BRVCKNER *in decis. matrim. c. 2. n. 16.*
HOCHMAN. *de bened. nuptial. cap. 6. §. 7.*

und wie kein ander negotium, so ferne es die 18
formam a iure positiuo præscriptam nicht hat, einigen effectum iuris erreichen kan, eben so wenig auch dergleichen unvollkommene und nicht vollenzogene Handelung zu einer wahren Ehe zureichend seyn mag, wenn die nöthigen solennia, quæ pro forma externa præscripta sunt, nicht vollkommen adhibiret sind, wozu also die blosse Aufbietung nicht genug gewesen, als wodurch nur angezeiget ist, daß der von D. 19
mit der W. in eine Ehe nunmehro treten wollen, keinesweges aber daraus zu schliessen, daß er mit derselben in eine würckliche Ehe nach Vorschrift der Kirchen-Rechte getreten sey, als wozu vornemlich die Priesterliche copulation gehöret, wodurch erst diejenige, die in eine Ehe treten wollen, ihren consensum coniugalem legitimo modo et publice declariren; allenfalls aber, wenn gleich dergleichen Entschliessung, die geschwächete Person zu eheligen, nach 20
des MEVII und anderer Rechts-Lehrer Meinung zureichend seyn solte, die legitimation der unehligen Kinder zu bewerckstelligen, und ihnen die successionem in allodialibus zu L. zuzueignen; dennoch daraus nicht sofort folgen will, daß diese legitimatio per subsequens matrimonium auch die successionem feudalem in præiudicium domini directi nach sich ziehen könne, angesehen schon in uralten Zeiten verse- 21
hen, quod ex fornicatione nati iure carere debeant beneficiali,

AVCTOR *vet. de benefic. c. 1. §. 4.*

welches so wol im Sachsen- und Schwaben-Spiegel wiederholet,

ius Saxon. feud. c. 2.
ius feud. allem. c. 1. §. 4. et c. 40.

als selbsten in Longobardischen Lehn-Rechten gegründet ist,

2. feud. 26. c. naturales.

si vel maxime postea fiant legitimi, wie mit 22
dürren Worten hinzugethan wird, zumal der gleichen Ehen mit einer Person, so der vasall viele Jahre gemißbrauchet, und mit derselben unehlige Kinder gezeuget, dieselbe wol in soweit legitimiren kan, daß sie in allodial-Gütern, als welche von der freyen disposition des legitimatis lediglich dependiren, succediren können, eine andere Beschaffenheit es aber mit de- 23
nen Lehn-Gütern hat, als worauf der Lehn-Herr, wenn keine rechte in der Ehe erzeugete Kinder und andere agnati feudales vorhanden, ohnedem ein ius quæsitum intuitu aperturæ hat, so ihm durch Einschiebung solcher unehlig-gebornen Kinder, auf welche die Belehnung in Formulis: für sich und seine ehelich geborne Lei-

des Lehns-Erben, keinesweges zuziehen, ohne seinen consens nicht entzogen werden mag, wor-
24 aus denn leicht zu erachten, daß die Worte im Longobardischen Rechte: licet postea fiant legitimi, vornemlich auf den casum sequentis matrimonii gehen müssen, und nicht allein auf die legitimationem per rescriptum principis restringiret werden können, da eines theils die verba generalia sind, so auf alle Fälle gehen müssen: andern theils in beyden Fällen vna eademque ratio vorhanden, daß solche Kinder einmal von allen Lehns-successionibus von ihrer Geburt an ausgeschlossen gewesen, die der natürliche Vater zum præiuditz der Lehns-Folgere oder des Lehns-Herrn, welchen bereits ein ius quæsitum zustehet, ex post facto nicht lehnsfähig machen und ihnen ihr Recht ohne ihren consens benehmen kan, wie mit mehrern ausführen,

D. IO. GODOFR. BAVER *de successf. legitimat. per nupt. exule in feudis §. 25. sqq.*

SCHILTER *ad ius feud. allem. c. 40.*

25 so gar, daß wenn dergleichen Mantel-Kinder vordem lehnsfähig worden sollen, solches mit lehnsherrlichem consens geschehen müssen;

SCHILTER *cit. l. c. s.*

woraus denn der Grund leicht zu finden, warum in unterschiedlicher Reichs-Stände ja selbst in hiesigen Landen von alters her solche constitutiones, welche die Mantel-Kinder von der successione feudali gäntzlich ausschliessen, anzutreffen sind, als welche keine neue besondere Landes-Rechte sind, sondern nach der Eigenschaft der uralten Lehns-succession eingerichtet wor-
26 den, wohin des Chur-Fürsten MAVRITII *ordinatio politica de anno 1543. tit.* von denen aus der Ritterschaft, welche Kinder ausser der Ehe zeugen, und ihr Lehngut auf sie erben wollen ꝛc. zu referiren, als woselbst expresse versehen:

> Wiewol wir denen von der Ritterschaft oder andern unsern Lehnleuten die Ehe mit denen Personen, mit welchen sie vor der Ehe Kinder gezeuget, nicht verbieten, so wollen wir doch hinfürder auf Ansuchen und Bitte, so mehrmals durch unsere Landschaft und den grossen Ausschuß derselben, unterthänigstlich vorgewandt, keinen unsern Lehn-Mann der Kinder halber anders, denn für sich, und seine ehelich gebohrne Leibs-Lehns-Erben beleihen ꝛc.

woraus zu schliessen, daß unter solcher allgemeiner clausul, so in allen Lehn-Briefen insgemein anzutreffen, die legitimati per subsequens matrimonium keinesweges mit begriffen sind, noch auf dieselbe, als Lehns-Unfähige von ihrer Geburt an, in der Beleihung gedacht werden mögen,

HARTM. PISTOR. *P. 2. qu. 41.*

dahero auch in dem Gandersheimischen Land-Tags Abschied *de anno 1601. art. 31.* diese Ausschliessung ebenfals bestätiget ist:

> Zum ein und dreyßigsten ist der gnädigste Landes-Fürst erböthig, wegen der Mantel und per subsequens matrimonium legitimirten Kinder über oberwehnte von Se. Fürstl. Gnaden publicirten constitution nicht allein zu halten, sondern auch dieselben Kinder oder einige spurios zu neuern sonderlich Adelichen Lehnen keinesweges zu verstatten noch keinen zuzulassen.

Ja in der Magdeburgischen Policey-Ordnung *c. 44. §. 14.* ist solches noch expressiuer versehen:

> Und ob wir wol denen von der Ritterschaft, und anderen unseren Lehn-Leuten die Ehe mit denen Personen, mit welchen sie vor der Ehe Kinder gezeuget, nicht verbiethen, so sollen doch dieselben, ohne sonderbahre Begnadigung, der succession in die altväterlichen Lehn-Güter nicht fähig, sondern davon ausgeschlossen seyn,

nicht weniger ist in der *constitution* von Lehn- und Austeuer Sachen im Hertzogthum Hinter-Pommern und Fürstenthum Camin *de anno 1691. tit. 25. §. 3.* die Warheit dieser Rechts-Lehrer nochmals bestätiget worden:

> Als auch albereit in dem Land-Tages Abschied de anno 1654 die constitution bestätiget worden, welche anno 1633 den 28. April wegen der legitimirten gemachet, vermöge welcher dieselbigen, ob sie gleich per subsequens matrimonium legitimiret, in diesen Pommerschen Landen nicht Lehn-fähig seyn, noch ad successionem feudalem admittiret werden sollen, so hat es hiebey ferner keinen Zweifel ꝛc.

wie denn auch a. 1687 den 15. Dec. wegen der Märckischen Lande expresse durch ein Patent versehen worden,

> daß in denen Märckischen Landen keine legimati per subsequens matrimonium in die Lehn succediren sollen,

welches schon vormals von Churfürsten Johann Georgen verordnet gewesen, als welche constitution in dem gedachten Patent zum Grund geleget wird; welche Uebereinstimmung so vieler Landes-Rechte ein klärliches Kennzeichen ist, daß das ius Romanum so wenig als canonicum auf Adeliche Lehn-Güter sich appliciren lasse, und eben aus der Ursache in denen angeführten Landen vormals durch die Landstände der Antrag dahin geschehen, daß solches pro iure certo angenomm und befestiget werden möchte:

> Aus welchem allen wir denn nicht anders de-
> 27 nen Rechten nach schliessen und erkennen können, als daß per subsequens matrimonium non consummatum die Kinder in præiudicium domini directi nicht legitimiret werden. V. R. W.

PRIVATO ET B. LVDEWIGII NOMINE MENSE IVNIO MDCCXXXVIII.

DECI-

DECISIO CLXVIII.

THEMA.

Feudi possessores in Pomerania non sunt vasalli tantum, sed etiam subditi.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Non sola possessio bonorum in personalibus foro subiicit, sed domicilium. n. 2.

Pater non tenetur pro filio, n. 3.

nec filium alere, qui se ipsum exhibere potest. n. 4.

Vasallagium regulariter cum subiectionis iuramento coheret. n. 5.

Qui in Pomerania feuda tenent, et recognoscunt, non meri vasalli sunt, sed etiam subditi, cum iuramentum subiectionis præstent. n. 6. 7.

Quicquid inter alios actum, aliis non præiudicat. n. 8.

Medicamenta et sumtus ultimi morbi ad alimenta liberis debita pertinent. n. 9.

Decisio. n. 10.

Auf angebrachte Klage und erfolgtes Verfahren in Sachen des Hof-Apotheckers und Doctoris medicinæ Vater und Sohns die R. Klägern an einem, und des Cammer-Herrn von H. Beklagten am andern Theil, erkennen ꝛc. nach vorgehabtem Rath unserer Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Daß Beklagter Einwendens ohngehindert sowol sich bey unserm Königlichen Hof-Gericht allhier, so ferne die zum Gut gehörigen Huffen, so in Pommern liegen, bey unserer Pommerschen Lehns-curie zu Lehn gehen solten, als auf die Klage und beygefügte liquidationes sub pœna liquidi sich einzulassen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol Beklagter 1) exceptionem fori incompetentis opponiret, und dabey angeführet, daß sein Gut N. in der Neumarck gelegen, und er daselbst sedem fortunarum suarum habe, anbey er sowol als alle seine Vorfahren kein ander forum als die Königliche Neumärckische Regierung zu Cüstrin iemals agnosciret, welches auch 2) aus dem fol. 66. sub A. befindlichen attestato der Königlichen Neumärckischen Regierung sowol, als aus der Beylage sub B. erhellen möchte, als welche anzeigen, daß des Beklagten forum in personalibus die Neumärckische Regierung sey, zumal beyde Güter D. und N. auf Neumärckischem Grund und Boden gelegen; so wol 3) die Beylage sub C. fol. 68. darzuthun scheinet, daß selbst das Königlich Pommerische Hof-Gerichte in einer inquisitions-Sache wider eine Diebes-Bande requisitoriales ergehen lassen, und selbsten keine execution wider die Beklagten zu verhengen sich getrauet: nicht weniger 4) dasselbe bereits fol. 15. b. die Kläger ab und an die Neumärckische Regierung in dieser Sache verwiesen, und es fol. 20. nochmals dabey bewenden lassen; dagegen auch 5) die in actis befindlich Königliche rescripta dem Kläger nicht zu statten kommen möchten, angesehen fol. 8. dem Königlichen Hof-Gerichte, wie weit ihre iurisdiction in dieser Sache fundiret sey, zu untersuchen mit aufgegeben, Beklagten auch fol. 38. in rescripto vorbehalten, in termino zu erscheinen, und seine exceptionem fori incompetentis zu opponiren; im Gegentheil 6) Klägern nicht zu statten kommen möchte, daß laut fol. 28. befindlichen attestati ein Theil der N. Hufen und eines Bauren gantzes Hofland auf Pommerschen Grund und Boden liegen, als, welche ex principali sede, so in der Neumarck lieget, zu æstimiren, und als blosse accessoria des Guts N. anzusehen, aus dem loco domicilii aber das forum domicilii vornemlich in personalibus zu ermessen ist, nec sola possessio bonorum in personalibus foro subiicit, sed domilium!

MEV. *P. 4. dec. 256. n. 7.*

3 ausser diesem aber 7) Beklagter sich nicht schuldig erachtet, auf die Klage sich einzulassen, sondern derselben exceptionem non competentis actionis opponiret, anerwogen die Klage des Beklagten verstorbenen Sohns eigene Schuld betrift, welche sowol für dessen Cur als gerechte Artzeney in der letzten langwierigen Kranckheit prætendiret wird, welche Beklagter zu bezahlen sich nicht schuldig hält, da eines theils die iura den Vater nicht obligiren des Sohns Schulden zu bezahlen:

l. 1. C. ne fil. pro patre

4 andern theils des Beklagten Sohn bereits Königl. Lieutenant gewesen, von Königl. Majest. sein tractament gehabt, und Klägere dahero

bey ihm und seinem Nachlaß ihre Bezahlung suchen müssen, ausserdem bekant sey, quod pater non teneatur alere filium, qui semet ipsum exhibere queat.

l. 5. §. 7. de agnosc. vel alend. lib.

Rationes decidendi.

5 Dieweil aber dennoch Beklagten nicht in Abrede seyn können, auch das fol. 28. befindliche attestatum solches darleget, daß einige Länderey zu dem Gut M. gehören, so auf Pommerischen Grund und Boden liegen, und es lediglich dabey hierauf ankomt, ob die gedachte Länderey bey der Pommerschen Lehns-curie zu Lehn gehe oder nicht, da im ersten Fall der Beklagte bey dem Königlichen Hof-Gericht zu Stargard auch in personalibus sein forum competens hat, quod vasallagium regulariter cum subiectionis iuramento cohæreat,

MENCKE *de foro vasall. compet. sect. 1. §. 3. et sect. 2. §. 15.*

LYNCK. *in anal. ad* SCHWED. *ius publ. P. spec. sect. 2. c. 10. §. 10.*

HORN *iur. publ. prud. c. 62. §. 2.*

6 welches auch in Pomerania seine Richtigkeit und application hat, qui enim in Pomerania feuda tenent et recognoscunt, non meri vasalli sunt, sed etiam subditi, cum etiam iuramentum subiectionis præstent.

MEV. *P. 2. decis. 325. n. 3.*

7 Gleichwol weil von dieser Beschaffenheit der quæstionirten Länderey keine Nachricht bey denen actis zu finden, wir nicht anders als conditionate erkennen mögen, zumal wenn die gedachte Länderey, von obstante daß sie im Pommerischen gelegen, bey der Neumärckischen Lehns-curie zu Lehn gehen solten, alsdann Beklagter ratione seines Guts N. bey der Neumärckischen Regierung sein forum competens haben, und was ex eodem MEVIO in rat. 6. angeführet, seine application finden würde: im ersten Fall aber die rationes dubit. nichts verfangen wollen; anerwogen ad 1) es nicht darauf ankomt
8 was bishero geschehen, sondern was de iure geschehen können und müssen: ad 2) die attestata sub A. et B. nur anzeigen, daß die Neumärckische Regierung des Beklagten forum competens in personalibus sey, gleichwol dabey nicht ausschliesset, daß nicht auch bey dem Königlichen Hof-Gerichte zu Stargard sein forum competens seyn könne, wenn er die quæstionirte Pommerische Länderey bey der Pommerischen Lehns-curie in feudum recognosciren solte; wiederum ad 3) keine nothwendige Folge machet, daß, was etwa ex regulis prudentiæ und zu Abschneidung aller zu befürchtenden Weitläuftigkeit geschehen, ad consequentiam gezogen werden müsse, cum quod inter alios actum, aliis non præiudicet; ad 4) aber bloß dem Kläger per decretum angerathen ist, daß er am besten für sich thun würde, wenn er bey der Neumärckischen Regierung seine Klage anbringen würde, welches aber keine Nothwendigkeit involviret, wie denn auch ad 5) so wol die Königlichen rescripta, als was in rat. 6) angeführet, nach der vorhin angeführten distinction zu erläutern und de fori competentia darnach zu urtheilen ist; übrigens so viel ad 7) 9
die exceptionem non competentis actionis betrift, dabey insbesondere zu erwegen, daß allhier die Schuld, woraus geklaget wird, von Reichung derer medicamenten, und der Gebühren wegen der langwierigen Cur des Beklagten seeligen Sohn herrühret, so ad alimenta liberis debita ohnstreitig mit gehören,

l. 44. D. de V. signif.

COLER *de aliment. l. 2. c. 1. n. 4.*

und ein Vater zu deren Abtragung, sicuti ad alimenta, verbunden ist, mithin der *rit. C. ne pater pro filio* auf dergleichen debita naturalia nicht zu ziehen; hierüber wol zu glauben, daß, ohngeachtet dessen Sohn ein Königlicher Lieutenant gewesen, und im Königlichen Sold gestanden, dennoch derselbe die langwierige Cur und was darauf verwendet werden müssen, von seinem tractement nicht bestreiten können, mithin was de liberis, qui semet exhibere possunt, angeführet ist, hier sich nicht appliciren lässet, vielmehr Beklagter schuldig ist, auf die Klage und insbesondere auf der Klägere liquidationes sich einzulassen:

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen. 10

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE DECEMBR. MDCCXXXVI.

RESPON-

RESPONSVM CLXIX.

THEMA.

Num agnati iure Magdeburgico in feudo succedentes litem cœptam reassumere obligentur, vel noua contra eos actio sit instituenda?

SVMMARIA.

Species facti et quæstio decidenda. n. 1. 2.
Quoties persona actoris vel rei mutatur per mortem, regulariter processus reassumendus est. n. 3. 4.
Vnitas personæ ex qualitate tituli non mutatur. n. 5.
In vsucapione tempus antecessoris et præsentis possessoris coniungitur, et sic vterque pro vna persona habetur. n. 6.
Lites pendentes sequuntur eum, cui fundus, de quo litigium est, adiudicatur. n. 7.
Si vniuersitas, etsi communem syndicatum constituit, morte membrorum extincta est, num noua eius membra ad reassumendam litem citanda sint? n. 8. 25.
Litis pendentiæ effectus est, vt nihil fiat innouandum. n. 9.
Reassumtio processus abbreuiandis processibus inseruit. n. 10.
Quodsi vel maxime vnus statim terminus præcesserit, etsi lis nondum fuerit contestata, obligatio ad reassumendum processum efficax est. n. 12.
Reassumtio processus non est iuris Romani, sed ex mera obseruantia forensi orta est, imprimis in terris Saxonicis. n. 14.
Licet heres cum defuncto pro vna persona habeantur, hoc tamen fictione iuris potius quam rei veritate fit, adeoque citatione ad reassumendum processum opus est. n. 15.
Reassumtio processus est species hereditatis additionis, n. 16.
adeoque tantum locum habet in heredibus proprie dictis, qui causam a defuncto habent, n. 17.
non heredibus singularibus, n. 18.
Nec iis, qui ex pacto et prouidentia maiorum in feudis succedunt. n. 19. 24.
Quod praxi Saxonica illustratur. n. 20. 22.
Quæ ex sola obseruantia contra ius commune sunt introducta, strictissime sunt accipienda. n. 21.
Successor singularis in lite non succedit. n. 22.
Sed noua contra eos actio instituenda est. n. 23. 24. seqq.
Decisio. n. 28.

1 Die mir überschickte species facti bestehet aus folgenden Umständen:

Es hat Otto B. von A. sich anno 1620 verbündlich gemacht, daß die seiner damaligen Braut Politten Emerentien von B. als der jetzigen Klägere Großmutter, zu Wiedererstattung der Ehe-Steuer, auf sich begebenden seinen Todesfall Zeit ihres Lebens 360 Thlr. als bewilligte jährliche Leib-Zinsen aus dem Lehne gereichet, und zu dessen Versicherung die Lehn-Güter N. R. und G. verschrieben werden solten. Nun ist vorgedachter von A. 1631 seine Frau aber 1672 verstorben, nachdem sie von obgedachten Leib-Zinsen nichts genossen, weswegen ihre successores gegen des Otto B. von A. Erben Klage erhoben, und die Sache durch verschiedene iudicata dahin gediehen, daß auf die Einlassung sub pœna confessi et conuicti erkant worden. Nachdem aber diese kürtzlich verstorben, und solchergestalt die verschriebene Lehn-Güter auf die Herren quærenten als agnaten gefallen, so haben die Klägere vor der Königlichen Regierung zu M. daher, weil der letzt verstorbene vasallus von A. niemalen eine Vollmacht auf Erben und Erbnehmen ausgestellet, gegen die jetzigen Lehns-Folger auf reassumtionem processus geklaget, wannenhero dieselbe belehret seyn wollen:

Quæstio

2 **Ob sie nach den Magdeburgischen Rechten obgedachten Proceß zu reassumiren schuldig, oder von denen imploranten besonders mittelst einer neuen und ordentlichen Klage zu belangen sind?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol die obligatio ad reassumendam litem auf gewisse Weise in dem Hertzogthum Magdeburg angenommen zu seyn scheinet, und auch sonsten die reassumtion nach einhelliger Meinung derer Rechts-Gelehrten regulariter geschehen muß, quoties persona actoris vel rei mutatur per mortem,

CARPZ.

CARPZ. *proc. tit. 6. a. 4. n. 7.*
BOCER. *concl. 6. diff. 32. th. 37.*
GAIL. *l. 1. O. 209. n. 5.*

4 bevorab, wenn, wie hier geschehen, noch keine Vollmacht auf Erben und Erbnehmen ad acta gegeben ist, inzwischen aber des Beklagten Person sich ändert, und ein ander nunmehro an dessen Stelle tritt, welcher von den vorigen Beklagten gantz unterschieden, und man dahero von ihm Gewißheit haben muß, zumal die Beklagten überhaupt hierinnen kein Vorrecht haben, adeo vt vtriusque successores ad hanc reassumtionem obligentur.

CARPZ. *cit. l.*
VALASCVS *conf. 38. n. 1.*

5 Am allerwenigsten aber 2) hiervon ein successor singularis zu eximiren, wohlerwogen die vnitas personæ ex qualitate tituli nicht geändert wird, quum etiam hic ius suum ex ma-
6 nibus antecessoris accipiat, wie aus der doctrin de vsucapione erhellet, in qua tempus antecessoris et præsentis possessoris coniungitur et sic vterque pro vna persona habetur;

l. 14. 17. D. de vsurp. et vsucap.

7 in specie aber 3) in litibus pendentibus dieses statt findet, und dergestalt observiret wird, daß die Rechtshängigen Sachen von denen successoribus singularibus, so weit sie ex qualitate ipsius causæ auf dieselbe gehen, übernommen werden müssen, quod certo argumento ex

l. 47. fam. herciſc.

colligitur, vbi etiam in communi diuidundo iudicio, quod extra controuersiam singulare est,

l. 4. pr. §. 2. com. diuid.

integra actio eum sequi dicitur, cui fundus adiudicatur,

GOTHOFR. *ad cit. l. lit. m.*

die reassumtio processus aber nach der hergebrachten Gewohnheit ein connexum ipsius litis ist, dergestalt, daß derjenige, wen dieser angehet, ex paritate rationis der reassumtion, ohne welche der Proceß nicht continuiret werden kan, keinesweges sich entziehen mag; wie
8 solches in specie 4) bey einer vniuersitate litigante erhellet, gestalten, wann deren membra, so einen communem syndicum constituiret, ausgestorben, und neue membra an deren Platz gekommen, die aus neuen membris besetzte vniuersitas ad reassumendam litem, ohngeachtet dieselben ohnstreitig successores singulares sind, citiret werden muß.

CARPZ. *P. 1. C. 13. def. 13.*

9 Womit auch 5) die rationes iuris übereinkommen, nach welchen die litis pendentia den besondern effect hat, vt lite pendente nil innouandum sit.

tot. tit. X. vt tit. pendent.

10 Nicht weniger 6) dergleichen reassumtion zu Verkürtzung derer Processe offenbar dienet, da anderer Gestalt und wann man einen successorem besonders und von neuem wieder belangen müste, ohne langen Zeit-Verlauf keine Sache geendiget werden könte, so aber vermöge der reassumtion ein ieder den Proceß in dem Stande, wie der defunctus hinterlassen, zu übernehmen, und zu verfolgen verbunden ist; bey welchen Umständen 7) die Herren quærenten 11
in dem gegenwärtigen lite deren sich zu entziehen um destoweniger befugt zu seyn scheinen, iemehr sich hervorthun will, daß die Schuld quæst. auf dem Lehn hafte, und aus demselbigen, ob sie gleich des letzten possessoris feudi Erben nicht geworden, sondern ex pacto et prouidentia maiorum, mithin titulo singulari, succediret, gefordert werde; endlich 8) der Um- 12
stand, daß in der gegenwärtigen Sache mit dem letzt verstorbenen vasallo noch nicht lis contestiret, sondern bloß auf die Einlassung erkant, diese Meinung nicht alteriren möchte, wol erwogen die Rechts-Gelehrten einhellig dafür halten, quod si vel maxime vnus saltim terminus præcessit, etsi lis nondum fuerit contestata, obligatio ad reassumendum processum efficax sit,

CARPZ. *R. 24. n. 16.*
BERL. *concl. 27. n. 6.*

welchen principiis nichts entgegen in denen 13
Magdeburgischen Rechten verordnet, vielmehr *in c. 26. ord. proc. Magd.* nur alsdann die reassumtio, wenn auf Erben gerichtete Vollmachten ad acta gegeben, nachgelassen, von diesem casu aber nichts darin verordnet worden, dieserwegen solcher ex principiis iuris communis eiusque analogia zu suppliren ist, und dabey es das Ansehen gewinnen will, als ob die Herren quærenten den Proceß zu reassumiren allerdings verbunden.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) bey Erörterung 14
der vorstehenden Frage überhaupt zum Grunde zu setzen, daß die in foris übliche reassumtio processus in dem iure Romano nicht gegründet ist, sondern ex mera obseruantia forensi herrühret,

BERLICH *P. 1. concl. 27. n. 3.*

insbesondere aber in Sachsen nach der Sächsischen Proceß und Gerichts-Ordnung c. 17. üblich ist, und daher auch in andern Landen angenommen, auch zum Theil durch die Landes-Ordnungen hin und wieder bestätiget worden, mithin ex obseruantia saxonica die desfals entstehende Streit-Fragen in zweifelhaften Fällen am besten zu entscheiden sind; gleichwolen 2) die 15
Sächsischen Rechts-Gelehrten, wann sie von besagter reassumtion handeln, bloß derer Erben des verstorbenen partis litigantis Meldung thun, als auf welche der Proceß ohnedem in statu quo verfallen, und denen zum besten besagte reassumtion, damit durch den Tod der Proceß nicht ins stecken gerathe, hauptsächlich recipiret worden, quamuis enim heres cum defuncto pro vna persona habeatur et sic citatio huius ad illum quoque pertineat, hoc tamen fictione iuris

iuris potius quam rei veritate fit, adeoque citatione ad reassumendum processum opus est,

MAVRIT. *de cit. ad reassum. §. 13.*
CARPZ. *tit. 6. art. 4. n. 37.*

16 und in solcher Absicht gemeiniglich 3) dafür gehalten wird, quod litis reassumtio sit species hereditatis additionis,

FINCKELTH. *obs. 110. n. 10.*
CARPZ. *P. 3. dec. 244. n. 11.*

17 welches prædicatum bey keinen andern, als heredibus proprie sic dictis et qui causam a defuncto habent, statt findet, dahingegen 4) von successoribus singularibus nicht gesaget

18 werden kan, daß sie dem defuncto in lite succediren, und dessen factum præstiren müssen, als welche ihre Gerechtsame nicht so wol ex repræsentatione et beneficio defuncti, als einem aliunde ihnen zustehenden iure genieſſen, dahin

19 billig diejenigen zu referiren, welche ein Lehn-Gut ex pacto et prouidentia maiorum als agnati, mithin nicht a defuncto vasallo iure hereditario erhalten, wie in dem gegenwärtigen Fall, da die Herren quærenten des letzt verstorbenen vasalli agnati sind, sich ergiebet;

20 wannenhero 5) nach der praxi saxonica man dafür hält, daß ein solcher Lehnsfolger ad reassummendam litem contra defunctum vasallum motam nicht verbunden sey, sondern wegen derer Lehns-Schulden besonders und mittelst einer neuen Klage belanget werden müsse, wie dieses aus denen gemeinen iuris principiis mit mehrem deducitet

BERGERVS *suppl. ad discept. forens. P. III. tit. 17. p. 401.*

21 welche Meinung 6) um desto gegründeter ist, ie richtiger der oben angeführte Satz ist, quod litis reassumtio ex sola obseruantia contra ius commune sit introducta, qualia quæ sunt, strictissime accipi et ad personas heredum restringi debent, vtpote qui tantum in lite succedunt;

CARPZ. *proc. cit. l. n. 37.*

22 So dann 7) in dem Hertzogthum Magdeburg, da die quæstionirte Lehn-Schuld ausgeklaget werden muß, desfalls nichts anders geordnet, vielmehr sowol in des Administratoris AVGVSTI Proceß-Ordnung *de anno 1652. c. 27.* als auch der Magdeburgischen Proceß-Ordnung *de anno 1686. c. 12.* lediglich derer Erben und Erbnehmen Meldung geschehen, und diesem bloß in denen allegirten locis obbesagte reassumtio auferleget ist, und dann diese leges, wie oben erinnert, billig ex praxi Saxonica, ja ex communi principio iuris, quod successor singularis in lite non succedat, in zweifelhaften und

23 nicht deutlich benannten Fällen erkläret werden müssen, zumal nicht folget, daß, weil die Lehns-Folger ratione feudi dieser Schuld belanget werden können, der vorhin bey dem defuncto anhängig gemachte Proceß von ihnen reassumiret werden müsse, weil sie sonsten contra iuris

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

feudalis principia ex defuncti facto stehen, und alles genehm halten müssen, was derselbe bishero in dem angefangenen Proceß gethan, dazu sie kein Recht verbindet; wogegen die in rat. dubitandi 24
angeführte momenta nicht zu attendiren, wohlerwogen ad primam daraus zwar die Zeit, da die reassumtio vonnöthen, nicht aber, worauf es ietzo ankommt, wer diejenigen sind, welche dazu verbunden, erhellet, und dann ad secundam ein solcher successor singularis, welcher, wie alhier, ex iure proprio und nicht ex beneficio defuncti ein Lehn-Gut erhält, mit einem herede, qui repræsentat defunctum, ohnmöglich æquipariret werden kan, vielweniger was de vsucapione angeführet, per omnia bey einem successore singulari statt findet, oder daraus eine plena identitas cum herede zu schlieſſen. Im übrigen quoad tertiam nicht ge- 25
leugnet wird, quod debita feudalia possessorem sequantur, und dahero die Herren quærenten als possessores feudi wegen der quæstionirten Lehn-Schuld belanget werden können, gleichwol daraus nicht folgen will, daß sie litem antecessoris in statu quo zu reassumiren schuldig sind, vielmehr durch eine besondere Klage belanget werden müssen, wogegen das ab vniuersitate in rat. quarta angeführte argumentum nicht angeführet werden kan, wohlerwogen die desfalls oben allegirte doctrina CARPZOVII denen principiis iuris nicht einsten gemäß, und dahero von andern sattsam widerleget worden, quum personæ collegii, non qua tales, sed qua membra collegii constituant syndicum, collegium autem perduret, licet personæ mortuæ fuerint.

MAVRIT. *cit. l. §. 17.*
conf. LEYSER *spec. 54. med. 13.*

Ferner ad quintam die litis pendentia nur die- 26
jenigen betrift, welche lis cœpta et per mortem interrupta angehet, quales sunt heredes, auf diejenigen aber, welche ex iure proprio et plane separato a iure antecessoris succediren, keinesweges zu adpliciren, vielweniger, daß dergleichen effectus der litis pendentz überhaupt zugeeignet worden, irgend in den Gesetzen zu befinden, desgleichen ad sextam ex sola litium 27
abbreuiatione keinem tertio sein ius proprium zu beeinträchtigen, welches aber geschehen würde, wenn desfalls bloß dem successori singulari die quæstionirte reassumtio schlechterdinges aufgebürdet würde, als welcher seine eigene exceptiones dilatorias et litis ingressum impedientes haben kan, und welchen das Urthel so wenig, als die darnach erfolgte resolutiones, angehet oder bindet.

arg. l. 63. D. de re iudic.

Endlich ad septimam ex qualitate debiti bloß die quærenten wegen der quæstionirten Schuld belanget werden können, nicht aber, wie und auf was Art und Weise sie solche zu übernehmen schuldig, worauf es doch anietzo lediglich ankommt, erhellet.

28 So bin ich der Rechtlichen Meinung, daß die Herren quærenten nach denen Magdeburgischen Rechten den Proceß zu reassumiren nicht gehalten, sondern allenfalls aufs neue von denen Klägern belanget werden müssen. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE DECEMBR. MDCCXXXV.

RESPONSVM CLXX.

THEMATA.

I. Filiæ nobiles augmentum dotis ex feudo, post constitutionem eius per successionem feudalem augmentato, petere nequeunt.

II. Qualitas feudalis non inhæret pecuniæ ex feudo redactæ.

III. Vasallo debita ad feudum liberandum ex allodio soluere integrum est.

IV. De debitis feudalibus et meliorationibus.

SVMMARIA.

Species facti ac quæstio I et II. decidenda. n. 1. 2.

Consensus non extenditur ad futura. n. 3.

Contra determinationem quanti dotalis ex feudo iudicialiter factam læso propter auctoritatem iudicialem allegari nequit. n. 4.

Confirmatio iudicialis ad bene esse non ad esse requiritur. n. 5.

In dote filiarum ex feudo determinanda, huius pretium non attenditur. n. 6.

Ob augmentum feudi, maxime per successionem feudalem, dos filiarum augeri non debet. n. 7.

Pecunia destinata ad feudum manet allodialis. n. 8.

Decisio quæstionis I et II. n. 9.

Quæstio III. n. 10.

Pecunia ex feudo redacta non est feudalis, sed allodialis. n. 11. 12.

Inuestitura demum qualitatem feudalem rei addere potest, n. 13.

licet praxis variarum prouinciarum circa hanc quæstionem differat. n. 12. 14.

Decisio quæstionis III. n. 15.

Quæstio IV. et V. n. 16.

Soror uterina fratrem consanguineum in bonis defuncti maternis excludit. n. 17. 19.

Vasallo debita ad liberandum feudum ex allodio sumere licet. n. 18.

Decisio quæstionis IV. n. 20.

Debita vasalli ex allodio sunt soluenda, nisi feudum legitime oppignoratum, n. 21.

vel a vasallo contrahente debitum in vtilitatem feudi versum sit. n. 22.

Mutuum eum in finem contractum, vt feudum ab onere liberetur, in locum debiti feudalis surrogatur, et pro onere feudali habetur. n. 23.

Decisio quæstionis V. n. 24.

Quæstio VI. n. 25.

Aduocatus expensas litis feudalis a successore feudali repetere potest, quia operæ eius in vtilitatem feudi cesserunt. n. 26.

Decisio quæstionis VI. n. 27.

Quæstio VII. n. 28.

Quilibet verum suarum arbiter et dominus est, adeoque reditus pro lubitu expendere potest. n. 29.

Debita vltra quantitatem allodii contracta successores feudi non afficiunt. n. 30.

Decisio quæstionis VII. n. 31.

Quæstio IIX. n. 32.

Melioramenta sunt feudi accessorium, et ad successores feudales pertinent. n. 33.

Immo in Saxonia certis in casibus ab heredibus allodialibus repeti nequeunt. n. 33. 35.

Secundum ius feudale incrementa feudi et meliorationes cedunt vasalli heredibus. n. 34.

Decisio quæstionis IIX. n. 36.

Quæstio IX. n. 37.

Heredes in allodio omnia debita, quæ onus feudale non continent, soluere tenentur. n. 38.

Decisio quæstionis IX. n. 39.

Quæstio X. n. 40.

Expensæ funeris proprie debitum feudale non constituunt, n. 41.

sed deficiente allodio, ex feudo in subsidium soluendæ sunt. n. 42.

Nisi

Nisi per leges prouinciales, vti in Marchia, aliud statutum sit. n. 43.
Decisio quæstionis III. n. 44.
Quæstio XI. n. 45.
Contractus tempore minorennitatis inualide initus per ratihabitionem in maiorennitate factam conualidatur. n. 46.
Minor curatorem habens non est absimilis ei, cui a prætore, curatore dato, bonis interdictum est. n. 47.
Decisio quæstionis XI. n. 48.
Quæstio XII. n. 49.
Tutor quivis rationes legitime reddere et iustificare tenetur. n. 50.
Loco quietantiarum vero aliis probationibus vti potest. n. 51.
Decisio quæstionis XII. n. 52.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst unterschiedlichen Fragen zugeschicket ꝛc.

1 Ist ein Edelmann in der Marck Brandenburg, Namens Augustus, mit Hinterlassung zweyer Söhne erster Ehe, Caroli und Titii, und aus der andern Ehe dreyer Kinder, als Mevii Petri und Annæ verstorben, darauf dessen Verlassenschaft durch verordnete commissarios taxiret, die partes gemacht, und dem jüngsten Sohn letzter Ehe Petro, das Lehn zugefallen, dafür er einem ieden Bruder 1950. Thlr. herauszugeben, diese aber solches Geld wieder an Lehn zu legen versprechen müssen, wie denn nicht weniger der Schwester Anna zur Aussteuer von iedem Bruder 200 Thlr. insgesamt 800 Thlr. sind destiniret worden, und denn anitzo vor kurtzem der Mevius, und nach ihm Petrus, als Besitzer des per sortem zugefallenen Lehn-Gutes ohne Hinterlassung einiger Kinder verstorben, der dritte Bruder Carolus auch schon vor sieben Jahr, doch mit Hinterlassung eines Sohnes abgegangen, mithin anitzo der noch einig lebende andere Sohn erster Ehe Titius das Lehn-Gut bekommen, und also wegen der Verlassenschaft der beyden letzten Brüder, so kürtzlich verstorben, einiger Zweifel entstehet, so wird gefraget:

Quæstio I.

2 **Ob Titius nicht schuldig sey, wegen dieser ihm zugefallenen Erbschaft seiner beyden verstorbenen Halbbrüder der Schwester** Annæ portion **zu verbessern?**

Quæstio II.

Wie hoch nunmehro euentualiter **das** quantum dotis ex feudo **seyn müsse?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun zwar, so viel die erste Frage betrift, eingewant werden möchte, daß die Schwester Anna zwar damals in die 800 Thlr. Heyraths-Gelder consentiret, dennoch ihres Rechts ratione augmenti dotis sich nicht begeben, die Güter auch dazumal gar zu gering taxiret, und also die Schwester wol vltra dimidium lædiret worden, wozu denn kommt, daß ein Vetter aus dem andern Theil des Guts 2000 Thlr. noch kürtzlich für etwa sechs Jahren den gesamten Brüdern wegen einer gehabten Anwartung gezahlet, und dieselbe solche allein zu sich genommen, hergegen der Schwester Annen nichts davon heraus gegeben:

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die taxation des Lehn-Gutes, auch Eintheilung desselben, wie auch die determination des quanti dotalis durch darzu verordnete commissarien geschehen, mithin propter auctoritatem iudicialem nunmehro keine læsio allegiret werden mag, 4

l. 36. D. famil. herciscæ.
l. 65. §. 2. ff. ad. SCt. Trebell.

und obgleich die Königliche confirmation nicht gebeten, solche doch diese gemachte Theilung nicht umstossen mag, als welche nur melioris securitatis gratia darzu erfordert worden, die verstorbene Brüder auch wegen einiger læsion niemals geklaget, vielweniger die Schwester ratione dotis minoris klagen kan, anerwogen bekant, daß obgleich ein Lehn-Gut von grossem Werth ist, doch gar selten die Aussteuer über 1000 Thlr. determiniret werde, 5 6

COLER *I. dec. 213. n. 18.*
HARTMAN. PISTOR. *l. 2. q. 37. n. 18.*

auch in Lehn-Rechten nicht gegründet, daß ob augmentum feudi, maxime per successionem feudalem, nachgehends die Schwestern, so einmal dotiret, ein augmentum dotis von dem Bruder prætendiren können, weil sonsten daraus erfolgen würde, daß die Schwestern bey einem ieglichen erfolgten neuen Lehnsfall einen neuen dotem prætendiren können, zumal schon einmal die Schwester Anna ratione totius feudi dotiret worden, obgleich solches dazumal unter vier Brüdern hat müssen getheilet werden; nunmehro aber per successionem auf den einen Halbbruder Titium allein gefallen, wie dann nicht weniger die 2000 Thlr. so die vier Brüder nachgehends insgesamt von ihrem Vetter wegen einer Lehns-prætension gehoben, ihnen billig allein zugehöret, anerwogen sie dagegen das Recht, so ihnen als Lehnsfolgern allein zugestanden, remittiret. Im übrigen wenn die Lehns-Portion des letzt verstorbenen Bruders Mevii aus dem Lehn-Gut noch nicht völlig abgetragen seyn solte, solche der vollbürtigen Schwester Annæ billig herausgegeben werden muß, und 7

dabey nichts hindert, daß die Brüder versprochen, solche gehobene Gelder wieder an Lehn-Güter zu wenden, zumal die Lehn-Rechte Anweisung thun, quod pecunia destinata ad feudum, adhuc allodialis maneat:

FINCKELTH. *disp. feud. 3. contr. 3. lit. 6.*

9 So halten wir dafür, daß zwar die Schwester Anna nunmehro kein augmentum dotis prætendiren könne, dennoch die Lehns-Portion ihres Brudern Mevii, so ferne dieselbe ex feudo noch nicht abgetragen seyn solte, zu fordern befugt sey.

Quæstio III.

10 **Ob, da die vier Brüder sich mit ihrem Vetter wegen einer Lehns-prætension abgefunden, und ieder 500 Thlr. empfangen, die Schwester** Anna **schuldig sey, ihrer itzt verstorbenen Brüder, des** Mevii **und** Petri, **gehobenes** quantum ex allodio ad feudum **zu refundiren?**

Rationes dubitandi et decidendi.

11 Hierbey möchte zwar dieser Zweifel vorkommen, daß weil die Lehn-Erben die 2000 Thlr. propter prætensionem feudalem gehoben, solche auch qualitatem feudalem angenommen, und also nach des Mevii und Petri Tode ex allodio zum feudo müssen geschlagen werden, welche Meinung absonderlich in der Marck-Brandenburg scheinet eingeführet zu seyn.

PRVCKMAN. *conf. 50. n. 517. seqq. vol. 1.*

12 Dieweil aber dennoch aus den Lehn-Rechten bekant, quod ne quidem pecunia ex feudo vendito redacta feudalis, sed allodialis sit,

2. f. 26. §. si vasallus de beneficio.

BERLICH *P. 3. concl. 41. per tot.*

13 ex ratione iuris generali, quod pretium non succedat in locum rei, maxime, quia demum inuestitura qualitatem feudalem rei addere potest,

FINCKELTH. *disp. feud. 3. contr. 10. lit. a.*

14 und was de Marchica praxi angeführet worden, nicht pro iure perpetuo et stabili gehalten werden mag, wie denn praxis Saxonica auch hierin variiret, und da man vordem das contrarium behauptet, nunmehro nach denen angeführten fundamentis gesprochen wird,

teste BERLICH. *cit. l. n. 6.*

zumal auch hier das Geld nicht mehr vorhanden, sondern ein ieder Lehnsfolger solches in seinen Nutzen verwandt, als allodial tractiret, folglich die vier Brüder niemals die Absicht geführet, daß solches als Lehn erachtet werden solle:

Als erscheinet daraus so viel, daß die Schwester Anna ihrer vollbürtigen Brüder gehobenes quantum von den 2000 Thlr. ex allodio ad feudum zu refundiren, nicht schuldig sey. 15

Quæstio IV.

Weil der verstorbene Petrus **seiner Brüder** portion **aus seiner Mutter Gut gezahlet, ob der itzige** possessor **schuldig sey, seiner Halb-Schwester ihres verstorbenen Bruders Mütterliches zu** restituiren, **so zu Befreyung des Lehns angewendet worden?** 16

Quæstio V.

Ob der Schwester die von ihrem vollbürtigen Bruder Petro, **dem Halbbruder** Carolo **bezahlte Lehns-Portion der 1950 Thlr. nicht gut gethan werden müsse, oder da Gelder dazu ausgeliehen, ob solche** ex allodio **oder** feudo **zu bezahlen?** 17

Rationes dubitandi et decidendi.

Bey der vierten Frage ist zwar sonst Rechtens, daß ein Halbbruder seines Halbbruders bona materna nullo modo erben könne, so lange noch eine Halbschwester vorhanden, welches denn per indirectum in diesem Fall geschehen würde, so die Schwester solches nicht zu fordern berechtiget seyn solte: 18

Dieweil aber dennoch dem Bruder Petro frey, gestanden die Lehn-Portiones wie auch quantitatem dotis ex feudo debitam ex allodio zu bezahlen, als welches sein Eigenthum gewesen, und er also damit schalten und walten können, wie er gewolt, und ob solche debita zwar vornemlich das feudum afficiret, dem possessori doch nicht hat verwehret werden mögen, in conseruationem feudi seine allodial-Güter anzugreiffen, als wozu auch seine mütterliche Güter, nachdem er sie geerbet, gehören, und gleichwie er solche fremden legiren und schencken mögen, ohne daß die Schwester solches zu impugniren vermocht, er auch wol das Lehn damit hat befreyen können, und nicht gesaget werden mag, daß also der Halbbruder in die bona materna Petri mit succediret, zumal solche ihre qualität verlohren, nachdem sie ad feudum liberandum angewandt worden: 19

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß die Schwester Anna deswegen keine prætension an den itzigen Besitzer machen könne. 20

Aus

21 Aus welchem auch die fünfte Frage ihre Entscheidung quoad prius membrum bekomt. Quoad secundum könte zwar eingewandt werden, daß ordentlich das defuncti vasalli Schulden aus dem allodio bezahlet werden müsten, wofern das feudum nicht legitime dafür verpfändet worden,

2. f. 45.

so in diesem casu nicht zu finden:

22 Dieweil aber dennoch ausser diesem casu per varias consuetudines nachgehends viele andere debita feudalia aufkommen, und vornemlich darunter mit referiret werden muß, quod a vasallo, contrahente debitum, in vtilitatem feudi versum,

CARPZ. *P. 2. C. 46. def. 26.*
RICHTER *P. 2. decis. 78. n. 30.*
BORCHOLT *de feud. P. 2. c. 7. n. 94.*

23 worunter denn nicht unbillig mit gerechnet wird, wenn der vasallus Geld aufgeliehen, und mit demselben das feudum von den Lehn-Schulden befreyet hat, quia hoc æs alienum in locum debiti feudalis surrogatur et propterea etiam pro onere feudali habendum vt in terminis tradit.

CARPZ. *P. 2. C. 46. def. 29.*
conf. RICHTER *P. 2. decis. 79. n. 29.*
ROSENTHAL *de feud. c. 3. concl. 43. n. 175.*

24 So erscheinet hieraus so viel, daß so ferne der verstorbene Bruder Petrus zu Befreyung des feudi Gelder aufgenommen, solches debitum ex feudo bezahlet werden müsse.

Quæstio VI.

25 **Ob nicht der itzige Besitzer die Proceß-Kosten, so der Bruder Petrus zur conseruation unterschiedener Lehn-Stücke aufwenden müssen, und dazu etwa Geld aufgeliehen, ex feudo zu bezahlen schuldig sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

26 Diese Frage läßt sich aus eben dem Grunde leicht entscheiden; denn weil auch die Proceß-Unkosten ad conseruanda iura feudi gemacht, und wann darzu Gelder aufgenommen, solche eo ipso in vtilitatem feudi legitime verwandt werden, auch deswegen dem advocato, so ferne ihm die expensæ litis feudalis noch nicht abgetragen worden sind, frey stehet, dieselbe a successore feudali zu fordern, quia operæ aduocati in vtilitatem feudi cesserunt:

CARPZ. *cit. l. def. 30.*
IDEM *de oner. feudal. dec. 4. pos. 9. per tot.*

27 So ist der successor feudi nicht allein die expensas litis, sondern wenn auch deswegen Schulden gemachet worden, solche zu bezahlen schuldig.

Quæstio VII.

28 **Ob Petrus von der revenue des Lehn-Guts nicht mehr befugt gewesen, wenn höhere Ausgabe zu Processen und sonsten sich gefunden, die die Einnahme übertroffen, zu verzehren, oder zu seinem Unterhalt zu emploiren?**

Rationes dubitandi et decidendi.

29 Bey der siebenten Frage ist zwar secundum regulas œconomicas allerdings richtig, daß keiner leicht mehr verzehren müsse, als die Revenüen seiner Güter hinreichen, dahero auch, wenn er mehr verzehret, deswegen das feudum nicht mag beschweret werden:

30 Dieweil aber dennoch Wir aus allen Umständen leicht erachten können, daß Petrus über das Lehn-Gut ein gutes allodium in bonis maternis müsse gehabt haben, mithin den Rechten nach solches zu verzehren, oder durch Schulden zu beschweren wol Freyheit gehabt, cum quilibet sit rerum suarum arbiter et dominus,

l. 21. C. mandat.

31 und also, wenn er vltra fructus feudales was verzehret, deswegen niemand Tort getham, cum, qui iure suo vtitur, nemini faciat iniuriam, und wenn ja auch vltra allodii quantitatem Schulden gemacht, und zu viel verzehret worden, deswegen die successores feudi nicht graviret werden mögen:

32 Als halten Wir bey solchen Umständen dafür, daß der vorige possessor feudi deswegen nicht unrecht gehandelt, wenn er vltra fructus feudi etwa mehr aufgehen lassen.

Quæstio VIII.

33 **Ob nicht, wenn Petrus das Lehn verbessert, solche Verbesserung der Schwester erblich zukomme?**

Rationes dubitandi et decidendi.

34 Die achte Frage möchte zwar dahero in Zweifel gezogen werden, quod melioramenta sint feudi accessorium, et sic ad successores feudales pertineant, dahero auch nach dem

Sachsen-Recht die meliorationes feudales von denen Land-Erben nicht mögen gefordert werden.

CARPZ. *P. 3. C. 31. def. 1.*

34 Dieweil aber dennoch in denen gemeinen Lehn-Rechten diese quæstio gar perspicue anders decidiret, secundum quod incrementa feudi, et meliorationes cedunt vasalli heredibus,

2. f. 28. §. si vasallus.
ROSENTHAL *de feud. c. 10. concl. 43. n. 179.*
SCHRADER *de feud. P. 7. c. 3. n. 8.*
CARPZ. *cit. l. n. 1. sqq.*

35 wie denn auch das Sachsen-Recht nur auf gewisse meliorationes zu restringiren, in dem übrigen aber bey dem iuri communi verbleibet,

CARPZ. *cit. l. def. 3.*

extra saxoniam aber nach den gemeinen Rechten erkant werden muß:

36 So halten wir dafür, daß die erweisliche meliorationes der itzige Besitzer des feudi seiner Halbschwester Annæ restituiren muß.

Quæstio IX.

37 **Ob die Schwester nicht befugt sey, gesamte** materna **zu fordern, und ihr solche ohne einigen** decourt **von** Titio **gereichet werden müssen?**

Rationes dubitandi et decidendi.

38 Bey der neunten Frage ist gar kein Zweifel zu finden, denn weil des verstorbenen Petri bona materna unter die allodialia gehören, und da in denselben dessen leibliche Schwester Anna vnica heres ist, gleichwol wann allodial- oder solche Schulden sich finden solten, so als ein onus feudale nicht möchten erachtet werden, wie aus denen bishero erörterten Fragen leicht zu erkennen seyn wird, sie auch alsdenn als Erbin dafür stehen muß:

39 So ist zwar der itzige Lehnsfolger schuldig, der Schwester Anna die bona materna zu extradiren, sie aber gleichwol die übrige Schulden, so auf dem Lehn nicht haften, und sonsten ihre Richtigkeit haben, davon abzutragen verbunden.

Quæstio X.

40 **Ob** Titius, **als** successor feudi **nicht schuldig sey, die Begräbniß-Kosten des** Petri ex feudo **zu bezahlen?**

Rationes dubitandi et decidendi.

41 Bey der zehenten Frage möchte zwar dieses eingewandt werden, daß die funeris expensæ eigentlich für keine debitum feudale zu achten,

CARPZ. *P. 2. C. 46. def. vlt.*

42 oder wenn ja solche Unkosten aus dem feudo abzutragen, dennoch nur in subsidium, deficiente scilicet allodio, bezahlet werden müsten,

MEV. *P. 2. def. 124.*
STRVV *Synt. iur. feudal. cap. 14. aph. 20.*

43 Dieweil aber dennoch nach denen gemeinen Lehn-Rechten dieses zwar seine Richtigkeit hat, gleichwol secundum marchicam praxin per receff. prouincial. de anno 1653. §. 32. unterschiedenes zu denen Lehn-Schulden gerechnet, welches de iure communi dahin nicht gehöret, wann es nur einiger massen in æquitate beruhet, dahin auch billig die cura funeris defuncti vasalli zu referiren:

44 So erscheinet daraus so viel, daß Titius als Lehnsfolger die Begräbniß-Kosten aus dem Lehn zu übertragen schuldig sey.

Quæstio XI.

45 **Wenn** Petrus **und** Mevius **in ihrer** minorennität **ohne vorwissen ihrer** curatorum, **Schulden gemachet, ob ihre Schwester** Anna **solche** ex allodio **zu bezahlen schuldig sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

46 Quoad vndecimam quæstionem ist zwar sonsten ausgemachten Rechtens, daß die sui iuris sind, sich wol obligiren und verbindlich contrahiren können, und wenn gleich ein contractus tempore minorennitatis geschlossen, dennoch post maiorennitatem adeptam per agnitionem wol ratihabiret werden mag:

47 Dieweil aber dennoch wir dieses billig zum voraus setzen, daß die beyden Brüder Mevius und Petrus die in ihrer minorennität ohne consens ihrer curatorum geschlossene contracte nachgehends, da sie maiorennes geworden, nicht ratihabiret, und denn in solchem Fall die leges dieses ohnstreitig im Munde führen, daß dergleichen contracte keine Verbindlichkeit haben sollen: cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a prætore, curatore dato, bonis interdictum est.

l. si curatorem. 3. C. de in integr. restit. minor.

48 So halten wir dafür, daß die Schwester Anna solche Schulden zu bezahlen nicht schuldig sey.

Quæ-

Quæstio XII.

49 **Ob die verordneten Vormünder nicht schuldig sind, ihre Ausgaben mit Quitungen zu iustificiren, und da sie ihren pupillen Gelder bezahlet, dieselbe den Vormund quitiren müssen, widrigenfalsdie Ausgabe in der Rechnung nicht** passiren könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

50 Bey der letzten Frage ist zwar dieses ausser allen Zweifel zu setzen, daß ein ieder Vormund seine Ausgaben mit Quitungen ordentlich belegen, und iustificiren müsse, weil solches eigentlich die Natur und Eigenschaft der Rechnungs-Ablegung mit sich bringet.

l. 82. D. de condit. et demonstrat.

Dieweil aber dennoch dieses zwar ordentlich 51
bey der iustificirung derer Rechnungen erfordert wird, im übrigen doch einem Vormunde zugelassen werden muß, wenn er in Mangel der Quitung auf andere Art den Beweis führen und seine Rechnung iustificiren will, welches auch durch andere Bescheinigungen geschehen kan, in deren Ermangelung alsdenn erst die Vormunds-Rechnung nicht für gültig zu achten:

So halten wir dafür, daß die Vormündere 52
entweder durch ordentliche Quitungen oder andere genugsame Bescheinigung ihre angesetzte Posten zu iustificiren schuldig seyn, im Gegentheil ihre Rechnung nicht für gültig zu achten, und solches alles V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MARTIO MDCCVI.

RESPONSVM CLXXI.

THEMA.

Dotalitium feudale per secundas nuptias non finitur.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio proposita. n. 1. 2.
Dotalitium in favorem viduarum introductum est, unde et vidualitium dicitur. n. 3.
Quod cessat, simulac ad secunda vota transit. n. 4.
In decisionibus, dotalitium concernentibus, præcauendum est, ne nimium feudum oneretur. n. 5. 6.
Causa et proximum dotalitii fundamentum in compensatione dotis in feudum versæ consistit. n. 7.
Dotalitium instar vsusfructus vel seruitutis personalis habendum est. n. 8.
Dotalitium feudale per secundas nuptias haud finitur, n. 9.
Adeo vt a primo marito constitutum secundo in dotem dare possit vidua. n. 10. 11.
Quando asseritur, constitui dotalitium in remunerationem dotis illatæ, non indicatur, pactis dotalibus arbitrariam determinationem prohiberi. n. 12.
Dotalitium, secutis secundis nuptiis, inprimis debetur, si dos ex feudo repeti nequit, adeoque causa eius manet. n. 13.
Decisio. n. 14.

Die mir überschickte species facti bestehet in folgenden Umständen.

1 Es hat ein gewisser Cavallier in seinen Ehe-pacten sich dahin verglichen, daß, wenn er vor seiner Gemahlin mit Tode abgehen würde, alsdann diese ausser denen Ehe-Geldern das ausgesetzte Gegenvermächtniß auf ihre Lebens-Zeit landüblich a 5 pro cent von den Lehns-Erben verzinset bekommen, nach ihrem Tode aber solches ins Lehn wieder zurück fallen; im übrigen dieselben die Ehe-Gelder nach vorhergehender Loskündigung zurück zu fodern befugt seyn solle. Nun hat sich ereignet, daß nach erfolgtem Absterben des obbesagten Cavalliers dessen hinterlassene Gemahlin sich anderweitig verheyrathet, dannenhero gefraget wird:

Quæstio.

2 **Ob der** successor feudalis **derselben anietzo Zeit Lebens die Zinsen des ihr verschriebenen Gegen-Vermächtnisses zu bezahlen schuldig?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol 1) das aus denen Teutschen Rechten und Gewohnheiten hergebrachte Gegenvermächtniß seiner Natur und Eigenschaft nach

nach hauptsächlich auf die Versorgung derer Wittwen seine Absicht hat, und dahero vidualitium oder Witthum genannt wird,

GVNDLING *de coemt. vxor. c. 2. §. 21.*

4 mithin so bald der Wittwen-Stand mit der andern Ehe verwechselt wird, aufhören möchte; in Betrachtung 2) nicht allein alsdann eine Wittwe von ihrem Manne nöthigen Unterhalt zu fodern berechtiget ist, und also einer fremden Unterhaltung nicht bedarf, quum cessante causa cesset effectus;

DE BERGER *electt. dotal. capit. §. 37.*

5 sondern auch 3) wann solches, wie alhier, aus dem Lehne gereichet wird, ein starckes onus feudale daraus entstehet, gleichwol alle Rechts-Gelehrten darinnen einig sind, quod in decisionibus, dotalitium concernentibus, præcavendum sit, ne nimium feudum oneretur, wie ich selbsten gezeiget;

T. I. consult. et decis. P. II. arg. 81. n. 15.

6 welcher Endzweck aber 3) wann die nachgelassene Wittwe, auch nach geendigtem Wittwen-Stuhl, die ihr verschriebene Zinsen fodern könte, zur gröSten Belästigung des Lehnsolgers nicht erreichet würde; wozu noch kommt, daß,

7 4) des verschriebenen Gegenvermächtnisses ohngeachtet, in denen Ehe-pacten jener frey gelassen worden, ihre Ehe-Gelder zurück zu fodern, woraus dann der Schluß zu machen seyn möchte, daß, wann, wie vermuthlich, Sie tempore secundi matrimonii ihre Ehe-Gelder wieder zurücke fodert, alsdann die causa und proximum fundamentum dotalitii, quod in compensatione dotis, in feudum versæ, consistit,

STRYK *de succ. ab int. D. IV. c. 2. §. 11.*
CARPZ. *P. 2. C. 44. def. 10.*

schlechterdinges cessire, mithin zu dessen Forderung Sie alsdann keinesweges mehr berechtiget sey:

Rationes decidendi.

8 Dieweil aber dennoch 1) dergleichen Gegenvermächtniß nicht anders dann ein vsus fructus, oder seruitus personalis, wodurch einem zurück gelassenen Ehegatten Zeit Lebens zu seiner Unterhaltung etwas assigniret wird, angesehen werden kan,

arg. II. F. 23.
BERL. *P. II. concl. 50. n. 11. seq.*

9 solcher aber allen bürgerlichen Rechten nach zu keiner andern Zeit, als des erfolgten Todes sich endiget; in welcher Absicht es 2) eine in Teutschland per vsum et obseruantiam fest gesetzte Lehre ist, quod dotalitium feudale per secundas nuptias haud finiatur,

BERL. *P. II. concl. 50. n. 50.*
STRYK *de S. A. I. diss. IV. c. 2. §. 18.*
WERNHER *Vol. V. P. VII. obs. 144.*

10 adeo vt dotalitium a primo marito constitutum secundo in dotem dare possit vidua.

WITTENB. *P. II. Ep. sabbat. 10. §. 10.*

Bey dessen application es in dem gegenwärtigen 11
Fall um desto weniger einigen Zweifel setzen kan, ie klärer und deutlicher hierinnen des Verstorbenen Verschreibung in denen zurückgelassenen Ehepacten ist; worinnen 3) ausdrücklich verordnet, daß alle successores feudales der zurückgelassenen Ehegattin, *so lange sie lebet*, die Zinsen des ausgesetzten Gegenvermächtnisses zu zahlen schuldig seyn sollen, durch welche Redensart die pacisceuten, aus deren intention die interpretation zu entlehnen, nicht allein 4) auf den casum viduitatis nach denen Regulen der Wahrscheinlichkeit gesehen haben können, da ihnen nicht unbewust gewesen, daß nach erfolgtem Todes-Fall die hinterlassene Wittwe so leicht den Wittwen-Stand verrücken als continuiren könne, gleichwol ohne einige restriction den terminum ad quem indefinite bis auf das Lebens-Ende gesetzet, welcher klaren Willens-Meinung man dann auch billig in dem gegenwärtigen Fall, ohngeachtet die zurückgelassene Wittwe wieder geheurathet, sich unterwerfen muß, diese eintzige ratio auch alle oben eingeführten dubia zu heben im Stande ist; wiewol 5) auch sonsten denenselben da- 12
durch hinlänglich begegnet werden kan, daß wann gleich gesetzten falls die Ehe-Gelder nach Inhalt derer Ehepacten zurück gefodert würden, dennoch dadurch dem dotalitio an seiner Kraft nichts entgehe, weterwegen zwar insgemein die natura dotalitii in compensatione dotis gesetzet wird, inzwischen ein dotalitium dergleichen fernerweit bleibet, wann gleich ex accidente, salvo eo, der dos wiederum zurück gefodert werden kan, quando enim asseritur, constitui dotalitium in remunerationem dotis illatæ, non indicatur, pactis dotalibus arbitrariam determinationem prohiberi; satis enim certum est, legitimam partium conuentionem inprimis spectandam esse,

l. 22. D. de R. I.
CARPZ. *P. II. C. 42. def. 3. n. 10.*
BERLICH *P. 2. concl. 50. n. 17.*

sed id, quod plerumque contingere solet, ex primitur,

MENCKE *de quantit. dotalit. §. 2.*

wenigstens in dem gegenwärtigen Fall 6) des 13
verstorbenen Sohn als descendens und heres patris dessen disposition schlechterdinges sich unterwerfen, und wie dieser deutlich verordnet, der hinterlassenen Wittwe, so lange sie lebet, die ausgesetzten Zinsen zahlen muß; bevorab da 7) das Capital niemals aus dem Lehn-Gut bezahlet wird, und dahero die causa percipiendi vsuras durch Verrückung des Wittwen-Stuhls nicht aufhöret, vielmehr erst nach ihrem Tode das Gegenvermächtniß ins Lehn zurücke fället; zu geschweigen, daß 8) in denen Ehe-pacten der Frau Wittwen nachgelassen, die Ehe-Gelder, facta resignatione, einzufodern, dem ohngeachtet dennoch das Gegenvermächtniß verzinset werden solle, also hier bey solchen Umständen die regul: cessante causa dotalitii, cessat

effectus

effectus nicht applicabel ist, als welche ohnedem bey der causa effectrice sich nicht gebrauchen lässet:

14 So bin ich der Rechtlichen Meinung, daß des verstorbenen hinterlassene Frau Gemahlin, ihrer anderweitigen Verheyrathung ohngeachtet, die Interessen des ihr ausbedungenen dotalitii Zeit Lebens zu fodern berechtiget sey. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE IVNIO MDCCXXXVII.

RESPONSVM CLXXII.

THEMATA.

I. Debita intuitu feudi facta censentur feudalia.

II. Quatenus iudex ex officio exceptiones supplere possit?

SVMMARIA.

Species facti et quæstiones III. decidendæ. n. 1. 2.

Num debita intuitu seruitiorum feudalium contracta sint feudalia? n. 3.

Restitutio in integrum etiam contra rem iudicatam peti potest, n. 4.

Imo etiam contra factum matris, qua tutricis. n. 5.

Minori læso competit electio, vtrum actione tutelæ an contra tertium, a quo læsus est, agere velit. n. 6.

Petita venia ætatis quando currere incipiat quadriennium? n. 7. 12. 13.

Restitutio in integrum intra quadriennium etiam iis competit, qui veniam ætatis impetrarunt. n. 8.

Præsertim si læsio sit aperta. n. 9.

Non semper ea, quæ cum minoribus gesta, rescindenda, sed bona fide ab iis gesta, rata habenda sunt. n. 10.

Onera extraordinaria intuitu feudorum vasallis imposita censentur per se feudalia. n. 11.

Decisio. n. 14.

Quæstio IV. n. 15.

Exceptiones litis contestationi non oppositas iudex attendere non debet, n. 16.

nisi in ipsa executione opponi possint, n. 17.

Quo pertinet exceptio præscriptionis, n. 18.

Et non fundatæ intentionis. n. 19.

Decisio quæstionis IV. n. 20.

Als derselbe Uns eine facti speciem nebst zwey volum. actor. und vier Fragen zugeschicket ꝛc.

1 Ist zu denen, zwischen Ihro damahlige Königl. Hoheit dem Chur-Printzen von Sachsen, und des Röm. Käysers, weyland IOSEPHI Maj. ältesten Ertz-Hertzogin Hoheit in Dreßden anno 1719 vollenzogenen Beylagers festitutitäten unter andern Grafen und Herren, auch weiland Herr Christian Levin Ludewig, Graf von L. zur Einhol- und Aufwartung in anständiger Montirung, auch einer zu dergleichen solennitäten geschickten Gutsche mit sechs Pferden bespannet, und wohl equippiren zwey reissigen Pferden, imgleichen mit wohlgekleideten Bedienten zu erscheinen, vermittels doppelter Befehlige erfordert, vom gedachten Herrn Grafen aber zu Bestreitung derer hierzu erforderlichen Unkosten, um Ertheilung eines lehnherrlichen consensus bey Ihro Hoch-Fürstlichen Durchlauchtigkeit zu Sachsen Merseburg, immediate Ansuchung gethan, und darauf von Derselben an Dero Amts-Regierung des Marggrafthums Nieder-Lausitz Befehl ertheilet worden, den gebetenen lehnsherrlichen consens auf die Lehn-Güter S. und H. auf 3000 Thlr. Capital auszufertigen, und derer damals annoch unmündigen Mitbelehnter, beyder Herren Grafen zu L., Herrn Moritz Carls, und Herr Rochus Friedrichs Vormünderin, gestalten Umständen nach, zur Einwilligung in dieses Darlehn zu disponiren, und ihre officia möglichster massen hiebey anzuwenden, den principal-debitorem aber zugleich zu bedeuten, daß er das Capital längstens binnen drey Jahren wieder abzuführen, und die verpfändete Lehnschaften zu liberiren bedacht seyn solte; gestalt denn auch derer beyden Herren Lehns-Vettern allodial-Vormünderin und Mutter, Frau Eva Elisabeth, verwittibte Gräfin zu L. auf geschehene remonstration in die Aufnahme dieses Capitals auf drey Jahr zu consentiren sich erkläret, auch da der debitor von der Frau P. 2000 Thlr. hierzu erborget, und derselben die beyden Lehn-Güter S. und H. unterpfändlich verschreiben, die obligation selbst unter vorbesagter restriction nebst ihrem curatore, und einem in specie hierzu constituirten Lehns-Vormund,

Herrn Christian Dietrich von S., unterschrieben, worauf dann die Frau Creditricin den lehnsherrlichen consens ausgefertiget erhalten. Hat nun vor gäntzlichem Ablauf der nachgelassenen drey Jahre die Frau Creditricin wider den debitorem, Grafen zu L. Klage erhoben, kurtz darauf aber es sich zugetragen, daß die sämtlichen Lehn-Güter, und mit denenselben die der Frau P. zur Hypothec verschriebene beyde Güter zur sequestration gedyen, welche so lange continuiret, bis ofgedachter Schuldner anno 1724 verstorben, und dessen sämtliche Lehn-Güter, an seine mitbelehnte beyde Vettern, Herrn Moritz Carl, und Herrn Rochus Friedrichen, Grafen zu L. verfället werden, zu dessen allodial-Erbschaft aber ein concursus creditorum entstanden, nach dessen Erfolg die Frau P. gegen gedachte beyde Grafen Klage erhoben, iedoch diese anfänglich ein beyfälliges Urthel erhalten, welches aber auf die von der Klägerin interponirte Leuterung reformiret, und darin die beyden Herren Grafen zur Bezahlung condemniret, wobey es auch, derer dagegen eingewandten remediorum ohngeachtet, verblieben, und das Urthel rechtskräftig worden, deswegen die Bezahlung denen beyden Herren Grafen sub commination executionis anbefohlen, und die würckliche Vollstreckung angeordnet ist. Hat aber der eine mitbelehnte Herr Rochus Friedrich, Graf zu L. sowol bey der Oberamts-Regierung, als bey Ihrer Hoch-Fürstlichen Durchlauchtigkeit zu Sachsen-Merseburg eine doppelte schriftliche Vorstellung übergeben, und in beyden unter andern auf das ihm ex causa ætatis zustehende beneficium restitutionis in integrum contra factum consensus seiner Vormünder, und die deßhalben gesprochene rem iudicatam excipiendo prouociret, und dadurch die execution zu suspendiren gesuchet, dem ohngeachtet aber sein Suchen reiiciret worden, dergestalt, daß sich die Herren Grafen von L. gemüssiget gesehen, das Capital an 2000 Thlr. mit deren liquidirten Interesse a 1130 Thlr. zu bezahlen, iedoch dabey protestiret, daß aus der geleisteten Zahlung keine agnitio dieser Forderung gefolgert werden solle, massen sie alle fernere rechtliche Nothdurft sich reseruiret haben wollen; wie dann hierauf Herr Rochus Friedrich Graf zu L. einige Wochen vorher, ehe das quadriennium restitutionis verfallen, die sub B. fol. 1. sqq. befindliche Klage gegen die Frau P. bey der Oberamts-Regierung des Marggrafthums Nieder-Lausitz übergeben, und vermittelst derselben das beneficium restitutionis per modum actionis gesuchet, iedoch befürchtet, daß wider solche Klage 6 exceptiones opponiret werden möchten, solche deswegen in der uns zugefertigten facti specie mit gehörigen monitis angeführet, und dabey belehret seyn wollen:

Quæstio I.

2 Welche von denen pro und contra angeführten Umständen und rationibus zu Recht beständig seyn?

Quæstio II.

Ob die vom Herrn Rochus Friedrich Grafen zu L. wider die Frau P. erhobene Klage statt finde?

Quæstio III.

Ob in fine litis nach dem sub B. fol. 2. formirten Petito erkant werden möchte?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, so viel die ersten drey Fragen betrift, angeführet worden, daß die gedachte 2000 Thlr. kur keine Lehn-Schuld zu achten, angesehen Weyl. Herr Christian Levin Ludewig Graf zu L. weder intuitu der gantzen Gräflichen Familie, oder in Ansehen dererselben Herrschaft und Güter, sondern einzig und allein für seine eigene Person zur Aufwartung erfordert worden, er auch überdem nicht der Besitzer der Herrschaft L. sondern nur der dazu gehörigen und ihm zu seiner väterlichen Erb-Portion zugetheilten Lehn-Güter gewesen, vieler ICtorum Meinung nach auch die zum Lehn-Dienste aufgenommene Gelder pro debito feudali keineswegs zu halten, 3

HORN *in iurispr. feudali c. 21. §. 16.*
STRVV. *in Synt. iur. feud. c. 14. aph. 16.*

also die consentirung in die aufgenommene Post ohne offenbare læsion des wolgedachten Herrn Grafen nicht geschehen mögen, dergestalt daß 2) billig gleich anfänglich die restitutio in integrum von dem vormaligen aduocato hätte opponiret werden sollen, so aber doch nicht geschehen, und dahero noch principaliter auch contra rem iudicatam gesuchet werden könne, 4

t. t. C. si adv. rem iudic.

als woran er sich noch nicht verspätet; und ob gleich 3) gegen die angedrohete execution per modum exceptianis die restitution bereits gesuchet aber abgeschlagen worden, dennoch solches sine plenaria causæ cognitione geschehen, und dahero der *tit. C. si sæp. restit. in integr.* hieher nicht zu ziehen, da über gedachtes remedium kein rechtliches Verhör gehalten worden. Ferner 4) die restitutio in integrum contra factum matris qua tutricis nicht verboten, man auch gegen die Mutter nicht immediate klaget, sondern vielmehr contra rem iudicatam, so die creditricin vor sich hat, wie auch contra factam solutionem die restitution gesuchet worden. Hierüber 5) ein minor læsus die Wahl habe, ob er seinen Vormund deswegen actione tutelæ belangen, oder contra tertium, a quo læsus, sofort die restitution suchen wolle, bevorab 5 6

vorab da selbst des Lehn-Vormundes Vermögen nunmehr ad concursum gediehen, und daher reparationem læsionis herzunehmen, keine
7 Hoffnung übrig sey; endlich 6) allhier intra quadriennium noch geklaget, und obgleich der Herr Graf von L. ein Jahr ante maiorennitatem veram veniam ætatis überkommen, dennoch bekant sey, daß, vieler ICtorum Meinung nach, das quadriennium auch in Sachsen vor dem ein und zwantzigsten Jahr, nach Maaßgebung des gemeinen Rechts, sich nicht endige, ex rationibus, quas examinat

SCHILTER *ex. II. §. 27.*

8 absonderlich da auch diejenigen, welche veniam ætatis erhalten, gegen die actus, wodurch sie in ætate minori lædiret sind, in integrum restituiret werden müssen, wenn das quadriennium vor Ablauf der fünf und zwantzig Jahre zu Ende gehen solte.

l. 5. pr. C. de tempor. in int. restit.

9 Ubrigens 7) die læsio allhier offenbar vorhanden seyn möchte, da gedachter Herr Graf so wol das Capital als Zinsen, welche sein seliger Vetter auf die Lehn-Güter aufgenommen, würcklich bezahlen müssen, und er so wol dadurch, als daß seine Vormündere ohne erhebliche Ursache in seinen mündерjährigen Jahren consentiret, höchstens lædiret worden, mithin so wol contra factum consensus als rem iudicatam und die geschehene Bezahlung in integrum restituiret werden müsse, diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn der Herr Graf so wol in seiner intention gegründet, als auch nach dem petito sub B. f. 2. erkant werden müsse, als welches ex natura actionis fliesset.

Rationes decidendi.

10 Weil aber dennoch quoad rat. primam der wolselige Herr Graf in seinem Schreiben vom 19. Jul. 1719 darin er wegen denegirung der Mitbelehnten consensus sich beschweret, bereits deutlich vorgestellet, daß er die von ihm zu machende depensen auf allergnädigsten Befehl S. Kön. Majest. und zu Dero und Ihro Chur-Printzlichen Hoheit hohen Ehren, keinesweges aber für sich und zu seinem plaisir machen müsse, mithin auch dieses von ihm als seniore familiæ gefordert werde, da er hingegen damit verschonet werden würde, wenn er nur, als ein ander Mitglied von derselben, und seines seligen Herrn Bruders hinterlassene Söhne maiorennes wären; welche angeführte Umstände so viel ingress bey dem Lehn-Herrn gefunden, daß er nicht allein in die Aufnahme von 3000 Thlr. den consens gnädigst ertheilet, sondern auch die Ober-Amts-Regierung des Marggrafthums Niederlausitz Befehl dabey erhalten, derer unmündigen Vettern Vormünderin gestalten Umständen nach zur Einwilligung zu disponiren und dazu ihre officia möglichster massen anzuwenden; woraus dann anfänglich erhellet, daß man bey dem Lehn-Hofe agnosciret, daß er diese depensen nicht für sich und seine eigene Person sondern qua senior familiæ und in deren regard thun müssen, und dahero die consentirung in diese Schuld von der Vormundschaft nicht temere und ohne erhebliche Ursache geschehen, zumal der Lehn-Hof am besten wissen müssen, daß diese ausserordentliche depensen dem wolseligen Herrn Grafen in Ansehung derer Lehngüter und Familie auferleget worden, nachdem der höchstseelige König in Pohlen vermöge recessus sich expresse vorbehalten, die Grafen und Herren in dem Marggrafthum Niederlausitz bey Beylagern und dergleichen zu Aufwartung zu beschreiben, und in deren consideration der Lehn-Herr auch in die gedachte Aufnahme derer zu diesen depensen erforderten Geldern selbsten consentiret, diesemnach es hart und der Billigkeit entgegen seyn würde, wenn nunmehr der Herr R. Friederich Graf zu L. gegen das factum consensus, so aus sehr erheblichen und gegründeten Ursachen von der Vormundschaft geschehen, die restitution suchen wolte, cum non semper ea, quæ cum minoribus geruntur, rescindenda sint, sed ad æquum et bonum redigenda,

l. 24. §. 1. de minor.

adeoque quæ bona fide a tutore gesta sunt, rata habenrur,

l. 12. §. 1. D. de admin. tutor.

welches beydes sich hier befindet, da so wol die 11
Vormundschaft in diese Lehn-Schuld bona fide, als aus erheblich vernünftigen Ursachen consentiret, und so gar nicht wenige ICti dafür halten, daß dergleichen ausserordentliche onera, so intuitu feudorum denen vasallis auferleget, und die Schulden dieserwegen gemachet werden, ad onera feudalia per se zu referiren,

CARPZ. *de oner. feud. dec. IV. qvæ. 4.*

welches um desto mehr hier Grund findet, da 12
der consensus tutorum hinzu kommen, und man wenigstens dieses daraus abnehmen kan, daß sie grosse raison, ihren consens in die Aufnahme der 2000 Thlr. zu geben, gehabt, da solche depensen intuitu feudi tum familiæ gemachet werden müssen, bey welchen Umständen bey der ratione secunda wenig gefruchtet haben würde, wenn gleich im Anfang die exceptio restitutionis opponiret worden wäre, und ob man gleich die rat. tertiam quartam et quintam in thesi zulassen kan, dennoch es hiebey vornemlich auf die sextam ankommt, woraus erhellet, daß der Herr Graf zu L. veniam ætatis ein Jahr ante veram maiorennitam erhalten, mithin das quadriennium gleich a tempore veniæ impetratæ zu läuffen angefangen, und in anno 1732 sich geendiget, dieserwegen in anno 1733 nicht mehr die restitutio in integrum principaliter gesuchet werden können,

l. 5. C. pr. de tempor. restit. in integr.

bevorab da man nicht sagen kan, daß das qua- 13
driennium sich ante veram maiorennitatem, welche hier das ein und zwantzigste Jahr gewesen, geendiget, sondern solches vielmehr

weit überstiegen, und was einige de vera maiorennitate iuris ciuilis hierbey anführen wollen, gantz ungegründet, und aus der Vermischung der Sächsischen und Römischen Rechten herfliesset,

COLER *decis. 19. n. 4.*
SCHILTER *cit. l.*
D. de LVDEWIG *de ætate legit. puber. et minor. c. 3. §. 21. in f.*

welche exceptio allein erheblich genug ist, die intention des Herrn R. Friederich zu L. zu infringiren:

14 So halten wir dafür, daß die gegen die Klage aufgeführte exceptiones sub n. 1. 2. und 6. dergestalt gegründet, daß die erhobene Klage sub B. fol. 1. nicht statt finden, noch nach deren petito erkant werden können.

Quæstio IV.

15 **Ob auf die sub n. 2. 3. 4. 5. 6. formirten exceptiones, im Fall einige davon erheblich seyn solten, von denen künftigen Herren Urthels-Verfassern ex officio erkant werden müsse, wenn gleich die Frau Beklagtin selbige insgesammt, oder ein oder andere davon nicht opponiren solte?**

Rationes dubitandi et decidendi.

16 Endlich so viel die letzte Frage betrift, ob wol ein iudex nach denen actis und denen bey der litis contestation annectirten exceptionibus sprechen muß, daß, welche exceptiones bey der litis contestation nicht opponiret, dieselbe so wol nach Sachsen als gemeinen Rechten vor verlustig zu achten, und ex officio nicht suppliret werden mögen,

R. I. de anno 1654. §. 37. et 38. ordin. proc. sax. tit. 11. §. 10.

Dieweil aber dennoch meist alle exceptiones, so weit solche erheblich zu achten, iuris communis auch so beschaffen sind, daß, wenn sie vorher ausgelassen, auch bey der execution noch opponiret werden können, daß also sie pro præclusis nicht zu achten, wenn sie gleich bey der litis contestation nicht opponiret worden, wohin insbesondere die exceptio præscriptionis gehöret, vtpote quæ omissa adhuc in ipsa executione opponi potest, 17

BERLICH. *P. 1. concl. 83. n. 14.*
HEIGIVS *P. 2. qu. 7. n. 29.*

quamque etiam ex actis apparentem, etsi non obiectam, ex officio iudex suppleре obstrictus est, 18

const. elect. Aug. P. 1. C. 25. ibique.
CARPZOV. *def. 1. et 2.*
MYNSING. *cent. 3. obs. 28.*
KLOCK *vol. 2. cons. 81. n. 19.*

von welcher calibre auch die exceptio non fundatæ intentionis ist, 19

BERLICH *cit. l. n. 67.*

welche in propósita specie sub n. 1. zu befinden, auf welche beyde vornemlich alles hier ankommt, da auf die übrigen keine reflexion hier zu machen:

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß die gedachte exceptiones der iudex auch ex officio suppliren müsse, wenn sie gleich nicht opponiret werden solten. V. R. W. 20

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVNIO MDCCXXXIV.

DECISIO CLXXIII.

THEMATA.

I. Debita feudalia etiam ante excussionem allodii ex feudo soluenda sunt.

II. De qualitate feudali.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

In debitis soluendis ante omnia allodium est excutiendum, cum feudum tantum in subsidium teneatur. n. 3.

In dubio quælibet res pro allodio habetur. n. 4.

Pecunia, ad feudum emendum vel ad soluendum debitum destinata, ab allodio non eximitur. n. 2. 6.

Debita feudalia etiam ante excussionem allodii ex feudo sunt soluenda, ratione cuius contracta sunt. n. 7.

Adeo vt hoc casu allodium tantum in subsidium teneatur. n. 8.

Qualitas feudalis vnde diiudicetur? n. 9. 10.

Decisio. n. 12.

Auf

Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen Curatoren Adam Andreas von J. zu C. appellanten an einem und Gödulen Margarethen, Frey-Frauen von P. geborne von J. appellaten am andern Theil, erkennen ꝛc. nach vorgehabtem Rath der Rechtsgelehrten für Recht.

1 Daß die appellation in ihren Formalien zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung anhero erwachsen; der Materialien halber erscheinet aus denen Acten so viel, daß wegen des ersten und andern grauaminis in voriger Instantz wol gesprochen und übel davon appelliret, dahero die sententia a qua hierin zu confirmiren sey; so viel aber das dritte grauamen betrift, daß in erster Instantz übel gesprochen, wol appelliret, und dahero die sententia a qua dahin zu reformiren sey, daß appellant wegen der von dem von J. zum Lehnhof erkauften Grund-Stücke, daß selbige Lehns-pertinentien sind, zu erweisen nicht schuldig, sondern dieselbe für Lehn-Stücke zu halten, und solche zu einer ordentlichen landüblichen Taxe und Anschlag zu bringen, und nicht die dafür notirte 4050 Thlr. und die sub n. 26. 28 und 29. aufgeführte 1400 Thaler bey dem Lehn anzusetzen seyn. Uebrigens sind die deserita fol. 32. auf 4 Thlr. 19 Gr., fol. 56. auf 3 Thlr. 20 Gr., fol. 72. auf 7 Thlr. 7 Gr. und fol. 100 auf 5 Thlr. 7 Gr. zu mäßigen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol ratione formalium appellatinne angeführet, daß das fatale iustificationis nicht behörig observiret sey, zumal der Schrift-Wechsel am 15. Jun. 1740 erkant, und weil appellant nur eine dilation gesuchet und erhalten, das fatale allbereits den 10. Aug. abgelaufen gewesen, die iustification aber erst den 11. Aug. ad acta gekommen, und dahero die appellatio desert sey. So viel aber die materialia betrift, appellant sein erstes grauamen darin gesetzet, daß der seel. von J. unter andern D. L. zu O. ein capital a 1000 Thlr., und dem Obergerichts-Advocato und Burgermeister, Lic. S. 2000 Thlr. schuldig gewesen, und weil laut fol. 43. lit. A. dieser sein capital a 4 pro cent ihm nicht lassen wollen, derselbe aber solche Gelder bey dem seligen Hauptmann, Hanß Albrecht von R., dafür haben können, er von demselben, laut obligation sub B. 3000 Thlr. a 4 pro cent aufgenommen, und beyden creditoribus ihre capitalia aufgekündiget, davon auch würcklich D. L. die erste Post a 1000 Thlr. besage Quittung sub C. fol. 44. b. sq. abgetragen, die andere Post aber mit denen noch übrigen 2000 Thlr. nicht abtragen können, weil die Loskündigung nicht rempestiue geschehen, und Lic. S. die Gelder vor Johannis 1730 nicht annehmen wollen. Inzwischen aber der von J. den 19ten May 1730 eines schleunigen Todes gestorben, und die R. Gelder so zu dieser Bezahlung bestimmet gewesen, unbezahlet stehen geblieben, dahero diese Gelder nach der sententia a qua nicht zum allodio sondern zum Lehn gezogen werden müssen, als welche zu keinem andern Ende, als zu Abtragung vorgedachter S. Schuld aufgenommen worden, und also der Billigkeit nach dazu employret werden müssen, wie dann sich appellant erboten, diesen Umstand zu erweisen, und auf dessen Erkäntniß, weil appellatinne solche leugnet, prouociret, zumal es doch billig sey, daß diese destinatio defuncti von denen Erben in actum deduciret werde; allenfalls aber, welches das andere grauamen ist, in sententia wegen Bezahlung dieses capitals ex allodio hätte mit erkant werden müssen, anerwogen der seel. von J. nicht simpliciter zur hypothec das Lehn allein, sondern auch wol bedächtig dabey das Erbe verschrieben, in welchem Fall ohnedem Rechtens, daß zuförderst ex allodio die Wiederbezahlung erfolgen müsse, und das feudum nur in subsidium verhaftet sey, als welches die Lehn-Rechte bey denen Schulden, dafür das feudum so gar allein hastet, verordnen, vt ante omnia allodium excutiendum sit.

STRVV *in synt. iur. feud. c. XIV. aphor. 24.*

MODEST. PISTOR. *P. III. qu. 120.*

RICHTER *dec. 78.*

So viel aber das dritte grauamen betrift, solches um deswillen ungegründet seyn möchte, weil in dubio quælibet res pro allodio gehalten werden muß, beyvrab da aus dem Kauf-Brief sub D. fol. 47. erhellet, daß solche Grund-Stücke als erb- und eigenthümlich angekauset worden, welches bey Lehn-Gütern nicht, wol aber bey einem libero allodio angehet, dieserwegen es scheinen will, als wenn es bey dem auferlegten Beweis sein Verbleiben haben müsse; allenfalls aber solche billig nach dem prætio, wesür solche Güter acquiriret werden bey dem Lehn in Anschlag zu bringen seyn möchten, zumal die Lehns-constitution §. 13. von solchen Gütern, welche neulich als Lehn acquiriret worden, bloß zu verstehen, so hier nicht zu befinden, ja der Anschlag nach dem Kauf-pretio um desto billiger in præsenti casu seyn möchte, weil appellatinne fol. 115. sich anerboten, diese pertinentien selber anzunehmen, und dem appellanten dafür nach dem gemeldten pretio heraus zu geben, wodurch dieses grauamen gehoben seyn möchte. 4 5

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ratione formalium der angegebene defectus sich in actis nicht befinden will, angesehen appellant bereits fol. 19. kürtz- 6

lich die appellation iustificiret, und sich dabey lediglich auf die schedulam appellationis bezogen, und als fol. 23. die Sache zu dem gebetenen Schrift-Wechsel von vier Wochen zu vier Wochen verwiesen worden, und appellant darauf den 29. Jul. primam dilationem gesuchet, auch unter 12. Jul. 1740 erhalten, das fatale zwar den 20. Aug. abgelauffen gewesen, dennoch appellant bereits nach dem præs. den 9. Aug. die iustification übergeben, und also keine desertion anzutreffen, wiewol auch wegen der bereits fol. 19. breui manu geschehenen iustification hiebey an keine desertion zu gedencken ist, vielmehr also die materialia selbsten zu untersuchen sind, deren erstes nicht gegründet ist, da die angeführten Umstände, und daß insbesondere das R. Capital zu Bezahlung der L. und S. Schuld aufgenommen worden, D. B. mit seinen 1000 Thlr. befriediget, die andern 2000 Thlr. ob mortem impræuisam stehen geblieben, und noch in hereditate paterna vorhanden gewesen, aus denen angeführten documentis nicht einsten erhellen, und nicht glaublich, daß da nach dem documento sub A. Lic. S. das Geld ante tempus nicht annehmen wollen, der von I. kurtze Zeit darauf das R. Capital dazu aufgenommen habe, weil er alsdann die 2000 Thlr. bis Johannis müßig über fünf Monat liegen lassen müssen, und wenn auch solches wahr seyn solte, dennoch gar nicht befindlich, daß die 2000 Thlr. noch in der Erbschaft in natura vorhanden gewesen, da zwar laut Beylage fol. 66. 2376 Thlr. 22 Gr. an barem Gelde sich befunden, solches aber in vielen einzelnen Posten und vielerley hartem Gelde bestanden, sich also nicht einsten finden will, daß das R. Capital vel in totum vel in tantum darunter befindlich gewesen, inzwischen solches Geld ohnstreitig allodial ist, und zur Theilung gehöret, dergestalt, daß appellant, wenn er auch destinationem defuncti, daß damit das S. Capital abgetragen werden solte, erweisen solte und könte, damit wenig ausrichten würde, cum nec pecunia ad feudum emendum destinata, et ita nec pecunia ad soluendum debitum feudale, ab allodio eximatur,

ROSENTHAL *de feud. c. 3. concl. 8.*
GAIL. *2. Obs. 11.*

7 woraus denn das andere grauamen sich von selbsten erlediget, daß solches in der Erbschaft gefundene Geld zu Abzahlung des R. Capitals nicht nothwendig zu emploiren sey, als welches eine Lehn-Schuld ist, und zum besten der Lehne nach des defuncti eigener in der obligation sub B. gethanen Bekäntniß verwendet worden, dahero aus dem Lehne bezahlet werden muß, wenigstens solches so lange für wahr gehalten werden muß, bis das Gegentheil dargethan, dergleichen debita feudalia aber allein ex feudo zu bezahlen sind, etiam ante excussionem allodii, quia ratione ipsius rei feudalis contracta,

STRVV. *Synt. iur. feud. c. XIV. §. 6.*

ohngeachtet in der obligation zugleich des Er- 8
bes mit gedacht worden, als welches nur in
subsidium zur Sicherheit des creditoris, wenn
er aus dem Lehn seine Befriedigung nicht bekommen könte, geschehen, dadurch aber die
Schuld nicht auf höret, eine Lehn-Schuld zu
seyn, noch die appellatinne bey der separatione feudi ab allodio verbindet, die Bahrschaften
zu dessen Bezahlung mit zu emploiren, und zu
dessen Behuf solches dazu auszusetzen: Im Ge- 9
gentheil das letzte grauamen des appellanten
allerdings gegründet, und die qualitas feudalis
der pertinentien aus dem documento sub D.
genugsam bescheiniget ist, angesehen solche ex
feudo angekaufet, wegen des Lehns-canonis,
so darauf haftet, in dem Kauf-Brief eine besondere Verabredung geschehen, und solcher
Verkauf von denen gesamten Lehns-Vettern
verwilliget worden, welches überflüßig ja unnöthig gewesen, wenn die gedachte pertinentien
nicht qualitatem feudalem gehabt; dagegen 10
denn nichts hindert, daß solche erb- und eigenthümlich verkaufet worden, als welches nach
der geschehenen Vererbung auf dergleichen Lehnspertinentien sich gar wol schicket, und mit
Lehns-Vetterlichem consens gar wol geschehen mögen, also zum feudo allerdings zu referiren, und nur noch übrig ist, wie solche
Lehns-pertinentien wegen der der appellatinnen zustehenden competens in Anschlag zu bringen? da denn die Lehns-constitution §. 13. 11
klare Maaß und Ziel giebet, daß die taxa nicht
nach dem Einkommen und pension der Güter,
sondern nach der gewöhnlichen Land-Taxe jeder Provintz und Creyses zu machen, dabey es
auch billig bleiben muß, und appellant nicht
schuldig ist, die von der appellatinnen geschehene offerte anzunehmen, da die quæstionirte Grund-Stücke Lehns-pertinentien sind,
welche er von dem feudo abzusondern nicht angehalten werden kan:

So sind wir geschehener massen zu erkennen 12
veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXLI.

RESPON-

RESPONSVM CLXXIV.

THEMATA.

I. De debitis feudalibus, et in quonam foro de iis agi queat?
II. De fundamento proximitatis in successione pactitia.
III. Quatenus filiæ nobiles impudicæ commoda ex feudis et pactis familiæ amittant?
IV. De effectibus possessionis.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. n. 1. 2.
In omni successione pactitia, testamentaria et intestata proximitas ab vltimo defuncto est computanda. n. 3.
Si illi, qui pactum successorium condiderunt, certum ordinem succedendi haud apposuerunt, successio secundum ius commune procedit. n. 4.
Et contra si ratio succedendi peculiaris pactis adiecta, hæc sequenda est, nulla proximitatis, respectu vltimi possessoris, habita ratione. n. 5. 6.
Decisio quæstionis I. n. 7.
Quæstio II. n. 8.
Pœna priuationis non est imponenda, nisi iure expresso cautum sit. n. 9.
Fœmina impudica iure Saxonico hæreditate non priuatur. n. 10. 25.
Filia iure Romano neque ob stuprum neque ob incestum in se admissum dote vel hæreditate paterna priuatur. n. 11.
Quinam iure Romano ciuiliter mortui dicti fuerint? n. 12.
Iure Germanico filiæ nobiles impudicæ nomine et insignibus familiæ indignæ æstimatæ sunt. n. 13.
Apud Germanos publicatæ pudicitiæ nulla fuit venia, n. 14.
sed vel pœna mortis vel flagellorum cum perpetua infamia coercita, n. 15.
quod ex constitutionibus Pomeraniæ illustratur. n. 16.
Pacta successoria familiarum ex iure Germanico sunt diiudicanda. n. 17.
Iure Romano vidua post mortem mariti impudica priuatione lucrorum dotalium punitur. n. 18. 19.
In casibus dubiis ad præsumtam et verisimilem testatoris vel paciscentis voluntatem recurrendum est. n. 20. 21.
Conuentiones intelligi debent sub clausula: rebus in eodem statu permanentibus. n. 22.
Quæ clausula hunc effectum habet, vt, statu mutato, extinguantur omnes effectus prioris status, et res ipsa secundum præsentem statum diiudicetur. n. 23.
Mores et consuetudines Germanorum, in causis familiarum illustrium instar legum sunt. n. 24.
Germanis conseruatio et honor familiarum in primis curæ cordique fuit. n. 25.
Speculum Saxonicum fundamentum legitimum decidendarum controuersiarum illustrium esse nequit. n. 26.
Doris apud Romanos summus fuit fauor. n. 27.
Decisio quæstionis II. n. 29.
Quæstio III. n. 30.
Obligatio conditionata ante euentum conditionis inefficax est. n. 32.
Conditio ex pacto quatenus in rem scripta sit? n. 33.
Effectus possessæ hereditatis est, vt possessor, licet de iure hereditario ei quæstio moueatur, legata tamen et fideicommissa sub cautione de legatis hereditate euicta restituendis præstare debeat. n. 34. 35.
Effectus appellationis vltra grauamen et articulum appellationis non extenditur. n. 36.
Decisio quæstionis III. n. 37.
Quæstio IV. n. 38.
Debita vasalli et feudalia admodum differunt. n. 39.
Domicilium in omnibus actionibus personalibus præbet forum. n. 40.
Actio in rem scripta in foro rei sitæ institui debet. n. 41.
Arrestum in fructibus feudalibus facillime impetrari potest. n. 42.
Forum feudale in causis feudalibus solummodo competens est. n. 43.
Ad debita feudalia pertinent ea, quorum solvendorum obligatio ex qualitate feudali dependet. n. 44. 45.

Forum

Forum feudale foro domicilii generali semper præfertur, cum de causis et debitis feudalibus dominus feudi iudicare debeat. n. 46.

Et iudex domicilii tantum in subsidium adnatitur. n. 47.

Arrestum est remedium extraordinarium et species executionis. n. 48.

Ab arresto processum incipere iniustum est, nisi vbi posthabitis ordinariis iuris remediis ad illud recurrendum sit. n. 49.

Decisio quæstionis IV. n. 50.

Als uns der Herr eine speciem facti nebst Beylagen und vier Fragen zugesendet ꝛc.

1 Ist in dem zwischen dem Herrn von C. zur H. und den andern beyden Linien zu A. und L. anno 1640 aufgerichteten pacto familiæ unter andern folgender Vergleich getroffen worden; daß dafern die M. und H. Abten-Lehn, so viel deren Mannlehn bey dem Hause H. seyn, auf die andern beyden Linien verfallen würden, diese auf solchem zutragenden Fall den Geschwistern zur H. von Mauritz Wilhelm Linien insgesamt 3000 Thlr. deshalben ohne einige Einrede zurückgeben solten, welcher casus pacti sich anno 1725 durch das Absterben des letzten männlichen descendenten von der Linie zur H. des Herrn Drost Alexander Moritz von C. ereignet, nach seinem Tode von weiblichen descendenten von der Linie zur H. niemand übrig gewesen, als seine Schwester die Frau Regierungs-Räthin von D. und seine einige Tochter die Fräulein von C. welche aber bereits anno 1720 wegen einer begangenen Lasterthat auf ewig zum S. Zucht-Haus condemniret worden, auch darauf anno 1728 auf demselben verstorben, ob wol der Landes-Herr sich zu ihrer Befreyung gegen Erlegung der zu ihrer alimentation auf dem Zucht-Haus ausgesetzten 6000 Thlr. geneigt bezeiget. Ist indes es zwischen dem Herrn Ober-Amtmann von C. von A. Linie und dem Herrn von C. zu L. wie auch der Frau von D. desgleichen der Frau Witwe des verstorbenen Drosten wegen der Lehnsfolge in denen quæstionirten Lehn-Gütern zum Proceß gekommen, worin durch Urthel und Recht denen Lehns-Vettern von C. A. und L. das Lehn zu und der Frau von D. aberkant, und diese zugleich wegen der Anforderung auf obgedachte 3000 Thlr. ad separatum verwiesen worden, bey welchem Urthel es auch in instantia revisionis schlechterdings verblieben, wiewol die beyden Lehns-Vettern wegen der zwischen ihnen strittigen Lehnsfolge die Sache hierauf per appellationem an die Reichs-Cammer gebracht, woselbst der Proceß annoch fortgesetzet wird. Haben hierauf nachdem inzwischen erfolgten Tode der Frau von D. derselben Tochter-Kinder die Frau Obrist-Wachtmeistern von M. und der Herr Fähndrich von M. derselben ad separatum verwiesene Anforderung auf 3000 Thlr. bey der Hoch-Fürstlichen Abtey-Lehn-Cammer gegen die Lehns-Vettern klagbar angebracht, wogegen aber die Herren von C. zu L. exceptionem non fundati fori et in euentum nondum natæ actionis, die Herren von C. zu A. aber exceptionem legitimationis et litispendentiæ cameralis opponiret; bey welchen Umständen nunmehr der Herr belehret seyn will:

Quæstio I.

Ob der Frau von D. als der einzigen überlebenden Schwester des vltimi vasalli Herrn von C. zur H., und die dem fundatori oder primo paciscenti Mauritz Wilhelm von C. einen Grad näher als ihres Bruders Tochter verwandt ist, diese 3000 Thlr. einzig und allein zugehören, oder ob sie selbige mit ihres Bruders-Tochter theilen müsse? 2

Rationes dubitandi.

Ob nun wol bey dieser Frage alles darauf anzukommen scheinen möchte, ob in successione pactitia die proximitas von dem letztern Erblasser oder vielmehr von den ersten paciscenten anzurechnen sey, wobey gleichwol das erstere in denen Rechten gegründet, indem dis der Natur aller Erbfolge ist, und die successio pactitia mit der testamentaria und intestata dieses gemein hat, quod proximitas ab vltimo defuncto sit computanda, 3

HENR. a COCCEI *P. I. conf. 17. n. 6.*

auch nicht unbillig vermuthet wird, daß die ersten paciscentes bey der gewöhnlichen Art der Erbfolge ab intestato bleiben wollen; nam si illi, qui pactum successorium condiderunt, certum ordinem seu modum succedendi haud appoſuerunt, successio secundum dispositionem iuris communis, adeoque eo modo et forma procedere debet, prout ab intestato succedi solet. 4

KNIPSCHILD *de fideic. sam. c. 9. n. 7. et 92.*

Diesemnach da in gegenwärtigem Fall die Fräulein von C. dem vltimo decessori einen Grad näher als die Frau von D. verwandt ist, es das Ansehen gewinnen will, daß die quæstionirten 3000 Thlr. derselben allein ex prærogatiua gradus gebühreten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) die gewöhnliche Art der Erbfolge nur alsdenn zum Grunde geleget werden kan, wenn in den Familien-Verträgen nichts anders und besonders ist beliebet 5

wor-

worden, cum voluntas paciscentium primario sit attendenda, adeoque si ratio succedendi peculiaris in pactis familiæ sit adiecta, hæc sequenda, nulla proximitatis, respectu vltimi possessoris, ratione habita;

KNIPSCHILD *cit. l. cap. 6. n. 313. c. 9. n. 53.*

PEREGRINVS *de fideic. art. 22. n. 2.*

6 Diesem zufolge 2) auch hiebey vornemlich auf dasjenige, was in pacto de anno 1640 versehen, acht zu haben, daß nemlich die quæstionirten 3000 Thlr. denen Geschwistern zur H. von Mauritz Wilhelm insgesamt gegeben werden solten,

vid. Beylage sub B.

welche Worte so allgemein sind, daß es ohne dem offenbaren Verstand dieser Verordnung Gewalt zu thun, nicht bloß auf die nächste von dem weiblichen Stamm derer zur H. sondern vielmehr auf alle Geschwistere, welche von Mauritz Wilhelm Linie noch am Leben sind, gezogen werden muß, mithin solche obgenannte Summa denenselben insgesamt zu gleichen Theilen von den ersten paciscenten zugeeignet worden, und da bey des vltimi vasalli Tode ausser der Frau von D. und der Fräulein von C. keiner von des Mauritz Wilhelms weiblichen descendentz übrig gewesen, die quæstionirten 3000 Thlr. ex pacto familiæ auf sie beyde gefallen.

7 So erhellet hieraus so viel, daß die Frau von D. und die Fräulein von C. vermöge des pacti familiæ de anno 1640 an den quæstionirten 3000 Thlr. gleichen Antheil haben.

Quæstio II.

8 **Ob im Fall gedachter Fräulein von C. die 3000 Thlr.** in totum **oder** pro dimidia parte **sonsten** de iure **zugehöret, wenn sie sich gebührend verhalten, dieselbe sich nicht durch das begangene schwere** delictum, **und da sie damit die gantze Familie hart beleidiget, derer** beneficiorum ex pacto familiæ ratione **derer 3000 Thlr.** ex præsumta voluntate fundatoris **verlustig gemacht, oder vielmehr, indem sie zum Zuchthaus auf ewig** condemniret **worden, und darin bey Absterben ihres Vaters noch würcklich gesessen, von der Zeit an** de iure pro ciuiliter mortua **zu halten, und folglich** existente casu **die 3000 Thlr. nicht** acquiriren, **noch bey ihrem natürlichen Absterben auf ihre Frau Mutter vererben können, ohngehindert, daß der Landes-Herr dieselbe gegen Bezahlung 6000 Thlr. aus dem Zuchthaus heraus lassen wollen, und ihre Frau Mutter dieses Geld, obgleich die Tochter im Zuchthaus gestorben, bezahlen müssen?**

Rationes dubitandi.

Ob wol hierbey 1) eingewandt werden möchte, daß niemand seiner Rechte verlustig gehalten werden könne, wenn nicht solches in denen Gesetzen ausdrücklich gegründet, cum pœna priuationis non sit imponenda, nisi iure expresso cautum sit, 9

BERLICH *conclus. pract. P. 1. concl. 35. n. 152.*

HARTMANN PISTOR. *lib. 4. qu. 14. n. 2.*

in denen Rechten aber nirgend eine ausdrückliche Verordnung zu befinden, daß eine Geschlechts-Verwandtin wegen eines groben criminis der beneficiorum ex pactis familiæ unwürdig sey; da vielmehr 2) das Gegentheil davon in dem Sachsen-Spiegel versehen, daß ein Weib durch Unkeuschheit ihres Leibes zwar ihre weibliche Ehre kräncke, ihr Recht und Erbe sie aber nicht verlöre, 10

Land-Recht lib. I. art. 5. ibique ZOBEL.

welches letztere auch nicht unbillig auf Familien-Rechte zu ziehen, daß diese dergleichen Personen ungekräncket bleiben müssen; hiernechst auch 3) nach den Römischen Rechten bekant, quod filia neque ob stuprum, neque ob incestum in se admissum dote vel hereditate paterna priuetur, 11

CARPZ. *P. 4. C. 21. d. 9.*

adeo vt nec filia ob eiusmodi delictum exheredari queat,

IDEM *prax. crim. P. 2. qu. 69. n. 65.*

und daher eben so wenig von der successione ex pactis familiæ ausgeschlossen werden kan: endlich 4) ob wol die Fräulein auf ewig zum Zucht-Haus condemniret worden, sie dennoch daher nicht dergestalt pro ciuiliter mortua gehalten werden könne, daß sie nicht bey dem an. 1725 sich ereignenden Todes-Fall des Drost von C. ihren Antheil an den quæstionirten 3000 Thl. acquiriren und auf ihre Mutter deuoluiren können, da eines theils grosse Hoffnung zu ihrer Befreyung vorhanden gewesen, andern theils diejenigen bey den Römern nur pro ciuiliter mortuis gehalten worden, welche das ius ciuitatis et libertatis verloren, quales erant deportati, qui mortuorum loco habebantur, 12

l. 4. D. de bonis libert.

l. 1. §. vlt. de bon. poss. contra tab.

interire enim homines dicebantur, maxima vel media capitis deminutione,

l. 63. §. vlt. D. pro socio.

welches aber in dem gegenwärtigen Fall keine application findet.

Rationes decidendi.

13 Dieweil aber dennoch 1) dasjenige, was denen weiblichen descendenten, im Fall der erledigten Mann-Lehen, per pacta familiæ ausgesetzt und versprochen wird, revera als ein beneficium filiarum familiæ anzusehen, dessen diejenigen, welche durch ihre Laster-Thaten der Familie einen Schandfleck anhängen, billig für unwürdig zu halten; da zumal 2) nach den Teutschen Rechten denen Adelichen vornehmen Häusern iederzeit an der Erhaltung der Ehre ihrer Familie so viel gelegen gewesen, daß sie diejenigen, welche sich durch unzüchtigen Wandel beflecket, nicht einmal werth gehalten, gleichen Namen und Wapen mit ihnen zu führen,

CHRISTINAEVS *in iurispr. Heroica tit. 1. §. 40. p. 53.*

ja unzüchtige Geschlechts-Verwandten aus der Familie gestossen.

TIRAQVELL. *de nobilitate c. 18.*
STEPHAN *de nobilit. n. 5.*

14 Ueberhaupt auch 3) dergleichen Unzucht mit einem Ehemann für das gröste Schandfleck adelicher Häuser angesehen worden, und es schon bey den alten Teutschen geheissen, quod publicatæ pudicitiæ nulla esset venia,

TACITVS *de morib. Germ. c. 19.*

15 auch dergleichen Laster aufs heftigste vel pœna mortis vel flagellis cum perpetua infamia geahndet worden, wie aus der Uebereinstimmung der Westgothischen, Longobardischen und andern Teutschen Gesetzen ausgeführet

SIBRAND. SICCAMA *ad tit. 9. L. Frisic. p. 52.*
GAERTNER *ad leges Saxon. tit. 18. p. 110.*

und also hier a maiori ad minus leicht der Schluß zu machen, daß dergleichen unwürdige Geschlechts-Verwandten um so vielmehr aller Rechte und Wohlthaten der Familie verlustig

16 worden; welche Rechtliche Vermuthung 4) desto festern Grund hat, da die Spur hiervon annoch in der Pommerischen Landes-Ordnung zu befinden, und darin verordnet ist; eine adeliche Jungfrau, so öffentlich zu Schanden gebracht, solle aller Aussteuer an Ehr, Geld und Geschmuck aus dem Lehn verlustig seyn,

Pommerische Lehns-*Constit. tit. 3. §. 9.*
Consilia Halensium ICtorum Tom. I. P. I. cons. 330. n. 45.

17 welcher locus als ein besondres Zeugniß dessen, was nach Teutschen Gewohnheiten und Sitten unter Adelichen Rechtens gewesen, abgiebet, sintemal fast in keiner Landes-Ordnung mehrere vestigia iuris Germanici als in der Pommerschen anzutreffen, auf welche Teutsche mores et consuetudines im gegenwärtigen Fall um desto mehr zu reflectiren, da die pacta successoria familiæ bloß nach den Teutschen Rechten gültig, und also auch nach denselben beurtheilet werden müssen;

BOEHMERI *diss. de successione ex pactis dotal. cap. 1.*

18 sonsten auch 5) in den Römischen Rechten diesem nichts wiedriges enthalten, sondern nach vieler Rechts-Gelehrten Meinung eine Witwe, welche nach ihres Mannes Tode in Unzucht lebet, alle lucra dotalia verlieret,

IAC. THOMING. *dec. 28. n. 1.*
MODEST. PISTOR. *consil. 3. qu. 1. n. 1. seq.*
CARD. TVSCH. *tom. 1. practic. conclus. concl. 204. n. 2.*
PROSP. FARINACIVS *in pract. crim. P. 4. tit. 16. qu. 142. P. 1. n. 49.*

19 hievon aber mit desto grösserm Fug der Schluß auf eine ledige unzüchtige Frauens-Person zu machen, und sie pro indigna lucrorum familiæ zu achten, bevorab da der Käyser CONSTANTINVS

in l. 7. §. vlt. C. de revoc. donat.

20 von dergleichen Leuten überhaupt dieses Urtheil fället; quæ portentosæ vilitatis abiectæque pudicitiæ sunt, quis est, qui his aliquid arbitretur tribuendum esse? wozu 6) noch dieses komt, daß, da die Familien-Verträge bloß auf den Willen derer ersten pacisecentium beruhen, man billig bey den dabey vorkommenden Fragen auf præsumtam primi pacisecentis voluntatem das Gemüth zu richten, und aus wahrscheinlichen Umständen beurtheilen muß, was wol derer pacisecentium Meinung in dergleichen Fällen gewesen seyn würde, cum ad præsumtam et verisimilem voluntatem in casibus dubiis sit recurrendum,

l. 47. pr. D. de legat. 1.
l. 102. de cond. et demonstr.
MANTICA *de coniectur vlt. volunt. l. 3. tit. 19.*

vti enim testatoris ita etiam prima pacisecentis tacita voluntas seruanda est, vtut non sit claris verbis expressa.

MANTICA *cit. l. lib. 3. tit. 3. n. 10.*

21 Bey gegenwärtiger Frage aber gantz offenbar, daß die primi pacisecentes dasjenige, was denen weiblichen descendenten von C. zur H. von Lehn-Rechts wegen nicht gebühret, ihnen aber doch als ein beneficium ist versprochen worden, ohne Zweifel denenjenigen entzogen haben würden, welche durch ihren unzüchtigen Wandel der Familie Schande angehenget; ausserdem 7) auch die bekandte Regul hier billig zu appliciren, conuentiones intelligi, rebus in eodem statu permanentibus, seu sub clausula rebus sic stantibus, und da also das quæst. pactum familiæ zum Aufnehmen derer Weiblichen descendenten von der Linie zur H. gemacht worden, auch hier die clausula rebus sic stantibus dahin zu deuten, wenn ein iedes von derselben dem adelichen Stand gemäß sich aufführen, und nicht zum Schimpf der Familie leben würde, indem bey verkehrter

und

und lasterhafter Lebens-Art eines von der Familie die primi pacisc entes in Ansehung desselben, allen glaubwürdigen Umständen nach, eine contrariam dispositionem gemacht haben würden, und also das quæst. pactum familiæ auch hiernach beurtheilet werden muß; hæc enim clausula siue expressa in negotio, siue tacite in illo intelligatur, hunc effectum habet, vt, quando status rerum mutatur, extinguantur omnes effectus prioris status et res ipsa secundum præsentem statum diiudicetur ac decidatur,

HENR. *a* COCCEII *dissert. de clauſ. rebus ſic ſtantibus cap. 3. §. 2.*

dagegen hieraus dasjenige, was in ratione dubitandi prima angeführet worden, sich von selbsten heben lässet, indem wenn auch gleich eine ausdrückliche und eigentliche Verordnung hierüber zu ermangeln scheinen mögte, dergleichen Fälle dennoch nach der analogia iuris und denen rationibus ex lege desumtis, besonders aber inter illustres, nach denen moribus et consuetudinibus Germanorum, quæ instar legum suht, wie auch ex pacisc entium præsumta voluntate beurtheilet werden müssen; hiernächst ad 2) der aus dem Sachsen-Spiegel angeführte Ort von Leuten geringen Standes redet,

consilia Halenſ. ICtor. T. I. P. I. conſ. 330. n. 60. 83.

von welchen aber kein Schluß auf Personen von vornehmen Geschlecht und Stande zu machen, indem mehr als zu bekant, wie der teutsche Adel iederzeit für die conseruation der Aufnahme und renomée der Familien bekümmert gewesen, und bey selbigen gantz andre Familien-Rechte als bey Leuten geringern Standes statt gefunden, wovon

BETSIVS *de pactis famil. illuſtrium.*

mit mehrern nachzusehen, zugeschweigen, daß der Sachsen-Spiegel die auctoritatem nicht habe, daß daraus ein fundamentum decisionis allein genommen werden könte, da derselbe eines theils von einer priuat-Person verfertiget worden: andern theils derselbe sonst viele lächerliche und wunderliche Meinungen in sich enthält, nachgehends bey der ratione dub. tertia sich besondre Ursachen finden, indem mehr als zu bekant, was der dos nach den Römischen Rechten für besondern fauorem habe, und dahin allemal gesehen worden, ne filiæ indotatæ forent, quod plurimum reipublicæ interesse censuerint Romani, vt dos filiabus salua maneret.

l. 1. D. ſoluto matrim.

l. 18. D. de rebus auctorit. iud. poſſid.

Hiernächst die Töchter deswegen proprer stuprum der väterlichen Erbschaft nicht beraubet werden können, immassen solchergestalten eine Tochter enterbet worden wäre, da doch diese Ursach unter denen in nov. 115. angezeigten cauſſis exheredationis nicht mit befindlich gewesen; endlich wenn auch gleich ad 4) zugegeben würde, daß die nach dem Zucht-Haus gebrachte Fräulein von C. dem eigentlichen Verstand nach pro ciuiliter mortua nicht gehalten werden könte, dennoch in rat. decid. aus andern gegründeten fundamentis dargethan worden, daß dieselbe durch die verübte Lasterthat, und durch die dadurch der gantzen Familie zugefügte Beleidigung sich der beneficiorum ex pactis familiæ unwürdig gemacht.

Böhm. Conſ. Tom. III. P. I.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß ob gleich die quæstionirten 3000 Thlr. der Fräulein von C. wenn sie sich ihrem adelichen Stande gemäß aufgeführet, zur Hülfte zugehöret hätten, sie sich dennoch durch das begangene schwere delictum, und da sie damit die Familie hart beleidiget, derer beneficiorum ex pacto familiæ ratione derer 3000 Thlr., ex præsumta fundatoris voluntate, verlustig gemacht, mithin bey ihrem in anno 1728 erfolgten Absterben auf ihre Frau Mutter nichts vererben können.

Quæstio III.

Ob derer C. Herren Gevettern exceptio nondum natæ actionis **oder** litis in camera imperiali quoad succeſſionem in feudo pendentis **in Rechten gegründet, oder ob sie sich auf der Frau von D. hinterlassenen Erben** ſeparate **Klage** in puncto **der 3000 Thlr. nichts destoweniger einzulassen schuldig?**

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) die exceptio nondum natæ actionis deshalb unerheblich scheinen mögte, weil die Herren von C. zu L. nebst denen von A. die nächsten Lehns-Folger des vltimi defuncti sind, welchen gleichwol in dem pacto de anno 1640 auferleget worden, die quæst. 3000 Thlr. den Weiblichen descendenten zur H. ohne alle Einrede zu bezahlen; im Gegentheil 2) die exceptio litis in camera imperiali quoad succeſſionem in feudo pendentis daher gegründet seyn mögte, weil die Anforderung auf die quæstionirten 3000 Thlr. mit der an der Cammer rechtshängigen Sache dergestalt verknüpfet sey, daß die deciſio jener Sache von dieser dependire, und bevorab nicht ausgemachet worden, wer rechtlicher Besitzer der quæstionirten Lehn sey, die Bezahlung der 3000 Thlr. aus dem Lehn nicht erfolgen könne; zumal da 3) gedachte prætension sowol in ſententia lenenſi als in inſtantia reuiſionis ad ſeparatum verwiesen, von solchen sententiis aber ad cameram appellirt, folglich das vorige Urthel bis ad nouam ſententiam cameralem suspendirt worden.

Rationes decidendi.

32 Dieweil aber dennoch 1) so viel exceptionem nondum natæ actionis betrift, die Lehns-Vettern in pacto de anno 1640 zur Bezahlung der 3000 Thlr. sich nur in dem Fall verbunden, wenn die M. und H. Abtey-Lehn des Hauses zur H. auf sie verfallen, dieses letztere auch cum effectu zu verstehen, wenn sie nemlich auch würcklich in dem Genuß und Besitz der quæstionirten Lehn-Güter seyn würden; und da also 2) diese obligatio conditionata ist, solche nicht eher efficax wird, bis die conditio erfüllet worden, mithin weil die Herren C. zu L. noch nicht zum Besitz der quæstionirten Lehn gelanget, gegen dieselbe noch zur Zeit cum effectu nicht geklaget werden kan, und in so fern die exceptio nondum natæ actionis gegründet; im Gegentheil aber
33 3) die exceptio litis in camera imperiali quoad successionem in feudo pendentis hier unstathaft ist, indem das Recht der Anforderung auf die 3000 Thlr. nicht ex decisione litis in camera pendentis, sondern vielmehr davon dependiret, wer mit den Lehn-Gütern der Familie zur H. belehnet, und dieselbe in Besitz genommen, und da solches von den Lehns-Vettern zu A. geschehen, diese vi pacti familiæ die quæstionirte Summe aus dem Lehn zu zahlen pflichtig sind, folglich die condictio ex pacto gegen dieselben mit Grund Rechtens angestellet worden, als welche actio in gegenwärtigem Fall in rem scripta ist, und gegen den Besitzer der quæstionirten Lehn-Güter, als welcher nur sub certo et limitato modo zu derselben Besitz gelanget, angestellet werden muß;
34 und obgleich 4) der Herrn von C. zu A. Lehn-Recht, ratione successionis in den Lehn-Gütern, annoch in controuersiam gezogen wird, dieselben dennoch als belehnte Besitzer der erledigten Lehns-Güter vermöge des pacti familiæ die 3000 Thlr. aus dem Lehn zu geben schuldig sind, immassen denen Rechten nach bekant, daß wenn gleich ein Erbrecht annoch streitig ist, dennoch der Erbe als Besitzer der Erbschaft die legata nach bestelter caution daraus zu zahlen angehalten werden kan, hic enim est effectus possessæ hereditatis, vt qui eam possidet, licet ei de hereditario iure quæstio moueatur, legata tamen et fideicommissa sub cautione, de legatis, hereditate euicta, restituendis, præstare debeat,

l. 12. C. de petit. heredit.

l. 8. §. 4. D. qui satisdare cog.

HILLIGER *ad* DONELLVM *l. 19. c. 15.*

welcher allgemeine effectus possessionis in gegenwärtigem Fall seine vollkommene application findet, mithin die Herren von C. zu A. sich
35 auf die angestellte Klage der D. Erben einzulassen schuldig; wobey auch 5) dieselben, im Fall daß die in Besitz genommene Lehn-Güter in der Reichs-Cammer ihnen zum Theil aberkant werden solten, dieselben nicht gefährdet werden können, indem sie eines theils die Zahlung sub cautione thun können: andern theils sie auch das ius retentionis an den quæstionirten Lehn-Gütern haben, vermöge dessen sie vor Wiedererstattung gedachter Summe solche zu restituiren nicht verbunden sind; hieraus also die ra- 36
tiones dubitandi sich von selbsten ergeben, und obwol a sententia reuisionis von denen Lehns-Vettern an die Reichs-Cammer appelliret worden, dennoch solches bloß in causa successionis feudalis geschehen, folglich der effectus appellationis vltra grauamen et articulum appellationis nicht zu extendiren, sondern das reuisions-Urthel vielmehr in Ansehung der übrigen Punckten und der ad separatum verwiesenen Anforderung auf 3000 Thlr. als wobey die Frau von D. acquiescirt, bekanten Rechten nach in rem iudicatam gegangen.

So halten wir dafür, daß gegen die Herren 37
von C. zu L. die condictio ex pacto noch zur Zeit nicht angestellet werden könne, die exceptio litis in camera imperiali quoad successionem in feudum pendentis aber unerheblich, hergegen die Herren von C. zu A. sich auf der Frau von D. hinterlassener Erben geregte separate Klage wegen der quæstionirten 3000 Thlr. einzulassen schuldig sind.

Quæstio IV.

Welches das forum competens in 38
dieser Sache sey, ob es die H. Abteyliche Lehn-Cammer ratione feudi et ob connexitatem causæ oder die M. Regierung ratione rei sitæ derer Lehn-Güter, oder das forum domicilii derer Herren von C. wovon die von A. Linie unter H. C. und die in L. unter der M. Regierung wohnhaft sind, oder ob die Herren von C. zu A. welche die quæstionirte Lehn-Güter noch zur Zeit allein besitzen und genieſſen, allein zu belangen, oder ob die Sache per modum arresti auf die quæstionirte Lehn-Güter an die M. Regierung füglich gebracht, und anhängig gemacht werden könne?

Rationes dubitandi.

Ob wol hiebey eingewandt werden mögte, 39
daß 1) ohnerachtet bey der H. Lehn-Cammer der Proceß wegen der Lehnsfolge angefangen, und die Anforderung wegen der 3000 Thlr. darin ad separatum verwiesen worden, dennoch keine connexitas causarum angegeben werden könne, indem beyde causæ dergestalt nicht miteinander verknüpfet seyn, daß die decisio der einen aus der andern dependire, wie ad qu. 3.

gezei-

gezeiget worden; hiernächst 2) diese Anforderung auf 3000 Thlr. mehr für eine Lehn-Manns-Schuld als für eine Lehn-Schuld angesehen werden könte, zwischen welchen dieser Unterschied ist, daß jene das Lehn keineswegs afficiret, noch von den Lehnsfolgern aus dem Lehn zu bezahlen,

CARPZ. *de oner. vas. feud. dec. 4. pos. 7.*

40 folglich auch der Lehn-Mann desselben wegen gleich andern allodial-Schulden bloß in foro domicilii belanget werden kan, cum domicilium in omnibus actionibus personalibus præbeat forum;

l. 1. et 2. D. de reb. auct. iud. poss.

41 allenfals wenn ja 3) solche für eine Lehns-Schuld angesehen werden könte, doch bereits ad quæstionem tertiam gezeiget worden, daß der possessor derer Lehn-Güter zu Abtragung der 3000 Thlr. belanget werden müsse, wobey in Rechten bekandt, quod actio in rem scripta in foro rei sitæ institui possit,

l. 38. in f. D. de iudic.
l. un. C. vbi de posse.

ferner auch um deswillen in hoc foro mit Vortheil gegen einen possessor geklaget würde, damit die executio rei iudicatæ desto leichter ab eodem iudice in die Güter vollzogen würde;

42 endlich 4) es am sichersten und vortheilhaftesten scheinen möge, die Sache per modum arresti anhängig zu machen, und die Einkünfte der Lehn-Güter bis zu Bezahlung der gedachten Summe mit Arrest zu beschlägen, cum arrestum in fructibus feudalibus facillime impetrari possit.

STRVVIVS *syntagm. iur. feud. cap. 14. aph. 32. n. 5.*

Rationes decidendi.

43 Dieweil aber dennoch 1) alle causæ feudales ein besonderes forum haben, und in den Lehn-Gerichten tractiret werden müssen,

2. feud. 55. in f.

hoc enim forum in causis feudalibus solummodo competens est,

SCHRADER *de feud. P. X. sect. I.*
HORNIVS *iurispr. feud. c. 25. §. 1.*

44 ad causas feudales aber unter andern alle debita feudalia gehören, welche aus dem Lehn bezahlet werden müssen, wofür insbesondre diejenigen zu halten sind, quorum soluendorum

45 obligatio ex qualitate feudali dependet; diesemnach die quæst. Anforderung auf 3000 Thlr. für eine wahrhafte Lehns-Schuld in Ansehung derer agnatorum zu achten, indem solche per pactum familiæ auf den Fall gesetzet worden, wann das Lehn durch das Absterben der männlichen Lehns-Erben von der Linie der C. zur H. vacant, und auf die Lehns-Vettern der andern Linie verfallen würde, solchergestalt wenn iezt das fundamentum huius obligationis untersuchet wird, dasselbe darin zu finden, daß die Lehns-Vettern in dem Genuß und Besitz der vacant gewordenen Lehn-Güter sich befinden, als auf welchen Fall das debitum constituirt worden, mithin die Lehns-Vettern, qua vasalli et possessores feudorum, dieses onus feudale abtragen müssen, diesem zu folge also diese Schuld ex qualitate feudali dependirt, causa autem, cuius decisio ex qualitate feudali dependet, pro feudali habetur,

HORNIVS *iurispr. feud. c. 25. §. 1.*

und selbige als eine Lehn-Schuld mit Recht gar wol in foro feudali ordinario nemlich der H. Lehns-Cammer klagbar angebracht werden kan, diesemnach das forum feudale genugsam fundiret ist, und obgleich, wie in rat. dub. pri- 46
ma gezeiget worden, connexitas causæ in foro litis coeptæ nicht eben vorhanden, iedoch bereits vormals solche daselbst angebracht, und per iudicatum ad separatum verwiesen ist. Nachgehends die übrigen Zweifels-Gründe sich von selbst heben lassen, und ad 2) die quæstionirte Anforderung der 3000 Thlr. nicht bloß ein debitum vasalli, sondern, wie aus den rat. decidendi erhellet, in Ansehen der Lehns-Vettern eine Lehn-Schuld ist, anerwogen die Verbindlichkeit der Herrn von C. zu Abtragung dieses oneris feudalis erst per realem possessionem et inuestituram bonorum feudalium determiniret worden, daher da die Lehns-Sachen ein speciale forum feudale haben, dieses iederzeit dem foro domicilii, als welches ein forum generale ist, vorzuziehen, cum de causis et debitis feudalibus dominus feudi iudicare debeat,

STRVVIVS *synt. iur. feud. c. 16. aph. 5.*

und dieserhalben ad 3) das forum rei sitæ 47
gleichfalls unstatthaft ist, cum in foro communi siue apud iudicem loci ordinarium causa feudalis non nisi in subsidium deficiente foro feudali tractanda sit;

STRVV. *c. l. aph. 2.*

endlich ad 4) gegenwärtige Sache nicht so qua- 48
lificiret ist, daß per modum arresti darin verfahren werden könte, in Ansehung, daß dieses ein remedium extraordinarium, odiosum und eine species executionis ist,

MEVIVS *P. III. dec. 315. n. 3.*

ideoque regulariter prohibitum, 49

MYNSINGER *resp. 66. dec. 7. n. 14.*

nec ab arresto processum incipere iustum, nisi vbi posthabitis ordinariis iuris remediis ad illud recurrendum: quisque enim ordinariam iuris viam tenere debet, nec ab ea, nisi ex graui causa, ad extraordinariam deflectere licet,

MEVIVS *cit. l. n. 5.*

diesemnach gegenwärtige Sache via ordinaria zu tractiren. Im übrigen, daß die Lehns-Vettern der Linie zu A. als Besitzere der quæstionirten Lehns-Güter allein zu belangen, bereits ad quæstionem III. dargethan werden.

So sind Wir der Rechtlichen Meinung, daß 50
die Abteyliche Herfordische Lehns-Cantzley in dieser Sache das forum competens sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBR. MDCCXXXVII.

RESPONSVM CLXXV.

THEMA.

Dominus directus debita feudalia, consensu munita, deficiente cessione actionis, a creditore anteriori facta, aperto feudo soluere nouo creditori non obligatur.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio decidenda cum eius subdiuisione. n. 1.

Debita consensu domini munita ita per cessionem in tertium transferri possunt, vt novus creditor eodem iure vti possit, quo prior vti potuit, etsi dominus non consenserit. n. 2. 3. 4.

Hi, quorum pecunia ad creditorem hypothecarium transit, in locum eius succedunt, cum sub hoc pacto pecuniam credant. n. 5.

Quod nonnulli etiam ad eum casum extendunt, si quis pecuniam debitori dederit, vt ipsam soluat creditori pignoratitio, accedente speciali conuentione cum debitore. n. 6. 7.

Dominus directus consensum in debitum feudale imprimis impertitur in fauorem debitoris. n. 8.

Dominus in pignus consentiens pro eo habetur, ac si ipsemet feudum pro creditore oppignorasset ac de dominio directo, in feudo sibi reseruato, solutionem promisisset. n. 9.

Contra dominum directum ob debita feudalia feudo aperto alternatiue agi nequit, n. 10.

Nec vltra quantitatem feudi obligatur. n. 11.

Consensus domini directi principaliter tendit in gratiam creditoris, cui ius certum et radicatum eo ipso acquiritur, n. 12. 27.

Ita vt etiam inuito debitore ius suum in alium transferre, imo feudum hastæ subiicere queat. n. 13.

Secundus creditor, ex cuius pecunia pro parte creditori primo satis factum est, nihil iuris in hypotheca accipere potest, antequam priori penitus sit satis factum, quo facto demum ad cessionem compelli potest. n. 14. 15. 16.

Cessio hypothecæ feudalis fieri debet a creditore. n. 17. 18. 28.

Creditor nequidem cogi potest ab extraneo, vt ab eo pecuniam accipiat et hypothecam cedat. n. 19.

Quisnam habeat ius mandandi actiones suas vel eas cedendi? n. 20.

Pactum debitoris cum nouo creditore, vt eadem res ei obligetur, et in locum veteris creditoris succedat, initum quid operetur? n. 21.

In specie in debitis feudalibus? n. 22. sq.

Consensus domini directi est strictissimi iuris. n. 23. 24.

Explicatur l. 2. D. de cession. bon. et l. 24. in f. de reb. aut. iud. possid. n. 25. 26.

Decisio quæstionis I. n. 29.

Pro versione in vtilitatem feudi habetur, si tertius ad liberandum a pignoris consensu muniti nexu pecunias soluit. n. 30. 31.

Debitum, non in feudi sed in vasalli vtilitatem versum dumtaxat, heredes allodiales repetere nequeunt, n. 32.

Quod secus est in debitis feudalibus. n. 33. 34.

Ad meliorationes feudales omnia rei incrementa, emolumenta et accessiones, quibus res melior efficitur, et maiores fructus præstat, vel quæ etiam in feudi conseruationem necessariam facta sunt, referuntur. n. 35. 36.

In mutuo non vnde originem pecunia, quæ mutuo datur, habeat, attendendum, sed eius persona inspicienda, quæ vt propriam numerauit. n. 37. 38.

Decisio. n. 39.

1 Als mir die in Sachen des von Z. contra den von B. ergangene acta zugeschicket worden, um mein rechtliches Gutachten über die Frage zu ertheilen:

Ob ein dominus directus schuldig sey, die debita, so ad liberandum feudum a pignoris nexu contrahiret worden, zu agnosciren, wenn gedachter dominus directus nicht consentiret, oder wenn ein debitum anterius consensus munitum absque cessione actionis dadurch getilget wird?

So habe ich obgedachte acta mit allem Fleiß durchgelesen, woleerwogen, und vermeinet, daß weil vornemlich diese Frage, zum Behuf der noch zwischen dem von Z. contra den von B. hängenden Streit-Sache mir vorgeleget, ich zugleich mit auf die acta und dabey vorkommende

de Umstände reflectiren, und mein Gutachten a thesi ad hypothesin appliciren solle, dabey es dann auf zwey andere Fragen, woraus die decisio der mir vorgelegten Frage am besten hergenommen werden möchte, anzukommen scheinet:

1) **Ob ein** tertius, **der ein** debitum feudale consensu munitum absque cessione actionis, a creditore anteriori facta, **mit Zerschiessung eines Capitals an den** debitorem **tilget**, in locum **des erstern** creditoris **trete, daß** aperto feudo **der Lehns-Herr schuldig sey, solches Geld davon zu zahlen?**

2) **Ob allenfals**, **da solches** ad liberandum feudum a pignoris nexu **contrahiret worden**, ex capite melioritionis **von dem** domino feudi **zu bezahlen sey?**

Anerwogen wenn der Lehn-Herr aperto feudo solche Schuld, darin er nicht consentiret, zu agnosciren schuldig ist, solches entweder deswegen geschehen muß, weil der neue creditor in die iura des alten creditoris succediret, oder als eine Verbesserung des Lehns anzusehen ist, daß das feudum von der alten Lehn-Schuld liberiret worden.

Rationes dubitandi.

2 Bey der ersten Frage nun ist 1) voraus zu setzen daß allhier de debito consensu domini munito und also von einer solchen Schuld die Rede sey, welche auf dem Lehn haftet, und der Lehns-Herr selber aperto feudo et deficiente allodio bezahlen müsse, welche von dem creditore per cessionem auf denselben, der solche bezahlet, ohnstreitig gebracht werden kan, vt nouus creditor eodem vti possit iure, quo prior vti potuit, etiamsi dominus non consenserit,

MEV. *P. 8. decis. 34.*
STRYK. *de caut. contr. sect. 2. c. 4. §. 7.*
HORN. *in iurispr. feud. c. 19. §. 9.*
MEYER *in Synt. iur. feud. p. 790. in f.*

3 wie denn auch 2) in facto richtig, daß die von Z. laut der obligation vom 7. Febr. 1730 mittels cession von dem debitore allein in des Cammer-Herrn von W. Recht gesetzet werden wollen, und die auf diese Lehn-Schuld bezahlte Gelder gedachtem Cammer-Herrn von W. würcklich gezahlet sind, wie dessen ausgestellete Quitung vom 9. Febr. und also zwey Tage nach solchem Anlehn bezeuget, und zu solchem Ende der Königliche consens in copia extrahiret seyn soll, zumal das original um deswillen nicht ausgelieffert werden mögen, weil des Cammer-Herrn von W. völlige Schuld der 4000 Thlr., worauf der consens lautet, dadurch noch nicht getilget worden; vielmehr 3) der von B. selber 4
in actis zugestehet, daß, nachdem er als nouus vasallus das Lehn erhalten, er den von W. den Rest bezahlet, und wie er solches zu thun sich schuldig erkant, also auch es scheinen will, als wenn er die 2000 Gulden, so der von Z. darauf in anno 1730 gezahlet, ebenfals agnosciren müssen, weil sonsten die gantze mit Lehnsherrlichem consens bestätigte Lehn-Schuld von 4000 Thlr. nicht abgetragen seyn würde, anbey der creditor nur geändert, die Lehn-Schuld aber in seinem vigore geblieben sey; dabey auch 4) nicht hindern möchte, daß der vorige credi- 5
tor, der von W. dem von Z. keine iura cessa gegeben, sondern in der obligation bloß das factum debitoris befindlich ist, als welches an und vor sich selbsten zulänglich seyn möchte, tunc enim hi, quorum pecunia ad creditorem hypothecarium transit, in locum eius succedunt, cum sub hoc pacto pecuniam credunt, vt idem pignus eis obligetur et in locum illius succedant;

l. 1. C. de his qui in prior. credit.
FABER *in C. lib. 8. tit. 9. def. 3. n. 3 et 4.*

securus enim est creditor tertius aut extra- 6
neus, ex cuius pecunia priori creditori a debitore soluitur, licet nullam is a creditore iurium cessionem acceperit aduersus debitorem. Nam sicuti cum solo debitore contrahit, ita satis est inter ipsum et debitorem id agi, vt succedat in locum primi, etiam ignorantis,

FABER. *in C. cit. l. def. 4. n. 1.*

welches auch MEVIVS hin und wieder expresse von dem Fall annimmt, si quis pecuniam debitori dederit, vt ipsum soluat creditori pignoratitio, accedente speciali conuentione cum debitore, per quam emere ius prioris intelligitur;

MEV. *P. 4. decis. 214. n. 1.*
et P. 5. decis. 6. n. 4 et 5. P. 7. decis. 338. n. 1 et 2.

welchem noch 5) hinzutritt, daß eine solche ver- 7
consentirte Schuld unter die priuilegirte credita, die aus dem Lehn zu befriedigen, wol könne gerechnet werden, dabey abermal die Rechte klärlich verordnen, quod eorum ratio prior sit creditorum, quorum pecunia ad creditores priuilegiarios peruenit, quod etiam dicendum, si per debitoris personam peruenit, h. e. si ante ei numerata sit, et sic debitoris facta creditori priuilgiario numerata est, quod potest benigne accipi, si modo non post aliquod interuallum id factum;

l. 24. §. 3. de reb. auctor. iud. possid.
l. 2. D. de cess. bonor.

solches alles auch 6) um desto mehr gesaget wer- 8
den möchte, da der consensus domini directi hauptsächlich in fauorem debitoris, damit er Geld auf das Lehn borgen könne, gegeben sey, und er also um desto ehender dergleichen convention mit dem neuen creditore eingehen könne, vt in prioris creditoris locum succederet, zumal der erste creditor keinen Antheil an

an dem consens weiter hat, als was ihm der debitor gegeben, mithin es auf die cession des creditoris, der seine Schuld bezahlet bekommet, es nicht eben anzukommen scheinet.

Rationes decidendi.

9 Dieweil aber dennoch 1) hierbey zu erwegen, daß ein Lehns-Herr, wenn er seinen consens über eine gewisse Lehn-Schuld giebet, sich selbsten nicht zum debitore oder fideiussore machet, vt actione personali conueniri queat, sondern nur in die Lehns-hypothec et ad effectum instituendæ actionis realis hypothecariæ consentiret, mit welcher auch aperto feudo allein, nicht aber personali ex debito er belanget werden kan, cum in pignus consentiens pro eo habeatur, ac si ipsemet feudum pro creditore oppignorasset, ac de dominio directo in feudo sibi reseruato solutionem promisisset,

CARPZ. *de oner. vas. feud. dec. 2. pos. 2. n. 13.*

10 solcher Gestalt also aperto feudo gegen den Lehns-Herrn nicht einsten alternatiue, wie contra ipsum debitorem, geklaget werden kan, wie ich mit mehrern dargethan

in dissert. de hypoth. feud. expressa c. 2. §. 3 et 4.

11 anderer Gestalt daraus folgen würde, daß wenn die Lehns-hypothec zu Bezahlung der creditorum nicht zureichen solte, der Lehns-Herr, aperto feudo, vltra quantitatem feudi bezahlen müste, welches der analogiæ iuris feudalis zuwider ist.

dict. dissert. cit. l. §. 6.

12 Und gleichwie nun 2) dadurch der creditor ein ius reale auf die subßtantiam feudi alleine bekommt, und dessen von dem debitore erhaltene hypothec bestätiget wird, also ist wol offenbar, daß der lehnsherrliche consens vornemlich in gratiam creditoris, cui ius certum et radicatum eo ipso acquiritur, gereiche, und ob der debitor wol secundario mit davon profitiret, weil er ohne denselben nicht leicht Geld von iemand auf das Lehn bekommt, dennoch derselbe primario des creditoris wegen den lehnsherr-
13 lichen consens auswürcket, und dieser allein dadurch ein ius reale, davon er allein disponiren könne, überkommet, ita vt etiam inuito debitore ius suum in alium transferre,

l. 12. §. 6. D. qui pot. in pign. hab.

imo ipsum feudum hastæ subiicere queat, wie ex natura huius iuris realis fliesset,

cit. diss. C. 2. §. 13.

woraus denn 3) gantz natürlich folget, daß es lediglich auf den creditorem ankommet, auf wen er sein ius reale in feudo radicatum transferiren wolle, der debitor aber, non consentiente nec eo concurrente creditore, darüber regulariter zu disponiren nicht Macht ha-
14 be, welches in hypothesi 4) um destomehr zu statuiren, da der debitor allein das pactum cessionis gemachet, der creditor aber in die cession nicht consentiret, auch probabiliter sein Recht nicht cediren wollen, noch solches zu cediren schuldig gewesen, angesehen aus denen acten erhellet, daß der Geheimte Rath von W. 4000 Thlr. mit lehnsherrlichem consens zu fordern gehabt, davon aber den 9. Febr. 1730 nur 2000 Gülden, welche der von Z. laut obligation dazu dem debitori hergeschossen, bezahlet, und also nicht die gantze Lehns-Schuld damit getilget ist, neque enim secundus creditor, ex cuius pecunia pro parte creditori primo satisfactum, aliquid iuris in hypotheca accipere potest, antequam priori penitus sit satisfactum, quo facto eum demum compellere potest ad cessionem iurium,

l. 19. D. qui potior in pign. hab.

hoc vero non facto, sed parte debiti tantum soluta, nec creditor ad cessionem obligatur, nec soluens aliquid iuris in hypothecam accipit. Pignus quippe est indiuiduum et pro omni parte debiti anterioris. Imputet enim sibi secundus, quod, cum in prioris locum succedere vellet, non curauerit, vt omnis pecunia ad illum deueniret.

l. 65. de euict.

MEV. *P. 4. decis. 123.*

Quo circa tunc demum quis in ius priorum creditorum succedit, si solutione totius debiti priores creditores, quibus obligata fuit possessio, quam is emit, dimissi sunt.

l. 3. C. de his qui in prior. cred. loc. succed.

BRVNNEM. *ad l. 24. D. de reb. auctor. iudic. possid. n. 11.*

Welches denn ohne Zweifel 5) die Ursache gewesen, daß der debitor von L. von dem creditore dem von Z. keine cessionem iurium erhalten, der von W. aber nicht gezwungen werden können, iura cessa an jenen zu geben, da er noch einen starcken Rest an der Lehns-Schuld zu fordern gehabt, dergestalt, daß er die gantze Lehns-hypothec allein behalten, auf den von Z. nichts davon transferiret, der debitor aber gar keine cession thun können, weil die hypotheca indiuidua ist, woran der debitor neque in totum neque pro parte damals ein Recht gehabt, und die in der obligation de anno 1730 unternommene und vfurpirte cessio de iure alieno et consequenter inanis gewesen, dieserwegen auch der von W. nur generaliter quitiret, und des von Z. gar keine Meldung gethan, bey solcher Beschaffenheit aber 6) und da 16 der creditor die gantze hypothec iure plane indiuiduo auf dem Lehn behalten, gar nichts von solcher Lehns-hypothec auf den von Z. transferiret werden können, vielmehr da der O. von B. den Rest dieser Lehns-Schuld bezahlet, nunmehr erst aperto feudo das Lehn davon frey geworden, keine successio auch in locum prioris hier statt finden kan. Dagegen 17 denn die rationes dubitandi nichts verfangen, angesehen bey denselben überhaupt zu bemercken, daß wenn sie alle in thesi richtig seyn solten, dennoch ad præsentem casum inapplicabel

15

cabel seyn würden, da keine cessio von dem creditore priori geschehen, noch citra summum præiudicium geschehen mögen, vielmehr klar dargethan ist, daß der Herr von W. die gantze hypothec, in regard deren allein der dominus directus für die Schuld mit hastet, bis ad aperturam feudi behalten, und durch Bezahlung des residui die gantze hypothec erst getilget
18 sey. Uebrigens aber, wenn auch die Sache in thesi considériret wird, die rationes dubitandi keinen Stich halten können, zumal die erste an und vor sich selbst richtig, aber auch nur von demjenigen zu verstehen ist, der die hypothecam feudalem hat; welches ad 2) auf den von Z. nicht appliciret werden mag, als welcher keine iura cessa von dem creditore, qui duntaxat de ea disponere eamque extraneo solventi cedere potuit, erhalten, noch dadurch ipso iure erlanget, daß die 2000 Gülden des secundi creditoris auf den ersten sind gekommen, quippe qui totam hypothecam pro residuo retinuit, vielweniger aber der debitor einige cessionem hypothecæ, die er nicht gehabt, thun mögen, quocirca semper supponendum, a creditore mandatas esse actiones;

l. 76. de solut.

19 wodurch auch die ratio tertia wegfällt, als in welcher irrig præsupponiret wird, daß durch Bezahlung der 2000 Gülden nur der creditor, manente eodem debito, mutiret worden sey, da doch der von W. allein die hypothecam individuam behalten, und solche erst durch den von B. getilget ist; die ratio quarta aber von dem casu handelt, si extraneus sub hoc pacto credat pecuniam, vt idem pignus ei obligetur, et in locum eius succedat, welches pactum entweder mit dem creditore hypothecario getroffen wird, in welchem Fall eine cessio geschiehet, und also auf die mir vorgelegte Frage, in welcher, daß keine cessio vom creditore geschehen sey, angegeben ist, nicht gehet: oder es ist darüber allein mit dem debitore die Handelung geschehen, quo facto stehet nicht wohl zu begreifen, wie ein extraneus eandem hypothecam cum prioritate überkommen könne, als welches Recht ihm allein der creditor hypothecarius, si ei volenti ab extraneo, solvitur, geben und transferiren können, cum creditor ne quidem cogi possit ab extraneo, vt ab eo pecuniam accipiat, et hypothecam cedat,

l. 5. C. de solut.

sed tunc demum, si pecuniam ab extraneo sponte accipere paratus est, quo casu vrgere potest soluens, vt mandentur sibi actiones aduersus debitorem,

l. 17. de fideiuss.
l. 76. de solut.

20 zumal es gantz natürlich ist, daß derjenige allein das Recht habe, mandandi actiones suas vel eas cedendi, qui eas habuit, qualis tantum fuit creditor, non debitor, atque adeo eo casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quæ fuit penes creditorem hypothecarium, peremta videtur.

l. 76. in f. de solut.

Dem zufolge denn, wenn ein extraneus bloß 21
mit dem debitore, inscio prorsus creditore, das pactum eingehet, vt eadem res ei obligetur, et in locum creditoris, cui solutio fit, succedat, durch solches nichts weiter erfolgen kan, als daß der extraneus eine neue hypothec auf dasselbe Gut, so dem vorhergehenden und abgefundenen creditori obligiret gewesen, überkommt, und in so weit er darin ihm succediret, nicht aber das die alte hypothec in dem statu, wie sie bey dem ersten creditore hypothecario gewesen, solo debitoris facto, et non concurrente creditore hypothecario, auf dem soluentem transferiret werde; welches 22
aber bey Lehn-Schulden um destoweniger angehen will, als der Lehns-consens zwar zur Erborgung eines gewissen Capitals dem vasallo indefinite gegeben werden kan, gleichwol mit desselben Bezahlung diese verconsentirte hypothec aufhöret,

l. 5. in f. C de solut.

und dem vasallo nicht frey stehet, einem extra- 23
neo von neuen darauf eine hypothec ohne lehnsherrlichen consens ferner zu geben, cum consensus domini sit stricti imo strictissimi iuris, et accommodetur per indirectum alienationi, quæ est contra naturam feudorum.

STRYK. *de obligat. feud. consens. munita c. 3. n. 1 et 2.*

ROSENTHAL *de feud. c. 9. concl. 33. n. 1.*

Dahero dann, wenn gleich der consens auf ei- 24
ne Schuld von 4000 Thlr. indefinite verstehen wird, doch solches von der damaligen dadurch constituirten hypothec verstanden, nicht aber nach deren Erlöschung auf eine neue gezogen werden mag, weil sonsten in summum præiudicium domini directi der consens ewig dauren, und der vasall vermöge solches consensus in infinitum neue hypothequen darauf zu legen capable seyn, das Lehn-Gut aber von der hypothec niemals befreyet werden würde, welches wol die intention des Lehns-Herrn, der auf keine gewisse Zeit consentiret, nicht gewesen seyn kan, auch nicht erlaubet ist, auf neue hypothequen ex post facto den consens zu extendiren. Uebrigens ad rat. quintam die 25
hypothecæ feudales consensu munitæ ad credita priuilegiaria eigentlich nicht zu referiren sind, wovon in *l. 2. D. de cession. bonor.* und *l. 24. in f. de reb. auctor. iud. possid.* gehandelt wird, da bloß von denenjenigen, qui personales actiones cum priuilegio haben, daselbst die Rede ist,

l. 2. D. de cess. bonor.

bey welchen allein angenommen und constitu- 26
ret ist, vt his creditoribus soluens in eorum locum ipso iure succedat, nullo etiam pacto interueniente,

CARPZ. *P. 1. C. 28. def. 134.*
CORVIN. *ad Cod. tit. de his qui in prior. loc. succed. vers. quodsi de eanihil etc.*

FRANZK. *ad tit. qui pot. in pign. hab. n. 86.*

welches von hypothecarischen Schulden nicht verstanden werden mag, als welche, si hypotheca in soluentem transire debeat, nothwendig eine conuention ersordern.

l. 1. C. de his qui in prior. loc. succed.

27 Endlich die letzte ratio irrig, und vorhin schon dargethan ist, daß der lehnsherrliche consens primario zum favour des creditoris, vt securus sit, gegeben werde,

STRYK. *de obligat. feud. consens. munita c. 3. n. 34.*

aus welchen allen denn leicht zu erachten, daß regulariter hierbey von seiten des creditoris eine cessio creditoris, oder wenigstens dessen concursus ad conuentionem cum nouo creditore nöthig;

BRVNNEM. *ad l. 24. de reb. auct. iudic. poss. n. 15.*

das blosse pactum aber mit denn debitore nicht zureichend sey, daß der neue creditor die alte Lehns-hypothec überkomme, welches zwar unterschiedliche ICti alhier ad effectum succedendi in locum prioris creditoris annehmen:

FRANZK. *ad tit. qui pot. in pign. hab. n. 85.*

MEV. *et* FABER. *cit. l.*

28 gleichwol solches mit der analogia iuris, vermöge welcher allein der creditor das Recht, so ihm eigen ist, und er allein darüber disponiret, auf einen andern transferiren kan, nicht übereinkommen will, dergestalt, daß wenn die Rechte von diesem pacto, vt sibi eadem res esset obligata, indefinite reden, dabey des creditoris dimissi consensus nicht kan und muß ausgeschlossen werden, als welcher ex constitutione D. PII loco cessionis ist, und eben dadurch die successio effectuiret wird, wohin die decisio PAVLI

in l. 3. D. quæres pign. vel hyp.

gar füglich gezogen werden mag, als woselbst der ICtus gantz indefinite ohne Benennung der Personen mit welchen der contract geschlossen, redet: etiamsi ita contractum sit, vt antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succeder, nisi conuenerit, vt sibi eadem res esset obligata: neque enim in ius primi succedere debet, qui nihil ipse conuenit de pignore, welche letztere Worte von beyden, so wol vom debitore als creditore, und zwar coniunctim, verstanden werden können und müssen, angesehen wenn dieses pactum allein mit dem debitore, und demjenigen, ex cuius pecunia creditor hypothecarius ignorans dimittitur, errichtet seyn solte, solches zwar eine neue hypothec, keineswegs aber die successionem in priorem hypothecam operiren würde; wiederum es auch nicht zu begreiffen stehet, wie das erste pactum in cit. l. 3. vt antecedens creditor dimitteretur, allein mit dem debitore gemachet, und der creditor dimittendus dabey nicht concurriren solte, da dieser allein und principaliter dabey interessiret, daß er seine Bezahlung aus dem neuen Ansehn bekomme, derjenige aber, so das Geld herschiesset, dabey kein besonder interesse hat, an wen sein Geld gezahlet werde, woferne er nicht die iura creditoris dimittendi erhalten will, in welchem Fall dessen concursus bey diesem pacto vonnöthen ist, vt tunc eius consensus in pactum, vt eadem res quoque solventi obligata sit, pro cessione habeatur,

l. 16. D. pr. de pact.

l. 7. et 8. C. de hered. vel act. vend.

welches alles auch von des SEVERI und ANTONINI constitution

in l. 1. C. de his qui prior credit. loc. succ.

gar füglich angenommen werden kan, zumal eben gedachte Käyser den Unterscheid, ob ein creditor posterior hypothecarius oder extraneus die Zahlung thue? angezeiget, und bey dem ersten Fall gar kein pactum ersordern, sondern darthun, daß es genug sey, si pecuniam prioris creditori soluerit;

l. 1. C. qui pot. in pign. habent.

im andern Fall aber ein besonders pactum successorium desideriren, wovon der creditor dimittendus, und dem das Geld gezahlet werden soll, ohnmöglich ausgeschlossen werden kan, als welcher das ius hypothecæ gehabt, und allein iura cessa giebet oder, welches einerley, ist, verwilliget, vt in locum eius soluens succedat, allermassen nach der constitutione D. PII keine förmliche und solenne cession mehr nöthig gewesen, sondern dieser consensus in pactum successorium loco cessionis tacitæ ist.

So erhellet hieraus so viel, daß eines theils 29
in thesi ein tertius, der ein debitum feudale consensu munitum absque cessione expressa vel tacita a creditore anteriori, mit Herschiessung eines Capitals an den debitorem tilget, in locum prioris creditoris nicht treten könne, daß aperto feudo der Lehns-Herr schuldig sey, das Geld davon zu zahlen, wenn gleich das pactum successorium mit dem debitore allein, non concurrente creditore, gemachet seyn solte; in hypothesi aber der von Z. aus besondern angeführten Ursachen an die iura des geheimten Raths von W. kein Recht überkommen, als welcher weder die Lehns-hypothec cediret, noch ohne sein præiudiz cediren können.

Quæstio II.

Rationes dubitandi et decidendi.

Bey der andern Frage will es zwar das An- 30
sehen in thesi gewinnen, als ob dieses für eine Lehns-Verbesserung gehalten werden könne, wenn ein tertius Gelder ad liberandum feudum a pignoris consensu muniti nexu hergeschossen, als welches pro versione in vtilitatem feudi zu halten.

STRYK

STRVK *de feud. Pomeran. c. 11. n. 3.*
BRVNNEM. *conf. 75. n. 14. et 15.*

31 Weil aber dennoch, wenn gleich in thesi diese sententia ihre Richtigkeit haben solte, in hypothesi sich nicht findet, daß durch das Anlehn des von Z. das quæstionirte Lehn-Gut von dem nexu pignoratitio neque in totum neque in tantum befreyet worden, als welches in solidum und iure individuitatis der geheimte Rath von W., ohngeachtet 2000 Gulden ihm in anno 1730 auf seine Schuld bezahlet sind, beständig und vsque ad aperturam feudi behalten, und der von B. erst durch Bezahlung des residui das Lehn-Gut a nexu pignoris befreyet, wie bereits bey der vorigen Frage erinnert, mithin diese Meinung allhier gar keine application findet; in thesi aber, wenn ein tertius Gelder hergeschossen und damit Lehn-Schulden bezahlet sind, solches eigentlich für keine solche Lehns-Verbesserung gehalten werden kan, welche auf das Lehn hafte, und der Lehns-Herr auch aperto feudo agnosciren müsse, angesehen solche Lehns-Schuld von dem vasallo selbsten, ob wol consensu domini, auf das Lehn zu seinem eigenen Vortheil gemachet ist, und von ihm auch wieder, seiner Schuldigkeit nach, getilget werden müssen,
32 dergestalt daß, wenn solche nicht bezahlt, der Lehns-Herr nur in subsidium, deficiente allodio, ob consensum, zu dessen Bezahlung angehalten werden kan,

SCHRADER *de feud. P. 7. c. 7. n. 42.*
STRVV. *in Synt. iur. feud. aph. 24.*

adeoque sicuti tale debitum non in feudi sed in vasalli vtilitatem est versum duntaxat, ita illud solutum heredes allodiales repetere nequeunt,

STRVV. *cit. l. n. 2.*

33 welches doch geschehen könte, wenn solche Bezahlung und liberirung des Lehns a nexu pignoratitio für eine wahre Verbesserung gehalten werden müste, adeo vt ipse vasallus, in cuius persona, eo viuente, feudum desinit, meliorationes ad perpetuam feudi vtilitatem factas repetere possit;

SCHWEDER *de meliorat. feud. c. 4. §. 16.*

gleichwol niemand sagen wird, daß der vasall, oder dessen allodial-Erbe, welcher die Lehns-Schulden bezahlet, solche Gelder als eine Lehns-Verbesserung wieder fordern könne, zumal er zu dessen Abtragung principaliter verbunden gewesen, und dahero, wenn solche, aperto feudo, noch nicht bezahlet, der allodial-Erbe zuförderst zu deren Abtragung condemniret werden muß, ohne einen offenbahren Widerspruch aber nicht gesaget werden kan, daß ein allodial-Erbe zu deren Abtragung verbunden, und das Bezahlte als eine Lehns-Verbesserung ex feudo aperto von dem Lehns-Herrn wieder fordern könne; dahero auch, wenn ein vasall Gelder zu Bezahlung der verconsentirten Lehn-Schulden erborget, und solche mit diesen Geldern getilget sind, der neue creditor nicht mehr Recht, als der vasall selbsten, wenn er die Schulden aus seinen Mitteln bezahlet, haben kan, woferne der Lehns-Herr in diese neue Schuld nicht consentiret, oder der creditor, so damit befriediget, nicht iura cessa demselben gegeben hat, indem der neue creditor dasjenige gethan, was der vasallus debitor zu thun schuldig gewesen, und durch dieses Anlehn er nicht sowol, als vielmehr der vasall, der die Gelder erborget, das feudum a nexu pignoratitio seiner Schuldigkeit nach befreyet; und 34 ob zwar unterschiedliche ICti dafür halten wollen, quod simpliciter ex feudo ista pecunia, qua id a debitis subsidiariis liberatum, solvenda sit, ante allodii excussionem, quia ista pecunia versa videtur in ipsius feudi vtilitatem, cum ab oneribus, quibus feudum affectum, sit liberatum, adeoque huiusmodi debitum perinde se habeat, vt illud, quod alias ad feudi conseruationem impensum:

STRVV. *cit. l. aphor. 25. n. 2.*

Dennoch diese Meinung weder in denen Lehn- 35 Rechten selbsten, noch in ratione iuris Feudalis gegründet ist, angesehen die iura feudalia nur eigentlich zu der Lehns-Verbesserung omnia rei incrementa, emolumenta, et accessiones, quibus res melior efficitur, et maiores fructus præstat, vel quæ etiam in feudi conseruationem necessariam facta sunt rechnen,

SCHWEDER *cit. l. c. 1. §. 3. et 4.*

Wohin aber die angeliehene Gelder, womit das Lehn von der Lehns-hypothec befreyet worden, eigentlich nicht gezogen werden mögen, als welche der vasall zu seinem eigenen Besten und Behuf erborget, und durch Bezahlung der Lehn-Schuld seiner Schuldigkeit ein Genügen ge- 36 than hat, keineswegs also zu asseriren, daß solches Anlehn mit demjenigen en parallel zu setzen, quod ad conseruationem feudi impensum, allermassen sonsten vielerley abfürda daraus folgen würden: a) daß der vasallus oder dessen allodial-Erben, wenn sie die verconsentirte Schulden bezahlet, solche, aperto feudo, eben so als dasjenige, quod ad feudi conseruationem impensum, wieder fordern könten, zumal sie ebenfals angeben möchten, das sie das Lehn durch Bezahlung der Lehn-Schulden, et per liberationem feudi a nexu pignoratitio, conseruiret, verbessert, und also das Interesse des Lehns-Herrn befordert, welches allen Lehn-Rechten zuwider ist: b) daß, da der Lehns-Herr, wenn er in eine Lehn-Schuld consentiret, sich nur in subsidium, in defectu allodii, pro quantitate feudi verbunden, er aber nunmehro, wenn ein tertius zu Abtragung der Lehn-Schulden Gelder hergeschossen und mit solchen das Lehn von der hypothec befreyet worden, aperto feudo, absolute, etiam non excusso allodio, zu dessen Abtragung verbunden seyn müste, welches ohne einen Widerspruch nicht statuiret werden mag; c) daß der

vasall durch Bezahlung der Lehn-Schulden mit erborgtem Gelde des feudi condition nicht verbessern, sondern verschlimmern und offenbar deterioriren würde, weil, wenn die Schuld nicht bezahlet worden, der creditor an des vasalli Land-Erben, aperto feudo, sich verweisen lassen, und von denenselben die Bezahlung suchen muß; da im Gegentheil, wenn sie mit fremdem Gelde getilget ist, der neue creditor sich schlechterdings an das Lehn zu halten befugt wäre, wodurch das Lehn-Gut nothwendig verschlimmert, und dessen qualität dererioriret wird, welches keinem vasallo erlaubet, noch denen Regeln der Justitz gemäß ist, vt quis facto suo conditionem alterius faciat deteriorem, also, es unerhört seyn würde, wenn ein Lehns-Herr dasjenige als eine Lehns-melioration annehmen und sich aufdringen lassen müste, was eine wahre deterioratio feudi, woferne es auf das feudum haften solte, seyn würde: d) endlich zugleich daraus diese schädliche und höchst-absurde Folge fliessen würde, daß ein vasallus seinen Land-Erben dadurch eine grosse Güte erzeigen, und sie von der Bezahlung der consentirten Lehn-Schulden, ohngeachtet er ihnen ein schön allodium nachgelassen, befreyen könte, wenn er nur zur liberirung a nexu pignoris consensu muniti Geld von andern erborgte, das Geld dazu würcklich employrte, und in die neuen obligationes expresse einrücken liesse, daß mit dem Anlehn verconsentirte Lehn-Schulden bezahlet worden, welches ohne handgreiflichen Unfug nicht geschehen mag; bevorab da noch dazu hiebey wol zu erwegen, daß das neue Anlehn, womit die alte Lehn-Schuld getilget seyn mag, ein gantz neues mutuum vasalli sey, welches der Lehn-Herr, woferne er nicht darein de nouo consentiret, zu bezahlen nicht schuldig, noch der neue creditor damit zu hören ist, wenn er opponiret, daß mit seinem Gelde die Lehn-Schuld bezahlet sey; angesehen in mutuo es heisset: non, vnde originem pecunia, quæ mutuo datur, habeat, attendendum, sed eius persona inspicienda, quæ vt propriam numerauit, 37

l. 7. C. si cert. petat.

bey welcher Beschaffenheit nicht zu verwundern, 38 daß die Lehns-constitution tit. 32. dieser vermeintlichen Verbesserung gar keine Meldung thut, noch auch der sonst fleißige ICtus

SCHWEDERVS *de meliorat. feudi.*

ob er gleich alle Lehns-Verbesserung aufs genaueste untersuchet, dieses casus gar mit keinem Worte gedencket, der doch nicht eben selten vorkommet, und ohne Zweifel von ihm mit berühret worden wäre, wenn unter einigem Schein Rechtens solcher dahin gezogen werden könte.

So ist ein Lehns-Herr dergleichen Anlehn, 39 damit das Lehn a nexu pignoratitio befreyet ist, ex capite melioritionis zu agnosciren nicht schuldig. V. R. W.

PRIVATO NOMINE
MENSE DECEMBR. MDCCXXXVI.

RESPONSVM CLXXVI.

THEMATA.

I. De consensu feudali

II. Commissa felonia non tribuit agnatis ius succedendi in feudo, viuente vasallo.

SVMMARIA.

Species facti ac quæstio I. n. 1.
Confirmatio generalis ex verbis generalibus concluditur; n. 2.
Clausulæ tamen eius generales ex specialibus tractatibus declarandæ sunt. n. 3.
Decisio quæstionis I. n. 4.
Quæstio II. n. 5.
Tui præstantur seruitia feudalia, is pro domino feudi reputatur. n. 6.
Ad inuestituram sufficit consensus domini feudi immediati. n. 7. 9.
Quilibet pacto in sui præiudicium inito renunciare potest. n. 8.
Decisio quæstionis II. n. 10.
Quæstio III. IV. V. n. 11.
Iure Saxonico in casu illicitæ alienationis agnatis et simultanee inuestitis actio datur. n. 12. 14.
Felonia a domino vasallis remissa non nocet agnatis. n. 13. 15.
Decisio. n. 16.
Quæstio VI. et VII. n. 17.
Exceptio rei venditæ et traditæ et præstandæ euictionis repellit agentem. n. 18. 19. 20.
Decisio. n. 21.

Als derselbe Uns eine facti speciem nebst sieben Fragen zugeschicket ꝛc.

1 Hat Wolf von R. in medio vo-riges Seculi bey Ermangelung des Mann-Stamms veranlasset, daß dessen Mitbelehnte, Christoph, Henrich und David, Gebrüdere von R. ihr successions-Recht an die Ritter-Güter A. B. C. an desselben Schwester, Fr. Annen Carolinen, unter gewisser Bedingung verkaufet, auch endlich anno 1651 den 30 Jun. der dominus directus, als Lehns-Herr dergestalt darein consentiret, daß die Mannlehn nicht in Weiberlehn verwandelt, noch keine neue vasallen obtrudiret werden solten, worauf die Käuferin über zwantzig Jahr diesen Güter, ohne dieselbe in Lehn zu empfangen, besessen, und solche auf ihren Sohn Carolum, und Tochter-Sohn Gregorium verfället, und wie auch jener bald gestorben, dieser allein die Güter behalten, und auf entstandenen Streit mit denen Verkäufern sich gerichtlich an. 1674 von neuen verglichen, dadurch sie sich erkläret, daß sie geschehen lassen wolten, daß Gregorius mit denen Gütern belehen werde, iedoch daß die successionbloß auf des Gregorii eheliche Leibes-Erben, männlichen und weiblichen Geschlechts, erfordert werden solte, dabey sie sich auch die gesamte Hand zwar reseruiret, iedoch sie derselben nicht, wol aber die einem Grad weiter stehende Mitbelehnte, solche geleistet. Ist nun vor einigen Jahren des Gregorii Mannstamm ausgegangen, und dahero ratione successionis Streit entstanden, angesehen der alienatorum Sohn, Adolph von R. sich gemeldet, und die Belehnung gesuchet, von dem Cammer-procuratore aber actione priuatoria ob feloniam commissam belanget, dabey die weitere Mitbelehnte Julius und Georg von R. interueniendo eingekommen, und sowol gegen die hinterlassene Tochter, als gegen der alienatorum Sohn und den Cammer-procuratorem die Belehnung gesuchet, dabey denn gefraget wird:

Quæstio I.

Ob die angeführte lehnsherrliche confirmatio generalis oder specialis sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

2 Bey der ersten Frage möchte zwar eingewandt werden, daß in der confirmation vom 25. Jul. 1651 expresse enthalten und verordnet, daß solchem contract in allen und ieden Puncten, Clausuln, Inhalt und Meinung nachgegangen, und dawider nichts gethan noch gehandelt werden solle, welche Worte denn eine generalem confirmationem anzeigen wollen, anerwogen der wegen der successionin gedachten R. Gütern enthaltene contract dadurch in allen seinen Puncten und Clausuln bestätiget ist.

Weil aber dennoch diese confirmation 3
nicht anders als auf folgende Erklärung exsolget, daß dem Lehn-Herrn dadurch keine neue vasallen obtrudiret, noch die Mannlehn in Weiberlehn verwandelt, noch sonst dem Lehn-Herrn am Folge und Diensten, und nach Absterben aller Mitbelehnten am Rückfall etwas nachtheiliges zuwachsen solle, und darauf der Lehns-Herr mit solcher bedinglicher masse seinen consens dazu gegeben, dahero auch die darauf folgende Clausul darnach zu erklären ist, cum clausulæ generales subsequentes ex specialioribus tractatibus declarandæ sint.

arg. l. 31. C. de transact.

So ist zwar diese confirmatio nicht pro ab- 4
solutæ generali zu halten, dennoch, wie aus dem folgenden erhellen wird, diese quæstion bey gegenwärtiger Sache nicht sonderlich zu considériren.

Quæstio II.

Ob ohne special-consens Sr. Chur-Fürstlichen Durchlauchtigkeit zu Sachsen, Gregorius für sich und seine weibliche Descendenten von dem Hertzoge zu Zeitz zu vasallen angenommen werden könne? 5

Rationes dubitandi et decidendi.

So viel die andere Frage betrift: ob wol 6
S. Chur-Fürstliche Durchlauchtigkeit zu Sachsen, in Zeitzischen Landen, die Heers-Folge und Dienste sich reservirt hat, und suo modo pro domino feudi mit zu achten, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn ohne dessen consens Gregorius für sich und seine männlichen und weiblichen Descendenten zu vasallen nicht angenommen werden mögen, welches auch dem in an. 1651 gegebenen consens zuwider zu lauffen scheinet, als worin expresse verordnet, daß keine neue vasallen obtrudiret, noch die quæstionirte Mannlehn verwandelt werden sollen.

Weil aber dennoch Vermöge testamenti 7
IOH. GEORGII I.

apud STRYK *in caut. contr. in appendic.*

die Zeitzischen Lande und die darin befindlichen feuda nicht immediate von Chur-Sachsen dependiren, und also genug gewesen, daß in an. 1674 der damalige Hertzog von Zeitz, als dominus feudi immediatus, in die Belehnung consentiret,

ROSENTHAL *de feud. cap. 9. m. 1. concl. 32.*

und derselbe an das in an. 1651 gemachte pa- 8
ctum nicht verbunden gewesen, welchem er zu

seinem præiuditz renunciiren mögen, hiebey auch die von seiten Chur-Sachsen reservirte
9 iura in keine consideration zu ziehen, als welche mit der Belehnung keine connexion haben, in effectu also durch solche erfolgte Belehnung die confirmation des in anno 1674 vor der Zeitzischen Regierung geschlossenen Vergleichs geschehen, als wornach die Belehnung eingerichtet:

10 So halten wir dafür, daß ohne Churfürstl. consens zu Sachsen die quæstionirte Belehnung wol geschehen mögen.

Quæstio III.

11 **Ob die von denen Mitbelehnten eingegebene** interuention **oder** revocatorien-**Klage gegründet sey?**

Quæstio IV.

Ob es wol gethan gewesen, daß man die interuention **separiret, und nur mit der Besitzerin verfahren?**

Quæstio V.

Ob der alienatorum filius **ihnen durch den auszuwürckenden** pardon præiudiciren **könne?**

Rationes dubitandi et decidendi.

12 Bey der dritten vierten und fünften Frage ist zwar angeführet, daß nach dem iure Saxonico

per constit. 48. p. 2.

wo illicite und ohne lehnsherrlichen consens contrahiret, die agnaten und Mitbelehnte noch bey Lebzeiten des alienatoris zugelassen werden, welches hier zu appliciren seyn möchte, da die in anno 1674 geschehene Belehnung gegen den in anno 1651 gegebenen consens-Brief geschehen, die alienatores auch der gesamten Hand nicht Folge geleistet, und dahero kein
13 successions-Recht mehr haben können, endlich auch der Lehns-Herr durch den gegebenen pardon zwar sich, keineswegs aber denen simultanee inuestitis præiudiciren könne, als welche nunmehro ein ius quæsitum an der succession erhalten.

14 Weil aber dennoch bereits aus dem vorigen erhellet, daß allhier kein casus illicitæ alienationis ist, zumal der Lehns-Herr in anno 1651 in den damaligen contract consentiret, und ob gleich solches restrictiue geschehen, dennoch in anno 1674 mit consens der alienatorum der neue Vergleich abermal bestätiget und dem zufolge die Belehnung erfolget, und um desto ehender auf die weibliche descendenz extendiret werden mögen, da vor dieser Belehnung die Carolina die quæstionirten Güter ohne alle Belehnung iure quodam allodiali besessen, und dadurch conditio feudi also nicht verschlimmert worden, weil solche Güter, durante vita alienatorum, ohnedem auf das weibliche Geschlecht gefallen wären, gleichwie anfänglich das successions-Recht auf die Carolinam abgetreten; im übrigen daß die aliena- 15
tores der gesamten Hand nicht Folge geleistet, denen remotioribus simultanee inuestitis kein ius succedendi noch zur Zeit nicht geben kan, als welches erst post mortem alienantis et eius succedentium erfolget, und allenfals nur dem domino feudi ein Recht dadurch zugewachsen, welches er eines theils in seinem præiudiz wol remittiren können: andern theils es auch hier auf nicht einsten ankomt, da nach dem vorhergehenden die itzige Besitzerin aus der in anno 1674 geschehenen Belehnung ein ius succedendi hat, und also weder der Lehns-Herr ex capite feudi aperti noch der alienatorum filius ein Recht an denen quæstionirten Gütern de iure sich anmassen mögen, also es auf die vierte Frage hier nicht eben ankomt:

So ist der Mitbelehnten angestellete reuoca- 16
torien-Klage nicht gegründet, auch würde allenfals dem Lehn-Herrn, wenn er ein ius quæsitum ex commissa felonia haben solte, wol erlaubet seyn, solche zu remittiren.

Quæstio VI.

Ob etwa aus dem von ihm vorgeschlagenen Vergleich einiger Vortheil zu hoffen, und wie solcher einzurichten? 17

Quæstio VII.

Ob nach getroffenem Vergleich die Mitbelehnte aus einem andern fundamento **klagen können, oder was ihnen sonst zuträglich seyn möchte?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol, wenn der alienatorum filius sich 18
mit denen Mitbelehnten vergleichen solte, dieselbige diese avantage davon erlangen möchten, daß sie nunmehro ex eius iure die Klage fortsetzen, und was etwa sie proprio iure nicht erhalten können, sie nunmehro ex eius persona, nachdem er selbsten gegen die Besitzerin die Belehnung und succession prætendiret, überkommen mögen:

Weil aber dennoch bereits behauptet, daß 19
derer alienatorum filius kein successions-Recht habe, als welcher seiner Eltern factum præstiren muß, und wenn er auch an denen Lehn-Gütern

tern einige prætension machen könte, dennoch demselben exceptio rei venditæ et traditæ vt et præstandæ euictionis entgegen stehet, quæ repellit agentem, mithin auch denen Mitbelehnten opponiret werden würde, also keine avantage aus solchem Vergleich abzusehen, vielweniger zu befinden ist, daß die Mitbelehnten sonsten ex alio iure meliori sürtzo klagen können, da, wenn sie ja die Güter ausser dem successions-Fall reuociren wollen, sie nicht anders als ex iure retractus feudali solches bewerckstelligen mögen, worzu aber die Zeit vorlängsten verstrichen.

So halten wir dafür, daß der angegebene Vergleich denen Mitbelehnten nichts helfe, noch sie sonsten aus einem andern Grund zu klagen befugt seyn werden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MAIO MDCCXIX.

DECISIO CLXXVII.

THEMA.

De consensu agnatorum in alienationem feudi.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Prorogatio est continuatio fatalium, ideoque effectum peremtorium habere debet. n. 2.
Termino peremtorio elapso alteri ius est quæsitum, quod ei per vlteriores dilationis concessionem a iudice auferri nequit. n. 3.
Restitutio in integrum contra sententiam non nisi ob plane noua grauamina locum habet. n. 4.
Consensus feudalis est stricti iuris, adeo vt alienatio consensui munita præcise in illis terminis expedienda sit, prout consensus se habet. n. 5.
Vnde consensus respectu certæ causæ præstitus ad aliam extendi non debet. n. 6.
Quando agnatus subscribit, vt testis, non intelligitur alienationi consensisse. n. 7. 8.
Cessionario omnes exceptiones, quæ poterant opponi cedenti, obiici possunt. n. 10.
Qui per triginta annos abest, ab eo tempore, quo notitia de eo euanuit, pro mortuo habendus est, maxime si bellum confectum est. n. 11. 19.
Mutuum palliatum ex quibus circumstantiis diiudicetur? n. 12.
Durat dilatio et æqua est, donec manet eius causa. n. 14.
Ex verbis præfationum et proœmiorum in contractibus coniectura maxima voluntatis colligitur. n. 15.
Qui non vt testis sed vt agnatus subscribit, videtur alienationi feudi consensisse. n. 16.
Verba ambigua contra eum sunt explicanda, qui clarius loqui debuisset. n. 17.
Referens ex relato est explicandum. n. 18.
Antichresis et retrouenditio olim paria fere iura habuerunt. n. 20.
Debitori in antichresi dominium directum adscribitur. n. 21.
Translatio dominii est nota characteristica emtionis sub pacto de retrouendendo. n. 22.
Annui reditus reuera mutuum palliatum continent. n. 23.
Decisio. n. 25.

Auf supplications-Schrift und erfolgte Gesetze in Sachen des Herrn J. H. von I. Klägers an einem, und der Gebrüdere von R. Beklagten am andern Theil, erkennen ꝛc. auf vorgehabten Rath auswertiger Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Daß es der eingewandten supplication ohngehindert bey dem n. 514. befindlichen und den 12. Septembr. 1712 eröfneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol Herr Kläger anführet, daß die n. 514. befindliche sententia reformatoria nicht erfolgen mögen, anerwogen 1) Beklagter die contra sententiam vom 23. Mart. 1709 interponirte restitution in integrum desert werden lassen, und nicht zu rechter Zeit justificiret, vielmehr nachdem das fatale von sechs Wochen, prorogiret worden, und vor dessen Verfliessung Beklagter eine neue prorogation bitten wollen, solches einen Tag zu späte geschehen, und ob wol die prorogatio fatalium nicht sub præiudicio decretiret, auch nachdem die erste abgelossen, die andere erkant worden, es doch das Ansehen gewinnet, als ob denen Beklagten solches nicht zu statten kommen möchte, da die prorogatio nicht anders als eine continuatio fatalium ist, und dahero auch eben den effectum peremtorium haben muß,

CARDIN. LVCA *de feud. disc. 4. n. 24.*

mit-

3 mithin keine neue prorogatio, post lapsum terminum mehr erkant werden mögen, termino enim elapso alteri ius est quæsitum, quod ei per vlterioris dilationis concessionem a iudice auferri nequit,

NICOLAI *de proc. iudic. P. 1. c. 48. n. 11.*

BERLICH *P. 1. concl. 40. n. 10.*

quin potius definitiue in causa pronunciandum est, vel sententia lata in rem iudicatam transit,

CARPZ. *lib. 3. resp. 68. n. 3.*

SCACC. *de iudic. lib. 2. c. 3. n. 21. sqq.*

4 überdem auch 2) nach der Cantzley-Ordnung die restitutio in integrum nicht anders, als ob plane noua grauamina, zugelassen werden mag, welche doch hier zu ermangeln, und die n. 454. angeführte und erzehlte noua vorhin schon in actis ausgeführet zu seyn scheinen, mithin dadurch das n. 440. befindliche Urthel Kraft Rechtens ergriffen, und wenn auch solches nicht wä-

5 re, dennoch 3) bey der Haupt-Sache zu erwegen seyn möchte, daß anno 1673 Jürgen Christoph von I. sein angefallenes Lehn-Gut G. an der Beklagten Frau Mutter wiederkäuflich vor 10500 Thlr. verkauffet, und in solchen Kauf Klägers seliger Vater zwar consentiret, auch das n. 207. befindliche original mit unterschrieben, dennoch solches nicht absolute sondern secundum quid gethan, und nicht allein aus dem Haupt-contract selbsten solches zu befinden, als worin difertis verbis versehen, daß Beklagtens selige Mutter als Käufferin für die auszuzahlende 9000 Thlr. die K. Erben abfinden, deren iura per cessionem an sich nehmen und von denenselben darüber die Quitung beybringen, auch bey künftigem Wiederkauf nebst allen darzu gehörigen Briefschaften extradiren solle, sondern auch insbesondere die n. 459. sq. befindliche, und von denen Lehns-Vettern ausgestellete consens-Briefe eigentlich zu erhärten scheinen, daß solche 10500 Thlr. primario zu Befriedigung der K. Erben erborget, und so weit der consens interponiret worden, absonderlich da man von Seiten der agnaten persuadiret gewesen, daß die K. Schulden auf 8000 Thlr. sich erstrecken würden, und weil 1000 Thlr. ihnen für den consens versprochen, und 1500 Thlr. bey der Käufferin zu Abtragung gewisser onerum stehen geblieben, dahero erfolget, daß die Vettern in 10500 Thlr. consentiret, und ob wol in dem consens-Briefe gedacht worden, daß theils zu Befriedigung der K. Erben solches Capital aufgenommen, dennoch dadurch nicht weiter als auf das, was über die 8000 Thlr. vorgedachter massen erborget, reflectiret worden, gleichwol sich nunmehro befunden, daß nur 6000 Thlr. zu Abtragung der K. Schulden angewandt worden, 2000 Thlr. aber der vormalige Verkäuffer Jürgen Christoph von I. zu sich genommen, solche in das Lehn nicht verwendet, auch die Vettern nicht darin consentiret, und um deswillen auch von Beklagten anietzo von seiten des Herrn Klägers bey der reluition nicht gefordert werden mögen, in mehrer Erwegung, da bekanten Rechtens, quod consensus feudalis sit stricti iuris, nec extendatur de casu ad casum, sed alienatio consensu munita præcise in illis terminis expedienda sit, prout consensus se habet,

VVLTEIVS *de feud. c. 10. n. 66.*

HEIG. *lib. 1. qu. 27. n. 47.*

et consensus præstitus respectu certæ causæ, 6
ad aliam extendi non debeat;

SCHRADER *de feud. P. 8. c. 5. n. 9 et 24.*

auch nicht zu hindern scheinet, daß die verba 7
procæmialia des Kauf-contracts nicht allein auf die Abfindung der K. Post gerichtet sind, und des Herrn Klägers Vater doch denselben unterschrieben, zumal er solches nicht sowol als ein Lehns-agnat, sondern als ein Zeuge gethan, quando autem agnatus subscribit vt testis, non intelligitur alienationi consensisse,

SCHRADER *cit. l. n. 8.*

und wenn er als ein Lehns-agnat unterschrieben 8
hätte, nicht nöthig gewesen wäre, insbesondere noch einen consens-Schein auszustellen, dahero aus demselben allein geurtheilet werden müsse, wie weit er in den Wiederkaufs-contract consentiret. Ferner dem Herrn Kläger 9
nicht zu præiudiciren scheinet, daß nach Anweisung der H. acten andere creditores des Verkäufers der Beklagten seel. Frau Mutter, wegen der bey ihr stehen gebliebenen 1500 Thlr. belanget, sie auch condemniret worden, dieselbe davon zu bezahlen, also auch andere als K. creditores darunter gemeinet seyn müssen, zumal solches theils pro re inter alios acta zu halten: theils auch es eine gantz andere Bewandtniß damit hat, nachdem die agnati in diese 1500 Thlr. consentiret und verwilliget, daß solche bey der Käuferin stehen bleiben sollen, also die creditores sich wol daran halten mögen. Im 10
übrigen 4) Herr Kläger zwar anfänglich, laut Beylage sub n. 3. ex iure cessionis geklaget, und so ferne er nicht ex persona propria klagen möchte, ihm dieses nicht zu gute kommen könte, cum cessionario omnes exceptiones, quæ poterant opponi cedenti, obiici queant, gleichwol die gantze acta ausweisen, daß Herr Kläger beybringen wollen, daß, nachdem der Verkäufer Jürgen Christoph von I. bey dreyßig Jahren schon abwesend gewesen, derselbe billig pro mortuo zu halten, absonderlich da er vor fünf und zwantzig Jahren in Ungarn in dem blutigen Türcken-Kriege gedienet, und laut attestati sub n. 537. weder unter den Lebendigen noch Todten gefunden worden, bey solchen Umständen also nicht anders als sein Tod zu vermuthen sey, cum is qui diu abfuit, ab eo tempore, quo notitia de eo euanuit, pro 11
mortuo habendus sit, maxime si bellum confectum est.

LYNCKER *resp. 5. n. 6. sqq. et 17.*

Da hergegen die Lipsienses in vorigem Urthel seinen Tod nicht vermuthen, sondern supponiren wollen, als wenn Herr Kläger allein ex iure cessionis zu klagen befugt wäre, überdem auch daraus

12 daraus 5) ein gravamen vom Herrn Kläger angeführet worden, daß die Gelder an speciebus wieder bezahlet werden solten, da doch des Herrn Klägers Vater in seinem consens-Schein sich darzu nicht verbunden, und wenn solches auch gleich geschehen, dennoch darauf so wenig als auf ein pactum vsurarium zu reflectiren seyn würde, vielmehr der Wiederkauf als ein mutuum palliatum zu halten, welches unter andern daraus abzunehmen, daß man diesen contract um Geld aufzubringen principaliter contrahiret, die creditrix nicht alle casus fortuitos über sich genommen, beyde Theile sich eine determinirte Loskündigung vorbehalten, und auch selbsten in der Fürstlichen confirmation es ein ius antichreticum genannt worden,

BERLICH. *P. 2. concl. 1.*

es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn eine vsuraria prauitas darunter verborgen, in mehrerer Erwegung, daß aus der sub n. 92. befindlichen Quitung erhellet, daß nur 1200 Thl. specie gezahlet worden, und wenn es auch gleich ein wahrer Wiederkauf seyn solte, dennoch abermal das pactum, daß die 10500 Thlr. in speciebus wieder erleget werden solten, gegen die Policey-Ordnung de anno 1548. c. 6. §. 1.
13 laufen würde; endlich auch 6) daher ein gravamen genommen werden wollen, daß Beklagter von denen Unkosten, so in dem n. 440. befindlichen Urthel zuerkant, absolviret worden, da sie doch in der supplications-instantz notorie succumbiret; welchem noch 7) in der n. 549. befindlichen Schrift beygefüget worden, daß verlauten wolle, als ob der Beklagten seel. Frau Mutter mit denen creditoren gehandelt, und sich doch auf gantze Summen quitiren lassen, welches contra L. Anastasianam gehandelt seyn würde, zu dem Ende sie dem Herrn Beklagten den Eyd deferiret, welches derselbe auch acceptiret, und es daher scheinen möchte, als ob darauf in pronunciando erkant werden müssen.

Rationes decidendi.

14 Weil aber dennoch so viel das erste gravamen betrift, aus dem n. 451. befindlichen decreto abzunehmen, daß solches cum causæ cognitione erkant worden, und wenn Herr Kläger dadurch læditet zu seyn vermeinen wollen, dawider die remedia suspensiua gebrauchen müssen, so doch nicht geschehen, und also solches seine Rechts-Kraft ergriffen, überdem wenn auch gleich einen Tag zu spät die prorogation gesuchet worden, dennoch aus ietztgedachtem decreto zu befinden, daß, weiln man bey dem Nachfragen vernommen, daß die von Beklagten verlangte Stück-acten noch nicht vollkommen abgeschrieben, und sie dieselbe noch nicht erhalten, ihnen deswegen eine neue dilation gegeben worden, in welchem Fall der lapsus termini nicht præiudiciren mag, durat enim dilatio et æqua est, donec manet eius causa, quare, sicut ex allegata perduratione impedimenti facile prorogatio, cum petitur, impetratur, ita etsi non petita sit, tamen non labitur tempus, sed ipso iure prorogatur, dum fieri non potest, vt iuste impeditus excludatur,

MEV. *P. 8. decis. 203.*

also wenn auch gleich die erste prorogatio tacite sub præiudicio geschehen seyn solte, dennoch gestalten Umständen nach den Beklagten dadurch kein præiudicium zuwachsen würde, wie denn auch quoad grauamen secundum die n. 454. befindliche iustifications-Schrift mit 15
mehrem anweiset, daß unterschiedliche noua vorgebracht worden, welche theils in vorigen noch so deutlich nicht proponiret: theils auch nicht angeführet, und an und vor sich selbst für erheblich erkant worden, und also was die Haupt-Sache und das daraus genommene grauamen tertium betrift, vornemlich cardo controversiæ darauf ankomt, ob Herr Klägers Vater wegen des geschlossenen Wiederkaufs auf 10500 Thlr. absolute oder nur in regard der K. Forderung consentiret, da denn zuforderst die verba procemialia des gedachten contracts deutlich geben, daß Jürgen Christoph von I. wegen der K. Erben-Forderung, ingleichem zu höchstbehufigen baren Mitteln, und zu redimirung des väterlichen Wohn-Hauses in G. endlich auch zu Ablegung seiner väterlichen creditoren sich zum Verkauf des adelichen Guts zu G. entschliessen müssen, daraus also klar abzunehmen, daß aus andern mehreren Ursachen, als allein die K. Erben zu befriedigen, der contract geschlossen sey, cum ex verbis præfationum et procemiorum in contractibus coniectura maxima voluntatis colligatur, atque interpretatio cuiuslibet dispositionis deducatur.

ANCHORAN. *cons. 298. n. 4.*
TVSCH. *tom. 6. lit. P. concl. 892.*
GABRIEL *lib. 1. conf. 113. n. 19.*

Dieses auch billig gegen den Herrn Kläger gel- 16
ten muß, nachdem sein Herr Vater so wol bey der punctation gewesen, als auch das n. 207. befindliche original unterschrieben, und daß er solches bloß als Zeuge unterschrieben, nicht gesaget werden mag, vielmehr aus denen letztern Worten des contracts deutlich abzunehmen, daß er solches als Lehnsfolger unterschrieben, qui autem non vt testis, sed vt agnatus subscribit, videtur alienationi feudi consensisse;

SCHRADER *de feud. P. 8. c. 5. n. 8. in f.*

zumal auch der contract auf die Weise, wie er concipiret gewesen, von dem Lehns-Herrn confirmiret worden, und die H. Acten n. 46. die confessionem dieses Satzes nicht undeutlich in sich halten, worin die Lehns-Vettern bekant, daß die 9000 Thlr. zu contentirung der creditoren in genere verconsentiret worden; im 17
übrigen die ausgestelleten consens-Scheine nach diesem Haupt-contract ihre Erklärung nehmen müssen, zumal auch darin nicht zu befinden, daß allein wegen derer K. Forderung der consens interponiret worden, sondern

daß solches nur theils dieserwegen geschehen, dahero auch kein gewisses quantum wegen solcher Forderung ausgedrücket, und nichts anders als dieses daraus geschlossen werden mag, daß vornemlich zu Ablegung der K. Forderung der Verkauf vorgenommen sey, wohin denn ohne Zweifel die contrahentes reflectiret, und zu dem Ende abgeredet, daß der Beklagten Frau Mutter der K. Erben iura per cessionem an sich bringen, und bey Wiedereinlösung die Quitung und andere Urkunden extradiren solte; allenfals wenn die agnaten nur bloß wegen Bezahlung der K. Post consentiren wollen, nöthig gewesen wäre, daß sie solches deutlicher exprimiret; propositum enim in mente retentum nihil operatur,

l. 7. C. de condict. ob turp. caus.

quin potius verba ambigua contra eum interpretanda sunt, qui clarius loqui debuisset.

l. 39. de pact.

18 Ausser diesem auch pro consensu generali sehr starcke præsumtiones daher zu nehmen sind, daß theils die Lehns-Vettern 1000 Thlr. consens-Gelder von denen Kauf-Geldern der 10500 Thlr. bekommen, welches unnöthig gewesen wäre, wenn allein wegen der K. Forderung der consens zur Veräusserung gegeben worden, als welche ohnedem schon auf das Lehn guten theils gehaftet, theils auch die H. acta ausweisen, daß auch wegen anderer als K. Schulden die Gelder employret werden müssen, ohngeachtet sich die Lehns-Vettern dabey interueniendo gemeldet, und contradiciret, wie den Beklagte auch zu deren Wiedererstattung billig condemniret worden: theils auch nicht abzusehen, warum in dem consens-Schein 10500 Thlr. præcise ausgedrucket seyn solte, wenn solches sich nicht auf dem Wiederkauf und dessen Summe bezogen, und dahero nach demselben seine Erklärung nehmen müste, cum referens ex relato explicari debeat,

CARPZ. *P. I. C. I. def. 3. n. 6.*

19 bey solchen Umständen also auf das grauamen quartum nicht sonderlich zu sehen, da, wenn auch Herr Kläger gleich iure proprio klagen solte, dennoch zu Bezahlung der vereinconsentirten 10500 Thlr. wegen angeführter Umstände schuldig seyn würde; inzwischen doch nicht zu leugnen, daß aus denen angeführten Umständen der Tod des absentis noch nicht zu schliessen, welches auch die Ursache gewesen, daß anfänglich ex iure cessionis geklaget worden. Hiernächst 20 bey dem fünften grauamine das mutuum palliatum nicht beygebracht, und wenn gleich ein contractus anuchreticus darunter verborgen liegen solte, dennoch dagegen bekant ist, daß man auch vor Alters in Teutschland diesen contract von dem Wiederkauf wenig unterschieden, sondern fast einen für den andern gebrauchet, und jenem die Rechte, welche der Wiederkauf hat, mitgetheilet sind,

B. STRYK *in V. S. Mod. de pignorat. act. §. 7.*

DN. THOMAS. *diss. de vsu pract. distinct. inter emt. cum pact. de retrov. et contr. pign. c. 3. §. 5. sqq.*

HARPRECHT *vol. mv. cons. 16. n. 507.*

so gar, daß auch dem debitori in solchen Unterpfänden nur ein dominium directum zugeschrieben wird, 21

I. PACIS *art. V. §. 26.*

vielmehr also in gegenwärtigem casu, da nach den 22 Worten des contracts das Eigenthum mit transferiret worden, man keine Ursache findet, von dem, was expresse abgeredet worden, abzugehen, cum hoc ipsum nota characteristica emtionis sub pacto de retrouendendo sit.

HARPRECHT *cit. l. n. 642. sqq.*

Diesem zufolge weder widerrechtlich noch ungewöhnlich ist, daß ein ander pretium bey dem Wiederkauf, als anfänglich determiniret worden, abgeredet werde, nach dahin der Reichs- 23 Abschied *de a. 1548* zu ziehen, als welcher de annuis reditibus, die reuera an und vor sich selbst ein mutuum palliatum sind, redet. Endlich auch aus der n. 92. befindlichen Quitung zu ersehen, 24 daß das versprochene quantum der 10500 Thlr. mit dem ausgezahlten Aufgelde zu species Thlr. gemachet worden, auch nicht hindern mag, daß in dem consens-Scheine keine species ausgedrücket, zumal solches deutlich in dem Hauptcontract, welchen Beklagtens Vater unterschrieben, abgeredet, auch der consens-Brief sich darauf beziehet; und, so viel das sechste grauamen betrift, Beklagte eben so wenig in die Unkosten zu condemniren gewesen, als Kläger für diesesmal darein nicht condemniret worden ist, da so wol der Herr Kläger als Beklagte unterschiedliche Urthel für sich haben. Endlich das deferirte iuramentum für überflüßig geachtet worden, als welches de iure tertii, creditorum scilicet, eingerichtet, ohne Noth aber auf keine Eydes-delation zu erkennen ist:

So hat Inhalts vorstehender Urthel von uns 25 erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IANVARIO MDCCXV.

DECISIO

DECISIO CLXXVIII.

THEMA.

Consensus agnatorum in alienationem feudi ex causis specificis petendus est.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Contra sententiam interlocutoriam leuteratio non admittitur, n. 2.
nisi sit mixta. n. 6.
Exceptio non communicatorum documentorum in primo termino opponenda est. n. 3.
Quomodo consensus agnatorum in alienationem feudi petendus sit? n. 4.
Sine causa specifica agnatus in alienationem feudi consentire non tenetur. n. 8. 9.
Denegatio consensus in mera libertate consistit, adeoque is, qui consensum petit, probare debet, alterum consentire debere. n. 10. 11. 12.
Decisio. n. 14.

Auf eingewandte Läuterung und erfolgte Gesetze in Sachen Amand Gustav von B. imploraten an einem, und Ehrenreich Adolph von R. wie auch Christoph Albrecht von B. tutor. nom. der unmündigen Gebrüdere von B. zu K. und P. imploranten am andern Theil, erkennen ꝛc. nach vergehabtem Rath unserer Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß implorat auf die fol. 4. vol. A. befindliche imploration sich einzulassen, und die Unkosten zu erstatten nicht schuldig, sondern dieselbe, immassen sie angebracht, nicht statt finde. Die fol. 91. specificirte deseruita a 16 Thlr. 12 Gr. 10 Pf. werden auf 9 Thlr. 4 Gr. die folgenden a 12 Tthlr. 3 Gr. aber auf 8 Thlr. 12 Gr. moderiret. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol implorat 1) sich der exceptionis
2 Ober-leuterationis non admissibilis bedienet, und dabey angeführet, daß der implorat von der reiectione leuterationis die Ober-Leuterung interponiret, welche doch gegen ein pur interlocut, wie hier anzutreffen, nicht statt finde,

Magdeburgische Proceß-Ordnung, *c. 42. §. 3.*

gleichwol a reiectione solche nach dem Justiz-reglement §. 123. allein interponiret werden müssen, darneben 2) nicht anders zugelassen ist, als wenn Ober-leuterant der appellation an die höchsten Reichs-Gerichte renunciiret, so doch nicht geschehen, und dahero auch aus solchem defectu die interponirte Oberleuterung
3 hinweg falle. So dann 3) gegen die grauamina, daß solche irreleuant zu achten, opponiret, und dabey erinnert worden, daß dieselbe hauptsächlich in der exceptione non communicatorum documentorum bestehe, welche doch implorat in seiner fol. 7. befindlichen exceptions-Schrift nicht opponiret, noch communicationem quorundam documentorum gebeten, also darauf nicht erkant werden mögen, solche auch nunmehr nicht weiter statt finde, weil sie nicht in primo termino opponiret sey, so doch geschehen müssen;

Magdeburgische Policey-Ordnung *c. 27. §. 1.*

wenigstens 4) implorat sich euentualiter einzulassen sollen, und ihm ja frey gestanden, die narrata lediglich zu negiren, und ob wol die causa specifica nicht angeführet, dennoch sich solche suo tempore finden würde, weil die imploranten alsdenn ihr Vorgeben weiter anführen und erweisen müssen, woraus denn der Grund, warum implorat consentiren müsse, sofort erhellen würde; wiewol auch implorantes 5) vermeinen wollen, daß die causa agendi specifica angeführet sey, wie sie fol. 34. ex actis dargethan; wobey dann 6) wenn die Sache zum Beweis gediehen, imploranten den Kauf-Brief zu produciren schuldig gewesen, imploraten aber obgelegen haben würde, causas quare non an und auszuführen, als welche in seinen Gegenbeweiß und peremtorias gehörten; bevorab da 7) alsdann imploranten zeigen würden und müsten, daß, da die nächsten Agnaten bereits in diesen Verkauf der Güter quæst. consentiret, der implorat, als remotior, den Verkauf nicht hindern könne, sondern zu consentiren schuldig sey,

Magdeburgische Policey-Ordnung *c. 8. §. 22. seq.*

auch 8) nicht hindere, daß die Königliche Re- 5
gierung in causa des imploraten gegen die von B. zu B. andere sentiments geführet, und auf die communicationem documentorum resolution ertheilet, zumal implorat von ihnen in primo termino communicationem docu-

mentorum begehret, welches aber implorat in hac causa nicht gethan, solche nicht benennet, mithin nicht eodem modo darauf verabschiedet werden mögen, solche gleichwol zu seiner Zeit bey dem Beweis und Gegenbeweis communiciret werden müsten; wiewol auch 9) in eben dieser Sache die documenta denen von B. zu B. bereits communiciret, und daher des imploraten mandatarius, der jenen ebenfals bedienet ist, sich in dem gehabten termin wegen des imploraten erkläret haben soll, solche nicht zu prætendiren, worüber er ihm in casum negationis den Eyd deferiret, und es also das Ansehen gewinnen will, daß es schlechterdings bey dem fol. 23. befindlichen Abschiede zu lassen gewesen.

Rationes decidendi.

6 Dieweil aber dennoch ad 1) der implorat gegen den fol. 23. befindlichen Abschied zwar geläutert, und als solche Läuterung verworfen worden, die Oberläuterung nach dem Justizreglement dagegen interponiret, gleichwol, nachdem solches geschehen, die Königl. Regierung das decretum reiectionis wieder aufgehoben und der interponirten Läuterung fol. 29. deferiret, so per errorem angegebener massen nicht geschehen, sondern die Königliche Regierung, zu Abwendung der Ober-Läuterung und euentualen appellation, lieber die Läuterung zugelassen, welche auch wol gegen ein solches interlocut, wodurch implorat zu einem gravirlichen Gegenbeweis gebracht werden würde, statt findet; mithin ad 2) nunmehr auf die 7 sonst gewöhnliche renunciation der appellation ad suprema imperii tribunalia nicht zu reflectiren gewesen, wiewol auch sonsten, wenn die Ober-Läuterung nach vollführter erster Läuterung interponiret ist, solcher sub conditione, wenn der Ober-Läuterant die gewöhnliche renunciation thun würde, deferiret zu werden pfleget, so hier aber nicht nöthig gewesen, weil man der Läuterung post reiectionem hernach noch deferiret. Und so viel die grauamina betrift, des imploraten Hauptexception nicht in non communicatione documentorum, so zu dem Verkauf gehören, sondern vornemlich darin bestehet, daß implorantens gebeten haben, daß implorat entweder in den von dem Herrn von S. geschlossenen contract zu treten, oder in denselben zu consentiren schuldig wäre, gleichwol dazu keine causam specificam angeführet, ohne welche niemand zu consentiren, oder in den Kauf zu treten schuldig ist, vielmehr selbst nach denen Landes-Gesetzen beydes in der Freyheit lediglich beruhet,

Magdeburgische Policey-Ordnung,
c. 8. §. 22. sq.

und nur ein casus in §. 32. davon excipiret ist; mithin hieraus offenbar ist, daß implorantens, wenn sie ad consentiendum klagen wollen, sie sich in specifica causa, warum die Mitbelehnten consentiren müssen, gründen und solche erweisen müssen, implorat aber nicht schuldig ist, causas quare non anzuführen, als wodurch allein die imploranten die Sache, zum præiudiz des imploraten, zu tourniren, und den imploraten, die Ursache, warum er nicht consentiren wolle, in dem Gegenbeweis darzuthun, dahin bringen und zwingen, mithin ihm ein onus probandi auflegen wollen, wozu er doch nicht verbunden ist, vielmehr da imploranten 9
sich in casu singulariter excepto gründen, sie das fundamentum, warum implorat consentiren solle, an und ausführen müssen, sonsten aber gar kein ius agendi haben, und es hart seyn würde, in solchem Fall, wenn regulariter kein ius agendi statt findet, dem Beklagten die Einlassung aufzulegen, beyvorab da denen imploranten das ius feudale commune entgegen stehet, und sie also um destomehr causam specificam in dieser imploration anführen müssen, welche implorant doch ad 4) nicht angezeiget, zumal dasjenige, was fol. 34. zu dessen Behuf angegeben worden, nichts weniger als die causam specificam, oder den Grund der Verbindlichkeit, daß implorat consentiren müsse, sondern nur das factum, daß die imploranten die quæstionirten Lehn-Güter an den Dom-Herrn von S. verkaufet, derselbe der Mitbelehnten consens vrgiret, und jene condemniret worden, dem consens der übrigen Vettern anzuschaffen, exprimiret. Und ob gleich imploranten ad 5) den imploraten pro- 10
vociret und citiren lassen, causas quare non anzuzeigen, er doch denen bekanten Lehn-Rechten nach darzu nicht verbunden, da sein dissensus oder denegatio consensus lediglich in der Freyheit bestehet, und der implorat sich eben durch dieses stratagema, daß er einen schweren Gegenbeweis in deducendis causis, quare non, antreten solle, sich graviret befunden, da vielmehr imploranten die causam, warum implorat consentiren müsse, zuvorderst anzeigen und den Beweis nach geschehener negatiuischen Einlassung übernehmen müssen; wozu ad 6) kei- 11
nesweges künstig zureichen wird, wenn gleich imploranten darthun wollen, daß die nächsten agnaten consentiret hätten, so *in der Policey-Ordnung, c. 8. §. 22 et 23.* nicht, wohl, aber das Gegentheil, daß der consensus liberi arbitrii sey, darin gegründet ist. Und ob wohl in *§. 32. dicti cap.* davon etwas zu befinden ist, dennoch solcher den casum einer solchen Noth, daß der possessor feudi unvermeidlich gezwungen würde, das Lehn zu verkaufen, vorstellet, worin implorant sich aber nicht gegründet, und so lange er die causam specificam nicht anzeiget, das rechte thema probandum nicht dargestellet werden mag, vielmehr implorat durch die geschehene prouocation [illegible] Abwege verleitet wird, welche er der Vorsichtigkeit nach zu præcaviren suchet. Hierüber ad 7) es dabey doch 12
eben so, wie in der anderen, auf einem Grund beruhenden Sache, billig gewesen, wenigstens den Kauf-Brief nebst übrigen documentis dem

implo-

imploraten zu communiciren, da er ohne dieselbe, ob er in den Kauf treten wolle, sich ohnmöglich declariren kan, welches implorat würcklich fol. 7. b. angezeiget in verbis:

so gar, daß sie auch nicht einmal den Kauf qu. weder in quali noch quanto beybringen und erklären,

und dahero das petitum prouocationis desto unförmlicher ist, als die Hochlöbliche Königliche Regierung in der andern Sache gegen die von B. zu B. auf die communication derer nöthigen documenten decretiret, wiewol, wie schon gedacht, es darauf nicht principaliter allhier ankomt, sondern die imploranten die obligation, daß implorat consentiren müsse, in ihrer implo-

ration anzeigen müssen, als welches implorat vornemlich vrgiret, und dahero ad 8) auf den angeführten Umstand, daß imploratens mandatarius bereits die documenta aliunde ad notitiam erhalten, es so wenig, als auf den darüber deferirten Eyd ankomt, gleichwol weil imploranten bereits den fol. 23. befindlichen Abschied für sich haben, die Unkosten tacite übergangen werden müssen: 13

So sind wir geschehener massen zu erkennen, bewogen worden. 14

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXLIII.

RESPONSVM CLXXIX.

THEMATA.

I. Pecunia feudali, vulgo Lehn-Stamm, ad certam quantitatem restricta, agnati in alienationem feudi consentire tenentur.

II. De dotalitio feudali.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. n. 1. 2.

Ad certam summam inuestiti, hac accepta in alienationem feudi consentire obligantur. n. 3.

Exceptio tua non interest repellit omnem agentem. n. 4.

Clausula: libere de feudo disponendi quatenus consensum agnatorum in alienatione excludat? n. 5.

Pecunia feudalis differt ab inuestitura ad certam summam. n. 6.

Inuestiti simultanee ex inuestitura ius habent petendi, ne alienatione illis feudum adimatur. n. 7. 8.

Limitata ad certam summam inuestitura quid operetur? n. 9.

Decisio quæstionis I. n. 10.

Quæstio II. n. 11.

Num agnati in constituendo dotalitio feudali consentire debeant? n. 12.

Probata illatione dotis in feudum, dotalitium viduæ sine consensu agnatorum vel domini directi constitui potest, quatenus ordinarium modum non excedit. n. 13. 14.

Decisio quæstionis II. n. 15.

Als uns derselbe eine facti speciem nebst einem fasciculo documentorum und zweyen Fragen zugeschicket,

I Hat des itzigen Besitzers zu R. Herr Carl Gottlieb R. Großvater, Herr Jost Christoph R. bey Erkauffung besagten Guts von Churfürst Johann Georg I. Glorwürdigen Andenckens seine nächste Vettern zu Mitbelehnten dergestalt angenommen:

Daß ihm und seinen Leibes- und Lehns-Erben iedoch frey stehen und nachgelassen seyn soll, ohne Ersuchung und Einwilligung genanter seiner Vettern deren Leibes-Lehns-Erben solche Güter, weil er dieselbe von seinem Eigenthum erkauffet, seines Gefallens zu verkauffen, zu versetzen, zu verpfänden, zu verleibdingen, zu vertestiren, und in Summa seines Gefallens damit zu gebähren, auch da er oder seines Leibes-Lehns-Erben etwa mit Schulden verhaftet, dieselbe, unersuchet seiner Vettern, deren Leibes-Lehns-Erben, zu bezahlen ꝛc.

dergleichen clausul auch in dem von Herrn Johann Georg II. Churfürstlichen Durchlaucht ertheilten Lehn-Briefe sub C. zu befinden, worauf derselbe seinen letzten Willen sub D. errichtet, darinnen er in Ansehen seiner damals lebenden dreyen Söhne dergestalt disponiret:

Daß des itzigen Besitzers von R. Herr Vater besagtes Gut vor 18500 Gulden, der ander Bruder aber ein anderes Gut Neu-

marck haben, und ieder davon zu seiner Lehns-Portion 9000 Gulden an dem ihm zugeschlagenen Gute für sich haben, sowol dem dritten von beyden Gütern zusammen ebenfals 9000 Gulden als Lehns-Portion, das übrige aber auf die in dem Testamente vorgeschriebene Masse herauszahlen solten,

folglich sämtliche Gebrüdere von beyden Gütern nur 27000 Gulden als Lehn ausgesetzet. Ist aber nach dessen Ableben ein posthumus gebohren worden, worauf die obbenante drey Söhne, und unter selbigen des itzigen Besitzers von R. Herr Vater mit demselben und unter einander sich dergestalt verglichen:

Daß die in dem väterlichen Testament für die drey Brüder zu Lehn ausgesetzten 27000 Gulden nebst 2500 Rückfals Gelder nunmehro zwischen ihnen und dem posthumo in vier gleiche Theile getheilet, und iedem Bruder 7375 Gulden unstreitig und frey zukommen, und sie einander in so viel an die gesamte Hand reciproce bringen möchten.

Worauf als nach Maaßgebung dieses Vergleichs des itzigen Besitzers von R. Herr Vater besagtes Gut in Lehn genommen, er Inhalt Lehn-Briefes sub F. seine übrige drey Brüder und deren Leibes-Erben zum ersten, hernach aber seine Vettern dergestalt in die gesamte Lehn genommen, daß ihm und seinen Leibes-Lehns-Erben frey stehen solle, solches Gut R. und Zubehör ohne Ersuch- und Einwilligung seiner Vettern und derer Leibes-Erben, sondern allein mit Einwilligung seiner Brüder und deren Leibes-Erben zu verkauffen, zu versetzen, zu verleibdingen und zu vertestiren, wie denn auch von ihm bey Johann Georg III. und bey Johann Georg IV., nachdem dessen Bruder verstorben, zuforderst seines Bruders Sohn samt ihren Leibes-Erben und dann ferner dessen weitere Vettern in vorbeschriebener masse in die Mitbelehnschaft genommen sind. Ist nun nach dessen Tode dieses Gut R. auf desselben mittern Sohn, als des itzigen Besitzers Bruder, vermöge unter ihnen getroffenen brüderlichen Vergleichs, und als dieser ohne Lehns-Erben verstorben, auf den itzigen Herrn Besitzer, Herrn Carl Gottlob R. verfallen, welcher in Ermangelung männlicher Leibs-Lehns-Erben besagtes Gut R. zu veralieniren, und seines Vatern Brudern Enckel zu Neumarck, den im großväterlichen Testament und nachhero im errichteten Vergleich sub E. gesetzten Lehnstamm darauf heraus zu geben gemeinet, und sie als die primo loco benante Mitbelehnte um ihren consens ersuchet hat, welche sich doch, solchen zu ertheilen, weigern, und dann dabey gefraget wird:

Quæstio I.

2 Ob nicht des itzigen Besitzers von R. Herr Carl Gottlob R. Vatern Brudern Enckel als nächste Mitbelehnte gehalten sind, in die von ihm vorhabende alienation besagten Guts ihren consens, wenn solcher erfordert wird, nach Maaßgebung derer Lehn-Briefe zu ertheilen, und sich an dem in ihres Aelter-Vaters Testament sub D. und Brüderlichen Erb-Vergleich sub E. ausgesetzten Lehn-quanto begnügen zu lassen?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol in dem, nach des primi acquirentis letzten Willen, errichteten recessu sub F. die Geschwistere von des itzigen Besitzers zu R. seel. Vater nicht schlechterdings, sondern nur in Ansehen derer von beyden Gütern R. und N. verglichenen 27000 Gülden und 2500 Gülden in die Mitbelehnschaft genommen, und dabey abgeredet worden, daß einem ieden Bruder 7375 Gülden unstreitig und frey zukommen, und sie einander in so viel an die gesamte Hand reciproce bringen solten; woraus denn erfolgen möchte, daß wenn sie obgedachte Summe von dem Lehn-Gut R. bekommen, sie kein weiter ius contradicendi anführen, noch den consens zur Veräusserung des gedachten Guts denegiren könten, indem sie kein weiteres Recht an dem gedachten Lehn-Gut sich anzumassen befugt sind, hingegen zwischen denen contradicenten und denen remotioribus simultanee inuestitis nur dieser Unterschied anzutreffen, daß deren letztere Einwilligung in die alienation gar nicht erfordert, noch ihnen das geringste prætiret werden dürfe, sie, die contradicenten aber, als nächste Mitbelehnte, um ihren consens allein wegen des gedachten Lehn-Stamms angesprochen werden, und wenn sie solchen Lehn-Stamm bekommen, sie den consens in die alienation ohnweigerlich ertheilen müsten, weil sie kein weiter interesse bey der gantzen alienation, als ratione ihres Lehn-Stamms, haben, und bekant ist, quod exceptio, tua non interest, repellat omnem agentem; und ob wol keine explicita obligatio ad consentiendum vorhanden, dennoch weil hier ein gewisses Lehnsquantum in dem Recess sub lit. E., wie gemeldet, einem ieden bestimmet, daraus implicite und per consequentiam die obligatio ad consentiendum folgen möchte, welches auch im Lehn-Brief sub F de an. 1664 am Ende ziemlich deutlich enthalten, und dem possessori des Guts R. darin zugelassen ist, seines Gefallens von dem gedachten Gut zu disponiren, welches nicht geschehen seyn würde, wenn die contradicenten in die alienation ihren consens zu denegiren Macht haben solten, solches auch durch das pactum de an. 1681 sub G. nicht aufgehoben, noch der Inhalt der Lehn-Briefe geändert worden, daher es auch geschehen, daß in denen jün-

3

4

5

jüngern Lehn-Briefen vorgedachte clausul abermal wiederholet ist, welche cum pleno effectu verstanden werden muß, dergestalt, daß es das Ansehen gewinnet, daß, wenn die proximiores simultanee inuestiti das Lehns-quantum bekommen, sie alsdann in die alienation zu consentiren sich nicht weigern könten.

Rationes decidendi.

6 Weil aber dennoch die proximiores simultanee inuestiti dadurch von denen remotionibus agnatis unterschieden sind, daß diese bloß ex sola liberalitate in die Mitbelehnschaft genommen, und dahero ohne deren consens über die quæstionirten Lehn-Güter frey zu disponiren nachgelassen ist, diese aber aus einer Schuldigkeit nach dem recess sub E. einander in die Mitbelehnschaft nehmen müssen, und obwol diese inuestitura limitata und nur auf 7375 Gülden restringiret gewesen, dennoch daraus nicht folgen will, daß die possessores von der substantia feudi frey disponiren, und die proximiores verbinden können, in die alienation zu consentiren, wenn sie ihr Lehns-quantum heraus bekommen, weil ein anders ist, auf einen gewissen Lehn-Stamm vel in pecunia feudali die Mitbelehnschaft haben: ein anders aber solche in ipsa feudi substantia ad certam quantitatem erhalten haben, und damit zugleich belehnet worden seyn, welches nothwendig dieses inferiren muß, daß die substantia feudi ihnen
7 bey der künftigen succession nicht entstehen kan, und dahero solche ohne deren consens nicht veräussert, noch sie zu Ertheilung ihres consensus adstringiret werden mögen, indem sie selbst ex simultanea inuestitura höchst interessiret sind, ne alienatione illis feudum adimatur,

HORN. *in iurispr. feud. c. IV. §. 8.*

STRVV *in iurispr. feud. c. 5. §. 4.*

8 welche interpretation selbsten ziemlich deutlich in dem Lehn-Brief sub F. enthalten, und darin verordnet ist, daß der possessor feudi ohne Ersuchung und Einwilligung seiner remotiorum agnatorum, und nur allein mit Einwilligung seiner Brüder und derselben Leibes-Lehns-Erben von dem Lehn-Gut disponiren solle, welches nothwendig einen effectum haben, und diesen Verstand führen muß, daß ohne der gegenwärtigen contradicenten consens die substantia feudi nicht veralieniret werden könne; welche Meinung noch deutlicher in dem confirmirten Vergleich sub G. enthalten, als worin Herr Jobst Christoph R. selbst diese Meinung, so sein Herr Sohn als ietziger Lehns-Besitzer nunmehr anfechten will, aus folgendem Grunde, weil ihm sonsten die Mitbelehnschaft an dem Gute N. nichts helfen würde, vorfechten, und was er bey diesem Rechtens erkant, auch ohne Zweifel seinen Brüdern und Brüder-Kindern an dem Gut R. einräumen müssen, weil sie auf gleiche Weise einander in die Mitbelehnschaft genommen, welche Billigkeit auch die andern Herren Brüder agnosciret, und sich dahin mit einander vergleichen, daß solche freye disposition allein in Ansehen derer remotiorum simultanee inuestitorum, nicht aber derer Herren Brüder unter sich, die einander nach dem Recess sub B. in die Mitbelehnschaft genommen, verstanden werden solle, so dann noch diese bedenckliche clausul in fine beygefüget:

> mit dem übrigen Vermögen aber, so jedweder, ausser iztbesitzenden Lehn-Gütern R. und N. künftig acquiriren möchte, soll ihnen und deren Leibes-Erben frey stehen und Kraft dieses nachgelassen seyn, ohne Einwilligung ihrer Mitbelehnten oder derer Leibes-Lehns-Erben consens ꝛc. frey zu handeln und zu gebahren,

in welcher clausul expreſs R. und N. ausgenommen sind, mithin die freye disposition ausschliesset, welche aber dem itzigen Besitzer von R. per indirectum zugelassen seyn würde, wenn er mit Abgabe des blossen Lehns-quanti abkommen könte. Dagegen denn die rationes dubitandi nichts verfangen, als welche einzig und allein in dem principio sich gründen, daß die Herren Gebrüder nur einander auf eine gewisse Summe in die Mitbelehnschaft genommen, wodurch aber so wenig die künftige Lehns-succession aufgehoben, als die Nothwendigkeit zu consentiren fest gesetzet worden, sondern diese limitata ad certam summam inuestitura nur so viel würcket, daß der itzige Besitzer des Lehn-Guts R. Herr Carl Gottlob R. von demjenigen, was über das determinirte quantum das Lehn-Gut Werth ist, frey disponiren, und die itzigen contradicenten obligiren kan, den Werth desselben an denjenigen, welchem es der Herr Besitzer quouis modo zufliessen lassen will, heraus zu geben, weil sonsten, woferne die Mitbelehnten nichts heraus geben wolten, die bey der simultanea inuestitura angehengte restriction und limitation auf das gesetzte Lehns-quantum ohne allen effect seyn würde: 9

So erhellet hieraus so viel, daß die itzigen contradicenten in die intendirte alienation zu consentiren, und sich mit Herausgebung des Lehns-quanti zu vergnügen nicht schuldig, es bleibet aber dem itzigen Herrn possessori des gedachten Lehn-Gut R. von dem Ueberschuß, was nach Abzug des determinati quanti das Lehn-Gut werth ist, frey zu disponiren unbenommen. 10

Verweigern sich ferner eben diese Mitbelehnten des ietzigen Besitzers von R. Herr Carl Gottlob R. Frau Gemahlin wegen ihrer Ehestiftung, illatorum, Gegenvermächtniß, und was dem anhängig ist, auf gedachtes Gut zu versichern und ihren consens desfalls zu ertheilen, und dahero gefraget wird: 11

Quæstio II.

Ob nicht vorbenante Mitbelehnte von R. zu des ietzigem Besitzers Frau 12

Frau Gemahlin Versicherung ihren consens zu ertheilen gehalten sind?

Rationes dubitandi.

12 Ob nun wol die iztgedachte Mitbelehnten die bey voriger Frage angeführte rationes decidendi für sich anführen möchten, bevorab da in dem Lehn-Brief sub F. und andern kein Unterschied unter verleibdingen und veräusern oder frey vom Lehngut zu disponiren, gemachet, sondern ohne Unterschied der iztgedachten contradicenten consens desideriret wird, welches auch der declarationi über dem Verstand der Lehn-Briefe sub G. gemäß ist, als worin abermal die Verleibdingung unter die Fälle, worin der nächsten Mitbelehnten consens erfordert wird, gesetzet ist; hierüber die iztigen contradicenten vorgeben, daß bereits des vorigen Besitzers Herr Carl Christoph R. Witwe darauf verleibdinget sey, sie aber auf mehrere als eine Verleibdingung ihren consens zu ertheilen nicht schuldig erachtet werden möchten.

Rationes decidendi.

13 Weil aber dennoch das letzte gantz ohne Grund ist, und nicht unselten geschiehet, daß mehrere Witwen auf ein Lehn-Gut verleibdinget worden, wie denn vormalen ebenfals zwey Witwen zugleich, nemlich des vorigen Besitzers und dessen Vaters hinterlassene Witwe, darauf verleibdinget gewesen, zumal allhier die interpositio consensus feudalis mehrere Verbindlichkeit bey sich führet, anerwogen wenn eine Witwe die illationem dotis in feudum beweiset, das Leibgeding auch ohne des Lehn-Herrn und derer Mitbelehnten consens ihr gereichet werden muß, quatenus ordinarium modum non excedit,

CARPZ. *P. 2. C. 4. def. 5.*
STRYK *de succeff. ab int. diff. IV. c. 2. §. 10. in f.*

also um desto mehr die nähesten Mitbelehnten, da deren consens dazu zu meherer Sicherheit gesuchet wird, solchen nicht denegiren können; und ob wol unter die Fälle, in welchen nach 14
denen reuersen und Lehn-Briefen der consens der iztigen contradicenten nöthig ist, die Verleibdingung mit gesetzet worden, dennoch solches de terminis habilibus und von denen casibus zu verstehen, da die Verleibdingung sine consensu simultanee inuestitorum nicht bestehen kan, vtpote si dotalitium vltra consuetum modum in pactis dotalibus promissum est, id quod illi ratihabere non tenentur.

CARPZ. *cit. l. n. 1. seq.*

So halten wir dafür, daß die vorerwehnte 15
Mitbelehnte von R. zu des iztigen Besitzers Frau Gemahlin Versicherung wegen des Leibgedings, so weit solches den modum nicht überschritten, ihren consens zu ertheilen gehalten sind. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBR. MDCCXXXVIII.

DECISIO CLXXX.

THEMA.

Agnatus personaliter se obligans ad solutionem, et in hypothecam feudi consentiens, etiam, non excusso allodio, obligatur.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Exceptio litis pendentiæ est præiudicialis. n. 2.
Successor feudalis non prius conueniri potest, quam allodium debitoris excussum est. n. 3.
Accessorio debitori de iure communi beneficium excussionis non est denegandum. n. 4.
Litis pendentia in concursu debitoris respectu allodii non prodest successori feudali, contra quem in allodio iudicio agitur. n. 6.
Exceptio illiquida in processu executiuo pro declinanda recognitione locum non habet. n. 8.
Agnatus consentiens in hypothecam feudi non nisi excusso allodio conueniri potest; n. 9.
nisi is se principaliter ad solutionem obligauerit. n. 10.
Exceptio excussionis debitoribus accessoriis tunc demum competit, si æque facile a debitore principali suum consequi possint. n. 11.
Non vero motu super eius bonis concursu. n. 12.
Decisio. n. 14.

Auf

Auf interponirte Läuterung und erfolgte Gesetze in Sachen des O. G. von C. imploraten an einem, und respect. Anwalde und actorn Gebhard K. und cons. imploraten am andern Theil, erkennen ꝛc. auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten für Recht.

1 Daß es der eingewandten Läuterung ohngehindert bey dem vol. C. fol. 191. befindlichen und den 31. May 1736 eröffneten Urtheil billig verbleibet, implorat auch die expensas retardati processus nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung imploranten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Nachdem sowol in puncto cautionis als legitimationis dem vol. C. fol. 191. befindlichen Urtheil ein Genügen geschehen, so komt es fürtzo auf die grauamina leuterationis an. Ob nun wol der Läuterung exceptio desertionis, indem implorat das Verfahren so lange Zeit nicht absoluiret, opponiret ist, und so viel die grauamina betrift, implorat zu deren Behuf angeführet, daß 1) dieser Schulden und documentorum wegen, auf deren recognition implorat im letztern Urtheil constringiret werden wollen, bereits in concursu creditorum super allodio des verstorbenen Herrn Capitain von C. litis pendentia vorhanden, welche zuforderst, ehe er in Anspruch genommen werden könne, auszumachen; auch ohnedem 2) aus dem mit dem gedachten sel. Capitain getroffenen Vergleich eine nouatio, dadurch imploranten von imploraten abgegangen, erhellen, nicht weniger 3) der fasciul sub ☌ anzeigen will, daß die Schulden bereits bezahlet, und dahero die exceptio solutionis so fort liquid sey, daß gegen imploraten mit Bestand keine liquide Forderung mehr formiret werden könne, auf welche exceptio ohn Zweifel mit im vorigen Urtheil reflectiret seyn würde, wenn solcher fasciculus mit verschicket worden wäre; absonderlich aber
3 4) bekant sey, daß ein Lehnsfolger nicht eher belanget werden könne, bis des principalis debitoris allodium erst excutiret worden, welches fürtzo in concurs befangen, und dahero die Klage gegen ihn noch zur Zeit nicht statt finden könne, allermassen er nicht principalis debitor sey, sondern nur als Lehnsfolger in die Schulden consentiret, qui demum excusso allodio in subsidium tenetur,

SCHRADER *de feud. P. 7. c. 7. n. 42.*
BOEHMER *de expressa hypoth. feud. c. 2. §. 15.*

4 welches auch 5) statt zu finden scheinet, wenn der implorat sich selbsten personaliter verbunden haben solte, dieweil er nicht principalis debitor, sondern nur accessorius ist, cui de iure communi beneficium excussionis non denegandum, daß so gar auch ein correus debendi, quatenus in solidum conuenitur, dieses beneficium zu genießen hat, wenn gleich 6) über 5
des debitoris principalis Vermögen ein concurs mouiret worden, zumal der creditor doch zuforderst abwarten muß, ob er etwas aus dem concurs bekommen werde oder nicht; dieserwegen 7) imploranten obgelegen, sich auf die Läuterung einzulassen, und weil implorat vermeinet, daß solches nicht geschehen, er ihn deswegen fol. 96. vol. D. contumaciret.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch diese Läuterung zwar 6
einige Zeit her durch viele Zufälle suspendiret, aber deswegen noch nicht desert worden, und dahero denen Partheyen noch zugelassen, ante inrotulationem ihre Sätze zu absoluiren, so auch geschehen. Uebrigens so viel die grauamina betrift, solche von keiner Erheblichkeit sind; angesehen ad 1) zwar die litis pendentia in concursu respectu allodii, nicht aber respectu des implorati vorhanden ist, als gegen welchen in alio iudicio noch nicht geklaget worden, so daß die exceptio litis pendentiæ ihm daraus nicht opponiret werden kan.

MEV. *P. 7. decis. 22. n. 2. 3.*

Ad 2) aber nicht zu ersehen, daß in dem Ver- 7
gleich mit dem verstorbenen Hauptmann von C. eine nouatio geschehen, vielmehr das Gegentheil aus dem Vergleich selbsten vol. sub D. fol. 11. zu befinden, und nur ratione terminorum soluendi derselbe getroffen ist. Hierüber ad 3) die exceptio solutionis, welche der im- 8
plorat aus dem fasciculo sub ☌ zu behaupten vermeinet, sehr illiquida ist, dergestalt, daß sie in processu executiuo pro declinanda recognitione nicht statt finden kan, angesehen in gedachtem fasciculo allerhand Rechnungen, und viele Quitungen kleiner Summen vorkommen, da doch aus jenen nicht, sondern ex instrumentis guarentigiatis geklaget ist, auf welche die Quitungen specifice nicht lauten, sondern als illiquidæ et indefinitæ ad reconuentionem zu verweisen; ad 4) aber an und für sich selbsten klar 9
ist, quod agnatus consentiens in hypothecam feudi nonnisi excusso allodio conueniri queat, dennoch dieses seinen Abfall leidet, si 10
se personaliter ad solutionem obligauit,

CARPZ. *P. 2. C. 46. def. 10.*

welches allhier vom imploraten geschehen, anerwogen er vol. D. fol. 67. b. n. 1. sich so gar correaliter verbunden: n. 2. fol. 71. die andere Post für die seine angenommen und zu bezahlen versprochen: n. 3. fol. 71. b. für die dritte Post sich expresse mit verbunden. Endlich n. 4. fol. 73. die letzte Post noch expressiver, wenn das Lehn auf ihn fallen solte, zu bezahlen verheissen, so daß er dieserwegen nicht actione hypothecaria, sondern personaliter processu executiuo wol belanget, und zur recognition condemniret werden mögen; bey solcher Bewandniß also ad 5) die exceptio excussionis 11

in diesem processu als turbida billig hindanzusetzen,

MEV. *P. 1. dec. 229. n. 5.*

da auch so gar ein creditor, debitore non solvendo existente, sich in den concurs einzulassen nicht einsten schuldig ist; und ad 6) die exceptio excussionis denen debitoribus accessoriis nur alsdann zukommt, si æque facile a debitore principali suum consequi
12 possunt, welches aber, moto super eius bonis concursu, nicht mehr angehet, und man wol weiß, was für unendlicher Beschwerung ein creditor in concursu unterworfen, die nicht so leicht zu überwinden sind;

MEV. *P. 4. decis. 192. n. 5.*

welches auch ad 7) der imporant in seiner Beant- 13
wortung mit vorgestellet, und sich auf die Leuterung in rei veritate eingelassen, dergestalt, daß die grauamina ohne allen Grund sind, worauf refusio expensarum erfolget:

So ist geschehener massen zu erkennen gewe- 14
sen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXVIII.

RESPONSVM CLXXXI.

THEMATA.

I. Quatenus consensus domini directi, in alienationem feudi vasallo impertitus, eo, infecta adhuc alienatione, mortuo, heredibus eius allodialibus proficiat?

II. Quatenus subhastatio censeatur perfecta?

III. De differentia expectatiuæ generalis et specialis in feudis.

IV. De consensu domini directi in alienationem feudi stricte interpretando.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio I. n. 1. 2.
Consensus domini in alienationem feudi strictissime interpretandus est. n. 3.
Quod personale est, non transit in heredem. n. 4.
Facultas concessa possessori maioratus ad alienandum, si ea in vita non vsus est, non transit in heredem; n. 5.
nisi ab initio inuestituræ hæc facultas indulta sit. n. 6.
Consensus a vasallo generaliter inuestito pendente nexu feudali a domino directo impetratus pro personali habetur. n. 7. 8.
Quilibet ordinarie heredibus suis prospicere voluisse censetur. n. 9.
In contractibus princeps vitur iure priuatorum. n. 10.
Contractuum innominatorum natura est, vt is, qui impleuit, simpliciter ius habeat agendi ad implementum, quod etiam ad heredes transitorium est. n. 11.
Consensus domini directi per modum gratiæ et priuilegii obtentus non proficit heredibus allodialibus, n. 12.
secus, si titulo oneroso impetratus est. n. 11. 12. 13.
In dubio interpretatio contra eum facienda est, qui verba conuentionis concepit. n. 14.
Decisio quæstionis I. n. 16.
Quæstio II. n. 17.
In emtionibus fiscalibus plus licitans ius in re sub hasta vendita acquirit. n. 18.
Subhastationi pactum addictionis in diem tacite inest. n. 19.
Emtio cum pacto addictionis in diem inita perfecta est, n. 20.
et ad heredes transit; n. 21.
Modo conditio ex post existat. n. 25.
In emtionibus publicis licitatio non tribuit ius irreuocabile. n. 23.
Pœnitentiæ locus est in licitationibus. n. 24.
Lapso tempore præfinito demum subhastatio pro perfecta habetur. n. 26.
Decisio quæstionis II. n. 27.
Quæstio III. n. 28.
Ex expectatiua, aperto feudo, ius ad rem contra dominum directum oritur. n. 29. 34.

In

In pactis et contractibus is præfertur, qui prius ius ad rem acquisiuit. n. 30.
Expectiuatus ad certum feudum generaliter expectiuato præfertur, n. 31.
non habita differentia, vtrum expectantia specialis sit prior an posterior. n. 32.
Non obstante expectatiua generali alienatio feudi indulta efficax est. n. 33.
Decisio quæstionis III. n. 35.
Quæstio IV. n. 36.
Oppignoratio est species alienationis. n. 37.
Ius mere gratiosum vasallo indultum personalissimum est, nec in heredes allodiales transit. n. 38. 42.
Consensus domini directi in alienationem in dubio stricti iuris nec ad non expressa extendendus est. n. 39.
Inprimis cum in eo de dispensatione et relaxatione iuris prohibitiui tractetur, n. 40.
et dominus directus minus sibi præiudicare voluisse censeatur. n. 41.
Omnes concessiones de feudo intelliguntur sub clausula: si vasallus in vita iis vsus fuerit. n. 43.
Decisio quæstionis IV. n. 44.
Quæstio V. n. 45.
Creditori competit ius, hypothecam feudalem, non excusso allodio, persequendi. n. 46.
Decisio. n. 47.

Die mir zugeschickte facti species bestehet in folgenden Umständen:

1 Es hat der Käyserl. Rittmeister Ernst August von N. bey S. Königl. Maj. von G. Dero lehnsherrlichen consens in die intendirte Veräusserung seines Lehn-Gutes zu R. gesuchet, auch solchen unter der vorgeschriebenen und hernachmals von ihm acceptirten condition, gewisse allodial-Stücke dem feudo zu incorporiren, erhalten, worauf das Gut mit dem darauf geschehenen Gebot der 16000 Thlr. öffentlich sub hasta feil gebotten, von niemand aber mehr darauf licitiret worden, wiewol der terminus licitationis, da indessen der vasallus verstorben, durch Veranlassung der C. N. Cantzley nicht vor sich gegangen. Ferner hat etliche Jahr vorher besagter vasall von gnädigster Herrschaft den consens, 10000 Thlr. auf das Lehn dergestalt zu borgen, ausgewürcket, daß solches Anlehn wiederum ex ipso feudo bezahlet werden, iedoch der consens nicht länger als sechzehen Jahr dauren solte; inzwischen hat sich sowol der generaliter expectiuatus als auch der Lehns-fiscal nomine der Lehns-Cammer gemeldet, und das geschehene Gebot rückgängig machen wollen, wird also gefraget:

Quæstio I.

2 **Ob die lehnsherrliche** concessio feudum alienandi **auch denen** allodial-**Erben zu statten komme?**

Rationes dubitandi.

3 Ob nun wol so viel die erste Frage betrift, der consensus domini feudi in alienationem überhaupt pro personali zu halten, und daher quam strictissime zu erklären,

WESENB. *conf. 73. n. 4. Part. 2.*

quum alienatio sit contra naturam feudorum,

VVLTEI *F. L. 1. c. 10. n. 66.*

4 mithin derselbe denen Erben eines vasalli, wann derselbe ante alienationem perfectam verstorben solte, nicht zu statten kommen kan, nec

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

enim potest hoc, quod personale est, transire in heredem

l. 55. l. 76. de V. O.

quare etiam facultas concessa possessori maioratus ad alienandum, si eadem in vita vsus non est, non transit in heredem, 5

MOLINA *l. IV. c. 5. n. 37. de primogenit.*
SALGADO *P. II. Labyrint. credit. c. 10. n. 65. seq.*

und was hierinnen einige Rechts-Gelehrten in 6 contrarium behaupten, auf den Fall zu restringiren, si ab initio in inuestitura hæc facultas indulta, quæ sic tanquam qualitas feudo perpetuo inhærens addita censetur;

THOMAS. *de feud. alienat. §. 30.*

keineswegs aber dahin gehöret, wann ein va- 7 sallus generaliter inuestitus pendente nexu feudali um den consensum domini ansuchet, und solchen würcklich erhält, als in welchem Fall solcher nur auf den vasallum precisum gerichtet wird, und pro personali zu halten.

LYNKER *resp. 83. n. 14.*

Quo posito, da in dem gegenwärtigen Fall dem 8 vltimo vasallo kurtz vor seinem Tode die facultas alienandi zwar ertheilet worden, iedoch aber der Verkauf nicht zu Stande gekommen, es das Ansehen haben will, als ob dessen hinterlassenen allodial-Erben nunmehro solchen Verkauf zu unternehmen nicht frey stehe, sondern vielmehr das feudum tanquam apertum dem domino directo anheim falle:

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch der dominus di- 9 rectus in die alienationem nicht ex mera gratia, sondern unter der condition, und also ex causa maxime onerosa, wann der vasallus gewisse allodial-Stücke dem feudo incorporiren würde, gewilliget, welches dieser acceptiret, und zu deren Erfüllung sich erkläret, auch solches würcklich bewerckstelliget, mithin super alienatione feudi mit dem Ober-Lehns-Herrn einen solchen Vergleich getroffen, dessen effect und Nutzen auch denen allodial-Erben zu statten kommen muß, als welches in genere, da der defunctus bereits von seiner Seiten solchen erfüllet,

füllet, Rechtens ist, quia ordinarie quilibet heredibus suis prospicere voluisse censetur,

l. 40. §. 1. D. de pact. l. 7. §. 8. eod.

10 und an solche auch so gar ein princeps als Mitcontrahent selbst verbunden, quippe qui in eiusmodi conuentionibus vtitur iure priuatorum,

STRYCK *de priuil. tit. oneros. quæs. c. 3. §. 10.*

11 dieserwegen dem Lehns-fiscal kein gegründetes Recht zustehen können, nach des vasalli, infecta alienatione, erfolgten Tod sich wider die von denen allodial-Erben angemaßte Veräusserung zu moviren, vielmehr demselben die allhier concurrirende causa onerosa, welche von Seiten des vasalli ihr völliges implementum erhalten, im Wege stehet, nach welchem derjenige sowol als dessen Erbe befugt ist, simpliciter auf das implementum zu dringen und zu begehren, daß demselben nichts in Weg geleget werden möge, cum hæc sit natura contractuum innominatorum, qui reuera hic adest, vt is, qui impleuit, simpliciter ius habeat agendi ad implementum, quod etiam

12 in heredes transitorium est, allenfals bloß alsdann demselben sich zu melden frey gestanden haben würde, wann der quæstionirte consensus per modum gratiæ et priuilegii personalis ertheilet worden wäre.

STRYCK *de priuileg. tit. oneros. quæst. c. 3. §. 4.*

13 Anderer Gestalt die allodial-Erben auf welche sonst die incorporirte Stücke gefallen wären, dabey sehr zu kurtz kommen, und ein grosses, post factam semel incorporationem, an ihrer Erbschaft verlieren würden, wohin doch so wenig des vasalli als domini feudi intention gegangen, vielmehr jener seine Erben durch das geschlossene reciprocum promissum mit dem pretio emtionis feudi indemnisiren wollen, dieser aber zu solchem Ende gegen die offerirte allodial-Stücke in die Veräusserung consentiret, nach welcher wahren Absicht alhier der lehnsherrliche consens zu verstehen und also billig die interpretation contra dominum feudi

14 zu machen, qui sibi imputare debet, quod non clarius locutus fuerit, si eius intentio tantum ad vasallum non etiam heredes fuisset restricta, quum ipse verba conuentionis concepit,

l. 39. de pact.

LEYS. *ad D. sp. 41. med. 4.*

aus welchen Gründen einzig und allein die heredes allodiales sich die gedachte alienationem anzumassen wol befugt sind, dahingegen sie mit denen

15 gemeinen principiis, quod consensus in alienationem sit species pacti in heredes transitorii, nicht fortkommen würden, nachdem ein simplex consensus, licet mediante conuentione impetratus, nach denen andern in rat. dub. angeführten momentis seiner Natur nach ein ius mere personale inuoluiret, und die tacitam conditionem: si ipse alienauerit, ex natura rei bey sich führet, dergestalt, daß die concessa vasallo alienandi facultas an und für sich selbst so wenig, als ein priuilegium pacto concessum, denen Erben des priuilegiati ein ius perfecte quæsitum, solches post mortem defuncti zu exerciren, zueignet, sondern morte eius schlechterdinges re integra seine Kraft verliehret:

So halte ich dafür, daß gestalten Sachen 16 und Umständen nach denen allodial-Erben annoch der Verkauf des quæstionirten Lehn-Guts vermöge des ertheilten Lehnsherrlichen consensus zukomme.

Quæstio II.

Ob nicht durch die Ausbietung des Guts cum primo licito a 16000 **Thlr. der Kauf bereits zu Stande gekommen?** 17

Rationes dubitandi.

Die andere Frage betreffend, ob wol bey 18 denen emtionibus fiscalibus Rechtens ist, daß demjenigen, welcher ein Gebot gethan, so ferne er nicht übersetzet wird, ein Recht an der subhastirten Sache zustehet,

SCHILT. *ex. 30. §. 50.*

in welcher Absicht dergleichen subhastatio das 19 pactum addictionis in diem tacite in sich hält;

l. 4. C. de iur. hast. fiscal.

gleichwol eine iede emtio sub hoc pacto inita 20 dennoch an und für sich perfecta ist, adeo, vt conditione existente retrotrahatur ad tempus contractus vel licitationis, et habeatur, ac si illo tempore iam perfecta fuisset,

l. 2. pr. de pact. addit. in diem l. 2. §. 3. 4. proem.

wo aber ein ius perfectum ist, solches denen 21 Erben billig zu statten komt,

arg. l. 8. princ. de per. et commod. rei vend.

Wozu allhier noch der notable Umstand komt, 22 daß der vasallus am 1. Jun. 1735 binnen vier Wochen das Gut zum Feilen Gebot auszubieten, angehalten, welches ihm, da die subhastatio mere voluntaria gewesen, nicht abgeschlagen werden können, gleichwolen der terminus auf den 12. Sept. gesetzet worden, worüber indessen der vasallus verstorben, diesemnach es scheinen will, als ob der Verkauf durch das geschehene Gebot und den darüber verflossenen terminum würcklich zu Stande gekommen:

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ein ieder licitant bey 23 denen öffentlichen Verkaufungen gewärtig seyn muß, daß er ante terminum von andern übersetzet wird, und wann dieses in termino nicht geschehen, demselbigen erst ein ius irreuocabile wegen des Gebotes zustehet, so lange aber diese conditio nicht erfüllet, das negotium pro mere imperfecto zu halten, toties enim negotium

tium dicitur imperfectum, quoties adhuc aliquid ad perficiendum accedere debet,
l. 9. C. de his quib. vt indign.
de COCCEII *de iur. circ. act. imperfect. per tot.*

24 in welcher Absicht so gar dem licitanti frey stehet, von dem gethanen Gebot zurücke zu gehen und zu pœnitiren,
BERG. *suppl. ad disceptt. forens. p. 696. seqq.*

25 welches rechtmäßiger Weise, wann das primum licitum die perfectionem negotii ausmachte, nicht angehen würde, und was von der addictione in diem in ratione dubitandi angeführet worden, bloß von dem Fall zu verstehen, wann die conditio ex post facto würcklich existiret; da im Gegentheil, wann solches nicht geschicht, das negotium retro pro infecto et nullo zu halten,
l. 78. de V. O. l. 37. in f. de cont. E. V. l. 8. de peric. et commod. inuend.

26 und dann in dem gegenwärtigen Fall, wie in der specie facti angeführet, der notable Umstand sich geäussert, daß der angesetzte terminus nicht vor sich gegangen, mithin die condition nicht existiren können, also die angesetzte subhastatio pro infecta zu halten, quum lapso tempore præfinito demum subhastatio pro perfecta habeatur,
CARPZ. *proc. tit. 25. art. 4. n. 84. 115.*
STRYK *vs. modern. tit. de addict. in diem. §. 4.*
welches durch den alzuweit hinausgesetzten terminum nicht alteriret wird, wohlerwogen, wann solcher dem vasallo nicht angestanden hätte, er anfänglich sich dawider moviren, und die Frist bis auf vier Wochen einzuschräncken ansuchen sollen, in dessen Verbleibung des licitantis condition hiedurch nicht melior werden, vielweniger dieser Umstand ein besser Recht, als er noch zur Zeit hat, ihm zueignen kan:

27 So bin ich der Rechtlichen Meinung, daß durch das geschehene licitum der Kauf qu. noch nicht zu Stande gekommen.

Quæstio III.

28 **Ob dem** generaliter expectiuato **nach dem zum Verkauf ertheilten** consens **eine** actio ad feudum **wider den** dominum directum **oder den** possessorem feudi **zukomme?**

Rationes dubitandi.

29 Die dritte Frage anlangend, ob wol iemand von dem Lehns-Herrn bereits von langen Zeiten eine generale Anwartschaft erhalten, woraus demselbigen ein ius ad rem contra dominum, so bald ein Lehn eröffnet wird, erwachsen;

BVRCH. GOTH. STRVV *iurispr. feud. c. IX. §. 7.*
Desgleichen die dem vltimo vasallo erlaubte 30
Veräusserung seines Lehnes, da dieselbe noch nicht zu Stande gekommen, und er indessen verstorben, dessen allodial-Erben weiter nichts dann eine blosse actionem personalem ex pacto contra dominum zueignen kan, quum ex conuentionibus nudum ius ad rem oriatur, gleichwol aus denen Rechten bekant, quod in pactis et contractibus is præferatur, qui prius ius ad rem acquisiuit;
STRVV *obseruat. feud. p. 41.*
Diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als ob der generaliter expectiuatus im gegenwärtigen Fall den Verkauf verhindern, und den dominum ad inuestiendum cum effectu belangen könne.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch der exspectiuatus 31
nicht auf das quæstionirte Lehn, sondern überhaupt auf das nächste eine Anwartung erhalten, dahingegen der verstorbene vasallus den consensum domini ad alienationem auf sein eigenes feudum in specie ausgewircket, und mittelst einer transaction titulo onerofo acquiriret, woraus eben wie in expectatiua speciali eine obligatio ad inuestiendum emtorem entstanden;
STRVV. *synt. ius feud. c. 7. aph. 23. n. 2.*
gleichwol aber in denen Lehn-Rechten eine ausgemachte Sache ist, daß ein expectiuatus ad certum feudum einem generaliter expectiuato vorgezogen werden müsse,
c. 8. de prob. in sexto. ius feud. ALEM. *c. 12. ibique* SCHILT. *§. 3.*
und dabey kein Unterscheid, ob die specialis ex- 32
pectantia prior, oder posterior ist zu machen,
BERGER *el. disc. forens. P. 1. p. 859.*
also auch ein gleiches bey dem quæstionirten casu ob rationis paritatem statt finden, und der generaliter expectiuatus billig dem futuro emtori ob consensum domini in alienationem, quæ in heredes transit, nachstehen muß, zumal sonsten der consensus in alienationem 33
keinen effect haben würde, welchen gleichwol die Lehn-Rechte darinnen setzen, daß non obstante expectatiua generali die alienatio indulta efficaciter geschehen könne,
HORN *iur. feud. c. XII. §. 12.*
HARTM. PISTOR. *l. 2. c. 28.*
adeo vt si vel maxime vasallus alienans postea sine heredibus feudalibus decedat, tamen conditio per alienationem legitime susceptam interuersa esse censeatur,
BVRCH. GOTH. STRVV. *iurispr. feud. c. IX. §. 12.*
allenfals dem generaliter expectiuato propter 34
merum ius ad rem sibi competens weiter nichts als eine blosse actio personalis contra dominum ad interesse in diesem casu zustehen würde,

HORN. *ius feud. c.12. §.12.*

hingegen die heredes vasalli defuncti als tertios, et quibuscum ipsi nullum negotium obligatorium interceſſit, vermöge des ihm zuſtehenden iurisad rem nullo iuris colore zu belangen im Stande iſt:

35 So halte ich dafür, daß der expectiuatus den dominum directum alleine ad intereſſe belangen, des vasalli Erben aber in der alienation keinen Eintrag thun könne.

Quæstio IV.

36 **Ob des verſtorbenen vasalli allodial-Erben ſich des bis auf ſechzehen Jahr ertheilten conſenſus bedienen, und bis auf dieſe Zeit das übrige ſo der Verſtorbene nicht erborget, annoch anzuleihen befugt ſind?**

Rationes dubitandi et decidendi.

37 Die vierte Frage betreffend, ob wol nach denen in der erſten Frage ausgeführten fundamentis der conſenſus domini in alienationem pro reali zu halten, gleichwohl oppignoratio pro ſpecie alienationis gehalten wird, mithin was in jenem caſu Rechtens iſt, auch bey dieſem ſtatt finden möchte, folglich da der Lehns-Herr dem verſtorbenen vaſallo 10000 Thlr. auf das quæſt. Lehn bis auf ſechzehen Jahr anzuleihen zugeſtanden, er aber bey ſeinen Lehzeiten nur 4000 Thlr. angeliehen, deſſen allodial-Erben das übrige aufzunehmen annoch erlaubt zu ſeyn ſcheinet:

38 Dieweil aber dennoch der in der erſten Frage angeführte conſenſus in alienationem, in transactione et cauſa oneroſa gegründet iſt, dergleichen ſich bey dem ad oppignorandum ertheilten conſenſu nicht befindet, ſondern ſolcher bloß ad nudas preces vaſalli erfolget, und alſo in ſeinem egard allein die geſuchte oppignoratio zugelaſſen worden, folglich das daraus entſtandene ius pro mere gratioſo zu halten, quod tamen perſonaliſſimum eſt, nec in heredes allodiales tranſit,

l.68.l.c.96. de reg. iur.

39 in welcher Abſicht bewährte Rechts-Gelehrten nicht ohne Grund dafür halten, quod conſenſus domini directi in alienationem in dubio ſtricti iuris nec ad non expreſſa extendendus ſit

HEIG. *l.1.q.27.*
ROSENTH. *c.9.concl.33.*
HORN. *c.XIX. §.7.*

et omnis conceſſio iuris, quæ ad facta refertur, omnino cenſeatur perſonalis

SALGADO *Labyrint. credit. P.II. c.10. n.67.*

40 wolerwogen dergleichen alienatio oder oppignoratio nicht allein an und für ſich etwas irregulæres iſt, dadurch der Ober-Lehn-Herr dem vaſallo eine beſondre Gnade zu erweiſen intendiret, mithin ordentlicher Weiſe, wo keine andre mouentia vorhanden, den conſenſum intuitu vaſalli bloß ertheilet, nach welcher communi intentione die interpretatio eiusdem in dubio billig einzurichten, tractatur quippe hic de diſpenſatione et relaxatione iuris prohibitiui, quo caſu, quod verbis claris non expreſſum, denegatum cenſetur,

HARTM. PISTOR. *feud.qu.7.n.29.*
ROSENTHAL *c.9.concl.41.*
VVLTEI. *de feud.l.1.c.10.n.66.*

ſondern auch der dominus directus dadurch ſich 41
am meiſten præiudiciret, und ſeinem Recht in fauorem tertii renunciiret, gleichwolen alle renunciationes ſtrictiſſime zu erklären, et in dubio præſumendum, concedentem minus ſibi præiudicare voluiſſe,

CARPZ. *P.2.C.12.def.21.n.2.ſq.*

das præiudiz aber nicht gering ſeyn würde, 42
wann in dem gegenwärtigen Fall die allodial-Erben nach des vaſalli Tode vi conceſſionis vaſallo datæ ein Capital zu Beſchwerung des feudi aufborgen könten; und wann man auch gleich die conceſſam oppignorationem als ein pactum anſehen wolte, dennoch die gemeine regula, quod conuentiones in dubio heredibus proſint, alhier ſo wenig als bey priuilegiis gratioſis, per modum pacti perſonalis conceſſis, Platz finden würde, am allerwenigſten aber die circumſtantia temporis adiecti denen allodial-Erben zu ſtatten kommen kan, in Betracht, daß die ſechzehen Jahre, worauf der conſenſus ertheilet, nicht deswegen hinzugeſetzet worden, daß præciſe darauf der conſens reſtringiret, ſondern bloß höchſtens bey Lebzeiten des vaſalli ſo lange dauren ſolte, vti ſimiliter in doctrina de ſeruitutibus perſonalibus ad tempus conceſſis diſpoſitum in

l.12. C.de vſufr.

Endlich alle dergleichen conceſſiones bloß ex 43
natura rei zu verſtehen, und ſub clauſula: ſi vaſallus in vita ſua eis vſus fuerit, anzunehmen, cum per mortem vaſalli vltimi eius ius exſpirauerit:

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß die 44
allodial-Erben auf das quæſtionirte Lehn ferner weit bis auf das erlaubte quantum Geld zu borgen nicht befugt ſind.

Quæstio V.

45 **Ob ſolches binnen denen ſechzehen Jahren non excuſſo allodio aus dem verpfändeten Lehn-Gut zu bezahlen?**

Rationes decidendi.

Bey der letzten Frage finde ich keinen Zwei- 46
fel, nachdem nicht allein verſchiedene Rechts-Gelehr-

lehrten ohne Unterscheid das ius, hypothecam feudalem non excusso allodio persequendi, dem creditori zuschreiben,

STRYK *de oblig. feud. consens. munit. c. 1. n. 35.*

sondern bey dem gegenwärtigen casu sich der besonders remarquable Umstand findet, daß nach dem ertheilten consensu die von dem verstorbenen vasallo aufgelichene Schulden aus dem feudo selbst bezahlet werden sollen, als wodurch alle künftige possessores feudi zu deren Ersetzung simpliciter et sine beneficio ordinis verbunden worden, wie in der mir überschickten deduction mit tüchtigen und zureichenden Gründen cap. V. sattsam ausgeführet worden, denen ich etwas beyzufügen für überflüßig achte. 47

PRIVATO NOMINE
MENSE FEBRVARIO MDCCXXXVI.

DECISIO CLXXXII.

THEMA.

Quatenus hypotheca tacita vel arrestum feudum afficiat?

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Ratione paraphernalium competit hypotheca tacita. n. 2. 3.
Arrestum quando afficiat substantiam feudi? n. 4. 11. 14.
Arrestum locum non habet, nisi aliqualiter demonstrata causa debendi. n. 5. 6. 13.
Hypotheca tacita iure communi et Saxonico bona allodialia non afficit, n. 8. 10.
nisi probata versione in feudum. n. 9.
Arresta tribuunt ius in re, et iuris conseruandi causa imponuntur. n. 12.
Decisio. n. 16.

Als Ew. Hochfürstliche Durchl. uns Oberläuterungs-Schrift und erfolgte Gesetze in des Sächs. Weimarischen Cammer-Junckers Carl Friedrich von C. Schuld und prioritäts-Sachen, actorn, curatorn, auch Anwalden der verstorbenen Johannen Charlotten Cammer-Junckerin von T. hinterlassenen Erben Oberläuterantens an einem, und der Durchl. Printzen und Printzeßinnen des Fürstlichen Hauses G. mandatarii und actoris, wie auch des Hochfürstl. Sächsischen Obristen zu G. Engel Julius G. Ober-Läuteratens am andern Theil, in denen in 21. vol. bestehenden und zurückgekommen actis ꝛc.

Daß es der interponirten Oberläuterung ohngehindert bey dem vol. XIX. fol. 283. befindlichen den 6. Mart. 1743 eröfneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol Ober-Läuterantinnen 1 daß sie in denen Lehn-Gütern eine hypothecam tacitam wegen derer paraphernalien haben, aus der *ord. proc. P. 1. c. 18. §. 12. n. 3.* behaupten, dannebst 2) anführen wollen, daß bey constituirung der massæ keine Untersuchung des darunter gewesenen allodii vorgekehret, und also nunmehr die separation des allodii a feudo, nachdem sie allein auf das allodium verwiesen worden, inpracticabel sey; ausserdem sie noch 3) mit der inter classem VIII. und IX. locirten Post halber ihr ius subsidiarium in feudo vol. X. f. 245. b. ihnen tacite zuerkant sey, am wenigsten aber die G. Wechsel-Schuld wegen des angelegten Arrests ihnen vorzuziehen sey, nachdem der hypothecæ tacitæ durch Anlegung eines Arrests vermöge Proceß-Ordnung *P. 1. c. 18. §. 3.* kein Nachtheil zuwachsen mag; bevorab da 4) solcher substantiam feudi nicht afficiren könne, wenn nicht der Lehns-Herr freywillig dem Gläubiger gratificiren wolle, so hier nicht anzutreffen, allenfals ihm ex hypotheca tacita ein ius potius ratione temporis zustehe. Darneben 5) nicht zu befinden, wie denen Ober-Läuteraten bereits im Urthel vol. X. fol. 244. prospiciret gewesen; anerwogen 6) die acta sub A. darlegeten, daß der Herr Obriste nur auf die Kauf-Gelder so aus C. K. gelöset worden, und zwar nur iuris personalis conservandi gratia, nicht aber in der Absicht, damit er an seines debitoris Güter ein Pfand-Recht und ius prælationis erlangen möchte, Arrest angeleget; dabey auch 7) nicht einsten die Urkunden seiner Schuld-Forderung beygeleget, so doch ante impetrationem arresti nöthig; sonsten der Arrest an und für sich selbst ungültig sey,

ordin. proc. Goth. P. I. c. 19. §. 3.
CARPZ. *lib. IV. resp. 38. n. 4.*
IDEM *in proc. tit. 21. art. 1. n. 22. sqq.*

welches

welches er auch nicht einsten bey Wiederholung des Arrests verbessern lassen, dahero kein ius reale ex impetrato arresto erlangen mögen, sondern billig als ein chirographarius denen Ober-Leuteranten nachzusetzen, ohngeachtet er bey Ueberreichung der Kummer-Klage das chirographum sowol als den Wechsel, wiewol zu
6 spät, übergeben; hergegen 8) aus der conuentional-hypothec, so in chirographo ohne lehnsherrlichen consens verschrieben, er wenig Trost schöpfen könne, wiewol auch solche nur das allodium angehe, sine effectu ob deficientem iudicialem confirmationem sey, und Ober-Läuterantinnen allenfals daran bereits hypothecam tacitam de anno 1723 gehabt; welches auch 9) von denen Kaufgeldern zu sagen, welche mehr pro allodio zu achten, so daß wenn die paraphernalia bloß aus dem Erbe und allodio zu bezahlen, dennoch die Ober-Läuteranten denen Ober-Läuteraten
7 hierin vorgehen würden. Im Gegentheil der Herr Obriste G. 10) senen exceptionem illegitimationis opponiret, zumal das tutorium nicht ad acta gebracht; 11) die tutricin dadurch, daß sie ad secunda vota getreten, die Vormundschaft verlohren; und also 12) das Urthel rechtskräftig worden, weil kein illegitimatus ein remedium suspensiuum ergreifen könne. Endlich 13) bereits drey conformes vorhanden, so ebenfalls rem iudicatam würcketen, so daß es scheinen will, als wenn der Herr Obriste G. nicht einsten schuldig gewesen, auf die Oberläuterung sich einzulassen.

Rationes decidendi.

8 Dieweil aber dennoch ad 1) die hypotheca tacita allein die allodialia keinesweges aber das feudum afficiret,

SCHRADER *de feud. P. VIII. c. 1. n. 23.*
VVLTEIVS *de feud. lib. I. c. 10. §. 46. in f.*
CARPZ. *P. II. C. 25. def. 1.*
STRVV *in synt. iur. feud. c. XIX. th. 27.*

also auch keine Ehe-Frau ratione paraphernalium dieselbe an denen Lehn-Gütern, so wenig iure communi als Saxonico haben kan,

STRYK *in vsu mod. tit. quib. mod. pign. contrah. §. 5.*

9 wenn nicht, daß solche zum Nutzen des Lehns verwendet worden, dargethan werden kan, das Gegentheil auch *ex iure prouinciali Gothano* nicht erhellet, nach welchem in l. cit. ohnstreitig von dotal und solchen eingebrachten Gütern geredet wird, wobey die Verleibdingung statt findet, so allein dotalia sind, quod dotalitium in compensationem dotis constituatur, dieserwegen die Ober-Läuterantinnen in dem vorigen Urthel nur auf die Erb-Güter verwiesen werden müssen; deren separatio a feudo ad
10 2) gar wol möglich ist, ob wol solche noch zur Zeit nicht geschehen seyn mag; so dann ad 3) das Gegentheil in dem vol. X. fol. 245. b. befindlichen Urthel enthalten, als welches bloß die Ober-Läuteranten mit denen paraphernal-Geldern zu denen Erb-Gütern verwiesen, und erst nach Bezahlung aller Lehn-Schulden zu denen Kaufgeldern zugelassen, unter welchen Lehn-Schulden auch die arresta mit zu ziehen, so weit sie auf Lehn-Güter haften, als welches die Rechte certo modo gestatten, hergegen keine hypothecas tacitas in feudo zulassen;

ordin. Goth. P. I. c. 18. §. 3.

darneben ad 4) derselbe denen Ober-Läuteraten allhier nach vol. sub A. et B. auch auf die Lehn-Güter verstattet, und bewandten Umständen nach subsidiarium feudi afficiren müssen, nachdem instante concursu solcher auf die fructus inanis, also dessen concession sine effectu gewesen seyn würde, wofern er nicht auf ipsum substantiam feudi extendiret worden wäre, wie denn auch von Seiten des Lehns-Herrn, den diese exceptio vornemlich angegangen, dagegen nichts verhenget; und ad 5) dem Herrn Obristen G. in dem gedachten Urthel dadurch prospiciret, daß denen paraphernalibus nur allein die hypotheca tacita in denen Erb-Gütern angewiesen ist. Und ob wol ad 6) der-
12 selbe nur auf die Kaufgelder des Lehn-Guts Arrest gesuchet, dennoch auch darin denen Ober-Läuteranten vorgehen muß, als welche nur nach Bezahlung aller Lehn-Schulden, worunter die arresta in diesem Fall mit gehören, daran kommen können, keinesweges auch gesaget werden kan, daß er keinen wahren arrestum, quod ius in re tribuit, zu erhalten intendiret, wie absonderlich das vol. sub B. f. 8. 14. und 17. darleget, auch alle arresta iuris conseruandi causa angeleget werden, bey den damaligen Umständen auch ad 7) nicht eben nöthig gewesen, die 13
Schuld-Scheine bey Anlegung des Arrests mit zu produciren, nachdem aus dem fol. 1. d. vol. erhellet, daß der Herr Obriste bereits gegen den debitorem communem einen captur-Befehl ausgewürcket gehabt, welches ohne producirung des Wechsel-Briefes nicht geschehen mögen, und also dieses debitum cambiale bekant und ohnstreitig, mithin um destoweniger bedencklich gewesen, den angelegten Arrest, weil der captur-Befehl keine Würckung gehabt, zu verstatten, cum sufficiat, fidem iudici aliunde factam de debito, vt de eo dubitare non possit;

COLER *de proc. execut. P. I. c. 2. n. 207.*
CARPZ. *P. IV. resp. 38. n. 6.*

bey so gestalten Sachen also ad 8) auf die con- 14
ventional-hypothec hier eben nicht zu reflectiren, da der Herr Obriste allen Vorzug ex impositio arresto herleitet, und der Ober-Läuterantinnen hypotheca tacita auf die Lehn-Gelder ungegründet; welche ad 9) hier mehr pro ipso feudo zu achten, daß sie zu dem Ende ex feudo gelöset und gerichtlich deponiret worden, daß die Lehn-Schulden daraus gezahlet werden sollen, mithin als ein surrogatum ipsius feudi zu achten gewesen, woraus also satsam zu sehen, daß denen Oberläuteraten ex arresto, impositio ipsis bonis feudalibus, et quod in eorum

locum

locum surrogatum est, der Vorzug allerdings gebühret. Dagegen was denen Oberleuteranten hierbey opponiret ist, in keine Achtung
15 kommen mögen; angesehen ad 10) das Großmütterliche tutorium der Oberleuteranten vol. ⊙ fol. 112. produciret, und ohngeachtet sie ad 11) ad secunda vota, viuente filia, getreten, dennoch wieder Witwe geworden, so daß wenn sie auch die Vormundschaft per secunda vota verlohren, dennoch genug ist, daß sie als protutrix bishero die Vormundschaft geführet, und nomine ihrer Enckel agiret; dadurch denn ad 12) die eingebildete exceptio rei iudicatæ hinweg fällt. Endlich ad 13) die drey conformes so evident nicht sind, sondern erst in denen beyden letztern Urtheln die Oberleuteraten deutlich jenen vorgezogen sind, allenfalls auch, da diese nunmehr bestätiget, es ohnedem hierauf nicht weiter ankommt.

So sind Wir geschehener massen zu erkennen gemüssiget worden. 16

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE APRIL. MDCCXLIV.

RESPONSVM CLXXXIII.

THEMA.

Feudum, consentiente domino directo a vasallo alienatum, ab illo reuocari nequit.

SVMMARIA.

Species facti et quæstio decidenda. n. 1. 2.
Permutatio etiam ex capite læsionis rescindi potest. n. 3.
Confirmatio semper fit, saluo cuiuscunque iure. n. 4.
Non agere valenti non currit præscriptio. n. 5.
Dominus directus in alienationem feudi consentiens, ex post eam reuocare nequit. n. 6.
Consentiens ius suum perdit, et aliorum confirmat, adeo vt illi ad ius remissum per consensum suum regressus non detur. n. 7.
Dominus consentiens in alienationem feudi nequidem oblato pretio rem retrahere potest; n. 8.
non obstante clausula consensui adiecta: salvo iure nostro. n. 9.
Exceptio Læsionis intra XXX. annos est allegan-da. n. 10.
Consentiens alienationi habetur, ac si ipse feudum alienasset. n. 12.
Decisio. n. 13.

Rationes dubitandi.

Wann nun gleich von Seiten Alexandri 3
eingewandt worden, daß alhier die læsion offenbar sey, und auch ein Tausch-contract daraus rescindiret werden möchte; und ob wol sein seel. Herr Vater solchem confirmiret, doch sol- 4
ches nicht anders als dero und eines jeden Rechten unbeschadet geschehen, und also durch solche confirmation ihm sein Recht nicht benommen sey, gleichwie auch keine præscription ihm
mit Grunde Rechtens obiiciret werden könte, 5
angesehen er die Herrschaft kaum vor zehen Jahr iure proprio in Besitz bekommen, und sich für des Horatii Erben nicht gehalten wissen wolle, mithin auch die Regul hier gelten müsse, non valenti agere, non currit præscriptio.

l. 1. C. de annal. præscript.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus dem sub lit. B. 6
beygefügten consens-Brief deutlich zu ersehen, daß der damahlige Lehns-Herr Achilles den Tausch-contract nicht allein schlechterdings

1 Als Uns eine facti species nebst Beylagen zugeschicket worden, und ꝛc.
Haben zwey Reichs-immediati, Camillus und Horatius, wegen eines gewissen in communione gehabten Dorfes Steine in anno 1675 dahin sich verglichen, daß Camillus seine ein Viertel angeregten Dorfs gegen das lehnbare Dorf Roda an Horatium vertauschet, darüber Horatius den lehnherrlichen consens von Achille dergestalt erhalten, daß auch, in Ansehung Steine allodial- und Samme-Lehn, Rode hingegen obgedachter massen Achillis Lehn gewesen, diese qualitäten transmuriret, und verleget worden, und beyderseits so fort Lieferung geschehen, und bis ins 35. Jahr der possessor dabey ruhig verblieben. Ist nun vor zehen Jahren das Dorf Steine an Achillis Sohn Alexandrum wieder gekommen, und anitzo von demselben vorgegeben worden, daß in dem Tausch eine grosse læsion sich hervor thue, und dahero reuociret werden müsse; mithin gefraget wird:

2 **Ob solches denen Rechten nach geschehen könne?**

Bæhm. Conf. Tom. III. P. I.

confirmiret, sondern auch darin als Lehns-Herr consentiret, und dahero sein etwa habendes Recht gäntzlich verloren, nam consentiens alicui actui, omnia iura sua, quæ ad istum actum impugnandum habuit, perdit,

SCHRADER *de feud. P. 8. c. 5. n. 2.*

et qui consentit actui ab alio celebrato, perinde habetur, ac si is illum actum celebrasset,

l. 14. D. ad Sct. Macedon.

TIRAQVELL. *de LL. connub. gl. 5. n. 143. seq.*

7 welches die in dem consens-Brief beygefügte clausul gar deutlich anzeiget:

thue demnach als Landes- und Lehns-Herr consentiren, ratificiren, confirmiren, und bestätigen, obinserirten permutations-contract in allen seinen puncten und clausuln,

und dabey noch dieses Versprechen hinzu gefüget wird,

Will auch die Eingangs-genannte contrahenten dabey schützen und erhalten,

wodurch der Lehns-Herr sich würcklich seines Rechtes, solchen actum zu impugniren, begeben, nam consentiens ius suum perdit, et alienum fortificat, vsque adeo, vt illi ad ius remissum per consensum suum regressus non detur.

SCHRADER *de feud. P. 10. s. 8. n. 100.*

8 Dahero auch die Dd. gar wol schliessen, quod dominus consentiens in alienationem feudi ne quidem oblato pretio rem retrahere possit, quia feudum alienatum a vasallo, consentiente domino, perinde habetur, atque si non a vasallo, sed ab ipso domino alienatum fuisset.

SCHRADER *cit. l. P. 8. c. 4. n. 29.*

9 Und obgleich der Lehns-Herr dem consens-Brief die gewöhnliche clausulam: saluo iure nostro, beygefüget, so mag doch daraus des Achillis Sohn kein ius impugnandi sich anmassen.

l. 3. C. de contrah. emt. V.

Cum enim omnes actus omnesque dispositiones ita sint interpretandæ, ne sibi contradicant; hæc clausula, saluo iure nostro, a domino feudi adiecta, in alienatione feudi ita interpretanda est, vt per hanc alia iura domini, quæ ipse in feudo alienato habet, reseruata intelligantur. Namque capiendo aliam interpretationem consensui domini, ad confirmandum contractum interposito, per hanc clausulam derogaretur.

SCHRADER *de feud. P. 8. c. 4. n. 32 et 34.*

Dahero denn, wenn gleich eine læsion erwiesen 10
werden möchte, doch solche nach fünf und dreyssig
Jahren nicht mehr angeführet werden mag, weil
binnen dreyssig Jahren solche vorgebracht werden
müssen; und ob gleich des Achilles Sohn und 11
Erbe, Alexander, dagegen einwendet, daß er
nicht des Horatii Erbe sey, sondern proprio
iure erst vor zehen Jahr die Herrschaft erhalten, so mag er doch als Erbe seines Vaters nunmehro diese permutation nicht umstossen, die sein Vater selbst nicht umstossen könte, so ferne er noch lebete, quocunque titulo res ad eum peruenerit, quia consentiens alienationi habetur, ad si ipse feudum alienasset,

SCHRADER *cit. l. n. 29.*

dahero ihm auch billig die præscriptio 30 annorum im Wege stehen muß:

So halten wir dafür, daß Alexander den 12
quæstionirten Tausch nunmehro nicht impugniren könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCX.

DECISIO CLXXXIV.

THEMA.

Ob neglectum in alienationem feudi consensum vasallus feudo priuari nequit, nisi contemtus eius concurrat.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Si alienatio feudi sub pacto de retrouendendo ad certos annos restricta est, vasallus illud ante tempus elapsum, reiecta petita prolongatione, reluere tenetur. n. 2.

Priuatio feudi ob eius alienationem non aliter locum habet, quam si hæc callidis machinationibus et in contemtum domini facta est. n. 3. 4. 5.

Feuda Germaniæ sunt partim oblata, partim titulo oneroso acquisita. n. 4.

Causa iusta excusat a felonia. n. 6. 7.

Decisio. n. 8.

Auf

Auf angebrachte Klage und erfolgte Gesetze in Sachen des Lehn-Cammerfiscals, Klägern an einem, und die Gebrüdere Hanß Ernst, und Christian Ernst von R., Beklagte am andern Theil, erkennen wir ꝛc. verordnete Præsident und Räthe auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Daß Beklagte, Einwendens ohngehindert, gegen den Besitzer des quæstionirten freyen Ritter-Guts binnen drey Monat auf die reluition zu klagen, und solche Klage mit allem Ernst zu prosequiren schuldig; in dessen Verbleibung sonst die Lehnsprivation nicht unbillig erkant wird. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol Beklagte nach Verfliessung der Jahre, auf welche der lehnsherrliche consens bey der Wiederkäuflichen Veräusserung des in D. gelegenen Ritter-Guts restringiret worden, das Lehn von den Besitzern wieder einzulösen schuldig gewesen wären, auch da sie desfals von dem Lehns-Herrn erinnert, und ihnen der fernere consens in alienationem abgeschlagen worden, sie aber zur reluition keine Anstalt gemacht, und also das Lehn nach solcher Zeit ohne lehnsherrlichen consens veräussert geblieben, es das Ansehen gewinnen mögte, als wenn Beklagte wegen nicht vorgenommener Einlösung des quæstionirten Lehns-Guts der felonie schuldig zu achten, und so fort auf die privation zu erkennen gewesen.

Rationes decidendi.

3 Dieweil aber dennoch die privatio feudi wegen ungebührlicher Lehns-Veräusserung nur alsdann statt findet, wenn die alienatio callidis machinationibus et in contemtum domini vorgenommen wird,

2. feud. 24 et 55.

4 und dahero bey den Teutschen Lehen, welche nicht pro simplicibus beneficiis zu achten, sondern theils feuda oblata sind, und theils titulo onerofo acquiriret worden, nicht unbillig der Grund-Satz fest gesetzet wird, quod si in alienatione contemtus domini defit, privatio feudorum fieri nequeat;

HERTIVS *de feud. oblat. P. II. §. 44.*

welches 2) mit desto grösserm Recht in dem Fall zu statuiren, wenn die Lehns-Veräusserung zwar anfänglich Rechts-beständig gewesen, aber hernächst, wenn die auf gewisse Jahre gesetzte Einwilligung ihr Ende gewinnet, selbige ungültig, und von dem Lehns-Mann nicht sofort zur Einlösung geschritten wird; immassen diese meistentheils sehr schwer, und selten ohne weitläuftige Rechts-Mittel erhalten wird; mithin da 3) Kläger nicht in Abrede ist, daß Beklagte auf erhaltenen lehnsherrlichen Befehl zur Einlösung des wiederkäuflich veräusserten Lehns sich sogleich in ihrem übergebenen memorial geneigt bezeiget, und weil sie die Abtretung des quæstionirten Ritter-Guts von dem Kammer-Rath R. wegen liquidation der in das Gut verwandten Unkosten im Gute nicht erhalten können, sie bey dem Lehn-Herrn um assistence angehalten und gebeten, zwischen ihm und ihnen einen terminum zum Verhör und zur constitutione liquidi anzuberaumen, dieses ihnen nicht unbillig zur Entschuldigung gereichet, und daraus zugleich zu erkennen, daß die unterlassene Einlösung nicht ex contemtu domini herrühre; zumal da 4) überdem auf gedächte Vorstellung der Beklagten keine weitere resolution von dem Lehns-Herrn erfolget, und daher bewandten Umständen nach noch keine Lehns-privation statt finden mag; iedoch da Beklagte durch gegenwärtige Klage der reluition halber abermals iudicialiter interpelliret worden, selbige nunmehr desto ungesäumter zu Wiedereinlösung des quæstionirten Lehn-Guts alle Rechts-Mittel vorzukehren schuldig sind, und dieserhalben denenselben billig eine drey Monatliche Frist angesetzet worden, binnen welcher sie gegen den itzigen Besitzer des quæstionirten Ritter-Guts zu klagen, und solche Klage mit allem Ernst fortzusetzen gehalten sind. Übrigens die gebetene assistence in Rechten nicht gegründet, vielmehr die Wiedereinlösung sie allein angehet, und sie allein klagen oder in dessen Verweigerung gewärtig seyn müssen, daß mit der Lehns-priuation gegen sie verfahren werde:

5 6 7

8 So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXVII.

DECISIO CLXXXV.

THEMA.

De actione feudi reuocatoria et iure retractus, agnatis in feudo competente.

SVMMARIA.

Sententia et species facti. n. 1. 2.
Iuramentum minorum impedit restitutionem in integrum. n. 4.
Renunciatio minoris, deficiente præsertim certioratione, nullum habet effectum. n. 5.
Consensus domini directi regulariter, præmisso agnatorum consensu, interponi solet, n. 6.
adeo vt onus probandi contrarium in eum deuolui debeat, qui hoc negat. n. 7.
Neglecta reseruatio coniunctæ manus in feudo excludit actionem feudi reuocatoriam. n. 8.
Agnatis, qui in alienationem feudi non consensuunt, ius reuocandi feudum alienatum competit, n. 9.
modo tempore actionis institutæ sint proximiores. n. 10.
Annotatio priuata nihil probat. n. 11.
Agnati etiam consentientes ius retractus in feudo habent. n. 12.
Instrumentum contractus inter alios initum contra tertium non probat. n. 13.
Deficiente iure cedentis, cessio nullum habet effectum. n. 14.
Contractus pacto propitio iure dissolui potest. n. 16.
Adhibitio censensus agnatorum facti est, et ab allegante probanda. n. 17.
Nulla remissio vel renunciatio præsumitur. n. 18.
Quatenus iuri retractus ex capite deuolutæ successionis exceptio præscriptionis opponi possit? n. 19.
Decisio. n. 21.

Als die Herren Uns angebrachtes Vorbringen und erfolgtes Verfahren in Sachen Capitain Carl Christoph von N. an einem, des Capitain Caspar Friedrich von N. zu L., am andern, und Friederich Ludewig Casimir von B. am dritten Theil allerseits respective imploranten und imploraten zugeschicket ꝛc.

1 Daß Caspar Friedrich von N. zu L., wenn Friedrich Ludewig Casimir von B. seines ältesten Bruders, Carls von B. Antheil gegen das darauf gezahlte Geld von ihm retrahiren wird, als wozu er denen Rechten nach zuzulassen, mit seinem Suchen an dem Gute L. abzuweisen. Würde nun Carl Christoph von N. sich und seinen cedenten Carl Ludewig von N. besser als geschehen, daß dieser der nächste und alleinige successor feudalis von denen alten N. Lehn-Güteren, und also auch von L. sey, binnen vier Wochen legitimiren, Friedrich Ludewig Casemir von B. aber, daß die N. Agnaten in den Tausch des Guts L. consentiret, und von denen consentirenden noch Erben vorhanden, binnen gleichmäßiger Frist beybringen, so ergehet alsdann, sowol des einem als anderen wegen, ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem über des Fändrich von B. Güter ein concurs erreget, dessen Lehn-Gut L. mit in denselben gezogen, und ad hastam gebracht werden soll, so haben sich unterschiedliche theils ex iure retractus, theils ex iure reuocationis seu deuolutæ successionis gemeldet, davon aber einige wieder zurücke getreten, und nur bloß die drey im Urthel bemeldete ihr Vorrecht an dem gedachten Gut deduciret, und gegen einander darüber verfahren, so daß sie allerseits diuerso respectu als imploranten und imploraten zu considériren sind. Ob nun wol anfänglich der Capitain Caspar Friedrich von N. zu L. zum Grunde seines Anspruchs setzet, daß 2) L. D. und R. denen P. als ein feudum femininum in solutum auf ihre illata, meliorationes und andere Anforderungen zugeschlagen, und solche Güter auf die eine Tochter, die Hofmarschallin von L. gebracht, nachdem sie ihre Schweller abgefunden, gestalten solche über dieselbe ein Testament sub B. errichtet, und darin verordnet, daß ihre beyde Schwester-Töchter, als Martin Friedrichs von A. Ehefrau, wovon der Capitain Caspar Friedrich von N. sein 3 Recht deduciret, das Gut L., Hennig von B. Ehegenossinne aber die Güter D. und R., iedoch cum iure retractus, wenn eine ihren Theil nicht con-

conseruiren könte, haben und besitzen solten;
4 worauf dann 2) ferner geschehen, daß Henning von B. vom seel. Arend Friedrich von N. mit consens der Königlichen Regierung im an. 1695 das Gut L. gegen das ihm zugefallene Gut D. tauschweise erhalten, von welchem solches Gut L. auf den Fändrich Ernst von B. gefallen, und bishero von demselben besessen worden; iedoch 3) als dieser solches an den Herrn von K. mit Landesherrlichem consens verkaufet, jener sich ex iure retractus gemeldet, und darüber ein decretum conseruatorium erhalten; nicht weniger 4) als der gedachte Fändrich von B. einen concurs über seine Güter erreget, und das quæstionirte Gut L. mit dahin hineingezogen werden wollen, er sich von dem von C. iura cessa laut Beylage sub D. geben lassen, dergestalt, daß er eines theils sein Recht auf das ius cessum gegründet: andern theils aber 5) vor des gedachten Fändrich von B. Bruder, Friedrich Ludewig Casimir von B. deswegen ein Vorrecht prætendiret, weil der mit dem von C. geschlossene Kauf-contract §. 1. deutlich anzeiget, daß die sämtlichen Gebrüdere des Fändrichs von B. ausgenommen der älteste Bruder, Lieutenant Carl von B., sich ihres iuris agnationis durch einen eydlichen revers begeben, mithin Friedrich Ludewig Casimir von B., ob iuratam renunciationem, an dem Gut L. kein Recht mehr prætendiren könne; beyorab da 6) er, der Capitain Caspar Friedrich von N., des ältesten Bruders, Carl von B. Antheil ex iure cessō dazu erhalten, und nunmehro sowol ex iure cessō des von C. und Carl von B., als iure proprio ex testamento quæsito das nähere Recht an dem Gut L. haben müsse, nachdem der Fändrich Ernst von B. seinen Antheil nicht conserviren können, und also der in testamento der Frau Hofmarschallin von L. gesetzte casus des iuris retractus existiret, im Gegentheil dessen Bruder, Friedrich Ludewig Casimir von B., ob iuratam renunciationem dazu nicht kommen, so dann 7) die für diesen gesuchte restitutio in integrum gegen die in minorennitate geschehene renunciation nicht statt finden könne, allermassen er solche eydlich bestärcket, aus denen Rechten aber bekant sey, quod iuramentum minorum impediat restitutionem in integrum;

AVTH. *sacramenta puberum. C. si adv. vendit.*

hierüber er von dem ältesten Bruder Carl von B. ratione seines Antheils iura cessa erhalten; ja weil es 8) vordem ein N. Lehn gewesen, es das Ansehen gewinnen will, als wenn er auch dazu, weil es mit in seinem T. Lehn-Brief stehe, als N. agnat berechtiget sey. Hiernächst so
5 viel 9) Friederich Ludewig Casimir von B. fundamenta proximitatis betrift, derselbe für sich anführet, daß sein seeliger Großvater Henning von B. das Gut L. cum pertinentiis Tauschweise an sich gebracht, solches von demselben auf seinen Vater, und von diesem auf ihn und seine Brüder gefallen, also er dazu ohnstreitig der nächste sey, da der Friederich Ernst von B. das Gut L. nicht conseruiren können, sondern verursachet, daß solches veräussert werden müssen, dabey ihm doch das Näherrecht auch ex iure communi zustehe. Sodann 10) der capitain Caspar Friederich von N. solches Gut weder als ein N. Lehn-Vetter in Anspruch nehmen, da es nunmehro ein B. Gut sey, noch ex iure cessō des von C. solches behaupten könne, weil derselbe sein Recht durch Aufhebung des Kaufs verlohren; daneben 11) wenn er sein Lehn-Recht eydlich renunciiret haben solte, er zu der Zeit noch minorennis gewesen, und dagegen in integrum restituiret werden müsse, wiewol er auch den Inhalt der renunciation nicht verstanden haben, und also an dieselbe nicht gebunden seyn will. Endlich 12) der Capitain Carl Christoph von N. zwar das Gut ex iure cessō des Carl Ludewigs von N. prætendiret, iedoch ihm dabey opponiret worden, daß er an das Gut L. gar nicht mehr kommen könne, nachdem solches durch einen Tausch auf die B. gefallen, auch wol zu glauben, daß die Lehns-Vettern darein consentiret haben müssen, weil sonsten der über den Tausch interponirte lehnsherrliche consens nicht erfolget seyn würde, quippe qui regulariter præmisso consensu agnatorum interponi solet; allenfalls 13) diese præsumtion so viel würcken möchte, vt onus probandi contrarium in eum deuolui debeat, qui hoc negat. Nicht weniger ihm 14) die præscriptio, da schon von langen Zeiten der Tausch geschlossen, entgegen stehen möchte, und nicht zu befinden, daß er L. in seinem Lehn-Briefe mehr habe, noch daran die gesamte Hand conseruiret, welche nach denen confirmirten priuilegiis der Vorpommerischen Ritterschaft erfordert werden möchte, wie der beygelegte extract darlege, und es daher scheinen will, als wenn gedachter Capitain Carl Christoph von N. mit seiner actione reuocatoria gäntzlich abzuweisen gewesen.

6 7 8

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die unter sich streitende Interessenten darin übereinkommen, daß L. ein uraltes N. Lehn-Gut sey, an welchem alle, die von einem Namen, Schild, Helm und Geburt sind, Recht und Theil haben, und nicht folgen will, daß weil Arend Friederich von N. solches mit lehnsherrlichem consens vertauschet, dadurch ein B. Lehn geworden, und ein N. Lehn zu seyn aufgehöret habe, vielmehr es darauf ankomt, ob die N. agnati darein consentiret? wovon doch in actis nichts anzutreffen, sondern weil solches factum ist, erwiesen werden muß, und, so lange solches nicht geschehen, der nächste N. Vetter das ius reuocandi feudum alienatum haben muß, nachdem der permutans ohne Hinterlassung männlicher descendenten verstorben, und nicht zu befinden, daß noch einer von denen etwa consentirenden Vettern übrig seyn solte, der das nächste Recht an

9

dem Lehn haben möchte, allenfals solches ab al-
10 legante erwiesen werden müste. Uebrigens da der capitain Carl Christoph von N., ob er wol ein Lehn-Vetter ist, sein ius reuocandi feudum ex iure cessō Carl Ludewigs von N. Philipp Martens Sohn, herleiten will, aus denen actis aber nicht zu ersehen, daß dieser der nächste und alleinige Lehns-Vetter beym Absterben des permutantis Arend Friederichs gewesen, und sonsten keiner in eodem gradu proximitatis sich befunden, es noch sehr an der legitimation des Carl Ludewigs von N. fehlet,
11 dazu auch wenig der ad acta gebrachte Stambaum conferiren möchte, als welcher von denen andern Interessenten nicht angenommen worden, vielmehr als eine annotatio priuata zu halten, quæ nihil probat;

l. 7. C. de probat.

ausserdem aber nicht daraus abzunehmen, daß der cedens Carl Ludewig der nächste und alleinige successor des Guts L. sey, mithin zuforderst auf dessen bessere legitimation und Beweis sei-
12 ner proximität erkant werden müssen; so ferne aber der consensus agnatorum erweislich gemachet werden könte, alsdann ohnstreitig Friederich Ludewig Casimir von B. vor dem Capitain Caspar Friederich von N. dazu berechtiget seyn würde, nachdem von seinem Großvater das Lehn auf seinen Vater, und von diesem auf ihn nunmehr gefallen, und er dadurch zum retractu gnugsam berechtiget ist, bevorab da er auch seines ältesten Bruders Carl von B. Antheil, so Caspar Friedrich von N. zu L. an sich
13 erhandelt, von diesem zu retrahiren befugt ist, und ihm dabey die exceptio iuratæ renunciationis nicht im Wege stehet, als welche aus dem mit dem von C. geschlossenen Kauf-Brief nicht erwiesen werden kan, cum instrumentum contractus inter alios initum non probet contra tertium; allenfals aber solche renunciation in Ansehung des mit dem C. geschlossenen Kaufs geschehen, und nun keine Würckung weiter haben könte, nachdem der mit dem von C. geschlossene Kauf, laut f. 82. befindlichen documenti, wieder aufgehoben, und dahero der von C. nach der Zeit keine iura cessa an den Capitain von N. geben können, worauf er sein Recht vornemlich gegründet, dieserwegen mit seinem Suchen ab-
14 zuweisen gewesen; dagegen dann die rationes dubit. nichts verfangen können, allermassen ad 1) er 2) der Capitain Caspar Friederich von N. nicht in Abrede seyn kan, daß das Lehn-Gut L. von Arend Friedrich von N. Tauschweise acquiriret und auf den Friedrich Ernst von B. gefallen sey, iedoch Friedrich Ludewig Casimir von B. als Bruder dazu näher als er seyn müsse; und ob er sich wol ad 3) bey dem Verkauf an den von C. gemeldet, dennoch, nachdem solcher Kauf keinen Bestand gehabt, und dahero das Gut L. mit in dem von dem Friedrich von B. erregten concurs gefallen, solches ihm nicht weiter zu statten kommen kan; vielweniger aber ad 4) er iura cessa von dem von C., als welcher kein Recht weiter an L. gehabt, mit Bestand Rechtens erhalten mögen; noch ihm ad 5) die vorgegebene eydliche renunciation 15
der sämtlichen Gebrüdere von B. ausser Carl von B. nunmehro ein Vorrecht geben kan, als welche eines theils aus dem Kauf-contract nicht zu erweisen stehet: andern theils aber, so ferne solche ihre Nichtigkeit haben solte, nur secundum quid und nicht absolute, sondern bloß in regard des geschlossene Kaufs geschehen, so aber wieder zurück gegangen, dieserwegen auch die in solchem regard geschehenen renunciation zurück gegangen und der Capitain Caspar Friedrich von N., ob gleich der Fendrich Ernst von B. das Gut nicht conseruiren können, noch zur Zeit das ihm ex testamento zustehende ius retractus nicht exerciren mag; bevorab da ad 6) Friedrich Ludewig Casimir von B. sich erkläret, daß er seines ältesten Bruders Antheil, so er an den Capitan Caspar Friedrich von N. zu L. überlassen, gegen Erlegung des gezahlten Geldes retrahiren wolle, als wozu er als proximior berechtiget ist; hierüber ad 7) es auf die dabey 16
gesuchte restitution in integrum nicht fürtzo ankomt, da die angegebene iurata renunciatio, so ferne solche ihren Bestand haben solte, ob venditionem resolutam keinen effect haben mögen, nachdem dem von C. das Gut ob defectum implementi nicht einsten tradiret worden, und dahero der Verkauf noch in keine Erfüllung getreten, adeoque adhuc resolui propitio iure potuit;

l. 58. D. de pact.

sodann auch die von Carl von B. erhaltene iura cessa auf seinen Antheil einen Kauf inuoluiren, wobey dessen Bruder das Näherrecht ebenfals hat, der sich auch dazu bereits anerboten; übrigens ad 8) er zwar ein N. Lehns-agnat ist, 17
gleichwol weder als proximior sich dazu legitimiret, noch sonsten der Grund seiner proximität sonderlich hierauf gesetzet, vielmehr da er gegen Friedrich Ludewig Casimir von B. streitet, anbey sich auf das in testamento der Frau Hof-Marschallin von L. fundirte ius retractus gründet, und sich so gar iura cessa von dem von C. wegen des Guts L. geben lassen, er den Tausch nicht impugniren, noch als N. agnat dasselbe Gut reuociren kan, an welchen er sich sonsten von dem von C. keine iura cessa geben lassen können, mithin derselbe keine proximität an dem gedachten Gute behaupten können. Ferner ad 9) bey Friederich Ludewig Casimir von B. leicht zugegeben werden kan, daß er in Ansehung des Capitain Caspar Friederichs von N. das Näherrecht an das quæstionirte Gut habe, wohin auch die übrige rationes gehen; und ad 10) und 11) bereits dargethan ist, daß es nicht einsten alhier auf den restitutions-Punckt ankomme, sondern bloß die quæstion darin bestehe: ob die eydliche renunciation, wenn solche geschehen, ihm schaden könne, nachdem der Kauf mit dem von C. zurück gegangen, in dessen regard doch solche geschehen? welches alles ihm doch gegen den Capitain Carl Christoph von N. anders nicht zu statten kommen kan, als bis

er

er den consensum agnatorum in den unternommenen Tausch erwiesen, als welches facti ist, und um destomehr ab allegante erwiesen werden muß, als solcher den Verlust des Lehn-Rechts und künftiger successiom mit sich führet;
18 dieserwegen ad 12) nicht præsumiret wird, cum nulla remissio et renunciatio præsumatur, auch nicht folgen will, daß weil der lehnsherrliche consens darüber interponiret worden, auch solches von denen Lehns-Vettern geschehen sey, da nicht zu begreifen, wie solches ohne Unterschrift der Lehns-Vettern geschehen können, und jenes nur eine generale præsumtion machet, welche aber per contrariam præsumtionem fortiorem, de non facta renunciatione iuris sui leicht elidiret wird; mithin ad 13) das onus probandi nicht dem Capitain Carl Christoph von N., sondern demjenigen, der sich in consensu agnatorum gründet, auferleget werden muß; jenem auch ad 14) keine præscriptio
19 opponiret werden mag, da er ex iure deuolutæ successionis das feudum reuociren will, so nicht ehender als nach des permutantis Tode ihm angefallen, und von da erst die præscription ihren Anfang genommen, dergestalt, daß die omissio des Guts L. in seinem Lehn-Brief ante casum successionis ihm nichts schaden oder præiudiciren kan. Endlich auch die gesamte Hand bey denen agnatis, die von einem Wapen, Helm und Schild sind, nicht, wol aber bey extraneis nöthig ist, also lediglich es auf dessen bessere legitimation ankommen wird:
So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.
20

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXIX.

DECISIO CLXXXVI.

THEMA.

De differentia reuocationis feudi ex iure delatæ successionis et iure retractus.

SVMMARIA.

Sententia et species facti. n. 1. 2.
Defectus sanæ mentis in contractibus est substantialis. n. 4.
Alienatio feudi absque agnatorum consensu nulla est. n. 5.
Pacta, quæ contra naturam feudi propriam sunt, stricte sunt explicanda, ne ab ordinaria feudorum natura abeant. n. 6.
Pactum de feudo licite alienando exorbitans est. n. 7.
Consensus in alienationem feudi excludit ius reuocandi. n. 8. 9.
Pactum de hereditate viuentis absque eius consensu initum ipso iure nullum est. n. 11.
Reuocatio feudi iure successionis quomodo differat ab ea, quæ fit iure retractus. n. 12.
Reuocatio feudi iure retractus in omnibus feudis ex propria eorum indole viget; n. 13.
licet statuto vel pacto vel consuetudine libera feudi sit alienatio absque consensu domini et agnatorum. n. 14.
Alienatio feudi etiam illicite facta respectu ipsius vasalli et in præiudicium eius valet, adeo vt ipse illud nullo modo ab emtore recuperare possit. n. 15. 16.
Viuentis non est hereditas nec successio. n. 17.
Alienatio feudi ratione alienantis ipso iure nulla non est. n. 19.
Stupidus ad quæuis negotia gerenda non est ineptus. n. 21.
Quatenus pactum ius commune non mutat, eatenus ei omnino standum est. n. 22.
Decisio. n. 24.

1 Auf eingebrachte grauamina und erfolgte Gesetze in compromiss-Sachen derer Vormünder der R. pupillen von O. an einem, der Vormünder C. pupillen von O. am andern Theil, wird auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht erkant:
Daß Einwendens ohngehindert die am 28. Septembr. 1706 publicirte Würtzburgische Urtheil zu confirmiren sey, wie wir denn dieselbe hiemit confirmiren. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es ist bishero unter denen Vormündern der R. und C. pupillen über die Gültigkeit des am 15. Febr. 1699 errichteten participations-recess über die Helfte des Ritter-Guts R. gestritten worden, und hat man solchen, testantibus actis, von Seiten der R. pupillen ex multiplici capite impugniren wollen. Vornemlich aber komt die gantze Sache auf folgende Haupt-Puncte an, daß ihr älter-Vetter Johann Georg von O. mit den itztgedachten pu-
2
3
pillen

pillen in solchem Ritter-Gut in der communion pro dimidia gestanden, solche seine Helfte illicite veräussert; einfolglich 2) kein dominium auf den Herrn Grafen von R. können gebracht werden; und da 3) nachgehends Herr Sigmund Philipp und Christoph Gabriel von O. proprio et tutorio nomine der itzigen klagenden pupillen wieder solche Veräusserung geklaget, und so viel dadurch obtiniret, daß endlich die Veräusserte Helfte per transactionem von dem Herrn Grafen R. wieder recuperiret, und denen O. Vettern, so in gleichem Grad gestanden, restituiret, und darauf nachgehends der quæstionirte participations-receß zwischen denen itztgedachten Interessenten aufgerichtet worden; so will man 4) anitzo, da Sigmund Philipp, und Christoph Gabriel, mit Hinterlassung dreyer Söhne verstorben, der alte Vetter Johann Georg aber noch am Leben, R. Seite dafür halten, daß solcher participations-receß, so zwischen beyden Linien de parte dimidia adhuc viuentis agnati aufgerichtet worden, von keinen Kräften sey, und denen R. pupillen, so nunmehro dem alten Vetter ein Grad näher sind, ihr ius succedendi solitarium post mortem patris sui Iohannis Georgii nicht benehmen könne; zu welchem Ende
4 sie denn zum voraus setzen, daß 5) die von dem alten Vetter unternommene alienation seiner Helfte am R. Gute null und nichtig gewesen sey, massen bekant wäre, daß er viele Jahre her in der höchsten Blödsinnigkeit sich befunden, und also ein defectus substantialis in dem contract sich hervor thäte, an solchem defectu mentis auch um destoweniger zu zweifeln, nachdem man C. Seite solches in actis zugestanden; und
5 wenn gleich 6) der alienans tempore alienationis wäre sanæ mentis gewesen, so könte ex notissima iuris feudalis consuetudine dem Lehns-Vetter keine potestas alienandi absque agnatorum consensu zugestanden, sondern müste vielmehr solche alienatio für null und
6 nichtig erachtet werden; und stünde 7) diesem das pactum de anno 1651 nicht im Wege, anerwogen dasselbe eintzig und allein zwischen C. und R. aufgerichtet, nicht aber die beyden R. Gebrüder zugleich unter sich mit pacisciret, und in die liberam disponendi de feudo potestatem consentiret hätten, da ohnedem in dubio dergleichen pacta, quæ contra naturam feudi propriam sunt, stricte und vielmehr also zu interpretiren sind, ne ab ordinaria feudorum natura abeant,

ANTON. *de iure feud. diss. 14. th. 7. lit. c.*

7 præsertim cum etiam pactum de feudo licite alienando sit exorbitans et restringendum,

ROSENTHAL *de feud. c. 7. concl. 42. n. 38.*

mithin nach solchem angeführten pacto nicht gesaget werden könte, daß Johann Georg seine Halbscheid ohne Johann Sebastian von O. descendenten veräusern können, und da dennoch solches geschehen, solche alienatio von keinen
8 Kräften erachtet werden könte. Wie denn auch ferner die reuocatio alienati feudi von denen C. Vettern 8) um deswillen nicht geschehen mögen, weil sie nach obgedachtem pacto sub lit. A. bereits in eine euentual-alienation gewilliget zu haben scheinen möchten, und eo ipso das ius reuocandi verlohren, consequenter der participations-receß ex erronea causa et fundamento aufgerichtet worden; welches 9) um destoweniger denen R. pupillen zu 9
impuiren, noch sie an solchem pacto gebunden zu achten, weil die Vormünder sich als Mit-Interessenten in illa causa angegeben, und dahero sich selbst denen pupillen zum Schaden in die reuocation mit mesliren, und den participations-receß zu der pupillen-præiuditz einrichten können, da sie doch kein ius zur reuocation gehabt. Und wenn ja 10) sie exiure pro- 10
timiseos das feudum zu retrahiren befugt gewesen, so sey doch solches hier nicht geschehen, indem vielmehr per transactionem solches recuperiret; bey welchen Umständen denn 11)
nöthig gewesen, den Tod des alten Johann Georgen zu erwarten, da denn sich würde befunden haben, ob sie ad reuocationem feudi
mit zuzulassen gewesen. Hergegen da 12) sol- 11
che alienation nichtig gewesen, und gleichwol man sich bereits in seine Güter bey seinen Lebezeiten getheilet, so wäre solches ein pactum de hereditate viuentis, absque eius consensu initum, atque adeo ipso iure nullum.

l. f. C. de pact.

FACHIN *8. controv. 72.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ein grosser Unter- 12
scheid den gemeinen Lehn-Rechten nach gemachet werden muß, ob ein feudum ex iure delatæ successionis, oder aber iure retractus reuociret wird, und in jenem Fall die Lehns-Vettern nicht ehender, als wenn der successions-Fall an sie kommt, solche reuocation, wiewol ohnentgeltlich, anstellen. Hergegen in 13
diesem Fall es ihnen freygelassen ist, solche reuocation ex iure retractus soluto pretio intra annum post alienationem zu verrichten, qualis reuocatio in omnibus feudis ex propria feudorum indole viget.

ROSENTHAL *de feud. c. 9. concl. 87. n. 1. sqq.*

KOPPEN *decis. 52. n. 5.*

Welche reuocatio feudi auch so gar alsdenn 14
statt finden kan, wenn gleich statuto vel consuetudine aut pacto die alienatio libere absque consensu domini et agnatorum zugelassen seyn solte,

ROSENTHAL *cit. l. concl. 89. n. 4. et 5.*

einfolglich daraus von selbsten fliessen muß, daß 15
dergleichen alienationes feudorum, maxime si dominus feudi, vt hoc nostro casu, consenserit, nicht ipso iure null und nichtig, sondern vielmehr in casu delatæ successionis tantum revocabiles seyn; valet enim alienatio feudi etiam illicite facta respectu ipsius vasalli et in præiu-

præiudicium eius, adeo, vt ipse illud nullo modo ab emtore recuperare possit,

ROSENTHAL *de feud. c. 9. m. 1. concl. 2. n. 11.*

16 welches alles wenn es ad præsentem casum appliciret wird, so folget von selbsten daraus, daß da 1) der Lehns-Herr in die alienation des R. feudi pro dimidia parte consentiret, solche hactenus ratione venditoris Johannis Georgii von O. für gültig zu achten; auch 2) das dominium interim auf den Herrn Grafen R. transferiret, und noch zur Zeit 3) die übrigen Herren Vettern kein ander Recht, solche Güter zu reuociren, exerciren können, als ex iure protimiseos; welches denn 4) nothwendig zu der Zeit geschehen seyn muß, weil sie sonsten kein fundamentum agendi gehabt, und der transact ex nulla plane causa erfolget wäre, id quod non præsumendum. Und da nun 5) zu der Zeit der angestelleten reuocation gegen den Herrn Grafen R. die beyden C. Gebrüdere, Sigmund Philipp, und Christoph Gabriel, mit denen R. pupillen, laut schematis sub lit F. im gleichen Grad gestanden, so hat ihnen nicht verdacht werden können, daß sie ihr Recht mit denen pupillen zugleich exerciret, und ob ius æquale, welches man ihnen selbst in der conclusion-Schrift von R. Seiten nicht absprechen können, zugleich den transact mit angetreten, und folgends darauf den participations-receß

17 fundiret; und da ferner 6) diese transactio maxime onerosa gewesen, so ergiebet sich von selbsten daraus, daß solche ex capite successionis nicht sey gesuchet werden, wie denn auch solche nicht gesuchet werden können, cum viuentis non sit hereditas nec successio; sondern vielmehr 7) denen itzt angeführten Lehn-Rechten nach dafür zu achten, daß solches feudum eo modo sey reuociret worden, prout debebat, wenigstens weil einmal von Johann Georgen das dominium dimidii feudi Rudolphsteinensis per alienationem in Comitem R. ist transferiret worden, nicht mag gesaget werden, daß alhier sowol in dem transact- als participations-Receß ein pactum de hereditate viuentis vorhanden sey, indem nicht de bonis Johannis Georgii, quæ talia esse desierant, vid. ROSENTHAL *de feud. cit. l.*

sed de bonis in alterum iam translatis transigiret und ferner darauf unter denen agnatis, in æquali gradu constitutis, paciscirt worden ist;

18 woraus denn ferner 8) unwiedertreiblich folgen muß, daß, quocunque demum modo reuocationem, institutа actione, intenderint, die transigentes ihr Recht allein von dem Herrn Grafen von R. herleiten müssen, als von welchem sie die veräusserte Helfte mediante noua titulo et causa wiederum erlanget; welches al-

19 les denn noch ferner 9) aus dem pacto de anno 1651 bestärcket wird, als worinnen den C. Vettern das nähere Recht bey allen Veräusserungen ist vorbehalten worden, man mag auch dasselbe interpretiren wie man will: denn wenn

auch gleich die R. Gebrüder unter sich nicht solten paciscirt haben, so ist das ius retractus dennoch per se in Lehn-Rechten gegründet, und würde doch nicht daraus folgen, daß die alienatio ratione alienantis ipso iure null und nichtig gewesen, gleichwie auch die R. pupillen nicht ehender solche Helfte iure successionis hätten reuociren können, als nach des alienantis Tode; woraus denn per se offenbar ist, daß ad interim das dominium in emtorem transferiret gewesen; und wenn 10) die R. Vor-20 münder die C. pupillen von solchem participations-receß ausschliessen, und sie also der transaction nicht mit wollen geniessen lassen, so ist nicht abzusehen, quo iure sie anizo, da der alte Vetter noch lebet, die Helfte dieses Ritter-Guts behaupten und besitzen wollen, da sie entweder gestehen müssen, daß sie kein Recht dazu haben, oder aber denen C. Vettern eben dasselbe einzuräumen verbunden seyn, woraus sie solches erlanget, anderer hinc inde in actis angeführten Gründe fürtzo zu geschweigen. Woraus denn zugleich erhellet, daß die von R. Seite angeführte Gründe, theils auf wiederrechtlichen, theils auch auf inapplicablen præsuppositis bestehen, wie aus den vier ersten Gründen zu sehen. Den fünften betreffend erhellet zwar so 21 viel ex actis, daß der alte Vetter Johann George bisweilen in eine Blödsinnigkeit gerathen, doch weiset die erste von R. Seiten übergebene facti species, daß er bisweilen etliche Jahre sanæ mentis gewesen, die administration der Güter mitgeführet, und sonsten seinem Bruder in allen beyräthig gewesen, niemals auch bishero in actis als nur zuletzt hauptsächlich dieses urgiret worden, als ob der alte Vetter zu der Zeit nicht sey bey Sinnen gewesen, gleichwie auch alle Handelungen, so von ihm angeführet worden, keine absolutam et totalem mentis priuationem inferiren, sondern nur so viel anzeigen, daß eine Blödsinnigkeit bey ihm gewesen, deswegen er doch niemals ineptus ad quæuis negotia gerenda gehalten worden, sondern dagegen dem Gottesdienst beygewohnet, gebeichtet, und das Abendmahl empfangen, welches alles Anzeigung giebet, daß er niemals pro inhabili ad negotia gerenda gehalten worden sey. Der sechste und siebende gegenseitige 22 Grund fället aus denen bishero ausgeführten fundamentis weg, und ist quoad octauum fundamentum gar nicht zu præsumiren, daß per pactum sub lit. A. die C. Vettern ihr ius reuocandi verlohren, da ihnen im Gegentheil solches vielmehr in solchem pacto bestättiget worden, quatenus enim pactum ius commune non mutat, eatenus illi omnino standum.

ROSENTHAL *de feud. c. 9. concl. 89. n. 5.*

Und obgleich quoad rat. nonam die Vormün-23 der bey dieser Sache mit interessiret gewesen, so zeigen doch die acta, daß sie solche transaction ratione ihrer pupillen nicht autoriſiret, sondern dazu ein ander Vormund

genommen worden sey, der sowol den transact als participations-recess unterschrieben; der übrigen gegenseitigen rationum zugeschweigen, welche per rationes decidendi von selbsten hinweg fallen:

So hat nicht anders, als geschehen, erkant 24
werden können.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXXVII.

RESPONSVM CLXXXVII.

THEMA.

De eodem argumento.

SVMMARIA.

Species facti cum quæstione decidenda. n. 1.

In negotiis stupidorum summa circumspectione procedendum est. n. 2.

Reseruatio conseruat iura reseruantis. n. 3.

Ius retractus supponit restitutionem pretii. n. 4.

Num tutor honorarius auctoritatem in negotiis pupillorum interponere possit? n. 5.

Fatui et stolidi per se ad quæuis negotia gerenda non sunt inhabiles. n. 6.

In contractu cum stupidis ineundo semper consultius est, adhibere curatorem, quam effectum contractus dubio euentui exponere. n. 7.

Clausula: saluo iure agnatorum non impedit translationem dominii, n. 8.

nec per eam ius agnatorum contradicendi agnoscitur. ibid.

Agnato, viuente alienatore vasallo et consentiente domino ius reuocandi feudum non competit. n. 9.

Tutor ipse in rem suam auctor esse non potest, sed potius curator in eius locum constituitur ad illud negotium. n. 11.

Factum tutoris contra ius tertio non præiudicat, sed pupillis datur regressus contra tutorem actione tutelæ. n. 12.

Si læso ex incerto euentu dependet, restitutioni in integrum locus non est. n. 13. 14.

Decisio. n. 15.

Als uns ein Bericht nebst unterschiedlichen Beylagen zugeschicket, und unsere in Rechten gegründete Belehrung darüber begehret ꝛc.

1 Seynd in der alhier vorigen Jahrs gesprochenen sententia definitiua, zwischen denen itzigen R. und denen C. Vormündern derer beyderseits jungen Herren von O. unterschiedene dubia angemercket worden, dahero zu desto mehrerer Sicherheit, daß solche von uns per declaratoriam erläutert werden mögen, auch nächstdem:

Wie etwa allen Widerwärtigkeiten, so aus der communion entstehen möchten, vorgebauet werden möge?

Belehrung verlanget wird:

Rationes dubitandi.

2 Ob nun zwar eingewant werden wollen, daß 1) Herr Johann Georg von O. tempore alienationis in summo gradu vesaniæ sich befunden, welches notorium gewesen, auch aus denen actionibus erkant werden mögen, die mehr einem wahnwitzigen als vernünftigen Menschen zukommen, sonsten auch sich leicht zu allem persuadiren lassen, und also dahero billig zu præsumiren, wie er durch ungleiche persuasiones von Uebelgesinneten dahin induciret worden, in welcher Absicht ihm auch ein curator bonorum zugeordnet sey, auch der Herr Graf selber in dem sub n. 1. befindlichen Schreiben solches nicht in Abrede ist, mithin eine solche von einem wahnwitzigen geschehene alienation unkräftig seyn müsse; und ob wol 2) der 3
Herr Graf von R. die Belehnung der veräusserten Helfte erhalten, so sey doch solche durch die clausulam, saluo iure et processu agnatorum, limitiret worden, daß denen Herren von O. solche zu keinem præiudiz gereichen könne, sondern vielmehr denen Herren von O. die in processum contra comitem a R. gezogene iura conseruiret worden sind; so finde sich auch 3) 4
nir-

nirgends in actis, daß das veralienirte feudum ex iure retractus reuociret worden, zumal der Herr Graf R. weder Kaufgeld gegeben, noch die Herren von O. das pretium restituiret, da vielmehr im Gegentheil ex actis zu befinden, daß man vornemlich ad rescindendum contractum ex capite nullitatis geklaget, und sich euentualiter nur auf den retractum fundiret, wie denn auch in dem mit dem Herrn von R. geschlossenen transact nicht gemeldet, daß die reuocatio feudi ex iure retractus geschehen, mithin kein absolutes decisum hierauf gestellet werden mögen; vornemlich aber sey 4) hiebey zu considerien, daß der bestellete Mitvormund, der Herr von B. erst zwey Jahr post mortem patris der R. pupillen angenommen, und nur pro honorario zu achten sey, deswegen auch denen Rechten nach keinen actum auctorisiren können, zumal er auch nachgehends selbst den consensum, so er zu dem comparticipations-recess ertheilet, reuociret, auch solche Mittheilung unvonnöthen, wol aber nöthig gewesen, daß man den Tod des alten Vettern erwartet hätte, und müste also nothwendig ein pactum de hereditate viuentis hierunter verborgen liegen, weil der alte Vetter ob mentis priuationem das dominium auf den Grafen von R. nicht transferiren, und derselbe aus der geschehenen Belehnung kein Recht in feudo R. erhalten können, vielmehr daraus zu schliessen sey, daß die C. agnati via hac indirecta in das R. Gut sich zu setzen getrachtet, mithin die R. durch solche Handelung sehr lædiret, und also wenigstens in integrum restituiret werden müssen.

5

Rationes decidendi.

6 Dieweil aber dennoch was das erste dubium betrift, aus denen angeführten Umständen zwar so viel erhellet, daß der alte Vetter von O. zwar einiger massen inter fatuos et stolidos zu referiren sey, doch gleichwol daraus nicht folget, daß er omni rationis vsu priuiret gewesen, anerwogen auch die stoliditas und dementia ihre gradus hat, und also kein Blödsinniger sofort pro inhabili ad quæuis negotia gerenda erachtet werden mag,

SANDE *lib. 2. tit. 1. def. vlt.*

dessen Gegentheil sich auch an Joh. Georg von O. befindet, wie in actis erwiesen, man auch solches nicht in Abrede seyn kan, da man zugestehet, daß er sehr geneigt sey, sich zu allem, was man nur haben will, persuadiren zu lassen, welches sich zu keinem wahnwitzigen, qui omni vsu rationis destitutus est, schicket, und ob er gleich einen curatorem gehabt, so folget doch auch hieraus sofort nicht, daß er gantz und 7 gar mente captus gewesen, zumal auch bisweilen denen stupidis, fatuis et melancholicis curatores bestellet werden, cum semper consultius sit, in contractu, cum huiusmodi personis ineundo, adhibere curatorem, quam effectum contractus dubio euentui exponere,

DN. STRYK *in caut. contr. sect. 1. c. 2. §. 11.*

an welchem allen denn um desto weniger zu zweifeln, nachdem dessen curator den contract selbst mit unterschrieben, mithin keine Vermuthung übrig bleibet, daß er tempore alienationis in tali vesania solle gestanden seyn, daß er nicht völlig gewust, was er gethan hätte; deswegen man auch quoad secundam rationem dubitandi von Seiten des domini feudi keine Ursache gehabt, die inuestituram dem Herrn Grafen von R. zu verweigern; und ob- 8 gleich dieselbe consueta clausula, saluo iure agnatorum et processu, geschehen, so ist doch ad interim das dominium auf den Herrn Grafen von R. transferiret worden, und hat freylich denen Agnaten ihr Recht, so damals in lite gewesen, reseruiret werden müssen, welches auch ohnedem ipso iure wäre reseruiret worden, wenn man gleich die clausulam nicht hinzugesetzet; gleichwol daraus keine consequens zu machen, als ob man von Seiten des domini feudi ein ius contradicendi denen Agnaten zugestanden, welches vielmehr durch diese clausul in suspenso geblieben. So viel 9 das dritte dubium betrift, hat man nicht unbillig dafür gehalten, daß die Herren von O. ihr vornehmstes ius agendi auf das ius retractus setzen müssen, weil man sonsten nicht absehen können, wie dieselbe viuente alienatore hätten klagen können, zumal das Vorgeben, als ob ex capite nullitatis der contract impugniret worden, nicht wol statt findet, weil der Lehns-Herr ja in die Veräusserung consentiret, und also contra rationem iuris feudalis nicht gehandelt worden, einfolglich ihr gantzes fundamentum agendi vergeblich würde gewesen seyn, und wenn man gleich propter deliquium 10 mentis des Verkäufers auf die nullität geklaget, so ist doch gleichfals darüber noch nicht erkant gewesen, ob der contract null und nichtig, einfolglich ob ein dominium auf den Herrn Grafen von R. transferiret worden sey oder nicht, nichts desoweniger, da man nachgehends mit dem Herrn Grafen transigiret, so hat man in ipsa transactione nicht in Abrede seyn können, daß der Herr Graf von R. ein ius radicatum vom Herrn Johann Georg von O. erhalten, und solches denen Vettern von O. wieder abgetreten, laut deutlichen Worten des transacts:

> Dargegen cediren S. Hochgräfliche Excellenz von R. für sich und Dero Hoch-Gräfliche Erben und Erbnehmen, insonderheit nomine Dero Hoch-Gräflichen jüngsten Herrn Sohns Johann H. Grafens von R. alle Dero von Johann Georg

Bahm. Conf. Tom. III. P. I.

von O. per venditionem, cessionem, siue alium modum, wie solche Namen haben mag, überkommene iura, nomina, actiones et competentia quæcumque etc.

Woraus also gar augenscheinlich abzunehmen, daß es bey dieser gantzen Sache nicht eben hauptsächlich darauf ankomme, ex quo capite die O. Herren Vettern gegen den Herrn Grafen von R. geklaget, da es genug ist, daß sie nicht in Abrede seyn können, daß sie ihr Recht fürtzo annoch ex transactione herleiten müssen, da der casus successionis noch nicht existiret, mithin man auf die Personen sehen muß, welche vordem zugleich mit in lite gewesen, und consequenter des commodi ex transactione
11 auch müssen theilhaftig seyn. Endlich so viel das letzte dubium betrift, so ist solches am allerwenigsten fundiret, anerwogen die acta ausweisen, daß der Herr von B. zwar anfänglich nicht ad vniuersam tutelam constituiret sey, deswegen aber nicht pro honorario tutore, wol aber pro curatore ad certam causam constituto mag gehalten werden, zumal solches damals die Noth erforderte, daß ein absonderlicher curator ad hæc negotia constituiret würde, der das Interesse der R. pupillen in acht nähme, da die andere Vormündere als Mitinteressenten den actum für ihre pupillen nicht wol allein verrichten können, quia tutor ipse in rem suam auctor esse non potest, sed potius curator in eius locum constituitur ad illud negotium,

§. *vlt. I. de auctor. tut.*

12 und da nun der Herr von B. als constitutus curator ad hanc potissimum causam einmal consentiret, ist die reuocatio consensus ex post facto fruftranea gewesen, und kan dadurch das ius tertio quæsitum nicht benommen werden, sondern so fern der curator denen pupillen nicht wol prospiciret, haben sie deswegen gegen denselben actione tutelæ ihren regress, und ist interim das getroffene negotium nicht anzufechten.

Bey solchen Umständen ist nun ferner nicht 13
wol abzusehen, wie die restitutio in integrum statt finden könne, da die læsio ex incerto euentu dependiret, und nicht gezeiget werden mag, quod tempore negotii initi iam adfuerit, id quod tamen requiritur.

HILLIG. *ad* DONELL. *lib. 21. cap. 9. lit. a.*

Denn obgleich dagegen eingewandt wird, daß 14
man post transactionem zum comparticipations-Vergleich nicht schreiten, sondern vielmehr incertum successionis euentum erwarten müssen, so war doch solches damals nicht nöthig, da man nicht mehr auf die künftige successionem in feudo warten, sondern vielmehr ex nouo titulo die Helfte des feudi æquali iure reuociret hatte, gleichwie posita necessitate transactionis, welche eingeräumet wird, die comparticipation von selbsten erfolgen müssen:

Bey welchen Umständen wir zwar dafür 15
halten, daß die dubia unerheblich sind, gleichwol da die R. drey Theile an dem Gute haben, und in communione zu bleiben nicht angehalten werden können, ihnen frey stehe, ad diuisionem zu provociren, und sich dabey zu offeriren, die C. pupillen ratione ihrer quotæ abzufinden, welche gestalten Sachen nach iuxta l. 34. §. 2. C. de donat. das pretium ihrer quotæ anzunehmen schuldig sind. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE IVLIO MDCCXXVIII.

DECISIO CLXXXVIII.

THEMA.

Actio feudi reuocatoria contra emtorem eius, non venditorem, competit.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.
Vasallus sine consensu domini directi feudum alienans eo priuatur. n. 2.
Num domino directo in alienatione feudi illicita

cita competat electio, vtrum contra emtorem vel venditorem agere velit? n. 3.

Quod negatur. n. 9. 10. 11.

Ob reseruationem consensus. n. 4.

Vel si feudum non judicialiter traditum est n. 5.

Feudo sine consensu domini directi alienato, dominum vtile ipso iure ad dominum feudi reuertitur. n. 6.

Possessor feudi alienati rei vindicatione a domino directo est conueniendus. n. 8.

Decisio. n. 12.

Auf angebrachte Klage und erfolgte Gesetze in Sachen des Lehn-Kammer-Fiscalis Klägern an einem, und der Gebrüdere, Hans Ernst und Christian Ernst von R. Beklagten am andern Theil, erkennen verordnete Præsident und Räthe auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Daß gestalten Sachen und Umständen nach Klägers Suchen gegen die Beklagte nicht statt findet; iedoch bleibt demselben unbenommen, den ietzigen Besitzer des quæstionirten Freyhofes und dazu gehöriger Hufen Landes zu belangen, und von demselben solche zu vindiciren. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol die angestellte priuations-Klage sattsam gegründet zu seyn scheinen möchte, indem 1) Beklagte nicht in Abrede seyn können, daß sie den lehnbaren Freyhof nebst denen dazu gehörigen Hufen ohne lehnsherrliche Einwilligung an den Kammer-Rath R. verkaufet, und hieraus erfolgen will, daß sie sich durch solche Veräusserung, bekanten Lehns-Rechten zu folge, des Lehns verlustig gemacht,

2. feud. 24. in f. et 55.

3 mithin die priuations-Klage gegen selbige statt habe, und ohnerachtet 2) der Käufer als Besitzer der veräusserten Lehn-Stücke gleichfalls belanget werden kan, dennoch hiebey dem Lehns-Herrn die Wahl frey stehen möchte, ob er gegen den Lehns-Mann, als welcher die felloniam begangen, oder gegen den Besitzer der Lehne Klage führen wolle, folglich Kläger gegen den Kammer-Rath R. als Besitzer, zu klagen nicht schlechterdings nöthig gehabt; dagegen aber doch 3) die von Beklagten beygebrachte exceptiones die Klage hinwiederum zu elidiren scheinen möchten, indem die Veräusserung sowol mit Vorbehalt des lehnsherrlichen consens geschehen, und der Käufer denselben möglichst zu suchen versprochen, in welchem Fall die Lehns-priuatio nicht statt zu finden pfleget,

4

BOEHMERI *consult. et dec. Tom. I. P. II. resp. 98. n. 45.*

als auch die Auflassung des Lehns im gegenwärtigen Fall noch nicht erfolget, worauf zugleich bey der priuatione feudi sine domini consensu alienati geschen wird. 5

STRVVII *Syn. iur. feud. c. 13. aphor. 8. n. 8.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) durch eine ohne lehnsherrlichen consens unternommene Lehns-Veräusserung das dominium vtile an dem Lehn so fort ipso iure auf den Lehns-Herrn zurück fällt, libere enim ad dominum reuerti dicitur, 6

2. feud. 55. §. callidis.

cum enim ipse vasallus, alienans feudum, quantum in se est, velit translatum in alium, in hunc vero tali modo plane non possit transire: ideo non potest non ius feudi consolidari cum iure, quod penes dominum residet. 7

STRVV. *cit. l. c. 15. aph. 11. n. 6.*

HARTM. PISTOR. *l. 1. qu. 35. n. 12.*

Solchergestalt also 2) der Lehns-Herr, welcher dergleichen Lehn vindiciren will, sich in dominio pleno ipso iure acquisito gründen, und also gegen dem Besitzer des veräusserten Lehn-Guts Klage anstellen muß; emtor enim siue quilibet alius possessor feudi alienati rei vindicatione a domino est conueniendus. 8

CAROL. MOLIN. *in consuet. Paris. tit. 1. P. 30. n. 17 et 37.*

STRVVIVS *cit. l. cap. 13. aph. 10.*

Hiernächst 3) die actio priuatoria gegen den vasallum im gegenwärtigen Fall unerheblich ist, indem nicht mehr auf priuationem desjenigen Lehn-Guts geklaget werden kan, welches der vasall nicht mehr im Besitz hat, sondern von ihm bereits auf einen andern veräussert worden; zugeschweigen, daß 4) dergleichen Klage ohne allen effect ist, indem im Fall dabey erkant werden solte, daß der vasall durch vorgenommene Veräusserung des Lehns eine felonie begangen, es bey solchem Urtheil in Ansehung des vasalli sein Bewenden haben würde, 9

de, hingegen vom neuen gegen den Besitzer des Lehns rei vindicatione geklaget werden müste, diesem zufolge also STRVVII Erinnerung

in syntagm. iur. feud. c. 13. aph. 10. n. 1.

wohl gegründet ist: nec opus est, vt prius contra vasallum alienantem experiatur dominus, et sententia declaratoria feratur, cum possessor eiusque auctor instituta rei vindicatione exceptiones, si quas habeat, possit 11 opponere. Hieraus also 3) so viel erhellet, daß da der Lehns-fiscal gegen die vasallos alienantes actione priuatoria geklaget, und in libello gebeten, Beklagte des quæstionirten Lehn-Hofes zu priviren, da sie doch selbigen fürietzt nicht mehr besitzen, die gegen sie angestellte Klage gegen sie nicht statt habe, gleichwol aber doch Klägern unbenommen sey, gegen den Kammer-Rath R. als den Besitzer der quæstionirten Lehn-Stücke rei vindicationem anzustellen. Im übrigen die ratio dubitandi 1. sich hieraus von selbst ergiebet. Ferner wann auch ad 2) frey stehen solte, den Lehns-Mann actione personali ad declarationem felonjæ commissæ zu belangen, dennoch, wie in ratione decidendi 4) gezeiget worden, solches ohne effect seyn würde, hiernächst auch vom Kläger in gegenwärtiger Sache nicht hierauf, sondern vielmehr auf die priuation des Lehn-Guts, welches er ohnedem nicht mehr im Besitz hat, libelliret worden. Endlich ad 3) auf die opponirte exceptiones noch zur Zeit nicht erkannt werden kan,, da die angebrachte Klage gestalten Umständen nach nicht statt hat:

So sind Wir, wie geschehen, zu erkennen 12
bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXVII.

DECISIO CLXXXIX.

THEMA.

Sententia, qua vasallus feudo priuatur, non est declaratoria, sed priuatoria.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Recognitio feudi num per negotiorum gestorem fieri possit? n. 2. 3. 5.

Obligatio inter vasallum et dominum est mutua. n. 4.

Vasallus, licet ad priuationem feudi agatur, pro vasallo realiter habetur et in nexu manet, donec ratione priuationis sententia lata sit. n. 6.

Sententia, qua vasallus feudo priuatur, non est declaratoria, sed priuatoria, nec vasallus per feloniam ipso iure feudo cadit. n. 7.

Decisio. n. 8.

Auf eingewandte Läuterung und erfolgte Gesetze in Sachen Anwalds derer Gevettere B. Beklagten an einem, und des Closters M. Klägers am andern Theil, erkennen ꝛc. auf vorgehabten Rath unserer Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Daß es der eingewandten Läuterung ohngehindert, bey dem vol. 2. fol. 55. befindlichen und den 15. Decembr. 1735 eröfneten Urtheil billig verbleibet, Beklagter auch die expensas retardati processus nach deren vorgehenden liquidation und erfolgter unserer Mäßigung an Klägern abzustatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagte durch Erkennung der 2
Lehns-

Lehns-emenda bis auf 100 Thlr. sich beschweret gefunden, und anführen, daß 1) es gleich sey, wer die Lehn muthe und also der Amtmann D. die Lehn für sie wol suchen mögen, zumal derselbe damals ihr Pachter, sie aber abwesend, und der Cammer-Herr zu C. und der Hauptmann in der Mecklenburgischen Krieges expedition gewesen; die ratihabition derselben 2) auch hier nicht ermangele, da sie sich iederzeit auf des Amtmanns factum beruffen,
3 und sich damit excusiren; dahero es 3) vielmehr an dem Lehnsherrlichen Closter gelegen, die gehörige citationes an die Beklagten abzulassen, da alsdann der Amtmann mit gehörigem speciali mandato schon erschienen seyn würde, welches aber nicht geschehen, sondern vielmehr die priuations-Klage angestellet, und dahero Kläger selbsten die Nehmung der Lehn
4 verhindert. Endlich 4) von anno 1726 bis 1729 die Beklagten Mißwachs und Brandschaden gehabt, dadurch alle Nutzung des Guts absorbiret worden, deshalb sie remission gesuchet, und ihnen dahero kein dolus oder culpa beyzumessen seyn möchte, daß sie nicht præstanda præstiret, ja Kläger von den übrigen Jahren mit Bestand Rechtens, so lange das Closter den priuations-process nicht renunciiret, und Beklagte pro vasallis agnosciret, nicht verlangen können, daß Beklagte als vasalli die seruitia præstiren sollen, da das Closter als dominus directus der Beklagte Lehns-Herr zu seyn refusiret, cum tamen mutua sit obligatio inter vasallum et dominum, mithin also auch hierin kein Lehns-Fehler anzutreffen, so mit einiger Lehns-emenda zu belegen, da sie durch die cautirte process-Kosten schon genug gestrafet:

Rationes decidendi.

5 Dieweil aber dennoch ad 1) richtig ist, daß der Amtmann D. keine Vollmacht zur Lehns-Muthung gehabt, welches negotium doch ein speciale mandatum erfordert, und er nicht weiter, als was sein Pacht mit sich gebracht, verrichten können, dahin aber die Lehns-Sachen nicht gehören; und ob wol ad 2) die ratification durch prouocation auf das factum des gedachten Amtmanns erfolget seyn möchte, dennoch solche intra tempus annale geschehen müssen, mithin dieses die verübte Versäumung wenig excusiret, dabey auch die angegebene absentia nicht so beschaffen, daß solche excusiren möchte, da binnen Jahr und Tag sie leicht ein speciale mandatum ad petendam inuesturam, wenn es ihnen ein Ernst gewesen, ihm überschicken können; bey solcher Beschaffenheit also ad 3) Kläger nicht im Stande gewesen, einen Termin zur Lehns-Empfängniß anzuberahmen; absonderlich aber ad 4) die 6
bisherige und noch continuirende renitenenz in Ablieferung des jährlichen Zinßes hieben in consideration zu ziehen, welche wol eine harte Ahndung meritiret, da mehr als zu bekant ist, daß ein vasall, wenn auch gleich auf die priuationem feudi geklaget wird, dennoch so lange pro vasallo realiter zu halten, und in nexu bleibe, bis Rechts-kräftig die priuatio feudi erkant sey, er dahero auch die jährliche præ- 7
standa zu præstiren sich um destoweniger weigern können, als aus den Lehn-Rechten bekant, quod sententia, qua vasallus feudo priuatur, non sit declaratoria sed priuatoria, nec vasallus per feloniam ipso iure feudo cadat,

STRVV *in synt. iur. feud. c. 15. aph. 11. n. 3.*

diesemnach ob gleich Kläger noch die priuations-Klage continuiret, sie sich nicht entbrechen mögen, ihre Pflicht als vasalli zu leisten, und da sie solches nicht gethan, billig mit einer Lehns-emenda zu belegen gewesen:

So hat, wie geschehen, erkant werden müs- 8
sen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPTEMBR. MDCCXXXVII.

DECISIO

DECISIO CXC.

THEMA.

De natura feudi ſchultetici, quod mere hereditarium eſſe poteſt.

SVMMARIA.

Sententia. n. 1.

Feudum, licet non ſit nobile, in dubio tamen præſumitur maſculinum. n. 2.

Bauermeiſterey *num olim fuerit officium mere perſonale?* n. 3.

Officia virilia ſucceſſores habiles ſupponunt. n. 4.

Officia fundo hereditario annexa non ſemper ſunt hereditaria. n. 5. 7. 8.

Priuilegia ſunt ſtricti iuris. n. 6.

Feuda ruſtica antiquis temporibus non fuerunt incognita. n. 9.

Feudi ſchultetici natura explicatur. n. 10. ſeqq.

Feudum ſchulteticum eſt mere hereditarium et promiſcuæ ſucceſſionis. n. 11. 13. ſqq.

Qualitas feudorum præſcriptione mutari poteſt. n. 12.

Iure feudali Germanico filius ex culpa paterna feudum non amittit. n. 16.

Iuſta contradicendi cauſa liberat ab expenſis; n. 17.

præſertim ſi fiat vi officii. ibid.

Deciſio. n. 18.

Auf interponirte Läuterung und erfolgte Sätze in Sachen des Bauermeiſters Frantz Chriſtoph B. Klägers, und der übrigen Bauermeiſter des Amts L. interuenienten und allerſeits Läuteranten an einem, und des Beamten zu L. Beklagten interuenten und Läuterat en am andern Theil, erkennen wir ꝛc. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten für Recht:

1 Nunmehro aus denen Acten, und der Partheyen Einbringen allenthalben ſo viel zu befinden, daß Kläger und interuenienten dasjenige, was ihnen zu erweiſen obgelegen und ſie ſich angemaſſet, nach Nothdurft erwieſen, dannenhero die Erblichkeit der Bauermeiſterey auf das männliche Geſchlecht nicht einzuſchrencken, ſondern auch auf das weibliche Geſchlechte zu extendiren, die Unkoſten aber aus bewegenden Urſachen gegeneinander zu compenſiren und aufzuheben ſeyn. V. R. W.

Rationes dubitandi.

2 Ob wol 1) Kläger und interuenienten vermeinen wollen, daß die Bauermeiſterey für kein feudum impropriũm zu achten, und aus dem Grunde die Erblichkeit quoad maſculos et feminas nicht behaupter worden, gleichwol aus ihrem eigenen documento ſub n. act. 93. lit. B. erſichtlich, daß ſie um die Belehnung gebeten: ſolche Belehnung verwilliget ſey: ſie das iuramentum fidelitatis ſub formula: treu hold und gewärtig zu ſeyn, geleiſtet, ſolches auch in iure Saxon. feudali art. 78. gegründet, aber dagegen in gedachtem articulo 2) dieſes dabey verordnet:

> Lehen zur Bauermeiſterſchaft geliehen, erbet der Bauermeiſter auf ſeinen Sohn, ob er wol des Herrſchildes nicht hat,

und alſo dieſes daraus zu ſchlieſſen, daß dieſes Lehn, ob es gleich kein feudum nobile, dennoch maſculinum ſey, auch billig in dubio pro tali præſumiret werden müſſe; hergegen Beklagte ebenfals 3) in dem principio mit jenen übereinſtimmen, daß die Bauermeiſterey pro feudo nicht zu achten, ſondern die Bauermeiſter vormals von dem Landes-Herrn dazu erwehlet und angenommen worden, wie die formulæ bey dem n. act. 63. 3

> beſtätigen und annehmen laſſen,

ſolches zu euinciren und darzuthun ſcheinen, daß es bloß ein officium mere perſonale, vormals

4 mals gewesen, und obgleich Beklagter dessen Erblichkeit quoad sexum masculinum amore pacis eingeräumet, dennoch die successio hereditaria in feminis daraus nicht folgen will, da dieses Amt ein officium virile ist, so successores habiles h. e. masculos præsupponiret, unter welchen das weibliche Geschlechte
5 nicht begriffen ist; auch 4) von der Erblichkeit der Höfe oder Hufen auf die allgemeine Erblichkeit dieses Amts nicht zu argumentiren, nachdem Beklagter n. act. 63. per documentum sub n. 1. beygebracht, daß anno 1616 zu T. der Bauermeister Carsten B. zum Bauermeister angenommen, gleichwol auf dem Hofe des vorhergehenden Bauermeisters Carsten, so anno 1603 angenommen, nicht gewohnet; wie denn auch 5) wenn die Söhne angenommen sind, jedoch dieses öfters mit dem annexo geschehen, daß sie mit denen coheredibus oder andern Interessenten sich hernach vergleichen sollen, welches den Hof betroffen, und also davon separiret zu seyn scheinet; wie denn auch 6) in solcher Absicht in dem Amts-Lagerbuch bey denen Bauermeistern, laut act. sub n. 102. und dessen Beylage sub n. 6. auf der einen Seite derselben Namen: auf der andern aber die Hufen und præstanda angezeiget werden, certo indicio, daß das Amt selbsten an de-
6 nen Hufen nicht klebe; so dann 7) von denen Bauermeistern zu L. und B., welche die Hufen mit der Bauermeisterey sub confirmatione der Landes-Herrschaft an sich gekaufet, kein argumentum auf die übrige Bauermeister überhaupt zu nehmen, cum privilegia sint
7 stricti iuris; ja 8) dieses principium, daß die Bauermeisterey ein annexum des Hofes sey, denen Klägern und intervenienten selbsten schädlich seyn dürfte, anerwogen daraus folgen würde, daß wenn er delinquirte, daß er seines Amts entsetzet werden müste, alsdann derselbe nebst seinen Kindern auch, wenn der Hof unzertrennlich bey dem Amte wäre, sein Erbe verlieren müste, welches doch suo delicto niemand einbüsset, Klägere auch solchen Schluß nicht eingehen werden. Dahero daraus abzunehmen, daß die Bauermeisterey kein officium reale, sondern mere personale quamuis hereditarium quoad filios
8 sey. Allermassen 9) ein ieder Bauermeister solche puncta beschweren muß, die sich auf das weibliche Geschlechte nicht wohl schicken, als nemlich:

Daß er auf die Teiche, Grentzen und Jagden acht haben, über die Herrschaftlichen Wiesen, Aecker und Weyden fleißige Aufsicht führen, der Unterthanen Verbrechen, als Schlägerey, Dieberey, Hurerey ꝛc. so fort dem Amte anmelden und nichts verschweigen, die accise wohl in acht nehmen, daß kein Unterschleif vorgehe, die Herrschaftlichen Gefällen richtig einbringen wolle ꝛc.

welches sua natura solche Verrichtungen sind, welche allein per masculos verrichtet werden können, die Landes-Herrschaft aber darunter leiden würde, wenn sie sich einen Bauermeister obtrudiren lassen solte, so die erforderliche capacität nicht hätte. Dahero auch 10 die interpretatio aller vorgegebenen actuum gegen die Klägere, und in dem Verstande anzunehmen, daß es pro facto mere arbitrario zu halten, wenn nach den angeführten Exempeln des verstorbenen Bauermeisters Hof mit dem Amte iemand durch Heyrath an sich gebracht, als welchem die Bauermeisterschaft nouo titulo conferiret, zumal daraus keine Erbfolge zu erzwingen, noch zu schliessen sey, daß wer eines Bauermeisters Tochter oder Wittwe heyrathet und zum Bauermeister bestellet worden, derselbe auch solche iure hereditario seiner Ehe-Frauen erhalten, vielmehr zu glauben, daß er solches Amt nouo titulo et quidem singulari acquiriret, allermassen niemand zu diesem Amte gekommen, der nicht dazu angenommen, bestellet und beeydiget worden, weil sonsten 11) wenn es erblich wäre, es keiner Annehmung und Bestellung gebrauchete, sondern solche ipso iure auf die Erben ginge. Uebrigens wenn 12) Kläger und intervenienten ihre intention beygebracht haben solten, es das Ansehen gewinnen will, daß Beklagte die Unkosten dieses processus tragen müssen, da sie denen Klägern und intervenienten sich temere opponiret.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus denen acten und derer Partheyen Einbringen wir wahrgenommen, daß in dem Amte L. a) die Bauermeisterey ein feudum rusticum et improprium, darneben b) mere hereditarium et promiscuæ successionis, und c) ein annexum des Hofes sey, und aus diesen dreyen principiis die itzige controvers: ob die Bauermeisterey auch auf die Töchter gehe? entschieden werden müsse; angesehen, quoad primum aus dem angeführten *art. 78. iur. feud. Saxon.* damit auch das *ius feudale Aliemannicum c. 151.* übereinkommt, klar erhellet, daß dergleichen feuda rustica, mit welchen die Ober-Sächsischen Schultzen-Lehn übereinkommen, schon von uralten Zeiten bekant gewesen, so daß der interpres latinus solches feudum in villa ad scultetiam collatum nennet, auch solche disposition um destomehr hieher zu ziehen, nachdem in der Gegend das Sachsen-Recht ohne Zweifel verfertiget, und auf die dasigen Landes besondere mores mit gesehen ist, welches auch aus der in feudis üblichen formula

9

iuramenti: treu, hold und gewärtig seyn, wahrzunehmen, und das sub n. act. 93. producirte documentum sub lit. B. solches bestätiget, darin angezeiget wird, daß Heinrich M. mit der Bauermeisterey belehnet werden möchte, so auch dergestalt geschehen:

> Daß derselbe, seine Erben und Erbnehmen solcher Belehnung sich zu erfreuen haben solten,

welche Beschaffenheit es auch mit dem Schultzen-Lehn hat, weil die Schultzen frequentius Bauermeister genannt werden,

WILDVOGEL *de feudo scultet.* §. *11.*

und die concessio feudalis dieses Amts von uralten Zeiten herzuleiten,

IDEM *cit. l.* §. *14.*

so daß Beklagte aus dem Wort: annehmen und bestätigen, sich einen irrigen concept von diesem officio pagano gemachet, da doch solches nichts anders als eine concession dieses Amts andeutet, aber dabey die freye Wahl desselben nicht ein- noch die succession ex natura feudali ausschliesset, vielmehr nur dieses daraus ab- und wahrzunehmen, daß es nach der Natur dieses Amts auf einen allein gehet, die andern aber mit Gelde abgefunden werden müssen.

IDEM *cit. l.* §. *24.*

11 Woraus denn auch das andere membrum, daß die Bauermeisterschaft ein feudum mere hereditarium et promiscuæ successionis sey, zu erläuteren ist; zumal, ob wol nach dem iure Saxonico dieses Lehn pro masculino scheinet gehalten zu seyn, dennoch solches nicht præcise aus dem *art. 78. cit.* wohl aber dieses allein herzunehmen, daß ohngeachtet dieses ein Amts-Lehn ist, quod morte expirare solet, dennoch solches nach Sachsen-Recht, diesem ohngeachtet, auf den Sohn erbe, oder erblich sey, woraus doch nicht nothwendig zu schliessen, daß es nur und allein auf masculos gehe. 12 Wiewohl wenn dieses Lehn auch von uralten Zeiten pro masculino zu halten, dennoch bekannt ist, daß mit Länge der Zeit und durch præscription die qualitas feudorum sich verändern könne, davon hier wichtige Merckmahle anzutreffen, zumahl anfänglich aus dem documento vom anno 1661. sub n. 93. erhellet, daß diese Bauermeisterey auf Erben und Erbnehmen gereichet sey, welches eine marque feudi mere hereditarii zu seyn pfleget.

STRVV *in iurispr. feudali c. V.* §. *12.*

Ferner, daß solche erb- und eigenthümlich 13
anerkaufet worden, wie bey der Bauermeisterey zu L. aus dem documento de anno 1633 am Tage purificationis Mariæ zu ersehen, und die Landes-herrliche confirmation bey deren Abtretung darleget, daß Ludolph F. solche erb- und eigenthümlich besessen, und auf seiner ältesten Tochter-Mann transferiret, wobey die clausula notabilis ist;

> confirmiren und bestätigen ihn auch aus Landes-Fürstlicher auctorität und Macht - - gleich andern, unseres Fürstenthums Bauermeistern und Gastgebern, beständig und kräftig, wie es immer geschehen soll, kan oder mag, erb und eigenthümlich,

woraus man erkennet, daß schon vor hundert Jahren die Bauermeistereyen insgemein erb- und eigenthümlich abgetreten worden, und daß solches nach dem Exempel der andern Bauermeisterschaften geschehen; nicht weniger aus der confirmation der verkauften B. Bauermeisterey zu ersehen, daß dieselbe wegen der darauf haftenden Schulden verkauffet werden müssen, und solche erb- und eigenthumlich überlassen sey, dergestalt und also, daß der Bauermeister mit Landes-Fürstlichen consens und Vorwissen solche zu veräliniren gute Macht haben solle, dahero auch nicht zu verwundern, daß diese Bauermeistereyen auf Söhne und Töchter gekommen, und durch Ehe-Beredung auf die Tochtermänner transferiret sind, auch wenn die Kinder und Witwe solche nicht bestreiten können, sie alsdenn andern Anverwanten eingethan ist, wie abermal das documentum de anno 1661 tit. 13. darleget, und dabey anzeiget, daß die Witwe und ihre zwey Söhne und zwey Töchter sich der Bauermeisterey gutwillig begeben, certo indicio, daß sie ein Erbrecht an dieselbe gehabt haben müssen, weil sie sich sonsten derselben nicht begeben, und darüber mit dem Annehmer vergleichen können; hergegen auch mannigmal der Mutter oder Witwen die Bauermeisterey so lange in administration gelassen ist, bis einer von ihren Kindern die Jahre erreichet, darin er solche annehmen können, wie aus dem Lager-Buche dargethan, anbey auch mit vielen Exempeln in act. 93. pag. 24. sqq. erläutert ist, daß die Bauermeistereyen auf die Töchter und durch diese auf ihre Männer und Kinder transferiret worden, wobey die Ehe-pacta de anno 1652 sub lit. C. und de a. 1740 sub D. n. act. 93. sehr notabel sind, und zwar bewähren, daß solches mit consens des Amts, nomine der Landesherrschaft, geschehen müssen, doch diese confirmation derer Ehe-pacten nach der Natur der Lehne nothwendig gesuchet werden müssen, inzwischen doch die Töchter davon nicht aus-

ausgeschlossen werden können; woraus denn auch das dritte membrum begreiflich, daß bey denen Höfen die Bauermeisterey erblich und deren annexum gewesen, welche deswegen unter dem Wort Bauermeisterey mit begriffen worden, wie solches klärlich erhellet aus der Beklagten eigenen Beylage sub n. 3. ad n. act. 63. in welcher wegen der abgebrannten Bauermeisterey für Henrich Claus folgende Verordnung ertheilet wird, daß wenn der Hof zu L. binnen gewisser Zeit wieder gebauet, besetzet werden, und der Landes-Herrschaft der Annehmer wie andere Bauer-Vögte recht thun würde, alsdenn dem neuen possessori das Recht auf dem Gute, wie der vorige vom Amte gehabt, zugeschrieben werden solle. Wie denn auch aus denen übrigen documentis zu ersehen, daß wem der Hof entweder iure hereditario oder titulo singulari abgetreten, derselbe die Bauermeisterey wieder bekommen, so gar, daß wer einen solchen abgebranten Hof wieder bebauet, auch die Bauermeisterey dabey erlanget, und also, wie gesaget, der Hof selbst diesen Titul geführet hat, wiewol der modus habendi noch unterschieden bleiben können, indem der modus habendi officium mehr feudalis, ratione des Hofes aber allodialis gewesen seyn kan, gleichwie bey einem allodial-Gute die anklebende iura feudalia seyn können, wie praxis Germaniæ weiset; welches sich noch klärer zeigen wird, wenn die rationes dubitandi aus dem Wege geräumet werden, so
14 gar leicht geschehen kan; angesehen quoad 1) et 2) wir schon dargethan, daß die Bauermeisterey ratione modi habendi feudalis sey, aber dabey pro feudo hereditario et promiscuæ successionis zu achten, so auch wegen des Hofes, welchem diese Gerechtigkeit anklebet, auf die Töchter gehe, und da dieses aus dem Beweis sich sattsam befunden, die præsumtion in contrarium nichts weiter würcken kan, bevorab da der *art. 78. spec. saxon.* kein solches reale officium præsupponiret, wie hier anzutreffen, und alsdann wol allein auf den Sohn gehen kan, wenn die Bauermeisterey nicht an einem gewissen Hofe anklebend
15 ist. So dann ad 3) in decidendo nicht darauf zu reflectiren, wie die Partheyen die Sache angesehen, sondern wie sie in rei veritate befunden ist, dadurch aber der Irrthum derer Beklagten als wenn vormals die Bauermeister von dem Landes-Herrn erwehlet worden, hinweg fält, solches auch aus den Worten: *annehmen* und bestätigen, nicht geschlossen werden mag, als welches hier eine Belehnung andeutet, wie aus dem documento sub B. ad n. act. 93. erläutert ist, darneben, ob gleich die Töchter von der Bauermeisterey nicht ausgeschlossen werden, diese doch einen habilem, der dieses Amt verrichten könne, præsentiren müssen, so mehrentheils durch heyrathen geschiehet, nunmehro auch, da die Bauermeisterey an dem Hofe klebet, von dessen allgemeiner Erblichkeit auf jenes ius hereditarium quoad feminas gar wol geschlossen werden kan, davon genugsame exempla angeführet sind, das Gegentheil aber aus dem documento sub n. 1. nicht zu behaupten ist, da es gantz natürlich, daß wenn der Hof abgebrant oder der Erbe des Hofes noch minderjährig ist, das Amt inzwischen einem andern aufgetragen werden muß, bis der Hof wieder bebauet oder der successor habilis wird, wie das Exempel, so die Beklagten selbsten n. act. 63. p. 9. anführen, bezeuget, und das Lager-Buch fol. 73. bey der Bauermeisterey zu T. darthut, daß in anno 1618 die abgebrante Bauermeisterey mit Sievert B. wieder besetzet sey, als ein offenbahres Kennzeichen, daß diese Gerechtigkeit an dem Hofe hange; und ad 4) es sich allerdings gebühret, daß der angenommene Bauermeister mit denen übrigen Erben des Hofes sich vergleichen müssen, dadurch aber das Amt von dem Hofe nicht separiret worden, solches auch ad 5) aus der annotatione des Lager-Buchs nicht zu schliessen, zumal der modus habendi bey beyden unterschieden bleibet; auch ad 6) nunmehr evident ist, daß bey denen Bauermeistern zu L. und B. kein ius singulare oder priuilegium anzutreffen, vielmehr daselbsten nach der Natur dieser Bauermeistereyen verfahren; anbey ad 7) nicht zu 16
befürchten ist, daß dieses principium de officio ipsi fundo annexo denen Klägern und interuenienten schädlich fallen dürfte, weil der modus habendi hiebey doch unterschieden bleibet, und wer von der Freundschaft die Bauermeisterey mit dem Hofe bekomt, die Interessenten am Hofe befriedigen muß, unter welchen auch wol die Kinder des delinquenten seyn können, nachdem die Teutschen Lehn-Rechte klare Maaß und Ziel geben, daß der Sohn ex culpa paterna das Lehn nicht verliere;

ius feud. Saxon. c. 55.

B. DE LVDEWIG *de obligat. success. c. 6. §. 2.*

Ferner ad 8) aus der formula iuramenti kein 17
argumentum gegen die Töchter zu machen ist, wie bereits ad rat. 3. dargethan, und ad 9) bishero weitläuftig gezeiget ist, wie diese interpretatio captiosa keinen Grund habe; noch weniger ad 10) die successio hereditaria die Annehmung der Bauermeister ausschliesset, welches in der That eine Art der inuestitur ist, und solches Beklagter selbsten dadurch eingeräumet, daß sie die Erblichkeit zugestanden, und doch das Annehmen derer Bauermeister dadurch nicht ausschliessen können. Endlich ad 11) die Unkosten um deswillen zu com-

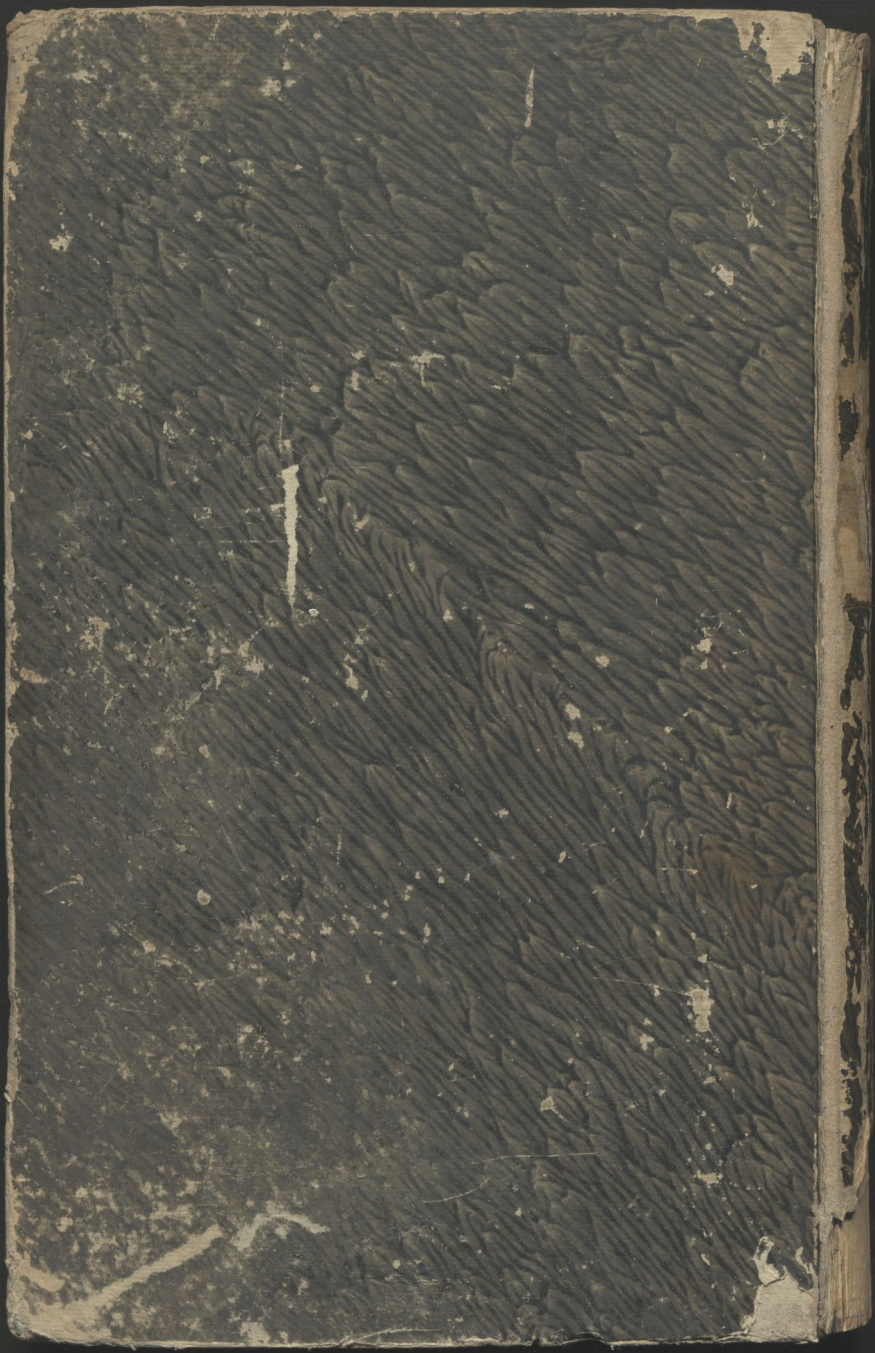
pensiren nöthig gewesen, weil die Beklagte zwar die Erblichkeit denen Klägern und intervenienten zugestanden, aber die successionem feminarum derenselben geleugnet, solche auch nicht so erwiesen damals erfunden worden, daß man auf das Anführen der Kläger und interuenienten sprechen können, sondern ihnen noch ein besserer Beweis vorbehalten ist, welchen nunmehr zwar Kläger und interuenienten vollführet, die Sache aber anceps und nicht geringen dubiis unterworfen gewesen, daß Beklagte iustam contradicendi causam gehabt, bevorab da sie nicht nomine suo sondern von Amts wegen den Proceß mit Klägern und interuenienten aufnehmen müssen:

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden. 18

NOMINE FACULTATIS IURIDICAE
MENSE DECEMBR. MDCCXLIII.

FINIS
TOMI III. PARTIS I.

Ka 4838
2°
(3,1.)
10 18
ULB Halle
009 237 135
3


Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-142341983-10/fragment/page=0860

IVSTI HENNINGII BOEHMERI
ICTI

CONSVLTATIONVM
ET
DECISIONVM IVRIS
TOMVS III.



Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-1192015415-142341983-10/fragment/page=0861