

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-802838-p0002-0



Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-802838-p0003-6

Dibl. Zü Ka 4838 Ki 1 2°

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-802838-p0004-1

H936
4

IVSTI HENNINGII BOEHMERI
ICTI

CONSVLTATIONVM
ET
DECISIONVM IVRIS
TOMI III.
PARS II.



IVSTI HENNINGII BOEHMERI

IC.TI

CONSVLTATIONVM

ET

DECISIONVM IVRIS

TOMI III

PARS II

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-802838-p0008-3

IVSTI HENNINGII BOEHMERI IC^TI

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 II.
IVRIS CIVILIS AC CRIMINALIS
ARGVMENTA SELECTIORA
IVXTA
ORDINEM DIGESTORVM
A LIBR. I. VSQVE AD LIBR. XXVI.
EXHIBENS.

EX SCHEDIS PATERNIS
COLLEGIT CONVENIENTI ORDINE DIGESSIT
CONSPECTV ARGVMENTORVM SVMMARIISQVE
INSTRVXIT
PRAEMISSA PRAEFATIONE
FILIVS
IO. SAMVEL FRIDERICVS BOEHMER IC.
POTENTISSIMI REGIS BORVSSIAE A CONSILIIS INTIMIS ACADEMIAE VIADRINAE
DIRECTOR FACVLTATIS IVRIDICAE ORDINARIVS.



HALAE MAGDEBVRGICAE
IMPENSIS ORPHANOTROPHEI
MDCCLII.

Universitäts- u. Landesbibliothek HALLE (SAALE)

18 WC 7 (3,2)

VIRO
ILLVSTRISSIMO
ATQVE
EXCELLENTISSIMO
DOMINO
CAROLO LVDOLPHO
S. R. I. BARONI
DE DANCKELMANN
DYNASTAE IN LODERSLEBEN OPHAVSEN
ROGENHORST STEINRADE
CETERA
POTENTISSIMI BORVSSORVM REGIS
IN SANCTIORI CVRIA SENATORI PVRPVRATO
RERVM BELLI AC PACIS ADMINISTRO STATVS
SACRI TRIBVNALIS PRAESIDI
CAVSARVM GALLICARVM GVBERNATORI
ACADEMIARVM REGIARVM
CVRATORI SVPREMO

DOMINO MEO MVSARVMQVE
PATRONO INDVLGENTISSIMO

D. D. D.

IO. SAMVEL FRIDERICVS BOEHMER.

Prope est, vt temeritatis notam hodie incurram, VIR ILLVSTRISSIME, dum epistola scholastica TE compellare, ac negotia TVA grauissima, in quibus dirigendis ac definiendis AVGVSTISSIMVS REX noster, maxima cum gentis Borussicæ voluptate virtutumque TVARVM admiratione, TE arbitrum esse iussit, turbare gestio. Norunt omnes, qualis sit moles laborum, quibus quotidie distringeris, quæ TVA mirifica in causis publicis ac priuatis parandis, placandis, enodandis cura ac circumspectio, quod denique in rite subeunda prouincia, circa res inprimis ecclesiasticas TIBI decreta, studium plane singulare, ita vt tot distractionibus, ex animi TVI sententia rite componendis, vix sufficere videaris. Quidni itaque mihi vitio verteres, quod eorum omnium probe conscius ac plene persuasus dissimulata

lata conſcientia in leges, non dicam decori, verum etiam clientelæ, qua TIBI me deuinctum eſſe profiteor, turpiſſime peccem, moliendo audacius, cui excuſando me imparem eſſe vltro fateri cogor. Abſit vero, vt ita de TE, VIR ILLVSTRISSIME, ſentiam. Tantum enim abeſt, vt his omnibus TE deterreri patiaris, aditum iis recludere, aut eorum conſilia damnare, qui in TE omne præſidium collocantes vndequaque confluunt, animique receſſus coram aut per litteras TIBI exponunt; vt potius incomparabili exemplo aſylum hocce comiter aperias omnibus, nec quicquam, quod ad nominis ac muneris gloriam perennem vllo modo conducere poſſit, ea in re omittas. Hoc amplius nihil non quotidie agis, quo in promovenda eruditione, cuius TV vere es arbiter ac deſignator, intentum iugiter animum et in reſtituendis muſis ſollicitam in dies curam quauis occaſione declares, modo vt excites alios, et calcar addas iis, qui ſub clypeo TVO militant, præclara quæuis, quantum in ipſis eſt, in rei litterariæ incrementum moliendi. Proteſtantur hoc, quotquot TE Curatorem ſupremum venerantur, muſarum ſedes, quas candore ac humanitate TVA tantopere TIBI deuinxiſti, vt, qui in illis operam bonis litteris commodant, virtutum TVARVM præcones ſint integerrimi, et fateantur, TE nihil reliqui facere, quod ad ſtimulandos eos pertineat, in quibus aliqua eſt bonæ mentis animique a litteris elegantioribus haud alieni ſignificatio. Taceo incredibilem ILLV-

STRISSIMI, dum in viuis esset, PARENTIS TVI beneuolentiam, tanquam naturali propagatione in TE deriuatam, qua velut ex compacto cum beatum Parentem meum, tum memet ipsum, ex quo TIBI innotescere coepi, gratiosissime es prosecutus, et cuncta parasti, quæ ad nostram felicitatem ac dignitatem augendam et amplificandam pertinuere. Quid me itaque retrahere potuit ab eo, quod cepi, consilio, hunc laborum fœtum, scriniorum vinculis liberatum, sub TVO præsidio scholis et forensibus negotiis quasi consecrandi? Certe tanto maiore fiducia splendidissimi nominis TVI emblemate præsens ex schedis paternis collectum volumen exornare sustineo, quanto magis TIBI gratiosa fore persuasus sum, quæ non inanibus fabulis aut fastidioso scribendi genere, quo iurisprudentia subinde corrumpi solet, repleta, sed quæ ex ipsis legibus hausta vsum vere pragmaticum habent. Accipe itaque qualecunque hoc animi mei TIBI deuinctissimi pignus, pro innata TVA benignitate, et fac, vt voti mei compos fiam cumulatissime. Id enim si assecutus fuero, tunc egisse me quid maximum arbitrabor. Deum optimum maximum precor, vt TE, VIR ILLVSTRISSIME, omni felicitatis genere beet, et cum ILLVSTRISSIMA gente TVA sospitem ac incolumem seruet, non tricennalibus Latii, sed temporibus, omni seculorum memoria perennaturis. Dab. in acad. Viadrin. d. XVIII. April. MDCCLII.

LE-

LECTORI BENEVOLO

SALVTEM

IO. SAMVEL FRIDERICVS BOEHMER.

§. I.

SIC TANDEM, iuuante Deo, officio meo et exspectationi publicæ me satisfeciſſe confido, lætorque, quod iam *volumen nouum ſelectiorum* B. PARENTIS *conſiliorum*, videlicet TOMI TERTII PARTEM SECVNDAM, a) poſt multas vigilias iterum iterumque reuiſum, æquis rerum æſtimatoribus offerre queam. Deſideria quam plurima virorum præſtantiſſimorum effecerunt, vt, quæ priuato vel publico ordinis iuridici Hallenſis nomine conſcripſerat conſiliorum et ſententiarum agmina, in forum prodire iuberet B. PARENS *anno MDCCXXXIII.* Multi amicorum vero impediuerunt, quo minus *conſiliis Hallenſibus*, quorum promulgationem tum minatus erat Fridericianæ Cancellarius,

IOAN.

a) Si per me ſtetiſſet, maluiſſem hoc volumen titulo TOMI QVARTI inſignire. At quum B. FRATRI, antecedentium voluminum editori, TOMVM TERTIVM in partes diuidere viſum fuerit, cuius *primam* tantummodo *partem* ipſe euulgare coepit: neceſſitas quædam mihi impoſita eſt, hanc continuationem TOMI TERTII PARTEM SECVNDAM appellandi, vt ne emtoribus aliquid operi deeſſe videatur.

IOAN. PETR. a LVDEWIG, intermixta, publici iuris fierent, melius fore rati, si peculiaribus voluminibus compilata, carceres priuatos excederent. Calcar id consilium addidit B. PARENTI, qui totum se iurisprudentiæ emendandæ ac interpretandæ consecrauerat, vt varia iuris *ecclesiastici*, *publici*, *feudalis*, ac *priuati* argumenta in *Tom. I.* et *II.* consarcinaret, et, dum vires corporis ac animi id adhuc permittebant, isthæc volumina maximam partem ipse adornaret. Tandem defectus virium in veneranda ætate supplere cœpit FRATER, dum viuebat, optimus, Regiminis Glogouiensis Præses, et quæ abhinc elaborauerat B. PARENS, vel quæ priores collectiones casu effugerant, in ordinem redigere destinauit. Sed morte inopinata præuentus, præter iuris *ecclesiastici*, *publici*, ac *feudalis* spicilegium, TOMI III. PARTE PRIMA comprehensum, et *anno MDCCXLVIII.* promulgatum, reliqua argumenta, quæ ex iure *priuato* supererant, intacta reliquit. Mouit itaque operis imperfecti tædium, post iterata vota eorum, quibus priores Tomi ad palatum fuerant, vt meam operam in rite consarcinandis iuris *priuati* argumentis, et paucis, quæ ex *publico*, *ecclesiastico*, *feudalique* iure adhuc supererant, eligeret B. PARENS, mihique in vltima ætate, ob diræ mortis præsagium, consummationem laboris fideicommitteret. Suscepi spartam mihi demandatam, et eo lubentius operam his laboribus dicaui, quo fortiore vinculo me obstrictum perspexi, vota cum PARENTIS, tum aliorum, qui indignabundi reliquias exspectabant, implendi. Sed moram iniecerunt conatibus et acerbæ mortis fatum, quo mox PARENTEM de me quam maxime meritum lugere cogebar, et inopinatus quidem, ast perquam honorificus, quem iussu clementissimo HEROIS nostri ante biennium suscepi, ex academia Fridericiana in hanc Viadrinam discessus.

§. II.

EX QVO vero hic sedem figere scholasque meas aperire cœpi, mox omnem operam impendi, ad fidem datam,

datam, quantum concatenati labores et rariores horæ subseciuæ permiserunt, promtissime liberandam. Successit tamen labor, vt iuuante Deo T. O. M. per *biennium*, et quod excurrit, plerumque inter vigilias, finem assecutus fuerim. Qua de re eo impensius lætor, quo magis operosum laborem dixeris, quem sine offensa muneris mei grauissimi et tot sudoribus complicati, intra breue spatium superaui. Per se laboriosum est, temporisque haud exiguum tractum exigit, legere schedas, relegere, in ordinem redigere, separare vtilia a vulgaribus, propositiones vel summaria inde extrahere, collecta in indicem accuratum redigere; nec tamen hæc omnia vel tantillum impedimenti obiecerunt conatibus meis, nec ego, vt alieno vitulo ararem, aut alios modo ad consortium laboris vocarem, a me impetrare potui, probe gnarus, non omnibus, quibus talia committere conuenit, eam industriam, patientiam aut iudicii acumen inesse, vt satisfaciant exspectationi publicæ. Vulgaris est hæc libris, imprimis consiliis, hactenus obiecta querela, quod *themata* pariter ac summaria obiter explanata, *indices* vero tam misere et sine iudicio compacti sint, vt vtilitati, et vsui voluminum, quibus sæpe multum salis inest, non parum decedat. Ipsemet ego hoc centies expertus sum, quoties in eiusmodi consiliorum collectionibus notabilem *facti speciem*, aut elegantem *iuris obseruationem* inueni; non magis tamen illius, quam huius, in summariis vel indicibus habitam rationem deprehendi. His rationibus motus ipse manum admoui huic collectioni: qua in re si non omnium, certe eorum gratiam me initurum spero, quorum officii vel studiorum ratio frequentem huius libelli vsum exigit.

§. III.

VIDELICET vt B. L. de laboribus sigillatim admoneam, quicquid ex schedis paternis nondum typis impressum reperi, ad iuris *priuati* pertinebat argumenta, quorum singula vna cum iis, quæ iam *Tom. III. Part. I.* intermixta, habita ratione ordinis in collectione *Pan-*

dictarum obseruati, suo loco reposui, vt ei, qui in corpore iuris euoluendo paulisper se exercuit, statim in promtu esset competente loco ac libro scisciatari, vtrum eadem vel similis, quam anxius quærit, decisio reperiatur, prorsus ac *Tom. II.* factum, in quo idem materiarum ordo seruatus, cuius vtilitatem dudum commendarunt meditationes ILL. LEYSERI, et indices generales decisionibus MEVIANIS, ac obseruationibus WERNHERIANIS subiecti. Reliqua fragmenta, quorum quædam ex aliis iuris partibus vtilissima mihi visa, tametsi pauciora essent, ob dignitatem thematum et obseruationum elegantiam per modum *appendicis* in fine subieci. Quumque vota B. PARENTIS posthabere mihi nefas visum, *selectiora* tantum, et quæ vsum *pragmaticum* continebant, collegi, reiectis quam plurimis, quæ aut ob *vulgaria* & quotidie obuia themata, aut ob rationes decidendi ex solis *facti* circumstantiis desumtas, parum aut nihil in foro proficere possunt. In *thematibus* extrahendis eadem methodo incessi, quam Tomi priores præ se ferunt, ita, vt non tantum in responsis ad varias quæstiones compositis, verum etiam in decisionibus *multiplicia* argumenta elaborationibus præmiserim. Imprimis in *indice* adornando omnem nauaui operam, vt eum vsui *quotidiano* aptiorem redderem. Quem in finem eundem, quantum fieri potuit, specialissimum et *locupletissimum* esse curaui, et quod plerumque negligitur, propositiones, *materiæ* magis, quam *verborum* ratione habita, in locum competentem, ad quem in euoluendo recurrere primario solemus, reieci, ceu ex rubrica *Remedium ex l. f. C. de edict. D. Hadr. toll.* apparebit, cui omnia subiuncta, quæ ex huius indole fluunt, quantumuis alias ad rubricam *testamenti*, *vitii visibilis*, *legitimi contradictoris*, referri potuissent. Nihilo secius tamen propositiones, quarum locus competens mihi *ambiguus* visus, bis vel ter repetitas *variis* titulis inserui, et in fronte rubricæ lectorem ad connexos remisi, modo vt in euoluendis rerum argumentis vnumquemque subleuarem. Etsi vero ab initio integrum opus vna cum *indice* vno volumine absoluere

publi-

publicique iuris facere ſperaueram; voto tamen non reſpondit euentus, ex quo idem nimiæ molis, vſuique quotidiano minus aptum fore perſpexi. Qua de cauſa conſilium mutaui, et annuente bibliopola ſatius duxi, ſyntagma hoc reſiduum in duo volumina diuidere, *primumque* his nundinis emittere, quam exſpectatione amicorum diutius abuti, et volumen *monſtroſum* iis obtrudere. Solus *index*, et, quæ illi cohæret, libri vtilitas, me ancipitem tenuerunt, quid eſſet capiendum conſilii, maxime quum iam *priorem partem Tomi III.* hoc defectu laborare, et nonnullos eapropter murmuraſſe nouerim. Sed quia parua mora nulla mora, et bibliopolam editionem *alterius voluminis* vna cum *indice* ad *tres partes Tomi tertii* conſarcinato propediem promoturum eſſe, non ſine ratione perſuaſus ſum, rectius in propoſito, quod iam exſequor, acquieſcendum eſſe duxi. Saltim intra *anni* ſpatium fidem me liberaturum eſſe, eo magis et confidentius ſpondeo, quo minus ego, poſt iam abſolutum cum in adornandis conſiliis, tum in conficiendo indice, laborem priuatum, expeditioni moram iniicere neceſſe habeo, adeoque omnia a typographi diligentia et agilitate prorſus dependent.

§. IV.

SICCINE, B. L. reddita de laboribus meis ratione, te dimitterem? Fallor, aut ex decoro ſeculi in morem abiit præfari nonnulla, et qualicunque oratione volumina, publico vſui conſecranda, commendare. Quem ne in præſentiarum neglexiſſe videar, periculum faciam, vtrum aliquod argumentum meditatione dignum, operique conueniens, eruere, et in memoriam venerandæ antiquitatis nonnulla conſcribere poſſim. Viam ea in re ſternere iam cœpit B. PARENS, qui, dum *de veteri in LATIO vſitato more reſpondendi de iure* ad *Tom. I.* præfatus eſt, ipſo facto mihi anſam dedit, meditationes ad *conſultationes et prouocationes*, *quibus maiores noſtri in GERMANIA curiis ſuperioribus*, *denen Ober-Höfen*, *ſeſe manciparunt*, *ſententiasque ab his velut oraculis petierunt*, dirigendi. Qua in re vt rite incedam, operæ pretium erit, ad prima,

quorum monumenta superſunt, tempora deſcendere, et ex modo *conſultandi* in iudiciis vetuſto tum ſub republica *libera*, tum ſub imperio *Francorum*, in reliquias huius moris, ſententias a *peritioribus* repetendi, breuibus inquirere. Maiore autem apparatu circa tempora *medii ævi* hærebo, oſtenſurus *occaſiones* ſuſcepti ad *certas* curias recurſus, *indolem*, *auctoritatem*, *vicisſitudines*, *abolitionem*, et quæ alias circa negotia ad illas deuoluta, nec non quæ circa *celebriores* curias in ſpecie *notabilia* occurrunt. Sic enim hoc thema, quod dignitate et amoenitate ſatis ſe commendat, me exhauſturum maiori ſucceſſu confido, quam quo illud pertractauit, et lèui, vt aiunt, brachio expoſuit HARPRECHT. b) Et licet longe *ſolidiora* ſint, quæ hanc in rem meditatus eſt V. C. BVDER: c) limites tamen libelli non permiſerunt, vt vir eruditus latius ſe diffunderet.

§. V.

CONSILIA petere, et ſciſcitari, quid ad res agendas proficuum fuerit, vetus in Germania eſt conſuetudo. De VELLEDA, in rebus magni momenti conſulta, teſtis eſt TACITVS, d) et quæ de *mulieribus fatidicis* dici poſſunt, docte complexus eſt KEYSLERVS. e) Plerumque *futura* contingentia, et ſomniorum interpretationes ex iis quærebant maiores, rarior aut nullus ad eas recurſus in cauſis *mores* et conſuetudines concernentibus. Licet enim in rebus *magni momenti* a conſiliis earum recedere ſibi religioni ducerent; tamen ad *ſententias* in cauſis *iuſtitiæ* quærendas earum habitam fuiſſe rationem, nec vola, nec veſtigium occurrit, ſiue quod *virilis* officii id eſſe duxerint, ſiue quod deciſiones litium tanti non habuerint, vt *oraculis* flexiloquis opus eſſet.

§. VI.

MAIOR circa æqui bonique definitionem pro *ſacerdotibus* viris militat veriſimilitudinis ratio. De his enim ſcri-

b) *Diſſ. de curiis ſuperioribus.* c) *in program. de conſil. et reſponſ. prud. German. med. ævi*, quod adiectum *diſſertationi de vſu interrogationum apud Germanos.*
d) *Hiſtor. L. IV. c. 61.* e) *de mulier. fatidic. vet. Celt.*

scribit SCHVRZFLEISCH: f) *Vt sacrorum auctores et ceremoniarum antistites fuere DRVIDES; sic res omnes imperiumque suæ gentis religione contineri existimarunt, nec minus in sacerdotiis, quam in reipublicæ negotiis versati sunt, atque in dirimendis populi litibus et administrandis patriæ iudiciis, componendisque etiam bellis permagnam, et prope regiam auctoritatem habuerunt.* Quæ si vera sunt, tanto magis ex eorum responsis pependisse causarum *forensium* decisiones videntur, quanto minus dubitandum, quin Germani habuerint suos *ordinarios* iudices, qui in pagis ius reddebant, et in soluendis intricatissimis nodis sæpe sese exercere tenebantur, adeo, vt, si *sacerdotum* cum *iudiciis* vllus nexus ac concursus fuit, propior, quam qui in *consultando* et *respondendo de iure* collocatur, et salua iudicum potestate subsistit, fingi vix possit. Neque etiam ego negauerim, iudices tantum non omnes ad hocce asylum recurrisse, et *rarius* suopte ingenio lites diremisse. Tantum tamen abest, vt ideo sacerdotes in classem merorum *iurisperitorum* relegarem, vt potius multo maiorem auctoritatem, et talem quidem, quam ipsa *iurisdictio* continet, simul ipsis propriam fuisse, h. e. *concurrentem* eos *iurisdictionem* exercuisse, persuasus sim. Quid enim *animaduersio et verberatio*, quid *silentii impositio* cum *iure coercendi*, iis a TACITO g) asserta, aliud euincit, quam quod idea *iurisdictionis* immediatæ præ se fert? Taceo, ambitum *auctoritatis*, quem scriptores coæui tantopere extollunt, multo illustriorem fore, si illis simul *ius dicendi* in causis ciuilibus et criminalibus facultatem vindicauerim, quæ maioris efficaciæ est, quam nuda *de iure respondendi* potestas. Neque luxuriari mihi videor, si augustam hanc potestatem cum iure *prohibendi* coniunctam fuisse dixerim, ita, vt nec *concilio*, nec *comitibus*, nisi in causis *vltro* a sacerdotibus neglectis, *iudiciaria* potestas remanserit. Vix enim veri speciem habet, quod de restricta sacerdotum ad tempus *belli* potestate, multo minus, quod

f) *de Druidib. §. VI.*
g) *de mor. Germ. C. VII. XI.*

de eorum simplici *lictorum* officio perhibent nonnulli, quibus egomet ipse olim dicam scripsi. h)

§. VII.

QVAMDIV hæc sacerdotum præeminentia in iudiciis durauerit, et an sub *regibus Francorum* primæ vel secundæ stirpis eadem fuerit, vel inde dubium est, quia monumenta eorum temporum hac in re aut sterilia, aut certe *obscura* sunt; præterea *iudicia* ex indigesta mole, et pristina misera compositione pedetentim, imprimis sub Carolingis, in *meliorem* formam coaluerunt, vt eorum exercitium nemo nisi *Missus Regius* turbare potuerit. Neque tamen propterea negauerim, multum etiam hac periodo valuisse *sacerdotum* decreta, nec prorsus incognitas eorum *consultationes* fuisse. Vt enim, quæ HACHENBERG i) de æstimatione *Flaminum* et auctoritate *Hildegasti* pontificis sub gentilismo refert, omittam, de sacerdotibus sub *christianismo* tralatitium est, nihil omnino, quod *magni momenti* visum, suscepisse maiores, in quo auctoritas et consilium eorum non primas tenuisset. De *legum* latione et *administratione* reipublicæ, res confecta est. Quid ergo prohibet idem de re *iudiciaria* defendere? maxime quum sacerdotes in *consilio* fuisse, ex *capitularibus* dudum docuerit HEINECCIVS. k)

§. VIII.

SIT, VT SIT, mihi *vestigium* aliquod, licet quodammodo obscurum, allegasse sufficit, quo vetustas *consultationis* iudiciariæ illustrari potest. Propius scopo præsenti erit, consilia prudentum Germaniæ in sensu *proprio*, et quatenus a *distincto* officio, non a *iurisdictione* ordinaria pendent, examinare. Hoc enim velut fundamenti loco præmittendum, nihil mihi cum *iudiciaria* potestate *ordinaria* eique connexa *sententiæ* latione, quæ ad interrogationem iudicis ab assessoribus semper inueniebatur, commune esse, sed me vnice circa sententias, *extra* consessum

h) *Diss. de honestat. execut. pœnar. capital. C. II. §. VIII.*
i) *German. med. diss. I. §. XXXIII.*
k) *Elem. iur. Germ. Tom. II. L. III. §. CCLXXI.*

sessum ordinarium a personis *peritiæ* singularis laude conspicuis, ipsum iudicium tamen non constituentibus, suggestas, hærere. Eius rei institutum vero sub *Carolingis* inuenisse mihi videor. Videlicet *Centenarii*, pedetentim *Scabini*, *Thungini*, *Rathimburgi* dicti, secundum ordinem iudiciarium, tum determinatum, in causis ciuilibus et criminalibus sententiam *dictabant*, vel secundum ius consuetudinarium *inueniebant*, sed habebant a latere viros *sapientes* et peritia inolitarum consuetudinum celebres, ad quos, si ob *dignitatem* causæ, vel *perplexam* morum indolem opus esset, recurrere possent, quandoquidem comites æque ac scabini magis *militiæ*, quam rei *iudiciariæ* periti erant, vt recte iudicat HEINECCIVS. l) Vocabantur nonnunquam *Sacebarones* in *LL. Sal.* m) rectius et plerumque *Sachibarones*, verbo compositio e voce *Sache*, causa, et *bar*, aptus, quasi viri ad decidendas causas destinati, eadem prorsus formula, ac *Schöppenbar*, *Mannbar*, ad similem aptitudinem refertur, teste SAGITTARIO. n) *Saiones* illos vocat charta apud BALVZIVM, o) *Senatores* vero *glossa* ad *L. Sal.* cum PITHOEO, p) habita ratione muneris, quod in senatu tanta cum auctoritate obibant, vt ab eorum responsis *discedere* iudicibus nefas esset. Id enim testatur *L. Sal.* q) quæ forsan occasionem dedisse videtur fabulæ, quam auctor *Weichbildi* refert, quasi scabinorum Hallensium sententiæ alio modo infringi non potuerint, præterquam *appellatione* ad palatium summum. *Proximum* eorum munus officio *scabinorum*, seu quod idem est, *Rathimburgorum:* at *diuersissimum* tamen, quandoquidem hi sententiam *subscribebant*, et *septenarium* ordinarie numerum constituebant; illi non subscribebant, imo numero pauciores, nec non *dignitate* Comiti proximi erant, ceu docuit BRVMMER. r) Vnde turpiter lapsus est MEINDERS, s) qui, quos *Longobardis* vindicauit Sagibarones, *Saxonibus* Rathinburgos fuisse existimat, et sic reuera eorum cum scabinis

 offici-

l) *c. l. §. XIX. in not.* m) *Tit. LVI.* n) *In antiq. gent. Touring. L. I. C. III. p. XX.*
o) *T. II. capitular. p. 1490.* p) *in Gloss. ad L. Sal. apud* BALVZ. *c. l. p. 700*
q) *Tit. LVII. §. IV.* r) *de scabin. C. V. §. X.* s) *de iudic. centenar. C. IV. §. XLI.*
Boehm. Conf. Tom. III. P. II.

officium *commune* facit. Rectius ad eos pertinet appellatio *bonorum*, item *veriorum hominum*, cuius frequenter fit mentio, veluti in charta CONRADI *anno MXLV.* apud MABILLON, t) aliisque monumentis, quæ exhibet ECCARD. u) Iunguntur enim sæpe comitibus, ac scabinis, veluti in formula pronunciandi apud *du* FRESNE: x) *Nos Comes cum præfatis iudicibus, et bonis hominibus*, similibusque monumentis apud BALVZIVM. y) Præterea eos *in iudicio resedisse*, z) et *audito eorum consilio* sententiam latam, reperimus apud EVNDEM, a) certo indicio, eos non tantum commune cum *Sagibaronibus* officium subiisse, verum, quod antea iam monui, a scabinis vel Rathimburgis *distinctos* fuisse. Breuibus: Sagibarones magis de *iure* respondebant, *facti* quæstione iudicibus ac scabinis relicta.

§. IX.

TAM BENE ordinata fuere iudicia æuo *Carolingorum*, vt quilibet æqui bonique sententiam, si omnia ordine fierent, sibi promittere posset. Ex quo autem, exstincto stemmate Carolingico, eorum forma vna cum auctoritate capitularium concidit, quotidie in peius ruere cœperunt iudicia, neglectis personis *sapientia* pariter ac prudentia conspicuis, solisque scabinis, iisque *rudibus*, et ex *plebe* cooptatis, sententias dictantibus, quod imprimis in Saxonia inferiore et Westphalia factum esse, conqueritur ERDWINVS ERDMANNVS. b) Vmbram tamen *Sagibaronum*, aut *bonorum hominum* adhuc imprimis in *Westphalia* præbent *adstantes*, h. e. singuli patres familias alicuius pagi, vel centenæ, qui in placito per modum *comitiorum* coacto præsentes erant, vulgo *Chorgenossene*; *Dingpflichtige*; *der Umstandt*. Licet enim, eos per modum *regulæ* votum in concipiendis sententiis haud habuisse, sed *scabinis* semper contradistinctos fuisse, THOMASIO

t) *T. I. anal. Ordin. Bened. p. 488.* u) *ad LL. Sal.*
x) *Gloss. latin. tom. I. p. 583.* y) *Tom. II. capitul. p. 1394.* z) *ibid. p. 1490.*
a) *ibid. p. 1540.* b) *Chronic. Osnabr. apud* MEIBOM. *script. rer. Germ. p. 198.*

MASIO c) non inuitus concesserim: eosdem tamen propterea ab omni *consultatiuo* ad inueniendam sententiam concursu excludere velle, si non temerarium est, certe fidei chartarum, quas exhibent DATTIVS d) et MEINDERS, e) repugnat. Propria omnino et officio annexa fuit scabinis sententiæ *latio*, *inuentio*, *dictamen;* nec tamen repugnat in re trepida vel intricata recursus ad integrum iudicii *circulum*. Quantum enim sibi cauerint iudices a *præcipiti* sententia, et quo ardore *scrupulosis* cogitationibus succurrere studuerint, docet frequens mentio *der Stellung des Urthels auf einen rechten echten Schöpfen und eine Folge des Umstandes*, ex schedis a citatis auctoribus probata. Vi huius exibat scabinus e iudicio, vna cum ceteris collegis, propositaque *adstantibus* animi sui sententia, suffragia eorum colligebat: tum si in *vnum* omnes conspirarent, denuo intrabant circulum, præeunte scabino, decisumque ex voto omnium pronunciante. Habes itaque *speciem* consultationis extraordinariæ, personas ab ordinario iudicio *diuersas*, subleuationem scabinorum, sententias concluso accommodatas, moremque priori *simillimum*, præterquam quod hic non tam *peritiæ* et lectarum personarum, quam *turbæ* inconditæ, *numerique* suffragiorum habita fuerit ratio.

§. X.

ATQVE hæc quidem pertinent ad consultationes, quamdiu iudicia *ruri* exercebantur, vsitatas, quod olim *vbique*, postea *statis* temporibus in iudiciis prouincialibus factum, alicubi tamen ex more veteri, veluti in Westphalia, diu obtinuit, ceu magno eruditionis apparatu non ita pridem docuit collega coniunctissimus, IOAN. CHRISTOPH. PESLERVS. f) Pleniorem earum vsum ea suppeditant tempora, quibus iudicia e *campo* in curiam *ciuitatum* translata, erectis *scabinagiis* cooptatisque personis *iuri dicundo* sese prorsus mancipantibus. Sicuti

c) *de ort. et progr. iudic. Westphalicor. p. 72.*
d) *de P. P. L. IV. c. V.* e) *de iudic. centen. c. l. §. XXXVIII.*
f) *In opusc. de Bodding. et Lodding. iudic. Germ. §. IX.*

enim hæ peculiarem iuris peritiam affectantes de iure respondere, ac sententias in aliorum gratiam concipere cœperunt: ita pedetentim tantam *auctoritatem* sibi acquisiverunt, vt vndequaque ad eas susciperetur recursus, et *responsa* earum velut *oracula* obseruarentur. Primum certis numeroque *paucioribus* scabinatibus id fatum concessit, vt iuris consuetudinarii peritia pollere crederentur: mox tamen aliis *commune* factum, ex quo vna ciuitas alteram *legibus* suis ornare, et ob fiduciam iurisprudentiæ *patriæ* in suggerendo eo, quod iustum esset, sese exercere solebat, adeo vt tandem in *artem* abiisse videretur mos *de iure respondendi*. Interim aliis *plus*, aliis *minus* fortuna fauit, prout nominis celebritate vna ciuitas alteram vicit, quod ex *variis* causis infra tangendis contigisse nouimus. Fœcundissima inter alia fuerunt scabinagia *Saxonica*, quorum exemplo reliqua quasi nata et excitata, vt eorum assessores pedetentim operam suam non inuiti commodarent publico, et tandem obfirmarent morem in Germania fere vniuersalem, *consilia* petentibus suggerendi, vel *sententias* in vsum interrogantium concipiendi. Rem extra omnem dubitationis aleam ponunt tot vetustæ *scabinorum Magdeburgicorum* sententiæ, *speculo Saxonico* subiunctæ, nec non quæ de *Lubecensium* aliorumque scabinorum responsis, infra speciatim enarrandis, ad manus sunt documenta, e quorum collatione, quantum vna ciuitas præ altera præstiterit, omnesque certatim in efformanda iurisprudentia *Germanica* laborauerint, patebit. Ne *principes* quidem, nedum *priuatos*, pœnituit, ad hoc asylum confugere in re obscura. De illis ad manus est charta PHILIPPI *Archiepiscopi Colon. anno MCLXIX.* apud LVNIG. g) Dum enim de limitibus iurisdictionis *Burggrauio* et *Aduocato* competentis contentio erat, nullum expeditius remedium conquirere sibi videbatur Archiepiscopus, quam vt definitionem *scabinis* ciuitatis *Colonienſis* committeret. Ita enim ille: ---- *Nos tandem, quia de iudicio huiusmodi non constitit, habito fidelium*

g) *Spicileg. eccles. contin. T. I. p. 333.*

lium noſtrorum prædictorum conſilio, vocari fecimus magiſtros ciuium et ſcabinos noſtros Colonienſes ac officiatos de Richer Zeggede, et iurari fecimus eosdem, cum iura ciuitatis Colonienſis eis eſſent agnita, ---- quid de huiusmodi iudicio ſentirent vel ſcirent, nos inſtruere vellent, qui inter ſe habito conſilio etc. Caue tamen credas, ſcabinagia ſolis *conſultationibus* vacaſſe, aut operam tantum ſententiis ad interrogationes *forenſium* accommodaſſe. Tantum enim abeſt, vt hoc primarium eorum officium fuerit, vt potius ſuorum ciuium *ordinarii* iudices eſſent, interim ob præſumtam æqui bonique peritiam *extraneis* quærentibus ius ſuggererent. Ita dum de *Hallenſibus ſcabinis* agit, recte ratiocinatur OCKEL, h) iisque duplex officium vindicat, vnum, *quatenus ICti ad id conſtituti, vt conſulentibus de iure reſponderent:* alterum, *quatenus aſſeſſores dicaſterii iudiciarii et Burggrauiatus ſcabini eraut.*

§. XI.

QVAE ſi vera ſunt, vti omnino ſunt, quis ſub vlla veritatis ſpecie ſuſtinebit, hiſce oraculis, ſiue quoad *cauſas* definiendas, ſiue quoad *modum* pronunciandi, vllos aut alios *limites* poſitos fuiſſe, quam quales indoles *ſtatutorum*, quorum ſe interpretes profitebantur, poſtulabat, aut quis non *pleniſſimam* arbitrandi in quibuscunque litibus vindicabit iis facultatem? Si ex *priuilegiis* principum, hunc recurſum ſtabilientibus, imo ex rebus *facti* iudicandum, alia ſententia vix exſpectanda. Quotquot ſe his curiis mancipauerant, eas velut oracula venerabantur, vna cum omnigenæ eruditionis opinione, nihil omnino in ſtatutis ac moribus reconditum, nullumque iuris *ænigma* ſupereſſe rati, quod ab iis ſolui non poſſet. De quo itaque ſcabini interrogati, de eo reſpondebant, ac ſententias ferebant, idque tanto maiore alacritate, quanto pleniorem eſſe forenſium fiduciam ac exſpectationem ſciebant. Non tantum ſi de *pœna* delicti vin-

h) *de palat. reg. ſeu ſcabinat. Hallenſ. p.149.*

vindice, verum etiam si de *nuptiis*, *successionibus*, aliisque *ciuilibus* quæstionibus lis erat, eorum responsa forum implebant, sæpius tamen et plerumque, vbi maleficia patrata, quum iudicia Germanica maximam partem circa causas *criminales* occupata, pauca vero legum *ciuilium* obiecta fuisse, aliunde notum sit. hh) Nominatim *vtriusque* causæ in nonnullis chartis, quarum supra spicilegium dedi, mentio fit, sæpe de recursu *indefinite* differitur, et is ad causas *difficiliores* restringitur. Recentissimum de causis criminalibus exemplum nobis exhibet *Constitutio criminalis Carolina*. i) Quis vero crederet, eos extra causas *litigiosas* consuli sueuisse, quoties, quid adornandum esset, quærentibus non constaret? Notabilia sunt, quæ circa statum *publicum* constituendum, et *regimen* ciuitatis rite formandum Culmenses Magdeburgensibus scabinis proposuerunt, ad definiendum, vtrum *vrbibus* sine consensu Ordinis Magistri placita *Willkühr* condere liceat, ceu ex codice MSCto Wallenrodiano refert HARTKNOCH. k)

§. XII.

QVO *tempore* mos iste, sententias ac responsa de iure a collegiis scabinorum petendi et obtinendi, inualuerit, in obscuro positum est, monumentis rerum gestarum aut deperditis, aut ergastulo cœnobiorum adhuc inclusis, aut a scriptoribus memoriæ mandari neglectis. Si CONRINGIO l) fides habenda, paulo serius id institutum innotuisse oportet. Dum enim de *Hallensi* et *Magdeburgensi* scabinatibus, quos inter priores caput extulisse nouimus, agit, eos non multo ante *seculum XIV.* innotuisse perhibet. Verum humani quid ea in re passum esse virum eruditum, variis argumentis probari potest facillime. Vt enim taceam, eundem sibi non constare, dum e *Polonia* Hallas et Magdeburgum vsque ad *annum MCCCLVI.* frequenter prouocatum fuisse testatur, et

hh) Vid. Cl. KRESS. *diss. de var. iurisd. Germ. gener. C. II. §. II.* i) *Art. CCXIX.*
k) *de reb. Boruss. diss. XVII. §. XIII.* l) *de orig. iur. Germ. C. XXIX.*

et hoc ipso *anteriora* tempora, semiseculo vix includenda, huic mori conuenientissima agnoscere cogitur; *vetustatem* extra controuersiam ponit charta OTTONIS *Marchionis* apud SCHNEIDERVM, m) qua *Lipsiensem* ciuitatem *sub Hallensi iure anno MCLXXXII.* fundavit, nec non charta PHILIPPI *Comitis Flandriæ anno MCLXXXVIII.* apud MYRAEVM, n) vbi is *ciuitatem Ochrienſem ad legem Duacensis* formauit. Vtrinque enim fundamentum emicat, a quo maxima ex parte mos consultandi, et imprimis eas ciuitates adeundi, a quibus ius *mutuatum*, dependit. Praeterea in promtu sunt testimonia *seculi XIII.* de auctoritate scabinatuum in respondendo, tanquam instituto non nudius tertius, sed *dudum* inuecto. Tale continet scheda *anni MCCLXXX.* apud GRVPEN, o) in qua *senatus Mindensis* fidem facit, *quod ciues de Hannouere omne ius ciuitatis AB ANTIQVISSIMIS TEMPORIBVS vsque in hodiernum diem de sua ciuitate requirere et accipere consueuerunt.* Cui respondet priuilegium IOANNIS *Ducis anni MCCLXXXIII.* ciuibus Hannoueranis eam in rem datum, in quo ius istud a *PROGENITORIBVS* indultum memoratur apud EVNDEM. p) In eundem modum ALBERTVS *Landgrauius* in charta *anni MCCLXI.* apud PAVLINVM q) ad *vetustatem* prouocat in verbis: *Omnes aliæ nostræ ciuitates ---- EX ANTIQVO iura sua requirant apud ciues nostros de Yſenac.* Similia intuitu iuris Magdeburgici *Wratislauiensibus* dati habes in charta *anni MCCLXIX.* apud *de* FRIDENBERG, r) qua scabini Magdeburgenses protestantur: *ciuitatem Wratislauiensem LONGAEVO TEMPORE, CVIVS MEMORIA APVD NVNC VIVENTES NON EXTAT, iuri oppidano Magdeburgensi fuisse subiectam: ita videlicet, quandocunque ambiguitatis quid super iure Magdeburgensi vel inter ciues Wratislauiensis ciuitatis exortum fuerat, recurrendo ad nostram ciuita-*

m) *Chron. Lipsiens. L. III. p. 88.* n) *oper. dipl. T. I. p. 719.*
o) *Discept. forens. p. 753.* p) *c. l.* q) *Anal. Isenac. p. 559.*
r) *de Silef. iurib. C. VI. §. X. p. 124.*

tem, definitiuam ſententiam ab anteceſſoribus noſtris et a nobis hucusque obtinebant, atque inter varias noſtras iuris ſententias ipſis OLIM datas et transſcriptas dedimus etiam ipſis ius noſtræ ciuitatis etc. Hinc vero recte mihi inferre videor, conſuetudinem, de qua ſermo eſt, multo antiquiorem fuiſſe, ipſum ſeculum XIII. excedere, et iam ſeculo XII. viguiſſe.

§. XIII.

QVANDOQVIDEM vero *iudicia* Germanica ſingula ſub medii æui temporibus certis perſonis inſtructa, et ſua cuique *iurisdictio* aſſignata, quam violare aut debilitare nefas maioribus viſum; præterea monumenta vetera *ſubordinationes* certas definiunt, ac prouocationem a *ſculteto* ad iudicem *ordinarium*, ab hoc vero ad *Regem* indulgent, s) operæ pretium erit, in *cauſas* inquirere, ob quas iſtum *ordinem* tantopere turbare, et ab oraculis *ſcabinatuum* potius pendere maluerint cum iudices, tum partes litigantes. Eas tanto illuſtriores et fortiores fuiſſe oportet, ſi recurſum *extra territorium*, ſæpe ad loca *remotiſſima*, et quod primo loco notari meretur, prætermiſſo territorii *principe*, ſuſceptum perpendo. Vti enim poſterius temeritatis notam vix effugit; ita euocationes *forenſium* paſſim cum leges tum priuilegia Imperatorum deteſtantur. Tale intuitu ciuitatis *Lipſienſis anni MCCXVI.* habet *du* MONT, t) intuitu *Vredeland anni MCCXCVIII.* MATTHAEI. u) Similia refert CHRISTOPH IO. CONRADI ENGELBRECHT, x) quæ ſigillatim et coniunctim ad impediendam confuſionem iudiciorum *limitumque* ipſis præſcriptorum tendunt, adeoque non leue dubium huic inſtituto obiiciunt. Videamus itaque de ſingulis *cauſis*, quibus hæc omnia cedere debuerunt. Prima omnium merito in deploranda plerorumque iudiciorum *conditione* et ſtructura *interna* quærenda, dum in numerum vulgarium ſcabinorum, quos olim

s) *Ius prou. Saxon. L. II. art. XII. Ius prou. Sueu. cap. CVII. §. I. III. Weichb. art. XVII.*
t) *Cod. diplom. T. II. p. 156.* u) *de iure glad. c. XVII.*
x) *de ſeruit. iur. publ. S. II. §. XII. lit. g.*

olim *inculpatæ* vitæ et *peritiæ* ſingularis eſſe oportebat, pedetentim cooptati homines ex *infima* fece plebis, in arte iudicandi *rudes*, *agreſtes*, et *militares* magis, quam ad *componendas* cauſas litigioſas nati. Res eſt ſatis cognita, vt operoſa probatione ſuperſedere poſſim. Vt omnia alia prætermittam, ex ipſa *Ordinatione criminali Carolina* diſcimus, qualia *ignorantiæ* opprobria CAROLVS V. ſcabinis obiecerit, quum eos modo *Leute, die der Rechte nicht gelernet haben*, y) modo *den gemeinen Mann, dem die Rechte nicht begreiflich zu machen*, z) modo *einfältige Leute* a) vocauerit. Et quem fugit *ſtupiditatis* imputatio, ab *Epiſcopo Bambergenſi* in præfatione ſuæ *ordinationis criminalis* aſſeſſoribus iudiciorum obiecta, denique character ſcabinorum, *theils Handwercks-Leute, Krähmer und andere ſchlechte und derer Rechte unerfahrene*, quem habes in *Deduct. Brandenburgica contra civit. Heruord?* b) Quo corruptior itaque iudiciorum ſtatus hiſce temporibus, non obſtantibus variis *reformationibus*, erat; eo peiorem eundem *retro* fuiſſe augurari licet, craſſa *ignorantia*, velut matre multorum malorum, iuſtitiæ regulas fœda *corruptione* inquinante, hominesque officio impares de propria imbecillitate admonente. Quid ergo mirum, ſi communi quaſi *neceſſitate* adacti in his, quæ ſuopte ingenio definire non audebant, peritiorum, quibus *famæ* celebritas ſuffragabatur, implorarent auxilium, ſententiasque vel *vltro*, vel indulgentibus *ſuperioribus*, aliis committere, et propriæ imbecillitatis opprobrium ſubire mallent? Vtrisque enim hæc cauſſa communis erat: *iudicibus*, quos conſcientia recti commouebat; *ſuperioribus*, qui finem in iuri dicundo alia via ſe non conſecuturos perſpiciebant, niſi aut indulgerent *priuilegiis* ea propter dudum conceſſis, aut præciperent *ſententiarum* ab extraneis *requiſitionem*; quod poſterius conſilium nominatim in cauſis criminalibus probauit ipſa *Ordinatio criminalis*. c)

y) *Art. CXXXVIII.* z) *Art. CXLVI.*
a) *Art. CL.* b) *p. 128.* c) *Art. CCXIX.*

§. XIV.

IGNORANTIAM ipsa *conditio* iurisprudentiæ Germanicæ alebat, quæ solis *consuetudinibus* constabat, legibus definitis ac scriptis vel plane non exstantibus, vel ad *paucissimas* regulas redactis, quarum quælibet *interpretem* desiderabat. Est hic rerum publicarum non vltimus næuus, quoties, sufficientibus subsidiis destituti, quo se in decidendis causis vertant, nesciunt, et omnia ad *mores*, quos *vicissitudo*, *incertitudo* et *malitia* ciuium turbare pariter ac corrumpere solet, exigere coguntur iudices. Quantopere hocce vitium rempublicam Romanam nascentem afflixerit, ipsa historia *LL. XII. Tabb.* docet. Ea in re Germani passim cum Romanis fata communia habuerunt, et sicuti hi ideo leges *Athenis* petebant, ac prudentibus hoc officium dabant, vt, quid in rebus *perplexis* sibi liqueret, responderent: ita non multo dissimili instituto Germanorum quælibet ciuitas medio æuo leges *foras* conquisiuit, et certis *oraculis* interpretationem vsu exigente et ex humanis necessitatibus commisit.

§. XV.

ACCEDEBAT noua corruptela, quam *turbulenta* et perpetuis bellis inuoluta *tempora* produxerunt, ac quo minus penitiorem curam iudiciorum haberent *superiores*, impediuerunt. Peperit hæc bellorum *priuatorum* licentiam: quidni influxum in *iudicia*, quæ ob *diffidationes* vix vmbram retinuerant, habuisset? Nec imperatores nec regionum domini ob *absentiam* vel *impotentiam* ea pollebant auctoritate, vt priuatos, nedum iudices, in officio continerent. Satius videbatur, iudicia derelinquere, et *tempori* inseruire, quam de propria securitate periclitari. Hinc larga occasio scabinis oblata, non tantum *normas* agendi pro lubitu fingendi, verum etiam, quid sibi *conueniens* vbique videbatur, in iustitiæ administratione suscipiendi, adeoque et *sententias* modo a vicinis, modo ab aliis peritioribus repetendi. Et qui principes

cipes de appellatione *per saltum* vel *inordinato* recursu queri potuerunt, quorum *sec. XIII.* et sequentibus nondum efformata erat *superioritas territorialis*, nec res *iudiciaria* rite ac sufficienter instructa, multo minus tanta in *ciuitates* ac eorum magistratus auctoritas, vt ipsis limites ponere auderent? Indulgebant itaque prouocationibus, licet *inordinatis*, at *validis*, ad præcauendum, ne inscitia iudicum ordinariorum fraudi esset ciuibus, et sub prætextu *iuris* summa inferretur *iniuria*, maxime quum *speciem* iustitiæ et candoris præ se ferrent, ad quas recurrere moris erat, curiæ.

§. XVI.

EADEM, quam modo proposui, persuasio nouam causam sustinendi recursum produxit, quæ tanto maiore attentione digna, quanto arctius cum *certis* curiis iudicia in quærendis sententiis coniunxit, quum reliquæ causæ ad morem consultandi *in genere* pertineant, nec ad subiectionem intuitu *certarum* curiarum eruendam pertingant. Intelligo morem, quo in Germania *iura* vnius ciuitatis cum aliis *communicare*, eorumque vsum alibi introducere solenne fuit, siue quod *morum*, quibus regebatur Germania, diuersitas et *inconstantia* id suadebat, siue quod *fama* ac celebritas certorum *statutorum* plures ciuitates excitabat ad illa inter suos ciues recipienda. Factum hoc nonnunquam ex *conniuentia* superiorum, qui *magistratibus* semel curam ciuitatum commiserunt, plerumque tamen sub speciali *priuilegio* et vmbra *beneficii*, vt eo maius robur instituto accederet, ceu pluribus exemplis illustrauit GRVPEN. d) Inde frequens mentio in chartis clausulæ, *sub iure Magdeburgico*, *Lubecensi* etc. *ciuitatem fundare*, vulgo *die Stadt mit Lübischen Recht bewidmen*, vti ex speciebus §. *XII.* relatis apparet. Hoc semel in ciuitate quadam admisso, conuenientissimum videbatur, causarum decisiones ab iis, a quibus velut *matricibus* iura mutuata, repetere, easque in quæstionibus salebrosis arbitros constituere, quasi a nemine quam ipsis

 iuris

d) *cit. l. p. 750.*

iuris *architectis* genuina interpretatio exſpectari poſſet. Quid? quod principes *priuilegia* ad vtrumque caput direxerunt, et præter conceſſionem *iuris forenſis* ſimul *recurſum* ad illas curias ſpecialiter magiſtratibus ſuis indulſerunt, cuius rei documenta exſtant apud GRVPEN e) quam plurima, vt mirari non ſubeat, qui factum ſit, vt ex alieno ore pendere maluerint iudices, et certatim *curiis certis* ciuium ſuorum lites ſubiecerint. Poſſem etiam ſpeciem *arbitrii* maioribus admodum familiaris in hac conſultandi conſuetudine pedetentim inuecta quærere cum CONRINGIO, f) maxime quum *fœderatarum* ciuitatum hunc morem fuiſſe conſtet, vt alterutri deciſio per modum *compromiſſi* committeretur, ceu de *Helmſtadio* auctor eſt MEIBOMIVS. g) Sed vereor, ne in fallaciam non cauſæ vt cauſæ incidam, aut argumento mere *particulari* nimis confidam, quod nec ad conſultationem *iudicum*, nec ad *alterutrius* litigantium prouocationem, ſed eam tantum, quæ *mutuo* conſenſu fit, pertinet.

§. XVII.

ATQVE hæ quidem cauſæ vel *omnibus* ciuitatibus vel *plerisque* ſunt communes pro fundanda præſente, de qua quæro, conſuetudine, et firmanda exteris de iure reſpondendi facultate. Quandoquidem vero auctoritas et frequentia reſpondendi non omnium ſcabinatuum eadem fuit, ſed alii modo *plures*, modo *pauciores* clientes ſibi obſtrinxerunt, proprias et peculiares præterea rationes maiores commouiſſe oportet, arceſſendi extra territorii fines conſilia prudentum, et quaſi ex compacto *certo* ſcabinatui ſe ſubmittendi. Qua in re vti *famæ* celebritas, quam ſibi nonnulli ſcabinatus acquiſiuerant, omne punctum tulit: ita *felicitas* ac *potentia* vrbium cum præſumtione ſingulari excultæ morum *elegantiæ* numerum applaudentium mirum in modum adauxit. Celeberrimi omnium

e) *c. l.* f) *de iudic. reipubl. Germ. §. XCIV.*
g) *in orat. de orig. Helmſtad. opuſculor. p. 548.*

omnium fuere scabini *Lubecenses* et *Magdeburgenses*, dum in Germaniæ oris non tantum frequentissime de iure responderunt, verum etiam in omnem pene *septentrionem* speciem quandam iurisdictionis exercuerunt. Vtraque ciuitas *Hanseatici fœderis* gloria eminebat, et prudentiæ legislatoriæ singularis famam sibi comparauerat, quæ sufficiebat ad alendam et amplificandam, sub qua vndequaque illuc *recurrebatur*, fiduciam. Et nescio, an non *Magdeburgensem* præcipue commendauerit cum *Burggrauiatus*, tum *Primatus* celebritas, saltim vt *incrementa* auctoritatis iudiciariæ inde repetere liceat. Tametsi enim *vtraque* prærogatiua primis temporibus coniuncta non esset; nihil tamen obstat, quo minus ex ea petatur momentum, quo *promota* ampla tribunalis iudiciarii potestas. Et de *Burggrauiatu* eo minus dubitauerim, quum ab eo omnis scabinorum potestas dependisse constet, et sic ratio sufficiens adsit, cur splendorem fœnerari a *dignitatis* celebritate potuerit collegium scabinorum. Magis, quem *Primatui* tribuit influxum in rem iudiciariam IO. PETR. a LVDEWIG, h) dubius, nisi in illo causam *remotam*, qua omnium oculos in se conuertebat ciuitas, quæsiueris, vel *pietatis* præsumtionem eidem ob *Antistitis* præsentiam et primatum per omnem *Sclauoniam* se extendentem in subsidium vocaueris, quæ non leuiter nutrire potuit hominum persuasionem, quod in sede *archiepiscopali* omnis *iustitia* recondita esset. Talis concursus prærogatiuarum aliis scabinatibus non contigit, adeoque, cur nexus forensium cum iis *laxior* fuerit, apparet. Illud adhuc meminisse iuuabit, alicubi leges et consuetudines ex regulis *prudentiæ* in scripturam non redactas fuisse, vt hoc velut vinculo exteri, illas præoptantes, tanto frequentius ibidem decisiones repetere cogerentur. Quo artificii genere *senatum Spirensem* vsum fuisse, auctor est LEHMANN, i) cuius coniecturam tamen non ex omni parte probare videtur CONRING. k)

h) *de primat. Germ. C. II. §. VII. et in Germ. princip. p. 389.*
i) *Chronic. Spirens. p. 338.* k) *de orig. iur. Germ. C. XXVIII.*

§. XVIII.

DIGNITAS muneris proprium nomen hiſce collegiis peperit, quo ab aliis iudiciis diſtincta. *Curias ſuperiores* illa appellare ſueuerunt maiores, vocabulo ab indole officii in re iudiciaria famoſi mutuato, quandoquidem generatim iudicia *curiæ* vocari ſolita, teſte SCHILTERO. l) *Superiores* vero dicuntur, quia vere ſubiectis non tantum, verum etiam extraneis ad ſe confugientibus ius reddebant, et quidem ea cum *imperii maieſtate*, vt iuris *fictione* iudicii *domeſtici* vmbram etiam intuitu *horum* quodammodo habere viderentur. Eodemque pertinet *Germanica* appellatio *derer Ober-Hoffe*, qua vſi maiores ad oſtendendum *clientelæ* nexum, ſicuti eodem ſenſu in relatione ad parentes et *ſubditos* quilibet iudex vocatur *der Overmann* in charta apud GRVPEN. m) Seruauit appellationem hanc *Germanicam*, eamque accurate explicat CAROLVS V. n) Dum enim has curias iudiciis domeſticis ſuperioribus *proprie* talibus diſerte opponit, ſimulque eas diſtincte deſcribit in verbis: *da ſie aus altem verjährten Gebrauch Unterricht begehret*, ſatis aperte ſignificat, fuiſſe *die Ober-Hoffe* iudicia *conſultatoria* forenſia, non vero *ordinaria* iudicia immediata ſuperiora, vti quidem textum peruerſe interpretati ſunt REMVS, ZIERITZ, CLASEN, BLVMLACHER. Eoque ſenſu vocabulum hoc recte accommodauit *Spirenſi* ciuitati LEHMANN, o) quæ in reſpondendo de iure non vulgarem famam ſibi acquiſiuerat. Denique *ſtilum curiæ* ſatis comprobat charta ciuitatis *Wimpinenſis*, quam exhibet HARPPRECHT: p) *die Stadt und Dörffer aller Freyheit nach pflegen ihr Urthel bey uns zu holen als ihren Oberhouff.*

§. XIX.

IPSVM hoc inſtitutum pedetentim *das Zug-Recht* vocatum, quia cauſæ ad curias mediante *recurſu* trahebantur,

l) *de cur. dominical.* m) *c. l. p. 734.* n) *in C. C. Art. CCXIX.*
o) *cit. l. L. IV. C. XIII. p. 317. L. IV. C. XXI. p. 652.* p) *de cur. ſuper. theſ. V.*

bantur, cui respondet vox *Zug*, *ziehen*, æque ac latina vox *cursus*, quam seruant chartæ *infra* q) allegandæ. Neque aliter vocabulum *Zug*, *Zog*, sumitur in chartis vetustis, quoties ad hanc consultandi rationem prouocant, vt vius et stilus forensis his ipsis satis comprobetur. Testatur id, vt alias omittam, charta monasterii *Ebersheimensis anni MCCCXX.* apud SCHILTERVM: r) *Suas men Sachen oder Urtheile nit en kan noch en mac vinden in den Dinchofen, die an das Kloster hörent, das soll man* ZIEHEN *her wieder uf die Phalze zu Ebersheim münster*, nec non priuilegium *Ienensibus* datum, quod recitat *Clar.* BVDERS) *anni MCCCCVI: auch welche Urtheile vor Gerichte oder Ym Rathe zu Ihene gestuffet aber nicht gelohnet werden, damit sollen Syn* ZOG *und Folge haben gegen Gotha*, denique charta, quam occasione recursus litigiosi ex archiuo *Hannouerano* seculi *XV.* publici iuris fecit GRVPEN: t) *dat Se de des* THÖGEN *an den Rad to Minden*, addita ratione: *hebbe ji doch Mindesch Recht.* Eundem in modum consultatio vocatur *Volzug von Lypzk kegin Halle und von Halle kegin Meydeburg*, ipsa sententia impetrata *Vollwort* in *Cod. iur. Saxon. MSCto* apud IO. PETRVM de LVDEWIG. u) Non tamen inficior, verbum *ziehen* sæpe ad proprie sic dictam *appellationem* referri, et ideo valde ambiguum esse. Saltim cum appellatione coniungitur in charta MAXIMILIANI *anni MD.* apud LVNIG, x) eoque sensu accipitur in SPECVLO SVEVICO: y) *Verwirfft der Schwab das Sachsen Urthel und der Sachs das Schwaben Urthel, die sollen sich für den König ziehen;* æque ac in pacto inter *Episcopum Constantiensem* et *octo fœderatos cantones anni MDXX.* quod profert ENGELBRECHT, z) ibi: *nemlich von des Appellirens und Ziehens wegen ist beschlossen* etc. Alicubi recursus ad curias *die Haubtfarth* dicitur, ceu de ducatu *Cliuensi* et comitatu *Marcano* obseruauit KRESSIVS. a)

q) §. *XXV.* r) *Cod. Iur. feud. Alem. p. 587.* s) *cit. l. p. 8.* t) *cit. l. p. 736.*
u) *de suffrag. Reg. Bohem. opusculor. p. 620.*
x) *Vol. VIII. part. spec. IV. contin. P. II. p. 426.* y) *L. I cap. CVIII. et CCCXCIII.*
z) *cit. l. p. 122.* a) *ad Const. crim. Carol. Art. CCXIX.*

§. XX.

SATIS de origine curiarum ſuperiorum et denominatione mihi dixiſſe videor. Admonet me inſtituti ratio, vt, quam late patuerit, quæque iis tribuenda ſit auctoritas, paulo plenius exponam. De quo vt eo accuratius conſtet, *potiores* curias percurram, et non tantum quæ omnibus communia, verum etiam quæ ſingulis propria et indagatione digna, ſub examen vocabo. Primum inter omnes merito locum occupat ſcabinatus *Magdeburgenſis*, qui cum ætate, tum nominis celebritate, et clientum abundantia, reliquos omnes ſuperat, fatente CONRINGIO, b) vt velut metropolis non tantum *maioris* partis *Germaniæ*, verum etiam confinium *regnorum* ac prouinciarum, fuiſſe videatur. Tempus naſcentis collegii determinare vix auſim, et temerarium foret, in re obſcura certum quid definire velle. Quicquid ea de re circumferunt nonnulli, *fabuloſum*, aut certe oppido *dubium* eſt. Qui ipſius *Weichbildi* auctorem faciunt CAROLVM M. parum abſunt, quin ab eodem originem huius collegii repetant. Sed inania eſſe hæc commenta, fide digna haud ſubnixa, dudum ab aliis iam demonſtratum. *Fama*, cui innititur hæc fabula, eadem eſſe videtur, quam de *iudiciis Weſtphalicis* garriunt nuganturque ſcriptores. Vti enim hanc iudices *ſedium liberarum* in denſiſſimis *ignorantiæ* temporibus effinxerunt, effictamque credulis pro firmando, quod affectabant, imperio obtruſerunt: ita ipſi ſcabini *Magdeburgenſes*, ſimilia de iure Magdeburgico crepantes, maximas quidem nugas egerunt, hoc tamen obtinuerunt, vt veluti eius *legitimi interpretes* circumquaque inſignem auctoritatem acceperint, et mores ex vulgi perſuaſione, a compilatore ſpeculi Saxonici promota, paſſim *iura imperatorum Chriſtianorum*, quaſi a CAROLO et OTTONIBVS ad Saxones perlata, vocarentur, ceu exemplo *Liuonum* docet GRVBER. c) Hæſit Magdeburgenſibus adhuc tempore *Inſtrumenti pacis* hæc idea, adeo vt inſertionem ſepa-

b) *c. l. p. 145.* c) *Origin. Liuon. p. 46.*

ſeparati articuli, quo priuilegia Ottoniana confirmarentur, vrgerent, qua ſpe tamen fruſtrati nihil obtinuerunt, teſte MEIERO. d) Maiori veritatis ſpecie incedunt, qui ad initia *Burggrauiatus*, a quo ſcabinatus alioquin dependet, recurrunt, et eatenus OTTONVM tempora in ſubſidium vocant. Vtrum vero hoc argumentum ſufficiat, vel inde dubium eſt, quia primæua *Burggrauiatus* inſtitutio ſola *veriſimilitudine* conſtat, fatente HORNIO, e) priuilegia autem *Ottoniana* ficta ſunt, ceu docuit LEVBER, f) denique iam ante Burggrauios *aduocati* aliique cum aſſeſſoribus *iudices* ibidem fuerunt, et ſic a ſola iudicialis auctoritatis exiſtentia ad eam prærogatiuam, qua collegium hoc cauſas extraneorum litigioſas direxit conſilio vel ſententiis definitiuis, argumentari non licet. Quodſi, vt veroſimillimum eſt, a *vetuſtate* et auctoritate non quidem ſpeculi, aſt *iuris Magdeburgici* argumentum petere licet, antiquiſſimum Magdeburgum prouocandi inſtitutum fuiſſe oportet. Saltem celebritatem iuris Magdeburgici *ſec. XII.* euincit pax FRIDERICVM BARBAROSSAM inter et BOLESLAVM inita *anno MCLVIII.* in qua ad illud, teſte SCHICKFVSIO, g) prouocatum, et BOLESLAVS coactus, vt fratri VLADISLAO ſatisfaceret *nach Magdeburgiſchen Rechten.* Eoque pertinent, quæ de iudicibus *Teutonicis*, h. e. ſecundum *ius Magdeburgicum* iudicantibus, memorat charta fundationis monaſterii *Leubenſis* apud SCHIFFORDECHER. h) Et cui ignotum eſt, HENRICVM III. *Ducem* ciuitati Wratislauienſi *anno MCCLXI.* iura *Magdeburgica* indulſiſſe per priuilegium, quod recitat LVNIG, i) imo eodem ſeculo ius *Culmenſe* conſarcinatum eſſe, cui ob inſerta reſponſa Magdeburgenſia nomen *Magdeburgiſche Fragen* obtigit, teſte HARTKNOCHIO. k) Taceo, in ipſa Germania iuris Magdeburgici circa idem tempus ſpeciatim mentionem

d) *Act. pac. Weſtph. T V. p. 268.* e) *de Burggrau. Magd. §. IV. ſq.*
f) *Diſcurs über der Stadt Magdeburg alte Priuilegia* apud MEIER *cit. Tr. P. III. Vorbericht N. II.*
g) *Chronic. Sileſ. L. I. c. XIX. p. 57.* h) *ad Ant. Fabr. L. I. tr. XXX. qu. I. §. III. p. 255.*
i) *Reichs-Archiu p. ſpec. V. cont. p. II. p. 230.* k) *de reb. Boruſſ. Diſſ. XVII. §. XIII.*

fieri in tabula confirmationis WICHMANNI apud IO. PETRVM *de* LVDEWIG, l) æque ac in charta compositionis HENRICI *Comitis Aschariæ* et GEVEHARDI *Abbatis Numburgensis anni MCCXXXIX.* apud BECKMANNVM. m) Quæ si vera sunt, nescio, annon verisimiliter inferre liceat, consultationis Magdeburgensis cum iure Magdeburgico connexæ ætatem compilationem Weichbildi longe superasse, et quod ipse HARTKNOCHIVS n) propugnat, *nondum in scripturam relato iure Magdeburgico Culmenses magnis sumtibus magnaque cura a Magdeburgensibus iura reapse petiisse.*

§. XXI.

QVAE hactenus disputaui, ansam præbent de qualitate *palatii imperialis*, huic scabinatui a viris doctis tributa, pauca differendi. Auctor huius sententiæ sine dubio fuit ipse *Weichbildi* compilator, qui scabinos Magdeburgicos *des Reichs Dienstmannen*, o) ipsum tribunal vero *die höchste Dingstad* vocat, p) peruersa, quam de *Regia* eius institutione proposui, opinione occœcatus. Hunc secuti GOLDASTVS, q) OCKEL, r) KRESS, s) aliique, a Rege Germaniæ *immediate* dependisse scabinos Magdeburgenses, et sic *regium tribunal* cohonestasse, docuerunt, hoc solo inter se discrepantes, quod, quum GOLDASTVS Cæsares isthoc instituto *legislatoriam* potestatem in *Polonos* et *Bohemos* exercuisse asserat, reliqui auctoritatem collegii intra *imperii* limites tantum constringant. Verum vti *Poloni* iure Magdeburgico etiam eo tempore, quo eiurauerant imperii Romani maiestatem, vixere, præterea *Bohemi* a subiectionis nexu longissime abfuerunt, denique GOLDASTVS solo verborum, quæ ex chartis refert, ampliore significatu ludit: ita causa culti ab iis iuris Magdeburgici a *religionis Christianæ* per antistitem Magdeburgicum propagatione, vrbis

l) *Reliqu. T. II. p. 377.* m) *Histor. Anhalt. P. V. L. II. c. I. p. 71.* n) *c. l. §. XIII.*
o) *Ius prou. Sax. Art. XXVII.* p) *c. l. Art. XXI.* q) *de Regn. Bohem. L. IV. c. XIII. §. IV.*
r) *de palat. Reg. seu scabin Hallens.* s) *diss. de rat. decid. c. I. §. X.*

bis *celebritate*, singularique *iustitiæ* æquitatisque ratione, consequenter ex *voluntaria* et arbitraria receptione, repetenda, vt plenius docuit *de* LVDEWIG. t) Nulla itaque imperii imago, nulla necessitas, aut obligatio absoluta responsis scabinatus, tanquam palatii Cæsarei, morem gerendi, sed merum *arbitrium* vtramque rempublicam tantopere cum hocce scabinatu conglutinauerat, vt nil magis a verisimilitudine, non dicam veritate, alienum sit, quam *exteris* venerationem *imperialis palatii* obtrudere velle. Affectasse scabinos eiusmodi principia, non negauerim, sed exteri ea semper horruerunt, nec nunquam *verbis* aut *factis* ea agnouerunt. Docet hoc vetus *ordinatio iudicii der Stadt Budissen* apud LEVBERVM: u) *So haben die Konige zu Böhmen, da Sie inne worden, daſs die Magdeburger ſich vor eine Reichs-Gerichts-Stadt halten wollen, vor etliche hundert Jahren denen Lauſitzeren bey hoher Straffe verbothen, ſich keines Rechtes bey denen Magdeburgern zu erhohlen.* Neque magis hæc qualitas intuitu imperii *Germanici* subditorum veri speciem habet, si perpendo, quantopere *speculator*, huius opinionis artifex, in nexu imperii interno exponendo vbique nugas egerit; ipsa sententiarum ab hinc petitio sola *consuetudine*, h. e. *voluntaria* requisitione, fatentibus ipsis scabinis, constiterit; denique paulatim aliarum quoque curiarum, quas nunquam ad *palatia* relatas constat, *eiusdem* tamen cum Magdeburgensi conditione fuisse recte asserit GRVPEN, x) frequens consultatio innotuerit. Quæ omnia cum fundatione *tribunalis Regii* vix consistere possunt. Fac, scabinos a Burggrauio dependisse, hunc vero, ex sententia HORNII, principali dignitate coruscasse; ipsum iudicium tamen *prouinciale* esse non desiit, nec maiorem, quam eius generis iudicia alia, accepit auctoritatem. Qua de causa fictam et in cerebro quorundam rerum imperii ignarissimorum natam hanc fabulam esse, recte iudicat GRVPEN, y) et dudum asseruit CONRING. z)

t) *de primat. Magdeb. c. II. §. XXVIII. et in Germ. princip. p. 386.*
u) *de ſtapul. Saxon. n. 651.* x) *c. l. p. 740.* y) *c. l. p. 758.*
z) *de iud. reipubl. Germ. §. XCII.*

§. XXII.

QVICQVID SIT, hoc extra omnem positum controuersiam, scabinos Magdeburgenses longe lateque in iure dicundo excelluisse, et obseruantiam iuris Magdeburgici, vna cum arte illud interpretandi, *pluribus* locis fuisse acceptam. De Germaniæ ciuitatibus, illos frequenti sententiarum requisitione venerantibus, plura referre supersedeo, quum tralatitia sint, et solum exemplum *Helmstadiensium* ex SCHMIDIO a) et MEIBOMIO b) hanc in rem allegasse sufficere possit. Modo videamus, quomodo fimbrias latius etiam versus plagas *orientis* extenderint. Vti enim iuris huius, vt ita dixerim, *metropolitani* cum receptione iuris Magdeburgici sororius vbique nexus fuit: ita vtriusque in *Prutenia* non pauca reperiuntur argumenta. Testem produco HARTKNOCHIVM, c) qui plures vrbes, in specie *Culmensem*, iure Magdeburgico donatas fuisse, scabinos Magdeburgenses velut oracula ac interpretes iuris sui in causis litigiosis sæpiuscule adiisse, ipsumque ius *Culmense* maximam partem ex responsis inde petitis consarcinatum fuisse, refert. Gemina his sunt, quæ de indulgentia *Bohemiæ* regum circa recursum subditorum suorum ad hocce tribunal narrant GOLDASTVS, d) GRYPHIANDER, e) STEPHANI. f) Licet enim PRIMISLAVM legislatorem primum venerentur *Bohemi;* pristino more tamen paulatim desuefacti, iura *Magdeburgica* subinde ab *anno MCC.* in deliciis habere coeperunt. Ex quo non potuit non cum receptione connexa *interpretatio* ad Magdeburgenses transire, teste LVDEWIGIO. g) Vnde, si qua in re, in hac vera narrauit nugaciſſimus alioquin speculator in procemio. Idem de *Polonia* perhibet, ibidemque *seculo XIII.* ius Magdeburgicum receptum fuisse, fusius demonstrat CONRING. h) Ipsas vero prouocationes Polonorum ad scabinos Magdeburgenses dubio procul

a) *de Helmstad. per Frauenradam afflict. et liberat. p. 6. 8.* b) *rer. German. T. III. p. 230.*
c) *c. l. p. 342.* d) *c. l.* e) *de Weichb. Saxon. c. VIII. n. IV.*
f) *de iurisd. L. III. c. III. n. XXVIII.* g) *Germ. princip. p. 384.*
h) *de orig. iur. Germ. c. XXXI.*

cul arguit earum *abrogatio*, cum substitutione tribunalis *Cracouiensis* a CASIMIRO demum facta, cuius rei locupletissimum testem habeo MECHOVIVM. i) Quid? quod Marchiæ *Misnensis* et *Lusacensis* vrbes *iure Magdeburgico locatas* fuisse, ibique sententias petere sueuisse, satis probat CONRING. k) De *Silesia* multo maiora prostant testimonia. Ex quo enim illa Bohemiæ se submisit, quasi ex compacto iuris Magdeburgici auctoritatem, accedente principum indulgentia, agnouit. Iam ciuitati *Vratislauiensi* ius ciuitatis Magdeburgensis priuilegio ducis HENRICI III. *ann. MCCLXII.* obtigisse, euincit charta, quam exhibet LVNIG, l) quacum accurate congruit protestatio scabinorum Magdeburgensium, supra §. *XII.* allegata. Accessit subinde priuilegium BOLCONIS III. de *anno MCCCLXIII.* quo ciuitati *Suidnicensi* ius Magdeburgense concessit, et in controuersiis ad illud prouocare iussit, ceu ex professo docuit FELZIVS. m) Non minore studio in aliis Silesiæ partibus recursus præsens admissus et probatus, postquam fama scabinatus Magdeburgensis per *totam Silesiam* percrebuerat, ita vt ius Magdeburgicum fere *commune* ibidem esse coeperit, quod satis probatum dedit STRYCK. n) Et quid opus est multis? Vel solum FERDINANDI rescriptum, cuius tenorem exhibet SCHIFFORDEGHER, o) argumento est, quantopere fama huius collegii vniuersos Silesios occupauerit, et per multa temporum intervalla durauerit, donec demum recentioribus seculis a dicto FERDINANDO praxis prouocationis præsentis sublata.

§. XXIII.

EADEM cum Magdeburgensi fata habuit scabinatus *Hallensis*, famæ celebritate non minori coruscans. Consuluerunt eundem æque *Poloni* et *Borussi*, vt ex CONRINGIO, OCKELIO, LVDEWIGIO, *cit. l.* apparet, qui quoties de isthac prouocatione late patente agunt, vtrumque collegium coniungunt, vt omnia, quæ in §. *anteced.* probata, huc quoque sint transferenda. Quid? quod etiam huic *regalis palatii* prærogatiuam vindicauerunt nonnulli, quæ omnia

i) *L. IV. Chron. Polon. c. XIX.* k) *c. l.* l) *Reichs-Archiu P. spec. V. contin. p. II. p. 230.*
m) *diss. ad Bolcon. duc. Sileſ. Suidnicens. legisl. const. de succeſſ. ab int.*
n) *de iur. Sileſ. Saxon. c. II. §. VII.* o) *ad Ant. Fab. q. VI.*

tamen per ea, quæ antea iam notaui, in fumum abeunt. Sola vtriusque frequens a scriptoribus facta *combinatio* dubium mouet, vtrum et quatenus vtrumque collegium in causis respondendis *distinctum* fuerit? Sæpe enim vtriusque promiscue mentio fit a scriptoribus, LEVBERO, CONRINGIO: et quæ de scabinatus Hallensis magnificentia hinc inde corrasit testimonia OCKELIVS, passim de *Magdeburgensi* tantum audiunt; denique abrogatio prouocationis e Polonia ad vtrumque collegium refertur a *Glossatore Polono*, p) ita vt *vnum idemque* sub eodem *Burggrauio* tribunal fuisse videatur, et vtriusque scabini, teste LEVBERO, q) *Magdeburgische Schöppen* vocati sint. At vice versa *loci* differentia, distinctus vtrobique *assessorum* numerus, separatusque *consessus* vnitati quam maxime repugnat. Rursus quamuis auctor Weichbildi collegium Hallense sub iure Magdeb. fundatum, et prouocationes exterorum, deficientibus vel ignorantibus Hallensibus scabinis, ad Magdeburgenses deuolutas esse referat, atque hoc ipso *subordinationem* quandam agnoscat: tamen hanc fere subuertit appellatio *des höchsten Dingstuhls*, quam glossator *vtrique* tribuit, adeo vt KRESSIVS, r) hac sola circumstantia motus, vtrumque *distinctum palatium Regium* fuisse existimet. Mihi neutra sententia ad palatum est. Vti enim, quod subordinationi opponit argumentum KRESSIVS, velut a nugaciſſimo speculatore mutuatum, quantum satis, confutaui: ita *gradus* prouocationis ad vtrumque, ab eodem speculatore determinati, Magdeburgensi scabinatui non tam *superioritatem*, Hallensi vero dependentiam, quam illi respondendi *subsidiariam* facultatem tribuit, reapse autem ad suaue somnium redit, quandoquidem Poloni ac Boruſſi nullo vinculo *perfecto*, sine quo *subordinatio* figmentum est, vtrique collegio adstricti fuerint, et arbitraria electione modo huc, modo illuc, non vero *gradatim* appellauerint. Adhæc, sola *promiscua* vtriusque scabinatus a scriptoribus subinde facta mentio per se non efficit, vt Hallensem scabinatum solo *nomine* a Magdeburgensi discrepasse, reuera autem vnum idemque corpus, et quantum *ad scabinos* tantum distinctum

p) *ad Weichb. Art. XII.* q) *de stapul. n. 1441.* r) *de rat. decid. c. 1.*

ctum fuisse oporteat. Imo vero ea satis arguit, quantopere vtrumque collegium quibuscunque, imprimis extraneis, *æquali* auctoritate a consiliis et reuera distinctum fuerit. Habuerunt sane Hallenses suum peculiarem *scultetum*, statuam *Rolandinam*, denique proprium *consessum*, æque ac alia ciuitatum iudicia, tametsi eundem Burggrauium auctorem ac institorem *supremum* agnouerint. Et ipsa antiquitas, ab OCKELIO Hallensi collegio vindicata, abunde arguit, illud originem habere a Magdeburgensi non multo dissimilem, et per longum temporis decursum ad instar *peculiaris* collegii floruisse. Quanquam negare nolim, cum propter *communia* in Magdeburgico iure *interpretando* studia, tum ob æqualem eiusdem *superioris* venerationem, sub appellatione et denominatione *Magdeburgensis* scabinatus nonnunquam *Hallensem* comprehensum fuisse.

§. XXIV.

NON MINORI nominis celebritate artem ius dicendi exercuisse senatum *Lubecensem* constat, ex quo ius a *Sosatensibus* acceptum æquitatis singularis ac perfectionis specie pedetentim se tantopere commendauerat, vt cateruatim ciuitates intra et extra limites Germaniæ eidem se submitterent, qua de re ex professo egit WESTPHAL. s) Quumque commercia et nauigationes *Lubecensium* late serperent, celebritatemque ciuitatis adaugerent, quid mirum, quod HENRICVS, *ordinis Teutonici Magister*, Elbingensibus *anno MCCXLVI.* ius Lubecense, teste SCHÜTZIO, t) indulserit, eoque exemplo postea aliæ vsæ fuerint ciuitates vicinæ, referente HARTKNOCH. u) In eundem modum plerisque ciuitatibus in *Megapoli* beneficium appellandi ad senatum *Lubecensem* datum, discimus ex SIRBRANDO x) et TARNOVIO. y) Nominatim *Rostochienses* eodem vsi, licet senatui olim maior prouocationem ciuium circumscribendi potestas fuerit. Innuit hoc priuilegium ab ALBERTO *duce* senatui *Rostochiensi* datum *anno MCCCLVIII.* cuius clausula concernens hæc est: *Adiicimus, quod dicti consules et eorum successores licite potuerint prohibere omnes ap-*

s) *de orig. et font. iur. Lubec.* t) *Chron. Boruss. p. 144.* u) *c. l. §. VIII.*
x) *comment. ad ius publ. Lubec. P. I. S. X.* y) *de feud. Megapol. in proœm.*

pellationes faciendas et interponendas ad consules in Lubeca a quibuscunque definitionibus, sententiis per eosdem consules Rostochienses dandis et ferendis, et quotiescunque id placuerit, in omnibus causis generalibus et specialibus admittere et prohibere, prout eorum fuerit arbitrii. Similia de *Stralsundia* et *Wismaria* ciuitatibus Pomeraniæ refert MEVIVS, z) tanto magis notanda, quum hæ prouocationes non simplices consultationes, sed veræ *appellationes* fuerint, ceu postea docebo. Denique *Hamburgensibus* ius Lubecense FRIDERICVS *Imperator* æque ac ALBERTVS *Comes Holsatiæ* per priuilegium apud LAMBECIVM a) sub hac clausula concessit, *vt ciues Hamburgenses in noua ciuitate secundum iustitiam Lubecensium se in omnibus habeant.* Quæ omnia, fallor, aut liquidissimum argumentum constituunt, hanc curiam Hallensi et Magdeburgensi cessisse necquicquam, et celebrioribus vtique annumerandam esse.

§. XXV.

LONGE dissimilem ceteras, quæ supersunt, curias famam et auctoritatem nactas esse, vel inde liquet, quod nec cum causis litigiosis *exterorum* quicquam commune habuerint, nec intra fines *Germaniæ* tot terrarum tractibus ius reddiderint. Quamuis enim earum vna celebrior esset altera, tamen hæc circumstantia *maiestati*, quam antecedentibus vindicaui, non respondet. Solum commune studium ceteras reddit notabiles: adeoque operæ pretium fuerit, earum spicilegium colligere, vt appareat, quantopere serpserit, a certis curiis instar metropoleon iura petendi, consuetudo. Talis curia fuit ciuitas *Mindensis*, cuius iura ciuibus Hannoueranis priuilegio, velut communi ius quærendi symbolo, obtigerunt, imo scabini Mindenses iam *anno MCCLXXX.* morem Hannoveranorum ius a se petendi et accipiendi testimonio, supra §. *XII.* relato, comprobarunt. Gemina his sunt, quæ continet priuilegium ciuitatis Wunstorfiensis *anni MCCCXXXIV.* relata a GRVPENIO b) in verbis: *Si vero*

z) *ad ius Lubec. Disc. præl. qu. II. N. XXIII.* a) *origin. Hamb. p. 33.* b) *c. l. p. 757.*

vero aliquam quæstionem dubitabilem inter ipsos contigerit suboriri, quam inter se discutere non poterunt, ex tunc ad ciuitatem MINDENSEM cursum habebunt, et quicquid ius dictauerit, firmiter obseruabunt. Et quum ciuitas Hamelensis paria cum Hannouerana habuerit iura, non ineleganter etiam huic cursum versus senatum Mindensem tribuit GRVPEN. c) *Bremam* ex priuilegio *Comitum Oldenburgensium* ciuitati Oldenburgensi responsa in causis litigiosis dedisse, discimus ex PAVLO KOCHIO. d) Porro *Halberstadium* curiam superiorem ciuium Ascherslebiensium fuisse, docet BECKMANN. e) Quam ampla ea in re *Isenacensium* auctoritas fuerit, euincit priuilegium ALBERTI, quod recitat PAVLINI f) his verbis: *Item dicimus, quod aliæ omnes nostræ ciuitates, et illa oppida, quæ pertinent ad dominium nostrum, et principatum ex antiquo iura sua requirendi apud præfatos ciues nostros de ISENACH et recursum ad illos habeant aliquas percipiendi sententias difficiles et obscuras.* Præterea *Donynensium* scabinorum in iure imprimis clientelari interpretando celebritatem merito extollit cel. BVDER, g) et vna cum fatis huius collegii expositis quædam eius responsa conquisiuit CHRISTIANVS BARTSCHIVS. h) Mentio huius curiæ fit in priuilegio SIGISMVNDI apud WEINGARTEN, i) eamque consuluisse quoque Silesios, testis est HENELIVS. k) Similiter ad *Ienenses* remissi ciues Orlamundani. Sic enim habet extractus *statuti Orlamundani* apud BVDERVM: kk) *Was uns Gebrechen und Fehl ist an unser Stadt Gewohnheit, des haben wir Erholung an den ehrsamen und weisen Rath der Stadt IENA, als viel uns Noth seyn will.* Idemque eruditus auctor prouocationem a senatu ciuitatis Ienensis ad *Gothanos* euincit ex priuilegio ibidem relato. Neque omittenda, quæ IDEM de Werdensis oppidi priuilegio, a *Landgrauiis* FRIDERICO et WILHELMO *anno MCCCCXI.* confirmato, pro

c) *c. l. p. 750.* d) *synopf. et concord. statut. Brem. Verdenf. et Oldenb. p. 11.*
e) *Hiſt. Anhalt. P. V. L. II. c. II. §. III p. 74.* f) *Anal. Iſenac. p. 559.* g) *Progr. c. l. p. 6.*
h) *in der Hiſtorie der alten Burg und Stadt Döhna, p. 128. ſqq.* i) *Faſc. diuerſ. iur. P. II. p. 84.*
k) *in Sileſiograph. C. VIII. p. 101.* kk) *c. l.*

recursu ad *Cygneam* narrat. En verba! *Wen yn Bruch am Rechte worden ist, daz Sie selbs nit habin konnen finden, daz Sie sich des bie dem Rate und Burgeren zcu Zwicko erholt habin*, hoc casu conceditur, *daz Sie fürbaz mehr ir recht, was Sie selbis nit wissen noch vor Recht gesprochin noch getheden können, zcu Zwicko holen und sich des an dem Rathe und Bürgern daselbis erfahren sollen.* Concinit confirmatio a *Comite Orlamundano* ciuibus Græfenthalensibus data *anno MCCCCXII.* his verbis: *Auch geben wir ihnen zu recht, ob Ihnen gebrechen würde an Rathe zu finden, oder an Strafunge an Urtheilen, das sollen sie sich berufen gen Lauenstein unter der Linden, und da sollen sie sich lassen lehren unser erbare Man was recht sey, und was Sie lehren, dabey soll es bleiben*, quorum notitiam debeo Cl. BVDERO. l) Porro *Spirensem* circumiacentes ciuitates, nonnunquam exteros, tanquam oraculum in causis dubiis consuluisse, discimus ex LEHMANNO. ll) *Tubingam* in eundem censum refert charta, quam exhibet ill. *de* SENCKENBERG, m) huius tenoris: *Auch ist unser Gewonheit, dass viel Staet und Dörfer wo Rechte bey uns suchen sollen.* Et quis dubitauerit, *Goslariam*, inclytam vrbem palatinam, similem sibi acquisiuisse prærogatiuam? Saltim HENRICVS *Illustris Marchio Thuringiæ*, dum Altenburgensium libertates confirmat, diserte addit: *Sententias extra ciuitatem requirendas GOSLARIAE in Rufo Ostio requiretis*, in charta, quam ex authentico Archivi Altenburgensis edidit CHRISTIANVS SIGISMVNDVS LIEBE. n) Neque de curia *Colonienſi* nos dubitare sinit vrbis iudiciique ibidem constituti antiquitas et celebritas. Saltim eidem propria statuta æque ac Magdeburgensi tribuit *speculator Weichbildi* o). Vnde iam CONRINGIVS p) famam aliquam iuris Colonienſium tempore confecti Weichbildi Magdeburgici fuisse, colligit, quam coniecturam firmat dictamen sententiarum scabinorum Colonienſium, cuius meminit priuilegii ciuitati Colonienſi ab

l) *c. l.* ll) *c. l. L. IV. c. XIII.* m) *select. iur. ac hist. T. II. p. 239.*
n) *Nachlese zu Heinrich des erleuchteten Lebens-Beschreibung p. 35.* o) *Art. l.*
p) *c. l. c. XXVIII.*

ab HENRICO *Archiepiscopo Colonienſi an. MCCXXIX.* dati a FRIDERICO II. *anno MCCXLII.* facta confirmatio apud LVNIGIVM. q) Quo ambitu *Wimpina* requirentibus ius dixerit, patet ex ciuitatibus, villisque relatis in charta apud HARPPRECHT. r) Sed et in Marchia *Berolinum* quasdam vicinas ciuitates conſuluiſſe, diſcimus ex charta OTTONIS et ALBERTI *Marchionum anni MCCLXXV.* apud BECKMANNVM, s) æque ac *Stendaliam*, vt patet ex charta HENRICI *Epiſcopi Hauelbergenſis anni MCCXLVIII.* quam exhibet *de* LVDEWIG. t) Fere *Brunſuicenſem* ciuitatem, antiquitate famoſiſſimam, omiſiſſem, a qua in cauſis dubiis plures ex Saxonia inferiore auxilium in iure interpretando petiiſſe, teſtatur LEIBNITZ. u) Porro *Tremonienſem* et *Monaſterienſem* quoad ſententias finales ab Herfordienſibus et Bilefeldienſibus petendas laudat MEINDERS. x) Imo in genere Weſtphalos Tremonia ius petiiſſe, fide auctoris vetuſti probat MEIBOMIVS. y) Eodem more *Belgicæ* ciuitates in litium diſcuſſionibus vſæ. Nam iudices Neomagenſes, *ſi, quid definiendum eſſet, ignorarent, vel capere non poſſent*, iubentur conſilium requirere a ſcabinatu *Aquisgranenſi*, Amſtelodamenſes apud *Harmelenſes*, Nardenates apud *Leidenſes*, plerique Veluani apud *Zutphanienſes*, teſte PONTANO. z) Quid? quod Veſaliam aliasque vrbes Rhenanas Aquisgranenſium ſcabinatum velut Apollinis oraculum comiter veneratas fuiſſe, docet NOPPIVS a) et RVTGER RVLANDVS. b) Tum quæ *Daventricenſi* curiæ iura competierint, probat charta HENRICI *Epiſcopi Traiectenſis anni MCCXCVIII.* apud MATTHÆVM, c) ibi: *Si ſuper obſeruantia iuris ſui aliqua eis fuerit inquietatio, quod ſuper hoc ad oppidum Dauentricenſe haberent recurſum, et ſuas ſententias ibidem quærent, et quicquid iuris ſui ſcabini DAVENTRICENSES eſſe aſſerunt, quod hoc oppidanis in Vredelandt debe-*

q) *Reichs-Archiv P. ſpec. IV. contin. p. 341.* r) *de cur. ſuper. tb. V.*
s) *Beſchreibung von Frankfurth p. 46.* t) *T. VIII. Reliqu. p. 269.*
u) *Rer. Brunſuic. T. III. præf. p. 6.* x) *de iud. centen. p. 53* y) *oper. T. I. p. 289.*
z) *Hiſt. Geldr. p. 59.* a) *Chron. Aquisgr. L. III. N. XXII.*
b) *de commiſſar. P. IV. Lib. II. C. III. n. XVIII.* c) *de iur. glad. C. XVII. p. 285.*

ret omnino obſeruari. Et quis omnes terrarum tractus percurreret? Sufficere hoc ſpicilegium poterit antiquitatum Germanicarum perquirendarum auidis, quæ ratio fuerit quondam litium definiendarum, quæque curiarum, ſub quarum vmbra vixere ciuitates, extiterit frequentia.

§. XXVI.

PROXIMVM eſt, vt de *efficacia*, qua iſti iurisperiti reſponſa dederunt, agam, ne, quod principale caput meditationis erat, *nexum* curiarum cum ſuis clientibus omiſiſſe videar. Qua in re duo potiſſimum conſideranda veniunt capita: *alterum*, vtrum curiæ ius *cogendi* et *prohibendi* erga clientes habuerint, an vero horum illuc ſuſceptus recurſus a mero *arbitrio* pependerit? *alterum*, quæ ſententiarum requiſitarum *auctoritas* et obligatio domi fuerit? Equidem vtrumque ſororio nexu cohæret, vt poſito vno de altero facile iudicium ferri poſſe videatur. Sed nec *diuerſa* curiarum agnitarum ratio, nec multiplex ac diuerſa praxis Germaniæ principium certum, indubium ac *vniuerſale*, ſtante corrupta rei iudiciariæ ratione, ſuggerit, ſecundum quod præſens quæſtio de *auctoritate* collegiorum definienda. Si *vniformis* curiarum inſtitutio, ſi praxis, ſeu quod idem eſt, conſuetudo curiis ſeſe mancipandi *eadem* fuiſſet: ſi *penitior* in ordine iudiciorum habita vbique fuiſſet ratio, non deficeret vtrobique ratio decidendi. Sic vero recurſus plerique ſuas *proprias* rationes ac conditiones habent: alibi *laxior*, alibi *ſtrictior* nexus viguit, iterum ordo, *intermediis* iudiciis neglectis, modo *turbatus*, modo ob defectum iuſtitiæ et *impotentiam* ſuperiorum prorſus violatus, et ſic in vniuerſum in Germaniæ ſtatu turbido plura *irregularia* emergunt, quæ efficiunt, vt præſens quæſtio ſit ex earum numero, quæ nec temere affirmari, nec tamen negari abſolute poſſunt. Vnde quicquid pro obligatione *perfecta* ſententias petendi, petitasque exſequendi proferri poteſt, velut in nucleo exponam. Et primo qui-

quidem *frequentia* in requirendo eo, quod bonum et æquum esset, fuit tanta, quanta vnquam esse potuit. Quotiescunque vel minima dubitatio mentes iudicum turbabat, promtissimum ipsis hoc erat remedium. Ea vero sæpissime se exserebat, cum ob infinitam circumstantiarum mixturam, et vicissitudinem, quibus regulæ *communes* vsum perdidisse videbantur, tum ob iudicum, qui magis viri *militares*, quam *sapientes* erant, ignorantiam. Vnde ex sæpius repetitis interrogationibus et secutis curiarum responsionibus talem nexum, qui vim *consuetudinis* et eidem cohærentis obligationis *perfectæ* habet, natum fuisse, eo minus dubium videtur, quo magis opinio legitime *præscriptæ consuetudinis* adhuc ea in re recentioribus temporibus hæsit, vt *Constitutio Carolina* d) docet, quæ *der verjährten Gewohnheit* mentionem iniicit. Tum ipsa scabinorum atteſtata ad augendam amplificandamque curiarum auctoritatem, quæ sine *vinculo* arctiori et rei iudicatæ efficacia fingi vix potest, multum contulisse verosimillimum est, imprimis si in mentem reuocamus venerationem horum collegiorum plane singularem, quæ facile subigere potuit homines in summis ignorantiæ temporibus, vt plus iusto effatis scabinorum tribuerent, et potestatem *iudiciariam* eorum agnoscerent. Talia saltim principia continet scriptum *scabinorum Magdeburgensium testimonium*, quo Vratislauienses sibi subiectos fuisse, magna cum impudentia sunt professi. dd) Porro quum responsa eorum reuera *authenticæ* interpretationis figuram haberent, et magis de iure quam facto concepta essent, tanto verior videtur isthæc illatio, quæ indoli huius interpretationis respondet. Et quis repugnabit, quin *prorogationis* idea in cerebro quorundam nata, si non ad *prouocandas* necessario curias, tamen ad electarum curiarum sententias *sancte* seruandas, ingraueſcentibus iuris Romani principiis, maximum momentum attulerit? Saltim hæc idea nonnullis placuit se-

d) *Art. CCXIX.* dd) *supra §. XII. pag. XV.*

quioribus temporibus, in defendendo isto recursu: quidni de maioribus, iuris Romani traditis subinde innutritis, idem dixeris? Taceo, quod hunc recursum plerumque pro *appellatione* habuerint, sæpe hac denominatione vsi fuerint, et, vtrum sententiæ latæ stare an corrigi debeant, sciscitati sint a curiarum scabinis, quod cum *arbitraria* aditione et meri *consilii* conceptu vix subsistit, sed longe arctioris nexus est argumentum. Neque etiam *principes* contenti fuerunt, iudices suos ad curias *remittere*, verum etiam *iusserunt*, vt, quam hæ dictarent sententiam, *firmiter* ac *omnimodo* obseruarent, ceu verba priuilegiorum, §. *XXV.* allegata, e) passim protestantur. Hoc ipso autem quid aliud effecerunt, quam vt plenam in *secunda* quasi instantia decidendi facultatem cum scabinis curiarum communicarent, eosque ex mente HEINECCII ee) *iudices in secunda instantia* constituerent?

§. XXVII.

VERVM quacunque veritatis specie hæc argumenta blandiantur, non desunt tamen, quæ iis reponi possunt. Etenim *frequentia* interrogationum iurisdictionem et subiectionem non magis fundat, quam diuturna ecclesiæ visitatio ius parochiale perfectum communicat, sed vtraque *voluntaria* et sine omni vinculo *obligatorio* aut subiectionis concipi potest, vt exemplo Polonorum, Magdeburgum appellantium, illustrant CONRING f) et LEVBER. g) Fac itaque, quotidianas fuisse remissiones iudicum vel prouocationes partium, eæ sane æque per modum *consilii* quam necessitatis fieri, et vel omnimodo obseruari, vel negligi impune potuerunt. Et licet *consuetudini* magnam vim inesse non ignorem, multa tamen hic occurrunt, quæ dubium iniiciunt, vtrum talis vbique inualuerit, aut si certa, vtrum consuetudo *iuris*, an *facti* fuerit? Ipsa scabinorum professio, quid hi in votis habuerint, quidem euincit, per se autem, tanquam testimonium in *causa propria*, fidem habet nullam, nec sine ratione dubito, vtrum sibi

e) *supra pag. XXXIII. seq.* ee) *Elem. iur. Germ. L. III. §. CCLXXII. in not.*
f) *de origin. Iur. Germ. C. XXIX.* g) *de Stapul. c. l. in not. ad lit. q. n. 716.*

sibi ab Vratislauiensibus asserta *subiectio* in sensu proprio accepta fuerit. *Auctoritas*, quae hic oggeritur, in vnam partem non magis, quam in alteram me trahit, quum nil impediat, quo minus in dandis meris *consiliis* eandem exercere potuerint, istaque sola *frequentia* consiliorum absoluta fuerit. Quod porro ab *authentica* interpretatione petitur momentum, speciem tantum habet, in se autem petitionem principii continet, aut, si vera est isthæc interpretatio, ad ea loca restringi debet, in quibus *expresso* vel *tacito* pacto agnita, non vero *generale* constituit principium, maxime quum primæua curiarum institutio cum ea nil commune habeat. Neque *prorogationis* commentum, quod in recentiorum ICtorum cerebro natum, olim cognitum aut allegatum nouimus. Ne dicam, illud quidem ad *rei iudicatæ* auctoritatem sententiarum vltro conquisitarum, non vero ad *subordinationis* nexum, et inde pendentem consultandi *necessitatem*, pertinere. Et quomodo prorogatio, quæ a *partibus* fit, ad requisitiones sententiarum a *iudice*, etiam inuitis partibus factas, de quibus hic sermo est, trahi poterit? Adhæc a *denominatione* quam fragilis argumentandi sit ratio, iis incognitum esse non poterit, qui sciunt, maiores nostros *verborum* cortices parum curasse. Denominatio *appellationis*, *prouocationis*, *cursus*, *subiectionis*, non adeo rigida inter eos fuisse videtur, et licet vere pro corrigendis sententiis, si id æquitas postulabat, curias adierint; tamen magis pro *subleuanda* propria imperitia et ex ratione *conuenientiæ*, quam *obligatorio* nexu, id fecerunt. Si qua ratio stringit, est, quæ a *principum* concessionibus petitur: modo non ex eo, quod *hinc inde* aliquando definitum, ad *alia* loca, talem definitionem ignorantia, temere trahatur.

§. XXVIII.

QVAE quum ita sint, nescio, an proprie dictum imperium et secundæ instantiæ qualitas secure hisce curiis tribui possit? Saltim fundatio primæua nil aliud infert, quam quod intra *suos* limites ius dixerint, et si qua ad eas

prouocatio facta, illa arbitraria ipsarumque sententiarum probatio mere *voluntaria* fuit, æque ac hodie circa sententias contingit, quarum causa iudex ad collegium extraneorum pro lubitu confugit. Absoluta necessitas nil prorsus arbitrii relinquit: sed tale omnino superfuisse, euincunt tot priuilegia et concessiones, in quibus cursus præsens per se ad sententias *dubias* ac *perplexas* tantum restringitur, vix vero abscisse, nedum ad certas curias præceptiue iniungitur. Et licet indolem *derer Oberhöfe* cum his certos terrarum tractus, quoties declaratione sententiæ opus erat, *priuatiue* vtplurimum conglutinasse, non inuitus concesserim: tamen id cum iure prohibendi coniunctum vbique fuisse, aut sententias præcise ac per se vim *legis*, nisi quam *necessitas* in crassissima ignorantia fundata requisiuit, vel *abusus* nonnunquam firmavit, habuisse, defendere non ausim. Neque aliter philosophatur GRVPEN. h) Quodsi scabini secundæ instantiæ iudices fuissent, *inhibitorialibus* et compulsorialibus maiestatem imperii tueri debuissent, quod factum esse negat WEHNER. i) Apposite hac ratione motus scribit MERKELBACH: k) *Es ist aber hierum viel anders und also bewandt, dass hochgedachtes Ritterlichen Ordens Unterthanen in schweren und wichtigen Sachen nur* per viam consultationis *dem Rath zu Germersheim, (welche Stadt hiebevor dem Reich immediate unterworffen gewesen,) und gar nicht an das Churfürstliche Amt daselbst beruffen, und solches* per modum voluntariæ prorogationis, *und bezeugt der hin und wieder in dem H. Reich eingeführte Brauch, dass Dörffer und Städte an andere Orten und sowohl gemittelte als ungemittelte Reichs-Städte, welchen Sie weder* iure subiectionis *noch sonsten verwandt, sondern ihre ordentliche Obrigkeit haben, gleichwohl mit Vorbeygehung solcher rechten Obrigkeit die* appellationes *zu rechtlicher Entscheidung gelangen lassen, aber solche freyvvillige appellation denen iudicibus ad quos gar keine Gerechtigkeit giebet,*

h) *c. l. p. 737.* i) *observat. voce Zugrecht.*
k) apud KLOCK *T. I. Conf. IX. n. LXXXI.*

bet, dahero Sie auch denen iudicibus a quibus nicht zu inhibiren, oder dieſelbe zu Edirung derer Acten per compulſoriales zwanglich anhalten mögen. Neque vulgaria ſunt, quæ ex notione *einer Weiſung*, quo nomine olim tales ſententiæ veniebant, in hanc rem ratiocinatur, et differentiam inter *Weiſung* et *Rechtsſpruch* proponit LEHMANN, l) quæ quantumuis curiam Spirenſem concernant, tamen ad moris ac opinionis quondam vulgaris illuſtrationem, vnde ad ſimilia collegia validum trahitur argumentum, multum faciunt. Multo minus vox *Zugrecht* turbare nos poteſt, quæ ambigua eſt, nec ad veram et proprie dictam *appellationem* reſtringi poteſt, ceu ſupra notaui, multo minus ad firmandam ſubordinationem ſufficit. Nominatim de ſenatu Hannouerano refert GRVPEN, m) quantopere ſuper quæſtione, vtrum recurſus *præciſe* ad ciuitatem Mindenſem, quæ eius curia erat, fieri debeat, diſceptatum fuerit: aliis id ex ratione *conceſſi iuris Mindenſis* aſſerentibus, aliis contra, ea non obſtante, pro *libertate* prouocationis pugnantibus. Quid? quod IDEM n) obſeruat, nonnunquam ſenatum Hannoueranum *alias* ciuitates conſuluiſſe, nec *monopolium* curiæ Mindenſis agnoſcere voluiſſe, certo argumento, eam, de qua quæro, libertatem non tantum *contradictione* vindicatam; verum etiam iuſta ratione munitam fuiſſe. Eadem ex ratione Magdeburgenſes in Sileſias ob prouocationis conſuetudinem *iurisdictionem* acquiſiuiſſe negat SCHICKFVS. o) Præterea Sileſios ſæpe a ſententiis inde petitis *receſſiſſe*, teſtatur IDEM, p) adeo vt ſententiæ demum ex *ratificatione* principum vim iuris acceperint, ceu docet ſententia Magdeburgenſis, a SCHIFFORDEGHERO q) allata, cui HENRICUS ſubiunxit clauſulam: *Quam ſententiam ratificamus per tenorem.* Denique vel ſola ratio *ſublatarum* alicubi curiarum, quam in *prætenſo* ſubiectionis et obligationis nexu ipſi collocarunt ſuperiores, abunde teſtatur, *impu-*

l) *Chron. Spirenſ. L. IV. c. XXIV.* m) *c. l. p. 733.* n) *c. l. p. 758.*
o) *Coron. Sileſ. III. c. XXII. p. 251.* p) *c. l. p. 254.* q) *c. l.*

dentiam scabinorum eo vsque, vt iudices quærentes subiicere sibi tentarent, quidem processisse, non vero vinculum istud *agnitum*, nedum conniuentia tacite probatum fuisse. Quicquid adhuc in contrarium allegari posset, in *præscriptione* diuturno vsu firmata collocandum. Verum sicuti hæc sine *contradictione* et *acquiescentia* inanis est; ita quoties recursus meræ facultatis fuit, solo temporis decursu ius perfectum producere non potuit. His subsidiis in indaganda præsenti quæstione incedendum, qua in re præeuntes habeo RHETIVM, r) CHRISTOPH. IOAN. CONRAD. ENGELBRECHTVM s) et IOAN. CONRADVM ENGELBRECHTVM, quorum posterior in eleganti *de seruitutibus iuris publici* libello t) optime in hunc modum ratiocinatur: *Hæc consultandi consuetudo neque est appellatio proprie sic dicta, neque nuda iurisdictionis prorogatio, sed intermedii quid, vt in criminalibus sit necessitatis, in ciuilibus ratione loci voluntatis, ratione iudicis vero, vnde consultatio obtinet, atque respectu partium inter se necessitatis etc.*

§. XXIX.

ITA nexus curiarum cum aliis iudiciis, si rem ex vero æstimamus, comparatus erat. Is vero non impedit, quo minus vna aut altera plus sibi iuris quæsiverit, cum in *necessitate* recurrendi, tum in sententiarum quæsitarum obseruatione *omnimoda*. Cuius quidem rei plures fuere causæ, quæ in spontanea *indulgentia* et cum ea coniuncto nimio curiarum *fastu*, sæpe in *priuilegiorum* concessionibus expressis, nonnunquam in *legis* præscripto quærenda. Indulgentiæ vel *conniventiæ* exemplum præbet Consistorium ciuitatis Magdeburgensis, ad quod a curia *Helmstadiensi* solitum fuisse appellari, testatur charta MAGNI *Ducis Brunsuicensis* et IOANNIS *Abbatis Werthinensis* supra relata. tt) Peculiaribus *priuilegiis* quam plurimi casus firmantur,

r) *de statuis Roland. C. III. §. XLI.* s) *de vtilit. et necessitat. stud. iur. G. p. 70.*
t) *Sect. II. M. II. §. XIII.* tt) *§. XXII. p. XXVIII.*

mantur, quorum tenorem supra exhibui, insimulque ostendi, principes, superioritate territoriali in turbulentis temporibus nondum satis fundata et definita, multum de iure suo remisisse, et sponte disposuisse, vt, quod curiæ priuilegio electæ pronuntiarent, sancte et *irreuocabiliter* seruaretur. Inter alia exempla, quod de recursu Rostochiensium ad Lubecenses supra retuli, præstantia se commendat, veræque *appellationis* figuram habet. Cum enim ius Lubecense Rostochiensibus ex priuilegio HENRICI *Burwini II.* concessum, et a ducibus HENRICO et ALBERTO confirmatum esset, ceu testantur SIRBRANDU u) et TARNOVIVS, x) modo ad senatum *Lubecensem*, modo ad *Cameram imperii*, nequidem ad ducem recursu admisso, appellare sueuerunt, vi priuilegii titulo oneroso quæsiti, referente MATTHIA STEPHANI, y) salua restrictione supra §. *XXIV.* allata, donec tandem pacto *an. MDLXXXV.* inito *alternatiue* curiam Ducalem vel Lubecensem in secunda instantia agnouerunt, teste COTHMANNO. z) Eundem in modum Stralsundensibus WIZLAVS *Rugiæ* princeps *anno MCCCXIV.* indulsit: *dat Sie mögen und schollen ere beschuldete Ordele voren und halen tho Lübeck.* Vid. MEVIVM. a) Iam vero phrasis *die Urthel schelten* ad propriam appellationem pertinere, et sic Lubecam *secundam instantiam* constituisse, tam certum est, quam quod certissimum, et ea, quæ hanc in rem disputata apud BORCHOLTEN, b) thesin præsentem satis comprobant. Similia quondam in ciuitate *Wismarienſi*, antequam summum tribunal ibidem erectum, obtinuisse, refert MEVIVS, c) et probat transactio abrogatoria *anni MDLXXXI.* quæ exstat apud Ill. de SENCKENBERG. d) Quæ omnia seculo XIV. ob defectum dicasteriorum territorii superiorum eo minus mira, quo magis etiam recentioribus temporibus talia monstra prouocationis extra territorium admissa, ceu exemplo actorum

u) *c. l. P. I S. X.* x) *c. l.* y) *de iurisd. L. II. P. I c. VII n. 359. 361.*
z) *T. I. R. V. n. II.* a) *ad Ius Lubec. Disc. prælim. qu. II. N. XXIII.*
b) *Vol. II. Conf. XVII.* c) *c. l. N. XXI.* d) *de seruitut. iur. publ. cit. l. p. 532.*

rum inter *Archiepiscopum Magdeburgensem* et principes *Anhaltinos*, nec non inter *Episcopum Constantiensem* et octo confœderatos *Cantones* plena manu docuit ENGELBRECHT. e) Denique ex legis publicæ dispositione auctoritatem curiarum fundatam videmus in causis *criminalibus*, quarum grauitas iudicem extraneum a partium studio alienum merito desiderauit, effecitque, vt iudices sententiarum quærendarum causa in processu inquisitorio adire iussi *die Oberhöfe, da sie aus altem verjährten Gebrauch bisher Unterricht begehret*, ceu ex ipsa *Carolina Constitutione criminali* f) discimus.

§. XXX.

HAEC de fatis ac indole consultationis curiarum monuisse sufficiat. Superest, vt, quando et quomodo *interierint*, paucis addam. Qua in re quum antea rationem introductarum curiarum ex miserrima territoriorum quoad rem iudiciariam conditione, et *dicasteriorum* supremorum defectu repetierim, sua sponte apparet, non modo auctoritati earum, in melius pedetentim mutata rerumpublicarum administratione, multum subinde detractum fuisse; verum etiam eas penitus *sensim* interiisse, ex quo principes iure territoriali rite exercendo per reformationem iudiciorum et erectionem dicasteriorum operam dederunt. Contigit id non vbique eodem tempore, nec eadem ratione; alibi serius, alibi citius, hic simul ac semel, illic pedetentim, paulatim, et per temporum spiramenta, prouti principibus in promtu erat medicina contra gementem iustitiam. Neruus rerum gerendarum, quo se destitutos videbant maiores in tanta *pecuniæ* penuria, quoque opus est ad culturam legum, scientiarum et iudiciorum introductionem, curas *posteriores* demum sustinuit, omniaque circa artem boni ac æqui in ordinem redegit, quæ antea definiri non poterant. Ipsi principes, quos in reformando quam maxime offendebat pristina consultandi appellandiue ratio, isthoc ægrotantis reipublicæ monumentum agnouerunt, et fidem *pactorum*

a

e) *de seruit. iur. publ. c. l. p. 115.* f) *Art. CCXLX.*

a maioribus passim eam in rem initorum debilitare, praetextu *salutis publicae*, tentarunt. De ducibus *Pomeraniae*, qui recursum subditorum ad Lubecenses pacto firmatum concoquere non poterant, et pristinam penuriam necessitatemque communem huic opponebant, habes quaedam in facti specie, quam praemittit consilium SCHRADERI apud BORCHOLTEN. ff) Quum vero fides data et saepe titulo onerosо firmata temere conuelli non posset, variis artibus opus fuit, quibus *bona gratia* appellationes extra territorium pedetentim subuerterentur, et principes ratione eius, quod priuilegiis pactisque de iure suo remiserant, restituerentur in integrum. Multo facilius tamen nuncium mittere curiis superioribus potuerunt in iis terris, quarum cum illis *laxiorem* nexum fuisse supra euici. Cum enim hic nil nisi defectus hominum peritorum et ipsorum dicasteriorum curiarum exterarum auctoritatem primario promouisset, larga patebat via principibus in locum pristini recursus, quasi *interimistici*, surrogare alium, sibi subditisque conuenientiorem, eumque, qui quondam mere voluntarius erat, reuocare. Accedebat immensus scabinagiorum fastus et temeraria iurisdictionis opinio, cui obuiam eundum erat. Saltim CASIMIRVM hac ratione ad subducendos Polonos Magdeburgensibus Hallensibusque, et erigendum tribunal *Cracouiae* iam *anno MCCCLVI.* inductum fuisse, referunt MECHOVIVS, g) LEVBERVS, h) et GLOSSATOR *Polonus*. i) Simile fatum hi scabinatus experti intuitu Silesiae, Bohemiae, Lusatiae *anno MDXLVII.* rescripto *Ferdinandeo*, quod omnes omnino prouocationes aboleuit *Pragamque* remisit, ceu docet tenor apud FRIDENBERG, k) cuius rei eadem, quam antea proposui, causa allegatur *in des Raths zu Budissen alten Gerichts-Ordnung* tit. *von Appellationen* apud LEVBERVM. l) Quod vero hoc modo inter extraneos contigit, quidni aeque intra Germaniae limites apud hos, qui

ff) *cit. l.* g) *c. l. L. IV. c. XIX.* h) *de stapul. Sax. n. 716.*
i) *ad Weichb. Art. VIII.* k) *Rer. Silesiac. p. 124.* l) *de stapul. Sax. n. 651.*

his vel illis curiis se mancipauerant, successisse dixeris? Vti enim *arrogantia* et affectatum curiarum imperium intolerabile videbatur; ita vel ex hac sola ratione suis clientibus subinde spoliatas se vidisse curias, et non vulgarem capitis deminutionem passas fuisse, verosimillimum est. Et sicuti arrogantiæ næuus omnibus communis, nullaque nisi quoad gradum fuit differentia; ita et reliquis facillime interitum tandem producere potuit, aliis *lento* gradu, aliis *citius* labefactatis, nulla tamen vigorem diutius conseruante quam *Hallensi*. Taceo, iuris *Romani* auctoritatem, sensim forum et iudicia occupantem, tantæ efficaciæ fuisse, vt plerique scabinatus obmutescere cœperint. Accessere intuitu quarundam curiarum *peculiares* rationes, vt de *Donynensi* excisa supra monui. m) Et cui incognitum, *Magdeburgenses* scabinos, euersa fatali bello ciuitate, deliquium passos esse? Alias curias non tangam, ipsa experientia rerum magistra edoctus, æuum nostrum tales curias ignorare, vel quoties scabinorum collegia adhuc supersunt, ea vix vmbram curiarum pristinarum seruasse, sed solius *consulendi* rationem, ex voluntaria sententiarum requisitione, æque ac collegia ICtorum, quæ etiamnum academiæ alunt, retinuisse.

Scripsi Traiecti ad Viadrum, d. XX. Aprilis, MDCCLII.

m) §. *XXV. p. XXXIII.*

CON-

IVSTI HENNINGII BOEHMERI

ICTI

CONSVLTATIONVM

ET

DECISIONVM

TOMI III.

PARS II.

ARGVMENTA

IVRIS CIVILIS ET CRIMINALIS

IVXTA

ORDINEM DIGESTORVM

A LIBRO I. VSQVE AD LIBRVM XXVI.

DISPOSITA ET CONGESTA

EXHIBENS.

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-802838-p0061-7

CONSPECTVS CONSVLTATIONVM ET DECISIONVM IVRIS PRIVATI SECVNDVM ORDINEM DIGESTORVM

a Libr. I. vsque ad Libr. XXVI.

LIBER I.

Tit. III. de legibus, SCtis & longæua consuetudine.

DECISIO I.

THEMA.

Obseruantia a consuetudine differt.

RESPONSVM II.

THEMA.

Irrationalis consuetudo per legem, non obstante immemoriali tempore, tolli potest.

RESPONSVM III.

THEMA.

Differentia consuetudinis ac præscriptionis immemorialis.

Tit. IV. de constitutionibus principum.

DECISIO IV.

THEMA.

Ministro, qui iussum principis exsequitur, nil imputatur, licet de iniustitia ipsi constet.

DECISIO V.

THEMA.

Ius braxandi domesticum, *das Haus-Brauen*, in vtilitatem operariorum exerceri nequit.

RESPONSVM VI. a)

THEMATA.

I. Ex dominio vtili molendini in feudum concesso ius prohibendi oritur, intuitu aliorum molendinorum in huius præiudicium extructorum.

II. *Etiam dominus directus vasallo ad euictionem tenetur, si in præiudicium feudi tertio ius aliquod concesserit.*
III. *Litis denunciatio non operatur, vt alter suis sumtibus litem suscipiat.*

DECISIO VI. b)

THEMA.

Num princeps priuilegia minuere possit?

DECISIO VII.

THEMA.

Priuilegium per non-vsum amitti potest.

RESPONSVM VIII.

THEMA.

Successor singularis ex æquitate ad seruanda priuilegia antecessorum tenetur.

RESPONSVM IX.

THEMATA.

I. Quatenus princeps immunitatem a seruitiis prædio concessam reuocare possit?
II. *Immunitas a seruitiis fiscalibus post XL. annos præscribitur.*

RESPONSVM X.

THEMATA.

I. Rescriptum iustitiæ iuri repugnans in rem iudicatam non transit.
II. *Super quæstionibus iuris beneficium transmissionis actorum denegari nequit.*
III. Rescripta simplicia in rem iudicatam non transeunt.

Tit. VI. De his, qui sui vel alieni iuris sunt.

DECISIO XI.

THEMA.

De seruis dotalibus.

Tit. VII. De adoptionibus, emancipationibus, et aliis modis, quibus potestas soluitur.

DECISIO XII.

THEMA.

Adoptio minus plena nullum ius succedendi tribuit.

Tit. VIII. De rerum diuisione et qualitate.

RESPONSVM XIII.

THEMATA.

I. Pecunia ex venditione rerum immobilium certis terminis soluenda pro mobili habetur, et post mortem vxoris marito cedit, siue dies venerit, siue non.
II. *Pecunia pro hereditaria non habetur, quæ ex venditione rei hereditariæ debetur.*

DECISIO XIV.

THEMATA.

I. Nomina sæpe rebus immobilibus accensenda.
II. Cur nomen oppignoratum iure Lubecensi aliis creditoribus præferatur?

Tit. XXI. De officio eius, cui mandata est iurisdictio.

RESPONSVM XV.

THEMATA.

I. In causa ordinaria, imprimis si quæstio iuris in lite est, non temere ad commissionem prouocandum.
II. *Administratores bonorum ecclesiasticorum sine consensu patroni nouum opus facere nequeunt.*
III. *Patroni inscriptio campanæ incisa non vitiatur, licet eius* iussus *in hac mentio facta.*

RESPON-

RESPONSVM XVI.

THEMA.

Princeps inuita parte grauata cauſſam ad iudicium ordinarium pertinentem delegare nequit.

DECISIO XVII.

THEMA.

Sumtus commiſſionis ſuper rationibus reddendis decretæ vterque litigantium fert.

LIBER II.

Tit. I. De iurisdictione.

RESPONSVM XVIII.

THEMA.

Appellatio Vogteyæ tantum iurisdictionem, non reliqua fundi commoda comprehendit.

DECISIO XIX.

THEMA.

Leuationem et ſepulturam cadaueris occiſi nemo intra alienam iurisdictionem ſuo iure ſuscipere poteſt.

DECISIO XX.

THEMA.

Quamdiu conuentioni non pleniſſime ſatisfactum, reconuentio inſtitui nequit.

DECISIO XXI.

THEMA.

De eodem argumento.

Tit. IV. De in ius vocando.

RESPONSVM XXII.

THEMA.

In quibus cauſis iurisdictio inferioris non eſt fundata, in iis iudicia ſuperiora ſubditos prioris immediate citant.

DECISIO XXIII.

THEMA.

Contra latitantem edictalis citatio decernenda.

Tit. VIII. Qui ſatisdare cogantur, vel iurato promittant, vel ſuæ promiſſioni committantur.

DECISIO XXIV.

THEMA.

Ceſſante dilapidatione, ceſſat cautio.

DECISIO XXV.

THEMA.

Debitor immodica cautione non onerandus.

RESPONSVM XXVI.

THEMA.

Cui cautio iniungitur, is liberatur oblatione pignoris.

DECISIO XXVII.

THEMATA.

I. Fiſcalis in cauſa liquida non cauet.

II. *Deſtructio violenta ſubſellii in eccleſia die feriato facta grauiſſime coercenda.*

DECISIO XXVIII.

THEMA.

Cautio pro expensis ab officialibus salarium habentibus frustra exigitur.

DECISIO XXIX.

THEMA.

An in processu cambiali exceptio guarandæ et cautionis pro reconuentione ac expensis locum habeat?

DECISIO XXX.

THEMA.

Cautio pro reconuentione ad iudicati solutionem non extenditur.

DECISIO XXXI.

THEMA.

Cautio pro reconuentione et expensis etiam in rebus nauticis locum habet.

Tit. XI. Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperauerit.

DECISIO XXXII.

THEMATA.

I. Contumax non nisi refusis expensis in proximo termino admittitur.
II. *Iura pauperum non excusant ab expensis retardati processus.*
III. *Arbitrarie coercetur, qui expensas soluere nequit.*
IV. *Subscriptionem recognoscere et contenta nemo regulariter diffiteri potest.*

DECISIO XXXIII.

THEMA.

Contumax in pœnam mandato adiectam non condemnatur, antequam de causis excusationum cognitum fuerit.

DECISIO XXXIV.

THEMA.

Lis pro circumducta non habetur, si alteruter litigantium in termino publicandæ sententiæ emanet.

DECISIO XXXV.

THEMA.

Ob contumaciam quis non facile causa cadit.

DECISIO XXXVI.

THEMA.

Contumax in dubio contra præclusionem audiendus.

Tit. XII. De feriis et dilationibus et diuersis temporibus.

DECISIO XXXVII.

THEMATA.

I. Iudex pro re nata plures dilationes concedere potest.
II. Rationes cum die et consule sunt edendæ.

DECISIO XXXVIII.

THEMATA.

I. Dilatio non reiecta pro tacite concessa habetur.
II. *In dubio pro admissione testium et articulorum pronunciandum.*

DECISIO XXXIX.

THEMATA.

I. Dilatio petita sed non decreta pro concessa habetur.
II. *Clausula: Einwendens ohngehindert, exceptiones peremtorias non excludit.*
III. *Alienationem aduentitiorum a patre nulliter factam liberi, qui eius heredes sunt facti, impugnare nequeunt.*

DECI-

DECISIO XL.

THEMATA.

I. Dilatio intra terminum petita, in dubio pro impetrata habetur.
II. *Clauſulam concernentem ex documentis edere regulariter ſufficit.*

Tit. XIII. De edendo.

RESPONSVM XLI.

THEMA.

Libelli, quibus reuerentia principum læditur, a iudiciis ſupremis ſunt reiiciendi.

RESPONSVM XLII.

THEMA.

Suſtinetur libellus, quo recognitio et litis conteſtatio ſimul petita.

RESPONSVM XLIII.

THEMA.

De cauſa debendi in libello clare exprimenda.

DECISIO XLIV.

THEMATA.

I. Editio fit ſumtibus edentis, qui contumax fuit.
II. *Quilibet in cauſa propria inhabilis teſtis eſt.*

RESPONSVM XLV.

THEMA.

De editione documentorum et iuramento editionis.

DECISIO XLVI.

THEMA.

Rationes cum die et conſule ſunt edendæ.

DECISIO XLVII.

THEMA.

Clauſulam concernenten ex documento edere ſufficit.

DECISIO XLVIII.

THEMA.

Qui editionem documentorum vrget, intereſſe ſummarie docere debet.

DECISIO XLIX.

THEMA.

Editio documentorum etiam a tertio peti poteſt.

RESPONSVM L.

THEMA.

Quamdiu actio principalis nondum nata, tamdiu documenta ad fundandam exceptionem non edenda.

Tit. XIV. De pactis.

RESPONSVM LI.

THEMATA.

I. Per pactum hodie tertio acquiritur.
II. *Vox: Landerben, heredes ab inteſtato notat.*

RESPONSVM LII.

THEMA.

De eodem argumento.

RESPONSVM LIII.

THEMATA.

I. Perfectum eſt negotium, ſi de conſenſu puro paciscentium vtrinque conſtat.
II. Error in accidentalibus non vitiat pactum.
III. Conditione ceſſante ceſſat pactum.
IV. *Mutuæ litigantium iniuriæ arbitrarie coercentur.*

DECISIO LIV.

THEMA.

Indefinita alimentorum præstatio efficax est.

RESPONSVM LV.

THEMA.

De interpretatione pactorum familiæ.

DECISIO LVI.

THEMA.

Exceptio implementi non secuti ei non prodest, per quem stat, quo minus hoc sequatur.

DECISIO LVII.

THEMA.

Qui factum alienum promisit, quatenus teneatur?

RESPONSVM LVIII.

THEMA.

Vtrum pactum renunciatiuum heredes stringat, si renuncians ante dilatam hereditatem decesserit?

RESPONSVM LIX.

THEMATA.

I. Successio pactitia etiam inter absentes per litteras recte constituitur.

II. *Ex illa oritur hereditatis petitio pactitia.*

RESPONSVM LX.

THEMA.

De interpretatione pactorum publicorum.

RESPONSVM LXI.

THEMATA.

I. Successio pactitia hodie est iuris communis.

II. *Pactum dotale simplex colligitur ex verbis: Verabredung, Contract &c.*

III. *Petitorium cum possessorio adipiscendæ cumulari potest.*

IV. *Iudicis officium est, lite super hereditate mota, possessorem ad inuentarium et iuramentum manifestationis adigere.*

V. Pacta hereditatis renunciatiua etiam sine iuramento valent.

VI. *Querela nullitatis contra testamentum temere mota non æque ac querela inofficiosi amissionem legatorum coniunctam habet.*

RESPONSVM LXII.

THEMATA.

I. Vnio prolium morte matris non exspirat.

II. Facilius per plenam liberorum separationem.

III. *Interdictum: Quorum bonorum, contra legitimum contradictorem cum effectu institui nequit.*

IV. *In causis possessoriis ad effectum deuolutiuum appellari potest.*

Tit. XV. De transactionibus.

RESPONSVM LXIII.

THEMA.

Transactio ex falsa causa inita non valet.

DECISIO LXIV.

THEMA.

Transactio valet super dolosa interceptione inita.

DECISIO LXV.

THEMA.

Quatenus transactio mariti cum vxore super adulterio inita speciem lenocinii inferat?

RESPON-

RESPONSVM LXVI.

THEMATA.

I. Transactio quomodo differat a decisione ex plenitudine potestatis (*ein Macht-Spruch*) facta?
II. Transactio tertio non nocet.
III. *Vniuersitas quatenus ex consensu maioris partis vel singulorum teneatur?*
IV. *Res iudicata, vbi eadem vincendi causa est, tertio nocet.*
V. *Iura et actiones per non vsum præscribuntur.*
VI. *Quasi possessio iuris prohibendi quomodo constituatur?*
VII. *Pendente possessorio, super petitorio, nisi hoc euidens fuerit, pronunciari nequit.*

RESPONSVM LXVII.

THEMA.

Transactio ob læsionem enormem non rescinditur.

DECISIO LXVIII.

THEMA.

Rescissa transactione omnia vtrinque ad pristinum statum redeunt.

LIBER III.

Tit. I. De postulando.

DECISIO LXIX.

THEMATA.

I. Aduocatus fisci iuramentum de non friuole appellando haud præstat.
II. *Onera prædiorum rusticorum ex registris publicis probantur.*

Tit. II. De his, qui notantur infamia.

RESPONSVM LXX.

THEMA.

Pœna infamiæ, in *l. 41. C. de transactionibus* præscripta, dolum supponit.

DECISIO LXXI.

THEMA.

Quorum maiorum quis imprægnatam ab alio duxit, a collegiis opificum non excludendus.

Tit. III. De procuratoribus.

DECISIO LXXII.

THEMA.

Quatenus procurator generalis cedere possit?

RESPONSVM LXXIII.

THEMATA.

I. Ad donationem speciale mandatum desideratur.
II. *Aduocatus, qui pendente lite crimen aduersario obicit, ante finitam causam principalem, iniuriarum conueniri nequit.*

DECISIO LXXIV.

THEMA.

Actus speciale mandatum requirentes ratihabitione conualidantur.

DECISIO LXXV.

THEMATA.

I. Solus curator mulieris in causis speciale mandatum requirentibus actorem non valide constituit.
II. *Qualificata rei confessio actorem ab onere probandi non liberat.*

DECISIO LXXVI.

THEMATA.

I. Procurator ad agendum constitutus actorem in reconuentione defendit.
II. Factum procuratoris præstare tenetur principalis.

RESPONSVM LXXVII.

THEMA.

Nemo in eadem causa iudex et procurator simul esse potest.

Tit. IV. Quod cuiusque vniuersitatis nomine vel contra eam agatur.

RESPONSVM LXXVIII.

THEMA.

Vniuersitas ex consensu maioris partis vel singulorum tenetur.

DECISIO LXXIX.

THEMATA.

I. Pluribus syndicis datis, omnes coniunctim subscribere tenentur.
II. *Litis contestationem non remoratur exceptio spolii, si actor se ad restitutionem offert, simulac liquidatio damnorum facta fuerit.*

Tit. V. De negotiis gestis.

DECISIO LXXX.

THEMATA.

I. Rationes ei, cuius res gestæ, reddendæ, etsi administrator principalem non nouerit.
II. *Nondum expunctæ rationes denuo reddendæ.*
III. *Vtrum expensæ iuramento iustificari possint?*

LIBER IV.

Tit. I. De in integrum restitutionibus.

RESPONSVM LXXXI.

THEMA.

De limitibus restitutionis in integrum.

DECISIO LXXXII.

THEMA.

Restitutio in integrum contra fatalia facile concedenda.

DECISIO LXXXIII.

THEMATA.

I. Restitutio contra sententiam non nisi ex nouis admittitur.
II. *Quatenus procurator generalis cedere possit?*

RESPONSVM LXXXIV.

THEMA.

Restitutio in integrum contra remedia vindictam spirantia non datur.

DECISIO LXXXV.

THEMA.

Contra lapsum fatalium restitutio temere non concedenda.

DECISIO LXXXVI.

THEMA.

Restitutio reiecta ex noua causa peti potest.

DECISIO LXXXVII.

THEMA.

Restitutio ex capite rusticitatis contra contumaciam locum habet.

Tit. IV. De Minoribus XXV. annis.

DECISIO LXXXVIII.

THEMA.

Tutores contra proprium contractum in re pupillari initum non restituuntur, vti quidem ipse pupillus.

DECISIO LXXXIX.

THEMA.

Restitutio contra subhastationem minori non facile datur, nisi grande damnum immineat.

DECISIO XC.

THEMATA.

I. Restitutio in integrum minori contra damnosas venditiones datur.
II. Minor contra minorem, qua heredem maioris, restituitur.

DECISIO XCI.

THEMATA.

I. Restitutio in integrum minori concurrente læsione in dubio concedenda.
II. *In antichresi an rationes de fructibus reddende?*

DECISIO XCII.

THEMATA.

I. Restitutio minoris contra lapsum fatalium prodest maiorenni socio.
II. *Cessante dilapidatione cessat cautio.*

DECISIO XCIII.

THEMATA.

I. *De ædificatione molendini.*
II. Restitutio civitatum non est civilis, sed prætoria.
III. *Impensæ viles in pignore antichretico aliquando secundum pretium conuentum restituendæ.*

Tit. VI. Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur.

DECISIO XCIV.

THEMA.

Contra impedimentum ex facto iudicis ortum datur restitutio ex clausula generali

RESPONSVM XCV.

THEMATA.

I. Contra præscriptionem ex ignorantia inuincibili restitutio competit.
II. *Actio communi diuidundo XXX. annis præscribitur, quando quis rem communem tanquam propriam possedit.*

DECISIO XCVI.

THEMA.

Contra neglecta fatalia facile restitutio in integrum concedenda.

Tit. IX. Nautæ, caupones, stabularii, vt recepta restituant.

DECISIO XCVII.

THEMATA.

I. Dominus, qui res, quæ vere illatæ, non illatas esse nautæ persuasit, contra hunc de recepto agere nequit.
II. *Si a tota sententia appellatum, alter etiam post decendium appellationi adhærere potest.*

LIBER V.

Tit. I. De iudiciis.

DECISIO XCVIII.

THEMATA.

I. Iuramentum perhorrescentiæ non admittitur, si per illud manifeste lis protrahitur.

II. *Regula:* spoliatus ante omnia restituendus, *responsionem in causa principali impediri, non vero causam spolii, quamdiu eius probatio durat, concernit.*

RESPONSVM XCIX.

THEMA.

Recusatio iudicis ex capite suspicionis contra quemlibet superiorem locum habet.

DECISIO C.

THEMA.

Lite pendente alius iudex sine nullitate in causa pronunciare nequit.

DECISIO CI.

THEMATA.

I. Alicubi secundum obseruantiam iudicium criminale per tres personas constituitur.

II. *Qui operas proxeneticas in furto præstat, proxime ad illud concurrit.*

DECISIO CII.

THEMATA.

I. Decretâ legitimatione ad processum ratihabitio ante actorum non sufficit.

II. *Contumax in pœnam mandato adiectam non condemnatur, antequam de causis excusationis cognitum fuerit.*

DECISIO CIII.

THEMA.

Si legitimatio ad causam pars libelli est, post L. C. eius discussio differtur.

DECISIO CIV.

THEMATA.

I. Legitimatio ad causam ad iudicii substantiam pertinet.

II. *Non est reuisio reuisionis, si causa principalis impugnatur, antea vero de incidente tantum iudicatum.*

III. *Qui editionem documentorum vrget, interesse summarie docere debet.*

DECISIO CV.

THEMA.

Interuentio, nisi statim liquida fuerit, in executione non admittitur.

DECISIO CVI.

THEMATA.

I. Interuentio, quæ in re iudicata fundatur, locum habet, licet acta sint amissa.

II. *Iudex de lite penes se mota testari potest.*

DECISIO CVII.

THEMA.

Interuentio in executione non aliter, quam si in continenti liquida, admittitur.

DECISIO CVIII.

THEMA.

Processui cambiali se quis subiicere potest in eo loco, vbi leges cambiales desunt.

DECISIO CIX.

THEMA.

In processu executiuo non habet locum exceptio guarandæ nec cautionis pro reconuentione, si debitum liquidum fuerit.

DECISIO CX.

THEMA.

In processu executiuo exceptio, si in continenti non liquida, ad separatum remittitur.

DECISIO CXI.

THEMA.

In processu executiuo nullæ exceptiones occultæ vel altioris indaginis admittuntur.

DECISIO CXII.

THEMA.

In processu executiuo exceptiones altioris indaginis ad separatum processum remittuntur.

DECISIO CXIII.

THEMA.

Litis contestatio per exceptionem in continenti probabilem impeditur.

DECISIO CXIV.

THEMA.

Exceptiones litis finitæ, si altioris indaginis fuerint, post litem contestatam reiiciuntur.

RESPONSVM CXV.

THEMA.

Quatenus iudex ex officio exceptiones supplere possit?

DECISIO CXVI.

THEMATA.

I. Oppositio exceptionis peremtoriæ non simpliciter litis contestationem inducit.
II. *Interpellatio interrumpit præscriptionem.*

RESPONSVM CXVII.

THEMA.

Exceptio litis pendentis competit iudici inferiori, licet reus foro superiori principis subesse cœperit.

DECISIO CXVIII.

THEMA.

Clausula, *Einwendens ohngehindert*, exceptiones peremtorias non excludit.

DECISIO CXIX.

THEMA.

Litis contestationem non remoratur exceptio spolii, si actor se ad restitutionem offert, simulac liquidatio damnorum secuta.

DECISIO CXX.

THEMA.

In causis summariis incidenter propositis lis præscindenda.

DECISIO CXXI.

THEMATA.

I. Possessor remedio ex *l. diffamari* prouocari nequit.
II. Qui, licet bona fide, liti renunciat, in expensas condemnatur.

DECISIO CXXII.

THEMATA.

I. Prouocatio ex *l. si contendat*, non ad agendum, sed replicandum tendit.
II. Replicatione omissa saluæ prouocanti manent exceptiones, quarum nomine prouocauit.

RESPONSVM CXXIII.

THEMA.

Qui bona fideicommissaria libera esse ait, remedio *l. diffamari* prouocari potest.

DECISIO CXXIV.

THEMATA.

I. Forum domicilii est locus, in quo diu quis versatur.
II. Forum originis constituto alibi domicilio exstinguitur.

RESPONSVM CXXV.

THEMA.

De foro seculari præceptorum scholæ ciuitatensis.

RESPONSVM CXXVI.

THEMA.

Forum competens in causa fideicommissi est penes executorem fideicommissi, per se iurisdictione gaudentem.

DECISIO CXXVII.

THEMA.

In foro arresti litis pendentia non aliter inducitur, quam si arrestans arrestum ibi prosecutus fuerit.

RESPONSVM CXXVIII.

THEMA.

Arrestum ob debitum illiquidum non decernitur.

DECISIO CXXIX.

THEMATA.

I. Arrestum non temere imponendum.
II. *Contra latitantem edictalis citatio decernenda.*
III. Filius absentem patrem in iudicio defendere potest.

RESPONSVM CXXX.

THEMA.

Arrestum pro impedienda bonorum alienatione contra administratorem ob creditum probabile valide imponi potest.

RESPONSVM CXXXI.

THEMA.

Si causa ciuilis est præiudicialis, fiscalis tamdiu suspenditur, donec de illa constiterit.

RESPONSVM CXXXII.

THEMA.

Crimen violentiæ a causa possessionis præiudiciali pendet.

RESPONSVM CXXXIII.

THEMATA.

I. Si causa possessionis est præiudicialis, causa criminis interim suspendenda.
II. *Etiam coadunatis hominibus possessionem defendere licet.*

DECISIO CXXXIV.

THEMATA.

I. Causæ criminalis cognitio præfertur, si eius decisio causam ciuilem tollit.
II. *Iudex contra matrimonium iuramentum legale iniungere potest.*

DECISIO CXXXV.

THEMA.

De violato territorio agi nequit, quamdiu non constat, penes quem possessio fuerit.

DECISIO CXXXVI.

THEMA.

Quæuis causa probabilis ad compensationem expensarum sufficit.

DECISIO CXXXVII.

THEMA.

Iura pauperum temere non sunt concedenda.

DECISIO CXXXVIII.

THEMA.

Iura pauperum non excusant ab expensis retardati processus.

DECISIO CXXXIX.

THEMA.

Arbitrarie coercetur, qui expensas soluere nequit.

RESPONSVM CXL.

THEMA.

Ius detractus ex legibus domicilii defuncti æstimandum.

RESPONSVM CXLI.

THEMATA.

I. De iure detractus hereditatum, eius quantitate, et obiecto.

II. An pro fundando exercitio iuris detractus heres extraneus ad res vendendas cogi possit?

RESPONSVM CXLII.

THEMA.

Pœna *l. 7. C. vnde vi*, hodie in vsu est.

Tit. II. De inofficioso testamento.

RESPONSVM CXLIII.

THEMA.

Querela nullitatis contra testamentum temere mota non æque, ac querela inofficiosi, legatorum amissionem coniunctam habet.

RESPONSVM CXLIV.

THEMA.

Auus genero vsumfructum legitimæ nepotibus debitæ adimere nequit.

RESPONSVM CXLV.

THEMA.

Est grauamen legitimæ alterutri liberorum assignatæ, si pater diuisionem ad tempus prohibuit.

RESPONSVM CXLVI.

THEMA.

Legitima liberis iure fideicommissi relinqui nequit.

RESPONSVM CXLVII.

THEMA.

Prohibitio inuentarii in præiudicium legitimæ non valet.

RESPONSVM CXLVIII.

THEMA.

Legitima, quæ matri exclusa sorore in pactis dotalibus assignatur, est tertia totius hereditatis.

Tit. III. De hereditatis petitione.

DECISIO CXLIX.

THEMA.

Specimen operosæ liquidationis ratione paternæ, maternæ et auitæ hereditatis.

DECISIO CL.

THEMA.

Consanguinitas pro fundanda hereditatis petitione ex fama plene probari potest.

DECISIO CLI.

THEMA.

Quando absens ad effectum deferendæ successionis pro mortuo habeatur?

RESPONSVM CLII.
THEMA.

Ex vnione prolium oritur hereditatis petitio pactitia.

RESPONSVM CLIII.
THEMA.

Iudicis officium est, lite super hereditate mota, possessorem ad inuentarium et iuramentum manifestationis adigere.

DECISIO CLIV.
THEMA.

Possessor hereditatis debita hereditaria exigit, ipse vero ad inuentarium adstringitur.

DECISIO CLV.
THEMA.

Hildesiæ mulieri extra ciuitatem habitanti maritus de iure communi succedit, licet prædium sub iurisdictione ciuitatis possideat.

RESPONSVM CLVI.
THEMA.

Vniuersitas relicta magis hereditatem quam legatum infert.

LIBER VI.

Tit. I. De rei vindicatione.

DECISIO CLVII.
THEMATA.

I. Res vindicanda specifice designanda.
II. *Positiones, dummodo præsumtionem inferant, tanquam releuantes in dubio admittuntur.*

DECISIO CLVIII.
THEMATA.

I. Incertæ partis vindicatio an admittatur?
II. *Libri censuales contra tertium non probant.*

DECISIO CLIX.
THEMATA.

I. Rei vindicatio contra tertium b. f. possessorem iure Hamburgensi non datur.
II. *In commodato et pignore iure Hamburgensi dominium transfertur.*
III. *Parœmia: Hand muß Hand gewehren, ad commodatum et pignus, non vero depositum pertinet.*

DECISIO CLX.
THEMA.

De dominio per testes probato.

DECISIO CLXI.
THEMA.

In rei vindicatione actor probare debet, reum rem possidere.

DECISIO CLXII.
THEMA.

An dominium per ocularem inspectionem probetur?

DECISIO CLXIII.
THEMA.

Dominium non facile testibus probari potest.

DECISIO CLXIV.
THEMA.

Quicquid tutor pecunia pupillari suo nomine emit, eius vtrum pupillus se recte dominum dicat?

Tit.

Tit. II. De Publiciana in rem actione.

DECISIO CLXV.

THEMATA.

I. In actione Publiciana possessio a parte rei probanda.
II. *Iurare iussus contra iuramentum legale ad probationem non admittitur.*

Tit. III. Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

DECISIO CLXVI.

THEMA.

Notæ variæ characteristicæ bonorum villicalium.

RESPONSVM CLXVII.

THEMA.

Laudemium ordinarie in casu mortis non debetur.

RESPONSVM CLXVIII.

THEMA.

Canone non rite præstito, emphyteusis amittitur, cessante impensarum restitutione.

DECISIO CLXIX.

THEMA.

Census molendinis inhærens debetur, si vel maxime reditus non sufficiant.

RESPONSVM CLXX.

THEMATA.

I. Appellatio *Lehn* non præcise feudum infert, sed etiam ad prædia rustica et emphyteutica pertinet.
II. In prædiis emphyteuticis etiam fœminæ succedunt.
III. Interdictum, *quorum bonorum*, etiam filiabus in emphyteuticis bonis datur.
IV. Versio illatorum in bona emphyteutica non est operose probanda.
V. Hypothecam in bonis emphyteuticis dominus directus confirmare tenetur.
VI. Negatoria vtilis datur emphyteutæ contra illum, qui fundum feudalem esse prætendit.
VII. *Feudum seruitutem quandam spirat.*

LIBER VII.

Tit. I. De vsufructu, et quemadmodum quis vtatur, fruatur.

RESPONSVM CLXXI.

THEMATA.

I. Vsusfructus aduentitiorum non in compensationem alimentorum liberis subministrandorum, sed iure patriæ potestatis patri competit.
II. Ex hoc vsufructu æs alienum patris soluendum.
III. *Vsusfructus nominum non est irregularis.*

RESPONSVM CLXXII.

THEMA.

Matri non competit vsusfructus in bonis liberorum.

RESPONSVM CLXXIII.

THEMA.

Vsusfructus statutarius maternus magis communionis effectus est, quam vt ob educationem debeatur.

DECISIO CLXXIV.
THEMA.

De vſufructu materno, *dem Beyſitz*, ex ſtatuto Gothano.

DECISIO CLXXV.
THEMA.

Vſusfructus ſtatutarius ad rationum redditionem, non quidem intuitu fructuum, bene tamen ratione ipſius ſubſtantiæ obligat.

Tit. II. De vſufructu accreſcendo.

RESPONSVM CLXXVI.
THEMA.

Vſufructu duobus legato, ius accreſcendi locum habet.

Tit. V. De vſufructu earum rerum, quæ vſu conſumuntur vel minuuntur.

RESPONSVM CLXXVII.
THEMA.

Vſusfructus nominum non eſt irregularis.

RESPONSVM CLXXVIII.
THEMA.

Vſufructuario nominum debentur vſuræ, licet dies nondum venerit.

Tit. IX. Vſufructuarius quemadmodum caueat.

RESPONSVM CLXXIX.
THEMA.

Cautio vſufructuaria etiam a coherede, cui vſusfructus prælegatus, præſtanda.

LIBER VIII.

Tit. I. De ſeruitutibus.

RESPONSVM CLXXX.
THEMA.

Feudum ſeruitutis ſpeciem ſpirat.

RESPONSVM CLXXXI.
THEMA.

De præſcriptione ſeruitutum.

DECISIO CLXXXII.
THEMA.

Seruitus ipſo facto non facile conſtituitur.

DECISIO CLXXXIII.
THEMATA.

I. Poſſeſſio ſeruitutis quomodo acquiratur?

II. *Nunciatio noui operis realis tunc locum habet, ſi vicinus in noſtro fundo ædificat.*

DECISIO CLXXXIV.
THEMA.

Ius ouile habendi a poſſeſſione agrorum pendet.

DECISIO CLXXXV.
THEMA.

Seruitus itineris etiam ab alio ad viſitandum dominantem exerceri poteſt.

Tit.

Tit. V. Si seruitus vindicetur.

DECISIO CLXXXVI.

THEMA.

Pro asserendo iure negatiuo cum iure prohibendi coniuncto actio confessoria instituitur, et sic probatio actori incumbit.

DECISIO CLXXXVII.

THEMATA.

I. Rustici ex iure domini actionem confessoriam vtilem instituunt contra socios, vt ad operas communes conferant.

II. *Iudex ex officio legitimationem iniungit.*

III. *Ordo, circa media probandi obseruandus, ab arbitrio iudicis pendet.*

DECISIO CLXXXVIII.

THEMA.

Si negatoria agenti exceptio priuatiuæ possessionis opponitur, is ante omnia dominium vel quasi fundi probare debet.

RESPONSVM CLXXXIX.

THEMA.

Quasi possessio iuris prohibendi quomodo constituatur?

LIBER IX.

Tit. I. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

DECISIO CXC.

THEMA.

De indole actionis quadrupedariæ.

Tit. II. Ad legem Aquiliam.

DECISIO CXCI.

THEMA.

De obligatione vulnerantis ad interesse.

DECISIO CXCII.

THEMA.

Caupo ex insultu et vulneratione seruorum viatoribus illata tenetur, si, cum prohibere potuisset, non prohibuit.

DECISIO CXCIII.

THEMA.

Qui prope pascua hortos munire sepimentis neglexit, pecora ibidem deprehensa pignorare nequit.

LIBER X.

Tit. II. Familiæ erciscundæ.

RESPONSVM CXCIV.

THEMATA.

I. Diuisio hereditatis, absentibus et non citatis, quorum interest, non valet.

II. Iudex inuerso ordine in diuisione hereditatis procedens spolium committit.

III. *Nemo in eadem causa iudex et procurator esse potest.*

IV. *Inordinatus processus per se iniuriam non infert, nisi de animo iniuriandi constet.*

DECISIO CXCV.

THEMA.

Diuisio hereditatis, secundum inuentarium iudiciale facta, non facile retractanda.

RESPONSVM CXCVI.

THEMA.

De diuisione bonorum inter liberos dissortes suscipienda.

DECISIO CXCVII.

THEMA.

In ducatu Brunſuicenſi maior diuidit, minor eligit.

LIBER XI.

Tit. VII. De religioſis et ſumtibus funerum etc.

RESPONSVM CXCVIII.

THEMA.

Ius ſepulchrum priuatum concedendi non a iudice eccleſiaſtico, ſed politico inter proteſtantes dependet.

DECISIO CXCIX.

THEMA.

Sepulchrum in diuiſionem hereditatis venit.

LIBER X.

Tit. II. Familiæ erciſcundæ.

DECISIO CC.

THEMA.

Actio familiæ erciſcundæ prætenſiones heredum ſingulorum inter ſe comprehendit.

RESPONSVM CCI.

THEMA.

In diuiſione paternæ hereditatis fideicommiſſaria bona antea ſeparanda.

DECISIO CCII.

THEMA.

De diuiſione, inter matrem et liberos ſine tutore et taxatione bonorum facta, annullanda.

RESPONSVM CCIII.

THEMA.

Pecunia pro hereditaria habetur, quæ ex venditione rei hereditariæ debetur.

RESPONSVM CCIV.

THEMA.

Portionis ſtatutariæ in hereditate materna ratio non habetur, ſi defuncta mater cum liberis non diuiſit, ſed in communione permanſit.

RESPONSVM CCV.

THEMA.

Filius, cui portio ſufficiens aſſignata, a coherede iuratam ſpecificationem petere nequit.

DECISIO CCVI.

THEMA.

Iure Luneburgenſi vidua ante diuiſionem nomina exigere poteſt.

DECISIO CCVII.

THEMATA.

I. Ius prælationis inter æquales heredes ex falſis fundamentis aſſertum.

II. *In cauſis ſummariis incidenter propoſitis lis præſcindenda.*

RESPONSVM CCVIII.

THEMA.

Diuiſio hereditatis ex capite læſionis impugnari poteſt.

Tit. III. Communi diuidundo.

DECISIO CCIX.

THEMA.

Diuiſio ſiluæ communis non facile impedienda.

DECISIO

DECISIO CCX.

THEMA.

Actio communi diuidundo XXX. annis præscribitur, quando quis rem communem tanquam propriam hactenus possedit.

DECISIO CCXI.

THEMATA.

I. Qui commune commodum ex re habent, æqualiter ad eius refectionem obligantur.

II. *Quatenus id, quod in via publica factum, præuio mandato S. C. demoliendum sit.*

DECISIO CCXII.

THEMA.

De impensis et damnis in re communi factis.

LIBER XI.

Tit. I. De interrogationibus in iure faciendis, et interrogatoriis actionibus.

DECISIO CCXIII.

THEMA.

Positiones, dummodo præsumtionem quandam inferant, tanquam releuantes in dubio admittuntur.

Tit. VII. De religiosis et sumtibus funerum, et vt funus ducere liceat.

RESPONSVM CCXIV.

THEMATA.

I. *Pertinentiæ feudales ex litteris inuestituræ determinantur.*

II. *Debitum pretio feudi imputatum allodiale est.*

III. Impensæ funeris ad onus allodiale pertinent.

IV. *Dos filiabus in subsidium ex feudo debetur.*

V. *Ex rebus expeditoriis primogenito gladius est præcipuus.*

VI. *Gerada quid comprehendat? vbi: von denen Pacificalien und Gezierde.*

LIBER XII.

Tit. I. De rebus creditis.

DECISIO CCXV.

THEMA.

Cum eo, cuius fidem secutus, quis contraxisse censetur.

DECISIO CCXVI.

THEMA.

Qui proprio nomine contraxit, recte conuenitur et condemnatur.

DECISIO CCXVII.

THEMA.

Quatenus ciuitas ex mutuo contractu obligetur?

RESPONSVM CCXVIII.

THEMA.

Qui ex mandato alterius soluit pecuniam, cum eo, cui soluit, mutuum non contrahit.

DECISIO CCXIX.

THEMA.

Potius mutuum quam depositum esse censetur, si cui pecunia mutuanda committitur, eique ea de re fides habita.

DECISIO CCXX.

THEMA.

Deminuto valore nummorum, solutio ex quo tempore æstimetur?

DECISIO CCXXI.

THEMA.

De exceptione non numeratæ pecuniæ.

RESPONSVM CCXXII.

THEMATA.

I. Exceptio non numeratæ pecuniæ post acceptationem cambii conditionatam opponi potest.
II. Obstat etiam indossatario.

Tit. II. De iureiurando.

DECISIO CCXXIII.

THEMA.

Ad iuramentum paupertatis actor promiscue se offerre nequit, nisi paupertatem antea demonstrauerit.

DECISIO CCXXIV.

THEMA.

Iuramentum calumniæ a principali non præstitum in Saxonia pro deserto, delatum vero pro præstito habendum.

DECISIO CCXXV.

THEMATA.

I. Iuramentum calumniæ per procuratorem præstari potest.
II. *Vsuræ ob iudicatum vltra alterum tantum currunt.*

DECISIO CCXXVI.

THEMATA.

I. Iudex ex officio aliquando iuramentum calumniæ alicui deferre potest.
II. Exceptiones per iuramenti delationem fiunt in continenti liquidæ.

DECISIO CCXXVII.

THEMATA.

I. Quatenus iuramentum calumniæ per procuratorem præstari possit?
II. Nonnunquam probatio iniuncta iuramenti delationem excludit.
III. *Aduocatus ad testimonium ratione eius, quod inter partes litigantes publice gestum, cogi potest.*

DECISIO CCXXVIII.

THEMA.

Syndicus collegii illustris non facile iuramento calumniæ onerandus.

DECISIO CCXXIX.

THEMA.

Iuramentum tertio, qui non in lite est, deferri nequit.

DECISIO CCXXX.

THEMA.

Qui in probatione deficit, postea iuramentum deferre nequit.

DECISIO CCXXXI.

THEMATA.

I. Delatio iuramenti generalis admittitur, quoties rationes redduntur et examinantur.
II. Iuramentum non recte relatum pœnam desertionis coniunctam non habet.

DECISIO CCXXXIII.

THEMA.

An sponte se offerenti iuramentum a iudice deferri possit?

RESPON-

RESPONSVM CCXXXIII.

THEMA.

Ad iuramentum delatum nemo se offerre potest.

RESPONSVM CCXXXIV.

THEMA.

Iuramento vniuersitati delato, deferens eligit, quis iurare debeat.

DECISIO CCXXXV.

THEMATA.

I. Terminus iurandi extra Saxoniam non est fatalis.

II. *Debitor immodica cautione non est grauandus.*

DECISIO CCXXXVI.

THEMA.

In causa spolii super exceptione dimissæ possessionis iuramentum deferri potest.

RESPONSVM CCXXXVII.

THEMA.

Iuramenti delatio in causis famosis, si ciuiliter agitur, locum habet.

DECISIO CCXXXVIII.

THEMA.

Vtrum super facto turpi et in processu prouocatorio locum habeat iuramenti delatio?

DECISIO CCXXXIX.

THEMATA.

I. Iuramentum delatum ex iusta causa reuocari potest.

II. *An dominium per inspectionem ocularem probetur?*

DECISIO CCXL.

THEMA.

Ex iusta causa tutor iuramentum nomine pupilli acceptare tenetur.

DECISIO CCXLI.

THEMA.

Delati iuramenti effectus est compensatio expensarum.

DECISIO CCXLII.

THEMA.

Iuramentum delatum an ab omnibus litis consortibus præstandum sit?

DECISIO CCXLIII.

THEMA.

In causis stipendia concernentibus magistratus ex officio ad iuramentum manifestationis tenetur.

RESPONSVM CCXLIV.

THEMA.

De iuramento manifestationis a defuncti vidua præstando.

DECISIO CCXLV.

THEMA.

Iudex contra matrimonium iuramentum legale iniungere potest.

RESPONSVM CCXLVI.

THEMA.

Iuramentum suppletorium locum habet, si ad dissoluendum matrimonium dolo initum agitur.

DECISIO CCXLVII.

THEMATA.

I. Infames et de periurio suspecti ad iuramentum suppletorium admitti nequeunt.

II. Iudæus facilius contra Christianum, quoties hic suppletorium præstare nequit, ad purgatorium admittitur.

DECISIO CCXLVIII.

THEMA.

Si ob defectum probationis vel qualitatem personæ suppletorium locum non habet, aduersarius ad purgatorium admittitur.

DECISIO CCXLIX.

THEMA.

Iudæo in causa stupri purgatorium impositum.

DECISIO CCL.

THEMA.

In causis antiquis ob varias præsumtiones iuramentum suppletorium credulitatis locum habet.

DECISIO CCLI.

THEMA.

Ad probandam consanguinitatem leuiores probationes ad suppletorium sufficiunt.

DECISIO CCLII.

THEMA.

De iuramento credulitatis suppletorio in causa consanguinitatis.

RESPONSVM CCLIII.

THEMA.

Iuramentum suppletorium credulitatis in rebus arduis non facile ob præsumtiones nudas admittitur.

RESPONSVM CCLIV.

THEMA.

Si alter litigantium de veritate, alter de credulitate iuraturus est, prior præfertur.

DECISIO CCLV.

THEMA.

Negata diffessione iurata, iuramentum ignorantiæ locum non habet.

DECISIO CCLVI.

THEMA.

Iuramentum purgatorium restituit ius opificii.

Tit. III. De in litem iurando.

DECISIO CCLVII.

THEMA.

Sine magna causa contra iuramentum in litem probatio contraria haud admittitur.

DECISIO CCLVIII.

THEMA.

Iuramentum in litem ex iusta causa contra heredes præstari potest.

LIBER XIII.

Tit. VI. Commodati vel contra.

DECISIO CCLIX.

THEMA.

In commodato et pignore iure Hamburgensi dominium transfertur.

Tit. VII. De pignoratitia actione.

RESPONSVM CCLX.

THEMA.

Res oppignorata in eadem qualitate, quæ tempore pignoris fuit, restituenda.

DECISIO

DECISIO CCLXI.

THEMA.

Impensæ vtiles in pignore antichretico aliquando secundum pretium conuentum restituendæ.

DECISIO CCLXII.

THEMA.

In antichresi rationes de fructibus reddendæ.

RESPONSVM CCLXIII.

THEMATA.

I. Creditor immissus nunquam rem possessam ob malam fidem præscribit.
II. Tenetur de fructibus perceptis et percipiendis rationes reddere.
III. Actio pignoratitia non nisi debito soluto institui potest.

DECISIO CCLXIV.

THEMA.

Ius reluendi pignus antichreticum nondum soluto debito præscribi nequit.

LIBER XIV.

Tit. VI. De SCto Macedoniano.

DECISIO CCLXV.

THEMA.

Contra debitum, pro quo pater intercessit, exceptio SCti Macedoniani opponi nequit.

LIBER XV.

Tit. I. De peculio.

DECISIO CCLXVI.

THEMA.

Alienationem aduentitiorum a patre nulliter factam liberi, qui eius heredes facti, impugnare nequeunt.

RESPONSVM CCLXVII.

THEMA.

Mater a rationum redditione quoad bona aduentitia non est exemta.

RESPONSVM CCLVIII.

THEMA.

Vtrum patri nomine liberorum transigere integrum sit?

LIBER XVI.

Tit. I. Ad SCtum Velleianum.

DECISIO CCLXIX.

THEMATA.

I. Mulier, quæ pro eo, ob quod intercessit, æquipollens accepit, non iuuatur SCto Velleiano.
II. *Exceptio alterius tanti morosis debitoribus non datur.*

RESPONSVM CCLXX.

THEMA.

Mulier, quæ scienter cum falso curatore fideiussit, ob dolum SCto Velleiano non vtitur.

DECISIO CCLXXI.

THEMA.

De vxore pro marito constituente.

DECISIO CCLXXII.

THEMA.

Vxor vna cum marito se obligans interceſſiſſe videtur.

RESPONSVM CCLXXIII.

THEMATA.

I. Fideiuſſio vxoris extra inſtrumentum publicum inualida eſt.
II. Sola mentio interceſſionis ex interuallo facta eius repetitionem non infert.
III. *Exceptio SCti Velleiani etiam marito, qui heres mulieris factus, prodeſt.*
IV. *Vſuræ ex mora debitoris ſoluendæ non augent obligationem fideiuſſoris definitam.*
V. *Fideiuſſor indemnitatis conueniri nequit, quoties creditor debitorem iuſto tempore conuenire neglexit.*

DECISIO CCLXXIV.

THEMA.

Quatenus mulier indemnitatem promittens intercedat?

DECISIO CCLXXV.

THEMA.

Debitum, quod mox liquidum fieri poteſt, compenſationem admittit.

Tit. II. De compenſationibus.

RESPONSVM CCLXXVI.

THEMA.

De expenſis variis ab adminiſtratore in compenſationem deductis.

RESPONSVM CCLXXVII.

THEMA.

Retentio etiam ob debitum illiquidum obtinet, donec aduerſarius cauerit.

DECISIO CCLXXVIII.

THEMA.

Ius retentionis, ob debitum non connexum vel illiquidum, locum non habet.

DECISIO CCLXXIX.

THEMA.

Ius retentionis contra debitoris debitorem locum non habet.

RESPONSVM CCLXXX.

THEMA.

Ius retentionis debitum abſolute liquidum non ſupponit.

RESPONSVM CCLXXXI.

THEMA.

Retentio periculum non habet connexum.

DECISIO CCLXXXII.

THEMA.

Ob debitum, quod facile liquidum fieri poteſt, retentio competit.

Tit. III. Depoſiti vel contra.

DECISIO CCLXXXIII.

THEMA.

Parœmia: *Hand muſs Hand wahren*, ad commodatum vel pignus, non vero depoſitum iure Hamburgenſi pertinet.

RESPONSVM CCLXXXIV.

THEMA.

Sequeſtrum ceſſante iuſta cauſa decerni nequit.

DECISIO CCLXXXV.

THEMA.

Sequeſtrum ex iuſta cauſa decerni poteſt.

LIBER XVII.

Tit. I. Mandati vel contra.

DECISIO CCLXXXVI.

THEMA.

Qui sub qualitate institoris contrahit, sed limites mandati excessit, ipse tenetur, nec principalem obligare potest.

DECISIO CCLXXXVII.

THEMA.

Qui assignationem qua institor acceptat, proprio nomine non tenetur.

DECISIO CCLXXXVIII.

THEMA.

Quatenus mandans tertio, quocum mandatarius contraxit, teneatur?

DECISIO CCLXXXIX.

THEMA.

Mandatarius, qui fines mandati excessit, ad indemnitatem tenetur.

DECISIO CCXC.

THEMA.

Qui sub qualitate mandatarii solutionem promittit, proprio nomine non tenetur.

Tit. II. Pro socio.

DECISIO CCXCI.

THEMATA.

I. Socius finita societate obligatur ratione eius, quod cum societate contractum.

II. *In foro arresti litis pendentia non aliter inducitur, quam si arrestans ibidem arrestum prosequutus fuerit.*

DECISIO CCXCII.

THEMA.

Socius suo nomine cum extraneo contrahens reliquos socios non obligat.

DECISIO CCXCIII.

THEMA.

Societati tempestiue renunciari potest.

LIBER XVIII.

Tit. I. De contrahenda emtione venditione, et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quæ res venire non possunt.

RESPONSVM CCXCIV.

THEMATA.

I. Vox *Erb-Kauf*, instrumento venditionis inserta, reluitionem reseruatam non impedit.

II. Præscriptioni reluitionis pacto contrahentes renunciare possunt.

III. Pro eo pretio reluitio facienda, de quo ab initio conuentum.

IV. Resignatio etiam ante terminum præfinitum fieri potest.

V. *Facultas nondum nata præscribi nequit.*

VI. *Retentio etiam ob debitum illiquidum locum habet, donec cautio ab aduersario offeratur.*

VII. Reluitio actione personali petitur.

DECISIO CCXCV.

THEMA.

Qui mercem acceptauit et vendere cœpit, eam postea improbare, aut pretium deminuere nequit.

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

DECISIO CCXCVI.

THEMA.

De dominio ob defectum pretii soluti et fidei non habitæ haud translato.

DECISIO CCXCVII.

THEMA.

Quatenus ancillis heri nomine ementibus fides de pretio haberi possit?

RESPONSVM CCXCVIII.

THEMA.

De proclamatum fundi alienandi necessitate.

DECISIO CCXCIX.

THEMA.

Subhastatio prior supremo licitatori nullum ius quæsitum dat, si ea in fauorem debitoris denuo decreta.

DECISIO CCC.

THEMATA.

I. Licitans post licitationem a creditoribus acceptatam pœnitere nequit.
II. *Decretum iudicii valet, licet non omnes assessores iudicii præsentes fuerint.*
III. *Post conclusionem in causa scripta valide offerri nequeunt.*

RESPONSVM CCCI.

THEMA.

Quatenus subhastatio censeatur perfecta?

DECISIO CCCII.

THEMA.

Condominus, in addictionem rei sub hasta emtæ consentiens, postea ad ius protimiseos prouocare nequit.

DECISIO CCCIII.

THEMA.

Ius retractus ex consanguinitate moribus Germaniæ conuenit.

DECISIO CCCIV.

THEMA.

An quoad ius retractus gentilitium in paternis mater pro extranea habeatur?

DECISIO CCCV.

THEMA.

Retractus ex iure consanguinitatis tantum in bonis iure hereditario acquisitis locum habet.

DECISIO CCCVI.

THEMA.

Retractus ex iure consanguinitatis an præferatur retractui ex iure congrui?

RESPONSVM CCCVII.

THEMATA.

I. Ex pacto protimiseos contra tertium, qui scienter rem huic pacto obnoxiam emit, agitur.
II. Retrahens a pretio tantum detrahit, quantum deteriorationi respondet.
III. *Actio ad rem immobilem sine decreto a tutore remitti nequit.*

DECISIO CCCVIII.

THEMA.

Ius retractus ad parietem communem, cui contignatio imposita, non pertinet.

DECISIO CCCIX.

THEMA.

Ius retractus ex vicinitate etiam in datione in solutum locum habet.

Tit. II. De in diem addictione.

DECISIO CCCX.

THEMA.

Ei, cui ius protimiseos ex pacto addictionis in diem competit, denuncianda est oblatio pinguioris emtoris.

Tit. IV. De hereditate vel actione vendita.

RESPONSVM CCCXI.

THEMATA.

I. Qui subscriptiones, vulgo *die Actien*, vendit, veritatem earum tantum praestat.
II. *Transactio ex falsa causa inita non valet.*
III. *Ob dolum debitoris loco vsurarum consuetarum interesse peti potest.*

RESPONSVM CCCXII.

THEMATA.

I. Cessio iuris hereditarii ad id, quod iure speciali ex testamento debetur, trahi nequit.
II. Quicquid in locum venditae hereditatis surrogatur, iuris hereditarii naturam sapit.
III. *Duobus de iure crediti contendentibus neutri soluendum.*

DECISIO CCCXIII.

THEMA.

De cessione contra legem Anastasianam.

RESPONSVM CCCXIV.

THEMA.

Contra debitoris debitorem non nisi praeuia cessione agi potest.

LIBER XIX.

Tit. I. De actionibus emti et venditi.

RESPONSVM CCCXV.

THEMA.

Qui ignoranter rem obligatam emit, ad liberandam rem agit, non item qui scienter contraxit, quamuis hic debito soluto id a venditore repetere possit.

DECISIO CCCXVI.

THEMA.

Pretii emtionis vsurae debentur.

DECISIO CCCXVII.

THEMA.

A die, quo emtor fructus rei emtae percepit, vsuras pretii soluere tenetur.

DECISIO CCCXVIII.

THEMA.

Meliorationes in retrouenditione soluendae secundum praesens tempus aestimantur.

RESPONSVM CCCXIX.

THEMA.

De pretio et meliorationibus in reuocatione fundi illegitime alienati restituendis.

Tit. II. Locati conducti.

DECISIO CCCXX.

THEMA.

Si per locatorem non stat, quo minus operas praestet, conductor ad integram mercedem tenetur.

DECISIO CCCXXI.

THEMA.

Clausula cassatoria contractui locationis adiecta, eo rescisso, non impediti, quo minus conductor impensas factas repetere possit.

RESPONSVM CCCXXII.

THEMATA.

I. Vtrum conductor damnum ædificii vel inuentarii incendio consumti subeat?
II. Qualis æstimatio rerum inuentario insertarum periculum in conductorem transferat?
III. Damnum, ob dilatam ædificationem conductori datum, a locatore est resarciendum.
IV. *Ius retentionis debitum absolute liquidum non supponit.*
V. *Retentio periculum coniunctum non habet.*

Tit. IV. De rerum permutatione.

DECISIO CCCXXIII.

THEMA.

Quatenus ex indossatione *in bianco* executiue agi possit?

DECISIO CCCXXIV.

THEMA.

Sostrum debetur medico, qui contra regulas artis non curauit.

Tit. V. De præscriptis verbis.

RESPONSVM CCCXXV.

THEMATA.

I. Salarium ad certum tempus promissum quatenus operis non præstitis debeatur?
II. *Ob debitum, quod facile liquidum fieri potest, ius retentionis exercetur.*
III. *Indefinita promissio alimentorum efficax est.*
IV. *Editio documentorum a tertio peti potest.*

RESPONSVM CCCXXVI.

THEMA.

Merces si non promissa, contractus est innominatus.

LIBER XX.

Tit. I. De pignoribus et hypothecis, et de pactis eorum.

DECISIO CCCXXVII.

THEMATA.

I. Hypotheca iudicialis etiam futura bona comprehendit.
II. *Quidquid tutor pecunia pupillari suo nomine emit, eius vtrum pupillus se dominum recte dicat?*

DECISIO CCCXXVIII.

THEMATA.

I. Hypotheca sola notarii subscriptione etiam sine instrumento legali fit publica.
II. Iudex rei sitæ tantum publicam hypothecam constituere potest.

DECISIO CCCXXIX.

THEMA.

Hypotheca publica inscio vel inuito debitore constitui nequit.

DECISIO CCCXXX.

THEMA.

De effectu generalis et specialis hypothecæ simul concessæ.

DECISIO

DECISIO CCCXXXI.

THEMA.

Exceptio excussionis, moto super bonis debitoris concursu, tertio hypothecæ possessori non datur.

Tit. II. In quibus causis pignus vel hypotheca tacita contrahitur.

DECISIO CCCXXXII.

THEMA.

In feudo nulla datur regulariter hypotheca tacita.

DECISIO CCCXXXIII.

THEMA.

Ex hypotheca tacita ratione dotis promissæ contra tertium agi nequit, nisi certa quantitas promissa.

Tit. IV. Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

DECISIO CCCXXXIV.

THEMA.

Priuilegium prælationis dori cohærens ad cessionarium non transit.

DECISIO CCCXXXV.

THEMATA.

I. *Qui ex patris exspectatiua succedit, eius æs alienum suscipere debet.*

II. *In causis domesticis pater habilis testis est.*

III. Mulier ratione dotis omnibus expressis et tacitis hypothecis præfertur.

Tit. VI. Quibus modis pignus vel hypotheca soluitur.

DECISIO CCCXXXVI.

THEMA.

Hypotheca in libris publicis deleta extinguitur.

LIBER XXI.

Tit. II. De euictionibus et duplæ stipulatione.

RESPONSVM CCCXXXVII.

THEMATA.

I. Euictionis præstatio ob vim maiorem cessat.

II. Euictio, ob odium superioris in venditorem innocentem, non præstatur.

RESPONSVM CCCXXXVIII.

THEMATA.

I. Ob remissam euictionis præstationem ad indemnitatem agi nequit, maxime in emtione spei.

II. *Comparatio litterarum ordinatione processus Saxonici sublata in documentis ante huius publicationem conscriptis locum habet.*

III. Pactum de non præstanda euictione etiam casum diffessionis a debitore factæ, si chirographum venditum, comprehendit.

RESPONSVM CCCXXXIX.

THEMA.

Indossatarius facta diffessione cambii ob pactum de non præstanda euictione aduersus indossantem non habet regressum.

RESPONSVM CCCXL.

THEMA.

Tale pactum etiam secundo indossatario nocet.

DECISIO CCCXLI.

THEMA.

Euictio pactis restringi potest.

DECISIO CCCXLII.

THEMA.

Qui rem moto concursu sub hasta emit, ob euictum aliquod ius in re vendita a creditoribus indemnis seruandus, concursui vero se immittere non tenetur.

RESPONSVM CCCXLIII.

THEMA.

De litis denunciatione eiusque effectu.

RESPONSVM CCCXLIV.

THEMA.

Litis denunciatio non operatur, vt alter suis sumtibus litem suscipiat.

RESPONSVM CCCXLV.

THEMA.

Etiam dominus directus vasallo ad euictionem tenetur, si in præiudicium feudi tertio ius aliquod concessit.

LIBER XXII.

Tit. I. De vsuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora.

DECISIO CCCXLVI.

THEMATA.

I. Arbitrium soluendi concessum morte debitoris exspirat, et heredem statim in mora constituit.

II. *Merces si non promissa, contractus est innominatus.*

DECISIO CCCXLVII.

THEMA.

Depositio pecuniæ quatenus ab vsuris liberet?

DECISIO CCCXLVIII.

THEMA.

Vsuræ moræ non debentur, quamdiu debitum quodammodo turbidum est.

RESPONSVM CCCXLIX.

THEMA.

Ob dolum debitoris loco vsurarum consuetarum interesse peti potest.

DECISIO CCCL.

THEMA.

Vsuræ ob iudicatum vltra alterum tantum currunt.

DECISIO CCCLI.

THEMA.

Exceptio alterius tanti morosis debitoribus non datur.

RESPONSVM CCCLII.

THEMA.

Vsuræ ex mora debitoris soluendæ non augent obligationem fideiussoris definitam.

DECISIO CCCLIII.

THEMA.

Extra casum moræ vsuræ quincunces debentur.

DECISIO CCCLIV.

THEMA.

Vsuræ dotis a tempore moræ soluendæ.

RESPON-

RESPONSVM CCCLV.

THEMA.

Anatocismus aliter non admittitur, quam si vergit in iniuriam debitoris.

DECISIO CCCLVI.

THEMA.

Pecuniæ a notario obsignatæ vsuras debitor non soluit.

DECISIO CCCLVII.

THEMA.

Vsuræ ob debita dotalia a tempore mortis mariti soluendæ.

DECISIO CCCLVIII.

THEMA.

Iudex pecuniam non obsignatam in custodiam recipiens tenetur ad vsuras.

Tit. III. De probationibus et præsumtionibus.

DECISIO CCCLIX.

THEMA.

Probatio non valida est, quæ libello haud conformis.

DECISIO CCCLX.

THEMA.

In causis difficillimæ probationis coniecturæ fidem faciunt.

DECISIO CCCLXI.

THEMA.

In causis antiquis coniecturæ probant, imprimis si de genealogia quæritur.

DECISIO CCCLXII.

THEMA.

Ad probandam genealogiam leuiora argumenta sufficiunt.

DECISIO CCCLXIII.

THEMA.

Quatenus annotationes præstandorum in rationibus administratorum redditis ac iustificatis contra tertium probent?

DECISIO CCCLXIV.

THEMA.

Annotationes priuatæ adminiculo muniræ vim semiplenæ probationis habent.

DECISIO CCCLXV.

THEMA.

Ob terminum productionis neglectum difficilius desertio decernitur.

DECISIO CCCLXVI.

THEMA.

Terminus probatorius culpa producentis lapsus, perimit probationem.

DECISIO CCCLXVII.

THEMA.

Post lapsum terminum probatorium probatio non admittenda, nisi vniuersitas agat.

DECISIO CCCLXVIII.

THEMA.

Terminus ad probandum periurii metum contra iuramentum acceptatum in dubio non est peremtorius.

DECISIO CCCLXIX.

THEMA.

In dubio contra desertionem probationis pronunciandum.

DECISIO CCCLXX.

THEMATA.

I. Articuli probatoriales in dubio pro pertinentibus habentur.

II. *Iura pauperum temere non sunt concedenda.*

DECISIO CCCLXXI.

THEMATA.

I. Articuli probatoriales, quibus impugnatur fides publica librorum censualium, reiiciuntur.

II. *De pacto fiduciæ.*

DECISIO CCCLXXII.

THEMA.

Ordo circa media probandi obseruanda, ab arbitrio iudicis pendet.

DECISIO CCCLXXIII.

THEMA.

Licet Hamburgi post reuisionem noua documenta produci nequeant, facilius tamen id post declarationem sententiæ licet.

DECISIO CCCLXXIV.

THEMA.

Absentis mors quatenus per leuiores probationes euincatur?

DECISIO CCCLXXV.

THEMATA.

I. Terminus reprobatorius currere incipit a tempore, quo reproducens se ad reprobandum obtulit, si citationem ad publicandum rotulum præuenit.

II. *A tutore num iuramentum editionis recte exigi possit?*

DECISIO CCCLXXVI.

THEMA.

Exceptiones peremtoriæ, quæ non immediate L. C. annexæ, sed in duplicis allegatæ, an in reprobatione admittantur?

Tit. IV. De fide instrumentorum et amissione eorum.

DECISIO CCCLXXVII.

THEMA.

Libri censuales contra tertium non probant.

DECISIO CCCLXXVIII.

THEMA.

Onera prædiorum rusticorum ex registris publicis probantur.

DECISIO CCCLXXIX.

THEMA.

De fide librorum censualium et catastrorum.

DECISIO CCCLXXX.

THEMA.

De fide librorum censualium.

DECISIO CCCLXXXI.

THEMATA.

I. Matriculæ antiquæ in archiuo regio repertæ, licet mera exempla sint, plene probant.

II. *Ius ouile habendi a possessione agrorum pendet.*

III. *Ius compatronatus falso assertum.*

RESPONSVM CCCLXXXII.

THEMATA.

I. Instrumentum fide notarii sustinetur, licet imbecillitas memoriæ testium concurrat.

II. *Quo tempore adhæsio appellationis fiat?*

III. *Iudex appellationis super omnibus punctis cum grauamine connexis iudicat.*

IV. *Possessor hereditatis debita hereditaria exigit, ipse vero ad inuentarium faciendum obstringitur.*

V. *Arrestum ob debitum illiquidum non decernitur.*

DECISIO CCCLXXXIII.

THEMATA.

I. Qui notario instrumentum scribenti quæstionem status mouet, onus probandi habet.

II. *Codicilli falsi in dubio non præsumuntur.*

DECISIO

DECISIO CCCLXXXIV.

THEMA.

Cambium recognitum omnes omnino etiam imperitos obligat, reiectis in reconventionem exceptionibus.

DECISIO CCCLXXXV.

THEMATA.

I. Ob reperta nouiter instrumenta post præstitum iuramentum legale, probatio admittitur.

II. Post diffessionem cambii processus ordinarius adhuc locum habet.

DECISIO CCCLXXXVI.

THEMATA.

I. Ex documento referente aliquando executiue agi potest.

II. Exceptio N. N. P. vtrum post biennium opponi possit?

RESPONSVM CCCLXXXVII.

THEMATA.

I. Litteræ habent vim chirographi, si causa debendi munitæ sunt.

II. Cancellatio chirographi adhuc legibilis non absolute nocet.

III. Ex illo tamen executiue agi nequit.

IV. *Vsuræ, non obstante interpellatione, vltra alterum tantum vix extenduntur.*

V. *Sola declaratio heredis de debito defuncti soluendo nouationem non constituit.*

DECISIO CCCLXXXVIII.

THEMATA.

I. *Cautio pro reconuentione temere non exigenda.*

II. Causam debendi implicite documento inesse sufficit.

DECISIO CCCLXXXIX.

THEMA.

Diffessio instrumenti tamdiu suspendenda, donec causa periurii tanquam præiudicialis decisa.

RESPONSVM CCCXC.

THEMATA.

I. Suspectus de periurio ad diffessionem cambii non admittitur, creditor vero in supplementum iurare, probabili causa concurrente iubetur.

II. *Indossatarius facta diffessione cambii ob pactum de non præstanda euictione aduersus indossantem non habet regressum.*

III. *Tale pactum etiam secundo indossatario nocet.*

DECISIO CCCXCI.

THEMA.

Subscriptionem recognoscere et contenta diffiteri nemo regulariter potest.

DECISIO CCCXCII.

THEMA.

Contra documenta liquida exceptio nouationis locum non habet.

RESPONSVM CCCXCIII.

THEMA.

Comparatio litterarum ordinatione processus Saxonici sublata in documentis antea conscriptis locum habet.

DECISIO CCCXCIV.

THEMA.

Recognitio documenti per testes quomodo fiat?

DECISIO CCCXCV.

THEMA.

Simulatio contra documentum etiam ex coniecturis probatur.

RESPONSVM CCCXCVI.

THEMA.

Documenta lacerata in causis antiquis obseruantia corroboratis probant.

DECISIO CCCXCVII.

THEMA.

Super amissione instrumenti ex probabili causa quis ad iuramentum admittitur.

DECISIO CCCXCVIII.

THEMA.

Amissio chirographi veritati debiti non præiudicat.

DECISIO CCCXCIX.

THEMA.

Vtrum tutor iuramentum editionis declinare possit?

Tit. V. De testibus.

DECISIO CCCC.

THEMATA.

I. Habilitas et inhabilitas testium ab arbitrio iudicis pendet.
II. Aduocatus a testimonio in causa clientis sui non absolute arcetur.

DECISIO CCCCI.

THEMATA.

I. Ante L. C. testes recipi nequeunt.
II. *Transactio super dolosa interceptione valet.*

RESPONSVM CCCCII.

THEMATA.

I. Termino probatorio non præfixo, noua testium productio admittitur.
II. *Si alter de veritate, alter de credulitate iuraturus est, prior præfertur.*

DECISIO CCCCIII.

THEMA.

In demonstratione interrogatoria in termino, sed non communicatis articulis, iure Gothano admittuntur.

DECISIO CCCCIV.

THEMA.

Vtrum ad iuratam confirmationem attestati extraiudicialis aduersarius citandus sit?

DECISIO CCCCV.

THEMA.

In collisione testium, quorum depositio verisimilior et negotio aptior, examinandum.

DECISIO CCCCVI.

THEMA.

In dubio pro admissione testium et articulorum pronunciandum.

DECISIO CCCCVII.

THEMA.

Quilibet in causa propria inhabilis testis est.

DECISIO CCCCVIII.

THEMA.

Iudex de lite penes se mota testari potest.

DECISIO CCCCIX.

THEMA.

Aduocatus ad testimonium ratione eius, quod inter partes litigantes publice gestum, cogi potest.

DECISIO CCCCX.

THEMATA.

I. Aduocatus pro cliente in causa extraiudiciali testimonium præstat.
II. *Ex cancellatione chirographi solutio præsumitur.*

DECISIO CCCCXI.

THEMATA.

I. Membra vniuersitatis in causa vniuersitatis testes esse possunt.
II. Aduocatus in causis cum cliente publice actis testimonium ferre potest.
III. Interrogatoria iudex supplet.

RESPONSVM CCCCXII.

THEMATA.

I. In causis criminalibus vxor et affinis testimonium præstant.

II. *Ex*

II. *Ex indiciis criminum nemo condemnandus.*
III. *Stellionatus ob qualitatem facti pœna corporis afflictiua coerceri potest.*

DECISIO CCCCXIII.

THEMA.

In processu executiuo aliquando recognitio per testes admittitur pro euitanda dif-
fessione.

DECISIO CCCCXIV.

THEMA.

Inimicus testis habilis non est.

DECISIO CCCCXV. a)

THEMA.

In causis domesticis pater habilis testis est.

RESPONSVM CCCCXV. b)

THEMA.

In causa natiuitatis parentes habiles sunt testes.

DECISIO CCCCXVI.

THEMA.

In causa dotis etiam domestici testes admittuntur.

RESPONSVM CCCCXVII.

THEMA.

Vitricus a testimonio simpliciter non arcendus.

Tit. VI. De iuris et facti ignorantia.

DECISIO CCCCXVIII.

THEMA.

Ob rusticitatem ignorantiæ exceptio et restitutio admittenda.

LIBER XXIII.

Tit. I. De sponsalibus.

DECISIO CCCCXIX.

THEMATA.

I. Sponsalia non perfunctorie, sed rite probanda.
II. *Confessio qualificata est, si reus de sponsalibus conuentus illa conditionata fuisse asserit.*

RESPONSVM CCCCXX.

THEMA.

Sponsalia concubitu firmata præferuntur coniugio subsequenti etiam inter Catho-
licos, quoties concilium Tridentinum alicubi non receptum.

DECISIO CCCCXXI.

THEMATA.

I. Seriæ declarationes de futuris nuptiis constituunt sponsalia.
II. Matris consensum ad nuptias requirere non tenetur, qui extra eius conuictum
degit.
III. Sponsalia concubitu firmata absolute sunt consummanda.

DECISIO CCCCXXII.

THEMA.

De sponsalibus ex capite minorennitatis non rescindendis.

DECISIO CCCCXXIII.

THEMA.

De consensu parentum in nuptias negato per consistorium supplendo.

DECISIO CCCCXXIV.

THEMA.

Sponsalia rite contracta media cogendi iudicialia admittunt.

DECISIO CCCCXXV.

THEMATA.

I. Sponsalia quatenus inter adulterantes valeant?
II. Declaratio vaga non inducit sponsalia.

DECISIO CCCCXXVI.

THEMATA.

I. Sponsalia ob dissidium animorum dissolui possunt.
II. Puella, quæ causam discidii præbet, satisfactionem petere nequit.

DECISIO CCCCXXVII.

THEMA.

Sponsalia ob inimicitias dissoluuntur, et nocens ad interesse condemnatur.

Tit. II. De ritu nuptiarum.

RESPONSVM CCCCXXVIII.

THEMATA.

I. Specimen matrimonii dolo initi.
II. Tale matrimonium pro nullo habendum.
III. Vnde dolo deceptus ante sententiam cum extranea concumbens mitius punitur.
IV. *Iuramentum suppletorium locum habet, licet ad dissoluendum matrimonium dolo initum agatur.*

RESPONSVM CCCCXXIX.

THEMA.

Matrimonium cum defunctæ vxoris sororis filia non prohibitum.

DECISIO CCCCXXX.

THEMA.

Statutum communionem æris alieni inter coniuges probans, vtrum ad debita post finitum matrimonium contracta in dubio pertineat?

DECISIO CCCCXXXI.

THEMA.

In ciuitate Hildesiensi, non extra eius muros, communio bonorum inter coniuges obtinet.

DECISIO CCCCXXXII.

THEMA.

Quatenus vxor superstes iure Hamburgensi teneatur ad æs alienum pro marito soluendum?

DECISIO CCCCXXXIII.

THEMA.

Communio bonorum inter coniuges non tollitur per mutationem domicilii.

RESPONSVM CCCCXXXIV.

THEMATA.

I. *Partus septimestris vixisse præsumitur.*
II. Vbi communio bonorum obtinet, ibi legitima et gerada cessat.
III. *In causa natiuitatis parentes habiles sunt testes.*

DECISIO CCCCXXXV.

THEMA.

Pœna priuationis hereditatis ob transitum ad secunda vota hodie cessat.

RESPONSVM CCCCXXXVI.

THEMATA.

I. *Testamentum inter liberos priuilegiatum, inuitu extranei non valet.*
II. De vsu *l. 6. C de secund. nupt.*
III. Hæc sanctio vnice in fauorem liberorum prioris matrimonii confecta.
IV. *Prohibitio inuentarii in præiudicium legitimæ non valet.*
V. *Vitricus a matre non potest tutor dari.*
VI. *Qui alumnum suscepit, eundem heredem instituere non tenetur.*

VII. *Est*

VII. *Est grauamen legitimæ alterutri liberorum assignatæ, si pater diuisionem ad tempus prohibet.*

RESPONSVM CCCCXXXVII.

THEMATA.

I. *Valet inter coniuges testamentum reciprocum, etsi liberi adfuerint.*
II. Dispositio *l. 6. C. de secund. nupt.* non est in vsu, vbi communio bonorum, vel portio statutaria obtinet.
III. *Legitima liberis iure fideicommissi relinqui nequit.*
IV. *Liberi duplicem quartam in fideicommisso puro detrahunt.*

Tit. III. De iure dotium.

RESPONSVM CCCCXXXVIII.

THEMA.

Causa dotis, nisi incidenter tractetur, ad iudicem secularem pertinet.

RESPONSVM CCCCXXXIX.

THEMA.

Dos a socero et sponsa simul promissa in dubio ex bonis paternis debetur.

RESPONSVM CCCCXL.

THEMA.

Nec interest, si vel maxime sponsa partem soluerit.

DECISIO CCCCXLI.

THEMA.

Dotem filia a superstite parente petere nequit, vbi communio bonorum obtinet.

DECISIO CCCCXLII.

THEMA.

Dotis constitutio ab allegante probanda.

DECISIO CCCCXLIII.

THEMA.

Maritus ad dotem promissam contra socerum recte agit.

DECISIO CCCCXLIV.

THEMATA.

I. Constitutio dotis per pactum negotium irreuocabile est.
II. Ea nequidem ex capite ingratitudinis reuocari potest.

DECISIO CCCCXLV.

THEMA.

Illatio dotis an ex confessione mariti contra creditores vel agnatos feudales probari possit?

DECISIO CCCCXLVI.

THEMATA.

I. Renunciatio prioritatis a muliere magna cum circumspectione exigenda.
II. *Sumtus concursus singulis creditoribus pro rata deducuntur.*

RESPONSVM CCCCXLVII.

THEMA.

Dos filiabus in subsidium ex feudo debetur.

RESPONSVM CCCCXLVIII.

THEMATA.

I. Quoties dos ex feudo constituenda, vnice ad quantitatem feudi et pacta familiæ, non dignitatem sponsi respiciendum.
II. Dos per legem domus ex feudo simpliciter soluenda, non ex allodio petenda.

DECISIO CCCCXLIX.

THEMATA.

I. De fide testium domesticorum in causa dotis.
II. Dotalitium pactis dotalibus promissum an ex feudo debeatur, si dote illata maritus ante impetratum consensum moritur?

RESPONSVM CCCCL.

THEMATA.

I. Dos filiabus in testamento assignata, nuptiis non secutis, haud debetur.
II. Dotatio ad feudum restricta simpliciter a successore feudali est præstanda.

RESPONSVM CCCCLI.

THEMATA.

I. Donatio propter nuptias sæpe dotalitium, *die Haus-Gelder* vero pecuniam ad habitationis vsum destinatam notant.
II. Vtriusque merus vsusfructus mulieri competit.
III. *Nouatio in dubio non præsumitur.*
IV. *Donatio simplex non confertur.*
V. *Testamentum ob defectum insinuationis inualidum velut priuilegiatum inter liberos valet.*

DECISIO CCCCLII.

THEMATA.

I. In possessorio summariissimo iuris percipiendi reditus dotalitii omnes exceptiones reiiciuntur.
II. *Pendente concursu nemo possessione priuandus.*

DECISIO CCCCLIII.

THEMATA.

I. Vidua habet ius optandi dotem vel dotalitium.
II. De vsu Geradæ, Morgengabæ et comestibilium.

Tit. IV. De pactis dotalibus.

RESPONSVM CCCCLIV.

THEMA.

Pactum dotale simplex colligitur ex verbis *Verabredung, Contract.*

DECISIO CCCCLV.

THEMA.

Contra pacta dotalia simplicia neuter pacisentium in præiudicium alterius quid donare potest.

DECISIO CCCCLVI.

THEMATA.

I. Exceptio implementi non secuti ei non prodest, per quem stat, quo minus hoc sequatur.
II. *Vtrum maritus ob desertionem indignus fiat successione ex pactis dotalibus?*

RESPONSVM CCCCLVII.

THEMATA.

I. Pacta dotalia ab vno coniugum reuocari nequeunt.
II. *Conditio: SI SINE LIBERIS, exstitisse censetur, quoties liberi quidem nati, sed ab hereditate abstinuerint.*
III. *Inops coniux quartam iure proprietatis consequitur, si filia in legitima instituta, reliqua bona vero extraneo relicta.*

RESPONSVM CCCCLVIII.

THEMATA.

I. Pacta dotalia intuitu mariti vltra 500. solidos absque insinuatione nomine vxoris impetrata non valent.
II. *Trebellianica in pactis dotalibus simplicibus locum non habet.*
III. *Legitima, quæ matri, exclusa sorore, in pactis dotalibus assignatur, est tertia totius hereditatis.*

LIBER XXIV.

Tit. II. De diuortiis et repudiis.

DECISIO CCCCLIX.

THEMA.

Impotentia solo iuramento non probatur, nisi inspectio corporis præcedat.

RESPON-

RESPONSVM CCCCLX.

THEMATA.

I. Quatenus matrimonium ob metum a patre illatum nullum sit?
II. De diuortio ob fæuitias qualificatas.

RESPONSVM CCCCLXI.

THEMA.

Annullatio matrimonii per prouocationem ex *L. diffamari* quæsita.

DECISIO CCCCLXII.

THEMA.

Diuortium non nisi ob violenta indicia adulterii vel insidiarum decerni potest.

DECISIO CCCCLXIII.

THEMA.

De diuortio ex præsumto adulterio.

DECISIO CCCCLXIV.

THEMA.

Maritus ad diuortium agens sumtus litis vxori inopi subministrare debet.

DECISIO CCCCLXV.

THEMA.

Diuortium in casu extremæ cohabitandi contumaciæ decretum.

DECISIO CCCCLXVI.

THEMA.

Diuortium quoad thorum et mensam non propter quamcunque inimicitiam decerni potest.

DECISIO CCCCLXVII.

THEMA.

Iure Lubecensi vxor, quæ tempore cessionis bonorum a marito factæ liberos saltim in vtero gerit, illata repetere nequit.

DECISIO CCCCLXVIII.

THEMATA.

I. Acquæstus coniugalis ex statuto Hennebergico superstitci iure proprietatis, non hereditario debetur.
II. *Trebellianica etiam implicite prohiberi potest.*

DECISIO CCCCLXIX.

THEMA.

Specificationi ab vxore edendæ omnia, quæ in domo mortuo marito fuerunt, inferenda.

DECISIO CCCCLXX.

THEMA.

Ius retentionis mulieri in feudo propter dotem competit.

LIBER XXV.

Tit. III. De agnoscendis vel alendis liberis.

RESPONSVM CCCCLXXI.

THEMATA.

I. Alimenta prouisione iuris debita educationem comprehendunt.
II. Determinatio alimentorum ab arbitrio iudicis dependet.
III. *Matri non competit vsusfructus in bonis liberorum.*
IV. *Educatio liberorum matri tutrici extra domicilium mariti non est prohibita.*
V. *Tutori, de perfidia non suspecto, haud potest administrator adiungi.*
VI. *Mater a rationum redditione quoad bona aduentitia non est libera.*

DECISIO CCCCLXXII.

THEMA.

Alimentorum subministratio in dubio animo donandi facta esse non censetur.

RESPONSVM CCCCLXXIII.

THEMA.

Iure Marchico filiabus ex feudo simpliciter alimenta debentur.

RESPONSVM CCCCLXXIV.

THEMA.

Num princeps in determinandis alimentis leges domus excedere possit?

DECISIO CCCCLXXV.

THEMA.

De alimentatione partus illegitimi.

DECISIO CCCCLXXVI.

THEMA.

Reus bona litigiosa possidens num actori ad alimenta obligetur?

LIBER XXVI.

Tit. II. De testamentaria tutela.

RESPONSVM CCCCLXXVII.

THEMA.

Vitricus a matre tutor testamento dari nequit.

DECISIO CCCCLXXVIII.

THEMA.

De mutuo pecuniæ pupillaris a tutoribus inconsiderate dato.

DECISIO CCCCLXXIX.

THEMATA.

I. Tutor rationes non rite redditas denuo reddere tenetur.
II. Tutor ex iusta causa loco inuentarii iuratam specificationem exhibere potest.

DECISIO CCCCLXXX.

THEMA.

Tutor ordinarie inuentarium conficere tenetur, nec per iuratam specificationem liberatur.



RESPONSVM I.

L. I. T. III.

THEMA.

Obseruantia a consuetudine differt.

SVMMARIA.

Res a fundo semel separatæ, cum illo non censentur venditæ. n. 1.

Consuetudo actus necessarios supponit. n. 2.

Obseruantia declarat contractum. n. 3.

Obseruantia a consuetudine differt. n. 4.

Ius braxandi fundo cohærens an fructibus fundi respondeat. n. 5.

Membra vniuersitatis in caussa vniuersitatis testimonium præstant. n. 6.

Als derselbe uns Leuterungsschrifft und geschehene submission in Sachen S. G. B. vxorio nomine, Klägern an einem, und Syndicen des Raths zu F. Beklagten am andern Theil, in 2 zurück kommenden vol. zugeschicket ꝛc.

Daß es der interponirten Leuterung ohngehindert bey dem vol. II. fol. 67. befindlichen und den 21 Febr. a. c. eröffneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Kläger gegen das letzte Urthel anführet, daß 1) geständiger massen ein bereits verloostes Brauen verkaufet werden könne, mithin nach geschehener Verloosung nicht mehr zum fundo gehöre, sondern 2) als ein separatum a fundo zu halten, so mit diesem nicht anders, als wenn solches expresse ausbedungen, verkaufet wird, das Gegentheil auch 3) durch die angeführte Gewohnheit nicht beygebracht ist, als deren bestimte Zeit von 31 Jahren und 6 Wochen nicht dargethan, noch auf einen actum necessarium seu ex opinione necessitatis susceptum articuliret worden, 1
woraus doch gleichwol allein eine Gewonheit zu inferiren, bey welchen Umständen 4) nicht zu asseriren sey, daß die Zeugen das thema probandum erwiesen, als welche nichts weniger als eine consuetudinem legitime præscriptam dargethan, zumahl 5) der Beweiß in dem was facti, nicht aber was iuris ist, bestehet, weil sonsten derselbe überflüßig gewesen, jener aber durch den Gegenbeweiß völlig 2
elidiret worden, bevorab da 6) die Zeugen selbst ex numero derer Käuffer sind, und also nichts erweisen können, auch 7) das verkaufte Grundstücke seiner Frauen Eigenthum gewesen, die in F. gebohren, erzogen, und noch ihre Grundstücke daselbst verrechtet, und sie daher keines Bürgerrechts nöthig gehabt, und endlich 8) obgleich das Grundstück mit allem Recht und Gerechtigkeiten verkaufet ist, dennoch solches von der Braugerechtigkeit selbsten, nicht aber von dem bereits verlooseten Brauen zu verstehen sey.

Böhm. Conf. T. III. P. II.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch es alhier lediglich darauf ankommt, ob das verloosete Brauen der obseruantiæ loci nach als mit verkauffet zu achten, wenn der Verkäuffer sich solches nicht expresse ausbedungen, als welche obseruantz die beste interpretatio von einem indefinite concipirten contractu ist. 3

SPEIDEL *in spec. voce obseruantz.*

Obseruantia enim communis declarat, quæ fuerit intentio contrahentium.

HARPRECHT *vol. nou. conf. 4. n. 538.*

und weil alhier bloß de interpretatione contractus die Rede ist, nicht so wol der Beweiß eine stricte sic dictam consuetudinem, als vielmehr obseruantiam interpretativam darthun müsse, quæ duo longe differunt nec enim obseruantia temporis decretum in consuetudine obseruandum desiderat. 4

L. B. *de* LYNCKER *comment. in ius ciu. tit. de Legib. SC. et longa consuet. §. 44.*

L. I. T. III. Die obseruantia aber, daß wenn verlooſete Brauen nicht reſeruiret ſind, ſolche mit dem fundo als verkaufet zu achten, aus der Zeugen Auſſage zur Gnüge erhellet, da auf dieſe interpretation der art. 16 gerichtet, und von denen Zeugen einmüthig bejahet iſt. Dagegen denn die rat. dub. nichts verfangen, angeſehen ad 1) es gnug iſt, daß tempore venditionis fundi das verlooſete Brauen noch nicht verkaufet geweſen, noch bey dem Verkauf reſervirt worden, ad 2) aber dieſes mit denen ſeparatis fructibus a ſolo nicht verglichen werden kan, da vielmehr das Verbrauen ſelbſt den Genuß dieſer Gerechtigkeit inferiret, und die Verlooſung dazu allein nicht zulangen will, dergeſtalt, daß auf die Erben des vſufructuarii das verlooſete Brauen aus dieſer Urſache nicht fallen würde, ſondern mit dem Tode des vſufructuarii wegfallen müſte, bevorab da die Verlooſung nur die Ordnung des künftigen Brauens anzeiget, mithin wer tempore des Brauens den fructum hat, ſolches billig mit verrichten muß, aus ſolchem Grunde auch die Beklagten die onera einige Jahre bereits davon abgetragen, alſo auch das commodum des verlooſeten Brauens genieſſen müſſen, hierüber ad 3) es hier blos auf die bisherige obſeruantz, nicht aber auf die Gewohnheit ankommt, welche ad 4) durch die Zeugen zur Gnüge dargethan, und ad 5) dieſes was facti iſt, beygebracht, cum etiam obſeruantia in facto conſiſtat, davon die Zeugen mehrere exempla angeführet, und ad 6) dieſelbe wol von dem, was bey ihrem Kaufen obſeruiret worden, deponiren können, angeſehen ſie nicht als ſinguli unter denen Käufern mit zu rechnen, ſondern nur als membra vniuerſitatis, die von dieſem proceſs kein commodum oder incommodum haben, und alſo in cauſa vniuerſitatis nicht verwerflich ſind, es auch ad 7) auf ſolche ration und den dabey vorkommenden Umſtand nicht ankomt, da bloß die Frage iſt, quid venditum ſit, nachdem das verlooſete Brauen erſt in einigen Jahren geſchehen ſollen, und dahero künftig iure fundi verrichtet wird, mithin ad 8) man wohl ſagen kan, daß es unter denen mit verkauften Gerechtigkeiten mit begriffen.

So iſt geſchehener maſſen zu erkennen geweſen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE SEPT. MDCCXXXVII.

RESPONSVM II.

THEMA.

Irrationalis conſuetudo per legem non obſtante immemoriali tempore tolli poteſt.

vid. T. IV. Reſp. 498. Them. II.

RESPONSVM III.

THEMA.

Differentia conſuetudinis et præſcriptionis immemorialis.

vid. cit. Reſp. Them. III.

DECISIO IV.

THEMA.

Miniſtro, qui iuſſum principis exſequitur, nil imputatur, licet de iniuſtitia ipſi conſtet.

Vid. T. IV. Deciſ. 617. Them. III.

DECI-

DECISIO V.

THEMA.

Ius braxandi domesticum das Haus-Brauen in vtilitatem operariorum exerceri nequit.

SVMMARIA.

Possessio cereuisiam indefinite vendendi per actus varios probata. n. 1.

Per prohibitionem vni factam integra societas nautarum possidere non desinit ius cereuisiam vendendi. n. 2.

Priuilegia ecclesiis et ciuitatibus concessa post 40 annos non-vsu amittuntur. n. 3.

Reparatio ædium et nauium eundem fauorem habet. n. 4.

Ius braxandi ciuitatibus in Germania proprium. n. 5.

Quod in salutem totius ciuitatis concessum priuilegium a singulis interuerti nequit. n. 6.

Ius braxandi cereuisiam domesticam ad vsum operariorum extra domum extendi nequit. n. 7.

Contra legem prohibitiuam sola præscriptio immemorialis admittitur. n. 8.

Ordinationes politiæ magis vim legis, quam priuilegii habent. n. 9.

Pro obseruantia legum in dubio præsumitur. n. 10.

Nec per actus clandestinos contrarios infringitur. n. 11.

Cum priuilegio priuato ordinatio politiæ vix conferenda. n. 12.

Auf imploration, Einlaßung und erfolgtes Verfahren in Suchen derer Aeltesten und Mitgenossen der Schiffer-Gesellschafft, imploranten an einem: derer directorum und deputirten der Brauer-compagnie imploraten am andern Theil, erkennen Burgermeister und Rath der Stadt R. auf vorgehabten Rath auswertiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß der imploranten Suchen nicht statt finde, sondern alles Einwendens ohngehindert, dieselbe der unter dem 18 Mart. 1735. nach art. I. ertheilten declaration nachzuleben schuldig seyn. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem Burgermeister und Rath zu R. in der in a. 1734 publicirten Verordnung, der Brauerey halber, die Schiffer dahin verwiesen, daß sie bey Bauung eines neuen, auch bey der importanten Ausbesserung eines alten Fahrzeuges das Bier von denen Brauern nehmen solten, und darüber ferner unter dem 18 Mart. 1735. auf würckliches Anhalten der Schiffer-compagnie eine declaration ertheilet, haben diese daran nicht gebunden zu seyn vermeinet. Ob nun wol die imploranten zu diesem Behuf vorgestellet, daß sie 1) auch nach der Brau-Ordnung de anno 1657, in welcher schon dieserwegen eben die gemeldete Verfassung geschehen, sich in geruhiger Besitzung befunden, ihr Haus-Bier, bey Erbauung ihrer Schiffe und derselben reparation, ohne Unterschied, zu gebrauchen, zumahl seint anno 1697. bis 1730. nach der N. art. VI. und VII. *Bæhm. Conf. T. III. P. II.* befindlichen designation 20 Schiffe gebauet und auf dem trockenen Lande repariret worden, sie aber dabey kein anderes als ihr gebrauetes Haus-Bier denen Arbeitern gegeben, imploraten auch das Gegentheil zu erweisen, so ihnen allenfals obliege, nicht im Stande wären, ja dieselbe dadurch ihnen die angeführte possession eingeräumet, daß sie dieselbige beschuldiget in anno 1681. und 1692. dagegen gehandelt zu haben, wie dann 2) die Beylage de anno 1692. sub N. act. XIV. zwar so viel darthue, daß damahls die Untersuchung gegen Jacob Degener, der gegen die Brau-Ordnung gehandelt, angeordnet, und demselben bey arbitrairer Strafe untersaget worden, sich des Brauens zum Schiffbau insfünftige zu enthalten, dannoch diese Verordnung gegen denselben allein, und nicht gegen die Schiffercompagnie insgemein ergangen, so derselben nicht præiudiciren können, auch nicht beygebracht sey, daß solche Untersuchung und angedrohete Bestrafung zur execution gebracht worden, geschweige daß 3) daraus antiquior possessio iuris prohibendi von Seiten der imploraten beygebracht seyn solte, da solcher actus die gantze Gesellschaft eigentlich nicht angehe; allenfals aber 4) die imploraten ihr priuilegium, welches sie aus der Brau-Ordnung de anno 1657. cum iure prohibendi sich anmassen, verlohren haben möchten, da von anno 1692, da der letzte actus prohibitionis passiret, bis ad annum 1735, wo der process angegangen, über 40 Jahr verflossen, intra quod tempus omnia priuilegia pereunt, etiam ecclesiis et ciuitatibus concessa, *c. 15. X. de priuileg.*

L.I.T.IV. BÖHMER *introd. ad Dig. tit. de remed. §. f.*

zumahl nicht dargethan worden, daß die imploraten binnen 40 Jahren ihr ius prohibendi exerciret, welches 5) um desto mehr zu statuiren, als in R. einem ieden vor sein Haus zu brauen, und dieses gebraueten Biers auch bey Erbauung und reparatur der Häuser sich zu bedienen erlaubet ist, also es desto leichter geschehen können, daß diese Freyheit auch auf
4 die Erbauung und reparatur der Schiffe zu Lande gezogen sey, da der Bau der Schiffe propter commercia eben den fauorem als die exstructio ædificiorum meritire, auch 6) nunmehr an dem sey, daß post præstitum iuramentum das documentum sub B. nicht vorhanden, und also nicht erwiesen sey, daß die implorantes sich in anno 1701 zu Beobachtung der Brau-Ordnung engagiret haben solten. Dahero es das Ansehen gewinnet, als wenn vor die imploranten erkannt werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch überhaupt die Städte in Teutschland auf die Brau-Gerechtigkeit gegründet, und deren besonderes commercium
5 zu Erhaltung derselben hauptsächlich gereichet, mithin zu guter Policey gehöret, und deßwegen in denselben gewisse collegia braxatorum angeordnet, und solche mit guter und zureichender Ordnung versehen, welche nicht wie iura priuatorum, sondern vielmehr als Policey-Sachen, quæ ad salutem ciuitatis totius pertinent, anzusehen, vt alii illud ius sibi
6 vindicare non possint, nisi qui illud priuilegio vel immemoriali præscriptione contra ciuitates obtinuerint,

MEV. *P. I. decis. 108.*

und obwol einem ieden vor sein Haus zu brauen dabey nachgelassen ist,

MEV. *cit. l.*

dennoch darunter das Brauen vor die Arbeiter zum Schiff-Bau, welchen pro more das Bier daselbsten gereichet werden muß, nicht
7 mit verstanden werden mag, als welches nach der dasigen Brau-Ordnung von den ordentlichen Brauern um desto mehr genommen werden muß, weil solches Brauen nicht vor das Haus ist, sondern ausser demselben vor Fremde verthan wird, und dadurch der publiquen Nahrung grosser Eintrag geschiehet, und wie nun nach N. act. 14. in anno 1734. die Brau-Ordnung de anno 1657. wieder erneuert, de nouo in vsu bestätiget, und denen Schiffern darin abermal iniungiret ist, daß sie bey Bauung eines neuen und hauptsächlichen reparatur eines alten Fahrzeuges das Bier von den Brauern nehmen sollen, also per indirectum denen Schiffern verbothen ist, das Brauen zum Schiff-Bau zu treiben, und darnach auch die N. act. 1. befindliche declaration vom 18 Mart. 1735. ertheilet ist, gegen der-
8 gleichen leges prohibitiuas et ordinationes politiæ ciuitatensis keine andere als præscriptio immemorialis statt finden mag,

WERNHER *Vol. III. obs. 5. n. 90.*
BÖHMER *de præscript. immemor. contr. leges prohibit. per tot.*

in mehrer Erwegung der Rath zu R. dergleichen Policey-Ordnungen zu machen, ex concessione principis befugt ist, wie N. act. 36. angezeiget ist, und also dieselbe eben die Kraft, wie andere Gesetze, haben müssen, dergestalt hier nicht blos und allein auf die naturam priuilegiorum priuatorum zu sehen, da zwar das Brau-collegium ex hac lege ein ius pro- 9
hibendi hat, welches aber ex natura ipsius ordinationis in salutem ciuitatis latæ mehr als ex priuilegio quodam priuato herfliesset, wiewol auch sonsten, wenn man auch blos mit einem priuilegio zu thun hätte, die rationes dubitandi von keiner Erheblichkeit sind, anerwogen ad 1) die imploraten keine possessionem libertatis oder vielmehr exemtionis ab ordinatione braxatoria, worin sie sich nothwendig gründen müssen, beygebracht, vielmehr aus dem documento sub A. klar dargethan, daß die Brau-Ordnung in würckliche Observantz gebracht, und anno 1692. Jacob Degener, weil er derselben contraueniret, in Untersuchung gezogen sey, und dahero pro obseruantia ordinationis braxatoriæ nunmehro so lange zu præsumiren ist, bis das Gegen- 10
theil erwiesen worden, wie dann ohnedem nicht folget, daß, weil von anno 1697. bis 1730. 20 Schiffe gebauet, auch bey solchem Bau die Brau-Gerechtigkeit durchgehends hindangesetzet sey, dessen Gegentheil aus dem, was in anno 1692. passiret, erhellet, und ausserdem pro obseruantia legis iedesmahl præsumiret wird, mithin ad 2) bey Jacob Degener die damahlige obseruantia oder vsus legis braxatoriæ nicht allein zu considériren, sondern daraus vielmehr auf das kräfftigste zu schliessen, daß bey der Schiffer-Gesellschafft die Brau-Ordnung obseruiret sey, weil Jacob Degener eben deswegen zur Strafe gezogen werden sollen, weil er unter denen Personen zu befinden, denen das Brauen zum Schiffbau nach der Brau-Ordnung verbothen, und durch dieses exemplum publicum angezeiget ist, daß über die Brau-Ordnung schlechterdings gehalten worden, und wohl zu glauben, daß derselben auch sonsten nachgegangen sey, obwol was heimlich dabey geschehen mögen, so aber denen imploranten nicht zu statten kommen kan, da dergleichen contrauentiones gegen alle leges prohibitiuas sich er- 11
eignen, wodurch also der rationi tertiæ begegnet, ad quartam aber zu obseruiren ist, daß eines theils der non-vsus 40 annorum hier nicht anzutreffen sey, da noch in a. 1692. die contrauention in Untersuchung gezogen, und vernünftig nicht zu behaupten ist, daß nach solcher Untersuchung so fort der non-vsus angefangen, vielmehr das Gegentheil zu glauben: andern theils schon im Anfang erwehnet, 12
daß

daß es hier auf legem publicam prohibituam und eine Policey-Ordnung ankomme, welche mit keinem privilegio priuato in comparaison gesetzet werden mag, quod facilius non vsu amittatur, wiewol der non-vsus hier nicht dargethan. Uebrigens was ad 5) bey Erbauung der Häuser erlaubet, hieher nicht zu ziehen, zumahl die wenigsten dabey denen Arbeitern Bier geben, solches auch, wie bey dem Schiffbau, niemand schuldig ist, sondern der Bauherr nur bisweilen auf Bitte von dem Haustrunck ihnen etwas zu reichen pfleget, so auch wol andern Arbeitern und Fremden, auf Bitte, geschehen mag, bey sol- *L. I. T. IV.*
chen Umständen also 6) auf das documentum sub B. nicht weiter zu sehen, da die imploranten ohnedem schuldig sind, sich nach der Brau-Ordnung zu richten.

So sind wir geschehener massen zu erkennen, und die Unkosten, weil doch imploran-tes etwas vor sich haben, zu übergehen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE, MENSE IVL. MDCCXLVIII.

RESPONSVM VI.[a)]

THEMATA.

I. Ex dominio vtili molendini in feudum conceſſo ius prohibendi oritur intuitu aliorum molendinorum in huius præiudicium exſtructorum.

II. *Etiam dominus directus vaſallo ad euictionem tenetur, ſi in præiudicium feudi tertio ius aliquod conceſſerit.*

III. *Litis denunciatio non operatur, vt alter ſuis ſumtibus litem ſuſcipiat.*

SVMMARIA.

Ius molendinum in flumine exſtruendi a principe concedendum. n. 1.

Flumina cum omnibus commodis ad regalia pertinent. n. 2.

Molendinum pneumaticum ad regalia non pertinet. n. 3.

Priuatio lucri maioris damnum proprie non conſtituit. n. 4.

Ius molendini cum iure prohibendi ſæpe coniungitur. n. 5.

Ius prohibendi ex ſola infeudatione non colligitur. n. 6.

Feudum in dubio cumulatiue cenſetur conceſſum. n. 7.

Litteræ inueſtituræ cum ſpecificationibus vaſallorum pugnantes non probant qualitatem pertinentiarum. n. 8.

Ex litteris inueſtituræ controuerſiæ feudales decidendæ. n. 9.

Qualitas feudalis ex ſpecificationibus pertinentiarum probanda. n. 10.

Omnia molendina alicubi ad regalia pertinent. n. 11.

Rei identitas quando non probanda? n. 12.

Surrogatum ſapit naturam eius, in cuius locum ſurrogatur. n. 13.

Mutatio loci non tollit qualitatem feudalem pertinentiarum. n. 14.

Dominus directus Vaſallo commoda intercipere nequit. n. 15. 17.

Dominium vtile in plenaria commodorum perceptione conſiſtit. n. 16.

Vaſallus cum iure molendini inueſtitus ius prohibendi habet contra eos, qui exercitium iuris ad eum pertinentis turbant. n. 17.

Dominus directus ius cumulatiuum cum vaſallo in fructibus feudi non habet. n. 18.

Dominium vtile fortius ius tribuit quam ſola ſeruitus. n. 19.

Priuilegium gratioſum non impedit, quo minus tertio æqualis gratia concedatur. n. 20.

Feudum nec dominus nec vaſallus in præiudicium alterutrius minuere poteſt. n. 21.

Si res aliena in feudum data, dominus tenetur rem aliam dare, vel nummos in aliud feudum comparandum ſoluere. n. 22.

Vaſallus an cameræ litem denunciare et vt ſibi

l. I. T. IV. assistat contra principem petere possit? n. 23. 27.
De euictione etiam tenetur, qui suo facto intercipit in re concessa vtilitates. n. 24.
Ea de re olim venditor stipulari tenebatur. n. 25.
Dominus directus vasallo tenetur ad euictionem. n. 26.
Litis denunciatio operatur, vt denunciantis assistat, non vt suis sumtibus litem suscipiat. n. 28.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst zwey Fragen zugeschicket ꝛc.

Besitzet die adeliche Familie de M. A. im Fürstenthum P. von uralten Zeiten bey ihrem Lehnguth, ausser einer Windmühle, annoch eine Wassermühle, und ist von gnädigster Herrschaft unter dieser expression:

mit einem halben Mühlen-Stau auf der Adda,

mit derselben bishero beliehen worden. Hat aber vor kurtzer Zeit einer dieser Familie Koht-Sassen sich beyfallen lassen, eine halbe Viertelmeile von ihrem Guthe auf einem denen von M. A. Zehendpflichtigen Grund und Boden eine Windmühle anzulegen, und bey Hochfürstlicher Rentcammer dazu eine concession erhalten, welcher zu folge dann er den Bau unternommen, und allen Widerspruchs ohngeachtet damit beständig fortgefahren. Alldieweiln nun die Anlegung solcher neuen Mühle derer gedachten Herrn von Adel Lehn-Mühle einen gar merecklichen Schaden und Abgang verursachet, und ihnen alljährlich einen Verlust von hundert und mehr Thalern zuziehen würde; so haben sie keinen Umgang nehmen können, disfals zur gerichtlichen Klage zu schreiten, dem neuen Anbauer nouum opus zu nunciiren, auf eine inhibition zu bringen, und der Hochfürstlichen Lehn-Cammer litem zu denunciiren, gleichwol darin bishero nicht reussiren noch die inhibition erlangen können, vielmehr das Gerichte von ihnen den Beweis des iuris prohibendi verlanget, dieserwegen die gedachte Herren de M. A. belehret seyn wollen:

Quæstio I.

Ob sie nicht einen richtigen Rechts-Grund vor sich haben, der neulich ertheilten Mühlen-concession zu widersprechen, und die inhibition des vorhabenden Mühlen-Baues zu suchen?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol bey der ersten Frage eingewandt werden möchte, daß der Anbauer der neuen Mühle die concession dieses Mühlen-Baues von der Hochfürstlichen Rent-Cammer erhalten, dieserwegen auctoritate publica gebauet, und sich dahero gleiches Recht mit der Familie de M. A. anmassen könne, welche ebenfals ex concessione principis ihr Recht hat, zumal ohne solche niemand die Mühlen-Gerechtigkeit, maxime in flumine publico, 1
haben mag.

STRYK *de iure prohib. exstruct. molend. c. 1. §. 10.*

Hiernechst aber man nicht unbillig zweifeln möchte, ob, was bey einer Wassermühle propter qualitatem fluminum, quæ ad regalia spectant, cum omnibus commodis, 2
2. f. 26.
Rechtens ist, auch auf Windmühlen gezogen werden könne, bevorab wenn jemand in loco priuato und nicht publico bauen will, bey welchem die qualitas regalitatis cessiren möchte, da so wol der Wind als die Luft allem Eigenthum entzogen, also noch billig vor die Freyheit, eine 3
Windmühle in loco priuato zu bauen, zu pronunciiren seyn, und um desto minder ein ius prohibendi priuati contra priuatum statt finden möchte; auch nicht hindern mag, daß an dem Orte, wo die Windmühle gebauet ist, die Familie von M. A. Zehendpflichtigen Grund und Boden habe, da aus dieser qualität keine proprietas agrorum geschlossen werden kan, qua cessante etiam ius prohibendi cessat: ausserdem auch dieses ius contradicendi aliunde cessiren, und Beklagter ex sola damni illatione solches nicht herleiten möchte, cum qui suo iure vtitur, nemini faciat iniuriam, darneben der angeführte Schade hier mehr in priuatione maioris lucri bestehet, und pro damno ciuiliter nicht gehal- 4
ten wird,

l. 28. pr. de V. S.
l. 1. §. 11. sqq. de aqua et aqua pl. arc.

vielmehr gnug ist, daß die Familie bey ihrer Wassermühle an dem Wasser dadurch keinen Schaden nehmen, ihnen das Wasser nicht entzogen wird, sondern sie den freyen Gebrauch ihrer Mühle nach wie vor dabey continuiren können. Ferner sie auch nicht anführen mögen, daß sie die Zwangmühlen-Gerechtigkeit 5
haben, woraus sonsten das ius prohibendi am stärcksten hergeleitet werden kan.

STRYK. *cit. l. c. 2. §. 9.*

Endlich aus der qualitate feudali, und daß die gedachte Familie mit der Wassermühle belehnet sey, noch weniger ein ius prohibendi zu 6
deriuiren ist, da eines theils keinem Lehns-Herrn durch die Belehnung die Hände dergestalt gebunden worden, daß er einem andern in diuerso loco nicht ein gleiches Recht und commodum verleihen könte, indem einiger Rechts-Lehrer Meinung nach man in dubio præsumiren müsse, ius in feudum con-

cessum

7 cessum in dubio intelligi cumulatiue concessum esse, vt speciatim in iure venandi obseruant: andern theils auch aus denen Lehnbriefen befindlich, daß die adeliche Familie de M. A. von gnädigster Herrschafft unter folgendem Ausdruck:

mit einem halben Mühlen-Stau auf der Adda,

mit der Mühlen-Gerechtigkeit belehnet sey, gleichwol die gedachten Herren in der von ihnen und ihren Vorfahren der Lehns-Cammer 8 bey jedesmahliger renouation der inuestitur übergebenen specification der sämtlichen Lehnspertinentien selbst gestanden, daß dergleichen Mühlen-Stau auf der Adda, als der Lehen-Brief vermeldet, gar nicht bey dem Lehn vorhanden, sondern die Mühle, welche die Herrn von M. A. noch würcklich besitzen, an einem andern nahe dabey liegenden Flusse anietzo befindlich sey, und weil die literæ inuestituræ strictæ interpretationis zu achten, aus welchen alle Lehns-Streitigkeiten primario zu de- 9 cidiren sind,

ROSENTHAL *de feud. c. 1. concl. 12.*

STRVV. *in synt. iur. feud. c. 1. aph. 11.*

billig gezweifelt werden könte, ob sie einmal mit der ietzigen Mühle belehnet worden seyn, welches als eine quæstio præiudicialis vorher auszumachen, und so lange solches nicht geschehen, kein ius prohibendi daraus exerciret werden mag; quando enim controuer- 10 sia de re feudali inter dominum et vasallum nascitur, hæc potissimum ex dinumeramentis decidiтur, vulgo aus denen Lehns-specificationen.

SCHWEDER *de dinumerament. P. I. §. 12.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch zuförderst fest zu setzen, daß diejenige Wassermühle, welche die Herren de M. A. noch würcklich besitzen, diejenige Lehn-Mühle sey, womit sie belehnet 11 worden, anerwogen daselbsten in dem Fürstenthum P. ex concessione des Landes-Herrn, wie man voraussetzet, einzig und allein das ius molendini tam aquatici quam pneumatici exstruendi dependiren muß, wie mehrentheils in denen übrigen Provintzien des gantzen Königreichs sich befindet, die Herren von M. A. selbsten damit belehnet sind, und der ietzige Anbauer der Windmühle solche concession von der Fürstlichen Rent-Cammer nomine principis erhalten hat, wir auch solches bereits in unsern rationibus dubitandi vorausgesetzet haben; derowegen, gleichwie die Herren von M. A. keine andere Mühle, als die sie anietzo besitzen, von uralten Zeiten her bey ihrem Lehnguth gehabt und besessen, also leicht zu erachten, daß solches eben die in Lehn gegebene Mühle seyn müsse, und ob sie gleich nicht auf dem im Lehnbriefe benanten, sondern auf einem andern nahe dabey liegenden Fluße anietzo befindlich ist, auch die Herren von M. A. *L. I. T. IV.* in der von ihnen und ihren Vorfahren der Königlichen Lehns-Cammer bey jedesmahliger renouation der inuestitur übergebenen specification sämtlicher Lehns-pertinentien selbst gestanden, daß dergleichen Mühlen-Stau an der Adda, als der Lehnbrief vermeldet, gar nicht bey dem Lehn vorhanden, dennoch dieser geringe Unterschied der Lage den casum nicht alteriren kan, weil es leicht geschehen seyn mag, daß die Mühle von ihrem ersten Ort weg und an einen andern Ort verleget worden, zumal keine andere Wassermühle bey dem Lehnguth anietzo vorhanden, auf welche der Lehnbrief gehen könte, als diejenige, welche die Herren von M. A. vorietzo besitzen. Quamuis enim identitas rei, ab eo, qui in ea se fundat, 12 probanda sit; aliud tamen dicendum, si in vna tantum re de præsenti verificari potest, quia tunc certitudo rei per se adest.

HERCVL. MARESCOTTVS *lib. 1. resol. var. c. 12. n. 16. sqq.*

Wie denn in alten Zeiten bey Kriegen, Feuersbrünsten und andern calamitatibus publicis öfters geschehen ist, daß gantze Güther, grosse Gebäude und andere structuren eingegangen, in die Asche geleget, und bey solcher Gelegenheit die Lage der Gebäude, und dabero auch der Mühlen, nach Beschaffenheit der Zeit und anderer Umstände, verändert worden, wodurch per surrogationem die eingegangene Mühle wieder hergestellet ist, cum surrogatum sapiat naturam eius, in cuius locum surrogatur, inprimis si sunt eiusdem na- 13 turæ:

l. 28. §. 1. de condit. et demonstr.

wie dann die kleine Veränderung der alten Lage ohne allen Abbruch der Mühlen-Gerechtigkeit und dessen Lehns-qualität, worauf alles ankommt, geschehen, solche bey allen renouationen agnoscіret, öffentlich bekant gewesen, und keine andere Mühle bey dem adelichen Lehnguthe, als eben diese zu befinden, worauf vorietzo die Herren de M. A. ihr ius prohibendi 14 setzen können, gleichwol der neue Anbauer der Windmühle eine halbe Viertelmeile von ihrem Lehnguthe dieselbe zu bauen angefangen, dadurch aber verursachen muß, daß die bisherige revenüen und Nutzungen der Lehns-Wassermühle jährlich auf 100 und mehr Thaler decresciren und gemindert werden, dadurch also denen vasallis ein grosses an ihren Lehns-revenüen entzogen worden, da doch nach denen Lehnrechten nicht allein ein Lehnherr seine vasallen in plenaria perceptione commodorum feudi schützen muß, sondern auch solche ihnen 15 selbsten nicht schmälern, geschweige keinem tertio ein Recht zu denen Schmälerungen geben kan; consistit enim dominium vtile in plenaria perceptione commodorum ex feu- 16 do, vt omnes vtilitates ex eo prouenientes plenissime et liberrime percipere possit,

c. f. 23. in f.

HAR-

L. I. T. IV. HARPRECHT *resp. 71. n. 96. seq.*
adeoque a domino feudi nihil tentari poteſt,
17 quod in diminutionem feudi et præiudicium vaſallorum tendit,
HARTMANN PISTOR. *lib. II. qu. 20. n. 23.*
vel ius eius, ſine vlla eius culpa, deterius reddere,
IDEM *lib. III. q. 25. n. 8.*
quin potius ſicuti is, qui alteri ſeruitutem in fundo ſuo conceſſit, nihil in eius præiudicium facere poteſt, alioquin domino prædii dominantis ius prohibendi competit:
l. 13. §. 1. l. 14. D. de ſeru. præd. ruſt.
Ita multo magis tale ius prohibendi domino vtili, vtpote qui longe fortius ius habet, competere debet, adeoque ſi dominus noui molendini exſtructionem in præ-
18 iudicium vaſalli antiquioris conceſſerit, hic optimo iure ſeſe opponere poteſt, cum princeps æque ac priuatus ex ſuo contractu feudali obligatus ſit,
STRYK. *de iure prohib. exſtruct. molend. c. II. §. 6.*
IDEM *in vſ. mod. ad tit. ne quid in flumin. publ. fiat §. II. vbi duobus præiudiciis idem illuſtrat.*
19 woraus denn ferner vernünftig folget, daß der Lehnsherr keinesweges in die Nutzungen des vaſalli, und was von deren ungeſchmälerten Hebungen dependiret, ſich meliren, noch ein ius cumulatiuum oder ſimultaneum quouis modo daran prætendiren könne.
HARTM. PISTOR. *lib. III. qu. 25. n. 9.*
ROSENTHAL *de feud. c. VIII. concl. 2.*
Zumal ein vaſall weit mehr Recht, als derjenige hat, dem blos eine Gerechtigkeit in fundo alieno zuſtehet, der zwar den dominum ſeruientis prædii von deſſen Nutzungen nicht
20 ausſchlieſſen kan, gleichwol des vaſalli eigenthum weit mehr würcket, vt commoda feudi priuatiue, excluſo etiam domino, percipere, hic vero ius cumulatiuum vel ſimultaneum exercere non poſſit,
SCHRADER *de feud. P. X. ſect. 5. n. 175.*
adeoque vtile dominium directo quoad commoda et fructus præfertur,
ROSENTHAL *de feud. c. VIII. concl. 2. n. 2.*
welches allein zur iuſtification des iuris prohibendi gnug iſt, beſonders da die Windmühle ſo nahe bey der Lehnsmühle angeleget worden, wodurch nothwendig die Nutzung derſelben, facto ipſius domini directi, geſchmälert worden; wodurch denn die rationes dubitandi von ſelbſten zerflieſſen, und der vaſallorum ihr ius prohibendi gegen den Lehnsherrn, wenn er auch der Landesherr ſelber iſt, ans Licht gebracht iſt, beſonders da alhier nicht de iure molendini ſolo priuilegio gratioſo conceſſo die Frage iſt, als welches nicht verhin-
21 dern kan, daß nicht ein Landesherr gleiche Gnade einem andern mittheilen könne: ſondern das Augenmerck hier auf das dominium vtile vaſalli, ſo aus dem contractu feudali inter dominum et vaſallum herflieſſet, zu richten iſt, woraus eben ſo wol der Lehnsherr als der vaſall verbunden iſt, dergeſtalt, daß wie ein Lehnmann ſuo facto das Lehn und deſſen Nutzungen zum præiuditz des Lehnsherrn nicht diminuiren kan, alſo auch keinem Lehns-Herrn a pari zuſtehet, ſuo facto das ius vaſalli ſine eius culpa vel conſenſu zu vermindern oder zu 22
deſſen præiuditz etwas vorzunehmen.

So erhellet hieraus ſo viel, daß die Herren von M. A. ſattſamen Rechts-Grund haben, der neulich ertheilten Mühlen-conceſſion zu widerſprechen, und die inhibition des vorhabenden Mühlen-Baues zu ſuchen.

Quæſtio II.

Ob ſie nicht berechtiget, der Hochfürſtlichen Lehns-Cammer litem zu denunciiren, und ſelbige nicht verbunden ſey, ſie hierunter zu vertreten, und die Sache auf der Lehns-Cammer Koſten vor ſie auszumachen?

Rationes dubitandi.

So viel die andere Frage betrifft, ob zwar eigentlich die litis denunciation wegen der Gewehrsleiſtung, dieſe aber vornemlich alsdann ſtatt findet, ſi res aliena per contractum dominii translatiuum in alterum translata eſt, ſo hier nicht befindlich, davon nur die gemeinen Lehnrechte reden, und den Lehnherrn verbinden, vt aut aliud ſeudum det, aut nummos in aliud feudum comparan- 23
dum ſoluat;
SCHRADER *de feud. P. V. c. 6. n. 3.*
allenfals wenn der Lehnherr davor zu ſtehen ſchuldig ſeyn ſolte, aus der litis denunciation folgen möchte, daß die Lehns-Cammer die Herren von M. A. ſuis expenſis vertreten müſſe, welches gleichwol abermal nicht geſchehen kan, da ſolche gegen den Lehnherrn ſelb- 24
ſten auf dieſe Weiſe klagen, und ſeine verliehene conceſſion impugniren müſte, wozu dieſelbe nicht befugt.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch nicht allein in contractibus onerosis die Gewehrleiſtung ſtatt findet, ſi a tertio res euicta eſt, ſondern auch, wenn derjenige, qui rem in alterum tranſtulit, per 25
ſuum factum zuwegebringet, daß er den völligen und freyen Gebrauch ſeines verliehenen Eigenthums nicht genieſſen kan, dergeſtalt, daß wenn bey denen Römern die Gewehrsleiſtung ſtipuliret worden, der Verkauffer zu verſprechen pflegte, neque per ſe heredemue 26
ſuum,

suum, neque per alium fieri, quo minus habere liceret.

l. 11. §. 12. de act. emt. vend.

Und weil der Lehnherr nicht befugt ist, auf einige Weise neque directo neque per indirectum die Lehnsnutzungen des vasalli zu schmälern, also er dieserwegen davor nothwendig stehen muß, wenn per tertium in re feudali vel extra eam ein solches Recht behauptet wird, wodurch des feudi reuenüen geschmä-
27 lert und die plenaria perceptio verhindert wird,

l. 34. in f. l. 35. l. 46. D. de euict.

Zu welchem Ende die litis denunciatio mit
28 Recht der Lehn-Cammer geschehen kan, ad effectum assistendi, und ob zwar kein litis denunciat verbunden ist, daß er den proceß auf seine Kosten übernehme, cum citatio ad assistendum magis sit monitoria quam arcta- *L. I. T. IV.*
toria, dennoch dieses nachhero würcket, daß 29
dadurch der litis denunciant seinen völligen regreß gegen seinen autorem sich reseruiret, und alle Schaden und Unkosten, absonderlich aber die auf den mit dem tertio entsponnenen proceß verwandt sind, ihm gut thun muß.

So sind die Herren von M. A. allerdings berechtiget, der Hochfürstlichen Lehns-Cammer litem geziemend zu denunciiren: diese aber verbunden, entweder durch einen Lehns-fiscal auf ihre Unkosten ihn zu vertreten, oder aber künftig wegen Schaden und Unkosten ihre vasallen vollkommen zu indemnisiren. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE FEBR. MDCCXLVIII.

DECISIO VI. b)

THEMA.

Num princeps priuilegia minuere possit.

vid. T. III. Resp. 13. them. 2.

DECISIO VII.

THEMA.

Priuilegium per non-vsum amitti potest.

SVMMARIA.

Probata possessione manutenentia decernitur. n. 1.

Priuilegium an non-vsu amittatur? n. 2. 6.

Possessio non præsumitur violenta, si alter auxilium iudicis implorare potuisset. n. 3.

Petitorium, si statim euidens absorbet possessorium. n. 4.

Qui pignorationi causam dedit, damnum repetere nequit. n. 5.

Exceptio amissi priuilegii non summarie, sed seruato iuris ordine probanda. n. 7.

Priuilegium per non vsum non amittitur, si iustum illud exercendi impedimentum adfuit. n. 8.

Priuilegium fundo intuitu vnius impositum ciuiliter exercendum, si possessio fundi pluribus facta communis. n. 9.

Priuilegium ordinarie est restringendum. n. 10.

In negatoria indistincte reus probare tenetur. n. 11.

Auf angebrachte imploration und erfolgte Gesetze in Sachen derer Besitzer und Pfandträger des Guths W. auf der Insul W. imploranten an einem, und des Amtmanns zu W. R. imploraten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden Wir Friedrich, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabtem Rath unserer Rechts-Gelehrten für Recht:

Würden zuförderst imploranten das original der Hochfürstl. concession sub lit. A. ad acta bringen, so sind dieselben bey der

L. I. T. IV.

concediren, binnen vier Wochen, derer Klägerer Gegenbeweis, Eydes-delation und anderer Rechts-Wohlthaten vorbehältlich, wie recht zu erweisen, schuldig, es könte und wolte dann implorat seine exception, daß Klägere ihr priuilegium durch den non-vsum verlohren, ebenfals binnen vier Wochen erweisen, damit wäre er noch billig gehöret, und ergehet alsdann ferner in der Sache was recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) das Amt sich in solitaria quasi possessione præsentanea der Fischerey auf dem Schwiene-Strohm nach denen beygebrachten depositionibus gegründet, und deswegen die Pfändung vorgenommen, so daß es
1 das Ansehen gewinnen will, daß solches zuförderst in possessorio geschützet, und imploraten ad petitorium verwiesen werden müssen, zumal da 2) das original der concession noch nicht produciret worden, ohne welches in petitorio nicht erkant werden kan; sonsten aber ad 3) die exceptio amissi priuilegii per non-
2 vsum nicht statt finden möchte, weil das Fischen eine res liberi arbitrii zu seyn scheinet, qualia quæ sunt, solo non-vsu non amittuntur, sicuti via publica solo non-vsu non amittitur, nec ius ædificandi in suo.

l. 2. de via publ.
l. 24. D. de S. P. V.

Dergestalt also mit dieser exception imploratbillig abzuweisen seyn möchte: allenfals aber 4) das Fischen unbeschräncket denen imploranten zugelassen; und dahero auf eine Wirthschaft, nicht wohl aber auf die Hof- und Wasser-Ordnung zu restringiren, wie dann auch 5) endlich das Amt in possessione vel quasi der Gerechtigkeit, die Netze auf des Klägers Hegewiesen pro lubitu auszubreiten, und solche denen Fisch-Pachtern mit zu verleihen ohnstreitig ist, zumal die Kläger die possess vltro einräumen, und ob sie gleich dabey angeben, daß sie violenta sey, dennoch solches mit nichts erwiesen, auch gar nicht præsumirlich ist, cum potuissent implorare iudi-
3 cem præsentem ad vim auertendam,

l. 23. pr. quod met. causa.

also es das Ansehen gewinnen will, als wenn blos in possessorio erkant werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) nach dem Königl. edicto so wol als gemeinen Rechten das petitorium das possessorium dergestalt absorbiret, daß, weil die imploranten in petitorio so fort geklaget, und dasselbe ad 2) gleich
4 euident und klar wird, wenn das original der Fürstlichen concession produciret werden solte, wie allerdings nöthig, billig so fort in petitorio auf die Gerechtigkeit erkant werden müssen, und Beklagter schuldig ist, die gepfändete Netze zu restituiren, hergegen wegen des zugefügten Schadens Kläger nichts prætendiren können, da sie so lange geständiger massen nicht gefischet, und selbsten Gelegenheit zu der Pfändung gegeben, inzwischen doch
5 super iure statim probato erkant werden müssen, dieweil Beklagter seine exception noch gar nicht erwiesen,

l. 9. D. de R. vindic.

gleichwol ad 3) dieselbe nicht gantz aberkant werden mögen, da in dem Schwiena-Fluß niemand, ohne Will-Zettul von dem Amte zu haben, fischen darf, und dahero Kläger bloß
6 in priuilegio ihr fundamentum setzen, quod non-vsu amitti potest,

c. 15. X. de priuil. et excess. priuil.

obwol sonsten, quæ omnibus communia sunt, per non-vsum nicht verlohren werden können, als welche arbitrii sind, dahin aber die actus, qui ex priuilegio et speciali concessione geschehen, nicht zu referiren, welche allerdings der præscriptioni extinctiuæ unterworffen.

STRYK. *de non-vsu iur. quæs. c. II. n. 40.*

Dahero dem Beklagten billig, diese exception zu erweisen, vorbehalten werden müssen, als welche noch lange durch summarische abgehörte Zeugen nicht beygebracht, sondern zuförderst
7 seruato iuris ordine zu erweisen ist, Klägere aber mit ihren Gegenbeweisen dagegen zu hören sind, da die vorigen possessores vielleicht ob durum paupertatis telum zu fischen incapable gewesen, und wohl zu glauben, daß
8 bey dem non-vsu ein zureichendes impedimentum gewesen seyn müsse, übrigens ad 4) das Fischen in dem Schwiene-Strohm zwar unbehindert und frey Peter Gottbergen anfänglich verliehen worden, doch nur solches auf ihn als ein individuum ausgestellet, im Gegentheil anietzo mehrere possessores und Inhaber des Guths W. sind, welche nach der ersten concession das Fischen nicht anders, als wie ein possessor des Guths W. und also auf eine Wirthschafft, und so viel zu derselben gehöret, coniunctim exerciren können, weil
9 sonsten dieses priuilegium vltra primum tenorem gar leicht dilatiret und extendiret werden könte, zumal auch solches, nach denen verbis der concession, auf die Fürstl. Erbverträge zu restringiren gewesen, welche, ob sie mit der Hof- und Wasser-Ordnung übereinkommen, aus denen acten nicht erhellet, sonsten aber nach derselben nicht restringiret werden mag, da dieses Recht als ein priuilegium anzusehen, welches contra ius com-
10 mune, so hier in der Hof- und Wasser-Ordnung anzutreffen, denen Klägern ein Recht indulgiret, mithin wenn die Erbverträge damit nicht übereinkommen solten, davon abgehen muß. Endlich ad 5) die Klägere zwar implicite die possession der prætendirten seruituten einräumen, aber daraus nichts weiter folget, als daß so fort in actione negatoria

gatoria dem Beklagten der Beweis der Gerechtigkeit auferleget werden müssen, da aus der Kläger imploration zu ersehen, daß sie de-
11 nen Beklagten diese seruitut nicht zugestehen, und dabey Rechtens ist, quod in negatoria reus probare debeat, licet in possessione vel quasi seruitutis sit.

HERTIVS *de quasi possidente pro-bante.* *L. I. T. IV.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVL. MDCCXLII.

RESPONSVM VIII.

THEMA.

Successor singularis ex æquitate ad seruanda priuilegia antecessorum tenetur.

SVMMARIA.

Priuilegiorum concessio successorem territorii singularem non stringit, n. 1.

Nisi ex quorundam sententia, si dignitatis intuitu vel propter vtilitatem publicam secuta. n. 2.

Vtilitas solius fisci non est publica. n. 3.

Priuilegia titulo oneroso quæsita, si pecunia in principatum versa, successorem stringunt n. 4.

Successor singularis tantum in rebus magni momenti facta antecessorum negligit. n. 5.

Æquitas iuri stricto præferenda. n. 6.

Conductores antiqui præferuntur nouis. n. 7.

Pro locario haberi nequit canon in recognitionem priuilegii concessi solutus. n. 8.

Als ihr uns eine facti speciem nebst zwey Fragen zugeschicket ꝛc.

Hat der Durchl. Fürst und Herr, Herr A. Hertzog zu B. und L. eine gewisse der Cammer zugehörige Weinschencke zu H. titulo oneroso, Titio auf Lebenszeit übergeben, dessen successores, die Durchlauchtigsten Hertzoge R. A. und A. V dergleichen concession dem Amtmann Mevio gleichfals dergestalt überlassen haben, daß solche Weinschencke er, dessen Töchter, und der letztlebenden Kinder, so lange noch eines derselben am Leben seyn würde, genieссen, und einen jährlichen canonem von 50 Thlr. an die Cammer entrichten, nach dero völligen Absterben aber die Weinschencke an die Cammer zurückfallen solte. Will nun der Durchl. Hertzog F. A. welcher nach tödtl. Hintritt derer Durchl. Hertzoge, Herrn A. W. und Herrn L. R. die Landesregierung angetreten, als successor singularis an die von Dero-Herrn Vettern glorwürdigsten Andenckens ertheilte concession sich nicht gebunden achten, und hat dahero solche Weinschencke zu reuociren befohlen, ohnerachtet von des Amtmann Mevii Tochter Kindern annoch drey am Leben sind, welche dadurch in den grössesten Schaden und zum theil in den äusserſten Ruin versetzet werden dürften, dahero belehret seyn wollen:

Quæstio I.

Ob nicht der Billigkeit gemäß sey, daß der ietztregierende

Bæhm. Conſ. T. III. P. II.

Landes-Herr diese Weinschencke ietzigen Besitzern bis zu deren völligen Abgang gnädigst lasse?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol bey der ersten Frage kein Schluß auf den ietzigen casum daraus zu machen, daß die quæstionirte Weinschencke von des Hochseel. Herrn Hertzogs A. Hochfürstl. Durchl. bereits einem andern auf gleiche Art und Weise verliehen, und der ietztregierende
1 Landesherr von demselben abstamme, zumal von dieser ersten concession alhier nicht mehr die Frage ist, als welche vorlängst erloschen, und die an den Mevium ertheilte Begnadigung pro noua concessione zu achten, welche von denen Durchl. Hertzogen R. A. und A. V. erst ertheilet, so aber den ietzigen Landesherrn als successorem singularem nicht binden kan, cum successor singularis, qui proprio iure succedit, ex contractu antecessoris sui non ligetur, nec eius factum præstare debeat.

ENENCKEL. *de priuil. lib. 3. c. 11. n. 3.*
REINKING *de regim. sec. et eccl. lib. 1. class. 3. c. 10. n. 18. ſqq.*

Und ob man gleich auch die successores singu-
2 lares alsdann ad facta defuncti seruanda verbinden will, si dignitatis aut officii intuitu vel pro necessitate principatus et in rem eius concessio facta fuerit,

CARPZ. *P. II. c. 29. def. 21.*

L. I. T. IV.

STRYK. *de succeſſ. ab int. diſſ. 8. c. 7. §. 43.*
ZIEGLER *de iur. mai. lib. 1. c. 4. §. 28. ſqq.*

dennoch hier nicht gezeiget werden kan, daß ſolche an Mevium geſchehene conceſſion nothwendig und zum Beſten des Landes geſchehen ſey, als welche allein das Cammer-intereſſe
3 betrift, da die Weinſchencke der Cammer zugehöret, und dem ſucceſſori ſingulari billig frey bleiben muß, die Cammer-intraden nach ſeiner convenientz zu reguliren, worin ihm die anteceſſores nicht præiudiciren mögen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch, wenn gleich hiebey auf das factum des Hertzoges A. nicht zu ſehen, und daraus kein bündiger Schluß auf das dem Mevio von Hertzog R. A. und A. V. ertheilte Recht zu machen, gleichwol ſich dabey hervorthut, 1) daß dieſes Weinſchencken-Recht dem Mevio titulo maxime oneroſo verliehen, und
4 die aus dieſem titulo gefloſſene commoda der Cammer, als den vornehmſten Landes-revenüen des Landesherrn, zu gute gekommen, dergeſtalt, daß an der verſione in vtilitatem publicam kein Zweifel übrig bleibet, quo caſu etiam ſucceſſor ſingularis ex facto anteceſſoris obligatur, welches auch die canoniſchen Rechte bey denen prælatis beobachten, und den ſucceſſorem zu alle dem verbinden, was in vtilitatem eccleſiæ et ratione officii contrahiret worden;

c. 1. X. de ſolut.
STRYK. *de priuil. tit. oneroſo quæſ. c. III. §. 12.*

vornemlich aber 2) hierbey zu conſideriren, daß wenn die Rechte einen ſucceſſorem ſingularem von denen Verbindlichkeiten, in welchen der anteceſſor geſtanden, liberiren, dennoch ſolches ſo wol nach denen Regeln der Billigkeit als Geſetzen von ſehr wichtigen und dem ſucceſſori höchſt præjudicirlichen und beſchwerlichen obligationibus zu verſtehen, keines-
5 weges aber auf dergleichen Fälle zu ziehen, welche geringe ſind, und daraus dem ſucceſſori kein groſſes incommodum und ſonderlicher Schade zuwächſet, neque enim in rebus, quæ eum non grauant, aut ſingulari damno adficiunt principatum, fidem ſui deceſſoris labefactare debet ſucceſſor, quippe quo in caſu humanitas præferenda ſtricto iuri;

ANTON. *de* PETRA *de iure quæſ. per princ. non toll. c. 15. n. 8. 9.*
CORSETVS *de poteſt. reg. qu. 3. et 75.*
OLDRADVS *conſ. 94. n. 23.*
CVNO *lib. I. de pact. c. 24. n. 51.*
ENENCKEL. *lib. 3. de priuil. c. 11. n. 10.*

miſerrima enim foret conditio regum et principum, ſi gratiam in eiusmodi rebus facere prorſus impedirentur, et hoc multo magis in contractibus eorum oneroſis dicendum, qui læſionem ſtatus notabilem nullam continent,

ANTON. *de* PETRA *cit. l. n. 10.*

welches alles ſich hieher wohl ziehen läſſet, da des Amtmann Mevii Nachkommen der Cammer einen jährlichen canonem von 50 Thlr. wegen Verleihung des Weinſchancks zahlen, und dem Lande dadurch kein ſonderlicher Schade zuwächſet, dabey auch zu bedencken, daß Mevius dieſes Recht vor ſich und ſeine Nachkommen titulo oneroſo acquiriret, und die Cammer zum Beſten des Landes daraus profitiret, mithin wenn der contractus gehalten wird, man nicht abſehen kan, wie daraus ein ſonderlicher Landſchade gezogen und dargethan
6 werden könne: woraus denn, was in rationibus dubitandi angeführet, hinwegfällt, als welches de ſtricto iure, cui humanitas præferenda,

l. 8. C. de LL.

bloß zu verſtehen, in caſu adducto aber zu limitiren iſt.

So halten wir davor, daß es der Billigkeit allerdings gemäß ſey, daß der ietzige regierende Landesherr die quæſtionirte Weinſchencke ietzigen Beſitzern bis zu deren völligen Abgang laſſe.

Quæſtio II.

Wenn auch dieſes nicht zu erhalten ſtünde, ob nicht der Billigkeit gemäß, und die Rechte ſelbſten denen noch übrigen Enckeln des Amtmann Mevii in ſo weit aſſiſtiren, daß ſie bey künftiger Verpachtunge, wenn ſie ſich zu eben der penſion erbiethen würden, andern billig præferiret werden müſten?

Rationes dubitandi.

So viel die andere Frage betrift, obwol diejenigen, die von der Cammer etwas in penſion bishero gehabt, in denen Rechten dieſes
7 Vorrecht erlanget, quod conductores antiqui præferantur nouis, ſi ad idem ſe offerant,

l. 4. l. 5. C. de locat. præd. ciu.
CARPZ. *P. 2. C. 31. def. 8.*
BRVNNEM. *ad l. 32. C. locat. n. 4.*

quod etiam in conductoribus gabellarum fiſcalium locum inuenit,

PACION *de locat. cond. c. 20. n. 113.*

welches ebenfals im gegenwartigen caſu ſtatt finden möchte, da die bisherigen poſſeſſores der Weinſchencke jährlich eine penſion von 50 Thlr. gezahlt, und dahero daraus zu ſchlieſſen,

sen, daß solche ein jährlicher Pachtzinß gewesen seyn müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch dieses seine Richtigkeit alsdann haben würde, wenn das suppositum, daß die Weinschencke Mevio für 50 Thlr. Pachtgeld jährlich eingethan, wahr seyn solte, und nur dieses dabey titulo onerosо demselben verliehen worden, daß solcher Pacht auch auf seine posteros gehen und dabey bleiben solle, gleichwol aus der specie facti wir solches so deutlich nicht abnehmen können, nach welcher die Hochseel. Hertzoge R. A. und A. V. dem Amtmann Mevio dieses Recht titulo onerosо per modum priuilegii verliehen, daß, so lange er, seine Tochter und deren Kinder übrig seyn würden, sie solches genießen, und loco canonis jährlich 50 Thlr. zahlen sollen, welches nicht so wol als ein Pachtgeld anzusehen, als in recognitionem concessi priuilegii, wie gantz gewöhnlich ist, gezahlet wird, auf welchen casum aber die angeführten Rechte nicht zu appliciren. *L. I. T. IV.*

So erhellet hieraus so viel, daß der prætendirte Vorpacht hiebey nicht statt finde, es möchten dann des Amtmann Mevii Enckele darthun können, daß sie die 50 Thlr. als ein Pachtgeld gezahlet, so wären sie alsdann mit dem Vorpacht billig zu hören. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE MAII MDCCXXXV.

RESPONSVM IX.

THEMATA.

I. Quatenus princeps immunitatem a seruitiis prædio concessum reuocare possit.

II. *Immunitas a seruitiis fiscalibus post XL annos præscribitur.*

SVMMARIA.

Priuilegium personale intuitu officii est reuocabile. n. 1.

Priuilegium onerosum a successore singulari reuocatur. n. 2.

Reddito pretio priuilegium onerosum reuocatur. n. 3.

Priuilegio renunciat, qui actum contrarium admittit. n. 4.

In possessione immunitatis tuendus, qui titulum demonstrauit. n. 5.

Immunitas a seruitiis ex antiquis regestris probatur. n. 6.

Possessio titulata est magnæ efficaciæ, etiamsi præsumtio possidenti resistit. n. 7.

Immunitas ab oneribus 40 annis præscribitur. n. 8.

Licet functiones sint publicæ. n. 9.

Operæ fisco præstari solitæ etiam sine titulo 40 annis præscribuntur. n. 10.

Contractus cum principe initi sancte seruandi. n. 11.

Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur. n. 12.

Contractus intuitu officii a principe initi successorem singularem stringunt. n. 13.

Priuilegia onerosa sine læsione salutis publicæ non reuocantur. n. 14.

Immunitas a successoribus confirmata est irrevocabilis. n. 15.

Quæstio secunda enodatur. n. 16.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst zwey Fragen und einigen Beylagen zugeschicket ꝛc.

Hat die Hochfürstl. Braunschweig-Wolffenbüttelsche Cammer, nach der von des Hertzogs F. A. Durchl. angetretenen Landes-Regierung, den 16 April 1735. dem Herrn Drosten S. zu Hessen committiret, die Freyheit desselben Hofes zu Hessen zu untersuchen, die Begnadigungs-Verschreibung in originali sich vorzeigen zu lassen, und davon vidimirte Abschrifft nebst Bericht einzusenden; dem zu folge vom commissario ein Termin dazu anberahmet, und in solchem die production, jedoch sub protestatione, daß solches nur aus unterthänigem respect erga Serenissimum und pro colorando possessorio geschehe, erfolget. Hat hierauf die Hochfürstl. Cammer sub dato den 11 Jul. 1735. an den Herrn Drost S. sub A. rescribiret, demselben anzudeuten, daß er die von seinem Vater in Absicht auf die zu continuirende Dienstfreyheit ausgezahlte 100 Thaler zurücknehmen, dagegen auf Michaelis dienen solle, dagegen derselbe die sub B. befind-

L. I. T. IV. liche supplication übergeben, darauf aber die sub C. befindliche resolution, in welcher die vorige sub A. wiederholet, und dem Drost S. anbefohlen worden, mit Nachdruck über die Leistung des Dienstes zu halten, erfolget, welcher auch solchem Befehl nachgekommen, und anfänglich schrifftlich, nachgehends mündlich durch den Acker-Vogt zum öftern, ja endlich unter dem Andräuen, er wolle ihm Pferde und Kühe wegnehmen lassen, den Dienst demselben anfagen lassen, welches ihn dahin gebracht, daß er sub D. bey Fürstl. Cammer gegen Erlegung des Dienstgeldes mit den würcklichen Diensten ihn zu verschonen gebeten, worauf auch solches sub dato den 7 Mart. 1736. laut lit. E. auf drey Jahr demselben accordiret. Hat der Herr Drost nach diesen den 10 Decembr. 1737. demselben die sub lit. F. befindliche Rechnung zugeschicket, derselbe aber angestanden, solche zu bezahlen, dahero die sub G. befindliche Cammer-resolution demselben insinuiret, darin demselben die Bezahlung der Dienstgelder sub comminatione executionis anbefohlen ist, und als die verlangte Bezahlung dennoch nicht erfolget, hat der Herr Droste S. demselben eine neue Rechnung, nebst einer neuen Cammer-resolution sub H. insinuiren lassen, und unter andern auch von den 2 Ottlebischen Hufen drey Erndtetage angesetzet, so doch der Major Ottleben nicht allein Dienstfrey verkaufet, sondern auch solche Dienstfreyheit von des Hertzogs R. A. Hochfürstl. Durchl. auf desselben Herrn Vater und dessen descendenten cum consensu cameræ laut Beylage sub sign. D und 24, und also causa cognita extendiret und confirmiret worden. Dieserwegen bey solchen obwaltenden Umständen nunmehr derselbe belehret seyn will:

Quæstio I.

Ob die quæstionirte Dienstfreyheit sowol desselben Hofes als der zwey Ottlebischen Hufen de iure eingezogen werden können?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol bey der ersten Frage wegen
1 des dienstfreyen Kohthofes 1) dieses demselben vornemlich entgegen stehen möchte, daß laut Anlage sub ⊙ desselben Herr Vater seel. selbsten angeführet, daß er solchen Kohthoff, ratione seiner Bedienung, also, wie der vormahlige Amtmann H. dienstfrey gehabt, solche Dienstfreyheit aber danächst cessiren möchte, und also dadurch angezeiget, daß solche Dienstfreyheit ein priuilegium mere personale intuitu officii gewesen sey, welches aufhören könte, quasi priuilegia, cum mere gratiosa sint, reuocari possunt, quia mere precaria sunt.

RAVCHBAR *part. poster. qu. II. n. 128.*

Und obwol 2) gegen Erlegung 100 Thlr. die 2
Dienstfreyheit in dem gedachten documento sub ⊙ de anno 1677. gäntzlich redimiret und abgekaufet worden, dennoch dabey zu erwegen seyn möchte, daß dergleichen priuilegia a successore singulari, qui ex pacto et prouidentia maiorum succedit, auch wol reuociret werden mögen, als welcher ex beneficio defunctorum nicht, sondern iure proprio succediret, und an die facta antecessorum nicht gebunden ist,

FACHIN *lib. VIII. contr. iur. c. 63. qu. 5.*
GAIL. *2. obs. 62.*
RAVCHBAR *cit. l. n. 93.*

bevorab da 3) der vormahlige Landesherr F. A. 3
die vormahls vor das priuilegium erlegte 100 Thlr. zurück zu zahlen sich erbothen, und dadurch derselbe völlig indemnisiret wird, wie solches die Rechte in dergleichen Fall erfordern;

RAVCHBAR *cit. l. n. 94.*
STRYK. *de priuil. tit. oner. quæst. c. IV. §. 23.*

welches 4) auch derselbe endlich in so weit angenommen, daß er nur die Dienste in natura zu præstiren depreciret, und davor Dienstgeld zu zahlen sich anerbothen, welches ihm 4
auch vors erste auf drey Jahr accordiret, und derselbe also dadurch von dem vormals ertheilten priuilegio selbsten abgegangen, und in die reuocation consentiret, und endlich 5) wegen der Ottlebischen Länderey derselbe nichts mehr als den confirmirten Kaufbrief, worin der dienstfreyen Acker gedacht worden, vor sich haben möchte, daraus aber nicht geschlossen werden kan, daß die Dienstfreyheit würcklich denen Ländereyen beylege, auch sonsten aus denen angeführten momentis vor revocabel zu halten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) desselben Hof und die dabey befindliche Ottlebische Länderey bishero von vielen Jahren her dienstfrey gewesen, wie die angeführte Urkunde mit mehrern zeigen, und es hart seyn würde, denselben so fort solcher von vielen Jahren continuirten possession immunitatis, ohne ihn zuvor darüber zu hören, und also causa nondum cognita, zu 5
entsetzen, bevorab da derselbe titulum possessionis suæ auf erhaltenen Befehl dargethan, die documenta ediret, und die possessionem vel quasi immunitatis zur Gnüge coloriret, in welchem Fall ein possessor vel quasi immunitatis denen bekanten Rechten nach bey der possess vel quasi geschützet werden muß, aus welcher derselbe auch noch nicht entsetzet worden, nachdem zwar der Herr Drost S. ihn zur Bezahlung des Dienstgeldes einige mal anstrengen wollen, er aber solche niemals gezahlet, die offerirte 100 Thlr. nicht erhalten, mithin seine possessionem nach wie vor continuiret, welche 2) um desto grössern Beyfall

befin-

befindet, als der quæstionirte Hof bereits in
6 anno 1584. in denen Erbregistern unter die dienstfreyen Höfe und unter dem Titul: Freye Kohtsaßen, aufgeführet, und der Besitzer dieses dienstfreyen Hofes laut Beylage sub ♂ in anno 1591. um deswillen vor schrifft- und cantzleysäßig erkläret, darneben in anno 1677. gegen Erlegung 100 Thlr. solche Dienstfreyheit nochmals bestätiget, und bis hieher fortgeführet ist, wodurch 3) derselbe auch in petitorio ein wohlgegründetes Recht contra fiscum hat, daß dergleichen titulata possessio, als welcher in iure eine grössere
7 Krafft, auch in casibus, in quibus alias præsumtio contra possessorem militat, zugeschrieben wird,

c. 1. de præscript. in 6.

dem possessori billig zu statten kommen, und 4) operiren muß, daß er nach Verlauff 40 Jahre mit keiner Klage und Anspruch weiter in-
8 commodiret werden kan, ita vt nullum ius priuatum vel publicum in quacunque causa vel quacunque persona, quod 40 annorum extinctum est iugi silentio, moueatur in posterum,

l. 4. C. de præscript. 30 vel 40 ann.

HARPRECHT *de præscript. immun. a collect.*

9 bevorab da 5) nicht einsten von der Freyheit der functionum publicarum et tributorum alhier die Frage ist, bey welchen viele eine Ausnahme contra doctrinam Harprechti machen,

ob l. 6. C. eod.

sondern bloß auf die immunität ab operarum præstatione es hier ankommt, welches pro iure mere priuato prædiorum zu halten, und nicht anders davor anzusehen sind, obgleich solche dem fisco oder Hochfürstl. Cammer præstiret worden, zumal auch solche Dienste bey denen meisten adelichen Güthern sind, und niemand an der præscriptione 40 annorum, etiam sine titulo, zweifeln wird, um desto mehr also 6) solche immunität demselben angedeyen muß, da derselbe optimum titulum so wol ratione des Hofes als der Ottlebischen Länderey hat, und nicht einsten der præscription bedarf, die dannoch auch hier völlig verhanden, insbesondere aber 7) die Zinß- und Dienstfreyheit wegen der Ottlebischen Länderey in dem mit der Fürstl. Cammer bestärckten, und also consensu cameræ a. 1673. confirmirten Kauffbrief, völlig agnosciret, und auf desselben Vater und dessen descendenten extendiret worden, wobey abermal die 40jähri-
10 ge possession contra fiscum ihm billig zu statten kommen muß, als welche in dergleichen præstationibus, veluti canone et operarum præstatione, quæ fisco debetur, bekanter massen, wenn auch kein Titul vorhanden, statt findet,

l. vlt. C. de fund. patrim.

auch nach den gemeinen Rechten vormals statt gefunden hat, qualiscunque successor imperii fuerit, cuius mutatione status fisci non mutatur, sed iura eius, prout nunc sunt, in successorem transeunt, sonsten einem Landesherrn, dem die iura fisci zustehen, nicht erlaubet seyn würde, nach seiner habenden Landes-Hoheit jemand mit dergleichen remissionibus zu begnadigen, und über die dem fisco zustehende emolumenta priuata zu disponiren, welches doch einem jeden priuato in dergleichen Fällen, als canonum, censuum et operarum remissionibus, zustehet, gleichwol in contractibus cum principe initis die obligatio heiliger, als in contractibus priuatorum initis, angesehen und beurtheilet werden muß. 11

L. I. T. IV.

MYLER. *ab* EHRENB. *in nomol. princip. imper.*

Dagegen dann die rationes dubitandi nichts verfangen, angesehen ad 1) aus der Beylage sub ⊙ nicht weiter zu sehen, als daß desselben seel. Vater in Zweifel gestanden, ob die Dienstfreyheit in perpetuum concediret sey, oder mit der Zeit aufhören könte, zu welchem Ende er, sich und seine posteros ausser allen Zweifel zu setzen, lieber 100 Thlr. zahlen, als sich künftigen Ansprüchen unterwerffen wollen, wodurch er also sich so wenig als seinen posteris einiges præjuditz zugezogen, daß vielmehr dadurch per viam transactionis alle Ansprüche des fisci wegen der Dienste gehoben sind, da sich befindet, daß bereits in denen Erbregistern der quæstionirten Guth a. 1584. unter dem Titul: Freye Kohtsassen, aufgeführet worden, wie solches in der Beylage sub ⊙ selbst angeführet ist, und es auch hier heisset: veritas rerum erroribus gestarum non vi- 12
tiatur,

l. 6. §. 1. de offic. præsid.

wie denn auch dasjenige, was zu mehrerer Sicherheit geschiehet, niemand zum Schaden erkläret werden muß; allenfals gnug ist, daß die quæstionirte Dienstfreyheit in der gedachten Beylage per viam transactionis auf einen festen und unbeweglichen Grund gesetzet ist, von welcher mit Zurückgebung des Geldes niemand abzugehen erlaubet ist, brvorab da ad 2) diese Freyheit damals nicht erst ertheilet, sondern nur aller künftige Anspruch durch die Zahlung der 100 Thlr. redimiret worden, so, daß wenn solche Wiederzahlung gleich geschehen könte, dennoch die Sache in pristinum statum verfallen, und es auf die quæstion: ob nicht damals bereits dem quæstionirten Guth die immunität von denen Diensten zugestanden? ankommen würde, so doch erst untersuchet, und durch Urthel und Recht abgethan werden muß, ausserdem auch bekant ist, daß dergleichen concessiones, ratione emolumentorum fiscalium, die auch bey adelichen Güthern vorkom- 13
men, ein jeder Landes-Fürst intuitu officii et dignitatis wol verleihen könne, qualis contractus nomine fisci initus quoscunque stringit successores, præsertim cum horum mentio fuerit facta,

CVNO *de pact. lib. I. c. 22. n. 66. sqq.*

REIN-

L.I.T.IV. REINKING *de regim. secul. et eccl. lib. I. class. 3. c. 10. n. 30.*

TABOR *de obligat. succeſſ. in offic. c. 5. §. 4.*

hierüber ad 3) es nicht genug iſt, daß des regierenden Landes-Fürſten Durchl. ſich offeriret, die vormals ausgezahlte 100 Thlr. wieder zu erlegen, als wodurch man ipſo facto die obligationem dieſes negotii agnoſciret, von welcher doch keinem priuato per nummorum reſtitutionem wieder abzugehen erlaubet iſt. Und wiewol ſolches bey denen priuilegiis titulo oneroſo acquiſitis, ſalute publica id exi-
14 gente, angehet,

STRYK. *de priuil. tit. oner. quæſ. c. III. §. 18.*

dennoch bey dieſer Dienſtfreyheit kein Landſchade, ſondern merum fiſci commodum priuatum, vorkommt, deſſen Entbehrung ein jeder Landes-Fürſt leicht verſchmertzen kan, davor er und ſeine Vorfahren ein æquiualent in Händen gehabt, ſo daß dadurch denen Cammer-intraden nicht ſonderlich gefehrdet worden iſt. Uebrigens ad 4) zwar an dem iſt, daß derſelbe in der äuſſerſten Bedrängniß, da der Herr Droſte S. ihn mit ſcharfen executionen gedrohet, ſich zu Erlegung des Dienſtgeldes offeriret, jedoch eines theils metu maioris mali imminentis ſolches geſchehen, und alſo keinen Beſtand haben kan, cum ab executione non ſit inchoandus proceſſus, und niemand ohngehöret, ohne alle Urthel und Recht, von der Cammer ſeiner Freyheit zu entſetzen; andern theils man die offerte nicht debito modo angenommen, ſondern nur auf 3 Jahr das Dienſtgeld reſtringiren wollen, weswegen derſelbe bewogen worden, ſo wenig die 100 Thlr. abzufordern, als das Dienſtgeld, aller monitoriorum ohngehindert, zu erlegen, vielmehr dieſe Handlung unvollkommen und ohne alle Verbindung geblieben, da ſie nicht auf die Art, wie die offerte geſchehen,
15 angenommen. Endlich ad 5) bey denen Ottlebiſchen zwey Hufen Landes die Beylage ſub D klare Maſſe und Ziel giebet, als worin die Dienſtfreyheit nicht allein agnoſciret, ſondern auch der Höchſtſeel. Hertzog R. A. vor ſich, ſeine Erben und *Succeſſoren* an der Regierung ſolche beſtätiget, auf deſſelben ſeel. Vater und deſſen deſcendenten gnädigſt extendiret, und mit dem Cammer-ſecret beſtärcken laſſen, auch eben die vorher angeführte momenta hier ebenfals einſchlagen.

Als halten wir davor, daß die quæſtionirte Dienſtfreyheit ſo wenig von deſſelben Hofe als denen zwey Ottlebiſchen Hufen eingezogen werden könne.

Quæſtio II.

Wie derſelbe ſich bey ſolchen bedencklichen Umſtänden zu verhalten habe, damit derſelbe den ſeinem gnädigſten Landes-Herrn ſchuldigen Gehorſam nicht verletzen, und ſich derer ihm zuſtehenden Rechts-Wohlthaten nicht vergeben noch verſäumen möge.

Rationes dubitandi et decidendi.

Bey der andern Frage wird derſelbe unſerm Ermeſſen nach am beſten und ſicherſten 16
thun, wenn derſelbe durch ein unterthänigſtes memorial an des regierenden Landesherrn Hochfürſtl. Durchl. die Beſchaffenheit der Sachen vorſtellet, und ſich unterthänigſt ausbittet, ihn nicht unerhört ſeiner Dienſtfreyheit zu entſetzen, ſondern viam iuris zu eröffnen, und durch den Cammer-fiſcal die Sache mit ihm ausmachen zu laſſen, da denn nicht zu zweifeln, daß der Durchlauchtigſte Landesherr nach deſſen propenſion vor die Juſtiz demſelben gnädigſte audientz und Wilfahrung angedeyen laſſen, und mit gedeylicher reſolution, abſonderlich bey denen vorkommenden wichtigen momentis, verſehen werde, auch derſelbe zu hoffen hat, daß Se. Hochfürſtl. Durchl. dieſe allen Unterthanen zuſtehende imploriruug pro adminiſtranda iuſtitia nicht ungnädig aufnehmen werden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXLI.

RESPONSVM X.

THEMATA.

I. Reſcriptum iuſtitiæ iuri repugnans in rem iudicatam non tranſit.

II. *Super quæſtionibus iuris beneficium transmiſſionis actorum denegari nequit.*

III. Reſcripta ſimplicia in rem iudicatam non tranſeunt.

SVM-

SVMMARIA. L.I.T.IV.

Puncta incidentia ad promouendam causſam principalem princeps leuato velo decidere poteſt. n. 1. 4.
Reſcripta deciſiua in rem iudicatam tranſeunt. n. 2.
Res iudicata per rem iudicatam regulariter non reſcinditur. n. 3.
Reſtitutio in integrum ſupponit leſionem, n. 5.
Et maiorennibus concurrente culpa denegatur. n. 6.
Expenſæ retardati proceſſus et contumaciæ ad finem litis differri nequeunt. n. 7. 12. 20.
Reſcriptum contra ius in theſi nullum eſt, n. 8. 10.
Contra ius a principe ſtatutum non valet. n. 9.
Reſtitutio ob abſentiam neceſſaria, licet ex cauſſa delicti, datur. n. 11.
Transmiſſio actorum ſi propter expenſas retardati proceſſus fit, integra volumina ſupponit. n. 12. 18.
Niſi contumacia ad punctum incidentem tantum pertineat. n. 12.
Transmiſſio actorum ſine cauſſa non decernenda. n. 14.
Interim ad beneficia iuris pertinet. n. 15.
Quæ cauſſæ transmiſſionis? n. 16.
Iudex ſemel grauans ſemper grauare præſumitur. n. 17.
Cauſſa principalis an tractanda, ſi de incidente lis eſt? n. 19.
Reſcripta ſimplicem reſolutionem comprehendentia ſemper mutari poſſunt, n. 21. 22.
Nec vim rei iudicatæ habent. n. 23.

Als derſelbe uns vorſtehende continuationem nebſt beygefügten und zurückkommenden acten zwiſchen I. M. Hochfürſtl. Hof-Judens Klägers an einem, und des wohlſeeligen Herrn Geh. Raths J. von C. Erben Beklagten am andern Theil, nebſt einigen Fragen zugeſchicket, ꝛc. und zwar auf die erſte Frage von Recht:

Quæſtio I.

Ob nicht Kläger gegen den commiſſions-Beſcheid vom 9 May 1733. krafft deſſen der Punct wegen Schaden, intereſſe und Unkoſten ob intempeſtiue factam renunciationem **bis zu geendigter Hauptſache auszuſetzen, annoch allemal** in integrum **zu reſtituiren, und was eigentlich derſelbe zu deren Erhaltung Dr. Königl. Hoheit in Unterthänigkeit anzuzeigen habe?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol hiebey dieſer Zweifel vorfallen möchte, daß 1) der gedachte commiſſions-Beſcheid auf ein vorhergehendes reſcriptum vom 17 Sept. 1732. ſub n. 87. und alſo ad mandatum principis cauſa cognita ertheilet ſey, welches deſto bündiger zu halten, weil eines Theils einem principi zuſtehet, dergleichen Nebenpuncte, wodurch die Hauptſache
1 nur gehemmet wird, extra ordinem auszuſetzen, und die Beſchleunigung der Hauptſache dadurch zu befördern, cum principalis rei potior ſit habenda ratio, quam acceſſorii,

MEV. *P. 3. deciſ. 5. n. 2.*
Bæhm. Conf. T. III. P. II.

et in principe ſemper præſumatur iuſtitia et voluntas recta.

IDEM *P. 1. deciſ. 141. n. 4.*

Andern Theils 2) ſolches reſcript pro deciſiuo zu halten, weil ein deciſiv-Beſcheid nach Maaßgebung deſſelben von der commiſſion in forma ſententiæ ertheilet, und ſolches in rem iudicatam ergangen, cuius tanta eſt autoritas, vt pro veritate habeatur, et nullo modo retractari poſſit, 2

l. 25. D. de ſtat. hom.
l. 207. de R. I.
CARPZ. *lib. 3. R. 96. n. 6.*

ob præſumtionem iuris et de iure, quod ea iuſtitiæ conformis ſit,

c. 16. de ſent. et re iud.
l. 3. pr. de agn. vel al. liber.

vt nec princeps illud ius immutare et tollere poſſit,

l. f. C. ſent. reſcind. non poſſe.
l. 16. C. de transact.

bey welcher Beſchaffenheit 3) die reſtitutio in integrum um deſto weniger ſtatt finden mag, 3
als dadurch die auctoritas rei iudicatæ vernichtet wird; reipublicæ autem intereſt, res iudicatas integras ſeruare, ne lites vitæ humanæ modum excedant;

l. 13. C. de iudic.

hierüber 4) das reſcriptum das eintzige Mittel und temperament, alle difficultät zu heben, geweſen zu ſeyn ſcheinen will, da wegen der involutation der acten über den Neben- 4
punct die Partheyen ſich nicht vergleichen können, und immer ein Nebenpunct aus dem andern erwachſen, dadurch aber die Hauptſache gantz ins Stecken gerathen, ſodann 5) keine 5
reſtitutio in integrum, niſi probata læſione, ſtatt finden kan, an welcher es hier doch fehlen möchte, weil Klägern nichts benommen, ſondern die Ausmachung des Nebenpuncts, ratione expenſarum, damnorum et intereſſe, bis zum Ende des proceſſus reſeruiret, und alſo zur künftigen deciſion ausgeſetzet worden: die-

L. 1. T. IV. semnach actoris iura salua et integra geblieben, wodurch alle restitutio bekanter massen ausgeschlossen wird, nicht zu gedencken, daß
6 6) denen maiorennibus regulariter keine restitutio indulgiret wird, und Kläger durch das Einlager verursachet, daß der commissorische Bescheid in rem iudicatam gegangen, cum tamen negligentibus et in culpa constitutis restitutio in integrum denegetur.

l. 16. D. ex quib. caus. mai.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) alhier die Frage
7 de expensis retardati processus et contumacia ist, quæ ante omnia et antequam vltrius procedatur, refundendæ et super iis pronunciandum est,

l. 15. C. de iudic.

CARPZ. *P. 1. C. 31. def. 19. n. 3.*

siue actor siue reus retardauerit processum, adeo vt nequidem in alia causa audiendus sit contumax,

CARPZ. *lib. 3. resp. 30. n. 14. et 21.*

IDEM *in proc. tit. 24. art. 4. n. 43. sqq.*

und dahero ad finem litis denen offenbahren Rechten nach nicht ausgesetzet werden möge, wie bereits in unserm vorigen rechtlichen Gutachten bey der vierten Frage ausgeführet, dem zu folge das rescriptum und der daraus gefäl-
8 lete commissorische Bescheid denen Rechten offenbar in thesi entgegen ist, und daher nicht bestehen, noch in rem iudicatam gehen mögen,

l. 27. D. de re iudic.

l. 1. §. 2. quæ sent. sine appell.

l. 19. D. de appellat.

l. 2. C. quand. prou. non est necess.

als woraus eine nullitas insanabilis entsprin-
9 get, dergestalt, vt nequidem valeant rescripta, quæ contra ius fuerunt impetrata,

l. 1. C. si contra ius vel vtil. publ.

quin potius contra ius veritatemque quid statuens princeps præsumitur circumuentus, cum sæpe male instruatur,

MEV. *P. 1. dec. 143. n. 4.*

10 mithin ad 2) die autoritas rei iudicatæ hier nicht in consideration zu ziehen, als welche hier ob nullitatem euidentem ermangelt, alsenfals aber ad 3) Kläger um desto ehender, wenn ja hiebey einiger Zweifel noch vorfallen solte, contra lapsum remedii suspensiui in integrum zu restituiren, zumal dazu iustissima causa verhanden, und Kläger lite super hoc puncto pendente wegen 800 Thlr. Schulden genöthiget worden, das Einlager zu Oldenburg zu halten, inzwischen aber in seiner Abwesenheit, davon der Beklagte ohne Zweifel profitiret, der commissorische Bescheid gefället ist, und er ob absentiam necessariam impeditus inzwischen hiebey nicht
11 vigiliren, noch das nöthige besorgen können, cum tamen etiam is, qui ex relegatione abest, restitui ex causa possit,

l. 26. §. 1. ex quib. caus. mai.

da im Gegentheil des Klägers absentia necessaria nicht ex delicto, sondern ex contractu seinen Ursprung hat, und er durch diesen Proceß in dieses Unglück, daß er die 800 Thlr. Schuld nicht promt bezahlen können, versetzet, durch des Beklagten præponentz aber zu seinem Recht nicht gelangen können, welche Umstände eine grosse causam æquitatis vor sich haben, bevorab da ad 4) ec durch diesen Nebenpunct in unendlichen Schaden versetzet ist, und die Beklagten zu deren refundirung allen Rechten nach verbunden sind, zumal, wenn solcher Punct vsque ad finem litis verwiesen 12
werden solte, leicht geschehen könte, daß derselbe, weil die Hauptsache selbst groß und weitläuftig ist, gar negligiret, und nicht mit gehörigem Fleiß ob causæ principalis grauitatem untersuchet, also er in grossen Schaden dadurch gesetzet werden könte, welches moraliter certum ist, zumal die referenten öfters die Nebenpuncte übersehen, und celeritate ferendæ sententiæ sich nicht die Mühe nehmen, solche hauptsächlich recht zu ponderiren, ohnerachtet dieser Nebenpunct ein grosses importiret, und nicht etwa wenige expensas betrifft, deswegen die leges vor allen Dingen deren refusion verordnet; Klägern auch wegen der difficultirten transmission nichts beygemessen werden mag, da Beklagter unbefugter Weise die separation der acten, die doch das fundamentum decidendi des gantzen Nebenpuncts geben sollen und müssen, begehret, und gewiß ein actus fruſtraneus geschehen seyn würde, wenn nur die wenigen piecen, so Beklagter zu verschicken verlanget, transmittiret worden wären, als woraus man nicht sehen mögen, ob nach dem *l. 15. C. de iudic.* zu verfahren, und die Erstattung der Unkosten ob retardatum temere processum vorher geschehen müssen, solcher Punct also so fort ohne Weitläuftigkeit von der commission entschieden und definiret werden können, wenn nicht des Beklagten præponens verhindert, und durch die Gelegenheit des Klägers Einlagers das præiudicirliche rescript extrahiret, die commission aber darauf ihr decisum gegründet.

So halten wir davor, daß zwar der commissorische Bescheid zu Recht beständig, und also Krafft Rechtens nicht ergreifen könne, dennoch Kläger besser thun werde, wenn er die querelam nullitatis mit der euentuali restitutione in integrum dergestalt cumuliret, daß, wenn ja die Rechtskrafft verhanden seyn solte, er doch dagegen aus angeführten Ursachen in integrum zu restituiren.

Quæstio II.

Die andere Frage belangend:

Ob nicht, impetrata restitutione in integrum, integra acta super passu intempestiuæ factæ renunciationis

und

und der daraus flieſſenden Verbündigkeit ad reſtitutionem damni et expenſarum, ad exteros ICtos **zu verſenden ſind?**

Rationes dubitandi.

Ob wol dabey eingewandt werden möchte, daß 1) per reſcriptum principis aus bewegenden Urſachen anbefohlen worden, die in puncto intempeſtiuæ renunciationis ergangene acta ſub nominibus fictis abſchreiben zu
13 laſſen, und ad extraneos zu verſchicken, damit weder der reſpectus religionis von Seiten Klägers, noch der reſpectus dignitatis von Seiten des Beklagten bey denen künftigen Herren referenten ingreſs finden möchte, dem zu folge dann 2) Beklagter die wenige Stücke, ſo in puncto intempeſtiuæ renunciationis von n. 78. bis n. 89. ergangen, allein abſchreiben und verſchicken zu laſſen, verlanget, welches daher gegründet ſeyn möchte, weil nur über dieſen Nebenpunct: ob wegen der intempeſtiue geſchehenen renunciation der punctus expenſarum et damnorum ſo fort zu erörtern, oder vsque ad finem litis auszuſetzen ſey, zu erkennen, und über ſolchen keine andere als die ietztgedachten Stücke ergangen, im Gegentheil des Klägers Begehren 3) dahin gegangen, daß auch die weitläufftigen in puncto deſertæ probationis ergangene acta zugleich mit abgeſchrieben und verſchicket werden ſolten, ohne welche doch der ſtreitige Nebenpunct, als welcher mehr iuris als facti iſt, wohl decidiret werden mag; gleichwol, weil 4) die Partheyen ſich nicht über die acta transmittenda in termino inrotulationis vergleichen können, das beſte Mittel geweſen, ſolchen Neben-
14 punct in loco zu decidiren, zumal 5) Kläger ſelber gegen die transmiſſion anfänglich allerhand Vorſtellung gethan, und ſolche depreciren wollen, dieſelbe auch ſonſten nicht abſolutæ neceſſitatis in cauſis ciuilibus zu achten, cum partim hoc remedium transmiſſionis pro iudicibus parum idoneis & peritis receptum, partim tale ſit, ad quod iudex ſine cauſa deuenire non debeat.

MEV. *P. 5. dec. 358.*

Rationes decidendi.

15 Dieweil aber dennoch die transmiſſio actorum billig mit unter die beneficia iuris referiret wird, damit ohne alle Nebenabſicht das Urthel gefället werden möge,

R. I. de anno 1654. §. 113.

dazu auch ſehr gegründete Urſache verhanden, indem nicht bloß wegen Ungeſchicklichkeit und weniger Erfahrung des Richters, ſondern auch alsdann ſolche zu verſtatten, wenn der aduerſarius groſſe pouvoir am Hofe, und alſo in denen iudiciis hat, und er ſich ſonſten nicht verbrennen will,

Bæhm. Conſ. T. III. P. II.
SCHRADER *de feud. P. 10. c. 14. n. 50. L. I. T. IV. et n. 53.*

deswegen auch ad 1) ex regulis prudentiæ das Mittel beliebet worden, daß die Abſchreibung der acten ſub nominibus fictis geſchehen möge, damit von auswärtigen ICtis eine unpartheyiſche ſententz gefället werden möch- 16
te, wie der gedachte Reichsabſchied erfordert, es hier auch vornemlich auf eine quæſtionem iuris ankomt, da am leichteſten die transmiſſion zu verſtatten, qua de cauſa hoc beneficium, iuſta cauſa exiſtente, haud denegandum, maxime ob odium vel indignationem vnius ex litigatoribus euitandam, vel quando quæſtio iuris adeſt;

SCHRADER *de feud. cit. l. n. 53. 55.*
REVNEMANN. *in iurispr. M. IV. diſp. 41. §. 14.*

wozu hier noch kommt, daß, reſtitutione ſecuta, nicht wohl practicabel ſey, vt idem iudex, qui grauauit, denuo pronunciet, quia 17
ſemel grauans ſemper grauare præſumitur;

GAIL. *l. obſ. 131. n. 2.*

im Gegentheil ad 2) et 3) die in termino inrotulationis ſich ereignete difficultät über die acta deſcribenda et transmittenda nicht ſo beſchaffen iſt, daß ſolche ſine ambagibus nicht hätte decidiret werden können, zumal die Rechte wollen, daß die vollkommene acta, worüber 18
das Urthel zu fällen, verſchicket werden ſollen,

R. I. de anno 1654. §. 113.

cum defectus in actis faciant nullitatem proceſſus,

MEV. *P. 2. deciſ. 62. n. 1.*

die acta aber über den Nebenpunct pro integris nicht zu achten, wenn nicht die vorhergehende acta ſuper deſerta probatione mit denen actis ſuper puncto intempeſtiuæ renunciationis combiniret werden, da ohnmöglich ein auswärtiger Richter den letzten Punct decidiren kan, wenn er nicht aus den vorhergehenden acten die temeritatem litigandi und unnöthige gegen beſſer Wiſſen und Gewiſſen geſchehene retardationem proceſſus einſiehet, als woraus allein zu erkennen, ob die renunciatio intempeſtiue geſchehen oder nicht? Dieſerwegen, obgleich die wenigen piecen von N. 78. über den punctum renunciationis ergangen, und auf ſolche allein das reſcriptum de transmittendis actis anfänglich ertheilet: dennoch daraus nicht folgen will, daß ſolche nur allein zu verſchicken geweſen, zumal ſolche endlich wohl zur Beurtheilung des puncti de transmittendis actis zureichend geweſen, weil man bey Hofe die Umſtände des verzögerten proceſſus wohl gewuſt, gleichwol zur deciſion dieſes Puncts die vorhergehende von dem Urthel vom 11 Mart. 1721. erfolgte acta, als der Grund, woraus die ratio decidendi allein zu nehmen, nothwendig mit verſchicket werden müſſen, dergeſtalt, daß des Beklagten Begehren höchſt gefährlich, des Klägers poſtulatum in Rechten gegründet zu achten, zumal die extranei ICti ſonſten nicht

L. I. T. IV. eigentlich wissen können, was die so viele Jahre durch erfolgte Verzögerung des processus verursachet; endlich ad 5) die vorhin von Klägern angeführte rationes gegen die transmission dadurch gehoben sind, daß die acta sub nominibus fictis abgeschrieben, verschicket werden sollen, wozu ein jeder bereits 50 Thlr. erleget, und daraus sich veroffenbahret, daß man bey der commission selbsten wohl verstanden, daß die acta, vom 11 Mart. 1721. an, nothwendig abgeschrieben werden müssen, weil die wenigen piecen von n. 78. sqq. mit 3 oder 4 Thlr. hätten abgeschrieben werden können, und dazu so wenig als zu der transmission eine so grosse Summe nöthig gewesen.

So halten wir davor, daß, impetrata restitutione, integra acta super puncto intempestiuæ renunciationis, und also die, welche nach dem 11 Mart. 1721. erfolget, zu versenden sind.

Quæstio III.

Bey der letzten Frage:

Ob dem Kläger aufzuerlegen, daß, ehe und bevor diesem Punct durch Versendung der gesamten acten seine Abhelflichkeit gegeben werde, er den ihm in causa principali den 11 Mart. 1721. auferlegten Beweis anzutreten schuldig?

Rationes dubitandi.

19 Erachten wir vor Recht, obwol die Hauptsache, ohne Abthuung dieses Nebenpuncts, zugleich mit fortgeführet und beweckstelliget werden kan, und ad abbreuiandum processum es zuträglich scheinet, daß Kläger den auferlegten Beweis in causa principali gleich antrete, und dadurch selber die Sache nicht retardire, zumal durch die renunciation des puncti desertæ probationis nunmehr alles obstaculum aus dem Wege geräumet, und der proceß seinen Fortgang gewinnen kan.

Rationes decidendi.

20 Dieweil aber dennoch expresse in *l. 15. C. de iudic.* verordnet, daß dem contumaci, donec retardati processus expensas et damna restituerit, inzwischen alle audientz denegiret werden solle, wie bereits bey der ersten Frage dargethan, hiernächst aber man leicht vor Augen siehet, daß, wenn es bey dem commissorischen Bescheid verbleiben solte, Klägern vom neuen die exceptio desertæ probationis werde opponiret werden, weil der Bescheid im May 1733. gefället worden, und inzwischen die Sache geruhet, mithin die ratio iuris so wol, als das periculum einer neuen Nebencontrouers erfordert, daß zuförderst der punctus refundendarum expensarum cum omni damno et interesse erörtert und ausgemachet werde, wodurch die ratio dubitandi von selbsten hinwegfällt.

So ist dem Kläger nicht aufzulegen, daß, ehe und bevor der quæstionirte Punct abgethan, er den ihm den 11 Mart. 1721. auferlegten Beweis antrete. V. R. W.

INSERAT.

Wird noch ausserdem gefraget:

1) **Ob nicht** partibus **aus der rechtskräfftig gewordenen und vom Landesherrn** immediate **geschehenen Verfügung** in puncto transmissionis actorum **ein** ius quæsitum **erwachse?**

2) **Ob solches durch einen andern gefolgten Spruch** inuitis partibus **wieder aufgehoben werden möge?**

3) **Ob, wenn solches nicht geschehen können, der** commissorische **Bescheid vom 9 May 1733. jemahls rechtskräfftig werden könne?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol die Verschickung der acten in dem Nebenpunct wegen der intempestiue 21 geschehenen renunciation immediate a principe der commission anbefohlen, in der resolution sub n. 79. vom 9 May 1731. solches gemeldet, und in einer andern resolution gegen des Klägers gethane Vorstellung contra transmissionem actorum vom 22 Jun. 1731. solche bestätiget, und dergestalt fest gesetzet worden, daß wegen Umschreibung der acten die commission sub dato den 30 Aug. 1731. das Nöthige bereits verordnet, und die Partheyen dahin beschieden, daß, so bald der Punct wegen Abschreibung der acten seine Richtigkeit erlanget, ein terminus zur inrotulation anberahmet werden solle, dieser Punct also in rem iudicatam ergangen zu seyn, und es daneben scheinet, daß solcher durch das rescript vom 17 Decembr. 1732. und darauf erfolgten commissorischen Bescheid nicht wieder umgestossen werden möge, cum sententia contra rem iudicatam lata sit nulla.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die quæstio præiudicialis zuförderst hiebey zu erörtern: ob das rescriptum

scriptum de transmittendis actis, und die in conformität desselben darauf erfolgte resolutiones von Sr. Königl. Hoheit vim rei iudicatæ jemals erlanget? als worauf alle drey Fragen sich gründen, die zum Grunde gesetzte Rechtskrafft aber bey dem præliminari rescripto und darauf erfolgten resolution sich nicht finden will, da dergleichen resolutiones von
22 rechtskräfftigen Urtheln toto cœlo zu distinguiren, und allemahl pro re nata geändert werden mögen,

l. 14. D. de re iudic.

auch überhaupt von solchen rescriptis verordnet, quod rescripta, programmata ac epi-
23 stolæ vim rei iudicatæ nunquam obtineant.

t. t. C. comment. epist. programm. subscript. autor. rei iud. non habere. L. I. T. IV.

Dieserwegen daraus die Partheyen sich kein ius quæsitum anmassen mögen.

So halten wir davor, daß die Urtheile, rescripte und resolutiones keine Rechtskrafft erhalten, und solche wol in so weit geändert werden mögen, daß deswegen der commissorische Bescheid vom 9 May 1733. keiner nullität unterworffen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE
MENSE OCTOBR. MDCCXXXVI.

Tit. VI. De his qui sunt sui vel alieni iuris. L. I. T. VI.

DECISIO XI.

THEMA.

De seruis dotalibus.

SVMMARIA.

Subiectio sine iuramento subiectionis esse potest. n. 1.
Res inter alios acta aliis non præiudicat. n. 2. 4.
Simplex obedientia a subiectione differt. n. 3.
Ex observantia annotationes ecclesiarum lucem capiunt. n. 5.
Manumissiones seruorum ad opus meritorium pertinent, n. 6.
A clericis valde commendatæ. n. 7.
Libertas decennio præscribitur. n. 8.
Præstatio des Rauchhuhnes, *an sit argumentum seruitutis?* n. 9.
Rusticis ignorantia iuris prodest. n. 10.
Proprietas prædiorum an argumentum libertatis constituat? n. 11. 27.
Expensas non soluit, qui probabilem litigandi causam habet. n. 12.
In Pomerania qui inhabitat prædium seruile, fit seruus, n. 13. 16.
Nisi sibi diserte libertatem reseruauerit. n. 20.
Dantur serui ecclesiarum. n. 14. 15. 22.
Pretium manumissionis arguit seruitutem. n. 17.
Seruus fit per spontaneam subiectionem. n. 18.
Annotatio priuata probat seruitutem, si qualitas prædii adminiculatur. n. 19.
Obseruantia vnius loci alteri non præiudicat. n. 21.
Serui dotales qui? n. 23.
Præscriptio libertatis sine bona fide esse nequit. n. 24.
Negleta exactio operarum non arguit libertatem. n. 25.
Pretium Dienstgeld *solutum arguit seruitutem.* n. 26.
Expensas soluit qui temere litigat. n. 28.

Als die Herren uns gesuchte restitutionem in integrum und erfolgte Gesetze in Sachen T. S. imploranten an einem, des Pastoris in S., L. imploraten am andern, und des commissarii von S. interuenienten am dritten Theil zugeschicket ꝛc.

Daß es der gesuchten restitution ohngehindert bey dem den 2 Febr. 1735. eröffneten und fol. 67. befindlichen Behörsbescheid billig zu lassen, implorant auch die expensas retardati processus nach deren vorhergehender liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung imploraten und interuenienten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol ein implorant sich dadurch grauiret befindet, daß er 1) nicht von imploraten und interuenienten Anspruch gantz frey erkant, sondern durch den Behörsbescheid angewiesen werden wollen, sich gegen imploraten als ein Unterthan zu verhalten, da er doch nur ein 1
Pfarr-colonus und von Geburt frey sey, und sich dem imploraten iure seruitutis et subiectionis niemals unterworffen, noch ihn, wie seine Vorfahren gethan, das iuramentum subiectionis abgeschworen, dazu auch 2) die ad acta gekommene Beylagen nichts contribuiren möchten, angesehen die fol. 18 und 19
befindliche als res inter alios actæ anzuse- 2

 hen,

L. I. T. VI. hen, dabey er weder gehöret, noch damals mit in lite gewesen, 3) die fol. 22 und 23 befindliche documenta in priuatis annotationibus et attestatis in propria causa bestünden, und daraus nichts weiter erhellen möchte, als daß
3 er des imploraten anteceſſori ſimplicem obedientiam angelobet, welches aber keine Unterthänigkeit iure ſeruitutis inuoluire, wie denn auch 4) die Urkunde ſub lit. H. I. K. M. N.
4 facta tertii und res inter alios actas concerniren, welche ihn ebenfals wenig angingen, am wenigſten aber 5) hiebey auf die Beylagen ſub A. et B. fol. 17. zu reflectiren, zumal die Kirchen-matricul nur des imploraten Hebungen ſpecificiren, ihm aber kein iugum ſeruitutis imponiren ſollen, ja die Sache mit ihm in einen andern Stand gerathen, indem Haus und Hof nebſt Hofwehr ſein eigen ſey, als welche er gekaufet, die Kirchen-matricul auch ihm keine Unterthänigkeit auflegen könte, wenn er ſolche nicht übernommen, allenfals aber nach
5 des Landes obſervance zu verſtehen ſey, ſo auch von dem documento ſub B. zu ſagen. Hierüber 6) aus der Kirchenordnung nicht einſten dargethan ſey, daß ein Prediger eigene Leute haben und darüber die Gerichte ausüben könne, als welches dem protocollo ſub M. vom 19 Oct. 1729. entgegen, worin dem Prediger die Gerichtbarkeit aberkant, ja 7) die
6 obſeruantia nicht zuliesse, daß Geiſtliche eigene Leute haben könten, welche auch gegen die matricul und Kirchenordnung gelten müſſe; wie denn der Grund ſolcher obſervanz in denen principiis der vorigen Zeiten zu finden, da man in denen manumiſſionibus ſeruorum ein opus meritorium et pium geſuchet, und
7 dahero ohne Zweifel vermeinet, daß es ſich nicht ſchicke, daß Geiſtliche eigene Leute hätten, als welche denen Layen hierin mit guten Exempeln vorgehen müſſen, welchen die Geiſtlichen die manumiſſiones ſo ſehr angeprieſen.

POTTGIESER *de ſtatu ſeru. vet. et nou. lib. 4. c. 1. §. 2. ſqq. nouiſſ. edit.*

Uebrigens obgleich 8) ſeine Stieffkinder patre proprio homine gebohren, dennoch der implorat ſie über 10 Jahr in der Freyheit gelaſſen, und ſie nicht zu dienen gezwungen, wo-
8 durch die libertas præſcriptione acquiriret ſey;

l. 16. §. 3. qui et a quib. manum.

wie denn auch 9) implorant keine Dienſte leiſten, ſondern 28 Thlr. loco penſionis nur zahlen müſſe, wegen des Rauchhuhns aber
9 10) ſo ſignum ſeruitutis ſeyn ſoll,

HERT. *lib. 2. paroem. iur. 11.*

anführet, daß er als ein einfältiger Mann nicht verſtanden, daß daraus ein argumentum ſeruitutis flieſſe, auch man ihm ſolches billig vorher erklären ſollen, damit er ſich dabey proſpiciren können, ihm alſo tanquam ruſtico
10 die ignorantia iuris nicht ſchaden möge, bevorab da 11) ſeine Freyheit ſonnenklar daraus abzunehmen, daß ſo wol das Hofwehr als Haus und Hof ſein eigen ſey, und er dieſerwegen die Gebäude, ſo durch den Brand ruiniret, wieder bauen müſſen, da hergegen eigene Leute nichts eigenes hätten, das Hofwehr von ihrem Herrn bekämen, und dieſelbe die abgebrannten Gebäude nach der Bauer-Ordnung wieder bauen müſſen. 11

POTTGIESER *cit. l. lib. 5. c. 2. §. 34.*

Bey ſolchen ſignis libertatis euidentibus alſo
12) implorant iuſtas litigandi cauſas gehabt zu haben ſcheinet, daß er mit denen Unkoſten, wenigſtens ratione interuenientis, verſchonet werden müſſen, als den er nicht belanget, ſon- 12
dern ihm ſeine iurisdiction zugeſtehet, und er alſo ohne Noth ſich mit in dieſen Proceß gemiſchet. Endlich auch 13) implorant ſich wegen ſeiner Stieftochter grauiret befindet, daß ſie per executionem zu dienen gezwungen worden, da ſie doch aus angeführten Urſachen dem imploraten nicht unterthänig ſey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die ſeruitus in Pommern bey denen Bauren ſich noch würcklich befindet, und aus denen ad acta gebrachten documentis zur Gnüge erhellet, daß er ei- 13
nen Bauerhof bewohnet, und denſelben angenommen, in welchem ſeine anteceſſores eigen geweſen, auch der Kirchenordnung nicht zuwider iſt, daß Prediger eigene Leute haben können, ja die Bauerordnung in dieſem Fall ihr widerſpricht, als welche verordnet, daß wenn ein Bauer ſolchen Hof 6 Jahr beſeſſen, und 14
ſich bey Annehmung deſſelben von ſeiner Freyheit nichts bedungen, derſelbe ſolche verlohren haben ſolle: alſo es hiebey nicht eben auf das iuramentum ſubiectionis ankommt, vielmehr implorant zugeben müſſe, daß ſein Vorfahr in matrimonio eigen geweſen, und er auf den Hof geheyrathet, ſich aber von ſeiner Freyheit nichts ausbedungen, dabey denn ad 2) 3) 4) et 5) die angeführten documenta ſeiner Freyheit ſehr zuwider ſind, zumal (a) die Kirch-matricul fol. 17. lit. A. anzeiget, daß implo- 15
rant einen Dienſthof, davon das Rauchhuhn gegeben werde, beſitze, der extract ſub B. aber offenbar machet, daß der Paſtor einen eigenen Bauren zu Clemmen habe, welches auch fol. 18. und 19. das iudicatum bekräfftiget, und wenigſtens anzeiget, daß noch in anno 1689. ſeine anteceſſores auf dem Hofe eigen geweſen, und obgleich ſolche deciſa ſeine Vorfahren betroffen, dennoch als res inter
alios actæ nicht ſchlechterdings angeſehen wer- 16
den mögen, vielmehr die præſumtion wider ihn machen, daß weil der Hof von eigenen Leuten vor ihm bewohnet, und keine andere, als die ſich zu eigen gemachet, darauf genommen worden, er ſolchen auch in eben der qualität angenommen haben müſſe, welches auch aus dem documento ſub H. et I. zu erſehen, und
ſo gar fol. 32. per decretum beſtimmet iſt, wie 17
es wegen der Loskauffungsgelder des Pfarrbauren gehalten werden ſoll, ins beſondere aber

das

das documentum sub F. fol. 21. b darleget, daß des imploraten anteceſſor dem imploran-
18 ten expreſſe ſub conditione der Leibeigenſchafft auf den Hof genommen, und deswegen ſich einen Handſchlag thun laſſen, welches als eine priuata annotatio in cauſa propria nicht anzuſehen, zumal des imploraten anteceſſor anno 1715. als Eigenthums- und Gerichtsherr, mithin publica fide ſolche aufgenommen, von gedachtem Herrn anteceſſore noch-
19 mals, da er nunmehr nicht weiter dabey intereſſiret geweſen, fol. 23. manu propria beſtätiget, und dieſes letztere atteſtatum um deſto wahrſcheinlicher wird, als die qualität des Hofes nach denen documentis ſub A. et B. ſolches mit ſich bringet, des imploranten Vorfahren auf dem Hofe eigen geweſen, und noch ſo gar ſein anteceſſor in matrimonio in dieſer qualität den Hof angenommen, mithin nicht zu vermuthen, daß implorat ſub alia conditione den Hof erhalten haben werde, bevorab da er mit nichts dargethan, daß er ſich
20 ſtatum libertatis ausbedungen, ſo doch nach der Bauerordnung ſo wol, als nach dem viſitations-protocoll de anno 1713. ſub lit. L. f. 31. b nöthig geweſen, als in welchem letztern ſich befindet, daß der paſtor einen leibeigenen Unterthanen habe; bey ſolcher Beſchaffenheit alſo ad 6) nicht mehr die Frage iſt, ob nicht ein Prediger auch eigene Bauren haben und die Gerichte darüber ausüben könne, als welches ſich würcklich ſo befindet, und mit nichts dargethan, daß ſolches die Kirchenordnung verboten, auch dem decreto de anno 1729. ſolches zuwider ſey, als welches nur von der execution, quæ per brachium ſeculare fit, redet; hierüber ad 7) die obſeruantia von an-
21 dern Orten auf Clemmen nicht zu ziehen, weil ſich daſelbſt das contrarium befindet, auch noch nicht einſten obſeruantia vniuerſalis, daß ein Prediger keine eigene Leute haben könne, ſo wenig erwieſen, als ſolches dem Kirchenrecht nicht zuwider läufet, da die clerici zwar denen weltlichen die manumiſſion angeprieſen, ſie ſelbſten aber von denen Pfarrhöfen und deren
22 Beſchaffenheit ſo frey nicht diſponiren mögen, vielmehr unzählige eigene Leute gehabt.

c. 3. et 4. X. de rer. permut.

POTTGIESER *cit. l. lib. 1. c. 4. §. 8. et lib. 4. c. 2. §. 4.*

Dahero denn die ſo bekanten dotales ſerui geblieben, die mit denen fundis und allem Recht
23 und Gerichte über ſie zu denen Kirchen geſtifftet und geſchlagen worden,

ZIEGLER. *de dot. eccleſ. c. 9.*

ſo daß nicht zu verwundern, daß auch dergleichen ſerui dotales noch in Pommern übrig ſind; wie denn auch ad 8) implorant nicht in Abrede ſeyn können, daß ſeine Vorfahren ſo wol auf dem Hofe, als ſein anteceſſor in matrimonio in der Eigenſchafft geweſen, und dahero ſeine Stiefkinder ſeruilis conditionis ſeyn müſſen, die ſo wenig bishero in poſſes-
24 ſione libertatis geweſen, als darin bona fide ſeyn können, ſine qua tamen præſcriptio li- *L. I. T. VI.*
bertatis concipi nequit,

l. 1. C. de long. temp. præſcript.

bevorab da ſie auf dem Hofe, und alſo in priſtina conditione geblieben, und, daß vorhero implorat ſie nicht zu dienen gezwungen, lediglich in ſeiner Freyheit geſtanden, cum operæ non debeantur, niſi indictæ, dadurch ſie aber in ſtatum libertatis eiusque poſſeſſionem nicht verſetzet worden, noch 25
weniger ad 9) ſub vllo colore iuris implorant anzeigen mögen, daß er keine Dienſte thue, da er doch an deren ſtatt Dienſtgeld a 28 Thlr. giebet, wie aus allen do- 26
cumentis erhellet, welches pretium er nicht verwandeln, und daraus eine ſchlechte penſion oder Pachtgeld machen kan; wie denn auch ad 9) die prætendirte ignorantia iuris wegen des Rauchhuhns ihm ſo wenig zu ſtatten kommt, daß er vielmehr aus allen und jeden andern vorgelegten und angeführten momentis wiſſen und verſtehen müſſen, daß er als eigen auf den Hof gekommen, und die Bauren auch ſchon ihre Rechte, und was das Rauchhuhn anzeige, dabey verſtehen können, die überall in Pommern bekannt ſind, ja er ſelbſt nicht darthun können, daß, wie er auf den Hof gekommen, er ſich die Freyheit ausbedungen. Bey welcher Beſchaffen- 27
heit ad 11) das einzige argumentum, daß das Hofwehr nebſt Haus und Hof ſein eigen ſey, ihn in die Freyheit nicht ſetzet, da ſeine Vorfahren ebenfals ſolches bezahlet und eigenthümlich beſeſſen, und doch als eigen angenommen ſind; dahero es nicht ſchlechterdings folget, daß Bauren, denen der Hof nebſt Hofwehr eigen iſt, quoad ſtatum, nicht ſeruilis conditionis ſeyn können, worin ihm ſelbſten das viſitations-protocoll de ao. 1713. ſub lit. L. zuwider iſt, und überhaupt ad 12) implorant gar nichts vor ſich hat, das ihm iuſtam litigandi 28
cauſam geben können, deswegen er billig in die Unkoſten condemniret, und auch anietzo die expenſas retardati proceſſus zu erlegen ſchuldig befunden worden, darneben er durch ſeine unbefugte Klage verurſachet, daß der patronus interueniren, und dabey der Kirchen intereſſe wahrnehmen müſſen, welchen er ebenfals ratione expenſarum zu indemniſiren verbunden, bevorab da heute zu tage es mehr als zu gemein wird, daß die Bauren ihrer Pflicht vergeſſen, und ſich überall widerſpenſtig erweiſen und aufwiegeln laſſen; am allerwenigſten aber ad 13) das grauamen wegen ſeiner Stiefkinder einigen Grund hat, als deren Vater ohnſtreitig eigen geweſen, und dieſelbe niemals loßgegeben ſind.

So hat, wie geſchehen, erkant werden müſſen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IAN. MDCCXXXVII.

Tit.

Ad L. I. T. VII. *Tit. VII. De adoptionibus, emancipationibus et aliis modis, quibus potestas soluitur.*

DECISIO XII.

THEMA.

Adoptio minus plena nullum ius succedendi tribuit.

SVMMARIA.

Circumstantiæ factum præsens concernentes. n. 1.

Ob proprium non alienum grauamen remedium suspensiuum admittitur. n. 2.

Cauendum in iniuriis, ne verba in nimis delicato sensu accipiantur. n. 3.

Reconuentio, quæ ex conuentione dependet, non tractatur simultaneo cum hac processu. n. 4.

Falsum non statim crimen falsi continet. n. 5.

Successio in omnia bona pacto promissa per institutionem in legitima non tollitur. n. 6.

Adoptio minus plena solum ius succedendi ab intestato tribuit. n. 7.

Adoptio a pacto successorio differt. n. 8.

Adoptio morte liberorum tollitur. n. 9.

Auf interponirte Leuterung und erfolgte Gesetze in Sachen I. I. L. zu Uelze Klägers und appellanten an einem, und M. E. M. modo deren Erben, und in specie des Gerichtsverwalters G. wie auch des commissarii H. Beklagten und appellaten am andern Theil, allerseits leuteranten und leuteraten, erkennen Königl. Groß-Britannische zur Churfürstl. Braunschw. Lüneburgischen Cantzley verordnete Director und Räthe nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es, allerseits Leuterungen ohngehindert, bey dem n. act. 39. befindlichen und den 25 Aug. 1741. eröffneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) Klägers Leuterung vornemlich
1 die Bestrafung seines aduocati betrifft, zu dessen exculpation er anführet, daß der Gerichtsverwalter sich in dieser vermeintlichen adoptionssache sehr vergangen, und mehr wie pars als Richter anzusehen gewesen, so daß er die Sache, wie sie ist, auch wegen des commissarii H. vorstellig machen müssen, bevorab da dieser sich qua substitutus iustitiarius der Sachen gar zu hitzig angenommen, niemand auch verbothen sey, dasjenige, was ad defensionem causæ gehöret, frey vorzustellen,

l. 6. §. 1. C. de postul.

mithin derselbe ebenfals, wie Kläger selbst, in keine Strafe zu nehmen sey. Hiernächst 2) der Gerichtsverwalter G. nebst dem commissario H. n. act. 49. ihr erstes grauamen darin gesetzet, daß ihnen beyden die gebetene satisfaction nicht zugebilliget worden, da doch der Gerichtsverwalter G. die reconuention in puncto iniuriarum angestellet, worüber gar nicht erkant sey, ja der Kläger noch ferner in der iustificatione leuterationis den commissarium H. ehrenrührig angegriffen, daß er in decernendo nach Art junger Leute zu hitzig verfahren, welche Ausdrückung sehr vergallet sey, wie er denn auch in vorigen acten denselben nicht verschonet. Darneben 3) pro secundo grauamine anführe, daß dem Gerichte Wahtlingen die erste instantz abgesprochen und dahin nicht remittiret, dessen ration vornemlich darin gesetzet sey, daß der Gerichtsherr selber nicht in loco gegenwärtig, und dessen subalternen in Verbitterung gegen Klägern gesetzet worden, welches beydes mit der Wahrheit nicht übereinstimme, dieweil der Landrath und Cammerjuncker von L. allerdings in loco wohnhaft sey, er auch die decreta selbst unterschrieben, und keine Verbitterung von seiten der subalternen erwiesen worden, und der Gerichtsverwalter G. sich billig zu Gemüthe ziehen müssen, daß Kläger per indirectum ihn eines criminis falsi beschuldiget, deswegen er die reconuention anstellen müsse, welche rechtmäßig, aber deswegen keine Verbitterung sey, der commissarius aber billig des Klägers aduocatum in Strafe nehmen müssen, welches auch in sententia n. act. 29. confirmiret, und dahero die Sache ad primam instantiam remittiret werden müssen, als woselbst in der Hauptsache noch nicht erkant sey, und des Hn. von L. seine competentz dadurch nicht aufgehoben werde, in welchem Ansehen derselbe dieser Leuterung adhæriret; welchen noch 4) das dritte grauamen hinzutrete, daß Kläger zum iuramento purgatorio zugelassen werden wollen, dessen ration irrig darin gesetzet sey, daß der Gerichtsverwalter zur Justitz nicht geschworen, dessen Gegentheil Kläger selber zugestanden, und auch der Wahrheit gemäß sey, ausser-

auſſerdem aus ſolchem Eyde folgen würde, daß der Gerichtsverwalter dadurch des criminis falſi überführet werden müſſe, welches nicht angehe, und die Rechte nicht erlaubeten, daß in cauſa criminali jemand ſeines inimici Zeugniß in ſeiner eigenen Sache gegen ſich gelten laſſen müſſe, bevorab da es hier auf die conſervationem fidei iudicialis dabey mit ankäme. Endlich 5) das vierte grauamen des Klägers auswärtigen aduocaten betrifft, der ſich wegen ſeiner habilitation legitimiren, und caution ratione iudicati beſtellen müſſe. Letztlich 6) die Beklagtinne M. E. M. modo deren Erben, ſich ebenfals wegen des zuerkanten Eydes und der daraus gezogenen abſolutoriæ grauiret befunden, da doch irrig ſey, daß der Gerichtsverwalter nicht ſolte zur Juſtitz geſchworen haben, auſſerdem aus den Teutſchen Rechten bekannt ſey, daß dergleichen pacta de ſuccedendo jederzeit gültig geweſen, und noch wären, ſo dann Kläger ſelbſten 7) viam adoptionis bey der Beklagtinne erwehlet, und ſolche aufs beſte einzurichten begehret; dahero er auch den gerichtlichen Aufſatz in duplo abgelöſet, und ein exemplar davon der Beklagten Vater extradiret, deſſen Inhalt er wohl verſtanden, und ſich dazu bekant. Zu deſſen mehrern Behauptung er 8) articulos probatoriales n. act. 54. übergeben, und n. act. 76. Zeugen abhören laſſen, aus deren Auſſage ad art. 4. erhellete, daß es allerdings an dem ſey, daß Kläger die Beklagte an Kindes ſtatt annehmen wollen, ſolches auch vorher Klägern von dem Gerichtsverwalter G. erkläret ſey, worauf anietzo das κεκρίμενον ankäme, welches Kläger nunmehr abzuſchweren nicht im Stande ſey, zu deſſen mehrerer Erleuterung 9) der Beklagtinne Erben n. act. 79. dem Klägerin nicht allein darüber, ſondern auch ferner über den Umſtand den Eyd deferiret, daß Kläger dabey ſich erkläret, der Beklagtinne die gantze Haushaltung und alle das Seinige zu übergeben, welche Eydes-delation noch wol nullo termino probatorio adhuc defixo ſtatt finden könne, auch nicht hindere, daß der Beweis nicht in allen ihm zu ſtatten komme; deswegen ſie dieſen Mangel durch die Eydes-delation erſetzen wollen. Hergegen 10) die darüber n. act. 84. geſchehene Erklärung nicht anzunehmen ſey, quia in ea forma iuramentum eſt præſtandum, in qua delatum.

l. 3. §. fin. D. de iurei.

Endlich 11) Beklagte dabey vermeinen wollen, daß Kläger ſeiner offerte gemäß wenigſtens 200 Thlr. ihnen zahlen müſſe.

Rationes decidendi.

2 Weil aber dennoch ad 1) Klägers Leuterung kein proprium ſondern alienum grauamen hat, ſo nicht ihm ſondern ſeinem aduocato angehet, woferne er ſich nicht deſſen Anzüglichkeiten theilhaftig machen will, derſelbe aber ſelbſten nicht geleutert, und wenn er auch nomine ſeines aduocati dieſes grauamen zu proponiren befugt geweſen, dennoch deſſen ohngeachtet es bey der Strafe in 5 Thlr. ſein Bewenden haben muß, da zwar einem jeden, was ad defenſionem cauſæ nöthig, vorzubringen erlaubet iſt, dennoch in modeſten terminis ſolches vortragen, und dabey aller Unzüglichkeit gegen den Richter oder deſſen mandatarium enthalten, hergegen allen denen Gerichten ſchuldigen reſpect beobachten muß, ſo Klägers aduocat nicht gethan, wie n. act. 16. pr. inſtant. vornemlich zu erſehen. Hiernächſt ad 2) der Gerichtsverwalter G. n. act. 35. gantz allein ohne concurrentz des commiſſarii H. das Urthel a viribus rei iudicatæ ſuſpendiret, und ob dieſer wol n. act. 37. mit jenem am letzten Tage des decendii finiti noch die Leuterung mit interponiret, dennoch von deſſen Seiten kein grauamen vorhanden iſt. Da der aduocat bereits wegen der ungebührlichen Schreibart in 5 Thlr. Strafe beleget worden, und es dabey gelaſſen iſt, damit er wohl zufrieden ſeyn kan, und das ihm beygemeſſene allzuhitzige Verfahren keine nouam iniuriam involuiret, er auch wol jung in Anſehen des 3 73jährigen aduocati genennet werden mögen, cauendum autem eſt maxime in iniuriis, ne verba ex nimis delicato ſenſu interpretemur,

MEV. *P. VII. deciſ. 112.*

der Gerichtsverwalter aber noch keine ſatisfaction fordern kan, da die cauſa reconuentionis aus der deciſione conuentionis ſich finden wird, und alsdann erſt zu decidiren iſt, vt hoc caſu reconuentio pari paſſu cum 4 conuentione tractari haud potuerit.

l. 14. C. de iniur.

Ad 3) aber, wenn gleich der Herr Landrath und Cammerjuncker in loco wohnhafft ſeyn ſolte, dennoch auch nicht zu leugnen und aus den acten erſichtlich, daß er öfters abweſend ſey, und das meiſte bey der erſten inſtantz auf ſeine ſubalternen ankomme, welche ohnleugbar in Verbitterung gegen Klägern, wie die acta und dieſe Leuterung ſelbſt anzeiget, ſtehen, cum non poſſit iniuriæ vindicatio ſine rancore animi concipi, wie denn ſo gar der Gerichtsverwalter G. die reconuention ratione imputati criminis falſi angeſtellet, welche Beſchuldigung doch in actis nicht anzutreffen, cum aliud ſit falſum: aliud crimen falſi, et illud etiam ex errore et imperitia iuris fieri 5 poſſit,

l. 31. ad L. Cornel. de falſ.

dieſerwegen bey ſolchen Umſtänden ex cauſa ſuſpicionis und da der Herr Landrath ſelbſten das inſtrumentum putatiuæ adoptionis unterſchrieben, die Sache ad primam inſtantiam nicht wieder remittiret werden mögen, bevorab da ſecundum quid das decretum primæ inſtantiæ reformiret, und Kläger von der Strafe abſoluiret worden. Wiederum ad 4) das dritte grauamen unerheblich iſt, da die ratio decidendi primario nicht darin

Ad L. I. T. VII.

Ad L. I. T. VII. gesetzet ist, weil der Gerichtsverwalter nicht zur Justitz beschworen sey, dessen Gegentheil numehro ex actis erhellet, sondern weil man aus denen angeführten Umständen, ja aus seiner eigenen n. act. 6. ad acta gebrachten specie facti wahrgenommen, daß er ohnzweifel ex imperitia iuris mehr registriret, als der intention des Klägers gemäß gewesen, und von einer unwiderrufflichen successionem etwas beyfügen wollen, da er doch selbsten anzeiget, daß solches nicht anders, als wie Kinder ihren Eltern succediren können, zu verstehen, diese aber nicht præendiren mögen, daß sie vni-
6 versal-Erben nothwendig seyn, sondern sich damit vergnügen müssen, wenn sie nur in legitima instituiret worden; hergegen aus seinem instrumento adoptionis putatiuæ ein gantz anders und zwar dieses zu befinden, daß die Beklagte ein irreuocabile ius succedendi in omnia bona defuncti haben solle, welches zusammen nicht bestehen kan, und zu dem Ende das iuramentum purgatorium deferiret ist, damit eines theils, daß kein ius succedendi irreuocabile abgeredet sey, daraus klar werde: andern theils aber die causa reconuentionis daraus so fort sich erfindlich machen möge, da, wenn solcher Eyd abgeschworen, des Gerichtsverwalters reconuention hinwegfällt, und alsdenn klar ist, daß er des Klägers Meinung nicht recht eingenommen, welche so weit, als er davon den Ausdruck gemachet, nicht gegangen, gleichwol, wie schon gedacht, er ihm deswegen kein crimen falsi imputiret, noch, præstito hoc iuramento, solches ihm beygemessen werden wird, cum etiam iudex per imprudentiam peccare queat. Endlich ad 5) das vierte grauamen ebenfals nicht zu regardiren gewesen, da Klägers aduocat so viele Jahre ad praxin admittiret worden, und deswegen, daß er dazu habilitiret sey, die præsumtion vor sich hat, die erforderte caution auch unnöthig, nachdem allenfals der Kläger, der seinetwegen geleutert, vor ihn bezahlen und eintreten muß, auch sonsten andere Mittel schon vorhanden seyn werden, ihn zu seiner Schuldigkeit zu adigiren. Und so viel ad 6) der Beklagten Leuterung betrifft, dieselbe ebenfals kein grauamen in dem den Klägern zuerkanten Eyde setzen mögen, weil man ohne dasselbe nicht wohl auf den Grund zu kommen im Stande ist, und vornemlich wegen der reconuention solcher Eyd nöthig ist, und wenn gleich ad 7) der Kläger viam adoptionis erwehlet, und solche aufs beste einzurichten gebeten, dennoch der Gerichtsverwalter G. wissen sollen und müssen, daß solches nur eine adoptio minus plena seyn könne, aus welcher keine successio necessaria, wie ex pacto successorio, erfolget, sondern die filia adoptiua nur alsdann, wenn Eltern
7 ohne Testament versterben, zu succediren hoffen können. Dagegen die Eltern die völlige Freyheit, von dem Ihrigen per testamentum pro lubitu zu disponiren, und die filiam adoptiuam gäntzlich zu übergehen, behalten;

l. pen. §. 1. C. de adopt. ibi: licentiam damus patri adoptiuo, si voluerit, nihil ei in suo testamento relinquere.

dem zuwider der Gerichtsverwalter doch der verstorbenen Beklagtinne ein unwiderrufliches ius succedendi zueignen wollen, vermöge dessen auch nach ihrem Tode ihre Erben, denen doch gar kein ius succedendi nunmehr übrig seyn kan, aus solcher vermeintlichen adoption profitiren, und künftig solche geniessen sollen, welches denen principiis iuris romani, auf welche allein hier zu sehen, und die von ihr selbst vorgeschlagene adoption einzurichten gewesen, zuwider lauffet, so daß wenn solche statt finden solle, solche nicht anders, als die Römischen Rechte es zulassen, einzurichten gewesen, 8
auch wohl zu glauben ist, daß Kläger solches nicht verstanden, und deswegen die gantze Sache dem Gerichtsverwalter überlassen, dessen declaration, so er in seiner facti specie gethan, nicht einsten mit einer unwiederruflichen successionem übereinkommt. Uebrigens ad 8) die deposition der Zeugen ad articulos probatoriales der Beklagtinne intention nicht zu statten komme, welche zwar den actum adoptionis bestätigen, davon nicht die Frage ist, hingegen von dem unwiderruflichen iure succedendi, und daß solches dabey abgeredet sey, gar nichts wissen,

test. 1. ad art. prob. 6. et interr. 11. et ad art. 6. et 7. test. 2. et 3. ad art. 13. et 20.

vielmehr dabey deponiren, daß Kläger sich darüber beschweret, daß es seinem Willen nicht gemäß eingerichtet sey, dergestalt also diese Aussage denen Beklagten mehr zuwider, als vor dieselbe lautet, mithin nach wie vor es bey dem erkanten Eyde verbleiben müssen; noch weniger ad 9) die numehro ergriffene Eydes-delation etwas würcken kan, welche nicht einsten den Hauptpunct berühret, und dahero ad 10) bey der darüber von Klägern geschehenen Erklärung sich nicht aufzuhalten, zumal wenn auch dessen Absicht gewesen, daß die filia adoptiua ihn dermaleinsten ab intestato erben sollen, solches 9
dennoch numehro, da sie bereits verstorben, keinen effect mehr haben, noch ihm liberam dispositionem entziehen kan. Endlich ad 11) ob Kläger dennoch wenigstens 200 Thlr. denen Beklagten zu zahlen schuldig sey, wie diese in fine actorum souteniren, bishero in actis nicht principaliter ventiliret worden, und ad separatum gehöret, Beklagte aber dazu wenig Hoffnung haben, da deren mit keinem Worte in dem instrumento, woraus allein geklaget worden, Meldung geschehen, und Kläger n. act. 3. sich dazu alsdann nur erbothen, wenn sie heyrathen, und damit ohne Weitläufftigkeit friedlich seyn wolte, welche condition aber von ihr nicht angenommen ist.

So sind wir allenthalben, wie geschehen, zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXLIII.

Tit.

Tit. VIII. De rerum diuisione ac qualitate. *Ad L. I. T. VIII.*

RESPONSVM XIII.

THEMATA.

I. Pecunia ex venditione rerum immobilium certis terminis soluenda pro mobili habetur, et post mortem vxoris marito cedit, siue dies venerit, siue non.

II. *Pecunia pro hereditaria non habetur, quæ ex venditione rei hereditariæ debetur.*

SVMMARIA.

Pecunia hereditaria est, quæ ex immobilibus coheredi certis terminis soluenda. n. 1.
Debita certis terminis inclusa naturam legatorum annuorum imitantur. n. 2.
Pecunia hereditaria non superstiti marito sed vxoris heredibus debetur in Saxonia. n. 3.
Pecunia hereditaria improprie dicitur, quæ ex emtione immobilium definitis interuallis soluitur. n. 4.
Maritus qua heres mobiliaris omnia nomina etiam pendente matrimonio acquisita sibi recte asserit. n. 5.
Debitum, licet certis interuallis distinctum, pro vno habetur, n. 6.
Et cedit superstiti marito. n. 7.
Pecunia ex venditione rerum immobilium certis terminis soluenda post mortem vxoris in Saxonia marito debetur. n. 8.
Pecunia pro complenda portione statutaria certis terminis soluenda secundo marito cedit. n. 9.
Pecuniæ hereditariæ requisita. n. 10.
Pecunia non dicitur hereditaria, quæ non hereditario, sed emtionis titulo debetur, n. 11.
Et seviper pro re mobili habetur. n. 12.
Vtraque pecuniæ species iure Saxonico prælationem moto concursu habet. n. 13.

Die zu meinem rechtlichen Gutachten übersendete Rechtsfrage und dabey gemeldete Umstände fassen folgendes in sich:

Es hat C. L. sein Anspänner-Guth zu E. an seinen Sohn C. L. anno 1730. unter der Bedingung verkauft, daß der Käufer seiner damals noch ledigen Schwester 300 fl. baar, und derselben ferner nach Verkäufers Tode noch 300 fl. und zwar auf Tagezeiten, und jährlich nur 20 fl. zahlen, und diese D. L. solche 600 fl. zu ihrem Erbtheil haben, und damit vergnügt seyn solle. Es ist aber diese nachhero in den Ehestand getreten, und in demselben, wiewol erst nach ihres Vaters Tode, ohne Leibes-Erben gestorben und hat ihren Ehemann und etliche Geschwister hinterlassen, wobey denn gefraget wird:

Ob die quæstionirte auf Tagezeiten gesetzte 300 fl. nicht auf der Verstorbenen Mann nach den Rechten, und insbesondere nach der Magdeburgischen Policey-Ordnung, verfallen, dieser auch alle Jahr 20 fl. bis die 300 fl. getilget, fordern könne, der Verstorbenen Geschwister hingegen hievon gänzlich zu excludiren wären?

Böhm. Conf. T. III. P. II.

Rationes dubitandi

Ob nun wol 1) die quæstionirte 300 fl. dem Ansehen nach vor Erbgelder zu halten, da selbige nicht allein in den Kauf-contract de anno 1730. der D. L. ausdrücklich zu ihrem Erbtheil zugeeignet worden, sondern solche auch erst nach des Vaters Tode aus dem Anspänner-Guth von ihrem Bruder als Miterben auf gewisse Tagezeiten gezahlt werden sollen, dergleichen Gelder aber, welche ein Erbe dem andern aus väterlichen unbeweglichen Güthern zu des andern Abfindung auf gewisse Termine jährlich erleget, Erbegelder genennet werden; 1

CARPZOV. *Part. III. const. 21. def. 8. n. 1.*

hiernächst aber 2) von den quæstionirten auf Tagezeiten gesetzten 300 fl. nur so viel vor gefällig und betagt zu halten, als die defuncta erlebet, die übrigen aber als unbetagt anzusehen, cum illorum dies nondum venerit, sin- 2

Ad L. I. T. VIII.

temal dergleichen Tagezeiten eben die Beschaffenheit als die legata annua zu haben scheinen, quorum dies singulis annis de nouo cedit et venit;

L. 5. §. 12. D. de legat. annuis.

hiebey aber 3) in Rechten gegründet, daß der Frauen unbetagte Erbgelder nicht dem hinterlassenen Ehemann, sondern der Frauen Erben gebühren, pecunia enim hereditaria, quæ viua vxore peti haud potuit, die scilicet solutionis nondum existente, neutiquam marito superstiti sed defunctæ heredibus cedit, cum pecunia hereditaria, ex fundis hereditariis soluenda, bonis immobilibus æquiparetur,

3

CARPZOV. *Part. III. const. 21. def. 3. n. 1.*

welches auch in der Magdeburgischen Policey-Ordnung

cap. 44. von Erbfällen §. 37.

eben dadurch angenommen und festgesetzet worden, daß man dem Ehemann das Erbfolge-Recht nahmentlich nur auf die Erbegelder, wenn diese zur Zeit der Frauen Absterbens betagt gewesen, zugestanden, folglich der Schluß a contrario dahin zu machen, daß ihm solches in den unbetagten Erbgeldern nicht gegeben sey, sondern nur allein der Frauen Erben, nicht aber deren Mann, die quæstionirten 300 fl. in so fern sie noch unbetaget sind, fordern könne; endlich wenn man auch 4) die quæstionirten 300 fl. nicht als Erbgelder, sondern als blosse Tagezeiten-Gelder ansehen wolle, dennoch es scheinet, als wenn auch bey diesen ein gleiches statuiret werden müste, indem diese jenen in vielen Stücken, und zwar unter andern in iure prælationis moto concursu creditorum, laut der Sächsischen Proceß-Ordnung tit. 42. §. vlt. gleichgeschätzet, und daher auch selbst analogice Erbgelder genennet werden; pecunia enim hereditaria improprie talis est, quæ ex caussa emtionis bonorum immobilium definitis interuallis solvitur.

4

BERGER *in elect. for. tit. 42. obs. 12. n. 3.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) dem Mann, als heredi mobiliari, das Erbfolge-Recht überhaupt in allen der Frauen aussenstehenden Schulden zustehet,

Magdeb. Policey-Ordn. *c. 44. §. 37.*

und dahin auch diejenigen Schulden gehören, welche währender Ehe erst auf die Frau gefallen, cum omnia bona mobilia vxoris ad maritum pertineant, non solum, quæ ante matrimonium habuit, sed etiam quæ constante matrimonio veluti per successionem ad ipsam fuerunt deuoluta,

5

CARPZOV. *P. III. const. 23. d. 12. n. 3.*

und dann die streitige 300 fl. dergleichen Beschaffenheit haben, und als eine währender Ehe acquirirte Schuld anzusehen, immassen es 2) ein debitum certæ et definitæ quantitatis ist, so C. L. seiner Schwester aus dem mit seinem Vater getroffenen Kauff-contract de anno 1730. nach des Vaters Tode schuldig worden, welches, ob es gleich auf gewisse Tagezeiten gesetzet worden, dennoch pro vno debito anzusehen, quidquid enim ex contractibus in singulos annos debetur, vnum debitum est,

6

l. 16. in f. de verb. oblig.

l. 35. in f. D. de mort. cauff. donat.

quippe quod tantum exonerandi debitoris gratia in plures pensiones diuisum censetur,

l. 20. D. quando dies legat. ced.

folglich die verstorbene Frau, da sie ihren Vater überlebet, die quæstionirte auf Tagezeiten gesetzte 300 fl. gantz acquiriret, und gleich andern Schulden auf ihren hinterlassenen Mann als heredem mobiliarem gebracht, cum debitor eiusmodi annuum debitum statim totum acquirat, adeoque futurorum annorum debita ad heredem transmittat.

7

l. 20. l. 26. §. 2. D. quando dies legat. cedit.

Hiernächst 3) die quæstionirte Gelder als eine Schuld anzusehen, welche der verstorbenen Frau aus dem zwischen ihrem Bruder und Vater errichteten Kauff-contract gebühren, bey welcher es gar nicht darauf ankommt, ob die Verfallezeit derselben gekommen oder nicht, das ist, ob sie betagt oder unbetagt gewesen, mithin solche auf den hinterlassenen Ehemann, mit Ausschliessung der Frauen Geschwister, gefallen, pecunia enim ex venditione rerum immobilium distinctis terminis debita rebus mobilibus annumeratur, adeoque post mortem vxoris marito cedit, siue dies solutionis venerit, siue non;

8

WERNHER *select. obserua. for. Part. VII. vol. V. obs. 33.*

wie denn auch 4) in einem ähnlichen Fall der andre Ehemann von seiner Frau, ohne Absicht auf die Verfallzeit, diejenigen Gelder erbet, welche sie aus ihres ersten Mannes unbeweglichen Gütern zu ihrer statutarischen Abfindung auf Tagezeiten zu fordern gehabt,

9

CARPZOV *P. III. const. 21. def. 4.*

mithin solches ebenermassen bey den quæstionirten aus dem Kauff-contract schuldigen 300 fl. statt finden muß, zumal da man 5) unter keinem Vorwand etwas zu Erbegeldern machen kan, als welches a) ein Erbe dem andern, und zwar b) aus unbeweglichen Erbgüthern, entrichtet, doch dergestalt, daß solches c) vermöge des Erbrechts geschehe, welche drey Stücke zusammen vorhanden seyn müssen, wenn es Erbegelder heissen sollen, ita vt horum requisitorum alterutro deficiente pecunia hereditaria non sit,

10

CARPZOV. *P. III. const. 21. def. 8.*

MENCKE *de pecunia hereditaria thes. 8. sq.*

welche

welche wesentliche Stücke des Erbegeldes bey den streitigen 300 fl. nicht anzutreffen, indem 6) C. L. solches Geld seiner Schwester nicht als ein Erbe dem andern, sondern vermöge des mit seinem Vater anno 1730. getroffenen Kauff-contracts, auch nicht aus unbeweglichen Erbgüthern, sondern ex pacto emtioni adiecto, zu entrichten schuldig ist, immassen der verstorbene C. L. sein Anspänner-Guth bereits anno 1730. an seinen Sohn C. L. käuflich übertragen, dabey aber mit ihm pacisciret, daß dieser nach seinem Tode an D. L. 300 fl. auf Tagezeiten abtragen solte, folglich eines theils solch Anspänner-Guth nach des Vaters Tode nicht mehr als ein väterlich Guth, sondern als des C. L. eigenes Guth anzusehen; andern theils die quæstionirten Gelder der nunmehr verstorbenen D. L. nicht aus einem Erbrecht, sondern aus dem angeführten pacto gebühren; non est vero pecunia hereditaria, quam quis alteri propter initum de rebus immobilibus emtionis venditionis contractum debet,

BERLICH. *P. I. concl. 46. n. 116.*
MENCKE *l. c. th. XIV.*
LEYSER *in medit. ad Pand. spec. 483. n. 3.*

11 cum ei non titulo hereditario, sed emtionis, obligatus sit, adeoque tantum actionem personalem habeat, quæ cum ad rem mobilem competat, inter mobilia et ipsa refertur, adeoque marito cedit.

DAN. MÖLLERVS *semestr. lib. I. cap. 41. n. 7.*

Hieraus also die ratio dubitandi prima gäntzlich wegfällt, und obwol der defunctus die quæstionirte 300 fl. nahmentlich zu ihrem Erbtheil in dem besagten Kauff-contract assigniret, ihr dennoch solche eben so wenig iure hereditario gebühren, als sie die andern aus eben dem contract gleich baar gezahlten 300 fl. bey Lebzeiten ihres Vaters nicht aus einem Erbrecht gehoben, cum viuentis non fit hereditas, und ohnerachtet ad 2) die auf Tagezeiten gesetzte 300 fl. in Ansehung der künftigen Termine noch unbetaget sind, dennoch ad 3) die Verordnung der Magdeburgischen Policey-Ordnung auf selbige nicht gezogen werden kan, als welche bloß bey Erbegeldern den Unterscheid beobachtet, ob sie betaget sind oder nicht, von dergleichen Erbegeldern aber schlechte Tagezeit-Gelder sehr unterschieden sind, vt adeo ista dispositio non quadret ad pecuniam, ex venditione rerum immobilium distinctis terminis soluendam, *Ad L. I. T. VIII.*

WERNHER *select. obs. Part. VII. tom. V. obs. 33.*

quin potius eiusmodi pecunia indifferenter, 12 siue dies solutionis venerit siue non, pro re mobili habeatur, et marito cedat.

CARPZOV. *P. III. const. 21. def. IX.*
HARTM. PISTOR. *P. III. qu. 124. n. 33.*

Und obgleich ad 4) nach der Chur-Sächs. Processs-Ordn. die Tagezeit-Gelder den Erbegeldern, in Ansehen der Priorität, in concursu creditorum gleichgeachtet werden, dennoch 13 daraus, daß sie in einigen Stücken und also certo respectu einige Gleichheit haben, kein bündiger Schluß und vniuersale argumentum zu machen, daß beyde auch in andern Rechten einander völlig gleich wären, und aller Unterscheid unter ihnen völlig aufgehoben, vt adeo ex isto priuilegio prælationis argumentum duci nequeat ad casum successionis in bonis vxoris,

CARPZOV. *l. c. def. 8. n. 11. sq.*
WERNHER *l. c. n. 6.*

zu geschweigen, daß in der Magdeburgischen concurs-Ordnung §. 151. nur allein den Erbegeldern das Vorrecht in concursu gegeben ist, ohne daß die Tagezeit-Gelder mit diesen darin æquipariret worden:

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß die quæstionirten 300 fl. auf der verstorbenen Frauen Ehemann, den Rechten nach, und insonderheit nach der Magdeburgischen Policey-Ordnung, verfallen, dieser auch alle Jahr die 20 fl, bis die 300 fl. getilget, mit völliger Ausschliessung der verstorbenen Frauen Geschwister, fordern könne. V. R. W.

Zu dessen Urkund ich dieses rechtliche Gutachten abgefasset und unterschrieben.

NOMINE PRIVATO.
MENSE IVNIO MDCCXXXIX.

DECISIO XIV.

THEMATA.

I. Nomina sæpe rebus immobilibus accensenda.

II. Cur nomen oppignoratum iure Lubecensi aliis creditoribus præfertur?

Ad L. I. T. VIII.

SVMMARIA.

Concursu imminente debitori dispositio de bonis interdicta. n. 1.

Oppignoratio rei litigiosæ non valet. n. 2.

Pignus in nominibus constitutum iure Lubecensi præferentiam non habet. n. 3. 10.

Depositio vicem solutionis subit. n. 4.

Concursus creditorum requirit citationem edictalem et curatoris constitutionem. n. 5.

Vigilanti creditori solui potest. n. 6.

Litigiosum quid? n. 7.

Retentio pignoris propter quodcunque debitum fit. n. 8.

Nomina quando rebus mobilibus annumerentur? n. 9.

Als dieselbe uns interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen weiland A. le F. nachgelassenen Erben, Klägern und appellanten an einem, F. le F. Witwen und conf. Beklagte am andern, und D. F. interuenienten und appellaten am dritten Theil zugeschicket ꝛc.

Daß die appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und dahero die Sache zu ihrer Rechtfertigung an dieselbe erwachsen; der materialien halben aber erscheinet aus den acten so viel, daß in erster instantz wohl gesprochen, übel davon appelliret, und dahero die sententia a qua, iedoch compensatis expensis, zu confirmiren, auch die acta an Richter voriger instantz zur execution zu remittiren seyn. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Als im letztern Urthel interuenient mit seiner Schuldforderung denen Klägern in denen gerichtlich deponirten Geldern vorgezogen worden, haben diese davon appelliret, und dabey die formalia gehörig beobachtet. Ob nun wol appellanten loco grauaminum angebracht, daß 1) interueniente irrig vorgegeben, als wenn seine Forderung an Beklagten liquid sey, und er aus einer ihm verpfändeten obligation an denen deponirten Geldern einen Vorzug habe, da doch die obligationes, worauf sich interueniente gründet, übergebene Berechnung voraussetzen, auch derselbe ausser der verpfändeten obligation noch viele pretiosa von grossem Werth in Händen gehabt und verkaufet, und noch zur Zeit unbekant sey, wie weit seine Forderung albereit contentiret sey, ausserdem auch 2) Klägers Forderung weit älter als des interuenienten Schuldverschreibung zu achten, die geschehene Verpfändung
1 der C. obligation aber 3) imminente iam concursu und also nulliter geschehen, indem jene den 15 Nov. 1715. datiret, und den 12 Decembr. laut protocolli sub sign. ✝ ein würcklicher concurs in Beklagtens Güther erreget worden, cum tamen instante concursu dispositio de bonis debitori interdicta sit,

BRVNNEM. *ad l. 24. D. quæ in fraud. cred.*

STRYK. *ad Brunnem. de concursu cred. §. 8. in not.*

welches absonderlich das Lübeckische Recht *P. 3. tit. 4. art. 1.* dergestalt bestimmet, daß wenn 4 Wochen ante motum concursum, wie hier geschehen, dergleichen Verpfändung und disposition unternommen seyn solte, solche keine Kraft haben solle, solches auch ohne Zweifel in fraudem des Klägers geschehen seyn müsse, weil Beklagte schon damals viele 1000 Thlr. an Klägern schuldig gewesen, welche Schulden auch in prima instantia nebst dem angelegten Arrest auf die deponirten Gelder vor richtig erkant sind, hergegen bey interuenientens Forderungen sich hervorthut, daß er laut Beylage sub ☙ über 600 Thlr. drey obligationes, als wenn es 1800 Thlr. wären, sich ausstellen lassen; hierüber 4) die Verpfändung der C. obligation als rei litigiosæ anzusehen, zumal 2
damals noch lis pendens mit denen debitoribus aus solcher obligation gewesen, dergleichen disposition lite pendente nicht valide geschehen mag; nicht weniger 5) anfänglich die C. obligation nur wegen 500 Mst. verpfändet, nachgehends aber von der Beklagten sine curatore auf andere Posten erst extendiret worden; zu geschweigen, daß noch ungewiß sey, ob sich H. Oe. curatorium, welcher zwey obligationes im curatel der Beklagten und ihrer Tochter unterschrieben, so weit erstrecke, daß er dergleichen actus vornehmen könne. Und obwol 6) in iure Lubec. *P. 3. lib. 4. art. 5.* dem handhabenden Unterpfande ein Vorrecht 3
zugeschrieben ist, dennoch solches allein von beweglichen Güthern, deren expresse Meldung an gedachtem Orte geschiehet, zu verstehen, und ad nomina, quæ sua natura nec mobilia nec immobilia sunt, sed tertiam speciem constituunt,

FRANC. NIGER *Cyriacus lib. II. contr. 218. n. 8. sq.*

nicht zu extendiren seyn möchte;

MEV. *P. 3. tit. 4. art. 1. n. 21. 22.*

bevorab da hier nicht das Geld selbsten, sondern nur die über das Geld ausgestellete obligation als ein symbolum traditet wird, und dergleichen effectum eines handhabenden Unterpfandes nicht wohl haben kan, zumal 7) noch nicht einsten ausgemachet, ob die 1997 Mst. auf die C. obligation gezahlet, als welche vielmehr wegen der verarrestirten Ladung

Theer

Theer und Bretter deponiret worden, zu geschweigen daß 8) die C. obligation bereits zu der Zeit der geschehenen Verpfändung bezahlet, und also kein Recht drey Jahr darnach mehr bey denen Beklagten gewesen, welches sie transferiren können, cum depositio pecuniæ
4 sic instar solutionis; bey solchen Umständen also 9) Kläger und appellant als ein graumen angegeben, daß interuenient in solche Gelder zu immittiren, da immissio eine exemtionis species sey, welche nicht anders als in liquidis statt finde, keinem ältern creditori aber sein Recht dadurch benommen werde; und obwol 10) die Beklagten in die Abfolge der Gelder consentiret, und des interuenienten Posten vor richtig halten, dennoch solches vor eine collusion zu achten, welcher auf keine Art und Weise nachzugeben.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) interuenientens Forderung nunmehro, obgleich solche nach geschehener Berechnung entsprungen, auf klare Briefe und Siegel beruhet, und die causa debendi eben in der Berechnung befindlich, doch deswegen nicht mehr pro illiquida zu achten, eben so wenig als dasjenige pro illiquido zu halten, was aus angelegter liquidation herausgebracht, und vom debitore agnosciret worden, wie denn die Beklagten noch diese Stunde des interuenienten Schuld als richtig nach der Beylage sub N. 10. agnosciren, und was darauf von denen verkauften Pfändern gezahlet, abgezogen ist, allenfals aber, wenn noch etwas an dem liquido ermangeln solte, dennoch dem Kläger dadurch kein Vorrecht an denen quæst. deponirten Geldern angedeyen kan, als welche dem interuenienten iure pignoris vor andern zu lassen, ohngeachtet ad 2) des Klägers obligation weit ält er seyn mag, als welches bey einem handhabenden Unterpfande nicht zu regardiren; mit nichts aber ad 3) dargethan, daß binnen vier Wochen nach geschehener Verpfändung der C. obligation ein würcklicher concursus erreget und verfolget sey, zumal der extractus protocolli zwar docuret, daß ein concurs damal attentiret worden; daß aber solcher zum Stande und Verfolg gebracht, sich nicht findet, da keine edictalis citatio, noch constitutio curatoris, noch inuentirung derer Güther binnen Jahr und Tag u. s. w. geschehen, sondern vielmehr nichts daraus
5 geworden, dies mnach das lübeckische Recht, cuius verba cum effectu accipienda sunt, auf solchen casum nicht quadriret; und was de fraude angeführet, mit nichts dargethan, auch interuenienten allenfals nicht præiudiciren kan, qui sibi per oppignorationem vigilare potuit, et suam conditionem melio-
6 rem fecit,

l. 24. in f. D. quæ in fraud cred.

zumal auch das documentum sub ☙ magis de interuenientis bona als mala fide testiret, da er den revers von sich gestellet, daß alle drey obligationes vor eine zu halten, und niemand verwehret ist, mehrere, als eine, obligationes über eine Schuld, gegen Ausstellung eines reuersus, zu nehmen; übrigens wenn gleich ad 4) aus der verpfändeten obligation ein Proceß gegen die debitores geführet worden, jedoch zum besten der Beklagten, als welche den Proceß beständig prosequiret, und die debitores dabey kein præiudiz, daß die obligation verpfändet, gehabt, gedachten Proceß ausgeschlagen, geendiget, und per depositionem pecuniæ zur execution gebracht, dieserwegen nunmehr die qualitas litigiosi der Verpfändung nicht mehr entgegen gesetzet werden kan, als welches nur alsdann geschehen mögen, woferne der interuenient gegen die debitores aus solcher ihm verpfändeten obligation den Proceß von denen Beklagten ab- und auf sich nehmen wollen; so dann ad 5) wegen H. Oe. curatorii so wenig ein Mangel specifice dargethan, als die Beklagten bey der extension der verpfändeten obligation auf alle übrige Schulden eines curatoris bedurfft, cum ob aliud quodcunque nomen pignus retineri queat;

Ad L. I. T. VIII.

7

8

t. t. C. etiam ob chirogr. pec. pign. retin. posse.

das Haupt-momentum aber ad 6) darin bestehet: ob die dispositio iuris Lubecensis auch auf verpfändete Schuldverschreibungen zu ziehen? da man zwar wohl weiß, daß nach dem iure ciuili die nomina inter mobilia regulariter nicht, jedoch alsdann auch mit gerechnet werden, quando nominum et mobilium in dispositione iuris eadem est ratio,

9

STRVV. *ex. III. th. §. 4.*

BÖHMER *introd. ad D. tit. de rer. diuis. §. 13.*

welches hier anzutreffen, zumal ohne Zweifel dem creditori pignoratitio der Vorzug in re mobili oppignorata aus dem bekanten principio iuris Germanici: Hand muß Hand gewehren, gegeben ist, solchemnach auch ein creditor, der eine verpfändete obligation von seinem debitore empfangen, billig darin andern, die eine ältere hypothec prætendiren,
10 vorgehen muß, da eben auf solche Weise diese obligation nicht mehr in des vorigen Besitzers Händen ist, sondern mit dessen Willen in eines andern Hände cum potestate exigendi gerathen, woran kein anderer, der an denselben debitore zu fordern hat, einigen Anspruch machen kan, vielmehr sich an den debitorem halten, und sich das principium iuris: Hand muß Hand gewehren, gefallen lassen muß, beworab da wol ad 7) mehr als zu klar ist, daß die deponirten Gelder auf diese obligation gezahlet sind, obgleich vorher auch zur Sicherheit solcher Schuld Arrest angeleget, welcher aber relaxiret ist. Und ob wol ad 8) nunmehr durch die deposition der

Gelder

Ad L. I. T. VIII. Gelder die Schuld bezahlet, jedoch solches tempore oppignorationis noch nicht geschehen, vielmehr der Proceß noch darüber gedauret, dieserwegen ad 9) nicht anders als auf die Abfolge der Gelder erkant werden mögen, zumal dadurch interuenient noch nicht einsten völlig befriediget wird, in welche Abfolge doch die Beklagten consentiret, und die Schuld agnosciret; keine collusio auch ad 10) zu præsumiren, und dazu keine argumenta angeführet sind, vielmehr Kläger selber angezeiget, daß die Beklagten von interuenienten sehr gedrenget und geplaget worden; nichts destoweniger doch nicht zu leugnen, daß wichtige dubia bey dieser Sache sich befunden, quæ temeritatem appellandi excludunt.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE APRILIS.

Ad L. I. T. XXI. *Tit. XXI. De officio eius, cui mandata est iurisdictio.*

RESPONSVM XV.

THEMATA.

I. In causa ordinaria, imprimis si quæstio iuris in lite est, non temere ad commissionem prouocandum.

II. *Administratores bonorum ecclesiasticorum sine consensu patroni nouum opus facere nequeunt.*

III. *Patroni inscriptio campanæ incisa non vitiatur, licet eius iussus in hac mentio facta.*

SVMMARIA.

In causis scandalum producentibus summarie procedendum. n. 1.
Commissiones iure Magdeburgico inuitis partibus obtrudi nequeunt. n. 2.
Reparatio campanæ sub directione patroni fit. n. 3.
Pastores sæpe ius compatronatus sibi asserere solent. n. 4.
Patrono debetur sepultura in ecclesia principali. n. 5.
Patrono inspectio in administratores ecclesiæ debetur, n. 6.
Non ipsa administratio. ibid.
Administratores ecclesiarum non libere agunt. n. 7.
Eorum consilia moderatur patronus. n. 8.
Alicubi antequam res magni momenti suscipiatur administratores ecclesiarum cum patrono deliberare debent. n. 9.
Episcopi olim inspectores erant administratorum ecclesiasticorum. n. 10.
Iussus *patrono, in inscriptionibus num tribui queat?* n. 11.
Nomen priuato operi præmittere integrum non erat. n. 12.
Iussus denotat voluntatem, permissionem, autoritatem. n. 13.
Iussus in fideicommissis olim probatus. n. 14.
Expensarum refusio est pœna temeritatis litis. n. 15.

Als der Herr uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen und vier Fragen zugeschicket ꝛc.

Gehöret zu dem von dem Herrn quærenten in Besitz habenden Hause A. unter andern das Städtgen A. und stehet darneben demselben über die dasige Stadtkirche das ius patronatus nebst der iurisdiction über den Rath und Bürgerschafft zu, dergestalt, daß der Rath daselbst in Justitz-Sachen weiter nichts zu befehlen hat, als was des Herrn quærenten Vorfahren demselben gutwillig concediret, und durch Errichtung eines recessus abgetreten. Hat nun der pastor so wol als magistratus bey dem Herrn quærenten angebracht, wie die eine Glocke einen Riß bekommen, und dahero nöthig sey, daß dieselbe umgegossen werde, dahero so wol um dessen consens als Beytreibung der ausstehenden Kirchenschulden Ansuchung gethan, dem zu folge derselbe, bey der Kranckheit des Beamten, dem Rath committiret, mit dem Glockengiesser zu contrahiren, wie denn auch desselben Beamter bey erlangter Gesundheit die ausstehenden Kirchengelder einzutreiben angefangen, anbey der pastor S. zu Fertigung der inscription sich offeriret, jedoch solche laut Beylage sub lit. C. dergestalt eingerichtet, daß

er

er dem magistratui die curam, und alles, was dabey veranstaltet, zugeschrieben, den Herrn quærenten aber nur als Patronum mit Nahmen genennet, dahero derselbe eine andere conuenablere inscription verfertigen lassen; und weil der Magistrat der Umgiessung der bereits nach Halle gebrachten Glocke nicht beywohnen wollen, hat derselbe veranstaltet, daß in Beyseyn dessen Beamten und zweyer Bürger der Stadt als Zeugen die Umgiessung der Glocke glücklich zum Stande gebracht ist. Hat aber der Magistrat zu A. bey dem Herrn Regierungsrath D. in H. nicht nur es dahin gebracht, daß dem Glockengiesser die Verabfolgung der Glocke bey Strafe inhibiret, sondern auch so wol der Priester S. als magistratus sich über desselben Beamten bey Hochlöbl. Regierung und Consistorio beschweret, worauf das Consistorium eine commissionem in loco resoluiret, und solche dem Herrn Regierungsrath N. aufgetragen, anbey des Herrn quærenten Beamten anbefehlen lassen, sich der solitarischen disposition in Kirchensachen zu enthalten, und die an sich genommene Kirchengelder denen Vorstehern zu extradiren; desgleichen keine Aenderung und Anstalten in Kirchensachen ohne concurrentz des pastoris vorzunehmen, noch ihn weiter in seinem Amte und mit disposition in Kirchensachen zu beeinträchtigen, euentualiter aber terminum auf den 27 Aug. a. c. coram deputatione anberahmet. Ist nun zwar auf des Herrn quærenten Vorstellung, und daß die Sache nicht den Beamten, sondern ihn selber angehe, ein Verhör beliebet, in demselben aber eine regiſtratur abgefasset, und darin unter andern verordnet, daß es wegen der angebrachten grauaminum des pastoris bey der commission sein Verbleiben habe, und so viel des Raths Beschwerde betreffe, der Herr quærent sich selbsten bescheiden würde, daß die administratio bonorum ecclesiæ dem Magistrat zu A. und dem von ihm bestelten Kirchenvorsteher der obseruantz gemäß zukomme, demselben hergegen dabey die inspection, daß wohl hausgehalten würde, zustünde; daher dessen Beamter C. die de facto an sich genommene Gelder denen Kirchenvorstehern wider herauszugeben schuldig, wie denn auch das Wort iussu auf der neuen Glocke, wenn es gut ausgefeilet werden könte, zu deliren sey. Hat aber derselbe gegen diese regiſtratur Leuterung interponiret, der magistratus aber declaration gesuchet, im übrigen mit dem pastore S. causam communem gemachet, und seine grauamina gegen desselben Beamten mit untersuchen zu lassen gebeten, dabey denn numehro gefraget wird;

Quæstio I.

Ob die vom pastore S. angebrachte Beschwerde so beschaffen, daß deswegen eine kostbare commission zu des Herrn quærenten und der Kirchen Beschwerde in loco zu veranstalten, oder ob nicht vielmehr der pastor solche in iudicio competente gehörig anzubringen und auszuführen habe?

Bæhm. Conf. T. III. P. II. Ad L. 1. T. XXI.

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, so viel die erste Frage betrifft, die Beschwerden von dem pastore loci gegen den patronum angebracht sind, bey welchen man nicht leicht den ordentlichen Weg Rechtens zuzulassen, sondern vielmehr zu Abschneidung aller Weitläuftigkeit, so hier vonnöthen, viam commissionum zu erwehlen pfleget, cum lites eiusmodi cum maximo scandalo coniunctæ esse soleant, et alia sit ratio litium, quæ priuata singulorum iura et commoda, alia quæ publicam ecclesiæ curam et commoda concernunt. Illis quidem ordinarius cursus integer relinqui debet; vt in his, non attenta lite, sic vt expedit, causa ordinanda est; 1

MEV. *P. 3. decis. 217.*

BRVNNEM. *de iur. eccles. lib. 3. c. 3. §. 6.*

dahero auch in der verbesserten Magdeburgischen Proceß-Ordnung c. IV. §. 6. zu schleuniger Beförderung der Processe die commissiones zugelassen sind, und es billig auf das Gutachten der Hochlöbl. Regierung und des Consistorii ankommen muß, zu welchen Sachen die commissiones anzuordnen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch eines theils nach der ietztgedachten Magdeburgischen Proceß-Ordnung cit. l. niemand vor einer commission sich wider Willen einzulassen schuldig ist, mithin die regula pro patrono ecclesiæ militiret; 2 andern theils die Beschwerde auch nicht eben so beschaffen, daß daraus ein scandalum publicum zu befürchten, vielmehr mehrentheils quæstiones iuris betreffen, die durch ein Verhör, oder durch Veranlassung eines Verfahrens erörtert werden können, und dazu eine kostbare localische commission nicht nöthig ist; anerwogen der erste Punct, daß sich des Herrn quærenten Beamter eine solitarische disposition in Kirchensachen anmasse, und des pastoris S. inscription getadelt, gegen die Beylage sub lit. A. lauset, aus welcher erhellet, daß zur deliberation wegen Umgiessung der Glocke der pastor S. mit zugezogen, der magistratus mit dem Rothgiesser contrahiret, und dem Herrn quærenten, als patrono, dabey die Aufsicht und direction dessen, was zu bessern, ohnstreitig zustehen müsse, so auch so wol in der 3

Ad L. I. T. XXI. Beylage sub A. agnosciret, als den gemeinen Rechten gemäß ist,

BRVNNEM. *in iur. eccl. lib. 2. c. 8. §. 24. ibique* STRYK. *in not.*
ZIEGLER *de dote eccl. c. 12. n. 19.*
CARPZ. *lib. 2. iurispr. consist. def. 316. n. 9.*

auch in der Magdeb. Kirchen-Ordn. c. 24. §. 2. bestätiget, und daselbst expresse verordnet ist, daß wenn ein Bau oder Besserung vonnöthen, der Gerichtsherr und Patronus, auch wenn ein Haupt-Bau vorzunehmen, und solcher aus denen Kirchenmitteln zu verrichten, sodann mit Zuziehung des Inspectoris den Kirchenvorrath betrachten, und den Schluß, was zu thun seyn werde, machen solle, dergestalt nicht einsten der pastor loci einen beständigen concursum dabey prætendiren, noch weniger ein
4 ius compatronatus hiebey affectiren kan; wie es gleichwol das Ansehen gewinnen will, angesehen er sehr hoch empfunden, daß der Patronus seine inscription auf die Glocke nicht approbiren wollen, welche doch zu dessen offenbaren præjudiz und Schmälerung des iuris patronatus; bey dem vom Patrono bestellten Vorstehern und Magistrat aber zu Einräumung eines besondern Vorrechts angesehen gewesen, und es fast das Ansehen gewinnen wollen, als wenn man nach Art der alten Päbste, die denen Patronis bey aller Gelegenheit das ius patronatus geschwächet, hiebey verfahren wollen, also dieser Punct keine localische commission bedarf; hiernächst das andere grauamen weggn der von dem Amtmann C. eingenommenen Gelder und geschehenen Eingriff in des Raths und der Kirchenvorsteher iura, den pastorem S. nichts angehet, und ihm dabey die exceptio de iure tertii entgegen stehet, also auch dieserwegen keine commission nöthig; wie denn auch das dritte gravamen, daß der Herr quærent des commandeurs von der guarnison Gemahlin gratis in das eigenthümliche Begräbniß in der Stadtkirche, nebst den Trauer- und Begräbniß-Leuten, verstattet, keine commission bedarf, als welches bloß eine quæstio iuris, dabey aber wol ausser Zweifel ist, daß dem Patrono die
5 Begräbniß in der Schloß- und Stadtkirche zustehe,

ESPEN *P. 2. iur. eccl. tit. 25. c. 7. §. 25.*

wie auch solches Begräbniß dem Herrn quærenten nicht disputiret wird, und er also nicht nöthig gehabt, den pastorem S. darüber zu befragen, wen er in sein Begräbniß nehmen wollen, wenigstens dieses keine quæstio facti ist, die einer Untersuchung bedarf, da das factum nicht gestritten wird; wiederum das vierte grauamen von gleicher calibre ist, so darin bestehet, daß des Herrn quærenten Beamter durch die ertheilte proclamations-Scheine ihn in seinem Amt turbiret, und er von Dingen attestiret, so in sein forum nicht gehöreten, da das factum abermal nicht gestritten wird, und es bloß dabey auf die quæstionem iuris ankommt, ob des Herrn quærenten Beamter daran unrecht gethan, und sich der pastor dabey eine cognition anmassen könne, als welche denen Gerichten allein zustehet, und diese iudiciliter, nicht aber der pastor (cui nulla competit iurisdictio,) attestiren können, ob und wie weit Wittwer oder Wittwen sich mit denen Kindern erster Ehe vor Gerichte abgefunden? Ob die Personen sich ordentlich verlobet, oder einander zu nahe verwandt seyn? Ferner der fünfte und sechste Punct, daß des Herrn quærenten Beamter dem Cantori sein accidens in der Stiffts- und Schloßkirche entzogen, und vormals den Küster gar incarceriren lassen, nicht den pastorem S. betrifft, sondern der Cantor und Küster dieserwegen, wenn sie darüber beschweret zu seyn vermeynen, allein zu klagen haben, und also auch diese beyde puncta zur commission nicht gehören; nächstdem der siebende Punct, daß nach dem cap. 24. §. 6. der Kirchenordnung der pastor loci bey dem Bau nicht übergangen werden könne, auch nicht gestattet wird, indem der Herr quærent sich erkläret, keiner solitarischen disposition sich anzumassen, und an die Kirchenordnung sich zu halten, dabey aber auch dem pastori gebühren will, dem Herrn patrono nicht vorzugreifen, also auch dieser Punct seine abhelffliche Maasse hat. Endlich der achte und neunte Punct, daß die patroni der Kirchen nichts zugewendet hätten, und die Eingepfarreten auch ohne die neugegossene Glocke das Läuten zur Kirche schon hören könten, keine commissarische commission bedarf, da der achte Punct den pastorem nichts angehet, und das ius patronatus ohnstreitig dem Herrn quærenten zustehet, der pastor auch bey dem neunten in die Umgiessung der Glocke seinen consens gegeben, auch wol keinen Streit erheben würde, wenn dessen inscription schlechterdings angenommen wäre, darzu der Magistrat unter autorität des patroni mit dem Glockengiesser contrahiret, und derselbe denen Rechten nach erfüllet werden muß, wie die Beylage sub A. zeiget, also auch dieserwegen die commission anzuordnen überflüßig seyn würde.

So erhellet hieraus so viel, daß alle von dem pastor S. angebrachte Beschwerden so beschaffen, daß es dieserwegen keiner kostbaren localischen commission bedürfe.

Quæstio II.

Ob der Magistrat, als Vorsteher, eine weitere administration der Kirchengüther, als über Einnahme und Ausgabe der Kirchengelder, sich anmassen könne? und ob dessen Beamter die auf Ansuchen des Magistrats

gistrats beygetriebene und an den Glockengiesser würcklich gezahlte Gelder zu extradiren schuldig sey?

Rationes dubitandi.

Bey der andern Frage möchte zwar eingewandt werden, daß denen Kirchenvorstehern ohnstreitig die administration der Kirchengelder zustehe, und sie deswegen denen Vormündern gleich zu halten, welche wegen der Ausgabe der Gelder freye Hände haben, dabey aber bey der Ablegung der Rechnung, wenn sie solche nicht wohl angeleget, gerecht seyn müssen, mithin ihnen hierin von dem patrono kein Eingriff geschehen könne,

CARPZ. *lib. 2. iurisprud. consist. def. 313. n. 5. et 6.*

6 als welchem nur die inspection in administrationem bonorum et œconomiam, nicht aber die coadministration selbsten zustehet, und ihm bey der Abnahme der Rechnung, was dabey zu erinnern, frey bleibet, zumal auch solches der observantz daselbst gemäß sey, und dem zu folge des Herrn quærenten Beamter schuldig erkant werden möchte, die auf Ansuchen des magistratus eingetriebene Gelder denen Kirchenvorstehern auszuliefern, deren Ausgabe in deren Amt und Berechnung, und nicht in des gedachten Beamten disposition stehet.

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch ein anders die Berechnung und administration der Kirchengüther ist, so viel die Einnahme und Ausgabe, und die darüber zu führende Berechnung betrifft; ein anders aber ist die freye Hände bey der administration zu haben, welches keinem Kirchenvorsteher zustehet, und zu dem Ende sowol denen patronis als dem pastori loci an vielen Orten die Aufsicht in die œconomiam anvertrauet, und dabey verordnet ist, vt hi moderentur consilia et actus administratorios curatorum ecclesiæ, iisque vltimam addant manum;

8

CARPZ. *cit. l. n. 10.*

da, wenn einmal die administration übel geführet worden, es bey der Berechnung zu spät seyn würde, darüber den curatorem bonorum ecclesiasticorum erst zu constituiren, und die Kirche in einen Proceß zu verwickeln, cum præstet iura ecclesiæ intacta seruare, quam post vulneratam causam remedium quærere, dahero in der Magdeburgischen Kirchen-Ordn. c. 24. §. 2. expresse versehen, daß, wenn ein Kirchenbau oder Besserung vorzunehmen, der Gerichtsherr und Patronus, bisweilen auch der inspector vorher darüber Rath

9 pflegen, und alsdann einen Schluß machen solle, solche Erkäntniß also keinesweges denen Kirchenvorstehern zustehet, welches auch bey *Bæhm. Conf. T. III. P. II.* Berathschlagung wegen Umgiessung der Glocke laut Beylage sub A. agnosciret, auch dem Herrn quærenten nach dem extract sub F. expresse reseruiret worden, wie denn dabey die Rathspersonen in ihren Pflichten sub G. et H. sich verbunden, die Einnahme und Ausgabe der Gelder dem Herrn quærenten getreulich zu verrechnen, also so wenig denselben als Kirchenvorstehern erlaubet seyn kan, ohne Anfrage und approbation des Patroni etwas bauen zu lassen, und sonsten mit denen Kirchengeldern nach ihrem Gefallen zu schalten und zu walten, als wodurch cura circa bona ecclesiastica patrono competens gantz hinfällig gemachet, und der Endzweck derselben nicht erhalten werden würde, welches jedoch auch vormals die leges præcauiret, und deswegen denen Bischöffen (die mit denen heutigen Prälaten in keine comparaison zu setzen) anbefohlen, vt ipsi quidem permittant, curatores habere administrationem bonorum ecclesiasticorum; ipsi vero episcopi non administrent quidem, sed administrationem illorum inspiciant aut obseruent, *Ad L. I. T. XXI.*

10

l. 46. §. 3. C. de episc. et cler.

welches anders nicht effectuiret werden kan, als wenn die Kirchenvorsteher bey vorzunehmenden Kirchenbau und andern wichtigen Ausgaben bey dem Patrono Anfrage thun, und dessen disposition darüber erwarten; übrigens was die von des Herrn quærenten Ammann eincassirte und zurück behaltene Gelder betrifft, aus der Beylage sub lit. B. zu ersehen, daß derselbe auf des Magistrats Ansuchen solche Gelder zu dem Ende eintreiben müssen, damit solche zu Umgiessung der Glocke verwandt werden können, dabey aber dieser besondere Umstand vorgekommen, daß der Magistrat, nachdem wegen der inscription Streit entsprungen, ausdrücklich von sich geschrieben, daß sie als Vorsteher die Glocke nicht bezahlen wolten, wozu sie doch eines Theils nach dem getroffenen contract sub A. verbunden gewesen, andern Theils auch dem Herrn quærenten als Patrono obgelegen, davor zu sorgen, daß, was mit seinem consens und approbation geschlossen, auch gehalten und exequiret werde, also dem Herrn quærenten nicht zu verdencken gewesen, daß er bey solchen Umständen sich prospiciret und die eingetriebenen Gelder dem Glockengiesser bezahlet, welche aber die Kirchenvorsteher nunmehro ihrer Pflicht nach in Einnahme und Ausgabe zu bringen schuldig sind.

So halten wir davor, daß bey der administration denen Vorstehern allerdings obliege, bey vorkommenden Bau und wichtigen Ausgaben Anfrage bey dem Herrn quærenten als Patrono zu thun, und dessen consens zu erwarten, übrigens aber dessen Beamter, vorkommenden Umständen nach, nicht schuldig sey, die eincassirte Gelder, nachdem solche zu Be-

Ad L. I. T. XXI.

zahlung der Glocke verwendet, zu extradiren.

Quæstio III.

Ob das Wort iussu auf der Glocke zu deliren mit Fug und Recht gefordert werden könne, oder solches nunmehro, da die Glocke gegossen, zu passiren sey?

Rationes dubitandi.

Bey der dritten Frage ist zwar nicht ohne, daß das Wort *iussu*, so auf der gegossenen
11 Glocke gesetzet, etwas mehrers als eine dem Patrono zustehende direction und curam in sich begreiffet, und sich mehr auf des Landesherrn und dessen Regierung und Consistorii Verordnung schicket, vt formula olim apud Romanos vsitata; Senatus censuit, populus iussit, designat; dahero, weil der Herr quærent hierin zu weit gegangen, es das Ansehen gewinnen will, als wenn solches Wort auszufeilen und zu ändern sey, bevorab da vor dem bey dergleichen publiquen Wercken
12 nicht einsten erlaubet gewesen, nomen priuatorum operi publico, quod publico sumtu factum, inscribere, sed tantum principis, vt ne quidem præsidis, nomen apponere licuerit.

l. 3. inf. l. 4. de oper. publ.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Sr. Königl. Maj. Nahmen hiebey nicht vergessen, und übrigens heutiges Tages gantz gebräuchlich ist, daß bey dergleichen Glocken auch die Nahmen derer patronorum, pastorum und der Vorsteher gesetzet werden, welches auch alhier nicht in Zweifel gezogen wird, vielmehr einzig und allein zu erwegen, daß in der ersten inscription, so der pastor S. entworffen, dem magistratui als Kirchenvorstehern die cura principalis darüber affigniret, und dahero dem patrono in seinem iure sehr præiudiciret worden, als welchem die cura und inspectio, dem magistratui aber als Vorstehern die blosse administratio zustehet, dahero dem Herrn quærenten
13 nicht zu verdencken gewesen, daß derselbe diese inscription verworfen, und eine andere verfertigen lassen, worin zwar das Wort *iussu* anstößig befunden worden, jedennoch solches aus dem beygefügten Worte: curaque, wie auch ex subiuncta materia, da der Herr quærent als patronus die Verordnung und direction darüber gehabt, und seinen consens zu Umgiessung der Glocke gegeben, gar commode verstanden, und de autoritate, permissione et consensu patroni erkläret werden kan, zumal es eine gantz bekante Sache ist, 14
daß pro qualitate personæ, wovon dieses Wort gebrauchet ist, es auch voluntatem et consensum priuatorum simplicem bedeutet,

NONIVS *de var. signif. serm. voc. iubere.*

BRISSON. *de var. signif. voc. iussus.*

sicuti patris consensus in nuptiis filii iussus, alibi vero voluntas patris vocatur;

pr. I. de nupt. l. 1. D. de his qui not. infam. l. 3. §. 5. D. de bon. poss. contr. tabb.

sæpius etiam permissionem et autoritatem designat,

l. 29. §. 3. de inoff. testam. l. 8. de relig.

absonderlich aber nach der Römischen Mundsprache, bey denen, die etwas verordnen und disponiren, dieses Wort gar sehr gebräuch- 15
lich und im Schwange gewesen, adeoque testatori sæpe in iure tribuitur, etiam per verba fideicommissoria disponenti, et ita coincidit cum verbis; volo, mando, rogo, etc.

l. 28. §. pen. D. de liberat. leg. l. 2. C. commun. de legat. Cuiac. lib. 11. obs. 25. et lib. 17. obs. 25.

woraus denn erhellet, daß dieses Wort so wenig anstößig als ungewöhnlich, und vorietzo um desto mehr zu admittiren ist, da dessen Ausfeilung auf der Glocke ohnzweifel eine Unzierde verursachen, und den situm des Worts *curæ* in der inscription verrücken würde.

So erhellet hieraus so viel, daß das Wort iussu nunmehr, nachdem die Glocke einmal gegossen, gar wohl passiren könne.

Quæstio IV.

Ob der pastor so wol als magistratus nicht verbunden, die wegen dieses unnöthig erhobenen Streits verursachte Proceß-Kosten nicht der Kirche anzurechnen, sondern solche ex propriis zu bezahlen, auch solche dem Herrn quærenten zu restituiren?

Rationes dubitandi et decidendi.

Endlich so viel die letzte Frage betrifft, ob 16
wol angeführet werden möchte, daß gleichwol der pastor S. und der Rath vieles vor sich haben, und daher bereits in etwas zu deren faveur in diesen Irrungen von Hochlöbl. Regierung und Consistorio resoluiret sey, in welchem Fall regulariter keine condemnatio in expensas statt findet.

Weil aber dennoch die ergangene resolutiones nicht eben plena causæ discussione ertheilet,

let, und dahero nur per regiſtraturam verfaſſet ſind, und alſo nunmehro zu einer pleniori cognitione gedieen, in derſelben ſich aber befinden wird, daß ſo wenig der paſtor als magiſtratus zu A. einige iuſtam litigandi cauſam gehabt, vielmehr die Beſchwerden als eine bloſſe Zunöthigung anzuſehen, indem jenes inſcription vom patrono verworfen, dieſem aber ſeine angemaſſete cura in Kirchenſachen nicht paſſiret werden wollen, nächſt dem die bey denen vorigen Fragen angeführte rationes darlegen, daß beyder fundamenta ungegründet ſeyn, mithin ſie als temerarii litigatores, welche ordentlich in expenſas, und zwar hier, ex propriis ſoluendas, zu condemniren ſind. *Ad L. I. T. XXV.*

t. t. I. de pæn. tem. litig.

So halten wir davor, daß der Herr quærent zu hoffen habe, daß die Klägere beyderſeits zu Erſtattung der Unkoſten, und zwar ex propriis, condemniret werden dürfen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXXXIII.

RESPONSVM XVI.

THEMA.

Princeps inuita parte grauata cauſſam ad iudicium ordinarium pertinentem delegare nequit.

SVMMARIA.

Commiſſarios decernere, a libero principis arbitrio pendet, n. 1.
Nec contradictionem partium litigantium admittit, n. 2.
Licet pro re nata cauſſa iam penes ordinarium pendeat. n. 3.
Sine læſa reuerentia nemo commiſſarios declinare nequit. n. 4.
Iudiciorum finis iuſtitia. n. 5.
Ab iis cauſſæ litigioſæ auocari nequeunt. n. 6.
Commiſſiones alicubi per leges prouinciales reprobantur. n. 7.
Integrarum cauſſarum delegatio cum iuſtitia pugnat. n. 8.
Commiſſiones inuexit ius canonicum, n. 9.
Propter frequentes euocationes cauſſarum eccleſiaſticarum extra diœceſin. n. 10.
Imperatorum delegationes fuere rariores. n. 11.
Euocationes papales reprobatæ. n. 12.
In ſtatuum territoriis nulla ratio eſt cauſſas ad commiſſarios euocandi. n. 13.
Pro decernenda commiſſione aduerſarius ante omnia audiendus eſt. n. 14.
In cauſſis maioribus princeps iudices delegatos pro arbitrio dat. n. 15.
Ad puncta incidentia commiſſio recte decernitur ex officio. n. 16.
Commiſſiones quæ ab vna parte extrahuntur, alteram neceſſario non ſtringunt. n. 17.
Reſcriptum contra ius commune non valet. n. 18.
Princeps non præſumitur iniuſtitiam exercere voluiſſe. n. 19.

Als uns eine facti ſpecies nebſt einer Frage zugeſchicket ꝛc.

Hat Sempronia, eine Dame von vornehmen Stande, in ihren Ehe-pactis mit Caio ſich ausdrücklich bedungen, daß, weiln ſie beyderſeits anſehnliche unter diuerſen Herrſchaffien gelegene Güther hätten, alle communio bonorum unter ihnen ceſſiren, und einfolglich im Fall eines auf ſeinen Güthern Nutzen und Schaden haben würde, ſolches dem andern Theil weiter nicht beykommen ſolle. Hat nun einige Jahre hierauf ſolche Ehe wegen gewiſſer Uneinigkeiten ſich dergeſtalt diſſoluiret, daß beyde Theile unter Vermittelung guter Freunde eine ſeparationem quoad thorum et menſam bewilliget haben, dahero Sempronia ſich auf ihre angeerbte Güther, und Caius auf die ſeinigen begeben. Iſt aber darneben, weiln Caius nicht allein einige Kinder mit der Sempronia erzeuget, ſondern auch vor ein anſehnliches Capital, ſo auf der Sempronia Güther gehaftet, vormals expromittirt, unter ihnen ein Vergleich gemachet, wie viel ſo wol pro educatione liberorum, als auch zu ſeiner Sicherheit und Abtragung der jährlichen Zinſen, dem Caio aus beſagten Güthern der Semproniæ gereichet werden ſolle; dem ohngeachtet nach der Zeit von Caio vorgegeben worden, daß Sempronia ſolchem Vergleich nicht allein nicht nachgelebet, ſondern noch darzu poſt ſeparationem ſolche Schulden gemachet, daß er ſo wol ratione ſeines Capitals, als ſeine Kinder in Anſehen ihres dereinſten zu hoffen habenden mütterlichen Erbes, ſich einer groſſen Gefahr exponiret ſehen müſſen; dahero er die Landes-

Ad L. I. T. XXI. Obrigkeit imploriret, und um die Anordnung einer administrations-commission in allen der Sempronie zugehörigen Güthern gebeten, da hergegen diese solchem Vorgeben wegen nicht gehaltenen Vergleich widersprochen, allenfals aber dem Caio opponiret, daß solcher sein Gesuch vor die gewöhnlichen Landesgerichte zu verweisen, und daselbst nach denen in Teutschland hergebrachten gemeinen Rechten zu entscheiden sey. Ist aber alles Bittens und supplicirens ohngeachtet die gesuchte commission von dem Landesherrn erkannt, und die derselben entgegen gesetzte exceptio fori ordinarii, als der Landeshoheit nachtheilig und verkleinerlich, von einigen angesehen und ausgeschrien worden, gegen welchen Vorwurf die gedachte Dame belehret seyn will.

Ob ein Landesherr in Ansehung solcher causarum, welche eigentlich vor die Landes-tribunalia gehören, auf implorirung eines theils, parte altera vel non audita vel reclamante, **eine commission zu erkennen berechtiget sey, also und dergestalt, daß es nachhero vor eine Verletzung des schuldigen Respects gehalten werden könne, wenn der dissentirende und gravirte Theil vor solche sich einzulassen Bedencken trägt?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol ausser allem Zweifel zu seyn scheinet, daß einer hohen Landes-Obrigkeit bewandten Umständen nach freystehe, die vorgefallenen Streitigkeiten entweder vor die ordentlichen Landesgerichte tractiren und erörtern zu lassen, oder aber einer von Klägern ausgebetenen commission zu übergeben, cum delegati iudices ad instar ordinariorum iudicum habeantur, et sic a delegato ad delegantem appelletur,

1 *c. 11. de appell. in 6.*

und wie nun fons omnis iurisdictionis von dem Landesherrn herzuleiten, also weder die Landesgerichte der angeordneten commission widersprechen mögen, als welchen ein Landesherr den modum exercendi iurisdictionem

2 vorschreibet: noch auch der Gegenpart unter denen litigirenden Parteyen derselben sich entgegen setzen könne, als welchen in Ansehen dieses Landesherrlichen Rechts und Hoheit kein ius contradicendi zustehet, da die Landesregierung so wol als die commissarii im Namen des Landesherrn sprechen, und es denen litigirenden gleich viel seyn kan, ob die Erkäntniß im Nahmen des Landesherrn von der Landesregierung oder der dazu angeordneten commission bewerckstelliget werde, vnde ICti asserunt, neque necesse esse, neque commodum, vt in commissionibus ex vnius petitione alter prius audiatur, sed totam rem ex æquitate et arbitrio superioris pendere;

MEV. *P. II. decis. 164. et P. III. dec. 203.* vnde nequidem a decreta commissione appellari potest,

LYNCKER *de grauam. extraiud. c. III. P. IV. §. 7. n. 5. sq.*

adeoque etiam pro re nata lite iam mota, coram ordinario iudice, non obstante litis pendentia, commissio adhuc decerni potest, quamuis hoc casu maior præcautio sit adhibenda; 3

CARPZ. *P. III. decis. 221. n. 14. sqq.*

dannenhero solches um desto mehr geschehen mag, wenn der Proceß noch nicht angegangen, res integra ist, und keine turbatio iurisdictionis aut litis pendentia, wie in præsenti casu, zu befürchten ist, dergestalt, daß der Gegentheil sich vor dergleichen von der hohen Landesobrigkeit angeordneten commission einzulassen, nicht wohl entbrechen möchte, sonsten derselbe derselben schwere Ungnade befahren, und nicht unbillig befürchten muß, daß dergleichen Widerspruch vor eine Verletzung des schuldigen Respects gehalten werden könte, cum sacrilegii instar esse dicatur, de iudicio principis et eius decreto disputare. 4

l. 3. C. de crim. sacrileg.
l. 5. C. de diuers. rescript.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch in allen und jeden wohleingerichteten Republiquen die Landes- und andere Gerichte dergestalt zum Besten der Unterthanen, und zu Unterhaltung unparteyischer Justiz angerichtet sind, daß ein jeder Bedrängter daselbsten sein Recht nehmen und die gebührende Hülfe erwarten solle, dergestalt, daß keine causæ litigiosæ regulariter davon abgezogen werden sollen, deswegen es **algemeine Landesgerichte**, worin iudices ordinarii richten, genannt, und alle Parteyen dahin verwiesen worden sind, und in solchem regard in vielen Landesordnungen die commissiones, als welche gantz ausserordentliche iudicia ausmachen, regulariter verboten sind, als in recessu prou. March. de ao. 1653. in § fin. woselbst folgende Worte vorkommen: 5 6 7

Und sollen die Sachen, so in ordinario iudicio per viam cognitionis & decisionis zu heben seyn, zu keinen kostbaren commissionibus ohne Noth veranlasset werden.

nicht weniger in dem Königl. Preuß. verneuerten Justitz-reglement de anno 1739. §. 20. die commissiones in sehr engen Schrancken eingezogen, und dieses zum Grunde geleget ist, daß ein Landes-grauamen daraus gemachet sey, daß die commissiones die armen Unterthanen,

8 thanen, welche mit Processen beladen sind, bis auf den Grund ruinirten, welches sich also auch in der That befunden haben soll; dici enim non potest, quanta iuris et iustitiæ confusio instantiarumque multiplicatio oriatur, si ab ordinario iudice ad delegatum causæ deferantur. Actus quidam iudiciarii recte per commissarios expediuntur, atque vt id fiat, vtile est. Sed integrarum causarum delegatio frequentior, vbi bene constituta est res iudiciaria, locum habere non debet. Principes delegando et ordinaria iudicia impediendo, non partibus, sed commissariis gratiam faciunt,

de LVDOLPH *in iure camerali p. 13. in not. lit. f. edit. primæ.*

davon noch viele andere Zeugnisse, wenn es nöthig wäre, angeführet werden könten: allermassen vorietzo darzuthun gnug ist, daß der vsus commissionum in Teutschland in territoriis principum überhaupt aus einem irrigen Grunde eingeführet, und aus dem iure cano-
9 nico hergeholet ist, wie schon der gelehrte

SCHILTER *in exerc. V. ad pand. §. 22. in f.*

erwiesen, und wohl angemercket, daß der tit. de offic. eius, cui est mand. iurisdict. hieher gar nicht gehöre, am Römischen Hofe aber diese commissions-Materie um desto nöthiger gewesen und usueller geworden, weil von allen Königreichen, absonderlich im zwölften Seculo, unendliche viele causæ ecclesiasticæ per viam appellationis, ja auch per viam simplicis querelæ an den Pabst deuoluiret und an-
10 hängig gemachet sind, woraus aber die euocationes causarum extra regnorum et diœcesium limites an dieses auswärtige Gerichte in ungeheurer Menge erfolget, die doch überall verhaßt, und absonderlich in Teutschland intolerabel gehalten worden sind, dergestalt, daß darüber viele querelen und Beschwerden geführet worden, welchen abzuhelffen der Römische Hof den vsum commissionum oder morem delegandi in partibus eingeführet, und sich dazu deswegen verbunden, damit die Sachen nicht ausser Landes gezogen, iedoch unter päbstlicher auctorität abgethan würden, daher dieselbe auch diesen Nahmen *in partibus* überkommen, auch dabey verordnet ist, daß alle Sachen an nahe gesessene commissarien gebracht werden sollen.

c. 28. X. de rescript.

Und ob zwar nicht zu leugnen ist, daß bisweilen dergleichen delegationes cum iurisdictione von denen Käysern vormals ebenfals geschehen sind,

l. 32. §. 4. fqq. C. de appell.

11 dennoch solche gantz ausserordentlich und mit grosser præcaution ertheilet worden, vt scilicet extraordinario rescripto in causis maioribus de proprio foro in alienum partes extraherentur, seu extra ordinem iudices darentur;

PAVL *lib. V. sent. tit. 5.*

Nou. 53. præf. c. 1. auth. ad hæc. C. de iudic. *Ad L. I. T. XXI.*

da hergegen der päbstliche Hof alle und jede Sachen an sich auf solche Weise aus allen Stifftern gezogen, welches die grössesten Un-12 ordnungen verursachet, daß sich die Potentaten öffters dawider geleget, und solches nicht dulden,

c. 1. X. de offic. et potest. iudicis deleg. ibique BÖHMER *in not. 92. c. 38. X. eod.*

JAN *a* COSTA *in comment. ad decret. tit. de offic. et potest. iudic. deleg. ab init.*

gleichwol auch der päbstliche Hof nicht nachgeben wollen, daß also durch kein ander Mittel, als per delegationes in partibus, quo euocationes ad peregrina iudicia euitarentur, der recursus ad curiam Romanam beybehalten werden möge, wodurch also der vsus commissionum zur Regul am Römischen Hofe geworden, und alles damit überschwemmet ist, daß die gantze doctrin de commissionibus am allerweitläufftigsten in denen decretalibus ausgeführet, und von da nunmehro hergenommen ist,

BÖHMER *in instit. iur. canon. ad tit. de offic. et pot. iudic. deleg. §. 1.*

welche Umstände und Ursachen in derer Stände des Reichs Ländern hauptsächlich und überall cessiren, weil ein jeder Landesherr in seinen Landen ordentliche Landesgerichte angeleget, keine euocationes zu befürchten, sondern bey denen tribunalibus prouincialibus alle und jede ihr Recht und Hülffe suchen und finden können, und kein Grund, von solchen abzugehen, und die Streitigkeiten ad extraordina-13 rios iudices zu ziehen, mehr vorhanden und übrig geblieben; bevorab wenn die gantze Sache cum plena causæ cognitione zu einer commission gezogen werden solte, die eben so leicht bey denen ordentlichen Landesgerichten abgethan werden kan, weil alsdann mehrentheils diejenigen, so commissiones ausserordentlich suchen, deswegen die Landesregierungen verlassen, damit sie im Trüben fischen, die wenigen commissarios desto leichter zu ihrem Willen und in ihr interesse ziehen, den Gegenpart aber unterdrucken können, so in wohlbesetzten Landesgerichten nicht leicht geschehen kan, vnde quia in genere quilibet citari debet ad actum sibi præiudicialem, 14

l. 47. pr. de re iudic.

l. 39. de adopt.

ita merito in decernendis commissionibus aduersarius audiendus, cui eorum constitutio graue præiudicium adferre potest,

KLOCK. *in relat. Camer. vot. 151. n. 6. et 7.*

ob quod illas plane recusare queat, prouocando ad ordinarium, quod regulariter non est recusandum, adeoque aduersarius audiri et consentire debet.

MEV.

Ad L. I. T. XXI.

MEV. *P. VIII. decis. 114. n. 2. sqq. et dec. 463. et P. IX. decis. 121.*

15 Uebrigens obwol ein princeps in causis maioribus publicisque extra ordinem commissarios ex officio zu verordnen befugt ist, ja so gar ein iudicium prouinciale in Nebenpuncten, die vor der ordentlichen audientz nicht wohl abgethan werden mögen, und also
16 ad actus particulares commissarien verordnen mag,

MEV. *P. VIII. decis. 128.*

dennoch solches ad causas mere priuatas et priuata tantum iura concernentes keine application finden kan, absonderlich wenn die gantze Sache von dem ordentlichen Landesgerichte ab- und zu einer aus zwey oder drey Personen bestehenden commission gezogen, und der Beklagte gezwungen werden soll, sein gantzes Heil und Wohlfahrt in weniger Personen Händen zu stellen, dabey er ein grosses zu risquiren hat, welches bey einem wohlbesetzten Landesgerichte nicht zu befürchten, und deswegen in gegenwärtigem Fall die Sempronia bey demselben zu bleiben suchet, weil Caius, ihr Ehemann, die administration ihrer eigenen Güther ihr durch die anzuordnende administrations-commission zu entziehen, und sie in den deplorabelsten Stand dadurch zu setzen ohne Zweifel gemeinet ist, quo nihil excogitari potest intolerabilius et miserius, wie unter andern Cicero in orat. pro P. Quinctio, und zwar unter Blutsfreunden, dieses als etwas hartes bemercket, ja als etwas grausames ansiehet, geschweige denn daß unter Eheleuten man auf solche extremitæten leicht fallen könne, welches doch Caius durch die ausgebrachte administrations-commission, dazu es noch vielleicht an einem zureichenden Grunde ermangelt, zu intendiren scheinet, und deswegen Sempronia solche nicht anders als rem magni præiudicii et quæ damnum irreparabile seu periculum amittendorum omnium bonorum concernit, ansehen kan, und um desto befugter ist, bey den ordentlichen Landesgerichten zu bleiben, auch darauf zu prouo-
17 ciren, als diese commission bloß ad instantiam actoris in causa mere priuata ausgebracht ist, enim vero tales commissiones, quæ a parte vna extrahuntur, ad causæ cognitionem vel compositionem, respectu alterius non sunt necessitatis sed voluntatis, cum nemo a iudice suo competente ad iudicium aliquod extraordinarium sit trahendus,

STRYK. *in introd. ad praxin c. II. §. 21.*
IDEM *de clausul. commiss. c. I. n. 66.*
FABER *in C. lib. V. tit. 5. f. 2. n. 21.*
BERGER *in œconom. iuris lib. IV. tit. 3. §. 1. not. 14. vbi præiudic. id illustrat.*

adeoque, quando princeps decernit commissionem, hæc intelligenda est clausula: nisi fiat altera parte inuita.

de LVDEWIG *tom. I. conf. Hallens. lib. III. conf. 60. n. 10.*
CARPZ. *lib. II. resp. 51. n. 21.*
IDEM *in proc. tit. 6. art. 3. n. 87. sqq.*

Alia enim est ratio litium, quæ priuata singulorum iura et commoda: alia quæ publicam reipublicæ curam et commoda concernunt. Iis semper suus cursus integer est, nec ex iudicis præscripto ante sententiam præiudicium iustum est. At, quod publicæ rei subest, id non attenta lite, sicut expedit, disponi potest et debet. Nam sistit curam publicam lis eorum, quibus legem dicere licet.

MEV. *P. III. decis. 217. n. 6.*

Wobey denn zwar der hohen Landesobrigkeit ihre territorial-Hoheits-iura nicht in Zweifel gezogen, noch denenselben Maaß und Ziel vorgeschrieben wird, gleichwol dabey zu erwegen ist, daß es bey Anordnung der administrations-commission auf das äusserste præiuditz der Semproniæ ankomme, dahero dieselbe billig dagegen zu hören, besonders da sie das gemeine Recht und nach solchem die Regul vor sich hat, und sich in dasselbe gründet, gegen welches ihr man doch die gedachte commission so sehnlich zu obtrudiren, und sie wider ihren Willen davor zu ziehen bemühet ist; dieserwegen die Sempronia sich dagegen zu setzen um desto mehr befugt ist, als generaliter constituiret, nullum rescriptum, nullam pragmaticam sanctionem, nullam sacram annotationem, quæ generali iuri aduersa esse vi- 18
deatur, in disceptationem cuiuslibet litigii proferri debere, sed generales sacras constitutiones (quæ ius commune constituunt) omnibus modis obseruandas,

l. vet. C. si contra ius vel vtil. publ.

quod ideo constitutum est, quia æpe per importunas preces et inuerecundam petentium inhiationem princeps etiam non concedenda concedit, quæ si probata fuit, concessio nullam vim habet.

l. 1. C. de petit. bon. sublata lib. X.
MYLER. *ab* EHRENB. *in nomol. c. 1. §. fin.*

Dergestalt also die Sempronia des unterthänig-demüthigsten Vertrauens leben kan, daß der Landesfürst, als ein Gerechtigkeit liebender Herr, diese in allen Rechten gegründete Vorstellungen gegen die angeordnete commission nicht ungnädig noch als eine Verletzung des schuldigsten Respects ansehen und halten, neque enim princeps vnquam voluisse credendus est, quod iuste velle non potuit, 19

FABER *in C. lib. 1. tit. 11. n. 5. Hect. Capyc. Latro decis. nou. 175. n. 2.*

sondern sein Augenmerck auf die dagegen gemachte Vorstellung richten werde.

So halten wir davor, daß ein Landesherr in Ansehen solcher causarum, welche eigentlich

lich vor die ordentliche Landesgerichte gehören, auf blosse imploration des einen Theils, parte altera inuita vel reclamante, keine commission erkennen, es darneben vor eine Verletzung des schuldigsten Respects nicht gehalten werden könne, wenn der grauirte Theil sich vor solche einzulassen Bedencken träget. V. R. W.

Ad L. I. T. XXI.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE NOVEMBR. MDCCXLVII.

DECISIO XVII.

THEMA.

Sumtus commissionis super rationibus reddendis decretæ vterque litigantium fert.

SVMMARIA.

Status controuersiæ formatur. n. 1.
Inuitus nemo cogi potest, vt coram commissione compareat. n. 2.
Nemo suis sumtibus rationes reddere cogitur. n. 3.
Rationum redditarum reuisio frustranea. n. 4.
Non semper monitorum confectionem supponit rationum redditio. n. 5.
Sumtibus petentis commissio peragenda. n. 6.
Pro rationibus reddendis ex officio commissio decerni potest. n. 7.
Qui causauit commissionem, ad sumtus tenetur, n. 8.
Et sic vterque litigans, si vtriusque interfuit, rationes reddi. n. 9.
Commissiones ob rationum redditionem decretas nemo declinare potest. n. 10.
Qui pecuniam accepit, licet ordinarius administrator haud fuerit, rationum redditionem declinare nequit. n. 11.
Expensas commissionis soluit, qui præstito iuramento absolutus. n. 12.
Ex fine litis dependet, vtrum impetrans commissionem sumtus solus ferre, an ad eos altera pars concurrere debeat. n. 13.

Auf geschehene prouocation ad reuisionem, erfolgte submission ad acta priora in Sachen des Gerichtsschöppen I. V. L. prouocanten an einem, und der Gemeine zu A. prouocaten am andern Theil, erkennen Fürstl. W. zur Justiz-Cantzley verordnete Räthe nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten prouocation ad reuisionem ohngehindert bey dem am 27 Jun. 1740. ertheilten commissarischen, und den 7 Jul. von uns erfolgten reiections-Bescheiden billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem die prouocaten n. act. 1. um commission zu adjoustirung derer von provocanten noch nicht abgelegten Rechnungen, wie auch respect. um deren reuision angehalten, und solche verstattet, auch nach dem beygehenden volumine in unterschiedlichen fasciculis solche coram commissione adjoustiret, prouocant aber in die Helfte der commissions-Gebühren condemniret worden, hat er davon ad reuisionem prouociret, und als solche abgeschlagen, derselben inhæriret, und n. act. 20. seine grauamina ad acta gebracht, provocaten hergegen ad acta submittiret. Ob nun wol prouocant einwendet, 1) daß er keine Gelegenheit zu der commissarischen Untersuchung derer Rechnungen gegeben, und die n. act. 1. angeführte Ursachen dazu nicht zureichend zu achten, noch der iudex ordinarius vorbey gegangen werden könne, sonsten auch 2) niemand sich coram commissione einzulassen verbunden, und prouocanten nicht beygemessen werden könne, was prouocaten contra ordinarium iudicem eingewandt, bevorab da 3) er nur über folgende geführte Rechnung responsabel gewesen, als (a) über die Soubironische Winterquartier-Rechnung, welche in allen richtig befunden: (b) über die Durchmarsch-Rechnung, welche ohne Noth in Zweifel gezogen, und platterdings contra autoritatem der dabey verordnet gewesenen commissarien abgeleugnet worden, prouocant auch so unglücklich gewesen, daß man ihm die adiunction eines von denen Marsch-commissariis abgeschlagen, und er auf Zureden des Herrn commissarii genöthiget worden, mit prouocaten einen Vergleich einzugehen, er dahero hiebey extra culpam sey, auch niemand suis sumtibus eine Rechnung abzulegen schuldig: (c) die service-Rechnung, welche er doch würcklich vor den Beamten abgethan, nicht

1

2

3

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. I. T. XXI.

reuidiret werden dürfen, und keine Unkosten verursachet. Ferner was 4) die übrige Gemeinsrechnung betrifft, aus denen Acten erhelle, daß er kein Rechnungsführer gewesen
4 sey, er also deren Kosten nicht tragen könne, wenn man gleich sagen wolte, daß er wegen der an ihn geschehenen Zahlung dabey interessiret gewesen, da, wenn die causa debendi indebita gewesen, solches ordinario modo gesuchet werden müssen, zu deren Berechnung er aber nicht mit gezogen werden mögen, wohin 5) insonderheit die Mühlenthorkosten-Rechnung gehöret, welche von O. S. geführet, bey prouocanten abgethan, und keine causa reuisionis angezeiget, ja weil solche verlohren gegangen, er deswegen n. act. 18. schweren müssen, so ihm nicht zur Last zu legen. Ferner 6) auch dahin zu referiren sey die Schützen-Rechnung, welche doch bereits abgethan, und bey deren reuidirung nur wegen 2 fl. de ao. 1726. der Beweis ermangelt, davon prouocant die eine Helffte übernommen. 7) Nicht weniger die Gemeine-Dorffrechnungen ebenfals dahin zu ziehen, damit allein die Vorsteher und nicht der Dorffrichter zu thun, er auch deren Abnahme nicht verhindert habe, hierüber unvonnöthen gewesen, bey dergleichen Bauren-Rech-
5 nungen scrupuleuse monita zu machen, bevorab da bey der Untersuchung nichts herausgekommen, und nur eins und andere, so bishero gebräuchlich, geändert, und was ihm an denen angesetzten Posten gestrichen sey, vor Neuerungen zu halten, so keinen effectum iuris nach sich ziehen könne, bevorab da 8) alle commissiones auf implorantischen Theils Kosten erkant werden, und also prouocaten solche allein stehen müsse, cum si ad alterutrius
6 partium instantiam commissarii delegantur, regulariter petentis est onus sumtuum,

MEV. *P. V. decis. 400. n. 5.*

welches auch um desto mehr hier zu statuiren, da prouocant die commission nicht veranlasset, so daß es scheinen will, als wenn prouocant mit denen halben Unkosten zu verschonen gewesen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) die Berechnungs-
7 sachen so beschaffen, daß sie am bequemsten coram commissione abgethan und untersuchet werden können, daß auch ex officio dieselbe verordnet, und ab ordinario iudicio gezogen werden kan, und es allein darauf nicht
8 ankommt, ob er solche verursachet, zumal wenn solches geschehen, er gar leicht solche allein zu tragen condemniret werden könne, wiewol auch die n. act. 1. geschehene Vorstellung so beschaffen gewesen, daß die Fürstl. Justitz-Cantzley kein Bedencken gefunden, solche zu diesem negotio zu verordnen, bevorab da solches Rechnungen gewesen, dabey sowol prouocant als prouocaten interessiret gewesen, rationes discuti, und also kein billiger temperament ist, als daß die Unkosten beyderseits Partheyen tragen müssen;

MEV. *P. V. decis. 400. n. 7.*

wie sich denn bey der Untersuchung allerhand puncta gefunden, die theils per compositionem, theils per reformationem, theils aber per iuramentum abgethan werden müssen, und also prouocant so gantz ohne alle culpa nicht gewesen, als er vermeynet, hierüber ad 2) bey dergleichen commissionibus, quæ pro examinandis rationibus dantur, ein jeder sich einzulassen aller- 10
dings verbunden ist; 9

l. 5. in f. de manumiss.

MEV. *P. II. decis. 123.*

wie denn auch prouocant solches gethan, und ad 3) bey denen dreyen Rechnungen, die untersuchet worden, nicht alles ohne contradiction gefunden worden, vielmehr solche, welche bey der Marschrechnung sich ereignet, durch einen Vergleich abgethan werden müssen, und wenn auch alles richtig befunden wäre, dennoch niemals eine Untersuchung hindan zu setzen ist, sondern sich ein jeder Rechnungsführer gefallen lassen muß, daß seine Rechnungen coram commissione untersuchet werden, als zu deren Ablegung er ex ipsa administratione verbunden; und so viel ad 4) die Gemeins-Rechnung betrifft, prouocant selbsten nicht leugnen mögen, daß 11
er wegen der Zahlung selbsten dabey interessiret gewesen, da die Gemeine doch wissen müssen, wo das Geld hingekommen, dahero auch prouocant Red und Antwort darüber gegeben; nicht weniger ad 5) die Mühlenthor-Rechnung zwar vor ihm abgethan seyn soll, aber deswegen doch wol einer reuision bedurft, gleichwol solches durch deren Verlust verhindert worden, und da sie bey ihm abgeleget, er billig solche verwahren und diesen Verlust verhüten sollen, welches denn die Fürstliche Justitz-Cantzley dahin veranlasset, ihn mit dem iuramento purgatorio zu belegen, welches ihn abermal zum concurs ad expensas commissionis obligiret, da alle Vermuthung gewe- 12
sen, daß er solche Rechnung nicht ediren wollen. Ferner ad 6) bey der Schützen-Rechnung sich ein Mangel würcklich hervorgethan, der abermal durch einen Vergleich gehoben, und ob er wol 7) die Dorffrechnung nicht geführet, er doch, wie die protocolla weisen, dieselbe vertreten, und auf die monita geantwortet, dabey auch unterschiedliches gefunden worden, so eine reforme bedurft, und eben dieses, weil er sich bey derselben coram ordinario iudice messiret, und deren Abnahme difficultiret, er Gelegenheit gegeben, daß die Gemeinde ihre Zuflucht zu dem ordentlichen Weg der 13
commission nehmen müssen. Endlich ad 8)

nicht

nicht alle commissiones sumtibus petentis erkant werden, sondern in fine derselben erst untersuchet werden muß, wer zu solchen den Beytrag zu thun schuldig, als welches auf das arbitrium iudicis pro re nata ankommt;

MEV. *cit. decis. 400. in f.*

dergestalt es billig bey der erfolgten Erkäntniß gelassen werden müssen. *Ad L. I. T. XXI.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXLI.

LIB. II.

Tit. I. De iurisdictione.

RESPONSVM XVIII.

Ad L. II. T. I.

THEMA.

Appellatio Vogleyæ tantum iurisdictionem non reliqua fundi commoda comprehendit.

Vid. Resp. CCCCLXXVII. Them. 8.

DECISIO XIX.

THEMA.

Leuationem et sepulturam cadaueris occisi nemo intra alienam iurisdictionem suo iure suscipere potest.

SVMMARIA.

Syndici ad lites minorum corporum præcise non constituuntur. n. 1.

Cadauer ex vndis extractum magistratus loci humare potest. n. 2.

Alicubi iurisdictio in ciuitate cum alio communis extra portas priuatiue exercetur. n. 3.

Vbi iurisdictio communis, vnus sine altero actum iurisdictionis exercere nequit. n. 4.

Iurisdictio se non extendit ad flumina, sed hæc priuatiue principi subsunt. n. 5.

Si corpus cum corpore litigat, syndicis opus. n. 6.

Leuatio cadaueris est actus iurisdictionis criminalis. n. 7. 15.

Sepultura cadaueris in alieno territorio sine præscitu magistratus fieri nequit. n. 8. 10.

Iurisdictionis violationem allegans probare tenetur. n. 9.

Ex iure tertii nemo agere potest. n. 11.

Limites iurisdictionis non semper ex documentis apparent. n. 12.

Delicta intra flumen commissa principis cognitioni subsunt. n. 13.

Publicani qua tales non habent iurisdictionem criminalem intuitu criminum a nauigantibus commissorum. n. 14.

In alieno loco sine requisitione nemo actum iurisdictionalem rite exercet. n. 16.

Auf angebrachte Klage, dagegen opponirte exceptiones und erfolgtes Verfahren in Sachen der Hochfürstl. M. Elbzollbedienten zu B. Klägere an einem, und Burgermeister und Rath daselbst Beklagten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden Wir C. L. ꝛc. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß so wol Kläger als Beklagte zuförderst per syndicos zu erscheinen, und dieselbe gnugsam zu legitimiren schuldig, und erhellet übrigens aus denen Acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß Beklagte von angestellter Klage zu entbinden und loßzusprechen, es könte und wolte dann Kläger besser, als bishero geschehen, binnen vier Wochen Beklagten Gegenbeweis, Eydes-delation und andere Rechtswohlthaten vorbehältlich, erweisen, daß der Fürstl. Herrschafft an dem Ort, wo der im Geleit ertrun-

Ad L. II. T. I.

ckene Cörper gelegen, und von Beklagten aufgehoben worden, die criminel-Gerichte priuatiue zustehe, und sie dabey berechtiget sind, ohne requisition des Fürstl. Amts oder einer andern Obrigkeit dergleichen in die criminalität einschlagenden actum an dem quæstionirten Ort vorzunehmen, so ergehet alsdann ferner in der Sache was recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol anfänglich von beyden Seiten ratione legitimationis nichts erinnert worden, auch nicht eben nöthig, vt corpora per syndicos compareant, præsertim si parua fuerint;

1 BRVNNEM. *ad l. 3. D. quod ciu. vniuers. nom. n. 3.*

und so viel die Hauptsache betrifft, Kläger angebracht, daß bey dem visitiren einiger Schiffe ein Steuermann über Boort gefallen und ertruncken, welchen sie einige Tage gesuchet, um denselben aufzuheben und zur Erden zu bestatten, und als sie denselben des Abends am 12 Jul. a. p. gefunden, sie den Cörper bis vor das Mühlenthor gebracht, und daselbst an der Boise, allwo die Geleitlichen iura in visitirund Abfertigung der Gefässe, und nach Be-

2 finden die Bestrafung der Schiffer sie bishero exerciret, mit denen Füssen in dem Wasser liegen und bewachen lassen, indessen die Beklagten den andern Tag de facto zugefahren, den Cörper weggenommen und denselben begraben lassen, und dadurch die Herrschaffilichen Geleits- und Zoll-iura würcklich violiret, bevorab da die Beklagten weder ciuil- noch criminel-iura in der Stadt B. priuatiue zu exerciren befugt seyn, sondern beydes sub præsidio des Hochfürstl. Gerichtsverwalters ausüben müssen, welches suo modo 2) die Beklagten eingeräumet, und in ihren duplicis bekannt, daß das Magistrats-collegium von dem Gerichtlichen collegio unterschieden sey, da dieses der Fürstl. Gerichtsverwalter mit zweyen senatoribus, welche ihm nomine senatus beygegeben, formiret, und allerley Schuldsachen und criminalia zu schlichten berechtiget sey, ausser an Ort und Stelle, wo des Magistrats iurisdiction allein fundiret ist, als in und zwischen den Thoren, auf der vor der Stadt liegenden Ziegley und andern Stadtgebäuden, Raths Weinkeller ꝛc. über der Stadt Dorfschafft, Hof und sonst befindlichen Leuten in der Heide und so weiter, da es

3 denn 3) vornemlich darauf anzukommen scheinet, ob denen Beklagten an gedachtem Ort, wo der Cörper gelegen, priuatiue die criminel-Gerichte zustehen, welches Kläger leugnen, und sich auf den extract sub lit. A. de anno 1301. bezogen, woraus erhellet, daß der Blutlaß von der Stadt bis an die Landwehr der Hochfürstl. Herrschafft reserviret sey, soches auch 4) noch weiter die Beylagen sub N. 1. und 2. bestärcken möchten, woraus abermal ersichtlich, daß der Beklagten iurisdiction nur limitata, und ad certa loca ausser dem Thor bis an den Schlagbaum restricta, und 4
also dieselbe nicht befugt gewesen, einen actum iurisdictionis ohne Zuziehung des Hochfürstl. Gerichtsverwalters ausser dem Schlagbaum, wo der Cörper gelegen, zu exerciren, ausserdem aber 5) das Geleite bekanter massen ein hohes regale zu achten, welches die Klägere nomine principis verwalten, und niemand auf denen Flüssen sich einiger iurisdiction, als 5
allein der Landesherr, anmassen könne, sie dannenhero berechtiget gewesen, den im Geleite ertruncknen Steuermann aufzusuchen, und das annexum iurisdictionis criminalis, die Aufhebung und Begrabung des Cörpers zu besorgen, ohne daß die Beklagten ihnen darin einen Eintrag thun möchten, wie solches Klägere in der wiederholten submissions-Schrifft mit mehrern dargethan, auch 6) sich auf die obseruantz bey dem Zoll zu D. bezogen haben, ja 7) noch hinzugethan, daß, wenn gleich an dem quæstionirten Ort, wo der Cörper hingeleget, der Beklagten iurisdiction fundiret sey, dennoch sie, die Klägere, alle Geleits-actus ohne alle Behinderung in und ausser der Stadt ausüben könten, und der magistratus nicht befugt, ihnen darin Eintracht zu thun.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch alhier zwey corpora mit einander streiten, die ordentlich per syndicos erscheinen müssen, und ob sie gleich parva seyn mögen, dennoch die Schrifften von 6
niemande unterschrieben sind, wie doch in solchen Fällen nöthig ist, und so viel die Hauptsache betrifft, die Aufhebung und Beerdigung der ertruncknen Cörper bekannter massen ein actus iurisdictionis criminalis, und dahero 7
gantz natürlich ist, daß wenn jemand in eines andern Gerichtbarkeit den todten Cörper hinbringet, und daselbst begraben lassen will, er solches præcedente requisitione magistratus, qui criminalem iurisdictionem in eo loco exercet, thun müsse,

CARPZ. *in pr. crim. qu. 109. n. 31. ibi:*
Aufhebung todter Cörper.
quod nemo actum iurisdictionis criminalis in loco, vbi alius criminalem iurisdictionem habet, exercere queat;
c. 1. de offic. iudic. ord. in 6.

dieserwegen wenn gleich die Klägere zu der Auf- 8
hebung des ertruncknen Steuermanns befugt gewesen, ihnen doch wenigstens obgelegen, die Anlegung des todten Cörpers und dessen Begrabung an dem quæstionirten Ort mit Vorwissen und Bewilligung des Orts Obrigkeit zu thun, da sie nicht in Abrede sind, daß sie keinen actum iurisdictionis criminalis ausser dem Fluß und auf dem Lande ausüben können, als woselbsten andern die criminalia verliehen sind,

sind; und dahero sie zuförderst ihre unternommene Befugniß besser, als bishero geschehen, erweisen, anbey auch darthun müssen, daß der Fürstl. Herrschafft die criminalia privatiue daselbst zustehen, welches um desto unglaublicher, als sich der Hochfürstl. Gerichtsverwalter bey dieser Sache nicht gemeldet, welches er doch thun müssen, wenn die Beklagten daselbsten keinen actum iurisdictionis criminalis priuatiue auszuüben befugt wären, mithin die limites iurisdictionis soli magistratui competentis noch nicht dargethan sind; da im Gegentheil die Beklagten an gedachtem Ort dieselbe prætendiren, und der Hochfürstl. Gerichtsverwalter denselben nicht widersprochen, sondern die Klägere als tertii ihnen hierüber
9 quæstionem mouiret, und eine violirung ihrer iurisdiction durch Wegnehm- und Begrabung des quæstionirten Cörpers anführen, welche sie als Klägere hätten erweisen sollen, aber nicht gnugsam dargethan, angesehen, ob wol ad 1) Kläger anfänglich denen Beklagten keine ciuil- und criminel-iurisdictionem priuatiue in der Stadt B. zugestehen wollen, jedoch solches nachgehends zugestanden, und nur zu behaupten intendiret, daß sie an dem Ort, wo sie den Cörper angeleget, keine iurisdictionem priuatiue zu exerciren befugt wären, welches aber doch nicht gnug gewesen,
zumal sie auch darthun müssen, daß sie irre-
10 quisito quocunque magistratu dergleichen actum criminalis iurisdictionis daselbst exerciren können; als welches sie auch allem Ansehen nach gegen den Hochfürstl. Gerichtsverwalter zu behaupten vermeinen, aber dadurch zugleich auch gegen die Beklagten solches intendiren, nachdem ad 2) an denen Oertern, wo jenen die iurisdictio criminalis zustehet, solche nicht priuatiue, sondern concurrente
11 per deputatos magistratu exerciren, dieserwegen wenn Beklagte hiebey sich vergangen, der Hochfürstl. Gerichtsverwalter sich zu beschweren Ursache gehabt haben würde, so doch nicht geschehen, und also dieses derselbe mit denen Beklagten allenfals ausmachen müste, zumal die Beklagten auch ausser der Stadt über Feld, Garten, Holtz und Weide solche mit extendiret, auch ad 3) die limites aus dem documento sub A. nicht so deutlich sind, daß daraus etwas gegen die Beklagten geschlossen werden möchte, zumal wenn solches gegen dieselbe zu verstehen, sie auch nicht einmal coniunctim mit dem Hochfürstl. Gerichtsverwalter daselbsten einigen actum criminalem ausüben könten, welches doch ihnen eingeräumet und zugestanden wird, daß sie entweder pri- 12
uatiue an einigen Orten, oder zugleich mit dem Hochfürstl. Gerichtsverwalter solche auszuüben befugt sind, so daß ad 4) die aus denen documentis sub N. 1. et 2. gemachte exceptio de iure tertii ist, so dem Gerichtsverwalter und nicht Klägern zustehet; anbey ad 5) zwar die Klägere das Geleite und Zoll-regale nomine principis zu respiciren haben, ja auch zugestanden werden kan, daß die criminalia 13
über die Flüsse der Herrschafft immediate zugehören, aber doch daraus noch nicht folgen will, daß sie als Zollbediente nomine principis solche auszuüben befugt sind, sonsten auch folgen würde, daß wann ein Mord oder anderes capital-delictum auf denen Schiffen 14
vorginge, sie alsdann die völlige Ausübung dieser criminel-cognition zu thun befugt seyn würden, so sie doch nicht einsten sich angemasset, davon aber gleichwol die Aufhebung und Begrabung der ertrunckenen Cörper lediglich 15
dependiret, und die hiebey angemassete Befugniß noch nicht so klar ist, als sie sich wohl einbilden, am allerwenigsten sie also berechtiget seyn können, in loco alienæ iurisdictionis 16
einen actum criminalem irrequisito illius loci magistratu auszuüben, noch sich ad 6) auf das exemplum der Zollbedienten zu D. berufen mögen, als welches in hac causa controversa verdächtig, und eben denenselben dubiis unterworffen ist; endlich ad 7) die daselbst angeführte prætension sehr weit gehet, und mit nichts dargethan, sondern zu erweisen ist.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMBR. MDCCXXXVIII.

Ad L. II. T. I.

DECISIO XX.

THEMA.

Quamdiu conuentioni non pleniſſime ſatisfactum, reconuentio inſtitui nequit.

SVMMARIA.

Decreta executione ob conuentionem, reconventioni locus est. n. 1.

Curatorium, si in conuentione exhibitum, in reconuentione non denuo exhibendum est. n. 2.

Conuentio nondum finita est, si quid adhuc ex iudicato debetur. n. 3.

Litisconteſtatio euentualis ad caſus dubios reſtringenda nec exigi poteſt, quoties manifeſte reconuentioni nondum locus eſt. n. 4.

Ad L. II. T. I.

Als derselbe uns reconventions-Klage, dagegen opponirte exceptiones und darüber erfolgtes Verfahren in Sachen A. C. G. Kinder und Erben, Klägern an einem, und A. E. K. verehlichter Z. Beklagtin am andern Theil, in vier zurückkommenden vol. ꝛc.

Daß Klägerin so wol als Beklagte sich zur Nothdurft legitimiret, und Klägerin fol. 22. gethanes Suchen nicht statt finde. Uebrigens erhellet aus denen Acten so viel, daß Beklagtinne auf die reconvention sich ehender nicht einzulassen schuldig, als bis Klägerin sich durch würckliche und völlige Bezahlung des residui von denen depositen-Geldern und Unkosten der conuention gäntzlich entdrochen und erlediget. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Klägere 1) bey der legitimation der Beklagtin erinnert, daß sie ihres curatoris curatorium in copia abschrifftlich ad acta nicht gebracht, so doch sub pœna 3 Rthlr. nach der Proceß-Ordnung erfordert werde; hiernächst 2) die conuention würcklich geendiget, und dahero die Sache in den Stand gerathen sey, daß die reconuention statt finden könne, da so gar die execution geschehen, und ob wol noch 30 Thlr. von der Hauptsumme und einige Unkosten unbezahlet sind, dennoch solches die reconuention nicht hindern kan.

BERLICH. *P. I. concl. 22. n. 53.*

Dabey auch Klägerin 3) anführet, daß die Beklagtinne mehr als ihren Antheil habe, zumal sie nur den vierten Theil an dem Gewinst der conuention prætendiren könne, welches Beklagtinne unbeantwortet gelassen, allenfals 4) sie sich euentualiter nach der Proceß-Ordnung einlassen sollen, und dahero, weil sie solches nicht gethan, billig in die Unkosten condemniret werden müsse.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) die causa reconventionis mit der conuention connex ist, 2
und da Beklagtinne das curatorium in actis conuentionis übergeben, unvonnöthen gewesen, davon copiam zu diesen reconventions-Acten zu geben, weswegen auch die acta connexa conuentionis mit überschicket sind, und die Proceß-Ordnung auf diesen casum nicht zu appliciren, übrigens ad 2) die reconuention nicht ehender statt finden kan, als finita conuentione, welches cum effectu zu verstehen, wenn durch würckliche und völlige Bezahlung die Beklagtinne sich der conuention entlediget, cum verba cum effectu sint intelligenda,

c. 9. X. de offic. et pot. iudic. deleg.

neque enim sententiæ paruisse dici potest, 3
qui adhuc aliquid ex iudicato debet,

CARPZ. *lib. 2. resp. 93. n. 10. et lib. 1. resp. 75. n. 7.*

welches ad 3) hier nicht geschehen, da aus denen actis conuentionis erhellet, daß Beklagtinne die deponirte Gelder allein vor sich ex matris conuentione gefordert, und solches auch per iudicatum erstritten, mithin niemand mehr einen Antheil daran haben kan; dieserwegen ad 4) da die reconuent on noch zur 4
Zeit nicht statt findet, Beklagtinne auch nicht schuldig gewesen, sich auf die Klage einzulassen, vielweniger litem euentualiter nach der Proceß-Ordnung zu contestiren, als welches nur in zweifelhaften Fällen Rechtens ist. Uebrigens doch die Klägerin etwas vor sich gehabt, daß die Unkosten übergangen werden müssen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXL.

DECISIO XXI.

THEMA.

De eodem argumento.

SVMMARIA.

Status controuersiæ formatur. n. 1.
Prætensa satisfactio iudicati. n. 2.
Iudæus pro christiano fideiubere potest. n. 3.
Ob iniuriam ad animum reuocatam mox pœna dictari potest. n. 4.
Qui ex hereditate de pecunia deponenda nil accepit, ad contribuendum cogi nequit. n. 5.
Sententia stricte accipienda. n. 6.
Ad certam quantitatem deponendum condemnatus se liberare nequit qualiscunque chirographi depositione. n. 7.
Liquidum cum illiquido non compensatur. n. 8.
Reconuentioni non antea locus est, quam si iudica-

iudicato conuentionis exacte satisfactum. n. 9.

Defectus immobilium inidoneum reddit fideiussorem. n. 10.

In subsidium cautio pignoratitia admittitur. n. 11. *Ad L. II. T. I.*

Ante recognitionem scripti iniurioſi pœna iniuriæ ſuſpendenda. n. 12.

Als die Herren uns ferneres Vorbringen und erfolgte Geſetze in Sachen des Lic. K. vxorio nomine Klägers an einem, und des Commiſſionsrath F. und conſ. Beklagten am andern Theil, in denen zurückkommenden volum. act. zugeſchicket ꝛc.

Daß Beklagter, der Commißionsrath F. vor ſich und wegen ſeiner ſeeligen Mutter dem iudicato ſo wol als dem ſich darauf gründenden decreto ſub n. act. 156. beſſer als bishero geſchehen, und zwar dergeſtalt ein Gnüge zu leiſten ſchuldig, daß er ohne concurrentz des Cammerrath M. den vierten Theil derer feſtgeſetzten 18415 Thlr., nemlich 4603 Thlr. 27 Gr. erkanter maſſen durch gültige obligationes erlege, und alſo zuförderſt den conuentions-Punct dadurch erledige, dabey ihm doch unbenommen bleibet, dasjenige, was er oder ſeine ſeelige Frau Mutter nach Maßgebung des decreti ſub n. act. 162. poſt diuiſionem aus der Erbſchafft oder ſonſten an Klägers Ehefrau liquido gezahlet, oder als bezahlt durch Quittungen gleich liquidiren kan, in die compenſationem des iudicati zu bringen, worauf alsdann, wenn die Partheyen in puncto reconuentionis abgeſetzet, in derſelben ebenfals ergehet, was recht iſt. Uebrigens iſt die von der Klägerin offerirte caution wegen der reſtirenden Zinſen von ihren dotal-Geldern vor zulänglich nicht zu achten, ſondern ſie ſolche durch angeſeſſene Bürgen zu beſtellen gehalten; wofern auch der Commißionsrath F. von ſeiner n. act. 194. gethanen Anzeige und Vorſtellung wegen der angegebenen iniurien in Ruhe zu ſtehen nicht gemeinet, ſo bleibet ihm, ſolchen Punct in ſeparato auszuführen, unbenommen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem n. act. 123. rechtskräfftig erkant iſt, daß weil die quæſtionirte Verlaſſenſchafft
1 auf 18415 Thlr. feſtgeſetzet, und von allerſeits intereſſenten angenommen worden, die Beklagten davon die portion der Klägerinne, als den vierten Theil, an gültigen obligationen bey der Churfürſtl. Regierung niederlegen ſollen, ſo iſt darauf n. act. 156. das decret ertheilet, und anbefohlen worden, dem iudicato nach Maßgebung deſſen, was ein jeder davon unter ſich hat, ein Gnügen zu leiſten. Ob nun wol 1) der Commißionsrath F. vor ſich und ſeine ſeelige Mutter n. act. 165. und 166. dem iudicato ein Gnügen gethan zu haben vermeinen will, indem er darin vorgeſtellet, was ein 2
jeder von geſamten Erben gehoben, und nach dem gezogenen calculo geſchloſſen, daß er vor ſich und ſeiner ſeel. Frau Mutter nicht mehr als 2415 Thlr. 10 Gr. 4 Pf. erlegen müſſe, welche Summe er an obligationen würcklich deponiret, und keinesweges einräumen will, daß er nebſt ſeiner ſeel. Frau Mutter der Beklagten Erbtheil allein zu ſich genommen, zumal aus der diuiſione materna zu erſehen, daß auch die Commißionsräthin M. ihren Antheil bekommen, und das rechtskräfftige Urthel in genere wider alle Erben abgefaſſet, mithin das decretum ſub n. 156. dieſes expreſſe im Munde führet, daß ſo viel ein jeder davon unter ſich hat, dazu contribuiren ſolle. Uebrigens da 2) Kläger wegen Bezahlung der Zinſen von ſeiner Frauen dote gegen gnugſame caution einen cauenten, nemlich den Rabbinen und zum würcklichen Cammer-agenten beſtelleten O. offeriret, und dem iudicato dadurch ein Gnügen gethan hat, es ſcheinen will, als wenn nunmehr ihr die Zinſen abzufolgen wären, geſtalt daß der cauent ein Jude ſey, ihn nicht zur Bürgſchafft vor einen Chriſten untüchtig 3
machet, bevorab da er ſehr bemittelt und ſatis idoneus iſt, auch die Juden in cauſis ciuilibus gleiches Recht mit denen Chriſten haben, anbey bey Bürgſchafften nicht auf die Religion, ſondern auf des Bürgen Mittel zu ſehen iſt.

l. 8. C. de iud.

Endlich 3) der Commißionsrath F. n. act. 194. wegen der gegen ihn ſchrifftlich ausgeſtoſſenen iniurien eine Anzeige gethan, ſolche ad animum reuociret, und auf eine ciuilem pœ- 4
nam von 1000 Thlr. einen Antrag gethan, und weil ſolche occaſione dieſer Sache entſtanden, und aus denen Acten erhellet, es das Anſehen gewinnen will, als ob auf die Strafe, ſalua moderatione, ſo fort erkant werden könne.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) der F. Erben ſeel. Mutter in der unternommenen Theilung die quæſtionirte Verlaſſenſchafft zu 18415. geſetzet, davon ſie ſich ſelbſten 5200 Thlr., ihrem Sohn 7615, und der Cammerrätzin M. 4600 Thlr. zugetheilet, mithin von dieſem quanto die Klägerin nichts bekommen, ſondern ſolches gantz und gar unter vorgedachte drey vertheilet iſt, ſolche Summa auch nachgehends die ſämtlichen Erben vor die quæſtionirte Verlaſſenſchafft feſt geſetzet und angenommen, nicht weniger darauf erkant, und dem zu folge decretiret iſt, daß davon nach Maßgebung deſſen, was ein jeder davon unter

ſich

Ad L. II. T. I.

sich hat, der vierte Theil deponiret werden solle, und denn daraus anfänglich erhellet, daß, da der vierte Theil in 4603 Thlr. 27 Gr. bestehet, die Cammerräthin M., als welcher bey der Theilung der quæstionirten 18415 nur 4600 Thlr. zugeeignet sind, von dem zu deponirenden vierten Theil nichts unter sich habe, sondern solchen allein der Beklagte nebst seiner seel. Frau Mutter in Händen gehabt, und zu der deponirung allein verbunden sind, mithin Beklagter sie nicht mit ad contribuendum ansetzen können, dem zuwider doch Beklagter n. act. 165. und 166. nicht allein solches gethan, sondern auch ein gantz neues corpus bonorum von 22134 Thlr. contra rem iudicatam formiret, die conferenda an Brautschatz seiner beyden Schwestern mit dazu gerechnet, und den statum controuersiæ gantz verkehret, da doch der collations-Punct hieher nicht gehöret, sondern es nach dem iudicato nur lediglich darauf ankommt, was ein jeder unter ihnen von denen zum Grunde gesetzten 18415 Thlrn. unter sich habe, als wovon der vierte Theil rechtskräfftig erkanter massen zu deponiren, welches allein auf Beklagten und seine seel. Frau Mutter gefallen,

6 und dieselbe dahero dem iudicato allein ein Gnügen zu leisten schuldig, cum sententiæ stricte satisfaciendum sit, davon doch Beklagter durch seinen neuen Anschlag gantz abgegangen, und widerrechtlich unnütze Unkosten verursachet, dabey ihm auch nicht frey stehet, daß er qualiacunque chirographa deponiren wolle, sondern nöthig ist, daß er tüchtige Schuldbriefe niederlege; und was er dabey von

7 der obligatione ad præstandam euictionem anführet, nicht zureichend ist, ihn von seiner obligation loßzumachen, zumal untüchtige obligationes in effectu pro non debitis zu halten sind, wobey dennoch billig nach dem decreto sub n. 162. dasjenige, was Klägers Ehefrau post diuisionem aus der Erbschafft oder sonsten erhalten, billig in compensationem iudicati gebracht werden muß, so weit es li-

8 quid ist, cum illiquidi cum liquido compensatio non admittatur,

l. f. C. de compens.

und wenn dieses alles berichtiget, alsdann erst die conuentio als finita zu halten, und das punctum reconuentionis vorgenommen werden kan, tunc enim conuentio censetur finita, si actori et iudicato ad nummum vsque satisfactum, 9

COLER. *P. II. dec. 275. n. 7.*
CARPZ. *P. I. C. 7. def. 16.*
IDEM *lib. 2. resp. 93. n. 10.*

nec antea reconuentioni locus est;

CARPZ. *cit. l. def. 17. tit. 6. art. 3.*
IDEM *in proc. n. 48. sqq.*

dahero auch Kläger auf die reconuentionspuncta sub n. 167. sqq. sich nicht einlassen dürfen.

Und so viel ad 2) den cautions-Punct betrift, die Klägerin allerdings vi iudicati schuldig ist, tüchtige cauenten zu stellen, davor aber der 10 Jude O. nicht anzunehmen, als welcher geständiger massen mit unbeweglichen Güthern nicht angesessen, und ob er wol sonst grosse Mittel haben mag, dennoch solches äusserlich nicht erkant, noch jemand davon Gewißheit haben kan, obwol sonsten die Religion hiebey in keine consideration zu ziehen, und ein Jude eben so wol als ein Christe cauiren kan, welches entweder durch einen tüchtigen Rückbürgen, oder durch deponirung einer sicheren obligation auf die Summe, als das quantum der Zinse beträgt, in Mangel der Ange- 11 sessenheit geschehen muß. Endlich so viel ad 3) die angegebenen iniurien betrifft, dabey zwar an dem ist, daß des Klägers Advocat in seinen Schrifften excediret, jedoch Kläger auch dabey vieles zu erinnern haben möchte, wenn man des Beklagten Schrifften ansiehet, als welche ebenfals von iniuriosis nicht rein sind, dabey auch noch nicht ausgemachet ist, wem die injurien beyzumessen, ob die clienten oder deren aduocati hierin excediret, allenfals also die Schrifften erst recognosciret, und als- 12 dann erst untersuchet werden müsse, ob wie weit Beklagter Ahndung zu suchen befugt sey, welches aber mit dieser Sache, die ohnedem Beklagten in lauter Verwirrung und Weitläuftigkeit bishero gebracht, nicht zu vermischen, sondern demselben frey bleibet, an seiner Schwester oder Schwager, wenn er von seinem Vorsatz nicht abstehen will, in separato sein Heil zu versuchen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE AVG. MDCCXLI.

Tit. IV. De in ius vocando.

Ad L. II. T. IV.

RESPONSVM XXII.

THEMA.

In quibus cauſſis iurisdictio inferioris non eſt fundata, in iis iudicia ſuperiora ſubditos prioris immediate citant.

SVM-

SVMMARIA.

Ad L. II. T. IV.

Qui cum iurisdictione inuestitus a superiori iudice impediri nequit. n. 1.

Turbatur iurisdictio inferioris, quoties eius subiecti a iudiciis prouincialibus immediate citantur. n. 2.

In Saxonia consistoria mediate citant subditos vasallorum. n. 3. 6.

In criminalibus iudex superior immediate citat subditos iudicis inferioris. n. 4.

Iurisdictioni non præiudicatur per citationem immediatam in causis ad iudicem inferiorem non pertinentibus. n. 5.

Iudex inferior tantum in prima instantia quoad causas ciuiles fundatum ius habet. n. 7.

Per concessam iurisdictionem inferiorem superior salua manet. n. 8.

Possessio non prodest, vbi possidenti præsumtio iuris resistit. n. 9.

Als derselbe uns einen Bericht und dabey gefügte Frage aus denen gegen L. und cons. ergangenen inquisitions-actis zugefertiget, und ꝛc.

Haben in denen gedachten inquisitions-Acten die Adeliche R. Erbgerichte zu N. fol. 150. wegen der Zeugen de requisition von den Obergerichten, den Stadt- und Landgerichten daselbst, prætendiret, und deswegen unter Anführung verschiedener rationum bey der Regierung daselbsten Vorstellung gethan, dahero derselbe belehret seyn will:

Quæstio.

Ob derselbe in seiner Meinung fundiret, und ob in dergleichen Fällen eine possess von seiten der Erbgerichte statt finde?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol die von R. wie andere von Adel, daselbsten mit denen Erbgerichten belehnet, und also befugt sind, das exercitium iu-
1 risdictionis patrimonialis priuatiue zu exerciren, adeo vt in eo a superiori impediri aut turbari non possint,

FRANTZK. *lib. I. resp. 18. n. 11.*

welches aber geschehen würde, wenn die Stadt- und Landgerichte deren Unterthanen ohne requisition vor sich citiren lassen würden, als welches ohne einen Eingriff in die iurisdiction über ihre Unterthanen nicht geschehen könte, dagegen doch der dominus feudi seine Vasallen zu schützen schuldig, und also dessen Obergerichte nicht befugt seyn möchte, dagegen zu handeln, bevorab da die Adelichen Gerichte
2 dasiger Lande in possessione vel quasi, daß sie von denen Gräfl. R. P. Stadt- und Landgerichten zu G. um die Stellung ihrer Unterthanen zu Zeugen requiriret werden müssen, sich befinden, und in solcher inzwischen nach denen gemeinen principiis geschützet werden müssen, vnde etiam in electoratu Saxoniæ mediate
3 citant subditos vasallorum consistoria, quando testimonium ferre debent.

MENCKENI *proc. iur. comm. et Saxon. diss. IV. tit. 4. §. 2.*
Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch alles, was bishero angeführet worden, bloß dahin gehet, daß die Vasallen in denen Sachen, worin sie ihre iu- 4
risdiction ausüben können, veluti in prima instantia, nicht turbiret, noch ihre Unterthanen von ihren Gerichten abgezogen werden können, welches aber dahin nicht gezogen werden kan, vt etiam extra hunc casum et vbi superioris iurisdictio tantum fundata, veluti in criminalibus, per requisitionem iudicis inferioris, subditos eius citare debeat, zumal in Sachen, die nicht zur iurisdiction der Vasallen gehören, ihre Unterthanen, dem Landesherrn und dessen Obergerichten, welche in seinem Nahmen ausgeübet werden, ihm immediate unterworfen, und seine Unterthanen 5
bleiben, quia hoc casu nullum iis fit præiudicium, si immediate citantur subditi,

FRANTZK. *cit. l. n. 15.*
STRYK. *in vs. mod. tit. de in ius voc. §. 12.*
MENCKE *cit. l.*

und was in electoratu Saxon. iuris, ist als ein besonderes priuilegium und ius singulare 6
anzusehen,

STRYK. *cit. l.*

welches ad consequentias nicht zu ziehen,

l. 24. D. de LL.

am allerwenigsten aber eine Regul daraus zu machen, vielmehr solches der Natur und Verfassung der Gerechtigkeit entgegen läuset, und es das Ansehen gewinnen will, als wenn die vasalli ihren Unterthanen sich priuatiue mit einer Art einiger souverainität, und allein anmassen, und dahero sie um Stellung derer Unterthanen vor die Obergerichte erst requiriret und angesprochen werden müssen, welches sehr paradox ist, und ex natura feudi nicht gezo-
gen werden kan, zumal der dominus feudi 7
in Belehnung mit denen Erbgerichten die Unterthanen dem vasallo nicht weiter als in prima instantia causarum ciuilium unterworffen, in denen übrigen Sachen, so nicht dahin gehören, sich sein Landesobrigkeitliches Recht und dessen Ausübung nothwendig reseruiret haben muß, quippe qui iurisdictionem superiorem a se hoc ipso non abdicauit, wo-

L. II. T. IV. 8 hin die immediata citatio in cauſis ad ſe pertinentibus ohnſtreitig gehöret.

CARPZ. *in pr. crimin. qu. 109. n. 80. ſqq.* Und wiewol die von R. ſich auf eine poſſeſſionem vel quaſi berufen wollen, dennoch hierauf um deſto weniger zu ſehen, als die præſumtio iuris gegen dergleichen irregulaires 9 und der Landeshoheit zuwider laufendes Unternehmen ſtreitet, quoties autem præſumtio iuris poſſeſſioni reſiſtit, toties titulus quoque demonſtrandus eſt, nec ſola poſſeſſio proficit poſſidenti in poſſeſſorio contra principem,

STRYK. *cit. l. tit. de iurisdict. §. 27.* bevorab da ein ſolcher Vaſall in Ausübung ſeiner iurisdiction zu weit gehet, und ein beſonderes priuilegium gegen die Landesobrigkeit und deſſen Gerichtbarkeit ſich anmaſſen will, wobey er mit der bloſſen poſſeſs nicht auskommen kan.

So erhellet hieraus ſo viel, daß derſelbe in ſeiner Meinung gegründet ſey, und in dergleichen Fällen von Seiten der Erbgerichte keine bloſſe poſſeſſio absque demonſtratione tituli ſtatt finde. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPT. MDCCXLIII.

DECISIO XXIII.

THEMA.

Contra latitantem edictalis citatio decernenda.

Vid. Deciſ. CXXII. them. 2.

Tit. VIII. Qui ſatisdare cogantur, vel iurato promittant, vel ſuæ promiſſioni committantur.

Ad L. II. T. VIII.

DECISIO XXIV.

THEMA.

Ceſſante dilapidatione ceſſat cautio.

Vid. Deciſ. LXXXVIII. them. 2.

DECISIO XXV.

THEMA.

Debitor immodica cautione non onerandus.

Vid. Deciſ. CXCVI. them. 2.

RESPONSVM XXVI.

THEMA.

Cui cautio iniungitur, is liberatur oblatione pignoris.

Vid. Reſp. CCCCLVII. them. 2.

DECISIO XXVII.

THEMATA.

I. Fiſcalis in cauſſa liquida non cauet.

II. *Deſtructio violenta ſubſellii in eccleſia die feriato facta grauiſſime coercenda.*

SVM-

SVMMARIA.

Ad L. II. T. VIII.

Aduocatus fisci num pro reconuentione et expensis caueat? n. 1. 9.
Defensio contra spolium licita. n. 2.
Sententia non seruato iuris ordine lata nulla est. n. 3.
Vim non facit, qui rem in priorem statum deducit. n. 4.
Patrono incumbit prospicere, ne quid in præiudicium subselliorum fiat. n. 5.
Sanctitas ecclesiarum non violatur per illiciti operis destructionem. n. 6.
Aduocatus fisci in expensas condemnari potest. n. 7.
Aduocatus ob facta scandalosa in ecclesia commissa recte agit. n. 8.
Destructio subsellii in ecclesia die festo facta est illicita. n. 10.
Ea ne quidem compatrono priuatim permissa. n. 11.
Defensio violenta non nisi in continenti permissa. n. 12.
Sanctitas externa ecclesiis A. C. tribuenda. n. 13.
Violentia in ecclesiis commissa turbat ius circa sacra. n. 14.
Calumniæ catholicorum intuitu sanctitatis nostrarum ecclesiarum. n. 15.
Destructio priuata ne quidem in loco profano nisi ex magna caussa permittitur. n. 16.
Sanctitas externa ecclesiarum nullam inuoluit superstitionem. n. 17.
Vis ecclesiæ censetur illata, quæ subselliis fit. n. 18.

Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen H. C. G. Grafen von B. auf B. für sich und seinen pensionarium C. B. auch seine Unterthanen, I. S., I. H. M., L. B., H. I. H. und I. I. T. Beklagten und appellanten an einem, und unserm fiscal-Rath G. Klägern und appellaten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden Wir C. L. ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß die appellation in ihren formalibus zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an unser Land- und Hofgerichte erwachsen. Materialia anlangend, erscheinet aus denen Acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß in voriger instantz wohl gesprochen, übel davon appelliret, und die sententia a qua vom 6 Jul. 1741. schlechterdings zu confirmiren, appellant auch die Unkosten dieser instantz nach deren liquidation und erfolgter unserer Mäßigung appellaten zu erstatten schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol appellant loco grauaminum angeführet, 1) daß die dem fiscali opponirte exceptio cautionis pro reconuentione et expensis im vorigen Urthel übergangen sey, welcher doch mit keinen immobilibus angesessen, und zwischen einem fiscal und andern Kläger kein Unterschied, ja solches der peinlichen Halsgerichts-Ordnung art. 12. gemäß sey, beworab da 2) demselben exceptio non competentis actionis opponiret, und kein delictum, weswegen er ex officio klagen können, noch zur Zeit ausfündig gemachet worden, da sich in dem Dorfe G. der Krähmer T. unterstanden, in der Kirchen daselbsten einen Stuhl mit einem erhabenen Deckel, Gitter und Schnitzwerck nah an des Herrn appellanten Stuhl zu bauen, denselben zu schmälern, und dadurch die freye Aussicht nach dem Prediger ihm zu verhindern, ferner über sein Grabmahl herüber zu bauen, und einen Pfeiler in der Kirche, zu derselben Schaden, wegbrechen, ja eine kleine Kirchthür, wodurch die Dorfschafft T. in die Kirche gekommen, zumauren zu lassen, so daß wegen dieses Stuhls die Gemeinde keinen freyen Gang zum Altar mehr haben könte, da er, appellant, doch patronus von der Kirche sey, solches mit Zeugen bestärcket, und 2
also T. schuldig gewesen, seinen consens zuförderst darüber einzuholen, dahero er pro conseruando iure suo genöthiget worden, zu einer solchen Zeit, nemlich am dritten Oster-Feyertage, vor dem Gottesdienst, da die Kirche offen gestanden, sine vlla turbatione sacrorum den quæstionirten Stuhl wegräumen zu lassen, welches factum licito iure, pro conseruando iure contra spoliatorem geschehen, und dem fiscali nichts angehe, weil solches factum zur defension seiner und der Gemeinde Rechte geschehen, cum quod vi aut clam in præiudicium tertii factum, vi destrui possit,

l. 7. §. 3. D. quod vi aut clam.

dieses also ein factum licitum sey, so auch allenfals nur ein ius priuati nicht aber fisci betreffe, welches er bloß mit T. ausmachen müsse, der fiscal aber kein ius agendi habe. So dann 3) appellant bloß in prima instantia hiebey bestehen geblieben, sich auf die fiscalische Klage nicht eingelassen, sondern über beyde exceptiones zum Urthel submittiret, gleichwol im letzten Urthel contra ordinem iuris bereits definitiue auf eine Strafe erkant, und diese sententia, vtpote non seruato iuris ordine lata, null und nichtig zu achten, 3

l. 4. C. de sentent. et interloc.

cum iudex vltra concluſa transire non debeat, præsertim si nimium properando defensio adimitur,

MEV. *P. II. dec. 265.*

zumal das factum des T. iniustificirlich sey, der Kirche und ihm als patrono zum Schaden

Ad L. II. T. VIII.

gereiche, und fiscalis selber eingestanden, daß ihn dieses nicht angehe, vielmehr es causa mere priuata gewesen, was er gegen T. vorgenommen, ja ein opus nouum wegzuräumen
4 erlaubet sey, cum vi non deiiciat, qui ad priorem statum rem deducit.

MEV. *P. VIII. decis. 324.*

Im gegentheil die fiscalische Klage gegen T. als spolianten statt finden müsse, cum id, quod in præiudicium ecclesiæ factum, statim tollendum sit;

IDEM *cit. l. dec. 326.*

daneben appellanten die destruction nicht ehender erlaubet gewesen, als er dazu die Gelegenheit, bey offenen Kirchenthüren, gehabt, welches ihm als patrono erlaubet gewesen, dabey ihm die Aufsicht auf die Kirchenstühle, qua patrono, selbsten nach denen in actis angeführten Mecklenburgischen Rechten, zugestanden, fiscalis auch, was in annis 1716. und 1717. zum præiudiz der Kirchen-Patrone ge-
5 schehen, nicht anführen mögen, als welches in resol. Cæsar. redressiret, und die Aufsicht und disposition über die Kirchenstühle wieder hergestellet sey, wie appellant in seinem libello appellat. p. 35. angezeiget, auch anben sein ius patronatus aus der Zeugen Kundschafft dargethan, darneben die besondere sanctität der Kir-
6 chen nach der protestantischen Lehre, absonderlich bey Kirchenstühlen, nicht anzunehmen, und kein crimen daraus zu machen sey, wenn in der Kirche ein solches illicitum opus destruiret werde, wie die ICti Gottingenses in ihrem beygelegten responso mit mehrern dargethan, auch vermeinet, daß der dritte Ostertag, da die destruction geschehen, dazu nichts beytrage, weil solcher Tag bey vielen Gemeinden nicht einsten gefeyret würde. Uebrigens 4) in dubio contra fiscum zu sprechen sey, bevorab da die Hauptsache noch nicht einsten tractiret gewesen; dahero appellat 5) in die Unkosten, nicht aber appellant und cons., deren defension er übernommen, zu condemniren
7 gewesen, cum fiscus vtatur iure priuatorum, et sic etiam ad sumtus litis ad instar priuati condemnari debeat;

FABER *in C. lib. VIII. tit. 31. def. 19.*

Herr appellant also vermeinen wollen, daß er und cons. in Strafe nicht zu nehmen, vielmehr fiscalis abzuweisen und in die Unkosten zu condemniren gewesen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) bey dergleichen facto illicito et scandaloso, welches in den vornemsten Umständen appellant vor sich und
1 defensorio nomine seines pensionarii und
8 derer fünf Mitbeklagten einräumen müssen, der fiscalis ex officio klagen müssen, und dazu gesetzet, daß solches scandalöses Unheil und Verbrechen gebührender massen gestrafet werde, also denen bekanten Rechten nach zu keiner caution verbunden ist, angesehen auch die Sache klar am Tage und unleugbar ist, und um desto weniger caution nöthig, als in re tam liquida es billig heisset: hodie constat, hodie iudicatur, 9

l. 2. pr. vi in poss. legat.

und was in *art. 12. C. Crim. Car.* von einem Ankläger erfordert wird, auf keinen fiscal, und zwar in re liquida, zu ziehen ist; da es ad 2) bloß alhier darauf ankomt, ob Herr appellant nicht gröblich excediret, daß er eingestandener massen einen Kirchenstuhl in der Kirche, welcher über Jahr und Tag da gestanden, am heiligen Oster-Feyertage vor dem angefangenen Gottesdienst auf eine scandaleuse und gewaltthätige Art durch die Mitbeklagte wegbrechen lassen? welches kein Vernünftiger leugnen wird, und dahero die fiscalische Klage auf Bestrafung dieses facti gegründet, zumal wenn man nur dasjenige ansiehet, was appellant in actis selbsten einräumet, sich dessen 10
qualificirung zu einer fiscalischen Klage so fort hervorthut, und dabey nicht zu regardiren ist, wenn T. gleich auf eine unerlaubte Weise den Kirchenstuhl gebauet haben solte, wiewol in actis primæ instantiæ die concessio des consistorii dabey befindlich, auch die Zumaurung der Kirchenthür nicht ohne Vorwissen des Superintendenten geschehen, hergegen das prætendirte patronat-Recht der appellant noch lange nicht behäuptet, vielmehr wenn es hoch kommt, appellant nur ein ius compatronatus hat, hergegen Serenissimus solches bishero nicht etwa anno 1716. und 1717, sondern noch nach anno 1730. exerciret, wiewol dieses nur incidenter angeführet; vornemlich aber dabey zu erwegen seyn wird, daß, wenn ihm auch das ius compatronatus zustünde, und T. in Bauung des Kirchenstuhls sich vergangen, ihm doch nicht erlaubet gewesen, nach Jahr und Tag eine gewaltthätige destruction in einer Kirche, darüber ihm keine iurisdiction zustehet, an einem Feyertage, da die Gemeinde sich zum Gottesdienst versammlet, 11
vorzunehmen, sondern wenn T. widerrechtlich gebauet, er billig klagen und sich darüber beschweren sollen; also wohl hiebey zu separiren, (1) was T. in Bauung des Kirchenstuhls mag versehen haben, so er mit ihm priuata actione auszumachen hat: (2) was vor ein strafbar factum Herr appellant und consortes vorgenommen, welches er zwar pro conseruando iure suo et possessione will vorgenommen haben, gleichwol dergleichen violenta destructio nach Jahr und Tag, in welcher T. die possess bereits gehabt, nicht einsten in
loco mere priuato et profano erlaubet ist, 12
quæ demum possidentem excusat, si in continenti fiat,

l. 3. §. 9. D. de vi et armat.

geschweige dann, daß solches in einer Kirche geschehen könne, denen doch alle protestantische ICti sanctitatem externam et inuiolabilitatem contra vim illicitam zuschreiben, 13

ZIEG-

ZIEGLER *ad* LANCELL. *lib. II. tit. 18. §. 12.*
ENGELBRECHT *de ini. asyl. immunit. eccles. ad crim. dolosa extensa, c. II. p. 26.*

auch in sensu iuridico sanctum nichts anders als quod speciali custodia et securitate contra violationem munitum est, also an solchem Orte dergleichen Gewalt auszuüben um desto strafbarer ist, als dadurch in das ho-
14 he ius circa sacra, welches die curam templorum et inspectionem zugleich mit begreifet, violiret, denen Eingepfarrten aller Respect gegen die Kirchen benommen, und denen Catholischen Gelegenheit gegeben wird, die Protestanten zu blamiren, daß sie die Kirchen von andern gemeinen locis profanis nicht distinguirten, sondern Pferdeställe und Kirchen gleich hielten, wie solches ihre Schrifften selb-
15 sten, wiewol per meram calumniam, anzeigen.

SCHMIER *de SS. eccles. P. II. diss. 1. art. 1. n. 1.*

Dahero ad 3) bey solchen Umständen nicht anzusehen gewesen, daß appellant nur über diese beyden exceptiones submittiret, da alles, was der appellat pro excessu grauissimo angegeben, in confesso beruhet, und dabey partes iudicis billig gewesen, den appellantem so fort zu condemniren, hergegen der Anspruch, so er an T. haben mögen, den appellaten nichts angehet, und mit dessen fiscalischer Klage nicht zu vermengen ist, auch noch zur Zeit nichts gegen jenen angeführet ist, was eine fiscalische Klage meritiret, da er auctoritate consistorii den Kirchenstuhl gebauet, ja auch extra ecclesiam in loco mere profano appellanten nicht einsten erlaubet gewesen, id quod illicite
16 factum, sine discrimine zu destruiren, sed demum ex magna et necessaria causa, et quidem intra annum,

Ad L. II. T. VIII.

l. 7. §. 3. D. quod vi aut clam.

dergleichen causa hier absonderlich bey einer Kirche, zu der Zeit, da die heiligen Ostern noch gefeyret worden, und der Gottesdienst bald angehen sollen, gar nicht anzutreffen, sondern dem Herrn appellanten noch allemal erlaubet gewesen, über T. sich deswegen zu beschweren, remedur zu suchen, anbey sein Recht, so ihm als compatrono zustehe, auszuführen, und was pro remouenda sanctitate ecclesiarum angeführet ist, bloß dasjenige extremum, in welches die Catholicken verfallen, betrifft, und billig zur superstition zu rechnen, hergen die sanctitas externa so wenig denen Kir- 17
chen, als denen residentiis principum und andern befreyten Orten zu denegiren, noch darin einige superstition zu suchen, vielmehr zu præcauiren, daß durch dergleichen profane principia der äusserliche cultus diuinus, dabey Ort und Zeit billig in consideration zu ziehen, nicht gäntzlich destruiret werde, allermassen dergleichen Kirchenstühle als ein accessorium fixum ecclesiæ anzusehen, und man 18
alle Gewalt, so man an denenselben ausübet, nothwendig auch gegen den Ort mit ausüben muß. Endlich ad 4) et 5) quod in dubio contra fiscum pronunciandum sit, gantz ungereimt auf dergleichen grobe excessus und Gewaltthätigkeiten appliciret wird, zumal die Sache zur fiscalischen Klage mehr als zu sehr qualificiret ist, und dahero auch die condemnatio in expensas erfolgen müssen.

So sind wir geschehener massen das vorige Urthel zu confirmiren bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE SEPTEMBR. MDCCXLIII.

DECISIO XXVIII.

THEMA.

Cautio pro expensis ab officialibus salarium habentibus frustra exigitur.

SVMMARIA.

Cautio pro reconuentione et expensis etiam in caussis iniuriarum locum habet. n. 1.
An ab ea liberat possessio fundi litigiosi? n. 2. 4.
Exceptio deficientis mandati ex officio suppleuda. n. 3.
A cautione pro expensis liberatur, qui officium publicum cum salario gerit. n. 4.
Quænam expensæ sint retardati processus? n. 5.

Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen des Wittenburgischen Bürgers und Handelsmanns T. jüngster Tochter und cons. appellanten und Beklagten an einem: unsers Hof-sculpteurs L. Klägers und appellaten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden Wir C. L. ꝛc. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Ad L. II. T. VIII. Daß beyderseits aduocati zuförderst durch eine zureichende Vollmacht sich binnen vier Wochen bey 5 Thlr. Strafe zu legitimiren schuldig, übrigens aber in voriger instantz wohl gesprochen, und übel appelliret; dannenhero das decretum a quo vom 5 Nov. 1747. schlechterdings zu confirmiren, die Sache an Richter voriger instantz zu ferner Ausübung zu remittiren, und appellant die Unkosten dieser instantz dem appellaten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol von beyderseits Sachwaltern keine legitimation gefordert ist, die Sätze auch im Nahmen appellanten und appellaten unterschrieben sind, daß keine Vollmacht nöthig seyn möchte; hiernächst appellant sein erstes gravamen darin constituiret, daß die geforderte
1 cautio pro reconuentione et expensis als unerheblich verworfen sey, welche doch von allen und jeden Klägern, so nicht gnugsam angesessen sind, gefordert werden könne, davon auch selbsten nicht einsten causæ iniuriarum ausgenommen sind. Uebrigens obgleich appellat vorgeschützet, daß er mit Haus, Aeckern und Gärten angesessen sey, dennoch bekannt und unleugbar sey, daß er eben dieser immo-
2 bilium wegen in lite verfangen, und noch sehr zweifelhaftig sey, ob er jemals wegen nicht bezahlter Kauffgelder solche behalten werde, wie die bey dieser transmission der Acten mit zur decision überschickte acta zwischen T. und appellaten darlegen; wie dann auch die prouocatio des appellaten, daß er in Hochfürstlicher Besoldung stehe, nicht zureichend sey, ihn von der caution zu befreyen, bevorab da er seine Haushaltung nicht wohl führen solle. So dann pro secundo grauamine von appellanten angeführet worden, daß er so gar in expensas retardati processus condemniret sey, da doch viele species expensarum zu befinden, deren keine hier, am allerwenigsten aber retardati processus, statt finde, da die Sache noch in prima instantia befangen gewesen, und dergleichen caution in remediis interpositis ungebräuchlich sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch keine Sätze von denen Partheyen selbst unterschrieben, sondern derjenige, der solche abgeschrieben, auch unterschrieben, und sonderlich vier appellanten sind, im Nahmen derer keine Vollmacht ad acta befindlich, auch dieselbe ihre Sätze nicht unterschrieben, ja in termino inrotulationis die Sachwalter nomine principalium erschienen, und ohne legitimation inrotuliret, man also leicht ermessen kan, daß sie sich als Bevollmächtigte in hac causa geriret, und doch keine Vollmacht bey denen actis befindlich, auf welchen Punct ex officio, um allen nullitæten beyzeiten vorzubauen, erkant werden muß, quia hæc exceptio est magni præiudicii et nullitatem parit, adeoque tempore quouis attendenda et ex officio supplenda.

l. 24. C. de procur.

GAIL. *lib. 1. obs. 47. n. 2.*

FABER *in C. lib. VIII. tit. 23. def. 40.*

Hiernächst quoad ipsam causam die exceptio cautionis pro reconuentione et expensis, welche nur von Ausländern und Unangesessenen gefordert werden mag, hier recht friuole und ohne einzigen Grund gefordert worden, da appellanten gestehen, daß appellat mit Haus, Garten und Acker angesessen sey; und obwol 3
von dem Bürger und Handelsmann T. Streit darüber erreget ist, und solche immobilia actione personali in Streit gezogen sind, dennoch gnug ist, daß mit appellanten er darüber in keinem Proceß stehet, 500 Thlr. bereits darauf bezahlet, und gewiß nicht suspectus de fuga ist,

l. 15. §. 6. D. qui satisd. cog.

er dahero in Ansehen derer appellanten noch zur Zeit gnugsam angesessen ist, nicht zu gedencken, daß er ein salarirter Hochfürstl. Be- 4
dienter ist, in würcklicher Besoldung stehet, und alles Verdachts, daß er durchgehen solte, frey ist, quia tales pro possessoribus immobilium habentur,

GRIEBNER *in princ. proc. iudic. lib. I. c. 2. sect. 9. §. 4. in not. lit. e.*

man dahero leicht erkennen kan, daß diese exception bloß zum Aufenthalt der Sache opponiret worden, da appellant wenigstens nach Anweisung der Rechte euentualiter litem contestiren sollen und müssen, und doch solches unterlassen, dieserwegen auch nichts antreffen, so ihn a refusione expensarum primæ instantiæ befreyen könne, und die critique, daß diese Unkosten retardati processus in decreto genant, so wenig Achtung meritiret, daß vielmehr ein temerarius litigator et qui frustraneas exceptiones opponit, vor 5
einen solchen billig zu halten, der den Proceß bloß hin zu halten suchet, deswegen er auch in die Unkosten dieser instantz condemniret werden müssen, weil er keinen Grund zur appellation gehabt.

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXLVIII.

DECI-

DECISIO XXIX.

Ad L. II. T. VIII.

THEMA.

An in processu cambiali exceptio guarandæ et cautionis pro reconuentione ac expensis locum habeat?

SVMMARIA.

Exceptio guarandæ in Saxonia electorali, non ducali, abolita. n. 1.

Si reconuentio valde probabilis, ea propter cautio recte exigitur. n. 2.

Iniuria est si quis non debitorem quasi debitorem appellauit. n. 3.

Guaranda in processu cambiali haud præstatur. n. 4.

Cautiæ cambiales sunt paratissimæ executionis. n. 5.

Exceptio cautionis in cambialibus locum non habet. n. 6.

Reconuentio, quæ a conuentione pendet, simultaneum processum non admittit. n. 7.

Qui dissiteri recusat, tacite videtur recognoscere. n. 8.

Iniuria non est, quoties quid iure permisso peragitur. n. 9.

Als dieselbe uns interponirte Leuterung in Sachen des Herrn pastoris zu O. I. D. W. K. imploranten an einem: des consistorial-secretarii zu H. N., imploraten am andern Theil, in dem zurückkommenden fasciculo actorum ꝛc.

Daß die interponirte Leuterung vor admissibel nicht zu achten.

Rationes dubitandi.

Obwol implorat gegen das decret vom 11 Decembr. 1747. dahero Beschwerde geführet und Leuterung interponiret, daß seine opponirte exceptiones dilatoriæ gantz hindangesetzet und verworfen worden, die er doch gegründet zu seyn vermeinet; angesehen die exceptio nondum præstitæ guarandæ in der dasigen Gerichtsordnung art. 13. gegründet, ex iure Saxonico beybehalten, und nirgends abgeschaffet sey, ohngeachtet solche in Saxonia electorali erst nouiter aboliret sey, als welches kein ius commune Saxonicum ausgemachet, worin solche hauptsächlich gegründet. Hiernächst es ebenfals diese Beschaffenheit mit der exceptione cautionis pro reconuentione expensisque habe, als welche in allen Rechten, im Fall, daß ein Kläger sub iudicio, wo er klaget, nicht angesessen, gegründet, ja ebenfals in art. 12. der Gerichts-Ordnung bestätiget, hier aber zu opponiren um desto nöthiger gewesen sey, als implorat bereits n. act. 4. angezeiget, daß er durch Anstellung dieser Klage sehr beschimpffet, diese iniurie so fort ad animum reuociret, und auf 500 Thlr. seine Wiederklage, auch simultaneo processu, so bald denen exceptionibus dilatoriis abgeholffen seyn werde, auszuführen gesonnen sey, bevorab da er bereits euentualiter exceptiones peremtorias solutionis, remissionis et retentionis opponiret, wodurch er behaupten wolle, daß seine causa reconuentionis gantz euident, wenigstens probabel, darneben aus denen Rechten bekannt sey, quod si quis non debitorem quasi debitorem appellauerit, iniuriæ faciendæ causa, iniuriarum teneatur. 3

l. 15. §. 33. l. 20. D. de iniur.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch man alhier in keinem processu ordinario, sondern plus quam executiuo oder cambiali verfiret, Kläger auf ein mandatum de soluendo pœnale geklaget, und 4
dahero der Richter so fort terminum zur recognition oder eydlichen dissession des Wechselbriefes anberahmet, bey dergleichen Processen aber die exceptio guarandæ bekannter massen cessiret,

CARPZ. *in proc. tit. 9. art. 4. n. 43.*

und es also hiebey nicht darauf, was hierüber in Chur-Sachsen nouiter constituiret worden, sondern was iuris communis Saxonici sey, woraus diese exceptio geflossen, ankommet, welche in dergleichen Processen billig hindan gesetzet, und dahero auch nach denen Reichsgesetzen nichts darin als paratissima executio 5
übrig ist.

R. I. de a. 1054. §. 107.

Und so viel die exceptionem cautionis betrifft, solche ebenfals in Wechselsachen aus itzo angeführter Ursache gäntzlich billig verworffen 6
wird,

LVDOVICI *in proc. ciu. c. III. §. 15.*

dabey auch eines theils des imploraten Absicht, die reconuention ratione prætensæ iniuriæ, wann denen exceptionibus dilatoriis abgeholffen 7

Ad L. II. T. VIII. holffen seyn wird, so gar simultaneo processu mit einzuführen, widerrechtlich ist:
l. 20. C. de iniur.
andern theils sich implorat bereits erkläret, daß er den Wechsel eydlich zu diffitiren nicht gemeinet sey, also denselben ipso facto bereits 8 recognosciret, und dabey agnoscivet, daß implorat fundatam intentionem agendi habe, und also weder refusio expensarum noch actio iniuriarum zu befürchten, cum iniuriæ faciendæ causa non fiat, quod iure permisso peragitur. Also hieraus so viel allenthalben zu ersehen, daß die interponirte Leuterung bloß zu Verschleufung der Sache angesehen, und dahero nicht admissibel sey. 9

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVL. MDCCXLVIII.

DECISIO XXX.

THEMA.

Cautio pro reconuentione ad iudicati solutionem non extenditur.

SVMMARIA.

Mentio heredum indefinita in mandato sufficit. n. 1. 7.
Testimonium fratris non stringit. n. 2.
Immobilia tantum liberant a cautione. n. 3.
Cautio pro reconuentione præcise quantitati reconuentionis non respondere debet. n. 4. 10.
Præscriptio nonagenaria in amittenda hereditate fundata non est. n. 5. 11.
Editio documentorum a possessore petitur. n. 6.
Testimonium fratris sigillo iudiciali munitum efficax est. n. 8.
Consanguinei habent mandatum præsumtum. n. 9.
Ad editionem documentorum sufficit præsumtio aduersarium illa possidere. n. 12.

Als die Herren uns interponirte Leuterung und erfolgtes Verfahren in Sachen Anwalden und actorn des Hofraths und Amtmanns D. I. C. H. und dessen Ehefrauen D. M. B. imploraten an einem, und curatorn und actorn des Rath und Amtmanns R. zu F. Ehefrauen A. L. gebohrner S. implorantinne am andern Theil, in denen zurückkommenden vol. ꝛc.

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem f. act. 41. befindlichen den 30 Oct. 1743. eröffneten Urthel billig verbleibet, imploraten auch der implorantinne die Unkosten des verzögerten processus nach deren liquidation und erfolgter Mäßigung zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol imploraten 1) bey der implorantinne actorischen Vollmacht, in welcher der
1 Erben und Erbnehmen indefinite gedacht ist, erinnert, daß solcher Ausdruck undeutlich, und dabey eine Erklärung, was vor Erben gemeinet? nöthig, mithin solche so wenig, als 2) das
2 f. 4. gerichtliche curatorium, richtig sey, als welches ein testimonium fratris in causa fratris sey, so doch den Rechten nach verwerflich, und mit der blossen præsumtion es nicht ausgemachet, darneben auch 3) die cautio so wenig ratione cauentis als quantitatis anzuneh- 3
men, nachdem jener seine Angesessenheit nicht dargethan, ohne welche solche nicht anzunehmen,
l. 2. qui satisd. cog.
diese aber nur f. 13. auf 30 fl. bestimmet, welche um deswillen nicht zureichen könne, weil der implorantinne wol etliche 100 Thlr. per errorem indebite gezahlet worden seyn sollen, und dahero die causa reconuentionis alhier 4
nicht ermangele, auch in exitu es sich befinden würde, daß es endlich auf eine blosse vexam, so die Erstattung der Unkosten nach sich ziehen würde, hinaus lausse. Absonderlich aber 4) in continenti klar sey, daß die ganze Erbforderung, weswegen dieses præparatorium iudicium angestellet, vorlängst præscribiret und über 50 Jahr alt sey, und der Behelff, daß die hereditatis petitio der Kin- 5
der binnen 90 Jahren erst præscribiret werde, pro intolerabili errore zu achten, welcher heute zu Tage niemand mehr folgen könne,

STRYK. *in vs. mod. ad tit. de acquir. vel omitt. hered.*

LVDOVICI *de nonagenar. præscript. per tot.*

si autem euidens est exceptio, quæ causam principalem elidit, absoluendus est reus in iudicio præparatorio,
l. 3. §. 13. D. ad exhib.
bevorab da 5) noch unerwiesen, daß implo- 6
rate

rate die eſſenda documenta in Händen habe, die imploranten entweder ſelbe beſitzen, oder auf dem Rathhauſe ſuchen können.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) bey der Vollmacht eine unnöthige critique gemachet iſt, und niemand vernünftig zweifeln wird, daß die clauſula auf Erben und Erbnehmen in einer Vollmacht von niemand anders, als von des mandantis Erben verſtanden werden könne, und dergleichen Tendeleyen billig verwerflich.

l. 19. D. ad exhib.

Wie denn auch ad 2) bey dem teſtimonio curatorii k. 4. kein Anſtoß daraus zu machen, daß es ein teſtimonium fratris in cauſa fratris ſey, da es vielmehr ein atteſtatum iudiciale iſt, wobey die qualitas fratris ceſſiret, und die autoritas ſigilli authentici alles dubium vollkommen hebet. Hiernächſt ad 3) der cavent wegen 30 fl. wol nicht verwerflich ſeyn kan, da er in officio daſelbſten ſtehet, auch ſonſten vor ſo nahe Blutsfreunde man keinen Zweifel wegen der idoneität der Bürgen zu machen hat,

l. 2. 3. D. qui ſatisd. cog.

das quantum aber a iudice loci ſelbſten ſo fort beſtimmet, auch nach Befinden beſtimmet werden kan, nirgends aber erfordert wird, daß die cautio, die ohnedem mehrentheils vexæ cauſa gefordert wird, ſo hoch, als etwa der Beklagte ſeine künftige Gegenforderung angiebet, beſtellet werden müſſe, zumal dazu noch kein Grund angezeiget, und vorkommenden Umſtänden nach nicht zu vermuthen, daß imploranten was ſolten herausgeben müſſen, neque enim hæc cautio ad iudicati ſolutionem extenditur, *Ad L. II. T. VIII.*

MENCKE *de proc. iur. comm. diſſ. VII. §. 7.*

welches doch imploratinne in ihren Einwürffen zu behaupten ſcheinet. Uebrigens ad 5) die exceptio præſcriptionis noch zu frühzeitig opponiret iſt, als welche zur Hauptſache gehöret, und in hoc iudicio præparatorio nicht zu attendiren, da ſie zumal nicht ſo euident iſt, als imploratinne meinet, und ſich künftig wegen der bona fide und andern Umſtänden, ſo bey dieſer exception zu regardiren ſind, noch vieles finden möchte, daß vorietzo noch nicht darauf zu reflectiren, obwol die imploratinne darin recht hat, daß eine dreyßigjährige præſcriptio ſtatt finde, welches aber hier nur bloß obiter und zum Ueberfluß angeführet wird, ſonſten eigentlich hieher nicht gehöret. Endlich daß imploratinne die documenta in Händen haben müſſe, wol ohnſtreitig iſt, allenfals ſo viel, als zum ſummariſchen Beybringen erfordert wird, ſattſam, abſonderlich aber fol. 90 dargethan.

So ſind wir geſchehener maſſen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBR. MDCCXLIV.

DECISIO XXXI.

THEMA.

Cautio pro reconuentione et expenſis etiam in rebus nauticis locum habet.

SVMMARIA.

Cauſſæ nauticæ ſunt ſummariæ. n. 1.

Dominus nauis ex contractu magiſtri nauis tenetur. n. 2.

Cautio pro expenſis etiam in ſummariis locum habet, n. 3.

Præſertim Hamburgi, ſi actor immobilia non poſſidet. n. 4.

Cautio pro expenſis ad certam quantitatem admittitur. n. 5.

Als dieſelbe uns geſuchte reuiſion in Sachen I. E. H. und conſ. Beklagten, modo impetranten, an einem: D. W. und conſ. Klägern, modo impetraten, am andern Theil, in dem zurück kommenden vol. act.

Numehro aus denen Acten ſo viel zu befinden, daß zuförderſt Klägere die geforderte caution pro expenſis et lite proſequenda auf 20 Thlr. hoch zu beſtellen ſchuldig, worauf alsdann, und wenn ſolches geſchehen, Beklagte ſich auf die Klage hauptſächlich einzulaſſen ſchuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol die ietzige Sache offenbar eine cauſa nautica iſt, welche ihrer Natur nach ſummariſch, und dahero keinen dilatoriis exceptionibus maxime fruſtratoriis unterworffen, *clem. ſæpe de V. S.*

Ad L. II. T. VIII. wie dann Klägere Anwald dagegen angezeiget, daß die exceptio cautionis bloß zum Aufenthalt dieser Sache abziele, welche doch höchst priuilegiret sey, und darneben causam mercedis betreffe, die keinen Aufschub leide, deswegen mit Abschneidung dieser exception so fort auf die Einlassung in prima instantia erkant, solches Erkäntniß auch in secunda appellationis instantia bestätiget worden, bevorab da
2 Beklagte als die Rhedere vor ihres Schiffers facta stehen, und ex eorum contractu bekanter massen belanget werden können; deswegen auch die Beklagte in ihrer reuisions-Schrifft eintzig und allein den cautions-Punct vrgiret, welcher aber schwer zu bestellen seyn möchte, da die Klägere als Schiffsleute nicht gegenwärtig, sondern ohne Zweifel auf der Reise seyn werden, gleichwol ihnen sub hoc, aus Mangel der caution, die Justitz nicht versaget werden kan.

Rationes decidendi.

3 Weil aber dennoch die exceptio cautionis securitatem iudicii et futuri iudicati maxime ratione expensarum betrifft, welche in keinen summarischen Processen so wenig abgeschnitten, als ad frustratorias exceptiones dilatorias keinesweges zu referiren, gestalt dann dieserwegen in statutis Hamburg.
P. I. tit. 25. art. 1.
ohne allen Unterscheid disponiret und versehen 4
ist, daß ein jeder Kläger, der in dasiger Stadt oder derselben iurisdiction nicht besessen, oder keinen Erbzinß hat, auf Beklagter Begehren gebührende caution bestellen solle, und da nun ohnstreitig, daß Klägere daselbsten nicht angesessen, und sie auch keine Ausnahme davon befreyet, sie auch billig solche bestellen müssen, zu deren Erleichterung man ein gewisses und leidliches quantum bestimmen wollen, damit deren Anwald, ohngeachtet sie auf der Reise 5
seyn mögen, um desto leichter dazu Anstalt machen und diese Sache befördern möge, welche doch nicht ausser allem Zweifel ist, bevorab da Beklagte bereits der Klägere übele conduite ausserhalb Landes einiger massen bescheiniget, und dadurch kein geringes decourt an ihrer Forderung erfolgen möchte, absonderlich aber Beklagte angeführet, daß das Schiff verunglücket, und Beklagte also zugleich ihre gage und Heuer eingebüsset, so sich nachgehends post litis contestationem bey der zu führenden Bescheinigung und Gegenbescheinigung finden wird.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IANVAR. MDCCXLVIII.

Tit. XI. Si quis cautionibus in iudicio sistendi caussa factis non obtemperauerit.

Ad L. II. T. XI.

DECISIO XXXII.

THEMATA.

I. Contumax non nisi refusis expensis in proximo termino admittitur.

II. *Iura pauperum non excusant ab expensis retardati processus.*

III. *Arbitrarie coercetur, qui expensas soluere nequit.*

IV. *Subscriptionem recognoscere et contenta nemo regulariter diffiteri potest.*

SVMMARIA.

Plane non, et non legitime recognoscere sunt paria. n. 1.
Consueta agere a culpæ præsumtione liberat. n. 2.
Sententia ex erroneo supposito lata nulla est. n. 3.
Recognitio iniuncta tacite facultatem iurato diffitendi continet. n. 4.
Iniuriam non admittit aduocatus, quoties probrosa cordate allegat. n. 5.
Cum contumace ante refusionem expensarum alter se non committere tenetur. n. 6.
Ius pauperum das Armenrecht *ab expensis contumacia caussatis non liberat.* n. 7.
Expensas quoties contumax soluere nequit, pro arbitrio iudicis puniendus. n. 8.

Aduo-

Aduocati factum intra triduum non reuocatum clienti nocet. n. 9.
Recognitio documenti in ea qualitate fit, quæ tempore editionis apparet. n. 10.

Als die Herren uns interponirte appellation und erfolgte iustification, auch geschehene submission ad acta prioris instantiæ in Sachen M. M. G. aus G. appellantinne an einem, und C. B. E. appellatinne, am andern Theil zugeschicket ꝛc.

Daß die appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an die Herren erwachsen; der materialien halber aber erscheinet aus denen actis so viel, daß, was die recognition betrifft, wohl gesprochen, übel appelliret, und die sententia a qua in so weit zu confirmiren, nicht weniger appellantinne mit der offerirten eydlichen dissession gestalten Sachen und Umständen nach abzuweisen sey; in Ansehen der Unkosten aber ist wohl appelliret, und dahero die sententia a qua dahin zu reformiren, daß der appellantinne aduocatus die zuerkanten Unkosten nur gestalten Sachen auf die Helffte zu erstatten, die andere Helffte aber die appellantinne zu tragen schuldig, oder da sie solche nicht bezahlen kan, mit acht Tage Gefängniß dieserwegen anzusehen, auch ihrem aduocato die ungebührliche Schreibart zu verweisen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol der appellantinne aduocat loco grauaminum vorgestellet, daß 1) der iudex primæ instantiæ durch den vol. III. fol. 92. befindlichen Bescheid selbst den Proceß aufgehalten, da er auf bessere recognition erkennet, gleichwol conuenabler gewesen seyn würde, wenn er herdurch gegriffen, und das documentum sub B. welches er in termino nicht vorgeschriebener massen recognosciret, pro recognito gehalten hätte, cum pariasint, non recognoscere et non debito modo recognoscere; hiernächst 2) es was unerhörtes sey, daß der iudex ihn an statt seiner clientinne in die Unkosten condemniren wollen, dieweil sie Unvermögens halber solche nicht bezahlen könne, und er solche eigentlich verursachet, da er doch bey unterlassener recognition das Beste seiner clientinne gesuchet, nach seinen Pflichten gehandelt, und dasjenige gethan, was in dergleichen Fällen die aduocati zu thun pflegen und quotidie thun, consueta autem extra culpam sunt, et ab huius præsumtione et periculo liberant.

MEV. *P. IV. dec. 23. n. 6.*

Wie denn auch die Absicht des vol. III. f. 87. befindlichen rescripti dahin nicht zu ziehen, welchem noch 3) beygefüget ist, daß das vol. III. act. pr. inst. fol. 46. befindliche Urtheil und der darauf fol. 92. erfolgte Bescheid in aperto errore sich gründe, und ex vol. II. f. 252. klar sey, daß Beklagte das docum. sub B. als einen dem Hochgräfl. Amte zur confirmation vorgetragenen Kauffbrief induciret, und dessen edition gesuchet, so auch zwar erfolget, aber in der qualität nicht ediret ist, als es induciret werden sollen, da solches nichts weniger als ein gerichtlich confirmirter Kauffbrieff sey, und dahero auf dessen recognition sub pœna recogniti nicht erkant werden mögen, vielmehr die vorgedachte Urthele, quod ex erroneo et falso supposito latæ, als null und nichtig anzusehen,

arg. l. 19. in f. de inoff. testam. ibi: falsa opinione motus.
c. 18. X. de sent. et re iudic.
c. 6. X. de frig. et malef.

auch 4) Beklagte sie numehro an der production versäumet, und die causirten Unkosten erstatten müsse; allenfals aber 5) wenn es bey dem vol. III. f. 92. befindlichen Bescheide verbleiben solte, der Klägerin solches mehr Vortheil als Schaden bringen könte, da noch res integra, und die recognitio noch nicht geschehen, sie dahero im Stande und resoluiret sey, solches documentum sub B. eydlich zu diffitiren, cum sententia de recognoscendo lata virtualiter in se contineat potestatem illud iurato diffitendi,

MEV. *P. IV. dec. 147.*
BRVNNEM. *ad l. 15. n. 8. de reb. autor. iud. possid.*

dazu die Klägerin nicht geringe Ursache zu haben vermeinet, weil sie zur Zeit des angebl. Kauffs unreimisch gewesen seyn will; endlich 6) der Klägerin und appellantinne aduocato eine empfindliche Schreibart zwar imputiret werden wollen, indem er gegen den iudicem a quo auf das nosce te ipsum provociret, welches er doch nicht in sensu vulgari, da es so viel heißt: ziehe dich selbst bey der Nase, sondern in sensu vero latino genommen, und den iudicem a quo erinnern wollen, daß er selber durch seinen Bescheid Verzögerung verursachet, dessen er ihm zeihen wollen, auch sonsten der Sachen Nothdurfft erfordert, solches cordate anzuzeigen, in quo aduocatus conuitium nullum facit.

l. 6. C. de postul.

Subscriptionem recognoscere et contenta diffiteri regulariter non licet. n. 11. *Ad L. II. T. XI.*
Verba iniuriosa aduocatorum merito puniendæ. n. 12.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) zwar es an dem ist, daß der Klägerin aduocatus vol. III. f. 65. durch die daselbst befindliche registratur, ante

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. II. T. XI.

terminum et productionem documenti sub B. die recognitionem verrichten wollen, und taliter qualiter gethan, gleichwol solches aus keiner andern Ursache unternommen, als damit er die Verfassung der dasigen Proceß-Ordnung eludiren und verhindern möchte, daß ihm die exceptio refundendarum prius expensarum nicht opponiret würde, in welche 6 die Klägerin doch fol. 47. vol. III. act. prinst. condemniret worden, und so wol dem gemeinen Rechte als der Schwartzburgischen Proceß-Ordnung gemäß ist, daß der andere Theil sich mit einem solchen contumace nicht eher einlassen solle, bis er die zuerkanten Unkosten restituiret,

l. 15. C. de iudic.

Schwartzburg. **Proc. Ordn.** *P. III. tit. 5. §. 1.*

wie dann ante terminum die Beklagte vol. III. f. 60. dagegen Vorstellung gethan, und die expensas liquidiret, ja in ipso termino f. 66.b ibid. abermal die nöthige Erinnerung gegen die illegale recognition so wol, als wegen Bezahlung der expensen gethan, so daß wenn Beklagtinne in ipso termino der Klägerin contumaciam accusiret hätte, das documentum sub B. pro recognito gehalten werden müssen, da aber solches wegen der beyderseits interponirten appellation unterlassen, inzwischen aber solche appellationes verworfen, und per rescriptum dem iudici primæ instantiæ anbefohlen worden, zu decretiren, nicht anders, als geschehen, erkant werden mögen, und dem iudici primæ instantiæ dabey zur Ungebühr einige Verzögerung durch diese 7 Erkäntniß beygemessen worden, hiernächst ad 2) Klägerin zwar das Armenrecht erhalten, aber deswegen von denen contumacial-Unkosten nicht frey ist, da solche eine pœna temere litigantium vel lites protrahentium ist, und 8 dabey verordnet worden, quod si contumax soluendo non fuerit, alias secundum arbitrium discreti iudicis puniri debeat,

c. 5. X. de dol. et contum.

worauf auch in rescripto vol. III. f 87. reflectiret, und der iudex primæ instantiæ dahin angewiesen ist, im fall die appellantinne die ihr zuerkannte Unkosten zu erstatten Armuths halber nicht im Stande seyn solte, darauf, wie sie und deren aduocatus dieserwegen anzusehen, reflexion mit zu nehmen, so daß so wenig deren aduocatus, als welcher wohl wissen können und müssen, daß durch dergleichen unzureichende exceptiones die recognition nicht decliniret werden könne, und jene durch diese niemanden benommen werde, als die Klägerin nach dem gedachten rescripto leer ausgehen könne, da gegen beyde die Ahndung reserviret ist, und auch die Klägerin vor ihres ad- 9 vocati factum mit stehen muß, cum etiam error aduocati præiudicet clienti, nisi intra triduum reuocatus fuerit;

t. t. C. de err. aduoc.

übrigens ad 3) et 4) rechtskräfftig auf die recognition einmal erkant worden, und dabey der neue Einfall, daß das documentum in der qualität nicht ediret, als es induciret, und vor einen dem Hochfürstl. Amte zur confirmation vorgetragenen Kauffbrief ausgegeben werden wollen, da es doch nicht confirmiret sey, keine Hinderung geben, noch daraus geschlossen werden kan, daß die darüber gefällete Urthele in aperto errore versiren, und also null seyn, zumal eines theils es wol geschehen seyn kan, daß der Kauffbrief dem Amte zur confirmation vorgetragen, aber deswegen noch nicht confirmiret worden: andern theils ante editionem Beklagtinne solches nicht eben wissen können, und da vol. III. f. 11. die editio geschehen, solche originalia vol. III. f. 16. inde- 10 finite, und das documentum sub B. nicht in der angezeigeten qualität damals produciret worden, dieserwegen der Klägerin obgelegen, dieses documentum in der qualität, wie sie es bey der production befunden, zu recognosciren, und obwol ad 5) numehro die Klägerin das documentum sub B. eydlich zu diffitiren gedencket, dennoch sie bereits vol. III. f. 19. angeführet, daß sie solches weder unterschrieben noch unterschreiben lassen, und daher die Umstände es geben, daß sie ihres curatoris und andere Unterschrifften zwar recognosciren, cum etiam manus aliena recognoscenda sit, aber die contenta eydlich diffitiren wolle, weil sie damals will unreimisch gewe- 11 sen seyn, welches regulariter nicht zuzulassen,

CARPZ. *in proc. tit. 14. art. 2. n. 6.*

ihr aber dennoch, facta recognitione, alle exceptiones künfftig auszuführen bevorbleiben, so daß alles dahin angesehen ist, die Sache ohne Noth in Weitläufftigkeit zu ziehen, welche billig abzuschneiden; endlich ad 6) die ungebührliche Schreibart der Klägerin aduocati billig einen Verweiß meritiret, und man dessen Absichten, aller excusen ohngeachtet, aus denen delirten Worten noch deutlicher abnehmen kan, als welche so deliret sind, daß sie jedermann noch lesen kan, und ein jeder daraus ohne vieles Nachdencken erkennen muß, 12 daß der aduocatus der Klägerin dem iudici primæ instantiæ anzüglicher Weise illegalitäten und Verzögerung aus dem letzten Bescheide beymessen wollen, so weder der angeführte textus erlaubet, noch officium iudicis erdulden kan.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IAN. MDCCXL.

DECI-

DECISIO XXXIII.

Ad L. II. T. XI.

THEMA.

Contumax in pœnam mandato adiectam non condemnatur, antequam de cauſſis excuſationum cognitum fuerit.

Vid. T. IV. Dec. XCVI. them. 2.

DECISIO XXXIV.

THEMA.

Lis pro circumducta non habetur, ſi alteruter litigantium in termino publicandæ ſententiæ emanet.

Vid. Dec. DCLXXIX. them. 2.

DECISIO XXXV.

THEMA.

Ob contumaciam quis non facile cauſſa cadit.

SVMMARIA.

Status controverſiæ mouetur. n. 1.
Sæpius repetita contumacia actoris rei plenariam abſolutionem operatur. n. 2.
Iurare de calumnia nolens cauſſa cadit. n. 3. 8.
Iuramentum procuratorem non admittit. n. 4.
Iuſta abſentia a contumacia excuſat. n. 5.
Contumax in dubio audiendus. n. 6.
Amiſſio cauſſæ non facile ob contumaciam decernitur. n. 7.
Probatio interuenientis non eſt deſerta, ſi temeſtiue adhæret probationi actoris. n. 9.

Als die Herren uns übergebene Ungehorſams-Beſchuldigung und erfolgte Geſetze in Sachen derer Geſchwiſtere E. und G. Erben Klägern und interuenienten an einem, und des Raths und aduocati principis P. Ehefrauen, C. W. P. Beklagten am andern Theil, zugeſchicket ꝛc.

Daß geſtalten Sachen und Umſtänden nach die von der Beklagten geſchehene Ungehorſams-Beſchuldigung und die ſich darauf n. act. 83. et 84. gründende decretmäßige Einwendung nicht ſtatt finde, jedoch ſind Klägere und interuenienten die durch ihre moram verurſachte Unkoſten bis ad n. 80. und 81. nach deren vorgehender liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung denen Beklagten zu erſtatten ſchuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem in ſententia n. act. 60. Klägern und interuenienten den Vorſtand der Wiederklage und Unkoſten halber, beſſer als geſchehen, zu beſtellen, nicht weniger das iuramentum calumniæ generale ſo wol als euentualiter das iuramentum editionis abzuſtatten, interuenienten aber in ſpecie der Beweis auferleget worden, ſo iſt ihnen n. act. 63. zur völligen Gnugthuung des iudicati eine peremtoriſche Friſt von vier Wochen angeſetzet, denen G. interuenirenden Erben aber in dicta ſententia den Beweis in Ordnungsfriſt zu führen zuerkant worden. Nachdem aber ſo wenig eins als das andere binnen gehöriger Friſt geſchehen, iſt die Ungehorſams-Beſchuldigung darauf erfolget; und obwol endlich die Klägere und interuenienten dem iudicato ein Gnügen zu thun, n. 80. et 81. ſich erkläret, und terminus euentualiter dazu anberahmet geweſen, dennoch Beklagtinne die n. act. 83. et 84. befindliche decretmäßige Einwendung dagegen gemachet, und darüber verfahren worden. Ob nun wol Beklagtinne angeführet, 1) daß n. act. 63. denen Klägern und interuenienten binnen vier Wochen peremtoriſcher Friſt in unterſchie- 2

Ad L. II. T. XI. denen Puncten dem iudicato ein Gnügen zu thun auferleget worden, sie dennoch binnen derselben Frist demselben keinesweges nachgekommen, daß Beklagte deswegen ihren Ungehorsam zu accusiren genöthiget gewesen, und als eine anderweitige præiudicial-Frist darauf ad petitam dilationem erkant worden, solche abermal fruchtloß abgelaufen, ja nicht einsten ad tertiam petitam dilationem eine satisfactio sententiæ erfolget; dahero Beklagte abermal das ihm daraus acquirirte Recht acceptiret, und 2) völlige absolution von der Klage gebeten, welches Suchen um desto mehr statt finden möchte, als die pœna iurare recusantium vel negligentium auch so gar bey dem iuramento calumniæ generali darin bestehet,

3 daß die Klägere mit ihrem Suchen völlig abgewiesen werden müssen,

l. 2. §. 6. C. de iureiur. propt. calumn.

bevorab da 3) Klägere nicht einsten bey ihrer oblatione satisfactionis ihre gröste moram iustificiret, sie auch 4) endlich per procuratorem die Eyde abzulegen zwar sich offeriret,

4 dennoch sie, die Beklagtinne, darin nicht gewilliget haben würde, wenn sie sich gleich tempestiue offeriret, als welches vielmehr in Persön abzulegen, und so viel 5) ins besondere die interuenienten betrifft, die Beklagtinne denenselben ins besondere opponiret, daß sie von denen E. Erben in sententia genau unterschieden und separiret worden, und wegen jener eine Abhörung der Zeugen, wegen dieser aber, daß sie den Grund der Klage beweisen solten, erkant sey, welchen Beweis, so sie binnen Ordnungsfrist führen sollen, sie nicht geführet, und sie dahero sich offenbar versäumet.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) die Klägere und interuenienten nicht in loco gegenwärtig, sondern ihr domicilium theils zu Marpurg, theils zu Eschwege und Eisenach haben, und

5 es dahero geschehen, daß sie dem iudicato intra terminum præfixum nicht so genau nachkommen, die gehörige Vollmacht übersenden, und ihre Bevollmächtigte völlig instruiren können, die Rechte aber contra contumaciam legitima impedimenta arbitrio iudicis æstimanda zulassen, dergestalt, daß so viel als möglich contra contumaciam gesprochen werden muß, cum præstet, adhuc audire con-

6 tumacem, quam inauditum condemnare.

MEV. *P. VIII. decis. 438.*

Dahero auch, ohngeachtet die peremtorische Frist abgelaufen gewesen, und n. 71. dilation gesuchet worden, solche aus angeführten Ursachen concediret ist, und als abermals nach Ablauff dieser Frist eine neue dilation n. 76. gesuchet worden, solche abermal auf vier Wochen unterm 12 Novembr. 1737. erkant, und nach abermaliger den 6 Decembr. 1737. und also zu früh geschehener accusatione contumaciæ, unterm 13 Decembr. 1737. eine vierzehntage Frist ihnen gesetzet, und dadurch von der Königl. Cantzley agnosciret worden, daß man bey solchen bewandten Umständen nicht so schlechterdings nach dem rigore iuris hierin verfahren könne, bevorab da es hart seyn würde, den Verlust der gantzen Sache wegen 7
nicht zur rechten Zeit geschehenen satisfaction zu erkennen, dazu doch endlich n. act. 80. et 81. die Klägere sich bequemet, und deswegen die Erklärung gethan, wiewol sie dieserwegen der Beklagtinne unnöthige Unkosten verursachet, und solche bis dahin billig erlegen müssen, dabey denn ad 2) die pœna iurare nolentium zwar ihre Nichtigkeit hat, Klägere gleichwol darunter nicht gerechnet werden mögen, nachdem sie so wol das iuramentum calumniæ als 8
editionis abzulegen bereit sind, alsdann aber der Kläger zu repelliren ist, si noluerit sacramentum calumniæ subire, et hoc legitime approbatum fuerit,

l. 2. §. 6. C. de iurei. propter calumn.

so sich hier nicht appliciren lässet, es auch ad 3) schon zureichend ist, daß sie ex post facto ihre moram purgiret, und so viel ad 4) die Ablegung des iuramenti per procuratorem betrifft, der Beklagtinne frey bleibet, dieserwegen künftig ihre Nothdurfft vorzutragen, darüber doch Klägere und interuenienten billig gehöret werden müssen. Endlich ad 5) bey denen interuenienten noch weniger eine desertio termini probatorii statt findet, als sich dieselbe gleich im Anfange in ihrer interuentions-Schrifft sub N. 37. auf den von denen E. Er- 9
ben angetretenen Beweis bezogen, und demselben adhæriret, bey welchem zu bleiben ihnen unbenommen gewesen, ohngeachtet ihnen in sententia hernacher der Beweis auferleget ist, als wodurch ihnen nicht præcise die Auflage geschehen, daß sie noch einen andern besondern Beweis führen sollen, da sie mit denen Klägern einerley fundamenta agendi haben, und also bey dem von ihnen angetretenen Beweis lediglich acquiesciren könne.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ,
MENSE FEBR. MDCCXXXIX.

DECI-

DECISIO XXXVI.

Ad L. U. T. XI.

THEMA.

Contumax in dubio contra præclusionem audiendus.

SVMMARIA.

Status controuersiæ formatur. n. 1.

Restitutio contra terminum præclusiuum negligentibus non prodest. n. 2.

Absentia mandatarii in concedenda restitutione non prorsus negligenda. n. 3.

Qui dilationem petit, pro contumace haberi nequit. n. 4.

Creditor, qui primus subhastationem impetravit, ob neglectam liquidationem in termino præclusiuo merito restituendus. n. 5.

Contumax in dubio audiendus. n. 6.

Auf interponirte appellation und geschehene submission in Sachen A. du C. appellanten an einem, und der T. creditoren, in actis benant, appellaten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden Wir F. W. K. in P. ꝛc. nach vorgehabtem Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß die appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an uns erwachsen; der materialien halber aber erscheinet aus denen Acten so viel, daß wohl appelliret, und die sententia a qua dahin zu reformiren sey, daß gestalten Sachen und Umständen nach appellant gegen die præclusion in integrum zu restituiren, und mit seiner liquidation in einem anderweitigen termino noch zu hören, jedennoch die Unkosten dieser instantz zu restituiren schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

1 Als appellant das T. Haus sub hasta erstanden und sich adiudiciren lassen müssen, hat er dessen creditores ad liquidandum zu mehrerer Sicherheit citiren lassen, aber selbsten den terminum liquidationis versäumet, gegen welchen Verlust er restitutionem in integrum gesuchet, so ihm aber so wol in prima als secunda instantia aberkant ist, dahero er numehr an S. Kön. Maj. appelliret. Ob nun wol appellant tempestiue ad domum citiret, und die insinuation davon verrichtet worden, derselbe auch die creditores ad liquidandum citiren lassen, ihm dahero am meisten daran gelegen gewesen, daß er dabey vigiliret und seine Post liquidiret hätte, so aber dennoch nicht geschehen, ohngeachtet die citation nach der hypothecken- und concurs-Ordnung
2 sub pœna præclusi geschehen, dieserwegen er nothwendig præcludiret werden müssen; und ob er wol contra lapsum termini præclusiui so fort restitutionem in integrum gesuchet, und absentiam mandatarii und aduocati vorgeschützet, anbey gemeldet, daß dieser den Advocat M. gebeten, den terminum zu respiciren, dennoch solches nicht einsten bescheiniget, noch auch absentia aduocati eine iusta restitutionis causa seyn könte, allenfals appellanten obliege, sich an seinen mandatarium zu halten, wiewol auch M. interueniendo in instantia primæ appellationis erschienen, und daß er nichts dabey versäumet, vorgestellet, aber weder Vollmacht noch das original-documentum ad verificandum erhalten mögen, woraus denn erfolgen möchte, daß er propria sua negligentia præcludiret worden, und keine iusta restitutionis causa vorhanden sey, cum negligentibus maiorennibus iura non succurrant,

l. 16. D. ex quib. caus. mai.

auch der §. 116. der concurs- und hypothec-Ordnung hierin klare Maaß und Ziel giebet.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, daß der mandatarius des appellanten abwesend gewesen, aus des aduocati M. interuention sattsam erhellet, darin er gestehet, daß er zu Liebe des Hoffiscals B. als appellantischen mandatarii, sich bey des appellanten Bruder gemeldet, und so wol um Vollmacht als das original-documentum ad verificandum nomen angehalten, aber nicht erhalten mögen, dahero dieser Umstand nicht gäntzlich ausser Augen zu setzen, dabey auch ferner zu erwegen, daß eines theils der Advocat M. sich nicht bey dem creditore selbsten beyzeiten, sondern bey dessen Bruder gemeldet, und durch dessen, nicht aber durch des creditoris eigenes factum, es vornemlich geschehen, daß derselbe nicht gnugsam ad terminum instruiret worden; andern theils der geheimde Rath du C. in termino sub cautione rati erschienen, und vorgestellet, daß er nothwendig in dem Frantzösischen Obergerichte damals præsidiren müssen, also nicht ehender erscheinen können, dahero, weiln es schon spät, er gebeten, daß man ihm bis auf den folgenden Tag, um die quæstionirte Post zu liquidiren,

Ad L. II. T. XI. diren, dilation geben möchte, und gegen die Ungehorsams-Beschuldigung protestiret. Und ob zwar nach Maaßgebung des 116. art. der concurs-Ordnung dergleichen comparition nicht zureichend, vielmehr appellant de stricto iure zu præcludiren gewesen, dennoch dagegen die restitutio in integrum nicht abgeschnitten ist, sondern nur so viel daraus folget, daß ihm wegen der præclusion kein Tort geschehen, cum restitutio in integrum amissionem causæ præsupponat, es aber hart seyn würde, wenn derjenige creditor, der die adiudication des quæstionirten Hauses bereits wegen seiner Forderung erhalten, und
5 vorher also gegen den debitorem die Schuld nothwendig verificiret haben muß, cum sine præcedente credito vero ad hastam deueniri nequeat, nunmehro von denen concreditoribus præcludiret werden solte, auch der regress dem appellanten sehr schwer fallen würde, da eines theils der Advocat M. sich a negligentia purgiret, andern theils der geheimte Rath du C. officii publici intuitu nicht ehender erscheinen können, und er dahero nur um einen Tag Frist gebeten, so ihm bey solchen Umständen nicht gäntzlich zu versagen gewesen, endlich es auch Rechtens, quod præstet adhuc audire contumacem, quam inauditum repellere, 6

MEV. *P. VIII. decis. 289.*

gleichwol, weil appellant durch diese instantz die restitution erhält, er die Unkosten derselben billig erstatten muß, als welche ihm allein zum Besten verwendet sind, die appellaten aber iustam contradicendi causam vor sich gehabt.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE APRIL. MDCCXXXV.

Tit. XII. De feriis et dilationibus et diuersis temporibus.

Ad L. II. T. XII.

DECISIO XXXVII.

THEMATA.

I. Iudex pro re nata plures dilationes concedere potest.

II. Rationes cum die et consule sunt edendæ.

SVMMARIA.

Actor principalis sui prænomen allegare tenetur. n. 1.

Dilatio repetita caussæ cognitionem, tertia et vlterior vero solennitatem legalem requirit. n. 2.

Iuramentum editionis tantum ad documenta propria vel communia pertinet. n. 3.

Documenta ab initio non simul designata nec factum litigiosum concernentia haud sunt recognoscenda. n. 4.

An statutum sit recognoscendum? n. 5. 13.

Impedimentum si notorium iudex litem differre potest. n. 6.

Dilationem quartam contra legem prouincialem ex iusta causa iudex concedere potest. n. 7.

Impedimentum iustum iuramentum malitiæ excludit. n. 8.

Rationes cum die, consule et subscriptione edendæ. n. 9.

Actor simpliciter reo ad edenda documenta tenetur, reus vero tunc demum, si sint actori propria, vel communia. n. 10.

Documenta, cuius copiam quis non habuit, generaliter designasse sufficit. n. 11.

Recognitio in dubio semper fieri debet. n. 12.

Frustraneus actus non admittendus. n. 14.

Als die Herren uns Ungehorsams-Beschuldigung, gesuchte edition und recognition, und darüber erfolgtes Verfahren in Sachen weiland Burgermeister C. A. S. nachgelassenen Erben, reproducenten und Beklagten an einem, und der D. M. M. W. gebohrner H. reproductin und Klägerin am andern Theil, in denen zurückkommenden vol. sub ☉, O^b, B^b, ♂, △, ☉^{1}, B, ♀ und ✱ überschickt ꝛc.

Daß Beklagter sich an seinem Gegenbeweis nicht versäumet, und also die Ungehorsams-Beschuldigung nicht statt finde, und weil Klägerin die documenta sub H, ☉, ☽ und ♂ recognosciret, so hat es dabey sein Bewenden, sie ist aber auch, alles Einwendens ohngehindert, das documentum sub G, besser als geschehen, und zwar unter gehöriger Unterschrifft und beygefügtem Jahr und Tag, zu ediren, und nebst denen documentis sub I et K, respect. sub pœna editi

er

et recognitorum zu recognoſciren, oder zu ſchweren ſchuldig, daß ſie das documentum ſub G. mit gehöriger Unterſchrifft ihres vorigen curatoris und beygefügten Jahr und Tag nicht habe, noch wiſſe, wo es ſey, vielweniger gefährlicher Weiſe von Handen kommen laſſen; bey denen documentis ſub B. C. D. E. F. aber iſt die recognition vor überflüßig zu halten, und weil bey denen documentis ſub A. △. ☽b. ☉b. 1. 2. 3. 4. 5a. 7. 12 und 13. keine recognition gefordert worden, auch an und vor ſich ſelbſt unnöthig iſt, ſo hat es dabey ebenfals ſein Bewenden. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol der actor der reproductin 1) angeführet, daß der gegenſeitige actor im Anfange ſeines Einbringens ſeiner principalen Tauf- und Zunahmen in ſpecie nicht bemercket, wie doch die daſige Proceß-Ordnung P. 1. tit. 3. §. 12. f. 315b. ſub pœna verordnet; hiernächſt 2) denen reproducenten exceptionem deſertionis opponiret, und behaupten wollen, daß ſie das fatale reprobationis nicht gehörig obſeruiret, ſondern ihren Gegenbeweis nach ihrem fol. 227. eigenen Geſtändniß erſt in der vierten Friſt überreichet, da doch nach der Proc. Ordn. *P. 2. tit. 12. §. 2.* davon fol. 316. extractus befindlich, die ordentliche Friſt nur einmal, zum andern mal aber nicht ohne Beſcheinigung des vorgeſchützten impedimenti, und zwar nur auf drey Wochen und drey Tage, verliehen; endlich die dritte prorogation ſchlechterdings abgeſchlagen, oder wenigſtens anders nicht als præſtito iuramento malitiæ et cum cauſæ cognitione verſtattet werden ſoll, gleichwol ex actis befindlich, daß das fatale reprobationis, ſo vom 3 Aug. 1740. angefangen, mit dem 17 Sept. 1740. ſich bereits geendiget, die andere Friſt aber erſt den 20 Sept. und alſo elapſo iam reprobationis termino, concediret worden; ferner die concedirung der dritten Friſt bey denen Acten gar nicht befindlich, und alſo die vierte Friſt fol. 224. gantz unzeitig geſuchet und ertheilet ſey, welche doch auch nicht einſten ſine ſolennitate legali concediret werden ſollen, reproductinne dahero vermeinen wollen, daß ſie ſo wenig die geforderte edition als recognition zu bewerckſtelligen gehalten ſey; übrigens auf den Fall 3) wenn die Ungehorſams-Beſchuldigung nicht ſtatt finden ſolte, ſie die documenta ſub H. ☉, ☽ und ♂ zwar recognoſciret, und die ſub I. K. und G. ediret, bey dem documento G. aber, ſo ſie ſine die et conſule atque ſubſcriptione curatoris ediret, erinnert, daß ſie ſolches nicht anders erhalten, auch kein iuramentum editionis hiebey ſtatt finde, da nach der Proceß-Ordn. *P. II. tit. 16. §. 1. fol. 219.* ſolches nicht *Bœhm. Conſ. T. III. P. II.* anders, als wenn inſtrumenta propria oder communia ediret werden ſollen, ſtatt finden könne, dergleichen aber hier nicht anzutreffen, und dahero keine Verbindlichkeit zur edition verhanden, dabey ſie auch 4) vermeinen wollen, daß ſie die documenta ſub I. et K. zu recognoſciren nicht gehalten, da eines theils ſolche bey der fol. 244. befindlichen deſignation nicht mit angegeben: andern theils bey der litis conteſtation dergleichen exceptiones nicht opponiret ſeyn, welche durch dieſelbe erwieſen werden ſollen: dritten theils in dem reprobatorial-Articul gantz andere facta, als in ſolchen inductis, enthalten, angegeben, mithin vor irrecognoſcibel zu halten; im Gegentheil 5) reproducenten die recognition der documentorum ſub B. C. D. E. F. mit gutem Grunde gefordert haben möchten, allermaſſen ob ſolche gleich gewiſſe paſſagen ex ſtatuto in ſich halten, ſo keiner recognition ſonſten bedürffen, dennoch ex actis erhelle, daß Klägerin ſelber bey ihrem Beweiſe von Beklagten recognitionem ſtatutorum verlanget, und es alſo auch hier heiſſe: quod quisque iuris in alterum ſtatuit, eodem iure quoque ipſemet frui debet. *Ad L. II. T. XII.*

1
2
3
4
5

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) dem angegebenen defectui im andern Satze, und alſo noch zeitig gnug abgeholffen worden, als wodurch die Abſicht der Proceß-Ordnung vollkommen erreichet iſt, ſo dann ad 2) die exceptio deſertæ reprobationis ungegründet iſt, da zwar denen reproducenten die vierte Friſt, ſo die Proceß-Ordnung nicht verſtatten wollen, concediret iſt, dennoch ſolches nicht ohne erhebliche Urſache geſchehen, weil reproducenten dazu derer Acten benöthiget geweſen, die nach auswärtiger Erkäntniß mit andern Acten verſandt, und ohne Zweifel diejenigen acta, ſo ebenfals bey dieſer transmiſſion befindlich geweſen, wovon die Fürſtl. Regierung die beſte notitz gehabt, und in der Abſicht auch die vierte dilation ertheilet haben muß, cum iudex impedimenti conſcius etiam ex officio litem differre queat,

MEV. *P. II. dec. 369.*

imo etiam quartam concedere dilationem, licet hæc per legem prouincialem reiecta ſit, ſi impedimentum notorium adhuc durat,

IDEM *P. V. dec. 315. n. 5.*

GAIL. *1. obſ. 91. n. 6.*

adeo vt ne quidem iuramentum malitiæ hoc caſu exigendum ſit, quia præſumtio malitiæ ceſſat.

MEV. *P. V. deciſ. 200.*

BRVNNEM. *ad l. 7. n. 7. D. de dilat.*

Uebrigens bey der ſupplicatione pro concedenda prorogatione nichts verſehen iſt, da die erſte prorogatio den 15 Sept. 1740. und alſo zwey Tage vor Ablauff der Friſt, geſuchet

6

7

8

Ad L. II. T. XII. ist, und denen reproducenten nicht zur Last geleget werden kan, daß solche erst den 20 Sept. decretiret worden, als welches ad factum iudicis gehöret, und man mehr ad tempus petitionis als concessionis zu sehen hat; ferner die Ausbittung der andern prorogation ex accidente von denen Acten gekommen, dennoch, daß solche ihre Richtigkeit habe, ex registratura fol. 321. attestiret ist, so daß die Ungehorsams-Beschuldigung ratione desertæ reprobationis gantz ungegründet zu achten; und so viel ad 3) die geforderte edition und recognition betrifft, die reproductin zwar das documentum sub G. ediret, aber dadurch ihrer Schuldigkeit kein Gnügen gethan, da sie solches sine die et consule atque subscriptione curatoris ediret, gleichwol nicht
9 zu vermuthen, daß sie dergleichen Rechnungen ohne Unterschrifft und gebührende datirung von ihrem curatore angenommen haben solte, darneben die obligatio ad edendum bey einem Kläger sich schlechterdings befindet, und was dagegen aus der Proceß-Ordnung angeführet, allein auf den Beklagten zu ziehen, als welcher bloß zur edition verbunden, si instrumenta
10 actoris propria vel communia fuerunt, wie die gemeinen Rechte solches ebenfals verordnen, worauf ohne Zweifel in der Proceß-Ordnung cit. l. reflectiret ist, mithin reproductinne, als Klägerin, entweder die edition besser bewerckstelligen, oder das iuramentum editionis præstiren muß. Hiernächst ad 4) die documenta edita allerdings recognosciret werden müssen, welches reproductinne durch
11 deren edirung schon suo modo agnosciret, zumal solche bey dem art. reprob. 25. so wol als f. 235. designiret sind, welches pro re nata zureichend seyn können, nachdem reproducent davon keine Copey gehabt, und dahero dieselbe f. 244. nicht mit in der Ordnung designiren mögen, sonsten aber die beyden documenta die Haupsache allerdings mit berühren, als woraus reproducenten das Gegentheil, und zwar dieses darthun wollen, daß alle dasjenige, was reproductinne in ihrem Beweise vor großväterlich und väterlich ausgegeben, dergleichen nicht sey, wie reproducenten sich deutlich darüber erklären, sich auch darneben findet, daß solche beyde documenta mit dem in art. 25. angegebenen facto wohl harmoniren, überdem aber alle recognitio saluis ex- 12
ceptionibus geschiehet, und bey denen disputir-Gesetzen der reproductinne frey bleibet, ihre exceptiones bey diesem Articul zu gebrauchen, da inzwischen in dubio die recognitio geschehen muß, dessen unzeitige Verwegerung nur zum Aufenthalt der Sache Gelegenheit giebet; endlich ad 5) was die geforderte recognition der statutorum betrifft, solche überflüßig und sine effectu ist, da sie nicht eydlich diffitiret werden mögen, und was von der re- 13
productinne geschehen, zu keiner Norm kan genommen werden, frustra enim quæritur de eo, quod nullum habet effectum. 14

l. 3. D. quand. dies leg.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ, MENSE MAI. MDCCXLI.

DECISIO XXXVIII.

THEMATA.

I. Dilatio non reiecta pro tacite concessa habetur.

II. *In dubio pro admissione testium et articulorum pronunciandum.*

SVMMARIA.

Dilatio non denegata in Saxonia pro concessa non habetur. n. 1.

Recognitio lapso termino fieri nequit. n. 2.

Recognitio desiderat speciale mandatum. n. 3. 9.

Testis, cuius interest, pro inhabili habetur. n. 4.

Probatio per testes et iuramenti delationem coniungi nequit. n. 5.

Responsio ad articulos probatoriales fieri debet specifice, non in solle. n. 6.

Præstatio guarandæ ad acta registranda. n. 7.

Dilatio non denegata iure communi pro tacite concessa habetur. n. 8.

Interesse remotum testem inhabilem non reddit. n. 10.

Testis secundum quid inhabilis saluis exceptionibus admittendus. n. 11.

Responsio generalis sufficit ad articulos super quibus iuramentum defertur. n. 12.

Auf

Auf angetretenen Beweis und Gegenbeweis in Sachen M. B. H. Klägerin, productinne und reproductinne an einem, I. N. R. Beklagten, producten und reproducenten am andern, und I. C. M. litis denunciaten am dritten Theil, erkennen von GOttes Gnaden Wir E. A. Herzog zu S. ꝛc. auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß Klägerin und producentinne, nach Maaßgebung des letzten Urthels, die Gewähr der Klage anzugeloben, und davon eine registratur ad acta zu verschaffen, vor allen Dingen schuldig, und hat sie an ihrem angetretenen Beweis sich noch nicht versäumet, Beklagter und producket auch die inducirte documenta sub A, D, ⊙, et sub B, nebst Klägerin und reproductin, die sub signo ⊙, D, ♂, ♃ und ☿ nach Nothdurft recognosciret, dabey beyden ihre reseruirte exceptiones auszuführen unbenommen bleibet. Uebrigens sind die beyden reproductions-Zeugen I. E. B. und I. F. M. vor schlechterdings verwerflich nicht zu achten, sondern saluis exceptionibus et seruato iuris ordine abzuhören, und weil auch Klägerin und reproductin auf den 3. 4. 5. 6. 7. 8. 11. 23. 24. 30. 42. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 61. 62. 63. 64. und 65sten Gegenbeweis-Articul sich eingelassen, und derselben nicht geständig, auf den Leugnungsfall aber solche in ihr christliches Gewissen und respective Wissenschafft und Wohlbewust gestellet, so ist dieselbe nach Beklagtens vorgängigem Eyd vor Gefehrde solchen Eyd zu acceptiren oder zu referiren schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) Klägerin fol. 47. vol. 3. die Gewähr der Klage nach Maaßgebung des letzten Urthels angelobet, sich aber 2) an dem Beweis versäumet zu haben es scheinen will, massen ob sie gleich vol. III. fol. 1. et 2. zweymal dilation gesuchet, dennoch nicht zu befinden, daß 1 vor Ablauf des termini probatorii solche ertheilet, und solches ad acta registriret, so doch so wol in der Churf. Proc. Ordn. *tit. 20.* §. 5. versehen, als von denen Rechtslehrern behauptet wird,

RIVINVS *ad cit. tit. enunc. 87.*
MENCKE *ad ord. proc. Sax. ad cit. tit.* §. *23.*

dagegen dann die vol. III. fol. 49. befindliche registratur ihr nicht zu statten kommen möchte, weil Beklagter einmal ex lapsu termini probatorii ein ius quæsitum erhalten, und so viel 3) die inducirten documenta betrifft, solche zwar Beklagter euentualiter recognoscivet, jedoch bey dem documento sub A. f. 15. *Ad L. II. T. XII.* vol. III. erinnert, daß aus selbigem nicht zu ersehen, daß der fol. 18. befindliche Befehl und das supplicatum f. 19. in denen Cammer-actis im Original zu befinden sey; ferner 4) bey dem Gegenbeweis Beklagter und reproducent den litis denunciaten I. C. M. ad edendum documentum sub ☿ ad terminum zwar mit 2 citiren lassen, dennoch derselbe nicht erschienen, und reproducent deswegen denselben vol. IV. fol. 49. contumaciret, und ob er wol fol. 58. solches pro edito et recognito gehalten, dennoch die recognition nicht von ihm, sondern von der reproductinne begehret, und dahero dessen Erscheinen post festum und umsonst angesehen werden möchte; wie denn auch 5) die von der reproductinne Anwald geschehene Erklärung, daß er das gedachte document sub ☿ pro edito et recognito gehalten haben wolte, nicht zulänglich seyn möchte, 3 nachdem seine vol. III. f. 36. befindliche Volmacht dahin nicht gehet; ins besondere aber 6) reproductinne gegen die Abhörung des testis tertii I. E. B. opponiret, daß derselbe bey der Sache hauptsächlich interessiret und schuld 4 daran sey, daß der reproductinnen die geklagte Schuld in Güte nicht bezahlet worden, gestalten I. C. M. ihn aus dem Pacht vormals getrieben, und jener also dessen Feind geworden, folglich demselben so lange nachgetrachtet, bis er M. wieder aus dem Pacht, sich aber von neuem hineingebracht, welches der reproductinne nunmehr ob connexitatem causæ schaden möchte; nicht weniger 6) testis quintus, der Amtsknecht, Ieuis notæ macula laboriret, und also zum Zeugniß inhabilis seyn soll; hierüber die Beklagten 7) gegen die reprobatorial-Articul unterschiedliches, als daß sie sich 5 widersprechen, ingleichen daß sie per testes vel documenta, aber auch zugleich per delationem documenti erwiesen werden sollen, angeführet, nicht weniger 8) erinnert, daß die Einlassung auf die Articul, worüber der Eyd deferiret worden, generaliter und in solle 6 geschehen, da doch specifice solche auf alle und jede Articul geschehen sollen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) von der geschehenen Gewährsleistung der Klage keine 7 registratur bey denen Acten zu befinden, so doch Klägerin verlanget, und dahero zuförderst solcher Mangel zu suppliren ist: die desertion aber des Beweises ad 2) sich nicht finden will, angesehen producentinne zweymal dilation gesuchet, solches Gesuch ad acta genommen, und auf das andere memorial würcklich eine resolution ertheilet ist, und ob wol solche bey dem ersten Gesuch ermangelt, dennoch solche, 8 dum non reiecta, pro tacite concessa zu halten,

MEV. *P. V. decis. 161.*

auch nicht zu befinden, daß nach denen Churf.

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. II T. XII.

Rechten alhier zu sprechen sey, bevorab, da nach der vol. III. fol. 49. befindlichen registratur der Hochfürstl. Landesregierung Meinung gewesen, beyde Fristen der producentinnen zu verstatten, wobey es billig sein Bewenden, nicht weniger ad 3) das inducirte documentum sub A. plenam fidem haben muß, da es zwar ein Cammer-extract ist, jedoch in forma probante produciret worden; und so viel den Gegenbeweis betrifft, ad 4)
9 der litis denunciat durch seinen Bevollmächtigten, der dazu legitimiret gewesen, das document sub ℵ pro edito noch frühzeitig gnug gehalten, und ad 5) reproductinne solches recognoscíret, wozu ihr Anwald vol. III. fol. 36. gnugsam legitimiret gewesen, da in der Vollmacht der recognition derer documenten expresse Meldung geschehen, und nicht schaden kan, daß litis denunciat solches ebenfals recognoscíret, als welches überflüßig und unnöthig, aber auch unschädlich gewesen; übrigens ad 6) die inhabilitas absoluta testis tertii sich nicht finden will, da die angegebene
10 Umstände so wenig klar sind, als daraus abzunehmen, daß der Zeuge bey der Sache interessíret sey, indem diese Sache, worüber anietzo gestritten wird, bey der Abtreibung von dem Pacht geschehen, und dieser Zeuge mit dem eingeklagten Gelde, nach der Klägerin eigenem Angeben, bezahlet seyn soll, man also nicht eigentlich sehen kan, wie der Zeuge bey der Sache weiter interessíret sey, da er seine Bezahlung erhalten, und wenn er gleich ex post facto wieder in den Pacht aufgenommen und getreten, dennoch diese Sache mit der neuen Antretung des Pachts eigentlich nicht connex ist oder was zu thun hat, der testis quintus aber ad 6) deswegen, daß er Amtsknecht ist, nicht inhabilis ist, reproductinne auch sich nicht getrauet, ihn absolute verwerflich zu machen, allenfals, weil er saluis exce- 11
ptionibus abzuhören ist, ihr unbenommen bleibet, ihre exceptiones suo tempore auszuführen; im gegentheil ad 7) was sie gegen die reprobatorial-articul opponiret, nur pro forma geschehen zu seyn scheinet, zumal sie keinen wahren Widerspruch unter denen Articuln anführen können, auch zu befinden, daß über einige Articul, worüber der Eyd deferiret worden, zugleich Zeugen und documenta angegeben sind. Endlich ad 8) die Einlassung auf diejenigen Articul, worüber der Eyd deferiret worden, nicht eben specifice geschehen 12
dürfen, sondern ad effectum iuramenti præstandi gnug gewesen, daß er alle diese Articul negiret, zumal diese Einlassung mit der litis contestation nicht zu vermengen, noch von dieser auf jene argumentiret werden kan: dahero bey solcher Beschaffenheit, und da Klägerin alle Articul abgeleugnet, auf den deferirten Eyd erkant werden müssen.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXXXIX.

DECISIO XXXIX.

THEMATA.

I. Dilatio petita sed non decreta pro concessa habetur.

II. *Clausula: Einwendens ohngehindert, exceptiones peremtorias non excludit.*

III. *Alienationem aduentitiorum a patre nulliter factam liberi, qui eius heredes facti, impugnare nequeunt.*

SVMMARIA.

Iure Brunsuicensi appellatio intra mensem sub pœna desertionis iustificanda. n. 1.

Exceptio non competentis actionis in exordio litis decidenda. n. 2.

Heres factum defuncti contra legem prohibitiuam susceptum non præstat. n. 3.

Testator contra l. 6. C. de sec. nupt. nil disponere potest. n. 4.

Pater de bonis maternis disponere nequit. n. 5.

Dilatio non reiecta tacite pro concessa habetur. n. 6.

Licet exceptio peremtoria L. C. annexa, tamen probatio actori iniungenda. n. 7.

Exceptiones turbidæ et in continenti non liquidæ reiiciuntur. n. 8.

Exceptio a iudice in principio litis prætermissa pro exclusa non habenda. n. 9.

Heredes liberi feudum antiquum a patre nulliter alienatum reuocare nequeunt. n. 10.

Pater

Pater ob necessitatem vel vtilitatem bona liberorum recte alienat. n. 11.
Heres illud defuncti factum non præstat, quod absolute prohibitum. n. 12.

Auf interponirte supplication und erfolgtes Verfahren in Sachen des Cantzley-fiscalis T. nachgelassenen Erben, interuenienten und supplicanten an einem, und I. R. interuenten und supplicaten am andern Theil, erkennen Fürstl. B. L. zur Justitz-Cantzley verordnete Director und Räthe nach eingeholtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten supplication ohngehindert bey dem n. 58. befindlichen und den 10. Decembr. 1734. eröffneten Urthel billig verbleibet, supplicanten auch die expensas retardati processus nach deren vorgehenden liquidation und erfolgter unserer Mäßigung supplicaten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol der eingewandten supplication exceptio desertionis opponiret, und zu dessen Behuff angeführet worden, daß nach der Fürstl. Cantzley-Ordnung §. 59. die supplication binnen vier Wochen ohne alle fernere Frist bey Strafe der desertion introduciret
1 und iustificiret werden solle, welchem requisito doch die supplicanten nicht nachgelebet, und ob sie wol n. 59. dilation gesuchet haben wollen, dennoch es scheinen will, als wenn solches ihnen nicht zu statten kommen könne, da solches der intention legislatoris entgegen laufet; übrigens woferne die supplicatio nicht erloschen und desert seyn solte, alsdann die materialia vor erheblich gehalten werden möchten, anerwogen supplicanten anführen, 1) daß supplicate gleich im Anfang die exceptionem non competentis actionis opponiret, und Klägern, daß sie ihres Vatern Erbe geworden, vorgeworffen, welche exception
2 doch hindangesetzet, und auf den Beweis, daß die in Anspruch genommene 1500. Thlr. ad materna zu referiren, erkant, solches decretum, ohngeachtet Beklagte dagegen suppliciret, confirmiret, darauf auch der Beweis angetreten und geführet worden, mithin allein auf den geführten Beweis erkant, nicht weiter aber auf die exceptionem, daß Klägere ihres Vaters Erben geworden, reflectiret werden sollen, als welche tacite und rechtskräfftig durch die n. 6. und 31. befindliche decreta verworffen und aberkant sey, zumal diese exceptio vor nichts anders als non competentis actionis zu achten, quæ statim ab initio litis opponenda et decidenda est, quod nemo sine actione agere queat,

l. 6. §. 12. D. de negot. gest.

adeoque litis ingressum impedire dicitur;

Heres filius contractus paternos seruare tenetur. n. 13. *Ad L. II. T. XII.*
Heres ad euictionem tenetur propter contractus patris sola nullitate laborantes. n. 14.

c. 1. de lit. contest. in 6.

dahero denn, probatione peracta, nicht mehr erlaubet gewesen, über diese exception zu sprechen, noch das ius ex re iudicata quæsitum dem Kläger zu nehmen, zumal eo ipso, da über den Beweis erkant ist, man nicht anders davor halten mögen, als daß die Klage statt finde; übrigens wenn ja 2) diese exce- 3
ption noch zur Erkäntniß des Richters gestanden, dennoch zu zweifeln seyn möchte, ob solche auf gegenwärtigen Fall appliciret werden könte, da zwar ein jeder Erbe das factum defuncti zu præstiren schuldig sey, solches aber alsdann nicht statt finde, si factum defuncti contra prohibitionem legis sit, quod absolute non valet,

l. 5. C. de LL.

vnde dispositio testatoris non attenditur, 4
quæ contra *l. 6. C. de sec. nupt.* facta, si vel maxime liberi primi thori heredes patris fuerint facti,

STRYK. *de fact. defunct. ab herede non præst. c. 2. n. 57. sqq.*

welches auch hier statt zu finden scheinet, da der Klägere Vater von denen bonis maternis 5
liberorum zu disponiren nicht Macht gehabt,

l. 1. C. de bon. matern. l. 4. §. fin. C. de bon. quæ lib.

und da nun durch den Beweis dargethan, daß die quæstionirten 1500. Thlr. zu denen bonis maternis gehöret, der Schluß von selbsten daraus folge, daß ihr Vater die cession dieses Capitals an Beklagten nicht thun können, noch sie deswegen ratione præstandæ euictionis verbunden wären.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch an denen formalibus eben kein Mangel anzutreffen, indem doch Klägere intra terminum præscriptum dilation gesuchet, solches Gesuch aber nicht verworffen, sondern zur Nachricht dem Gegentheil communiciret worden, dilatio autem 6
censetur concessa, quæ non reperitur reiecta;

MEV. *P. 5. dec. 161.*

zumal sonsten das factum iudicis non reiicientis petitionem pro dilatione dem supplicanten zum höchsten Nachtheil gereichen würde, bey dem es gestanden, die gesuchte dilation schlechterdings zu denegiren, wie denn auch in dubio contra desertionem zu sprechen; welches jedoch dem supplicanten nicht sonderlich zu statten kommen kan, nachdem die grauamina gantz unerheblich sind; anerwogen quoad grauamen primum aus dem ersten Verfahren erhellet, daß Beklagter hauptsäch-

Ad L. II. T. XII. lich litem negatiue contestiret, und dabey unterschiedliche exceptiones opponiret, und nur beyläufig zugleich angezeiget, daß die Kläger ihres Vaters factum præstiren müssen; dannenhero es contra acta läufet, daß die exceptio non competentis actionis ex eo fundamento, daß Kläger ihres Vaters Erbe geworden, als litis ingressum impediens ante L. C. opponiret worden, vielmehr Beklagter solche nach der litis contestation, und zwar nur anfänglich obiter, in der supplicationis schedula sub n. 9. aber etwas deutlicher opponiret und angeführet, gleichwol bey solcher Bewandniß der Sachen es nöthig ge-
7 wesen, auf den Beweis zu erkennen, bevorab da die peremtoriæ, quæ litis ingressum impediunt, zwar ante L. C. können, aber nicht præcise müssen opponiret werden, dergestalt, daß wenn sie nach der Eigenschafft aller peremtoriarum nach der litis contestation opponiret werden, der Beweis zuförderst zu führen ist, cum etiam sæpe post litis contestatio-
8 nem reiiciantur, si forsan turbidæ nec statim liquidæ fuerint.

ZANGER *de except. P. I. c. 26. n. 27.*
MEV. *P. I. decis. 215.*
CARPZ. *P. I. c. 3. def. 16. n. 1. sqq.*

Dieserwegen keinesweges zu statuiren, daß diese exception durch das n. 6. befindliche decret aberkant oder abgeschnitten worden, indem Beklagter dieselbe nicht als litis ingressum impedientem opponiret, auch in dem gedachten decreto die sonst gewöhnliche formula: Einwendens ohngehindert, nicht gebrauchet worden, quia etiam prætermissæ sub principio litis ad eam abrumpendam oppo-
9 sitæ exceptiones post litis contestationem opponere liberum est, etsi non sit facta reseruatio, cum præteritio iudicis pro exclusione minime sit habenda.

MEV. *cit. l. n. 5. in not.*

Hiernächst bey andern grauaminibus supplicanten nicht in Abrede seyn können, daß sie ihres Vaters Erbe geworden, und dessen factum zu agnosciren schuldig, welches den bekanten effect hat, daß die Kinder, als Erben ihres Vaters, dessen alienation, die er selbsten nicht anfechten können, als gültig passiren lassen müssen, cum heres et defunctus habeantur pro vna persona, adeo vt nec liberi, heredes patris facti, feudum antiquum a patre alienatum reuocare possint, 10

2. f. 39.

STRVV. *Synt. iur. feud. c. 13. aph. 16. n. 5.*

HORN *in iur. feud. c. 20. §. 17.*

um desto mehr also eine a patre unternommene alienation oder cession der mütterlichen Güther gültig seyn muß, da nicht einmal eine absoluta prohibitio legis hier anzutreffen, sondern einem Vater wohl erlaubet ist, ob necessitatem vel vtilitatem liberorum eine alienation von der Kinder Güther zu thun; 11

l. f. §. 4. 5. C. de bon. quæ liber.

an dergleichen iusta causa es hier nicht eben fehlen würde, wenn es nöthig wäre, darauf zu reflectiren, gleichwol solches nunmehr, da die Klägere ihres Vaters Erbe geworden, nicht mehr nöthig ist, als welche, wenn sie gleich ungültig seyn solte, bestehen würde. Uebrigens was gegen die bekante Rechtsregul hat angeführet werden wollen, hieher gar nicht gehöret, 12 zumal alhier keine dispositio in fraudem legis, noch ein actus, quem defunctus ipse impugnare potuisset, oder der absolute sub pœna verbothen, vt ne quidem ab ipsis heredibus volentibus sustineri posset, verhanden, in welchen Fällen die Erben ad factum defuncti præstandum nicht verbunden sind, vielmehr dieser gegenwärtige casus unter der regula bleibet, quod heres filius contractus a patre ce- 13
lebratos seruare debeat, nec alienata ab ipso reuocare possit;

STRYK. *de facto def. ab hered. non præstand. c. II. n. 31.*

bevorab da die Kläger auch die euictionem in nominibus venditis et cessis præstiren müs- 14
sen, præsertim vbi alienatio non absolute est prohibita, sed tantum nullitate quadam laborat,

BVRGVNDVS *de euict. c. VIII. n. 12. sqq.*

dieserwegen Klägere keine iustam supplicandi causam gehabt.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVL. MDCCXXXV.

DECISIO XL.

THEMATA.

I. Dilatio intra terminum petita in dubio pro impetrata habetur.

II. *Clausulam concernentem ex documentis edere regulariter sufficit.*

SVM-

SVMMARIA.

Ad L. II. T. XII.

Dilatio non denegata in Saxonia pro concessa haud habetur. n. 1.

Documenta integraliter edenda. n. 2.

Documenta ante recognitionem sunt communicanda. n. 3.

Articulus qui effectum quendam producit, pro impertinente non habetur. n. 4. 9.

Dilatio petita non negata pro tacite concessa habetur. n. 5.

Ex documento clausulam concernentem recognouisse sufficit. n. 6.

Documentorum productio adhuc in secunda positione admittitur. n. 7.

Recognitio actorum publicorum fit sine priuata communicatione. n. 8.

Auf geschehene production und reproduction, wie auch erfolgte Gesetze in Sachen der G. Kinder zu A. Klägern, producenten und reproducten an einem, und M. S. von G. zu B. Beklagtin, productin und reproducentinne am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden Wir E. A. Hertzog zu S. ꝛc. nach vorgehabtem Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß Klägerin gestalten Sachen und Umständen nach an ihrem Beweis sich nicht versäumet, Beklagtinne auch die producirten documenta sub A. B. C. D. E. F. G. H. I. K. L. et M. Klägere aber die reproducirte documenta sub Num. I. A. K. Num. II. III. IV. V. und VI. respectiue zur Nothdurfft ediret und recognosciret, Beklagtinne auch, vorkommenden Umständen nach, mit communication derer sub N. VI. reproducirten Acten nicht unbillig zu verschonen, und weil die recognition von beyden Seiten saluis exceptionibus geschehen, so bleibet ihnen solche bey ihren disputir-Gesetzen über Beweis und Gegenbeweis auszuführen unbenommen. Uebrigens sind Klägere auf den art. 29. sich einzulassen nicht schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) die denen Klägern opponirte exceptio desertæ probationis aus denen acten klar zu seyn scheinet, anerwogen derselbe zwar intra terminum probatorium zu zweyen malen vol. III. f. vlt. et pen. dilation gesuchet,
1 gleichwol keine darauf ertheilte resolution bey denen actis zu finden ist, die Proceß-Ordnung aber ausdrücklich verordnet, daß die gebetene Fristen vor Ausgang der Frist ausgebracht werden sollen,

RIVIN. *in enunc. iur. tit. 20. enunc. 87.*

so hier gar nicht geschehen, hiernächst 2) das documentum sub lit. K. nicht gantz ad acta gebracht, noch bey dem Gegenbeweis gantz
2 ediret ist, also es scheinen will, als wenn wenigstens auf eine bessere edition erkant werden müssen; nicht weniger 3) Beklagtinne die documenta sub N. II. III. und V. in originali
3 in termino nicht produciret, das sub N. VI. aber gar nicht communiciret, und Klägere dieserwegen der Beklagtinne Ungehorsam acusiret; endlich 4) die Einlassung auf den art. 29. nicht vergeblich und impertinent zu seyn scheinet, nachdem die Beklagtinne davon den effect wegen des beneficii diuisionis angezeiget, auch Klägere sich bereits darauf euentualiter eingelassen, deren Vormund die beste Wissenschafft von solchen angeführten Umständen haben möchte, in welchem Fall er das iuramentum delatum zu acceptiren sich nicht wegern kan. 4

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) sonsten Rechtens ist, quod dilatio petita nec negata pro tacite concessa habeatur, welches auch suo modo secundum praxin Saxon. einige Rechtslehrer behaupten und vor billig halten, 5

BERGER *P. I. supplem. p. 260. in f.*
GRIEBNER *in princip. proc. ciuil. lib. 1. c. 3. sect. 1. §. 5. in not. lit. c.*

und wenn das Ausbringen intra terminum probatorium præcise nöthig seyn solte, dennoch Klägere mit der pœna desertionis um desto mehr zu verschonen, als sie unmündig sind, und allenfals contra lapsum termini in integrum breui manu restituiret werden müssen; ad 2) aber nicht nöthig gewesen, das documentum sub K. gantz ad acta zu bringen oder zu ediren, da dasselbe in originali gantz produciret, aber die recognition nur quoad clausulam concernentem gesuchet und geschehen ist, also das übrige des gedachten documenti ad acta zu bringen unvonnöthen gewesen, zumal auch die Beklagtinne bey ihrer reproduction keine Ursache anzeigen können, daß etwas mehr als die clausulam concernentem zu ediren nöthig gewesen, die Rechte aber alle actus fruſtraneos et nullius effectus abhorriren; und obwol ad 3) Beklagtinne die documenta sub N. II. III. und V. in originali bey dem ersten Satz nicht produciret, dennoch solches eben nicht nöthig, sondern gnug gewesen, daß solche bey dem andern Satz noch produciret sind, 6 7

RIVINVS *ad tit. 24. enunc. 8.*

dahero Klägere gar wohl gethan, daß sie solche fol. 36b. vol. V. recognosciret, so auch bey dem documento sub N. VI. geschehen, und weil solches aus actis publicis bestehet, deren recognition zwar nöthig, aber keine diffes-

sion

Ad L. II. T. XII.

sion erfolgen kan, denen Gesetzen ein Gnügen geschehen, daß solche zur recognition in originali vorgeleget, zumal deren Abschreibung und communication gar zu kostbar und weitläufig fallen würde, und die Rechte nur die
8 communication derer documenten ohnezweifel iuxta interpretationem ex æquitate erfordern, die ihrer Natur nach so beschaffen, daß sie ohne grosse Unkosten und Zeitverlust abgeschrieben und leicht communiciret werden mögen; endlich ad 4) die Einlassung auf den art. 29. vor impertinent zu achten, weil die 9 Beklagtinne solches wegen des beneficii diuisionis gesuchet, welches doch vol. I. fol. 48b. sq. und vol. III. fol. 14. rechtskräfftig aberkant ist, und also keinen effect mehr haben kan.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPT. MDCCXXXVII.

Tit. XIII. De edendo.

Ad L. II. T. XIII.

RESPONSVM XLI.

THEMA.

Libelli quibus reuerentia principum læditur, a iudiciis supremis sunt reiiciendi.

Vid. Tom. III. Resp. II. Them. 3.

RESPONSVM XLII.

THEMA.

Sustinetur libellus, quo recognitio et litis contestatio simul petita.

SVMMARIA.

In processu executiuo regulariter cum recognitione litis contestatio peti nequit. n. 1.
In processu executiuo iuramenti delatio locum non habet. n. 2.
Libellus quantum fieri potest sustinendus. n. 3.
Recognitio super capitibus libelli substantialibus et litis contestatio super accidentalibus simul peti potest. n. 4.
Ista cumulatio ob substantialia processus executiui non admittitur. n. 5.
Liberi ipso iure sunt heredes. n. 6.
Iuramentum in processu executiuo deferre licet super circumstantia extrinseca, caussam debendi non concernente. n. 7.
Executiuus processus etiam contra heredem instituitur. n. 8.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst einer Frage zugeschicket ꝛc.

Haben Herr C. H. und cons. aus drey Wechselbriefen gegen des verstorbenen Herrn G. C. von S. Hochfürstl. S. E. General-Majors Gemahlin und Fräulein Tochter eine executiuische Klage angestellet, und darin unter andern über den Umstand, wenn sie leugnen würden, daß sie ihres Gemahls und Vatern Erbe geworden, den Eyd deferiret, und deswegen solchen nebst der recognition gefordert, worauf nach erfolgtem Verfahren erkant worden, daß die Klage angebrachter massen nicht statt finde, und Beklagte sich darauf einzulassen nicht schuldig, Klägere auch die verursachten Unkosten zu erstatten pflichtig seyn, wogegen zwar diese geleutert, und in der Leuterung ausgeführet, daß über der qualitate hereditaria, saluo processu executiuo, der Eyd, denen Rechten nach, wol deferiret werden könne, dem ohngeachtet das vorige Urthel, nebst Erstattung der Unkosten, von neuem confirmiret, und ob wol davon ad serenissimum appelliret, dennoch auf erstatteten Bericht die appellation verworffen worden, dahero numehr gefraget wird:

Quæstio.

Ob die angeführte Urthel denen Rechten gemäß zu achten?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol eingewandt werden möchte, daß man 1) alhier in processu executiuo versire, in

in welchem schlechterdings auf recognition
1 der eydlichen diffession, nicht aber zugleich auf Einlassung, als welche ein diuersum genus processus præsupponiret, geklaget werden könne,

CARPZ. *in proc. tit. 10. art. 2. n. 29.*
BERGER *in elect. proc. execut. §. 22.*

welches doch in der beygehenden Klage geschehen, und dahero der libellus ineptus sey; hiernächst 2) gegen die Frau General-Majorin, als Erbin ihres Mannes, geklaget worden, diese sich aber erkläret, ihres Mannes Erbin nicht zu seyn. Im Gegentheil 3) was ihre Fräulein Tochter betrifft, diese Klage sich nicht darauf gegründet, daß sie ihres Vaters Erbe
2 geworden; und ob zwar 4) der Eyd über diesen Umstand deferiret werden wollen, dennoch bekant sey, daß in processu executiuo keine Eydes-delation statt finde, aus welcher Ursache erkant worden, daß die Klage, immassen sie angebracht, nicht statt finde, welches auch in der Leuterung wiederholet, und darauf die condemnatio in expensas erfolgen müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, wenn eine Klage einen richtigen Grund hat, und das factum klar præmittiret ist, nicht auf die subtilitates iuris, sondern auf das, was pro re nata gebeten werden sollen, gesehen werden muß, wie gar löblich in der verbesserten Churs. Proceß-Ordn. *tit. 5. §. 1.* (so nur illustrationis gratia hier angeführet wird,) constituiret ist, cum
3 libellus, quantum fieri potest, sustinendus sit,

MYNSING. *4. obs. 5.*

iudex enim vitia libelli supplere, et illum conseruare debet, cum ad eius officium pertineat, lites quouis modo finire,

MEV. *P. VIII. decis. 88. n. vlt.*

dergestalt, daß wenn gleich inspecta ratione subtilis iuris das petitum des gedachten libells nicht allzu conuenabel gewesen seyn solte, dennoch unter solchem prætext, bey einer so klaren Schuldforderung, die Klage, immassen sie angebracht, nicht verworffen werden solle, cum iudex non, quod petitum est, sed quid peti debuerit, decernere debeat, bevorab da Kläger die clausulam salutarem dem libello adiiciret, welche den Richter verbindet, dasjenige zu decretiren, was gebeten werden sollen, ob es gleich nicht accurat gebeten worden; wiewol auch die Klage angebrachter massen allerdings bestehen kan, zumal ad 1) auf die recognition der documentorum, wor-
4 aus executiue geklaget worden, und worin der gantze tenor libelli quoad substantiam gegründet, geklaget, die Einlassung aber wegen des Nebenumstandes, ob die Beklagte ihres resp. Mannes und Vaters Erbe worden, gebeten ist, welches in processu executiuo, so gegen die Erben angestellet wird, nothwendig geschehen muß, als in welchem die qualitas hereditaria dargethan und auch wol per iuramenti delationem beygebracht werden kan, indem dieser Nebenpunct ad substantiam processus executiui nicht gehöret, *Ad L. II. T. XIII.*

BERGER *in œcon. iur. lib. IV. tit. 30. th. 2. not. 5.*

adeoque etiam potest sustineri libellus, in quo actor recognitionem et responsionem petiit,

de WERNHER *P. VI. obs. 375.*

bevorab da alsdann nur das petitum auf recognition und Einlassung nicht admittiret werden kan, wenn daraus sich hervorthut, daß Kläger zugleich processum executiuum et stricte sic dictum über die substantialia ca- 5
pita libelli (als wenn darin unterschiedene puncta enthalten, und solche nicht alle aus dem chirographo klar sind,) angestellet, so ob diuersitatem processus nicht zu admittiren, und in so weit die cumulatio diuersarum causarum, diuerso processu peragendarum, nicht zuläßlich ist; so aber alhier nicht zu befinden, da aus denen dreyen Wechselbriefen, und also über die causas debendi schlechterdings executiue geklaget, hergegen über der qualitate accidentali hereditaria bloß Einlassung gefordert worden, welcher Punct in die Schuldforderungen nicht hineingehet. Und ob wol ad 2) die Frau Witwe nicht prætendiret, ihres seel. Mannes Erbe zu seyn, dennoch solches zu negiren nicht gnug ist, sondern durch die Eydes-delation herausgebracht werden muß, welches auch ad 3) bey ihrer Fräulein Tochter vonnöthen ist, als welcher offenbar, wie die verba finalia libelli anzeigen, der Eyd darüber mit deferiret ist; übrigens nicht nöthig gewesen, daß anfänglich solches mit berühret werden müssen, da eine Tochter ipso iure ihres Vaters Erbe wird, bevorab da sie mit ihrer Mutter zugleich in dem väterlichen Vermögen sitzet, und daraus die immixtion ohnedem præsu- 6
miret,

STRYK. *in vs. mod. ad tit. de acquir. vel amitt. hered. §. 4.*

so daß die Eydes-delation respectu ihrer nicht einsten nöthig gewesen, da die immixtion ex bonorum hereditariorum possessione de iure præsumiret wird; inzwischen da ad 4) solche geschehen, und auf Mutter und Tochter die Eydes-delation gerichtet ist, die executivische Klage dadurch keinen Anstoß erlitten, cum hæc qualitas, an rea heres sit, tantum extrinseca sit, et processus substantiam non ingrediatur, et sic etiam per iuramenti delationem, suspenso tantisper processu exe- 7
cutiuo, probari possit,

de WERNHER *P. I. obs. 335. in f.*
BERGER *cit. l.*

zumal sonsten der processus executiuus gegen die Erben niemals leicht statt finden würde, sondern dieselbe per negationem, se heredes defuncti esse, sich jederzeit von der executiui-

Ad L. II. T. XIII. schen Klage loßmachen könten, dadurch aber klare Brief und Siegel ihre Krafft bey denen 8 Erben verliehren würden, cum tamen æque contra heredem executiue etiam agi queat, modo actor prius probet conditionem hereditariam;

BERGER *in electt. proc. exemt. §. 36.*

und da nun der Beweis darüber zugelassen ist, auch die Oydes-delation darüber zuläßlich seyn muß.

So erhellet hieraus so viel, daß die ergangene Urthel denen Rechten nicht gemäß seyn. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPT. MDCCXLI.

RESPONSVM XLIII.

THEMA.

De causſa debendi in libello clare exprimenda.

Vid. T. III. Resp. CXL. Them. 1.

DECISIO XLIV.

THEMATA.

I. Editio fit sumtibus edentis, qui contumax fuit.

II. *Quilibet in causſa propria inhabilis testis est.*

SVMMARIA.

Expensæ actuum iudicialium a petente refundendæ. n. 1.

Editio documenti ab eo peti nequit, qui ab eo intuitu tertii per rem iudicatam absolutus est. n. 2.

Editio documenti a nemine in suum detrimentum petenda. n. 3.

Testis utrique litiganti æquali sanguinis vinculo iunctus pro habili habetur. n. 4.

Testis cuius non adeo interest haud repellendus. n. 5.

Testis inhabilis sit idoneus, si veritas aliter haberi nequit. n. 6.

Expensæ ab omnibus, quorum gratia sententia lata, soluuntur. n. 7.

Sententia tertio nec nocet nec prodest. n. 8.

Exceptio spolii ei, qui spolium haud commisit, opponi nequit. n. 9.

Editio documenti a tertio denegari nequit. n. 10.

Testis, penes quem eadem vincendi causſa est, repellitur. n. 11.

Testis inhabilis admittitur si ex natura negotii habiles haberi non potuerunt. n. 12.

Als derselbe uns Leuterungs-Schrifften und erfolgte Gesetze in Sachen I. L. Beklagten und Leuteranten an einem, I. L. Klägern und Leuteraten am andern, und G. L. gleichfals Leuteranten und resp. Leuteraten am dritten Theil, nebst denen übrigen in zwey vol. bestehenden Acten und einer Beylage zugeschicket.

Rationes dubitandi.

Obwol anfänglich G. L. gegen die vol. II. fol. 254. ergangene Verordnung und citation als ein grauamen angeführet, daß er 1) die Kosten des fol. 255. publicirten Urthels zum dritten Theil tragen solle, da er doch nicht mit inter litigantes anzutreffen sey, sondern sein Bruder I. L. als Beklagter von ihm zu seinem Besten die edition des documenti sub A. per compulsoriales gefordert, und, was dieser edition halber in actis ergangen, veranlasset, so daß das Urthel Klägers und Beklagtens wegen allein eingeholet, aus denen Rechten aber bekant sey, quod omnis actus expediatur in iudicio sumtibus petentis, vnde et instrumenta sumtibus petentis edenda sunt,

l. 16. C. de testib. l. 4. §. f. de edend.

zumal

zumal 2) er gegründete Ursache gehabt, sich der geforderten edition daher zu entziehen, weil er solche ohne seinen grossen Schaden nicht bewerckstelligen könne, zu dessen Behuff bereits
2 in actis ausgeführet, daß A. B. B. als Klägers Erblasserin, bereits die edition von ihm gefordert, er aber derselben exceptionem spolii opponiret, und sie laut vol. II. f. 134. befindlichen Urthel pro confessa et convicta gehalten, und ferner erkant, daß ante restitutionem spolii er sich mit ihr einzulassen nicht schuldig sey. Dahero, wofern er vorietzo, ad instantiam des Beklagten, das documentum ediren solte, er auf einmal des gantzen Vortheils aus dem iudicato sich verlustig machen würde, bevorab da er 3) dem Beklagten eigentlich die exceptionem spolii nicht opponiret, sondern durch dessen Anführung nur anzeigen wollen, was vor ein Schaden ihm gegen das iudicatum zuwachsen würde, wenn er
3 ad instantiam des Beklagten ad editionem gezwungen werden solte, cum tamen nemo contra se et in detrimentum suum instrumentum edere teneatur. Und so viel 4) des Beklagten grauamina leuterationis betrifft, Kläger zwar dagegen fol. 17. sq. seine exceptions-Schrifft eingebracht, solches aber nicht vierzehn Tage ante terminum geschehen, und er dahero daran sich præcludiret, ausserdem auch 5) die Leuterung gegen ein solches interlocut interponiret, das, weil ihm das Zeugniß aberkant, vim definitiuæ habe, und so viel 6) die admissibilität des vorgeschlagenen
4 Zeugens betrifft, solche um deswillen ihre Richtigkeit habe, weil der Zeuge Klägers und Beklagtens Bruder, und also beyden pari sanguinis vinculo verwandt, auch noch zur Zeit dabey ohninteressiret sey, indem der erste editions-Proceß gegen denselben nicht fortgesetzet worden, wie aus denen vol. II. fol. 124. sqq. befindlichen Beylagen erhelle, solche Klage auch ein gantz ander fundament gehabt; hierüber 7) in dieser Sache gedachter Zeuge noch keinen Anspruch von Klägern zu befürchten habe, bis das spolium plenarie restituiret, auch
5 8) gnug sey, daß dieser Zeuge bey des Beklagten Antheil nicht interessiret sey, noch wegen seines eigenen Antheils verklaget worden, sonsten aber 9) ein wohlhabender Mann und wohl zu vermuthen sey, daß er wegen einer solchen Kleinigkeit keinen falschen Eyd schweren werde. Endlich 10) auch sonsten kein anderer Zeuge bey dem Wiederkauf, als sein Bruder, und der Erblasserin curator, so aber darüber hingestorben, gewesen, aus denen Rechten aber bekant sey, quod vbi alii testes haberi non pos-
6 sunt, inidonei etiam admitti debeant.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) und so viel G. L. grauamina betrifft, in thesi zwar es seine gute Richtigkeit hat, quod editio documentorum fieri debeat sumtibus petentis, *Boehm. Conf. T. III. P. II.* in hypothesi aber solche daher seine applica- *Ad L. II.*
tion verliehret, weil derselbe, wie ihm die *T. XIII.*
edition auferleget worden, sich dessen gewe- 7
gert, und vol. II. f. 227. sqq. darüber verfahren, Beklagter dagegen fernere Vorstellung gethan, und um arctiores compulsoriales bey 10 Thlr. Strafe angehalten, dergestalt also über dieses Verfahren mit erkant, Leuterant mit im Anfang des vol. II. f. 255. befindlichen Urthels nach dem Beklagten benennet, und das Urthel aller drey interessenten wegen abgefasset werden müssen, mithin auch den Rechten gemäß ist, daß alle drey zu Bezahlung der Urtheilsgebühren pro rata concurriren müssen, da aller dreyen wegen das Urthel abgefasset ist, Leuterant aber ohne zureichende Ursache ad 2) sich gewegert, das documentum sub A. zu ediren, da das Recht, so er aus dem iudicato gegen die verstorbene B. herleitet, dem Beklagten nicht opponiret, noch ihm præiudiciren mag, cum sententia inter alios lata aliis 8
nec noceat nec prosit,

l. 63. D. de re iudic.

und wenn gleich ad 3) Leuterant dem Beklagten die exceptionem spolii, worauf in plane diuersa causa inter alios erkant ist, nicht directo opponiret, dennoch per indirectum solches zu thun intendiret, und von solcher exception gegen Beklagten, so gleichwol das spolium nicht begangen, zu profitiren gedencket, so denen Rechten zuwider ist, 9

per *c. 1. de restitut. spoliat. in 6.* ibi: vt in ciuilibus negotiis, spoliationis obiectu, quæ ab alio quam ab actore facta proponitur, iudex in principali procedere non postponat,

und was von dem daraus zu befürchtenden Schaden angeführet worden, eigentlich vor keinen Schaden zu halten, da eines theils ein jeder leicht mercket, daß er das Licht scheuet, und mit dem occultirten documento die 10
Wahrheit nicht gerne ans Tageslicht bringen will, andern theils ihm die edition des documenti sub A. nicht zum Schaden in dem Antheil, so er von denen quæstionirten Ländereyen besitzet, gereichen kan, zumal dennoch Kläger, bis das spolium restituiret, nicht klagen und ihm den Vortheil aus dem iudicato entziehen kan, dabey auch ihn nichts angehet, wenn Beklagter daraus künftig condemniret werden solte, so daß in dieser Sache, so zwischen Klägern und Beklagten ist, er das documentum sub A. nicht wider sich, sondern allein wider den Beklagten ediret. Uebrigens die Leuterung des Beklagten ebenfals ungegründet ist, indem ad 4) wenn gleich der Kläger die exceptions-Schrifft gegen die Leuterungs-Schrifft zu spät übergeben, dennoch seine exceptiones noch in dem folgenden Satze anbringen können, und daran sich nicht gäntzlich præcludiret. Und ob zwar ad 5) die Leuterung vor inadmissibel nicht zu achten, dennoch das Haupt-grauamen, darüber in derselben verfahren worden, billig als irreleuant

Ad L. II. T. XIII. anzusehen, weil ad 6) der vorgeschlagene Zeuge in dieser Sache interessiret, und fast wie pars anzusehen ist, indem Beklagter die eine Helffte, und der Zeuge die andere Helffte derer
11 quæstionirten Acker pari iure besitzen, sie beyderseits daran einen Wiederkauff prætendiren, und was dem ietzigen Beklagten Rechtens ist, auch künftig dem Zeugen in der Hauptsache Rechtens seyn wird, und dem Kläger, daß er ihn bishero nicht belanget, nichts als das von seiner Erblasserinne committirte spolium im Wege gestanden, welches zwar ad 7) die Klage eine Zeitlang verhindert, jedoch so beschaffen ist, daß sie aus dem Wege geräumet, und cum effectu die Klage wegen der quæstionirten Acker gegen den Zeugen angestellet werden kan und wird, als wozu Kläger sich bereits in actis erkläret, dahero ad 8) der Zeuge bey dieser Sache höchst interessiret, ja dieselbe seine eigene Sache ist, wie jedem Vernünftigen in die Augen fället, ohngeachtet er ad 9) sonsten ein wohlhabender Mann seyn mag, als welcher Umstand zum Zeugniß wenig beyträget, wenn der Zeuge in seiner eigenen Sache zum Zeugniß sich offeriret, und ad 10) die exception, quod inhabiles admittantur, si aliter veritas haberi nequit, nicht auf 12 einen accidentalem aliorum testium defectum, vbi tamen alii facile haberi potuissent, zu ziehen, sondern nur bekanter massen auf solche causas gehet, quæ ex natura sua alios quam inhabiles regulariter non admittunt, so aber auf dergleichen gemeine contractus, wie hier anzutreffen, nicht zu ziehen ist, mithin aus beyden Leuterungen wahrzunehmen ist, daß dieselbe ohne allen Grund interponiret sind, worauf die refusio expensarum retardati processus nothwendig erfolget.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXLII.

RESPONSVM XLV.

THEMA.

De editione documentorum et iuramento editionis.

Vid. T. III. Resp. CXXXIV. Them. 2.

DECISIO XLVI.

THEMA.

Rationes cum die et consule sunt edendæ.

Vid. T. IV. Decis. XXXVIII. Them. 2.

DECISIO XLVII.

THEMA.

Clausulam concernentem ex documento edere sufficit.

Vid. T. IV. Decis. XL. Them. 2.

DECISIO XLVIII.

THEMA.

Qui editionem documentorum vrget, interesse summarie docere debet.

Vid. T. IV. Decis. CII. Them. 3.

DECI-

DECISIO XLIX.

Ad L. II. T. XIII.

THEMA.

Editio documentorum etiam a tertio peti potest.

Vid. T. IV. Decis. CCLXVIII. Them. 2.

RESPONSVM L.

THEMA.

Quam diu actio principalis nondum nata, tam diu documenta ad fundandam exceptionem non edenda.

Vid. T. IV. Resp. CCCCLVI. Them. 7.

Tit. XIV. De pactis.

RESPONSVM LI.

Ad L. II. T. XIV.

THEMATA.

I. Per pactum hodie tertio acquiritur.

II. *Vox Landerben heredes ab intestato notat.*

SVMMARIA.

Pactum a vasallo cum simultanee inuestitis in fauorem familiæ initum extraneis prodesse nequit. n. 1.

Vox **Landerben** *omnes heredes allodiales comprehendit;* n. 2. 5.

Pro substrata materia tamen ad solos consanguineos pertinet. n. 3.

Tertio per pactum hodie acquiritur. n. 4. 13.

Facultatem testandi nemo sibi adimere potest. n. 6.

Vox **Landerben** *etiam futuros testamentarios heredes comprehendit.* n. 7.

Testamentum contra fideicommissum pactitium non valet. n. 8.

Vox **Landerbe** *si voci* **denen Lehnerben** *opponitur, heredes allodiales ab intestato comprehendit.* n. 9.

Verba in sensu famoso capienda. n. 10.

Reuersales quando vim pacti habeant? n. 11.

Testamenti factioni renunciare permissum. n. 12.

Als uns derselbe eine speciem facti nebst zwey Fragen zugeschicket, und ꝛc.

Hat der Churfürstl. Brandenb. Obrister, B. F. von S. das Mannlehn-Guth K. B. in dem Fürstenthum A. C. anno 1653. erkaufft, und weil er ein Ansehnliches darzu von seinem Vermögen angewendet, seinen in die Mitbelehnschafft genommenen Bruder, nach Inhalt des 1655. errichteten und sub A. befindlichen pacti, dahin verbunden, daß wenn das quæstionirte Guth auf ihn, nach Abgang der männlichen Linie, kommen würde, er oder seine Erben dem hinterbliebenen Landerben 2000 Thlr. herausgeben solten, welcher Fall aber, da der Mitbelehnte vor jenem, und dieser hingegen mit Hinterlassung eines Leibes-Lehnserben F. A. verstorben, nicht existiret, darauf dieser letztere nach seines Herrn Vaters Tode dessen Schwester Sohn, Herrn A. L. von E. anno 1686. in die Mitbelehnschafft des von ihm neuerkaufften Lehnguthes T. genommen, dagegen sich dieser laut reuerses sub B. C. auf den Fall, daß er solches Guth nach ausgestorbener männlichen Linie ex successione feudali erhalten würde, verbunden, dem zurückgebliebenen Landerben 2000 Thlr. herauszugeben, worauf denn ferner geschehen, daß der Vasall verstorben, und einen unmündigen Sohn, A. A. hinterlassen, obbesagter Mitbelehnter aber

Ad L. II. T. XIV. in solcher Minderjährigkeit von dem Ober-Lehnsherrn in casum aperturæ die expectantz und Mitbelehnschafft auf das Guth K. B. erhalten, jedoch freywillig und ungezwungen in casum devolutionis laut reuersen sub D. ao. 1693. sich verbunden, den dritten Theil des wahren Werths von besagtem Lehnguth, nach Abzug derer Lehnschulden, all die zur Zeit der Eröffnung hinterbleibende Landerben zu vergnügen. Hat sich aber gefunden, daß der letzte possessor feudi A. A. in einem sub E. befindlichen Testamente alle seine allodialia nebst dem, was der Mitbelehnte aus den reuersen denen Landerben herauszugeben gehalten ist, seiner Frau Mutter Bruder, mit Uebergehung seines Herrn Vaters Geschwister, vermachet, darauf verstorben, und beyde Lehngüther an den Mitbelehnten nunmehro gefallen, so entstehen die Fragen:

Quæstio I.

Ob die Herren Gebrüdere von F. unter die in denen E. reuersen de an. 1686. 1687. et 1693. sub B. C. D. **beschriebene Landerben gehören, und folglich zu denen darinnen vom Lehn vor die Landerben ausgesetzten Gelder mit** concurriren **müßten oder nicht?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, so viel die erste Frage betrifft, eingewendet werden möchte, daß dergleichen
1 zwischen einem Vasallen und Mitbelehnten errichtete recesse, als die gegenwärtigen sind, daher, weil in denenselben der Lehnsfolger denen Landeserben etwas herausgeben soll, einem conuentionali fideicommisso familiæ nicht unähnlich sind, und dannenhero dergestalt zu erklären, daß bloß denenjenigen, welche zur Familie gehören, mit Ausschliessung aller extraneorum, die commoda zugeeignet werden müssen, so derer, die von der Familie sind, zum besten darinnen verordnet worden, und dann in dem gegenseitigen Fall der Mitbelehnte in denen reuersen de ao. 1686. 1687. et 1693. sich verbunden, denen Landeserben in casum aperturæ ac devolutionis feudi ein Gewisses heraus zu geben, welches nach obbesagtem principio bloß allein von des F. A. hinterlassenen Geschwistern und deren Kinder, keinesweges aber dessen verstorbenen Gemahlin verlassenen Gebrüdern von F. als extraneis, verstanden werden möchte, in mehrerer Betrachtung der B. F. von S. anno 1653. mit seinem damals in die Mitbelehnschafft genommenen Bruder allem Ansehen nach blos denenjenigen, so von seiner Familie in casu aperturæ übrig seyn möchten, zum besten das sub A. befindliche pactum errichtet, und ein gleiches dessen Sohn F. A. und Enckel A. A. bey den sub B. C. et D. getroffenen Vergleichen intendiret, solchergestalt also nicht abzusehen, aus was vor einem Grund die Gebrüdere von F. unter die benannte S. Landerben mit zu rechnen seyn möchten.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) hier nicht darauf zu
2 sehen, welche unter dem Wort **Landerben** in sensu generali verstanden werden möchten, als in welchem es ausgemachet ist, daß alle heredes allodiales, die nicht in das Lehn, sondern in allodio dem vltimo defuncto succediren können, darunter verstanden werden müsten: 2) wiederum auch nicht die Frage ist, ob nicht dem vltimo defuncto in seinem hinterlassenen allodio alle dessen in gleichem Grad stehende consanguinei von Mutter- und Vater-Seiten gleich succediren; sondern es 3) lediglich darauf in hypothesi ankommt, welche nach denen
3 recessen und reuersen unter dem Wort, **Landerben**, verstanden werden, und darneben die aus dem Lehn ausgesetzte Gelder voriezo als Landerben zu fordern befugt sind, da sich denn deutlich hervorthut, daß zwar auf das erste pactum de anno 1655. da der Mitbelehnte vorher verstorben, und der casus nicht existiret, nicht weiter zu sehen ist, dennoch die andern beyden in annis 1686. und 1687. wegen des Lehnguthes T. zwischen dem ietzigen Mitbelehnten, dem von E. und dem damaligen Lehnsbesitzer, A. F. von S. errichtete pacta anfänglich hier zum Grunde zu legen, in welchem der Mitbelehnte sich anheischig gemachet, daß im Abgange des Manns-Stammes er dessen hinterbliebenen Landerben ein gewisses herausgeben wolle, worunter damals keine andere, als des vasalli Schwestern verstanden, keinesweges aber seine Gemahlin A. A. von F. Anverwandte mit begriffen werden mögen, als welche des pacisscentis affines gewesen, und unter den Landerben, welchen er durch die gedachte pacta die ausgesetzten Gelder acquiriren wollen, nicht mit verstanden werden mögen; und ob wol 4) sie des letztverstorbenen A. A. von S. Blutsfreunde, und also dessen Landerben von der Mutter-Seiten mit sind, dennoch nicht auf denselben, sondern auf den pacisscenten zu sehen, qui suis heredibus allodialibus per pactum initum acquirere eo
4 rempore voluit, welche auch so fort aus dessen pacto ein ius quæsitum allein erlanget haben, cum indubium sit, hodie etiam, maxime in feudis, tertio ius perfecte quæsitum acquiri posse, inspecta æquitate naturali, per leges Romanas etiam agnita,

Arg. l. 3. C. de donat. sub mod.
HARPRECHT *de fideic. conu. th. 16. n. 23. sqq.*
STRYK. *in V. M. ad tit. de pact. §. 12. et §. 21. in f.*

adeo

adeo vt vtilis actio his, in quorum fauorem pactum initum, et de quibus tempore pacti initi cogitatum, competat, ac si illi ipsi pactum iniissent,

HARPRECHT *cit. l.*

et quidem cum effectu transmissionis in heredes, cum statim a tempore pacti initi is creditor fiat, in cuius fauorem pactum initum,

IDEM *cit. l. §. 48.*

welches wegen T. allein auf A. F. von S. Schwestern und deren Kinder zu appliciren, als welche damals bloß die eintzigen Landerben gewesen, denen der pacifcens prospiciren können und wollen; im gegentheil was 5) das Guth K. B. betrifft, eintzig und allein allhier auf den reuers de anno 1693. zu sehen, welcher zu Zeiten des letztverstorbenen A. A. ausgestellet, und dessen Landerben *insgesamt* der dritte Theil von dem gedachten Guthe beym Abgang des Manns-Stammes versprochen worden, worunter nicht allein damals dessen Vaters Schwestern und deren Kinder, sondern auch seiner Mutter Bruder und dessen Kinder zu verstehen gewesen, mithin in regard dieses pacti unter die Landerben mit begriffen sind, welchen damals durch den Reuers ein ius acquiriret ist. Dahingegen was in rationibus dubitandi von der natura eines fideicommissi familiæ angeführet worden, allhier um desto weniger in consideration zu ziehen, da der letzte recess mit keinem Worte derer blossen 5 S. sondern der Landerben überhaupt Meldung thut, welche Redensart einen weit grössern ambitum hat, als daß solche blos auf jene restringiret werden müste, mithin nach ihrem eigenen Verstande von allen, so in allodialibus æqualia iura succedendi haben, ceteris paribus, billig zu erklären.

So halten wir davor, daß in den letzten reuersen die Gebrüdere von F. unter die benannte Landerben zwar mit zu verstehen, nicht aber zu denen in pactis de anno 1686. und 1687. benanten Landerben gerechnet werden können.

Quæstio II.

Ob der letztverstorbene Herr A. A. von S. über diese Gelder mit Rechtsbestande disponiren und testiren können?

Rationes dubitandi.

Die andre Frage betreffend, obwol über- 6 haupt in den Rechten versehen, quod nemo sibi facultatem testandi adimere possit,

l. 15. C. de pact.

am allerwenigsten aber, daß solches geschehen, einstens zu præsumiren ist, vielmehr alles dasjenige, so einen widrigen Schein hat, dergestalt zu erklären, vt facultas testandi semper salua sit, in dem gegenwärtigen Fall aber durch die errichtete recesse der ietzige Lehnsfol- *Ad L. II. T. XIV.* ger denen zur Zeit der apertur befindlichen Landerben ein gewisses quantum herauszugeben versprochen, wodurch zwar dieser an sein Versprechen gehalten, hingegen der vasallus keinesweges verbunden gewesen zu seyn scheinet, allen bey seinem erfolgten Tode übergebliebenen nächsten Blutsfreunden die allodialia, nebst dem, was der Mitbelehnte herausgeben muß, ex æquis partibus zu lassen, sondern gar wohl befugt gewesen, wie in dem sub E. befindlichen Testamente geschehen, etlichen von denen sämtlichen Anverwandten cum exclusione reliquorum solches zuzueignen, gestalt denn eines theils solche allerdings würckliche Landerben sind, und also dadurch nicht einmal wider die reuerse etwas disponiret worden, welche gar füglich von denen künftigen Landerben erkläret, mithin von denen futuris 7 heredibus testamentariis, vel ab intestato verstanden werden möchten, solchergestalt aber, und da der vltimus possessor etliche in testamento benennet, diejenigen, so ab intestato sonst zugleich mit succediret haben würden, dadurch ihr ius verlohren, und mit Befug Rechtens keinen concursum ferner prætendiren möchten, quum successio testamentaria sit potior ea, quæ ab intestato ex lege defertur; andern theils die reuerse, besonders der letztere, per modum pacti nicht errichtet, sondern darinnen bloß von dem Mitbelehnten bey der Minderjährigkeit des testatoris einseitig versprochen worden, in casum aperturæ denen Landerben etwas von dem feudo herauszugeben, solchergestalt aber, wenn auch gleich testamenti factioni pacto renunciiret werden könte, dennoch an einem einmüthig geschlossenen pacto allhier es fehlen würde, mithin allem Ansehen nach davor gehalten werden möchte, daß der testator die successionem in allodiis, exclusis aliis, denen von F. mit Bestande Rechtens zuwenden können.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) in denen ao. 1686. und 1687. sub B. et C. errichteten reuersen der mitbelehnte Herr von E. sich verbunden, wenn das Guth T. auf ihn fallen würde, *denen hinterbliebenen Landerben*, so damals des A. F. von S. Schwestern allein gewesen, ein gewisses Geld herauszugeben, welches dahero ihnen iure cuiusdam fideicommissi pa- 8 ctitii gebühret, und dagegen kein testamentum gelten kan, nicht weniger abermal in dem reuers de ao. 1693. *denen zur Zeit der Eröffnung hinterbliebenen gesamten Landerben*, in Abgang des Manns-Stammes etwas von dem feudo K. B. am Gelde zu bezahlen sich reuersiret, welche Redensart 2) nach der wahren Willensmeinung derer pacifcentium secundum regulas bonæ interpretationis von keinen andern, als solchen heredibus, verstanden

Ad L. II. T. XIV.

standen werden kan, so excluso feudo, ex iure sanguinis, in denen allodialibus ex proximitate gradus zugleich zu succediren, in casum aperturæ berechtiget seyn werden, wie solches 3) das Wort, Landerben, so dem Lehnerben entgegen gesetzet wird, deutlich genug an den Tag leget, sintemalen die Benennung derer Landerben bloß daher kommt, weil die heredes nach dem Landrecht succediren, gleichwie hingegen die Lehnerben nach dem Lehnrecht erben; gleichwol aber 4) nach denen alten teutschen Rechten man von der successione testamentaria nichts gewußt, sondern den nächsten Blutsfreunden priuatiue entweder nach dem Land- oder Lehnrecht, nachdem sie männlichen oder weiblichen Stammes gewesen, das Erbrecht zugeeignet ist, woher denn hernachmals die Benennung derer Landes- und Lehnserben hergekommen, und dahero von bewährtesten Rechtslehrern auf diese Weise erkläret werden, vt per heredes sub locutione Landerben heredes vulgares ab intestato intelligendi sint;

9

MOLINAEVS *T. I. conf. 18. n. 8.*

HARTM. PISTOR. *L. 2. q. 3. n. 64.*

solchergestalt aber 5) die testamentaria dispositio auch von dem Anfall aus diesem letzten pacto zum præiudiz einiger dieser Landerben nicht geschehen mögen, bevorab da derselbe denen Landerben insgesamt reseruiret ist, und nicht so wol ex promissione des vltimi possessoris, als des Mitbelehnten alle Landerben in regard K. B. ein ius quæsitum erhalten haben; dieserwegen daraus folgen muß, daß die heredes testamentarii hieher gar nicht gehören, vielweniger bey dem quæstionirten casu die geringste Vermuthung sich hervorthut, als ob in denen ausgestellten reuersen auf solche jemals gedacht worden, und die paciscentes von dem significatu huius vocabuli ordinario und consueto abgegangen, folglich auch allhier die regula interpretandi statt finden muß, quod verba in sensu proprio et famoso sint accipienda;

10

CARPZOV. *L. 5. tit. IV. Resp. 26. n. 12.*

aus welchen Umständen ferner 6) von selbsten folget, daß das denen Erben ab intestato, nach dem bey der vorigen Frage gemachten Unterscheid, wegen T. und K. B. zugeflossene ius perfecte quæsitum durch die sub E. errichtete dispositionem vnilateralem keinesweges genommen werden können; wohlerwogen die reuerse samt dem, so darinnen verabredet worden, per modum pacti errichtet, und in specie die reuerse sub B. et C. zwischen F. A. und dem Mitbelehnten Gedingsweise verfertiget, und daraus dessen damaligen Landerben ein ohnstreitiges Recht acquiriret worden, welche der A. A. als heres patris nicht umstossen können; und obgleich 7) der letztere reuers keine speciem pacti zu haben scheinet, dennoch solche vis pacti vorietzo nicht in Zweifel gezogen wird, zumal durch extradition des reuersus an des letztverstorbenen Vormünder solches bestätiget, und von diesen acceptiret, mithin denen Landerben insgesamt nach denen verbis pacti ein ius acquiriret worden, wodurch dieselben creditores, der Herr von E. aber als Mitbelehnter debitor geworden, welcher sich auch nicht wegert, das versprochene quantum herauszugeben; ja der testator selbst in seinem Testament dadurch die validitatem pacti agnoscirt, daß er darinnen alles dasjenige, so der Mitbelehnte aus dem Lehen nach denen reuersen herauszugeben pflichtig ist, denen heredibus institutis assigniren wollen, wodurch er aber propter obligationem pactitiam denen andern Landerben von seinem Vater her nicht præiudiciren können, bevorab es heut zu Tage eine ausgemachte Sache ist, daß man sich nicht allein in totum, sondern auch in tantum, wie allhier ratione præstandorum geschehen, der testamenti factioni per modum pacti Rechts- 12
gültiger Weise begeben könne;

11

STRYK. *de cautel. testam. c. 24. n. 4.*

mithin die deßfalls in rat. dubit. angeführte momenta von sich selbsten hinwegfallen; am allermeisten aber 8) allhier hindern kan, daß die Landerben die quæstionirten reuerse als paciscentes nicht mit eingegangen, gestalten ihnen dem ohngeachtet aus des Mitbelehnten, als ihres debitoris Versprechung, insgesamt ein vollkommenes Recht zugewachsen, und es in effectu eben so gut gewesen, als ob sie selbst principaliter die quæstionirten reuerse acceptiret oder unterschrieben hätten, quod etiam hi, qui stipulati non sunt, vtilem actionem ad bona petenda ex pacto tertii habeant,

l. 3. C. de don. quæ sub mod. 13

maxime secundum principia iuris Germanici, quæ tertio, in cuius fauorem pactum initum ius perfectum tribuunt,

STRYK. *V. M. tit. de pact. §. 21. in f.*

BÖHMER *T. I. consult. p. 2. cons. 100. n. 59.*

adeo vt promissor, inuito promissario, licet non acceptauerit, facultatem pœnitendi non habeat.

CÓVARRVV. *Resp. L. 1. c. 14. n. 12.*

WERNH. *suppl. ad P. 1. obs. 182.*

am wenigsten also einem solchen, qui nihil principaliter promisit, frey stehet, das promissum tertii durch eine anderweitige dispositionem zu Wasser zu machen. Endlich 9) dem A. A. wohl frey gestanden, von seinem übrigen allodio zu disponiren, keinesweges aber, worzu sich der Mitbelehnte freywillig engagiret, und seinem des testatoris arbitrio nicht unterwerfen gewesen, in fauorem eines seiner Blutsfreunde und in præiudicium derer übrigen vltima voluntate eine Verordnung zu machen, mithin solche disposition in Ansehen der

ber denen Landerben ausgesetzten Gelder wegen T. null und nichtig, in Ansehen K. B. aber nicht weiter, als von der instituirten Erben Antheil ab intestato bestehen kan.

So erhellet hieraus so viel, daß der letztverstorbene A. A. von S. zum præiudiz der S. Schwester-Kinder vorgedachter massen zu disponiren nicht befugt gewesen, sondern diesen die wegen T. ausgesetzte Gelder allein, wegen K. B. aber pro rata mit zukommen. V. R. W. *Ad L. II. T. XIV.*

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE, MENSE MAI. MDCCXXXV.

RESPONSVM LII.

THEMA.

De eodem argumento.

Vid. Tom. III. Resp. CL. Them. 2.

RESPONSVM LIII.

THEMATA.

I. Perfectum est negotium, si de consensu puro paciscentium vtrinque constat.

II. Error in accidentalibus non vitiat pactum.

III. Conditione cessante cessat pactum.

IV. *Mutuæ litigantium iniuriæ arbitrarie coercentur.*

SVMMARIA.

Verba dubia haud inducunt obligationem perfectam. n. 1.

Sola oblatio inuoluit negotium imperfectum. n. 2.

In negotiis magni momenti scriptura ad inducendam obligationem accedere solet. n. 3.

Imperfectum est negotium, quamdiu ad perficiendum quid superest. n. 4. 14.

Tertio vtrum acquiratur? n. 5. 18.

Exceptio erroris ab obligatione liberat. n. 6.

Exceptio implementi non secuti alterum liberat. n. 7.

Conditione deficiente obligatio corruit. n. 8. 10.

Pacta turpia non sunt obligatoria. n. 9.

Mutuus et categoricus paciscentium consensus perfectam inducit obligationem. n. 11.

A pacto vnus inuito altero recedere nequit. n. 12.

Conditione quomodocunque impleta alter pacto satisfacere tenetur. n. 13.

Pacta rite inita pœnitentiam alterutrius excludunt. n. 15.

Scriptura præcise ad inducendam obligationem non requiritur. n. 16.

Scriptura in dubio probationis causa accessisse videtur. n. 17.

Error in accidentalibus alleganti non prodest. n. 19.

Dolus sine intentione fallendi concipi nequit. n. 20.

Qui suo iure vtitur nemini facit iniuriam. n. 21.

Die mir zugeschickte acta priuata bestehen in folgenden Umständen:

Es hat in der Stadt L. den Dienst eines so genanten Weißbaders am Wasser eine Zeit her M. V. vertreten, die damit verknüpfte administration aber derer öffentlichen Gelder nicht mit gehöriger accuratesse geführet, dergestalt, daß bey jeder abgelegten Rechnung nicht allein ein ziemlicher Rest zu bezahlen übrig geblieben, sondern auch wegen künftigen Jahres aufs neue caution von ihm zu fodern vonnöthen gewesen, wozu sich der commissarius und Amtmann W. etliche Jahr mittelst seiner Rückbürgschafft gebrauchen lassen. Nachdem aber I. H. E. 1723. eine expectantz auf besagten Dienst erhalten, hat besagter Herr Amtmann im Anfang des Jahres 1724. durch den Advocaten K. erstlich sub dato den 10 Jan. N. act. 16. so dann unterm 20sten und 23 dato N. act. 17. 18. dem expectiuirten antragen lassen, daß weiln von seiner Rückbürgschafft die conservation des V. lediglich dependirete, er solche hinkünftig denegiren, mithin ihm, dem E. sol-

Ad L. II. T. XIV. dergestalt zum Dienst des Weißladers verhelffen wolle, wann er sich resoluiren würde, ihm wegen seiner an V. habenden Fodrung 500 Thlr. in fünf Jahren nach einander, benebst 200 Thlr. welche jeder Weißlader seinem antecessori oder dessen Erben zu ersetzen schuldig, zu bezahlen, welche offerte der E. in so weit acceptiret, wann er noch in besagtem Jahre im Monath Martio zu dem Dienst solchergestalt gelangen könte. Nach obiger Erklärung ist unter beyderseits nichts mehr vorgegangen, als daß den 1 Febr. 1724. durch ein decret dem V. von der löblichen Stadt-Obrigkeit zu L. seinen Rest innerhalb 14 Tagen zu bezahlen, und sich zu neuer caution anzuschicken, bey Verlust seines Dienstes anbefohlen worden, worauf auch im Monat Martio, weilen sich der Amtmann W. seiner nicht weiter angenommen, die cassation des V. und successiön des expectiuirten E. erfolget. Weiln nun diesem ohnerachtet dieser sich zu nichts verstehen will, und dahero nach Anweisung der Acten ein Proceß zwischen beyden entstanden; so komt es hiebey auf folgende Frage an:

Quæstio.

Ob der Weißlader E. die versprochene 500 Thlr. nach denen in den überschickten Acten ausgeführten Gründen dem Kläger zu bezahlen schuldig?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol 1) der Briefwechsel zwischen dem aduocato K. und ietzigen reo vor kein volkommenes abgeredetes pactum zu halten, und wann gleich jener N. act. 16. 17. 18. die offerte, dem V. die caution abzuschlagen, gethan, und dagegen die 500 Thlr. sich stipuliret, dieser auch in seiner Antwort solches acceptiret, dennoch dieser blosse Brief einen so
1 præiudicirlichen effect nicht nach sich ziehen könne, wohlerwogen die darinnen gebrauchte Worte: so bin ich erbörhig, keinen animum actu se obligandi, sondern eine blosse oblationem inuoluiren, welche aber noch keinen finalen Entschluß machen kan, sondern nur so viel anzeiget, daß er auf die ihm gethane Vorschläge zu entriren wohl willens sey, übrigens wann er sich würcklich hätte obligiren wollen, positiuere Redensarten gebrauchet haben würde, quum sola agendi voluntas declaretur nudo pacto, non autem necessitas aut obligatio præcisa, per quam ad implendum alter adstringi potest;

COCCEI. *de iur. circ. act. imperf. S. 3. §. 15. seq.*

wannenhero das gantze negotium vor blosse Tractaten, dem äusserlichen Ansehen nach, noch
2 zu halten, daran der Kläger, wann er nicht von der caution sponte abgehen wollen, selbst keinesweges gehalten gewesen wäre, um so viel desto weniger also von Seiten des E. daraus eine perfecta obligatio zu schliessen, sondern sein desfals abgefaßtes Schreiben dergestalt zu interpretiren, daß die darinnen determinirte Umstände nicht so wol als conditiones obligationis iam initæ, sondern vielmehr als nudæ oblationes, und also dergestalt anzusehen, daß er sich nicht so fort auf selbige conditiones obligirt machen wollen, sondern, wann man sich künftig durch ein ordentliches pactum engagiren, und alles accurat bestimmen würde, alsdann der accord erst in Richtigkeit gebracht werden solte; gleichwie dann auch in dergleichen wichtigen Foderungen gemeiniglich bey dergleichen schrifftlichen Abrede man es nicht bloß bewenden lässet, sondern darüber ein or- 3
denliches Instrument, daraus man sehen kan, daß alles zu seiner vollkommenen perfection gekommen, aufzurichten pfleget,

HARPRECHT *vol. nou. consil. p. 831. n. 105. sqq.*

in dessen Ermangelung, und da nach des E. abgeschickten Brief nichts weiter vorgegangen, es das Ansehen gewinnen will, daß die Sache nicht völlig zu Stande gekommen, mithin pro negotio obligatorio keinesweges zu halten, 4
quamdiu enim ad perficiendum negotium aliquid supereſt, tamdiu negotium dicitur imperfectum minusque obligatorium;

l. u. C. de his quib. vt indign.

hierüber 2) der V. mit dem beklagten E. selbst weder schrifft- noch mündlich contrahiret, sondern die angetragene conditiones, worauf der E. in dem oft benanten Brief geantwortet, von dem aduocato K. entworfen worden, mithin wann gleich das entamirte negotium pro perfecto gehalten werden solte, dennoch dem V. das gemeine principium iuris: quod nemo tertio acquirere nec ex contractu tertii quis agere possit, 5

l. 38. pr. §. 17. l. 126. §. 2. de V. O.

entgegen stehen und rechtskräfftiger Weise verhindern würde, gegen den E. desfals eine Klage anzustellen, wiewolen dieser noch ausserdem verschiedene wichtige exceptiones dem quæstionirten negotio entgegen gesetzet, wohin hauptsächlich 3) die exceptio doli und damit verknüpfte erroris gehöret, gestalten aus dem gantzen Verlauf der Sache sich ergiebet, wie der Beklagte in der völligen persuasion gestanden, es habe der Kläger die Gewalt in denen Händen, den V. länger bey dem Dienst zu erhalten, oder dessen zu entsetzen, wenigstens sol- 6
chen auf eine Zeitlang einem tertio zuzuschantzen, der ihn ratione seiner Fodrung zu befriedigen sich resoluiren, folglich seine prætension lediglich von der Weißlader-Besoldung abgetragen werden müste, wohin, so viel den ersten Punct betrifft, die positiven Worte des Schreibens sub B.

welches aber (nemlich V. dimission) nicht geschc-

geschehen wird, wann Herr W. neue caution vor ihn stellet,

den andern aber anlangend, das Schreiben sub A. vom 10 und 20sten Jan. gehöret, folgendes Inhalts:

Es werde Herr W. bey dem Magistrat anhalten, daß einem gewissen subiecto nur so lange der Weißlader-Dienst gegen caution abgetreten würde, bis er von dessen salario schadloß gesetzet worden: desgleichen

Es hätten sich schon zwey gemeldet, welche jährlich 100 Thlr. von dem salario zum Behuff derer Schulden abtragen wolten, auch einer sich erbothen, jährlich an dem salario 150 Thlr. weniger zu nehmen,

wobey es der Kläger nicht bewenden lassen, sondern damit der Beklagte sich um derer Sachen wahre Beschaffenheit zu erkundigen keine Zeit bekommen möge, drey Tage drauf, als den 23sten Jan. in diesen terminis:

Wann E. sich nicht cito erkläre, so werde ein anderer auf fünf Jahr angenommen, an ihn schreiben lassen, welchem Umstande der Beklagte bona fide getrauet, und sich um seine expectantz nicht zu bringen, durch die acceptirte offerte in einen sauren Apfel beissen müssen, mithin in iustissimo errore gewesen, error autem excludit consensum, vt nec consentire nec se obligare censeatur, cuius consensus dolo tertii vel errore elicitus,

l. 15. de iurisd. l. 9. de iur. et fact. ignor.

denique, qui falsa persuasione inductus promisit, haud tenetur,

l. 19. in f. de inoff. testam.

gleichwohlen aber sich zu der gethanen offerte gewiß nicht verstanden haben würde, wann er die wahren Umstände, und daß es sich würcklich so, wie jener berichtet, nicht verhalte, gewust, in mehrern Betracht der Ausgang gewiesen, daß V. bey dem Dienst ohnmöglich bleiben können, demselbigen auch erst am 1 Febr. mithin nachher, als der K. letzte Brief datiret, die caution N. act. 56. iniungiret worden, folglich der Kläger nicht Ursache gehabt, so geschwind auf eine resolution zu dringen, wann er nicht mit fälschlichen persuasionibus umgangen, ferner 4) die exceptio implementi
7 non secuti das wichtigste momentum hiezu beytragen möchte, nachdem, anstatt dem E. versprochener massen zu dem Dienst verholffen zu haben, er vielmehr die von denen hochlöblichen Patronis am 23 Mart. 1724. veranlassete Ueberkunfft des Beklagten auf alle Art zu hintertreiben gesuchet, so daß ihm solches von dem senatu verwiesen werden müssen, zu geschweigen daß V. nicht durch die denegirte caution des Klägers, sondern seine eigene üble und unverantwortliche administration des quæstionirten Dienstes entsetzet worden, wie nicht allein derer sämtlichen Baarmeister desfals ausgestelletes schriftliches attestatum N. act. 31. sondern auch das decretum sub N. 56. bezeuget, krafft dessen ihm die rückständigen Gelder

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

bey Verlust seines Dienstes zu zahlen, iniungiret, mithin derselbe bereits euentualiter, ehe *Ad L. II. T. XIV.*
noch Kläger dazu etwas beytragen können, abgesetzet worden, wohin auch nicht undeutlich des Klägers eigene Geständniß in dem oben angeführten K. Schreiben in verbis, **daß ein anderer Weißlader auf fünf Jahr angenommen werden möchte**, abzielet, als welchen Umstand der Kläger nicht würde haben dem Beklagten berichten lassen, wann er selbst nicht vermeinet, daß V. bereits damals in effectu schon abgesetzet gewesen, überdem die commission selbst in dem protocollo sub N. 47. gestanden:

Daß V. seit Weyhnachten die administration seines Dienstes genommen, und in seinem Nahmen von dem K. verrichtet sey,

woraus offenbar erhellet, welchergestalt der V. lange vor den Tractaten effectiuement seines Amtes bereits entsetzet gewesen, die blosse declaratio aber erst im Martio erfolget, Kläger also durch die verweigerte caution zu der erfolgten Entsetzung nichts beygetragen, oder würcklich beytragen können; sondern solche ohnedem erfolgen müssen, anderer gestalt senatus die in dem Churfürstl. edicto sub N. 110. enthaltene Verantwortung sich über den Hals gezogen, und die Landesgesetze offenbar überschritten haben würde, so doch von einem solchen collegio, und wann gleich V. fernerhin caution gemacht hätte, nicht zu præsumiren, zudem Kläger niemanden, durch dessen Bürgschafft V. von ihm soteniret werden können, in Vorschlag zu bringen vermocht; was aber derselbe von der bisherigen Bürgin, nemlich der S. anführet, deswegen vor glaublich nicht zu halten, weil ihr Haus bereits mit 2000 Thlr. verhypotheciret gewesen, mithin senatus bey ihr keine securität gehabt, auch in solchem regard sie ehedem bloß auf ein Jahr angenommen worden, nach dessen Verfliessung sie nicht wieder vor eine tüchtige Bürgin passiren können, folglich nicht abzusehen, auf was Art und Weise der Kläger den V. ferner beym Dienst erhalten, oder durch die denegirte caution dessen entsetzen können, zu geschweigen, daß der Kläger nach dem K. Schreiben sub C.

so will die Sache schon zu Stande bringen,

sich zu einem würcklichen und thätigen Beystand verpflichtet gemacht, mithin nicht per indirectum, mittelst unterlassener Rückbürgschafft, sondern positiue und directe diese condition zu erfüllen seine Schuldigkeit erfodert, bey dessen Acten-kündiger Unterlassung und damit verknüpften Unmöglichkeit die conditio adiecta billig pro non impleta zu halten, deficiente autem conditione nil actum inter 8
partes censetur,

l. 37. in f. de contr. E. V.
l. 8. de pericul. et commod. rei vend.
MANTICA *L. 4. de tacit. et ambiguis conuent. tit. 26. n. 25.*

Ad L. II. T. XIV. welche argumenta insgesamt die exceptionem implementi non secuti deutlich genug zu erweisen scheinen, wiewol diesen annoch 5) die turpitudo des quæstionirten pacti hinzuzusetzen, nachdem auf solche Art der Kläger an des V. Absetzung die einzige und alleinige Ursach gewesen, und solche, um nur 500 Thlr. zu
9 verdienen, zu befördern versprochen, dergleichen doch offenbar mit denen regulis honestatis et amoris streitet, pacta autem, quæ turpem causſam continent, haud producunt obligationem,

l. 27. §. 4. ff. de pact.

und obwol Klägers Vorgeben nach er so viel an V. wegen der Rückbürgschafft zu fodern gehabt, dennoch 6) seine prætension von dem Beklagten geleugnet wird, und von dem Kläger noch nicht als liquid erwiesen worden, mithin wann auch gleich die turpitudo ex hoc
10 capite wegfallen solte, dennoch das von Beklagten desfalls gethane Versprechen daher nicht verbindlich seyn möchte, weiln solches die Richtigkeit des Klägers Foderung als eine condition voraus setzet, und bloß in solcher Absicht, wann es sich damit vorgegebener massen verhalten würde, erfolgete, bey welchen Umständen es das Ansehen gewinnen will, als ob Kläger in seiner Foderung nicht gegründet sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch zu einem pacto perfecte obligatorio ein mutuus pacisentium consensus, h. e. vnius oblatio, et alterius
11 cathegorica acceptatio erfodert wird,

l. 55. ff. de obl. et action.

und dann aus denen zwischen Klägern und Beklagten verhandelten actis erhellet, daß jener durch den aduocatum K. den Beklagten nach Inhalt des N. 16. befindlichen Briefes anfragen lassen, ob er auf den Fall, daß Kläger vor den V. fernerweit zu keiner caution behülflich wäre, und dieser so dann seinen Dienst verlöhre, mithin er als expectiuatus ihm succedirte, ihm jährlich von dem gewöhnlichen salario ein gewisses abtreten wolte, bis er völlig wegen seiner habenden Fodrung befriediget sey, welches in dem wiederholten Schreiben N. 17.
nd N. 18. von neuem bestätiget, und das quantum auf 500 Thlr. determiniret worden, worauf der Beklagte in seinem oft angeführten Antworts-Schreiben dergestalt sich herausgelassen, daß, wann Kläger die offerirte condition erfüllen, und also Beklagter noch im Monath Martio zu dem Weißlader-Dienst würcklich gelangen würde, er erböthig sey, ihm jährlich 100 Thlr. in fünf nach einander folgenden Jahren von seiner Besoldung zu überlassen, welche Erklärung nach dem natürlichen Wortverstande, und des Beklagten dabey gehabten intention nicht anders, als eine categorische Bewilligung desjenigen, so ihm angetragen worden, angesehen werden kan, mithin dasjenige, was zu einem pacto obligatorio gehöret, inuoluiret, wo aber eine obligatio perfecta vorhanden, keinem von beyden pa- 12
cisenten wider des andern Willen frey stehet, davon hinwiederum abzugehen,

l. 5. C. de obl. ex act.

sondern wann einer von seiner Seite dem gethanen Versprechen ein Gnüge thut, dem andern schlechterdings oblieget, das dagegen gethane Versprechen zu erfüllen, gleichwol der Ausgang gewiesen, daß Klägers fernerweitige caution vor den Weißlader V. versprochener massen nicht gestellet, und dadurch so viel effectuiret, daß jener, bey seiner bisherigen übeln administration, würcklich dimittiret, hingegen Beklagter, wie er verlanget, im Monat Martio in die würckliche possess des ehemals versprochenen Dienstes gesetzet worden, einfolglich hiedurch die von seiner Seite versprochene condition ehrlich erfüllet, sonsten aber zu nichts mehr, das von ihnen gefodert werden könte, sich anheischig gemacht, oder von dem Beklagten prætendiret worden, und dann die Rechte erfodern, vt conditione ab altero impleta, alter promissis a sua parte quoque sa- 13
tisfaciat,

l. 16. de solut.
l. 79. de verb. obl.
LAVT. *tit. de pact. §. 81.*

adeo, vt sufficiat conditionem per æquipollens esse impletam, finemque pacisentium obtentum fuisse,

l. 16. de vsufruct. legat.
GAIL. *2. Obs. 4. n. 16.*

überdem aus den Acten sich nicht das geringste Merckmahl, weßfals man an dem consensu partium libero und deliberato zweifeln könte, hervorthut, vielmehr alles bona fide und mit gehöriger Ueberlegung von beyderseits pacisenten ausbedungen worden, daraus denn kein anderer Schluß gemachet werden kan, als daß Beklagter die von seiner Seite versprochene 500 Thlr. nach erfolgter Verfliessung derer ausgemachten fünf Jahre dem Kläger zu bezahlen schuldig sey, dieserwegen es jetzo annoch lediglich auf die von Seiten des Beklagten dagegen gemachte und in rat. dub. angeführten Einwürfe ankommet, welche aber insgesamt von keiner Erheblichkeit sind, gestalten ad primam rationem dubitandi die vermeinte imperfectio negotii sehr weit hergeholt ist, und mit keinem Schein des Rechtens dargethan werden kan, wie in rat. decid. mit mehrern aus der natura pactorum perfectorum dargethan worden, noch deutlicher aber in die Augen falle, wann man erweget, daß diejenigen conuentiones bloß unter die nudos tractatus gehören, in quibus nondum de consensu 14
partium in idem placitum constat, adeoque adhuc aliquid ad determinandum supereſt,

l. pen. C. de his quib. vt indign.
VVLTEIVS *conſ. 24. V. 2. n. 21.*
COCCEI. *cit. l. S. 2. §. 2.*

davon doch gleichwol in denen gewechselten Briefen keine Spuhr sich hervorthut, sondern die

die 500 Thlr. nach erfolgter Erfüllung des Klägers gethanen offerte, pure versprochen worden, wodurch dann alles, was in rat. dub. von der facultate pœnitendi angeführet,
15 von sich selbsten hinwegfällt, quum pacta categorice inita hodie habeant vim stipulationis, et sic vtrinque pœnitentiam ex consensu omnium iuris interpretum excludant,

STRYK. *in vs. mod. ad tit. de pact.* §.

wannenhero das in des Beklagten Antwort-Schreiben gebrauchte Wort: so bin erbörhig, nicht zu captiren, als worinnen eine euentuale acceptatio verborgen lieget, allenfals die zu Ende des Schreibens befindliche Redensart: *nachdem ich nun dasjenige, was Ew. Hochedelgeb. verlanget, eingehe*, den animum sese obligandi deutlich an den Tag legen, und keine categorischere Erklärung, als diese, von jemand gefodert werden kan; daß aber nach dem Schrifftwechsel kein besonderer
16 Vergleich schrifftlich entworfen und von denen Parteyen unterzeichnet worden, von keiner Nothwendigkeit gewesen, quum consensus non præcise scriptura obligationem inducat,

§. 12. S. de inutil. stipulat.

adeo vt si vel maxime hæc accessit, tantum probationis causa adhibita fuisse censeatur,
17 de qua si aliunde constat, non opus est litteris,

l. 4. de pign. l. 4. ff. l. 17. C. de fid. instrum.

STRYK. *de caut. contr. S. 2. C. 8. §. 2. seq.*

ferner ad secundam rat. dub. die daselbst angeführte Regul bereits bey denen Römern in vielen Fällen einen grossen Abfall gelitten, nach denen neuern Rechten aber, besonders aber der simplicitate Germanorum in conuentionibus ineundis, auf einen andern Fuß gesetzet worden, adeo vt hodie quiliber ex pacto in
18 fauorem eius a mandatario inito agere possit, wie ich mit mehrern argumentis in

diss. de iure ex pacto tertii quæsito,

ausgeführet habe; was aber die in rat. tertia enthaltene exceptionem erroris et doli betrifft, es alhier darauf, was sich der Beklagte von des Klägers pouvoir bey Besetzung des Weißlader-Dienstes vor Gedancken gemacht, gar nicht ankomt, und allenfals dieser den deshalb gehegten errorem, und daß er sich darum nicht besser erkundiget, sich selbsten zu imputiren hat, wohlerwogen das erste Anfra-
19 gungs-Schreiben den 1 Jan. die Antwort darauf den 25 Jan. datiret, binnen welcher Zeit er desfals gnugsame Nachricht einziehen können, wiewolen seine Einbildung ihn nicht triegen können, nachdem vermöge des decreti vom 1 Febr. 1714. würcklich in des Klägers Händen und Mächten gestanden, durch fernere caution den V. bey seinem Dienst zu soutenieren, und solchergestalt die Eröffnung des Weißlader-Dienstes in præiudicium des Beklagten zu verhindern, sondern vielmehr alles darauf beruhet, daß Kläger versprochener massen vor den V. fernerweitige caution nicht verschaffet, die er doch, wie vorher geschehen, besorgen oder selbst stellen können, als zu welcher condition er sich eintzig und allein angebothen, und keines weiteren pouvoirs bey Entsetzung des quæstionirten Dienstes in denen gewechselten Schreiben sich gerühmet, mithin Beklagter sich damit gnügen muß, daß er seinen Entzweck durch das implementum conditionis promissæ würcklich erhalten, und ob zwar die in dem Schreiben vom 20 Jan. angeführte Umstände, daß sich bereits jemand gemeldet, welcher von dem salario etwas fahren lassen wolte, sich der Wahrheit nicht gemäß befinde, dennoch solche als circumstantiæ accidentales zu des Beklagten resolution nichts beytragen können, wohlerwogen, wie angeführet, es eintzig und allein auf den Kläger, ob er vor den V. fernere caution stellen würde, angekommen, mithin dieser den Beklagten eintzig und allein von würcklicher Erhaltung des Weißlader-Dienstes, und kein Fremder, wer sich auch angebothen, abhalten können, also die eintzige caussa mouens ad promittendos quingentos thaleros darinnen bestanden, daß Kläger zum faveur des Beklagten sich des V. nicht weiter anzunehmen versprochen, und weiln sich hierinne der Beklagte nicht geirret, sondern solchen Umstand ex euentu erfahren, es eine blosse chiquane seyn würde, wann Beklagter deswegen, daß er sich in etlichen Nebenumständen, die ihm weder helffen noch schaden können, geirret habe, sich seines Versprechens ex capite erroris entziehen wolte, quum tamen notissimi iuris sit, errorem in accidentalibus non vitiare pactum vel contractum,

l. 34. de contr. E. V.
l. 9. §. 1. 2. l. 11. §. 1. eod.
l. 21. §. 2. de act. emt. vend.

noch weniger aber hierunter ein dolus gesuchet werden kan, qui sine machinatione ad fallendum, lædendum ac decipiendum alterum concipi nequit, 20

l. 7. §. 9. de pact.
l. 1. §. 2. ff. de dol. mal.

Kläger aber nichts Arges, womit er den Beklagten hintergehen können, unternommen, gestalten wann gleich, wie angeführet, einige Umstände falsch gewesen, dennoch solche allein den Beklagten ad pacisendum nicht bewegen, vielweniger also nachtheilig seyn können, des Klägers darunter gehabte intention also nicht böse, sondern dahin vermuthlich gerichtet gewesen, damit Beklagter desto eher in einer ihm vortheilhaften Sache sich bald resoluiren, und Kläger ohne weitläuftigen Aufenthalt seiner Sache gewiß seyn möchte; daß aber Beklagter alles verborgen halten sollen, wie Kläger selbst in der N. 21. übergebenen Schrifft anführet, bloß ex regulis prudentiæ darum geschehen, damit er der V. wegen der caution keinen unnöthigen Ueberlauf haben möchte, welcher Umstand, da sonsten das gantze negotium

Ad L. II. T. XIV.

Ad L. II. T. XIV.

tium bona fide geschlossen worden, alhier höchst probable ist, mithin ihm zum Tort nicht übel ausgeleget werden kan; endlich daraus jedermann leicht abnehmen wird, daß, wann diese Umstände gleich nicht berühret worden, dennoch der Beklagte zu der geschehenen offerte sich declariren würde, da er nichts mehr verlanget, als daß er im Martio zum gedachten Dienste kommen möchte, so auch erfolget; von welcher Bewandniß ferner die in rat. dub. angeführte exceptio non secuti implementi zu achten, und dabey dieses ein falsches und unerwiesenes suppositum ist, als ob V. bloß allein der übeln administration wegen seines Dienstes verlustig worden, bevorab ihm solchenfals sub comminatione den Dienst zu verlieren in dem decreto N. 56. keine neue caution auferleget werden können, sondern er simpliciter dimittiret werden müssen, in dessen Unterlassung sich klärlich offenbahret, daß Senatus ihn ohngeachtet der übeln administration annoch beybehalten wollen, wenn er caution machen könnten, solchergestalt aber das widrige attestatum derer Baarmeister mit dem wahren Verlauf der Sache nicht connectiret, mithin dem Kläger nicht præiudiciren kan, sondern aus trifftigen Gründen sub N. von ihm angefochten worden, anderer gestalt ohne contradiction nicht zu begreiffen, wie von dem V. eine caution annoch gefodert werden könne, so doch angeführter massen geschehen; und ob zwar Senatui desfals das edictum regium zuwider gewesen, des V. Dienst auch schon seit Weyhnachten von jemand anders administriret worden, dennoch was jenen Punct betrifft, durch die caution das publicum hinlänglich vor allem Verlust gesichert gewesen, daß nicht eben schlechterdinges die Nothwendigkeit erfodert, den V. nach der littera edicti seines Dienstes zu entsetzen, und was Senatum bewogen, etliche Jahre vorher, da V. üble administration bereits sich geäuseri, ihn auf caution bey seiner station zu erhalten, solches ihm auch ao. 1724. zu statten kommen können, wie auch der euentus bey dem kurtz vor der dimission ertheilten decreto würcklich bestätiget; so viel aber diesen Punct betrifft, ein grosser Unterscheid unter einer würcklichen dimission und einer suspension zu machen, welche letztere zwar ohnleugbar bereits in Weyhnachten vorher gegangen, dahingegen die erstere nicht erweislich zu machen, noch einstens zu præsumiren, weil sonst von dem V. bey Verlust seines Dienstes keine caution gefodert werden können, vielmehr hieraus, daß alles auf den Kläger angekommen, billig zu schliessen, wie dann die commission selbst solches erkant, und dem Beklagten in dem protocoll N. 50. remonstriret, daß, wann er sich mit dem Kläger nicht gesetzet hätte, dieser ohnfehlbar fernerweit vor den V. cauiret haben würde, wogegen des Beklagten Einwenden, daß kein Bürge vorhanden, der S. als letztern Bürgin Haus aber mit etliche 1000 Thlr. hypothecirt gewesen wäre, nicht in consideration zu ziehen, wohlerwogen diese laut ihres attestati sub N. 124. auf des Klägers Begehren dazu sich willig und bereit würde haben finden lassen, und wann sie gleich nicht soluendo propter æs alienum gewesen wäre, dennoch der Kläger durch seine Rückbürgschafft allen nur möglichen Einwendungen und Bedencken völlig zuvor kommen können, nachdem man bisher bloß alleine auf seine Rückbürgschafft gesehen, und in deren egard dem V. so viele Jahre nachgesehen, bey welchen Umständen die exceptio implementi non secuti alle Wahrscheinlichkeit verliehret, vielmehr deren Gegentheil schnurstracks in die Augen fället, und die ferner dagegen gemachte Einwendung, als habe er die succession des Beklagten zu hintertreiben gesuchet, ohne allen Grund gemacht worden, allermassen es ja nicht in seinen Mächten gestanden, den Beklagten directe, sondern nur per indirectum, und einzig und allein durch eine anderweitige caution davon abzuhalten, welches letztere er doch ohnstreitig nicht gethan, daß er aber vor seiner Beeydigung auf eine schrifftliche Versicherung wegen des Gnadengehalts gedrungen, theils seine Schuldigkeit, und die dem Beklagten gegebene parole, theils seine eigene Sicherheit erfodert, in Betrachtung, daß er sonst ob defectum secuti implementi des Beklagten gethanes Gegenversprechen mit keinem Grund würde haben fodern können. Endlich der in rat. dub. gemachte Einwurff, als ob Kläger sich zu einer positiuen Hülfe engagiret, solche aber zu leisten nicht im Stande gewesen, der gepflogenen coresponden widerspricht, in welcher ausdrücklich er zu nichts weiter als Unterlassung der caution sich anheischig gemacht, die Worte aber, so will die Sache zu Stande bringen, kein positives auxilium necessario inuoluiren, sondern nach denen antecedentibus so viel heissen, daß er Kläger fernerweit vor V. nicht cauiren, und weilen anderer gestalt er nicht beym Dienst bleiben können, dem Beklagten statt seiner dazu verhelfen, mithin sein Versprechen zu stande bringen wollen; übrigens ad rat. dub. quintam weder das publicum unter dem quæstionirten pacto leidet, noch auch der V. desfals sich zu beschweren Ursache hat, als welcher bey seiner üblen Haushaltung ohnedem keinen fauorem verdienet, sondern allen daher entstandenen Verlust sich selbst zuschreiben muß; und ob zwar der Kläger wohl gewust, daß der mit dem Beklagten getroffene Vergleich nicht anders dann zu des V. grossen Nachtheil gereichen würde; dennoch daraus keine turpitudo zu erzwingen, wohlbetracht er ja nicht schuldig gewesen, den V. fernerweit durch seine caution zu souteniren, mithin ohne allen Vorwurf selbigen abandoniren, und zu Rettung seiner an ihm habenden Foderung das quæstionirte pactum eingehen können, wiewol per accidens V. dadurch lædiret worden, dem Kläger also hiebey

bey billig die gemeine Regul zu statten kommen 21 muß, quod qui sua tuetur, suoque iure vtitur, nemini iniuriam faciat.

STRYK. *de damn. reb. alien. licit. illat. cap. f.*

Endlich ad sextam rationem die sub N. 19. beygelegte Abrechnung, wowider Beklagter nichts einwenden können, ausweiset, daß V. bereits 1722. 546 Thlr. dem Kläger schuldig gewesen, welches debitum hernach mehr zu als abgenommen, so daß dem Kläger würcklich eine weit grössere prætension, als die 500 Thlr. austragen, zukomt, des debitoris Ehefrau selbst auch in dem Schreiben sub N. 89. die Schuld agnosciret, daß noch zur Zeit und so lange Beklagter deren Ungrund nicht dar- *Ad L. II. T. XIV.* thut, die Foderung, in deren Ansehen das quæstionirte pactum geschlossen, vor richtig zu halten.

Diesemnach bin ich der rechtlichen Meinung, daß gestalten Sachen und Umständen nach Beklagter die libellirte Post derer versprochenen 500 Thlr. dem Kläger zu bezahlen schuldig sey. V. R. W.

Zu dessen Uhrkunde ich dieses Gutachten abgefasset, unterschrieben und untersiegelt.

NOMINE PRIVATO.
MENSE MART. MDCCXXXVI.

DECISIO LIV.

THEMA.

Indefinita alimentorum præstatio efficax est.

Vid. T. IV. Decis. CCLXVIII. Them. 3.

RESPONSVM LV.

THEMA.

De interpretatione pactorum familiæ.

Vid. T. III. Resp. CLIV. Them. 5.

DECISIO LVI.

THEMA.

Exceptio implementi non secuti ei non prodest, per quem stat, quo minus hoc sequatur.

Vid. T. IV. Dec. CCCXLIII. Them. 1.

DECISIO LVII.

THEMA.

Qui factum alienum promittit, quatenus teneatur?

SVMMARIA.

Exceptiones illiquidæ compensationem non fundant. n. 1.
Frustraneum actum leges detestantur. n. 2.
Promissio facti alieni non stringit, nisi illud in se receperit. n. 3. 7.
Leuteratio leuterationis tunc reprobatur, si duæ conformes se immediate excipiunt. n. 4.
Assertio de facto alieno non obligat. n. 5.

Factum

Ad L. 11. T. XIV. *Factum alienum promissse nemo præsumitur.* n. 6.
Iurare nolentis pœna est, quod pro confesso habeatur. n. 8.

Als die Herren uns interponirte Leuterung, deren prolecution und erfolgte Sätze in Sachen des Fürstl. S. Hof- und consistorial-Raths, I. F. L. Beklagten und Leuteranten an einem: und I. C. N. Klägern und Leuteraten am andern Theil, in denen zurückkommenden vol. act. ꝛc.

Daß es, der eingewandten Leuterung ohngeachtet, bey dem f. 145. befindlichen und den 17 Jan. 1729. eröffneten Urtheil billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol gegen die formalia leuterationis eingewandt ist, daß Herr Beklagter bereits f. 76. gegen das Erlangische Urtheil geleutert, und also numehr gegen das letzte Urthel, in welchem das Erlangische bestätiget ist, nicht wieder von demselben geleutert werden könne, als welches eine leuteratio leuterationis seyn würde, so die Rechte nicht verstatten. So viel aber die materialia betrifft, Herr Beklagter angeführet, daß 1) Kläger den Wechsel auf 200 Thlr. so sein Vater von Beklagtens Ehefrauen geborget, angeblich bezahlet haben und
1 wieder zurück fordern wollen, dessen Bezahlung doch auf lauter unerwiesenen factis beruhe, und solchen exceptionibus, die höchst illiquid, unterworfen sey, welche keine compensation zulassen, beyorab da, wenn gleich 2) die Versprechung der Zurückgabe ihre Richtigkeit haben solte, dennoch er daraus kein gegründetes Recht zu klagen haben könne, nachdem 3) der Wechsel nicht ihm, sondern seiner Frauen zugehörete, und ihm nicht zustehe, über seiner Frauen Vermögen und actionis absque speciali eius consensu vel cessione zu
2 disponiren, solchemnach die Eydes-delation auf einen actum frustraneum hinaus lauffen würde, quem iura detestantur. Uebrigens wenn gleich 4) vermöge des vsusfructus, so Herrn Beklagten an dem Wechsel seiner Ehelieben zustehet, er sich erkläret, daß, wenn Kläger seine Forderungen verificiren würde, er solche an den Zinsen abrechnen lassen und den Ueberschuß allenfals bezahlen wolte; dennoch die Klage dadurch nicht begründeter werde, weil doch die prætendirte Forderung illiquid bleiben und keine compensation zulassen werde, da die fol. 4. sqq. befindliche Waaren-Rechnung Beklagten allein, und nicht dessen Ehelieben, nach Klägers eigenem fol. 22. befindlichen Anführen, angienge, Kläger aber dieselbe nicht mit belanget, noch ad litem citiren lassen, certo indicio, daß sie 5) ihren Wechsel nicht, noch weniger aber Beklagter solchen

Promissor facti alieni ad interesse tenetur. n. 9.
Sub facto alieno promisso sæpe implicite factum proprium latet. n. 10.
Interesse tantum in subsidium debetur. n. 11.

ex prætenso pacto zu extradiren schuldig, weil dieses eine promissio facti alieni sey, die auch de iure naturæ vor ungültig zu halten, wie 3
die ICti Erffurtenses fol. 114. dargethan zu haben vermeinen, indem Beklagter niemals versprochen haben solle, daß er davor stehen und verschaffen wolle, daß seine Frau den Wechsel ausliefern solle, welches ihn erst verbindlich machen können, Kläger sich also beyzumessen habe, daß er sich dergleichen Versprechen vom Herrn Beklagten nicht thun lassen; dergestalt er auch 6) ad id quod interest, nicht einsten verbunden sey, als worauf nicht geklaget, und Beklagter numehro auf eine dergestalt geänderte Klage sich einzulassen nicht schuldig sey, so daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urtheil wieder geändert, und es bey der sententia Erffurtensi verbleiben solle.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, so viel die formalia betrifft, alhier keine solche leuteratio leutera- 4
tionis anzutreffen, welche verbothen, vielmehr in der alten Churſächß. Proceß-Ordnung gegründet ist, indem zwey conformes sententiæ nicht immediate auf einander folgen, sondern die Erffurtensis, so die Klage verworffen, darzwischen ist, und die letzte Urthel reformatoria prioris Erffurtensis ist, dagegen diese Leuterung interponiret ist. Bey den materialibus aber zuförderst die quæstio præiudicialis, wovon alles, auch die iuramenti delatio dependiret, zu untersuchen und zu erörtern ist; ob alhier eine solche promissio facti alieni vorhanden, welche nach denen Rechten und der Meinung der ICtorum Erffurtensium unverbündlich, oder ob nicht vielmehr das hier befindliche pactum eine obligationem ad factum proprium implicite in sich halte? da dann zwar vernünfftig und an dem ist, daß, wenn jemand in seinem contract sich beyläufig auf ein factum tertii beziehet, und sich allein auf dessen Versicherung gründet, vor sich aber dabey nichts verspricht, alsdann kein pactum, sondern nuda assertio de facto alieno vorhanden, woraus keine Verbindlichkeit, si deſit 5
dolus, entspringet, wie das exemplum

ap. LEYSER. *spec. 52. medit. 7.*

klar darthut; eine gantz andere Beschaffenheit es aber hat, wenn jemand die Absicht geführet, sich hauptsächlich zu verbinden, sein eigen factum sub promissione verstanden, und nur das factum tertii dabey remote concurriret, wohin gegenwärtiger casus zu referiren, da Herr Beklagter Klägern versprochen haben soll, ihm wegen seiner Forderung an ihn, die

die

die Wechselschuld übertrifft, den an seine Eheliebste lautenden Wechsel zurück zu geben, und auf seine Schuld abrechnen zu lassen, da er ohne Zweifel die Absicht geführet haben muß, davor zu stehen, daß seine Frau den Wechsel
6 extradiren solle, eines theils, quod nemo factum alienum promisisse præsumatur:

LEYSER *cit. l. medit. 1.*

andern theils, daß Herr Beklagter, wenn er sein eigen factum dabey zu versprechen, nicht die Absicht geführet, er gegen Klägern eine Gefehrde zu Schulden kommen lassen müssen, welches zu allegiren sein character nicht zulässet: dritten theils auch hier der Umstand vorkomt, daß Herr Beklagter die von Klägern an ihm gemachte Schuldforderung zu bezahlen sich verbindlich erachtet, und zu diesem Endzweck den Wechsel seiner Frauen zurück zu geben versprochen, damit dessen eigene Schuld dadurch getilget werden möchte; quoties autem factum
7 alienum tendit ad obseruationem eius, ad quod promissor alioquin tenebatur, toties quis censetur promittere, se curaturum et effecturum.

l. 14. §. 2. de constit. pecun.

HERTIVS *de obligat. alium daturum factumue sect. 1. §. 4. in f.*

Da nun ohnstreitig ist, daß Herr Beklagter Klägern wegen seiner Forderung zu befriedigen schuldig gewesen, und deswegen seiner Frauen Wechsel ihm an Bezahlungs statt in die Hände zu liefern versprochen, wol auch ohnstreitig ist, daß er solches zu verschaffen sich anheischig gemachet, und sein eigen factum also versprochen, quo supposito, auch die Eydes-delatio hier so wol über das Versprechen und das pactum selbsten, als die Schuldforderung und deren agnoscirte liquidität statt finden muß, wodurch alle rationes dubitandi hinwegfallen, angesehen ad 1) weil der Eyd über die Beylagen und Forderungen dem Beklagten deferiret
8 worden, es darauf ankommen wird, ob Beklagter solchen nach dem ersten und dritten Urthel ablegen werde oder nicht, da im letzten Fall keine unerwiesene facta mehr verhanden, sondern Beklagter die Posten eingestehen müssen;

l. 18. D. de iurei.

ad 2) et 3) aber, wenn Beklagter gleich über seiner Eheliebsten Wechsel zu disponiren nicht Macht gehabt, dennoch ihm frey gestanden, *Ad L. II. T. XIV.* dem Kläger zu versprechen, daß er ihm denselben verschaffen oder davor stehen wolle, daß er ihm ausgeliefert werden solle, wie das hier befindliche pactum zu verstehen ist, mithin es ad 4) alhier nicht bloß auf die Abrechnung der Zinsen, welche ohnstreitig dem Beklagten iure vsusfructus zustehen, sondern vornemlich und allein in casum iuramenti non præstiti auf die extradition des Wechsels, und also auf die Tilgung dieser Schuld selbsten ankomt, welche Beklagter entweder verschaffen, oder 200 Thlr., so hoch der Wechsel und des Klägers interesse, seu quanti ea res est, gehet, zahlen muß, womit er von des Herrn Beklagten Eheliebste den Wechsel einlösen kan, allermassen denn ad 5) bereits dargethan ist, daß 9 alhier eine promissio facti propria obligatoria verhanden, und jedermann ex natura rei leicht schliessen wird, daß Beklagter die Hauptabsicht bey seinem Versprechen geführet haben müsse, seiner Eheliebsten Wechsel Klägern, zu Tilgung seiner Schuld, zu verschaffen. Nam licet stipulationes quædam explicite et quoad formam verborum externam videantur continere factum prorsus alienum, implicite tamen et quoad effectum factum proprium ob inclusum intelligatur, interdum æquitas, *conditio et qualitas negotii* 10 quam maxime exposcit,

HERTIVS *cit. l. §. 4.*

welche Beschaffenheit und qualitas negotii hier zu befinden, wie vorhin aus dessen eigener Schuld, womit er dem Kläger verhafftet, schon gezeiget ist. Endlich ad 6) auf das interesse nicht præcise geklaget werden darf, quippe quod semper in subsidium debetur, si res promissa vel factum non præstatur, so, daß virtualiter die obligatio ad interesse in allen Klagen mit verborgen lieget, und ein Beklag- 11 ter, qui factum suum non præstat, in subsidium dazu condemniret werden kan, wie hier ohne Zweifel geschehen wird, wenn der Beklagte nicht im Stande seyn solte, den Eyd abzulegen;

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAI. MDCCXLIX.

RESPONSVM LVIII.

THEMA.

Vtrum pactum renunciatiuum heredes stringat, si renuncians ante dilatam hereditatem decessit.

SVMMARIA.

Olim in Germania fœminæ a successione excludebantur. n. 1.

Secundum ius romanum admissæ. n. 2.

Ad L. II. T. XIV.

Inde nobiles pactis ac renunciationibus filiarum sibi prospexerunt. n. 3.

Renunciationes istæ ex hoc fine interpretandæ. n. 4.

Renunciatio omnibus descendentibus ex filia præiudicat. n. 5.

Delatio hereditatis facto hominis anticipari potest. n. 6.

Si nomine heredum facta renunciatio omnes successores stringit. n. 7.

Vbi pacta familiæ desunt, inter nobiles filiæ succedunt. n. 8.

Filia renuncians si ante delatam hereditatem moritur, liberis suis non præiudicat. n. 9.

Si renunciatio nomine heredum facta, liberis nocet, si matris heredes facti. n. 10.

Non si abstinuerint ab hereditate. n. 11.

Collatio dotis secuta abstentione cessat. n. 12.

Als uns derselbe nachstehende facti speciem nebst einer Frage zugeschicket:

Nachdem Augusta, eine vornehme Standes-Person, bey ihrer in minorennitate beschehenen Verheyrathung ein gewisses quantum am Gelde nebst Silberwerck und mobilien zur Aussteuer und zu ihrer gäntzlichen Abfindung von ihrem Herrn Vater Achilles erhalten, und darneben in denen errichteten pactis dotalibus sich samt ihrem Gemahl Friderico anheischig gemachet, gegen die zu erhaltende Ehesteuer der väterlichen, mütterlichen und brüderlichen Erbschafft eydlich zu renunciiren; so hat dieselbe darauf in dem ersteren Jahre ihrer Verheyrathung cum marito und in assistenz desselben als ehlichen Vormundes, besage eines von derselben an Hand und Siegel vollzogenen renunciations-Scheins, jetzo alsdenn, und dann als jetzt ihres väterlichen, mütterlichen und brüderlichen Erbes, nichts davon ausgeschlossen noch hindangesetzet, bis nach Absterben ihres Herrn Vaters und dessen Mannsstammes, mit Mund und Hand für sich, ihre Erben und Erbnehmen wissentlich verziehen und sich begeben, auch versprochen, sich der von ihrem Herrn Vater über das von dessen Vorfahren von der vormaligen brüderlichen Theilung her acquirirte und von ihm selbst ansehnlich vermehrte allodium, gemachten testamentarischen disposition überall zu unterwerffen, und darwider, so wahr sie Gott helffen solle! im geringsten nicht zu handeln; wie dann derselben Herr Gemahl Fridericus in einem besondern reuerse sich ebenmäßig alles Anspruchs auf das väterliche, mütterliche und brüderliche Erbe begeben, und wider die von seiner Gemahlin geschehene renunciation nicht zu handeln, noch solches durch andere thun zu lassen, sondern solche Verzichtleistung aufrecht zu erhalten, zugesaget. Indessen ist die Augusta nach Verlauf einiger Jahre annoch bey ihres Herrn Vaters, Mutter und Geschwister Leben, mit Hinterlassung einer in stehender Ehe erzeugten eintzigen Tochter, Nahmens Ludouica, seel. Todes verfahren. Da nun der verstorbenen Augustæ Herr Vater, Achilles, samt derselben Frau Mutter nunmehro ebenfals das Zeitliche mit dem Ewigen verwechselt, und eine ansehnliche Erbschafft, darzu auch unterschiedliche leibliche Kinder, als ungeweiselte Erben, nebst einer väterlichen testamentarischen disposition, darinnen der Ludouicæ als Enckelin nur ein geringes quantum am Gelde legiret, folglich dieselbe nicht als Miterbin titulo institutionis honorabili eingesetzet worden, nach sich gelassen; so wird gefraget:

Quæstio.

Ob die von der verstorbenen Augusta hinterlassene und jetzo noch am Leben sich befindende eintzige Tochter Ludovica als Enckelin zu ihrer verstorbenen Großeltern Erbschafft, mit ihrer seel. Frau Mutter Herren Brüdern und Frauen Schwestern, non obstante matris renunciatione ac testamento, ab auo condito, pro rata **zuzulassen sey?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol überhaupt bey renunciationibus der adelichen Töchter zu erwegen seyn möchte, daß nach dem alten teutschen und vieler anderer Völcker Rechte die Töchter vormals von aller Erbschafft, vornemlich in den alten Stammgüthern, ausgeschlossen sind, wie mit mehrern ausgeführet ist

in tom. II. lib. 2. conf. Hallens. B. *de* LVDEWIG *n. 174. c. 2. seq. et n. 175.*

dergestalt, daß die adelichen Töchter, mithin auch deren nachgelassene Kinder, kein ius succedendi gehabt haben, und weil das hernach eingeführte ius Iustinianeum diesem zuwider gewesen, die Töchter indistincte zur elterlichen successiion mit zugelassen, und dahero bey denen adelichen Familien mehrentheils eine grosse Verwirrung und Zerrüttung der Familienrechte verursachet, man endlich pro conseruando iure patriæ antiquo allerhand Verträge bey denen adelichen Familien dieserwegen zu errichten gemüßiget worden, absonderlich aber die renunciationes denen künftigen väterlichen, mütterlichen und brüderlichen Erbschafften, gegen Empfang einer gewissen Abfindung eingeführet, und dadurch bey denen adelichen Familien das alte teutsche Recht zu conseruiren gemeinet gewesen, nach welcher Absicht

Absicht also die renunciationes illustrium filiarum allein zu erklären, und daraus geschlossen werden möchte, daß wenn gleich eine adeliche Tochter nach geschehener renunciation vor ihren Eltern und Brüdern verstorben, dennoch deren nachgelassene Kinder nicht succediren können, weil sonsten die Absicht, nach dem alten Fuß der teutschen Rechte die succession zu reguliren und beyzubehalten, auch dem römischen Rechte vorzubeugen, nicht erreichet werden würde; dahero auch ohne Zweifel erfolget, daß viele bewehrte Rechtslehrer die Meinung in Teutschland mit grossem Nachdruck defendiret, quod filiæ renunciantis, etsi ante parentes decesserit, descendentes quoque excludantur, a successione aui et auiæ, quod consuetudine Germaniæ vt plurimum filiæ excludantur, renunciationes vero tantum maioris cautelæ gratia fiant;

MVSCVLVS *de succeſſ. conuent. m. 2. n. 247. ſqq.*

bevorab da der grösseste Einwurff, quod renunciatio talis sub conditione: si hereditas delata fuerit, facta censeatur, adeoque conditione non secuta, pro non facta censeatur, dadurch leicht gehoben werden kan, quod certum sit, delationem hereditatis facto hominis anticipari posse, et dotis acceptionem pro anticipata successione habendam,

STRYK. *de succeſſ. ab int. diſſ. VIII. c. 10. §. 77.*

FROMMAN *de exiſtent. condit. pacti renunc. hered. reſeruat. §. 33. ab init.*

welches hier vornemlich zu considériren, da die Augusta vor sich, ihre Erben und Erbnehmen die renunciation gethan, und dahero ihre nachgelassene Tochter auch an dieselbe gebunden, nicht weniger ihr Gemahl Fridericus in einem besondern reuers sich ebenmäßig alles Anspruches auf das väterliche, mütterliche und brüderliche Erbe begeben, und wider die von seiner Gemahlin geschehene renunciation nicht zu handeln, noch durch andere solches thun zu lassen, sondern solche Verzichtleistung aufrecht zu erhalten zugesaget; dahero derselbe um desto weniger befugt seyn kan, im Nahmen seiner unmündigen Tochter, vermöge der väterlichen Gewalt, etwas dagegen vorzunehmen, jemehr er ex sua propria promissione daran gebunden.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch wir anfänglich voraussetzen, daß in dem vornehmen Hause, daraus die verstorbene Augusta entsprossen, kein pactum, Gesetz oder andere Verordnung anzutreffen, noch solche zu erweisen ist, daß man die succession des teutschen Rechts daselbst conseruiren, mithin, wie sonst gewöhnlich, eine Tochter, accepta dote, nothwendig renunciiren müsse, welches unter andern mit daraus erhellet, daß in der uns vorgelegten Frage die Ludouica als Enckelin der verstorbenen Großeltern mit ihrer Mutter Herren Brüdern und Frauen Schwestern zu succediren verlanget, welches vorausgesetzet, daß die succession in diesem Hause auch auf die Töchter falle, und in gegenwärtigem casu die Frau Töchtere auch der succession egalement theilhaftig werden, wodurch das erste und vornehmste dubium gehoben wird; anderer gestalt, wenn die nachgelassene übrige Töchter nicht mit succediren solten, sondern ebenfals ausgeschlossen würden, alsdann die Ludouica auch aus dem angeführten Grunde völlig abgewiesen werden müsse, wir also bey dieser Frage bloß bey der Verbindlichkeit des pacti renunciatiui abstrahendo ab antiqua successione iuris Germanici verbleiben, und allein zu untersuchen nöthig erachten, ob und wie weit die Enckelin Ludouica an dasselbe gebunden sey oder nicht? da denn zwar an dem ist, daß weil die Augusta vor sich und ihre Erben und Erbnehmen die renunciation gethan, die meisten rationes, die gegen die Unverbündlichkeit angeführet worden, hinwegfallen, dahin gehöret (a) quod de casu turbati ordinis mortalitatis non videatur cogitasse filia renuncians, *Ad L. II. T. XIV.*

FROMMAN *cit. l.*

weil die Augusta allerdings daran gedacht, da sie auch ihre Erben daran verbinden wollen: (b) quod renunciatio sub conditione: si delata fuerit hereditas, facta censeatur, qua non secuta, renunciatio effectu careat, welche ratio zwar von denen allermeisten als der Hauptgrund der Unverbindlichkeit angesehen wird,

ANTON FABER *lib. VI. tit. 34. def. 6.*

FROMMAN *cit. l. §. 40.*

HARPRECHT *de succeſſ. filiar. renunc. ex teſtam. th. IX. n. 6.*

hier aber keine application haben kan, nachdem die renunciation auch auf deren Erben extendiret worden, und dergestalt den Verstand haben muß, daß wenn gleich der Anfall der renunciirten Erbschafft an sie nicht erfolgen solte, dennoch ihre Kinder auch, wenn bey denen der Anfall sich ereugen würde, keinen Anspruch an die gedachten Erbschafften machen solten, vt adeoque audiendi non sint, qui hanc renunciationem inefficacem ex dicta ratione esse velint, tametsi filia pro se et heredibus renunciauerit;

HARPRECHT *cit. l. n. 6.*

gleichwol, wenn gleich diese rationes inapplicabel sind, dennoch es hiebey darauf allein ankomt: ob die Ludouica ihrer Mutter Erbin worden, oder solche Erbschafft repudiiret, da dann im ersten Fall dieselbe ex pacto matris verbunden bleibet, quod heres præstare debeat factum defuncti;

SVRDVS *conſ. 355. n. 39. ſq.*

HARPRECHT *cit. l. n. 24.*

dahergegen im andern Fall die Kinder an ihrer Mutter renunciation nicht gebunden, welches wir in gegenwärtigem Fall als nichtig an-

Ad L. II. T. XIV. nehmen, daß die Ludouica ihrer Mutter Erbschafft, wie berichtet ist, sich begeben, weil sie alsdenn nicht per matrem, sondern proprio iure succediret, imo tunc nihil est, quod nepti obstaculo esse possit, quo minus iure proprio auo vel auiæ succedere queat. Nam hereditatem eius, cui facta renunciatio, non a renunciante accipit, aut mediante
11 eius hereditate, quam quippe non agnouit, sed indubitatiue iure suo proprio, a lege,

Nov. 118. c. 1. 2. 3.

FROMMAN *cit. l. §. 35.*

dergestalt sie nicht einsten den dotem ihrer Mutter zu conferiren schuldig ist, als wozu
12 allein die nepotes, quatenus heredes sunt, verbunden zu achten,

STRYK. *de succeſſ. ab int. diſſ. XI. c. 2. §. 15.*

hierüber der Ludouicæ ihres Vaters promissum nicht im Wege stehet, da sie sich Vormünder oder curatores bestellen, und durch dieselbe, ohne concurrentz ihres Vaters, ihr succession-Recht suchen und behaupten kan.

So sind wir der rechtlichen Meynung, daß die von der verstorbenen Augusta hinterlassene eintzige Tochter Ludouica zu ihrer Großeltern Verlassenschafft, wenn sie sich ihrer Mutter Erbschafft begeben, mit ihrer seel. Mutter Herren Brüdern und Frauen Schwestern, non obstante renunciatione matris, pro rata noch zugelassen werden kan. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE,
MENSE SEPT. MDCCXLVII.

RESPONSVM LIX.

THEMATA.

I. Succeſſio pactitia etiam inter abſentes per litteras recte conſtituitur.

II. *Ex illa oritur hereditatis petitio pactitia.*

SVMMARIA.

Litteris hereditas promitti nequit, vt ne quidem vim codicillorum habeant. n. 1.

Clauſula: auf alle rechtliche Weiſe, *eſt codicillaris.* n. 2. 24.

Clauſula codicillaris nil operatur, ſi V. teſtes deſunt. n. 3.

Pacto hereditatis non transfertur. n. 4.

Epiſtolæ nullam vim obligandi habent. n. 5.

Conſilium teſtandi non ſufficit, niſi in actum deductum ſit. n 6.

Miles ex imperfecta voluntate decedere poteſt. n. 7.

Omnis vltima voluntas V. teſtes deſiderat. n. 8.

Acceptatio ſine præuia oblatione nullum ius confert. n. 9.

Epiſtola ob defectum intentionis iure donationis non valet. n. 10.

Donatio remuneratoria non vulgaria ſed extraordinaria benemerita deſiderat. n. 11.

Litteræ conuentionales æque obligant ac conventio inter præſentes. n. 12.

Germani olim per conuentionem de ſucceſſione diſponebant. n. 13.

Vnde hodie quacunque conuentione hereditas transferri poteſt. n. 14. 18.

Neque hoc ad certas pactorum ſpecies reſtringendum. n. 15.

Clauſula: auf alle rechtliche Art *operatur, vt iure pacti diſpoſitio valeat.* n. 16.

Pactum inter viuos de ſucceſſione diſponens teſtes non deſiderat. n. 17. 20. 21. 23.

Pacta ſucceſſoria non ex iure romano ſed germanico explicanda. n. 19.

l. 26. depoſit. explicatur. n. 22.

Donatio omnium bonorum valet. n. 24.

Donatio remuneratoria teſtes non deſiderat. n. 25.

Non pactis ſed traditionibus dominia transferuntur. n. 26.

Ex promiſſione oritur actio perſonalis. n. 27.

Pactum ſucceſſorium ius in re confert, n. 28.

Et hereditatis petitionem producit. n. 29.

Als uns eine facti ſpecies nebſt zwey Fragen und etlichen Beylagen zugeſchicket worden ꝛc.

Hat die unverheyrathete Baronesse Veronica bey der ihr vorſtoſſenden Widerwärtigkeit von ihrem Herrn Vetter Fortunio, welcher ihres wohlſeel. Herrn Vaters leiblicher Bruders-Sohn iſt, geraume Jahre lang alle mögliche und erſprießliche aſſiſtence und Dienſtleiſtung genoſſen, welches ſie auch mit der gröſſeſten obligation erkennet, und dahero den Entſchluß gefaſſet, ihme nach ihrem Abſterben ihr gantzes Vermögen um ſo viel mehr zuzuwenden, als ihr ohnedem von ihrem ſonſt ab inteſtato ſuccedirenden Herrn Bruder Polydoro in gewiſſen Erbſchaffts-differentien

rentien und andern vieles Unrecht geschehen, und sie dieserhalb bey einem hohen Reichs-iudicio vieljährige schwere und kostbare Rechtfertigung, ohne das Ihrige erhalten zu können, führen müssen; dahero sie in solcher Absicht den 8 Mart. des verflossenen 1734. Jahres ein Schreiben mit ihrer eigenen Hand durch und durch geschrieben, an hochgedachten ihren Herrn Vetter Fortunium abgehen lassen, darin sie Fortunium zu ihrem künftigen Erben auf alle rechtliche Weise benennet, und ihn angelegentlich gebeten, daß er sich solcher Erbschafft zu dessen wertheften Familie aparten Wohl und conseruation annehmen und anwenden möchte, wozu sie ihm göttlichen reichen Seegen hertzreulich angewünschet, welches Schreiben richtig eingelaufen, Fortunius solches beantwortet, und das oblatum als eine conuentionem inter viuos acceptiret, worüber die Baroneſſin Veronica sich sehr gefreuet, auch bey solchem Vorsatz und declaration bis an ihr Ende geblieben, und zu solchem Ende ihrem consulenten Catullo ordre ertheilet, ein förmliches Testament hierüber aufzusetzen, und darin ihren Herrn Vetter zum Universalerben ausserdem noch einzusetzen, welches aber wegen schleuniges Absterben nicht vollenzogen werden können; dieserwegen nunmehro gefraget wird:

Quæstio I.

Wie weit Herr Fortunius an dieser Erbschafft berechtiget sey?

Rationes dubitandi.

So viel nun die erste Frage betrifft, ob wol alhier kein beständiger und richtiger letzter Wille verhanden seyn möchte, aus welchem allein das ius hereditarium transferiret werden kan, anerwogen 1) so viel der Baroneſſin Veronicæ Schreiben vom 5 Mart. 1734. und die sub lit. C. darauf gerichtete Antwort betrifft, durch welche die gedachte Baroneſſin ihren Herrn Vetter Fortunium zu ihrem Erben ernennet, und dieser solches acceptiret, die römische Rechte klare Maasse und Ziel geben,

1 quod literæ, quibus hereditas promittitur, vel animi affectus exprimitur, ne quidem vim codicillorum obtineant,

l. 17. D. de codicill.

nec epistola, qua quis sibi aliquem heredem esse cauit, petitionem aduersus possessores rerum hereditariarum dare possit,

l. 52. pr. de pact.

wie denn auch 2) gedachter Brief nicht einsten

2 iure codicillorum bestehen kan, ob wol die Clausul: auf alle rechtliche Weise, darin enthalten, welche in der That eine clausulæ codicillaris species ist, angesehen alsdann nothwendig fünf Zeugen dabey gewesen, und solchen Brief unterschrieben haben müssen, so doch nicht geschehen, nihil enim operatur clausula codicillaris, si requisita ad codicillos necessaria deficiunt, *Ad L. II. T. XIV.* 3

STRYK. *de caut. testam. c. 13. §. 36.*

noch weniger aber 3) alhier eine conuentio zum Grunde zu setzen, qua hereditas itidem non datur, et ita etiam epistola conuentionalis, qua mediante quis alicui hereditatem promittit, nullius est efficaciæ, 4

cit. l. 52. l. 34. C. de transact.
l. 61. de V. O. l. f. C. de pact.
l. 4. C. de inut. stipul.

bevorab da eines theils 4) nicht einsten eine obligatio efficax ex epistola tali entspringen, und die Baroneſſin Veronica verbinden können, ihre gethane Erklärung zu halten, 5

l. 26. in f. de pos.

und ob sie wol bey derselben bis an ihr Ende verblieben, und darüber kurtz vor ihrem Ende ein Testament machen und aufrichten wollen, wie aus der Zeugen Aussage erhellet, dennoch solches wegen Uebereilung des Todes nicht vollenzogen werden können, und also auch darauf keine reflexion gemachet werden mag, cum militibus solis hoc beneficium datum, vt, 6 si testamentum imperfectum relinquant, et vita deficiant, antequam plene voluntatem 7 suam perscribant, vel solennia addant, nihilominus sola voluntas eorum valeat; 8

l. 3. l. 35. l. 40. pr. de testam. milit.

andern theils auch 5) solches Schreiben nicht als eine species vltimæ voluntatis gelten kan, als wozu sonsten wenigstens fünf Zeugen gebrauchet werden müssen, absque quibus nulla vltima voluntas subsistit, 9

l. vlt. §. 3. C. de codicill.

adeo vt hodie ad successionem pactitiam quoque quinarius testium numerus necessarius sit,

LAVTERBACH *ad tit. de pact. dotal. §. 4.*

STRYK. *ad eund. tit. in vs. mod. §. 3.*

bey welchen Umständen 6) die geschehene acceptation dem Fortunio nicht zu statten kommen möchte, als welche ihre Kraft und Würckung ex præcedente oblatione, so weit solche denen Rechten gemäß, hernimmt, daran aber es hier ermangelt, endlich auch 7) diese Briefe nicht einsten iure donationis inter vi- 10 vos bestehen mögen, als welche eines theils von der wohlseel. Baroneſſin nicht intendiret worden, andern theils, da sie vltra 500 solidos seyn wird, sine iudiciali insinuatione nicht bestehen kan, und ob wol 8) solche eine remuneratoria zu seyn scheinet, welche an keine gerichtliche insinuation verbunden, dennoch 11 dabey solche merita erfordert werden, die gantz ausserordentlich und so beschaffen sind, daß sie nicht in bloſſen Freundschafftspflichten bestehen, wohin doch das Anführen der Veronicæ, so in generalen terminis geschehen, bloß gerichtet seyn möchte. Diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn Fortunius keinen guten Ausgang bey der Sache sich versprechen könne.

Ad l. II. T. XIV.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Baroneſſin Veronica in ihrem Schreiben vom 5 Mart. 1734. den Fortunium ihren Vetter zu ihrem künftigen Erben ernennet, und angelegentlichſt gebeten, daß er ſolche Erbſchafft zu ſeiner Familie aparten Wohl und beſtändiaen conſeruation annehmen und anwenden wolle, dieſe offerte auch Fortunius in ſeinem Antwortſchreiben ſub dato den 23 Mart. 1734. angenommen, und ſich davor bedancket, in der Hoffnung, daß die Baroneſſin Veronica bey ſothaner Verabredung und diſpoſition ohnabwendig verbleiben würde; woraus denn zuförderſt erhellet 1) daß alhier literæ conuentionales verhanden, in welchen eben ſo wol ein pactum
12 oder Verabredung, als inter præſentes, interueniente mutuo conſenſu, geſchloſſen werden kan,

l. f. D. de ſponſal. l. 2. pr. de pact.
l. 14. §. fin. l. 15. l. 24. de conſtit. pec.
l. 17. §. 2. de pact.

wie dann an dem mutuo conſenſu kein Zweifel übrig, da Veronica ihm die Erbſchafft angebothen, und ihn ſolche anzunehmen gebeten, Fortunius auch ſolches Verſprechen acceptiret, und ob wol dergleichen literæ conuentionales de hereditate et ſucceſſione ſcribentes nach den römiſchen Rechten keine Kraft gehabt, wohin die rat. dub. prima abzielet, dennoch 2) es in Teutſchland nach denen alten
13 teutſchen Rechten eine gantz andere Bewandniß hat, nach welchen bekanter maſſen die künftige ſucceſſio per pacta feſt geſetzet und etabliret werden kan, anerwogen unſere Vorfahren, ſo lange ihnen der Gebrauch der Teſtamente unbekant geblieben, bloß per conventionem von ihrem Nachlaß diſponiret, und dadurch ein wahres Erbrecht auf den promiſſarium transferiret, ſolches auch nach Ein-
14 führung des römiſchen Rechts beſtändig in vſu geblieben, und in ſo weit nach denen fremden principiis nicht gegangen werden mögen, wie die Rechtsgelehrten überall bekennen,

GAIL. 2. *obſ. 126. n. 2. et obſ. 117. n. 6.*
CAROL. *de* MEAN *tom. I. iur. ciu. Leod. obſ. 69. n. 2.*
HVLDER. *ab* EYBEN *obſ. ad* PEREZ. *p. 506.*
LEYSER *in medit. ad D. ſpec. 43. n. 5.*
STRYK. *in V. M. tit. de pact. dotal. §. 3. 10. in f. et de ſucceſſ. ab int. diff. 8. c. 5. §. 15.*
SCHILTER. *ex. 36. §. 93. in f.*

ſo wol 3) ſolches Recht als ein vniverſell-Werck agnoſciren, und nicht etwa bey einigen Fällen allein admittiren wollen, als wozu
15 kein gnugſamer Grund anzutreffen, vielmehr was in ein oder anderm Falle nach denen teutſchen Rechtsgründen Rechtens iſt, auch in caſibus ſimilibus, alſo auch in angeführtem caſu Rechtens ſeyn muß, adeoque maxime errant, qui ſucceſſionem pactitiam ad certa tantum ſpecies reſtringunt.

LEYSER *cit. l.*

Dieſemnach niemand in Zweifel ziehen wird, daß eine wahre ſucceſſio pactitia in dieſem Briefe errichtet ſey, hierbey auch 4) der Baroneſſin Veronicæ Meinung und intention geweſen, daß ſolches *auf alle rechtliche Weiſe* 16 gelten ſolte, welche clauſula enixam voluntatem offerentis angezeiget, und conſequenter auch die Abſicht dahin gegangen ſeyn muß, daß per negotium inter viuos als die allerbündigſte Art ſolche Verabredung beſtehen, und dahero irreuocabel ſeyn ſolle, wie denn auch Fortunius es nicht anders verſtanden, und dahero das Verſprechen als irreuocabel angenommen, in welchem Fall die 17 Rechtslehrer gar keine Zeugen oder andere formalitæten erfordern, weil ſolches per actum inter viuos geſchloſſen iſt,

HARPRECHT. *de pign. in pact. dotal. conſtit. §. 17. n. 6. et §. 34. n. 10. ſqq.*

wie denn 5) dem heutigen notoriſchen praxi nach gantz gewöhnlich, quod etiam pactis in 18 vim contractus valentibus de bonis vniverſis diſponi poſſit,

CARPZ. *P. II. c. 43. def. 6. n. 3.*
BERLICH. *P. II. concl. 51. n. 17.*

welches 6) um deſto mehr zu ſtatuiren, da dergleichen Verabredungen de futura ſucceſſione 19 nur allein aus denen teutſchen Rechten erkläret, und dabey die römiſchen Rechte, als welche quinarium numerum teſtium in vltimis voluntatibus allein erfordern, und alle Freyheit in eius reuocatione zulaſſen, hindangeſetzet werden müſſen, niemand aber behaupten wird, daß jemals nach denen teutſchen moribus dabey einige ſolennität erfordert, oder a fide data abzugehen erlaubet worden, als welche man 20 jederzeit ſtet feſt und heilig zu halten verbunden geweſen,

Ius prou. Sax. lib. 1. art. 7.
CAROL. *de* MEAN *in iur. ciu. Leod. obſ. 520. n. 2. in f.*
LAMBERT GORIS *aduerſar. iur. tr. 3. P. II. c. 2.*
RINGLER *de pact. ſucceſſ. ill. p. 42.*
FABER *in C. lib. 5. tit. 9. def. 7.*

da im gegentheil nach denen römiſchen Rechten dergleichen ſucceſſiones nicht einſten zugelaſſen worden, alſo dieſes inſtitutum, quod Germanis proprium eſt, allein nach denen teutſchen Satzungen, nicht aber nach dem römiſchen Rechte, beurtheilet werden muß, welches alles 7) durch remouirung der rationum dubitandi um deſto mehr noch beſtätiget wird, allermaſſen die rat. dub. prima bereits durch die rat. decid. primam aus dem Wege geräumet, man auch in rat. ſecunda nicht nöthig hat, hiebey auf ein codicill oder clauſulam codicillarem zu reflectiren, da die ſucceſſio conuentionalis an und vor ſich ſelbſt iure directo gilt, und der promiſſarius der einzige 21 vniverſalis heres iſt, der die Erbſchafft ſine

vlla

vlla detractione ex ipso pacto zu fordern berechtiget ist, dabey keine solennia oder Zeugen erfordert werden,

ANTON. FABER *cit. l. def. 7.*

dahero auch die ratio ztia hiebey keine applicatio findet, da diese Sache nicht nach den römischen, sondern nach denen teutschen Rechtsgründen zu erörtern ist, im Gegentheil aber quoad quartum irrig ist, daß per epistolam keine obligatio efficax contrahiret werden könne, als dessen Gegentheil bereits in rat.
22 prima dargethan, und ein blosser Schein, davon in l. 26. in f. depos. gehandelt wird, mit einem pacto per literas inito keinesweges zu vermengen ist, überdem Fortunius nicht nöthig hat, sein Heil in der depositione testium primario zu suchen, noch in vltima voluntate sich zu gründen, sondern nur solche zu dem Ende sich bedienen kan, daß er daraus der Veronicæ seriam et constantem voluntatem, daß sie irreuocabiliter ihr Versprechen zu halten gemeinet gewesen, darthun möge, in welchem Fall contra rat. quintam gar keine Zeugen erfordert werden, cum in vim negotii inter
23 viuos contrahatur, cuius executio duntaxat post mortem differtur,

HARPRECHT *cit. l. §. 17. n. 25.*

welches auch in dubio selbst mehr zu præsumiren,

arg. l. 42. in f. de m. c. donat. ibique GOTHOFR. *in not.*

hier aber um desto weniger daran zu zweifeln ist, da die Baronessin Veronica in ihrem Schreiben sich erkläret, daß sie ihren Herrn
24 Vetter Fortunium auf alle rechtliche Weise zu ihrem einzigen künftigen Erben benennen wollen, welches de optimo et firmissimo modo promittendi, scilicet inter viuos, nothwendig verstanden werden muß, wie dann Fortunius in seiner Antwort solches nicht anders als auf diese Weise acceptiret, sie auch bis auf ihr letztes Ende mit ihm darin eins gewesen, wie die Aussage der Zeugen bestätiget, mithin die geschehene acceptation contra rat. sextam hiebey ein grosses momentum machet, übrigens quoad rat. septimam dem Fortunio unbenommen bleibet, sich allenfals auch in donatione inter viuos zu gründen, da der animus donandi mehr als zu deutlich in der Veronicæ Schreiben declariret, und der Fortunius darin gebeten ist, zu seiner Familie aparten Wohl und beständigen conseruation diese Erbschafft anzunehmen und anzuwenden, welches die intention der Veronicæ, dem Fortunio so fort ein ius irreuocabile auf alle ihre Güther und Vermögen zuzueignen, an den Tag leget, auch dergleichen donatio omnium bonorum denen Rechten gantz gemäß ist,

l. 87. §. 3. de leg. 2.
l. 37. §. 3. de leg. 3. l. 8. C. de reuoc. donat. ibi: bona omnia.

und weil quoad rat. vlt. diese donatio, wie der Veronicæ eigener Brief anzeiget, in remunerationem bene meritorum geschehen, solche auch aus dem Schreiben sub lit. A. klar erhellen, dabey keine insinuatio iudicialis
25 vonnöthen gewesen, wiewol Fortunius, seine intention auf dieses fundamentum zu gründen, nicht minsten bedarf, da er ein pinguius ius, nemlich eine successionem ex pacto vniversalem vor sich hat, welche alle andere successiones ausschliesset, so in donatione inter viuos nicht absolute geschiehet;

Ad L. II. T. XIV.

So halten wir davor, daß der Herr Fortunius zu dieser Erbschafft ex pacto allerdings berechtiget sey, und sich also eines glücklichen Ausgangs des processus zu getrösten habe.

Quæstio II.

Was für ein genus actionis ihme zu Impetrirung derselben competire?

Rationes dubitandi et decidendi.

So viel nun die andere Frage betrifft, obwol in denen angeführten Briefen mehr nichts als ein blosses pactum verhanden, aus welchem kein würckliches Erbrecht transferiret werden mag, cum traditionibus demum, non nudis pactis res nostræ fiant,
26

l. 20. C. de pact. l. 31. pr. de acquir. rer. domin.

wie dann auch sonsten bekant ist, daß aus einer Verabredung bloß eine actio personalis entspringe, und es dahero auch hier das Ansehen gewinnet, als wenn bloß actione personali gegen der Veronicæ Bruder, als ihren Erben, ab intestato geklaget werden müsse.
27

Dieweil aber dennoch von dieser besondern Art der pactorum successoriorum nicht nach denen römischen Rechten, sondern nach denen teutschen Rechtsgründen geurtheilet werden muß, nach welchen derjenige, dem per pacta die successio vniversalis assigniret ist, ein wahres Erbrecht überkomt: tribuit enim hæc conuentio ius hereditarium præsenti alteri
28 in alterius bonis, vi cuius ius succedendi recta sine traditione in euentum mortis transit,

GAIL. *2. obs. 126. n. 4.*
STRYK. *de success. ab int. diss. 8. c. 5. §. 24.*
HAHN. *de iur. rer. concl. 72. n. 11.*

ita vt ex tali pacto succedens pro herede vniuersali habendus sit, in quem omnia iura, actionesque transeunt,

STRYK. *cit. l. §. 29.*

woraus denn von selbsten folget, daß Fortunius

Ad L. II. T. XIV. 29

nius als vniuersalis heres pacto designatus hereditatis petitionem conuentionalem anstellen könne, als welche mit der ciuili petitione hierin gantz übereinkommt,

HAHN *cit. l. concl. 72. n. 11.*

STRYK. *cit. l. n. 33.*

und dahero der Veronicæ Bruder als ein solcher, qui pro herede possidet, zu achten, und seiner verstorbenen Schwester Erbschafft nach einem inuentario, oder in Mangelung dessen, nach einer eydlichen specification dem Fortunio als wahren eintzigen Erben herausgeben muß, zumal alhier das pactum als ein modus constituendi et transferendi ius hereditarium allein anzusehen, aus welchem derselbe die Erbschafft in Anspruch zu nehmen berechtiget ist;

So erhellet hieraus so viel, daß Fortunius vorgedachter massen die hereditatis petitionem conuentionalem anzustellen berechtiget sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXXXV.

RESPONSVM LX.

THEMA.

De interpretatione pactorum publicorum.

Vid. Tom. III. Resp. VIII. Them. 1.

RESPONSVM LXI.

THEMATA.

I. Successio pactitia hodie est iuris communis.

II. *Pactum dotale simplex colligitur ex verbis* Verabredung, *contract* etc.

III. *Petitorium cum possessorio adipiscendæ cumulari potest.*

IV. *Iudicis officium est, lite super hereditate mota, possessorem ad inuentarium et iuramentum manifestationis adigere.*

V. Pacta hereditatis renunciatiua etiam sine iuramento valent.

VI. *Querela nullitatis contra testamentum temere mota non æque ac querela inofficiosi amissionem legatorum coniunctam habet.*

SVMMARIA.

Pacta successoria iure romano prorsus improbata. n. 1.

Licet hodie quaedam pacta hereditatis acquisitiua valeant, hoc tamen ex quorundam sententia vltra casus exceptos non extendendum. n. 2.

Non valet pactum inter fratres vel sorores de succedendo. n. 3.

In dubio contra pacta successoria pronunciandum. n. 4.

Pactum, quod successionis mentionem facit, est mixtum. n. 5.

Et V testes desiderat. n. 6.

Quia ad instar donationis mortis caussa valet. n. 7.

Et testamento semper mutari potest. n. 8.

Ex subscriptione colligitur consensus. n. 9.

Qui nomine alieno subscribit, alterum regulariter non obligat. n. 10.

Donatio m. c. in certum euentum mortis facta, expirat, si euentus non secutus. n. 11.

Aequa-

Æqualitas in pactis successoriis desideratur n. 12.
Testamentorum magnus est favor n. 13.
Successio pactitia non ex iure Romano, sed Germanico addiscenda n. 14. 27. 35.
Inter germanos fides pactitia sanctissima erat n. 15.
Quod principium postea retentum n. 16.
Successio testamentaria olim varior, pactitia frequentior n. 17.
Stylo clericali pacta successoria olim testamenta vocata n. 18.
Iuris Romani autoritas efficaciam pactorum tollere non potuit n. 19.
Ius romanum in subsidium receptum n. 20.
Vsus successionis pactitiæ testimoniis ICtorum probatus n. 21.
Pacta successoria ad certas species reduci nequeunt n. 22. 28.
Pacta successoria illustrium ex potestate legislatoria efficaciam non accipiunt n. 23.
Pactum inter auiam et nepotes successorium valet n. 24.
Successio feudalis est pactitia n. 25.
Contra pactum successorium testamentum non valet n. 26. 34.
Pacta successoria sunt negotia inter viuos n. 29.
Licet successionis mentio in iis fiat n. 30.
Et irreuocabilia sunt, si clausula de non reuocando adiecta n. 31.
Pacta successoria male ex natura m. c. donationis æstimantur n. 32.
Distinctio inter pacta successoria simplicia et mixta contradictionem inuoluit n. 33.
Vbi ad actus solennitatem non requiritur subscriptio, nil interest, vtrum propria manu quis subscribat, an alius eius nomine n. 36.
Subscriptio alterius nomine facta valet, si de huius voluntate constat n. 37.
Occasio a caussa pacti differt, nec illud limitat vel restringit n. 38.
Pacta successoria præcise æqualia vel reciproca esse non debent n. 39.
Vnio prolium valet, licet ex matrimonio nulli nati liberi n. 40.
Remedium ex l. f. C. de Edict. Hadr. toll. datur illis, pro quibus testamentum vitiabili vitio carens militat n. 41.
Est hoc remedium etiam retinendæ possessionis n. 42.
Pactum successorium ex defectu subscriptionis non sufficit ad præcedens remedium n. 43.
Cumulatio remediorum, quorum vnum est præiudiciale, non admittenda n. 44. *Ad L. II. I. XIV.*
Nec possessorium cum petitorio cumulandum n. 45.
Multo minus ante hereditatis petitionem diuisio hereditatis peti potest n. 46.
Iure Canonico cumulatio possessorii et petitorii permittitur n. 47.
Inuentarium prouisionaliter ante decisam iuris hereditarii quæstionem recte petitur n. 48.
In casu fideicommissi illud ante restitutionem fideicommissi edendum n. 49.
In possessorio etiam ad inuentarium edendum recte agitur n. 50.
Ex pacto successorio contra testamentum postea factum immissio petitur n. 51.
Quæstiones iuris non impediunt immissionem ex l. f. C. de Edict. D. Hadr. toll. n. 52.
Immissio etiam ex testamento nuncupatiuo a Notario conscripto petitur n. 53.
Iudex secundum leges iudicare et agere debet n. 54.
Pendente quæstione hereditaria possessor ad descriptionem bonorum recte cogitur n. 55.
Et quidem in limine iudicii n. 56.
Exacto simul iuramento manifestationis n. 57.
Appellatio in caussa possessoria non habet effectum suspensiuum n. 58.
Vbi omnia ad quæstiones iuris redeunt, mox in petitorio iudicari potest n. 59.
Pactum renunciatiuum sine iuramento de iure canonico non valet n. 60.
Pacta sancte seruanda n. 61.
Beneficio supplendi legitimam mater recte renunciat n. 62.
Imprimis si pœna conuentionalis adiecta n. 63.
Cur ius canonicum iuramentum exigat in pacto reuunciatiuo? n. 64.
De iure germanico hoc etiam sine iuramento valet n. 65.
Qui testamentum ex capite falsi, vel inofficiosi impugnat, priuatur legato n. 66.
Qui voluntatem defuncti temere impugnat, pœnæ priuationis subiicitur n. 67. 71.
Non qui de iure testandi disputat n. 68.
Vel illud ex capite nullitatis impugnat n. 69.
Testamentum nullum dicitur non tantum ob defectum solennitatum, verum etiam testamenti factionis n. 70.
Pœna priuationis ad temerariam, non vero probabilem impugnationem pertinet n. 71.

Die Eine zugeschickte Species facti bestehet aus folgenden Umständen:

Der Handelsmann und Italiäner J. B. zu M. ist am 2. Nov. 1734. verstorben, und hat ein ansehnliches Vermögen hinterlassen, da kurz vor ihm seine Frau A. M. B. gebohrne H. dieses Zeitliche gesegnet. Es hat aber gedachter B. samt seiner Ehe-Frauen an einem, mit seinen Schwägern und seiner Frauen Schwestern am andern Theil den 19. April 1730. ein pactum irreuocabile successorium sub A errichtet, Kraft dessen die drey Schwestern und Schwägerer, auf den Fall, da einer oder der andere ohne Kinder versterben würde, einander erben, und die Halbscheid der Verlassenschaft einander heraus zu geben schuldig seyn solten. Ob nun wol die beyden B. Ehe-Leute kurz nach einander ohne Hinterlassung Leibes-Erben verstorben; so hat dannoch I. B. als der letztverstorbene das Te-

Ad L. II. T. XIV.

stament sub B gemachet, und seinen leiblichen Bruder I. B. zum Universal-Erben eingesetzet, welcher sich auch der Erbschaft angemasset, so, daß dessen beyde Schwägere und Schwägerinnen aus vorgedachtem pacto successorio sowol in possessorio als eventualiter in petitorio N. I. zu klagen sich gemüßiget gefunden, dabey dann unterschiedliche Fragen mit vorgeleget sind:

Quæstio I.

Ob dieses pactum successorium sub A quoad formalia et materialia in denen Rechten unserer Zeiten richtig und verbündlich sey, mithin denen Klägern die halbe Erbschaft des I. B. abgetreten werden müsse?

Rationes dubitandi.

Nun ist zwar eine bekannte Sache, daß 1) denen gemeinen Rechten dergleichen pacta successoria gänzlich zuwider sind,

l. 3. §. 2. D. pro soc. l. f. D. de suis et leg. hered.

l. 15. 19. l. f. C. de pact.

l. 15. C. de pact. conu. tam super dot.

1 adeo vt licet non de tota vel quota hereditatis pacta inita fuerint, sed particularia tantum in stipulationem hoc modo, vt, in iis iure hereditario succedatur, deducta, pacta tamen nihilominus invalida sint

TORRE *de pact. fut. success. lib. 1. c. 6. n. 1. sqq.*

CHRISTINÆVS *lib. 3. dec. 135. n. 4.*

2 und obwol 2) heute zu Tage einige pacta successoria acquisitiua, als unter coniuges, inter liberos diuersi matrimonii et illustres, qui legis condendæ potestatem habent, als gültig geachtet werden; so kan dennoch solches vltra casus exceptos auf alle und iede pacta successoria nicht wohl und füglich gezogen werden, adeo vt nequidem initum pactum inter

3 fratres vel sorores de succedendo valeat,

KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. 6. n. 42.*

PETR. PECK. *de testam. coniug. lib. 1. c. 8.*

4 zumal bekannt, daß die consuetudines stricte und dergestalt zu interpretiren, ne nimis recedant a iure communi, adeo vt contra pacta successoria in dubio pronunciandum sit;

HARPRECHT. *vol. nou. cons. 16. n. 727. sqq.*

Ausser dem aber, wenn gleich 3) auch dergleichen pacta, wie hier zu befinden, ihre Kraft haben solten; so will es dennoch scheinen, als ob gegenwärtiges pactum successorium sub A inter pacta mixta zu referiren, zumal darin mit dürren Worten enthalten, daß die drey Schwestern und Schwägere, falls sie ohne Leibes-Erben verstürben, einander erben, und einer dem andern die Halbscheid heraus geben solten, pacta enim, quæ successionis 5
mentionem faciunt, pro mixtis sunt accipienda,

STRYK. *de caut. contr. sect. 3. c. 8. §. 21.*

HARTM. PISTOR. *P. 4. qu. 3. n. 4.*

bey welcher Beschaffenheit 4) fünf Zeugen dabey gebraucht werden müssen, so doch in dem pacto sub A nicht zu befinden, cum tamen in qualibet vltima voluntate ad minimum quinque testes desiderentur,

arg. l. f. §. 3. C. de codicill. 6

LAVTERBACH *ad tit. de pact. dotal. §. 4.*

STRYK *in vs. mod. ad tit. de pact. dot. §. 3.*

und diese pacta ad instar m. c. donationis geachtet werden müssen, welche ohne fünf Zeugen 7
nicht bestehen können,

l. f. C. de m. c. donat.

Dieserwegen es scheinen will, als wenn dieses pactum successorium sub A in formalibus einen Hauptmangel haben solte. Ja, wenn auch 5) dergleichen hier nicht anzutreffen, so sind doch dergleichen pacta an und vor sich selbst re-
uocabilia vsque ad extremum vitæ halitum, 8
et sic per testamentum mutari possunt,

l. 4. de adim. legat.

CARPZ. *P. 2. c. 43. def. 11.*

KOHL *de pact. dotal. p. 2. n. 59.*

dergestalt, daß, weil I. B. dagegen ein Testament gemachet, solches dem pacto successorio vorgezogen werden müsse, bevorab da 6) I. B. das pactum successorium sub A nicht einsten unterschreiben, und er also daran um desto-
weniger gebunden ist, als die Bewilligung zu ei- 9
nem solchen pacto ex subscriptione erhellen muß

BARDILI *de subscript. c. 8. n. 22. tom. I. P. II. consult. et decis. arg. 100. n. 14.*

und obgleich 7) dessen Frau in seinem Namen unterschrieben, dennoch dabey nicht erfindlich, daß solches mit seinem Wissen und Willen geschehen, ohne welches gleichwol keine Verbind- 10
lichkeit zu statuiren, auch wohl zu glauben, daß, wenn er darin consentiret, er dagegen keine andere Disposition machen würde, dahero er auch in seinem Testamente, nicht einsten dieses pacti successorii gedacht, als ein argumentum, daß ihn solches nichts angehe; wobey dann auch 8) nicht ausser acht zu lassen, daß dieser actus, wie das proœmium des pacti sub A darleget, occasione einer vorgehabten Reise der Regina Hirschin, als respective der pacisentium Mutter und Schwiegermutter,

ter, errichtet, und dabey auf den Todt dieser Fr. Hirschin, als causam, sine qua non, reflectiret worden, und da dieser nicht erfolget, das pactum von selbsten krafftlos werden möch-
11 te, cum etiam donatio m.c. in certum euentum mortis facta exspiret, si euentus non sit secutus:

§. 1. Inst. de donat.

nicht zu gedencken, daß 9) zu der Zeit, wie das pactum errichtet, die itzige Klägere bereits Kinder, Jacob Brage aber keine gehabt, und er also von ihnen keine succession, sie aber wol von ihm solche zu hoffen gehabt, welches abermal mit der æqualitate pacti mutui succeßorii, welche sie doch allerseits intendiret,
12 streitet, und daher unbündig seyn möchte. Dieses hat auch 10) ohne Zweifel verursachet, daß selbsten des Jacob Braga Ehe-Frau ein Testament errichtet, und darin ihren Mann, ohngeachtet sie inter compaticentes gewesen, zum Erben eingesetzet, mithin dadurch zu verstehen gegeben, daß sie an das pactum successorium aus vorgedachten Ursachen nicht gebunden sey, welchem Exempel er selbsten nachgehends gefolget, und seinen Bruder in dem Testament sub B zum Erben ernennet, welchem billig in dubio nachgegangen
13 werden muß, cum magnus sit testamentorum fauor,

l. 1. C. de SS. eccles. l. 10. D. de inoff. testam.

KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. 6. n. 6.*

vt per pactum qualecunque privatorum restringi non possit

GAIL. *2. obs. 126. n. 7. 8. 9.*

Rationes decidendi.

Es sind aber diese angeführte Scheingründe nicht so bündig und beschaffen, daß sie das pactum successorium sub A zwischen denen dreyen Schwestern und Schwägern unkräftig machen und enerviren können, wenn solches nach den wahren principiis iuris hodierni beurtheilet und eingesehen wird, wobey dann zu-
14 forderst die wahren principia von den spuriis separiret, und dieses negotium aus den genuinis iuris Germanici fontibus, nicht aber ex iuris peregrini seu Romani rationibus singularibus diiudiciret werden muß, wogegen die meisten ICti, die in dieser Materie dissentiren, anstossen, das teutsche Recht mit dem römischen durch einen schändlichen Mischmasch confundiren, und ienes Satzungen, so doch dem römischen zuwider sind, aus diesen erklären und herleiten wollen. Denn 1) so sehr die pacta successoria denen römischen Rechten zu-
15 wider, ja so wenig die Römer auf Treu und Glauben in pactis gesehen, so heilig haben in Gegentheil die Teutschen die Verträge und Conuentiones gehalten, vt nulli mortalium fide ante Germanos fuerint,

TACIT. *lib. XIII. annal. c. 54.*
Bæhm. Conf. T. III. P. II.

sogar, daß sie ehender ihre eigene Wohlfarth in die Schantze schlagen, als Treu und Glauben brechen wollen, *Ad L. II. T. XIV.*

TACIT. *de moribus Germ. c. 24.*

welches principium in Teutschland dergestalt eingewurtzelt geblieben, daß das römische Recht die Verbindlichkeit und Heiligkeit der gegebenen Treue nicht aufheben können, wie an der Doctrin de efficacia quorumcunque pacto- 16
rum wahrzunehmen, und das uralte Recht der Teutschen in dem bekanten Sprichwort: **ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann** beybehalten worden. Und wie 2) die Teutschen von dergleichen testamentis, so bey den Römern sehr im Schwange gewesen, nichts gewust, also haben sie entweder ihre Güther nach Maasgebung der Gesetze auf einander vererbet, oder de futura successione unter sich ge- 17
wisse Verträge gemachet, und dadurch ein beständiges Erbrecht nach ihrem Tode etabliret, wie solches die alten LL. und formulæ forenses mit mehrern darthun,

LL. Ripuar. tit. 48.
LL. Angl. et Werinor. tit. 13.
LL. Baiuvar. tit. 14. c. 9. n. 3.

MARCVLF *in form. 48. 50. 75. sqq.*

auch unzehlige chartæ und monumenta antiqua anzeigen, in welchen nach dem damahligen stylo clericali dergleichen pacta successoria 18
öfters Testamenta genannt werden, ohnerachtet solche nichts weniger als formam testamentorum gehabt, die geistlichen aber, welche durchgehends dergleichen dispositiones errichtet, durch das geistliche Recht an dem stylo forensi Romano gewohnt gewesen. Dieses alte Recht ist auch 3) dergestalt in vsu forensi Germanorum übrig geblieben, daß, obwol das römische Recht die pacta successoria ungemein gehasset und verworfen, und die an diesem Recht allein hangende ICti gegen diese 19
pacta aufs äusserste gestritten, dennoch iederzeit testes veritatis sich gefunden, die den vsum vniuersalem Germaniæ antiquum agnosciret, und leicht eingesehen haben, daß das ius Romanum ohnedem nur in subsidium, und also saluis antiquis Germaniæ legibus angenommen, vid. præfat. ad tom. II. P. I. consuet. et decis. §. 15. so, daß Gailius, ohnerach- 20
tet er dem römischen Rechte sehr ergeben ist, dennoch sehr bedencklich schreibet: licet pactis hereditas dari non possit l. f. C. de pact. conv. fallit id tamen in pacto mutuo et vicissitudinario, puto, si inter duos conventum, quod alterutro sine liberis mortuo, ad superstitem bona perveniant; tale enim pactum va- 21
let. Ratio, quia mutuum et reciprocum est.

GAIL. *lib. 2. obs. 126. n. 2.*

Ja Klockius gehet so weit, daß er schreibet, moribus omnium gentium introductum esse tertium genus heredum, veteribus ICtis incognitum, quos conventionales appellant

Ad L. II. T. XIV. der seelige Stryk aber gehet hierbey auf die alten teutschen Rechte zurücke, und saget: imo modum per conventionem transferendi hereditatem antiquissimis Germanorum promiscue in vsu fuisse, apparet ex illis, quæ habet

KLOCK *Vol. 3. Cons. 114. n. 51.*

LINDENBROG *in Cod. LL. antiq. f. 489.*

STRYK *in vs. mod. tit. de pact. §. 20. in f.*

wie er dann auch die rudera des alten Rechts anderswo anführet

de success. ab int. diss. 8. c. 1. §. 4.

Aus eben dem Grunde schreibet der Wittenbergische ICtus Leyserus gar bedencklich: imprimis vero apud Germanos cessat prohibitio, ne quis sibi per conventionem testandi facultatem adimere, atque certam succedendi spem in alterum transferre possit. Verum hodie omnia pacta successoria, quæ modo ex alia ratione cum legibus non pugnant, valent. Neque opus est, vt cum doctoribus inter pacta successoria affirmativa et negativa, item conservativa, acquisitiva, dispositiva, et renunciativa distinguamus, cum, quemadmodum diximus, iure Germanico omnia pacta successoria in genere valeant.

LEYSER *in medit. ad Pand. Spec. 43. n. 5.*

Es führet dieser ICtus dabey zwey rationes an, warum man hierbey nicht auf das römische Recht zu sehen habe: præcipuum argumentum est, defectus rationis, quæ Romanos, vt pacta successoria interdicerent, impulit. Alterum constans Germanorum et ante et post receptionem iuris Romani consuetudo de hereditatibus pacisendi. Und wie nun 4) hieraus abzunehmen, daß man die pacta successoria auf keine species certas, die allein per modum exceptionis gleichsam, und also iure singulari gelten solten, restringiren müste, also ist vielmehr dieses ein ius Germaniæ generale, und dargegen das römische
22 Recht niemals angenommen, davon der Herr Leyser an gedachtem Ort ferner schreibet: Nec est, quod dicas, singulare hoc in vnione prolium et pactis dotalibus esse, quod ad alia pacta extendi non debeat. Nullum quippe videmus discrimen. Eadem, quæ in vnione prolium et pactis dotalibus versatur, ratio, alibi quoque valet, quod si æquum sit, promissum et fidem datam, si cum bonis moribus non pugnet, servare, daher auch Schilterus gar recht dabey beobachtet: neque ratio certa apparet, cur ius privatorum a principum et illustrium personarum iure hac in parte mores Germanorum separaverint

SCHILTER *in pr. iur. Rom. ex. VIII. §. 38.*

wodurch er diejenigen widerleget, welche denen pactis illustrium successoriis daher alle Kraft beylegen, quod legislatoria potestate prædi-
23 ti sint, welches eine argumentationem a falsa causa in sich hält, und posita hac ratione, weder die vniones prolium, noch die pacta successoria coniugum einige Kraft haben können, welche man doch durchgehends passiren lässet. Eben dieses bekräftiget auch BERGERVS, und bezeuget, vniuersali Germaniæ consuetudine hæc pacta sustineri ad effectum non modo successionis, sed et impediendi facultatem testandi. Quamobrem, pergit, 24
pactum inter aviam et nepotes, ne ea bona
3 sua vllo modo in præiudicium nepotum alienet, initum subsistit

BERGER *in œconom. iur. lib. 2. tit. 4. §. 48. not. 1.*

Ja, weil 5) das Lehn-Recht offenbar seinen Ursprung von denen Francis, Germaniæ populis, genommen, und sich durch gantz Teutschland und die Lombardie erstrecket; so ist kein Wunder, daß diese principia auch daselbst ihre application gefunden, cum vniuersa successio feudalis sit pactitia. Bey solcher Be- 25
schaffenheit ist also 6) ausser Streit, daß das pactum successorium sub A zwischen dem Hirschischen Geschwistern und deren Ehemännern, zumal es überdem reciprocum ist, seine völlige Gültigkeit, hergegen aber das dagegen ge- 26
machte Testament von I. B. keinen Bestand haben müsse, dagegen auch die rationes dubitandi nichts vermögen können. Denn so viel
3 7) die beyden ersten rationes betrift, so ist hier nicht auf das ius Romanum, quod in foris Germanicis subsidiarium est, sondern allein auf das ius domesticum zu sehen, pro cuius observantia ausserdem auch zu præsumiren, 27
und dabey, wie schon dargethan, irrig ist, daß die successio pactitia nur bey etlichen Fällen iure singulari, Statt finde, als welches commentum diejenigen, so allein an den römischen 28
Rechten hangen, erfunden, heute zu Tage aber, nachdem die fontes iuris Germanici sehr excoliret sind, keinen fernern Beyfall finden, noch weniger iemand leicht statuiren wird, contra hæc pacta in dubio esse pronunciandum, als welches nicht anders, als mit gäntzlicher Verleugnung der väterlichen Rechte geschehen könte, cum tamen turpe sit ICto, ius patrium, in quo natus est, ignorare et repudiare. Aus eben dem Grunde fallen auch 8)
die dritte und vierte ration gäntzlich weg, da
3 eines Theils alle pacta successoria ein negotium inter vivos sua natura sind, welches auch hier die pacisentes selbsten deutlich ausgedrücket, und es eine Verabredung, einen *Contract* benahmet, aus denen Rechten aber bekannt ist, 29
quod verba: CONTRAXERVNT, GESSERVNT, non pertineant ad vltimas voluntates.

l. 20. D. de V. S.

Dahero dann dieses pactum auch in vim contractus gelten muß, ohnerachtet solches de futura successione aufgerichtet worden, als 30
welches heute zu Tage gantz gewöhnlich ist, da
3 von ich selbsten unterschiedliche præiudicia angeführet

tom.

tom. II. P. I. consult. et decis. arg. 560. n. 10. sqq. 561. n. 9. sqq. 562. 564. n. 6. sqq.

Wie denn zu solchem Ende die clausula de non reuocando mit diesen Worten:

Zu dessen Versicherung Stet- und Festhaltung ꝛc.

dem pacto beygefüget, welche offenbar actum inter viuos et negotium irreuocabile anzei-
31 get und wircket, daß kein Testament dagegen gemachet werden kan, wie mit mehrern ausführet

HARPRECHT *de pign. in pact. dotal. constit. §. 17. n. 6. et §. 34. n. 10. sqq. ibique allegati.*

alwo auch denjenigen begegnet wird, welche vermeinen möchten, als wenn solche clausulæ ex imperitia Notariorum insgemein herflössen. Dem zu folge dann fünf Zeugen dabey gar nicht nöthig gewesen; andern Theils aus der in ratione quarta angeführten ration ein grober, obwol vielen gemeiner Irrthum hervorleuchtet, daß man diese pacta successoria secundum regulas m. c. donationis æstimiren, das ist, instituta iuris Germanici ex iure Romano, illis e diametro repugnante et aduersante, herneh-
32 men wollen, da sonsten ja auch die pacta successoria nach denen Römischen Rechten gelten müssen, wenn man dieses ungeschickte argumentum bey denen Römern machen können, welches abermahl ein unleugbares Kennzeichen ist, daß die gantze distinction inter pacta successoria simplicia et mixta, keinen Grund weder in Römischen noch in Teutschen Rechten habe, sondern ein ex iuribus sibi prorsus repugnantibus conflatum chaos sey, dadurch man contradictoria compatibel machen, und valida et inualida negotia gegen die gesunde Ver-
33 nunft in eine harmoniam bringen wollen, wie ich mit mehrern gezeiget,

in diss. de success. hered. coniug. ex pact. dotal. c. 2. §. 5.

auch incidenter davon

in præfat. ad tom. II. P. I. consult. et decis. §. 5. 6.

gehandelt habe. Aus solchem Irrthum ist auch 9) die ratio quinta hergenommen, als wenn einige pacta successoria in Teutschland anzutreffen, die eben wie testamenta und m. c. donationes reuociret werden können, dessen Gegentheil ich abermahl

cit. diss. §. 7.

angemercket, wiewol auch ohnedem in diesem pacto successorio sub A die Sache um desto richtiger ist, da man auch nach der gemeinen hypothesi der dissentientium gegenwärtiges pactum in vim contractus annehmen muß,
34 solches auch in dubio davor zu erkennen ist, und dahero der seel. Reichs-Hofrath von Berger *loc. alleg.* gar recht bemercket, daß überhaupt dergleichen pacta die testamenti factionem dem pacisscentibus benehme, und als irreuocabel zu achten. Es hat solches der seel. SAMVEL STRYK ebenfals angemercket, und davon sehr neruose also raisonniret: Istud, quod de successione hoc modo constitui queat, totum ex fontibus iurium Germanicorum deriuatum est, atque ex eisdem quoque per consequens diiudicandum. Sed pactorum eam semper fuisse naturam et indolem apud Germanos, vt seruarentur, non ignotum est. 10. *Ad L. II. tit. XIV.* 35

I. S. STRYK *de test. coniug. recipr. §. 86.*

Eben dieses behauptet auch LAMBERTVS GORIS und spricht: Sic patet, multum inter se differre iuris communis et patriæ consuetudinis principia, illis prolixe fauentibus vltimis testantium voluntatibus; his contra conuentionibus inter viuos de futura successione, non sine verosimili odio contra vsum testamentorum. Dabey er noch dieses sehr vernünftig beyfüget: Accedit etiam non contemnenda ratio, quod concessa hac libertate reuocandi in testamentis, nemo fere certus esse possit de iis, quæ promissa fuerunt, aperta ita via se inuicem decipiendi speciosis illectamentis.

LAMBERT. GORIS *tr. III. aduers. iur. P. 2. c. 2.*

Dieses letztere lässet sich am besten aus diesem casu, so hier anzutreffen, erleutern, da iedermann leicht begreiffet, wie wenig Treu und Glaube, welche in Teutschland iederzeit heilig gehalten worden, bey dem Testament in acht genommen, welchen auf keine Art und Weise daher zu fauoriiren ist. Uebrigens scheinet 10) die ratio sexta von mehrerer Erheblichkeit zu seyn, da sich bey der Unterschrift hervorthut, daß I. B. nicht selbst, sondern in dessen Namen seine Frau erstlich, und hiernechst in ihrem eignen Namen unterschrieben hat. Aber dieser Scheinmangel ist leicht zu heben, wenn man voraus setzet, quod, vbi ad actus solennitatem non requiritur subscriptio nec LL. hoc desiderant, parum interfit, vtrum quis propria sua manu, an alius eius nomine subscri-
36 bat.

BARDILI *de subscript. c. VII. n. 42.*

Da nun hier kein Testament, sondern ein blosses pactum, quod solo iure gentium æstimatur, vorhanden, bey welchem es lediglich auf den voluntatem pacisscentium ankommt; so ist nichts weiter dabey zu untersuchen, als ob solche subscriptio per manum vxoris mit des Mannes Willen, der nicht wohl schreiben können, geschehen? Welches so wol aus der Zeugen subscription, als des Notarii darunter befindlichen attestato abzunehmen, cum alterius nomine facta subscriptio, eum, qui in
37 negotium consensit, omnino obliget,

l. 26. §. 1. D. de pignor.

und wenn noch einiger Zweiffel dabey vorkommen solte, ob I. B. mit seinem Wissen und Willen solches pactum von seiner Frauen unter-

Ad L. II. T. XIV.

schreiben lassen; so werden die Kläger am sichersten handeln, wenn sie über diesem Umstand die Zeugen so wol als den Notarium ohne einigen Zeitverlust eydlich abhören lassen werden, als welches ein grosses momentum zu der folgenden Frage beytragen, und dadurch die ratio septima dubitandi gehoben seyn wird, bey welcher sonsten wenig zu regardiren, daß I. B. dieses pacti in testamento gar nicht gedacht, als worauf es nicht, sondern darauf ankommt, ob er dagegen ein Testament machen können? Dessen Gegentheil bereits dargethan. Uebrigens so viel die rationem octauam betrifft, so der gantze Zusammenhang des pacti sub A darleget, daß in demselben zwey negotia diuersa vorkommen: Das erste betrifft der Mutter Guth, und dessen Beerbung, wenn sie etwa auf der anzutretenden Reise versterben solte: Das andere aber, gehet derer drey Schwester und ihrer Männer eigenes Vermögen an, so pure abgehandelt, und von dem ersten toto coelo unterschieden ist, zumahl es alios paciscentes und diuersum obiectum concerniret, wie die eigentlichen Worte anzeigen:

> Und weiln dann also die drey verheyrathete Schwestern und Schwägere über das ihrige zu disponiren frey stehet; als haben dieselbe ebenfals sich verabredet ꝛc.

Dabey dann die particula: Ebenfals darleget, daß daselbst ein gantz neues pactum angehet, so mit dem vorigen keine connexion habe, ob wol das erste dazu Gelegenheit, also unter sich selbsten zu pacisciren, gegeben, quæ tamen inter causas referri non debet. 38

BESOLD *P. 2. conf. 55. n. 66.*

Dahero auch die Gelegenheit kein Gesetz, oder andere Handelung limitiret, oder restringiret. Ferner ist auch die ratio nona in keine consideration zu ziehen, wenn man bedencket, daß so wol I. B. mit seiner Frauen noch Kinder bekommen, als hergegen der anderen Schwestern Kinder absterben, mithin also bey allen und ieden Schwestern und Schwägern, die Conditio: si sine liberis, statt finden können, ohngeachtet bey einem ehender als bey dem andern der euentus conditionis zu hoffen gewesen, indem die Sterbfälle ungewiß sind, und auch wol derjenige, der de præsenti viel Kinder hat, unbeerbet versterben kan, wiewol wenn es auch kein pactum reciprocum vel æquale gewesen, dennoch dasselbe seine Gültigkeit nach wie vor behalten haben würde, cum nullibi in iure desideretur, vt pacta talia sint æqualia vel reciproca, 39

STRYK. *de succeff. ab int. diff. VIII. c. 5. §. 21.*

BETSIVS *de pact. fam. ill. c. 3. p. 99. sq.*

eben wie pacta vnionis ihre Gültigkeit haben und behalten, wenn gleich der Mann alleine Kinder erster Ehe hat, seine andere Frau aber ohne Kinder verstirbet, ob wol sie dieselbe verhoffet, und in solchem Regard die Einkindschaft mit gethan hat. 40

STRYK *c. l. c. 6. §. 31.*

Vol. I. Conſil. Marpurg. 8.

Endlich ist die rat. vlt. noch weniger hierbey in consideration zu ziehen, da es hierbey nicht darauf ankommt, was I. B. und seine Ehe-Frau aus falscher Einbildung gemeinet, sondern was die Rechte hierbey statuiren.

So ist dieses pactum sub A in formalibus et materialibus zu Recht beständig, und daher denen Klägern vermöge desselben, die halbe Erbschaft abzutreten.

Quæstio II.

Ob in der Klagschrift sub N. I. ein adæquatum iuris remedium ergriffen sey?

Rationes dubitandi.

By dieser Frage will es zwar scheinen, daß in dem Klag-libell sub N. I. ein multiplex et varium petitum sich befinde, welches auf eine Confusion der Klage und processus hinaus laufet. Da 1) anfänglich ex interdicto quorum bonorum die immission in possession hereditatis gesuchet, welches aber um deswillen nicht wohl statt finden möchte, indem des I. B. Bruder das testamentum vor sich hat, bey demselben kein visibile vitium sich befindet, und dahero vor denen Klägern bey der possession mainteniret werden muß, 41

l. f. C. de edict. D. HADR. *toll.*

cum ex remedio huius legis non tantum petitio possit immissio, sed etiam possessor in defensione sua defendendus sit. Dagegen denn 2) die Klägere das pactum irreuocabile subj. A nicht anführen möchten, da dessen valor noch altioris indaginis, vielen exceptionibus unterworffen, und dahero solches gegen das klare testamentum nichts vermögen kan, bevorab da dasselbe 3) noch ein vitium visibile ex defectu subscriptionis hat, und noch vielem Zweiffel unterworffen zu seyn scheinet, ob es mit I. B. Wissen und Willen unterschrieben; hiernechst 4) das petitum pro inuentario conficiendo et deferendo iuramento manifestationis hieher gar nicht zu gehören scheinet, da solches von der præiudiciali quæstione dependiret, ob das pactum sub A verbindlich sey; aus denen Rechten aber bekant ist, quod quæstiones, quæ se inuuoce contingunt, seu quarum altera præiudicialis est, simul tractari non possint, sed illa prius sit excutienda, 42 44

l. 1. D. et C. de except.

c. 2. X de cauſ. poſſ. et proprier.

endlich 5) auch das petitorium bereits dabey angehänget ist, welches mit dem possessorio nicht cumuliret werden mag. 45

l. 3. C. de interdict. l. 3. C. de rei vind.

geschweige, daß das letzte petitum pro diuidenda hereditate unzeitig seyn möchte, da 46

erst

erst die quæstio iuris hereditarii auszumachen ist.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch aus denen canonischen Rechten, nach welchen der heutige processus iuris communis zu reguliren ist, die cumula-
47 tio possessorii adipiscendæ et petitorii zugelassen ist.

c. 5. X. de caus. possess. et propr.
CARPZ. *lib. 1. resp. 71.*
MEV. *p. 6. decis. 100.*

Dieserwegen dann die ratio quinta, welche ex iure ciuili genommen, hinweg fällt, hiernechst was die rationem quartam betrift, das angeregte petitum pro inuentario interim faciendo adiuncto etiam iuramento manifestationis eigentlich keine solche quæstio ist, welche a quæstione principali absolut dependiret, sondern vielmehr als ein remedium prouisionale anzusehen, welches, da periculum in mora vorhanden, interim gesuchet werden kan, da denen Klägern viel daran gelegen, daß die vires hereditatis manifestiret und in Richtigkeit gebracht, auch nichts davon verschleudert werde, damit nicht lite finita die executio selbst inanis seyn möge, adeoque iudex in genere præ-
48 cauere debet, ne alter alteri vultureo raptu hereditaria præripiat, adeo, vt quandoque sequestrationem decernere possit.

STRYK *de decreto interim. c. 2. n. 164.*

Vnde etiam heres fideicommisso grauatus,
49 fideicommissario interim tenetur edere inventarium, cum plurimum eius interfit, nihil interim in eius præiudicium alienari,

MEVIVS *de iurat. specif. c. 11. §. 15.*

welches hier ebenfals seine gute application findet, da die Kläger fundatam intentionem ad
50 restituendam hereditatem pro dimidia haben, allenfals man auch in possessorio die Abtretung der possess nach einem inuentario zu bitten pfleget, wie ich angezeiget

in tr. de action. sect. II. c. 3. §. 4.

mithin es lediglich alhier auf die drey ersten rationes ankommt, und bey der ersten zu bemercken, daß, weil kein testamentum gegen ein dergleichen pactum irreuocabile gelten kan, das vitium visibile iedermann in die Augen fällt, vielmehr die Kläger ex pacto successorio die immission um desto mehr zu suchen berechtiget sind,
51 da solches in heutigen Rechten gegründet,

LEYSER *cit. l. circa fin.*

indem hierbey gnug ist, daß die Klägere heredes præsumtiui sind,

tom. II. P. II. consult. et decis. arg. 1006.
tom. I. P. II. arg. 53.

überdem auch quoad rat. secundam alhier keine exceptio altioris indaginis sich befindet, zumahl alhier sich lauter exceptiones iuris befinden, die keinen Beweiß erfordern, sondern le-
52 diglich ad decisionem iuris gehören, und dahero nicht altioris indaginis seyn können,

ARGEL. *de legit. contradict. q. 2. art. 6. n. 194. 207.* Ad L. II. T. XIV.
Conf. tom. II. P. I. conf. et decis. arg. 647. n. 15.

und wiewol bey der ratione tertia eine exceptio facti dubii vorkommen möchte, dennoch eines Theils das instrumentum Notarii und der Zeugen Unterschrift das prætensum vitium oculare wegnimmt; andern Theils zu mehrerer Sicherheit denen Klägeren anzurathen, daß sie den Notarium und die beyden Zeugen pro informatione iudicis über diesen Umstand so fort abhören lassen, damit demselben aller Zweiffel benommen werden möge, cum etiam facto testamento nuncupatiuo locum habeat immissio, si testes examinati et dicta eorum publi-53 cata,

MENOCH *remed. adip. poss. 4. qu. 13. n. 91.*

endlich das letzte petitum so lange auszusetzen, bis erst die quæstio iuris debattiret, inzwischen dem libell ob clausulam annexam salutarem nicht hinderlich ist.

So ist in gedachtem libell ein adæquatum remedium iuris ergriffen, und gegen das petitum nichts einzuwenden.

Quæstio III.

Was des Richters officium hierbey sey, und wie selbiger intuitu institutæ actionis legaliter dabey zu verfahren habe?

Rationes dubitandi et decidendi.

Diese Frage ergiebet sich aus den vorhergehenden. Denn wie in genere das officium iudicis darin bestehet, vt secundum leges mo-54 resque populi iudicet agatque,

pr. I. de offic. iudic.

also ist er schuldig, zuforderst pro confectione inuentarii et redintegratione massæ hereditariæ besorget zu seyn, und zu solchem Ende eine commission anzuordnen, welche dieses in præsentia partium auctorisire, als welches nur, prouisionaliter, et saluo vtriusque iure ge-55 schiehet, wohin der interpretum iuris doctrina gehöret, quod, quoties dubitatio subest, vtrum hereditas possit auferri possessori et alteri deferri, debeat cogi possessor ad descriptionem rerum faciendam, vt sciri possit, quid suo tempore sit restituendum,

GVIDO *Papa de inuentar. qu. 33. n. 1.*

und dieses muß 2) gleich in limine iudicii geschehen, weil es sonsten ohne effectu seyn und keine Gewißheit künftighin operiren könte. Und 56 weil 3) nichts unterschlagen werden muß; so können diejenigen, die in dem Sterbe-Haus tempo-

Ad L. II. T. XIV.

tempore mortis gewesen, und sich der Sachen des defuncti angenommen haben, gar wol zum iuramento manifestationis angehalten werden,
57 so wol, daß sie alles, was zur Erbschaft gehöret, getreulich anzeigen, als auch selbsten von denen Gütern nichts unterschlagen wollen, wohin auch 4) dasjenige, was wegen des Requisitionsschreiben an den Stadt-Rath zu Franckfurt und Bruchsal in libell angeführet gehöret, inzwischen aber 5) muß die causa possessorii summatim untersuchet, und weil alle dubia mehr in iure als facto beruhen, dieselbe ohne grosse Weitläuftigkeit decidiret werden, qua facta decisione 6) die execution der immission nicht zu suspendiren, wenn gleich appel-
58 liret seyn solte, weil dergleichen causæ nur die appellation quoad effectum devolutivum, aber nicht suspensivum zulassen, wie ich mit mehrern dargethan

in diss. de executione pendent. appellat. faciend. c. 2.

Ja, weil 7) das petitorium (wenn nicht sonsten noch stärckere exceptiones hierbey rege gemachet werden solten) selbsten in liquido beruhet, es mag der iudex in hanc vel aliam sententiam
59 incliniren; so wird am conuenablesten seyn, die Sache, die vornemlich auf quæstiones iuris ankommt, in petitorio definitiue so fort abzuthun.

INSERAT.

Es wird ferner bey der vorhin referirten facti specie gefraget:

Ob und aus was Fundament, wenn eine ansehnliche und aus lauter Errungenschaft bestehende Erbschaft obhanden wäre, die Rosina H. den accord sub N. II. unsträflich impugniren könne?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol eingewandt werden möchte, daß das pactum sub N. II. in effectu ein pactum renunciatiuum intuitu legitimæ sey, welches keine Gültigkeit hat,

60 *l. 35. §. 1. C. de inoff. testam.*

nisi accesserit iuramentum,

c. 2. de pact. in 6.

MERLIN. *de legit. lib. 3. tit. 3. qu. 4. n. 6.*

woran es hier gleichwol fehlet, zumahl das pactum pœnale loco iuramenti nicht seyn kan.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch hierbey 1) nicht ausser acht zu lassen, daß die H. einmahl den accord mit ihrer Tochter und Schwiegersohn de non petenda legitima getroffen, und dabey die Rechte heilsam verordnen, nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes de-
61 cipere,

l. 29. C. de pact.

bevorab, da 2) die Mutter dem beneficio supplementi legitimæ renunciiren, und mit ei-
62 nem wenigen friedlich zu seyn sich erklären können, cum omnes licentiam habeant, his, quæ pro se introducta sunt, renunciare,

cit. l. 29. in f.

in mehrer Betracht 3) sie sich noch dabey sub pœna 400 fl. verbindlich gemachet, den accord nicht anzufechten, sie also sich der Gefahr, solche Gelder der Armuth zu zahlen exponiren würde. Uebrigens was 4) aus denen gemeinen 63
Rechten, so wol Römischen, als Canonischen, dagegen angeführet ist, den Stich nicht halten will, wenn die Sache nach der Natur und Eigenschaft derer pactorum, so aus denen Teutschen Rechten bey der ersten Frage deduciret, beurtheilet wird, zumahl ich daselbst zum Grunde gesetzet, daß man in materia successionis pactitiæ nicht nach denen Römischen, sondern 64
nach denen iuribus domesticis sprechen müsse, der Eyd aber nach denen Canonischen Rechten bloß deswegen erfordert wird, weil sonsten nach dem iure ciuili dergleichen pactum, wie alle andere successoria, keine Krafft gehabt, worauf es aber nunmehr nicht weiter ankommt, wenn man nicht der decision der ersten Frage Tort thun will; postquam enim mores pacta successoria conseruarunt, renunciationes etiam absque iuramento valent.

MEV. *P. 2. dec. 270.*

65 STRYK *de S. A. I. diss. VIII. c. 10. §. 23. in f.*

So finde ich keinen zureichenden Grund, dadurch der accord sub II. sicher und ohne Gefahr angefochten werden könte.

Quæstio IV.

Ob, da unter denen Klägern und heredibus pactitiis **ein Kappischer** defunctum parentem repræsentirender **Sohn ist, welchem** l. B sub lit. B §. XI. in testamento 50 **fl.** legiret **hat, dieser, wegen der** instituirten **action dieses** legati **verlustig werde?**

Rationes dubitandi.

Ob gleich bey dieser Frage die Rechte klar besagen, quod, qui testamentum tanquam falsum, suppositum, metu doloue elicitum im-
66 pugnat, indignum se legato reddat,

l. 13. §. 9. de iure fisci l. 5. §. 1. l. 7. de his, quæ vt indign.

vel etiam si ex capite inofficiosi et iniquitatis testamentum oppugnet,

l. 8.

l. 8. §. 14. de inoff. testam.
l. 2. pr. de his quæ vt ind.

welches hieher appliciret werden möchte, da die Kläger ebenfals in ihrer Klage zum Grunde legen, daß I. B. contra datam fidem gehandelt, und von dem pacto abgegangen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ein anders ist, voluntatem ipsam defuncti eiusque dispositionem oppugnare, als welches auch geschehen kan, da
67 an dem Testament selbsten, und dessen Gültigkeit nichts auszusetzen, welches die priuationem legati nach sich ziehet, si temere voluntas impugnatur,

l. 8. §. 14. cit.

ein anders aber ist, non iure factum testamentum contendere, aut de iure testandi disputare, welches saluo legato erlaubet ist,

l. 5. §. 1. l. 24. de his quæ vt indign.

68 so auf gegenwärtigen casum sich gar füglich appliciren lässet, da die Kläger ex capite nullitatis seu deficientis iuris das Testament anfechten, und zum Grunde setzen, daß kein Testament contra pactum irreuocabile successorium bestehen könne, dabey es bloß auf die
69 quæstionem iuris ankommt, zumahl non iure factum testamentum nicht allein dasjenige zu nennen, welches einen Mangel an solennibus hat, sondern auch, wenn ex defectu testamenti factionis das Testament nicht bestehen *Ad L. II. T. XIV.*
kan, weil es bloß ex defectu iuris et ex capite nullitatis angefochten, der Wille des de-70
functi aber directo nicht improbiret, und als unbillig, gottloß, und verdammlich angegeben wird, welches letztere geschehen kan, da weder an dem iure testandi, noch an den solennibus testamenti ein Mangel, sondern bloß das vitium in contentis testamenti desindlich ist, als welches nur verboten, das erste aber die 71
Rechte zulassen, und also auch hier unsträflich anzusehen, allermassen alhier bloß die Frage: an contra pactum successorium valeat testamentum? und also de iure aufgeworffen wird, nicht zu gedencken, daß auch die priuatio legati nicht anders statt hat, als si temere, sine omni fundamento et assistentia iuris, testamentum impugnatum fuerit,

l. 8. §. 14. de inoff. testam.

welches gewiß auf diesen casum nicht zu appli- 72
ciren, bey welchem die Klägere die wichtigsten rationes iuris vor sich haben, und nicht so wol auf quæstionem facti, als lediglich iuris ankommt.

So erhellet hieraus so viel, daß der Kappische Sohn als Mitkläger sich seines legati, wenn allenfals das Testament vor gültig erkannt werden solte, nicht verlustig gemachet. V. R. W.

NOMINE PRIVATO.
MENSE FEBR. MDCCXXXV.

RESPONSVM LXII.

THEMATA.

I. Vnio prolium morte matris non expirat.
II. Facilius per plenam liberorum separationem.
III. *Interdictum: Quorum bonorum, contra legitimum contradictorem cum effectu institui nequit.*
IV. *In causis possessoriis ad effectum deuolutiuum appellari potest.*

SVMMARIA.

Vnio prolium valet, siue liberi nati fuerint, siue non n. 1.
Vnio prolium morte vnientium non expirat n. 2.
Vnio quatenus ius filiationis inducat? n. 3.
Vnio per totalem separationem tollitur n. 4.
Vnio ad casus in pacto omissos haud extendenda n. 5.
Liberi separati deficientibus aliis liberis succedunt n. 6.
Remedium ex l. f. C. in vnione prolium obtinet n. 7.
Remedium l. f. ex testamento rupto non datur n. 8.
Remedium hoc exceptiones facti, non iuris excludit n. 9.
Interdictum quorum bonorum contra simplicem possessorem competit n. 10.
Non autem contra legitimum contradictorem n. 11.

Ad L. II. T. XIV. *Actus imperfectus quis?* n. 12.

Communio hereditatis tollitur, licet quædam res indiuisæ relictæ n. 13.

Interdictum quorum bonorum exceptiones in continenti liquidas admittit n. 14.

Appellatio in remediis possessoriis quoad effectum devolutivum admittitur n. 15.

Aliquando etiam quoad suspensivum n. 16.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst unterschiedlichen Beylagen, und zehen Fragen ꝛc.

Hat der verstorbene Burgermeister zu R. in anno 1702. mit Fr. M. R., einer verwittibten D. sich verheyrathet, und mit ihren Kindern erster Ehe eine Einkindschaft laut Beylage sub N. 1. errichtet, sie nach diesen erzogen und wohl versorget, nach seiner in anno 1736. erfolgten Tode die gesamten Güther in Besitz behalten, endlich resolviret, sich von seinen Kindern abzusondern und abzutheilen, wie N. 3. zu ersehen, iedoch weil des einen Stiefs-Sohns Kinder über die sub N. 4. befindlich mütterliche dispositionen Klage erheben, die angefangene Erbtheilung suspendiret werden müssen, welcher Proceß aber zwischen Burgermeister R. und seinen Stiefkindern durch einen Vergleich sub N. 5. verglichen, also die Erb-Vertheilung laut N. 6. et 7. endlich zu Ende gebracht. Hat er nach solcher Erbsonderung, seine separate œconomie hierauf etliche Monate geführet, aber in anno 1739 gegen Michael ohne Testament uhrplötzlich dieses Zeitliche gesegnet, da denn dessen eilf Geschwister-Kinder als heredes ab intestato der Erbschaft sich anzumassen berechtiget erachtet, gleichwol des defuncti Stieftochter, Fr. M. E. H., welche dem Stiefvater Haus gehalten, die Hinterlassenschaft in Besitz gehabt, welches die eilf heredes ab intestato genöthiget, sich mit zwey Stiefkindern in Güte zu setzen, und den Vergleich sub N. 8. einzugehen, wodurch besagte Stieftochter die possess der gantzen Erbschaft ihnen abgetreten, des einen Stiffsohns hinterbliebene Kinder aber das interdictum quorum bonorum wider sie angestellet, und nach dem Einkindschafts-documento den Besitz des dritten Theils R. Verlassenschaft gefordert, dabey also, und zwar erstlich, gefraget wird:

Quæstio I.

Ob nicht die Einkindschaft durch den Tod der leiblichen Mutter sey geendiget worden.

Rationes dubitandi.

1 Ob es nun wol scheinen will, als wenn durch den Todt der Mutter die Einkindschaft geendiget sey, als welche tacite sub illa conditione geschehen, wenn aus der erfolgten Ehe Kinder erzeuget werden solten, welche conditio aber nicht erfolget ist.

BOCER. *cl. 1. diss. 12. th. 16.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch eines Theils diese Meinung keinen Grund in Rechten hat, vielmehr dergleichen Einkindschaft, es mögen Kinder geboren werden oder nicht, pure geschiehet,

STRYK. *de succ. ab int. diff. 8. c. 6. §. 31.*

andern Theils in dem pacto vnionis sub N. 1. von beyden Fällen, so wol, wenn keine Kinder geboren werden, davon die ersten 6. §§. handeln, als wenn Kinder geboren werden, davon der §. 7. disponiret, gehandelt worden, dahero auch dieser R. die Erbtheilung nach seiner Frauen Tode mit denen Stiefkindern nach dem pacto vorgenommen, mithin erst durch den Todt und erfolgte Theilung die vnio gehoben ist, 2

RICK. *de vnion. prol. c. 7. n. 119. et c. 9. n. 44. sqq.*

hingegen der Todt der vnientium nicht so wol die vnion aufhebet, als die successionem zum Stande bringet.

So ist durch den Todt der leiblichen Mutter die Einkindschaft nicht aufgehoben.

Quæstio II.

So viel die andere Frage betrifft:

Ob nicht durch die unternommene particulair-Theilung und N. 3. geschehene renunciation, auch laut N. 6. erfolgte Grund- und völlige Abtheilung die Einkindschaft gäntzlich aufgehoben worden?

Rationes dubitandi.

Ob wol nach dem pacto vnionis 1) der seel. Burgermeister R. all sein Vermögen, gegenwärtiges und zukünftiges, in die Einkindschaft dergestalt gebracht, daß aus beyderseits Eheleuten Vermögen ein gemeinschaftlich Guth geworden, darneben 2) §. 5. verordnet ist, daß jener als ein wahrer leiblicher Vater eingesetzet, und davor respectiret werden sollen. Ferner, daß nach dem §. 7. sie, wenn Kinder geboren werden solten, die Vereinigte mit diesen gleich erben, die Eltern auch in ihrer Kinder Vermögen, ja auch die Kinder unter sich selbst, als vollbürtige Geschwister succediren sollen, dadurch es denn 3) geschehen, daß die Stiefkinder zu rechten Kindern angenommen, und als sui heredes zu succediren befugt sind, dergestalt, daß, was sonsten 3

sonsten die interpretes lehren, quod ius filiationis non inducat pactum vnionis,

iuxta STRYKIVM *cit. l. diss. 8. c. 6. §. 24.*

alhier nicht, da das contrarium bedungen, statt finden kan, vielmehr, obgleich 4) die Erbsonderung geschehen, sie doch Kinder geblieben, und also zu der Verlassenschaft des seel. R. befugt seyn möchten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey Lebzeiten des Burgermeisters R., nach seiner Frauen Tode, die Grund- und Erbsonderung nach dem pacto vnionis wircklich geschehen, als nach welchem expresse versehen, daß, wenn seine Frau vor ihm versterben, und der Witber mit den Kindern abtheilen würde, alsdann ausser einem præcipuo die Massa in drey Theile geschlagen, denen vorhandenen Kindern $\frac{2}{3}$ Theil, dem Vater aber ein Drittheil gegeben werden, alle andere Fälle aber, so in solchem pacto nicht begriffen, nach der Stadtobservantz, oder gemeinen Fränckischen Rechten zu entscheiden ausgesetzet seyn solten, durch welche separation und Grund-Abtheilung die Einkindschaft respectu des Vaters wircklich gehoben ist, wie die Rechtslehrer einmüthig lehren,

4 KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. 8. n. 437.* ibi *post primam diuisionem a morte parentum exspirat vnio.*

STRYK *cit. l. §. 26.*

RICK. *de vnion. prol. c. 7. §. 119.*

zumahl der casus nicht erfolget, daß aus dieser Ehe noch andere Kinder gezeuget worden, nicht weniger die communio bonorum, respectu cuius die vnio errichtet, wircklich mit geendiget, und der seel. R. sein eigen Vermögen, so auch ante vnionem sehr wichtig gewesen, zu besitzen angefangen, mithin da von diesem casu, wer dem seel. R. in seinem Drittheil succediren solle, nichts in dem pacto versehen ist, solcher casus nach denen gemeinen Fränckischen und Römischen Rechten zu decidiren ist,
5 nach welchen die Stiefkinder dem Stiefvater nicht weiter succediren, in welcher Absicht auch in der ersten particular-Theilung sub n. 3. eines an dem andern allen nur ersinnlichen Anund Zusprüchen renunciiret, dagegen denn die rationes dubitandi nichts verfangen mögen, angesehen, ad 1) die communio per diuisionem aufgehoben, und alles in vorigen Stand gesetzet ist; ad 2) und 3) aber das ius filiationis nicht länger als in Ansehen der gemeinschaftlichen Güther gedauret, durch die Erbsonderung aber aufgehoben, als des Burgermeisters Verlassenschaft auf seine Erben ab intestato gefallen, dergestalt, daß ad 4) die vniti facta vnionis ruptione nicht mehr vor eingekindschaftete Kinder zu halten.

So halten wir davor, daß durch die Grund-Theilung die vnio prolium, ausser was noch in particular-Posten gemeinschaftlich geblieben, aufgehoben sey. *Ad L. II. T. XIV.*

Quæstio III.

Die dritte Frage betreffend:

Ob nicht dieser geschehenen Grundtheilung halber an des Burgermeisters R. erhaltenem Drittheil auf Seiten der abgetheilten Stief-Enckel aller rechtmäßige Anspruch cessire.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol bereits bey voriger Frage dargethan, in was vor etendue dieses pactum constituiret sey, dadurch sie als rechte Kinder aufgenommen worden; aus denen Rechten aber bekant ist, quod etiam separati per diuisionem liberi naturales parenti suo succedant, si nulli alii 6 liberi legitimi adsint,

MEV. *ad ius Lubec. P. 2. tit. 2. art. 33. n. 117. sq.*

welches sich auch alhier befindet.

Weil aber dennoch bey der vorigen Frage bereits dargethan, quod per diuisionem vnio prorsus rupta sit, und also kein ius succedendi daraus mehr von denen Stiefkindern prætendiret, noch ein argumentum von denen rechten Kindern hierher gezogen werden kan, als welche rechte wahre Kinder bleiben, wenn sie gleich abgesondert sind, so aber von denen Eingekindschafften Stiefkindern nicht zu sagen, nachdem die vnio durch die Theilung völlig exspiriret.

So erhellet hieraus so viel, daß nach geschehener Grundtheilung aller rechtliche Anspruch auf Seiten der abgetheilten Stiefkinder an dem Drittheil des seel. Burgermeisters cessire.

Quæstio IV. et V.

Anlangend die vierte und fünfte Frage:

Ob das sub N. 1. **befindliche Einkindschafts-**documentum **anreichig, daß die abgetheilte Stief-Kinder das angestellte** interdictum quorum bonorum **daraus behaupten können? oder**

Ob nicht vielmehr post diuisionem **solches als ein** exstinctum documentum **anzusehen, daraus weder die Klage noch Beweiß** fundiret **werden könne?**

Ad L. II. T. XIV.

Rationes dubitandi et decidendi.

7 Ob nun wol es andem ist, daß das documentum vnionis ohnstreitig keinem vitio visibili unterworffen, mithin daraus die immissio in possessionem pro tertia parte nicht versaget werden möchte, zumahl, was dagegen von der Erbsonderung angeführet ist, in altiori indagine beruhet, so in diesem interdicto ausgesetzet wird.

Weil aber dennoch, daß iemand ex interdicto quorum bonorum immission erhalte, nöthig ist, daß er heres præsumtiuus sey,

BOEHMER *de act. Sect. II. c. 3. §. 4.*

welches hier nicht anzutreffen, da das documentum vnionis durch die geschehene Erbabsonderung alle Krafft verlohren, und einem testamento rupto gleich zu achten, ex quo immissio in bona hereditaria non datur, si ex posteriori, quod prius ruptum sit, statim appareat;

BOEHMER *cit. l. §. 5. in not. lit. e.*

8 Die Erbabsonderung auch hier liquid und unstreitig ist, und also es bloß auf die quæstionem iuris ankommt: ob durch die Absonderung und Theilung die vnion gebrochen und extinguiret sey? welches eine quæstio iuris und nicht altioris indaginis ist, und daher auch zur Erörterung dieses interdicti gehöret,

9 ARGELVS *de acquir. possess. ex l. vlt. C. de edict.*

D. HADR. *toll. qu. 2. art. 4. n. 7. sqq.*

zumahl allein quæstiones facti, als altioris indaginis momenta zu halten, nachdem sie einen Beweiß und Gegenbeweiß erfordern, so in quæstionibus iuris unvonnöthen, als welche lediglich auf das decisum iudicis ankommen.

So kan das interdictum quorum bonorum aus dem documento vnionis, nach geschehener Erbsonderung, nicht statt finden, noch dasselbe mehr einige vim probandi et agendi haben.

Quæstio VI.

So viel die sechste Frage betrifft:

Ob sich die Erben ab intestato auf die Klage ex interdicto quorum bonorum einzulassen schuldig, da dieselbe sich in possession befinden, und ex iusta causa solche apprehendiret, auch niemanden eine compossess aufzudringen sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob nun wol das interdictum quorum bonorum ein remedium adipiscendæ possessionis ist, und auch solches contra eum, qui 10
prius apprehendit possessionem, ohnstreitig statt findet, dabey auch genug ist, daß die Beklagten pro heredibus besitzen, auf den Titul aber noch zur Zeit nicht zu sehen, als welcher in das petitorium gehöret, und dahero irrig ist, daß gedachtes interdictum nur gegen diejenigen anzustellen, die ein ius possessionis, oder iustam possessionem bereits erlanget, endlich auch einer pro certa parte wohl mit in die compossess immittiret werden kan.

Dieweil aber dennoch dieses alles nur in thesi seine Richtigkeit hat, und dieses interdictum allerdings contra eum, qui pro herede possidet, statt findet; allein es dabey vornemlich darauf ankommt, wer unter denen litigantibus meliorem præsumtionem vor sich hat, oder wer heres præsumtiuus unter beyden sey? Cum si legitimus contradictor adsit, is in 11
possessione præferendus sit, qui potiora iura ostenderit,

l. f. C. de edict. D. HADR. *toll.*

welches sich hier gar bald darthut, da die Klägere durch die Erbabsonderung alle præsumtionem iuris hereditarii verlohren, hergegen die heredes ab intestato solche ohnstreitig vor sich haben, und aus diesem Grunde potiores in possessione sind, dergestalt, daß sie bey der alleinigen possession zu schützen.

So sind aus erwehntem Grunde die Klägere abzuweisen, hergegen die Beklagten bey der possess zu schützen.

Woraus denn die decisio der siebenden Frage fliesset:

Quæstio VII.

Ob, wenn das gedachte interdictum statt finden solte, das instrumentum vnionis nicht gnugsam bescheinige, daß, so ferne die §. 8. bedungene Drittheilung geschehen, die Einkindschaft cessire?

Rationes dubitandi et decidendi.

Denn da aus denen Rechten dargethan, daß facta diuisione die vnio prolium gebrochen werde, solches auch selbst aus dem instrumento vnionis fliesset, und in continenti die Erbsonderung erweißlich ist;

So

So erhellet hieraus von selbsten, daß die Einkindschaft vorlängst aufgehöret.

Quæstio VIII.

So viel ferner die achte Frage betrifft:

Ob nicht solches auch aus denen documentis sub n. 5. 7. und 8. erhelle?

Rationes dubitandi et decidendi.

12 Ob wol hiebey der Zweifel entstehen möchte, daß die Absonderung und Grundtheilung noch nicht geschehen, zumal das documentum sub N. 5. nur eine particulair-Theilung ist, und in N. 7. befindlichem documento noch einige Sachen ungetheilet und in communion geblieben, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn die Grundtheilung noch nicht vollkommen geschehen sey, cum actus dicatur imperfectus, quando ad perficiendum adhuc aliquid supereſt.

l. 11. C. de his quib. vt indign.

Dieweil aber dennoch das inuentarium sub N. 8. deutlich das obiectum vniuersalis diuisionis anzeiget, in welchem auch die minutissima gebracht und vertheilet sind; die erste Theilung sub N. 5. approbiret und darauf sub N. 7. die völlige Abtheilung vorgenommen, wie die verba desselben klar anzeigen, und ob wol einige Posten gemeinschaftlich verblieben, dennoch solches aus erheblichen Ursachen geschehen, weil es capitalia, die nicht alzu richtig, betrifft, und nicht wol gleich in die Theilung gebracht werden können; aus denen Rechten aber
13 bekant ist, quod a communione hereditatis discedatur per diuisionem, licet quædam res particulares indiuisæ permanserit, de quibus postea non familiæ herciscundæ, sed communi diuidundo iudicio agendum,

l. 20. §. 4. famil. herciſc.

zumal bey der geschehenen Erbabsönderung expresse bedungen worden, daß sie inzwischen gemeinschaftlich verbleiben, und was davon einkommt, einem iedem seine rata zugetheilet werden solte, welches die Erbsonderung nicht aufhalten mögen, dahero auch aus diesem die geschehene Endigung der Einkindschaft gnugsam erhellet.

So ist auch durch die angeführte documenta die Erbsonderung, mithin die ruptio vnionis gnugsam dargethan.

Quæstio IX.

Die neunte Frage belangend:

Was vor ein modus excipiendi aus diesen documentis vorzunehmen,

dadurch das in summariissimo angestellte remedium ex interdicto quorum bonorum abfällig gemachet werde? *Ad L. II. T. XIV.*

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol regulariter gegen das gedachte interdictum keine exception statt finden kan, sondern gnug seyn möchte, daß alhier ein pactum vnionis, quod nullum visibile vitium habet, vorhanden, woraus die immissio schlechterdings erfolgen muß, zumal das remedium ex l. f. C. de edict. D. HADR. toll. nichts anders als eine extensio interdicti quorum bonorum ist, und auch auf die pacta succeſſoria zu extendiren.

Weil aber dennoch schon oben dargethan, 14
daß exceptiones in continenti liquidæ bey diesem remedio allerdings statt finden, und dann die exceptio ruptæ per diuisionem vnionis alhier ex ipsis documentis in continenti erweißlich ist, daraus das factum der Erbsonderung so fort erhellet, und keiner weiteren Ausführung bedarf, die quæstio aber, ob durch die Erbabsönderung die Einkindschaft gebrochen werde, ohnstreitig iuris ist, und pro exceptione altioris indaginis nicht zu halten, also Klägere ohnstreitig sich darauf einlassen müssen, und auch hier das bekante iuris proverbium: hodie constat, hodie iudicetur,

l. 2. pr. D. vt in poſſeſſ. legat.

seine gute application findet.

So erhellet hieraus so viel, daß die exceptio ruptæ et exstinctæ vnionis gegen das angestellete interdictum mit gutem Grunde opponiret werden könne.

Quæstio X.

Endlich so viel die zehnde Frage betrifft:

Ob, wenn in summariissimo pro actoribus erkant werden solte, nach vorliegenden Umständen nicht remedia suspensiua et deuolutiua statt finden?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol in remediis possessoriis alle remedia suspensiua verboten, als welche summariissime abgethan werden müssen,

l. vn. C. ſi de moment. poſſ. ſuerit appell. 15

ne, quod beneficio celeritatis inuentum est, subdatur iniuriis tarditatis,

Ad L. II. T. XIV.

l. 22. C. Theod. quor. appell. non recip.
quin potius celeri reformatione possessionis succurrendum.
l. 14. C. de agric. et censit.

Weil aber dennoch nach dem iure canonico, woraus der processus hodiernus herfliesset, die facultas appellandi sehr erweitert, und in so weit auch in remediis possessoriis zugelassen ist, vt ad minimum habeat effectum deuolutiuum, licet suspensiuus denegetur,
SCACCIA *de appellat. qu. 17. tom. 6.*
BOEHMER *de execut. pend. appellat. fac. c. II. §. 23.*
qua de causa nec inhibitio decernitur recepta appellatione, sed executio fieri debet,
MEV. *P. I. dec. 46.*
und ob auch wol zu weilen der effectus suspensiuus erfolgen, und also inhibitio decretiret werden kan, 16
CLVD. *de rebus quotid. c. 7. n. 89. sqq.*
CONTARDVS *ad L. vn. si de moment. poss.*
dennoch man davon noch zur Zeit nichts gewisses melden kan, sondern erwarten muß, bis das Urtheil erfolget.

So ist gestalten Sachen nach, die appellation, aber nur quoad effectum deuolutiuum, in hac causa zuläßlich. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAII MDCCXLI.

Tit. XV. De Transactionibus.

Ad L. II. T. XV.

RESPONSVM LXIII.

THEMA.

Transactio ex falsa caussa inita non valet.

Vid. Resp. CCCXI. Them. 2.

DECISIO LXIV.

THEMA.

Transactio valet super dolosa interceptione inita.

Vid. Decis. CCCCI. Them. 2.

DECISIO LXV.

THEMA.

Quatenus transactio mariti cum vxore super adulterio inita speciem lenocinii inferat?

SVMMARIA.

Appellatio post restitutionem in integrum propter euidentem iniquitatem admittitur n. 1.
Sententia deficiente caussæ cognitione nulla est n. 2.
Nullitas insanabilis ex defectu probationis desumitur n. 3.
Actori documenta non edenda n. 4.
Transactio cum adultero vel stupratore inita lenocinium infert n. 5. 7.
Qui super adulterio vxoris dubio transigit, crimen non incurrit n. 6.

Als

Auf interponirte querelam nullitatis cum remedio appellationis cumulatam und erfolgte Gesetze in Sachen derer ältesten und Mitgenossen des Amts der Glaser zu R. Querulanten und Appellanten an einem: des Glasers Querulaten und Appellaten am andern Theil erkennen Burgermeister und Rath der Stadt R. auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht, daß, wenn gleich die beyden cumulirten remedia vor unzulässlich nicht zu halten, dennoch derselben ohngeachtet es bey dem den 29. Nov. 1746. ertheilten conclusi schlechterdings zu lassen, Querulanten und Appellanten auch die Unkosten des verzögerten Processus von n. 15. an, dem Querulaten und Appellaten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Querulant zur Legitimation der interponirten remediorum angeführet, daß, ob zwar regulariter nach bereits vollführten remedio restitutionis in integrum keine Appellatio platzgreiflich sey, dennoch ex causa evidentis iniquitatis aut nullitatis solche zu
1 gelassen werde, ne alicui manifesta inferatur iniuria,

MEV. *P. VIII. dec. 133.*

adeoque ob hanc causam querelam nullitatis cum appellatione cumulare licet,

ID. *P. I. dec. 154. n. 1. 2. 3.*

wie Querulanten in dieser Sache gethan, und dazu zureichenden Grund gehabt zu haben vermeinen, anerwogen sie 1) deduciret, daß die protocolla consistorialia, welche zum Haupt-Fundament der Decision zu legen, und vornemlich die causæ cognition darauf zu setzen, bey den vorigen Actis nicht befindlich, mithin keine applicatio iuris ad factum, davon der iudex nicht informiret seyn können, geschehen mögen, vt adeoque ob defectum sufficientis causæ cognitionis sententia nullitate la-
2 boret insanabili, quia ad substantiam iudicii pertinet;

BLASIVS ALBIMARVS *de nullit. sentent. P. II. rubr. XIII. qu. 314. n. 2. sqq.*

dahero nicht anders 2) erfolgen mögen, als daß der Richter ob defectum actorum geirret haben müsse, qualis sententia ex erroneo fundamento lata ipso iure nulla est, bevorab da 3) Klägern nicht einsten der Beweis contra negationem rei frey gelassen, zu welchem Ende ihnen doch die acta consistorii ediret werden sollen, da sie in Mangel dieser Acten nicht im Stande gewesen, einigen Beweis zu führen, und die infamiam iuris, so aus dem von Querulaten geschlossenen Vergleich mit seiner geschwächeten Frauen erwachsen, daraus dar-
3 zuthun, woraus die Querulanten nullitatem insanabilem zu erzwingen, auch 4) ferner zu behaupten vermeinet, daß das Reichs-Gutachten de ao. 1731. den 16. Aug. §. 13. hierher nicht zu ziehen, als welches gegen die Mißbräuche blos gemachet, dergleichen hier nicht anzutreffen, auch in dem facto nicht befindlich, da ein Meister ex transactione de crimine publico offenbahr infamiam iuris contrahiret, und rechtmäßig dieses appliciret wird, welches blos aus der præmatura sententia geschlossen, ehe die acta consistorialia eingesehen werden können, welches Querulanten doch versaget sey, dergestalt acta als manca zu halten, daraus keine solida decisio erfolgen mögen. *Ad L. II. T. XV.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch nach der Regul es richtig ist, daß post impetratam restitutionem in integrum keine appellatio weiter statt findet, wie die Güstrowische Cantzley-Ordnung P. II. tit. 37. §. vlr. so n. act. 17. angeführet, darleget, und obgleich die querela nullitatis allhier mit der appellation cumuliret worden, dennoch, wie aus den meritis causæ erhellen wird, die causæ nullitatum unerfindlich sind, und es deren ohngeachtet bey dem vorigen Urtheil verbleiben muß, anerwogen ad 1) kein Zweifel, daß der iudex primæ instantiæ die acta consistorialia wohl eingesehen haben werde, ohngeachtet bedencklich gehalten ist, die acta consistorialia denen Klägern heraus zu geben, da sie blos aus einem ungegründeten Verdacht und Animosität nach dem alten Stentrian der Handwercker, Klage erhoben, und denen Reichs-Gesetzen zuwider den Beklagten aus ihrer Zunft stossen wollen, darin ihn so wenig zu fügen gewesen, als selbst die Rechte, actori documenta non edenda esse, verordnen, als welcher instructus in iudicium kommen muß, inzwischen doch leicht zu
4 erachten gewesen, daß der iudex, so weit es nöthig gewesen, die acta, nicht aus der Acht gelassen haben werde, wie dann die Consistorial Acta bey denen Actis secundæ instantiæ nicht allein liegen, sondern auch so gar von n. 15. an mit denselben in einer Suite fortgehen, und mit den, in dieser Sache ergangenen actis transmittiret worden, der iudex transmittens auch n. 27. denen Klägern zu erkennen gegeben, daß er nie gemeinet gewesen, die acta consistorialia bey der transmission zurück zu behalten, daß also es an einer plena causæ cognitione nicht fehlete, noch ad 2) der Richter bey dem vermeindlichen Mangel der Acten irren kan, vielmehr ad 3) aus dem von Beklagten geschlossenen Vergleich einen irrigen machen, und die Kläger ihr gantzes Heil auf eine contrahirte infamiam iuris gezogen, zu deren Beweis sie die Protocolla nicht nöthig gehabt, sondern eines Theils sie und ihr Consulent leicht wahrnehmen und gewiß seyn können, daß kein Ober-Gericht einen solchen Vergleich, welcher ein crimen publicum et infamans in sich halten soll, autorisiren und befördern werde,

l. 6. §. 3. D. de his qui not. infam.

weil er sich dadurch dieses criminis selbst theilhaftig

Ad L. II. T. XV.

haſtig machen und dabey concurriren würde, welches von einem Ober-Gerichte ſo wenig zu vermuthen als zu gedencken ſtehet: andern Theils man keinen Vergleich weder cum adultero noch ſtupratore hier gemachet, worin eigentlich die Römer eine ſpeciem lenocinii geſuchet,

STRYK *in vſ. mod. tit. de transact. §. 18.*

ſondern das Ober-Gericht einen Vergleich zwiſchen denen in Streit geſtandenen Eheleuten und der Frauen Vater getroffen, darin der Beklagte ſich erkläret, daß er allen Anſpruch an ſeiner Frauen wolte fallen laſſen, weil er den anticipatum concubitum mit ſeiner Frauen nicht leugnen, und, weil die tempora partus incerta, er nicht anders glauben könte, als daß das Kind von ihm gebohren ſey, dabey dann der Frauen Vater, um die Eheleute wieder zu vereinigen, und den Proceſs nieder zu ſchlagen, ſich erkläret, daß ſeiner Tochter bey künftiger Succeſſion die Hochzeit-Koſten nicht angerechnet werden ſolten, er auch als Gros-Vater ſeinen Umſtänden nach zum Beſten des Kindes alles mögliche mit beytragen wolte, welches beyde Eheleute mit Danck acceptiret, und dadurch die Vereinigung wieder hergeſtellet iſt, das Ober-Gerichte aber ſolches autoriſiret, in welcher Handelung kein geſchelder Juriſt einiges crimen weder lenocinii noch ſimile quid ſuchen wird, bevorab da Leyſerus ſelbſt, auf deſſen Deciſion Kläger allein ſich fuſſen,

in medit. ad D. 588. ſpecim. 16.

vornemlich den caſum hat, da der Mann um ſeine Frau zu behalten, von dem ſtupratore ein Stück Geldes empfangen haben ſoll, ſo hier ſo wenig anzutreffen, daß der Beklagte vielmehr ob anticipatum ante ipſa ſponſalia concubitum ſeinen Unfug hierbey erkannt, und unausgemachet geblieben, ob deſſen Frau von einem andern Geſellen, oder von ihrem Mann geſchwängert worden, mithin dieſer caſus mit unter die Mißbräuche, welche in Reichs-Gutachten de anno 1731. angeführet und verdammet ſind, gehöret, weil es hier blos auf einen Verdacht angekommen, woraus weder ein crimen contrahiret, noch infamia iuris erfolgen kan, cum, quod autore prætore vel iudice factum, pro illicito haberi non poſſit

l. 1. §. 5. quod falſ. tut. l. 6. §. 3. in f. de his qui not. infam.

l. 11. de acquir. vel amitt. poſſ.

So ſind wir geſchehener maſſen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MART. MDCCXLVIII.

RESPONSVM LXVI.

THEMATA.

I. Transactio quomodo differat a deciſione, ex plenitudine poteſtatis (*ein Macht-Spruch*) facta.

II. Transactio tertio non nocet.

III. *Vniuerſitas quatenus ex conſenſu maioris partis vel ſingulorum teneatur?*

IV. *Res iudicata, vbi eadem vincendi cauſa eſt, tertio nocet.*

V. *Iura et actiones per non vſum præſcribuntur.*

VI. *Quaſi poſſeſſio iuris prohibendi quomodo conſtituatur?*

VII. *Pendente poſſeſſorio ſuper petitorio, niſi hoc euidens fuerit, pronunciari nequit.*

SVMMARIA.

Transactio habet vim rei iudicatæ n. 1.
Initium cuiusque contractus ac negotii ſpectandum n. 2.
Confirmatio publica contractus non nouum ius tribuit n. 3.
Confirmatio omnis ſit ſaluo iure tertii n. 4.

Confir-

Confirmatio publica quomodo differat a sententia ex plenitudine potestatis lata? n. 5.
Sententia ex plenitudine potestatis, tertio non audito, haud nocet n. 6. 7.
Res iudicata tertio non nocet n. 8. 13. 14.
Pars minor vniuersitatis votis maioribus constringitur n. 9.
Vniuersitas, nisi legitime conuocata, nil valide concludit n. 10.
In causa vniuersitatis singulos concernente singulorum consensus desideratur n. 11.
Electio per compromissum unanimem capituli consensum desiderat n. 12.
Res iudicata tertio, penes quem eadem vincendi causa est, prodest n. 15.

Iura per non vsum etiam sine alterius inhibitione et sequuta acquiescentia pereunt n. 16. *Ad L. II. T. XV.*
Præscriptio instantiæ lapsum 40. annorum desiderat n. 17.
Possessorii summariissimi sententia est mere prouisionalis n. 18.
Præscriptio iuris negatiui contradictionem et acquiescentiam requirit n. 19.
Possessorium ordinarium absorbet summarium n. 20.
Petitorium euidens absorbet possessorium n. 21.
Res iudicata per posteriorem sententiam tolli nequit n. 22.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst 8. Fragen zugeschicket und ꝛc. Hat der Ort Langen mit dem Ort Oberroth einen weitläuftigen Proceß wegen der Beholtzung in einem Walde, der ohndisputirlich zu der Oberrother Gemerckung gehöret, gehabt, in welchem die Gemeinde Langen, die Mitbeholtzung verlanget; auch in possessorio ein Urthel vor sich erhalten, endlich aber die Gemeinde Oberroth ein altes Document aufgefunden, vermöge dessen sie dargethan, daß die Sache längstens rechtlich abgethan, und die Gemeinde Langen sich zur Ungebühr contra rem iudicatam in die Bemarckung Oberroth der Mitholtzung angemasset, deswegen sie restitutionem in integrum erhalten. Ist nun, als es darauf gestanden, daß die Haupt-Sache völlig entschieden werden sollen, zwischen beyden Gemeinden ein Vergleich durch Vermittelung ihres gemeinschaftlichen Beamtens dahin getroffen, daß die Gemeinde Langen, anstatt der verlangten Gerechtsame, einen Theil von der Oberröther Gemarckung zu der ihrigen geschlagen bekommen, und weil sie sich wegen eines kleinen Districts, das Lehn genannt, nicht vergleichen können, solcher Punct zu der Landesherrlichen Entscheidung ausgesetzet, worauf auch der Vergleich von dem Landesherrn bestätiget, und der Punct wegen des Lehns durch einen Macht-Spruch dahin entschieden worden, daß solches unter beyden Gemeinden getheilet werden solle. Sind ferner in der Gemarckung Oberroth noch einige Adeliche Güther gelegen, welche die Mitbeholtzung durch dieselbe, und also auch in dem District, der durch diesen Vergleich der Gemeinde Langen überlassen worden, hergebracht, und bis auf denselben ruhig genossen, iedoch niemahls mit in lite gewesen, noch zu dem Vergleich gezogen worden, ohngeachtet man deren zu ihrem Nachtheil darinnen dahin gedacht, daß sie ihre Gerechtsame in dem der Gemeinde Langen überlassenen District nicht völlig ausüben können sollen. Hat also Iuolenus, ein Frey-Guths-Besitzer, sich seiner Gerechtsame in gedachten District nach wie vor bedienet, dahero er mit der Gemeinde Langen in einen Proceß vor der Landes-Regierung gerathen, daselbst die Sache dahin decidiret und rechtskräftig erkannt worden, daß Iuolenus so lange bey der streitigen Beholtzung verbleiben solte, bis Gegner dargethan, daß iener den Vergleich mit getroffen. Hat hierauf solches zu erweisen, die gedachte Gemeinde Zeugen angegeben, dennoch ist die Sache etliche und zwantzig Jahr liegen geblieben, inzwischen des Iuoleni Guth gäntzlich in Abnahme gekommen, und meistentheils unter die Gemeinde und schlechte Beständer gerathen, Iuolenus darüber verstorben, seine Erben unter entfernter Vormundschaft gelebet oder abwesend gewesen, daß also das exercitium dieser Gerechtsame unterblieben seyn mag. Hat Sempronius hiernächst solches Guth nebst einem andern zu Oberroth gelegenes Frey-Guth von dem in der communi Sache verordneten Herrn Commissario gekaufet, welches letztere Titio gehöret, und ebenfals wenigstens vor dem angeführten Vergleich diese Gerechtsame ohndisputirlich ausgeübet, niemahls in diesen Vergleich gewilliget, vielmehr bald nach dessen Schliessung in einen Concurs gerathen, und viele Jahre gantz wüste gelegen, worauf Sempronius, der, wie gedacht, beyde gekaufet, beyde verbunden, und seine Gerechtsame darauf ausgeübet, allein die Gemeinde, als sie solches erfahren, sich einer Pfändung dagegen unternommen, worauf Sempronius bey dem Amte geklaget, sich auf rem iudicatam bezogen, und in possessorio die manutenenz erhalten, wogegen die Gemeinde Langen an die Landes-Regierung appelliret, woselbst der Processus erkannt, und die Appellations-Schrift ad excipiendum et comparendum communiciret wird, iedoch einige Tage darauf, und bevor angesetzter Termin herbey gekommen, und Sempronius excipiren können, von dem iudice securidæ instantiæ ein Decretum prouisionale erkannt worden, wodurch er Sempronium von der compossessione abhalten wollen, wogegen Sempronius querelam nullitatis interponiret, und der status possessionis per commissionem untersuchet, und die Sache über diesen Punct und weiter nicht, da Sempronius in der Haupt-Sache noch nicht gehandelt gehabt, von beyden Theilen zum Bescheide ausgestellet

Ad L. II. T. XV.

worden, iedoch diesem ohngeachtet so gleich ein Spruch in petitorio vor die Gemeinde Langen gegen alles Vermuthen erfolget, dieserwegen bey solcher Beschaffenheit der Sachen Sempronius nunmehro belehret seyn will, und zwar erstlich:

Quæstio I.

Ob, da alles, ausser was den kleinen District, das Lehn, betrift, per modum transactionis unter beyden Gemeinden abgethan, und dieser Vergleich von dem Landesherrn in solcher Qualität bestätiget worden, dennoch der in Ansehung des Lehns anbey geschehene Macht-Spruch auf das gantze Negotium zu ziehen, und man solches durchgängig vor einen Macht-Spruch ausgeben könne?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol dabey zu consideriren seyn möchte, daß der getroffene und von dem Landesherrn confirmirte Vergleich mit dem über den kleinen District ergangenen u. ausgebetenen Macht-Spruch a pari stehe, dergestalt, daß dieser auf das gantze negotium gezogen und gehalten werden müste, als wenn der Macht-Spruch über das gantze negotium ergangen sey, dieweil eines Theils bey beyden Handlungen nach der beyden Partheyen Absichten, welche zuförderst zum Augenmerck zu nehmen, einerley effect intendiret und fest gesetzet worden, daß die unter ihnen obschwebende Streitigkeiten wegen der Mitbeholtzung aus dem Grunde decidiret werden möchten, welches so wol durch den Vergleich, quæ est conuen-
1 ta decisio rei controuersæ non gratuita

l. 1. et 2. D. de transf.

habetque vim iudicati,

l. 10. C. eod.

als ins besondere durch den Macht-Spruch geschehen: andern Theils sowol die Landesherrliche Confirmation des unter beyden Gemeinden getroffenen Vergleichs, als der ertheilte Macht-Spruch über den qu. District vno eodemque rescripto, wie wir nicht anders uns vorstellen können, erfolget, und also die ertheilte Bestätigung des Vergleichs nicht anders als ein Macht-Spruch anzusehen: dritten Theils beyde Partheyen den streitigen Punct wegen des in Frage gezogenen Districts zur Landesherrlichen Entscheidung ausgesetzet, welches abermahl durch einen vorgängigen Vergleich bewilliget, und die Decisio dem arbitrio principis überlassen ist.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch diejenigen negotia, die einerley Absicht und Verbindung haben, deswegen vor einerley nicht zu halten, weil daraus blos einige Aehnlichkeit, nicht aber identitas negotiorum wahrzunehmen, vielmehr bekannt ist, quod cuiuscunque negotii ini-2
tium, et quo animo geratur, spectandum sit,

l. 8. pr. l. 10. §. 4. et 7. D. mandat.

diesemnach auch hier zwey diuersa negotia über diuersa obiecta vorkommen, die nach ihrem Anfang und Vollenziehung toto cœlo unterschieden sind, als erstlich der Vergleich, so priuata conuentione litigantium über die Mitbeholtzung in einem gewissen Holtz errichtet ist, und obwol solcher durch Landesherrliche Confirmation bestätiget worden, dennoch seinem eigentlichen und ursprünglichen Grunde nach niemahls ein Vergleich zu seyn aufgehöret, und also nach dessen Reguln principaliter zu beurtheilen, ia auch in dieser Qualität sogar confirmiret ist, cum talis confirmatio negotiorum nouum ius non conferat, nec vetus tollat, sed in eo statu relinquat, 3
in quo ab initio fuit,

c. 13. et 29. X. de priuil.

adeoque semper ita exaudiri debet, ne in tertii præiudicium et iniuriam vergat, nec ius aliis competens interuertat et minuat, qui in transactionem non consenserunt; 4

l. 4. C. de emanc. liberor.

l. 2. §. 16. ne quid in loc. publ.

HARPRECHT *vol. nou. Consil. 56. n. 115. sqq.*

BÖHMER *tom. 2. decis. et conf. P. II. arg. 866. n. 59.*

Dahero zwar von einem Macht-Spruch darin noch unterschieden bleibet, daß alle innerliche Mängel, so in demselben anzutreffen, durch die erfolgte Confirmation nicht gehoben werden, da hergegen ein Macht-Spruch instar legis et iudicati zu achten, und keinen dergleichen exceptionibus durchgängig unterworfen ist, und obgleich die Partheyen sich vorher vereiniget, daß sie den Punct wegen des streitigen Districts auf die decision des principis ankommen lassen wollen, dennoch der Macht-Spruch selber kein unter den Partheyen freywillig getroffener Vergleich, sondern ein a principe, vi superioratis territorialis et sic per modum imperii vorgeschriebenes decisum ist, dem sich die Partheyen, so solchen sich ausgebethen, schlechterdings als einem neuen Gesetze, ohne alle exceptione unterwerfen, und solche heilig halten müssen, adeoque facilius transactiones etiam a principe confirmatæ impugnari possunt et per exceptiones elidi, quam senten-

sententia ex plenitudine potestatis a principe lata, dieserwegen auch beyde negotia bey dieser Sache nicht zu vermengen, noch der Macht-Spruch auf den confirmirten Vergleich mit zu ziehen.

So erhellet hieraus so viel, daß der Macht-Spruch auf den confirmirten Vergleich nicht zu ziehen, noch derselbe vor einen Macht-Spruch zu halten sey.

Quæstio II.

Ob die Besitzer der Frey-Güther nicht als tertii und der Vergleich in Ansehen ihrer als eine res inter alios acta zu halten, und sie also nicht mit verbinde?

Rationes dubitandi.

6 Obwol in dem getroffenen Vergleich ihrer gedacht, und dabey von den Oberrothern gemeldet worden, daß sie ihre Gerechtsame in dem der Gemeinde zu Langen überlassenen District nicht völlig solten ausüben können, solcher Vergleich auch von dem Landesherrn in allen, und also in diesem Punct confirmiret worden, dergestalt, daß, was die beyden Gemeinden unter sich priuata conuentione in præiudicium tertiorum nicht bewerckstelligen können, dieses dennoch nunmehro, ex voluntate principis, als ein Macht-Spruch, auch die Besitzer der Frey-Güther binden möchte.

Rationes decidendi.

7 Dieweil aber dennoch klar ist, daß die beyden Gemeinde Langen und Oberroth allein den Proceß vor ihrem gemeinschaftlichen Beamten geführet, solches auch nicht anders geschehen können, weil die Frey-Güther unter dem Amte nicht stehen, mit der Gemeinde nichts zu thun haben, mithin ihre eigene Gerechtsame vor sich wegen der Beholtzung haben müssen, sie also niemahls in lite mit befangen gewesen, dazu nicht citiret worden, noch von denen Beamten citiret werden mögen, vielmehr der Vergleich in Ansehen ihrer, als eine res inter alios acta anzusehen, quæ tertiis præiudicare nequit,

l. t. C. inter alios act. vel iudicata &c.

und obgleich der Vergleich von Landesherrn confirmiret worden, dennoch dadurch nicht aufgehöret ein Vergleich zu seyn, wie bereits bey der ersten Frage dargethan, und dahero auch dieser exceptioni, seiner natürlichen Eigenschaft nach, unterworfen geblieben, bevorab da nicht zu glauben, daß ein Landesherr, denen Unterthanen, die gar nicht gehöret sind, ihr Recht benehmen wollen, als welches widerrechtlich offenbar seyn, und keinen effectum haben würde,

l. t. C. si contra ius vel vtil. publ.
Bœhm. Conf. T. III. P. II.

dergestalt wenn gleich ein Macht-Spruch in der Confirmation stecken solte, dennoch solcher blos die beyden Gemeinden, die denselben gesuchet, angehen, die Besitzer der Frey-Güther aber nicht binden könte, cum res inter alios iudicata aliis non præiudicet, *Ad L. II. T. XV.* 8

l. 63. D. de re iudic.
l. 14. §. 1. D. de appellat.

kein Macht-Spruch aber mehr Kraft, als eine res iudicata, quæ ius certum inter litigantes constituit, haben kan.

So sind die Besitzer der Frey-Güther, die den Proceß unter beyden Gemeinden nicht mit geführet, allerdings als tertii; der Vergleich aber in ihrem regard, als res inter alios acta anzusehen.

Quæstio III.

Wenn man die Besitzer der Frey-Güther in omnem euentum in Ansehung dergleichen Gerechtsame, welche sie mit der Gemeinde gemeinschaftlich haben, pro membris vniuersitatis halten solte, ob alsdann dieselben ein Vergleich oder Macht-Spruch in dieser Sache binden könne, zu dessen Schliessung sie niemahls gezogen, noch sie iemahls darein gewilliget haben.

Rationes dubitandi.

Wenn gleich eingewandt werden möchte, daß, wenn sie als membra der Gemeinde die qu. Gerechtsame auszuüben allein befugt wären, ihre dissensus zu Impugnirung des Vergleichs 9
wenig beytragen würde, weil sie den kleinesten Theil derselben ausmacheten, die maiora der Gemeinde ohnedem vorhanden, und nicht nöthig gewesen, daß sie zum Vergleich mit citiret worden; zu geschweigen, daß ein Macht-Spruch den consensum litigantium nicht erfordere, sondern die Unterthanen schlechterdings verbinde.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, wenn etwas von einer Gemeinde geschlossen, und legitimo modo verbindlich gehandelt werden soll, nöthig ist, daß alle und iede membra dazu berufen werden müssen, obwol zu Formirung eines Schlusses gnug ist, wenn nur $\frac{2}{3}$ erschienen sind, quia de- 10
mum legitime congregata et conuocata vniuersitas vicem moralis personæ sustinet.

LOSSÆVS *de iur. vniuers. P. I. c. 1. n. 9. et P. 2. c. 1. n. 21. sqq.*

Ausserdem auch bey einem iure ad vniuersitatem spectante der Unterschied zu machen und zu distinguiren ist, ob solche Gerechtsame blos das corpus, qua tale, angehe, in welchem Fall

Ad L. II. I. XV.

consensus maioris partis gnug ist; oder ob dabey iura singulorum, deren Verlust oder Veränderung, concurriren, in welchem Fall
11 omnium et singulorum consensus, posthabita maioris partis voluntate erfordert wird, quia, quod omnes singulatim concernit, a singulis approbandum est;

l. 5. in f. C. de auctor. præstand.
c. 29. de R. I. in 6.

wohin vornemlich gehöret, wenn alle und iede membra einer vniuersitatis den Mitgenuß einer Gerechtigkeit haben, so sie einbüssen sollen, und also ein ieder dabey insbesondere interessiret ist, vnde, si electio per compromissum facienda, quod reuera hoc in casu transactionem continet, vnanimis capiuli con-
12 sensus desideratur, quia hoc modo singuli vocem suam amittunt pro hac vice,

c. 32. X. de elect.
GONZAL. *ad c. 8. X. eod. n. 7.*

welches sehr vernünftig ist, weil durch dergleichen Vergleich ein ieder von der Gemeinde sein Recht, so er vordem durch die Beholtzung vor sich exerciret, nebst denen Nutzungen, so einem ieden davon zugekommen, einbüssen oder einschräncken lassen soll, mithin etwas dabey verlieret, so ohne eines ieden Bewilligung nicht geschehen mag. Ubrigens so viel den Macht-Spruch betrift, solcher theils den Vergleich
13 nichts angehet: theils auch diejenigen allein verbindet, die solchen sich ausgebethen, als welcher in hac re priuata nicht nothwendig gewesen, sondern aus beyderseits Bewilligung erfolget, auch nicht mehr Kraft als eine res iudicata haben kan, quæ his, qui liti non interfuerunt, nocere nequit, dem auch nicht entgegen stehet, daß sie den Proceß gewust, und darzu stille gesessen und geschwiegen, zumal sie vor dem Ammann zu stehen nicht schuldig gewesen, und daselbst den Proceß mit übernehmen dürfen, wenigstens sie der Vergleich nicht binden kan. Endlich hierbey zu bemercken ist, daß in der Gemarckung Oberroth die Besitzer der Adelichen Güther anzutreffen, welche, wenn sie zu der Gemeinde gehören solten, das beste Recht gegen den Vergleich zu contradiciren gehabt haben, zumal sich nachgehends befunden, daß die Gemeinde Langenzur Ungebühr contra rem iudicatam in der Gemarckung Oberroth der Mitholtzung sich angemasset, also gar kein Recht gehabt, und daher die Gemeinde Oberroth gegen das vorher ergangene Urthel restitutionem in integrum erhalten, und darauf erst ohne alle Noth, da sie das beste Recht gehabt, sich verglichen.

So halten wir davor, daß, wenn auch gleich die Besitzer der Frey-Güther pro membris vniuersitatis in Ansehen dieser Gerechtsame gehalten werden könnten, dennoch der ohne ihren Consens getroffene Vergleich und der von denen transigentibus allein gesuchte Macht-Spruch sie nicht verbinden könne.

Quæstio IV.

Ob, da alle Frey-Güther die in Frage gestellete Gerechtigkeit vor dem Vergleich und Macht-Spruch ohne iemandes Einrede ausgeübet, auch ebenfals von Iauoleno nach demselben geschehen, und er per rem iudicatam dabey gehandhabt worden, diese res iudicata nicht auf alle Frey-Güther gehe, oder wenigstens dessen exercitium allen mit seinen gleiches Recht habenden, in der Oberrother Gemarckung gelegenen Frey-Güther zu statten kommen, und allenfals in contradictorio eben also gesprochen werden müsse?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol bekanten Rechtens, quod res iu- 14
dicata effectus suos inter solos litigantes habeat, nec aliis noceat aut prosit

l. 63. de re iudicata. c. 25. X. eod.
l. 16. in f. qui potior in pign. hab.
l. 21. quibus res iud. non noc.

bevorab da bey denen übrigen Besitzern der Frey-Güther eine diuersitas rationis sich antreffe, und gar leicht geschehen seyn möchte, daß sie ihre vorige Gerechtsame ex post facto per non vsum oder sonsten verlohren.

Dieweil aber dennoch eine res iudicata auch denen tertiis zu statten kommen muß, bey welchen eadem prorsus vincendi causa, wie hier bey allen Besitzern der Frey-Güther in der Oberrothischen Bemarckung anzutreffen, 15

l. 44. de re iudic.
l. 11. §. f. de except. rei iudic.
CARPZ. *lib. II. resp. 104.*

wie auch BRVNNEMAN ad cit. l. 44. in fin. hier voraus setzen, daß bey denen übrigen possessoribus keine ratio diuersitatis anzutreffen, sondern sie ihre Gerechtsame nach wie vor in saluo behalten, weil sonsten nicht eadem vincendi causa seyn würde; wenigstens da dieses letztere sich befindet, in contradictorio nicht anders, als bey Iauoleno erkannt worden ist, gesprochen werden kan, quia ex iisdem præmissis eadem conclusio nascitur.

So halten wir davor, daß, wie Iauolenus bey seiner Gerechtsame gehandhabet worden, auch diese res iudicata allen Besitzern der Frey-Güther zu statten kommen, allenfals

allenfals aber in contradictorio auf eben dieſe Art geſprochen werden müſſe.

Quæſtio V.

Ob die Gemeinde Langen ex capite præſcriptionis dieſe Gerechtſame cum excluſione der Frey-Güther in dem beſagten Diſtrict prætendiren könne.

Rationes dubitandi.

Hiebey will zwar dieſer Zweifel ſich ereignen, daß ſelbſt in der facti ſpecie angegeben ſey, daß, nachdem die Gemeinde Langen Zeugen produciret zu erweiſen, daß Iaulenus den Vergleich mit gemachet habe, die Sache etliche 20 Jahr auf ſich erſitzen geblieben, des Iaulenus Guth gäntzlich in Abnahme gekommen, und ſonſten andere Fatalitäten paſſiret, daß er und ſeine Erben das Exercitium dieſer Gerechtſame, in deſſen Beſitz doch derſelbe geſchützet worden, nicht continuiret, und alſo non vſu verlohren, wobey blos auf den unterlaſſenen Gebrauch zu ſehen, und nicht nöthig
16 iſt, vt acceſſerit inhibitio cum acquieſcentia huius iuris poſſeſſorum coniuncta

l. 19. §. 1. D. ſeruit. quemadm. amitt.

HARPRECHT *de præſcript. immun. a collect. c. 11. §. 16.*

welches abſonderlich bey denen zu conſideriren ſeyn möchte, deren Frey-Güther nicht mit in lite befangen geweſen, die ihre Gerechtſame noch leichter per non vſum verliehren können.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey dem Sempronio in Anſehen des Iaulenischen Guths, ſo er ex concurſu gekaufet, zu erwegen, daß Iaulenus bey der Beholtzung durch den qu. Diſtrict ſo lang geſchützet worden, bis Gegner dargethan, daß Iaulenus den Vergleich mit gemachet, welches Urthel in rem iudicatam ergangen, die Gemeinde auch würcklich demſelben ein Gnügen zu thun intendiret, den Beweis angetreten und Zeugen produciret, worauf aber die Sache etliche 20. Jahr liegen geblieben, bey welcher Bewandniß bloß auf die præſcriptionem inſtantiæ es allhier ankommt, welche, da der Proceſs in der Haupt-Sache
17 liegen geblieben, nicht anders als poſt 40. annos aufhöret

l. f. C. de præſcr. 30. annor.

bevorab da Sempronii Klage, ſo er bey dem Amte wegen der von der Gemeinde Langen geſchehenen Pfändung angeſtellet, in effectu keine neue Klage, ſondern continuatio et reaſſumtio litis, iam ante viginti annos motæ, iſt. Dahero auch Sempronius, qui ſucceſſit in ius Iaulenoi, ſich auf rem iudicatam berufen, und in prima inſtantia in poſſeſſorio manutenentiam erhalten, ſo propitio iure erfolgen müſſen, welches auch auf das Titiariſche Guth, in quo eadem vincendi ratio adeſt, zu appliciren, deſſen poſſeſſor niemals in den Vergleich conſentiret, und vor demſelben ohndiſputirlich die gemeldte Gerechtſame ausgeübet, ſolchemnach ihm auch die res iudicata in regard deſſen zu ſtatten kommen muß, und die præſcriptio dagegen nicht allegiret werden mag. *Ad L. II. T. XV.*

So kan die Gemeinde Langen ex capite præſcriptionis dieſe Gerechtſame in dem beſagten Diſtrict cum excluſione der gedachten Frey-Güther nicht prætendiren.

Quæſtio VI.

Ob die Landes-Regierung, da die alte compoſſeſs. nicht abgeleugnet werden mag, ſondern ex actis erhellet, ſolche auch von ihm längſtens per rem iudicatam in Anſehen des Iaulenischen Guths beſtätiget worden, dem ohngehindert ſo gleich nach Erkennung der Proceſſ. die ſententiam primæ inſtantiæ ändern, ein remedium prouiſionale gegen Sempronium erkennen, und ihm die compoſſeſſionem entziehen mögen?

Rationes dubitandi.

Obwol hiebey angeführet werden möchte, daß von der alten compoſſeſs, ſo per rem iudicatam vormahls beſtätiget worden, hier nicht mehr die Frage, ſondern der neue ſtatus poſſeſſionis, wie er voritzo ſich befinde, in lite befangen ſey, ſo nach der geſchehenen Pfändung von Sempronio erreget worden, bey welcher aber ſich nach der facti ſpecie hervor thut, daß poſt priorem rem iudicatam das Iaulenische Guth herunter kommen, und nach des Iaulenoi Todt unter abweſende Erben und entfernete Vormundſchaft gerathen, daß das exercitium dieſer Gerechtſame unterblieben, alſo die Rechtskräftige Poſſeſs verlohren gegangen, mithin Sempronius in dieſer nicht weiter geſchützet werden mögen, und da dennoch dieſem ohngeachtet, nach der gegen Sempronio unternommenen Pfändung in prima inſtantia ſolches geſchehen, von ſolchem Urthel aber appelliret worden, der iudex appellationis, ohngeachtet er die Appellations-Schrift ad excipiendum et comparendum Sempronio bereits communiciret, ein decretum prouiſionale vor die Appellanten wohl erkennen mögen, als welches blos das ſummariiſſimum betrift, und vermuthlich ex actis gleich klar befunden
18

Ad L. II. T. XV.

worden; neque enim in hoc remedio causa possessionis finaliter deciditur, sed tantum, pendente ea, prouisionaliter ei, qui in præsenti iam possidet, prospicitur,

MEV. *P. III. decis. 199. n. 1.*

adeoque sententia in summariissimo lata mere interlocutoria est, dum prouisionaliter tantum determinatur, quis, lite super possessione pendente, possidere debeat

MEV. *P. II. dec. 236. n. 3.*

dergestalt es scheinen will, als ob das decretum prouisionale so fort wohl interponiret werden mögen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch es hier auf die præiudicial-Frage ankommt, ob Iaulonus, cui successit Sempronius in hac lite, et sic res iudicata etiam illi prosuit,

l. 44. D. de re iudic.

dadurch, daß, nach seinem Tode vornemlich das exercitium dieser Gerechtsame von seinen Erben unterblieben seyn mag, die per rem iudicatam vormahls erstrittene compossess dieser Gerechtsame verlohren gegangen sey? welches aus der Natur derselben zu ermessen, und voraus zu setzen, daß die Gemeinde zu Langen vorhin die solitariam possessionem der Beholtzung gegen Iaulonum in dem gedachten District behaupten, und also diesen ausschliessen wollen, sich also in possessione iuris negatiui in effectu gegründet, bey welcher bekant ist, quod aduersario possessio exclusiua non alter acquiratur, quam si accesserit contradictio vel prohibitio coniuncta cum acquiescentia alterius, quia ab eo tempore iuris negatiui possessor, huic prohibitioni sibi factæ acquiescens, aduersarium in quasi possessionem iuris prohibendi constituit et sic demum a sua parte ea priuatur, 19

HARPRECHT *de præscript. immunit. a collect. c. II. §. 18.*

woran es aber, wie wir aus der facti specie wahrgenommen, ermangelt, ohne welches doch die Gemeinde Langen keine quasi possessionem iuris prohibendi erlangen, noch vermöge derselben Iaulonum und seine successores ausschliessen mögen, welchem noch beytritt, daß der quæstionirte Wald denen Oberröthern gehöret, der quæstionirte District, darüber itzo gestritten wird, in der Oberröther Bemarckung gelegen, und vorlängst per rem iudicatam dargethan, daß die Gemeinde Langen sich zur Ungebühr der Mitholtzung angemasset, dieserwegen da Iaulonus in der possess der Mitholtzung von seiner Seite in dem besagten District geschützet worden, weil ihn der Vergleich nichts angegangen, er blos in der possess seines in re communi habenden Mitrechts, so er durch den getroffenen Vergleich sine sua voluntate nicht verliehren mögen, quia, quod meum, etiam pro parte tantum, est, absque mea voluntate et facto amitti nequit, geschützet worden ist, und ihm, pro lubitu seiner possess sich zu bedienen, oder dessen exercitium auf eine zeitlang anstehen zu lassen, frey gestanden, ohne daß die Gemeinde Langen eine solitariam possessionem dadurch erlangen mögen, zumal das unterlassene exercitium als eine res meræ facultatis naturalis anzusehen, die dem Mitbesitzenden kein Recht acquiriren kan. Bey solcher Beschaffenheit aber, da Sempronius in re iudicata sich gegründet, so das ordinarium possessorium betroffen, cum inde de antiquiori et iustiore possessione statim constaret, man nicht sagen kan, daß Sempronius seine possess ex re iudicata verlohren, oder wenigstens ein prouisional-Decretum contra rem iudicatam erkant werden müssen, als welches per possessorium ordinarium, per rem iudicatam iam dudum confirmatam, sofort absorbiret worden. 20

So erhellet hieraus so viel, daß bewandten Umständen nach, das decretum prouisionale nicht erkant, noch dadurch Sempronius contra rem iudicatam aus seiner compossess gesetzet werden mag.

Quæstio VII.

Ob, da Sempronius gegen das decretum prouisionale querelam nullitatis allein ergriffen, und von beyden Theilen über diesen Punct allein submittiret worden, so gleich in petitorio gesprochen werden möge?

Rationes dubitandi et decidendi.

Hiebey möchte zwar eingewandt werden, quod, vbi constat de petitorio ex ipsis actis, iudex statim sententiam ferre in petitorio possit, welches bekanten Rechtens ist, ohngeachtet die Partheyen allein in possessorio submittiret, und gebethen, daß darin erkant werden möchte, non modo enim iudex potest, sed etiam debet super *euidenti petitorio* ius dicere licet super possessorio rei non concluſum sit, 21

MEV. *P. VI. decis. 100. n. 5.*

zumal Sempronius nicht leugnen mögen, daß incidenter das petitorium mit coloriret und angeführet worden, daß der Vergleich contra tertios nichts würcken könne, worinnen eben das petitorium bestanden.

MEV. *cit. l. n. 7.*

Weil aber dennoch dieses in thesi seine Richtigkeit zwar hat, vbi scilicet de *euidente petitorio* constat, dennoch in hypothesi wir solches allhier nicht finden mögen, vielmehr, soviel ex facti specie erhellet, das Gegentheil wahrgenom-

genommen haben, wie aus der folgenden Frage erhellen wird.

So hat noch zur Zeit in petitorio nicht sofort erkant werden mögen.

Quæstio VIII.

Ob, wenn in petitorio gesprochen werden könne, die Landes-Regierung gegen ihr vor Iauoleno ehedem rechtskräftige Urthel erkennen, und diesem Guthe seine ehedem selbsten zuerkante Gerechtsame contra rem iudicatam absprechen können?

Rationes dubitandi.

Ob wol erhebliche Ursachen gewesen seyn müssen, welche ein solches illustre iudicium determiniren können, und propitio iure inducirn müssen, von ihrem vorigen Urthel abzugehen, bevorab da der status causæ binnen so langer Zeit sich geändert zu haben scheinet, daß die Landes-Regierung ex nouis causis davon abzugehen sich gemüßiget befunden, wohin ohne Zweifel die, bey denen vorhergehenden Fragen, erregte Zweifels-Gründe und deren momenta gehören, die allhier zu recapituliren unnöthig ist.

Rationes decidendi.

22 Weil aber dennoch, wie verhoffentlich bey allen Fragen, die Zweifels-Gründe aufgelöset, und gezeiget, daß vormahls das possessorium abgethan, denen Langen der Beweiß in petitorio per rem iudicatam auferleget, solcher von der Gemeinde Langen angetreten, und sie zu solchem Ende Zeugen vormahls genant, welche instantia zwar damahls nicht fortgesetzet, gleichwol per præscriptionem nicht verlohren, inzwischen auch das principium quod res inter alios transacta aliis, proprium ius habentibus, non præiudicet, æternæ veritatis geblieben, und daß also Iauolenus vormahls in den transact consentiret habe, nothwendig erwiesen werden muß, so auch per rem iudicatam, cuius auctoritas per contrariam posteriorem sententiam, rei iudicatæ priori repugnantem, conuelli non potuit, fest gesetzet, wie solches alles bey denen vorhergehenden Fragen dargethan, und in der facti specie nirgends angeführet ist, daß die Gemeinde Langen ihren Beweis geführet, und das probandum erwiesen, ohne welches wider Sempronium, qui in ius Iauoleni succesit, *Ad L. II. T. XV.*

l. 44. D. de re iudicat.

in petitorio nicht erkant werden mögen;

So erhellet hieraus so viel, daß die hochlöbliche Landes-Regierung gegen ihr vormahls ertheiltes iudicatum nicht erkennen, noch dem Sempronio noch zur Zeit vor dem erkanten und rechtlich erfülleten Beweis seine Gerechtsame nicht absprechen mögen. Und solches alles V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXLIX.

RESPONSVM LXVII.

THEMA.

Transactio ob læsionem enormem non rescinditur.

Vid. T. IV. Resp. DCXXXIII. Th. u.

DECISIO LXVIII.

THEMA.

Rescissa transactione omnia vtrinque ad pristinum statum redeunt.

SVMMARIA.

Morbus a contumacia excusat n. 1.

Remedium retinendæ possessionis datur non deiecto, sed possidenti n. 2.

Mutatio libelli sine expensarum refusione non permittitur n. 3.

Transactione ab vno rupta, alter contrauentionem acceptare potest n. 4.

Libellus

Ad L. II. T. XV.

Libellus ex declaratione actoris interpretandus n. 5.

Transactionem qui implere recusat, ante omnia restituere tenetur, quod ex transactione recepit n. 6.

Possessio non censetur amissa, quam quis sub conditione implementi secuti amisit, sed spe frustratus est n. 7.

Auf imploration und erfolgtes rechtliches Verfahren in Sachen Anwalds des Fürstl. Sächs. Gothaischen Hauptmanns I. G. von U. zum S. zu S. imploranten an einem, und Anwalden auch actorn curatoris der beyden Gebrüdere G. A. und W. G. von U. imploraten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden Wir Ernst August, Hertzog zu Sachsen ꝛc. auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht, daß imploraten, Einwendens ohngehindert, die ersten Termins-Kosten zu entrichten schuldig, und erhellet übrigens aus den Acten so viel, daß dieselbe alles Einwendens ohngehindert die von imploranten cedirt bekommene und von demselben am erst ergriffene possession derer quæstionirten von dem sel. Kön. Poln. und Churfürstl. Sächs. Geheimden Rath, Herrn A. A. von U. erledigten Güther wieder einzuräumen, und von dem bisherigen Haushalt Rechnung abzulegen schuldig, es wolten dann imploraten, den am 9. April 1744 geschlossenen Vergleich striete zu erfüllen, sich erklären, in welchem Fall sie zwar von der angestelleten imploration zu absoluiren, sie sind aber dennoch in beyden Fällen die durch diesen Proceß verursachte Unkosten nach deren vorhergehender Liquidation und erfolgter unserer Mäßigung dem Imploranten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) in Ansehen der fol. 40. geschehenen Ungehorsams Beschuldigung angeführet ist, daß
1 damahls, da der Termin gestanden, die beyden Herren Gebrüdere von U. an der grassirenden rothen Ruhr tödlich kranck darnieder gelegen, und also mit ihnen aus Rechts-Handel zu communiciren und Unterredung zu pflegen, moraliter impossible gewesen, dergleichen wichtige impedimenta a contumacia excusiren. Hiernächst 2) der übergebenen Imploration die exceptio inepti libelli entgegen gesetzet und angezeiget ist, daß das petitum mit dem interdicto recuperandæ possessionis nicht harmonire, Implorat über geschehene turbationes sich beschweret, und decretum manutentiæ gesuchet, welches doch bey Imploranten nicht angehen will, als welcher seine possession nicht continuiret, solcher sich begeben, und nicht mehr manuteniret werden kan, vielmehr alles auf einen Widerspruch hinaus
2 lauset, cum interdictum recuperandæ possessionis non alii detur, quam qui possedit

l. 1. §. 45. de vi et vi mai.

retinendæ vero ei, qui adhuc possidet, et sic tuetur, ne amittatur possessio, cum illud restituat amissam possessionem

l. 1. §. 4. vti possid.

und ob zwar nachhero Implorant fol. 37. sich erkläret, daß er ex interdicto recuperandæ possessionis seine Imploration angestellet, den- 3
noch solches auf mutationem libelli hinaus lauset, welches absque refusione expensarum nicht geschehen kan. Darneben 3) das fol. 2. befindliche instrumentum Notarii vitiosum sey, a testibus haud subscriptum, dahin Implorant sich nicht gründen könne, welchen ferner 4) die exceptio non competentis huius remedii hinzutritt, nachdem Implorant selbsten einräumet, daß er sich mit Imploraten unter den 9. April 1744. laut fol. 39. sqq. verglichen, darin die possession ihnen abgetreten, und also iener dieselbe in denen quæstionirten Güthern bishero nicht mehr gehabt, solcher Vergleich aber von Imploranten am ersten reuociret worden, da er durch die angestellete possessorien-Klage davon abgegangen, welches Imploraten acceptiret, und fol. 18. b. sie ver- 4
anlasset, daß sie von ihrer Seite solchen ebenfalls reuociret, allenfals also das Begehren, daß sie entweder den Vergleich erfüllen, oder die possession abtreten sollen, ins petitorium gehöre, bevorab da 5) noch nicht ausgemachet sey, ob Implorant nach Absterben des seligen Herrn Geheimden Raths von U. die possess legitime am ersten ergriffen, nachdem aus dem fol. 85. sqq. befindlichen instrumento zu ersehen, daß in Namen derer Imploraten den 14. Martii Mittags um 3. Uhr die possess der quæstionirten Güther ergriffen und nimmermehr erweislich sey, daß man vim expulsiuam dabey gebrauchet, niemand ihnen resistiret, und also keine depossedirung geschehen, vielmehr von der Hochfürstl. Landes-Regierung darüber ein decretum manutentiæ ertheilet sey, und wenn gleich 6) Implorant eine richtige possess gehabt haben solte, er doch eingestehen müssen, daß er von 9. April 1744. die possess nicht mehr exerciret, solche hergegen Imploraten mit Wissen und Willen des Imploranten über Jahr und Tag gehabt, was aber hiebey wegen des Vergleichs angeführet ist, ad petitorium zu verweisen, so, daß es das Ansehen gewinnet, als ob Implorant mit seinem Suchen gäntzlich abzuweissen, und 7) Imploraten nicht einmal nöthig gehabt, sich auf die Imploration, wie l. 52. geschehen, einzulassen, da hergegen Implorat vermeinen will, als wenn die geschehene Einlassung unvollkommen und mangelhaft sey, und zuförderst verbessert werden müsse.

Ratio-

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die Imploraten einen mandatarium in genere laut f. 54. schon ante terminum von 16. Aug. 1745. gehabt, der denselben, wenn gleich die Imploraten schwerlich kranck gewesen, entweder abwarten, oder solchen bey Zeiten abschreiben können, darneben zu dessen Abwartung keine besondere instruction nöthig gewesen, er vielmehr, was zu der Abwartung nöthig gewesen, ohnedem wohl gewust haben muß, also da er im ersten termino, so zum Verfahren anberahmet gewesen, ausgeblieben, billig die Termins-Kosten bezahlen muß. Sodann ad 2) die Haupt-Sache ein remedium possessorium betrifft, in welchem billig mit Hindansetzung der exceptionis inepti libelli blos die Absicht des Imploranten anzusehen, welche seiner imploration nach fol. 15. dahin gegangen, daß er am ersten die possession in denen quæstionirt erledigten Güthern ergriffen, er aber de facto von Imploraten depossediret sey, und die possess, nachdem solche nicht mehr vacua gewesen, ergriffen werden wollen, welches er und was darauf erfolget, lato in sensu turbationes nennet, und deswegen manutenenz seiner am ersten ergriffenen possess gesuchet, aber 5 eigentlich auf die Wiederherstellung der dadurch entzogenen possess gegangen, seiner Absicht auch sowol die clausula salutaris, als die in termino geschehene declaration, daß er ex interdicto recuperandæ possessionis geklaget, zu statten komt, so, daß in hoc summario processu diese exceptio nicht zu attendiren, noch pro mutatione libelli zu halten gewesen, vielmehr es nur darauf ankomt, ob Implorant am ersten die possess ergriffen? welches aus dem producirten instrumento f. 2. wenn man solches mit dem von Imploraten ad acta fol. 5. gegebenen instrumento conferiret, gar klar erhellet, und darthut, daß, da Imploraten dieselbe ergriffen, solche nicht mehr vacua gewesen, und das instrumentum des Imploranten ad 3) wenn man die fol. 65. vidimatam copiam ab implorante productam ansiehet, von allen Mängeln frey ist, und vim probandi hat, welches auch Imploraten in dem den 9. April 1744. geschlossenen Vergleich f. 40. agnosciret und gestanden, daß Implorant ihnen die ergriffene *Possession* in denen quæstionirten Güthern cediret, woraus zwar die Imploraten ad 4) die exceptionem non fundatæ intentionis behaupten wollen, weil Implorante zugestanden, daß er die possess nicht continuiret, sondern ex transactione ihnen abgetreten, gleichwol zu erwegen, daß solches sub conditione implementi geschehen sey, die Imploraten aber sich gewegert, den Vergleich zu erfüllen, und f. 32. b. sich erkläret, daß sie sich darzu nicht verstehen können, nachdem die Sache durch den Anspruch der Allodial-Erben sich geändert, sie also dessen Erfüllung zu thun sich am ersten gewegert, nicht aber Implorant am ersten solchen reuociret, vielmehr derselbe f. 38. *AA L M. T. XV.* nach wie vor, wenn sie bey der cedirten possess verbleiben wollen, auf dessen Erfüllung dringet, also gantz vernünftig ist, daß, da sie 6 die Erfüllung recusiren, alles in den Stand wieder kommen muß, wie es ante transactionem gewesen, und sie beydes zugleich, die possess zu behalten, und den Vergleich doch nicht zu erfüllen, nicht behaupten können, weil auf diese Weise ein novum spolium daraus entstehen, und durch diese cautel die Imploraten aus der ante transactionem initam innen gehabten und am ersten ergriffenen possess den Imploranten setzen würden, welches die iura nicht verstatten, quin potius docent, venientem contra transactionem eamque recusantem implere, ante omnia restituere teneri, quod ex transactione recepit

> *l. 14. C. de transact.* ibi: *refusa pecunia, causam ex integro agi.*
>
> *l. 6. C. de pact. inter ent. et vend.* ibi: *sine ulla ludificatione.* item: *restituit cum fructibus.*
>
> VRCEOLVS *de transact. qu. 89. n. 1. et 4.*

quod etiam locum habet, si amborum partium consensu a transactione receditur

> IDEM *cit. l. n. 2. et 3.*

wie denn auch in so weit die causa transactionis in das petitorium nicht gehöret, vielmehr Implorant zuförderst in eum, in quo fuit ante transactionem, statum gesetzet werden muß, da alsdenn erst in petitorio die Haupt-Sache ex integro gestritten werden muß, zumal in causa possessorii gnug ist, daß die Imploraten nicht schuldig zu seyn vermeinen, den Vergleich zu erfüllen, wodurch alles wieder in priorem statum verfält, ne possessor alioquin commodo possessionis suæ priuetur. Uebrigens ad 5) nicht zu zweifeln, daß Implorant am ersten an denen quæstionirten Güthern die Possess ergriffen, wenn man die beyderseits producirte instrumenta gegen einander hält, und ad 6) die durch den Vergleich abgetretene possess dabey consideriret, wodurch zwar Implorant derselben, iedoch nur 7 sub conditione implementi secuti, sich begeben, quo non secuto, er zuförderst in die vorige possess cum omni causa zu setzen ist, solchergestalt ad 7) bey der Einlassung sich aufzuhalten, und auf fernere Bescheinigung zuerkennen unvonnöthen gewesen, da hier in possessorio ad effectum vincendi die am ersten ergriffene und eingestandene possess klar ist, Bekl. es dahero an einem richtigen Grund, der Klage sich zu opponiren fehlet, und demnach die Unkosten erstatten muß,

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IAN. MDCCXLVI.

Ad L. III. T. I.

LIB. III.

Tit. I. De postulando.

DECISIO LXIX.

THEMATA.

I. Aduocatus fisci iuramentum de non friuole appellando haud præstat.

II. *Onera prædiorum rusticorum ex regiſtris publicis probantur.*

SVMMARIA.

Iure marchico ante iustificationem grauaminum iuramentum appellationis sub pœna desertionis præstandum n. 1.

Transactio tertio non præiudicat n. 2.

Onus in dubio non censetur reale n. 3.

Aduocatis fisci a multis remittitur iuramentum appellationis n. 4.

Onera rationibus inserta ex iis probantur, maxime in re antiqua libertatis possessio in petitorio non prodest n. 6.

Onera realia censentur, quæ præstationibus realibus aliis in regiſtris interspersa n. 7.

Annua censentur impræscriptibilia n. 8.

Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze, in Sachen des Joachimischen Schul-Directorii, Appellanten und Beklagten an einem, und des administratoris der geistlichen salarien-Casse zu P. B. G. Appellaten und Klägern am andern Theil, erkennen, von GOttes Gnaden, Wir Friedrich der Andere, König in Preussen, auf vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor 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 und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß in erster instantz wohl gesprochen, und übel davon appelliret, dannenhero die sententia a qua schlechterdings zu confirmiren sey. Die post f. 380. specificirte deserita werden zu 8 Thlr. 10 Gr. gemäßiget. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) denen formalibus opponiret ist, daß der appellations-Eyd nicht gleich anfänglich abgeleget worden, sondern Appellanten sich dessen anfänglich gewegert, weil sie nicht so wol nomine proprio, als intuitu officii diese Sache übernommen, gleichwol diese Ausflucht den Stich nicht halten will, weil kein Unterschied
1 in edicto regio de anno 1727. hierin gemachet, sondern schlechterdings verordnet worden, daß, ehe und bevor solcher Eyd abgeleget, kein appellant zur iustification der materialium gelassen, sondern, wenn das fatale vorbey, auf die desertion erkant werden solle.

MYLIVS *in corp. iur. constit. March. tom. II. P. I. n. 241.*

Und obgleich fol. 378. der Eyd noch abgeleget ist, solches dennoch nunmehr, lapso fatali, nicht weiter zu attendiren, sondern die appellatio vor erloschen und desert zu halten seyn möchte. Im Gegentheil die materialia gegründet zu seyn scheinen, angesehen 2) Kläger sich in den commissarischen recess de anno 1688. gegründet, dennoch respectu der Appellanten, solches als
2 res inter alios acta anzusehen, darin ihrer mit keinem Worte gedacht worden, und ihnen dahero nicht præiudiciren könne;

l. 2. C. res inter al. acta et iudic.

Bevorab da 3) Beklagte negiret, daß sie die quæstionirte Höfe, worauf die eingeklagte præstationes gefordert, iemals selbst besessen, und die præstationes würcklich darauf hafftet-ten, dahero beydes in hac actione reali zuförderst erwiesen werden müssen, wie in sententia gegen den Mitbeklagten den Major von O. erkant sey, so dann 4) die Appellanten die possessionem libertatis vor sich hätten, und darin ferner geschützet werden müsten, indem sie in 40 und 50 Jahren nichts entrichtet. Ferner 5) das fol. 68. befindliche Feld-Register de an. 1592. von Jürgen Buchholtzen und Jacob Bredenbeck rede, die Klage aber auf Mietzens und Langen Höfe gerichtet, also noch ungewiß sey, ob die angegebene Höfe diejenigen seyn, so anno 1688. unter diesem onere gesetzet worden, zu geschweigen, daß 6) daraus nicht folge, daß solches ein onus reale sey, da es auch wohl als
3 ein

ein onus personæ inhærens angesehen werden möchte, ja 7) selbsten in dem fol. 45. befindlichen extract der Cassen-Rechnung die quæstionirte Höfe zu Seelübbe unter die streitigen Höfe seint an. 1543. aufgeführet sind, und daraus erhellen möchte, daß die possessores der quæstionirten Höfe solche præstationes nicht eingeräumet, zumal auch 8) gantz probabel, daß, wenn die angegebene præstationes ihre Richtigkeit hätten, die zeitigen administratores der salarien-Cassen nicht so lange stille gesessen haben würden, welchen noch 9) hinzukomme, daß allenfals diese Klage nicht gegen Appellanten, sondern gegen die Besitzer der quæstionirten Höfe angestellet werden müssen, als welche realis sey, und contra possessorem qualemcunque gehe; hierüber 10) die Appellanten ratione præteriti nicht condemniret werden können, da die præscriptio ihnen allenfals zu statten komme, und die Höfe selbsten viele Jahre wüste gelegen, und erst vor 20 Jahren von der Schule wieder aufgebauet worden, von dergleichen Höfen aber keine præstationes gefordert werden könten.

Rationes decidendi.

4 Weil aber dennoch ad 1) die Appellanten den appellations-Eyd noch wircklich abgeschworen haben, und ob gleich solches post fatale geschehen, sie dennoch iustam dubitandi causam gehabt, ob sie, da sie ratione officii geklaget, dazu verbunden zu achten, sicuti aduocatus fisci a tali iuramento a multis absoluitur,

BRVNNEM. *in iur. eccl. lib. III c. 5. §. 14.*

TEXTOR *in pr. iudic. P. I. c. 7. n. 35.*

quod ipsum officii necessitas a suspicione calumniæ excuset,

IO. PETR. SVRDVS *P. I. decis. 18.*

aus welchen Ursachen sie bewogen worden, zuforderst darüber ein rescriptum regium auszuwürcken, ob sie gleich nachgehends davon abgestanden, und sich vltro zu Ablegung dieses iuramenti bequemet. Im Gegentheil die materialia nicht so beschaffen, daß eine reformatoria erfolgen mögen, angesehen ad 2) der commissarische recess anzeiget, daß in anno 1688. diese Sache gründlich untersuchet, und die beyden Höfe zu Seelübbe mit unter diejenigen, so die præstationes abzugeben haben, gesetzet, dazu auch um desto mehr Grund gehabt haben, als der fol. 68. befindliche extract des Feld-Registers de an. 1592. die quæstionirte præstationes der beyden Höfe klar angezeiget, und hiernechst die Cassen-Rechnung die possessores davon angegeben, welcher in re tam antiqua, concurrentibus adductis fundamentis nicht aller Glaube abzuschneiden ist, bevorab, da in selbiger solche præstationes verrechnet sind. Endlich auch wohl zu glauben, daß die Commissarii dabey legaliter verfahren, und, auditis his, quorum interest, alles in Richtigkeit gebracht werden haben, so, daß dieser commissarische recess nicht als res inter alios acta hier angesehen werden kan, sondern mit denen Feld-Registern und Cassen-Rechnungen einen zulänglichen Beweiß maxime in re antiqua, ausmachet, in qua leuior probatio sufficit ad condemnationem, ohngeachtet ad 3) Appellanten so wol possessionem als ipsum onus negiren, und sich auf das Urthel in causa gegen den Herrn Maior von O. beziehen wollen, da doch bey diesem der Zweiffel übrig gewesen, ob derselbe die quæstionirte Höfe, so vor dem andere gehabt, anitzo per colonos cultivire und mit anderen vertauschet habe, welcher Zweiffel bey Appellanten wegen Seelübbe nicht anzutreffen. Dabey auch ad 4) auf die 6
possessionem libertatis, da hier in petitorio geklaget ist, nicht zu sehen, so dann ad 5) zwar andere possessores in dem Feld-Register de a. 1592. angezeichnet sind, dennoch fol. 45. aus der Cassen-Rechnung, die itzigen Besitzer der Höfe, und welche an Buchholtzen und Bredenbeckens Stelle gekommen, angezeiget, und dabey ausser Streit ist, daß die Appellanten das Dorf Seelübbe besitzen, auch keine andere possessores angeben können, da doch gewiß ist, daß von zween Höfen daselbst die præstationes nach dem Feld-Register abgestattet werden müssen, welche appellantes per colonos cultiuiren lassen, und alßo per consequentiam im Besitz haben müssen, dahero auch, ohngeachtet declaratio sententiæ gesuchet worden, solche fol. 135. abgeschlagen, und die appellation verstattet ist. Ferner ad 6) wol ohnstreitig ist, daß die quæstionirten præstationes pro onere reali zu achten, da solche unter die onera realia in dem Feld-Register nebst anderen gesetzet sind, auch sonsten sua natura, als realia billig geachtet werden müssen. Und ob wol ad 7) die quæstionirte Höfe in der Cassen- 7
Rechnung unter die streitigen gesetzet worden, dennoch solches der Richtigkeit der Sache nichts benimmt, da das Feld-Register allen Streit hebet, und demselben die commissarische Untersuchung beytritt, welche positiue diese præstationes denen quæstionirten Höfen beyleget, und solches, causa sufficienter cognita, gethan hat, dahero alle vormahlige contradiction hebet. Uebrigens ad 8) die negligentia der administratorum der salarien-Casse nicht præiudiciren kan, sie auch ihr Recht dabey noch nicht verlohren, die Klage aber ad 9) billig gegen die Appellanten angestellet werden müssen, da sie die Höfe mediate besitzen, und per colonos cultiuiren lassen, sie auch wol nicht zugeben werden, daß solche davon domini seyn sollen, in welchem Fall erst die possessores, immediate possidentes, belanget werden können, allenfals, wenn sie sich anders mit denen colonis verglichen, ihnen der regreß gegen dieselbe offen bleibet. Endlich ad 10) ratione præteriti die præscriptio ihnen nicht zu statten kommen kan, als welche dem edicto de anno 1683. zuwider lauffet,

Ad l. III. T. I.

Ad L. III. T. II. MYLIVS *in corp. Const. March. tom. II. sect. I. p. 174.*

8 sonsten auch dergleichen annua vor impræscriptibel geachtet werden,
l. 46. §. 9. C. de episc. et cler.
darneben nicht zu attendiren, daß solche Höfe wüste gelegen, zumahl die Aecker doch, so dazu gehören, cultiuiret sind, ja da Appellanten selbsten anführen, daß sie die beyden Höfe vor 20 Jahren wieder aufgebauet, sie dadurch einräumen müssen, daß sie dieselben eigenthümlich besitzen, und durch colonos cultiuiren lassen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen, und in Ansehen, daß die grauamina nicht gantz unerheblich sind, die Unkosten zu übergehen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMBR. MDCCXLI.

Tit. II. De his, qui notantur infamia.

RESPONSVM LXX.

THEMA.

Pœna infamiæ in *l. 41. C. de transact.* præscripta dolum supponit.

SVMMARIA.

Transactionem iuratam impugnans iure ex ea quæsito cadit n. 1.
Expensas non soluit, qui probabilem caussam habuit n. 2.
Dummodo manifeste de dolo constet n. 3.
Et iuramentum corporale præstitum n. 4.

AUf interponirte supplication und erfolgtes Verfahren, in Sachen der U. Erben, Kläger an einem, und F. G. S. und dessen Ehefrau Beklagten am andern Theil, erkennen Richter und Rath der Königl. Groß-Britannischen und Churfürstl. Braunschl. Lüneburgl. freyen Bergstadt Clausthal auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht, daß es der eingewandten supplication ohngehindert bey dem am 12. Ian. a. cur. eröffneten und n. act. 84. befindlichen Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Kläger n. act. 87. sich 1) dadurch grauiret befunden, daß die Klägere, ob sie gleich succumbiret, nicht mit in die Unkosten condemniret sind, cum tamen victus victori in expensas condemnari debeat, so auch der Calenbergischen Canzley-Ordn. *tit. 34. §. 1.* gemäß,
1 bevorab, da 2) Kläger keinen Grund gehabt, einen eydlichen Vergleich zu impugniren, vielmehr denen Rechten nach, dasjenige, so sie daraus erhalten, zu restituiren schuldig,
l. 41. C. de transact.
welches nirgends in praxi abgeschaffet und billig darnach gesprochen werden muß, zumahl die Kläger dagegen die Klage erhoben, und den Proceß sehr præfracte prosequiret, als welches absonderlich hier zu regardiren;

SCHWEDER *de except. non impleti contr. th. vlt.*
HARPRECHT *de remed. cit. l. 41. §. 16. sq.*
endlich auch 3) dieses als ein grauamen angeführet ist, daß, da man denen Klägern vorgeworffen, daß sie freventlich zur diffessionem sich offeriret, sie dagegen regeriret, daß kein honetter Mensch sie bis dato, als frevelhafte Leute gefunden, welches pro iniurien zu achten, und billig, wie gebeten, auch ex officio bestrafet werden sollen. 2

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey dem ersten grauamine zu erwegen, daß Klägern per sententiam Marpurgensem nachgelassen, so wol das instrumentum Notarii, als ihre ausgestellete renunciations-Scheine zu recognosciren, oder eydlich zu diffitiren, und ob wol wegen des instrumenti Notarii ex post facto die eydliche diffessio aberkant, dennoch die Klägere ein Urthel vor sich gehabt, ja wegen der renunciations-Scheine das Marpurgische Urthel rechtskräftig worden, und sie sich so gar ad iuratam diffessionem offeriret, und ohngeachtet sie dazu bewandten Umständen nicht gelassen werden können, dennoch probabilem litigandi causam gehabt; hiernechst bey dem andern grauamine auf die pœnam l. 41. cit. um 3
deswillen nicht erkant werden mögen, weil dabey

dabey aperte der dolus beygebracht werden muß,

KLOCK. *tom. II. conf. 58. n. 44.*
HARPRECHT *cit. l. §. 19.*

welches hier sich nicht offenbar finden will, da die recognitio derer renunciations-Scheine nicht erfolgen können, in welchem Fall der dolus sich offenbar geäussert haben würde, nicht zu gedencken, daß ad effectum huius pœnæ
4 von einigen ein cörperlicher Eyd, so hier ermangelt, erfordert werde;

BACHOV *ad tit. πρῶτα tit. de his, qui not. inf. p. 787.*

endlich das letzte grauamen um deswillen unerheblich, weil Beklagte durch ihre iniurieuse Rede, daß Klägere sich freventlich zur eydlichen diffession offeriret, zu der erfolgten replique Gelegenheit gegeben, und mutuæ iniuriæ alsenfals zu compensiren gewesen. *Ad L. III. T. II.*

So ist, dieser supplication wegen, wie geschehen, erkant worden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVGVST. MDCCXXXIII.

DECISIO LXXI.

THEMA.

Quorum maiorum quis imprægnatam ab alio duxit, a collegiis opificum non excludendus.

SVMMARIA.

Ab opificiis maiorum illegitimi natales alicubi excludunt n. 1.
R. I. nouissimus statuta opificum confirmata non sustulit n. 2.
R. I. improbauit abusum eum excludentium, qui imprægnatam ab alio duxit n. 3.
R. I. abusus diserte expressos vbique sustulit eosque mores tantum firmauit, quorum nominatim mentionem non fecit n. 4.
Iuramentum super statutis opificum præstitum non excusat, si quid contra abusus per cit. Recess. notatos commissum n. 5.

Als dieselbe erhobene Klage, dagegen opponirte exceptiones, auch fernéres Einbringen, in Sachen des Zinngiessers C. A. F. Klägers an einem, und der Schmiede-Gilde, Beklagten am andern Theil, in dem zurückkommenden fasciculo actorum etc. daß Beklagte, alles Einwendens ohngehindert, des Klägers nunmehrige Frau I. I. gebohrne H. bey ihrer Gilde, wie gewöhnlich, einschreiben, auch Klägern bey 30 Gst. Strafe bey allen und ieden Zusammenkünften der Gilden beruffen zu lassen, nicht weniger alle verursachte Unkosten nach deren liquidation und erfolgter Mäßigung dem Kläger zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagte des Klägers vormahlige Braut, aber nunmehrige Frau, um deswillen, bey ihrer Gilde einzuschreiben, sich geweigert, weil ihre Großmutter vor der Ehe mit ihrem Mann sich von einem andern imprægniren lassen, und sie also ihre unbefleckte vier Ahnen nicht aufweissen und darthun könne, gleichwol ein ieder Meister schwören müsse, ja Kläger, wie er sein Meisterstück verfertiget, selber geschworen habe, daß er über Handveste und
1
Willkühr halten, und niemand zu ihrer Gilde kommen lassen wolle, er sey denn eben so würdig als er selber, wohin insbesondere die Richtigkeit der Gebuhrt von vier Ahnen gehöret, zumahl, wenn eine Manns- oder Frauensperson bey ihrer Gilde eingezeuget, oder eingeschworen werde, der Eyd dahin ausgeschworen werden müsse, daß der oder dieselbe von allen vier Ahnen Teutsch- und nicht Wendischer Nation, frey, echt und recht gebohren sey, wie die Beylage sub A n. act. 15. bezeuget, dieserwegen, weil Klägers Ehefrau einen offenbahren defectum natalium hätte, Beklagte so wol, als Kläger gegen ihren Eyd, womit sich selbsten Kläger der Gilde verpflichtet gemachet, handeln würden, wenn sie des Klägers Frau aufnehmen solten, welchem dann die leges imperii
2
selbsten nicht entgegen zu seyn scheinen, da vielmehr das im Jahr 1732. publicirte Kayserliche Patent die Abstellung der Mißbräuche bey Aemtern, Gilden und Zünften betreffend art. 1. selbsten verordnet, daß die mit approbation und confirmation der Obrigkeit errichtete articul überall als gültig und kräftig passiren solten, welches um so vielmehr Beklagten angedeyen müsse, als ihre statuta und Willkühr in keinem Mißbrauch, so nur verboten, bestünden, ja insbesondere die Gilden wegen der ehelichen Ge-

ART. III. T. III.

buhrt nach der reformatione politica de an. 1577. bey ihrer hergebrachten Gewohnheit gelassen, und dabey iederzeit geschützet worden, so, daß kein præiudicium in diesem casu dagegen angeführet werden könne. Welchem noch beygefüget, daß sich Kläger pendente lite mit seiner itzigen Frauen de facto, ausser der Stadt, trauen lassen, und sich dadurch der Aemter und Gilden, welche er gehabt, verlustig gemachet, weil nach der dasigen observanz und statutis die Ahndung und Berichtigung derselben ante copulationem sub pœna amissionis geschehen und bewerckstelliget werden müsse, und da Kläger diesem zuwider gehandelt, es das Ansehen gewinnen will, daß Beklagte nicht unrecht gehandelt, da sie denselben zu den Zusammenkünften nicht mehr nach diesem beruffen, ja ihm nunmehr die exceptionem non competentis actionis entgegen setzen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in dem vorhin angeführten Kayserlichen Patent de an. 1732. §. 11. unter die abgethane und scharf verbotene Handwercks- und Gilden-Mißbräuche, und deren articul und statuten, auch die so sehr extendirte exceptio legitimorum natalium referiret worden, daß man die auctoritate cæsarea legitimirte, oder auch diejenigen, die von einem andern noch im ledigen Stande geschwächte Weibespersonen heyrathen würden, nicht passiren lassen wollen, welches ein offenbahrer Mißbrauch gegen die allgemeine Rechte ist, zumahl, da legitimati integros natales überkommen, und derjenige, der eine Geschwächte heyrathet, sie wieder zu Ehren bringet, sich aber dadurch ihrer macul nicht theilhaftig machet, absonderlich aber bey dem statuto der Schmiede-Gilde der Mißbrauch gantz ausnehmend ist, daß, da der Kläger legitimos natales so wol als seine Frau vor sich hat, er auch zum Meister aufgenommen, man deswegen nach diesem ungültigen statuto des Klägers Frau einzuschreiben Bedencken getragen, ja einige Jahre her darüber demselbem litem mouiret, weil seiner Frauen Großvater eine Geschwächte geheyrathet, und also dieselbe von vier Ahnen nicht ächt und recht gebohren sey, welches, da jenes offenbahr verbothen, auch dieses um destomehr verbothen und gäntzlich cassiret, aboliret und aufgehoben seyn muß, als solches allergnädigste Kayserliche Patent, Burgemeister und Rath, in Hildesheim publiciret, und allen Aemtern, Gilden und Zünften anbefohlen, demjenigen, was in dem allergnädigsten Kayserlichen Patent enthalten, von punct zu punct, strackslich nach zu geleben, und solchem durchgehends ein behöriges und accurates Gnügen zu leisten. Dahero dann ohne einen offenbahren Widerspruch nicht gesaget werden kan, daß in art. 1. des allergnädigsten Kayserlichen Patents auch dieser Punct sey bestätiget worden, weil der Schmiede-Gilde Statuta vormahls von der Obrigkeit bestätiget worden, allermassen solche in diesem Punct gäntzlich aufgehoben, und nur in denen übrigen unverbothenen Puncten bestätiget sind, mithin man auch nicht sagen kan, daß, da Kläger ihre Wilkühre und Statuta beschworen, er, ohne einen Meineyd zu begehen, dawider selbsten nicht handeln dürffe, indem in diesem Punct ihr statutum ungültig und unkräftig ist, und er dahero dagegen nicht handeln kan, darneben niemande erlaubet ist, gegen das offenbahre Verboth der allgemeinen Reichs-Gesetze einen Eyd zu thun, weil er auf diese Weise gantz verwegener und verbothener Weise schwören würde, daß er denen anbefohlnen und selbsten von denen Gilden, die mit in dem Rath sitzen, approbirten Reichsgesetzen nicht Folge leisten, sondern den alten verbothenen Mißbräuchen allein Folge leisten wolle, so allen Gesetzen zuwider, und auf solche Weise der geleistete Eyd ein oraculum iniquitatis werden würde. Uebrigens Beklagte nichts angehet, daß Kläger sich ausser der Stadt lite pendente trauen lassen, weil sie de facto diese Ehe, die allen Reichsgesetzen gemäß, und nunmehro bey allen Gilden unverbothen ist, bishero gehindert, und es eine res consistorii ist, darüber zu urtheilen, ob solche copulation ausser der Stadt mit Recht geschehen mögen, solches aber ihnen nichts angehet, da sie nulliter von ihm die Berichtigung der vier Ahnen nach ihren cassirten Mißbräuchen verlanget, und den processs, der bloß in puncto iuris bestehet, und in weniger Frist abgethan werden können, so viele Jahre aufgehalten, ja gar Klägern dieses letzten Umstandes wegen von denen Zusammenkünften de facto ausgeschlossen, und ihre eigene Richter gewesen, mithin ein offenbahres attentatum begangen, quod sine omni exceptione restituendum est, derowegen sie auch dieser angeführten Umstände wegen zu Erstattung aller Unkosten billig verbunden sind.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBRVARIO MDCCLXVI.

Tit. III. De procuratoribus. *Ad L. III. T. III.*

DECISIO LXXII.

THEMA.

Quatenus procurator generalis cedere possit?

Vid. Tit. IV. Decis. LXXXIII. Them. 2.

RESPONSVM LXXIII.

THEMATA.

I. Ad donationem speciale mandatum desideratur.

II. *Aduocatus, qui pendente lite crimen aduersario obiicit, ante finitam caussam principalem iniuriarum conueniri nequit.*

SVMMARIA.

Qui chirographum indefinite conceptum et in bonis tertii repertum prætendit, se legitimare tenetur n. 1.

Consilium imperitum obligat eum, qui ex ratione officii illud dedit n. 2.

Iuramentum super propositione negatiua deferri potest n. 3.

Consilium consulentem regulariter non obligat n. 4.

Donatio verbis æquiuocis non constituitur n. 5.

Donatio speciale mandatum desiderat n. 6.

Mandatum generale donationem non comprehendit n. 7.

Iuramentum purgatorium indicia supponit n. 8.

Rationes contra iudices delegatos n. 9.

Iudicem suspectum recusare permissum n. 10.

Præscriptio protestatione interrumpitur n. 11.

Præscriptio sola citatione interrumpitur n. 12.

Als Ew. Durchl. uns ein Berichtschreiben nebst zwey Fragen und zwey vol. priuat-acten zugeschicket ꝛc.

Haben Ew. Durchl. unterschiedliche grauamina in an. 1730. gegen dero gewesenen curatorem, den Herrn Geheimten Rath von L. ex capite gestæ et susceptæ administrationis übergeben, zu deren Untersuchung eine commission angeordnet, und nach geschehenem Verfahren darin wider Ew. Durchl. erkant, solches in instantia appellationis noch in deterius mutiret, und der dawider eingewandten Läuterung ohngeachtet, confirmiret worden, dahero dann nunmehro gefraget wird:

Quæstio I.

Ob die gesprochene Erkäntniß und deren rationes decidendi denen Rechten allenthalben conform sind, oder was mit Bestande Rechtens dagegen angeführet werden könne, und was auch sonsten nach denen vorhandenen actis denen Rechten gemäß sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol bey der ersten Frage überhaupt zu erinnern seyn möchte, daß der Herr Geh. Rath von L. nicht bloß curator sexus, sondern auch administrator gewesen, und dieserwegen ob gestam et susceptam administrationem responsabel seyn müsse, dem zu folge 1) der Punct wegen des accis-Scheins a 21801 Thlr. nunmehro eine ganz andere Gestalt

Ad L. III. T. III.

gestalt gewinnen möchte, gestalt solcher in des seligen Herrn Feldmarschalls von Flemmings
1 Erbschafft laut des inventarii gefunden worden, und daraus zu præsumiren gewesen, daß derselbe, weil er in genere auf Briefs-Inhaber gerichtet befunden, mit zu dessen Verlassenschaft gehöret, gleichwol, ohngeachtet unter denen Documenten weiter keine Notiz angetroffen worden, daß er dem Juden Resident Lehmann Behrend gehöre, derselbe eine Prætension daran gemachet, mithin, wenn derselbe zu ruhen nicht gemeinet gewesen, der Sachen Nothdurft erfordert hätte, daß der Jude da zu sich legitimiren, und durch geführten Beweiß und Gegenbeweiß die Sache erörtert werden müssen, dem zuwider doch dem gedachten Juden der Accis-Schein gegen 8000. Thlr. so er darauf empfangen, wieder abgetreten worden, so billig der Herr Geheimde Rath von L. welchem Ew. Durchlaucht die Untersuchung dieser Sache überlassen, nicht verstatten, sondern vielmehr gedachten Juden zur Klage und Ausführung verweisen sollen, dieserwegen den daraus erfolgten Schaden billig ersetzen muß, cum etiam imprudens et impe-
2 ritum consilium obliget eum, qui ex ratione officii suscepti illud dedit, quod culpa sua occasionem damni præstiterit

l. 30. §. 3. ad L. Aquil. l. 2. D. quod quisque iur. in alt. stat.

dagegen denn 2) dem Herrn Geheimden Rath von L. der von Ew. Durchlaucht ausgestellete Schein nicht zu statten kommen möchte, als welchen er selber concipiret, und solcher sine curatore von Ew. Durchlaucht unterschrieben, und also unverbündlich ist, ferner 3) das vom Stückgiesser ausgestellete atteſtatum unbeschworen, und sine omni fide, also irrecognoscibel ist; im Gegentheil 4) der defect wegen der Orangen-Bäume und Porcellain nicht gegründet zu seyn scheinet, da mit nichts dargethan, daß solches dem Herrn Geheimden Rath von L. anvertrauet gewesen, vielmehr W. darüber zu disponiren freye Hände gehabt, und derselbe zur Berechnung darüber gezogen werden muß, als welchen Ew. Durchlaucht laut den producirten Brieffen grosse pouvoir gegeben; ferner 5) das Suchen wegen der sechs grossen Canonen und Gewehr mit Grund Rechtens aberkant zu seyn scheinen will, da W. in einem Schreiben diese Worte an den Herrn Geheimden Rath von L. gebrauchet: V. E. selon ses bons plaisirs disponera, welche eine donationem importiren, und er dazu befugt gewesen zu seyn scheinet, da Ew. Durchlaucht schlechterdings ihren gewesenen Herrn Curatorem an W. verwiesen, und demselben General-Vollmacht ertheilet; nicht weniger 6) wegen des fol. 101. sq. sub n. 5. specificirten Porcellains, ingleichen ein Dutzend Englischer Stühle auf das iuramentum purgatorium ratione donationis factæ wohl erkant werden mögen, da nicht abzusehen, warum super negatiua solches nicht deferiret werden solte, cum
3 etiam aliquando hæc probari debeat

arg. l. 25. de probat.

übrigens des Herrn Geheimden Raths von L. vormals gethane Offerte, solche zu restituiren, ohnverbindlich seyn will, weil diese, wie die Sache in statu amicabilis compositionis gewesen, geschehen, nachdem aber solche sich zerschlagen, als imperfecta anzusehen, welches auch daraus abzunehmen, daß Ew. Durchlaucht Aduocatus nachgehends solchen Punct mit zum ordentlichen Verfahren gezogen; übrigens 7) das grauamen wegen der Eydes-Delation bey denen geforderten Documentis abgethan, und endlich 8) eben dasjenige, was wegen der sechs Canonen erkant ist, auch wegen des Gewehrs erkant, und das erste Urthel billig darin reformiret werden müssen, da die in rat. quarta angezogene Worte aus dem Schreiben des W. sowol auf die Canonen als das Gewehr gehen, es also das Ansehen gewinnen will, als wenn ausser den sub rat. 1. 2. et 3. bemerckten Puncten dem Rechten gemäß gesprochen sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, was den Accis-Schein sub rat. 1. et 2. betrifft, Ew. Durchlaucht vormahliger Herr Curator Ordre erhalten, die Sache zu untersuchen, und davon zu berichten, nach abgestatteten Bericht aber und dessen Gutachten Ew. Durchlaucht approbiret, daß der gedachte Schein dem Juden ausgeantwortet werde, der Herr Geheimde Rath von L. auch dabey nichts weiter als sein Gutachten, 4
qua curator sexus, ertheilet, davor aber zu stehen oder responsabel zu seyn um destoweniger schuldig ist, da es bey Ew. Durchlaucht gestanden, solches Gutachten nicht anzunehmen, sondern den Juden zum Weg Rechtens zu verweisen, auch bekant ist, quod nemo ex consilio suo teneatur, bevorab da man nicht sagen kan, daß deren Curator dabey einige Gefehrde, so ihm nicht beygemessen ist, oder einige Unvorsichtigkeit gebrauchet, da dieses eine solche Affaire gewesen, die Ew. Durchlaucht selbsten beurtheilen können, und dabey keine besondere artis peritia erfordert worden, übrigens der von Ew. Durchlaucht ausgestellete Schein den Herrn Geheimden Rath von L. vollkommen bedecket, worin dieselbe die extradition approbiret, und ohngeachtet solcher von ihm concipiret worden, wissentlich unterschrieben, dazu auch kein Curator nöthig gewesen, woraus dessen Verbindlichkeit allein herzunehmen, ja wenn er in seinem Gutachten und Rapport zum Proceß angerathen, der Jude so viel vor sich gehabt haben würde, daß durch seinen Eyd die Sache vor ihn decidiret werden müssen, man also bewandten Umständen nach nicht wohl sagen kan, daß er übel gerathen, und so viel den in rat. 3. bemerckten punctum recognitionis betrifft, Ew. Durchlaucht davon wenig Schaden haben werden, weil es doch hiebey auf die geschehene Schenckung der

sechs

sechs Canonen vornemlich ankommen wird, und das Documentum von einem artis perito ratione des Werths ausgestellet, so in Rechten nicht gantz unnütze ist; im Gegentheil, was die rat. quartam betrifft, zwar angeführet wird, daß W. die Disposition über die Orangen-Bäume und das gekaufte Porcellain allein gehabt, dennoch Ew. Durchlaucht solches nicht an sich kommen lassen wollen, sondern vorgeben, daß deren Herr Curator die administration derer Sachen übernommen, und was in die Oeconomie kommen, auszahlen lassen, also, da dieser Punct noch in Contradiction beruhet, billig auf Beweis und Gegenbeweis erkant, nicht aber sofort derselbe davon losgezehlet werden müssen; nicht weniger die Schenckung der sechs Canonen und des Gewehrs in rat. 5. noch höchst illiquid ist, da eines Theils die Worte, daß der Herr Geheimde Rath v. L. davon nach seinem plaisir disponiren könne,
5 keine donationem nothwendig inuoluiren, solche auch denen Rechten nach, bekanter massen, nicht præsumiret wird, vielmehr die freye Hand ihm darüber gelassen worden, solche zu versilbern, oder sonsten davon zum Besten Ew. Durchlaucht zu disponiren, mithin aus solchen verbis æquiuocis keine donation nothwendig zu schliessen, andern Theils, obgleich nach denen producirten Briefen W. plein pouvoir erhalten, von Ew. Durchlaucht Sachen zu disponiren, dennoch darunter keinesweges potestas donandi begriffen gewesen, als welche nichts destoweniger denen Rechten nach ein
6 specialissimum mandatum erfordert,

l. 60. §. 4. D. mand.

LYNCKER *de form. procurat. c. 5. §. 41.*

cum generalis concessio negotiorum non tribuat ea, quæ speciale mandatum postulant

7 *l. 60. de procurat.*

nec plus possit procurator cum libera, quam qui generalis est, qui donare nequit,

LYNCKER *cit. l.*

cum donare non sit administrare, adeoque sine speciali mandato fieri nequeat

TIRAQVELL *ad l. si vnquam C. de reuoc. donat.* verbo: *donatione largitur n. 174.*

DECIVS *2. cons. 298.*

hiernächst die in rat. 6. angegebene Englische Stühle und Porcellains aus eben dem Grunde restituiret werden müssen, da, wenn solche gleich der W. dem Herrn Geheimden Rath von L. geschencket haben solte, dennoch solches nicht bestehen, und dahero das deferirte iuramentum de credulitate in Ansehen des W. ohne allen effect seyn würde, im Gegentheil der Eyd, daß Ew. Durchlaucht ihm solches untersaget,
8 auf ein purgatorium hinaus laufet, dazu doch gar kein Grund anzutreffen, cum tamen iuramentum hoc omnibus deficientibus suspicionibus deferri nequeat, der Herr Geheimde Rath von L. aber gar nichts anführen können, sondern sich blos auf einen Brief des W. berufen, den er aber nicht producir*en* können, also nicht abzusehen, wie auf diesen Eyd deficiente omni fundamento erkant werden mögen, nicht zu gedencken, es nicht dabey darauf ankomt: ob Ew. Durchlaucht ihm solches verbothen, sondern vielmehr: ob dieselbe ihm dazu Ordre ertheilet, übrigens dieser Punct nicht einsten mehr streitig ist, da ex actis sich befindet, und hervorthut, daß in seiner abgeforderten Erklärung er sich erbothen, daß, weil er den gedachten Brief nicht auffinden könn, er die quæstionirten Stühle und das Porcellain entweder in natura restituiren, oder den Werth davor abtragen wollen, Ew. Durchl. auch solches Erbiethen angenommen, also nunmehro dieser Punct nicht weiter in litem gezogen werden mögen, sondern erkant werden müssen, daß, weil er diese Erklärung gethan, und Ew. Durchlaucht solche acceptiret, es dabey sein Bewenden habe, und dem zufolge er die restitution befolgen müsse, dabey dann nicht angeführet werden kan, daß diese offerte geschehen sey, als diese Sache in terminis amicabilis compositionis gestanden, da vielmehr ex actis erhellet, daß gedachter Herr Geheimde Rath, als er sich über die grauamina erklären sollen, diese offerte pure gethan, aus der raison, weil er des W. Brief nicht auffinden können, und solche auch würcklich angenommen ist, so von ihm nicht wieder retractiret werden mögen, als welche er nicht als ein in Tractaten vorgeschlagenes Mittel gethan, sondern vielmehr dadurch summarisch angezeiget, was er von dem Beschwerde zugestehe oder nicht, übrigens auf die rat. septimam, nachdem dieses grauamen gehoben, es nicht weiter ankomt, und wegen der rat. octaua nunmehr dasjenige, was wegen der sechs Canonen vorgestellet ist, billig erkant werden muß, indem die rat. decid. quinta auch hier statt findet.

Ad L. III. T. III.

So erhellet hieraus so viel, daß ausser den Puncten in rat. 1. 2. 3. und 7. denen Rechten nicht gemäß erkant sey.

Quæstio II.

Auf was Art und wie hoch ein Aduocat zu bestrafen, wann er in der Deduction Vol. 1. f. 155. die Wahrheit geschrieben, und die Sache lebhaft vorgestellet?

Rationes dubitandi.

Obwol in der fol. 155. befindlichen Vorstellung denen Herren Commissariis viele Illegalitäten schuld gegeben worden, als daß 1) dieselbe den Bericht zu dem geheimden Conseill eingesandt, und als Ew. Durchlaucht von ohngefehr solches erfahren, und um Communi-
9

Ad L. III. T. III.

cation gebethen, man sich daselbst verwundert, wie der Bericht dahin gesendet werden können: 2) daß der Bericht in der grössesten Geschwindigkeit in das geheimde Consilium übergeben sey, welches so viel sagen wollen, als wenn die Commissarii Ew. Durchlaucht zu übereilen gesuchet: 3) daß dieselbe inaudita et indefensa gewesen: 4) daß die darin allergnädigst ertheilte resolutiones blos ad instantiam partis, (und also nicht ad acta) ertheilet: 5) daß der Concipient nimium fauorem darin bezeiget: 6) daß der tenor des fol. 171. befindlichen Rescripts nicht befolget worden: 7) daß die Commissarii die limites commissionis nicht genau obseruiret: 8) daß sich Ew. Durchlaucht von der gegenwärtigen Commission wenig fauoris zu getrösten habe, wodurch der Commission sowol illegalitäten als partialitäten beygemessen werden, welche imputationes absonderlich nach dem Königlichen Duell-Mandat, nach welchem alle Injurien aufs schärfste zu ahnden geboten worden, mit einer empfindlichen Geld-Buse und deprecation zu bestrafen seyn möchte, da die einem Richter angethane Beschimpfung vor nicht geringe zu achten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch wir voraus setzen, daß nach der Wahrheit, und denen Acten die angeführten Puncta ihre Richtigkeit haben, und dabey nichts denen Herren Commissariis beygemessen ist, was nicht ex actis dargethan werden kan, in diesem Fall aber allen Rechten nach wohl erlaubet gewesen, diese Beschwerde gegen das Verfahren der Herren Commissariorum zu führen, als welches eines Theils zu Ew. Fürstl. Durchlaucht höchstnöthigen Defension gereichet, quæ in se nullam habet iniuriam

l. 6. C. de postuland.

PEREZ. *in Cod. tit. de iniur. n. 4.*

zumal solche ohne alle Anzüglichkeit und nach Beschaffenheit der Sachen vorgestellet ist; andern Theils Ew. Durchlaucht keine remedur derer grauaminum zu hoffen gehabt haben würden, wenn es nicht erlaubet gewesen, dieselbe nach ihrer wahren Gestalt vorzulegen, woraus sich denn veroffenbahret, daß der Concipient des Berichts seinen faueur vor den Gegentheil gar mercklich blicken lassen, und hergegen Ew. Durchlaucht um destoweniger faueur von denen Commissariis zu hoffen gehabt, welcher Ausdruck eine natürliche Suite von dergleichen procedere und nichts anders ist, als daß man kein sonderliches Vertrauen auf die Commissarios setzen könne, welches bey dem superiori committendo vorzustellen wohl erlaubet ist, quia graue admodum sub iudice suspecto litigare

l. 16. C. de iudic.

So halten wir davor, daß der Aduocatus causæ dieserwegen gar nicht zu bestrafen sey. S. R. W.

INSERAT.

Hat der Accis-Inspector zu Dreßden I. F. B. auf Verlangen und relation C. B. ein Schreiben, welches dieser eigenhändig unterschrieben, und darin P. A. R. eines criminis expilatæ hereditatis beschuldiget, auch derowegen wider ihn inquisitorie zu verfahren, seine Effecten zu verkümmern, und einen offenen Captur-Befehl zu ertheilen, gebethen worden, verfertiget, und als Concipient unterschrieben, welches R. vor eine Iniurie ansehen und ihn deßwegen in Anspruch nehmen wollen, dahero er sich bey dem Schöppenstuhl belehren lassen, welcher hierauf erkant, daß derselbe sich zwar der Vernehmung über die gerügten Iniurien nicht entbrechen könne, dennoch aber die Erkäntniß über den Punct, ob und wie er dießfalls zu bestrafen sey, bis nach Erörterung der Haupt-Sache billig ausgesetzet werden müsse, gleichwohl eben dieser Schöppenstuhl ad transmissionem actorum gedachten Hn. B. pro confesso et conuicto erkläret, und ihn dabey zu einer deprecation und 20. Thaler Strafe nebst Erstattung aller Unkosten condemniret, dahero hiebey gefraget worden:

Ob mit überschicktes Responsum mit dem darauf gesprochenem Urthel conciliiret **werden könne, und ob ein** Aduocat, **so** ante causam finitam principalem **dem** parti aduersæ **ein** delictum **auf** Ordre **und** Relation **des** mandantis **schuld gegeben, und zum Behuf seines** mandantis **anführen muß,** iniuriarum **belanget werden könne, ehe die Haupt-Sache behendiget sey, oder ob nicht vielmehr gesaget werden könne, daß die** actio **noch nicht** nata **sey, und folglich** præscriptio **nicht laufen könne?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol in dem beygefügten Responso mit klaren Worten angeführet ist, daß in angeführtem casu der Aduocat sich der Vernehmung pro præscriptione interrumpenda nicht entbrechen könne, wir also nicht anders urtheilen, als daß der Aduocat solche Vernehmung, dazu er citiret worden, decliniret, und dahero pro confesso et conuicto, wie geschehen, gehalten werden müssen, dieserwegen beydes gar wohl zusammen stehen kan, hiernächst die actio so fort, als die iniuria geschehen, pro nata zu halten, cum posita causa ponatur effectus.

Rationes

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) in dem angeführ-
11 ten casu die Rechte nichts weiter erfordern, quam vt deferatur querela, seu protestatio interponatur

l. 10. C. de iniur.

PEREZ *in C. cit. tit. n. 4. in f.*

wodurch ohnedem alle Verjährung gehemmet wird, da cum effectu nicht ehender als lite principali finita die Injurien-Klage statt finden kan,

cit. l. 10. ibique BRVNNEM.

allenfalls auch die blosse citatio recte insinua-
12 ta den effectum interrumpendæ præscriptionis haben muß,

de BERGER *in œcon. iur. lib. 3. tit. 9. §. 15. not. 3.* *Ad L. III. T. III.*

ja, wenn der Aduocat sich der Vernehmung nicht entbrechen können, dennoch die Entscheidung der Sache, finita lite principali, nach dem responso differiret, nicht aber so fort der Aduocatus causæ condemniret werden müssen, dergestalt, daß dieses letztere mit jenem streitet.

So erhellet hieraus so viel, daß das Responsum mit dem darauf gesprochenen Urthel nicht wohl zusammen stehen, noch er iniuriarum ehender belanget werden mögen, bis die Haupt-Sache völlig geendiget. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXXXV.

DECISIO LXXIV.

THEMA.

Actus speciale mandatum requirentes ratihabitione conualidantur.

SVMMARIA.

Recognitio documentorum speciale mandatum requirit n. 1.
Ratihabitio subsequens iustificat actus speciale mandatum requirentes n. 2. 4.
Recognitio documentorum generalis sufficit n. 2. 5.

Auf geschehene Recognition und ferneres Verfahren in Sachen des Hochfürstl. Cammer-Procuratoris I. A. P. Klägers an einem und Curatoren C. S. S. Beklagtin am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden wir Ernst August ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Dieweil die Bekl. Vol. V. fol. 53. b. die von ihrem Curatore geschehene Recognition gerichtlich ratihabiret, so hat es dabey sein Bewenden, und hat übrigens dieselbe die Documenta sub N. I. II. III. IV. VIII. und X. zur Nothdurft recognosciret, iedoch, weil solches saluis exceptionibus geschehen, so bleibet ihr solche bey dem Verfahren über den Beweis auszuführen unbenommen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger 1) ratione legitimationis der Bekl. Curatori opponiret, daß die recognitio documentorum ein solcher actus sey, so sine speciali mandato nicht verrichtet werden
1 könne, cum in genere curator solus nihil in præiudicium mulieris agere possit

Bohm. Conf. T. III. P. II.

GRIEBNER *in princip. proc. civ. lib. 1. c. 2. sect. 3. §. 13. lit. b.*

et recognitio sit magni præiudicii, speciale mandatum desideratis

FINCKELTH. *obs. 100. n. 24.*

CARPZ. *dec. 200. n. 1. 2.*

auch 2) die erfolgte ratihabitio nicht zulänglich 2
seyn möchte, indem es doch wahr bleibet, daß die recognitio allein von dem Curatore geschehen, der recognitioni aber 3) dieser Mangel opponiret worden, daß solche in forte geschehen, welche in processu ordinario billig 3
specifice zu bewerckstelligen ist.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch der in rat. dub. 1. angemerckte defectus eines specialis mandati durch die fol. 53. b. Vol. V. geschehene Ratihabition völlig gehoben, anbey auch erlaubet ist, 4
diejenigen actus, so ein speciale mandatum erfordern, noch ante sententiam zu ratificiren, quia ita retro, quæ a curatore gesta sunt, ei mandata censeantur

l. 56. de iudic.

wodurch denn die andere ration zugleich hin-

sum æque ac in condemnatum detur executio, cum confessi pro iudicatis habendi sint

l. 1. de confess.

dabey denn die exceptio non impleti contractus in keine Achtung gezogen werden könte, massen Implorat die Nutzungen der Metalle reichlich genossen, keinen Contract aber gehalten, und durch die Nicht-Erfüllung verursachet, daß solche reuociret werden müssen, als welches der Freyin von G. in der referirten clausula cassatoria zugestanden, dergestalt die gedachte exception dem Imploraten nicht weiter zukommen möchte, da offenbar, daß der gemeinschafftliche Contract de anno 1726. durch sein anno 1729. erfolgtes fallîment über einen Haufen gegangen, die beyden folgende aber er nicht Contractmäßig gehalten. Ausserdem diese exception, welche die Göttingenses verleitet, daß sie den Imploraten von der Bezahlung absoluiret, auf ein irriges principium gegründet, und von ihnen ohne Grund irrig angenommen sey, daß vol. II. f. 99. in dem Contract de anno 1741. die Bezahlung der 20680. Thlr. bis der gemeinschafftliche Contract de anno 1726. wieder in seine Actiuität, und Implorat zu dessen Genuß gebracht sey, suspendiret worden, da doch in dem gedachten Contract de anno 1741. deutlich enthalten sey, daß die daselbst getroffene Rechnung mit keiner andern zu confundiren, also die quæstionirte Forderung auf den Contract de anno 1726. nicht zu extendiren, diese Erklärung dahero dem Sinn und Meinung der contrahentium entgegen sey, allermassen wenn dem so wäre, dieselbe alsdann keine Ursache gehabt haben würden, wegen der vormahls anno 1737. stipulirten Posten sich anderweit in Contract de anno 1741. zu vergleichen, und eine nouation zu treffen; nicht zu gedencken, daß die exceptio non secuti implementi dilatoria sey, und nach geschehener Einlassung nicht weiter statt finden, noch als
3 mixta in foro Saxonico passiren könte, cum per se et sua natura non sit peremtoria

SCHWENDEND. ad FIBIG. *c. 2. p. 380. in f.*

woraus denn zugleich das andere grauamen hergeleitet, und von der Leuterantischen Baronessin iustificiret worden, daß, weil sie ein debitum confessatum et liquidum vor sich gehabt, sie auf die gegenseitige illiquide Berech-
4 nung sich einzulassen nicht schuldig, cum liquidum ab illiquido separari et illud statim soluendum sit;

l. 21. D. de reb. cred.

ohngeachtet sie Vol. II. f. 2. eine Berechnung nachgesuchet; alldieweil nach der Zeit die Sache sich alteriret, der Leuterat die quæstionirte Schuld sponte eingestanden, und solches Geständniß öfters wiederholet, auch an solcher Schuld vorher 1000. Thlr. bezahlet, so, daß dahero ex spontanea agnitione nöthig seyn will, daß Implorat das residuum zuförderst bezahle, da alsdann erst die Leuterantische Baro- *AA. L. III. T. III.*
nessin sich auf die Berechnung einzulassen gehalten sey. Endlich so viel das dritte grauamen betrifft, der Leuterantische actor vermeinen will, daß seiner Principalin zu viel mit Bekräfftigung der Cydes-Delation in Ansehen der Bleyschuld geschehen, zumal wenn sie gleich diese Schuld agnoscîret, und nach Hannover an die Berg-Handelungs-Administration zu bezahlen versprochen haben solte, sie dennoch ex erroneo et falso præsupposito, als wenn diese Schuld richtig, solches gethan haben würde, welches ihr aber nicht præiudiciren können, nachdem sie in Erfahrung gebracht, daß Leuterat, ob ihn gleich die Seygerhütte und das Bleynegotium nichts angegangen, zu seinem eigenen Nutzen die Bleye verwendet, welches auch verursachet, daß Serenissimus per reſcriptum Vol. I. f. 175. und decretum f. 176. ihm anbefohlen, die Hannoverische Berghandelungs-Administration binnen sechs Wochen zu befriedigen, dagegen ihn auch die interponirte Leuterung nicht schützen könte, weil er solche nicht prosequiret, so, daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn in allen dreyen Puncten reformatorie erkant werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, was den punctum legitimationis betrifft, der Leuterantische actor zwar nur dem angegebenen ersten Haupt-Mangel abgeholfen, und das ermangelnde curatorium ad acta gebracht; gleichwol bey dem actorio zu erwegen, daß, wenn gleich vor der Hand der Curator ein actorium nach Carpzovii Meinung allein ausstellen könne, (wiewol das argumentum a curatore minoris ad curatorem vxoris gar nicht schliesset) dennoch es hier in præsenti casu nicht angehen wolle, in welchem der curator den actorem auch ad actus speciale mandatum desiderantes f. 175. vol. III. legitimiren wollen, welche doch expressum ipsius principalis consensum erfordern, vt consensus generalis curatori datus (wie 5 vol. III. f. 176. befindlich) non sufficiat, cum specialis requiratur, ne periclitetur causa mulierum et sexui debiliori, cui maxime consultum cupit ius Saxonicum, fraus fiat;

BERGER *in elect. discept. for. tit. 8. obs. 2. not. 2. in f.*

bevorab da in dem actorio nicht einsten die clausula ratihabitionis actuum præcedentium enthalten, welches doch um alle Gelegenheit neue Nullitäten aus denen acten heraus zu klau- 6
ben, unumgänglich nöthig, und dergleichen ratihabition, da schon die Sache so weit avanciret, mit einem specialen und expressen Consens versehen seyn muß, bey solchen Umständen also das actorium mit darauf gerichtet, in ihrem Namen mit ausgestellet, und von ihr cum curatore unterschrieben werden muß, und

sum æque ac in condemnatum detur executio, cum confessi pro iudicatis habendi sint

l. 1. de confess.

dabey denn die exceptio non impleti contractus in keine Achtung gezogen werden könte, massen Implorat die Nutzungen der Metalle reichlich genossen, keinen Contract aber gehalten, und durch die Nicht-Erfüllung verursachet, daß solche reuociret werden müssen, als welches der Freyin von G. in der referirten clausula cassatoria zugestanden, dergestalt die gedachte exception dem Imploraten nicht weiter zukommen möchte, da offenbar, daß der gemeinschafftliche Contract de anno 1726. durch sein anno 1729. erfolgtes fallîment über einen Haufen gegangen, die beyden folgende aber er nicht Contractmäßig gehalten. Ausserdem diese exception, welche die Göttingenses verleitet, daß sie den Imploraten von der Bezahlung absoluiret, auf ein irriges principium gegründet, und von ihnen ohne Grund irrig angenommen sey, daß vol. II. f. 99. in dem Contract de anno 1741. die Bezahlung der 20680. Thlr. bis der gemeinschafftliche Contract de anno 1726. wieder in seine Actiuität, und Implorat zu dessen Genuß gebracht sey, suspendiret worden, da doch in dem gedachten Contract de anno 1741. deutlich enthalten sey, daß die daselbst getroffene Rechnung mit keiner andern zu confundiren, also die quæstionirte Forderung auf den Contract de anno 1726. nicht zu extendiren, diese Erklärung dahero dem Sinn und Meinung der contrahentium entgegen sey, allermassen wenn dem so wäre, dieselbe alsdann keine Ursache gehabt haben würden, wegen der vormahls anno 1737. stipulirten Posten sich anderweit in Contract de anno 1741. zu vergleichen, und eine nouation zu treffen; nicht zu gedencken, daß die exceptio non secuti implementi dilatoria sey, und nach geschehener Einlassung nicht weiter statt finden, noch als
3 mixta in foro Saxonico passiren könte, cum per se et sua natura non sit peremtoria

SCHWENDEND. ad FIBIG. *c. 2. p. 380. in f.*

woraus denn zugleich das andere grauamen hergeleitet, und von der Leuterantischen Baronessin iustificiret worden, daß, weil sie ein debitum confessatum et liquidum vor sich gehabt, sie auf die gegenseitige illiquide Berech-
4 nung sich einzulassen nicht schuldig, cum liquidum ab illiquido separari et illud statim soluendum sit;

l. 21. D. de reb. cred.

ohngeachtet sie Vol. II. f. 2. eine Berechnung nachgesuchet; alldieweil nach der Zeit die Sache sich alteriret, der Leuterat die quæstionirte Schuld sponte eingestanden, und solches Geständniß öffters wiederholet, auch an solcher Schuld vorher 1000. Thlr. bezahlet, so, daß dahero ex spontanea agnitione nöthig seyn will, daß Implorat das residuum zuförderst bezahle, da alsdann erst die Leuterantische Baronessin sich auf die Berechnung einzulassen gehalten sey. Endlich so viel das dritte grauamen betrifft, der Leuterantische actor vermeinen will, daß seiner Principalin zu viel mit Bekräfftigung der Cydes-Delation in Ansehen der Bleyschuld geschehen, zumal wenn sie gleich diese Schuld agnoscîret, und nach Hannover an die Berg-Handelungs-Administration zu bezahlen versprochen haben solte, sie dennoch ex erroneo et falso præsupposito, als wenn diese Schuld richtig, solches gethan haben würde, welches ihr aber nicht præiudiciren können, nachdem sie in Erfahrung gebracht, daß Leuterat, ob ihn gleich die Seygerhütte und das Bleynegotium nichts angegangen, zu seinem eigenen Nutzen die Bleye verwendet, welches auch verursachet, daß Serenissimus per reſcriptum Vol. I. f. 175. und decretum f. 176. ihm anbefohlen, die Hannoverische Berghandelungs-Administration binnen sechs Wochen zu befriedigen, dagegen ihn auch die interponirte Leuterung nicht schützen könte, weil er solche nicht prosequiret, so, daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn in allen dreyen Puncten reformatorie erkant werden müssen.

AA. L. III. T. III.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, was den punctum legitimationis betrifft, der Leuterantische actor zwar nur dem angegebenen ersten Haupt-Mangel abgeholfen, und das ermangelnde curatorium ad acta gebracht; gleichwol bey dem actorio zu erwegen, daß, wenn gleich vor der Hand der Curator ein actorium nach Carpzovii Meinung allein ausstellen könne, (wiewol das argumentum a curatore minoris ad curatorem vxoris gar nicht schliesset) dennoch es hier in præsenti casu nicht angehen wolle, in welchem der curator den actorem auch ad actus speciale mandatum desiderantes f. 175. vol. III. legitimiren wollen, welche doch expressum ipsius principalis consensum erfordern, vt consensus generalis curatori datus (wie 5 vol. III. f. 176. befindlich) non sufficiat, cum specialis requiratur, ne periclitetur causa mulierum et sexui debiliori, cui maxime consultum cupit ius Saxonicum, fraus fiat;

BERGER *in elect. discept. for. tit. 8. obs. 2. not. 2. in f.*

bevorab da in dem actorio nicht einsten die clausula ratihabitionis actuum præcedentium enthalten, welches doch um alle Gelegenheit neue Nullitäten aus denen acten heraus zu klau- 6 ben, unumgänglich nöthig, und dergleichen ratihabition, da schon die Sache so weit avanciret, mit einem specialen und expressen Consens versehen seyn muß, bey solchen Umständen also das actorium mit darauf gerichtet, in ihrem Namen mit ausgestellet, und von ihr cum curatore unterschrieben werden muß, und

Ad L. III. T. III.

wenn solches geschehen, die Leuterung zwar als dann ihre Kraft behält, aber dem ohngeachtet deren grauamina von keiner Erheblichkeit sind, angesehen in Ansehen des ersten grauaminis das documentum fol. 64. Vol. II. zwar eine puram agnitionem delicti in sich hat, solche aber nach dem kurtz vorher im August 1741. geschlossenen Contract, woraus die Schuld-Forderung selbst ein Licht bekomt, zu erklären, und deren eingeschränckte Bezahlung zu erläutern ist, zumal aus dem Schein gar deutlich zu ersehen, daß solcher eine liquidation nach angelegter Berechnung der Forderung aus vorigen Contracten betroffen, und er darin bekant, daß er noch auf diese Contracte 20680. Thlr. zu bezahlen verblieben, dazu er sich bekenne, gleichwol deren Bezahlung in dem Contract de anno 1741. damals bereits limitiret und reguliret gewesen. Sodann die f. 28. vol. II. und sonsten geschehene confessio niemals illimitata, sondern vielmehr mit der exceptione non impleti contractus verknüpfet gewesen, da er der Leuterantischen Baronessin von G. obiiciret, daß sie den in anno 1737. geschlossenen Contract ihm wieder genommen, und in anno 1739. aufgehoben, ohnerachtet er mehr darauf bezahlet, als er schuldig gewesen, wodurch also die exceptio non impleti contractus opponiret, die confessio unter dieser Bekäntniß limitiret, und in effectu sub conditione agnoscirt worden, si implementum secutum fuerit; wie aus vol. II. f. 130. b. noch klarer zu ersehen; neque vero actor per confessionem qualificatam veluti sub adiecta
7 conditione a probando liberatur, quia tale debitum nondum liquidum censetur,

LAVTERBACH *de confess.* §. 55.

dergestalt auf eine solche qualificirte und limitirte confession keine condemnation, geschweige dann eine execution erfolgen möge. Hiernächst diese exceptio so lange bey Kräften bleibet, bis des Leuterantischen actoris Principalin beweiset und darthut, daß sie die Contracte erfüllet und ausgehalten, dessen Gegentheil aber ex actis erhellet, gleichwol daß solches facto vel culpa implorati geschehen sey, noch bewveiten nicht ausgemachet, bevorab da in dem Contract de anno 1741. von dem, was in anno 1739. geschehen, nichts berühret, sondern vielmehr vor billig Rechtens erkant worden, daß Implorat, wenn er das noch restirende und ex contractu de anno 1726. herrührende residuum zahlen solle, zuförderst zu dem Genuß dieses Contracts wieder gelangen müsse, welches auch schon in dem de anno 1737. beliebet und agnoscirt worden, weil es unbillig gewesen seyn würde, daß dieselbe rem simul eiusque æstimationem geniessen solte, wie denn auch in dem Contractu de anno 1737. kein Wort oder Anzeige zu befinden, daß per culpam et factum implorati der Contract seinen völligen Ausgang nicht gehabt, vielmehr die Baronessin von G. die Billigkeit der suspendirten Bezahlung agnosciret, und vier Tage darauf in dem vol. II. f. 254. befindlichen Schreiben von siebenden Aug. 1741. dieserhalb gewünschet, daß Implorat aufs eheste in den Genuß des Haupt-Contracts (welches der de anno 1726. nothwendig seyn muß) gesetzet und dadurch in den Stand gebracht werden möge, *das ihnen noch restirende abzutragen*, woraus denn auch dieses erhellet, daß Implorat noch lange nicht (wie doch vorgegeben worden) so viel an Metall empfangen haben müsse, als er noch an dem stipulirten Vorschuß in contractu de anno 1726. Terminsweise bezahlen sollen, so bald nach dem geschlossenen Contractu de anno 1741. in dem vol. II. fol. 64. sub A befindlichen Schein zum liquido gebracht worden. Uebrigens obwol Leuterantischer actor nicht an sich kommen lassen will, daß die Bezahlung der quæstionirten Post a 20680. Thl. in contractu de anno 1741. in suspenso gelassen sey, und diß als ein erroneum fundamentum decisionis Göttingensium angeben wollen, dennoch man nicht begreifen kan, wie er solches contra claram literam des gedachten Contractus behaupten mögen, indem anfänglich zu mercken, daß die beyden letztern Contracte in connexion mit dem gemeinschaftlichen de anno 1726. stehen geblieben, in dessen Absicht in dem Contractu de anno 1737. die in anno 1726. ihm geschehene Cession derer darin benanten Contracte aufs neue zugestanden worden, nur daß sich die Baronessin von G. das dominium daran, bis die stipulirten 47110. Thlr. 16. Gr. 10. Pf. völlig in den bestimmten Terminen bezahlet, reseruiret, worauf denn auch sofort 11430. Thlr. 11. Gr. 1. Pf. laut fol. 95. vol. 2. abgetragen, so, daß noch 35680. Thlr. 5. Gr. 9. Pf. übrig geblieben, welche Implorat

Vor die Nutzung aller dieser ermeldeten *Contracte*

auf die gesetzte Termine zu bezahlen versprochen, auch nach der Zeit bis ad annum 1739. da der grosse Teichbruch geschehen, und dadurch die continuation der Bezahlung und der davon dependirenden Nutzungen cessiret, noch ferner mit der Bezahlung continuiret, daß laut Scheins de anno 1741. den 30. Sept. f. 64. vol. II. noch 20680. Thlr. in residuo verblieben, welche Schuldforderung aber nothwendig die vorher erhaltene Nutzungen, so er damals wegen zurück gegangenen oder durch den grossen Teichbruch interrumpirten Contract noch nicht völlig gehoben, voraus setzen, obgleich solche in dem gemeldten Schein nicht gedacht, sondern von Imploraten die Schuld schlechterdings agnoscirt, und nur erwehnet worden, was auf diese *Contracte* noch zu bezahlen geblieben, welches nothwendig wegen des den 3. Aug. 1741. geschlossenen Contracts ad liquidum gebracht werden müssen, allermassen denn aus solchem gantz euident ist, daß (a) die Baronessin von G. an Imploraten zwey neue Contracte cediret, und deren Vergü-

tung

tung zugleich bestimmet: daß b) sie dabey versprochen, daß nach deren Endigung und völliger Berichtigung Implorat alsdann in den Genuß des durch cession anno 1726. überkommenen gemeinschaftlichen Freyherrl. G. Haupt-Contracts, treten: iedoch c) er dasjenige quantum, so er disfalls und wegen des in anno 1737. ihm von neuen cedirt gewesenen Contracts annoch restiret, wie solches in diesem letzten Contract de anno 37. überhaupt stipuliret, auch in solchen Terminen ratione quanti, *alsdann abtragen: inzwischen aber und bis dahin solches quantum*, welches nach fast zwey Monathen auf 20680. Thlr. liquidiret worden, *fernerhin unverinteressiret*, (wie in Contractu de anno 1737. ebenfalls stipuliret worden, zumal die Hebung der Nutzungen noch erst erwartet werden müssen,) stehen bleiben solle, woraus von niemand ein anderer Verstand als dieser gezogen werden kan, daß die Bezahlung bis dahin suspendiret werden solle, weil auch alsdann der Genuß davor erst zu hoffen gewesen, in welchen er, finito contractu de anno 1741. wieder treten müsse, und da auch dieser letzte Contract abrumpiret, und wieder in Stecken gerathen, also keine Hofnung übrig ist, daß Implorat wieder in die Nutzungen des ersten Haupt-Contracts treten werde, ganz natürlich ist, daß er auch den bereits ad liquidum gebrachten Rest, den er noch auf den Contract de anno 1726. schuldig und zu bezahlen gehalten gewesen, wenn er dessen Genuß wieder erhalten, oder das implementum erfolget, zu zahlen nicht condemniret werden mögen, vielmehr bey so alterirten Umständen kein ander Mittel, aus einander zu kommen, als die bereits erkante allgemeine Berechnung übrig bleibet, auf welche auch anfänglich selbst die Baroneßin von G. laut vol. II. f. 2. geklaget, auch billig geklaget werden müssen, da die hier befindlichen Contracte so beschaffen, vt mutuas præstationes habeant, also es höchst unbillig seyn würde, wenn einer von seiner Seite das implementum völlig fordern wolte, da er doch nicht erwiesen, daß er selber das, was er dagegen zu leisten schuldig gewesen, præstiret. Sodann diese Erklärung dadurch keinen Abbruch leidet, daß in dem Contract de anno 1741. beliebet ist, daß diese Rechnung vor sich bleiben, und mit keiner andern confundiret werden solle, als welches auch geschehen, wenn der Contract de anno 1741. seine völlige Endschafft und implementum von beyden Seiten erhalten, und alsdann der Haupt-Contract de anno 1726. in seine actuität gekommen seyn würde, wie die eigentlichen Worte des letztern Contracts lauten, man auch nicht absehen kan, warum nicht anderweit die contrahentes wegen der vorhin stipulirten Termine von neuen sich vergleichen solten, welches ohne allen Abbruch des angezeigten Verstandes des Contracts de anno 1741. wohl geschehen mögen. Endlich die acta es geben, daß diese exceptio gleich anfänglich vol. II. fol. 28. opponiret worden, wiewol auch die exceptio non secuti implementi nicht mere dilatoria ist, sondern weil sie auch die merita causæ mit hauptsächlich berühret, allerdings pro mixta zu halten. Hierdurch aber auch sogleich das andere grauamen gehoben wird, da Leuterantischer actor nicht leugnen mögen, daß anfänglich blos auf die Berechnungen geklaget worden, und er dahero nach den Reguln des processus billig in diesem tramite fortgehen müssen, allermassen irrig ist, daß die Sache nach der Zeit sich alteriret, und Implorat die quæstionirte Schuld von 20680. Thlr. sponte eingestanden, da doch eines Theils die schriftliche agnitio schon in anno 1741. laut fol. 64. vol. II. da gewesen: andern Theils die bey der eingeklagten Berechnung wiederholte confessio iudicialis nicht absoluta, sondern qualificata et limitata gewesen, wie aus vol. II. fol. 28. bereits vorher gezeiget, anbey ex iure dargethan worden, daß dergleichen qualificata confessio nicht einsten den Kläger ab onere probandi liberiren könne, indem er in effectu geleugnet, daß er solche Forderung schlechterdings schuldig sey, sondern deren Bezahlung ab implemento actoris, antea necessario probando, dependire, cum exceptio implementi non secuti non allegantem reum, sed actorem necessitate probandi implementum oneret

A L. III. T. III. 8 9 10

ZANGER *de except. P. III. c. 22. n. 18.*

MENCKE *in proc. iur. comm. desp. VII. §. 13.*

welches auch geschehen muß, wenn er gleich 1000. Thlr. darauf vorher gezahlet gehabt haben solte, als welches, rebus sic stantibus, sub spe secuturi implementi geschehen seyn würde, nicht aber, daß er sich zu der Abtragung dieser Forderung schlechterdings verstanden, als welches aus der Natur eines contractus, qui mutuas habet præstationes, nicht geschlossen werden mag. Letzlich bey dem dritten grauamine, so die Bley-Schuld betrifft, man nicht absehen kan, daß die Baroneßin von G. aus dem Erkäntniß über die Eydes-Delation, und daß ihre Erklärung darüber gefordert worden, grauiret worden sey, zumal wenn sie meinet, daß, soferne sie auch diese Schuld zu bezahlen, an die Königlich-Großbritannische Berg-Handelungs-Administration versprochen, ihr dennoch solches nicht præiudiciren könne, weil sie solches ex errore gethan habe, sie nur ihre Erklärung darnach einrichten, den errorem, qui non præsumitur, beybringen, und bey der erkanten allgemeinen Berechnung, wohin es nunmehr nothwendig gehören muß, dieses mit einführen kan, indem sie dennoch die gedachte Berghandlungs-Administration vor der Hand bezahlen muß, wozu sie sich in ihrem eigenen Brief engagiret, und durch die Erklärung über die geschehene Eydes-Delation noch mehr bekräfftiget werden muß, dagegen ihr der re-

greſſus

Ad L. III. T. III.

greſſus an Implorat, actione negotiorum geſtorum übrig bleibet, und alſo dieſer Punct in der allgemein erkanten Berechnung mit auszumachen iſt, wie das vol. I. f. 49. b. befindliche Ilmenauiſche Gutachten von 10. Jun. 1742. bereits wohl eingeſehen, und den Grund darin geſetzet, weil vor Rechnung der Baronetzin G. die Seygerhütte adminiſtriret worden, es mag nun ſolches ex cauſa mandati oder negotiorum geſtionis geſchehen ſeyn, dagegen denn das angeführte reſcriptum, und ſich darauf gründende vol. I. f. 176. befindliche decretum dem Imploraten nicht præiudiciren mag, als welches niemals in rem iudicatam ergehet

t. tit. C. commin. epiſt. program. vim rei iudic. non habere 11

ſondern allemal per exceptionem ſub-et obreptionis elidiret werden mag, zum Ueberfluß auch davon geleutert worden.

So ſind wir geſchehener maſſen zu erkennen, die Unkoſten aber, weil leuteraniſcher actor bereits ein Urtheil vor ſich gehabt, zu übergehen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE SEPT. MDCCXLVII.

DECISIO LXXVI.

THEMA.

I. Procurator ad agendum conſtitutus actorem in reconuentione defendit.

II. Factum procuratoris præſtare tenetur principalis.

SVMMARIA.

Mandatum ſtricte ſeruandum n. 1.

Quoties mandatarius id excedit, principalis non tenetur n. 2.

Precarium eſt reuocabile n. 3.

Precarii reuocatio etiam contra tertium locum habet n. 4.

Mandatum ad agendum ad reconuentionem extenditur n. 5.

Procuratoris factum principalis præſtat n. 6.

Exceptio ſpolii cur intra breue ſpatium probanda? n. 7.

In cauſa ſpolii exceptio precarii non admittitur n. 8.

Reſtitutio datur contra factum procuratoris, ſi is non fuerit ſoluendo n. 9.

Als die Herren uns interponirte Appellation und erfolgte Submiſſion ad acta in Sachen J. W. F. Klägers und Appellanten an einem und Vormunden M. C. S. Beklagtinnen und Appellarinnen am andern Theil zugeſchicket. Daß die appellation in ihren formalibus zu recht beſtändig, und die Sache zu ihrer Rechtfertigung an die Herren erwachſen, der materialien halber aber erſcheinet aus denen actis und der Partheyen Einbringen allenthalben ſo viel, daß in voriger Inſtanz wohl geſprochen, übel davon appelliret, und dannenhero die ſententia a qua zu confirmiren, nicht weniger die Sache an vorige Inſtanz zu remittiren, und Kläger die expenſas huius inſtantiæ nach deren vorgehenden Liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung der Beklagtinnen abzutragen ſchuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Appellant vermeinen will, daß die Göttingiſche Urthel um deswillen nicht beſtehen könne, weil 1) er ſeinem Bevollmächtigten keine Ordre ertheilet, in cauſa ſpolii zu agiren, als deſſen die Vollmacht, cuius limites ſtricte ſeruandi, 1

l. 10. C. de procur.

keine Meldung thut, aus denen Rechten aber bekant ſey, quod mandatarius fines mandati excedens non præiudicet domino, 2

l. 27. D. mand. l. 10. cit.

woraus alſo eine nullitas proceſſus von ſelbſten folge, quod quicquid ab illegitimato actum, nullum ſit; hiernechſt 2) aus denen acten klar ſey, daß ſein voriger mandatarius ſich an dem fatali reprobationis verſäumet, zumal, obgleich fol. 25. act. pr. inſt. auf Beweiß und Gegenbeweiß erkant ſey, auch ſein mandatarius, um ſolche reprobation zu führen, fol. 71. wider die publication des Beweiſes proteſtiret, dennoch derſelbe binnen denen geſetzten 15. Tagen ſolche nicht inſinuiret, dieſerwegen von Beklagten contumaciret, ja dahin

hin gebracht worden, daß er fol. 100. seinem Gegenbeweiß renunciiret, und dadurch ihm, Klägern und Appellanten kein geringes præiudiz ohne sein Verschulden zugezogen, als in welchem er das Original, woraus das precarium klar sey, produciren, und solches so fort beybringen können, wie die Ienenses ICti l. 163. b. selbst agnosciret, dieserwegen er 3) dagegen billig in integrum restituiret, und mit demselben noch gehöret werden müsse, bevorab da, obwol sonst in causa spolii auf die exceptionem spolii nicht reflectiret werde, dennoch solches in præsenti, vbi aperte de proprietate constat, nicht zu attendiren,

c. 6. X. de caus. poss. et propr.

3 cum precarium semper reuocari queat, nec possessio, post reuocationem precarii, attendenda, sed pro iniusta habenda sit, bevorab da auch precarium morte concedentis
4 aufgehoben sey, und die reuocation auch contra tertium statt finde

l. 8. §. 2. D. de precar.

diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn das letztere Urtheil reformiret, und auf die restitution erkant werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) aus denen acten zu befinden, daß Appellant Klägers Stelle vertreten, und seinen mandatarium zwar ad agendum allein bevollmächtiget, gleichwol gantz natürlich und Rechtens ist, daß er ihn auch gegen die opponirte exceptionem spolii defendiren müsse, und dazu keine besondere Vollmacht nöthig gewesen, cum etiam constitutus procurator ad agendum, censeatur
5 etiam datus ad defendendum actorem in reconuentione, multo magis ergo contra exceptionem

l. 33. §. 3. l. 34. l. 60. l. 70. D. de procur. c. 51. X. de offic. et pot. iud. deleg.

dergestalt, daß sein mandatarius gegen die fines mandati keinesweges gehandelt, hierüber zwar ad 2) andem ist, daß sein mandatarius sich an dem Gegenbeweiß versäumet, daraus aber nichts weiter folget, als daß er, wenn er *Ad L. III.* durch denselben lædiret zu seyn vermeinet, sei- *T. III.* nen regreß gegen denselben zu nehmen befugt sey,

l. 9. C. mand.

cum dominus factum sui procuratoris præ- 6
stare debeat

l. 10. C. de procur.

LAVTERB. *ad tit. de procur. §. 58.*

hierbey auch auf die renunciation des Gegenbeweises eben nicht zu sehen, als welche überflüßig gewesen, da er dieselbe desert werden lassen, und dahero ad 3) blos hiebey noch zu untersuchen ist, ob er dagegen in integrum zu restituiren sey? welches Appellant zwar vermeinen, und durch den Gegenbeweiß darthun wollen, daß der quæstionirte Wasser-Abfall nur ein precarium gewesen, dennoch man um so viel weniger darauf reflectiren mag, als in exceptione spolii probanda eine gar kurtze Frist, damit die Haupt-Sache dadurch nicht 7
aufgehalten werde, die Rechte gesetzet, welche stricte zu observiren, und daben keine Weitläuftigkeit, welche Kläger a dessein intendiret, zu verstatten, indem ihm, restituto spolio, annoch frey bleibet, die Negatorien-Klage anzustellen, und dadurch sowol seinen Zweck in der Haupt-Sache, als in diesem Punct zu erhärten, hierüber die exceptio precarii in causa spolii nicht einsten attendiret wird, quod simpliciter spoliatus sit restituendus, wie die ICti Göttingenses gar recht erinnert, endlich die restitutio contra negligentiam procuratoris nicht einsten indistincte, sondern nur alsdann statt findet, si procurator non sit soluendo, wovon Appellant kein Wort gemel-
det

CARPZ. *P. I. C. 1. def. 23.*

wiewol solches Appellanten, wenn er auch gleich solches beygebracht, wenig helfen würde, da allhier keine læsio anzutreffen, und die exceptio precarii unstatthaft ist.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE AVG. MDCCXL.

RESPONSVM LXXVII.

THEMA.

Nemo in eadem causa iudex et procurator simul esse potest.

Vid. T. IV. Resp. CXCIV. Th. 3.

Ad L III. T. IV.

Tit. IV. Quod cuiusque vniuersitatis nomine vel contra agatur.

RESPONSVM LXXVIII.

THEMA.

Vniuersitas ex consensu maioris partis vel singulorum tenetur.

Vid. Tit. IV. Resp. LXVI. Them. 3.

DECISIO LXXIX.

THEMATA.

I. Pluribus syndicis datis, omnes coniunctim subscribere tenentur.

II. *Litis contestationem non remoratur exceptio spolii, si actor se ad restitutionem offert, simul ac liquidatio damnorum facta fuerit.*

SVMMARIA.

Syndici plures in solidum constituti censentur n. 1.
Exceptio spolii omnibus actionibus opponi potest n. 2.
Imprimis si ex præcedente possessorio oritur n. 3.
Litis contestatio euentualis non præiudicat, si exceptio dilatoria liquida opposita n. 4.
In negatoria actione reus probat n. 5.
Syndici de iure canonico coniunctim litigare tenentur n. 6.
Exceptione spolii satisfecit, qui ad restitutionem mora alterius impeditam se offert n. 7.

Auf übergebene Klage, Antwort und erfolgte Gesetze in Sachen Syndicen der commun D. Kl. an einem, und eines hochedlen Raths Fiscalis J. B. S. Bekl. am andern Theil, erkennen zum Mühlhaussischen Stadt-Gerichte verordnete prætor und assessores auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß, weil beyde Syndici der klagenden commun bey dem andern Satz sich unterschrieben, nicht weniger sich erkläret, die Ersetzung des spolii und dieserhalb verursachte Unkosten auf erfolgte liquidation zu bezahlen, Beklagter Einwendens ohngehindert sich auf die Klage einzulassen, und den Krieg Rechtens zu besetzigen schuldig, und weil er solches euentualiter gethan, und der Klage nicht allenthalben geständig, so sind Klägere den Grund ihrer Klage und so viel ihnen daran geleugnet, binnen Ordnungs-Frist zu beweisen schuldig, wogegen Beklagtem sein Gegenbeweis, Eydes-Delation und andere Rechts-Nothdurft vorbehalten werden, ferner darauf zu beschehen, was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) von Seiten der klagenden commun zwey Syndici bestellet, und die Klage nur von einem, nemlich Nicolaus Wolsen, unterschrieben worden, solches auch zureichend seyn möchte, quod singuli syndici censeantur in solidum constituti

CARPZ. *P. I. decis. 26. n. 7. sqq.*
LAVTERBACH *de syndic. th. 55.*

nec quoad hos ulla correctio iuris ciuilis in iure canonico deprehendatur

ZIEGL.

ZIEGL. *ad Lanc. lib. 3. tit. 3. §. 7.*

hiernechst 2) die exceptio spolii nondum restituti allerdings hier statt finden möchte, weil darauf im Zenischen Urthel, wie Kläger nicht in Abrede seyn können, rechtskräftig erkant ist, und daher Beklagter auf das angestellete petitorium sich ehender einzulassen nicht schuldig erachtet werden möchte, als bis die restitutio
2 plenaria geschehen, cum cuicunque actioni motæ hæc exceptio opponi queat, hoc cum effectu, vt actor non prius audiendus sit, quam reus plenarie restitutus

c. 2. et vlt. X. de ordin. cognit.

welches 3) um desto billiger seyn möchte, weil
3 das petitorium aus der vorhin erörterten possessorien-Klage herrühret, und mit derselben connectiret

MEV. *P. 4. decis. 70.*

dahero 4) Beklagtem nicht præiudiciren möchte, daß er euentualiter litem contestiret, zumal allhier eine solche exceptio liquida
4 vorhanden, die alle Litis-Contestation suspendiret, daß nicht ehender auf den Beweis erkant werden kan, als bis diese exceptio zuförderst aus dem Wege geräumet

R. I. de anno 1654. §. 40.

allenfalls 5) es scheinen will, als wenn Klägere die Negatorien-Klage angestellet, in welcher, denen bekanten Rechten nach, nicht dem
5 Kläger, sondern denen Beklagten, die sich eine Befugniß anmassen, der Beweis auferleget werden muß, wenn sie gleich in der Possession geschützet worden.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch dem ersten dubio dadurch, daß beyde Syndici die replic unterschrieben, abgeholfen, sonsten aber sowol Rechtens als nöthig ist, daß iederzeit die beyden Syndici coniunctim alles unterschreiben und handeln müssen, da, was bey vielen procuratoribus die gemeinen Rechte verordnen, auch
6 bey denen Syndicis annehmen und verstanden haben, præsertim cum ius canon. non adeo syndicos et procuratores distinguat, adeoque quod in his constituit, de illis etiam intellexisse intelligitur *Ad L. III. T. IV.*

BÖHMER *tom. I. iur. eccles. tit. de Syndic. §. vlt.*

STRYK *in vs. mod. ad tit. quod vniv. nom. §. 12.*

hiernächst 2) der exceptioni spolii nondum restituti dadurch guten Theils abgeholfen, daß Kläger sich anerbothen, wenn erst Schaden und Unkosten liquidiret seyn werde, die restitution so fort zu thun, dieserwegen es bey dem Beklagten lieget, ein liquidum zu formiren, und, wenn Klägere kürtzlich darüber gehöret sind, alsdann entweder darüber erkennen zu lassen, oder sich sonsten darüber zu vergleichen, 7
welche Billigkeit quoad rat. tertiam auch Bekl. wohl erkant, und fol. 13. b. agnosciret, daß Klägern dieser exception abzuhelfen ein Ernst sey, derowegen er keinen fernern Anstand genommen, litem zu contestiren, und obwol quoad rat. quartam solches nechmahls mit Vorbehalt des Spolii, und dieserhalb verursachten Unkosten, geschehen, dennoch man auch sub eadem reseruatione wohl darauf erkennen, und den Beweis nach den Regeln des Processus reguliren könne, welcher denen Klägern nach Maasgebung der Klage hat aufgeleget werden müssen, allermassen nicht befindlich, daß Klägere die Negatorien-Klage angestellet, und dem Gegner eine gewisse Befugniß in dem Tiefethaler Holtze geleugnet, sondern sich in dem Eigenthum des gedachten Holtzes gegründet, und vorgegeben, daß in ihrem Eigenthum ihnen grosser Eingriff geschehen, welches Eigenthum Bekl. aber ihnen geleugnet, dieserwegen auch Klägere gebethen:

Sie bey dem Eigenthum ihres Holtzes des sogenanten Tiefenthals zu schützen

welches petitum sich allein auf die rei vindicationem schicket, in welcher die Klägere ohnstreitig erweisen müssen.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVLIO MDCCXXXVI.

Tit. V. De negotiis gestis.

DECISIO LXXX. *Ad L. III. T. V.*

THEMATA.

I. Rationes ei, cuius res gestæ, reddendæ, etsi administrator principalem non nouerit.

II. *Nondum expunctæ rationes denuo reddendæ.*

III. *Vtrum expensæ iuramento iustificari possint?*

Ad L. III. T.V.

SVMMARIA.

Rationes videntur redditæ, si administrator ad monita respondit et principalis acquievit n. 1.

Iuramentum calumniæ est iuris communis n. 2.

Negotiorum gestor contemplatione alterius administrare debet n. 3.

Rationes rite redditæ denuò non reddendæ n. 4.

Rationes illis reddendæ, a quibus administratio commissa n. 5.

Pacta aliorum tertio non præiudicant n. 6.

Rationes omnibus, quorum interest, reddendæ n. 7.

Negotiorum gestor tenetur, etsi in persona principalis errauit n. 8. 12.

Administrator ex re obligatur n. 9.

Rationes ante iustificationem non censentur rite redditæ n. 10.

Iuramentum calumniæ generale temere non exigendum n. 11.

Rationes ab omnibus inspiciendæ, quorum res administratæ n. 13.

Administrator tutus est, si directoris solius consensum ad expensas requisiuit n. 14.

Administrator solo iuramento expensa non probat n. 15.

Nisi iureiurando sub auspiciis officii fuerit obstrictus n. 16.

Auf Vorbringen und erfolgte Gesetze in Sachen Anwalds der Calenbergischen und Grubenhagischen Landschafft, Imploranten an einem, und des Contributions-Einnehmers Wetzelii in Lüneburg Imploraten am andern Theil, erkennen Kön. Grosbritannische zur Churfürstl. Braunschw. Lüneb. Cantzley verordnete Director und Räthe auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß Implorat Einwendens ohngehindert die gegen seine Rechnung von Imploranten vorgebrachte monita zu beantworten und zu iustificiren schuldig, und weil er solches laut n. 71. befindlichen protocolli euentualiter gethan, so ist ihm zwar, daß er über die Ausgaben, und was sonsten beym Zuchthause sonderlich vorkommen, der implorantischen Landschafften Consens nicht erfordert, gestalten Sachen und Umständen nach zur Last nicht zu legen, und er in so weit von Imploranten Anspruch zu befreyen, nicht weniger mit producirung der desiderirten assignationen auf die in monitis angezeigeten Posten zu verschonen; er ist aber dennoch zuförderst sein Vorgeben, daß der Landschaffts-Director von S. ihm Vollmacht gegeben, daß er bis auf 10. Thlr. ohne assignation ausgeben mögen, eydlich zu erhalten, nicht weniger die anderen Posten, so 10. Thlr. in der Ausgabe übersteigen, eydlich zu bestärcken schuldig; er thue nun solches oder nicht, so ergehet alsdann in der Sache ferner was Recht ist, und hat übrigens Imploratens n. act. Cancell. 41. wegen des iuramenti calumniæ generalis gethanes Gesuch nicht statt. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob zwar Implorat denen Imploranten wegen der geführten Cellischen Zuchthauß-Bau-Rechnung nochmahls Rechnung abzulegen nicht schuldig zu seyn vermeinet, da er 1) n. act. Cancell. 41. klärlich dargethan, daß schon vormals anno 1713. von Königlicher Regierung von seiner geführten Administration bey dem Zuchthauß-Bau Rechnung von ihm gefordert worden, er auch solche eingeschicket, und als darüber verschiedene monita gemachet worden, er selbige aufgelöset, und von der Zeit an er darüber nicht weiter besprochen worden, also nicht 1 anders meinen können, als daß man an Seiten der Königlichen Regierung dabey acquiesciret; darneben 2) er auch dargethan, daß er mittels cörperlichen Eydes erhärten müssen, daß er alle Rechnungen und Register nebst allen dazu gehörigen Nachrichten getreulich abgeliefert, und weil beydes von Imploranten Anwalden abgeleugnet, Implorat wohl befugt gewesen zu seyn vermeinet, das iuramentum 2 calumniæ generale abzufordern, und da solches iuris communis ist, es das Ansehen gewinnen will, als wenn darüber erkant, übrigens aber Implorat mit fernerer Ablegung der Rechnung verschonet werden müssen, da 3) gewiß ist, daß er bey angefangenen Bau des Cellischen Zuchthauses von der Lüneburgischen Landschafft zum Bau-Verwalter bestellet, beeydiget, salariret, und lediglich von demselben als collegio dirigente dependiret, ja er anfänglich nicht einmal gewust haben will, daß Imploranten mit zu diesem Bau concurriret, und er also ihnen weder ex contractu, zumal er von ihnen nicht zu diesem Amte bestellet worden, noch ex quasi contractu ad rationes reddendas verbunden sey, da er intuitu eorum die Bau-Administration nicht geführet, noch sich 3 ihnen verbinden wollen, so doch in quasi contractu erfordert werden möchte;

l. 6. §. 3. D. de negot. gest. ibi: *non mei contemplatione.* item §. 6. ibi: *contemplatione tui*

Dahero es auch 4) geschehen, daß er in anno 1713. bey der von hochlöblicher Lüneburgischen Landschafft angeordneten Commission über die damahls gemachte monita Rechnung abgeleget, solche iustificiret, und er endlich von derselben quittiret worden, also er niemand weiter mehr Rechnung abzulegen schuldig sey, cum rationes semel redditæ non sint denuo reddendæ

l. 2.

l. 2. C. de apoch. publ.

HEESER *de ration. redd. loc. 15. n. 7. ſqq.*

maxime ſi rationes perfectæ, redditæ et expunctæ

IDEM *cit. l. n. 12.*

welches hier von der Lüneburgiſchen Landſchaft geſchehen, ſie auch zur Abnahme befugt geweſen, allermaſſen 5) die Imploranten der Lüneburgiſchen Landſchafft das Directorium ipſo facto eingeräumet, ihre ratam am Gelde derſelben zugeſchicket, auch niemahls ein condirectorium prætendiret, vielmehr bis Anno 1723. bey der abgelegten Berechnung acquieſciret, es dahero auch rechtens ſeyn möchte, daß die Imploranten dabey ferner acquieſciren müſten, cum illis rationes ſint reddendæ, a quibus adminiſtratio commiſſa eſt,

MEV. *P. 7. deciſ. 177. n. 3. in not.*

hierüber nicht dargethan worden, daß er von mehrern Landſchafften als der Lüneburgiſchen beſtellet und angenommen worden: übrigens obgleich 6) von Königlicher Regierung er nochmahls zu Ablegung der Rechnung an Imploranten beſchliget worden, deren monita ihm communiciret, erſolche beantwortet, und ferner coram commiſſione einiger maſſen iuſtificiret, dennoch ihm diß alles nicht zum præiudiz gereichen könne, dieweil er ſolches cum proteſtatione gethan, auch endlich 7) dadurch erhalten, daß die Sache an ein Juſtiz-Collegium remittiret, und daſelbſt über die quæſtionirte præiudicialem, ob Implorat nochmahls denen Imploranten Rechnung abzulegen ſchuldig ſey? in unterſchiedlichen Sätzen verfahren, und dahero auch hierüber vornemlich und allein zu erkennen ſeyn möchte, bey ſolcher Beſchaffenheit alſo 8) das reſcriptum regiminis von 14. Jan. 1723. und 24. Aug. 1733. ihn nicht binden könne, da das erſte als res inter alios acta anzuſehen, und er darüber nicht vorher gehöret worden, ſondern erſt würcklich nach der Zeit ihm darüber die Audienz verſtattet worden: übrigens wenn 9) nochmals ſeine Rechnung gegen die von Seiten der Imploranten gemachte monita er zu iuſtificiren ſchuldig ſeyn ſolte, alsdann ſein Vorgeben, bey der geſchehenen iuſtification, daß er den conſens von Seiten der Imploranten zu ſuchen nicht ſchuldig geweſen, den Stich nicht halten möchte, angeſehen er ohne Zweifel wohl gewuſt haben wird, daß das Zuchthauß auf Koſten der geſamten Land-Stände gebauet ſey, er alſo bey dem Conſens der Lüneburgiſchen Landſchafft nicht acquieſciren ſollen, an wenigſten aber 10) ſein aſſertum, daß der Herr Landſchafftis-Director von Spörcke ihm Vollmacht ertheilet, auch ohne Aſſignation Poſten unter 10. Thlr. in Ausgabe zu bringen, mit etwas beſcheinigt, noch ſolches ſemiplene erwieſen, daß dahero ſo wenig in dieſem als übrigen Puncten auf dem Eyd erkant werden mögen, zumal 11) die Lüneburgiſche Landſchafft Imploraten quittiret, denen Imploranten nicht opponiret werden mag, cum pactum inter alios initum aliis non præiudicat *Adl. III. T. V.* 6

l. 3. pr. D. de pact.

l. 1. C. res inter alios &c.

ſondern die deſiderirte aſſignationes billig beygebracht werden müſſen, endlich 12) es auch ſcheinen will, als wenn über den modum iuſtificandi rationes noch zur Zeit nicht zu erkennen, da die Partheyen noch nicht darüber verfahren, vielmehr allein über die quæſtionem præiudicialem zu erkennen geweſen ſeyn möchte.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Implorat nicht leugnen mögen, daß er Bau-Verwalter bey dem Bau des Celliſchen Wayſenhauſes geweſen, und die dazu hergeſchoſſene Gelder bis 1713. adminiſtriret, und dahero billig Red und Antwort von der geführten adminiſtration denen geben muß, quorum intereſt, et quorum pecuniam adminiſtravit, dergeſtalt, daß, ob er gleich der Lüneburgiſchen Landſchafft, als von welcher er zum Bau-Verwalter conſtituiret worden, Rechnung abgeleget, und von derſelben iſt quittiret, er doch deswegen ſich nicht entbrechen mag, auch denen übrigen Landſchafften, die zum Bau Gelder hergeſchoſſen, Red und Antwort zu geben, etenim quilibet adminiſtrator illis vel ex contractu vel ex quaſi contractu obligatur, quorum res adminiſtravit, et quorum intereſt 7

l. 5. pr. D. de obl. et act.

MVNNOZ *ab* ESCOBAR. *de ratiocin. adminiſtrat. tom. 1. c. 3. n. 31.*

dabey es denn auf die Wiſſenſchafft und Meinung des adminiſtratoris, wem zum Beſten er die adminiſtration gethan, nicht eben ankomt, ſondern gnug iſt, daß er rem alienam adminiſtriret, adeo vt ſi in perſona erravit, cuius negotia geſta ſunt, tamen teneatur vero domino 8

l. 5. D. negot. geſtor.

l. 29. pr. D. commun. diuid.

dahero ob Implorat gleich vermeinet haben will, daß der Lüneburgiſchen Landſchafft Gelder er allein adminiſtriret, wegen der übrigen Landſchafften aber vorſchützet, daß er anfänglich nicht gewuſt, daß die Imploranten auch dazu contribuiteten, er dennoch dieſen ebenfals in nexu verblieben, da er in rei veritate deren Gelder mit adminiſtriret, et magis hic ex re ſeu ex ipſa adminiſtratione rei alienæ naſcitur obligatio 9

l. 29. pr. commun. diuid.

wiewol Implorat nicht leugnen können wird, daß er nicht ex poſt facto erfahren, daß die

Ad L. III. T. V. Calenbergische Landschaft, Gelder mit dazu hergeschossen, da er in Beantwortung derer monitorum angeführet, daß er nach Hannover geschickt worden, Gelder abzuholen, auch ohne Zweiffel publice bekant seyn müssen, daß dieses publique Gebäude mit aller Landschaften consens und Zubusse erbauet worden; auserdem auch die beygefügten acta klar an dem Tag legen, daß die Königl. Regierung sua autoritate auf Veranlassung der Imploranten, die reuisionem rationum et iustificationem gefordert, dazu commissärien verordnet, und die von denen Imploranten gemachten monita beantworten lassen, welche, vt supremum caput aller Landschaften, solches optimo iure und zwar um destomehr thun können, als bereits im anno 1713. sie die Rechnung gefordert, monita darüber gemachet und solche beantworten lassen, gleichwol die iustification und völlige Abthuung derselben, nebst der Quittung nicht erfolget, dieserwegen Implorat nicht anführen mögen, daß die Rechnung von der Königl. Regierung damahls völlig abgenommen und er quittiret sey, dahero die rationes dubitandi dagegen nichts verfangen wollen, angesehen ad 1) eben itzt angemercket worden, daß in anno 1713. bey der Königl. Regierung die monita nicht untersuchet, noch von Imploraten abgelehnet, sondern deren Untersuchung nachgeblieben, mithin die Rechnung noch nicht völlig von der Königlichen Regierung damahls abgenommen worden, perfecte autem tunc rationes dicuntur redditæ, quando volumina, cautiones, et instrumenta sunt reddita et exhibita: porro data et accepta collata, lecta, cognita atque discussa et tandem reliqua soluta.

HEESER *de ration. redd. loc. 15. n. 13.*

Darneben ad 2) die Auslieferung derer documenten und Berechnungen, so er vermittelst Eydes bestärcken müssen, zwar anzeiget, daß er der Lüneburgischen Landschaft Rechnung abgeleget, welche auch von ihm keine Rechnung fordert, er aber dadurch respectu derer Imploranten so wenig als respectu der Königl. Regierung in dieser administratione publica von seiner Obliegenheit, über die geführte administration ihnen Red und Antwort zu geben, frey wird, und dahero das Anmuthen wegen des abgeforderten iuramenti calumniæ generalis mehr strafbar als gegründet ist, indem aus angeführten Umständen klar ist, daß Implorat der Kön. Regierung in anno 1713. die Rechnung nicht abeleget und iustificiret, also die Imploranten solches wol leugnen können, wegen des abgeforderten Eydes aber Imploranten ohne Zweifel in iusta ignorantia gewesen, weil sie sonsten, solches abzuleugnen, keine Ursache gehabt, da nicht einsten aus dem rescripto von 6. May 1729. an die Lüneburgische Landschaft erhellet, daß solcher Eyd abgenommen, sondern nur die eydliche Bestärckung darin angeordnet ist, und die Imploranten also dessen, was bey der Lüneburgischen Landschaft vorgegangen, unwissend seyn können; übrigens ad 3), daß Implorat von der Lüneburgischen Landschaft als Bauverwalter bestellet worden, ihn, wie im Anfang der rationum decid. gezeiget, respectu der Königlichen Regierung so wenig als den Imploranten von allem nexu hieben loß machet, da es gewiß ist, daß er deren Gelder mit administriret, auch pendente administratione wenigsten solches erfahren, und es hiebey nicht allein darauf ankommt, cuius contemplatione gestit, sed potius, cuius negotia gesta sunt, cum exre ipsi obligatio nascatur, 12

l. 29. pr. comm. diuid.

adeoque etiam negotiorum gestorum tenetur, qui putat pupillum natum esse viuum, cum tamen non sit, et eius contemplatione quasi tutor res administrauit,

l. 1. §. 6. de eo, qui pro tut.

bey solcher Beschaffenheit also ad 4) nichts hindert, daß er der Lüneburgischen Landschaft die Rechnung vormahls abgeleget, als wodurch er nur eine exception gegen dieselbe bekommt, solche aber denen Imploranten, denen er ebenfals Red und Antwort geben muß, nicht opponiret werden kan, zumal wenn gleich ad 5) die Lüneburgische Landschaft das directorium bey dem Bau geführet, dennoch daraus nicht folget, daß dieselbe allein die Rechnung abzunehmen, und die andern Landschaften davon auszuschliessen befugt sind, als welche bey der Abnahme der Rechnung eben so wol als die Lüneburgische Landschaft interessirt sind, adeoque omnibus inspiciendi et examinandi rationes ius competit, quorum res administrata, 13

MEV. *P. 7. decis. 92. n. 5.*

dabey dann, daß solches zehn Jahr darnach erst urgiret worden, in keine consideration zu ziehen, da daraus keine præscription erfolget, also ad 6) ihm die contradiction und protestation bey der neuen reuision nicht zu statten kommen kan, und ad 7) bloß seinen querelen abzuhelffen es geschehen ist, daß man diese Sache an die Justiz-Cantzley remittiret, und die Partheyen über die quæstionem præiudicialem verfahren lassen, und ob wol also darüber zuförderst zu erkennen gewesen, dennoch solche Erkäntniß nicht vollkommen und zulänglich seyn würde, wenn nicht zugleich mit über den modum der Verantwortung über die Rechnung gesprochen worden wäre, zumahl sonsten die decisio quæstionis præiudicialis den Imploraten nicht wenig grauiret haben würde, wenn solche allein ohne die andere Frage: wie gestalten Sachen und Umständen nach denen monitis abzuhelffen? decidiret gewesen, solchergestalt aber ad 8) die angeführten rescripta den Beklagten allerdings mit angehen, als welcher zur iustification der Rechnung gegen die monita ohnedem verbunden zu achten, wenn gleich diese rescripta nicht ergangen. Uebrigens ad 9) bey dem modo der verificirung seiner Rechnung billig zu bedencken, daß Implorat allein von

von der Lüneburgischen Landschaft als Bauverwalter angenommen, beeydet, salariret, und von ihr allein dependiret, solchemnach von ihm nicht gefordert werden mögen, daß er bey denen vornehmsten Ausgaben auch der übrigen Landschaften consens einholen müssen, da eines Theils von denen übrigen Landschaften er
14 nicht einsten Wissenschaft gehabt haben will: andern Theils, wenn er gleich davon einige Nachricht erhalten, doch zugleich mit zu beobachten ist, daß das Directorium die Lüneburgische Landschaft bey dem gantzen Wercke geführet, die anderen Landschaften zu solchem Ende ihre quotam jener zugeschicket, und ihr solches ipso facto eingeräumet, endlich, da sie kein condirectorium iemahls geführet, Implorat auch bloß von der Lüneburgischen Landschaft, wovon er alle ordre und instructiones erhalten, und also allein auf dieselbe sehen müssen, zu denen Ausgaben und allen sonderlichen Fällen bloß der Lüneburgischen Landschaft consens nöthig gehabt, mithin ihm anizo nicht zur Last geleget werden kan, daß er der übrigen Landschaften consens nicht eingeholet, als an welche er nicht mit gewiesen gewesen, und, wenn nunmehr gezweifelt werden will, ob die Lüneburgische Landschaft zu dem directorio genugsam auctorisiret gewesen? er solches zu verantworten nicht schuldig, sondern vor ihn genug ist, daß sie ipso facto das directorium geführet, anbey er seine ordre und instructiones daher billig holen
15 müssen; und ob wol ad 10) sonsten durch den blossen Eyd die verificirung der Ausgaben nicht geschehen mag,

WESEMB. *conf. 243. n. 37.*

dennoch alles, was er ad monita angeführet, absonderlich, daß bey denen Posten, die unter 10 Thl. sind, er keine assignation nöthig haben solle, auf die grösseste Wahrscheinlichkeit ankommt, indem die Lüneburgische Landschaft bey Abnahme der Rechnung solche und andere Posten passiren lassen und ihn quittiret, welches nicht geschehen wäre, wenn nicht der Landschafts-Director von Spörcke ihm solche ordre ertheilet, und das Anführen bey denen anderen Posten, die über 10 Thlr. sind, seine Richtigkeit gehabt, welches alles nunmehr nach so vielen Jahren, und da der Landschafts-Director todt ist, anders schwerlich erwiesen werden kan, auch dabey zu erwegen ist, daß Implorat in Eyd und Pflichten gestanden, bey welchen Umständen 16 pro re nata der Eyd wohl statt finden kan, *Ad L. III. T. V.*

HEESER *de rat. reddit. c. 12. n. 12.*

MASCARD *de prob concl. 975. n. 63. sqq.*

wenigstens ad 11) ein grosses momentum zu des Imploraten Rechtfertigung beyträget, daß er nach der geschehenen iustification von der Lüneburgischen Landschaft völlig liberiret, und also sein Verfahren vor richtig erkant ist, welche Umstände 12) uns dahin vermocht, daß über den modum reddendarum rationum wir zugleich mit erkennen müssen, weil die cognition über der quæstionirten præiudiciali mit dieser in grosser connexion gestanden, und sonsten den Imploraten jener decision allein graviren würde, jene auch nach erstatteten commissarischen Bericht zur decision ausgesetzet ist.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMBR. MDCCXXXIX.

LIB. IV.

Tit. I. De in integrum restitutionibus.

RESPONSVM LXXXI. *Ad L. IV. T. I.*

THEMA.

De limitibus restitutionis in integrum.

Vid. T. III. Resp. CXIV. Them. 3.

DECISIO LXXXII.

THEMA.

Restitutio in integrum contra fatalia facile concedenda.

SVMMA-

Ad L. IV. T. I.

SVMMARIA.

A desertione non excusat ignorantia, si de facta insinuatione citationis constat n. 1.
Morbus non excusat a contumacia, quoties quis per substitutum comparere potuit n. 2.
Restitutio non per eum, qui fatale neglexit, sed qui læsus est, petenda n. 3.
Articuli, qui thema probandum non concernunt, sunt impertinentes n. 4.
In probatione curandum, ne veritas occultetur n. 5.
Fatalia sunt odiosa n. 6.
Contra eorum lapsum facile restitutio concedenda n. 7.
Variæ causæ contra contumaciam n. 8.

Auf beschuldigten Ungehorsam und erfolgtes Verfahren, in Sachen des Cammer-Consulenten und Lehn-Fiscalis W. L. H. Klägern und Producten an einem, und Anwalds, wie auch Curatoren derer Gebrüdere, C. und H. T. von Buttlar zu Willershausen, Beklagten und producenten, am andern Theil, erkennen, von Gottes Gnaden, Wir Ernst August, Herzog zu Sachsen ꝛc. Auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht, daß gestalten Sachen und Umständen nach, der Beklagten Anwalt und Curator gegen den versäumten productions-termin in integrum zu restituiren, und zu dem Ende ein ander terminus zur production der documenten und Zeugen anzuberahmen, iedoch derselbe die dadurch verursachten Unkosten nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung dem Kläger zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Kläger Beklagten Anwalds und curatoris contumaciam accusiret, weil er in anberahmten termino, weder die documenta noch Zeugen produciret, und sich daher offenbar an seinem Beweise versäumet, darneben vermeinen wollen, daß die gebetene restitutio in integrum ihm nicht zu statten kommen können, angesehen 1) nicht wahrscheinlich sey, daß er den Termin nicht gewust haben solte, da er doch gestehet, daß ihm die citation insinuiret
1 sey, und ob er gleich solche nicht erbrochen, sondern unerbrochen, weil solche ausgelöset werden müssen, an die beyden Frauen von Buttlar geschickt haben will, dennoch 2) solches facti und unerwiesen, allenfals er wissen können und müssen, daß ein Termin anberahmet worden, und er sich darnach erkundigen sollen, so dann 3) der angegebene morbus durch das fol. 39. befindliche attestat nicht beygebracht, noch weniger erwiesen sey, daß er zur Zeit des gestandenen Termins noch nicht wieder in dem Stande gewesen, den Termin abzuwarten,
2 allenfals er 4) leicht per substitutum erscheinen oder den terminum abschreiben können, es auch 5) darneben scheinen will, als wenn er sich hinter die Abwesenheit seiner Principalen nicht stecken könne, da deren Beschaffenheit nicht beygebracht, welche ad restituendum erfordert werde, sondern diesen der regreß gegen ihm zustehe; allenfals 6) die restitution bey solchen Umständen nicht von dem Anwald und curatoren der Beklagten, qui fatalia neglexit, sondern von einem andern gesuchet werden müssen, 3

RIVINVS *ad tit. 20. ord. proc. Sax. enunc. 104.*

absonderlich aber 7) an der læsione es alhier ermangele, weil die übergebene articuli vor impertinent zu achten, und das thema probandum nicht betreffen, als welches laut vol. II. fol. 40. dahin gehet, daß Beklagten principalen iedesmahl dem Lehn zu rechtsgebührender Zeit die schuldige Folge geleistet, oder der Lehn-Hof den Lehnsfehler remittiret, worauf doch 4
die articul nicht gerichtet, noch aus denen angeführten Umständen die remission folgen wolle.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey allen Beweiß-Sachen billig zu verhüten, ne veritas occulteatur et probationis copia casibus fortuitis subtrahatur. 5

c. 5. pr. X. vt lite non contest.

Darneben die fatalia nicht zu extendiren, und ob wol der terminus probatorius sein fatale hat, dennoch in demselben die articuli gehörigermassen übergeben worden, die Vollführung des Beweisses aber an kein fatale sonsten gebunden und in dubio dagegen billig zu sprechen, da dergleichen fatalia grosse Unbilligkeit bey sich 6
führen;

GASSER *in posit. ad proc. c. X pos. 4.*

allenfals aber, wenn auch die pœna defertionis hier statt finden solte,

RIVIN. *ad tit. 20. enunc. 52.*

dennoch der iudex in der gebetenen restitutione in integrum facilis seyn muß, iedoch, daß derjenige, qui terminum neglexit, die verursachte Unkosten restituire, cum aduersarius 7
indemnis seruandus,

c. 1. in f. de in integr. restit. in f.

BARBOSA *ad l. 79. n. 192. de iudic.*

welcher hier um desto ehender zuzulassen, als dieselbe hier nur incidenter gesuchet, und dahero auch breui manu, wenn nur einige Wahrscheinlichkeit angeführet ist, geschehen kan, zumahl die dabey vorkommende Umstände den Beklagten hiebey excusiren, und was dagegen ein-

eingewandt, nicht zu regardiren, angesehen ad 1) es gantz wahrscheinlich ist, daß er den terminum nicht gewust haben müsse, weil er die citation nicht erbrochen, sondern unerbrochen an die Frauen von Buttlar geschicket, dabey er sich auf den Amtmann Zegst berufen, und solche zweymal zurück fordern lassen, aber nicht erhalten, weil sich solche nicht finden wollen, welches er endlich zu erhalten sich offeriret, so aber zu Menagirung der Eyde nicht nöthig befunden worden, dazumahl er auch um die Zeit, laut attestati medici, kranck und nicht im Stande gewesen, einigen Termin zu besuchen, und ohngeachtet er ad 2) allen Fleiß, die citation zu erhalten, angewendet, dennoch deren nicht habhaft werden können, und also facto tertii daran verhindert worden, so dann ad 3) der angegebene morbus per attestatum medici in diesem incidente puncto, da es auf purgationem contumaciæ ankommt, zur Gnüge dargethan, beyorab, da der termin den 20. Julii 1741. gestanden, und das attestatum anzeiget, daß er bey nahe bis zum Ende des Julii kranck gewesen, dahero ad 4) weil er den Termin nicht gewust, auch weder per substitutum nicht erscheinen, noch prorogationem suchen können, welchem ad 5) die absentia seiner Principalen hinzutritt, welchen per negligentiam mandatarii et curatoris allenfals nicht præiudiciret werden mag, da der eine necessario abwesend ist, und des andern absentia pro illaudabili nicht zu præsumiren, man auch wohl weiß, was durch den regress gegen jenen vor Weitläuftigkeiten sich ereignen, welche in dergleichen Incidentpuncten billig abzuschneiden, zumahl Klägern dadurch an seinem Recht nichts benommen wird, sondern solches zu prosequiren ihm unbenommen bleibet. Uebrigens ad 6) Beklagter sich nicht bloß in absentia seiner Principalen gründet, sondern die ihm selbst hiebey imputirte contumaciam zu purgiren vornemlich gesuchet, dahero solche selbsten wohl suchen mögen, da er am meisten dabey interessiret ist, zumahl er sonsten davor respondabel seyn müste. Endlich ad 7) was gegen die pertinentz der articul angeführet ist, noch zur Zeit so klar nicht ist, daß solche absolute verwerflich seyn solten, da die Beklagte von Buttlar nach dem art. prob. 16. sqq. nicht wenig vor sich haben, woraus sie remissionem feloniæ euentualiter schliessen können, nachdem ihnen die Versicherung geschehen, daß ihnen kein præiuditz inzwischen zuwachsen solle, sich darneben suo tempore finden wird, ob sie davon nichts gewust haben, daß die Dippacher Zinssen aus dem Lehnbriefe herausgelassen, in dubio dahero die articul zugelassen werden müssen. *Ad L. IV. T. I.*

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAI. MDCCLXII.

DECISIO LXXXIII.

THEMATA.

I. Restitutio contra sententiam non nisi ex nouis admittitur.

II. *Quatenus procurator generalis cedere possit?*

SVMMARIA.

Restitutio in integrum post supplicationem ex nouis concedenda n. 1. 5.

Institor in solutum cedere potest nomen n. 2.

Mandatum generale potestatem soluendi et nouandi comprehendit n. 3.

Retentio etiam in nominibus locum habet n. 4.

Institorem generalis instructio facit n. 6.

Mandatarius simplex sine speciali mandato soluere, aut cedere nequit n. 7.

Ex charta blanca tenor extensi diiudicandus n. 8.

Auf interponirte supplication a reiecta restitutione in integrum in Sachen des Kaufmann B. interuenten an einem, und des Fürstlich Gothaischen Commercien-Raths B. interuenten am andern Theil, erkennen Fürstlich-Braunschweig-Lüneburgische Vice-Cantzler und Räthe nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht: daß die interponirte restitutio in integrum nicht statt finde, und es der eingewendeten supplication ohngehindert bey dem n. act. 58. befindlichen, und den 1 Sept. 1742. ertheilten decreto reiectionis zu lassen. V. R. W.

Ad L. IV. T. I.

Rationes dubitandi.

Obwol Interuent gegen das decretum reiectionis eingewendet, daß 1) das remedium restitutionis in integrum ein denen grauatis
1 zu Gute eingeführtes remedium sey, und post supplicationem statt finde, zumal man in der deductione causalium ein und andere noua angeführet, sodann in der vlteriori iustificatione von unterschiedlichen Kaufleuten aus Hamburg und Lübeck zwey parere ad acta gebracht, welche von der iustitia causæ von Seiten des Interuentens zeugen, zumal 2) Lebrecht Friedrich Blüher, von welchem die cession der Wieckhorstischen Obligation geschehen, des Interuenientens Handels-Factor oder institor, wie Seltmann, gewesen, so aus dem n. act. 17. befindlichen Schneebergischen Protocollo zu ersehen, allenfalls auch derselbe durch den n. act. 57. nochmals specifice deferirten Eyd dessen überführet werden könte, welche Eydes-Delation 3) um destomehr statt finden müsse, als aus der Qualität des cedenten allein zu decidiren sey, ob die geschehene cession vor gültig zu halten? zumal wenn solches richtig, alsdann 4) ausgemachet sey, daß Blüher potestatem cedendi gehabt, weil bekanter massen ein institor die Gewalt habe, Waaren einzukaufen, und auf Credit in die Bortenreutersche Handelung zu nehmen, mithin er
2 auch nothwendig Macht haben müssen, die Bezahlung zu thun, es aber 5) auf eins hinaus komme, ob er die Bezahlung mit baaren Gelde oder aber mit indossirung einer Obligation und Schuld-Verschreibung thue, als welcher modus soluendi unter Kaufleuten gantz gewöhnlich und ohnstreitig eingeführet sey, wie solches die parere mit mehrern darlegten, welche Interuent 6) noch wol ad acta bringen mögen, weil er sich vlteriorem iustificationem n. act. 74. vorbehalten, und solche nicht anders als responsa anzusehen, die auch post conclusionem beygebracht und ad acta gebracht werden können. Hierüber 7) die n. 7. ad acta gebrachte Vollmacht solche potestatem cedendi tacite in Munde führet, als worin die Clausul befindlich:

> Auch alles andere in allen meinen Handels- und andern Verrichtungen thun und verrichten solle, wozu nach denen gemeinen Rechten und sonsten eine besondere Vollmacht von mir erfordert wird

Interuenient auch zu solchem Ende ihn als seinen General-Gevollmächtigten constituiret, und ihm eine generale Vollmacht nach den eigentlichen Worten des mandati ertheilet, welche ohnedem potestatem soluendi et nouandi
3 in sich begreifet

l. 20. in f. de nouat.
l. 12. pr. de solut. l. 87. eod.

und obwol 8) die potestas cedendi eine speciale Vollmacht bey einem procuratore erfordere, dennoch ein anders bey einem institore sey, an dessen Amt ohnedem per se diese Gewalt mit verknüpffet werde, beyorab wenn er 9) die nomina an keine auswärtige, sondern an die Creditores der Handelung, cui præpositus est, cedire, wie hier geschehen, darneben 10) das Schneebergische Protocoll darlege, daß eines Theils Interuenient an Blühern expresse Ordre ertheilet, Gelder außzunehmen, dessen connexum necessarium die Bezahlung sey: andern Theils er auch die Schuld, wovor die cession geschehen, agnosciret, und also dieselbe in rem eius vertiret sey, worauf die Giessenses nicht reflectiret. Endlich Interuent allenfals 11) das ius re- 4
tentionis an der Wieckhorstischen Obligation so lange, bis er befriediget, habe, und solche dahero so wenig zu extradiren, als 12) die Unkosten zu tragen schuldig sey, da er kein temerarius litigator, sondern iustam restitutionem petendi et litigandi causam gehabt, und das Schneebergische Protocoll hierin den Ausschlag geben müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die restitutio in integrum zwar ein remedium iuris ist, welches, wenn post supplicationem das vorige Urthel confirmiret worden, statt findet, iedoch dabey sowol aus denen gemeinen Rechten als aus der dasigen Proceß-Ordnung bekant, daß solche nur alsdann statt finde, wenn noua, so vorher nicht angeführet sind, ad acta gebracht werden können, weil, wenn ex iisdem 5
causis, welche bereits vorhin völlig an- und ausgeführet, die restitution gesuchet wird, dieselbe mutato tantum nomine eine supplicatio supplicationis seyn würde, dahero auch so bald als Interuent in restitutione in integrum die iustification n. act. 57. übergeben, und man darin keine noua wahrgenommen, solche sofort n. 58. abgeschlagen, und als contra decretum reiectionis suppliciret worden, die transmissio actorum super admissibilitate decretiret worden, welche doch wiederum priora recoquiret, und nicht angezeiget werden mögen, daß in der vorhin übergebenen iustificatione ein einziges novum dargethan sey, die bey der supplication nachgehends angehengte parere aber pro nouis fundamentis nicht zu achten, welche mehr als ein rechtliches Gutachten anzusehen, so nicht ad acta ertheilet, auch keine vim decidendi habe, wiewol auch die grauamina selbsten ungegründet sind, angesehen ad 2) petitio principii ist, ob Blü- 6
her als ein Handelungs-Factor vniuersaliter præponiret gewesen, wozu sonsten unter Kaufleuten eine besondere generale Instruction erfordert wird, so hier fehlet, vielmehr die Vollmacht n. act. 7. darleget, daß ihn der Interuenient als Handels-Diener zu Eincaßirung seiner Gelder bevollmächtiget, welches ohne Zweifel auf sein n. act. 22. Schreiben, worin er dergleichen

gleichen Vollmacht verlanget, ertheilet, von ihm aber das erfolgte Blanquet extendiret, und ohne Zweifel antedatiret worden, zumal in dem Schneebergischen Protocollo dessen mit keinem Worte gedacht worden, sondern er damahls eine besondere Vollmacht gehabt, so dann er, wie er den Brief geschrieben, die cession von 5. Februar. 1738. und zwar ohne Vollmacht geschehen, weil er sonsten, wenn er vniuersaliter negotiationi præpositus gewesen, dergleichen Blanquet in literis vom 27. Febr. 1738. nicht verlangen können, in welchen er subdole dazu die geschehene Cession verschwiegen, und wie der gantze Zusammenhang darleget, solches Blanquet nur verlanget, damit er, facta extensione chartæ blancæ, den cessionarium bedecken möge, wie denn das Schneebergische Protocoll ihn zu dergleichen generalen institore, als vorgegeben wird, nicht machet, sondern nur anzeiget, daß er diesem seinem Handels-Diener pro re nata zu gewissen Geschäfften mehrere Gewalt, als sonsten, gegeben, und also dieselbe, mit Endigung der Geschäffte aufgehöret, wenigstens aus dem gedachten Schreiben so viel erhellet, daß er damahls keine Gewalt, als institor gehabt, weil, wenn er generaliter der Handlung præponiret gewesen, er damahls dergleichen Blanquet nicht verlangen würde, so, daß ad 3) die Eydes-Delation, bey dieser Sache Beschaffenheit überflüßig, und aus der cession selbst ersichtlich ist, daß solche nicht von Blühern qua institore, sondern Krafft habender Vollmacht vom 13. May 1735. geschehen, in welcher doch von der cession, quæ speciale desiderat mandatum, kein Wort gedacht, noch der tenor des Blanquets, woraus die extension zu beurtheilen,

CARPZ. *de process. tit. 5. art. 2. n. 7. sq.*

darauf gerichtet, mithin ad 4) alles nach dem mandato sub n. 7. so ihn blos zu einem mandatarium und weiter zu nichts gemachet, in hac causa zu beurtheilen ist, als welches er qua simplex mandatarius verrichtet, und dabey ad 5) alle raisonnemens de potestate eines institoris gantz vergebens und inapplicabel sind, nachdem aus der gedachten Vollmacht selbsten klar ist, in was vor qualität er contrahiret, worauf ad 6) in decidendo mehr als auf die parere zu reflectiren, in welchem nur der tenor extensionis, nicht aber des Blanquets vornemlich zum Grunde geleget worden, *Ad L. IV. T. I.* woraus doch iene zu entscheiden, und darnach ad 7) die clausula generalis subiecta zu beurtheilen ist, allermassen da er nur zum Eincaßiren der Schulden, zum Quittiren, und gerichtlichen Exactionen bestellet gewesen, die clausula generalis auch darauf restringiret werden müssen, anderer gestalt solche contra voluntatem mandantis, ad certam tantum causam restrictam, in die extension eingerücket seyn würde, wie denn auch die Benennung des General-Bevollmächtigen darnach zu verstehen, nicht weniger ad 8) allhier der Unterschied inter simplicem mandatarium et institorem wohl obseruiret, und da er ad 9) vltra limites mandati gehandelt, wenig zu regardiren ist, an wen er die quæstionirte Wieckhorstische Schuld cediret. So dann ad 10) nicht folget, daß, was nach dem Schneebergischen Protocoll der Interuenient damals approbiret, und wozu er in Briefen Ordre ertheilet, auch Blühern durch eine andere Vollmacht, als die sub n. 7. befindlich ist, beordert, auch auf dasienige, was in an. 1738. geschehen, zu extendiren sey, als welches allein aus der n. 7. befindlichen Vollmacht zu beurtheilen, das ius prætensum retentionis aber ad 11) hier nicht statt findet, da er die Wieckhorstische Obligation nicht idoneo et valido titulo erhalten, auch noch in altiori indagine beruhet, ob wegen der im Schneebergischen Protocollo agnoscirten Schuld die cession geschehen sey, da in der cession eines gantz andern liquidi, so Blühern mit Interuenten angeleget, gedacht ist, iener auch solche liquidation und cession, da er noch in Arrest gewesen, gethan, dazu er doch keine Vollmacht gehabt, endlich bey diesen Umständen ad 12) und, da die restitutio unstatthaft und darauf nicht einsten zu erkennen ist, vielmehr nach Abschlagung der restitution das Gießische Urthel Rechtskräfftig worden, auch in puncto expensarum keine Aenderung geschehen mögen.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE,
MENSE APRIL. MDCCXLIII.

RESPONSVM LXXXIV.

THEMA.

Restitutio in integrum contra remedia vindictam spirantia non datur.

Vid. T. IV. Resp. DCCCXLIV. Them. 3.

Bohm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. IV. T. I.

DECISIO LXXXV.

THEMA.

Contra lapsum fatalium restitutio temere non concedenda.

SVMMARIA.

Probatio si deserta, iudex in concedenda restitutione facilis esse debet n. 1.

Contra fatalia in dubio pronunciandum n. 2.

Pro deserta non habetur, si terminus sub pœna præclusi non præfixus n. 3.

Probatio non facile amputanda n. 4.

Probatio lapso termino deserta est n. 5.

Auf interponirte Leuterung und dagegen opponirte exception in Sachen des Obrist-Lieutenants, Grafen von K. auf G. Leuteranten und Beklagten an einem, und H. S. Witwen, itzo deren Ehemanns G. W. ingleichen H. I. P. zu K. Leuteraten und Klägern am andern Theil, erkennen Wir Georg der andere von Gottes Gnaden, König von Grosbritannien ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die gegen das n. 46. befindliche und den 12. Febr. 1743. eröffnete Urthel interponirte Leuterung vor erloschen und desert zu achten, und Leuteraten sich darauf einzulassen nicht schuldig, der Leuterant auch die Transmissions Kosten allein zu tragen gehalten sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol in sententia von 12. Febr. 1743. der dem Beklagten nachgelassene Beweis vor erloschen und desert gehalten, dagegen derselbe Leuterung den 22. Febr. interponiret, und dadurch breui manu restitutionem in integrum contra lapsum termini probatorii zu erlangen gemeinet, wozu auch nicht geringe causales angeführet seyn möchten, da eines Theils der terminus probatorius erst post rem iudicatam des n. 41. befindlichen Urthels zu laufen angefangen, und also der terminus a quo post decendium erst zu setzen sey, quo facto der gantze Verstoß nur in wenig Tagen bestehet, und gegen diesen ein iudex billig facilis ad restitutionem in integrum seyn müsse,

l. 7. pr. De restit. in integr.

besonders da die fatalia keinen grossen fauorem in iure haben, und so viel als möglich gegen dieselbe zu sprechen sey: andern Theils Bekl. Dilation zu Führung seines Beweises gesuchet, welche ihm nicht abgeschlagen, und dahero pro tacite concessa anzunehmen, bevorab da Kläger nicht einmal dagegen contumaciret, sondern sofort ex officio auf die desertion erkant, gleichwol nicht zu befinden, daß der terminus probatorius in dem n. 41. befindlichen Urthel sub pœna præclusionis anberahmet sey, so daß, wenn die Ungehorsams-Beschuldigung vorher eingebracht worden, alsdann erst ein terminus præiudicialis anberahmet gewesen seyn würde, absonderlich cum probationis maximus fauor sit, quæ non amputanda, sed dilatanda est

c. 5. pr. X. vt lite non contest. ibi: *ne veritas occultetur et probationibus copia casibus fortuitis subtrahatur.*

anderer n. act. 48. angeführten Ursachen zu geschweigen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch Bekl. gegen das n. 41. befindliche Urthel, worin der ihm nachgelassene Beweis vor erloschen und desert erkant und den 12. Febr. 1743. eröffnet worden, Leuterung den 22. Febr. interponiret, gleichwol die iustification erst den 23. April 1743. ad acta gebracht, und Klägere an statt der Einlassung, der Leuterung exceptionem desertionis opponiret, zumal in der Hof-Gerichts-Ordnung tit. 38. §. 2. klar versehen

Daß binnen 6. Wochen von Zeit des gesprochenen Urtheils anzurechnen, von dem Leuteranten die prosecutio oder iustificatio mit An- und Ausführung derer grauaminum auch ohne einige vorhergehende citation, und daß alsdann, wenn es nicht geschiehet, ohne reflexion auf solche Leuterung ferner ohngehindert procediret werden möge, angebracht werden solle

nach welcher Verordnung die Leuterung offenbar desert worden, nachdem erst solche nach 10. Wochen iustificiret ist, und obgleich durch dieselbe Bekl. die restitutionem in integrum contra lapsum termini probatorii zu erhalten gesuchet,

gesuchet, dennoch dieser nicht in der Haupt-Sache, sondern wiederum in causa incidente pro impetranda restitutione contra lapsum termini probatorii in der Haupt-Sache gesuchet ist, und als er sich abermal an observirung dieses termini probatorii in puncto incidente versäumet, und auf dessen desertion erkant ist, er gegen das n. 46. befindliche Urthel Leuterung interponiret, und darin abermal restitution, iedoch incidenter, per modum leuterationis gesuchet, mithin dessen fatalia stricte observiren müssen, also auf die grauamina zu sehen unvonnöthen ist; allenfalls wenn die Leuterung nicht desert gewesen, es sich gebühret hätte, daß Leuterant sich sofort zu Führung seines Beweises angeschicket, und solche mit Ad L. IV. T. I. zeführet, damit man daraus die iustitiam restitutionis abnehmen können, so er aber gar nicht gethan, sondern den terminum post restitutionem factam auszusetzen n. 53. gebethen, woraus man nicht anders schliessen kan, als daß er mit lauter incident Puncten die Sache hin zu halten gemeinet sey, darin ihm nicht weiter nachzusehen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE DECEMBR. MDCCXLIII.

DECISIO LXXXVI.

THEMA.

Restitutio reiecta ex noua caussa peti potest.

SVMMARIA.

Restitutio restitutionis non datur n. 1.
Præsertim si noua caussa deest n. 2.
Sententia a collegio excepto lata grauat n. 3.
Restitutio ob nouam caussam denuo concedenda n. 4.
Sententia ad illud punctum dirigenda, super quo litigantes submiserunt n. 5.
Exceptio contra collegium a reo facta ab actore allegari nequit n. 6.

Auf gesuchte restitution in integrum und erfolgtes Verfahren in Sachen seel. L. M. Kinder, Imploranten an einem, und des R. Curatoris D. K. Imploraten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Carl Leopold, Hertzog zu Mecklenburg ꝛc. auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß gestalten Sachen und Umständen nach Imploranten zu der gesuchten restitution in integrum zu admittiren, und Implorat, alles Einwendens ohngehindert, auf die grauamina sich einzulassen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Implorat n. act. 68. gegen die abermal gesuchte restitutionem in integrum eingewandt, daß bereits von dem rechtlichen ausgesprochenen Abschiede sub n. 21. das remedium restitutionis in integrum ergriffen, und über die angeführte grauamina verfahren, auch erkant sey, und also dieses itzo ergriffene remedium in effectu nichts anders als eine restitutio restitutionis in integrum sey, welches so wenig denen gemeinen Rechten nach zugelassen 1

l. 1. et 3. C. si sæp. restit. in integr. pet.

als nach der Hochfürstl. Hof-Gerichts-Ordnung *P. 2. tit. 36. in f.* statt finden könne, als in welcher expresse verordnet, daß, wenn iemand das beneficium restitutionis et nullitatis cumuliret, oder wenn er sich des einem oder beyden zugleich unternommen, demselben zu dem andern zu schreiten oder zu appelliren benommen seyn solle, bevorab da auch allhier keine noua causa anzutreffen, woraus die restitutio gesuchet worden, und obwol bey der inrotulation gegen Helmstädt protestiret worden, gleichwol die acta dahin verschicket gewesen, dennoch dieses nicht allein hinlangen möchte, eine læsionem nouam daraus anzuführen daher auch Implorat auf die grauamina sich einzulassen Bedencken getragen, und n. act. 91. blos über diese quæstionem præiudicialem, ob die restitutio zulässlich, submittiret. 2 3

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch sowol das gemeine Recht als die Hochfürstl. Hof-Gerichts-Ordnung von dem casu, si ex eadem causa restitutio, semel reiecta, petatur, zu verstehen, im Gegentheil bekant ist, quod ex nouo emergente, quod nouo indiget auxilio, concedi debeat, 4

l. 2. C. si sæp. in integr. restit. pet. ibique BRVNNEM. *n. 1.*

an welcher noua causa es hier nicht ermangelt, allermassen ex n. act. 48. zu ersehen, daß die

Ad L. IV. t. I.

acta zwischen Imploranten und Imploraten absonderlich inrotuliret, und also auch zwischen beyden über den punctum præiudicialem, ob die Imploranten mit ad concursum gehöreten oder nicht? ins besondere erkant, und solcher entschieden werden sollen, dabekant, daß, worüber die Partheyen submittiret, und die acta inrotuliret, auch die Erkentniß erfolgen muß, diesemnach, da solches nicht geschehen, denen Imploranten nicht verdacht werden mögen, daß sie ex hac noua causa die restitution gesuchet, bevorab da sie keine geringe Ursache gehabt, warum sie unter die Creditores sich nicht stecken lassen, sondern extra concursum das Ihrige suchen wollen, auch nicht gesaget werden kan, daß in dem Classification-Urthel über diesen Præliminar-Punct dadurch mit erkant sey, daß die Implorantes primo loco gesetzet worden, angesehen solches gegen die Absicht der besonders geschehenen Inrotulation laufet, nach welcher nothwendig in separata sententia die ICti extranei auch den punctum, ob Implorantes mit ihrem Suchen zu hören oder abzuweisen, decidiren müssen, so doch nicht geschehen, in Gegentheil der andere defectus, daß gegen die ICtos Helmstadienses excipiret sey, ihnen nicht zu statten komt, indem aus der n. act. 48. befindlichen inrotulation nicht die Implorantes, sondern der Implorat gegen Helmstädt excipiret, und sie also daraus keinen defectum iurisdictionis herleiten, und daraus die restitution suchen können, gleichwol das andere Haupt-Grauamen nouum dadurch nicht gehoben wird, mithin Implorat billig auf die Haupt-Sache sich einlassen sollen, so er aber nicht gethan, sondern vielmehr über die admissibilität dieses remedii allein disputiret, und darüber Erkentniß gebethen, wir also auch daher nicht weiter gehen können.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MAI. MDCCXXXIII.

DECISIO LXXXVII.

THEMA.

Restitutio ex capite rusticitatis contra contumaciam locum habet.

SVMMARIA.

An appellatio rite introducta censeatur, si grauamina iudici ad quem tantum exhibentur n. 1. 5.
Contumax tandem pro confesso habetur n. 2.
Contra contumaciam non datur restitutio n. 3.
Exceptiones l. c. non annexæ postea vrgeri nequeunt n. 4.
Restitutio ob ætatem senilem n. 6.
Rusticitati venia danda n. 7.
Vbi manifesta iustitia causæ, ibi contra pœnam confessi pronuntiandum n. 8.

Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen des Schulmeisters I. H. S. Appellanten und Beklagten an einem, und A. C. B. Appellatinne und Klägerinne am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Wilhelm Heinrich ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die appellatio in ihren formalien zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an uns erwachsen, der materialien halber aber erscheinet aus denen Acten und derer Partheyen Einbringen so viel, daß zwar in erster Instanz wohl gesprochen, iedoch aus bewegenden Ursachen Appellant gegen die pœnam confessi und conuicti in integrum zu restituiren, anbey aber die dadurch verursachten Unkosten nach deren vorgehenden liquidation und erfolgter unserer Mäßigung zu erstatten schuldig sey, iedoch mit der Verwarnung, daß Appellant denen vorigen iudicatis gemäß auf einem anderweit anzuberahmenden Termino sich auf die erhobene Klage sub pœna confessi und conuicti einzulassen, zu antworten, und litem zu contestiren schuldig, in dessen Verbleibung aber das vol. sub A. fol. 116. befindliche und den 20. Oct. 1736. eröffnete Urthel schlechterdings zu confirmiren und zur execution zu bringen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob zwar 1) denen formalibus opponiret ist, daß, obwol die Rechte zu einer beständigen Appellation erfordern, vt legitimo tempore et modo introducatur, dennoch es an derselben allhier ermangele, auch die vol. sub A. fol. 119. bey

bey dem iudicio primæ instantiæ übergebene, und mit einem Bericht ad iudicem secundæ instantiæ übersandte grauamina loco appellationis introducendæ nicht erachtet werden möchten, da solche nicht bey dem Unterrichter, sondern bey dem Oberrichter von dem Appellanten selbsten eingereichet, und die interpositio nur
2 coram iudice inferiori geschehen muß, und so viel 2) die materialia betrifft, nicht anders als geschehen, de iure erkant werden können, angesehen ihm die litis contestation fol. 38. sub A per sententiam auferleget, solche fol. 52. confirmiret, abermal fol. 75. sub comminatione pœnæ confessi et conuicti wiederholet, und fol. 100. solcher Amts-Bescheid durch ein Fürstlich rescript approbiret worden, und da appellant nun 3) diesen iudicatis kein Gnügen gethan, er billig fol. 116. sub A pro confesso et conuicto gehalten, und condemniret werden müssen, und sein nunmehriges Vorgeben, daß nicht rechtmäßig verfahren sey, den Stich nicht halten will, zumahl die pœna confessi und conuicti ihm fol. 76. durch den Amts-Bescheid auferleget, und er gebührend darauf fol. 79. sub eadem pœna citiret worden, der punctus cautionis auch abgethan, und alles in allem von Hochfürstlicher Regierung approbiret worden, daß die contumacia in recoquenda hac exceptione nicht zu purgiren gewesen, dabey denn 4) die ex capite ætatis senilis et infirmitatis hergenommene excusation und gesuchte restitution in integrum ihm
3 nicht angedeyen möchte, cum hoc beneficio contumaces indigni sint, quippe qui sua culpa condemnati sunt,

l. 16. D. ex quib. cauſ. mai.

und was er 5) wegen des sub hasta erstandenen Hauses und ältern hypothec an demselben anführet, nunmehr ihm wenig helffen möchte, da er solches bey der litis contestation gebührender massen annectiren und suo tempore ausführen sollen, allenfals auch er 6) selbsten nicht
4 in Abrede gewesen, daß er das Haus extra concursum erstanden, und die pœna confessi nunmehro alle quæstion super prioritate hypothecæ aufgehoben, diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urthel schlechterdings zu confirmiren gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) appellant die grauamina bey dem Unterrichter zwar übergeben, und dadurch zugleich die appellation interponiret, dennoch der iudex inferior solche
5 mit einem Bericht an die Hochfürstliche Regierung überschicket, welche solche pro introductione angenommen, und die citation nebst termino zum Verfahren ad partes abgehen lassen, dergestalt, daß bey solcher Beschaffenheit der Sachen es an denen formalibus nicht ermangelt, und so viel ad 2) et 3) die materialia betrifft, es zwar an dem ist, daß de iure stricto nicht anders als geschehen, in sententia a qua erkant werden, und der verlängst aberkante punctus cautionis nicht recouriret werden können, da die litis contestation sub pœna confessi et conuicti ihm rechtskräftig zuerkant ist, dennoch ad 4) man hiebey vornemlich in consideration gezogen, daß appellant ein fast 80 jähriger Mann und denen Kindern nach dem bekandten Sprichwort: senes bis 6
pueri, gleich zu achten ist, welche auch contra culpam et contumaciam in integrum restituiret werden mögen, welchem noch hinzu kommt, daß auf Beschaffenheit des Appellanten als eines rustici zugleich mit zu reflectiren ist, da aus denen Rechten bekant ist, daß die exceptio rusticitatis auch contra ea, quæ culpa commissa sunt, denen grauatis zu statten 7
kommen, und man in deren regard a vigore iuris so viel möglich abzugehen pflege,

l. 6. §. 19. de excuſ. tut. l. 3. de iur. fiſci.
l. 1. in f. de edend. l. 25. §. 1. de probat.
l. 7. §. 4. de iurisd.

MASCARD *de prob. concl. 1288. n. 6. ſq.*

welches auch die Hochfürstliche Regierung ohn Zweiffel in consideration gezogen, und dahero die appellation ohne Bedencken angenommen und die citation erkant, bevorab, da ad 5) sein Vorgeben ratione prioritatis nicht ohne allen Grund zu seyn scheinet, und wenn solches ausgeführet werden könte, es hart seyn würde, den Appellanten aus seinem Eigenthum, darüber er so lange Zeit und mühsam mit seinem debitore, Listen gestritten, wie die beyliegenden acta ausweissen, zu setzen, in welchem Fall so viel mög- 8
lich contra pœnam confessi dem Beklagten zu helffen ist, zumahl sein Ungehorsam genugsam durch die Erstattung der Unkosten gebüsset wird, also die Klägerinne dabey indemnisiret, im Gegentheil Beklagter nunmehr mit desto mehrern Nachdruck das letzte Urthel gegen sich leiden muß, wenn er den vorigen iudicatis in einem anderweit anzuberahmenden Termin nicht Folge leisten und litem contestiren solte, da im Gegentheil dasjenige, was er ad 6) wegen der prærogativ seiner hypothec anführet, wenn er litem contestiren solte, sich finden wird, als bis dahin es auszusetzen.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IANVAR. MDCCXXXVI.

AA L. IV T. I.

DECI-

ad L. IV. T. IV.

Tit. IV. De minoribus XXV annis.

DECISIO LXXXVIII.

THEMA.

Tutores contra proprium contractum in re pupillari initum non restituuntur, vti quidem ipse pupillus.

SVMMARIA.

Restitutio minoribus competit, licet tutor interuenerit n. 1.

Vbi lex ad præterita non pertinet n. 2.

Minor vel contra tutorem agere vel restitutione contra tertium vti potest n. 3.

Tutor contra proprios contractus restitutionem petere nequit n. 4.

Pro litis contestatione non habetur, quod nuda informationis gratia prolatum n. 5.

Transactio valet, licet nulla caussa media fuerit n. 6.

Iure Hassiaco remedium nullitatis intra decendium proponendum n. 7.

Restitutio in re dubia, non autem liquida, effectum suspensiuum habet n. 8.

Als die Herren uns angebrachte Klage und erfolgte Gesetze in Sachen P. M. S. und cons. Klägern an einem, und der K. Witwe Beklagten am andern Theil, zugeschicket.

Daß der Klägere Suchen, wegen der restitution in integrum gegen den geschlossenen gerichtlichen Vergleich nicht statt finde. Würde übrigens der Klägere Curandin, des Friedrich Conrad Meurers Ehefrau, zuforderst die 1000 fl. aus dem Vergleich bezahlen, als wozu sie gestalten Sachen und Umständen nach, zuforderst verbunden ist, und hiernechst die restitution in integrum selbsten gegen den geschlossenen Vergleich suchen, auch die angeführte læsion ordentlich und legaliter beybringen, so ergehet alsdann dieserwegen was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) die Klägere qua curatores den Vergleich ex capite restitutionis in integrum angefochten, und um dessen Verstattung n. act. 5. in ihrer Klage gebeten, bekantens Rechtens aber ist, quod læsus minor etiam restitui possit, etiamsi tutor vel curator interuenerit, 1
adeo vt pupillus per tutorem, minor per curatorem restitutionem petere queat.

DOMINIC. GALESIVS *de restit. in integr. cap. 9. n. 17.*

Dahero auch 2) die Beklagte sich bereits eingelassen, Klägere aber die læsion ziemlich dargethan, anerwogen die angestelte computatio darthut, daß derer Vormündere Curandinne, wenn sie 1000 fl. zahlen solte, fast nichts von der väterlichen Erbschaft bekäme, und noch dazu ihr mütterliches mit einbüssen müste, ausserdem 3) die Ehe-pacta als das Fundament von dem erfolgten Vergleich zu recht nicht beständig, als welche auf kein Stempelpapier geschrieben, so gleichwol damahls, als die Ehe-pacta aufgerichtet, sub pœna nullitatis vorgeschrieben gewesen, und ob gleich solches durch das neue edict geändert, dennoch dieses nicht auf die casus præteritos, sondern allein futuros gehet, endlich was 4) aus der Proceß-Ordnung n. act. 9. angeführet, daß nemlich zuforderst die execution geschehen solle, ehe einer ex capite nullitatis vel restitutionis gehöret werde, nur allein auf casus dubios zu restringiren seyn möchte, qui adhuc altiorem habent indaginem, in liquidis aber wir hier keine application finden. 2

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) die curatores den Vergleich selbst und zwar gerichtlich geschlossen, und wenn sie mit dieser Klage gehöret werden, sie selbsten reuera in integrum restituiret würden, weil sie ihrer Curandinne davor stehen müssen, adeo vt electionem minor habeat, vtrum contra curatores agere, an petere restitutionem contra contrahentem malit, 3

l. f. C. si tut. vel cur. interu.

die Rechte also keinesweges zulassen, daß die curatores selbsten gegen ihr eigen factum die restitution suchen können, und ob wol suo modo die minores per curatores die restitutionem in integrum bitten können, dennoch solches positis terminis habilibus, nicht aber von 4

denen

denen Affairen, die die curatores selbsten geschlossen, und wovor sie hauptsächlich stehen müssen, verstanden werden mag, also auch auf diesen casum nicht zu ziehen, in welchem doch die curatores klagen, und ihren Bevollmächtigten n. 18. legitimiret, vielmehr deren Curandin selbsten klagen muß, so nunmehro um desto leichter geschehen kan, da sie bereits verheyrathet ist, übrigens man 2) nicht sagen kan, daß der Beklagte sich pure eingelassen, als wo wider 5 sie vielmehr protestiret, und was sie circa merita causæ angeführet, nur pro informatione nuda iudicis geschehen, an dem Beweiß auch noch sehr vieles fehlet, als welcher nicht specialius geführet werden muß; bevorab, da auch der Klägerin ihre materna noch nicht beygebracht, und obwol 3) die Ehe-pacta einen grossen Mangel haben, dennoch nunmehr da darüber, und zwar gerichtlich transigiret, solches nicht 6 weiter allegiret werden kan, cum, quod transactionis nomine promissum est, subsistat, licet antea nulla res media fuerit.

l. 65. §. 1. de condict. indeb.

Allenfals aber, wenn 4) der Klägerinne Curandin ex capite nullitatis vel læsionis klagen und sich restituiren lassen will, nöthig ist, daß zuforderst wegen der 1000 fl. aus dem gerichtlichen Vergleich und erfolgten Oberamts-Bescheide Richtigkeit gemachet werde, zumahl nach der Proceß-Ordnung P. I. tit. 7. n. 5. die *Ad L. IV. T. IV.* execution ne quidem in nullitate insanabili suspendiret werden solle, wenn nicht intra de- 7 cendium geklaget, welches hier nicht geschehen, ohngeachtet sub dato Giessen, den 20. Jul. 1731. beyden Theile durch den Fürstlich Hessischen Oberamts-Bescheid n. act. 5. anbefohlen ist, dem gerichtlichen Vergleich in allen nachzukommen; wiederum bey der restitution P. I. tit. 7. §. 6. ebenfals verordnet, daß solche binnen vier Wochen a die publicationis decreti gesuchet werden, sonsten aber dieselbe keinen effectum suspensiuum haben solle, welches fatale hier abermahl nicht obseruiret; und wenn man gleich solches auf casus dubios restringiren wolte,

iuxta *c. 6. X. de restit. in integr.*

dennoch solches denen Klägern nicht zu statten 8 kommen wird, weil die Sache nicht so liquid ist als sie wol vermeinen, sondern noch Beweiß und Gegenbeweiß dabey geführet, und die læsio noch specialius ausfündig gemachet werden muß.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPTEMBR. MDCCXXXIII.

DECISIO LXXXIX.

THEMA.

Restitutio contra subhastationem minori non facile datur, nisi grande damnum immineat.

SVMMARIA.

Rescripta iustitiæ cum causæ cognitione data in rem iudicatam transeunt n. 1.
Restitutio non datur nisi læsio specifice probatur n. 2.
Restitutio ob quamcunque læsionem non concedenda n. 3.
Mater vsque ad diuisionem tutrix liberorum est, in iis locis, vbi communio bonorum viget n. 4.
Nisi ad secunda vota transeat n. 5.
Vel ius Lubecense obtineat n. 8.
Restitutio contra subhastationem publicam difficilius conceditur n. 6.
Mater volens non ipso iure tutrix est n. 7.
Subhastatio rerum minoris immobilium sine tutore dato nulla est n. 9.
Rescripta regulariter vim sententiæ non habent n. 10.

Auf eingewandte Leuterung und erfolgte Gesetze in Sachen G. P. V. Beklagten an einem, und C. M. S. curatoren Klägern am andern Theil, erkennen Königl. Groß-Britannische zur Chur-Fürstlich-Braunschweig-Lüneburgischen Regierung, im Hertzogthum Lauenburg verordnete Geheimde Rath, Landdroste und Regierungs-Räthe, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem am 19. Aug. 1733. eröffneten und n. act. 32. befindlichen Urthel billig verbleibet, iedoch mit dieser Klägerung, daß auf ferneres Anhalten der creditorum und erfolgter liquidation das quæstionirte Haus von neuen ad hastam zu bringen, über jene aber die Klägere, wie billig, genugsam zu hören sind. V. R. W.

Act. IV. I. IV.

Rationes dubitandi.

Es hat die Klägerin n. act. 13. gegen die geschehene subhastation ihres väterlichen Hauses und demselben anklebenden Färberey-Recht restitutionem in integrum ex capite minorennitatis gesuchet, worauf auch nach dem darüber geschehenen Verfahren n. act. 22. erkant worden, und deswegen Beklagter, so das Haus mit dem gedachten Rechte erstanden, davon Leuterung eingewandt. Ob nun wol Beklagter 1) exceptionem rei iudicatæ vorschützet, und sich dabey auf das rescriptum sub n. 8. beziehet, worin der gerichtliche Verkauf ex rationibus insertis, et also causa cognita bestätiget ist, dergleichen rescripta iustitiæ bekanter massen, wenn sie in vim sententiæ denen Partheyen publiciret werden, in rem iudicatam gehen; 2) vornemlich aber es alhier an einer læsion ermangeln will, als welche nicht specifice dargethan, darneben aber offenbar irrig ist, daß die bey dem Hause verknüpfte Färberey keinen Anschlag oder æstimation erleiden können, als welches durch die Erfahrung widerleget, und das pretium davon nach dem, was solche Färbereyen jährlich an Nutzungen insgemein zu tragen pflegen, angeschlagen wird, dergestalt, daß die Klägere billig anzeigen sollen, worin die læsio bestehet, und wie groß dieselbe sey, cum ob minimam et quamcunque læsionem non statim restituantur minores.

l. 24. §. 1. de minor.
l. 12. §. 1. de admin. et peric. tutor.

Wie denn auch 3) die necessitas aeris alieni in Zweiffel nicht gezogen werden mag, da bereits in actis über dreyßig creditores specificiret sind, und kein erhebliches dubium machet, daß man ex actis nicht wahrnehmen könne, daß die creditores auf die Bezahlung ihrer Schulden gedrungen, nachdem eines Theils die acta primæ instantiæ sehr mangelhaft sind, und wie n. 41. angezeiget, viele piecen ermangeln, übrigens aber wohl zu glauben, daß bey dem zerritteten Zustand des S. Vermögens die creditores nicht geschlafen, sondern das ihrige gefordert haben werden, davon bereits so viele Urkunden bey denen actis anzutreffen, welche ja nothwendig per creditores ad acta gegeben seyn müssen, mithin dem Beklagten zum Nachtheil nicht gereichen kan, daß der iudex primæ instantiæ so nachlässig in actis colligendis gewesen, keine richtige registraturen gemachet, und die liquidation der creditorum angeleget, nicht zu gedencken, daß der Klägerin Ehemann Kampe selber die subhastation vrgiret, und deren Nothwendigkeit erkant, wie ad n. 61. act. gezeiget, ändern Theils er selbsten mit Beklagten bey der licitation certiret, und sich beyzumessen hat, daß er nicht überboten. Endlich 4) der defectus tutoris hierbey nicht in consideration gezogen werden möchte, als welcher nicht zu attendiren seyn will, wenn die Mutter noch lebet, und legitima tutrix ist, bevorab an den Orten, wo die Mutter mit ihren Kindern in Gemeinschaftlichkeit der Güther sitzet, und dieselben administriret, als woselbst genug zu seyn scheinet, wenn nur die Mutter ihren Curatorem, der ihr mit consiliis beystehe, hat, an welchem es hier nicht ermangelt, wie denn der magistratus Möllensis attestiret, daß in solchem Fall man denen Kindern keine Vormünder zu bestellen pfleget, und ob zwar 5) der Klägerin Freunde darauf gedrungen und Vormünder vorgeschlagen, dennoch solche sich excusiret, zu der Zeit aber solches geschehen, da die Mutter mit Freyers-Gedancken umgegangen, in welchem Fall der unmündigen Tochter Bevormundung nöthig gewesen. Daher es das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urthel reformiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die meisten angeführten rationes, excepta vltima, hauptsächlich dahin gehen, daß die restitutio in integrum stricte dicta gegen die geschehene subhastation nicht wohl statt finden könne, auch nicht zu leugnen, daß die angeführte momenta, ohngeachtet die ICti Rostochienses solche dazu angeführet, dazu nicht hinlänglich sind, da eines Theils die restitutio in integrum gegen eine auctoritate publica geschehene subhastation difficillime zugelassen wird, tunc videlicet demum, si forsan grande damnum sit minoris,

l. 7. §. 8. l. 9. pr. l. 49. D. de minor.
l. 1. C. si aduers. vendit. pign.
PORTIVS *de subhast. inspect. 57. n. 29. sqq. n. 50. sqq.*

welches grande damnum hier nicht beygebracht, und daraus nicht behauptet worden, daß an Conservirung dergleichen Häuser, wobey die Färberey ist, viel gelegen, als welches bey solcher Schulden-Last nicht geschehen kan, und zum præiuditz derer creditorum denen minoribus keinesweges zu helffen; andern Theils vrgens æs alienum nicht zu leugnen, wie schon in rat. dubit. angeführet, gleichwol der grösseste Mangel dabey sich in ratione penult. et vltima findet, wie schon in rescripto sub n. 16. angeführet, und darüber der Rath zu Möllen constituiret ist, daß er vor die Bevormundung der unmündigen Klägerin nicht ex officio Sorge getragen, da gleichwol ex actis befindlich, daß nach dem protocollo von 21. April. 1729. ad n. act. 22. prim. inst. die Freunde der Klägerinnen verlanget, daß ex officio der unmündigen Klägerinnen Vormünder gesetzet werden möchten, die Mutter auch nach denen Rechten nicht ipso iure tutrix ist, sondern nur alsdann, wenn sie sich dazu vltro offeriret, und nach der reformat. polit. de anno 1577. confirmiren lässet, so aber ebenfals nicht geschehen, welchen auch das Lübeckische Recht lib. 1. tit. 7. art. 12. beytritt, und ohngeachtet der communionis bonorum dennoch verordnet:

Daß

8 Daß eine jegliche Wittfrau nach Absterben ihres Ehemannes binnen einem Viertel Jahr Vormünder vor sich und ihre Kinder erwählen und vor Recht bestätigen lassen solle,

in dessen Verbleibung dem magistratui Möllensi obgelegen, ex officio die Tochter zu bevormunden, bevorab, da die subhastatio ihres väterlichen Hauses vorgenommen, und wegen dringenden Schulden verkauffet werden sollen, wobey nothwendig Vormünder, die ihr interesse dabey beobachtet, gewesen seyn müssen, so doch alles unterlassen, und sehr tumultuarie vom magistratu Mollensi verfahren worden, so, daß die acta selber sehr mangelhaft sind, und der eigentliche Zusammenhang nicht einsten daraus abzunehmen, und ob wol ex hoc defectu nicht einsten eine restitutio von-
9 nöthen, sondern ex capite nullitatis die geschehene subhastation zu cassiren, dennoch auch hierauf, instituta licet imploratione pro facienda restitutione, ex officio mit erkant, und supplitet werden müssen, bevorab, da dieser defectus zugleich dabey angeführet, und damit also cumuliret ist, so denen Rechten nach erlaubet ist; übrigens die in ratione prima angegebene res iudicata sich keineswe-

ges findet, vielmehr durch das erfolgte rescript *Ad L. IV. T. IV.* das erste sub n. 8. wieder aufgehoben, regulariter auch dergleichen rescripta keine Krafft 10 Rechtens haben.

tot. tit. C. commin. epist. programm. vim rei iudic. non hab.

Die übrigen rationes aber bey solchem defectu nunmehr nicht weiter zu attendiren, und da derselbe supplitet und der Klägerinnen curatores bestellet sind, denen obliegen wird, bey dem entstandenen concurs vor das interesse ihrer Curandinnen besorget zu seyn, und gegen die andringenden creditores, und deren liquidation sie zu vertreten, dabey gleichwol die subhastation nicht verhütet werden kan, wenn die ihr angehende Schulden bey der liquidation so groß seyn solten, daß solche nicht anders als durch Verkauffung des Hauses und Färberey bezahlet werden können, wobey dem Beklagten frey bleibet, sein Heil zu versuchen und mit zu licitiren.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MART. MDCCXXXV.

DECISIO XC.

THEMATA.

I. Restitutio in integrum minori contra damnosas venditiones datur.

II. Minor contra minorem, qua heredem maioris, restituitur.

SVMMARIA.

Restitutio sine læsione minoribus non competit n. 1.

Contra æque minores non datur n. 2.

Nec semel reiecta ex eadem causa competit n. 3.

Restitutio sine mora minoribus datur, si negotium per se nociuum est n. 4.

Læsio minorum ex tempore contractus æstimanda n. 5.

Minores contra factum patris maiorennis non restituuntur n. 6.

Minor, qui de damno vitando agit, contra minorem lucrum captantem restituitur n. 7.

Minor contra damnosas venditiones restituitur n. 8.

Emtor, qui fructus percepit, vsuras pretii soluit n. 9.

Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgtes Verfahren in Sachen M. L. B. verwittweten A. und deren Kinder erster Ehe, in actis benannte Vormündere Beklagten und Appellanten an einem, und I. A. R. Klägern und Appellaten am anderen Theile, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, Kö-

nig in Preussen ꝛc. auf eingeholten Rath unsrer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß die appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und die Sache zur gebührenden Rechtfertigung an uns erwachsen, der materialien halben aber erhellet aus denen actis so viel, daß in voriger in-

Ad L. IV. T. IV.

stantz wohl gesprochen, übel appelliret, und daher die sententia a qua zu confirmiren, iedoch mit der Erklärung, daß appellat dem appellanten die landüblichen Zinssen von der, vermöge des Vergleichs von 27 Mart. de anno 1730. auf seinen Antheil erhaltenen Summe Geldes von der Zeit an, da appellat und Kläger das 24te Jahr seines Alters erreichet, zu entrichten schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol appellanten durch das vorige Urtheil darin gravirt zu seyn vermeinet, daß appellat gegen den receß de an. 1730. und den darin verkauften Brau-Vorsitz zur restitutione in integrum gelassen worden, und solche daher
1 vor unzuläßig halten wollen, weil 1) den Rechten nach keine restitutio minoris statt finden kan, wenn nicht læsio vollkommen erwiesen worden,

l. 5. C. de in int. restit. minor.

aus den actis aber nirgend zu befinden sey, daß appellat die læsion, so ihm durch den anno 1730. vollzogenen Verkauf des Brau-Kruges zugewachsen seyn soll, dargethan habe, hiernechst 2) bey diesem Verkauf um so vielweniger ein læsio anzutreffen sey, da selbiger nach Inhalt und Anweisung des Vergleichs de an. 1719. geschlossen worden, als worin unter andern verordnet, daß im Fall der sämtlichen R. Kinder Mutter sich wieder verehligen, und ehe eines ihrer Kinder das 24te Jahr erreichte, versterben würde, derselben hinterlassener Ehe-Mann zwar den Erb-Krug so lange, bis einer das 24te Jahr erlanget, in Genuß und Besitz behalten, solchen aber, so bald einer zu solchem Alter gekommen, demselben einräumen solte; und da nun dieser casus existiret, und der Stief-Vater so wol verstorben, als auch der älteste Sohn Friedrich R. das 24te Jahr erreichet, dem angeführten Vergleich de an. 1719. gemäs gehandelt zu seyn scheine, da der Erb-Krug dem Friedrich R. von den sämtlichen Geschwistern, und deren respective Vormündern käuflich zugeschlagen worden, bey welchem Kauf auch ferner 3) ratione pretii keine læsio zu befinden, indem ihm der Krug vor den in den vorigen ältern Verträgen festgesetzten Preis zugeschlagen sey, nun aber kein billigeres pretium zu præsumiren, als dasjenige, wovor eine Sache bereits von den Vorfahren einigemahl veräussert worden, nachgehends 4) auch hier in Erwegung zu ziehen sey, daß appellanten, gegen welche die restitutio erstattet worden, zum Theil minorennes sind, dahero wenn auch gleich sonst appellat ex capite minorennitatis restitutionem erlangen könte,
2 dennoch selbige in gegenwärtigem casu, da solche gegen æque minores gesuchet wird, bekanten Rechten nach wegfallen würde, cum, si contra æque priuilegiatos restitutio petatur, eadem locum non habeat,

l. 34. l. u. §. 6. D. de minoribus vigint. quinq. ann.

zumal da 5) die restitutio per sententiam iudicis primæ instantiæ dem appellaten bereits einmahl abgeschlagen worden, und daher folgen möchte, daß, da sonst die restitutio, wenn 3
sie bereits einmahl denegiret worden, ex eadem caussa nicht wieder verstattet werden könne,

tot. tit. C. si sæpe restit. in integr. postul.

auch appellanten in gegenwärtigem casu nicht in integrum restituiret werden möchten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) in solchen negotiis minorum, welche offenbahr eine læsionem in sich enthalten, nicht einmahl der Erweiß einer læsion nöthig ist, cum in hisce negotiis, quæ per se nociua sunt, et læsionem manifeste continent, minoribus læsionem allegare sufficiat ad impetrandam restitutio- 4
nem in integrum, 5

l. 7. §. 3. de minor. vigent. quinq. ann.

SCHILTER *in prax. Iur. Rom. ex. IX. n. 22.*

MEVIVS *P. 7. dec. 287.*

und dann der Verkauf des Brau-Kruges, de an. 1730. gegen welchen appellat restitutionem in integrum ex capite minorennitatis gesuchet, von der Beschaffenheit ist, daß die læsio daraus offenbahr hervorleuchtet, immaßen gedachter Krug von der verwitweten R. ihrem jüngsten Sohn ietzigen appellaten in dem 6
Vergleich de an. 1719. dergestalt verschrieben worden, daß, wenn er das 24te Jahr erreichet, und dem Krug selbst vorstehen könte, ihm sodann derselbe ohne einzige Widerrede in seinen Besitz und Genuß eingeräumet werden solte, gleichwol aber diesem zuwider solcher anno 1730. nach der Mutter Tode von den sämtlichen R. und deren Vormündern, unter dem Vorgeben, daß solches ein Erbstück sey, an den ältesten Sohn Friedrich R. verkauft, und appellaten dadurch sein aus gemeldeten Vergleich habendes Recht von seinen Vormündern und Geschwistern vergeben worden, und an statt, daß er nach zurückgelegten 24ten Jahr das Eigenthum des Kruges bekommen sollen, er nur von dem Kauf-pretio 7
partem hereditariam erhalten, und mit seinem Geschwister in gleiche Theile gegangen, bey welchen Umständen also die læsio ex ipso negotio klar und euident ist, daraus aber zugleich ad 2) erhellet, daß der anno 1730. errichtete Verkauf des Kruges, mit Bestand des anno 1719. geschlossenen Vergleichs nicht getroffen werden können, und der dagegen gemachte Zweiffel aus dem context des gedachten Vergleichs leicht gehoben wird, indem die gegen

das

das Ende befindliche Worte, wenn eins von meinen Kindern der Reinecken solche *Maiorennität* erlanget, nach dem bereits anfänglich unter den drey Söhnen und drey Töchtern genau bestimten Erbe-Folge Recht zu verstehen sind, da die Mutter den Erb-Krug zuerst ihrem jüngsten Sohne, wenn er das 24ste Jahr erreichen würde, nach dessen Tode aber dem ältesten und andern Sohne, und wenn sie alle vor den männlichen Jahren absterben würden, sodann den Töchtern verschrieben, hierauf aber, nachdem sie solches vorher zum Fundament gesetzet, bey den übrigen Verordnungen überhaupt gesaget, wenn eins von meinen Kindern, nemlich nach vorgedachter Ordnung, das 24ste Jahr erreichet, hieraus also zugleich erhellet, daß dem jüngsten Sohn itzigen Appellaten das erste Recht an dem Kruge verschrieben worden, mithin da derselbe am Leben geblieben, denen übrigen Geschwistern nicht einmal ein Veräusserungs-Recht zugekommen; ferner ad 3) eben daraus, daß das bey den alten Verträgen von vielen Zeiten her gewöhnliche Kauf-pretium beybehalten worden, ebenfalls eine neue læsio hervorscheinet, indem bekant, daß die Preise der Brau-Güther neuerer Zeiten sehr gestiegen, und die Brau-Gerechtigkeit höher als vordem angeschlagen zu werden pflegt, mithin auch gedachter Brau-Krug, wenn er durch geschickte taxatores, wie es ohnedem Rechtens ist, si res inter minores agitur, taxirt worden seyn würde, derselbe um ein weit höhers hätte ausgebracht werden können, dieses also gleichfalls ein moment abgiebt, daß Appellat in integrum restituiret werden müssen; dem auch ad 4) nichts hindert, daß unter den Appellanten einige minores sind, immassen die restitutio in integrum gegen ihres Vaters Friedrichs Reinecke factum, und also nicht gegen sie als minores, sondern als Erben desselben, welche des Vaters facta præstiren müssen, gesuchet worden, gleichwol aber ihr Vater, wenn er auch gleich an. 1730. selbst noch minorennis gewesen wäre, dennoch, da er den 5. Nov. 1705. gebohren, und den 29. Maji 1735. und also post maiorennitatem et annos restitutionis verstorben, nicht einmal das priuilegium minorennitatis allegiren können, überdem auch ein minor contra minorem in integrum restituiret werden kan, si alter minorum certet de damno vitando, alter vero de lucro captando

L. 34. D. de minor. vig. quinq. ann.

welches sich hier ereignet, da Appellat durch den Verkauf de anno 1730. um sein vermöge des Vergleichs de anno 1719. ihm zustehendes Erb-Folge-Recht gebracht worden, und also iacturam iuris perfecte sibi competentis erlitten, mithin in aperto damno versiret, hingegen Friedrich Reinecke den Erb-Krug unter dem Vorgeben, daß es ein Erb-Stück sey, vor einen geringen Preiß dem Appellaten zum Schaden erhalten, endlich dis ad 5) angeführte Rechte nur alsdann statt finden, si sententia, per quam denegata est restitutio, in rem iudicatam transiit nec per appellationem est suspensa

AA L. IV. T. IV.

l. 1. C. si sæpius rest. in int. postul.

gleichwol aber in gegenwärtigem Fall die sententia primæ instantiæ, worin die restitutio abgeschlagen worden, wegen eingewandter appellation die Rechts-Krafft nicht erreicht; bey solchen Umständen also, da die læsio auf Seiten des Appellaten offenbar vorhanden ist, die gegen den anno 1730. getroffenen Kauf und Verkauf des quæstionirten Brau-Kruges ertheilte restitutio in integrum ihren rechtlichen Grund hat: restitutione enim in integrum minoribus aduersus damnosas venditiones sanctionum præsidio cautum est,

l. 2. C. si aduersus vendit.

und daher die sententia a qua confirmiret werden müssen; im übrigen, da auch Appellanten die von Zeit an, da Appellat das 24. Jahr erreicht, aus dem Brau-Krug gehobene Früchte zu erstatten, den Rechten nach auferleget worden, die Rechte hinwiederum erfordern, daß, weil Appellat indessen einen Theil des Kauf-Pretii, unter dem Schein seiner Erb-Portion, nach Anweisung des Vergleichs de anno 1730. empfangen und genossen, derselbe von Zeit des erreichten 24. Jahr seines Alters Appellanten ausser desselben restitution auch davon die Landüblichen Zinsen dagegen erstatten muß: cum si quis pecunia interim vsus est, in compensationem vsus vsuras restituere debeat;

l. 31. D. de act. emt. et vend.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE NOV. MDCCXXXIX.

Ad L. IV. T. IV.

DECISIO XCI.

THEMATA.

I. Restitutio in integrum minori concurrente læsione in dubio concedenda.

II. *In antichresi an rationes de fructibus reddendæ?*

SVMMARIA.

Post rem iudicatam non amplius de iure partis quærendum n. 1.
Restitutio minoribus non nisi læsis datur n. 2.
Finita antichresi possessor de fructibus tenetur n. 3.
Pignus pignori dari potest n. 4.
Restitutio minoribus in dubio concedenda n. 5.
Creditor antichreticus an ad rationes reddendas obligetur? n. 6.
Antichresis soluto debito, non actione pignoratitia instituta, finitur n. 7.
Minores etiam contra iudicatum restituuntur n. 8.
Responsiones ad rat. dub. n. 9.

Auf gesuchte restitution in integrum in Sachen weyland des M. von C. Erben, Beklagten an einem, und des Herrn Geheimden Raths A. A. von C. Klägern am andern Theil, erkennen Fürstl. Braunschweig-Lüneburgische Vice-Cantzler und Räthe nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die vom Beklagten gesuchte restitutio in integrum vor unbegründet nicht zu halten, sondern die Partheyen zum Verfahren über derselben causales zu verstatten seyn, worauf alsdan ergehet, was Rechtens. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) das n. 296. befindliche Rintelsche Urthel, worin dem Beklagten von anno 1711. Rechnung de fructibus abzulegen imponiret worden, in rem iudicatam ergangen, mithin nunmehro nicht weiter zu untersuchen
1 ist, vtrum recte pronunciatum sit, sed an ita pronunciatum sit, cum rei iudicatæ, quæ ius inter partes facit, simpliciter standum,

l. 207. de R. I. l. pen. D. de re iudic.
l. 65. §. 2. ad SC. Treb.

dagegen also 2) kein remedium suspensiuum
2 statt finden mag, und obwol Beklagte minderjährige sind, welchen die restitutio in integrum auch aduersus rem iudicatam zu statten komt, dennoch dabey gezweifelt werden möchte, ob dieselbe læditet worden, da 3) post finitam antichresin, welche mit der Loskündigung aufzuhören scheinet, die Bekl. kein ius percipiendi reditus decimales mehr gehabt, und
3 dahero wenigstens von anno 1711. bis dahin Kläger die liquidation fallen lassen, die Berechnung der redituum iuris zu seyn scheinet, auch 4) nicht obstiren will, daß nach dem Contract ihren Eltern erlaubet gewesen, solches auf einen tertium zu transferiren, so sie auch gethan, und den viertel Zehenden quæstion. also nicht genossen, weil sie nichts destoweniger nach der Natur dieses negotii zu Ablegung der Rechnung verbunden zu seyn 4
scheinen, et iuris certi sit, etiam sine tali permissione pignus pignori dari posse, wodurch sie aber von der Reluitions-Klage nicht befreyet bleiben, wie schon 5) die ICti Rintelenses erkant, und diesen Punct zugleich mit Rechtskräfftig aberkant, auch dabey 6) was von einem vermeinten Wiederkauf angeführet worden, in actis schon vielfältig vorgekommen, und den Stich nicht halten will, da vielmehr ein contractus verus antichreticus allhier vorhanden, diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn die gesuchte restitutio in integrum zur fernern Ausführung nicht zu verstatten.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) allhier blos super reiectione vel admissione petitæ restitutionis in integrum zu erkennen, und noch zur Zeit über die causales selbsten nicht zu sprechen, also allhier gnug ist, wenn dieselbe nicht ohne allen Grund sind, cum in dubio audiendus 5
sit, qui restitutionem in integrum petit, si grauis læsio adsit, quæ in oculos incurrat, quia tunc æquitas postulat, vt læso succurratur

l. 7. pr. de in integr. restit.

welche læsio 2) sich vornemlich in sententia Rintelensi hervorthut, in dessen rationibus man iedoch selbsten angenommen und erkant, grauiter errare eos, qui creditorem antichre- 6
ticum ad rationes reddendas vocant.

MEV. *in discuss. leuam. inop. debit. c. 4. n. 23.*

dabey

dabey aber 3) einen Abfall gemachet, wenn die Antichresis geendiget ist, welches Ende man in der Reluitions-Klage gesetzet, da doch sol-
7 ches vielmehr in facta restitutione nummorum zu setzen ist, cum soluto demum debito pignus restituendum sit,

l. 9. D. de pignor. act.

welche aber erst 4) laut n. 319. in anno 1735. geschehen, mithin so lange die antichresis bey Kräfften bleibet, auch nicht wohl die Berechnung der redituum decimalium gefordert werden mag, aus welchen wenigstens die læsio vor itzo sehr wahrscheinlich sich hervor thut, daß der Bekl. Gesuch nicht schlechterdings abzuschlagen, bevorab da sie 5) minorennes sind,
8 quibus etiam contra rem iudicatam succurritur

t. t. C. si adu. rem iudic.

wie dann auch 6) nicht schlechterdings hindan zu setzen, daß sie die Nutzungen von dem viertel Zehenden nicht selbst genossen, da wenigstens daraus erhellet, daß sie selbsten kein ungebührliches lucrum erheben, und ihnen auch vi contractus frey gestanden, solchen wiederkäuflich auf andere zu transferiren, dergestalt, daß, wenn sie die geforderte Rechnung ablegen solten, sie nicht allein ihr Geld verliehren, sondern noch ein grosses heraus geben müssen, welches pro graui damno zu halten, und es noch dahin stehet, ob sie sich dieserwegen gegen den- *Ad l. IV. T. IV.*
jenigen, welchen sie diesen quæstionirten viertel Zehenden verkaufet, erholen können, wodurch denn die rationes dubit. von selbst entkräf- 9
tet werden, da ad 1) eben gegen die rem iudicatam die restitutio gesuchet wird, quæ in iure minoribus conceditur, ad 2) die læsio auch dargethan, sodann ad 3) irrig angegeben ist, als ob antichresis durch die angestellete Reluitions-Klage bereits von anno 1711. ja lange vorher geendiget sey, da Klägern vielmehr obgelegen, das Geld sofort zu zahlen, und diesen Proceß in diesem Punct auf solche Weise zu præcauiren, hierüber ad 4) nicht gäntzlich hindan zu setzen, daß sie keinen ungebührlichen lucrum selbsten erhoben, welches auch ad 5) ebenfalls als ein grauamen anzusehen, und contra sententiam Rintelensem auszuführen, endlich ad 6) zwar nicht geleugnet werden mag, daß allhier ein blosser contractus antichreticus ist, aber auch bey demselben, remissa rationum redditione, nicht schlechterdings die Berechnung und liquidation gefordert werden mag, wie die Rintelenses selbsten in ihren rationibus agnosciret,

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MART. MDCCXXXVIII.

DECISIO XCII.

THEMATA.

I. Restitutio minoris contra lapsum fatalium prodest maiorenni socio.

II. *Cessante dilapidatione cessat cautio.*

SVMMARIA.

A contumacia iustum impedimentum excusat n. 1.

Restitutio in integrum maioribus in causa indiuidua prodest n. 2.

Veluti contra fatalia neglecta n. 6.

Lis pro reassumta habetur, si quis sub comminatione debita ad reassumtionem citatus, nil egit n. 3.

Reus pendente lite ob metum dilapidationis cauere debet n. 4.

Impedimentum pro iusto non habendum, quod facile remoueri potuisset n. 5.

Reassumtio lite neglecta contumaciam non importat, quoties non omnes cohæredes hunc in finem citati n. 6.

Sequestratio regulariter locum non habet n. 7.

Sequestratio a parte actoris ius admodum probabile, a parte rei metum dilapidationis requirit n. 8.

Stupidus vel stultus curatore non indiget n. 9.

Als derselbe uns Ungehorsams-Beschuldigung, ferneres Vorbringen, erfolgte Gesetze in Sachen C. A. B. und consl. Kl. an einem, und G. A. P. und cons. Bekl. am andern Theil in dem zurück kommenden vol. &c.

Daß Beklagte zwar an dem Gegenbeweise sich versäumet, doch gestalten Sachen und Umständen nach dagegen in integrum zu restituiren, und mit derselben noch binnen anderweitiger Sächsischen Frist, und zwar bey Verlust des gedachten beneficii, zu hören seyn

Ad L. IV. T. IV.

seyn, iedoch die deswegen verursachten Unkosten, præuia liquidatione et moderatione iudiciali, zu erstatten schuldig. Uebrigens hat die fol. 197. b. in f. geschehene Ungehorsams-Beschuldigung so wenig als das fol. 200. b. gethanes Suchen, und zwar dieses letztere noch zur Zeit nicht statt, sondern es haben die Stiedischen Kinder und Erben nunmehro litem zur Nothdurfft reassumiret. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Bekl. daß sie sich an Gegenbeweise nicht versäumet, vermeinen wollen, weil ihr Aduocat nicht nur eine geraume Zeit kranck gelegen, sondern endlich gar darüber verstorben, der doch die nöthigen documenta bey sich gehabt, ohne welche sie den Gegenbeweis nicht führen können, und weil er verschiedener Mitbeklagten Curator gewesen, diese auf eine neue
1 legitimation zuförderst bedacht seyn müssen, welche sie dennoch nicht sofort anschaffen mögen, derowegen bey solchem iusto impedimento keine Ungehorsams-Beschuldigung statt finden möchte, allenfalls aber wenn gleich sie sich dagan versäumet haben solten, und die Stiedischen Kinder ex capite minorennitatis, gestalt deren qualitas minorennis f. 108. b. aus dem attestato marginali zu ersehen, dagegen in integrum restituiret werden könten, dennoch dieses denen maiorennibus nicht zu statten zu kommen scheinet, weil das obiectum des Gegenbeweises rem diuiduam, nemlich die Erbschafft, betrifft, worauf primario zu sehen,

RIVIN. *tit. 20. enunc. 98. p. 830.*

quoties autem causa diuidua maiorennes et minorennes simul concernit, in qua læsio
2 contigit, toties horum restitutio ex capite ætatis illis minime prodest

l. 4. §. 4. si seru. vind. l. 29. §. 1. de minor.

übrigens da die Stiedischen Kinder ad litem reassumendam gebührend, und zwar sub pœna reassumtæ litis citiret worden, dennoch aber
3 sie solche intra terminum præfixum nicht verrichtet, es das Ansehen gewinnen wollen, als wenn die Ungehorsams-Beschuldigung statt finden, und lis nunmehro pro reassumta, refusis expensis, gehalten werden müste. Darneben nicht ohne Grund zu seyn scheinet, was fol. 200. wegen der gebethenen Sequestration derjenigen Antheile der elterlichen Erbschafft, so Klägere prætendiren, angeführet ist, indem zu besorgen, daß ein und andere von den Beklagten mit der Zeit, bevorab da sie den Proceß traniiren, nicht soluendo bleiben, und ratione fructuum perceptorum et percipiendorum Klägere am Ende das Nachsehen haben müssen, gestalt denn aus dem attestato fol. 238. zu ersehen, daß Bekl. nichts eigenthümliches vor sich, ausser was sie aus der Verloosung der elterlichen Verlassenschafft erhalten möchten, besitzen, absonderlich aber der Bruder, so in dem P. Hause sitzet, sonder Verstand, und sehr verwirret sich befindet, die onera nicht abgetragen werden, und daß diese 4
verworrene Haushaltung nicht wohl ausschlagen werde, zu befürchten sey, wenigstens daß Bekl. ratione der Klägere Erbtheile iuffficiente caution nunmehro, rebus sic stantibus, bestellen müssen, es scheinen will, cum etiam lite pendente reus ad cautionem teneatur, si iustus dilapidationis metus probari poteſt

MEV. *P. 1. dec. 177. et P. 3. dec. 75.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die desertio reprobationis aus denen actis klar erhellet, und wenn gleich das angeführte impedimentum wahr seyn solte, dennoch solches pro iusto nicht zu achten, da denen Bekl. ein leichtes gewesen, vlteriorem dilationem per alium aduocatum, quorum copia non defuit, zu suchen, bevorab ihr verstorbener Aduocat bereits vorher einmal solche gesuchet, die Bekl. nach dessen Tode billig vigiliren, und durch einen andern das nöthige besorgen lassen müssen; inzwischen doch laut fol. 208. b. minores unter denen Beklagten anzutreffen, welchen allerdings die gebethene restitutio in integrum contra lapsum termini reprobatorii zu statten kommen, und weil hier causa indiuidua vorhanden, diese restitutio auch denen maiorennibus mit angedeyhen muß, angesehen obwol die elterliche Erbschafft diuidua ist, dennoch allhier die restitutio nicht gegen den Verlust derselben, als welche daraus noch nicht folget, sondern contra 6
lapsum termini reprobatorii geschiehet, fatalia autem ius indiuiduum in se continere, palam est

RIVIN. *in en. iur. tit. 20. enunc. 98. p. 831.*

CARPZ. *P. I. c. 16. def. 17.*

darneben diese Sache den völligen Ausschlag durch die Fürstl. Schwartzburgische *Proceß*-Ordnung *P. II. tit. 12. §. 9.* davon extractus fol. 242. befindlich, überkommet, iedoch solches iederzeit nicht anders, als sub conditione refundendarum expensarum verstanden werden muß, weil die Bekl. dieserwegen den Klägern einige Unkosten verursachet. Uebrigens die Kläger zwar die Stiedischen Kinder nach den Tod ihrer Mutter ad litem reassumendam citiren lassen, gleichwol solches nicht gnug gewesen, da sie nicht allein ihrer Mutter succediret, sondern ihr Vater mit, als heres mobiliaris vxoris, citiret werden müssen, und bey solchem Mangel der citation keine contumaciæ accusatio statt gefunden, dahero nicht sowol in contumaciam, als auf die nunmehr vltro richtig geschehene Litis-Reassumtion zu erkennen gewesen. Endlich bedencklich gefallen, auf die gebethene sequestration oder euentualiter auf die geforderte caution zu erkennen, da Bekl. in possessione sind, sie testamentum matris vor sich haben, und die causa successionis selbst, in Ermangelung einer

ner definitiæ, noch illiquida, die sequestratio aber regulariter verbothen ist

l. un. C. de prohib. sequest.

welche ohnedem von Seiten des Klägers ein ius admodum probabile et liquidum, von
8 Seiten der Bekl. aber metum dilapidationis demonstratum erfordert, so beydes hier manquiret, und das angeführte attestatum noch zur Zeit darzu nicht zureichen will, angesehen doch zum wenigsten denen Beklagten ihr Antheil an der elterlichen Verlassenschafft nicht gestritten wird, auch nicht folget, daß, weil die onera nicht richtig abgetragen werden, die Beklagten die Güther dilapidiren, und was von dem Besitzer des Hauses angegeben worden, nur anzeiget, daß er in sensu iuridico *Ad L. IV. T. IV.*
vel stupidus vel stultus sey, der dennoch des- 9
wegen keinen curatorem bedarff, oder ein solcher ist, dem die administratio entzogen werden müste, dahero auch die Bekl. eben so wenig ad cautionem præstandam verbunden sind, quod pariter secundum iuris regulas rei non caueant.

So sind wir geschehener massen zu erkennrn bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE DECEMB. MDCCXLV.

DECISIO XCIII.

THEMATA.

I. *De ædificatione molendini.*

II. Restitutio ciuitatum non est ciuilis, sed prætoria.

III. *Impensæ vtiles in pignore antichretico aliquando secundum pretium conuentum restituendæ.*

SVMMARIA.

Canon sub conditione promissus, ea cessante, non debetur n. 1.

Tractatus quinam dicantur? n. 2.

Negotiorum gestori impensæ refundendæ n. 3.

Bonæ fidei possessor contrahens dici nequit ratione impensarum in contractu non definitarum n. 4.

Pro casu fortuito haberi nequit euentus, qui facile præuideri potuit n. 5.

Restitutio ciuitatum non est prætoria n. 6.

Resolutiones an habeant vim iudicati? n. 7.

Conditio pro impleta habetur, si per eum, qui illam adiecit, stat, quo minus impleatur n. 8.

Responsiones ad rat. dub. n. 9.

Negotia aliena sui lucri caussa qui gessit, suum negotium gessisse censetur n. 10.

Creditori pignoratitio meliorationes refundendæ n. 11.

Impensæ vtiles secundum pretium conuentum refundendæ, si reditus rei vsuras illius excedunt n. 12.

Pignoratitius contractus est bonæ fidei n. 13.

Casus pacto suscepti ad non cogitatos haud trahuntur n. 14.

Ciuitates restitutione vtuntur intra quadriennium n. 15.

Æque ac ecclesiæ n. 16.

Auf interponirte appellation, deren adhæsion und erfolgtes Verfahren in Sachen des seligen Camerarii F. St. Fr. Witwe Klägerin an einem, und derer verordneten Achtmänner Bekl. am andern Theil, erkennen Bürgermeister und Rath der Stadt Stralsund auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts Gelehrten vor Recht:

Daß die von Seiten der Klägerin interponirte Appellation in formalibus zu Recht beständig, und die Sache zu dero Rechtfertigung anhero erwachsen, hergegen die adhæsion von Seiten der Bekl. vor desert, die gesuchte restitutio in integrum aber vor unstatthafft zu achten,

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

und erscheinet übrigens der materialien halber aus denen acten so viel, daß wegen des andern grauaminis und dessen 5ten und 7ten Puncts übel gesprochen und wohl appelliret, dannenhero die sententia a qua dahin zu reformiren, daß bey dem 5ten Punct Bekl. der Klägerin die meliorationes des Ausrodens im Oberteich nach dessen itzigen Ertrag, wenn solcher geringer, als die Zinsen von denen liquidirten Unkosten sich befinden solte, sonsten aber nach dem angesetzten quanto der 566. Thlr. wenn solches zuförderst gebührend ad liquidum gebracht, nicht weniger bey dem siebenten Punct die liquidirten

Ad L. IV. T. IV.

quidirten Zinsen gestalten Sachen und Umständen nach zu bezahlen schuldig. Der übrigen grauaminum wegen ist wohl gesprochen und übel appelliret, dannenhero es bey dem f. 316. befindlichen und den 5ten Decembr. 1734. eröffneten Urthel billig zu lassen, es könte und wolte dann Klägerin ihr fol. 204. b. befindliches und nachher wiederholtes Vorgeben, daß es nicht möglich gewesen, an dem Ort, wo die Kupfer-Mühle gestanden, eine Mühle, so mit der andern Mühle, so er würcklich aufgebauet, durch einen Wasser-Lauf betrieben werden könte, wieder aufzubauen, solches auch von dem Commendanten oder sonsten nicht permittiret werden wollen, binnen 4. Wochen, Bekl. Gegenbeweis, Eydes-Delation, und andere Rechts-Wohlthaten vorbehältlich, erweisen, dessen genösse sie billig, und ergehet darauf ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger bey dem ersten grauam. anführet, daß 1) Bekl. den ihm in dem Pfand-Contract zur Aufbauung der Mühle verschriebenen Platz zu euinciren verbunden, und also da der verschriebene Platz ihm nicht gewähret werden mögen, nothwendig ein anderer eingeräumet werden müssen, welches eben der Platz, wo die itzige Mühle stehet, gewesen, so ihm von dem Herrn Commendanten von Flöck eingeräumet worden, denen Bekl. auch gleich gelten könte, an was Ort die Mühle wieder aufgebauet sey, dergestalt, daß der Pfand-Contract nunmehro auf diese Mühle zu ziehen sey, und ob er wohl 2) vormahls vor Erbauung dieser Mühle, und solche iure emphyteutico erblich zu besitzen, jährlich einen canonem von 100. Fl. versprochen, iedennoch solches blos damals geschehen sey, als er diese zweyte Mühle nebst der ersten, so er iure antichretico zu nutzen gehabt, zu bauen resoluiret gewesen, und deswegen sich zu dem canone zwar erbothen, iedoch 3) dieses negotium in nudis tractatuum finibus bestecken geblieben und niemals zum Stande gekommen, dahero er auch fol. 204. bereits vormahls solches opponiret, und angeführet, daß er den canonem emphyteuticum nur auf den Fall, wenn er die zweyte Mühle aufzubauen befugt seyn solte, zu geben, und dieselbe erblich in emphyteusin zu nehmen schuldig seyn wolte, so aber nicht erfolget, indem er nicht mehr als die eine Mühle gehabt, welche an statt der abgebrochenen ersten Mühle, die man ihm gewähren müssen, getreten, wie man ihm dann 4) laut fol. 116. versprochen, daß, wenn er die erste Mühle wieder wegnehmen, und der Ort ihm gantz inutil gemachet werden solte, alsdann ein ander Ort ohne weitern Entgeld ihm eingeräumet werden solte, welches ad decisionem cauſæ den Ausschlag zu geben scheinet, da Kläger fest dabey bleibet, daß ihm der Platz, wo die erste Mühle gestanden, nicht in dem statu, daß er eine Mühle dahin bauen können, bis zu Endigung des Pfand-Contracts geliefert werden mögen, dahero ohne Zweifel 5) erfolget, daß Kläger den Erbeninß-Contract nicht unterschrieben, ob er gleich in actis bereits entworfen gewesen, vielmehr alles noch in Tractaten geblieben, da noch vieles auszumachen übrig gewesen, actus enim censetur imperfectus, quando ad perficiendum aliquid superest 2

l. 11. C. de his, quib. vt indign.

bevorab da 6) die ad acta gebrachte attestata darthun, daß es nicht möglich gewesen, an dem Ort eine neue Mühle, so mit einem Wasser-Lauf, nebst der itzo stehenden Mühle betrieben werden könte, aufzubauen, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn wegen dieses grauaminis das vorige Urthel schlechterdings geändert, und dem zufolge ad grau. secundum auf die Bezahlung der n. 2. liquidirten Unkosten nach dem Pfand-Contract erkant werden müssen, wie denn auch 7) die n. 6. wegen Aufräumung der Graben aufgeführte 260. Thlr. ihren Grund zu haben scheinen, da ohne Aufräumung derselben die Mühle kein Wasser gehabt haben könte, und er nur vermöge des Contracts ad certam distantiam solche auf seine Unkosten auszuräumen schuldig gewesen, ihm aber §. 5. contractus dabey versprochen worden, daß ihm der verschriebene Wasser-Lauf keinesweges behindert werden solte. Und so viel 8) das grau. III. betrifft, Kläger vermeinen will, daß er zu der Heiste des Brücken-Baues nicht condemniret werden können, zumal er dabey negotia ciuitatis geriret, und dahero wegen der dabey gemachten Unkosten billig indemnisiret werden müssen; hoc enim æquitas naturalis iubet, vt, qui negotia alterius vtiliter gessit, ad refundendas expensas agere queat, 3

l. 2. D. negot. gest.

niemand aber leugnen wird, daß die cura viarum publicarum, und deren reparation dem magistratui obliege, darneben in confesso ist, daß über die quæstionirte Brücke die ordentliche, öffentliche Strasse hergehe, und alle Fracht und andere Wagen, so diese Strasse von Hamburg und andern Orten passiren, über dieselbe fahren müssen, so viel hergegen 9) die in n. 5. designirte Ausrodungs-Kosten betrifft, will es das Ansehen gewinnen, als wenn der Klägerin intention darbey nicht gegründet sey, 4 angesehen derselben in dem Contract keine Meldung geschehen, und sie solche aus demselben nicht fordern kan, und was dieselbe von einem b. f. possessore anführet, auf sich nicht appliciren möchte, da ihr Mann stricte an dem Contract verbunden, und eigentlich weder b. f. noch m. f. possessor gewesen, Bekl. auch vermeinen wollen, daß der Stadt wegen des Viehes kein Nutzen geschaffet worden, noch weniger aber 10) die Klägerin berechtiget seyn möchte, die n. 7. liquidirte 3jährige Zinsen wegen

gen des nicht genossenen Capitals zu geniessen, bevorab da ihr Mann §. 8. des Pfand-Contractus alle casus fortuitos übernommen, und keine davon ausgeschlossen, hierüber 5) der Klägerin Mann imminente bello contrahiret, und dergleichen fatalität, wie bey der aufgebaueten Mühle erfolget, wohl man vorher sehen können, daß es also das Ansehen gewinnen will, als wenn wegen dieser beyden Puncta es lediglich bey dem vorigen Urthel gelassen werden müssen. Uebrigens obwol 10) dem Bekl. wegen der geschehenen adhæsion exceptio desertionis opponiret ist, solche doch nicht statt finden möchte, nachdem die Stadt, cuius nomine agitur, das beneficium restitutionis in integrum gesuchet, dabey auch der lapsus quadriennii um destoweniger zu regardiren seyn möchte, als diese restitutionis species in 6 constitutionibus principum ihren Grund hat

l. 3. C. de iur. reip.

und dahero einiger Rechts-Lehrer Meinung nach pro perpetua geachtet werden muß

STRYK *in vs. mod. it. de min.* §. 17.

bevorab da die Bekl. einige læsion und also causam restitutionis vor sich haben, und solche daraus zuziehen seyn möchte, daß ihnen die bishero nicht gezahlte Erben-Zinsen aberkant, und nur erst von anno 1729. zuerkant sind, da doch in dem Urthel fest gesetzet, daß die Klägerin die Mühle iure emphyteutico zu behalten, und künftig hin den canonem zu bezahlen schuldig seyn solte, also auch solches in præteritum ihnen angedeyhen sollen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch bey dem ersten grauam. aus denen acten fol. 202. b. sq zu ersehen, wie der Klägerin Ehemann eingestanden, daß er coram illustr. regimine wegen dieses Orts, allwo er die in Besitz noch habende Mühle hingebauet, sich dahin mit Bekl. verglichen, daß er gegen verstattete Freyheit, daselbst eine zweyte Mühle hinzubauen, welche mit der iure antichretico verstatteten Kupfer-Mühle durch einen Wasser-Lauf könte getrieben werden, davon jährlich einen canonem von 100. Fl. erlegen wolte, dahero er auch fol. 101. b. zu dessen Erlegung per decretum senatus condemniret worden, welches zwar vim rei iudicatæ, wie Bekl. vermeinen wollen, nicht haben kan, sondern als eine blosse resolution, welche auf 7 die eingezogene relation derer Mühlen-Inspectorum allein ertheilet ist, anzusehen;

t. t. commin. epist. programm. vim rei iudic. non habere

gleichwol darin die causa angeführet worden, daß der Klägerin Ehemann, wo die vorige Kupfer-Mühle gestanden, dem Pfand-Contract gemäß eine andere Mühle bauen könne, und dahero es blos an ihm gelegen, daß er solche sei-

nem Contract gemäß nicht erbauet, habetur *Ad L. IV.* enim conditio contractus pro impleta, si per *T. IV.* eum, qui illam adiecit, stetit, quo minus 8 impleretur

l. 161. D. de R. I.

l. 85. §. 7. de V. obl.

dergestalt es billig gehalten werden muß, als wenn er solche würcklich erbauet und genutzet, mithin die itzo im Besitz habende Mühle vor die andere Mühle, wovor er den canonem zu geben versprochen, billig gehalten werden muß, auf deren reluition er nicht klagen können, so daß ad 1) ihm kein ander Platz an statt der Kupfer-Mühle, als welche er bauen sollen, angewiesen werden dürfen, die itzige Mühle aber eben auf den Platz gebauet ist, vor welche er der Stadt den jährlichen canonem versprochen, und er also sich durch solchen Bau zu dem verglichenen canone ipso facto verstanden, und es ad 2) an ihm gelegen, daß er die Kupfer-Mühle nicht wieder gebauet, ad 3) aber das Vorgeben, als wenn die Sache wegen des Erben-Zinses in blossen Tractaten stehen geblieben, seiner eigenen fol. 204. b. befindlichen confession zuwider laufet, und ad 4) es irrig ist, daß die itzige Mühle an statt der ersten getreten, und von ihm erbauet worden, als welche er vielmehr erblich sub onere canonis emphyteuticarii erbauet, und also der reluition nicht unterworfen, diejenige aber, so der reluition unterworfen, nicht gebauet ist, und dahero die n. 2. liquidirte Kosten nicht gefordert werden können, sodann ad 5) zwar es andem ist, daß der Klägerin Ehemann fol. 116. versprochen worden, daß, wenn ihm der Ort, wo die erste Mühle gestanden, inutil gemachet werden solte, alsdann ein ander Ort ihm ohnentgeldlich eingeräumet werden solte, dennoch er niemals ordentlich dargethan, daß solcher Ort ihm würcklich inutil gemachet sey, vielmehr der Mühlen Inspectorum fol. 200. befindlicher Bericht das Gegentheil und so viel ausweiset, daß an dem Ort gar füglich eine neue angeleget werden könte, dahero er auch fol. 205. b. sich nochmals erkläret, daß, wenn an dem gedachten Ort eine Mühle, welche zureichlich Wasser habe, gebauet werden könte, er bey dem accordirten canone verbleiben wolte, und ob er wohl, daß solches nicht möglich sey, vorgeschützet, dennoch solches noch unerwiesen ist, gleichwol wenn die Klägerin solches noch erweisen, und der Mühlen-Inspectorum Bericht, der doch inzwischen fidei præsumtionem vor sich hat, aus dem Wege räumen könte, alsdann sie in ihrer intention gegründet seyn würde, indem ihrem seligen Mann doch der Ort, wo er vermöge des contractus antichretici die Mühle hinsetzen sollen, gewähret werden müssen, solches auch fol. 116. versprochen worden, wir daher gemüßiget worden, diese declaration bey dem ersten grauamine hinzu zu thun, übrigens ad 6) dabey wenig zu considerren, daß der contractus emphyteuticarius nicht unterschrieben, als wel-

Ad L. IV. T. IV.

cher consensualis ist, und keine scripturam erfordert, also gnug ist, aliunde de consensu constare, hierüber ad 7) die ad acta gebrachte attestata, daß es nicht practicabel gewesen, eine neue Mühle an den quæstionirten Ort anzulegen, noch keinen Beweis ausmachen, da solche iniurata sind, und weit mehrers zu einem tüchtigen vollkommenen Beweis erfordert wird, hiernächst bey dem grav. secundo die n. 6. wegen Aufräumung des Grabens geforderte 260. Thlr. billig vor seine Rechnung verbleiben, als wozu er sich, wenn gleich die itzige Mühle der reluition unterwürfig seyn, und das reserirte probandum die Klägerin erweisen solte, in §. 3. des Pfand-Contracts verbindlich gemachet, und ob zwar damals von einem gewissen Districk dispouiret worden, dennoch man leicht siehet, daß die gantze Absicht dahin gegangen, daß der Klägerin Ehemann die benöthigte Graben vor seine Rechnung aptiren lassen solle, cum, qui vult finem, velle etiam censeatur media, quæ ad finem faciunt, und dahero weil der Klägerin Ehemann noch weiter andere Graben aufräumen lassen müssen, er solches vi obligationis susceptæ zu seinem eigenen Besten gethan, und deswegen keine Erstattung fordern können. Nicht weniger bey dem grav. tertio ad 8) er nicht in Abrede seyn können, daß er den Brücken-Bau wegen des Wasserlauffs und also primario zu seinem eigenen Vortheil vorgenommen, nicht aber die negotia der Stadt eigentlich geriret, also ihm nicht zu nahe geschehen, daß er die Unkosten dazu halb tragen solle; si quis enim mea negotia gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, suum potius quam meum negotium gessit

l. 6. §. 3. D. negot. gest.

Inzwischen weil doch die Stadt auch davon den Vorthel gezogen, daß sie solche Brücke unterdessen nicht repariren dürfen, es billig bey dem decisio der Wittenbergischen Urthel sein Verbleiben haben müssen. Uebrigens die Klägerin ad 9) wegen der Ausrodungs-Kosten des Oberteichs, so vermöge des Pfand-Contracts §. 2. zum Unterpfande hafftet, die Klägerin allerdings gegründet, und in Rechten ausgemachet ist, daß ohngeachtet davon in dem Contract nichts gehandelt worden, dennoch dem Pfand-Inhaber die meliorationes gut gethan werden müssen,

l. 8. l. 25. de pign. act.

da vormals gleichwol die Stadt den Oberteich nicht nutzen können, nunmehr aber, da nutzbare Wiesen und Ackerwerck daraus gemachet, der Stadt allerdings zu Nutze kommen, und weil diese Unkosten als utiles anzusehen, zwar nicht schlechterdings auf das ausgeworfene quantum der 566. Thlr. zu reflectiren, sondern die Arbeit zu taxiren, und was sie nach dem Ertrag befunden wird, in Anschlag zu bringen, iedoch wenn die Revenüen der Verbesserung die Zinsen von der angesetzten Summe der 566. Thlr. so als ein Capital zu rechnen, übersteigen solten, alsdann billig es bey demselben quanto, wofern die Klägerinne solches gehörig liquidiren solte, sein Verbleiben haben muß, quia tunc simpliciter conuentum pretium debetur

l. 12. D. de in rem vers.

BRVNNEM. *ad l. 5. D. eod.*

LAVTERBACH *ad cit. tit. §. 3.*

endlich ad 10) wegen der Zinsen der entbehrten dreyjährigen Nutzungen der Mühlen zu erwegen, daß zwar Klägerin Ehemann alle casus fortuitos bey der Mühlen, denen Schützen, Wasserläuften, und was sonsten dazu gerechnet werden können, über sich genommen, dennoch er diese Mühle iure antichretico an statt der Zinsen, wegen seines Capitals von 2000. Thlr. geniessen und nutzen sollen, gleichwol er solche wegen der erfolgten bloquade abbrechen, und er also drey Jahr der Nutzungen seines Geldes entbehren müssen, und es also billig sey, daß an statt der abgebrochenen Mühlen die Zinsen von seinem Capital ihm gereichet werden müssen, cum contractus pignoratitius b. f. sit, et ita ex bono et æquo interpretationem capiat, mithin die in §. 8. des gedachten Pfand-Contracts übernommene casus fortuiti auf den casum, woran man damals nicht gedacht, nicht zu ziehen, da er gantz und gar die Mühle nicht gebrauchen können, sondern wegen deren Abbrechung alle Nutzungen seiner Gelder drey Jahr lang entbehren müssen, vielmehr dieses pactum de casibus fortuitis solitis, qui quotidie circa molendinum accidere possunt, non autem de eiusmodi casu insolito zu verstehen, und also billig zu restringiren ist,

AVERON. *lib. II. interpret. iur. c. 26. n. 17.*

und obgleich der contract imminente bello geschlossen worden, so ist doch solche Krieges-Gefahr noch sehr ungewiß, und wohl nicht zu vermuthen gewesen, daß dieser Zufall erfolgen würde, sonsten sich der Klägerinnen Ehemann wol niemals entschliessen würden, einen so gefährlichen Mühlen-Bau damals vorzunehmen, vielmehr man also das Gegentheil vermuthen müssen, daß also in dubio man in æquiorem sententiam billig incliniren müssen. Uebrigens so viel der Bekl. adhæsion betrifft, dieselbe vltro erkant, daß sie sich daran versäumet, und ob sie wol dagegen restitutionem in integrum gesuchet, dennoch der lapsus quadriennii dazu vorlängst verflossen, und in Rechten nicht gegründet ist, daß diese restitutio perpetua seyn solte, zumal mit klaren Worten in denen legibus sich findet: rempublicam vt pupillam extra ordinem iuuari moris esse,

l. 3. C. de iur. reipubl.

Städte also kein besser Recht als Pupillen, welchen das quadriennium vorgeschrieben, haben können, bevorab da nicht sowol diese species

cies restitutionis durch die Kayserl. constitutiones erst eingeführet, als angeführet ist, daß solches moris sey, und vorher schon längst im Gebrauch gewesen, daneben die Kirchen die restitutionem in integrum haben, iedoch ebenfals intra quadriennium solche suchen müssen,

16 CLEM. *un. de restit. in integr.*

c. 1. 2. eod. in 6.

die Städte dahero kein ander Recht als Kirchen sich anmassen können

l. 23. C. de SS. eccles. *Ad L. IV. T. IV.*

dieserwegen auf einige læsion hier nicht weiter zu sehen ist;

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ. MENSE IVN. MDCCXLIV.

Tit. VI. Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur. *Ad L. IV. T. VI.*

DECISIO XCIV.

THEMA.

Contra impedimentum ex facto iudicis ortum datur restitutio ex clausula generali.

SVMMARIA.

Status causæ n. 1.
Qui per proclamata citati non comparuerunt, non audiendi n. 2.
Imprimis si decretum præclusionis accessit n. 3.
Contra hæc ignorantia non facile excusat n. 4.
Concursus motus sistit omnes processus particulares n. 5.
Contra factum iudicis facilius restitutio datur n. 6. 8.
In genere si facto tertii quis læsus n. 7.
Qui restitutionem obtinet, ad expensas refundendas tenetur n. 9.

Auf angebrachtes Suchen und erfolgtes Verfahren in Sachen des sel. I. M. zu H. nachgelassener Witwen und Erben Imploranten an einem, und C. H. von C. tutorio nomine A. B. von B. Imploraten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Carl Leopold ꝛc. auf vorgehabten Raths auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die Imploranten gegen das bey n. 56. ad acta gebrachte præclusions-Urthel gestalten Sachen und Umständen nach in integrum zu restituiren, und solcher gestalt das sub n. act. 43. befindliche mandatum von 4. Nov. 1743. in Ansehen des ausgeklagten Capitals und Zinsen bey Kräfften zu lassen, solches zu exequiren, und die Imploranten allen Creditoren der Bärnerschen Verlassenschafft, die kein besser Recht haben, vorzuziehen, dabey aber die verursachten Unkosten von Zeit der sub n. act. 48. gesuchten restitution nach deren vorgehenden liquidation und erfolgten Mäßigung dem Imploraten zu erstatten schuldig, es bleibet auch denen Imploranten auf dasjenige, was sie etwa von den Bärnerschen Güthern und Nachlaß nicht bezahlet bekommen mögen, gegen die gesamten Erben der Geheimden Räthin von L. die execution zu suchen unbenommen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem die Implorantes ihre Schuld-Forderung an die Erben der seligen Frau Geheimden Räthin von L. ausgeklaget, inzwischen bey dem Obrist-Lieutenant von Bärner Arrest auf die Gelder, so er in der L. Erbschafft schuldig, angeleget, und n. act. 29. die Bezahlung der Schuld rechtskräfftig zuerkannt worden, so haben die Implorantes die execution der zuerkanten 360. Thlr. nebst Zinsen von anno 1708. auf die verarrestirte Gelder gesuchet, welcher Arrest aber dadurch gehemmet worden, daß der Obrist-Lieutenant von L. immediate bey Sr. Hochfürstl. Durchlaucht interueniendo eingekommen, sich zur Zahlung ex susceptione huius debiti, iedoch præuia liquidatione, offeriret, die relaxation des Arrests gesuchet, und caution bey seinem Bruder auf 500. Thlr. zu machen intendiret, daher es auch geschehen, daß die acta nach Dömitz eingesandt werden müssen, iedoch nachdem solche wieder remittiret und verlohren gegangen, aber erst in anno 1742. wieder aufgefunden

Ad L. IV. T. VI. gesunden worden, die Sache wieder in den vorigen Lauf gebracht, und gegen den Vormund des B. Erben das vorhin ergangene mandatum de soluendo n. 43. erneuret worden. Ob nun wol dem Imploranten entgegen zu stehen scheinet, daß 1) nach Einschickung der acten der Arrest relaxiret worden, und dieselbe dahero genöthiget worden sind, nach Maasgebung der beygefügten acten sich mit dem Obrist-Lieutenant von L. wegen der eingeklagten Schuld einzulassen, wodurch sie also von dem Bärnerschen Arrest abgegangen seyn möchten, und wenn gleich 2) die relaxatio arresti nicht geschehen, dennoch Implorat n. act. 47. dagegen die exceptionem diu extinctæ actionis opponiret, und angezeiget, daß anno 1739. alle creditores per proclamata publica ad profitendum, et liquidandum bey Hochfürstl. Justiz-Cantzley zu Schwerin vorgeladen worden, die implorantes aber sich
2 nicht gemeldet, und also die ad n. act. 56. in forma probante producirte sententia præclusionis den 25. Sept. 1739. eröffnet sey, welche den effect haben muß, daß diejenigen, so nicht intra terminum erschienen, post latam sententiam præcluſiuam, nicht weiter gehöret werden mögen; qui enim per proclamata citati ante terminum non comparue-
3 runt, audiendi amplius non sunt,

l. 6. C. de remiſſ. pign.

MEV. *P. VII. deciſ. 250. n. 2. et 3.*

præsertim si non comparentibus, quod hodie vt plurimum desideratur, perpetuum silentium impositum fuerit

RICHTER *de priuil. cred. c. 1. n. 42.*

STRYK *ad* BRVNNEM. *de concurſ. cred. c. 3. §. 11.*

welche impositio perpetui silentii im gedachten Urthel geschehen, dagegen auch 3) die ignorantia denen Imploranten nicht zu statten kommen mag, allermassen, wenn solche statt finden solte, die proclamata keinen effectum erreichen würden, so, daß auch nicht einsten die restitutio in integrum ihnen angedeyen möchte, bevorab da ein implorantischer Mit-Erbe in Mecklenburgischen wohnet, die Imploranten auch überhaupt vigiliren müssen, da kein concurs leicht so heimlich geführet werden kan, daß derselbe nicht Landkündig werden solte; so
4 dann 4) Implorat bezeuget, daß er keine Nachricht von dem angelegten Arrest erhalten, und wenn gleich 5) durch die auocation der acten nach Dömitz die Sache in einige Confusion gerathen, dadurch aufgehalten, endlich die acten post remissionem factam verlohren gegangen, und in anno 1742. erst wieder zum Vorschein gekommen, dennoch die Imploranten wenigstens sich melden, und nur euentualiter ihre Anforderungen profitiren, und aus ihren Priuat-Acten liquidiren können, welche præcaution sie aber unterlassen, dahero 6) keine causa iusta restitutionis in integrum vorhanden zu seyn scheinet, da sie alle nöthige vigilantiam dabey unterlassen, hergegen die publica proclamata ihren effect erreichen müssen, wenn gleich ein debitor tempore factæ cessionis, wie er sonsten zu thun schuldig, alle seine creditores nicht angeben solte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch alles dasjenige, was bishero angeführet worden, nach der Regul, und dahero also zu verstehen, daß, wenn man nach der Regul und secundum ius strictum gehen wolte, die implorantes nicht weiter gehöret werden könten, allermassen ihnen durch die sententiam præclusionis sowol, als allen übrigen, so nicht erschienen, ein perpetuum silentium imponiret ist, und obgleich vermöge des angelegten Arrests die Bezahlung der quæstionirten Schuld sub pœna paratissimæ executionis dem Obrist Lieutenant von B. in an. 1719. auferleget worden, dennoch es dabey geblieben, die execution nicht erfolget, und da nach der Zeit dessen creditores bey der Hochfürstl. Hof-Cantzley zu Schwerin öffentlich sind citiret worden, denen Imploranten obgelegen, sich daselbsten zu melden, quod concursus motus omnes particulares processus sistat 5

MEV. *P. V. deciſ. 26. in f.*

gleichwol alles dieses nicht verhindert, daß die imploranres, wie sie gebethen, suadente iusta causa contra præclusionem nicht in integrum restituiret, und also noch mit ihrer Anforderung gehöret werden können und müssen, worzu hier gnugsame Ursache vorhanden, allermassen aus denen beygehenden acten zu ersehen, daß zu der Zeit, da die execution gegen den Obrist-Lieutenant gesuchet worden, der Obrist-Lieutenant immediate zu Dömitz bey Ihrer Hochfürstl. Durchlaucht und dessen Regierung eingekommen, und in anno 1720. den 29. Febr. einen Befehl de relaxando arresto nach Güstrow erhalten, so aber nicht exequiret ist, sondern nachdem die acta auociret und eingeschicket worden, die relaxation des Arrests zwar immediate von der Hochfürstl. Regierung, iedoch inauditis actoribus, per sub- et obreptionem geschehen, worüber die implorantes n. 5. der beygefügten acten sehr doliret, ihre Gegen-Vorstellung gethan, und gezeiget, daß die Sache auf solche Weise de nouo wieder angefangen werden würde, dahero sie die remission der acten ad exequendum res iudicatas zwar gesuchet, und nach n. 10. angeführet, wie sie durch die sub- et obreptitie geschehene relaxation des Arrests ge- 6
fehrdet worden, welches die Sache zu Dömitz bis anno 1727. aufgehalten, da denn endlich die remission der acten an das Hof- und Land-Gericht zu Güstrow cum mandato, ferner rechtlich in der Sache zu verfahren, erkant, addita ratione, weil die acta nur ad inspiciendum

ciendum eingesandt worden, und zu Güstrow anhängig wären, certo indicio, daß, was bey der Hochfürstl. Regierung geschehen, denen Imploranten nicht præiudiciren könne, worauf aber die acta unsichtbar geworden, und erst in anno 1742. wieder zum Vorschein gekommen. Woraus sich dann veroffenbaret, daß die relaxatio von Hochfürstl. Regierung sub- et obreptitie, und also offenbar nulliter ertheilet, dadurch aber die Sache gantz und gar in solche Confusion und Verzögerung gebracht ist, daß die implorantes nicht eigentlich wissen mögen, an wen sie sich halten solten, beworab da die Verwirrung der gantzen Sache von dem facto iudicis superioris, nemlich von der nulliter geschehenen relaxation arresti ihren Ursprung genommen, die acta post decretam remissionem unsichtbar geworden, und eben dadurch die implorantes verhindert sind, ihren Arrest bey dem Obrist-Lieutenant zu poussiren, und die execution zu suchen, ja die Hände ihnen gleichsam gebunden gewesen, ihr Recht ex arresto auch post proclamata zu prosequiren, und sich ad profitendum angegeben, da sie extra acta iudicialia nicht einsten solches cum effectu thun können, sondern ihnen allenfalls die exceptio relaxati arresti opponiret seyn würde, welche sie abzulehnen, extra acta nicht capable gewesen, so, daß sie nicht einsten wissen mögen, ob sie noch ein Recht ex arresto haben würden, dergestalt der durch die sententiam præclusionis erlittene Schaden lediglich von dem Verfahren der Hochfürstl. Regierung, und dem darauf erfolgten 7 Verlust der acten herzuleiten, und also iusta causa restitutionis vorhanden ist, cum in genere læsio ex facto tertii, et impedimentum ex facto superioris vel iudicis ortum, præbeat iustam restitutionis causam

arg. l. 11. D. de euict.

l. 1. §. 1. vers. siue cui per magistratum, ex quibus caus. mai.

8 GALESIVS *de restit. in integr. c. 3. n. 375. p. 140.*

Aa L. IV. T. VI. vel in genere si quis vti suo iure impeditus fuerit per casum fortuitum

LAVTERBACH. *ad tit. ex quib. caus. mai. §. 17.*

allermassen man auch bey der remission der acten erkant, daß nicht ad mutandum statum causæ, welches doch geschehen, sondern ad inspiciendum die acta auociret, und dem Hof- und Land-Gerichte, wo die Sache anhängig, anbefohlen worden in der Sachen fortzufahren, dahero solches sich an die geschehene relaxation nicht gekehret, sondern den vormals angelegten Arrest verfolget, und die vorigen mandata gegen den Imploraten erneuret, zumal dieses illustre iudicium wohl gesehen, daß das zu Dömitz geschehene Verfahren nicht bestehen könne, solches aber das an sie ergangene mandatum de relaxando arresto nicht exequiret, so, daß diese causa restitutionis ex tam euidente impedimento orta billig pro iusta et euidente zu halten ist, iedoch aber, weil auch der andere, contra quem petitur restitutio, dabey indemnisiret werden muß, und über diesen Punct ohne Unkosten nicht procediret werden mögen, es die Billigkeit erfordert, daß die Imploranten die deswegen verursachte Unkosten erstatten müssen,

LYNCKER *decis. 969.*

LEYSER *specim. ad Dig. 57. medit. 3.*

als welchen nicht beygemessen werden kan, daß die Imploranten sich debito tempore nicht gemeldet, nun aber dieselbe extra ordinem præuia causæ cognitione wieder zum Gebrauch ihres Arrests gebracht sind,

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVN. MDCCXLVI.

RESPONSVM XCV.

THEMATA.

I. Contra præscriptionem ex ignorantia inuincibili restitutio competit.

II. *Actio communi diuidundo XXX. annis præscribitur, quando quis rem communem tanquam propriam possedit.*

SVMMARIA.

Ad l. IV. T. VI.

SVMMARIA.

Diuisio extraiudicialiter perperam facta corrigenda n. 1.
Contra diuisionem iudicialem nulla læsio attenditur n. 2.
Actio communi diuidundo 30. annis præscribitur n. 3.
Actio personalis ob concurrentem m. f. intra XXX. annos non præscribitur n. 4.
Præscriptio longissimi temporis etiam ignorantibus currit n. 5.
Nec restitutionem admittit n. 6.
Quod ad culpabilem ignorantiam restringitur, n. 7.
Non ad inuincibilem extendendum n. 8.
Præscriptio contra absentes currit salua restitutione ex iusta causa n. 9.
In præscriptione absentiæ et ignorantiæ eadem est ratio n. 10.
Contra ignorantiam læsionem ex diuisione datur restitutio n. 11.
Ob mutationem libelli omnes expensæ refundendæ n. 12.
Exceptis expensis contumaciæ n. 13.
Communio est imprescriptibilis n. 14.
Quando præscriptio actionis communi diuidundo currere incipiat n. 15.
Reperta læsione integra diuisio ad pristinum statum reducenda n. 16.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst sechs Fragen zugeschicket ꝛc.

Hat Sempronius in der angeschlossenen Klage sub A. wegen der vor vielen Jahren geschehenen Theilung, und der dabey seiner Schwiegermutter geschehenen grossen læsion geklaget, dagegen Bekl. exceptionem præscriptionis, weil solche Theilung bereits vor 40. Jahren geschehen seyn soll, in vim litis ingressum impediendi opponiret, dabey auch angeführet, daß bey dergleichen Theilung es nicht allein auf die Quantität, sondern weil des Sempronii Antheil Holtzes das beste unter allen wäre, auf qualitatem vornemlich ankäme, und also eigentlich keine læsion alleguiret werden könne. Worauf Sempronius ferner mit denen Bekl. verfahren, und endlich mit Uebergehung dieser exceptionen auf die Litis-Contestation erkant ist, wozu sich nunmehro Bekl. auch anschicken, und terminum ausgewürcket haben. Weil aber gleichwol bey Fortsetzung der Klage grosse Beschwerlichkeit, absonderlich wegen der præscription zu befürchten, als welche Bekl. bey dem Gegenbeweiß ohne Zweifel noch am meisten vrgiren werden, so will Sempronius erstlich belehret seyn:

Quæstio I.

Ob er mit der Klage sub A derer Gegnerischen exceptionum ohngeachtet, fortkommen könne?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol der Kläger in der Klage sub lit. A angeführet, daß nunmehro bey der wegen einer andern Sache geschehenen Ausmessung sich geäusert, wie bey der vormals geschehenen Theilung seine Schwiegermutter sehr lædiret, und anstatt 9⅞ Acker 76. Schuh, sie nur 5⅛ Acker 17. Ruthen und 113. Schuhe würcklich erhalten, und also ein Mangel an 4¾ Acker 2. Ruthen und 159. Schuh sich befunden, dieserwegen seine Klage in Rechten gegründet sey; maioribus enim etiam per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis diuisionibus solet subueniri, quia in bonæ fidei iudiciis, quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur, 1

l. 3. C. commun. vtr. iudic.

wie sich denn nicht findet, daß die Theilung gerichtlich mit Zuziehung eines Curatoris von Seiten des Sempronii Schwiegermutter geschehen sey, und dahero der angeführte textus sich auf die Klage in allem schicket, dagegen auch die angeführte exceprion, daß des Klägers Theil besser als der Bekl. übrige Theile sey, ungegründet, als welches nicht zu erweisen stehen soll, ferner die præscription auch nicht hindere, da noch zur Zeit der terminus a quo nicht bekant, und dasjenige, was in den angeführten Commissions-Acten in alia causa incidenter angezeiget, und daraus gegen Sempronium angeführet werden wollen, als habe er seinen Antheil Holtzes bereits in anno 1702. gestündlich erhalten, ihm zum præiudiz nicht gereichen könne, als woraus keine confessio iudicialis qualificata et acceptata zu inferiren sey.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die Klage zwar ihren guten Grund hat, in Rechten fundiret, und deswegen Einwendens ohngehindert, weil die exceptiones litis ingressum impedientes altioris indaginis erfunden worden, die Bekl. zur Litis-Contestation, und in die Unkosten condemniret sind, gleichwol es doch bey dem künftigen Gegenbeweiß darauf mit ankommen wird, ob die Theilung gerichtlich oder ausergerichtlich geschehen, ingleichen ob Klägers Theil in quali besser als der übrigen Theile sey, da, wenn solche gerichtlich geschehen seyn solte, ob 2 auctoritatem rei iudicatæ keine læsion weiter anzuführen seyn möchte, wie denn auch die læsion hinwegfallen würde, wenn auch bey der extraiudicial-Theilung des Sempronii Antheil dergestalt besser befunden seyn solte, dadurch

durch der Mangel in quanto völlig ersetzet werden könte;

arg. §. 28. in f. I. de rer. diuis.

welches solche Umstände sind, die absonderlich künfftig aus dem Beweiß und Gegenbeweiß erst beurtheilet werden müssen. Voritzo aber wir nur dieses anmercken, daß wir nicht absehen können, wie Sempronius mit seiner Klage fortkommen werde, da er nunmehr in der facti specie selbst eingeräumet, daß er in an. 1709. seinen Antheil ererbet, und wenn man nur diesen terminum allein annimmt (obwol begreiflich ist, daß seine Schwiegermutter vorher schon ihren siebenden Theil aus der geschehenen Theilung mit denen Beklagten erhalten haben werde) die præscriptio 30. annorum völlig vorhanden ist, nachdem die Klage erst mens. Mart. 1745. angestellet worden, auch
3 ohnstreitig sowol die actio famil. herciscundæ als communi diuidundo per lapsum 30. annorum post factam diuisionem verlohren gehet.

l. 1. §. 1. C. de annal. except.

Da nun Kläger nicht ableugnen mögen, daß die Theilung würcklich geschehen sey, wie er dann seinen Antheil nomine proprio, nicht communi, bishero besessen haben muß, keine interruptio præscriptionis hier allegiret werden mag, nachdem Kläger, daß ihm bishero die læsion ohnbekant gewesen, selbsten anführet, dergestalt, daß ad remouendam hanc exceptionem nichts mehr übrig bleibet, als wenn er seine articulos elisivos auf den Beweis malæ fidei gründen, und daß Beklagte von der grossen læsion völlige Wissenschafft bisher gehabt, und wohl gewust, daß sie weit mehr, als sich gebühret, und also auf unrechtmäßige Art empfangen, darthun wird, weswegen er sich auch der Eydes-Delation gebrauchen kan, anerwogen alsdann nach den
4 principiis iuris canonici keine præscriptio, auch in actione personali, in qua scienter res aliena possidetur, statt finden kan,

c. f. X. de præscript.

worauf in foro erkant wird, gleichwol Kläger sich wohl zu prüfen hat, ob er mit der allegatione malæ fidei, quæ non præsumitur, sed legitime probanda est, fortkommen werde.

So ist zwar in iure die Klage gegründet, iedoch wird Sempronius mit derselben wegen der entgegen stehenden exceptione præscriptionis nicht fortkommen können, es wäre dann, daß er den malam fidem dagegen erweisen möchte.

Quæstio II.

So viel die andere Frage betrifft:

Ob mit der restitutione in integrum ex capite ignorantiæ etwas auszurichten?

Buhm. Conf. T. III. P. II.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ad L. IV T. VI.

Obwol dabey eingewandt werden möchte, quod præscriptio longissimi temporis etiam 5
ignorantibus currat,

l. f. in f. C. de præscr. longi tempor.
l. 3. in f. C. de præscript. 30. ann.
BERLICH. *P. II. concl. 10. n. 2. sqq.*

anerwogen wenn dieses nicht wäre, fast keine præscription platzgreiflich seyn werde, zumal niemand wissentlich leicht seine Sache verlohren gehen lassen wird. Wiederum wenn die restitutio in integrum ex capite ignorantiæ zugelassen werden solte, abermals die præscription ihre Würckung verliehren, und in ef-
6 fectu inanis seyn würde, da ein ieder Kläger, der seine Klage verlohren, sowol læsionem als ignorantiam vor sich anzuführen bestand ist.

STRUV. *exerc. VIII. §. 76.*

Dieweil aber dennoch dasjenige, was Struvius aus der gegentheiligen Meinung schliessen will, nicht folget, noch man dieserwegen ex quauis ignorantia, maxime quæ culpabilis est, nicht sofort die restitutionem in integrum bey denen maiorennibus einräumet, als 7
welches contra iura laufen würde;

l. 16. D. ex quib. cauf. maior. XXV. ann.

sondern man dabey magnam et iustam ignorantiæ causam, quæ demum est probabilis, erfordert,

l. 15. §. 1. quod vi aut clam.
l. 86. pr. de acquir. vel omitt. hered. 8

welche Meinung auch von bewährtesten Rechts-Gelehrten bestärcket wird

perill. de COCCEII *in iur. controu. tit. ex quib. cauf. maior. qu. 4.*
STRYK *in vf. mod. tit. eod. §. f.*
BÖHMER *vol. 1. conf. et decif. P. II. arg. 56. n. 33.*
GAIL. *lib. 2. obf. 19. n. 18.*

solche auch dadurch nicht aufgehoben ist, quod præscriptio etiam contra ignorantes currat, 9
cum eadem quoque contra absentes currat, quibus tamen ex iusta causa conceditur restitutio in integrum

LEYSER *spec. 454. medit. 8.*

ja man eben dieses, daß die præscription ihren Lauf vollendet, voraus setzen muß, weil sonsten keine restitutio nöthig wäre, welche in casu iustæ ignorantiæ um destomehr gegründet ist, quod absentium et ignorantium regulariter sit eadem ratio, und wie ohnstreitig, denen ex iusta causa absentibus, also auch denen in iusta et probata ignorantia existentibus, die restitutio in integrum billig angedeyen muß, so, daß es blos darauf ankommen 10
wird: ob dasjenige, was in thesi bishero an-

Ad L. IV. T. VI. und ausgeführet, sich auf den itzigen casum schicke, und Sempronius dergleichen iustam ignorantiæ causam vor sich anzuführen im Stande sey: welches wir daraus zu behaupten vermeinen, daß das von dem testatore I. R. seinen Kindern erster Ehe vermachte Gehölze in dem sogenanten Techenbach in 9. Theile gekommen, wovon 2. Theile, so aus dem sogenanten Buchenröder Holtz bestehet, durch die Strassen separiret, und damit 2. legatarii abgefunden sind; die übrigen 7. Theile aber beysammen liegen, von welchen des Sempronii selige Schwiegermutter ihren siebenden Theil, worin sie lædiret ist, abgesondert bekommen, und auf Sempronium durch dessen Frau gebracht ist: hergegen die übrige 6. Theile von denen Beklagten in communion verblieben sind, bey welchen auch dasjenige zu befinden, das an dem siebenden Theil des Sempronii ermangelt, woraus denn leicht abzunehmen, daß diese pro parte geschehene Theilung eben Gelegenheit gegeben, daß des Sempronii selige Schwiegermutter die grose Ungleichheit des siebenden Theils, gegen die übrigen 6. Theile, die noch ein corpus commune zusammen verblieben sind, verborgen bleiben müssen, und niemand die Verhältniß des Sempronii siebenden Theil gegen die übrigen sechs Theile, so in communione beysammen
11 geblieben sind, wahrnehmen mögen, so weit leichter geschehen würden, wenn ein jeder seinen siebenden Theil davon separatim besessen, es auch sehr bedencklich fallen will, woher es gekommen, daß die übrigen 6. Interessenten in der communion ihrer sechs Theile alleine verblieben, und des Sempronii Schwiegermutter allein davon, und zwar mit einem geringern Antheil, abgesondert, ob nicht die übrigen Interessenten und itzige Bekl. zu dem Ende, damit die læsion und grosse Ungleichheit nicht offenbar werde, solches veranstaltet, und die communion bishero continuiret? daraus dann folgen würde, daß Sempronius, facto aduersariorum ipsorum, in iustam ignorantiæ causam versetzet worden, und solche wol unentdecket geblieben seyn würde, wenn solche nicht ex accidente, und bey Gelegenheit eines mit den Krausischen Erben gehabten Streits über ein Stückgen Holtz durch die erfolgte Ausmessung die grosse Ungleichheit, und daraus entstandene læsion an den Tag gekommen wäre.

So halten wir davor, daß die restitutio in integrum gegen die præscription ex capite ignorantiæ probabilis gestalten Sachen und Umständen nach statt finden könne.

Quæstio III.

Die dritte Frage betreffend:

Ob, wenn Sempronius diese Klage fallen liesse, und eine andere übergebe, er denen Beklagten diejenigen Kosten, so sie propter omissam euentualem litis contestationem erstatten müssen, ebenfalls zu restituiren schuldig sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol bekanten Rechtens, daß die mutatio libelli die refusionem expensarum nach 12
sich ziehe, welches von allen Unkosten zu verstehen seyn möchte, so Beklagten dadurch zugezogen, wohin auch diejenigen gehören, die er selbsten propter omissam litis contestationem restituiren müssen, weil, wenn Sempronius legaliter geklaget, diese contumacia nicht erfolget seyn würde.

Weil aber dennoch der Grund der Erstattung der Unkosten darin bestehet, weil der Kläger per inidoneam actionem electam die Unkosten der ersten Klage verursachet, cum etiam inidonea electio in culpa sit; da hergegen solches auf diejenigen Unkosten, die der Beklagte per suam propriam contumaciam bey der ersten Klage verursachet, nicht gezogen werden mag, als welche dadurch nicht gehoben worden, daß ex post facto der Kläger seine Klage ändert, indem diese contumacia widerrechtlich vor sich selbst gewesen, und Beklagten obgelegen, wenigstens euentualiter litem zu contestiren, wie die Gesetze erfordern, und er also ex proprio suo facto in die Unkosten 13
condemniret worden, bevorab da die Klage in Rechten gegründet, und die exceptiones litis ingressum impedientes altioris indaginis offenbar gewesen, Beklagte dahero offenbar temerarii in lite euentualiter non contestanda geblieben, und weil sie dahero diese Unkosten dem Kläger proprio suo facto verursachet, solche aber ex mutatione libelli von Klägern ihnen nicht verursachet sind, sie auch solche nicht wieder fordern können, noch dazu ein Rechts-Grund vorhanden.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß Kläger mutando libellum denen Beklagten diejenigen Unkosten, die sie propter omissam litis contestationem ihm bezahlen müssen, nicht wieder restituiren müsse.

Quæstio IV.

Bey der vierten Frage:

Wie die geänderte Klage am besten einzurichten?

Rationes

Rationes dubitandi et decidendi.

Erachten wir vor Recht: Ob es wol das Ansehen gewinnen will, als wenn auf eine neue Theilung iudicio communi diuidundo geklaget werden könne, weil die geschehene Theilung als illegitima zu verwerfen, und die Ungleichheit nicht anders reformiret und ausgebessert werden kan, als wenn eine neue Theilung vorgenommen, und dadurch die Ungleichheit heraus gebracht und ersetzet werde, auf welche Weise die exceptio præscriptionis desto leichter aus dem Wege geräumet werden möchte, weil alsdann es gehalten werden muß, als wenn alles in communione geblieben, und bekant, quod communio ipsa sit inpræscriptibilis

LAVTERB. *ad tit. famil. herc. §. vlt.*

STRVV. *ex. XV. aph. 27.*

Weil aber dennoch Kläger einräumen muß, und bishero eingeräumet hat, daß er seinen Theil aus dem gemeinschafftlichen Holtz bishero nicht mit denen Beklagten in communione, sondern seorsim, als sein Eigenthum besessen, und in so weit die communion aufgehoben, und ad diuisionem rei adhuc reuera communis geklaget werden, noch hier die Regul: quod communio sit inpræscriptibilis, appliciret werden kan, da Kläger seinen Antheil nicht vt communem, besessen, die Beklagten aber ihre sechs Theile zwar gemeinschafftlich unter sich, jedoch nicht mit Klägern, gehabt, sie also in Ansehen des Klägers ihre Antheile vor sich, und proprio nomine besessen, in quo casu præscriptioni locus est, quia aduersarium pro socio non amplius agnouerunt, sed hic seorsim suam partem vt propriam possedit. Ceterum quamdiu adhuc socii in communione stant, tamdiu præscriptio currere non potest

MÜLLER *ad* STRVV. *ex. XV. §. 27. in not. tit. 8.*

So können wir nicht absehen, was vor eine geänderte Klage hier statt finden oder Klägern helfen werde.

Quæstio V.

Bey der fünften Frage:

Wie denen berührten exceptionibus peremtoriis am besten zu begegnen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Komt es fast allein auf die præscription an, da denn, wie solche aus dem Wege zu räumen *Bahm. Conf. T. III. P. II.* sey, bereits bey der ersten und andern Frage erörtert worden ist, die andere exceptio aber, daß des Sempronii Theil besser als der anderen Theil sey, und in qualitate solche übertreffe, in facto beruhet, und aus dem Beweiß und Gegenbeweiß zu erörtern seyn wird. *Adl. IV. T. VI.*

Quæstio VI.

Endlich so viel die letzte Frage anlanget:

Ob diejenige, so die zwey Theile Buchenröder Holtz besitzen, ob sie gleich durch die Strasse von denen übrigen sieben Theilen separiret sind, mit in Klage genommen werden müssen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol nicht zu leugnen, daß das von I. R. seinen Kindern erster Ehe vermachte Holtz in neun Theile gekommen, wovon zwey Theile diejenigen, so das Buchenröder Holtz besitzen, erhalten, und da nun Sempronius auf die læsionem ex inæqualitate ortam geklaget, es nicht anders seyn kan, als daß alle übrige Interessenten zu dieser reformatione diuisionis, probata læsione, concurriren, und dahero auch die beyde, so durch die Strasse separiret sind, mit belanget werden müssen.

Weil aber dennoch man dieses gantze Theilungs-negotium nicht wol anders als dergestalt concipiren kan, daß erst eine Haupt-Theilung vorgenommen, wodurch zwey Theile in dem sogenannten Buchenröder Holtz auf zwey Interessenten gekommen, die andere sieben Theile, so durch die Strasse von ienen separiret sind, auf die übrigen gefallen, und wie dadurch diese unter sich wieder in communion gefallen, es bey ihnen gestanden, ob sie darin unter sich verbleiben, oder eine subdiuision generaliter oder particulariter vornehmen wollen? da dann das letzte beliebet, und von solchen sieben Theilen, so die Interessenten vorher pro indiuiso besessen, der siebende Theil des Sempronii Schwiegermutter abgetreten ist, welches nothwendig per subdiuisionem des gantzen Stücks von sieben Theilen geschehen seyn muß. Und da sich nun befunden, daß die læsion, aus welcher geklaget worden, aus der letzten subdiuision hergerühret, und facto derer itzigen Beklagten allein entsprungen, derer Antheile weit grösser als des Sempronii sind, als welchen 4⅜ Acker 2. Ruthen und 159. Schuhe fehlen, dieselbe auch allein belanget werden können, zumal die das Büchenröder Holtz besitzen, zu diesem Schaden, wie in der Triplic-Schrifft angegeben, nichts beygetragen, welches wir allerdings voraus setzen.

ad L. IV. T. VI.

So erhellet hieraus so viel, daß diejenigen, so die zwey Theile Buchenröder Holtz besitzen, nicht mit in die Klage genommen werden müssen, es könte dann beygebracht werden, daß nur eine einzige Haupt-Theilung geschehen, und dadurch zwey Theile auf die Besitzer des Buchenröder Holtzes: ein Theil auf Sempronii Schwiegermutter, die übrigen sechs Theile aber auf diejenigen gefallen, so solche noch in communione besitzen, weil alsdann die læsion omnium facto communi entsprungen, und sie dahero alle dazu contribuiren müssen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVL. MDCCXLVII.

DECISIO XCVI.

THEMA.

Contra neglecta fatalia facile restitutio in integrum concedenda.

SVMMARIA.

Oblatio ad iurandum sine mandato speciali fieri nequit n. 1.
Pure, non sub certo modo fieri debet n. 2.
Fatalia a dexteritate aduocati, in qua clientes acquieſcunt, pendent n. 3.
Aduocatus culpam leuiſſimam præſtat n. 4.
Contra neglecta ab aduocato fatalia ob difficilem regreſſum facile reſtitutio in integrum danda n. 5.
Fatalia ſunt odioſa ibid.
Reſtitutio expenſarum refuſionem connexam habet n. 6.
Per reſtitutionem omne ius priſtinum reuiuiſcit n. 7.

Auf übergebene Klage ꝛc. erkennen wir vor Recht:

Daß zwar Klägere gegen der Versäumung in integrum zu restituiren, und dieselbe zu dessen oblation sowol als in einem anderweit anzuberahmenden termino zu dessen Ablegung, wenn Bekl. zuforderst mit seinen reſeruirten Erinnerungen gehöret ist, noch zuzulassen, sie sind aber nicht destoweniger die Termins-Kosten nach deren vorgehender liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung nebst diesen Urthels-Gebühren zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Klägere nicht in Abrede seyn können, daß sie sich an der oblation des ihnen deferirten Eydes versäumet, indem sie zwar fol. 32. sich certo modo zu dessen Ablegung offeriren wollen, das Schreiben aber von ihnen so wenig als per procuratorem ſpeciale habentem mandatum unterschrieben, so, daß
1 es in effectu eben so viel ist, als wenn sie sich nicht offeriret, welches auch Klägere selbsten agnoſciret, iedoch vermeinen wollen, daß sie damit der Billigkeit nach noch gehöret werden müsten, dagegen gleichwol angeführet ist, daß, wenn ihr Aduocat hiebey was versehen, sie wegen dieses Schadens an demselben sich halten könten, es auch nicht gnug gewesen, daß sie ihm mündliche Vollmacht ertheilet, bevorab da sie solches mit nichts dargethan, sich auch dabey auf das præſidium ruſticitatis zu berufen nicht vermöchten, da sie doch klug gnug in Ausstellung der iniungirten Vollmacht fol. 31. gewesen, und also auch die Behutsamkeit gebrauchen können, eine ſpeciale Vollmacht ad oblationem iuramenti zu ertheilen, dazu die fol. 31. befindliche nicht zureichend seyn mögen, ja sogar es das Ansehen gewinnet, als wenn sie mit Fleiß die gebührende oblation
2 negligiret, als welche sehr limitata sey, gleichwol die oblatio ad iurandum pure geschehen, und deswegen sie auch die Unkosten erstatten müsten, wovon doch Klägere befreyet zu seyn vermeinen wollen, weil sie diese Sache nicht verstanden, sondern die Schuld allein dem aduocato beyzumessen sey.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die accuſatio contumaciæ ein solches fatale allhier betrifft, dabey auch mannichmal ein Kluger es versehen, und sich verirren kan, bevorab da diese Sache per aduocatum geführet worden, derselbe es besser verstehen sollen, dessen Clienten als einfältige
3 Bauers-

Bauers-Leute aber sich auf ihn verlassen, und es in seine Hände gestellet, welches sie wohl thun können; etenim qui aduocatum de lite peragenda instruit, in huius peritia et diligentia acquiescere, huiusque officio contineri intelligitur, vt ipse omnium, quæ ad processum pertinent, inprimisque fatalium curam habeat

de WERNHER *P. I. vol. I. obs. 3.*

dieserwegen wenn der Aduocat es versehen, dessen clientes zwar deßwegen gegen ihn ad
4 interesse et indemnitatem klagen können, cum etiam de leuissima culpa tanquam artis peritus teneatur

IDEM *cit. l.*

gleichwol dieser regreß fast mehrentheils in-
5 practicabel und unüberwindlichen Schwürigkeiten unterworfen ist, bevorab da es hier auf die Versäumung der Eydes-Oblation ankomt, und man noch nicht einsten wegen der formula einig ist, weil sie den Eyd nicht pure angenommen, in solchem Fall aber es conuenabler und denen Absichten der Processe gemäßiger ist, sofort contra lapsum fatalium die læsos in integrum zu restituiren, zumal sohnedem solche odiosa sind, und billig, quantum fieri
5 potest, zu restringiren, adeo vt etiam sæpius restitutio contra lapsum fatalis fieri possit, donec demum comminatio: bey Verlust des beneficii restitutionis, accesserit

IDEM *vol. VII. p. 286.*

woraus denn aber von selbsten folget, daß die Klägere die Termins-Kosten nebst denen Urthels-Gebühren bezahlen müssen, da der Gegentheil iustam contradicendi causam gehabt, *Ad L. IV. T. VI.*
und er durch ihr erhaltenes beneficium nicht 6
in Schaden gesetzet werden kan, quia potius restitutio ita facienda, vt alter, contra quem fit restitutio, seruetur indemnis,

BARBOSA *ad l. 79. de iudic. n. 192.*

allermassen kein ander Mittel, den Klägern wieder, nach ihrem Verlangen und Suchen, zu helfen, als die restitutio in integrum übrig gewesen, wie aber dadurch die oblatio ad iurandum, und die Anberahmung eines neuen Termins wieder hergestellet wird; also es sich von selbsten verstehet, daß dem Beklagten noch alles dasjenige in termino bey der limitata oblatione, wenn Klägere dabey verharren solten, zu erinnern und zu opponiren nachgelassen, was er dabey zu opponiren befugt 7
gewesen, wenn die oblatio debito modo geschehen seyn solte, nachdem die restitutio in integrum nichts weiter als die facultatem se offerendi debito modo et tempore ad iuramentum wieder hersteller, die vorige oblatio aber pro non facta zu halten, wenn Klägere dabey zu verharren sich nicht schlechterdings erklären solten, dieserwegen die Klägere sich debito tempore et modo nochmals dazu offeriren müsten.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXLVI.

Tit. IX. Nautæ, caupones, stabularii vt recepta restituant. *Ad L. IV. T. IX.*

DECISIO XCVII.

THEMATA.

I. Dominus, qui res, quæ vere illatæ, non illatas esse nautæ persuasit, contra hunc de recepto agere nequit.

II. *Si a tota sententia appellatum, alter etiam post decendium appellationi adhærere potest.*

SVMMARIA.

De recepto actio hodie in vsu est n. 1. 6.
Actio de recepto pinguior est actione locati n. 2.
Nauta ex facto magistri sui tenetur n. 3.
In actione de recepto sufficit rem in nauem illatam esse n. 4.
Adhæsio appellationis intra decennium suscipienda n. 5.
Nauta de recepto non tenetur, si inferens in culpa est n. 6.
Pro illatione non habetur, cui ab inferente contradictum n. 7.

Ad L. IV. T. IX. Ob iuramentum purgatorium expensæ compensantur n. 8.
Appellatio quando vtrique communis fiat? n. 9.
Error iustus liberat debitorem a nexu, nisi cum dolo coniunctus sit n. 10.

Auf gesuchte reuision, wie auch deren adhæsion in Sachen I. A. N. Klägern an einem, und Schiffer H. S. Beklagten am andern Theil, erkennen ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der gesuchten reuision und deren adhæsion ohngehindert bey dem den 17. Nov. 1734. eröffneten Urthel schlechterdings zu lassen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger sowol als Bekl. durch das den 17. Nov. 1734. eröffnete Urthel grauiret zu seyn vermeinen, und daher jener reuision gesuchet, und dieser derselben adhæriret, iener
1 aber dabey angeführet, daß 1) er actionem de recepto angestellet, welche heutiges Tages noch allerdings in viridi obseruantia sey,

de WERNHER *de act. de recepto aduers. dissentientes asserta.*

LEYSER *in medit. ad Dig. spec. 66. n. 2. in f.*

und man nicht nöthig habe, deswegen actionem locati anzustellen, bevorab da 2) jener Vortheil darin bestehe, daß man nichts weiter als die illationem in nauim, nicht aber des
2 Schiffers Wissenschafft beweisen, hier auch erwiesen worden, daß der quæstionirte Packen, so confisciret worden, ins Schiff inferiret sey, und der Steuermann solchen recipiret, und auf seine Rolle annotiret habe, welcher 3) dazu bestellet gewesen, daß er in Abwesenheit des Schiffers Güther aufnehmen und annotiren könne, dessen scientia pro scien-
3 tia ipsius nautæ zu halten sey,

l. 7. §. f. D. naut. caup. stab.

dieserwegen 4) der Eyd, als welcher wegen der Unwissenheit dem Beklagten deferiret, und ferner dahin gerichtet ist, daß er den quæstionirten Packen nicht wissentlich verschwiegen, hier nicht statt finden könne, da ienes hiebey nicht zu regardiren, er auch allenfalls solches aus seines Steuermanns Rolle wissen können, als welcher den Packen mit allen Umständen und annotation des Namens des inferentis sorgfältig beschrieben, und die Rolle dem Schiffer eingehändiget, wie denn auch 5) der Pram-Schreiber ebenfalls diesen Packen auf seiner Rolle ordentlich annotiret, und Bekl. beyde Rollen bekommen, daß er also wenigsten wissen können und müssen, daß der Packen auf
4 das Schiff gebracht sey, ohngeachtet solcher auf des Klägers connossement nicht gestanden, weil er per errorem ins Schiff gebracht, und nach Labau destiniret gewesen, gleichwol da er einmal darauf gebracht und annotiret gewesen, Beklagtem obgelegen, denselben bey dem Zoll zu Reval anzugeben, dessen Verschweigung aber allein die confiscation operiret, anbey die culpa des Beklagten offenbar, der Eyd aber unstatthafft sey, welches auch das documentum sub ⊙ noch mehr bestärcke, allenfalls 6) wenn Bekl. ad iuramentum purgatorium grauiret gewesen seyn solte, er doch wenigstens in expensas condemniret werden müssen; so viel aber des Bekl. adhæsion betrifft, derselben 7) von Klägern opponiret worden, daß solche nicht intra decendium ge- 5
schehen, und also hierbey an denen formalibus ein Mangel sey, Beklagte aber dabey 8) vorgebracht, daß des Klägers interponirte appellation blos wegen der Unkosten angenommen sey, und ohngeachtet er in der Haupt-Sache dieselbe iustificiret, dennoch darin nicht erkant, noch weniger aber das erste Urthel secundum quid reformiret werden mögen, allenfalls aber 9) der Eyd aus dieser Ursache überflüßig sey, weil der Kläger ihn, ehe er die Reise angetreten, von aller Verbindlichkeit befreyet, allermassen aus dem rotulo testium erhelle, daß der Steuermann und Pram-Schreiber ihre Rollen dem Kläger vorgezeiget, damit er sehen könne, was für Guth im Schiff geladen gewesen, der sich aber nicht einbilden und bereden lassen wollen, daß der quæstionirte Packen mit ins Schiff gebracht gewesen, und ohngeachtet er auf der Rolle gestanden, doch Kläger demselben widersprochen, und vorgegeben, daß derselbe nach Liebau destiniret sey, dadurch er den Beklagten sicher gemachet, daß er glauben müssen, der Packen sey nicht ins Schiff gebracht, und ihn anbey von aller obligation losgezehlet, er also sich vielmehr den Schaden selbsten zu dancken habe, und aus solchen Umständen es überflüßig sey, daß er sich zuförderst vermittelst Eydes reinigen solle.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) man wol zugeben kan, daß die actio de recepto noch in vsu 6
sey, und von Klägern propitio iure angestellet werden können, auch dabey ad 2) et 3) ausser Streit ist, daß es gnug sey, daß der Steuermann und Pram-Schreiber den quæstionirten Packen empfangen, und auf ihre Rollen annotiret, gleichwol dabey in Erwegung zu ziehen, daß der quæstionirte Packen per errorem ins Schiff gebracht worden, als welcher nicht nach Reval, sondern nach Liebau destiniret gewesen, und daher der Kläger solchen nicht auf sein connossement gebracht, er dahero anfänglich nicht ausser aller Schuld dabey ist, daß er nicht besser nachgesehen, und ordoniret, was vor Güther auf das Schiff gebracht

gebracht worden, hierüber ad 4) et 5) Kläger noch weiter gegangen, und ob ihm gleich von dem Pram. Schreiber remonstriret worden, ja es derselbe eydlich versichert, daß der Packen in des Beklagten Schiff gebracht sey

art. prob. 6. interrog. spec. 4. in f.

dennoch Kläger solchem widersprochen, und es gar nicht glauben wollen, daher der Beklagte glauben müssen, daß er am besten wissen müssen, was vor Güther ins Schiff gebracht worden, bey solchen Umständen aber nicht genug ist, daß Kläger erwiesen, das das quæstionirte Packen in Beklagten Schiff gebracht und annotiret sey, allermassen Beklagter durch seine opponirte exception dargethan, daß
7 Kläger hiebey in offenbarer culpa sey, daß er den Schiffer verführet, zu glauben, daß der Packen nicht mit ins Schiff gekommen seyn könne, als welcher solchen nicht selber angenommen, und also mehr des Klägers eigener Versicherung, als denen Rollen glauben können und müssen, mithin obgleich in actione de recepto der nauta vor alles stehen muß, nisi casus fortuitus probatus fuerit, dennoch dabey auch voraus gesetzet werden muß, daß der inferens extra culpam sey, ja dieses pro illatione nicht gehalten werden mag, cui ab inferente contradictum, allenfalls da solches von Klägern ex errore geschehen, dieser error nicht einem andern, sondern ihm selbsten imputiret, in Ansehen des Beklagten aber pro casu fortuito gehalten werden muß, als welcher des Klägers Versicherung trauen können und müssen, wodurch denn die ratio 6ta von selbsten hinfällt, wiewol auch, iuramento purgatorio præstito, die compensatio expensarum in ciuilibus allemal erfolget, und
8 so viel ad 7) des Beklagten adhæsion betrifft, solche nicht eben intra decendium geschehen müssen, da Kläger a tota sententia die reuision gesuchet, und solche in totum suspendiret, quo ipso remedium interpositum vtrique fit commune *Ad L. IV. T. IX.*

l. vlt. C. de appellat.

CARPZ. *lib. 3. resp. 103. n. 2. sqq.*

9 hiebey auch ad 8) zwar nicht zu leugnen, daß die appellation blos quoad expensas zugelassen, gleichwol Kläger a tota sententia appelliret, und bey der geschehenen declaration sich sofort dessen Anwald ratione des Capitals quæuis competentia reseruiret, et huius clausulæ fiducia die appellation auch in der Haupt Sache iustificiret, und wenn dabey etwas versehen, er dagegen breui manu in integrum zu restituiren gewesen, daß die lestern Urtheils-Fasser gar wol in der Haupt-Sache mit erkennen mögen, übrigens ad 9) der erkante Eyd vor überflüßig nicht zu halten, weilerwogen der Beklagte doch nicht ausser allem Verdacht ist, daß er nicht ex post facto certam scientiam von dem Packen überkommen, und solchen wissentlich verschwiegen haben solte, welches, soferne es mit dem iuramento purgatorio nicht abgelehnet werden könte, er billig dem Kläger allen Schaden gut thun müssen, weil er nach erlangter dessen Wissenschaft leicht ermessen mögen, daß hiebey ein Irthum vorgegangen, er also wenigstens wegen des darunter begangenen doli davor stehen müssen; 10
quamuis enim alias debitor ab omni nexu liber sit, tenetur tamen exacidente, si dolo fecit,

l. 11. §. 18. in f. D. de act. emt. vend.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVN. MDCCXXXVII.

LIB. V.

Tit. I. De iudiciis. *Ad L. V. T. I.*

DECISIO XCVIII.

THEMATA.

I. Iuramentum perhorrescentiæ non admittitur, si per illud manifeste lis protrahitur.

II. *Regula:* spoliatus ante omnia restituendus, *responsionem in caussa principali impedit, non vero caussam spolii, quamdiu eius probatio durat, concernit.*

SVMMARIA.

Ad L. V. T. I.

SVMMARIA.

Ex sententia quorundam iuramentum perhorrescentiæ suppletorium est n. 1.
Rectius tamen causarum allegationem non requirit n. 2.
Spoliatus ante plenariam restitutionem respondere non tenetur n. 3.
Recusatio iudicis regulariter odiosa est n. 4.
Litis protractio non permittenda n. 5.
Iuramenti perhorrescentiæ abusus non probandus n. 6.
Regula: quod spoliatus ante omnia sit restituendus, differt litis contestationem, non ipsam spolii causam n. 7.

Als die Herren uns interponirte appellation, deren iustification und darauf geschehene submission in Sachen des Raths zu S. appellanten an einem und G. Z. und dessen Eheweib U. Z. appellaten am andern Theil in 10. zurück kommenden volum. zugeschicket, und ꝛc.

Daß die appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und die Sache zu ihrer Rechtfertigung an die Herren erwachsen; der materialien halber erscheinet aus denen acten so viel, daß in voriger instanz übel gesprochen, wohl appelliret, und dannenhero die sententia a qua dahin zu reformiren, daß das iuramentum perhorrescentiæ, wozu sich appellaten erbothen, gestalten Sachen nicht statt finde, sondern es lediglich bey dem vol. D. fol. 197. befindlichen, und den 1. Febr. 1734. eröffneten Urtheil in allen lediglich zu lassen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) die appellaten sich vielfältig zum iuramento perhorrescentiæ offeriret, auch dazu unterschiedliche causas suspicionum vol. D. fol. 208. sqq. angeführet, dergestalt, daß,
1 wenn gleich zu dessen Behuf einige iustæ causæ dargethan werden müsten, vt instar iuramenti suppletorii haberi debeat

LAVTERBACH *de iuram. perhorresc. §. 31. sqq.*

es daran hier gar nicht ermangeln möchte, allenfalls aber das iuramentum perhorrescentiæ an statt eines völligen Beweises dienet, und so beschaffen ist, daß man die causas suspicionis an- und auszuführen, keinesweges schuldig ist,

2 *c. 11. de rescript. in 6. §. cum vero* ibi: *fidem iudici faciat per proprium iuramentum.*

STRYK *in introd. ad prax. f. c. 9. §. 17.*

MYNSING *cent. 3. obs. 58. n. 1.*

BERGER *in œconom. iur. p. 916.*

bey solcher Beschaffenheit also die Helmstadienses vol. D. fol. 287. sich gemüßiget befunden, schlechterdings auf das gemeldte iuramentum zu erkennen, und dazu die itzterwehnte Gründe anzuführen; hiernächst 2) in dem Wittenb. Urthel zwar auf recognition der documentorum sub ℥ und ♀ und Einlassung auf den 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 12. 13. 15. 16. und 21sten Artickel der bereits angetretenen Bescheinigung erkant, gleichwol appellaten solches bishero billig recusiret haben möchten, nachdem dieselbe noch nicht völlig restituiret, und aus denen Rechten bekannt, quod ante plenariam restitutionem spoliatus respondere non teneatur,

3 *c. f. X. de ord. cognit.*

bevorab da Rechtskräfftig auf dieselbe, wie auch auf die Ersetzung der Schäden und Unkosten erkant, nicht weniger vol. E. fol. 170. denenselben die Reise-Kosten und Auswinterung auf vorgehende Haußwirthschafft Verständiger Ermäßigung zugesprochen sind, davon aber noch nichts restituiret, welche Beschaffenheit es auch 3) mit der geforderten Caution hat, worauf ebenfalls keine reflexion ante plenariam restitutionem genommen werden möchte, zumal es noch nicht ausgemachet, ob hier ein Pacht oder würckliche administration sich befinde, bey welchen Umständen es scheinen will, als wenn es lediglich bey dem Helmstädtischen vol. E. fol. 285. befindlichen Urthel gelassen werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in denen Rechten dergleichen Absprung von denen ordentlichen Gerichten sehr odiös und regulariter unzulässlich ist, quod iurisdictionum confusio non tantum partibus litigantibus damnosa, sed ipsi quoque reipublicæ maxime pernitiosa censeatur. Vbi enim sua vnicuique iurisdictio non seruatur, quid aliud agitur, nisi
4 ipsa iustitiæ administratio turbetur,

c. 39. C. 11. q. 1.

GAIL. *lib. 1. de pac. publ. c. 17. n. 1.*

und dann quoad rat. primam die acta klärlich darlegen, daß die appellaten, nachdem sie wieder in das dem Rathe zu Sorau zuständige Vorwerck immittiret worden, einen höchst strafbaren Mißbrauch derer beneficiorum iuris vielfältig vorgenommen, so, daß darüber die appellaten sowol als deren aduocatus in billigmäßige Strafe genommen werden müssen, wohin denn auch nicht unbillig das so vielfältig in actis gesuchte iuramentum perhorrescentiæ

tiæ et paupertatis gehöret, durch welche widerrechtliche Aufzüge appellaten nichts anders intendiren, als die Sache in lauter confusion zu ziehen, und sich dadurch bey dem Genuß des Vorwercks ohne Abgebung der Pacht-Gelder, zu conseruiren, im Gegentheil dem Rath zu Sorau endlich das leere Nachsehen zu lassen, dergleichen illegalen Verfahren keinesweges länger nachzusehen

l. 38. de R. vind.

dergestalt, daß, wenn gleich bey dem iuramento perhorrescentiæ nicht nöthig seyn solte, einige causas suspicionum darzuthun oder anzuführen, dennoch dem offenbaren Mißbrauch dieses beneficii nicht nachzusehen, noch zu gestatten, daß die Sache länger dadurch aufgehalten werde, bevorab da, wenn die appellaten beschweret werden solten, ihnen der recursus allemal bevor bleibet, dazu sie ohnedem sehr faciles sind, ausserdem aber dieselbe bereits vol. 5. fol. 241. sich dazu immediate bey Sr. Hochfürstl. Durchlaucht offeriret, darauf aber in rescripto fol. 232. eiusd. vol. nicht reflectiret, und abermal solches fol. 247. per rescriptum verworfen, und das iudicium primæ instantiæ dabey erinnert worden, bey dem fernern Verfahren sich dergestalt zu bezeigen, daß die Z. Eheleuthe zu gegründeter Beschwerde keinen Anlaß bekommen mögen, welches auch in rescripto fol. 286. wiederholet, anbey aber noch zur Zeit das Gesuch einer besondern commission abgeschlagen, und fol. 297. und 312. abermal es dabey gelassen worden, dergestalt wir billig bedencklich gehalten, dem Gesuch wegen des iuramenti perhorrescentiæ bey so bewandten Umständen zu deferiren, und, so viel das andere grauamen betrifft, darauf um desto weniger gesehen werden können, als vol. C. fol. 79. rechtskräfftig auf die Bescheinigung, daß sie nach dem bereits beschwornen Inuentario alles denen appellaten wiederum restituiret, oder was daran ermangelt, ersetzet haben, erkant, die appellanten auch vol. D. fol. 3. diese Bescheinigung angetreten, und zu dem Ende theils die bezeignete documenta induciret, theils auch die Einlassung auf die specificirte Articul gesuchet, worauf vol. D. fol. 197. nothwendig erkant werden müssen, weil die Regul, quod spoliatus ante omnia sit restituendus, nur die Einlassung in der Haupt-Sache, wie auch die recognition der documentorum in derselben verhindert, keinesweges aber auf die causam spolii selber appliciret werden kan, anderer gestalt man in Ewigkeit nicht würde ausmachen können, wie weit der spoliatus restituiret sey oder nicht, dessen Bescheinigung doch rechtskräfftig erkant ist, und was die Reise-Kosten und Auswinterung betrifft, solche ebenfalls ad liquidum gebracht und deren Ersetzung erfolgen kan, wenn nur die appellaten sich zum Zweck legen wollen, und durch dergleichen illegale Demarchen den tramitem iustitiæ zu verrücken nicht intendiren; dabey aber auch quoad grav. tertium auf die Sicherheit der appellanten um desto mehr zu sehen als die appellaten um so viele Jahre die Nutzung aus dem Vorwerck gehoben, nichts gezahlet, und man ihre wahre Absicht leicht daraus abnehmen kan, auch die Bestellung der caution vorizo um desto nöthiger ist, da in denen appell. acten fol. 275. die determination des quanti cautionis, bis daß das ergriffene remedium supplicationis aus dem Wege geräumet, ausgesetzet ist, welches vol. E. fol. 170. geschehen, und dieses Puncts wegen eine Confirmation ertheilet ist, diesemnach nunmehro res iudicata vorhanden, und dem zu folge zuforderst nach dem vol. D. fol. 198. b. zu verfahren ist, unter der ernstlichen Verwarnung, daß sonsten über das quantum cautionis rechtlich erkant werden solle,

Ad L. V. T. I. 7

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE SEPT. MDCCXXXV.

RESPONSVM XCIX.

THEMA.

Recusatio iudicis ex capite suspicionis contra quemlibet superiorem locum habet.

SVMMARIA.

Ex sententia quorundam iuramentum perhorrescentiæ actori tantum prodest n. 1.
Iuramentum perhorrescentiæ ex papatu originem trahit n. 2.
Quondam recusatio iudicis secularis coram Bohm. Conf. T. III. P. II. ecclesiastico permissa n. 3.
A statibus imperii reprobata n. 4.
Recusationi iudicis post litem contestatam non locus n. 5.
Iuramentum perhorrescentiæ ex sententia quorun-

Ad L. V. T. I.

quorundam semiplenam probationem causarum suspicionis requirit n. 6.
Præses iudicii non facile recusari debet n. 7.
Iuramentum perhorrescentiæ iniuriam non infert n. 8.
Suspectus iudex merito recusatur n. 9.
Etiam præses collegii recusatur n. 10.
Iuramentum perhorrescentiæ causarum suspicionis nec allegationem, nec probationem requirit n. 11.
Iuramentum perhorrescentiæ etiam reo competit n. 12.
Reus et actor in dubio eodem iure vtuntur n. 13.
Iuramentum perhorrescentiæ hodie est iuris communis n. 14.
Recusatio iudicis etiam post L. C. vrgetur, si suspicio post demum emergit n. 15.
Cur cum iuramento perhorrescentiæ probatio suspicionis non coniungenda n. 16.
Iuramentum perhorrescentiæ etiam contra iudicem delegatum locum habet n. 17.
Imo contra iudicia imperii n. 18.
Facilius quædam membra collegii recusantur, difficilius integrum collegium n. 19.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst einer Frage ꝛc.

Hat Cruciger bey einem Landes-Collegio des Fürstenthums Florida, wo das ius commune recipiret ist, einige beschwerliche Processe, und hält den Cantzler primum, sowol als den Vice-Cantzler des collegii secundum, vor seine Feinde, dahero er bey dem Landes-Fürsten sich ad iuramentum perhorrescentiæ wider dieselbe offeriret, und gebethen, daß er zum iuramento perhorrescentiæ zugelassen, und dem Cantzler und Vice-Cantzler das votiren und decretiren in allen seinen Angelegenheiten untersaget werde, dabey uns denn folgende Frage vorgeleget ist:

Ob Cruciger zum iuramento perhorrescentiæ wider den Cantzler sowol als Vice-Cantzler zuzulassen, auch denenselben das votiren und decretiren in seinen Angelegenheiten von Rechtswegen zu untersagen sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol Cruciger 1) nicht angezeiget, ob er in seinen Processen, so er bey dem Landes-Collegio des Fürstenthums Florida hat, Klägers oder Beklagten Stelle vertrete, allermassen nach einiger Rechts-Lehrer Meinung das iuramentum perhorrescentiæ nur denen
1 Klägern zu gute eingeführet ist, neque enim reus eo indiget, qui conuentus coram iudice inimico, exceptione suspecti iudicis vtitur et iuuatur,

MEV. *P. 6. dec. 71. n. 3.*

ja, wenn man 2) dessen Ursprung ansiehet, solches vornemlich in denen finstersten Zeiten des Pabstthums entsprungen, bey welchen die Geistlichen alle weltliche Sachen zu ihren Gerichten gezogen, und den Prætext dabey gebrauchet, daß bey denen weltlichen Gerichten
2 keine unpartheyische administratio iustitiæ anzutreffen, und dahero denen Geistlichen erlaubet sey, supplere negligentiam et defectum in iustitia administranda,

c. 11. de for. compet. in f.
c. 6. 8. 10. eod. c. 5. X. de iudic.
c. 2. X. de alien. iudic. mut. causa ibique ACOSTA *ad cit. tit. in f. p. 264.*

zu welchem Ende man denen Klagenden erlaubet, bey denen geistlichen Gerichten sich zu melden, zu diesem iuramento sich zu offeriren, und dadurch zu erhalten, daß sie in allen ihren An- 3
gelegenheiten den iudicem secularem recusiren, und die weltlichen Sachen vor die geistlichen Gerichte ziehen konten, gegen welchen Greuel doch die Reichs-Stände in denen bekanten 100. grauaminibus sehr geiffert 4

apud SCHILTER *de libert. eccles. German. lib. VII. c. 2. §. 866.*

und dessen Abstellung gesuchet, und also auch zugleich den Gebrauch dieses iuramenti gemißbilliget,

BÖHMER *de querela deneg. et protract. iustitiæ*

ja man 3) daraus abnehmen kan, daß solches nicht nur von denen Klägern allein gebrauchet, sondern auch vor erhobener Klage die Kläger sich dazu offeriren müssen, seu quando lis nondum cœpta est, quia, vbi semel iudicium cœptum, ibi quoque finiendum, 5

l. 30. D. de iudic.

adeoque post litem contestatam non amplius locus est recusationi iudicis

l. f. C. de iudic.

wir aber aus der facti specie wahrgenommen, daß Cruciger bey dem gedachten Landes-Collegio bereits unterschiedliche processus anhängig hat, bey welchen er nunmehro erst sich des iuramenti bedienen will, so nicht erlaubet seyn möchte

MEV. *cit. l. n. 8.*

bevorab da 4) Cruciger keine iustam perhorrescentiam anführet, und das bloße Anführen, daß der Cantzler und Vice-Cantzler desselbigen Gerichts seine Feinde wären, nicht gnug seyn will, sed causas speciales inimicitiæ allegare 6
debet

LAVTER-

LAVTERBACH. *de iuram. perhorresc. §. 19.*

et simul docere, eas probabiles et verisimiles esse, adeoque causæ suspicionis docendæ sunt

c. 61. X. de appellat.

GAIL. *l. obs. 33. n. 14.*

qua de causa ad minimum semiplena probatio desideratur, vt quis possit admitti ad hoc iuramentum

LAVTERBACH *cit. l. §. 31. sqq.*

wie denn auch 5) der Pabst Leo X. in einer eigenen Bulla dieses iuramentum nicht anders als, semiplena probatione suspicionis præcedente, admittiren wollen, wie solches mit mehrern ausführet

ERASMVS a CHOCKIER *tom. II. de iurisdict. ordinar. in exemtos*

absonderlich aber 6) hieben kein geringes dubium sich äussern will, daß Cruciger gegen 7
den Cantzler und Vice-Cantzler desselben Landes-Gerichte sich des gedachten iuramenti bedienen will, welches die beyden capita suprema desselben sind, dessen auctorität zu manteniren, dem Landes-Herrn um desto mehr obligt, als vor dieselben die grösseste præsumtion militiret, quod ob grauitatem et magnitudinem officii, ad quod admissi sunt, non aliter iudicaturi sint pro sapientia et iure dignitatis suæ, quam ipse princeps foret iudicaturus

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

so daß es scheinen will, als wenn das iuramentum perhorrescentiæ gegen gedachte suprema capita iudicii prouincialis nicht wohl statt finden möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die recusatio suspecti iudicis vor ein beneficium, so denen litigantibus in Rechten mitgetheilet, zu halten, und also niemanden dadurch, daß gegen ihn ex capite suspecti protestiret wird, einige iniuria 8
inferiret, noch gegen den respect gehandelt wird

MEV. *P. 1. decis. 51.*

zumal ein jeder leicht vernünfftig begreiffen wird, daß es sehr gefährlich, und niemand zu rathen sey, sich und seine Güther und Vermögen in seines Feindes-Hände zu stellen, dahero auch die Rechte davon vernünfftig lehren: ipsa ratio dictat, quod suspecti et inimici iudices esse non debeant

c. 41. X. in f. de appell.

9 sub quibus litigare admodum periculosum habetur

l. 16. C. de iudic. c. 5. X. de except.

absonderlich wenn die capita suprema iudicii verdächtig sind, von deren auctorität die andern membra dependiren, und alle con- *Ad L. V.*
federation haben, so, daß von solchen desto *T. I.*
grössere Gefahr zu befürchten, wenn sie sich 10
des votiren und decretiren nicht enthalten, und weil es mannichmal schwer ist, die causam inimicitiæ, ja diesen affectum animi internum, welcher leicht per dissimulationem versteckt werden kan, zu beweisen, dessen doch einer von denen litigirenden Partheyen überzeuget ist, die canonische Rechte deswegen erlaubet, sich zu dem iuramento perhorrescentiæ, quod tantum credulitatis est, coram superiori zu offeriren, adeo vt causa suspicionis et inimicitiæ nequidem alleganda et probanda sit, cum probatio hoc in puncto 11
incidente per iuramentum fiat

c. 11. de rescript. in 6.

FELTMANN *de iuram. perhorr. lib. I. c. 4.*

BERGER *in disceptat. for. lib. II. p. 357.*

wobey die Sache desto klärer werden wird, wenn die rationes dubitandi aus dem Wege geräumet werden, so gar leicht geschehen kan, zumal ad 11 zwar das c. 11. cit. von Klägern redet, aber deswegen dem Beklagten nicht verbothen ist, sich dieses beneficii, quod extra- 12
ordinarium quidem, sed pinguius est, zu gebrauchen

BERGER *cit. l. p. 354.*

BÖHMER *tom. I. iur. eccl. protest. lib. II. tit. 2. §. 73.*

so daß, wenn er dieser exception sich bedienet, ihm nichts entgegen stehet, daß er sich nicht zu diesem Eyde offeriren könte, bevorab da die partes reorum noch weit fauorabler als actorum zu achten, und was diesem zugelassen, auch jenem nicht zu denegiren, adeoque in 13
dubio eodem vtuntur iure.

c. 3. X. de probat.

Und obwol ad 2) der Mißbrauch im Pabstthum sehr weit gegangen, welcher in rat. dub. 2. angeführet ist, dennoch der Ursprung desselben daher eigentlich nicht deduciret werden kan, und wenn auch solches wahr seyn solte, dennoch mehr als zu bekant ist, daß wir viele Dinge in dem processu iuris communis in foris Germaniæ angenommen haben, welche aus keinem guten Grunde herzuleiten, nunmehr aber dieses iuramentum zum processu iuris communis, primario ex iure canonico de- 14
sumendi, mit zu referiren, und weil in dem Lande Florida nach dem iure communi gesprochen wird, auch dasselbe billig so lange statt finden muß, bis daß solches durch eine Landes-Constitution aufgehoben, sodann ad 3) diese exceptio zwar dilatoria ist, dennoch auch wol in progressu litis statt finden kan, wenn sich die causæ suspicionis alsdann erst ereignen

LAVTERBACH *c. l. §. 46.* 15

oder solche erst nach der Zeit dem interessirten

Ad L. V. T. I.

Theil kund werden, dabey auch der Beweis ad 4) unvonnöthen, als welcher durch den Eyd erfüllet wird, wie vorhin schon angezeiget, und deswegen dieses als ein remedium extraordinarium anzusehen, bey dem ordinario aber, wovon die angeführten textus reden, der Beweis erfordert wird, weil sonsten der Pabst 16 nach seiner dabey geführten Absicht nichts sonderliches oder etwas neues in dem gedachten c. 11. de reſcript. in 6. verordnet, sondern, wenn wenigsten ein halber Beweiß nöthig wäre, de iure ordinario alsdann das ſuppletorium dem recuſanti zu ſtatten kommen müſte, welches ad 5) der Pabſt Leo X. in ſeiner Bulla ſelbſt agnoſciret, und dadurch, daß er einen halben Beweiß hier neuerlich fordern wollen, das ius commune corrigiret, und von demſelben abgegangen iſt, deſſen bulla aber in foris proteſtantium nicht angenommen iſt, in welchen man bey dem iure communi verbleibet, endlich ad 6) zwar bedencklich iſt, in caſu præſenti das gedachte iuramentum zu admittiren, dennoch eines Theils auch ſolches dubium bereits remouiret, und die Zuläßigkeit dieſes Eydes in ſolchem Fall gezeiget: andern Theils auch bekant iſt, quod hoc modo quilibet iudex tam ordinarius quam delega- 17
tus recuſari queat,

LAVTERB. *cit. l. §. 41.*

auch ſogar vormals die Proteſtanten Urſache gefunden, gegen die Reichs-Collegia ſich deſſen zu bedienen 18

STRAVCH. *diſſ. iur. publ. 13.*

wiewol in caſu præſenti dieſes iuramentum um deſto mehr ſtatt finden muß, als deſſen Endzweck nicht dahin gehet, das gantze Landes-Collegium zu recuſiren, ſondern nur deſſen beyde primaria membra vom votiren und decretiren abzuhalten, wodurch um deſto we- 19
niger einiger Tort jemande geſchiehet, als dennoch das Gerichte in ſeinem vigore verbleibet, und nur in denen Sachen, die den Cruciger betreffen, andere decretiren und votiren.

So erhellet hieraus ſo viel, daß Cruciger gedachter maſſen zum iuramento perhorreſcentiæ nach den gemeinen Rechten zuzulaſſen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMBR. MDCCXLIII.

DECISIO C.

THEMA.

Lite pendente alius iudex ſine nullitate in cauſſa pronunciare nequit.

SVMMARIA.

Mandati reuocatio non præſumitur n. 1.
Legitimatione ſuperuacua nemo onerandus n. 2.
Connexæ cauſſæ non ſunt diuidendæ n. 3.
Motus concurſus ad ſe trahit omnes proceſſus particulares n. 4.
Ibi concurſus cenſetur motus, vbi ſuper liquido et prioritate concertatum n. 5.
Defectus iurisdictionis in ſententia nullitatem operatur n. 6.
Nullitatis exceptio retardat executionem n. 7.
Lite pendente nil innouandum n. 8. 12.
Mandatum de vno iudicio ad aliud extendi nequit n. 9.
Ratihabitio æquiparatur mandato n. 10.
Ceſſante continentia, ceſſat forum connexitatis cauſſæ n. 11.

Auf geſuchte reſtitution und erfolgte Geſetze in Sachen unſers Cammer-Raths von G. und ſel. C. R. Erben Imploranten an einem, und des adminiſtratoris der St. Marien-Kirchen Imploranten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preuſſen ꝛc. nach vorgehabten Rath unſerer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß zuforderſt C. R. Erben durch eine auf unſere Regierung gerichtete Vollmacht bey 10. Thlr. Strafe ſich zu legitimiren, und dieſelbe das bishero ergangene Verfahren zu ratihabiren ſchuldig, und iſt übrigens nunmehro aus denen Acten ſo viel zu befinden, daß dieſe Sache als eine Concurſs-Sache vor unſere Regierung nicht gehörig, noch daſelbſt auszumachen, ſondern an unſer Königl. Hof-Gerichte nach Stargardt zu verweiſen ſey. Wie denn nun die bereits ad acta gebrachte und ausgeführte momenta in der Haupt-Sache daſelbſt als in foro competente gebührender maſſen wiederholet, oder daſelbſt hin remittiret werden, ſo ergehet

ergehet alsdann in derselben ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) so viel den punctum legitimationis betrifft, an derselben kein Mangel zu befinden seyn möchte, nachdem solche in denen beygefügten vor dem Königl. Hof Gerichte zu Stargardt ergangenen acten sub R. fol. 12. zu befinden, C. R. Erben sich darauf beständig bezogen, und dahero keine anderweitige Vollmacht nöthig zu seyn scheinet, als welche niemals reuociret worden, auch in dubio solches nicht zu præsumiren

MEV. *P. 8. decis. 37. n. 5.*

et sicuti superuacuis cautionibus, ita legitimatione superuacua nemo onerandus, cum 2 ad officium iudicis pertineat, lites abbreviare atque inutiles ambages amputare

IDEM *P. 2. decis. 26. n. 5. et 6.*

und so viel die Haupt-Sache betrifft, Imploranten aus zweyen Ursachen sich grauiret befinden, erstlich daß sie angewiesen worden, vor der Königl. Regierung zu liquidiren, und super prioritate zu verfahren, und zum andern, daß die von der Stiffts-Kirche beygebrachte obligationes vor richtig erkant worden, da dann was 2) die exceptionem fori als præiudicialem betrifft, es das Ansehen gewinnen will, als wenn solche unerheblich sey, zumal die Königl. Regierung Ursache gehabt zu haben scheinet, diese Sache vor sich zu ziehen und sofort abzuthun, nachdem die reuocation und Einlösung des Obrist-Lieutenants H. Antheils in Guth Rosow in Amte Stettin vor der Königlichen Regierung competenter geschehen, und dabey nöthig befunden worden, alle Creditores, die am besagten Antheil eine rechtmäßige Forderung haben möchten, ad li- 3 quidandum citiren zu lassen, so auch vol. 1. fol. 91. geschehen, und darauf die administratores der Stiffts Kirche sich gebührend gemeldet, mithin ob causæ connexitatem diese liquidation vor der Kön. Regierung wol veranstaltet werden mögen, causæ enim connexæ non sunt diuidendæ

l. 10. C. de iudic.

et connexitas facit simul deuolui, quod connexum est

LANCELLOTT *de attent. P. 2. c. 12. lim. 2. n. 25. sq.*

und obwol 3) die Implorantes bereits vor dem Königlichen Hof Gericht zu Stargardt Arrest angeleget, und die iustification daselbst angefangen, dieserwegen sich auf litis pendentiam bezogen, dennoch dabey bekant ist, daß durch citirung der creditorum vor der Königlichen Regierung daselbst der Concurs mouiret, und sie zum Verfahren super liquidatione et prioritate vorgeladen worden, welches diese Wür-

ckung hat, vt omnes processus particulares *Ad L. V.* sistantur, et ad forum concursus trahantur, *T. I.*

MEV. *P. 5. decis. 26.*

dahero auch 4) das Hof Gericht zu Stargardt die bereits daselbst ergangene acta eingeschicket, und also agnosciret hat, daß vor der Königl. Regierung die Sache wol ausgemachet werden könne, ja sich der præuention dieserhalb begeben, sonsten aber auch 5) exempel vol. II. fol. 79. von Imploraten angeführet sind, daß die Königliche Regierung auch Iustiz-Sachen angenommen, und darin vor sich sine formidine nullitatis verfahren lassen, aus denen Rechten aber bekant ist, daß die obseruantia fori in- 4 star legis sey, vt pro lege haberi debeat,

CARPZ. *lib. 6. resp. 104. n. 5. et 6.*

und obwol 6) vor das Hof. Gerichte die Concurs-Sachen hin verwiesen sind, dennoch annoch gezweifelt werden möchte, ob allhier ein wahrer Concursus vorhanden, welches noch bis dato die Imploraten nicht agnosciren wollen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch in dem vol. II. fol. 19. befindlichen extract der Hinterpommerschen Hof Gerichts Ordnung tit. 31. §. 4. versehen, daß die Königliche Regierung, wenn Sachen, 5 so vors Hof Gerichte gehören, an sie gebracht werden, dieselbe dahin verweisen solle, wie denn in causa debiti die Königliche Regierung in anno 1701. laut fol. 79. vol. II. diesem zufolge den Kirchen-Administratorem in causa debiti von sich ab- und dahin verwiesen, zumal nach der gedachten Hof Gerichts Ordnung dergleichen Sachen, absonderlich wenn super prioritate et liquidatione zu verfahren, dahin verwiesen sind, hier aber ohnstreitig ist, daß causa concursus vorhanden, da eines Theils in Behörs-Bescheide vol. I. fol. 113. b. die Interessenten, daß sie ihre Forderung vor der Königlichen Regierung liquidiren und super prioritate handeln sollen, beschieden sind, welches extra concursum unvonnöthen ist; andern Theils eben deswegen die Imploraten mit denen Imploranten super qualitate ihrer Forderung bereits disputiret haben, und dieselbe als eine Kirchen-Schuld ausgeben wollen, dieweil sie die vol. I fol. 96. angelegte liquidation zu einer Kirchen-Schuld machen, und nach dessen priuilegio bezahlet seyn wollen, welches Verfahren wiederum sine effectu gewesen seyn würde, wenn nicht ein Concursus vorhanden, und wegen distribution der Einlösungs-Gelder super prioritate erkant werden müste, mithin diese Sache ihrer Natur nach so beschaffen, daß sie nicht vor der Regierung, als welche in dergleichen Sachen keine iurisdiction hat, sondern vor das Hof Gericht allein gehöret, defectus autem iurisdictionis in sententiis et decretis maximus et imprimis attendendus est, quia prouenit ab ipsa

Ad L.V. 1.1. causa efficiente, h.e. a iudice, qui basis et fundamentum iudicii est, et nullitatem præ 6 ceteris operatur

BLASIVS ALTIMAR. *de nullit. sent. rubr. 9. qu. 162. n. 1.*

iudicatum enim id demum accipiendum est, si is iudicauit, qui ius iudicandi habuit,

l. 1. in f. ad SCt. Tertull.

l. 4. §. 6. D. de re iudic.

l. 2. D. de pœn.

bey solchen Umständen also, da allhier der defectus iurisdictionis in Streit gezogen und dargethan ist, in der Haupt-Sache nicht erkant werden mögen, als welche ad forum competens zuforderst verwiesen werden muß, cum opposita hac exceptione retardetur 7 ipsius causæ executio,

ALTIMARVS *cit. l. n. 4.*

bevorab da bereits die Sache von denen Imploranten daselbst anhängig gemachet, und die Rechte klare Maase und Ziel hierin geben, quod lite pendente nihil innouandum sit, 8 cum litis pendentia coram vno iudice impediat causam agitari coram alio

c. 1. et fin. X. vt lit. pendent.

dagegen dann die rat. dub. nichts vermögen, angesehen ad 1) der Imploraten Vollmacht mit dürren Worten auf das Hof-Gerichte restringiret ist, cum in omni mandato iudicium exprimi debeat;

c. 10. X. de iudic.

FIBIGIVS *ad proc. P. 1. c. 2. m. 3. §. 6. reg. 4.*

iam autem mandata procuratoria stricti iuris sunt, et sic de vno iudicio ad aliud extendi non possint

9 *l. 5. D. mand.*

MEV. *P. 8. decis. 218. n. 1. et 2.*

welches absonderlich hier nöthig ist, da der procurator der Imploranten die Königl. Regierung in hac causa decliniret, darüber mit Imploraten verfahren, und dahero sich auch hierzu legitimiren, und wenigstens von seinen principalen die ratihibition wegen dieses Ver- 10 fahrens anschaffen muß, quippe quæ æquiparatur mandato

l. 56. de iudic.

und so viel ad 2) die exceptionem fori incompetentis betrifft, keine wahre connexitas causæ sich hier befinden will, da eines Theils ratione der Wiedereinlösung kein Proceß vorher gegangen, sondern nur theils Verordnungen, theils auch einige Vorstellungen und Berichte in actis anzutreffen, ob die reluition ex causis œconomicis geschehen könne, und als solche endlich decretiret, und die Gelder bey der Königl. Krieges- und Domainen-Cammer deponiret worden, die Creditores zwar, die einen Anspruch an dem Hempelschen Antheil haben möchten, billig citiret, iedoch auch solches in foro competente, d. i. bey dem Hof-Gerichte geschehen, und solches von der Königlichen Regierung veranlasset werden müssen, weil die causa liquidationis gantz andere Personen betroffen, auch ratione reluitionis eigentlich kein Proceß geführet worden, endlich der Mangel der iurisdiction in Ansehen des Concursus hinzu tritt, woselbst eigent- 11 lich keine continentia causarum statt finden kan,

FRIDERVS *de connexit. caus. c. 1. §. 8. n. 14.*

bevorab da sich die Imploranten vltro in foro competente gemeldet, und auf die bey der Königlichen Krieges- und Domainen-Cammer liegende Gelder Arrest gesuchet, auch erhalten, mithin daselbst bereits lis cœpta ist, also auch daselbsten billig geendiget werden muß,

l. 30. D. de iudic.

ihnen auch nicht præiudiciren mögen, daß die 12 Imploraten sich bey der Königlichen Regierung gemeldet, da er sich vielmehr auch in foro competente melden sollen, dieserwegen ad 3) die Citation der Creditorum ad liquidandum bey der Königlichen Regierung diese Sache nicht alteriren mögen, als welche a foro incomperente geschehen, und vielmehr von dem Hof-Gerichte solche geschehen sollen, und obwol ad 4) ad requisitionem der Königlichen Regierung die beym Hof-Gerichte verhandelte acta eingeschicket sind, dennoch solches saluo iure derer Imploranten geschehen, denen ihre exceptio litis pendentiæ nicht genommen, noch daß sie wider ihren Willen ad aliud forum gezogen werden sollen, ihnen zugemuthet werden können; nachdem ad 5) die observantia contraria nicht debito modo beygebracht, vielmehr das Gegentheil aus der vol. II. f. 79. befindlichen resolution zu ersehen, und bey denen angeführten Exempeln weder veritas facti dargethan, noch angezeiget ist, ob die Beklagte in denen allegirten Exempeln sich der exceptionis fori bedienet, oder freywillig der Königlichen Regierungs-Cognition submittiret haben, cum inter volentes prorogatio locum habeat, endlich ad 6) bereits oben dargethan ist, daß allhier ein Concursus würcklich vorhanden, ja die Partheyen angewiesen sind, super liquidatione et prioritate zu verfahren.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ. MENSE NOV. MDCCXXXVII.

DECISIO

DECISIO CI.

Ad L. V. T. I.

THEMATA.

I. Alicubi secundum obseruantiam iudicium criminale per tres personas constituitur.

II. *Qui operas proxeneticas in furto præstat, proxime ad illud concurrit.*

SVMMARIA.

Iudicium criminale requirit iudicem, scabinos, et actuarium n. 1.
Nisi obseruantia aliud inuectum n. 6.
Sola scientia furti pœnam mitigat n. 2.
Carceris diuturnitas rigorem pœnæ moderatur n. 3.
Nisi per culpam rei causata n. 8.
Nudum consilium ad furtum faciendum haud est capitale n. 4.
Conspiratio ad crimen effectu non secuto arbitrarie coercetur n. 5.
Participatio concursum ad crimen arguit n. 7.
Qui in actu criminis realem opem fert, pœna ordinaria afficitur n. 8.
Furtum qualificatum seditionem non requirit n. 9.
Reo die executionis reuocante executio suspendenda n. 10.

Als derselbe uns die gegen G. I. G. und dessen Eheweib I. C. M. ergangene Inquisitions-Acta, und was sie beyderseits anderweit zu ihrer defension ad acta gebracht, zugeschicket ꝛc.

Daß, woferne Inquisit G. I. G. vor gehegten peinlichen Hals-Gericht bey seinem gethanen Bekäntniß nochmals verharren solte, alsdenn derselbe nach Strenge der peinlichen Hals-Gerichts-Ordnung mit dem Strange vom Leben zum Tode zu bringen, Coinquisitinne aber auf ein Jahr lang in ein Zucht- oder Corrections-Hauß zu bringen, und darin zu öffentlicher Arbeit anzuhalten: Im Fall aber jener vor gehegten peinlichen Hals-Gerichte seine gethane Bekäntniß reuociren solte, so ergehet auf anderweit geschehene Verschickung der Acten, und allenfalls dabey verstatteten neuen defension ferner was recht ist; an der Coinquisitinnen aber wird das Urthel auf dem Fall der reuocation nicht unbillig schlechterdings exequiret. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol der defensor 1) gegen die execution der Marter erinnert, daß solche nicht in gehöriger Form und in Gegenwart des Richters und zum wenigsten zweyer des Gerichts und des Gerichts-Schreibers exequiret worden, so doch nach der peinlichen Hals-Gerichts-Ordnung

art. 47. §. 2.

nöthig sey, da im Gegentheil die Tortur in Gegenwart des Syndici, Amtmanns und Amts-Vogten nur exequiret worden, und dahero auf den gantzen actum torturæ und daraus erfolgte Bekänntniß in decidendo nicht zu reflectiren seyn möchte; allenfalls aber 2) wenn der actus torturæ bestehen solte, dennoch der Coinquisitin zu statten kommen müsse, daß sie wegen des zu Münster ihr begemessenen Diebstahls bestrafet sey, im übrigen 3) wegen des Lichtenbergischen Diebstahls nichts weiter gestanden, als daß sie von dem Diebstahl vorher gewust, und dabey gewesen, als ihr Ehemann und der Jäger S. solchen abgeredet, dabey aber in actu ratificationis abgeleugnet, daß sie ihrem Mann dazu gerathen, da sie vielmehr denselben abgerathen haben will, bey der ratification auch geleugnet, daß, da in ihrem Hause von dem Pferde-Ausspielen geredet worden, sie gesaget habe, nun ist es Zeit, nach dem Lichtenberge zu gehen, und also dabey ihr allein zur Last geleget werden könte, daß sie um den Diebstahl gewust, welcher doch, wie er abgeredet, nicht einsten ausgeübet worden, sondern an dessen statt der bey dem Förster Kahlenschmidt erfolget, dabey ihr blos dieses beyzumessen sey, daß sie das gestohlene Zeug mit unter zu bringen gesuchet, solches aber durch die langwierige Gefängniß schon verbüsset sey, dergestalt, daß sie mit keiner weitern Strafe beleget werden könne; und so viel 4) den Inquisiten G. betrifft, derselbe durch die Marter erhalten, daß er bey dem geschehenen Diebstahl nicht selber mit Hand angeleget, sondern wie der Jäger S. ihn wegen des Kuhlenschmidts Hauß befraget, er ihm gesaget, daß er gut Gewehr hätte, und ferner auf jenes Befragen, wo des Kuhlenschmidts

Cammer

Ad L. V. T. I.

Cammer sey, er ihm solche gezeiget, hergegen aber beständig ad art. 11. ratificat. geleugnet, daß er S. zum Einbrechen und Einsteigen behülfflich gewesen, mithin 5) dieses nur pro nudo consilio zu halten, so aber nicht ca-
4 pital seyn könne,

CARPZ. *pr. crim. qu. 87. n. 4.*

si vel maxime ex post facto de furto ipso participauerit

IDEM *cit. l. n. 47.*

übrigens ob zwar 6) Inquisit an Diebes-Schlüsseln gefeilet zu haben, eingestanden, dennoch daraus noch nichts zu machen, zumal damit kein Diebstahl verübet worden, wie denn auch 7) daß er ein Spitzbube sey, von vielen Dieben genaue Connoissence gehabt, mit ihnen umgangen, und mit S. ad furtum
5 committendum conspiriret, die Todes-Strafe auf ihn nicht bringen möchte, da die gantze Conspiration nur den bey dem Amte Lichtenberg auszuübenden Diebstahl betroffen, welcher aber nicht zum Stande gekommen, da hergegen das Kuhlenschmidtische würcklich geschehene furtum nur von ohngefehr, ohne des Inquisiti Anleitung sich zu getragen, er aber dazu nicht geholffen, sondern nur mit davon participiret.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) bey der Besetzung des peinlichen Gerichts es vornemlich auf die bisherige Observanz ankomt, vtpote quæ pro lege etiam habetur, und uns dann dabey berichtet worden, daß bey dem Fürstlichen Amte die peinlichen Gerichte bishero mit keinen mehrern Personen als höchstens mit dreyen be-
6 setzet worden, so auch bey der executione torturæ gewesen, und es also vor diesmal billig dabey verbleiben muß, wiewol bey künfftigen Fällen das Hochfürstliche Amt besser thun wird, wenn es sich genau an der Carolina hält, und das Gerichte mit denen vorgeschriebenen Personen besetzet, übrigens so viel ad 2) die Coinquisitinne betrifft, sie wegen der bereits in Münster erlittenen Strafe des Staupbesens und Brandmahls so weit conuinciret, daß sie eine Spitzbübin sey, und wohl nicht zu vermuthen, daß sie unschuldig bestrafftet worden, dahero ad 3) bey dem Lichtenbergischen Diebstahl ihr wenig zu statten komt, daß sie ihren Mann davon abgerathen haben will, indem sie doch darum gewust, in ihrer Gegenwart solcher abgeredet, and nachdem solcher geschehen, sie das gestohlne Zeug mit unter zu
7 bringen und verparthieren zu helfen gesuchet, sie sich also des geschehenen furti theilhafftig gemachet, und ihr an der zuerkanten Strafe nicht zu viel geschehen, auch die ad annum extendirte Gefängniß ihr ad mitigationem pœ-
8 næ wenig zu statten komt, da sie selber hiebey tergiuerüret, und unterschiedliches, so sie bey der Tortur zugestanden, reuociret, dergestalt sie selber an der Verlängerung der Gefängniß mit schuld gewesen, übrigens ad 4) bey dem Coinquisiten G. sich folgende beschwerliche Umstände hervor gethan, daß, ohngeachtet er bey dem Kuhlenschmidtischen Diebstahl zu Lichtenberg nicht mit Hand angeleget, er doch bey der ratification zugestanden, daß er iuxta art. 1. mit S. abgeredet, zum Lichtenberg einen Diebstahl mit jenem zu verrichten: daß er iuxta art. 4. den 20. Jan. h. a. mit dem Jäger S. ausgegangen, um zum Lichtenberge zu stehlen: daß er zwar auf dem Amt-Hause den Jäger die Schreiberey gewiesen, weil aber daselbst der Anschlag nicht von statten gehen wollen, derselbe auf Kuhlenschmidts Hauß gemachet worden, und auf Befragen Inquisit dem Jäger völlig von allen informiret, welches eben furti faciendi causa geschehen, dieserwegen wenig zu attendiren, daß sie vorher dieses Hauses wegen in specie keine Berathschlagung gepflogen, da sie doch beyde destinato consilio zum Stehlen, und zwar zum Lichtenberg ausgegangen; ferner ad art. 8. Inquisit gewust, daß der Jäger mörderlich Gewehr, als einen Hirschfänger und Puffer bey sich, auch die intention gehabt, mit Einbrechen den Diebstahl zu verrichten, zumal jener zu solchem Ende das Brech-Eisen bey Meyerlinghausen aus dem Rentzel gezogen, und mit sich genommen, Inquisit also iuxta art. 9. nicht anders vermuthen können, als daß er das Fenster, wodurch er in die Cammer gestiegen, damit eröffnet, das Gewehr nebst dem in actis specificirten Zeug heraus geholet, solches dem Inquisiten, dem er inzwischen seinen Rentzel und Stock zu verwahren gegeben, über den Zaun zugeworfen, der es mit tragen helfen, auch davon die Helfte würcklich genossen, dahero ad 5) es gantz falsch ist, daß Inquisit zu diesem furto qualificato et magno, da über 100. Thlr. solcher in Anschlag gebracht ist, nur consulendo geholfen haben soll, da er selbst dazu den ersten Anschlag gegeben, dazu mit gegangen, darin vorher gewilliget, das gestohlne Zeug von dem Thäter angenommen, es mit weggetragen, und seinen völligen Antheil davon genossen, ja auch inzwischen des Hauptthäters Rentzel und Stock verwahret, cum et ii, qui in sarcinis custodiendis ministerium delinquenti præbuerunt, ad delictum concurrunt

c. 6. vers. hi quoque X. de homicid.

also der Inquisit zu diesem verübten Diebstahl nicht remote, sondern proxime concurriret, und als socius eiusdem criminis anzusehen, der Diebstahl aber pro qualificato ohne Zweifel zu halten ist, dazu eingestiegen und eingebrochen, ja auch mörderlich Gewehr der Thäter bey sich gehabt, so, daß alle drey Arten hier concurriren, als welches Carpzov bey einem furto qualificato erfordert, und nach dessen Meinung hier anzutreffen ist, übrigens daß auch dabey conspiratio seditiosa seyn
9 müsse, in keinem Gesetze zu befinden, sondern gnug ist, daß es ein gefährlicher gefliessentlicher

Dieb-

Diebstahl ist, dabey der Dieb mörderlich Gewehr bey sich gehabt, damit er denjenigen, der ihm Widerstand thun wolte, verletzen möchte, worauf die Strafe des Strangs regulariter gesetzet, auch nichts bey des Inquisiten Person anzutreffen, daß einige Minderung der Strafe würcken möchte, als welcher (ad 6. et 7.) ein verleumdeter Spitzbube ist, der die genaueste Kundschafft von einer grossen Menge Diebe geben können, mit welchen er Conversation gepflogen, und Diebes-Schlüssel zum Stehlen præpariret, daher er ohne Zweifel weit mehrere furta ausgeübet, dergleichen Diebe aber billig mit der ordentlichen Strafe zu belegen, übrigens, woferne Inquisit auf endlichen Gerichts-Tage seine gethane Aussage revociren solte, alsdann nach Maasgebung des *art. 91. Constit. Carol.* zu verfahren, und die execution inzwischen zu suspendiren, bis daß über diesen Punct von neuen erkant worden, zumal über die causas revocationis er doch zuvor gehöret werden muß, und in capitalibus causis billig behutsam zu verfahren, im Gegentheil die Coinquisitin, die nur pœna extraordinaria beleget wird, dergleichen Recht vor sich nicht anführen kan, so in peinlichen Rechten auch nicht verordnet, also die execution schlechterdings zu vollstrecken. *Ad L. V. T. I.* 10

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXVII.

DECISIO CII.

THEMATA.

I. Decreta legitimatione ad processum ratihabitio ante actorum non sufficit.

II. *Contumax in pœnam mandato adiectam non condemnatur, antequam de caussis excusationis cognitum fuerit.*

SVMMARIA.

Legitimatione frustranea nemo onerandus n. 1.
Ratihabitio mandato æquiparatur n. 2.
Qui mandato non paret, in pœnam adiectam condemnandus n. 3.
Leges tantum futuris caussis dantur n. 4.
Legitimatio ad substantiam pertinet n. 5.
Res iudicata ius irretractabile facit n. 6.
Mandato si non paretur, caussæ ante omnia allegandæ n. 7.
Rationes ad factum pertinentes n. 8.

Als die Herren uns ferneres Vorbringen und respect. Ungehorsams-Beschuldigung in Sachen H. L. U. auch Anwalden G. L. und cons. Beklagten an einem, G. G. und cons. am andern und dritten, und M. B. Klägern am vierten Theil, in eilf zurück kommenden volum. zugeschicket ꝛc.

Daß die Beklagte als singuli denen iudicatis, und denen an sie vol. IV. fol. 186. und 201. ergangenen Verordnungen zu folge durch eine richtige Vollmacht alles Einwendens ohngehindert bey der fol. 201. gesetzten Strafe binnen 4. Wochen sich zu legitimiren schuldig, jedoch mit der bishero angedroheten Strafe gestalten Sachen und Umständen nach zu verschonen, nicht weniger ist einem jeden von denen Beklagten oder deren Erben durch den Schultzen anzudeuten, daß sie bis zum gäntzlichen Austrag der Sachen kein Grund-Stück verkauffen, oder auf andere Art wegschaffen, sondern wenigstens 25. Thlr. an Kauf-Geldern innen lassen sollen, das übrige des Klägers vol. IV. fol. 180. b. sub n. 2. gethanes Suchen aber hat gestalten Sachen so wenig als dessen fol. 228. gethanes Anbringen statt. Wenn übrigens zuförderst Joachim Hartung über die vol. IV. fol. 202. von Klägern angebrachte Umstände vorhero gebührend vernommen worden, so ergehet alsdann auch dieserwegen was Rechtens ist; übrigens sind G. G. und übrige nahmhafft gemachte Litis-Consorten in einem anderweitigen termino auf die vol. IV. fol. 191. sqq. eingebrachte Ungehorsams-Beschuldigung sub pœna confessi et convicti sich einzulassen schuldig, und weil sie solches nicht gethan, die fol. 209.

Ad L. V. T. I.

b. specificirte Unkosten, so auf 2. Thlr. 16. Gr. zu mäßigen, denen producenten zu erstatten gehalten. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) ratione legitimationis die Beklagte als singuli vorgestellet, daß nunmehro die legitimation nicht mehr nöthig, nachdem der Haupt-Proceß sich geendiget und alles in vorigen Stand gesetzet worden, wobey auch Kläger acquiesciret, dieserwegen es an einem
1 richtigen Grunde zu ermangeln scheinet, zu welchem Ende die legitimation weiter erfordert werden solte, als welche nunmehr vergebens zu seyn scheinet, nemo autem cogitur id facere, cuius effectus est fruftraneus

l. 52. de legat. 2.

TABOR *consult. 141. n. 6.*

allenfalls aber 2) die Beklagte fol. 215. b. vol. 4. alles bisherige Verfahren ratihabiret, und solches durch ihre Unterschrifft bestätiget, ratihabitionem autem mandato æquiparari, ma-
2 nifesti iuris est

l. 56. de iudic. l. vlt. C. ad SC. Macedon. c. 10. de R. I. in 6.

nicht weniger vol. III. fol. 241. sq. sich bereits einige von denen Beklagten legitimiret, und dahero auf dieselbe die ergangene Verordnungen nicht zu ziehen seyn möchten, im Gegentheil 3) Kläger vermeinen will, daß, weil Beklagte denen an sie ergangenen mandatis pœnalibus nicht pariret, die Strafe billig von ihnen exe-
3 quiret werden müsse, ne alioquin talia mandata inania et elusoria fiant

l. 75. D. de iudic.

l. 7. D. ne quid in loco publ.

aut leges ludibrio

l. s. §. 6. vers. non autem filio C. de bon. quæ liber.

sodann 4) das præceptum de bonis interim non alienandis vsque ad certam summam allzu hart zu seyn scheinet, da noch zur Zeit noch ungewiß, ob die Unkosten a singulis oder aus der Gemeinde ærario zu erlegen, im Gegentheil 5) Klägers fol. 228. gethanes Suchen um desto mehr statt finden möchte, weil das vol. IV. fol. 172. b. befindliche Urtheil nur disponiret, daß aus der Gemeinde zu Esperstedt Commun-Casse nichts weiter abgefolget werden solle, die angeforderten 6. Thlr. 23. Gr. aber ex causa præcedente herrühren, auf welche Unkosten das gedachte Urthel nicht gehen möchte,
4 cum etiam leges tantum futuris negotiis disponant

l. 7. C. de LL.

übrigens 6) M. B. fol. 202. die gegen ihn angeführte imputation nothdürftig abgelehnet, und dahero I. H. ex capite calumniæ anzusehen seyn möchte, so auch Kläger fol. 203. begehret, und weil endlich 7) G. G. und die übrige fol. 128. und 197. b. vol. IV. nahmhafft gemachte Litis-Consorten sich notorie nach dem vol. IV. fol. 229. befindlichen extractu der Schwartzburgischen *Proceß*-Ordnung *P. II. tit. X. §. 14.* an der Eydes-Oblation versäumet, nichts mehr übrig gewesen zu seyn scheinet, als auf die pœnam desertionis zu erkennen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) per iudicata fest gesetzet worden, daß die Beklagte als singuli sich zuförderst legitimiren sollen, zumal die legitimatio ad processum ad substantialia eiusdem gehöret, vt sine nullitate omitti non
5 possit,

l. 40. in f. de procur.

MEV. *P. 4. decis. 361. n. 2.*

solche auch nicht mehr vergebens zu achten, anerwogen Kläger dem Vorgeben, daß alles restituiret, fol. 220. b. beständig widersprochen, auch noch, wer die aufgewandten Unkosten bezahlen müsse, von dem übernommenen Beweiß dependiret, und nicht zu vermuthen, daß die Rechtskräftige Urthel auf die Legitimation gedrungen haben würde, wenn solche überflüßig seyn solte, hierüber ad 2) die fol. 215. geschehene ratihabition, soferne die Unterschrifften richtig seyn solten, zwar ad præterita gehet, aber dadurch denen iudicatis noch kein sattsames Gnüge geschehen, als welche auf eine gewöhnliche legitimation erkant, so zuförderst auszufertigen, und ad acta zu bringen, wodurch man dann der Untersuchung, ob die bey der ratihabition geschehene Unterschrifften richtig sind, entübriger seyn, auch sonsten stricte bey denen Rechtskräfftig ergangenen Urtheiln bleiben kan, quippe quæ faciunt ius irretra-
6 ctabile inter partes, adeoque stricte iis inhærendum,

l. 23. §. 3. de cond. indeb.

l. 13. X. de re iudic.

MEV. *P. 7. decis. 4. n. 10. in not.*

wodurch auch das dubium, daß bereits sich einige legitimiret, remouiret wird, da die ergangene iudicata allen und jeden diesem ohngeachtet die legitimation auflegen, und solches am bequemsten in einer Vollmacht coniunctim, alle confusion zu præcauiren, geschehen kan, übrigens ad 3) die Beklagte noch zur Zeit mit der angedroheten Strafe zu verschonen, da dergleichen mandata pœnalia nicht simpliciter obligiren, und die condemnationem operiren, sed si mandato non paretur, allegandæ sunt causæ, cur condemnatio in
7 pœnam fieri non debeat

GAIL. *I. obs. 15. n. 2.*

welches Beklagte vol. IV. fol. 210. sqq. würcklich gethan, und unterschiedliche Ursachen, die einigen colorem iuris vor sich haben, und

nicht

nicht so beschaffen sind, daß sie kein dubium mouiren solten, angeführet, über welche also billig zuförderst erkant, und nunmehro also fest gesetzet werden müssen, daß die Beklagte sub comminatione pœnæ denen iudicatis ein Genügen thun solten, und weil ad 4) noch
8 nicht völlig decidiret, ob die Unkosten aus eines jeden Vermögen oder aus der Commun-Casse der Gemeinde zu Esperstädt hergenommen werden sollen, billig alle Sicherheit vorzukehren, und etwas bey Veräusserung der Grund-Stücke, so die Beklagte besitzen, zurück in reserv zu behalten, damit, wenn dasjenige, was aus der gemeinen Casse bezahlet, a singulis refundiret werden solte, die executio nicht inanis seyn möchte, gleichwol dieses noch ungewiß ist und von dem übernommenen Beweise dependiret, mithin des Klägers fol. 180. b. n. 2. vol. IV. geschehenes Suchen noch zur Zeit nicht statt finden kan, so dann ad 5) derer beyden syndicorum vol. IV. fol. 222. gethanes Suchen bereits verworfen, auch *Ad L. V.* da nach dem vol. IV. fol. 172. b. befindlichen *T. I.* Rechtskräfftigen Urthel aus der Commun-Casse weiter kein Vorschuß verabfolget werden solle, solches auch nicht unbillig auf die quæstionirten Gelder zu ziehen, da die ratio decisionis bey denenselben auch statt findet, endlich ad 6) I. H. über des Klägers Vorgeben noch nicht vernommen worden, ohne welches nichts beständiges hierin erkant werden kan, bevorab, da Kläger hiebey noch satisfaction suchet, und ratione desertionis auf die Einlassung sub pœna confessi et conuicti nothwendig denen Regeln des processus zufolge erkant werden müssen, welches auch producenten selbsten gebethen,

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXXXVIII.

DECISIO CIII.

THEMA.

Si legitimatio ad causſam pars libelli eſt, poſt L. C. eius diſcuſſio differtur.

SVMMARIA.

Rationes dubitandi ex facto deſumtæ n. 1.
Exceptio legitimationis, ſi pars libelli eſt, poſt L. C. excutienda n. 2.

Auf interponirte Leuterung, wie auch resp. gesuchte inhibition und erfolgte Gesetze in Sachen des weyland Cantzley-Directoris A. nachgelassener Wittwen und Erben, Interuenten und Leuteranten an einem, des Professoris und Magistri zu S. C. F. S. Interuenienten am andern, und der sämtlichen S. Gebrüdere, Imploranten am dritten Theil, erkennet Sr. Königlichen Majestät in Preussen Geheimder Rath und anhero verordneter Stiffts-Hauptmann nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem vol. II. fol. 170. befindlichen und den 5. April 1737. eröffneten Urthel nicht unbillig verbleibet. Uebrigens ist Interuenient vor allen Dingen dem itzgedachten Rechtskräfftigen Urthel zufolge den erkanten Vorstand von 30. Thlr. bey der Verwarnung, daß er nicht ehender wieder ad acta zu lassen, zu bestellen, nicht weniger der sämtlichen S. Söhne Aduocatus sich vermittelst einer Vollmacht binnen vier Wochen bey Stra-

Bæhm. Conſ. T. III. P. II.

se 5. Thlr. zu legitimiren schuldig, es hat auch die gesuchte Cassation der fol. 247. b. vol. II. ergangenen inhibition noch zur Zeit nicht statt, sondern es ist zuförderst der punctus wegen præferenz der angegebenen mütterlichen Dotal-Gelder, wenn, wie sich vor allen Dingen gebühret, die A. Wittwe und Erben sich darauf eingelassen, und darüber verfahren, auszumachen, worauf alsdann wegen der gedachten inhibition ferner ergehet was Rechtens ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Weil dem iudicato vol. II. fol. 170. wegen Bestellung des Vorstandes a 30. Thlr. noch zur Zeit kein Gnügen geleistet, noch der aduocatus, so in Namen der S. Gebrüdere über die inhibition verfahren, sich nicht legitimiret, so hat zuförderst beyden Puncten in unserm Urthel abgeholfen werden müssen, zumal die A. Wittwe und Erben fol. 294. b. sq. darauf gedrungen. So viel nun die interponirte Leuterunge betrifft, obwol Leuteranten sich dadurch 1

Ad L. V. T. I.

grauiret zu seyn vermeinen, daß sie auf die interuention sich einzulassen schuldig erkant, und nicht vielmehr auf ihre exceptionem non competentis et non fundatæ interuentionis reflectiret worden, welche doch sofort in die Augen fiele, und denen Cedenten, davon Interuenient sein Recht auf den vierten Theil der quæstionirten Lehn-Hufen herleiten will, die exceptio legitimationis entgegen stehe, indem diese nur als Mitbelehnte anzusehen, und bey Lebezeiten des verstorbenen Amtmanns S. und dessen Descendenten von dem dominio und Nutzungen der quæstionirten fünf Hufen Lehn-Landes nicht participiren könten, also interuenient nicht ehender zu hören sey, bis er seine cedenten legitimiret hätte, bevorab da aus denen ad acta gebrachten Pacht-Briefen zu ersehen, daß des interuenienten Vater die quæstionirten Hufen allein besessen, verpachtet, und die Pacht-Gelder eingehoben, also daraus zu schliessen sey, daß niemand daran ein Condominium haben könne, aus welchem doch Interuenient den Grund seiner interuention hergeleitet.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die opponirte exceptio legitimationis, und daß die Cedenten ein
2 condominium vtile an denen quæstionirten fünf Hufen Landes gehabt haben, pars libelli interuentionis ist, und der Grund der gantzen interuention darauf eben beruhet, in solchem Fall aber bekantens Rechtens ist, daß solche erst nach der Litis-Contestation zum Beweis ausgesetzet werden, und Interuent sich zuforderst auf die interuention gebührend einlassen müsse

WERNHER *P. VIII. obs. 454.*

GASSER *in post. ad proc. c. V. pos. 21.*

zumal das gantze κεινόμενον darauf ankomt, ob nicht des Interuenienten cedenten ein condominium an denen quæstionirten fünf Hufen Landes haben, zu dessen Behuf sie bereits die Lehn-Briefe ad acta gegeben, woraus erhellet, daß Interuenientens Vater nur qua senior oder Lehn-Träger belehnet sey, und dahero der prætendirte vierte Theil denen Cedenten wol zustehen können, obgleich des Interuenienten Vater die administration über die fünf Hufen Landes gehabt haben mag, so, daß alles nach geschehener Einlassung auf den künftigen Beweis ankommen wird.

So sind wir der Leuterung wegen, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE NOVEMB. MDCCXLI.

DECISIO CIV.

THEMATA.

I. Legitimatio ad causſam ad iudicii ſubſtantiam pertinet.

II. *Non eſt reuiſio reuiſionis, ſi cauſſa principalis impugnatur, antea vero de incidente tantum iudicatum.*

III. *Qui editionem documentorum vrget, intereſſe ſummarie docere debet.*

SVMMARIA.

Transmiſſio actorum iterata vice peti nequit n. 1.
Legitimatio ad cauſſam eſt fundamentum actionis n. 2.
Quod imprimis in hereditatis petitione obſeruandum ibid.
Ante legitimationem teſtes produci nequeunt n. 3.
Non eſt reuiſio reuiſionis, ſi ſuper alio obiecto pronuncatum n. 4.
Probatio ſine nullitate actori denegari nequit n. 5.
Qui propter hereditatem præparatorie agit, plene ſe ad ſucceſſionem legitimare non debet n. 6.
In actione ad exhibendum intereſſe ſummarie demonſtrandum n. 7.
Iuramentum in litem contra eum locum habet, qui doloſe hereditatem manifeſtare negligit n. 8.
Argumenta ex indole præſentis litis deſumta n. 9.

Als

Als dieselbe uns gesuchte transmissionem actorum in vim reuisionis in Sachen I. I. nachgelassener Erben, Klägern an einem, und des Handelsmann daselbsten C. R. Beklagten am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Daß die gesuchte transmissio actorum in vim reuisionis vor zulässlich zu achten, und erhellet im übrigen nunmehro aus denen acten und der Partheyen Einoringen allenthalben so viel, daß Beklagter von der wider ihn angestelleten Klage noch zur Zeit nicht zu entbinden, noch mit dem ihm euentualiter reseruirten Beweiß zu belegen, sondern weil Beklagter sich auf die erhobene Klage eingelassen, und derselben nicht allenthalben geständig, so ist Kläger den Grund derselben, und so viel ihm daran verneinet, Beklagten Gegenbeweiß, Eydes-Delation und andere Rechts-Wohlthaten vorbehaltlich, zu erweisen schuldig, dabey ihm unbenommen bleibet, sich sowol der Beweiß-Articul sub n. 13. und 48. und des dabey denominirten Zeugens, als des Gukischen Zeugnisses, welches zu dessen Behuf ihm zu communiciren, zu gebrauchen, worauf alsdann ferner ergehet was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) die gesuchte transmissio actorum in vim reuisionis dahero streitig gemachet werden wollen, weil Klägere bereits einmal von dem n. 19. befindlichen decreto, nach welchem ihnen die communication des G. Zeugnisses denegiret worden, die transmissionem actorum gesuchet, erhalten, und das n. 43. befindliche Urtheil darauf erfolget, in welchem das vorige Decret nochmals confirmiret, und dahero es scheinen will, als ob die abermals gesuchte transmission in vim reuisionis reuisio reuisionis seyn würde, so doch in der sub n. vlt. befindlichen Verordnung verbothen, und so viel 2) die deducirte nullitates und grauamina betrifft, Klägere die manifestation einer Erbschafft, so ein Vice-Admiral I. I. verlassen haben soll, vom Beklagten verlanget und vorgegeben, daß er davon Nachricht und Wissenschafft habe, da doch, ob ein solcher Vice-Admiral in der Welt gewesen, und wo derselbe verstorben, gantz unbekant sey, und nicht bescheiniget worden, welches doch vor allen Dingen geschehen sollen, ja wenn 3) auch dieses gewiß wäre, dennoch Klägern obgelegen, sich zuförderst als nächste Erben zu legitimiren, ohne welches die verlangte edition der Correspondentz und andern Nachrichten vergeblich zu achten, cum legitimatio ad causam sit fundamentum actionis, sine qua actores in iudicio comparere nequeunt, cum ad substantiam iudicii pertineat

LVDOVICI *diss. de legitim. ad caus.* §. 5. *Ad L. V. T. I.*

vt iudex ex officio huius rationem habere debeat, 2

MEV. *P. 5. decis. 13.*

quippe quæ litis ingressum impedit, quamdiu ab actore non est probata;

LVDOVICI *cit. l.* §. 15.

welcher Beweiß aber 4) von Klägern nicht geführet worden, und obwol Beklagter die Correspondenz und einige Nachrichten, so er von Klägern erhalten, ad acta ediret, dennoch so wenig daraus, daß Klägere bey der Erbschafft interessiret sind, als dieses erhellet, daß Beklagter einige gewisse notiz davon habe, sie aber dabey 5) gleichwol n. act. 36. gestehen müssen, daß Beklagter alles ediret, so er von ihnen in Händen gehabt, worauf die vorigen Urtheilsfasser in ihrem Urthel reflectiret, und deswegen 6) erkant, daß die communication des G. Zeugnisses, als überflüßig, nicht statt finde, aus welchem Grunde auch 7) auf die Abhörung des angegebenen Zeugens ad articulos probatoriales nicht reflectiret worden, welches zwar Klägere als eine nullität ansehen wollen, quod nemo probatione priuandus sit, 3 dennoch dieser Beweiß so lang vergeblich gehalten werden möchte, als sich Klägere noch nicht ad causam legitimiret, und dahero billig Beklagter zu absoluiren gewesen, dabey iedoch 8) Klägeren noch vlterior probatio, daß Beklagter noch mehrere documenta ad legitimationem pertinentia in Händen habe, nachgelassen, und zu solchem Behuf ihnen noch die Eydes-Delation zu manifestirung seiner Wissenschafft vorbehalten ist, deßwegen dieselbe sich zu beschweren keine Ursache gehabt haben möchten. Da über die manifestation dessen, was Beklagter etwa noch vor Nachrichten zu ihrer legitimation in Händen habe, und was er sonsten erfahren, ihm der Eyd nur deferiret werden kan, so, daß die Urthelsfasser ihnen selbst den Weg gewiesen, den sie am sichersten dabey zu nehmen haben.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, so viel die admissibilität dieses remedii betrifft, das letzte Urthel nicht allein über das n. 19. befindliche Decret, und darüber gesuchte reuision, so nur einen Neben-Punct betroffen, sondern auch über die gantze Sache erkant, den Beklagten absoluiret, und man dahero nicht sagen kan, daß 4 die von neuen gesuchte transmissio actorum in vim reuisionis eine reuisio reuisionis sey, da gantz neue erhebliche grauamina darzu Gelegenheit gegeben, und obwol das n. 43. befindliche Urtheil mit über die denegirte communication des G. Zeugnisses erkant, und das n. 19. befindliche Decret confirmiret, mithin in diesem Punct es eine reuisio reuisionis zu

Ad L. V. T. I. achten seyn möchte, gleichwol zu bedencken, daß principaliter allhier über andere grauamina die reuision gesuchet, und das vornehmste darin gesetzet worden, daß Klägern der Beweiß abgeschnitten, so doch ohne offenbahre nullität nicht geschehen können, und weil dieser Haupt-Mangel durch unser Urtheil nunmehr supplirt worden, es nöthig gewesen, auch diesen 5 Punct ex capite nullitatis zu reformiren, da dieses Zeugniß mit zum Beweiß gehöret, welches sine manifesta nullitate denen Klägern nicht abgeschnitten werden können; und so viel die Haupt-Sache betrifft, zuförderst zu erwegen, daß Klägere nicht principaliter gegen den Beklagten auf die Abtretung der gesuchten Erbschafft, sondern nur præparatorie ad edenda documenta et manifestandam notitiam, so Beklagter von des schon längst verstorbenen I. I. 6 Verlassenschafft habe, klagen, dabey dann keine legitimatio plena ad causam, wie im ersten Fall, erfordert wird, als welche Beklagten nicht hauptsächlich angehet, sondern gnug ist, wenn sie nur wahrscheinlich ihr Interesse bey der Sache darlegen, æque vt in actione ad 7 exhibendum, in qua sufficit, summarie et probabiliter docere, sua interesse,

l. 3. §. 9. l. 13. l. 19. ad exhib.

welche wahrscheinliche Bescheinigung zwar noch zur Zeit bey denen actis nicht anzutreffen, gleichwol die Schuld blos daran lieget, daß, da Beklagter in den meisten Puncten litem negatiue contestiret, man denen Klägern den Beweiß versaget, und so wenig den Zeugen über die articulos probatoriales, die doch auf die angegebene sehr bedenckliche Umstände gerichtet sind, abgehöret, als Klägere zur Communication des G. Zeugnisses zugelassen worden, da doch, wenn die angegebenen Umstände erwiesen werden solten, quod etiam summarie fieri potest, der Klägere Interesse bey der Erbschafft aus des Beklagten von dem Zeugen heraus gebrachten eigenen Bekennen, und gegebenen Anschlägen von selbsten erhellen, ja noch klärer werden wird, wenn das G. Zeugniß richtig befunden werden solte, als welches den Beklagten überzeugen würde, daß er von der Erbschafft besondere Nachricht habe, und par malice solche denen Klägern zu eröffnen sich weigere, da denn die Gesetze auf solche Argli- stigkeit die actionem ad interesse geben, und das iuramentum in litem zulassen, 8

l. 6. §. 4. l. 10. §. 3. D. de edend.

bey solchen Umständen wir also vor nöthig erachtet, auf den Beweiß zu erkennen, da es sich alsdann finden wird, ob daraus die angegebene Umstände ihre Richtigkeit erlangen werden, weil alsdann der Klägere Interesse 9 bey der Sache sowol als dieses sich offenbahren wird, daß der Beklagte speciale Nachricht von der Sache habe, damit aber aus Eigennutz hinter dem Berge halte, dagegen dann die rationes dubitandi nichts verfangen mögen, da der ersten gleich im Anfang abgeholfen, ad 2) aber aus dem zu führenden Beweiß sich finden wird, ob nicht I. I. in der Welt gewesen, eine reiche Erbschafft wahrscheinlich hinterlassen, und die Klägere dabey interessiret seyn, keine andere legitimatio aber ad 3) hier nöthig gewesen, und daß ad 4) noch nicht aus denen acten erhelle, daß Klägere bey der Erbschafft interessiret sind, blos daher rühret, daß man Klägern allen Beweiß denegiret, und ad 5) man bloß bey denen vom Beklagten ad acta gegebenen wenigen Urkunden acquiesciret, da doch aus dem zu führenden Beweiß das Interesse, so viel, als ad hanc actionem præparatoriam nöthig ist, erst klar werden wird, devorab, wenn ad 6) das G. Zeugniß seine Richtigkeit haben solte, welches gewiß ein starckes momentum dazu beytragen wird, dieserwegen ad 7) der Beweiß ohne nullität nicht hindan gesetzet werden mögen, und auch 8) darin Klägern zu viel geschehen, daß ihnen noch ein besserer Beweiß ratione legitimationis ad causam offen gelassen, als dazu sie in hac causa præparatoria principaliter nicht verbunden, sondern quoad punctum editionis gnug ist, wenn sie nur taliter qualiter ihr Interesse darthun, reiectis omnibus exceptionibus, quæ causam principalem tangunt, so sich aus dem erkanten Beweiß veroffenbahren wird.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE OCTOBR. MDCCXXXIX.

DECISIO CV.

THEMA.

Interuentio, nisi statim liquida fuerit, in executione non admittitur.

SVMMARIA.

SVMMARIA.

Ad L. V. T. I.

Rei immobilis, donationis propter nuptias loco assignatæ, alienatio non valet n. 1.

Nequidem cum consensu vxoris n. 3.

Interuentio illiquida inadmissibilis videtur n. 2. 7.

Donatio propter nuptias doti æqualis olim esse debebat n. 4.

Communio bonorum ex voce: zufreyen *colligitur* n. 5.

Pacta dotalia, quibus superstiti indefinite omnia bona assignantur, communionem bonorum inferunt n. 6.

Iuramentum calumniæ a temeritate non liberat n. 8.

Qui cum debitore pacisci tur, iura prioris creditoris emit n. 9.

Renunciatio SCti Velleiani de iure communi mediante solenni iuramento præcise fieri non debet n. 10.

Auf übergebene interuention und erfolgte Gesetze in Sachen A. M. B. Meister I. P. Ehe-Frauen Interuenientinnen an einem, und W. W. in B. Interuenten am andern Theil, erkennet das Fürstliche Amt Königs-Lutter nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß gestalten Sachen und Umständen nach Interuent auf die interuention sich einzulassen nicht schuldig, dieserwegen nunmehro mit der adiudication der quæstionirten Walckmühle und Pertinentien ohne fernern Anstand zu verfahren. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem Meister I. P. Walckmühle cum pertinentiis wegen Schulden subhastiret worden, hat die Interuenientinne, dessen Eheweib, durch ihre interuention solches zu verhindern gesuchet. Ob nun wol 1) bereits f. 48. erkant worden, daß Interuent Einwendens ohngeachtet auf die interuention sich einzulassen schuldig sey. Hiernächst 2) Interuenientinne ihre interuention in den producirten Ehe-Pacten gegründet, worin die Walckmühle von ihrem Manne ihr zugefreyet worden, sie aber dagegen einen dotem nicht allein versprochen, sondern auch nach der gerichtlichen Quittung fol. 80. bezahlet, welche, da sie wenige Zeit nach der Verheyrathung
1 ausgestellet, ohne allen Verdacht und fide digna ist, aus denen Rechten aber 3) bekant, quod rei immobilis per donationem propter nuptias vxori assignatæ alienatio nullo modo valeat,

Nov. 61.

mithin die interuention ihren Grund haben möchte, dagegen aber 4) die opponirte exceptio inadmissibilitatis nicht wohl statt zu finden scheinet, zumal obgleich dieselbe contra executionem erhoben, dennoch solche, readhuc integra, wohl geschehen mögen, da der Grund derselben aus denen Ehe-Pacten und
2 der Quittung klar, und in continenti beygebracht ist, hingegen 5) Interuentens Forderung, woraus er die execution an der Walckmühle erhalten, der Interuenientinnen Recht an der Walckmühle nicht aufheben möge, noch in gemeinen Rechten Erb-Gelder, so er von denen 500. Rthlr. gezahlet haben will, einiges priuilegium haben, zumal er nicht einsten iura cessa von dem creditore erhalten, ohne welche ohnedem er dessen Recht nicht gebrauchen kan, und obwol 6) Interuenientinne in die beyden Schuld-Verschreibungen fol. 60. sqq. consentiret, und ihren weiblichen Rechten renunciiret, und es also scheinen möchte, daß wenigstens dieser Posten wegen der Interuent ihr vorzuziehen sey, dennoch noch vieles dabey zu erinnern seyn möchte, da eines Theils dergleichen alienatio nicht einsten consensu vxoris geschehen könne

per cit. Nov. 61. 3

und also ihr consens in die Verschreibungen ihr nicht præiudiciren möchte: andern Theils er sie dieserwegen noch nicht auf die Zahlung belanget, noch sie condemniret worden, so doch vorher geschehen müste, inzwischen doch diese exceptio inadmissibilitatis noch altioris indaginis zu achten, er sich also zuförderst einlassen müsse, und da er solches nicht gethan, nichts mehr übrig zu bleiben scheinet, als daß er per sententiam, refusis expensis, dazu angehalten werde.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) auf die exceptionem cautionis zwar nicht reflectiret werden können, weil solche dilatoria ist, und in primo termino opponiret werden müssen, so aber nicht geschehen, dennoch das fol. 46. befindliche decretum wegen der Einlassung nicht Rechtskräftig worden, sondern dagegen die supplication interponiret, und fol. 50. die iustification übergeben worden. Hiernächst ad 2) zwar die Interuenientinne sich in denen Ehe-Pactis gründet, und die Quittung ratione ihres eingebrachten Geldes vor sich hat, dennoch die gantze Verfassung derselben anzeiget, daß solche auf die bey denen Römern üb- 4
liche donationem propter nuptias sich nicht schicken, als welche æqualitatem inter dotem et donationem erfordern, so hier nicht anzutreffen, sondern die Ehe-Stiftung nach denen teutschen Rechten, und der bey ihnen üblichen

communio-

communione bonorum eingerichtet, welches das Wort zufreyen anzeiget, da der Mann ihr seine Walckmühle mit allen pertinentiis, worin sein patrimonium bestanden, und die Frau ihm ihr Vermögen zugefreyet, welches in 350. Thlr. Gelde, ingleichen Kisten, Kasten, Geräthe, Betten, und Ehren-Kleidern bestanden, dahero sie auch wegen der Todes-Fälle abgeredet, daß, wenn nach zwey Jahren durch den Todt die Ehe getrennet werden solte, beyde alles ihrige, wie oben verschrieben, gegen einander aussetzen wollen, und der überlebende den gantzen Nachlaß, es mögen Kinder aus dieser Ehe erfolgen oder nicht, behalten solte, welches ein offenbares Kennzeichen einer solchen Ehe-Verschreibung ist, die auf eine communionem bonorum, nicht aber auf die Römische donationem propter nuptias abzielet

Ad L. V. T. I.

COLER *decis. 57. n. 3.*

SCHILTER *exer. ad D. 36. §. 86.*

dergestalt daß ad 3) die dispositio Nov. 61. hieher nicht gezogen, noch daraus bey dieser interuention die decision genommen werden kan, vielmehr nach der Natur der zusammen gebrachten Güther beyder Eheleute, quæ non intelliguntur nisi deducto ære alieno, dieselbe beurtheilet werden muß. Sodann ad 4) nunmehr das fundamentum interuentionis, so Interuenientinne in Nov. 61. gesetzet, so klar nicht ist, daß dadurch die execution gehemmet werden könne, zumal auch dem iuri communi gemäß ist, quod interuentio, quæ in continenti ius interuenientis non demonstrat, in executione admitti non possit, bevorab da sie so lange gewartet und doch wohl gewust, daß ihr Mann belanget worden, sich aber nicht in tempore gemeldet, sondern bis die Sache mit der quæstionirten Walckmühle zur subhastation gediehen, ja kurtz ante terminum vltimum, erst die interuention übergeben, dadurch sie nur gesuchet, ihrem Mann Lufft zu machen, und die adiudication zu verhindern, obngeachtet sie das iuramentum calumniæ geschworen, als welches sie wegen ihrer Nachläßigkeit nicht excusiret, sie also nunmehro nicht anders gehöret werden mögen, als wenn ihre interuentio in continenti liquida befunden worden, so doch sich nicht finden wollen.

MEV. *P. V. decis. 333.*

Sodann ad 5) aus der Beylage fol. 98. zu ersehen, daß der Interuenientinnen Ehemann zwar die Walckmühle cum pertinentiis vor 1400. Thlr. angenommen, aber dabey sich verpflichtet, einem jeden seiner Geschwister ihre ratam daraus zu bezahlen, er also auch schuldig gewesen, die Schulden, so wegen der bereits verheyratheten Töchter gemachet, abzutragen, welches auch einiger massen in denen Ehe-Pacten versehen, und darin angezeiget worden, daß von dem Ehe-Gelde der Amtmann Zöllner, der 300. Thlr. zur Verheyrathung einiger Kinder vorgeschossen, guten Theils befriediget worden, obwol solches nicht geschehen, sondern der Interuent solche 300. Thlr. laut fol. 97. befindlichen Quittung bezahlet, die beyden ausgestelleten obligationes eingelöset, solche auch unter denen in der Obligation f. 58. über 500. Thlr. mit stecken, worin der debitor selbsten bekant, daß solches Geld zur Abführung einiger von Amtmann Zöllner aufgenommenen Capitalien Behuf Aussteurung seiner Schwestern employiret worden, so auch, wie gedacht, würcklich davon bezahlet, und er dadurch in des Amtmanns Zöllners iura getreten, cum pacisceus cum debitore emere ius prioris creditoris intelligatur

l. 1. C. de his, qui in prior. loc. l. 24. §. 3. D. de reb. aut. iud. poss.

MEV. *P. IV. dec. 214. P. V. dec. 6. n. 5. 6. P. VII. decis. 338. n. 1. 2.*

FABER *in C. lib. VIII. tit. 9. def. 4. n. 1.*

also wenigstens ohnstreitig diese 300. Thlr. von der Walckmühle abzutragen sind. Hiernächst ad 6) die beyden obligationes, so fol. 60. sq. befindlich, so gar mit der Interuenientinnen consens und renunciatione aller weiblichen Gerechtigkeiten, und in specie der auth. si qua mulier. aufgerichtet worden, sie auch fol. 63. an Eydes statt dem Vorzug ihres eingebrachten sich begeben, und nirgends zu finden, daß nach dem iure communi solches mediante solenni iuramento, wie etwa in Sachsen, nothwendig geschehen müsse,

BÖHMER *de interceff. mulier. efficaci C. III. §. 8.*

wiewol auch die beyden contrahirten Posten zu Abfindung derer Geschwister contrahiret worden, die nothwendig von der Walckmühle zuforderst abgeleget werden müssen, qualecunque etiam ius vxor habuerit, da er dieses sein Vermögen nicht anders, als nach Bezahlung der darauf haftenden Schulden seiner Frauen zufreyen mögen, und wer ex pacto debitoris Geld zu deren Befriedigung hergeschossen, derselbe auch deren iura eo ipso an sich gebracht haben muß, und in deren Stelle getreten, wie aus denen vorhin angeführten Rechts-Stellen erhellet, mithin gleich klar ist, daß die Interuention ungegründet sey.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXLIII.

DECISIO

DECISIO CVI.

Ad L. V. T. I.

THEMA.

I. Interuentio, quæ in re iudicata fundatur, locum habet, licet acta amissa sint.

II. *Iudex de lite penes se mota testari potest.*

SVMMARIA.

Rationes ex circumstantiis facti desumtæ n. 1.
Interuentio, quæ in actis casu amissis fundatur, nihilominus locum habet n. 2.
Vbi æquitas naturalis adest, iustis decretis res temperanda est n. 3.
Hypotheca coram iudice legitime requisito extra iudicium constituta nihilominus est iudicialis n. 4.
Solutio facti et probanda est n. 5.
Iudex de actis et processu recte testimonium præbet n. 6.
Imprimis si caussa finita n. 7.

Als dieselbe uns interponirte querelas nullitatis und erfolgte Gesetze in Sachen des Bürgermeisters S. und dessen Ehe-Frauen Appellanten und Beklagten an einem, des Geheimden Raths S. Appellaten und Klägern am andern, und D. C. L. T. und weyland des senatoris C. L. nachgelassener Wittwen tutor. et respect. curatorio nomine E. F. M. Interuenienten am dritten Theil, in denen drey zurück kommenden vol. &c.

Daß so viel die vol. III. f. 320. interponirte querelam nullitatis, und dessen erste causalem betrifft, aus denen actis so viel zu befinden, daß die Interuenienten sich sowol ad causam als processum zuförderst zu legitimiren schuldig, und weil sie solches f. 337. und 357. sqq. nunmehro bewerckstelliget, und sich zur Nothdurft legitimiret, so hat es dabey sein Bewenden, derer übrigen causalium wegen aber bleibet es, der interponirten nullitäten-Klage ohngehindert, bey den den 24. Nov. 1741. ertheilten decreto billig, auch hat das fol. 332. deferirte iuramentum malitiæ gestalten Sachen und Umständen so wenig, als das anderweitige n. act. 100. befindliche remedium nullitatis statt, sondern weil Kläger die n. act. 98. befindliche Schrifft bereits von denen Anzüglichkeiten gereiniget, so hat es zwar dabey sein Bewenden, er ist aber auch die f. 372. n. 6. und 7. befindliche Passagen noch zu deliren schuldig, und werden dessen aduocato billig diese Anzüglichkeiten verwiesen, nebst der Verwarnung, daß, woferne er sich darin künftig nicht mäßigen wird, härtere Ahndung erfolgen solle, es ist auch Kläger die bey diesem Neben-Punct verursachte Unkosten nach deren vorgehender liquidation und erfolgter Mäßigung Interuenienten zu erstatten, die Transmissions-Kosten aber sind beyderseits litigirende pro rata zu tragen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Als in der gegen den beklagten Burgermeister S. abgeurtheilten Sache die Interuenienten pro auertenda executione ihre interuention übergeben, und darin den 24 Nov. 1741. ein decretum ertheilet, so hat Kläger und Interuent dagegen das remedium nullitatis interponiret, nicht weniger über einen Incident-Punct eben dieses remedii n. act. 100. sich bedienet. Ob nun wol 1) durch diesen Incident-Punct, so einige Anzüglichkeiten betroffen, Interuenienten sich nicht schuldig zu seyn erachtet, auf die fol. 320. interponirte querelam nullitatis sich excipiendo einzulassen, sondern fol. 372. b. verlanget, daß die exhibita noch zuförderst von denen fol. 372. angeführeten Anzüglichkeiten gesaubert werden möchten, so, daß es das Ansehen gewinnet, als wenn auf diese nullitäten-Klage noch nicht zu erkennen, sondern zuförderst die Einlassung auf dieselbe denen Interuenienten zu iniungiren gewesen. Allenfals aber, wenn darauf zu erkennen seyn solte, dessen causales vor gegründet erachtet werden möchten, zumal 2) der Kläger anführet, daß die legitimatio quoad causam et processum von Seiten derer Interuenienten bishero bey denen acten gefehlet, sine qua nihil valide agitur, und ob Interuenienten wol ex post facto diesen Mangel ersetzen wollen, dennoch solches keinesweges durch das fol. 337. befindliche documentum geschehen, als welches blos zu Lehns-Sachen bestimmet, die fol. 357. sqq. befindliche tutoria, und respective attestatum aus denen M. denen Interuenienten zustehenden Gerichten, hergekommen, und

Ad L. V. T. I. als testimonia in propria causa anzusehen wären, daß an der legitimation es noch zur Zeit ermangele. Hiernächst 3) die interuention nicht anders statt finden könne, als wenn solche in continenti bescheiniget würde

Proc. Ordn. P. I. tit. XIII. §. 2.

also keine weitläuftige Zeugenführung, worauf doch decretiret, zulässig sey, bevorab da 4) der terminus probatorius bereits verstrichen, und 5) der Beweiß nichts releuire, da aus denen fol. 298. befindlichen Articuln sofort erhelle, daß die prætendirte Hypothec auf Beklagten Güther, Hauß und Hof vor 20. Jahren in seinem Hause und nicht legaliter und gerichtlich aufgenommen, mithin nach dem in actis befindlichen Extract in præiudicium tertii keine Gültigkeit habe

v. statut. lib. III. art. 71. § 1.

dazegen Kläger in Beklagten Güther würcklich immittiret worden. Darneben 6) daraus nicht erhelle, ob noch diese Schuld unbezahlet sey, als welche schon vor 20 Jahren ausgeklaget seyn soll, und inzwischen Vergnügung deswegen geschehen seyn könne, ja 7) eine mera colluſio zwischen Beklagten und Interuenienten zu vermuthen, da sie gar keinen Buchstaben wegen solcher Schuld aufweisen können, und in der Interuentions-Schrifft selbsten sich erklären, daß sie Beklagten mit execution zu beschweren nicht gemeinet, darneben sich auch wegen dieser Post in dem inuentario nichts befinde, endlich Interuenienten selbsten dem Kläger 500. Thlr. offeriret, und darüber ihm das iuramentum malitiæ, weil sie solches leugnen, deferiret. Hierüber 8) die inhabilitas testium klar sey, da kein iudex, actuarius und aduocatus zum Zeugniß zuzulassen. Und so viel 9) das fol. 339. wegen der Anzüglichkeiten interponirte remedium nullitatis betrifft, Kläger bereits seine fol. 326. übergebene Schrifft von denen Anzüglichkeiten gesaubert, auch dabey angeführet, daß, weil die colluſion gar zu klar, er scapham scapham nennen, und also alle Passagen, so interuenienten choquiren, nach Nothdurfft der Sachen anführen müssen, welche also vor iniuriös nicht zu halten, und es also das Ansehen gewinnen will, als wenn dessen Aduocat mit einem Verweiß zu verschonen gewesen.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil ad 1) ohne allen zureichenden Grund die interuenientes sich gewegert, auf die querelam nullitatis sich einzulassen, da der Neben-Punct als eine causa præiudicialis gar nicht anzusehen, also billig in contumaciam erkant werden müssen, bevorab da n. act. 95. die vornehmsten momenta schon beantwortet, dieselbe auch ausser dem Legitimations-Punct, unerheblich sind, und Interuenienten dabey nicht grauiret werden können, wir also billig Bedencken getragen, über den geringen Incident-Punct allein zu erkennen, und die Haupt-Sache unerörtert liegen zu lassen, zumal alles nur auf Weitläuftigkeiten rouliret, und man diese alte Wechsel-Sache ohnnöthiger Weise länger aufhält. Sonsten aber ad 2) dem Legitimations-Punct zur Gnüge abgeholfen, die Vollmacht fol. 360. befindlich, das tutorium fol. 317. in copia vidimata übergeben, und das atteſtatum iudiciale f. 361. die legitimation ad causam bestätiget, und was die Meuterische Gerichte hiebey atteſtiret, fidem publicam allerdings haben muß, da diese Sache dieselbe nichts angehet. So dann ad 3) die interuenienten sich auf die Iudicial-Acta, woraus die interuention in continenti bescheiniget werden mögen, bezogen, solche aber von Händen gekommen, und sich nicht finden wollen, welches facto tertii geschehen, und Interuenienten nicht zur Last geleget werden kan, also kein ander Mittel pro re nata übrig ist, als die Gerichts-Personen hierüber abhören zu lassen, worauf bey solcher Beschaffenheit der Sachen billig decretiret worden, quotiens enim æquitas desiderii, naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iuſtis decretis res temperanda eſt. 2

l. 85. in f. de R. I. l. 84. de acquir. vel omitt. hered. 3

Ferner ad 4) das Vorgeben wegen des lapſus termini probatorii, da auch dieserwegen die prorogation mitgesuchet, ungegründet, und was 5) gegen die releuantiam articulorum angeführet, nicht sofort klar ist, sondern zu der Ausführung über den geführten Beweiß gehöret, daneben die articuli auch darlegen, daß der Burgermeister in anno 1720. kranck gewesen, und die wohllöbliche Gerichte also ihn über die angebrachte Schuld vernommen, und die Hypothec dabey aufgenommen, welches bey solchen besondern Umständen pro actu extraiudiciali eben so wenig, als ein Testament, 4 so von einem Patienten in seiner Behausung von denen Gerichten aufgenommen wird, pro teſtamento extraiudiciali zu achten, allenfalls dieses zu künftiger Ausführung gehöret, und der Beweiß bereits geführet seyn würde, wenn Kläger die unnöthige querelam nullitatis weggelassen, und schlechterdings die legitimation gefordert, wodurch er selber den Beweiß verhindert. Uebrigens ad 6) die ſolutio facti, und zu des Klägers Gegenbeweiß gehöret, so er durch die Eydes Delation ohne Weitläuftigkeit heraus bringen kan, ad 7) aber die colluſion mit dem Beklagten nicht erwiesen, noch sowenig aus der Anverwandtschafft, als daraus zu schliessen, daß Interuenienten über die Schuld nichts in Händen haben, als welche Nachrichten bey denen verlohrnen acten seyn sollen, Klägern auch frey bleibet, in seinen interrogatoriis diesen Umstand, und was sonsten zu diesem ſubcon gehöret, mit zu berühren, sodann wir dabey Bedencken getragen, auf das iuramentum malitiæ, ob Interuenienten dem Kläger nicht 500. Thlr. gebothen, zu reflectiren,

flectiren, da solcher Umstand der Sache nichts giebet noch nimmet, und nicht abzusehen, warum ein Interuenient, um einen Proceß zu præcauiren, seinem Gegentheil nicht ein Stück Geld bona fide bieten solte. Ferner ad 8) 6 der iudex, actuarius, und aduocatus de actis et processu cum tertio peracto hier ein Zeugniß, und zwar, da ex accidente die acta fehlen und aus denselben die Warheit nicht heraus gebracht werden kan, ablegen sollen, wobey die rationes iuris, die sonsten dergleichen Personen entgegen stehen, nicht einschlagen, 7 auch ein iudex wohl Zeugniß ablegen kan, si causa finita est, nec testimonium eius respiciat iustitiam vel iniustitiam sententiæ a se latæ

FRANZK. *lib. II. ref. 24. n. 2. 6.*

CARPZ. *P. 3. C. 5. def. 13. n. 6. ſqq.*

wie dann auch aduocati in causa, in qua patrocinium præstiterunt, kein Zeugniß inter litigantes ablegen können

l. f. D. de testib.

so hieher nicht gehöret, und also alle causales unerheblich sind, am allerwenigsten aber ad 9) das über den Neben-Punct ergriffene remedium nullitatis, wodurch die Sache in Verwirrung gerathen, fundiret ist, da selbsten Kläger die erste fol. 320. befindliche Schrifft *Ad L. V. T. I.* bereits von denen vornehmsten Schlacken gesaubert, und hierin also dem decreto ein Gnügen gethan, iedoch billig wegen solcher Anzüglichkeit einen Verweiß meritiret. Uebrigens Interuenienten auch dabey nicht nachzusehen, als welche fol. 37 f. einen neuen catalogum von Anzüglichkeiten übergeben, welche aber mehrentheils mit gar zu delicaten Augen angesehen werden, ausgenommen was n. 6. und 7. betrifft, so noch zu deliren, und weßwegen der Verweiß vornemlich mit erkant ist, also Kläger mit diesem Neben-Punct die Sache sowol aufgehalten, als Interuenienten Unkosten verursachet, so er billig erstatten muß, da hergegen die Transmissions-Kosten von beyden zu tragen sind, da eines Theils solche ex officio erkant, andern Theils in der querela nullitatis prima selbsten mit gesprochen, und Interuenienten, daß sie sich nicht sofort ad causam et processum legitimiret, billig beyzumessen ist, so, daß nicht schlechterdings die causales verworfen werden mögen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ. MENSE SEPT. MDCCXLII.

DECISIO CVII.

THEMA.

Interuentio in executione non aliter quam si in continenti liquida, admittitur.

SVMMARIA.

Interuentio principalis etiam in termino adiudicationis fieri potest n. 1.

Interuentio, quæ post executionem fit, in continenti liquida esse debet n. 2.

Probatio in continenti liquida quid? n. 3.

Interesse interuenientis an demonstrasse sufficiat? n. 4. 7.

Sine suspicione iuramentum malitiæ locum non habet n. 5.

Interuentio quæ altioris iudaginis est, in executione non admittitur n. 6.

Interuentionem temerariam iudex admittere non tenetur n. 7. 8.

Liberi ratione maternorum in bonis paternis tacitam hypothecam habent n. 9.

Ei, qui cautionem impedire intendit, ad minimum cautio præstanda n. 10.

Auf eingewandte Ober-Leuterung, deren prosecution und erfolgte Gesetze in Sachen des Berg-Raths M. Kinder erster Ehe, Interuenienten an einem, und des Commissions-Raths M. Interuenten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Bahm. Conf. T. III. P. II.

Daß es der eingewandten Ober-Leuterung ohngehindert bey dem fol. 57. befindlichen und den 8. Iun. 1739. eröffneten Abschied billig verbleibet, jedoch mit dieser Erklärung, daß, wenn zuförderst Interuenienten das zuerkannte iuramentum malitiæ abgeschworen, Interuerit denen Interuenienten genugsame Caution, wegen Abtretung der quæstionirten Mühle im Thale

Ad L. V. I. I. in dem Stande, wie er solche zur Zeit der adiudication erhalten, im Fall Interuenienten ihre prioritätische Forderung an derselben erweisen werden, zu bestellen schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Interuenienten anführen, 1) daß die interuentio principalis auch noch bey der execution und ergangenen subhastation, iedoch
1 ante adiudicationem noch statt finden könne, wie dann dieselbe noch in termino adiudicationis eingekommen, und gegen die adiudication protestiret, und obwol 2) die Rechts-Lehrer dabey erinnern, daß ein Interuenient
2 bey der verhengten execution in continenti sein Recht behaupten müsse,

LVDOVICI *in proc. ciu. c. 37. §. 8.*

SCHWENDEND. *ad* FIBIG. *p. 452. sq.*

solches auch die **Magdeburgische** *Proceß-Ordnung c. 25. §. 3.* bestätiget, dennoch das Wort in continenti denen Rechten nach cum aliqua laxitate genommen und verstanden werden muß,

3 *l. 13. de solut.*

l. 32. de vsur.

vt etiam in continenti factum esse dicatur, quod intra breuem terminum fieri potest

MEV. *P. II. dec. 248.*

et sic etiam per testes fieri queat probatio, cum non semper altiorem requirat indaginem

MEV. *P. VI. dec. 234.*

wie dann interuenientes nichts mehr begehret, als daß sie zum Beweiß ihrer Forderung zugelassen werden möchten, um in kurtzer Frist ihre offerten zu bewerckstelligen: inzwischen doch 3) vor itzo gnug seyn könne, daß sie ihr Interesse durch producirung des W. Erb-Vergleichs
4 nothdürftig coloriret, und durch das fol. 52. befindliche attestatum dargethan, daß ihre Mutter M. M. W. gewesen, welches auch die summarische fol. 70. sqq. befindliche depositio bestärcket, so, daß die legitimatio ad causam nicht weiter gestritten, nicht weniger ihr Interesse, als das fundamentum omnis interuentionis, noch weiter durch die summarische deposition erläutert, und klar gemachet ist, daß ihre selige Mutter über 7000. Thlr. eingebracht, woraus denn 4) erfolgen möchte, daß interuenientes mit dem zuerkanten iuramento malitiæ sowol als mit denen fol. 57. b. zuerkanten Unkosten zu verschonen, zumal dadurch alle suspicio malitiæ aus dem Wege geräumet ist, sine qua huic iuramento non est locus, dabey auch, was gegen die Zeugen und deren Aussage vorgebracht werden wollen, nicht zu
5 regardiren sey, weil solche nur blos pro summaria demonstratione eius, quod interest, ad acta gegeben, und in materia dotis probandæ auch eine Schwester Zeugniß ablegen könne; hierüber 5) das periculum amittendi materna durch die in Bernburgischen angelegte arresta wegen dreyer Posten, als (a) 5100. Thlr. (b) 1100. Thlr. und (c) 600. Thlr. beygebracht, und der Concurs über ihres Vaters Vermögen fast unvermeidlich sey, und ob sie gleich 6) auch vor diesen Posten die priorität ratione maternorum haben möchten, ihnen doch gnug sey, daß sie eine hypothecam tacitam auf alle vbicunque sita bona hätten, und ihnen nicht zugemuthet werden könte, zu dulden, daß die quæstionirte Mühle ihres Vaters ihnen entzogen, und andern adiudiciret werde, dieserwegen es das Ansehen gewinnen möchte, als wenn der letzte Abschied aus diesen momentis reformiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil ad 1) die interuentio principalis zwar bey der subhastatione vel adiudicatione pro ea suspendenda statt findet, aber dennoch nicht anders zugelassen werden kan, quam si ius interuenien- 6
tis in continenti liquidum sit, welches nicht allein ex natura processus executionis seine Richtigkeit hat, sondern von interuenienten selbsten eingeräumet ist, dergleichen liquidum debitum aber ad 2) von ihrer Seiten sich hier nicht befindet, und ob sie zwar zum Beweise sich anerbothen, und um præfigirung eines kurtzen termini probatorii gebethen, auch suo modo solches pro eo, quod in continenti fieri debet, zugelassen werden kan, dennoch aus dem bereits ad acta gegebenen rotulo zu ersehen ist, in welche Weitläuftigkeiten suo tempore der Beweiß und Gegenbeweiß gebracht werde werden, da die 7700. Thlr. in sehr vielen einzelnen Posten bestehen, welche ad materna gehören sollen, dabey es vornemlich darauf ankommen wird, ob, da sie Kinder erster Ehe sind, und ihr Vater, der debitor, anitzo in der dritten Ehe lebet, sie nicht bereits befriediget, und ratione maternorum abgefunden, bevorab da sie guten Theils verheyrathet sind, und ihre eigene Oeconomie haben, und dahero um desto mehr die Abfindung, ohne welche die secunda vota nicht zugelassen werden, zu vermuthen ist, welches alles offenbar anzeiget, daß der Interuenienten Forderung, durch welche sie die adiudication zu suspendiren gesuchet, in altiori indagine und vieler Weitläuftigkeit beruhet, keinesweges aber deren Richtigkeit intra tam breuem terminum, als hier erfordert wird, bewerckstelliget werden könne, da, wenn solches möglich gewesen, sie an statt der Leuter- und Oberleuterung sofort ihre documenta und Beweiß-Gründe ohne Aufschub produciren, und in continenti solche liquid machen können, worum es aber ihnen nicht, sondern darum zu thun gewesen zu seyn scheinet, daß sie durch Uebernehmung eines weitläuftigen Beweises ihrem Vater

Vater Lufft machen, und die adiudication verhindern möchten, wodurch aber die iura interuentionis in strafbaren Mißbrauch gesetzet
7 werden, und was sie ad 3) pro colorando eo, quod interest, angeführet, mithin sich dadurch zur interuention legitimiren wollen, allhier nicht gnug ist, da sie erst in termino adiudicationis mit der interuention eingekommen, und dieselbe in so weit, weil die Forderung höchst illiquid ist, gegen die bevorstehende adiudication nicht einsten statt findet, ja ad 4) den gegen sie streitenden Verdacht nicht aufhebet, daß sie diese interuention per collusionem mit ihrem Vater, um nur die adiudication zu verhindern, nicht vorgenommen, da sie in so langen und vielen Jahren sich nicht gemeldet, bis ad terminum adiudicationis still geschwiegen, und die genaue Verbindung mit ihrem Vater sie zu diesem Unternehmen leicht induciren können, dagegen aber, daß sie ratione maternorum bereits abgefunden sind, die grösseste præsumtion wider sich haben, so, daß der rotulus, der ohnedem vielen captionibus unterworfen, solchen Verdacht nicht aufhebet, vielmehr solcher dadurch noch mehr bestärcket wird, daß sie den Eyd, um ihr redliches Gemüth bey dieser Sache an den Tag zu legen, abzuschweren so sehr difficultiren, den sie, wenn sie eine gute Sache hätten, nicht verabscheuen würden, adeoque ad officium iudicis pertinet, hoc modo præcauere malitiam litigantium, nec permittere, vt interuentio saltim ad litem
8 protrahendam suscipiatur;

MEV. *P. IV. dec. 107. n. 3.* *Ad L. V. Z. I.*

nichts weniger aber ad 5) als die Gefahr ihr mütterliches einzubüssen, durch die ad acta gebrachte Piecen dargethan ist, da alle diese Forderung ihnen nachzusetzen, und sie in soweit in regard dieser creditorum gnugsam wegen der Berenburgischen Güther bedecket sind, inzwischen man ihnen billig einräumen muß, daß sie eine tacitam hypothecam auf alle väterliche Güther ratione prætensorum maternorum haben, und zu solchem Ende in denen vorigen Abschieden ihnen dieses Recht, wenn sie noch einige Forderung ausfindig machen können, vorbehalten ist, nunmehro sie auch sich um deswoweniger zu beschweren haben, wenn, wie erkant ist, ihnen noch dazu cautio de restituendo in causa pristina bestellet wird, als welche die Rechte in solchem Fall, wenn man durch allerhand Rechts-Wege die execution zu suspendiren intendiret, zu mehrerer Sicherheit constituiret haben 9

c. 6. X. de in integr. restitut. 10

wenn gleichwol zuförderst die Interuenienten von allem Verdacht durch den zuerkanten Eyd sich losgemachet haben werden,

So ist aus diesen Ursachen, wie geschehen, von uns erkant worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBR. MDCCXL.

DECISIO CVIII.

THEMA.

Processui cambiali se quis subiicere potest in eo loco, vbi leges cambiales desunt.

SVMMARIA.

Vbi processus cambialis non receptus, ibi cambium vim simplicis chirographi habet n. 1.
Adeoque ex eo intra biennium recognitio peti non potest, sed super exceptione N. N. P. pronunciandum n. 2.
Exceptio N. N. P. in chirographo recognitionem intra biennium non excludit, sed tantum suspendit n. 3.
Ad cambialem processum quis expresse se obligare potest etiam in iis locis, vbi is in vsu non est n. 4.
Modo non fuerit diserte reprobatus n. 6.
Valet pactum, vt causa ordinaria summarie tractetur n. 5.
Vbi vsurae maiores in cambiis reprobatae, ibi ad vsum cambii recte arguitur n. 7.
Exceptio N. N. P. cambio, cui valuta inserta, opponi nequit n. 8.
Ratio praecedentis propositionis n. 9.
In causa cambiali super quaestione praeiudiciali leuteratio admittitur n. 10.

Ad L. V. T. I.

Auf interponirte Leuterungen und erfolgte Gesetze in Sachen Anwalds des Marggräflich-Baaden-Durchlachischen Geheimden-Raths und Præsidentens, Freyherrn von U. Imploranten an einem, und Anwaldes unsers Cammer-Juncken und Regierungs-Raths I. L. von R. Imploraten am andern Theil, beyderseits Leuteranten und Leuteraten, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Ernst August, Hertzog zu Sachsen ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehr was Implorantens Leuterung und Imploratens erstes grauamen betrifft, aus denen acten so viel zu befinden, daß Implorat mit recognition des quæstionirten Wechsels nicht zu verschonen, und den Grund seiner exceptionen, daß der Wechsel von einem solchen Spiele herrühre, zu welchem ihn der verstorbene Cammer-Rath S. induciret, und in welchem dieser mit falschen Carten betrüglich gehandelt, zu erweisen nicht schuldig, sondern es bey dem vol. I. f. 73. lqq. befindlichen und den 13. Ian. 1742. eröffneten Urthel verbleibet. So viel aber des Imploratens anderes grauamen betrifft, es der eingewandten Leuterung ohngeachtet ebenfalls bey dem itzgedachten Urthel zu lassen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol gegen Implorantens Leuterung Implorat vrgiret, daß alles dessen Suchen wegen
1 recognition des Wechsels, welche in Gießischen Urthel aberkant worden, vergebens sey, zumal der Wechsel nicht weiter als ein simpler Schein zu halten, und kein Wechsel-Recht in dasigen Landen statt finde, wie das fol. 64. vol. III. befindliche Magistrats-Attestat bezeuge, das Gegentheil auch aus dem fol. 55. lq. befindlichen extract nicht zu behaupten, darin zwar der sechste Zins-Thaler im Wechsel approbiret, aber dabey nicht angeführet sey, daß Wechsel als Wechsel in Eisenachischen gelten, und derselben wegen processu cambiali verfahren werden könne, und wenn also der Wechsel-Proceß bey Ermangelung einer Wechsel-Ordnung wegfallen, und der Wechsel als ein blosser Schein gelten solte, daraus noch keineswegen folgen wolle, daß er solchen nach den Sächsischen Rechten recognosciren, oder eydlich difitiren müsse, zumal aus dem quæstio-
2 nirten Wechsel intra biennium geklaget worden, binnen welchem, gleichwie bey allen chirographis die exceptio non numeratæ pecuniæ statt finde, und den processum executivum so lange verhindere, bis die exceptio von Klägern klar erwiesen sey, womit der vsus iuris Saxonici übereinstimme, woher auch Implorat das andere grauamen seiner Leuterung genommen, und sich eben dadurch grauiret befunden, daß auf diese exception nicht erkant, sondern auf einen gantz impertinenten Punct der Beweiß gerichtet sey, daß nemlich die quæstionirte Schuld aus Spiel-Geldern herrühre, und Betrügereyen dabey vorgegangen, worauf es doch noch zur Zeit nicht, sondern auf die exceptionem non numeratæ pecuniæ ankomme, welche auch sogar, selbst der Giessensium Meinung nach, im Wechsel-Processs nicht schlechterdings ausgeschlossen werde, so, daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn darauf zuförderst erkant werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch das letzte Urthel von dem eigentlichen statu controuersiæ gantz abgegangen, als welcher allein und hauptsächlich, worin beyderseits Leuterungen auch übereinkommen, darin bestehet: ob aus dem ad acta gebrachten Wechsel nach Wechsel-Recht geklaget werden könne, oder ob solcher nur in dasigen Gerichten vor einen blossen Schein anzusehen, gegen welchen intra biennium die exceptio non numeratæ pecuniæ statt finde, und solche so lange den executivum processum suspendire, bis solche erst aus dem Wege geräumet worden? zumal auch diese exception nicht die recognition in totum aufhebet, sondern nur ad tempus suspendiret, mithin an 3
dem erkanten und zum Beweiß ausgesetzten Punct noch gar nicht zu gedencken ist, dahero es auch geschehen, daß in beyderseits Leuterungen über diesen Punct, welchen Implorat bey des Implorantens Leuterung allein vrgiret, und keinen Wechsel-Proceß admittiren wollen, nur disputiret worden, wir aber dabey gnugsame Ursache gefunden, der Göttingischen Ictorum Meinung beyzutreten, angesehen aus dem vol. I. f. 2. befindlichen Wechsel zu ersehen, daß der Wechsel-Brief ein verum cambium sey, und sich darin der Implorat dem Wechsel-Recht zum Uebersluß freywillig unterworfen, welches propitio iure wol geschehen mögen, und solches seinen effectum auch an denenjenigen Orten haben muß, wo keine besondere 4
Wechsel-Ordnungen vorhanden, zumal in Teutschland der Wechsel-Proceß sowol als der executiuische und andere summarische Proceße statt findet, und einem jeden erlaubet ist, sich einem gewissen processui in einer Sache zu unterwerfen, der sonsten in dergleichen Sachen nicht statt findet, veluti vt causa ordinaria summarie tractetur, atque ita 5
etiam ex pacto quilibet se processui cambiali subiicere potest

LUDOVICI *in* Wechsel-*Proceß c. 1. §. 21.*

welches um destomehr in Eisenachischen statt finden muß, als der vol. III. f. 53. befindliche extract anzeiget, daß, obgleich daselbsten keine besondere Wechsel-Ordnungen statt finden, dennoch daselbst nicht verbothen, Wechsel aus- 6
zustellen,

zustellen, und sich nach Wechsel-Recht zu verbinden, welches ja cum effectu verstanden werden muß, und obwol primario wegen des sechsten Zins-Thalers die Verordnungen publiciret worden, dennoch solcher allein in
7 Wechseln passiret worden, und voraus setzet, daß der vsus cambiorum auch daselbsten sey, mithin auch, nachdem der debitor dadurch dem Wechsel-Recht sich unterworfen, nach demselben gerichtet werden müsse, und keinesweges dagegen zu attendiren, was vol. III. f. 64. der Rath daselbst dagegen attestiren wollen, als welches wol keine vim probandi vniuersalem haben kan, sondern nur von des Raths alleinigen procedere attestiret, sodann auf den Fall nicht zu appliciren ist, wenn sich jemand expresso pacto dem Wechsel-Recht unterworfen. Hieraus aber von selbsten folget, daß nach dem Göttingischen Urthel Implorat zur recognition des gedachten Wechsels zuförderst verbunden sey, und was derselben von der exceptione non numeratæ pecu-
8 niæ weitläuftig angebracht, und behaupten wollen, daß gegen simple Scheine solche intra biennium statt finde, hieher nicht zu appliciren, da dem Wechsel-Proceß gemäß verfahren werden muß, worin die exceptio non numeratæ pecuniæ, wenn die valuta in dem Wechsel enthalten, nicht statt finden kan, weil eben dieser Ausdruck die Richtigkeit des Wechsels anzeiget, und darin von einem gemeinen Schein unterschieden ist, anderer Gestalt niemahls, weil alle Wechsel auf kurtze Zeit eingerichtet werden, nach Wechsel-Recht ex cambio geklaget werden könte, welches der Absicht des Wechsel-Rechts e diametro entgegen lauset *Ad L. V. T. I.*

STRYK *in vs. mod. tit. de rer. permut.* 9 §. 15.

LUDOVICI *cit. l. c. XI.* §. §. *77. sq.*

übrigens was Implorant de re iudicata anführet, ungegründet ist, da, obgleich in executiuischen Proceß, wie auch in cambiali keine Leuterung statt findet, dennoch allhier die Frage eben darüber aufgeworfen, ob sofort executiue verfahren werden könne, und ob der Wechsel-Proceß hier statt finde? welche quæstiones præiudiciales die Leuterungen gar wohl zulassen, sonsten aber so viel ausgeführet 10 ist, daß mit Recht nach Wechsel-Recht hier zu verfahren sey.

So sind wir beyder Leuterung wegen, geschehener massen zu erkennen bewogen worden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE, MENSE MAIO MDCCXLIII.

DECISIO CIX.

THEMA.

In processu executiuo non habet locum exceptio guarandæ nec cautionis pro reconuentione, si debitum liquidum fuerit.

SVMMARIA.

Attestatum iudicis de priuata scientia veluti consanguinitate an sufficiat n. 1.
De actibus iudicialibus illud fidem habet n. 4.
Mandatum hoc ipso, quod principalis litem suscipiat, reuocatum censetur n. 2.
Quod variis dubiis expositum n. 5.
Processus executiuus cessat, si non omnia libelli capita ex documento apparent n. 3.
Guaranda in caussis summariis cessat n. 6.
Debitum litigiosum non est absolute illiquidum n. 7.
Litis contestatio et recognitio, si exceptiones in continenti non liquidæ sunt, euentualiter fieri debet, alioquin reus in expensas condemnatur n. 8.

Als Ew. Hochfürstl. Durchlaucht uns angebrachte executiuische Klage, gesuchte recognition und erfolgte Gesetze in Sachen I. L. S. Königl. Grosbritannischen und Churfürstlich-Braunschweig-Lüneburgischen Amtmanns zu H. als senioris der S. Familie, Imploranten an einem, und des Stadt-Raths zu I. Imploraten am andern Theil in dem zurück gehenden volact. &c.

Daß Implorant sich besser als bishero geschehen, ad causam zu legitimiren schuldig. Uebrigens ist Implorat alles Einwendens ohngehindert, die documenta sub B et C sub pœna recognitorum zu recognosciren schuldig, und weil es solches

Am. L. V. T. I.

solches nicht gethan, die deswegen verursachte Unkosten nach deren vorgehender liquidation, und erfolgter Mäßigung dem Imploranten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob es wol, daß Kläger sich ad causam zur Gnüge legitimiret habe, scheinen will, nachdem er das documentum sub D unter des
1 Amt-Schreibers zu H. Hand und beygefügten Amts-Siegel produciret, welches pro documento publico angesehen werden möchte, worin attestiret wird, daß er des seligen Superintendenten zu I. S. Brudern Sohn sey, und dahero Implorant dessen recognition zugleich mit gebethen hat, mithin die exceptio legitimationis ad causam nicht gegründet zu seyn erachtet werden möchte; da hergegen die legitimatio des Anwalds noch nicht allzu richtig seyn soll, nachdem fol. 103. dessen Principal sich selbsten in der Sache intromittiret, unter seinem eigenen Namen die daselbst befindliche Schrifft unterschrieben, und dadurch das er-
2 theilte mandatum reuociret.

c. 8. de procurat. in 6.

Darneben Imploraten die Angelobung der Gewehr der Klage gefordert, welche auch in summarischen Sachen nöthig ist, auch cautionem pro reconuentione et expensis verlanget, zumal nicht zugelassen sey, cum re litigiosa caution zu machen, endlich dem processui executiuo die exceptio præiudicii opponiret worden, weil Kläger das Capital aufgekündiget, und auf dessen Bezahlung dringet, so aber nach der fundation des stipendii nicht anders geschehen mögen, als wenn mit Gebahrung des Capitals und Abgabe der Zinsen nicht gebührlich verfahren worden, welches quæstio præiudicialis sey, in einer Unerfindlichkeit beruhe, und aus denen zur recognition produ-
3 cirten documentis nicht erhelle, aus denen Rechten aber bekant sey, daß, wenn nicht alle capita libelli aus denen documentis klar gemachet werden können, kein processus executiuus statt finde, dahero auch Imploraten sich auf die Klage nicht eingelassen, und es das Ansehen gewinnen will, als wenn nunmehro auf Bescheinigung und Gegenbescheinigung erkant werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ein gerichtliches attestatum alsdann nur plenam fidem hat, quoties
4 iudicialis persona testimonium fert de causis coram se gestis et quæ ad eius officium pertinent

PHILIPPI *ad decis. elect. 3.*
HORN *de prob. plena per vnum testem c. II. n. 18. seq.*

welches auf das attestatum sub D nicht quadriret, als worin der Amt-Schreiber de priuata sua scientia von der Anverwandtschafft des Imploranten attestiret, welches keine affaire ist, die in sein Amt laufft, und einen gerichtlichen actum concerniret, also nicht erweiset, und Kläger sich besser als bishero geschehen, legitimiren muß. Dahergegen die von ihm ausgestellete Vollmacht ihre Richtigkeit hat, und pro tacite reuocata nicht zu achten, da der Kläger nicht selbsten in iudicio erschienen, noch das fol. 103. befindliche Schreiben unterschrieben, dessen Unterschrifft von dem Anwald selbsten herrühret, woraus keine reuocation auf vernünftige Art geschlossen werden kan, zu- 5
geschweigen, daß die doctrin de tacita reuocatione procuratoris noch vielen Abfällen unterworfen, und sehr schlüpfrig ist,

THOMAS. *de tacita reuocat. mandat. per tot.*

Und weil hier ein processus executiuus angestellet worden, solcher keine Angelobung der Gewehr erfordert, qui singulariter summarius est, da auch sogar in gemeinen summarischen Sachen solche unvonnöthen von vielen erachtet wird,

RIVIN. *ad tit. proc. Sax. XII. enunc. 4.*
MENCKE *de proc. iur. comm. ad cit. tit.* 6
§. 3.

um desto weniger also in executiuo nöthig ist.

COLER *de proc. execut. P. IV. c. 3. n. 17.*
CARPZ. *P. I. C. 4. def. 9.*

Ferner die cautio pro reconuentione et expensis allhier ebenfalls unvonnöthen, da Kläger bey der liquiden Schuld als gnugsam angesessen, anzuhalten, und die executio pro-
pter expensas et reconuentionem in dieselbe 7
facillima ist; neque enim debitum litigiosum statim est illiquidum,

l. 8. D. de compensat.

derer Zinsen zu geschweigen, welche Imploraten nach denen acten noch restiren. Endlich die exceptio præiudicii aus denen acten selbst sich in continenti erlediget, sintemal f. 79. der Justitien-Rath D. T. selbst eingestanden, daß der Rückstand an Zinsen præter propter wohl 1000. Thlr. betragen möchte, und also offenbar ist, daß mit Abgabe der Zinsen nicht richtig verfahren worden. Am allermeisten aber aus der fol. 87. producirten Specification erhellet, wie unordentlich und unrichtig darneben die Zinsen mit 11. 4. 7. 5. ꝛc. Fl. bezahlet, und fast niemahls in gesetzten termino richtig abgetragen sind, dergestalt, daß Kläger gegründete Ursache gehabt, das Capital, weil mit Abgabe der Zinsen so unrichtig und übel verfahren ist, aufzukündigen, und also kein impedimentum mehr vorhanden, welches processum executiuum hemmen möchte, diesem ohngeachtet aber die imploraten den process gerne verändern, und in ordinarium verwandeln wollen, dahero sich blos auf die

Klage

Klage eingelassen, und die Documenta sub B et C zu recognosciren sich geweigert, so sie doch euentualiter thun müssen, wenn sie sich von denen Unkosten entledigen wollen, ihnen § also hiebey nicht zu statten kommen mag, daß dem Kläger eine bessere legitimation ad causam auferleget, und die recognitio sub D dadurch weggefallen, weil sie doch wenigstens euentualiter die recognition thun, keineswe- ges aber studio den Proceß zu immutiren suchen müssen. *Ad L. V. T. I.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVNIO MDCCXLVI.

DECISIO CX.

THEMA.

In processu executiuo exceptio, si in continenti non liquida, ad separatum remittitur.

SVMMARIA.

Status controuersiæ mouetur n. 1.
Exceptio solutionis in executione opponi potest n. 2.
Dummodo in continenti sit liquida n. 5.
Alias ad separatum remittitur ibid.
Iudæus pro iudæo contra christianum testimonium non præstat n. 3.
Iuramentum calumniæ iudex remittere potest n. 4.
Iudæus contra christianum ad iuramentum suppletorium admittitur n. 6.

Auf eingewandte querelam nullitatis und deren deduction in Sachen des Schutz-Judens P. H. Klägern an einem, und des Licent-Commissarii H. P. von U. Beklagten am andern Theil, erkennen Königlich-Grosbrittannische zur Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Iustiz-Cantzley verordnete Director, Vice-Director und Räthe nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß es bey dem an 18. May 1733. eröffneten, und n. act. 225. befindlichen Urthel nicht zu lassen, sondern Beklagter Einwendens ohngehindert, die aus dem in Streit gezogenen und höchst illiquiden Schein von 22. May 1725. n. act. 203. sub lit. E herrührende Post nebst dem übrigen Rest und davon fälligen Interesse moræ nach Klägers sub n. 179. gezogenem calculo an denselben zu bezahlen schuldig, mit seinem Vorgeben aber ad separatum allenfalls zu verweisen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem bey der ex officio determinirten particulären solution, vermöge dessen Beklagter jährlich zwischen Martini und Weyhnachten 80. Thlr. von dem zuerkannten Capital und Zinsen, nebst denen neuen Zinsen von dem Capital selbsten abzutragen schuldig gewesen, einige Irrungen sich hervor gethan, und bey der angelegten liquidation gestritten worden, ob die sub n. 202. und 203. befindliche Quittung und Schein nur einen Termin, wie Kläger behauptet, oder zwey unterschiedene Termine, wie Beklagter will, in sich hielten, und also des Klägers sub n. act. 179. und des Beklagten sub n. 188. befindliche liquidationes sehr differiren, so haben die Partheyen darüber mit einander verfahren, und ist in zweyen eingeholten Urtheln sub n. act. 225. und 232. dem Beklagten über sein Vorgeben, daß gedachte Quittung und Schein zwey diuerse Termine betröfen, das suppletorium deferiret worden, wovon nunmehr Kläger die querelam nullitatis interponiret. Ob nun wol aus des Klägers angeführten vier causalibus sub n. act. 238. keine wahre nullität sich finden möchte, indem 1) bey dem ersten fundamento, so Kläger anführet, gar nichts widerrechtliches gehandelt worden, daß Beklagter mit seiner exceptione solutionis contra rem iudicatam in processu executionis gehöret worden, als welches die Rechte bekanter massen zulassen,

BERLICH *P. I. concl. 84. n. 26. sqq.*

hier auch um desto mehr zu verstatten gewesen, weil Kläger selbsten die liquidation angeleget, auch die particularis solutio rei iudicatæ solches erfordert, nicht weniger die streitige Post aus dem Schein sub n. 203. liquid zu seyn

Ad L. V. T. I.

scheinet, als in welchem nicht gedacht ist, daß solcher mit der vorher stehenden, und in der Quittung sub n. 202. designirten Post einerley sey, welches sonsten wol ausgedruckt und bemercket worden wäre, dabey auch wenig zur Sache thun möchte, daß zwey Quittungen auf ein Blat geschrieben, als welches eine indifferente Sache gewesen, und daraus nicht sofort folgen will, daß beyde Quittungen nur eine Post concernirten, zumal die Summen in beyden nicht allzu genau überein treffen, und also gnug sey, daß der Beklagte seine intention contra assertum actoris erwiesen, allenfalls aber solche per iuramentum suppletorium bestärcket werde, quo præstito kein Zweifel bey der Sache mehr übrig bleibe, welchem allen noch bentritt, daß in der folgenden sub n. 204. befindlichen Quittung des fünften Termins gedacht werde, und dahero von selbsten folge, daß in denen quæstionirten Quittungen der dritte und vierte Termin bezahlet worden sey, endlich auch die computation aller Quittungen an den Tag zu geben scheine, daß in einem Jahr, nemlich 1725. zwey Termine bezahlet seyn müssen, weil sonsten in der Quittung sub n. 208. nicht des verflossenen Trinitatis Termini von anno 1729. sondern von anno 1728. gedacht werden müssen, bey solchen Umständen also 2) bedencklich gefallen, auf eydliche Abhörung des Hertz Jacobs zu erkennen, welches die Rechte nicht verstatten,

3 und nicht zugeben, vt Iudæus pro iudæo contra Christianum deponat

l. 21. C. de hæret. Nov. 45. c. 2.
c. 21. X. de testibus.

zumal 3) derselbe ohnedem cessionarius gewesen, und also bey der Sache interessiret ist, endlich auch 4) daher keine nullität zu schliessen, daß auf das verlangte iuramentum malitiæ wegen des Vorgebens des Beklagten, daß die Quittung in seines vorigen aduocati Gewahrsam beständig gewesen, und er also ante condemnationem die Termine nicht zahlen können, nicht erkant worden, da dieser Umstand nichts oder wenig zur Sache thut, und es auf das arbitrium iudicis ankommt, ob auf solchen Eyd zu erkennen, nöthig sey,

4 STRYK *de remiss. iuram. calumn.*

hier aber das gedachte iuramentum ohne effect gewesen seyn möchte.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch quoad rat. primam in processu executionis die exceptio solutionis nicht anders zugelassen werden kan, als wenn sie liquida, nicht aber so beschaffen ist, vt adhuc nouam probationem desideret,

5 weil sonsten dieselbe ad separatum zu verweisen, und inzwischen die executio rei iudicatæ anzulegen ist, von welcher qualität in præsenti die streitige Quittung und Schein sub n. 202. et 203. zu achten, und dahero absque nullitate auf solche nicht erkant werden mögen, anerwogen schon in dem sub n. act. 195. befindlichen decreto angemercket worden, daß beyde documenta eine Post nothwendig betreffen müssen, wenigstens also der letzte Schein wegen Bezahlung des vierten Termins sehr illiquid, und so beschaffen ist, daß er billig sofort ad separatum verwiesen werden sollen, welches mit mehren daraus erhellet, daß (a) Beklagter vorher ohne angelegte execution zur Bezahlung der Termine sich nicht angeschicket: (b) auf die Bezahlung des dritten Termins n. act. 164. die execution in Jan. 1725. würcklich decretiret, und Beklagter den 7. Mart. 1725. noch dilation bis auf Pfingsten gesuchet, so ihm aber abgeschlagen: inzwischen (c) Kläger unter der Hoffnung, wegen der decretirten execution die n. 202. befindliche Quittung von 12. Mart. 1725. ausgestellet, und solche seinem aduocato D. C. zugeschicket: (d) derselbe aber erst den 22. May 1725. die Gelder in Empfang bekommen, und, daß er solche dem mandatario des Klägers Hertz Jacob würcklich wieder eingeliefert, den Schein sub n. 203. hinter der gedachten Quittung setzen lassen, welches offenbar anzeiget, daß D. C. die gedachte Quittung in Händen gehabt haben müsse: (e) unter beyden summen kein reeller Unterscheid, als nur wegen der Unkosten, die Kläger bey seiner Quittung nicht so accurat vorher sehen und eigentlich bestimmen können, anzutreffen: (f) daraus auch die wahre Ursache abzunehmen, warum D. C. hinter der Quittung sub n. 202. den gedachten Schein setzen lassen, da sonsten alle Quittungen a part ausgestellet: (g) das datum dieses Scheins, nemlich den 22. May 1725. mit der Zeit, bis dahin Beklagter n. act. 165. dilation wegen des dritten Termins gebethen, genau überein trift, und also anzeiget, daß damahls die Zahlung auf die den 12. Mart. 1725. datirte Quittung geschehen, und solche Gelder von D. C. der sie vom Beklagten in Empfang genommen, an Hertz Jacob den 22. May 1725. zur Ueberschickung *an* Klägern, wie die Worte lauten, ausgeliefert seyn müssen: (h) solcher Schein eigentlich kein negotium zwischen Klägern und Beklagten, sondern zwischen D. C. und H. I. betrifft, und blos die Auslieferung und Uebersendung der an jenen von Beklagten bezahlten Gelder concerniret: (i) wider alle Vermuthung lauffet, daß Beklagter in dem gedachten Schein von 22. May 1725. einen neuen Termin, so noch lange nicht fällig gewesen, und also voraus zahlen sollen, da er bishero jederzeit die Termine im folgenden Jahre, und nach angelegter execution bezahlet, auch keine Ursache zu befinden, woher er vor itzo, da ihm die Zahlung so schwer ankommen, zwey Termine kurtz hinter einander zahlen sollen: (k) der gezahlten Zinsen in den mentionirten Schein gedacht worden, welche nothwendig verfallen gewesen seyn müssen, nicht

aber

aber auf den erst über drey viertel Jahr fälligen vierten Termin vorher abgetragen seyn können: (1) die gantze Sache ihre Erleuterung aus der sub n. 204. befindlichen Quittung bekomt, bey welcher eine offenbare Rasur vorkomt, und darthut, daß solche erst auf den vierten Termin ausgestellet, und non sine suspicione falsi die Numer 4. in 5. verwandelt worden, wie der klare Augenschein anzeiget, und von dem Altorfischen Urthels-Fasser am besten observiret worden, mithin darthut, daß die Quittung sub n. 202. mit dem sub n. 203. befindlichen Schein des H. I. einen eintzigen und zwar den dritten Termin concernire, wenigsten aus allen diesen vorkommenden besondern Umständen der streitige Termin höchst illiquid, und dergestalt unrichtig ist, daß er die executionem rei iudicatæ, in welcher diese Sache annoch begriffen ist, nicht hemmen, noch weniger noch zur Zeit das supplementorium darüber statt finden kan, vielmehr die delatio dessen darleget, daß dieser quæstionirte Termin unrichtig, auch aus den folgenden Quittungen sub G bis M nicht berichtiget werde, welche der Beklagte in Händen gehabt, und die Termine, sich zum Besten, darüber geschrieben, darneben bekant ist, daß er die Termine nach dem verflossenen Jahr in dem folgenden, und meistentheils erst nach der Mitte desselben gezahlet, so, daß die radirte Quittung sub n. 204. von 23. Octob. 1726. oder vierte Termin, so er zwischen Martini und Weyhnachten 1725. zahlen sollen, gewesen, und aller Vermuthung und des Beklagten bishero bezeigeten morositat in soluendo zuwider lauset, daß er drey Wochen vor Martini in anno 1726. den damahls noch nicht fälligen Termin bezahlen sollen, welches auch bey der Quittung G. H. I. zu erinnern, und absonderlich aus der Quittung sub I. n. act. 207. erhellet, daß er den 28. May 1728. den bereits fälligen Termin bezahlet, welcher in das 1727. Jahr gefallen, und der sechste Termin gewesen, eintolglich die Quittung sub K der siebende Termin gewesen seyn muß, der anno 1728. zwischen Martini und Weyhnachten nach der Königlichen Cantzley-Verordnung zu zahlen gewesen, aber erst den 6. April 1730. gezahlet, und auf den verflossenen Trinitatis 1729. gesetzet worden, weil Beklagter jederzeit gesuchet, den ex officio gesetzten terminum bis dahin zu extendiren, und deswegen Kläger ihm zu Gefallen die Quittung also eingerichtet, gleichwol auch nach solcher Rechnung nicht der achte, sondern der siebende Termin seyn muß, welches auch bey denen folgenden zu erinnern, aber dieses alles auch offenbar anzeiget, daß es bedencklich, ja höchst gefährlich sey, bey so bewandten Umständen den Beklagten ad supplementorium zu lassen, bevorab da, wenn es dabey bleiben sollen, Beklagter entweder schwören, oder sich selbsten zu dem fallo bey der Quittung sub n. 204. bekennen müsse, dahero dieser Punct billig ad separatum zu verweisen, bey welchem, wenn Beklagter sein Heil darin versuchen wird, sich finden wird, ob, wenn ja ohne Iurament die Sache nicht abzuthun seyn möchte, der Kläger oder Beklagte zu solchem Eyde zu lassen, cum etiam aliquando, exigentibus circumstantiis, iudæus contra Christianum ad iuramentum necessarium admitti queat 6

BÖHMER *in iur. eccl. protest. tit. de testib. §. 3.*

bey solchen Umständen aber auf die letztern drey causales zu reflectiren unvonnöthen ist, als welche nunmehro, ob sie gegründet sind, oder nicht? keiner Untersuchung bedürfen. *Al. L. V. T. I.*

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MARTIO MDCCXXXV.

DECISIO CXI.

THEMA.

In processu executiuo nullæ exceptiones occultæ vel altioris indaginis admittuntur.

SVMMARIA.

Simulatio nullitatem operatur n. 1.
Simulatio præsumitur, si a mutuo vsurario negotium inceperit n. 2.
Bene merita in instrumento allegata probanda sunt n. 3.
Executiue agitur, si capita libelli mox ex documentis apparent n. 4.
Buhm. Conf. T. III. P. II.
Qui executiue agit, ei nulla probatio iniungenda n. 5.
Exceptiones turbidæ in processu executiuo non admittuntur n. 6.
Antichresis tacitam locationem continet n. 7.
Retentio possessori pignoris competit n. 8.

Ad L. V. T. I.

Als die Herren uns interponirte Appellation und erfolgte Gesetze, nicht weniger übergebene interuention in Sachen des Cammer-Raths M. Appellanten und Klägern an einem, der Wittwen O. als Vormünderinnen ihrer Kinder, Beklagten am andern, und des Pfennig-Schreibers F. Interuenienten am dritten Theil, nebst denen übrigen Acten ꝛc.

Daß Beklagte sich zur Nothdurft legitimiret, und die interuention noch zur Zeit nicht statt finde. Die Sache selbsten betreffend, so erhellet aus denen Acten so viel, daß die appellatio in ihren formalien zu Recht beständig, und zu dero Rechtfertigung an die Herren erwachsen, der materialien halber aber, daß in erster Instanz übel gesprochen, wohl davon appelliret, und dahero die sententia a qua dahin zu reformiren, daß Kläger den Grund der Klage, und so viel ihm daran verneinet, Beklagten Gegenbeweiß vorbehaltlich, zu beweisen nicht schuldig, sondern weil Beklagte die documenta sub A et B act. pr. inst. nicht in Abrede seyn können, sie Einwendens ohngehindert, die libellirte 300. Thlr. nebst dem Rückstand der Meyer-Gefälle, so weit dieselbe von denen Meyern nicht eingetrieben werden können, darneben sie auch über die liquidation gehöret worden, zu bezahlen schuldig, mit ihren opponirten exceptionen aber in reconuentionem zu verweisen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol die grauamina, welche als nullitäten von appellanten angeführet sind, keinen Grund zu haben scheinen, da 1) obgleich zwey originalia diuersorum contractuum produciret sind, dennoch nicht darauf zu sehen sey, quod per simulationem conceptum, sed
1 potius quod reuera gestum est

l. 54. de obl. et act.

l. 9. C. de acq. vel ret. poss.

l. 5. C. si certum pet.

aus denen Umständen aber erhellet, daß der Pacht-Contract zwar fünf Tage vor der Handschrifft über 300 Rthl. gemachet, dennoch aus dem Zusammenhang zu ersehen sey, quod alterum negotium alterius gratia confectum sit, nachdem 2) die wahre Absicht des conductoris gewesen zu seyn scheinet, die Korn-Gefälle a 15. Thlr. jährlich zu pachten, damit er solche an statt der Zinsen von dem Capital, so ebenfalls 15. Thlr. ausmachen, jährlich inne behalten, und also iure antichretico dieselbe nutzen könne, zumal eben diese Meyer-Gefälle in dem chirographo zum specialen Unterpfande verschrieben, und damit es nicht sofort in die Augen falle, obbesagte Korn-Gefälle durch einen besondern Contract, dicis gratia, verpachtet sind, auch vermuthlich sey, quod a mutuo vsurario negotium inceperit, vnde
2 simulatio præsumitur

c. X. de emt. vend.

darneben 3) in dem Pacht-Contract ad velandam vsuriam prauitatem besondere bene merita sowol in genere als in specie angeführet, von der Appellatinnen aber geleugnet sind, und um desto weniger præsumiret werden, als solche in facto bestehen, und zuförderst erwiesen werden müssen, dieserwegen
3 nicht anders als auf Beweiß und Gegenbeweiß erkant werden können, dieweil daraus 4) sich hervor thun werde, ob nicht blos um die Uebermase der Zinsen zu bedecken, eine remuneration fingiret, und wenn solche wegfallen solle, durch anzulegende liquidation heraus zu bringen sey, daß das Capital der 300. Thlr. bereits bezahlet, und die Korn-Gefälle frey gemachet seyn, sodann 5) auf die beygelegte decreta um desto weniger zu sehen, als welche inter alios iudicata sind, und appellatinnen nicht angehen, bey solchen Umständen also da 6) der Interuenient die Osterwaldische Lehn per refutationem an sich gebracht, er bey dieser Sache allerdings interessiret seyn möchte, da er deren Abtretung vrgiret, und die Sache ihn nunmehr principaliter selbst angehet.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) aus dem libello primæ instantiæ zu ersehen, daß Appellant sich auf klare Brief und Siegel gegründet, executiue geklaget, und auf ein mandatum de soluendo wegen der 300. Thlr. sowol als auf maintenirung bey der possession der Korn-Gefälle so lange, bis er befriediget sey, libelliret, dabey gebethen, daß, weil der eine Meyer Brehmern noch in Rückstand geblieben sey, Beklagtinne solchen versprochener massen bezahlen müsse, zu welchem Ende er auch die originalia produciret, und solche von der Beklagten agnoscirt sind, dergestalt der gantze tenor libelli aus denen beyden documentis klar und liquid ist, worauf nach dem jüngern
4 Reichs-Abschied executiue verfahren, und mandata de soluendo erkant werden müssen, und obwol dagegen opponiret ist, daß beyde contractus nur ein negotium betreffen, und mehr pro contractu antichretico anzusehen, im Gegentheil ad 2) der Pacht blos simuliret sey, so dann die bene merita, so in dem Pacht-Contract angeführet sind, zuförderst dargethan werden müssen, dennoch keinesweges erkant werden können, daß Kläger den Grund seiner Klage, und so viel ihm daran verneinet, zu beweisen schuldig sey, anerwogen Kläger und Appellant sich auf klare Brief und Siegel gegründet, executiue geklaget, und mit
5 keinem fernern Beweiß beschweret werden mögen, ja ad 3) die exceptio vsuriariæ prauitatis et simulationis allenfalls von der Appellatinnen

nen erwiesen werden müssen, welches aber in processu executiuo nicht angehet, als in welchem keine exceptiones occultæ et altioris indaginis zuzulassen, sondern in reconuentionem, wie von uns geschehen, zu verwerfen sind, nicht zu gedencken, daß, wenn nur ein contractus antichreticus allhier anzutreffen seyn solte, dennoch die Beklagte wenig profitiren wird, quia in eo tacita locatio continetur,

l. 14. C. de vsur.

inzwischen ad 4) Appellant billig so lange bey denen Korn-Gefällen zu schützen, bis er befriediget, oder in separato die exceptio vsuriæ prauitatis gehörig ausgeführet worden, wohin auch ad 5) die ergangene decreta abzielen, und ob wol solche gegen die Beklagte nicht ertheilet sind, dennoch daraus, daß Appellant in der possess der Hebung sey und dabey bishero mainteniret worden, erhellet, so auch Appellatinne gegen sich gelten lassen muß, der Appellant gegen sie wenigstens das ius retentionis hat, und die possessio pignoris einen grossen effectum nach sich ziehet

Ad L. V. T. I.

t. t. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. posse

woraus denn 6) von selbsten folget, daß des interuenienten Suchen, da die Korn-Gefälle noch verhafften, nicht statt finde, und man nicht anders schliessen kan, als daß er gar litependente solche an sich gebracht, und mit der exceptione rei litigiosæ noch mehr abgewiesen werden kan.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXLI.

DECISIO CXII.

THEMA.

In processu executiuo exceptiones altioris indaginis ad separatum processum remittuntur.

SVMMARIA.

Exceptiones, quæ ex ipso chirographo oriuntur, in executiuo processu admittuntur n. 1.
In appellationis instantia beneficium nondum deducta deducendi locum habet n. 2.
In processu executiuo exceptiones ad separatum remittuntur n. 3.
Exceptio, quæ ex documento guarentigiato oritur, in continenti liquida esse debet n. 4.
Iuramenti delatiui vtrum in instantia appellationis iure Magdeburgico locum habeat? n. 5.
Minores, nisi singulariter læsi, beneficio restitutionis non vtuntur n. 6.

Auf Leuterungs-Schrifft und erfolgte Gesetze in Sachen Anwald I. P. G. nachgelassener Wittwen und Erben, Beklagten und Appellanten an einem, und unsers Regierungs-Raths I. F. H. Klägern und Appellaten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preussen ꝛc. auf vorgehabten Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem fol. 20. act. appell. befindlichen und dem 10. Dec. 1735. eröffneten Abschiede billig verbleibet, Beklagte auch die expensas retardati processus nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung Klägern zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagte an statt der grauaminum anführet, 1) daß Kläger ihren seligen resp. Mann und Vater 300. Thlr. um auf so hoch vor desselben Schwager, dem Krieges-Commissario G. auf drey Jahr wegen der ihm aufgetragenen respicirung des Lehn-Wesens bey der A. Familie Caution zu bestellen, auf drey Jahr vorgeliehen, solches auch mit dürren Worten in der Obligation angeführet worden, mithin diese 300. Thlr. dem seligen G. zu nichts anders, als zu seiner Sicherheit wegen der übernommenen Bürgschafft, in Hände gegeben worden, dahero er auch 2) laut protocolli iudicialis von 26. May 1728. sich expresse declariret, daß er die erhaltene 300. Thlr. nicht ehender, als bis er von seiner Caution befreyet worden, zu zahlen schuldig seyn wolte, auf welche exception 3) da sie ex ipso chirographo entsprungen, billig in decidendo reflectiret werden sollen,

verb. *Process-Ordnung C. 47. §. 6.*

allenfalls aber 4) auf die in appellationis instantia geschehene Eydes-Delation über die fol. 24. act. appell. angegebene Umstände erkant werden müssen, da nach der neu verbesserten

Ad L. V. T. I. Proceß-Ordnung c. 29. §. 2. wenn gleich aus instrumentis guarentigiatis executiue wider die Beklagten geklaget worden, solche zugelaſſen, bevorab da 5) der Beweiß der exceptionum ihnen noch nicht auferleget, ſie auch dazu ſich noch nicht anerbothen, auch ſowol 6) das beneficium reſtitutionis in integrum ihnen als Wittwen und Wayſen, als das beneficium l. 4. C. de temp. appell. nondum deducta deducendi et nondum probata probandi zu ſtatten kommen, nicht aber 7) ſie mit ihren Einreden ad ſeparatum verwieſen werden müſſen, als woraus ein neuer Proceß ihnen aufgebürdet würde, und obgleich 8) in dem chirographo enthalten, daß nach Verlauf drey Jahren die Gelder auf Verlangen wieder bezahlet werden ſollen, dennoch dieſes, ceteris paribus, zu verſtehen, und dabey zu præſupponiren ſey, wenn auch inzwiſchen die liberatio a cautione erfolget, alſo es das Anſehen gewinnet, als wenn reformatorie erkant, und geſprochen werden ſollen, daß Klägers Suchen noch zur Zeit nicht ſtatt findet.

2 4 5

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus dem ad acta pr. inſtant. gebrachten und recognoſcirten chirographo executiue geklaget worden, bey welchem Proceß dergleichen exceptiones altioris indaginis, wenn nicht zu rechter Zeit der Eyd darüber deferiret worden, nicht zu admittiren, ſondern ad ſeparatum zu verweiſen ſind, welches ſich hier in der That befindet, zumal obgleich quoad rat. primam des Umſtandes wegen der Caution in dem chirographo gedacht iſt, dennoch ſolches nur incidenter geſchehen, vorher aber angeführet worden, daß das Anlehn zu der Beklagten Hauſes Beſtens und zu Anſchaffung der nöthigen Brau-Geräthe auf drey Jahr vorgeſtrecket worden, und obgleich darauf zugleich der zu beſtellenden Caution gedacht iſt, dennoch ſolches als eine Bewegungs-Urſache, daß Kläger ſich zu dem Anlehn verſtanden, angeſehen worden und dergeſtalt verſtanden werden kan, daß, weil Beklagte die Bürgſchafft übernommen, und Klägern darunter einen Gefallen gethan, dieſer hinwieder das Anlehn zu ihrer Nothdurfft auf drey Jahr vorgeſtrecket, daher ſich auch Beklagten reſp. Mann und Vater obligiret, daß er nach Verlauf drey Jahren, falls ihm ſolches Capital nicht länger gelaſſen werden ſolte, daſſelbe wieder bezahlen wolte, wobey der Condition: wenn er zuforderſt von der Caution befreyet ſeyn würde, gar nicht gedacht worden, welches doch geſchehen müſſen, wenn das Capital zur Sicherheit wegen der übernommenen Bürgſchafft vorgeſtrecket ſeyn ſolte, hierüber in der angehengten Confirmation dieſes Umſtandes gar keine Meldung geſchehen, dahero 3

denn was in rat. ſecunda aus dem Protocollo angeführet iſt, hiebey in keine Conſideration zu ziehen, nachdem eines Theils kein Original davon bey denen Acten zu befinden, andern Theils aus denſelben nicht erhellet, daß der Creditor die geſchehene declaration bewilliget, da ſolche weder in dem chirographo noch derſelben angehengten Confirmation anzutreffen, dieſerwegen dieſe exceptio noch in altiori indagine beruhet, und quoad rat. tertiam aus der Handſchrifft nicht ſofort, wie angegeben worden, klar und liquid iſt, darneben auf die in rat. quarta prouocirte Eydes-Delation nicht geſehen werden mögen, da ſolche erſt in inſtantia appellationis geſchehen, nachdem Beklagte ſich ſofort in prima inſtantia zu Beweiſſung ihrer exception nicht allein angebothen, ſondern auch zu deſſen Behuf protocolli copiam ad acta gebracht, auf welchem Fall die Eydes-Delation in proceſſu executiuo nicht mehr ſtatt findet. 4 5

neuverbeſſerte Magdeburgiſche *Proceß*-Ordnung *c. 29. §. 2.*

bey ſolchen Umſtänden alſo die ratio quintæ irrig, und das in rat. ſexta angeführte beneficium *l. 4. C. de temp. appell.* hier inapplicabel iſt, da wir nicht in terminis proceſſus iuris communis, ſondern iuris Magdeburgici verſiren, die reſtitutio in integrum auch breui manu nicht leicht und ohne erhebliche Urſache zu verſtatten, bevorab da Beklagten ihre exception nicht gäntzlich abgeſchnitten, ſondern ihnen ſolche in ſeparato auszuführen, vorbehalten, mithin es an einer wahren læſion allhier ermangelt, cum tamen minores, niſi ſingulariter et admodum euidenter læſi ſint, non reſtituantur

l. 24. §. 1. D. de minor. 6
l. 12. §. 1. de admin. et peric. tut.

dahero dann quoad rat. ſeptimam die quæſtionirte exception nothwendig als illiquida ad ſeparatum verwieſen werden müſſen, im Gegentheil die in rat. octaua angeführte Paſſage aus dem chirographo gar zu klar iſt, daß ſolche auf keinen andern ſenſum detorquiret werden kan, allenfalls ſolche klärer ausgedruckt werden müſſen, welches auch ohne Zweifel geſchehen ſeyn würde, wenn es angebrachter maſſen mit dieſem Anlehn beſchaffen geweſen, dieſerwegen die Leuterungs-Grauamina als unerheblich zu achten, worauf condemnatio in expenſas retardati proceſſus erfolgen muß.

So iſt geſchehener maſſen zu erkennen geweſen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MART. MDCCXXXVI.

DECISIO

Ad L. V. Z. I.

DECISIO CXIII.

THEMA.

Litis contestatio per exceptionem in continenti probabilem impeditur.

SVMMARIA.

Rationes dubitandi ex facto desumtæ n. 1.

Iuramentum in vna caussa præstitum ad aliam litem non porrigitur n. 2.

Exceptio in continenti liquida impedit litis contestationem n. 3.

Expensas litis temeriæ qui soluere nequit, extra ordinem coercendus n. 4.

Als derselbe uns angebrachte Klage und erfolgte Gesetze in Sachen C. R. Klägern an einem, und I. F. G. Beklagten am andern Theil, in dem zurück kommenden vol. etc.

Daß Kläger zuförderst sich zum armen Recht, und zwar in hac causa, zu legitimiren schuldig. Und erhellet übrigens aus denen Acten so viel, daß Beklagter sich auf die Klage nicht einzulassen, Kläger auch die verursachten Unkosten nach deren vorgehender liquidation und erfolgter Mäßigung Beklagten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter fol. 12. nicht in Abrede
1 seyn kan, daß Kläger das Armen-Recht erhalten, und daß solches sub- et obreptitie geschehen, nicht zu præsumiren. Hiernechst es sich gebühret hätte, daß Beklagter zum wenigsten sich eventualiter auf die Klage eingelassen, so er aber nicht gethan, und dahero Kläger denselben nicht unbillig contumaciret zu haben scheinet. Bevorab da die exceptio transactionis nicht so klar seyn soll, daß darauf sofort erkant werden möchte, hergegen Klägers intention in dem fol. 3. befindlichen Kauf-Briefe gegründet, und nicht zu befinden, daß in dem fol. 14. befindlichen neuen Vergleich der itzigen prætension renunciiret worden, auch die clausula annexa generalis nicht weiter als der vormahlige Streit gewesen, extendiret werden mag.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch wie weit Klägern das Armen-Recht indulgiret worden, aus denen actis nicht erhellet, auch sonsten bekant ist,
2 quod iuramentum in vna causa præstitum non porrigatur ad aliam litem.

SCHWENDEND. *ad* FIBIG. *pag. 82. n. 1.*

MENCKE *in proceſſ. iur. comm. disp. III. §. 30. in f.*

so, daß Kläger sich auch in dieser Sache vornehmlich dazu legitimiren muß, und so viel die Haupt-Sache betrifft, Beklagter sich darauf einzulassen nicht schuldig gewesen, da die exceptio transactionis aus dem fol. 14. producirten gerichtlichen documento, so keiner recognition bedarf, sofort liquida ist, qualis exceptio litis contestationem impedit,

c. 1. de lit. contest. in 6.
3

bevorab da aus der Klage zu ersehen, daß tempore transactionis Klägers Frau schon verstorben gewesen, da die Klage den 13. Jun. 1743. übergeben, und in derselben Kläger angiebet, daß seine Frau bereits vor fünf Jahren verstorben, sie also im Jahr 1738. schon todt gewesen seyn muß, der Vergleich aber den 1. Octob. 1738. getroffen, auch dessen Frauen darin nicht gedacht wird, obwol der Kinder Mutter-Theil nach Maasgebung des Kauf-Briefes f. 15. b. darin bestimmet worden, welches abermahl nach deren Tode geschehen müssen, und dadurch der Kläger sich nothwendig seiner prætension an seiner Frauen Eingebrachten und Gegenvermächtniß begeben müssen, weil der Kinder Abfindung von dem Mutter-Theil geschehen müssen, und Beklagter nicht zugleich den Kindern am Mutter-Theil 300. Thlr. und seinem Stief-Vater der Mutter Eingebrachtes und Gegenvermächtniß heraus geben kan. Dahero auch fol. 16. die generalis clausula ihren wahren Verstand bekomt, warum Beklagter mehr, als daselbsten bestimmet, es rühre her *ex quocunque capite*, zu zahlen schuldig sey, woraus die temeritas litigandi offenbar erhellet, zu welcher Klägern ohne Zweifel das asylum des Armen-Rechts verleitet, so billig zu restringiren, und er deswegen in die Unkosten gar wohl condemniret

werden

Ad L. V. T. I. werden können, ita, vt si temerarius litigator eas præstare non possit, carcere cum carena coercendus sit

R. I. de a. 1654. §. 166.

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MARTIO MDCCXLIV.

DECISIO CXIV.

THEMA.

Exceptiones litis finitæ, si altioris indaginis fuerint, post litem contestatam reiiciuntur.

SVMMARIA.

Metus non præsumitur n. 1.
Maxime si promissio geminata est n. 2.
Defectus in die et consule instrumenti a notario confecti ex protocollo supplendus n. 3.
In transactione læso vltra dimidium non attenditur n. 4.
Exceptiones litis finitæ non admittuntur, nisi statim liquidæ sint n. 5.
Transactio sit dato vel remisso vel retento n. 6.
Metus levior ex imbecillitate sexus in graviorem degenerat n. 7.
Defectus prælectionis vitiat instrumentum Notarii n. 8.

Auf angebrachte Klage, dagegen opponirte exreption und erfolgte Gesetze in Sachen D. E. D. G. K. nachgelassener Wittwen in H. Klägerinnen an einem, und I. C. R. Beklagten am andern Theil, erkennen Fürstl. Braunschweig-Lüneburgischer Gerichts-Schultheiß, wie auch Bürgermeister und Rath zu S. auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß Beklagter Einwendens ohngehindert sowol auf die angestellete Klage, als dabeygefügte specification sub ⊙ sich specifice einzulassen, und den Krieg Rechtens zu befestigen schuldig, es bleibet ihm aber seine bereits opponirte exceptionem transactionis zerstörlicher Weise nach der Litis-Contestation bey dem Gegenbeweiß, der Klägerin aber ihre dagegen habende Nothdurft, und was sie bereits dagegen vorgestellet, auszuführen, unbenommen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Als die Klägerin die Erbschaffts-Klage wegen ihrer verstorbenen Tochter Nachlaß gegen ihren Schwieger-Sohn, den Beklagten angestellet, hat dieser sich nicht darauf eingelassen, sondern dagegen in vim litis finitæ exceptionem transactionis f. 29. opponiret, und zu dessen Behauptung das fol. 16. sqq. befindliche instrumentum Notarii ad acta gegeben. Ob nun wol 1) sowol des Notarii instrumentum, als die Aussage der Zeugen deutlich anzeigen, daß Klägerin sich würcklich mit ihren Schwieger-Sohn verglichen, aller Prætension entsaget, und sie solches selber nicht leugnen können, nur daß sie 2) vermeinen wollen, als wenn sie durch des Herrn Superintendentens S. heftiges Zusetzen und intimidirung dazu wäre gezwungen worden, welches doch nicht allein nicht zu præsumiren 2

l. 23. pr. D. quod met. causa

sondern auch die persuasoria an und vor sich selbst, keine solche Gewalt involviren, dadurch ein Vergleich umgestossen werden kan, zumal sie 3) solches, nachdem sie mit dem Beklagten von dem Herrn Superintendenten zu dem Notario gegangen, und den Vergleich aufsetzen lassen, vor denselben und dessen requirirten Zeugen wiederholet, und sich zu dem Vergleich freywillig verstanden, und obgleich 4) damals bey concipirung des Vergleichs und in Gegenwart der Zeugen die Specification dessen, was Beklagter ihr von der Verlassenschafft seiner verstorbenen Frauen heraus geben wollen, nicht vorgelesen worden, sondern solches erst einige Tage darnach geschehen, iedoch aus dem instrumento Notarii erhellet, daß solches den 23. Decemb. 1741. würcklich geschehen, und die Specification von ihr agnosciret sey, so, daß ihr Leugnen, daß sie solches nicht agnosciret, ihr dagegen nicht zu statten kommen mögte, noch weniger 5) die angegebene defectus instrumenti einige attention meritiren, da der error in dato leicht geändert, und die dabeyzufügende Stunde leicht ex protocollo Notarii suppliret werden mag, wenn er ein anderweitiges instrumentum aus denselben verfer-

verfertigen solte, so doch, weil sie den Vergleich nicht ableugnen kan, nicht nöthig seyn will. Endlich 6) die gegen den Vergleich opponirte læsio enormissima nicht zu attendiren seyn möchte, als welche denen Rechten zuwider zu seyn scheinet.

l. 78. §. fin. ad SC. Trebell.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch Beklagter sich noch zur Zeit so wenig auf die Klage, als beygefügte Specification dessen, was seine verstorbene Frau inferiret, eingelassen, sondern lediglich exceptionem transactionis et litis finitæ opponiret, und darüber mit der Klägerin verfahren, wodurch aber dieselbe sehr illiquid und so beschaffen befunden worden, daß darauf nicht sofort, inverso processus ordine, erkant, und Klägerin a limine processus abgewiesen werden können, da aus denen Rechten klar ist, quod exceptiones litis finitæ non aliter ante litem contestatam, quam si liquidæ fuerint, admittantur, alioquin post litem contestatam reiiciantur ad reprobationem, bevorab da Klägerin sich dabey in læsione enormissima gründet, aus welcher eben die vorgeschützte exceptio concussionis, und daß man mit ihr, wie sie fol. 10. sqq. angeführet, durch des Herrn Superintendenten intimidirung und listige Ueberredung nicht allzu richtig umgegangen, erhellen, und, wenn Beklagte sich auf die Specification erst eingelassen, und allenfalls Beweiß geführet, sich finden wird, ob und wie weit ihre gegen den Vergleich eingewandte Einreden gegründet sind, inzwischen solcher Vergleich voritzo noch sehr illiquid, und vor der Litis-Contestation darauf nicht weiter zu reflectiren ist, dagegen auch die rationes dubitandi nichts vermögen, angesehen ad 1) der Vergleich zwar getroffen, aber wie er getroffen sey, und was demselben vorhergegangen, so wenig aus der Zeugen Aussage als dem instrumento selbsten erhellet, zumal auch nicht einmal vor denen Instruments-Zeugen bestimmet worden, was Beklagter der Klägerin zu geben resoluiret sey, also damahls der Vergleich noch ein negotium imperfectum gewesen, cum ad perficiendum adhuc aliquid superfuerit

l. u. C. de his quib. vt indign.

da es doch vornemlich darauf ankomme, cum transactio demum fiat dato aliquo vel remisso vel retento

l. 1. et 2. D. de transact.

so dann obgleich ad 2) hier keine vis atrocior, quæ non præsumitur, gegen sie gebrauchet, iedoch mehr als zu bekant ist, daß dergleichen intimidirungen, als Klägerin angegeben, eine speciem concussionis, und zwar bey einer Weibes-Person desto leichter inuoluiren, und künfftig, wenn der Herr Superintendente darüber mit seiner Verantwortung, die bereits von ihm von Seiten des Consistorii abgefordert ist, vernommen werden solte, sich ausfündig machen werde, inzwischen die exceptio dadurch wenigstens turbida geworden, bevor ab da sie ad 3) gleich von dem Herrn Superintendenten mit dem Beklagten zu dem Notario gegangen, noch die ängstliche Vorstellungen und intimidirungen bey ihr gedauret, und sie sich nicht bedencken, und die Sache gnugsam überlegen können, am allermeisten aber ad 4) die Sache höchst verdächtig machet, daß damahls den 17. Decemb. 1741. als der Notarius coram testibus ihre Erklärung entworfen, ihr die Specification dessen, was sie pro renunciatione litis haben solle, nicht vorgelesen, noch von ihr agnosciret worden, sondern vor denen Zeugen verborgen geblieben, als welches erst, nach des Notarii instrumento den 23. Decemb. eiusd. anni geschehen, und von ihr agnosciret seyn soll, welches sie doch leugnet, und in diesem Punct das instrument keinen Glauben meritiret, da solche prælectio et agnitio, als das vornehmste Stück, nicht in Gegenwart der Zeugen, sondern sechs Tage erst darnach geschehen, und ob sie gleich gesiehet, daß sie 30. Thlr. empfangen, dennoch ebenfalls noch nicht klar ist, wie und zu welcher Zeit solches geschehen, und ob sie solches nach der prætendirten Vorlesung und agnition, oder vorher auf Hoffnung, daß Beklagter ihr was rechts geben werde, angenommen, zumal, daß es sehr unordentlich und turbide mit dem Vergleich zugegangen, daraus erhellet, daß sie gleich den 30. Decemb. 1741. dagegen weitläuftige Vorstellungen gethan, darneben ad 5) die defectus instrumenti ratione formalium nicht ausser Acht zu lassen, nachdem solche noch zur Zeit nicht gehoben sind, und endlich ad 6) bereits angezeiget ist, daß noch zur Zeit von der læsione enormissima nicht iudiciret werden mag, da Beklagter sich auf die Specification noch nicht eingelassen, und man also nicht wissen kan, wie viel sie eigentlich von ihrer Tochter Verlassenschafft zu fordern haben werde, gleichwol wenn solche so hoch, als die Specification sub O ausweiset, seyn solte, kein Zweifel übrig bleiben würde, daß man mit ihr arglistig und durch intimidirung verfahren, wodurch der Vergleich keinen geringen Stoß bekommen würde, so, daß sowol aus diesem, als dadurch, daß ihr die gedachte Specification coram testibus nicht vorgelesen, und von ihr approbiret worden, diese exceptio höchst illiquida geworden ist, und Beklagter billig sich euentualiter einlassen sollen, iedoch, weil Klägerin dieserwegen den Beklagten nicht contumaciret, sondern sich sofort über diese exception eingelassen, auf productionem testium prouociret, und vermeinet, daß er stillschweigend die Klage und Specification eingestanden, so doch nicht geschehen, der Beklagte mit denen Unkosten verschonet worden.

Ad L. F. T. I.

So sind wir, geschehener massen, zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE SEPTEMB. MDCCXLII.

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

ad L. V. T. I.

RESPONSVM CXV.

THEMA.

Quatenus iudex ex officio exceptiones supplere possit.

Vid. T. III. Resp. CLXXII. Them. 2.

DECISIO CXVI.

THEMATA.

I. Oppositio exceptionis peremtoriæ non simpliciter litis contestationem inducit.

II. *Interpellatio interrumpit præscriptionem.*

SVMMARIA.

Litis contestatio ex oppositione exceptionis peremtoriæ colligitur n. 1.

Variæ rationes dubitandi ex facto desumtæ n. 2.

Interpellatio creditoris malam fidem debitoris inducit n. 3.

Præscriptio etiam per extraiudicialem interpellationem rumpitur n. 4.

Imprimis illa contra debitorem efficax est ibid.

Exceptio plurium heredum in debito ex certo fundo soluendo cessat n. 5.

Documentum in originali post L. C. producendum n. 6.

Auf eingewandte reuision und resp. geschehene Einlassung, auch darauf erfolgtes Verfahren in Sachen des von Querenheim Klägern an einem, und des Geheimden Raths von Wradt, Beklagten am andern Theil, erkennen Gräfl. Lippische zur Regierungs-Cantzley verordnete Præsident, Cantzley Director und Räthe nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten reuision ohngehindert bey dem n. act. 32. befindlichen und den 14. Ian. 1734. publicirten Urthel billig verbleibet, und weil dem zufolge Beklagter sich auf die Klage eingelassen, und derselben nicht geständig ist, so ist Kläger zuförderst den Vergleich in originali zu produciren, und Beklagter solchen zu recognosciren, und wenn solches geschehen, seines übrigens Einwendens ohngehindert die eingeklagte Schuld-Forderung nach Abzug dessen, was er darauf compensiren kan, und bezahlet zu haben vermeinet, nebst dem Interesse moræ vsque ad alterum tantum zu bezahlen schuldig. Würde nun Beklagter die Documenta sub n. 35. et 36. in einem anderweitigen termino in originali produciren, so ist Kläger solche zu recognosciren, oder endlich zu difficiren schuldig, und ergehet darauf ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter 1) gegen das n. act. 32. befindliche Urthel, in welchem auf die Einlassung, und expensas retardati processus erkant, reuisionem interponiret, und vermeinen wollen, daß wenigstens in puncto expensarum das vorige Urthel reformiret werden müssen, weil er sich bereits eingelassen, und n. act. 22. exceptiones peremtorias opponiret, auch darüber verfahren worden, oppositæ autem exceptiones inducunt litis contestationem 1

INNOCENT. IV. *ad c. 6. de except. n. 1.*

und ob er wol 2) sich nochmahls eingelassen, ihm doch solches zum præiudiz nicht gereichen 2 möchte, sondern solches nur de superfluo geschehen sey, dagegen er aber 3) sofort exceptionem præscriptionis opponiret, zumal nach Klägers Vorgeben die Ehe-Gelder in anno

anno 1670. da seine Mutter sich verheyrathet, gefordert werden müssen, so aber unterblieben, die interpellatio auch nicht richtig beygebracht, zumal daß ante lapsum 30. annorum dieselbe geschehen sey, aus den Acten nicht deutlich erhellet, der Brief aber, so anno 1701. vom Beklagten geschrieben, pro interpellatione post completam præscriptionem zu halten, und auch gezweiffelt werden möchte, ob dieselbe ad interrumpendam præscriptionem gnugsen; hiernächst 4) Kläger sich zuförderst ad causam legitimiren, und darthun müsse, daß er der einzige Erbe seiner Mutter sey, wie denn auch 5) die Klage Beklagten nicht allein angehen könne, indem er das Guth Popenhausen nicht allein geerbet, Klägern also die exceptio plurium heredum entgegen stehe, nicht weniger 6) er das Original des Vergleichs erst produciren müsse, wiewol da er litem negatiue contestiret, Kläger ohnedem schuldig gewesen, zuvor die Klage gebührend beyzubringen, endlich 7) diesem allen noch die exceptio plus petitionis zwar hinzugefüget, und zu deren Behauptung die Documenta sub n. 35. et 36. produciret worden, gleichwol das erste Documentum anno 1653. das andere aber 1670. ausgestellet, und solche vorlängst verjähret sind, allenfalls auch durch den Vergleich die erste gehoben, wie auch præsumtione iuris als bezahlt zu achten, da ex lapsu tanti temporis die solutio billig zu præsumiren, es also das Ansehen gewinnen will, als wenn auf diese exception nicht, wohl aber auf jene, reflectiret werden müsse.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) so viel die reuision betrifft, zwar nicht zu leugnen, daß Beklagter allerhand exceptiones opponiret, niemahls aber sich förmlich eingelassen, in Rechten auch klar versehen, quod, si ab actore oblato libello ex parte rei exceptio peremtoria proponatur, nequaquam per hoc litis contestatio facta intelligatur

3 *c.2. de lit. contest. in 6.*

welche klare decision weit mehr als die priuata sententia Innocentii IV. gelten muß, und solches überdem die Natur der Litis Contestation selbsten anzeiget, dahero Beklagter billig in die Unkosten condemniret ist, und dabey 2) schuldig gewesen, litem zu contestiren, welches er auch nunmehro gethan, und den Grund der Klage geleugnet, dahero auf dessen Beweiß zu erkennen gewesen, und weil Kläger den Grund der Klage in dem Vergleiche gründet, es nöthig ist, daß Kläger solchen in originali ad recognoscendum producire, wodurch denn der Grund der Klage seine Richtigkeit erlangen, und hiernächst es blos auf die bereits deducirte exceptiones ankommen wird, darunter 3) die exceptio præscriptionis die vornehmste zwar ist, gleichwol aus denen actis cameralibus erhellet, daß laut der Beylage sub n. 3. kurtz vor anno 1697. da die præscriptio noch nicht complet gewesen, er wegen dieser Ehe-Gelder gemahnet worden, nicht weniger durch das sub n. 8. producirte Schreiben sub dato von 13. Mart. 1701. so allenfalls in originali zu produciren, die interpellatio nochmahls förmlich geschehen, und diese allein zureichend seyn könte, die interpellation klar zu machen, angesehen aus der sub n. 36. vom Beklagten producirten obligation selbsten erhellet, daß Klägers selige Mutter in anno 1670. circa finem sich verheyrathet, und also circa finem der 30jährigen Præscription die interpellatio geschehen, zugleich aber auch daraus offenbar ist, daß Beklagten-Vater auf Abschlag der Ehe-Gelder den 9ten Nov. 1670. 100. Thlr. gezahlet haben soll, wodurch er validissime interpelliret ist, ita vt postea nulla præscriptio locum habere possit, sed mala fides positiua seu per interpellationem excitata eam impediat de iure canonico 4

FRANZK. *lib. 3. ref. 13. n. 19.*

RAVCHBAR. *lib. 2. qu. 28. n. 34.*

auch in dubio billig bey solchen eclatanten Umständen contra præscriptionem zu sprechen, und was contra interpellationem extraiudicialem angeführet ist, in Rechten keinen Grund hat, cum ea moram et malam fidem in debitore operetur, excludens omnem præscriptionem

c. f. X. de præscript.

ferner 4) die exceptio legitimationis ad causam in actis aus dem Wege geräumet, und dargethan, daß er der einzige Erbe seiner seligen Mutter sey, wiewol Beklagter billig, daß mehr Erben, als Kläger, vorhanden, beybringen sollen, welches er nicht einsten gethan, und also Kläger mehr, als ihm gebühret, geleistet; wie denn auch 5) die exceptio plurium heredum hier billig cessiret, da diese Ehe-Gelder aus dem Guthe Popenhausen versprochen, welches Beklagter besitzet, und dahero Kläger sich an ihm halten kan; nicht weniger 6) der exceptioni productionis originalis bereits abgeholfen, indem auf den Beweiß erkant, und dadurch, wenn das originale produciret ist, solcher beygebracht werden wird, solches auch bey der litis contestatione negatiua allerdings nöthig ist, weil bishero eine blosse Copey ad acta gegeben; im Gegentheil 7) die exceptio plus petitionis allerdings vor erheblich zu achten, indem wenn die documenta recognosciret werden, solche darlegen, daß 100. Thlr. bereits in anno 1670. darauf gezahlt, durch das erste aber de anno 1653. die Ehe-Gelder abermahl verringert worden, cum ipso iure compensatio contingat, also beyde Posten darauf abgerechnet werden müssen, wenn nicht etwa Kläger solche documenta eydlich zu diffitiren sich befugt zu seyn erachten sotte.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IANVAR. MDCCXXXVIII.

Ad L. V. T. I. 5

6

Bohm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. V. T. I.

RESPONSVM CXVII.

THEMA.

Exceptio litis pendentis competit iudici inferiori, licet reus foro iuperiori principis ſubeſſe cœperit.

SVMMARIA.

Iurisdictio nobilibus ſubordinate competit n. 1.
Actio realis in foro rei ſitæ inſtituenda n. 2.
Contra actio perſonalis in foro domicilii n. 3.
Iudex fori rei ſitæ reum in perſonalibus per litteras ſubſidiales citat n. 4.
Remiſſio delinquentium non eſt neceſſitatis n. 5.

Quæſtio.

Wenn jemand, der vormahls unter einem Edelmann gewohnet, und anſäßig, auch unter demſelben ſub inquiſitione geweſen, nachhero in des Königes Dienſte und Pflicht kommt, und Amtmann wird? ob derſelbe de iure dennoch cum effectu von dem Edelmann citiret werden könne, und ſich derſelbe zu antworten ſchuldig, Se. Königliche Majeſtät auch verbunden, des Edelmanns citation demſelben inſinuiren zu laſſen? Was deshalb in cauſis ciuilibus et criminalibus Rechtens, und darunter ratione cauſarum vor ein Unterſcheid ſey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ich ſetze überhaupt bey Beurtheilung dieſer Frage zum voraus, daß, wenn einem Edelmann die iurisdiction von einem Landes-Herrn verliehen iſt, oder derſelbe ſolche iure patrimoniali beſitzet, dieſe iurisdictio ihm priuatiue zuſtehe, ſo, daß der Landes-Herr demſelben in exercitio iurisdictionis nicht vorgreiffen kan, als wenn an denſelben per modum appellationis, oder ex capite nullitatis prouociret wird, wie ſolcher Satz heut zu Tage durchgehends angenommen wird: 1

Conf. STRYK *in vſu mod. tit. de iurisd.* §. 26.

folglich kan hier auf keinen ſuperiorem oder inferiorem geſehen, ſondern es muß dieſe quæſtio bloß ex natura iurisdictionis examiniret werden.

Was demnach cauſas ciuiles betrifft, ſo kan wider einen ſolchen, der vormahls unter dem Edelmann gewohnet, und nachhero Königlicher Amtmann wird, entweder actione reali oder perſonali geklaget werden.

Im erſten caſu, ſi agitur de bonis ſub iurisdictione nobilis ſitis, kan ein ſolcher Amtmann nicht wol anders als coram nobili belanget werden, welchem er intuitu bonorum ſubiectus iſt, und ſich dahero ſub prætextu fori perſonalis ſeiner iurisdictioni nicht entziehen darf, wie ſolches die natura fori rei ſitæ mit ſich bringet, 2

l. f. C. vbi in rem.

als wobey weder auf die qualitatem perſonæ rei, noch auf deſſen abſentiam geſehen werden kan.

MEVIVS *P. VI. d.* 346.

Solte aber actio perſonalis wider denſelben angeſtellet werden, ſo iſt zwar in theſi richtig, daß er nunmehro, da er Amtmann worden, unter Sr. Königlichen Majeſtät ſtehe, und alſo vor der Krieges- und Domainen-Cammer oder Regierung belanget werden müſſe, es verſtehet ſich aber dieſes nur von denen Klagen, die nachhero, da er das Amt übernommen, wider ihn mouiret worden. Wenn alſo bereits die Sache bey des Edelmanns Gerichten anhängig geweſen, ſo muß dieſelbe ob litis pendentiam auch daſelbſt ausgeführet werden, denn ſonſt könte mutatione fori perſonali ein jedes iudicium eludiret, und dadurch in foro eine groſſe confuſion erwecket werden. 3

Wenn alſo actio realis angeſtellet iſt, oder wegen einer actionis perſonalis bereits lis pendens iſt, ſo hat citatio ſubſidialis ſtatt, worunter ein iudex zu Beförderung der iuſtitz zu aſſiſtiren heut zu Tage verbunden iſt, ſi vni ſuperiori ſubſint, adeo vt ab eo compelli poſſint, ob gleich die inſinuatio citationis ſubſidiariæ 4

diariæ sonst mehr, si de extraneo iudice quæstio est, humanitati zugeschrieben wird.

CARPZOV. *in proc. Tit. 7. art. 3. n. 15.*
STRYK *in vs. mod. tit. de in ius voc. §. XI.*

Was die causas criminales anbetrifft, so ist zwar in thesi richtig, daß die remissio delinquentium vel eorum citatio iure hodierno nicht necessitatis sey, wie

ZIEGLER *de remiss. delinquent.*

ausführet, und zeiget, daß ein iudex, sub quo delinquens degit, die inquisition selbst führen könne, es leidet aber diese Regel ihren Abfall, *si inquisitio alicubi iam rite mota et delinquens aufugerit*, so, daß nach der heutigen praxi in diesem Fall ein Richter dem andern zu Hülffe zu kommen verbunden geachtet wird.

MEVIVS *P. IV. dec. 177.*
CARPZOV. *Pr. crim. qu. 110. n. 63.*
RICHTER *P. I. dec. 15. n. 6.*
STRYK *in vs. mod. tit. de iudic. §. 27.*
BOEHMER *in elem. iur. crim. Sect. I. c. 3. §. 60.*

Es hat dieses principium die raison zum Grunde, daß die præuentio in causis criminalibus das forum fundire, und sind also causæ criminales von denen ciuilibus personalibus gar nicht unterschieden, weil, was bey jenen præuentio heißt und wircket, bey diesen litis pendentia genennet wird. *Ad L. V. T. I.*

Ich mache also hieraus den Schluß, daß, wenn jemand unter einem Edelmann gestanden, und nachhero Amtmann wird, derselbe vor des Edelmanns Gerichten in actionibus realibus belanget werden müsse, in personalibus aber und criminalibus unter Sr. Königlichen Majestät iurisdiction stehe, es sey denn, daß in causis ciuilibus bereits litis pendentia vorhanden, oder in causis criminalibus die inquisition bereits, ehe er Amtmann worden, angefangen und derselbe die Flucht ergriffen. Diesemnach bin ich, besonders in gegenwärtigem casu, betreffend den Amtmann zu G. L. der Meinung, daß, weil derselbe, noch ehe er Amtmann worden, unter denen Adelichen K. Gerichten in inquisition gerathen, und gegen caution de iudicio sisti et iudicatum solui des Arrests erlassen worden, die Inquisition vor dasigen Gerichten bißig geendiget werden müsse, und zu dem Ende die Krieges- und Domainen-Cammer die citationes dem Amtmann L. zu insinuiren sich nicht entbrechen könne.

NOMINE PRIVATO.
MENSE MAIO MDCCXXXVI.

DECISIO CXVIII.

THEMA.

Clausula, *Einwendens ohngehindert*, exceptiones peremtorias non excludit.

Vid. Tit. IV. Decis. XXXIX. Th. 2.

DECISIO CXIX.

THEMA.

Litis contestationem non remoratur exceptio spolii, si actor se ad restitutionem offert, simul ac liquidatio damnorum secuta.

Vid. Tit. IV. Decis. LXXIX. Them. 2.

DECISIO CXX.

THEMA.

In causis summariis incidenter propositis lis præscindenda.

Vid. T. IV. Decis. CCVII. Them. 2.

Ad L. V. l. 4.

DECISIO CXXI.

THEMATA.

I. Possessor remedio ex *l. diffamari* prouocari nequit.

II. Qui, licet bona fide, liti renunciat, in expensas condemnatur.

SVMMARIA.

Status controuersiæ formatur n. 1.
Expensas non soluit, qui probabilem litigandi causſam habet n. 2.
An etiam qui liti renunciat? n. 3. 11.
Expensæ sunt pœna temeratiæ litis n. 4.
Iure Lubecensi arrestum erga conciuem coram extraneo iudice non impetrandum n. 5.
Nisi ibi contraxit vel deliquit n. 14.
Possessionis causſam nemo allegare tenetur n. 6.
In remedio ex l. diffamari diffamatio demonstranda n. 7.
Hoc remedium cessat, quoties pœna perpetuæ silentii peti nequit n. 8.
Expensas soluit, qui ineptum remedium instituit n. 9.
Litem temere instituit, qui ex errore iuris agit n. 10.
Arrestum in foro rei sitæ imponere licet n. 12.
Euocatio subditorum prohibita n. 13.

Als dieselbe uns übergebene Prouocations-Schrift und erfolgtes Verfahren in Sachen G. Z. und Consorten Prouocanten an einem, und sel. C. H. Witwe, Prouocatin am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Daß die Prouocation, immassen sie angebracht, nicht statt habe, dannenhero Prouocantes Einwendens ohngehindert der Prouocatin die verursachte Unkosten nach deren vorhergehender liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung zu erstatten schuldig; mit ihrem übrigen Suchen, wegen des in Danzig angelegten Arrests aber ist Prouocatinne gestalten Sachen und Umständen nach abzuweisen.

Rationes dubitandi.

1 Als der Schiffer P. mit dem Schiff, mit welchem er auf Petersburg angeleget, zu Danzig Winterlager halten müssen, hat Prouocatin ihre darauf gegebene Waaren durch ihren mandatarium daselbst löschen lassen. Weil nun der Rheeder des Schiffers P. durch solche Löschung Schaden und Ungelegenheit beſorget, haben sie sowol auf die aus den gelöschten Waaren gelöste Gelder bey Prouocatins mandatario in Danzig Arrest legen lassen, als auch Prouocatin actione ex l. diffamari prouocirt, solcher prouocation aber endlich renunciirt, nachdem sie C. T., der die gelöschten Waaren in Petersburg in Empfang nehmen sollen, per actionem ex l. si contendat ein ewiges Stillschweigen auflegen lassen, und also der gelöschten Waaren halber in Sicherheit gesetzet worden. Ob nun wol Prouocantes 1) gegründete Ursach, die Prouocatinnen zu prouociren, vor sich zu haben scheinen, indem sie durch die in Danzig vorgenommene Löschung der Waaren in grosse Gefahr eines künftigen Schadens gesetzet worden, massen das Schiff durch das Connossement, demjenigen, der die darauf geschiffte Waaren in Petersburg in Empfang nehmen sollen, denen Rechten nach zur Sicherheit stehet, und also leichtlich in Petersburg mit Arrest beleget werden können; diesem zu folge also 2) die Prouocantes erhebliche Ursache, Prouocatinnen ex l. diffamari zu belangen, gehabt haben möchten, massen dieselbe sich berühmet haben soll, daß die ausgelöschten Waaren die ihrigen wären, an dessen Wahrheit Prouocanten vieles gelegen, indem, wenn sich solches besagter massen also verhalten, sie ausser Gefahr ihres Schiffes halber kommen würden, und dahero wohl mit Fug durch obbesagtes remedium auf dessen Erweiß dringen mögen; woraus denn 3) zu schliessen, daß, da Prouocantes iustam litigandi causſam gehabt, sie auch billig a restitutione expensarum loszusprechen, cum is, qui iustam litigandi causſam habuit, in expensas condemnari nequeat.

LAVTERBACH *diſſ. de expensis victoriæ* §. 41.

Sed

Sed hoc in casu expensæ compensari debeant.

VVLTEIVS *ad §. 6. I. de interd.*

COTHMAN. *Vol. 2. Resp. 60. n. 140.*

Welches hier 4) desto billiger zu achten, da Prouocantes, so bald sie pendente lite keine hinlängliche Ursach zu klagen mehr gehabt, und durch andre Wege ihres Schiffes Sicherheit gefunden, so fort bonam fidem agnosciret, und der Klage renunciiret, renuncians vero,
3 qui ab initio iustam litigandi caussam habuit, sed melius postea informatus liti renunciat, in expensas condemnandus non est.

LAVTERBACH. *cit. l. §. 51.*

Welche renunciatio auch 5) nicht pro argumento malæ caussæ anzusehen, so die condemnationem in expensas würcken könne, sondern vielmehr vor eine Güte von Prouocanten zu achten, daß, so bald sie anderwerts ihres Schiffes halber gesichert gewesen, sie sich ihres Anspruchs an Prouocatin so fort begeben, und einfolglich es das Ansehen gewinnet, als wenn sie die Unkosten zu tragen nicht verbunden. Cum in expensas condemnatio sit tantum pœna
4 temerariæ litis, sine hac non imponenda, et sic probabilis caussa ab his liberet.

MEVIVS *P. VI. D. 192.*

PETR. BARBOSA *ad l. 79. pr. de iudic. n. 51.*

Uebrigens so viel 6) den in Danzig angelegten Arrest betrifft, solcher in fraudem iuris Lubecensis gesuchet und erhalten zu seyn scheinen möchte, anerwogen in dem Lübischen Recht ausdrücklich versehen, daß ein jeglicher Bürger den andern vor seinem ordentlichen Richter und nicht vor fremden ansprechen und ziehen solle,

Ius Lubec. L. V. tit. III. art. 4.

und nach einer richtigen Erklärung dieses Statuti das daraus zu folgern seyn möchte, daß eines Bürgers Haab und Güter vor fremden Gerichten mit Arrest zu belegen, ebenfals unerlaubet sey, et actor prohibeatur qualibet via siue actionis siue arresti concivem trahere ad aliud iudicium,

MEVIVS *ad Ius Lub. c. I. n. 6.*

solches angelegten arresti halber also 7) Prouocantes in eine willkührliche Straffe und obligation ad omne damnum restituendum nach Lübischen Recht verfallen, und zugleich alles Anspruchs an Prouocatin verlustig geworden zu seyn scheinen,

Ius Lubec. cit. l. ibique MEVIVS *n. 10.*

zumahl nunmehr ex post facto sich hervorthut, daß der Arrest ohne allen zureichenden Grund angeleget.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) es hier gar nicht darauf ankommt, ob die Prouocantes genugsame und gerechte Ursach zu klagen gehabt haben, sondern nur, ob selbige ein geschicktes und convenables remedium angestellet, cum non sufficiat, agendi ius habere, sed ius apta etiam et commoda actione in iudicio prosequendum sit; ad 2) aber die prouocatio ex l. diffamari mit Bestand Rechtens nicht angestellet werden können, anerwogen Prouocantes durch solche Klage die Prouocatinne ad edendum et probandum possessionis titulum zu bringen gesuchet, da doch be- 6
kandten Rechtens, quod nemo possessionis caussam allegare aut edere titulum teneatur,

Ad L. V. T. I.

L. fin. de acquir. possess.
L. 24. et 73. de rei vind.

cum nimis graue sit probationes de domo rei sumere,

L. 7. C. de testibus.

überdem auch hier kein Beweiß dessen, daß 7
sich Prouocatinne berühmet habe, daß nemlich die gelöschten Waaren die ihrigen wären, beygebracht worden, cum tamen principium huius prouocationis sit diffamationis documentum, de qua iudici fidem probabilem facere tenetur, qui ex dicta lege citationem et processum obtinere cupit,

MEVIVS *ad Ius Lubec. L. I. tit. IV. art. 3. n. 5.*

GAIL. *I. Obs. 10. n. 7.*

allenfals aber auf impositionem perpetui silentii nach der Natur dieser prouocation das petitum einzurichten gewesen, welches aber die Prouocanten nicht thun können, indem die 8
Prouocatinne so wenig zu klagen gemeinet, daß sie vielmehr, wenn allenfals Prouocantes durch das Löschen der Waaren in Danzig in Schaden gesetzet worden, als Beklagtinne davor responsabel seyn, jene aber Klägers Stelle vertreten müssen; ad 3) sich also von selbst ergiebet, daß, wenn auch prouocantes ex alio capite iustam litigandi caussam gehabt, hierauf vorietzt nicht reflectiret werden könne, da sie einmahl remedio incompetente geklaget, auf welche Prouocatinne sich einzulassen nicht verbunden gewesen, und also in vergebliche Unkosten gesetzet worden, welche Prouocantes ihr cauiret, und also ihr auch wieder zu erstatten schuldig seyn, cum is, qui inepto remedio agit, in expensas litis condemnandus
9 sit,

BOEHMER *de actionibus Sect. I. c. I. §. 5.*

nachdem generaliter in iure communi solgendergestalt versehen, eum, quem temere aduersarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica litisque sumtus aduersario suo reddere oportebit.

L. 79. pr. de iudic.

solches auch in dem Lübischen Recht wiederholet und verordnet worden, daß diejenigen, so vergeblich oder mit Unbilligkeit klagen, die verursach-

ad L. V. T. I. ursachten Unkosten dem andern Theil zu erlegen angehalten werden sollen.

Ius Lubec. Lib. V. tit. XI. art. VII.

Derjenige aber, qui inepte & incompetenter prouocat, nicht allein ohne allen Grund dem Gegentheil ins Gericht ziehet, sondern auch einen vergeblichen Proceß anfängt, eum 10 et is inprimis temere agere dicatur, qui ex errore iuris agit,

MEVIVS *ad Ius Lub. ibid. add. ad n. 5.*

deralleichen error sich in electione inepta remedii hervorthut, welchen Prouocantes im gegenwärtigen casu begangen; in übrigen aber, was bishero angeführet worden, nicht allein statt findet, wenn der temerarius liti- 11 gator den Proceß verliehret, und also wie victus die Unkosten bezahlen muß, sondern auch ad 6) mit auf den casum gezogen werden muß, si litigator renunciat, nam nihilominus condemnatur in expensas ac si per sententiam victus esset; nulla enim in iudicio admittitur pœnitentia quoad restitutionem expensarum.

PETR. BARBOSA *ad l. 79. D. de iudic. n. 188.*

SCACCIA *de appell. qu. 17. limit. 2. n. 114.*

AVGVSTIN. BARBOSA *in Collect. ad c. 70. X de appell. in f.*

Hiernechst auch, da nach den Canonischen Rechten derjenige, qui in probatione defecit, in die expensas litis condemniret wird, *c. 5. X. de dolo et contum.*

solches mit desto mehrern Grund bey demjenigen, qui destitit et liti renunciauit in totum, ebenfals statt haben muß; endlich auch ad 5) Prouocantes dies nicht schützen kan, daß die renunciatio bona fide & ex iusta causa geschehen, massen es doch renunciatio incompetentis prouocationis ist, dabey Prouocatin ihr Recht beständig in saluo bleibt, die durch solche unstatthafte prouocation verursachte Unkosten wieder zu fordern; überdem Prouocantes durch solche renunciation nur dem künftigem Urthel zuvorgekommen, welches nichts anders als absolutionem ab instantia und die damit verknüpfte condomnationem in expensas mit sich bringen können; übrigens ad 6) den zu Danzig angelegten Arrest betreffend, die dispositio iuris Lubecensis obbewandten Umständen nach hieher nicht gezogen werden mag, anerwogen Prouocantes den Arrest nicht deshalb gesuchet, um Prouocatin durch solches Mittel vor ein fremd Gericht zu ziehen, dessen Gegentheil sie ipso facto an den Tag geleget, und Prouocatinne bey ihrem ordentli- 12 chen Gericht belanget, sondern sich des Arrest blos zu ihrer Sicherheit bedienet, auf welche sie allerdings realiter bedacht zu seyn, Ursach gehabt haben, nachdem sie von Prouocatin so wenig die Connossemente wieder bekommen können, noch auch deshalb einen revers, dazu sie doch denen Rechten nach verbunden gewesen, von ihr zu erlangen vermogt, ja sie so gar den deshalb zu ihr geschickten notarium mit einer abschläglichen Antwort schlechterdings abgewiesen, und sie in culpa gewesen, daß Prouocantes zu dieser extremität schreiten müssen; auf solchen Fall aber die dispositio des Lübischen Rechts nicht appliciret werden kan, als welche blos zum Grunde hat, ne ciuis ad extraneum iudicium euocetur, wie dann solches hier nichts anders in Munde führet, als was vordem 13 fast durchgehends in Teutschland iuris gewesen, ne subditus in alienum territorium euocetur,

DN. DE LVDEWIG *in Comment. ad Aur. Bull. tom. I. tit. 8. §. 1. p. 772. seqq.*

bey welchen Umständen wohl bestehen mag, wenn einer blos zu seiner Sicherheit seines Mitbürgers Güter, so sich unter fremden Gerichten finden, mit Arrest beschlagen läßt, auch dies noch hierbey zu considériren, daß Prouocantes solchen Arrest mit Genehmhaltung eines Hoch-Edlen Lübeckischen Stadt-Magistrats angeleget, und deren requisitoriales an die Stadt Danzig erhalten; überdem da auch MEVIVS in dem Fall, wenn einer an fremden Orten contrahirt, eine exception zuläßt, vt beneficium iuris Lubecensis cesset, si ciuis 14 alibi contraxit aut deliquit,

MEVIVS *ad Ius Lubec. P. V. t. III. art. 4. n. 27.*

solche exception gleichfals billig in dem Fall statt finden muß, si ciuis alibi facto suo conciuem in discrimen maxime damni coniicit, daß es ihm bey solchen Umständen nicht verdacht werden kan, durch Arrest seine Sicherheit daselbst zu suchen, in gegenwärtigem casu aber Prouocatin durch ihre in Danzig vorgenommene Löschung der eingeschifften Waaren Prouocantes in Gefahr eines grossen Schadens gesetzet, diese also die aus den gelöschten Waaren gehobene Gelder bey Prouocatins mandatario in Danzig wohl mit Arrest belegen mögen; dieserhalb also ad 7) mit aller Straffe und Ersetzung des Schadens nicht unbillig zu verschonen sind, præsertim cum iusta causa a pœna legali excuset, et damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non videatur.

So sind wir, geschehener massen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXXXVI.

DECI-

DECISIO CXXII.

Ad L.V. T. I.

THEMATA.

Prouocatio ex l. si contendat non ad agendum, sed replicandum tendit.

Replicatione omissa saluæ prouocanti manent exceptiones, quarum nomine prouocauit.

SVMMARIA.

Cuius interest exceptiones conseruare, alterum ex l. si contendat, prouocare potest n. 1.

Si nil in hereditate est, frustra iacenti hereditati curator constituitur n. 2.

Hæc prouocatio fit ad replicandum, non agendum n. 3.

Reo non replicante exceptio prouocanti conseruatur n. 4.

Responsio der Einlassung, *si non fundata, pro non facta habetur, licet euentualiter secuta* n. 5.

Als dieselbe uns interponirte Leuterung, beschuldigten Ungehorsam und gethane Vorstellung in Sachen Anwalds I. I. C. Prouocaten und Leuteranten an einem, Curatoren A. C. R. Prouocanten und Leuteraten am andern Theil, in dem zurück kommenden vol. act. &c.

Nunmehro aus denen Acten so viel zu befinden, daß Prouocat auf des Prouocantens in seiner Prouocation angebrachten exceptiones sich replicando einzulassen, und weil er solches nicht gethan, die Termins-Kosten zu erstatten nicht schuldig, sondern weil Prouocat eingeräumet, daß die Prouocantinne proprio nomine gegen seine Anforderung mit der exceptione SCti Velleiani gnugsam bedecket sey, es dabey sein Bewenden, und die Prouocation nicht statt finde. Und weil des gewesenen Strumpfwürckers I. M. R. Kinder auf deren abgeforderte declaration sich ihres Vaters Erben nicht zu seyn erkläret, so ist nunmehro, wenn sich zuförderst gedachte R. Kinder in Person nach vorgehender deren citation zu der fol. 83. sq. übergebenen Schrifft nochmahls gerichtlich bekant, ein curator bonorum zu constituiren, der Concurs-Proceß zu eröffnen, und demselben gemäß zu verfahren. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Prouocat und Leuterant nach geschehener Leuterungs-Prosecution Leuteraten, weil er nicht erschienen, contumaciret, daher er billig die Unkosten erstatten, und in contumaciam nach der *neu erleuterten Proceß-Ordnung P. I. c. 31. §. 5.* erkant werden müssen, und obwol f. 98. Leuterat und Prouocant ad acta priora submittiret, dennoch solches erst, als er f. 96. bereits contumaciret gewesen, geschehen, da doch in gedachter Proceß-Ordnung cit. l. mit klaren Worten enthalten, daß der Leuterat in ipso termino solches schrifft- oder mündlich thun sollen. Uebrigens was die Leuterung selbsten betrifft, solche vornemlich in zwo grauaminibus bestehet, 1) daß die Einlassung auf die beschehene Prouocation und darin angebrachte exceptiones, auch 2) die Erstattung der Unkosten des vorigen Termins ihm zuerkant worden, welche grauamina aber nunmehro cessiren möchten, nachdem er sich fol. 94. würcklich eingelassen, und dem Urtheil sowol, als seinem eigenen Erbiethen f. 66. b. und dem darüber f. 77. erfolgten Hochfürstlichen rescripto ein Gnügen gethan, mithin sich von denen zuerkanten Termins-Kosten nicht frey machen könte, da er die Einlassung im ersten Termino unterlassen, er aber dazu um desto mehr verbunden gewesen, als dasjenige, was er gegen die prouocation eingewandt, offenbar unerheblich, und der Prouocantinnen viel daran gelegen, daß sowol die exceptio SCti Vellej. als non numeratæ pecuniæ ihr conseruiret, und sofort ad liquidum gebracht werden müssen, allermassen denn die letzte post biennium leicht verlohren gehen können, bey der ersten aber prouocat noch vieles einwenden mögen, nachdem die prouocantinne derselben renunciiret, wie weiters in rationibus decidendi f. 56. angedeutet ist, bevorab da prouocat fol. 43. sqq. sich hauptsächlich darauf fundiret, daß diese exceptiones in das remedium leg. si contendat pro præsenti rerum statu nicht gebracht werden mögen, da hergegen die geschehene declaration, daß Leuterant die Leuteratinne ex propria persona propter exceptionem SCti Velleiani nicht belangen

Ad L. V. T. I.

könne, nur beyläufig, und nicht allzu deutlich geschehen, dergestalt, daß die ICti Jenenses darauf in decidendo zu reflectiren, vor unnöthig gehalten. Uebrigens da des verstorbenen Strumpfwürckers R. Kinder die gerichtliche abgeforderte declaration f. 83. dahin gethan, daß sie ihres Vaters Erbe nicht seyn wolten, prouocat auch mit solcher Erklärung
2 zufrieden gewesen, gedachte R. Kinder aber angeführet, daß ihr Vater gar keine massam hereditatis nach sich gelassen, sondern alles ihrer Mutter gehörete, es vergeblich seyn möchte, einen curatorem iacenti hereditati, quæ non est, zu constituiren, so, daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn Prouocat mit seinem fol. 102. gethanen Suchen abzuweisen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die von Leuteranten geschehene Ungehorsams-Beschuldigung überflüßig gewesen, und zwar aus der Ursache, weil die Sache allhier so beschaffen, daß sofort in meritis causæ hauptsächlich ohnedem erkant werden können, wie solches in der gedachten Proceß-Ordnung cit. l. §. 5. erlaubet, solches auch geschehen, und dahero keine Unkosten dem Leuteranten causiret sind, obwol Leuterat auch vermeinen wollen, daß die accusatio contumaciæ noch zu frühzeitig gewesen, da er noch in den beyden ex septiduo ihm zukommenden Tagen, und also am 10 Octob. 1746. die submission ad acta schrifftlich übergeben, welches ihm doch nicht viel helfen würde, weil dem 15. Octob. solche erst præsentiret worden, und dahero zu spät ad acta gekommen, darauf aber um destoweniger vorhin zu reflectiren, als ohnedem in meritis causæ erkant, und das vorige Urtheil reformiret werden müssen, allermassen denn ex actis erhellet, daß, nachdem die Prouocantinne sich declariret, daß sie ex propria persona, und nicht qua heres mariti, weil sie Erbe ihres Mannes zu seyn nicht verlange, die prouocation gethan, der prouocat aber fol. 37. b. sich sofort beschieden, daß, weil sie die obligation zugleich zwar mit ihrem Manne, iedoch sine curatore, unterschrieben, sie nicht verbunden, sondern mit der exceptione SC. Vellejani anugsam bedecket, und die prouocation vergeblich angestellet sey, auf welchen Umstand man im vorigen Urthel billig
3 reflectiren, und die prouocation als unstatthafft erkennen sollen, zumal obgleich das remedium l. si contendat, eigentlich nicht ad agendum, sondern nur ad replicandum gehet

de WERNHER *vol. VI. obs. 315.*

dennoch wenn der prouocat die exceptiones als fundatas agnoscirt, er zugleich erkennet, daß prouocant wegen seiner exceptionum gegen ihn gnugsam gesichert sey, und er dagegen keine replic habe, sondern es solchergestalt bey der geschehenen declaration des prouocati sein Bewenden habe, und prouocant nunmehr mit seinen exceptionibus wider des prouocati constituentens Ansprüche gnugsam gesichert sey, wie die Absicht des prouocanten solches mit sich bringet, und aus der Natur
4 dieses remedii prouocatorii von selbst flesset, wie gar wohl angemercket.

STRYK *in introd. ad praxin for. c. V. §. 8.*

Dagegen dann nichts verfangen will, daß prouocat sich bey der Leuterung auf die prouocation würcklich eingelassen, dazu auch vermöge rescripti f. 77. angewiesen worden, zumal das letzte nur sub clausula:

seiner Erklärung gemäß

geschehen, weil er sich fol. 66. b. vltro dazu erbothen, und solches nur euentualiter gethan,
5 dergleichen Einlassung pro non facta gehalten wird, wenn ein Richter siehet, daß solche unvonnöthen gewesen,

R. I. de a. 1654. §. 40.

bey welchen Umständen er auch billig mit denen Termins-Kosten, weil er zur Einlassung ex causa plus quam manifesta unverbunden gewesen, verschonet werden müssen. Endlich bey der R. Kinder declaration zuförderst auf deren Richtigkeit zu reflectiren gewesen, welche in den fol. 84. befindlichen Unterschrifften, weil solche mit einerley Hand geschrieben, unerfindlich, dahero sie sich sämtlich dazu gerichtlich zuförderst bekennen müssen, wenn sie sonsten alle legitimæ ætatis seyn, nach dessen Erfüllung nichts mehr übrig ist, als den Concurs zu eröffnen, da aus dem fol. 102. befindlichen attestato sich sofort hervorthut, daß ein Vermögen da sey, so auch leicht zu præsumiren, obwol die Wittwe gerne alles an sich ziehen will, welches aber eben bey dem zu erregenden Concurs zu erörtern, und sie ihre iura darin auszuführen berechtiget ist.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVG. MDCCXLVIII.

RESPON-

RESPONSVM CXXIII.

Ad L. V. T. I.

THEMA.

Qui bona fideicommissaria libera esse ait, remedio l. diffamari prouocari potest.

Vid. T. IV. Resp. DCI. Them. 8.

DECISIO CXXIV.

THEMATA.

I. Forum domicilii est locus, in quo diu quis versatur.

II. Forum originis constituto alibi domicilio extinguitur.

SVMMARIA.

Forum originis locus natiuitatis constituit n. 1.
Forum domicilii sedem fixam requirit n. 2.
Forum originis in dubio censetur retentum n. 3.
Domicilium ex diuturna habitatione arguitur n. 4.
Forum originis constituto alibi domicilio amittitur n. 5.
Domicilium peregrinatione non tollitur n. 6.
Domicilium sæpe in duobus locis constituitur n. 7.

Als dieselben uns angebrachte Klage, dagegen eingewandte exception und erfolgte Gesetze in Sachen I. F. G. mandatario nomine Herrn Residenten W. aus H. Klägers an einem, und Herrn M. von H. Beklagten am andern Theil, zugesendet ꝛc.

Daß Beklagter Einwendens ohngehindert sich vor dieselben einzulassen, und weil er solches nicht gethan, derselbe Klägern die dadurch verursachte Unkosten nach deren vorgängiger liquidation und erfolgter richterlicher Mäßigung zu bezahlen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter vor einem hochweisen Rath in dem dasigen Ober-Gerichte sich einzulassen, nicht schuldig zu seyn vermeinet, weil er 1 aus einer adelichen Familie in Mecklenburgischen herstamme, daselbst gebohren und erzogen sey, und dort sein forum originis habe, solches auch 2) bishero stets behalten, und nie geändert, indem er weder zu Lübeck, noch am andern Ort sein domicilium aufgeschlagen, sondern, wie er an verschiedenen andern Orten sich einige Zeit aufzuhalten pflegen, er solches auch zu Lübeck gethan, keinesweges aber in der Absicht, sedem fixam ibi habendi, welches doch gleichwol ad forum domicilii erfordert 2 werde,

L. 27. D. ad municipalem

folglich sein Aufenthalt zu Lübeck blos als eine temporaria habitatio eines Passagiers anzusehen, quæ tamen domicilium non constituit

LYNCKER *cent. I. dec. 77.*

und daraus 3) zu erfolgen scheinen möchte, daß, da er kein ander forum domicilii erhalten, er in foro originis belanget werden müsse, cum, quoties de alicuius domicilio non constat, 3 in origine seu patria illud retentum fuisse præsumatur,

ZANGER *de except. P. II. cap. I. n. 16.*

FRANZK. *lib. I. resol. 16. n. 18.*

welches 4) um desto mehr daraus bestärcket werden mögte, daß Beklagter sich seit einigen Jahren zu Lutjenburg in Mecklenburgischen niedergelassen, daselbst seine Haushaltung führe,

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

führe, und sein ordentlich domicilium habe, mithin gegen ihn daselbst Klage angestellt werden müsse. *Ad L. V. 1. 1.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) Beklagter nicht in Abrede seyn kan, daß er seit vielen Jahren sich zu Lübeck aufgehalten, und ein Hauß daselbst Miethsweise bewohnet, aus dergleichen langwierigen Aufenthalt aber nicht unbillig das domicilium geschlossen wird, quippe quod ibi esse censetur, vbi quis non solum habitat, sed et diu et assidue versatus est, 4

L. 2. C. vbi senat. et clarissimi

CARPZOV. *lib. II. resp. 22.*

hiernächst wenn gleich 2) Beklagter sein forum originis in Mecklenburgischen gehabt, dennoch, da er daselbst keine Güther besitzet, auch seit vielen Jahren, nachdem er abgedanckt, nicht mehr daselbst wohnhafft gewesen, sondern sich nach Lübeck gewandt, er auch das forum originis verlohren, immassen nach teutschen Rechten und nach der praxi Germaniæ das forum originis ohne domicilio nicht behalten werden kan, adeo vt illud extinguatur et ciuis originarius eius commodis amplius frui nequeat, simul ac alibi domicilium constituit 5

STRYKII *vs. mod. lib. V. tit. 1.* §. 17.

SCHILTER. *ex. XIII.* §. 25.

GAIL. *lib. 2. obs. 36. n. 11.*

folglich daraus rat. dub. I. et IIda sattsam gehoben wird, und der langwierige und ordinaire Aufenthalt zu Lübeck ausweisset, daß er nicht temporariam, sondern stabilem habitationem daselbst genommen, und ohnerachtet er bisweilen auf einige Zeit verreiset, dennoch, da er den grösten Theil des Jahres sich daselbst verweilet, und wenigstens seine Wohnung deshalb offen behalten, dieses als ein Zeichen seines daselbst ehlten stetigen domicilii anzunehmen, peregrinationes enim non impediunt, quo minus quis alibi possit habere domicilium 6

L. 7. in f. C. de incolis

dahero denn ad 3) auf das forum originis, welches ipso facto ob defectum domicilii verlohren worden, nicht mehr gesehen werden kan, endlich ad 4) was Beklagter von seinem domicilio in Lutzenburg, und daß er daselbst sein Heerd und Feuer habe, angeführet, in unerwiesenen assertis beruhet, und aller Wahrscheinlichkeit widerspricht, da er bishero zu Lübeck seinen meisten Aufenthalt gehabt, und dadurch sein domicilium ordinarium continuiret, hingegen nur zu gewisser Jahres-Zeit sich nach Lutzenburg begeben, wodurch aber sein ordentlicher Aufenthalt zu Lübeck nicht verändert worden, und gesetzten Falls, daß Beklagter auch zu Lutzenburg sein Heerd und Feuer habe, daraus nur so viel erfolgen würde, daß er ein doppeltes forum domicilii habe, welches aber nicht hindert, daß er nicht in dem ersten domicilio nach der Wahl des Klägers belanget werden könte, daraus also allenthalben so viel erhellet, daß die opponirte exceptio fori incompetentis ungegründet, und er sich vor dem Ober-Gericht zu Lübeck auf die Klage einzulassen gehalten, und da er durch sein unstatthaftes Einwenden Klägern vergebliche Unkosten verursachet, demselben solche bekannten Rechten nach zu ersetzen verbunden sey. 7

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE APRIL. MDCCXL.

RESPONSVM CXXV.

THEMA.

De foro seculari præceptorum scholæ ciuitatensis.

SVMMARIA.

Patronus, qua talis, non habet iurisdictionem n. 1.
Reformati in senatu non separatum corpus constituunt n. 2.
Reformati cum Lutheranis sub protestantibus comprehenduntur n. 3.
Acta sine actuario fidem publicam non habent n. 4.
Præceptores scholarum et cantores clericis annumerantur n. 5.
Et consistorio subsunt n. 6.
Scholæ sunt seminaria reipublicæ n. 7.
Cur de iure canonico ad iurisdictionem ecclesiasticam referantur n. 8.
Fundatio scholarum ad politiam pertinet n. 9.
Inferiores a magistratu ciuitatensi dependent n. 10.

Inspe-

Inspectionem magistratus cum superintendente communem in scholas exercet n. 11.
In remotione præceptorum superintendens votum negativum habet n. 12.

Non pugnat cum I. P. si in civitatibus mixtis quælibet membra suæ religionis scholas privative procurant n. 13. *Ad L. V. T. I.*

Als dieselbe uns die wider den succentorem F. W. F. bey der Schule zu St. Johannis, verhandelte Untersuchungs-Acta in dem zurück kommenden fasciculo actorum zugeschicket, und unsere Rechts-Belehrung ad acta über die Frage:

Wie nunmehro gegen den gedachten succentorem, F. W. F. weiter zu verfahren?

sich ausgebethen ꝛc.

Ist der Succentor F. W. F. seint ao. 1745. bis hieher vielfältig beschuldiget worden, daß er bey seiner Kirchen- und Schul-Bedienung einen ärgerlichen und liederlichen Lebens-Wandel geführet, in denen Sauf-Häusern und liederlichen Compagnien sich öffters finden lassen, mit denselben sich herum geschlagen, seine Kirchen- und Schul-Arbeit öffters versäumet, und sonsten einen höchst anstößigen Wandel geführet, darüber er öffters vom senatu reformatæ religionis nicht allein, sondern auch fol. 25. von dem Herrn Superintendenten anfänglich allein, hiernächst auch von diesem, dem Herrn Inspectore D. von B. und dem Herrn Pastore zu St. Nicolai, nach Maasgebung des recessus de anno 1572. constituiret worden, und ihm scharfe Vorhaltung geschehen, worauf aber keine Besserung erfolget, vielmehr derselbe noch neue excesse sowol in der Kirche als sonsten ausgeübet, dergestalt, daß gedachter senatus zu legaler Untersuchung sich nunmehro entschliessen müssen, und deswegen den gedachten succentorem F. zur Vernehmung citiren lassen, welcher aber dagegen allerhand Demarchen sich bedienet, und auf die fol. 82. letzt an ihn geschehene citation zu stellen, sich geweigert.

Rationes dubitandi.

Ob nun wol der Succentor F. in seiner fol. 86. befindlichen Vorstellung des Raths reformirter Religion Untersuchung dadurch zu hintertreiben gesuchet, daß 1) demselben zwar das
1 ius patronatus über die Schule St. Johannis zustehe, iedoch kein patronus, qua talis, einige iurisdiction, noch weniger das ius removendi habe, mithin keine causæ cognitionem, welche ein actus essentialis iurisdictionis ist, sich anmassen könne;

CARPZ. *in iurispr. consist. lib. I. def. 55. n. 1. et def. 70. n. 3.*

FINCKELTHAVS *de iure patron. C. VI. n. 74. sq.*

und wenn gleich 2) senatui zu Z. die iurisdiction über die Schule zustehen solte, dennoch als dem senatui, qua tali, sine discrimine religionis, dessen membra mögen aus der reformirten oder lutherischen Religion zugethanen bestehen, solche zukommen müsse, und nicht zu begreifen sey, wie senatus reformatæ religionis ein separatum corpus ausmache, eine besondere iurisdiction sich anmassen, und davon 2
die übrigen membra der lutherischen Religion ausschliessen wolle, da doch im Osnabrückischen Friedens-Schluß beyderseits Religions-Verwandte dergestalt parificiret sind, daß sie alle unter der Benennung der Augspurgischen Confeßions-Verwanden begriffen worden 3

art. VII. I. P. §. 1.

dahero auch 3) nicht befindlich, daß senatus reformatæ religionis ihren eigenen actuarium zu Führung des Protocolli haben, der ihm ins besondere verpflichtet sey, ohne welchem doch die acta keinen fidem publicam haben 4
könten

c. 11. X. de probat.

absonderlich aber 4) hiebey zu erwegen seyn möchte, daß die præceptores scholarum publicarum und absonderlich die cantores et succentores inter clericos mit zu referiren sind, und unter die ministros ecclesiæ referiret werden müssen, weil sie auch in der Kirche ihre Amts-Verrichtungen ausüben, 5

CARPZ. *in iurispr. consist. lib. I. def. 75. et lib. III. def. 120.*

und dahero ihr forum priuilegiatum bey dem Consistorio billig genieſſen müssen; dagegen dann der recess de anno 1572. in keine consideration zu ziehen sey, welches schon der Herr Superintendens D. K. f. 20. b. bemerket und angezeiget, daß zur Zeit des errichteten recessus kein consistorium daselbst gewesen, und dahero die cognition über die Schul-Bedienten in solcher Absicht senatui überlassen sey; gleichwol nunmehro mutato rerum statu, und da das Hochfürstliche Consistorium eingeführet, es billig nach der inter protestantes üblichen praxi gehen, und diese cognition dem consistorio überlassen werden müsse, cum scholæ publicæ ecclesiis accenseantur et earum iure fruantur, 6

SCHILTER *institut. iur. can. lib. II. tit. 7. §. 14.*

STRYK *de iur. præcept. c. 1. n. 22.*

adeoque earum præceptores non aliter quam a consistorio puniri et removeri queant;

BRVNNEM. *in iur. eccl. lib. II. c. 18. §. 61.*

woraus dann so viel erhellen möchte, daß se-

Ad L. V. T. I. natus reformatæ religionis diese Untersuchung gegen den succentorem vorzunehmen, und zu dem Ende denselben dazu citiren zu lassen nicht befugt, derselbe also zu erscheinen nicht schuldig gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Schulen nicht allein Pflantz-Gärten der Kirchen, sondern auch der Republic sind, wie

MEVIVS *P. III. decis. 79. n. 2. in not.*

gar wohl erinnert und saget: sunt scholæ ecclesiæ atque reipublicæ seminaria, nec his suus vigor et integritas constare potest, nisi illis bene ordinatis, und obwol mehrentheils unter dem Pabstthum die Schulen bey den Clöstern und Stifftern gewesen, und deswegen die cura scholarum publicarum ad iurisdictionem ecclesiasticam mit gezogen worden, dennoch die Catholischen scriptores selbsten nicht leugnen, daß die fundatio der Schulen sowol der geistlichen als weltlichen Obrigkeit, als eine Policey-Sache, eben wie die Hospitäler, zustehen:

ESPEN *in iur. eccl. P. II. tit. u. c. 5. §. 1. et 2.*

wiewol bey denen Protestanten mehr Gewalt dabey der Stadt-Obrigkeit zugeleget ist, daß die hohen Schulen zwar und deren fundation ad iura supremi principis; die übrigen Stadt-Schulen aber ad curam magistratus oppidani, wiewol öffters mit Zuziehung eines geistlichen, nach Verfassung eines jeden Orts, zustehet, dergestalt, daß derselbe nicht allein patronus scholarum ist, sondern auch iurisdictionem über die præceptores scholarum exerciret, absonderlich wenn sie ihrem Amte nicht gebührend vorstehen, vt eos remouere possint,

COTHMAN *vol. II. resp. 65. n. 28. sqq.*
MEV. *P. VII. decis. 79. n. 4.*

wie dann in denen protestantischen Provinzien die Stadt-Schulen mehr als zu bekant sind, über welche die Stadt-Obrigkeit, ausser dem iure patronatus, auch die inspectionem und aus dieser das ius remouendi et suspendendi præceptores, subordinate licet, hat, ja mannichmal die völlige iurisdiction darüber exerciret, welches auch dem recessui de an. 1572. davon extractus f. 16. b. befindlich, gantz gemäß ist, worin verordnet, daß, wenn wegen der Schul Collegen Unfleiß und ärgerlichem Leben, so nicht in die Peinlichkeit gehören, etwas vorfallen würde, alsdann der Herr Superintendens, der Pfarrherr und des Raths verordnete inspectores scholæ diese Irrungen in Güte entscheiden. Da aber dieselbe von itztgedachten nicht verglichen, sondern ferner an den Rath gelangen würden, und da auch die Sachen so bewant, daß eine Enturlaubung geschehen müste, die Sache alsdann auf des Raths Erkäntniß gestellet, und mit Vorwissen und mit Bewilligung des Superintendenten geschehen und vorgenommen werden solle, welches dann klar anzeiget, daß die Untersuchung in solchen dem Rath allein zustehet, iedoch, wenn es auf die Beurlaubung eines Schul-Collegen ankommen, und a senatu beschlossen werden solte, alsdann des Herrn Superintendenten Vorwissen und consens dabey erfordert werde, welches nach denen Rechten ein votum negatiuum ist, vt possit allegare causas, quare præceptor scholæ non sit remouendus, in welchem Fall alsdann ohne Zweifel die Sache, ad superiorem verfällt, dahero hier nichts zur Sache thut, daß zu der Zeit des errichteten recessus kein consistorium zu Z. gewesen, so der Herr Superintendent vrgiret, sondern dieses nur so viel würcket, daß, salua cognitione senatus, der recursus ad consistorium nunmehro geschehen könne, wenn entweder der remotus zu appelliren sich unterstehen, oder dem Herrn Superintendent in die Beurlaubung zu consentiren nicht gefallen solte, welches doch bey einem solchen liederlichen subiecto, als der succentor F. ist, nicht zu vermuthen, wodurch dann die ratio prima und quarta völlig eneuiret sind. Uebrigens ad rat. 2) war nach der Verfassung des dasigen Orts nicht anders urtheilen können, als daß senatus reformatæ religionis bey Kirchen- und Schul Sachen reformirter Religion allein die cognition und inspection bishero exerciret, und senatus lutheranæ religionis dabey keine Concurrenz prætendiret, gleichwie senatus reformatæ religionis um das Religion- und Schul-Wesen derer Lutheraner sich nicht bekümmert, welches dem Oßnabrückischen Friedens Schluß art. VII. §. 1. gantz gemäß ist, wie sich dann auch senatus lutheranæ religionis nicht gemeldet, noch einige Concurrenz hierbey prætendiret, so derselbe nicht unterlassen haben würde, wenn senatui reformatæ religionis solche cognition in diesem Fall nicht priuative zustünde, dahero auch serenissima regens in dem fol. 56. befindlich gnädigsten rescripto verordnet, daß durch den reformirten Stadt Rath die angebrachten denunciata gebührend untersuchet, und Recess-mäßig darin verfahren werden solle, ja obgleich f. 69. die acta abermahl vom Consistorio abgefordert sind, dennoch dieselbe f. 80. ohne fernere resolution remittiret worden, also es nothwendig bey dem vorigen gnädigsten rescripto verblieben ist, nachdem der Rath gegen die Beschuldigung, daß er nicht recess-mäßig verfahren, f. 75. gebührende Vorstellung gethan, und darauf die acta schlechterdings remittiret worden, cum remissio actorum in hunc finem fiat, vt ad vlteriora procedatur. Endlich ad 3) gantz wohl compatibel ist, daß communis actuarius bey der cognitione vtriusque senatus die Registraturen verfertigen könne, keinesweges aber nöthig

nöthig ist, daß ein jeder senatus diuersæ religionis einen besondern actuarium habe.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß der Succentor F. W. F. auf einen anderweit anzuberahmenden Termin sub pœna confessi et conuicti zu citiren, und derselbe, alles fernern Einwendens ohngehindert, unter gedachter Strafe vor dem reformirten Stadt-Rath zu erscheinen, und sich auf die denunciata mündlich vernehmen zu lassen, und weil er solches bishero nicht gethan, die dieserwegen verursachte Unkosten nach deren leidlichen moderation zu erstatten schuldig. V. R. W. *Ad L. V T. I*

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE IVLIO MDCCXLVIII.

RESPONSVM CXXVI.

THEMA.

Forum competens in caussa fideicommissi est penes executorem fideicommissi per se iurisdictione gaudentem.

Vid. T. IV. Resp. CCCCLVI. Them. 4.

DECISIO CXXVII.

THEMA.

In foro arresti litis pendentia non aliter inducitur, quam si arrestans arrestum ibi prosecutus fuerit.

Vid. T. IV. Dec. CCXCI. Them. 2.

RESPONSVM CXXVIII.

THEMA.

Arrestum ob debitum illiquidum non decernitur.

Vid. T. IV. Resp. CCCLXXXIII. Them. 5.

DECISIO CXXIX.

THEMATA.

I. Arrestum non temere imponendum.
II. *Contra latitantem edictalis citatio decernenda.*
III. Filius absentem patrem in iudicio defendere potest.

SVMMARIA.

Ad L. V. T. I.

SVMMARIA.

Arrestum illegitime decernitur, si reum non soluendo esse, haud probatum n. 1.
Arresto in dubio nemo pulsandus n. 2.
Immobilia possidens a suspicione fugæ liberatur n. 3.
Defensor absentis cauere tenetur n. 4.
Edictalis citatio quando locum habeat? n. 5.
Absenti proximus consanguineus curator dandus n. 6.
Tutori curator adiungendus n. 7.
Curator absentis, nisi extraneus fuerit, non cauet n. 8.

Als Ew. Hochfürstl. Durchlaucht uns gesuchten und prosequirten Arrest nebst übergebener Kummer-Klage und darauf erfolgtes Verfahren in Sachen C. C. verwittibten Hauptmannin von K. zu K.K. Klägerin und Arrestantin an einem, und des Fürstl. Sächsischen Commissions-Secretarii und Hof-Aduocati ordinarii I. C. R. Beklagten und Arrestaten am andern Theil ꝛc.

Daß Beklagter und Arrestat zuforderst in dreyer Herren Landen edictaliter zu dreyen unterschiedenen malen zu citiren, und wo ferne er alsdann sich weder in Person stellen, noch durch einen gnugsamen Bevollmächtigten im letzten termino erscheinen solte, so sind alsdann die in actis benante R. Kinder mit ihrem bestätigten Vormund D. I. C. K. wenn derselbe zuförderst von seiner constitution eine beglaubte Abschrifft zu diesen acten gebracht, zu ihres abwesenden Vaters Vertretung zuzulassen, und auf die wiederholte Kummer-Klage auf einen anderweit dazu anzuberahmenden Termin sich gebührend einzulassen, und die Documenta sub A B und C sub pœna recogniti zu recognosciren schuldig. Inzwischen ist zur Untersuchung und administration der Güther ein besonderer Curator zu bestellen, welcher das gesamte R. Vermögen in ein richtiges inuentarium bringe, solches ordentlich gerichtlich taxiren lasse, mit denen gesamten Schulden zusammen halte, und davon einen gründlichen zuverläßigen Bericht ad acta übergebe, nicht weniger der Wittwen und Kinder davon die nöthige Unterhaltung nach Ew. Hochfürstl. Durchlaucht Ermäßigung reiche, worauf alsdenn ferner ergehet, was Rechtens ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) die Edictal-Citation unvonnöthen zu seyn scheinet, nachdem des Beklagten Kinder nebst deren Vormund sich zu dessen Vertretung offeriret, und also gnug seyn möchte, daß die citation an dieselbe tanquam defensores erginge, diese auch 2) sich dazu freywillig offeriret, in termino sich gestellet, und bereits fol. 26. sich eingelassen, anbey 3) exceptionem illegitime impositi arresti oppo-

niret, da nicht beygebracht ist, daß des Beklagten Vermögen zu Bezahlung der Creditorum nicht hinreichen werde, vielmehr des Beklagten Kinder Vormund in Böschers acten f. 24. dargethan haben will, daß des absentis Vermögen zu Bezahlung aller Creditorum zureichend sey, daneben alle arresta odiosa et remedia extraordinaria sind, quibus nemo in dubio pulsandus, cum species executionis sint 1 2

COLER *de proc. execut. P. I. c. 2. n. 102.*
de WERNHER *P. III. obs. 199. n. 6.*

neque enim ad arrestum imponendum sufficit, a debitore multum ærisalieni contractum esse

de WERNHER *P. VII. obs. 194.*

bevorab da 4) man nicht wissen kan, ob der Beklagte fugitiuus, oder sonsten durch einen Unglücks-Fall ihm etwas begegnet sey, weswegen in drey viertel Jahren man keine Nachricht von ihm gehabt habe, welches letzte zu præsumiren, da er angesessen ist, in debitore autem immobilia possidente suspicio fugæ cessat, 3

CARPZ. *P. I. c. 30. def. 17. n. 10.*

dahero es das Ansehen gewinnen will, als ob auf die Einlassung auf die Kummer-Klage nicht erkant werden mögen, hergegen 5) Klägerin vermeinet, daß sie mit des Beklagten Kinder und dessen Vormund sich einzulassen nicht schuldig sey, da diese noch in väterlicher Gewalt sich befinden, auch bekant ist, quod nemo absentis idoneus defensor sine cautione sit 4

l. 53. D. de procurat.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) die citatio ad domum vergebens ist, wenn man gewiß weiß, daß davon der citandus, von dessen Aufenthalt niemand Nachricht hat, keine Wissenschafft bekommen kan, vielmehr in solchem Fall die edictalis citatio contra absentes et latitantes statt findet, quia, quando constat, priuatam effectum sortiri non posse, ad edictalem deueniendum,

CLEM. I. *de iudic.* 5
de BERGER *in el. disc. for. tit. 4. obs. 2. not. 7.*

quæ

quæ toties locum habet, quando, vbi locorum absentes subsistant, et an alia citatio ad eos peruenire queat, ignoratur

MEV. *P. I. dec. 253. n. 3.*

welches in facto seine richtige application findet, da der Beklagte vor drey viertel Jahren sich absentiret, und niemand von seinem Aufenthalt einige Nachricht hat, seine Frau und Kinder auch solchen selbsten nicht angeben können, darneben die citatio, quæ substantiam iudicii constituit, vor allen Dingen berichtiget, und dahero solche, ne nullitas committatur, in dreyer Herren Landen zu mehrerer Sicherheit bewerckstelliget werden muß, nach deren execution sich erst finden wird, ob Beklagter sich wieder einstellen, und auf die angebrachte Kummer-Klage antworten werde oder nicht, da denn ad 2) auf dessen nicht Erscheinen, des Beklagten Kinder und deren Vormund curatorio nomine zugelassen werden können, als wozu sie die allernächsten und am meisten dabey interessiret sind, die beste Wissenschafft von dem Zustand deren Schulden haben, und ihres Vaters Person wohl vertreten können, bevorab da denen Kindern vornemlich zu diesem Endzweck ein Vormund constituiret worden, vt eo rectius patrem absentem defendere possint, quippe qui proximi consanguinei eius sunt, quibus præ aliis cura et custodia committenda, cuiuscunque ætatis et conditionis fuerint

6 CARPZ. *P. III. c. 15. def. 48. n. 4. sqq. 8. sq.*

FABER *in C. sub lib. 5. tit. 40. def. 1. et 10.*

wie denn in dem Hochfürstl. bey den Loscherschen acten f. 17. befindlichen rescripto, dieser Endzweck klar ausgedrücket und angezeiget worden, daß die Nothdurfft erfordere, daß in dessen Abwesenheit ihre iura, da zumahl unterschiedene Creditores auf ihres Vaters sämtliches Vermögen Arrest gesucht und erhalten, beobachtet werden möchten ꝛc. wodurch also der Vormund zugleich berechtiget worden ist, der R. Kinder abwesenden Vaters iura zu vertre- *Ad L. V. T. I.*
ten; hiernächst ad 3) et 4 der Arrest bey so vielen Schulden vor der Hand bey Kräfften bleiben muß, bevorab da man auf die bey denen Loscherschen acten befindliche Specification kein Vertrauen setzen, und also noch nicht wissen kan, ob nicht die Sachen des Beklagten zum Concurs reiff sind, zu welchem Ende, weil man der Kinder Vormund hierin nicht trauen kan, ad eruendas vires patrimonii et statum earum indagandum wir einen be- 7
sondern Curatorem zu constituiren vor nöthig erachtet, cum etiam tutori aliquando alius adiungatur curator quoad certum actum vel causam, ad quam ille inidoneus est

§. vlt. I. de autor. tutor.

woraus denn ad 5) die Einlassung der Klägerin mit der Kinder Vormund auf einen anderweit anzuberahmenden Termin von selbsten folget, und was von einem defensore extraneo die Rechte verordnet, auf dergleichen curam absentis, so denen Kindern anvertrauet ist, nicht zu ziehen, vtpote quibus non facile iniungenda necessitas præstandæ cautionis, quia eis cura hæc data est, qui in bonis iam quodammodo ius aliquod habent aut aliquando habituri sunt,

FABER *in C. cit. I. def. 10.* 8

solche Caution hier auch desto unnöthiger ist, nachdem wir auf einen Neben-Curatorem reflectiret haben, aus dessen Untersuchung und erstatteten Bericht sich bald zeigen wird, wie der status bonorum beschaffen sey, und wenn sich alsdann finden solte, daß dessen Vermögen zu Bezahlung der Creditorum nicht zureichen solte, alsdann ohnedem mit denenselben eine andere Verfassung gemachet werden muß.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE DECEMBR. MDCCXL.

RESPONSVM CXXX.

THEMA.

Arrestum pro impedienda bonorum alienatione contra administratorem ob creditum probabile valide imponi potest.

SVMMARIA.

Arrestum regulariter reprobatur n. 1.
In subsidium saltim locum habet n. 2.
Cautio a possessoribus immobilium rerum exigi nequit n. 3.

Ad L. V. T. I.

Lite pendente arrestum bonis imponi nequit n. 4.

Iterum relaxandum, si defectus iustæ causæ apparet n. 5.

Fundamentum arresti in iustitia debiti quærendum n. 6.

Ob incertum vel illiquidum non decernendum n. 7.

Arrestum ob rationes a creditore confectas contra debitorem locum non habet n. 8.

Annotationes privatæ nil probant n. 9.

Ex arresto pignus prætorium oritur n. 10.

Post decretum arrestum iudici integrum bona sequestrare n. 11.

Arrestum inducit litis pendentiam n. 12.

Et operatur, vt lis principalis ibi tractanda sit n. 13.

Arresta, dummodo circumspecte agatur, sunt iusta n. 14.

Etiam immobilium possessores arresto constringi possunt n. 15.

Imprimis si ad impediendam alienationem imponitur n. 16.

Ob hunc finem etiam pendente lite imponuntur n. 17.

Illa arresta pendente lite non admittuntur, per quæ quis vsu et possessione rerum suarum priuatur n. 18.

Ad arrestum sufficit ex rationibus oblatis constare, quod in genere quid debeatur n. 19.

Arrestum pro securitate nuda crediti ad liquidum adhuc deducendi locum habet n. 20.

Imprimis si tutor in reddendis rationibus morosus est ibid.

Pro insinuatione decreti iudicialis præsumendum n. 21.

Cautio pro circumstantiis temporis, quo vrgetur, præstanda n. 22.

Arrestum in immobilibus solum præceptum de non alienando continet, alios effectus dominii non impedit n. 23.

Sequestratio cessat, quamdiu debitum non liquidum est n. 24.

Forum continentiæ causæ est penes superiorem, si plurium tutorum heredes diuersos iudices agnoscentes a pupillo conueniuntur n. 25.

Si arrestum tantum securitatis et impediendæ alienationis causa impositum, non præcise necesse est, vt causa principalis ibi tractetur n. 26.

Als derselbe uns gesuchten und erlangten Arrest, dagegen opponirte exceptiones, und darüber ergangenes Verfahren in Sachen der beyden Herren Gebrüdere und Ritteren R. A. und H. S. von Z. auf vordern Theil L. Imploranten an einem, und Herrn F. A. C. von T. auf untern Theil W. wie auch Senioris der löblichen Ritterschafft, Egerischen Bezircks, Imploraten am andern Theil, in dem zurück kommenden vol. actorum nebst zweyen Fragen zugeschicket, und unser in Rechten gegründetes responsum darüber gebethen ꝛc.

Obwol 1) der gesuchte Kummer an und vor sich selbsten sehr bedencklich und bekant ist, daß
1 solcher blos ad remedia executiua zu rechnen, wovon kein Proceß anzufangen,

l. 1. C. de except. rei iudic.

l. 9. C. de oblig. et act.

l. vn. C. de prohib. sequest.

dergestalt, daß solcher regulariter verbothen, und in dubio nicht zu verstatten;

SCHVRFF *cent. 3. conf. 15. n. 1.*

vielmehr nur 2) in subsidium et vbi alias creditori consultum esse nequit, statt findet,
2

COLER *de Proc. execut. P. III. c. 5. n. 46.*

GAIL *de arrest. imper. c. 1. n. 11.*

dahero billig gezweiffelt werden möchte, ob hier der Kummer statt finden könne, nachdem Imploral daselbst mit unbeweglichen Güthern angesessen, auch kein indicium in actis zu befinden, daß derselbe das dasige Guth untern Theils W. zu veralieniren, oder wegen der Vormundschafftes-Prætension sich von dannen zu begeben gemeinet seyn solle, qua de cau-3 sa nequidem possessores rerum immobilium cautionibus grauantur, quia non sunt suspecti;

l. 15. pr. D. qui satisd. cog.

bevorab da 3) eines Theils bereits die T. Erben wegen der von ihrem seligen Vater geführten Vormundschafft derer Imploranten vorlängst bey der Königlichen Appellations-Lehns Cantzley belanget sind, und daselbst die etwa dagegen gemachte defecte untersuchet und erst ad liquidum gebracht werden müssen, lite autem pendente, qua nihil innouandum, regulariter arrestum bonis imponi nequit:
4

MEV. *P. VIII. dec. 429.*

andern Theils 4) die implorantes zur iustification ihres angelegten Kummers angeführet, daß des seligen S. A. von T. Erben auf vielfältiges Suchen derer Imploranten, wegen der von ihrem seligen Vater geführten Vormundschafft, die Rechnungen nicht erlangen können, welches aber ungegründet zu seyn scheinet, nachdem selbsten in der von Imploranten producirten Beylage sub A der Kön. Land-Tafel *de arresto* von 12. Sept. 1740. angeführet worden, daß mit des Lehn-Registratoris Herrn Joseph Kronbergers Original-Recognition zur Gnüge dargethan sey, daß die Z. L. Pupillar-Rechnungen schon den 14. Iul. 1738. zu der Königlichen Appellations-Lehns-Cantzley als pares curiæ derer teutschen Lehne erleget und übergeben worden, nicht weniger der Implorat durch das n. 1. ad acta gebrachte decre-

tum

tum von 19. Iul. 1746. in continenti beygebracht, daß die hochlöbliche Königliche Appellations-Cammer die wegen der verwaltenden Vormundschafft sich äusserende differentien und Rechnungs-Umstande mittelst einer vorzunehmenden Commission zu Prag zu untersuchen, und breui manu abzuthun resoluiret, auch bereits hierzu terminus angesetzet sey, woraus dann erhellen möchte, daß die causa arresti keinen Grund habe, vielmehr sub- et obreptitie ausgebracht, und dahero wieder relaxiret werden müsse, cum iusta arresti causa deficiente, mox arrestum relaxandum sit,

MEV. *de arrest. c. XXV. n. 19. sqq.*

et eiusmodi mandata, quæ altera parte non audita impetrantur, etiam in se contineant clausulam: si preces veritate nitantur.

arg. c. 2. X. de rescript.

GAIL *l. obs. 14. n. 1. in f.*

MEV. *P. IX. dec. 24.*

6 Absonderlich aber 5) hiebey in Erwegung zu ziehen seyn möchte, daß gleichwie das fundamentum omnium arrestorum in iustitia debiti bestehe,

MEV. *de arrest. c. XI. n. 1. sq.*

adeo vt propter incertum et illiquidum debitum non sit decernendum arrestum;

7 IDEM *cit. l. n. 35.*

also an diesem Grunde auch ein Haupt-Mangel zu seyn scheinet, da die von Imploranten formirte Rechnung unzulänglich ist, causam debiti zu demonstriren, welche vielmehr die Vormünder oder deren Erben formiren müssen, solche auch, wie gedacht, bereits übergeben, und dagegen nur denen Imploranten monita zu formiren, übrig bleibet, so aber gegen die Rechnungen noch nicht gemachet sind, aus denen eigenmächtig formirten Rechnungen aber nicht beurtheilet werden mögen, quæ ad instar priuatæ annotationis habeatur, quæ nihil probat.

9 *l. 7. C. de probat.*

Uebrigens Imploranten 6) sich dabey auf der Landtaffel-Sentenz nicht gründen möchten, welche zwar bereits einen Arrest in genere decerniret, aber solches gegen die T. Erben um deswegen geschehen ist, weil sie wegen der von denen Herren von Z. bey der Königlichen Land-Tafel gesuchten Verboths nichts geantwortet, dagegen aber vorgestellet, daß ihnen nichts communiciret worden, sie dahero inauditi gewesen, inzwischen gleichwol ihr seliger Herr Vater mit seinem Mit-Vormund die Rechnungen theils von dem Sequestre, theils von denen Verwaltern von dem Guthe Liebenstein abgenommen, und solche bey dem Königlichen Appellations-Tribunal eingeschicket, sonsten aber ihr Vater bereits anno 1726. verstorben, und nachgehends der Mit-Vormund allein die administrationem tutelæ

Buhm. Conf. T. III. P. II.

continuiret, diesemnach allein davor stehen müsse, so, daß 7) denen Imploranten beyzumessen, daß sie post maiorennitatem bey denenselben die Ablegung der Administrations-Rechnung nicht gesuchet, der hauptsächlich vor alles stehen müssen, absonderlich wenn nach diesem etwa einige nomina verlohren gegangen. Endlich 8) die Imploranten zwar l. 2. cautionem de indemnitate denen sämtlichen Imploraten zu præstiren gemeinet gewesen, aber nur mit denen fructibus aus denen besitzenden Güthern L. welche gleichwol in einem ungewissen Mobiliar-Vermögen bestehen, und incertum mortis euentum zum Grunde haben, dahero vor zureichend nicht geachtet werden möchten. Soferne aber 9) der Arrest vor beständig zu achten seyn möchte, und bey Kräfften bleiben solte, es das Ansehen gewinnen will, als wenn durch denselben ein pignus prætorium in re arrestata produciret würde, *Ad L. V. I. I.*

PETR. PECK. *de iure sistend. c. 35. n. 4.*

aus diesem aber einem Richter die Befugniß zustehe, die arrestirten Güther zu sequestriren, damit sowol die mobilia als auch die daraus gehobene Nutzungen conseruiret werden können, cum arresta cum sequestratione intime connexa sint, vt, vbi illa, etiam hæc possit locum habere

MEV. *de arrest. c. VI. n. 60.*

zugleich aber auch 10) dieser effect daraus erfolgen möchte, daß die Herren Imploranten in diesem foro arresti die Haupt-Klage ausführen, und wegen derer Vormundschaffts-Prætensionen daselbsten den arrestaten belangen müssen, cum arrestum statim, ac impositum fuerit, pariat litis pendentiam,

PECK *cit. tr. c. 35. n. 1.*

et operetur, vt in eo foro, in quo impositum, arrestum iustificari et causa eius probari queat, adeoque iudex præfigere creditori possit terminum, intra quem prosecutio arresti fiat sub pœna arresti relaxandi

MEV. *de arrest. c. 16. n. 6.*

IDEM *P. V. dec. III. n. 7.*

beyorab da der Implorat als Besitzer der Ritter-Güther W. ohnedem vor ihre erste Instanz das Königliche Burggrafen-Amt agnosciren muß, also es das Ansehen gewinnen will, als wenn ex duplici fundamento in dieser causa tutelari gedachtes forum statt finden möchte.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) mit der gemeinen Lehre, quod ab executione non sit processus inchoandus, die in praxi angenommene arresta, wenn sie mit gehöriger Behutsamkeit angeleget werden, gar wohl bestehen können, und zur Sicherheit der Creditorum und Beförderung der heilsamen Handhabung der Iustiz ein grosses beytragen, vt communi ne-

Ad L. V. T. I.

cessitate vrgente non tantum licita, sed nequidem inter odiosa referri debeant, sed ad
14 æqua remedia iuris post moram debitoris referri debeant, si iusta causa ea suadeat,

MEV. *de arrest. c. III. n. 2.*

COLER *de proc. execut. P. I. c. 3. n. 47.*

auch davon ad 2) die possessores immobilium nicht schlechterdings frey zu sprechen, noch deren Besitzung wegen so fort der Arrest zu relaxiren, præsertim cum non tantum mobilia, sed etiam immobilia suadente iusta cau-
15 sa arresto subiecta sint, adeoque sola eorum possessio non liberet ab arresto,

MEV. *P. VIII. decis. 32.*

bevorab, da die Absicht dieser Kummerklage bloß dahin gehet, daß die unbeweglichen Güther inzwischen nicht veräussert werden, adeoque vnice consistit in præcepto de non alienando,
16 quod simile est arresto, licet non tollat dominium aut possessionem, nec impediat redituum perceptionem, adeoque in hoc longe tolerabilius est sequestratione, aut arresto stricte dicto, vt facilius decerni possit.

COLER *de process. execut. P. III. c. 2. n. 11.*

Dergestalt auch ad 3) implorat keine grosse Ursache sich zu beschweren hat, daß, lite iam alibi super causa tutelæ pendente, der Kummer auf das quæstionirte Guth geleget, weil er dadurch nicht eben grauiret ist, sondern den Gebrauch und possess desselben frey behält, nur
17 daß er pedente lite, zur Sicherheit der Imploranten und des künftigen iudicati solches nicht veräussern, sondern die executio in dasselbe um desto leichter geschehen kan, wenn er condemniret werden solte, wie denn vornemlich bloß allein arresta lite pendente improbata in so weit regulariter verbothen, per quæ quis vsu rerum suarum vel a se possessarum priuatur, quippe quæ ad species propiores
18 executionis pertinent, quæ demum lite finita facienda,

MEV. *P. III. dec. 189.*

welches aber ad nudum præceptum de non alienando nicht zu ziehen, bey welchem der inhibitus im völligen Gebrauch und possess seiner Güther bleibet. Uebrigens, was ad 4) gegen die causam impositi arresti angeführet ist, keine Achtung meritiret, indem die angeführte Ursache wohl nunmehro secundum quid cessiren mag, wann gleichwol noch nicht beygebracht, daß die Rechnungen von allen Jahren bereits bey dem Königlichen appellations-tribunal befindlich und übergeben sind, auch zugleich aus der Königlichen Lehntaffel-sentenz lit. A de an. 1740. zu ersehen, daß die T. Erben hierin sehr saumselig wircklich gewesen, daß noch nicht einsten die Sache in den Stand gesetzet, daß Imploranten über die Rechnungen ihre monita verfertigen können, und dahero der Kummer ob protractam a reis iustitiam um desto billiger zu achten, indem durch dieses Compelle nunmehro desto leichter die gedachten Erben zu ihrer Schuldigkeit gebracht werden mögen, nicht zu gedencken, daß in der gedachten Lehntaffel-sententia unter andern auch diese Causa iusta arresti in genere impositi mit angegeben worden, weil man noch nicht wissen könte, ob nicht, wenn gleich alle Rechnungen ad acta exhibiret worden, wider diese Vormundschafts-Quittungen noch einige defe- 19
cte von denen gedachten Erben zu ersetzen seyn dürften, worauf hier vornemlich zur Sicherheit der imploranten primario zu sehen, welche hier nicht ermangeln werden, angesehen ihre eigene Beylage fol. 45, so eine angeordnete Commission zu Beylegung der Rechnungsdifferentien betrifft, anzeiget, daß sich dabey differentien und Umstände geäussert, welche untersuchet werden sollen, und also es an der Causa arresti bey so remarquabler Aufhaltung der Sachen nicht fehlet, bevorab, da bereits bey der Königlichen Lehntaffel über die iustitiam arresti cognosciret, darauf solcher in genere erkant ist, und dahero um desto leichter bey dem Königlichen Berg-Amt daselbsten in specie auf das Ritterguth untern Theils Wildstein solcher verhenget werden mögen. So dann ad 5) aus denen ad acta gebrachten Berechnungen, welche die Herren Imploranten aus denen documentis und statu bonorum formiret, bereits so viel erhellet, daß dieselbe ein grosses zu fordern haben, und dennoch dieselbe propter extremam moram der T. und des Mitvormundes Erben zur iustification derer Vormundschafts-Rechnung nicht gelangen können, so, daß es an der probabilitate debiti hier nicht ermangelt, welche alsdann schon zu- 20
reichend ist, wenn pro securitate nuda crediti ad liquidum adhuc deducendi der Arrest angeleget wird, wie alhier sich befindet,

MEV. *de arrest. c. X. n. 41. seqq.*

und dahero die Königliche Landtaffel den arrest in genere zu decretiren, bereits in anno 1740 veranlasset worden, dazu aber ad 6) damahls die T. Erben sich nicht gemeldet, noch dagegen etwas eingewandt, wowider zwar Implorat einwenden wollen, daß jenen nichts communiciret worden sey, welches doch aller præsumtion, quæ pro iudicis decreto militat, zuwiderläuffet, und da die Vormünder und des Mitvormunds-Erben sich gemeldet, und über den gebethenen Arrest mit dem Imploraten verfahren, nicht anders erachtet werden kan, als daß denen T. Erben ebenfals das geschehene 21
Verboth, dessen in der Beylage fol. 4. specifice Meldung geschiehet, insinuiret seyn muß, sie also contumaces in non comparendo gewesen, und dahero in contumaciam solcher erkant sey, wie sie dann auch nachgehends dagegen sich nicht gemeldet. Uebrigens ad 7) beyde Vormünder in solidum bekanter massen verbunden gewesen, und Implorat also die Imploranten nicht allein an den Mitvormund und

nun-

nunmehr dessen Erben verweisen können, auch bey ihnen ohne Zweiffel nicht gelegen, daß die Rechnungen nicht zum Stande gebracht, da, wie schon gedacht, beyder Vormünder Erben bis ad ann. 1740. dazu nicht gebracht werden können, und nun erst die Rechnungs-differentien untersuchet werden sollen, also noch lange nicht, wie Implorat vermeinet, pro iustificatis geachtet werden mögen. Endlich ad 8) die gegen die caution gemachte Einwürffe belangend, solche vor der Hand vor zureichend wohl zu achten, als deren zureichender Grund nach der Beschaffenheit und Zureichung der Zeit, da die caution zu præstiren, zu æstimiren,

l. 15. §. 7. qui satisd. cog.

und voritzo also hinlänglich seyn kan, zumahl, da die iustitia arresti bereits in der Lehntaffel-
22 sentenz anerkant, auch solche oben dargethan und qualis qualis cautio bey solchen Umständen pro arbitrio iudicis zugelassen werden mag.

CARPZ. *P. I. c. 29. def. 28.*

Sonsten aber ad 9) bey dem effectu dieses Arrests vornemlich zu erwegen, daß solches in rebus immobilibus in einem præcepto de non alienando bloß bestehe, quod non tollit nec dominium, nec possessionem, nec suspendit aut impedit fructuum perceptionem aut custodiam. Id saltim præstat, vt non fiat
23 alienatio ipsius rei, et si facta fuerit, impediatur in accipientem translatio dominii.

MEV. *de arrest. c. IX. n. 26. sqq.*

absonderlich, da alhier noch kein liquidum constituiret, keine res iudicata super eo vorhanden, und die executio, wozu eigentlich die
24 sequestratio gehöret, noch vielleicht weit entfernet ist, diesemnach solche vor Ausmachung der Sache nicht statt finden mag, vielmehr exitus causæ erst abzuwarten. Letzlich ad 10) zwar nicht zu leugnen ist, daß sonsten die Haupt-Sache daselbst, wo der Arrest angeleget, tractiret werden müsse, besonders, wenn noch prima instantia ohnedem daselbst anzutreffen, ie- *Ad L. V. T. I.*
doch hiebey zu erwegen, daß die actio tutelæ bereits vorlängst bey dem Königlich. appella- 25
tions-tribunal anhängig gemachet ist, und weil zwey Vormünder und nunmehro deren Erben vorhanden, welche ihre primas instantias in unterschiedenen foris haben, es nothwendig gewesen, daß diese Klage coram superiori iudicio, worunter alle Beklagte stehen, angestellet würde, ne connexitas causæ diuideretur,

l. 5. C arbitr. tutel.

wie denn auch nicht allemahl die causa principalis in dem foro, wo der Kummer angeleget, tractiret werden kan, præsertim si pro securitate tantum crediti imponitur. Quando enim impetrans non hoc intendit, vt in illo 26
foro, vbi impetratur, agere velit, sed alio fine, veluti ne bona interim alienentur, non inducitur litis pendentia in causa principali, quæ iam alibi pendet,

MEV. *P. IV. decis. 348. n. 2.*

dergestalt also die Hauptsache bey dem hohen appellations-tribunal auszumachen ist.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß der angelegte Kummer nicht zu relaxiren, sondern bey Kräften bleibe, iedoch die sequestratio des Ritter-Guths W. untern Theils cum pertinentiis et mobilibus noch zur Zeit nicht statt habe, sondern erst das decisum causæ principalis bey dem Königlichen appellations-tribunal, alwo die Sache bewandten Umständen nach auszumachen, und nicht ad primam instantiam daselbst zu ziehen, abzuwarten sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE AVGVSTO MDCCXLVII.

RESPONSVM CXXXI.

THEMA.

Si caussa ciuilis est præiudicialis, fiscalis tam diu suspenditur, donec de illa constiterit.

Vid. Tit. IV. Resp. DVIII. Them. 4.

RESPONSVM CXXXII.

THEMA.

Crimen violentiæ a caussa possessionis præiudiciali pendet.

Vid. Tit. IV. Resp. DCXLIV. Th. 1.

Ad L. V. T. I.

RESPONSVM CXXXIII.

THEMATA.

I. Si cauſſa poſſeſſionis eſt præiudicialis, cauſſa criminis interim ſuſpendenda.

II. *Etiam coadunatis hominibus poſſeſſionem defendere licet.*

SVMMARIA.

Momenta defenſionis ex facto n. 1.
Spolium contra poſſeſſorem committitur n. 2.
Poſſeſſio per ſententiam non datur, ſed declaratur n. 3.
Vim vi repellere licet n. 4. 6.
Ante finitum poſſeſſorium de vi non querendum n. 5. 7.
Cauſſa ciuilis ſi eſt, præiudicialis ante cauſſam criminalem tractanda n. 7.
Incarceratio ſine corpore delicti non decernenda n. 8.
Incarceratus iniuſte ſine cautione dimittendus n. 9.
Defenſio contra ſpoliatorem etiam armata manu fit n. 10.
Imprimis ſi armati non in hunc finem coadunati n. 11.
Iure ſuo qui vitur, vim non facit n. 12.
In teſtium colliſione reus abſoluendus n. 13.
Coadunatio hominum per ſe non eſt reprobata n. 14.
Sine corpore delicti reſponſio ad articulos locum non habet n. 15.
Iniuſte incarceratus regreſſum habet n. 16. 18.
Vis adeſt, quoties quis id, quod deberi ſibi putat, non per iudicem repoſcit n. 17.
Cauſſæ arduæ magnam præcautionem requirunt n. 19.
Reſponſiones ad rationes dubitandi n. 20.

Als uns abermahl eine facti ſpecies in der gegen den Frantzöſiſchen Obriſt-Lieutenant, Herr C. de G. verhengten fiſcaliſchen Anklage nebſt einigen priuat-acten zugeſchicket ꝛc.

Iſt auf des Herrn Obriſt-Lieutenant de G. gegen die Marpurgiſche Urthel interponirte querelam nullitatis und Verſchickung der acten nach Helmſtädt erkant worden:

> Nunmehr aus denen acten ſo viel zu befinden, daß zwar Angeklagter mit der ihm zuerkanten Straffe zu verſchonen, hiernechſt es aber wegen der Unkoſten und caution de non offendendo bey dem vorigen Urthel zu laſſen, iedoch verbleibet übrigens dem Obriſt-Lieutenant wider W. und ſeinen Knecht ſeparatim zu klagen unbenommen.

Von welchem Urthel der Herr Obriſt-Lieutenant appelliret, und was dabey unſer rechtlich ſentiment ſey, zu wiſſen verlanget.

Rationes dubitandi.

Ob nun wol die ICti Helmſtadienſes in ihren rationibus decidendi, ſo ſie dem itztgedachten Urtheil beygefüget, angeführet, daß 1) zur Zeit, da die action geſchehen, das poſſeſſorium wegen des Heues auf der Cavel-Wieſe noch ſtreitig, und das hernach vor des Hrn. Obriſt-Lieutenants von G. Bruder dem Paſtor, erfolgte Wittenbergiſche Urthel auch nicht gefället, hiernechſt 2) zu einem ſo gefährlichen, gewaltigen Aufzug, daß (a) ſich der Herr Obriſt-Lieutenant mit einer Flinte, (b) deſſen Bruder, der Paſtor, mit einer Letter-Speiche, (c) des Hauptmanns G., als des dritten Bruders Diener, mit einer Miſt-Forcke, (d) des Prieſters Knecht M. mit einer Stackel-Forcke, (e) des Küſters Lehr-Burſch W. noch mit einer Miſt-Forcke, (f) des Prieſters beyde Mägde, eine mit einem groſſen Knüppel, die andere mit einer Harcke, und endlich (g) des Prieſters Sohn von vierzehen Jahren mit einer Piſtohle, deren Anblick doch, wenn ſie auch ſchon nicht geladen, noch zu ſchieſſen geſchickt, den gemeinen Arbeits-Leuten bange machet, auf freyer Straſſe ſo unvermuthet præſentiret, und des Verwalters Leute in Schrecken geſetzet, keine tüchtige Urſache da geweſen, dabeyneben 3) der Hr. Obriſt-Lieutenant von G. ſich auch gar nicht in terminis defenſionis gehalten, noch den Wagen mit Heu, welchen des Verwalters W. Geſinde, ſowol der Knecht W. als die Mägde ſo fort verlaſſen, durch ſeine Leute ohne weitere Gewalt mit ſich genommen, ſondern den Knecht W. allerdings ins Korn verfolget, die Flinte auf ihn gehalten, und zu ſchieſſen gedrohet habe, als ſolches nicht nur durch vier un-

unpartheyische Zeugen, M. S., J. D., der M. und der P. Aussage, welche allenfals noch, wenn es nöthig, endlich abgehöret werden könten, ziemlich erwiesen, und ohnedem aus den Umständen, daß der Knecht W. und die mit ihm gewesene Mägde vor Angst so fort gelauffen und geflohen, zu schliessen sey. Ferner 4) dergleichen Gewalt und Zusammenrottirung ohne Zweifel pro re mali exempli, so auch, wenn schon kein dolus oder cædes dabey vorhanden, nicht schlechterdings hingehen dürfe,

arg. l. 38. §. 6. de pœn.

zu achten sey, insbesondere aber 5) der Herr Obrist-Lieutenant von G. die Bezahlung der Gerichts-Kosten, so wenig, weil er in seinem weitaussehenden Handel zu inquiriren Anlaß, als auch weil er einen ziemlichen Schein von einer vi publica gegeben,

vid. artic. 61. der P. L. G. O. *vers.* sondern auch von aller Gestalnuß des Uebels ꝛc.

BRVNNEM. *C. IX. n. 2. proc. inquisit.*

abwenden, und sich davon befreyen, oder gar seinen vermeintlichen regreß und Injurien-Klage wider den fiscum nehmen könne,

conf. *dicta* D. KRESS. *p. 199. §. 1. vers. ceterum etc.*

zumahl 6) der Fiscalis alles, was er verrichtet, unter der direction des Königlichen Hof-Gerichts, wie die decreta in dorso hin und wieder auf seinen Schriften ausweisen, verrichtet, und insbesondere in dem Berichte des Hof-Gerichts an die Königliche Regierung das Lob ihm beygeleget sey, daß er in der Sache gar prudent verfahren, auch in specie der Herr Obrist-Lieutenant von G. den personal-arrest meritiret habe.

vid. acta fol. 85.

Wohingegen 7) was von dem fauore der defension zwar mit Recht gesaget ist, weil doch 8) die defension eine Gewalt und Gegen-offension, welche hier der Herr Obrist-Lieutenant nicht angetroffen, præsupponiret, ihre Masse erhält, hier nichts verschlagen könne, nächstdem 9) daß bey dem Handel keine Schläge oder Verwundung erfolget, nur so viel, daß sie in iudicando den Herrn Obrist-Lieutenant anietzo an statt mehrer Strafe blos mit der Bezahlung der Proceß-Unkosten angesehen, effectuiren mögen, daß es aber 10) sowol mit den Leuten, als mit den von diesen mitgenommenen Waffen auf weiter nichts als die Besorgung des Heues angesehen gewesen, ein solches Vorgeben sey, welches sowol der Anzahl dieser Leute als der Qualität ihrer Instrumente, und dem Umstand, daß der Herr Obrist-Lieutenant von G. selbst mit der Flinte vor ihnen hergegangen, zuwiderlauffe. Ferner 11) das angebrachte greuliche Schelten W. und seines Knechts durch die unbeschworne Aussage der von dem Herrn Obrist-Lieutenant producirten Mitgehülffen sich nicht probiren, sondern erst in separato, durch bessern Beweiß, wohin sie es ietzo verwiesen wollen, ausführen liesse, da hinwiederum 12) des Herrn Obrist-Lieutenants Verfolgen und Drohen, ausser des Verwalters W. Gesinde noch die vier oberwehnte unpartheyische Zeugen attestiret haben, diesemnach, und da 13) die asserta der ICtorum zu Marburg, daß theils der Herr Obrist-Lieutenant bey seiner defension viel weiter, als die offension und Gefahr erfordert, gegangen sey, und mercklich excediret, theils, daß er durch diesen mit bewaffneten Leuten erregten Auflauf, dem Fiscali zur inquisition Ursache, auch weil er vorher schon dem Verwalter in seinem Hause mit Suchung der Gänse, als einmahls mit den einquartirten Soldaten ziemlichen Verdruß und Unlust angerichtet, um künftiger Sicherheit willen auf cautionem de non offendendo zu dringen rechtlichen Anlaß gegeben habe, nach wie vor feste stehen bleibet. *Ad L. V. T. I.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) es darauf gar nicht ankommt, ob vor des Herrn Obrist-Lieutenants Bruder, dem Pastore G. in possessorio schon damahls, als das spolium auf der Cavel-Wiese von W. und seinem Knecht committiret worden, erkannt, sondern ob nicht derselbe ohnstreitig, nach des Verwalters W. eigenen ad protocollum gethanen Geständniß tempore spolii in der würcklichen possess der Cavel-Wiese gewesen, das Heu darauf gemachet und gekehret, und also der Verwalter, der sich unterstanden, das Heu aufzuladen und wegfahren zu lassen, ein widerrechtliches spolium begangen? zumahl ja nach allen Rechten bekant ist, daß durch das erfolgte Urthel in possessorio niemanden erst die possession gegeben, sondern nur, daß er solche habe und der aduersarius ein spolium begangen, declariret werde, per sententiam enim nemini possessio datur, sed, quæ est penes actorem, declaratur, 2 3

l. 8. §. 4. D. si seruit. vindic.

anderergestalt, und wenn es bey denen effectibus possessionis auf die declarationem iudicis per sententiam ankomme, und niemand seiner possess und deren effectibus sich ehender, als nach erfolgten Urthel, erfreuen könte, das absurdum daraus folgen würde, quod vim vi, et arma armis repellere non liceret, quod ius tamen natura comparatum esse dicitur. 4

l. 1. §. 27. D. de vi et vi armat.

Und ob durch Urthel und Recht gleich die causa possessionis erst ausser aller contradiction gesetzet, und der turbator vel spoliator zur Ruhe verwiesen wird, dennoch es allen Rechten nach gewiß bleibet, daß ante finitum possessorium weder von der causa criminis commissi de vi geurtheilet, noch criminaliter geklaget werden könne, zumahl die quæstio pos- 5

Ad L. 1. T. 1. possessionis alhier mere præiudicialis ist, und dieses würcket, daß die quæstio criminalis so lange ausgesetzet werden muß, bis erst erkant und untersuchet worden, ob W. nicht ein spolium begangen, der Herr Pastor G. in würcklichen possess gewesen, und sich dabey mit 6 aller Rechte Beystande, etiam vi adhibita, multo magis ergo minis schützen können,

l. 1. C. de appellat.

in qua lege facti species hæc occurrit: Accusaui Titium criminaliter de turbata possessione vel vi adhibita; Titius excipit negando, se me turbasse, sed possessionem suam tantum continuasse, hinc quæstio est: an non prius de possessione cognoscendum? Quod affirmatur, quia hæc est quæstio præiudicialis: nam si possessio mea fuit, potuit Titius de vi accusari: si possessio fuit Titii, non potuit de vi criminaliter conueniri,

BRVNNEM. *ad cit. l. 1. n. 3.*

welches alhier um destomehr seine richtige application findet, also man an eben dem Tage, da die Arrestirung verhänget worden, aus der Zeugen Aussage sowol als aus des Verwalters Bekäntniß wahrnehmen müssen, daß die gantze denunciation die causam possessionis zum Grunde habe, der Herr Pastor G. zu der Zeit in der possession der Cavel-Wiese würcklich gewesen, das Heu darauf gemachet, hergegen der Verwalter, der das Heu einzufahren sich unterstanden, ein offenbahres spolium begangen, welchen offenbahren Umständen zuwider, die ex actis so fort erhellen, man dennoch die Arrestirung des Obrist-Lieutenants verhänget, gegen denselben de vi publica inquiriret, und ihn alles Einwendens ohngehindert, ad instantiam des adiuncti fisci, der sein Amt billig gegen den spoliatorem und denunciantem ausüben sollen, nöthigen wollen, ad articulos zu antworten, welches doch aller Ordnung der Rechte zuwider und nullität verfahren ist,

l. 4. C. de sentent.

cum, quando in accusatione criminali de vi contingit DVBITARI de possessione, vtputa, quia accusatus dicit, se vim non intulisse, sed possessionem sibi competentem continuasse, tunc prius agi debeat de possessione, et de ipsa prius pronunciandum, quam de crimine violentiæ, adeoque causa ciuilis tanquam præiudicialis, hic præfertur criminali,

7 BRVNNEM. *cit. l. n. 4.*

und wie nun so fort aus der Zeugen Aussage und des Verwalters Bekäntniß die Sache euident, und das spolium klar gewesen, so wenig die Arrestirung des Herrn Obrist-Lieutenants, als die Untersuchung de crimine iustificiret werden mögen, da jene ein corpus delicti voraus setzet, ohne welches niemand, absonderlich der in einem ansehnlichen character stehet, und bey dessen Arrestirung grössere præcaution zu gebrauchen, in schimpflichen Arrest als eine cri- 8
minal-Person gebracht werden kan, cum constare debeat de corpore delicti ante incarcerationem,

per *art. XI. constit. crim. Carol.*
l. 1. C. vbi caus. fisci ag.
l. 1. §. 24. ad SC. Silan.

welches vor Erörterung des possessorii so wenig vorhanden gewesen, daß vielmehr das Gegentheil aus denen Acten so fort, ja auch daraus erhellet, daß selber der Verwalter das possessorium angestellet, und es daher gantz incompatibel gewesen, nebst dem possessorio auch die causam criminis zu tractiren, diesemnach der adiunctus fisci, sowol als das Hof-Gericht billig Bedencken tragen sollen, so übereilig die Inhaftirung vorzunehmen, und die iuratorische caution zu denegiren, cum tamen sine iusta causa incarceratus statim etiam sine cautione dimittendus sit,

COTHMAN *vol. 3. resp. 30. n. 120.*

bevorab, da sich nachgehends geäussert, daß nach dem Wittenbergischen Urthel der Verwalter in possessorio succumbiret, und das spoliirte Heu zu restituiren schuldig gewesen, wenn ihm die Gelegenheit nicht vorher benommen worden, das Heu auf seinen Hof zu fahren, 9
und nicht vielmehr der Herr Pastor G. durch Hülffe seines Herrn Bruders bey der possess maintenitet worden. Dabey denn ad 2) der so gefährlich und gewaltig angegebene Aufzug zu keinem crimine gemachet werden kan, als welcher darin bestehen soll, daß (a) sich der Obrist-Lieutenant mit einer Flinte (b) der Pastor mit einer Bettspeiche: (c) des dritten Bruders Diener mit einer Mistforcke: (d) des Priesters Knecht, mit einer Stackelforcke, (e) des Küsters Lehrbursche noch mit einer Mistforcke, und endlich (f) des Priesters Sohn von vierzehen Jahren mit einer rostrigen Pistole, dessen Anblick wenigstens erschrecket, auf freyer Strasse, so unvermuthet præsentiret, und des Verwalters Leute in Schrecken gesetzet, dazu doch keine tüchtige Ursache vorhanden gewesen seyn soll; allermassen dem Herrn Pastori ja frey gestanden, zu seinem Heu mit seinen zur Arbeit und nicht zu fechten mitge- 10
nommenen Leuten zu gehen, dasselbe zu machen und sonsten seine Acker-Arbeit abzuwarten, zu welchem Ende er sich der öffentlichen Heerstrasse ja bedienen müssen, es also vielmehr ein unvermuthetes Spectacul gewesen, daß des Verwalters Knecht mit dem spoliirten Heu sich dem Pastori und dessen Bruder auf der Heerstrasse præsentiret, und darüber aus Trieb seines Gewissens so erschrocken, daß er das Heu verlassen und davon gelaufen, wiewohl auch, wenn man einem spoliatori unvermuthet auf den Halß kommet, solches so wenig zu bedeuten hat, daß die damit verknüpfte defensio possessionis et rei suæ allen Rechten nach vor erlaubet zu achten, dergestalt, daß, wenn der Herr Pastor und

dessen Bruder das Vornehmen des Verwalters vermuthet, und sich zu dem Ende mit einigen Leuten und instrumentis gegen alle zu besürchtende Gewalt versehen, und der Herr Obrist-Lieutenant die Flinthe zu solchem Ende mit genommen, nichts unrechtes geschehen seyn würde, da man leicht erachten müssen, daß bey solchen groben Leuten mit blossen Worten und Vorstellung nichts zu erhalten, dem Herrn Obrist-Lieutenant aber als einem vornehmen Officirer nicht anzumuthen gewesen, sich in eine Faust-bataille mit des Verwalters Leuten zur Behauptung des seinem Herrn Bruder weggenommenen Heues einzulassen, als welche, nebst ihm selbsten, im Stande gewesen, ihm und dem Herrn Pastori auf die gröbeste Art zu begegnen, wie der Erfolg erwiesen, und die geschehene ehrenrührige provocation des Verwalters und seines Knechtes hernach gezeiget, permissum vero omnino est, etiam coadunatis hominibus, et mediantibus amicis, vicinis atque extraneis suam possessionem defendere,

POST. *de manut. obs. t. n. 60.*

adeo vt probabiliter metuenti, ne in possessione turbetur, vel ei offensa fiat in persona, concedenda sit licentia conducendi secum homines armatos ad suam possessionem et personam tuendam,

IDEM *cit. l. n. 61.*

übrigens noch nicht einsten dargethan ist, daß dieser so hoch angegebene Aufzug ad vim faciendam angesehen gewesen, indem gewiß von dem Herrn Pastore solches nicht zu vermuthen, und bey dem Herrn Obrist-Lieutenant gantz gewöhnlich gewesen, daß, wenn er ausgegangen, er zu seinem plaisir eine Flinthe mitgenommen, wie von dergleichen hohen Officiren zu geschehen pfleget, die übrigen aber solche instrumenta geführet, welche das Heu zusammen zu bringen, und den Mist auseinander zu werffen nöthig gewesen, des Pastoris Sohn aber mit der rostrigen Pistole, damit er gespielet, und erst nachgekommen, so wenig Furcht und Schrecken als die Gegenwart der beyden Mägde, die man zu keiner bataille anführen wird, verursachet haben werden, wiewol auch die eine Magd nach der fol. 138. befindlichen Aussage nicht einsten mit aus dem Dorffe gegangen, bey solcher Beschaffenheit also zu verwundern ist, daß die ICti Helmstadienses dieses vor einen gewaltigen und unerlaubten Aufzug, der sich quasi ex insidiis so unvermuthet des Verwalters Leuten auf der Strassen præsentiret, ansehen, und daraus ein factum illicitum schliessen, ja ferner inferiren können, daß der Knecht des Verwalters dadurch geschrecket worden, den Heuwagen stehen zu lassen, den doch sein böses Gewissen vielmehr geschrecket, daß er sich unterstanden, des Herrn Pastoris Heu aufzuladen, und nach seines Herrn Hof spoliatiue zu fahren, wie denn die gesunde Vernunft giebet, daß, wenn ein delinquent auf der That ertappet und mit dem weggenommenen Guth unvermuthet attrapiret wird, mehr das böse Gewissen, als alle andere Außzüge ein Schrecken bey solchem wircken, da, wenn er ein gut Gewissen gehabt, er sich vor nichts fürchten, absonderlich aber vor der Gegenwart des Hrn. Pastoris erschrecken dürffen, sondern seines Weges fortfahren und erwarten können, ob ihm von iemand etwas zu leide gethan seyn würde, am allerwenigsten aber gesaget werden mag, daß er sich vor der Flinthe, welche der Herr Obrist-Lieutenant geführet, gefürchtet habe, zumahl er im Dorff bald hernach mit den aller ehrenrührigsten Worten ihn provociret, und ihn zum Schiessen irritiren wollen, dabey er aber seinen Endzweck nicht erreichet, vielmehr der Hr. Obrist-Lieutenant alles hingehen, und den Verwalter mit seinem Knecht schelten und schmählen lassen, dieserwegen wohl zu glauben, daß, da der Hr. Obrist-Lieutenant bey solchen groben Verfahren, ob er wol die gröseste Ursache dazu gehabt, sich nicht beweget, und einige Gewalt ausgeübet, er auch um desto weniger die Flinthe mit sich ad vim inferendam genommen habe, wol aber solche zu seiner defension zu gebrauchen, wenn der Knecht mit seiner Peitsche, wie er ex post facto damit paradiret, ihn ansprengen sollen, dabey denn noch am allerwenigsten ingress finden will, daß man des Priesters Sohn, eines Knabens von vierzehen Jahren, Gegenwart mit einer unbrauchbaren Pistole, die der Knecht wol schwerlich wird erblicket haben, so schreck und furchtbar sich einbilden können, als wenn deren Anblick den Arbeits-Leuten bange gemachet, da doch derselbe mit zugehen, nicht commandiret gewesen, sondern derselbe vltro der Zeugen Aussage nach, nachgelauffen gekommen, und wohl zu glauben, daß der Hr. Obrist-Lieutenant, wenn er eine unerlaubte Absicht gehabt, sich dessen assistence nicht bedienet haben würde, endlich wenn dieser Aufzug nicht erlaubet gewesen seyn solte, ja, wenn solcher ad vim illicito more inferendam abgezielet, dieses eine solche That gewesen seyn würde, vor welche der Hr. Pastor hauptsächlich responsabel seyn, nicht aber das Wetter allein auf dessen Herrn Bruder fallen müssen, da ja alles darauf angesehen gewesen seyn soll, das weggenommene Heu, so ihm zugehöret, gegen den Verwalter und dessen unrechtmäßiges spolium zu behaupten, gleichwol so wenig der adiunctus fisci als der Verwalter sich gelüsten lassen, den Herrn Pastorem de vi publica zu belangen, ob er gleich nach der Helmstadiensium Meinung diesen so vermeintlich schreckbaren Aufzug veranlasset haben müsse, wenn solcher unerlaubet gewesen, dem doch alle Rechte pro defensione possessionis et rei suæ billigen, wie in unserm vortaen responso ausgeführet ist, neque enim, qui suo iure vtitur, vim facit, aut turbat, multo minus vero delinquit,

Ad L. V. T. I.

12

Ad L. V. T. I.

PLOT. *de in litem iur. §. 3. n. 34.*

sed potius possessori facta iniuria, dum turbatus est,

POST. *cit. l. n. 71.*

welches ja auch ad 3) die Herren ICti Helmstadienses selbsten agnosciret, und nicht geleugnet, daß der Herr Obrist-Lieutenant sich in terminis defensionis befunden, sondern nur vermeinet, daß er sich in terminis defensionis nicht gehalten, d. i. dieselbe weit überschritten, indem er, obgleich der Knecht W. schon den Wagen verlassen gehabt, denselben ins Korn verfolget, die Flinthe auf ihn gehalten, und zu schiessen gedrohet, wie durch vier Zeugen erwiesen seyn soll, da doch eines Theils dieser Punct durch solche unbeendigte Zeugen um desto weniger erwiesen, als die Zeugen, so der Herr Obrist-Lieutenant vor sich abhören lassen, das Gegentheil ausgesaget, und in dubio, si collisio inter testes
12 adest, reus potius absoluendus et pro eo pronunciandum, cum possessoris testes præferendi sint;

c. 3. in f. X. de probat.

andern Theils, wenn auch das angegebene factum geschehen seyn solte, dennoch kein excess dabey vorgefallen seyn würde, angesehen wenn der Herr Obrist-Lieutenant keine Mine gemachet, das dem spoliatori abgesagte Heu gegen alle fernere Gewalt zu behaupten, und den Verwalter mit seinen Leuten von Wiederbehauptung des Wagens durch das simulirte Schrecken abzuhalten, der Herr Obrist-Lieutenant ja befürchten müssen, daß, wenn er wie ein Schaaf blos dabey hergegangen, sie sich des Wagens in ihrer nachhero erzeigten Raserey wieder bemächtigen, und zum Erfolg eines grössern Unglücks Gelegenheit geben würden, zumal man ja offenbar wahrgenommen, daß nicht einmal dieser terror armorum den Verwalter und seinen Knecht abhalten mögen, den Herrn Obrist-Lieutenant, wie das Heu in Z. nach des Pastoris Hof gefahren worden, auf die allerschimpflichste Art zu tractiren, und ihn zum Schiessen zu irritiren, welches er doch verlachet, und sich dabey in der grössesten contenence gehalten, keinesweges aber einen excess begangen, indem ja einem jeden erlaubet ist, sich bey Zeiten contra vim instantem zu præcauiren, und einen unrechtmäßigen spoliatorem, qui vim spoliando fecit, abzuhalten, daß er in seiner Gewaltthätigkeit nicht continuiret, welches ad 4) pro re mali exempli nicht zu halten,
14 man wolle dann alle defension, quæ etiam conuocatis amicis fieri potest, eine rem pessimi exempli nennen, und solche vor eine Zusammenrottirung halten, am allerwenigsten aber ad 5) dieses einen ziemlichen Schein von einer vi publica gegeben, und die Inquisition veranlasset haben kan, da ja, wie ad rat. primam dargethan, ein aduocatus fisci und Richter sich durch keinen ungegründeten Schein blenden lassen und etwas vor wahr annehmen solle, dessen Gegentheil aus den acten, und absonderlich dieses sich hervor gethan, daß nach des Verwalters eigenem Bekänntniß und der Zeugen Aussage der Herr Pastor sich in possession der Cauel-Wiese befunden, der Verwalter ein unerlaubtes spolium begangen, ja, wenn noch einiges dubium dabey übrig geblieben, dennoch zuforderst die causa possessionis zu erörtern gewesen, ehe man zu der arrestirung des Herrn Obrist-Lieutenants schreiten, præpostere mit ihm die Inquisition, 15
deficiente omni corpore delicti, vornehmen, ihm die Loßlassung gegen iuratorische Caution versagen, ja ihn nöthigen wollen, nondum discusso possessorio, auf articulos zu antworten, welches Verfahren dem *l. 1. C. de appell.* schnurstracks zuwider, und unter keinem Schein Rechtens iustificiret werden kan, dahero denn, weil contra ordinem iuris, et sic nulliter verfahren, sowol er von Abstattung der Unkosten befreyet, als der regress ihm vorbehalten werden muß

l. 4. C. sentent. 16

c. 7. X. de iniur. et damn.

ne inde iniuriarum nascatur occasio, vnde iura nascuntur

l. 6. pr. C. vnde vi.

zumal sonsten eine jede Uebereilung eines accusatoris gar leicht beschönet, und demjenigen, der sich contra vim illicitam defendiret, ein weit aussehender Handel beygemessen werden könte, welcher vielmehr auf den Verwalter W. redundiret, als welcher autor rixæ ist, und vim illicitam dadurch ausgeübet, daß er sine iudice sich selbsten helffen, und de facto in possession setzen wollen, nam vis est et tunc, quoties qui id, quod deberi sibi putat, non 17
per iudicem reposcit

l. pen. D. ad l. Iul. de vi priu.

mithin W. einen weit aussehenden Handel, daß er das durch den Herrn Pastor gemachte Heu auffaden und wegfahren lassen, angefangen, fremdes Guth an sich reissen wollen, und als ein inuasor rei alienæ anzusehen gewesen, gegen welchen, und nicht gegen den Herrn Obrist-Lieutenant inquiriret werden sollen, da jener der inuasor, dieser defensor gewesen; jener in re illicita, dieser in defensione omni iure permissa verfiret; jener vim illicitam begangen, dieser vim illatam von sich abgewendet, endlich jener nach seiner eigenen Bekänntniß ein spolium begangen, welches dieser aus der unrechtmäßigen Gewalt wieder gerettet, und propitio iure solches thun können, so aber der aduinctus fisci mit gantz andern Augen angesehen, inuerso iuris ordine die causam possessionis gegen den auctorem omnis contentionis fahren lassen, und einen schimpflichen Arrest gegen den Herrn Obrist-Lieutenant ob commissam vim publicam et crimen fractæ pacis publicæ verhänget, dazu

zu er doch keinen Schein Rechtens gehabt, und deswegen zu aller satisfaction verbunden bleibet, quippe qui quod scripsit, exequi tenetur, adeoque si parum prudenter, non exquisitis argumentis, processerit, in exemplum hoc vindicandum, ne quid et aliud postea tale facere moliatur

l. 6. in f. de custod. et exhibit. reor.

übrigens ad 6) ex actis sich nicht findet, daß er alles unter der direction des Königl. Hof-Gerichts gethan, und auf dessen Veranlassen die erste Anklage, worauf alles ankommt, übergeben, als welche er vielmehr ad suggestionem des Verwalters gethan, und alle Gelegenheit zu denen erfolgten decretis gegeben, bevorab da, dem Bericht nach, damahls als der Arrest verhänget, des Herrn Cantzley-Directoris Stelle vacant, und nur ein membrum collegii zugegen gewesen, also ad instantiam des adiuncti fisci der Arrest verhänget worden, da doch zu diesen grossen Sachen, welche des Menschen Ehr, Leib, Leben und Guth belangen, tapfer und wohlbedachter Fleiß nöthig, und niemand in solcher Ueberfahrung seine Nachläßigkeit entschuldigen mag, wie Carolus V. wohlbedächtig anzeiget,

in art. 1. et 219. in f. Constit. crim.

wie denn auch das rescriptum regiminis Stralsundensis von 4. Sept. 1733. das geschehene Verfahren nicht approbiret, sondern nach ersehener eigentlicher Beschaffenheit der Sache den saluum conductum dem Herrn Obrist-Lieutenant concediret, und das illegale petitum, daß er sich vorhero in Griffswalde wieder einstellen solle, abgeschlagen, und dadurch an den Tag gegeben, quod minus prudenter, non exquisitis argumentis aduocatus fisci processerit, wie der ICtus in l. cit. 6. gar bedencklich saget, und zugleich Anweissung thut, worin die Vorsichtigkeit und prudenz eines accusatoris publici bestehen müsse, so, daß dagegen der Bericht des Hof-Gerichts ihm nicht zu statten kommen mag, vielmehr ad 7) et 8) allerdings wahr bleibet, was von der offension des Verwalters und defension des Herrn Obrist-Lieutenants vorhin angeführet ist, und zu verwundern ist, daß man in diesen rationibus leugnen wollen, als wenn der Herr Obrist-Lieutenant keine Gegen-Offension oder resistence angetroffen, zumal es nicht gnug gewesen, daß des Verwalters Leute bey Verlassung des Heues nicht weiter resistiret, sondern dieselbe auch abgeschrecket werden müssen, keine weitere Gewalt, da das Heu noch nicht saluiret, und auf des pastoris Hof gefahren gewesen, in Dorfe Z. auszuüben, dazu der Verwalter mit seinem Knechte bald darauf allen ersinnlichen conatum durch grobes Schelten, Schmählen, auch prouociren an den Tag geleget, daß, wenn sie nicht von aller reali inuasione vorher abgeschrecket worden, sie nicht unterlassen haben würden, eine neue attaque auf das Heu zu thun, und sich dessen zu bemächtigen, zumal man von diesen Leuten nichts als alles böses und fernere Gewalt befürchten müssen, mithin die vorhergegangene offension in Wegnehmung des Heues, als die nach ersolgter Verlassung des Wagens mit dem Heu erfolgte Schmäh-Worte, und von neuen zugefügte offension so klar und euident ist, daß solche nicht geleugnet werden kan, dabey auch die Maase so wenig überschritten worden, daß vielmehr nach erlangtem Zweck der Herr Obrist-Lieutenant in aller contenence gegen das Schreyen und Prouociren des Verwalters und seines Knechts sich verhalten, und sich zu keiner Verwundung oder andern Thätlichkeit irritiren lassen, welche auf solche ungezähmte Lästerungen gar leicht erfolgen können, welches ad 9) die sententionantes selbsten erkant, aber dabey gar einen schlechten Trost und Schluß angefüget, daß in solchem regard sie den Herrn Obrist-Lieutenant von aller Strafe befreyet, und allein in die Unkosten condemniret hätten, als wenn er daran unrecht gethan, daß er sich in solcher contenence verhalten, seinem Bruder bey der possess und saluirung des spolirten Heues behülflich gewesen und beschützet, auch den groben Knecht zu fernerer inuadirung durch blosses Schrecken abgehalten, welches gewiß nicht geschehen können, wenn er ad 10) ohne alle Gehülfen und Leute, ohne alle instrumenta und nöthige præcaution gewesen, und sich so bloß der Peitsche des Knechts und dessen Hand-Collation, darauf er prouociret, exponiret hätte, so kein verständiger ihm rathen und anmuthen können, wiewol auch die Anzahl der Leute und deren instrumenta zu einem starcken Ackerbau ohnedem gantz gewöhnlich sind, und nicht einsten dargethan ist, daß solche ad vim inferendam bestimmet gewesen, ja wenn auch zur defension des Heues und recuperirung des spolii solche a dessein sich des Verwalters Leuten opponiret, und der Herr Obrist-Lieutenant mit seiner Flinte vorher gegangen, doch nichts ungeschicktes dabey vorgegangen seyn würde, daß durch blosses Schrecken, so durch ein oder zwey Personen nicht geschehen seyn würde, dem spoliatori das Heu wieder abgenommen, und der Pastor bey der possess der Wiese manteniret worden, als welches die Rechte zulassen, und es auch hier heisset, qui finem concessit, etiam media concessisse videtur, sine quibus finis obtineri non potuit, hierüber ad 11) keine Ursache zu befinden, warum denen Zeugen des Herrn Obrist-Lieutenants, welche von den groben Scheltworten und prouociren des Verwalters und dessen Knechtes deponiret, kein fides beygeleget, hergegen ad 12) des Verwalters Zeugen Aussagen plene erweisen sollen, da diese eben sowol als jene unbeschworen sind, und jene eben so leicht als diese noch ihre Aussage bestärcken können, mithin was bey einem Rechtens, auch bey andern Rechtens seyn muß, anbey noch vieles gegen

Ad L. V. 2. l.

Ad L. V. T. I.

des Verwalters Zeugen zu erinnern ist, als welche theils complices delicti sind, und das Heu mit spoliiret, theils in des Verwalters Diensten und Zwang stehen, und nach dessen Gutachten wol deponiren müssen, nicht weniger der Herr Obrist-Lieutenant dadurch sehr beschweret worden, daß die Herren sententionantes die Aussage dessen abgehörter Zeugen gantz von dieser Sache separiren, und ad separatum verweisen wollen, da doch in deren deposition, wegen der ex post facto erfolgter Schmäh- und Beschimpfung, auch prouocation zum Schiessen und Faust-Collation, ein wichtiges momentum defensionis bestehet, und daraus erhellet, mit was Verwegenheit das spolium ausgeübet, und was vor intention und Absicht der Verwalter und sein Knecht geführet, das Heu wieder in ihre Gewalt zu bekommen, wenn sie nicht die Furcht und der Anblick der Flinte davon abgeschrecket, welchen man gleichwol ausser dieser Betrachtung vor strafbar angesehen, dennoch nunmehr aus derselben eine gantz andere Gestalt bekommen, und also sowol die vorhergehende, als die nach dem recuperirten Heu erfolgte neue offension von der defension durchaus nicht separiret werden muß, als wodurch dieselbe ad 13) inculpata wird, und zugleich die allerta ICtorum Marpurgensium ihr völliges Gewichte verliehren, welches auch sogar die ICti Helmstadienses dadurch agnosciret, daß sie die durch jene erkante Strafe wieder aberkant, und in so weit gar recht dem Herrn Obrist-Lieutenant aus Mangel eines delicti absoluiret, gantz ohne Grund aber ihm dabey beygemessen, als ob er mercklich excediret, und dem fiscali Gelegenheit zur Inquisition gegeben, der ja nicht ob excessum in defensione geklaget, als welcher wol keine schimpfliche arrestirung meritiret, sondern auf Leib und Leben ob vim publicam et crimen fractæ publicæ seine Anklage gerichtet, dazu doch keine umbra in gantzen acten bey denen concurrirenden und caussam possessionis betreffenden Umständen, zu befinden, noch weniger aber einige Beleidigung oder Dräuung dem Verwalter geschehen, weswegen etwa die Caution de non offendendo dem Herrn Obrist-Lieutenant auferleget werden müssen, vielmehr die sententionantes selbsten ihm den regress gegen W. und seinen Knecht vorbehalten, und leicht wahrnehmen müssen, daß diese die offendentes gewesen, und was der Herr Obrist-Lieutenant zu sein und seines Bruders defension gethan, ihm zu keiner offension angerechnet, noch dieserwegen einige Caution, cessante omni offensa, von ihm gefordert werden mögen, da, wenn er dergleichen bestellen solte, er ja per indirectum sich der offension schuldig machen, und solches seinen ihm reserirten regress zu Wasser machen würde, welches keinen geringen Widerspruch in sich hält, endlich die beyden übrigen facta, so zu dessen Behuf noch angegeben sind, hieher gar nicht gehören, und mit dieser Sache nichts zu thun haben, der Verwalter auch niemals darüber sich beschweret, so er doch damahls, als solche passiret, thun, und sich, wenn er Recht zu haben vermeinet, Sicherheit schaffen müssen, wiewol auch, wenn die Umstände davon dem appellationis iudicio eigentlich und ordentlich vorgestellet, und solche dadurch aus dem Wege geräumet werden, nichts übrig bleiben wird, weswegen diese Caution ihm auferleget, und der regress gegen W. und dessen Knecht per indirectum wieder genommen werden könte.

So erhellet hieraus so viel, daß der Herr Obrist-Lieutenant in appellationis instantia eine reformatoriam sowol wegen der Unkosten und auferlegter Caution, als auch ratione regressus contra adiunctum fisci zu hoffen habe. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE APRIL. MDCCXXXVII.

DECISIO CXXXIV.

THEMATA.

I. Causſæ criminalis cognitio præfertur, ſi eius deciſio cauſſam ciuilem tollit.

II. *Iudex contra matrimonium iuramentum legale iniungere poteſt.*

SVMMARIA.

SVMMARIA.

Ad L. V. T. I.

Causſa præiudicialis præmittenda n. 1.
Iuramentum contra matrimonium non admittitur n. 2. 8.
Diuortium ob præſumtum adulterium locum habet n. 3.
Dummodo præſumtiones fuerint proximæ n. 4.
Qui pretium pro impedienda delatione ſoluit, non ſtatim criminis ſuſpectus eſt n. 5.
Variatio ſuſpicionem infert n. 6.
Teſtis animoſus repellendus n. 7.
Si cauſſa criminalis ciuilem extinguit, præmittenda eſt n. 9.
Ob adulterium facilius ad diuortium quam ad pœnam criminalem agitur n. 10.
Ob violentas præſumtiones diuortium decerni poteſt n. 11.
Violenta adulterii indicia n. 12.
Teſtes ſingulares quando probent n. 13.
Ad adulterium conſummatum πολυείαν *reſtringi nequit* n. 14.
Iuramentum delatum contra matrimonium locum non habet, bene tamen legale n. 15.
Per iuramentum purgatorium eliduntur indicia n. 16.

Auf eingewandte remedia extraordinaria und erfolgtes Verfahren P. S. Imploranten und Appellaten an einem, und C. E. S. Imploraten und Appellanten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preuſſen ꝛc. nach vorgehabten Rath unſerer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehro aus denen Acten ſo viel zu befinden, daß ſo lange mit der erhobenen Ehe-Scheidungs-Klage, bis zuförderſt die wider gemeldte S. erkante Inquiſition zur Endſchafft gebracht, in Ruhe nicht zu ſtehen, ſondern wegen der interponirten appellation in erſter Inſtanz wohl geſprochen, und übel davon appelliret, und dannenhero das vol. I. fol. 346. befindliche, und den 1. Dec. 1729. eröffnete Urthel lediglich zu confirmiren ſey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) ſonſten ausgemachten Rechtens, quod per cauſam minorem ſeu ciuilem cauſæ maiori præiudicium fieri non oporteat,

l. 54. D. de iudic.

1 et ſic cauſa principalis ante omnia expediri, et quæ inde pendet, tamdiu quieſcere debeat, donec illa deciſa ſit,

c. 12. in f. de ſent. excomm. in 6.

zumal es gantz wahrſcheinlich, daß, wenn bey der angeſtelleten Inquiſition in cauſa adulterii noch mehrere indicia proximiora heraus gebracht werden ſolten, als bishero in dieſen acten zu befinden, alsdann ſofort auf die Ehe-Scheidung ohne allen Eyd erkant werden könne, allenfalls aber 2) wenn die Appellatinne ſolche elidiren würde, alsdann bedencklich fallen möchte, den Appellaten und Imploranten 2 zu dem uerkanten Eyd zuzulaſſen, und ihm dadurch Gelegenheit, ſich von dem matrimonio loszuſchwören zu geben; übrigens ſoferne 3) dieſe diuortien-Klage nicht ſuſpendiret werden ſolte, dennoch die grauamina appellationis gegründet zu ſeyn ſcheinen, da alles lediglich auf ein adulterium præſumtum ankommen ſoll, aus welchem zwar denen Rechten nach die Ehe-Scheidung ſtatt finden kan, 3

c. 12. X. de præſumt.

dennoch dabey violenta et certa adulterii commiſſi indicia et ſuſpiciones erfordert werden, adeo vt remota non ſufficiant

PETR. BARBOSA *adl. 2. ſolut. matrim. P. I. in pr. n. 69.* 4

hierüber auch nöthig ſey, daß ſolche violentiſſimæ adulterii ſuſpiciones zur Gnüge beygebracht worden, woran es hier aber zu ermangeln ſcheinet, angeſehen obgleich 4) der Zeuge A. vol. I. fol. 59. ſqq. eydlich deponiret, daß er die Appellantinne in anno 1726. zweymal, als einmal vor dem Kachel-Ofen, und das andermal auf der Treppe mit dem Muſquetirer H. ſich umfaſſend angetroffen, und ſie von einander gejaget, er auch nicht anders ſchlieſſen können, als daß ſie entweder die That begehen wollen, oder bereits begangen gehabt, ſie ihm auch 10. Thlr. zu zweyenmalen gegeben, daß er ſie nicht verrathen möchte, dennoch appellantinne vol. 2. fol. 218. beygebracht zu haben vermeinen will, daß der gedachte H. um dieſe Zeit, da dergleichen unzulaßlicher Umgang geſchehen ſeyn ſoll, nemlich im Herbſt 1727. weder daſelbſt zu Lande noch in K. geweſen, 5 und ob ſie wol nicht leugnet, daß ſie dem gedachten Zeugen A. 10. Thlr. durch ihre Schweſter reichen laſſen, dennoch dabey beſtändig bleibet, daß ſie dieſes nicht wegen Verſchweigung deſſen, was er geſehen haben will, ſondern dieſerwegen gezahlet, weil, als ſein Zeugniß vernommen, ſie ex iuſto dolore auf ihn geſchimpfet, er ihr aber gedrauet, daß er ſie an die Fiddel bringen wolte, und ſie ihn zu beſänfftigen, ſolches Geld gegeben, welches keine vim confeſſionis in adulterio imputato haben könne; wiederum ſo viel 5) die Affaire mit C. A. betrifft, die Appellantinne nicht an ſich kommen laſſen will, daß ſie jemahls einige Liebes-Briefe an ihn geſchrieben, noch die zwey vol. I. fol. 3. ſq. befindliche Briefe von ihm angenommen, und ob er gleich vol. 2.

Ad L. V. T. I.

fol. 210. 212. bey der Confrontation ihr solches unter die Augen gesaget, sie dennoch bey ihrem negiren geblieben, und angeführet, daß A. sie auf keine Art und Weise grauiren könne, bevorab da er hin und wieder, wie ihm fol. 213. b. vorgehalten, variiret, anbey aber vorgegeben, daß der W. in K. ihn verleitet, und gesaget, er könne nur bey dem Verhör sagen, daß er bey der Coinquisitinnen gelegen hätte, es würde keine weltliche Obrigkeit ihm darum etwas thun, und dahero wäre es geschehen, daß er im Verhör mehr gesaget, als was passiret, dieserwegen dann dessen Aussage ob variationem et seductionem keinen Glauben meritire, wie denn auch 6) der V. vol. 1. fol. 63. sqq. geschehene endliche Deposition ebenfalls allen Glauben verliehre, da sie domestica, ihre Feindin sey, dem Mann von ihr vieles zu Ohren gebracht, und ihn verhetzet, ja selbsten mit ihm verdächtig gelebet, an-
7 bey vltro fol. 70. von einem mit A. gepflogenen verdächtigen Umgang deponiret, worüber sie nicht befraget worden, mithin ihre depositio mehr animosa als veritati conformis sey, alle beyde Zeugen aber 7) gestehen müssen, daß sie den würcklichen Ehebruch nicht gesehen, noch davon attestiren können, endlich 8) der Appellat zwar zuletzt A. auf dem Boden bey seiner Frauen im Finstern angetroffen haben will, dennoch dieser fol. 207. b. vol. 2. nebst der Appellantinne sich damit excusiren, daß er Geld vor seiner Schwester Mütze dahin um 9. Uhr gebracht, und weil Appellantinne eben damahls auf den Boden gehen wollen, sie zu A. gesaget, daß er herauf kommen solle, welcher auch bis zur obersten Stufe gekommen, der Appellat aber, da sie etwa eine viertel Stunde mit einander gesprochen, die Treppen-Thür zugemachet, und sie beyde also wol bis 10. Uhr verschlossen geblieben, ehe der Appellat die Thür wieder geöffnet, worüber dann ein grosser Tumult laut vol. 1. fol. 66. befindlicher Zeugen Aussage entstanden, gleichwol nicht erweislich sey, daß sie etwas ungebührliches vorgenommen, übrigens 9) Appellat die Appellantinne sehr hart gehalten, sie vielfältig geschlagen, und aus blossen Haß die itzige Klage gegen sie angefangen, aus allen angeführten Umständen aber kein adulterium beygebracht werden könne, und ob er wol 10) das am 18. Octob. 1728. von ihr gebohrne Kind vor das seinige nicht agnosciren wollen, und dahin der in der sententia a qua deferirte Eyd abziele, daß er nemlich der Appellantinnen von 19. Febr. 1727. an bis zur Zeit der Geburt nicht ehelich beygewohnet, dennoch weder semiplena probatio in actis anzutreffen, worauf das suppletorium erkant werden mögen, noch solche contra matrimonium ad dissoluendum matrimonium statt finden könne,

c. 34. X. de iurej. c. f. X. de transact.

8 zumal es sonsten in des Klägers Gewalt stehen würde, sich von seiner Frauen durch einen Eyd loszuschwören, so dieses vinculum indissolubile nicht zulässet

HEIG. *P. 2. qu. 16. n. 26.*

GAIL *1. obs. 92. n. 2.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch bey der ratione dub. 1. zu erwegen, daß zwar in thesi solche wahr und alsdann applicabel sey, si causa criminalis 9 eiusque decisio ciuilem extinguat et tollat

ZANGER *P. II. c. 10. n. 11.*

welches sich doch in causa adulterii, quando ad diuortium ciuiliter agitur, nicht allemal befindet, cum facilius ad diuortium iudex ecclesiasticus procedere possit, quam iudex criminalis ad pœnam ordinariam, quæ supponit, adulterium per immissionem seminis esse consummatum, quod ad effectum diuortii nequidem opus est, ad quem præ- 10 sumti adulterii probatio sufficit

BÖHMER *tom. I. iur. eccl. tit. de iurei. §. 67.*

welches absonderlich allhier zu consideriren, da die diuortien-Klage nicht im ersten Anfange mehr anzutreffen, sondern auf den Beweiß erkant, derselbe geführet, darüber in prima instantia weitläuftig verfahren, und ad definitiuam geschlossen, mithin diese Sache nunmehr nicht mehr in dem Stande ist, daß deren decisio bis zur Endschafft der Inquisitions-Sache hinaus zu setzen, sondern billig über den geführten Beweis definitiue zu erkennen gewesen, mithin auf die rat. dub. secundam um desto weniger zu regardiren, als die Appellantinne alles, was sie zu ihrer exculpation ausfündig machen können, bereits angeführet, allenfalls sie sich beyzumessen hat, daß sie keinen tüchtigen Gegenbeweiß geführet, und den grossen Verdacht eines commissi adulterii besser elidiret, bey solcher Beschaffenheit daher das vol. 2. fol. 25. 1. befindliche Urthel zu reformiren gewesen, und nunmehro über der Appellantinnen grauamina appellationis, ob solche dergestalt erheblich, daß man a sententia a qua abzugehen nöthig finde, zu erkennen seyn wird, darzu wir aber keinen zureichenden Grund in actis angetroffen, angesehen die rat. dub. tertia wiederum in thesi ihre Richtigkeit hat, aber es auch in applicatione an 11 dergleichen violentis suspicionibus adulterium inducentibus, nicht ermangelt, angesehen davon die argumenta in actis vielfältig anzutreffen, und eines Theils aus dem fol. 95. vol. 1. befindlichen eydlichen attestato ihr liederliches Gemüth wahrzunehmen, andern Theils sie zwar mit ihrem Mann sich übel vertragen, gleichwol ihr eigener vol. 2. fol. 49. producirter Zeuge ausgesaget, daß nach den Vergleich von 19. Sept. 1727. der Zeuge den Appellaten wegen der Appellantinnen Verhalten befraget,

get, er sich jederzeit beschweret, daß sie ihm auch noch nicht ehelich beywohnen und admittiren wolle, sie also durch ihren Widersinn und abgewandtes Gemüth zu dieser Uneinigkeit grosse Gelegenheit gegeben, da sie ihm nicht, wie sich gebühret, beygewohnet, und seine Beschwerde daraus entsprungen; im Gegentheil desto verdächtiger mit andern gelebet, davon die bey denen Acten befindliche und in ihrer Verwahrniß gefundene Liebes Briefe ein gutes specimen ablegen und überhaupt sie sehr verdächtig machen, daß sie zu denen ihr beygemessenen adulteriis aufgelegen gewesen, und das von ihr gebohrne Kind wohl nicht vom Manne, sondern ex adulterio gezeuget sey, allermassen die rat. dub. quarta das præsumtum adulterium, so sie mit H. getrieben zu haben sehr verdächtig ist, nicht elidiret, angesehen der Zeuge A. vol. 1. fol. 60. sehr specifice aussaget, daß der Kerl sowol als sie an dem verdächtigen Ort, da er sie von einander gesaget, dergestalt auf einander verpicht gewesen, daß es wol eine halbe Stunde gedauret, und ob er gleich den würcklichen Ehebruch nicht wahrgenommen, er sie dennoch im Finstern zweymal auf verdächtige Art, und also solum cum sola, in loco suspecto, inter suspectissimos amplexus ad dimidium horæ continuatos angetroffen, welches zu elidiren, zwar Appellantinne vol. 2. fol. 217. durch den Zeugen I. H. ausfündig machen wollen, daß zu der Zeit, da dieses mit seinem Bruder passiret seyn solle, dieser nicht in K. mehr gewesen, als welcher im Früh-Jahr 1727. noch vor Ostern wieder nacher W. sich begeben, und also im Herbst anno 1727. nicht mehr in K. sich befunden, dennoch der gedachte Zeuge A. fol. 59. b. et 60. b. vol. 1. expresse meldet, daß dieses in anno 1726. passiret, in welchem Jahr eben der gemeldete H. laut vol. 2. fol. 218. b. von W. gekommen, mithin dessen Anwesenheit dadurch nicht eliciret, sondern bestätiget worden; ferner sie nicht leugnen können, daß sie dem gedachten Zeugen A. 10. Thlr. gegeben, und ob sie wol solches blos um der gegen ihn ausgestossenen Schimpf-Worte, und ihn dadurch zu besänfftigen gethan haben will, dennoch der gedachte Zeuge fol. 62. b. vol. 1. eydlich ausgesaget, daß die Appellantinne ihm anfänglich 10. Thlr. Geld gegeben, um dasjenige, was er gesehen, nicht nachzusagen, darnach aber durch ihren Schwester-Mann noch 10. Thlr. zustecken lassen, damit er die Schimpf Worte nicht angeben möchte, welche Aussage er nochmahls aufs theureste bekräfftiget, ferner was nach der rat. dub. quinta die Liebes Briefe, so in ihrer Verwahrung angetroffen, betrifft, solche nicht allein mit C. A. Namen unter andern bezeichnet, und also daraus abzunehmen, daß solche von ihm herkommen, und er dabey interessiret seyn müsse, sondern auch der gedachte A. vol. 2. fol. 210. b. sqq. ihr in das Gesichte gesaget, daß sie zwey Liebes-Briefe an ihn geschrieben und den Anfang dazu gemachet, er auch zweymal geantwortet, welches nach der fol. 212. befindlichen Aussage eben die beyden bey denen actis befindliche Briefe gewesen, und ob zwar Appellantinne vorwendet, daß er solche an sie nicht geschrieben, sondern er sie aus denen gedruckten Briefen abgeschrieben, und sie ihm solche aus denen Händen gerissen, dennoch das Gegentheil aus dem mit ihm gepflogenen verdächtigen Umgang, und A. beständigen confession erhellet, dabey dieser nicht variiret, sondern solches auf andere Umstände abgezielet, dabey er die angeführte Ursache von dem Prediger W. angegeben, hierüber es allein auf seine gethane Aussage hiebey nicht ankommt, sondern diesem hinzu tritt, daß sie vol. 2. fol. 210. nicht leugnen können, daß sie ihm Kuchen geschicket, und nach der in rat. dub. sexta angeführten Aussage der V. sehr verdächtig mit ihm gelebet, ins besondere laut vol. 1. fol. 64. ihn in seinem Hause des Abends besuchet, und sich bey ihm daselbst eine Zeitlang allein aufgehalten, an A. Liebes-Lieder gegeben, denselben zu unterschiedenenmalen auf dem Boden und in der Cammer bey sich gehabt, dieserwegen wenn gleich die Zeugen nach der rat. septima den würcklichen Ehebruch nicht wahrgenommen, dennoch es darauf in causa diuortii nicht hauptsächlich ankommt, vielmehr dasjenige, was in rat. dub. octaua gemeldet, hier vornemlich zu regardiren, da A. anno 1728. am Pfingst-Abend im Finstern bey der Appellantinne, auf dem Boden sich befunden, welches beyde vol. 2. fol. 208. sqq. nicht leugnen können, und gestehen, daß sie bereits eine halbe oder viertel Stunde mit ein ander auf dem Boden gesprochen, ehe Appellat die Treppen-Thür zugeschlossen, das Licht auch ehender ausgegangen, ehe die Thür verschlossen worden, wie A. ihr vol. 2. fol. 209. in die Augen gesaget, welches ein solcher verdächtiger Umstand ist, daß, wenn die übrigen Umstände damit connectiret werden, solche das præsumtum adulterium destomehr erhärten, und der V. Aussage bestätigen, welcher zwar die Appellantinne viele exceptiones opponiret, dennoch solche um desto weniger zu regardiren sind, da ihre Aussage selbsten gar wohl mit der Appellantinnen übeln und höchst verdächtigen Conduite harmoniret, und auch testes singulares, qui de diuersis factis ad idem tamen tendentibus deponunt, eine grosse vim probandi haben, übrigens quoad rat. dub. 9nam sie durch ihre Aufführung den Appellaten dahin gebracht, daß er nach ihrem Verhör sie so hart tractiret, gleichwol daraus die Ursache der Klage nicht herzunehmen, als welche aus den bishero erwiesenen Umständen geflossen, und nunmehro um desto gegründeter ist, da die Appellantinne sich so schändlich aufgeführet, liederliche Liebes-Lieder und Briefe geschrieben, und in verdächtigen Orten auf verdächtige Weise sich finden lassen, dergestalt, daß auf ihrer Seite diejenige πάρεσις seu turpitudo

Ad L. V. t. I.

12

13

Ad L. V. T. I.

turpitudo (quæ ad solum adulterium consummatum restringi nequit) vorhanden, welche Christus Matth. V, 32. als eine iustam diuortii causam angeführet

14

L. B. a COCCEII *in iure controu. tit. de diuort. qu. 5. p. 161. sq.*

und wenn quoad rat. vlt. das zuerkante iuramentum hinzu komt, alsdann aller Zweiffel benommen wird, zumal obgleich die delatio iuramenti negatiua in matrimonialibus nicht statt findet

15 IDEM *cit. l. ad tit. de iurei. qu. 20.*

dennoch dieses auf das zuerkante iuramentum legale a iudice, non a parte delatum nicht zu appliciren, beverab, da der zuerkante Eyd mehr ein purgatorium als suppletorium ist, indem Appellat nicht in Abrede gewesen, daß er sich den 19. Febr. 1727. mit ihr versöhnet, und also præsumirlich ist, daß er ihr ehelich beygewohnet, nicht weniger die einige Zeugin vol. 2. fol. 52. deponiret, daß Appellate dergleichen Reden in Ian. 1728. da Appellantinne kranck worden, von sich hören lassen, woraus man muthmassen möchte, daß er sie selber von sich schwanger gehalten, dieserwegen weil die præsumtio in diesem Fall gegen ihn militiret, er solche per iuramentum elidiren muß, cum hoc modo se purget a suspicione mendacii, ne falso quid asseruisse aut contra ream asseruisse videatur

CARPZ. *in iurispr. consist. lib. III. def.* 16
46. n. 14.

dergestalt, daß, wenn der Appellat den Eyd abschwören wird, alsdann keine fernere ratio dubitandi übrig bleibet.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXIII.

DECISIO CXXXV.

THEMA.

De violato territorio agi nequit, quam diu non constat, penes quem possessio fuerit.

Vid. T. IV. Dec. DCCCXLV. Them. 1.

DECISIO CXXXVI.

THEMA.

Quæuis caussa probabilis ad compensationem expensarum sufficit.

SVMMARIA.

Victus expensas soluit n. 1.

Contra tres conformes leuteratio locum non habet n. 2.

Expensæ a temerariis litigatoribus exiguntur n. 3.

Ab expensis liberat responsum iuris vel sententia n. 4. 5.

Auf eingewandte Leuterung und querelam nullitatis nebst erfolgten Sätzen in Sachen des Klägern P. S. Leuteranten und respective Querelaten an einem, und des Interuenienten I. F. K. Querularten und respective Leuteraten am andern Theil, erkennen Burgemeister und Rath der Kayserlichen freyen Reichs-Stadt Nordhausen auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der von Klägern und Interuenten interponirten Leuterung ohngeachtet bey dem am 3ten Sept. 1732. eröffneten und fol. 175. vol. 3. befindlichen Urthel billig verbleibet; da hingegen derselbe alles Einwendens ohngehindert auf die

die von Interuenienten bereits prosequirte querelam nullitatis nach anderweit vorgehenden Ladung sich einzulassen schuldig, in dessen Verbleibung nicht unbillig darauf erkant wird. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger und Interuent durch die letztere Urthel daher grauiret zu seyn vermeinet, daß auf die compensationem derer Proceß-Unkosten erkant worden, da doch derselbe 1) tres conformes sententias in der Haupt-Sache vor sich hat, und nicht allein durch das 1 vol. 1. fol. 214. befindliche Schöppen-Urthel zu Abtretung des verpfändeten Hauses erkant, sondern auch solches sowol in Wittenberg vol. 3. fol. 117. als auch zu Erfurt fol. 175. bekräftiget worden, diesemnach nicht abzusehen, warum der Interuenient von Abtragung derer Proceß-Kosten absoluiret werden können, expensæ enim sunt velut accessorium causæ principalis, vt, qui in hac succumbit, ad illas soluendas quoque obligatus sit

LVDOVICI *proc. ciuil. c. 41. §. 2.*

und ob zwar das Helmstädtische Urthel vor dem Interuenienten und Beklagten ausgefallen, 2 dennoch hierauf um desto weniger zu reflectiren, oder des Beklagten Sache daher pro probabili zu halten, da eines Theils darinnen ein error in nomine, so durch die zu Wittenberg fol. 117. vol. 3. gefällete Sentenz geändert, begangen worden, mithin derselben die effectus sententiæ ordinarii allem Ansehen nach nicht beyzulegen, andern Theils daraus kein iudicatum erwachsen, sondern selbe a viribus rei iudicatæ suspendiret worden, diesemnach, daß Beklagter probabilem causam gehabt, und desfalls die Unkosten billig compensiret worden, nicht gesaget werden möchte, so viel aber die von Gegentheil eingewante Leuterung und euentuale querelam nullitatis betrifft, Kläger nicht schuldig zu seyn scheinet, obgleich solche vom Beklagten bereits prosequiret, sich darauf einzulassen, dieweilen er gleichwol bereits drey conforme Urthel vor sich hat, dawider eine anderweitige Leuterung oder ander remedium suspensiuum nicht zuläßig, absonderlich, da die angeführten grauamina dem äusserlichen Ansehen nach bereits durch die vorigen Urthel abgelehnet, und blos wiederholet, mithin ohnedem an und vor sich nicht als hinlänglich angesehen werden können, die bereits gefällete sententias umzustossen, in welcher Absicht dieses remedium suspensiuum schlechterdings zu verwerfen seyn möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die condemnatio in 3 expensas ein blosses Mittel ist, dessen man sich gegen die litigatores temerarios bedienet

Bæhm. Conf. T III. P. II.

§. 1. I. de pœn. temer. litigant. *Ad L. V. T. I.*

solches also billig, wo dergleichen gegen eine Parthey nicht zu vermuthen, keinesweges statt finden kan, vielmehr wann auch nur probabilis caussa litigandi vorhanden gewesen, auf die compensationem expensarum erkant werden muß

LVDOVICI *cit. l*

CARPZ. *P. I. c. 31. def. 26.*

dergleichen allerdinges nach der gemeinen Meinung derer Rechts-Gelehrten zu præsumiren, si pro vno litigantium, pendente processu, 4 sententia lata

BRVNN. *de proc. c. 27. n. 78.*

wie solches in dem gegenwärtigen Fall laut fol. 75. vol. 3. sich befindet, mithin die ICti Erfurthenses fol. 175. mit grösten Fug auf die compensationem expensarum erkant, einfolglich die dawider eingewandte grauamina von keiner Erheblichkeit seyn können, allermassen ad primum die Helmstädtische Urthel, so vor den Beklagten ausgefallen, vor dem so wol in Wittenberg als Erfurt gefälleten Urthel publiciret worden, und Beklagter daraus alsofort præsumtionem einer nicht ungegründeten Sache vor sich bekommen, ohngeachtet hernach zu zweyenmahlen wider ihn erkant worden, ad secundum der begangene error in nomine ein geringes Versehen ist, so den, aus der in der Haupt-Sache durch besagte Urthel entstandenen præsumtione calumniæ exclusiua, erfolgten effectum nicht hindern kan, auch dazu, wie Kläger vermeinen wollen, nicht vonnöthen gewesen, daß solche Urthel rechtskräfftig werden sollen, quum vel solum responsum iuris in gratiam alicuius consectum, quod in rem iudicatam transire ne- 5 quit, operetur, vt expensæ litis compensandæ sint

RIVIN. *Enunc. tit. 36. n. 11.*

solcher gestalt, was diesen Punct betrifft, es wohl bey der letztern Urthel schlechterdings verbleiben muß, was aber das von dem Beklagten eingewandte remedium anlanget, die acta des mehrern besagen, daß zwar fol. 198. b. die eingewandte leuteratio verworfen, zur prosecution aber der querelæ nullitatis ein terminus anberahmet worden, solchergestalt also des Klägers grauamen von sich selbsten hinweg fället, warum er in termino sich darauf einzulassen Bedencken getragen, wozu er doch, da es keine leuteratio leuterationis, sondern ein ander remedium ist, nunmehro ohne Anstand gehalten, wohlerwogen ohnedem die angeführte grauamina so schlechterdings vor unerheblich nicht zu achten, nach erfolgter Einlassung sich finden wird, wie weit solche Beklagter abzulehnen vermögend.

So hat, wie geschehen, erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.

MENSE IVLIO MDCCXXXIII.

Ad L. V. T. I.

DECISIO CXXXVII.

THEMA.

Iura pauperum temere non ſunt concedenda.

Vid. Tit. IV. Dec. CCCLXX. Th. 2.

DECISIO CXXXVIII.

THEMA.

Iura pauperum non excuſant ab expenſis retardati proceſſus.

Vid. T. IV. Dec. XXXII. Them. 2.

DECISIO CXXXIX.

THEMA.

Arbitrarie coercetur, qui expenſas ſoluere nequit.

Vid. T. IV. cit. l. Them. 3.

RESPONSVM CXL.

THEMA.

Ius detractus ex legibus domicilii defuncti æſtimandum.

Vid. Tit. IV. Reſp. DCXXXVII. Them. 2.

RESPONSVM CXLI.

THEMATA.

I. De iure detractus hereditatum, eius quantitate et obiecto.

II. An pro fundando exercitio iuris detractus heres extraneus ad res vendendas cogi poſſit!

SVMMARIA.

SVMMARIA.

Ad L. V. T. I.

Ius detractionis moribus germaniæ congruit n. 1.
Ad regalia non pertinet n. 2.
Registra senatus in antiquis vim probandi habent n. 3.
Ius detractus duplex est n. 4.
Et in consuetudine fundatur n. 5.
Consequenter admodum variat n. 6.
Ius detractus emigrantium in germania vbique seruatur n. 7.
Ab hoc ad detractum hereditatis non valet consequentia n. 8.
Consuetudo specifice probanda ibid.
Annotationes priuatæ nequidem fiscales probant n. 9.
Annotatio magistratus pro augendis reditibus est suspecta n. 10.
Consuetudo contradicto iudicio firmata esse debet n. 11.
Annotatio indeterminata parum probat n. 12.
Consuetudo actibus voluntariis non constituitur n. 13.
Consuetudini actus difformes obstant n. 14.
Ius detractus contra liberos parentibus succedentes allegari potest n. 15.
Domicilium mariti sequitur vxor n. 16.
Ratione bonorum, quæ quis extra domicilium habet, ibidem vt forensis consideratur n. 17.
Liberi, quamdiu non emigrant, detractum hereditatis non soluunt n. 18.
Detractus emigrantium non aliter obtinet, quam si bona immobilia alienantur n. 19. 22.
Ius detractus non a sola domicilii mutatione dependet, nisi simul bona alienata n. 20.
Ius incolatus a iure ciuitatensi differt n. 21.
Ius detractus cur ad regalia non pertineat? n. 23.
Pro conseruando iure ciuitatis sæpe quotannis census soluitur n. 24. 29.
Annotatio magistratus contra eum probat n. 25.
Resignationem iuris ciuitatensis vtrum magistratus a forensibus exigere queat? n. 26.
Magistratus possessores immobilium alibi domicilium constituentes ad uendenda bona cogere nequit n. 27.
Emigratio tantum propter delictum vel religionem mutatam inuito imponitur n. 28.
Ius detractus fundatur in compensatione gratiæ pro parando abitu n. 30.
Quantitas detractionis variat n. 31.
Ius detractus cum æquitate pugnat n. 32.
In electoratu Hannouerano abolitum n. 33.
Ius detractus ex legibus imperii moderatum esse oportet n. 34.
Alicubi tantum iure retorsionis obtinet n. 35.
Modo ad tertiam, modo ad decimam, partem bonorum reducitur n. 36.
Ius detractus ad sola bona sub magistratu sita, non alia extendendum n. 37.
Ad alibi sita sine violatione territoriali extendi nequit n. 38.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen und sieben Fragen ꝛc.

Hat Titius ein wohl angesehener und ermittelter Kaufmann und Mitglied des Raths in Peine, Stiffts-Hildesheim, seine einzige Tochter und Erbin an Cajum, einen Königlich-Dänischen Iustiz- und Regierungs-Rath zu Oldenburg verheyrathet, und ist er darauf, als er ein Jahr nach sothaner Verheyrathung nach Oldenburg, um seine Tochter und Schwieger-Sohn zu besuchen gereiset, daselbst gestorben, worauf dann Caius und seine Ehe-Liebste sofort nacher Peine gereiset, den Nachlaß ihres Vaters und Schwieger-Vaters in Besitz zu nehmen. Hat aber der Stadt-Magistratus daselbst ihnen allerhand Irrung und Processe erreget, inzwischen aber Caius nach Ablauf einiger Zeit seiner Amts-Verrichtungen halber wieder nach Oldenburg reisen müssen, iedoch seines Schwiegervaters Handelung nicht aufgeben können, und deswegen einen jungen angehenden Kaufmann in dessen nachgelassenes Hauß und Handelung gesetzet, und ihm solche dergestalt übertragen, daß er für das zur Handelung und Wohnung bishero von Titio gebrauchte Hauß eine jährliche Miethe geben, in der Handelung selbsten auf gewisse Jahr Handelungs-Compagnon seyn und vor das von Caio in der Handelung gelassene und zu einem gewissen Gelde angeschlagene Waaren-Lager eine jährliche Handelungs-Abgabe an Caium zahlen solte, dergestalt also die in Peine und unter Peinischer iurisdiction belegene Immobilia, Capitalia und Waaren-Lager in Peina unverrückt gelassen sind, davon die jährliche auf alle Peinische Bürger und Einwohner hafftende Nahrung und Vermögens-Steuer unter dem Nahmen eines jährlichen Schosses, gleich als wenn Titius noch gelebet und selbsten die Handelung fortgesetzet hätte, bezahlet worden, zumal das Bürger-Recht in Peine erblich, iedoch um solches zu conseruiren, jährlich dessfalls 2. Groschen 6. Pfennige Schoß an den Rath gezahlet werden müssen, Titius auch, so lange er gelebet, und seine Tochter schon verheyrathet gewesen, sothanen Schoß vor seiner Tochter Bürgerschafft bezahlet, nicht weniger dieselbe selbsten, als Caii itzige Ehe-Frau, nach ihres Vaters Tode den Bürger-Schoß, ausser dem, was von den andern Mitteln gegeben worden, entrichtet, und der Magistrat solchen angenommen. Hat diesem ohngeachtet der Peinische

Ad L. V. T. I.

nische magistrat Cajum und dessen Ehefrau über den Abschoß des Titii Verlassenschäft losgesprochen und begehret, daß nach dasigem Stadtgebrauch der dritte Pfennig gelassen werden müsse, dargegen sich Caji Anwald gesetzet, dieserwegen a magistratu belanget, und deswegen von demselben die jährliche revenüen mit arrest zwar beleget, aber von der Churfürstlichen Regierung zu Hildesheim per mandatum relaxiret, solches auch a camera confirmiret worden. Ist darauf der proceß geraume Zeit liegen geblieben, iedoch vor kurtzen reassumiret, und bis hieher darüber verfahren, daher nunmehro gefraget werden:

Quæstio I. II.

Ob überhaupt die Cämmerey zu Peine die Abzugs-Gelder zu fordern berechtiget, und

Ihr prætendirtes ius detractus durch den beygefügten Cämmerey-extract hinlänglich erwiesen?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol dabey eingewandt werden möchte, daß 1) die Abzugs-Gelder in denen Teutschen Gewohnheiten und Rechten überhaupt gegründet, in würcklichen Gebrauch und selbsten denen Reichs-Gesetzen gemäß sey,

1

R. I. de a. 1555. §. 24. et de a. 1594. §. 32.

KNIPSCHILD *de iure ciuit. imper. lib. II. c. 20. n. 2. seqq. et n. 11.*

dergestalt, daß 2) solches nicht einsten ad regalia gehöret, sondern eines ieden Orts Obrigkeit zustehet,

2

LYNCKER *decis. 599.*

KNIPSCHILD *cit. l. n. 21.*

wie es eines ieden Orts von Alters her üblichen hergebracht und gehalten worden ist, vt dicitur

in R. I. de a. 1555. cit.

dabey dann 3) in hypothesi durch die Beylage sub lit. A aus denen Cämmerey-Registern der Stadt Peine und denen darin angeführten actibus erhellet, daß seit a. 1608. viele actus, worin das ius detrahendi exerciret, und der dritte Pfennig abgefordert worden, vorgefallen seyn, dergleichen extracten aus denen Cämmerey-Registern vim probandi plenam viele ICti beylegen, vt etiam contra tertium probent, præsertim si antiqui fuerint,

3

c. 13. X. de probat.

c. 13. X. de præscript.

NICOL. DE PASSERIBVS *de priu. script. lib. V. qu. 2. n. 14.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch das ius detractionis duplex ist, zumahl dazu gehöret 1) emigrantium census, wenn einer das Bürger-Recht aufkündiget, und von dem Ort mit transferirung seiner Güther wegziehet: 4

RHETIVS *de farcina emigrant. c. 1. th. 4.*

2) census hereditatum legatorumque, wenn ein Fremder Erbschaft aus dem Lande führet,

KNIPSCHILD *lib. 1. n. 21.*

beyderley Art detractionum aber sich auf statuta ciuitatum oder consuetudines locales gründen, anerwogen die letztere hierin bekanter massen sehr variiren, 5 6

RHET. *cit. l. c. 2. th. 3.*

und von einer specie auf die andere kein bündiger Schluß zu machen, daß, wenn bishero nur bloß von denen emigrantibus der Abschuß bezahlet worden, als welcher in Teutschland am aller üblichsten ist, 7

per I. P. art. V. §. 37.

nicht so fort der Abschuß von Erbschaften gefordert werden könne, cum consuetudo euidenter et specifice probanda sit,

RHET. *cit. l. c. II. th. 6.*

welches auch magistratus Peinensis selbsten dadurch agnosciret, daß er sich bloß auf die alte obseruanz und Gewohnheit beruffen und solche mit der Beylage A behaupten wollen, certo indicio, daß kein statutum deswegen vorhanden, solcher Beweiß aber alhier desto wichtiger seyn müsse, weil ein ungewöhnlicher und enormer Abschuß, nemlich der dritte Pfennig gefordert wird, worzu der extractus sub A aus denen Cämmerey-Registern nicht zureichend seyn könne, cum nequidem annotationes priuatæ fiscales vim probandi habeant, 8 9

l. 7. C. de prob.

und dahero die Erb-Register, Steuer- und Gerichts-Bücher contra tertium nichts erweisen, und ob zwar die Cämmerey-Bedienten dergleichen annotation nicht in propria, sondern officii publici causa thun, iedoch eben dasselbe auch von denen Fiscal-Bedienten zu sagen, daneben auch bekant ist, wie jene von dem magistratu loci lediglich dependiren, dieser aber pro augendis ærarii reditibus sehr portiret und also dahin leicht zu bringen sey, dergleichen annotationes auf ein gewisses quantum thun zu lassen. 10

CARPZ. *lib. 1. resp. 61.*

IDEM *P. I. c. 16. def. 25.*

BERLICH *decis. 282. sq.*

und wenn auch dergleichen annotationes der Cämmerey-Bedienten ex antiquitate einige vim probandi haben solten, dennoch dadurch kein völliger Beweiß euinciret werden kan, und

und deswegen die leges gantz behutsam darauf
11 zu sehen befohlen, ob dergleichen Gewohnheit
in contradictorio in Gerichten behauptet wor-
den,

l. 34. D. de LL. SCt. et long. consuet.

welchen aber vornemlich hinzutritt, daß der in
der Beylage sub A. aufgeführte und annotirte
actus gantz unbestimmet, und unerwiesen ist, ob
und welchergestalt bey denen aufgezeichneten
12 actibus der Abschuß geschehen? Ob nach dem
Werth der Güther und Capitalien der anno-
tirte Werth angesetzet? oder solcher, wie ver-
muthlich per transactionem mit denen inter-
essenten bestimmet, und quid pro quo nach
dem Lauf der Zeiten angenommen, und solches
unter dem Titel des dritten Pfennigs in die Cäm-
merey-Register eingetragen sey? Dergleichen
13 actus voluntarii et per transactionem ac
amicabilem compositionem suscepti ad in-
ducendam consuetudinem nicht zureichend
seyn,

BOEHMER *introd. ad D. tit. de LL. §. 10. n. 5.*

quia ex placito mero et conuentione par-
tium dependent; quin potius hi demum huc
pertinent, qui ex quadam persuasione ne-
cessitatis suscepti sunt;

DE LYNCKER *in anal. ad Dessel. erot. iur. can. qu. III. n. 3.*

zu welchem Ende die Titianische Tochter und
der Ehemann angeführet, wir auch voraus se-
tzen, daß solches erweißlich sey, daß eines Theils
viele Erbschaften von Peine weg in andere Län-
de transportiret worden, wovon wenig oder
nichts gegeben worden, und also die consuetu-
do nicht beständig, sondern interrupta gewe-
14 sen: vor kurtzen Jahren auch einer, Nomens
Windhorn, eine in vielen 1000 Thlr. bestehen-
de Erbschaft von Peine nach Saltzwedel ins
Brandenburgische gezogen, derselbe sich ge-
gen das Abzugs-Recht gesetzet, endlich mit dem
magistrat auf einige wenige 100 Thlr. pro re-
dimenda vexa transigiret, nicht aber aus
Schuldigkeit gezahlet, dieserwegen, wenn sol-
ches erweißlich, dem magistratui die exceptio
actuum difformium et voluntariorum, vt et
non specialiter determinatorum entgegen ste-
het, und daraus abzunehmen, wie wenig die-
ser annotationi derer vorgefallenen actuum zu
trauen sey, dabey billig die quantitas hereditatis deducto ære alieno gesetzet werden sol-
len, daß darnach die ausgeworffene tertia er-
kant werden mögen, wie man in dem ange-
brachten actu vltimo de an. 1742. bereits in
etwas gethan, ob wol dabey das eigentliche
quantum hereditatis dennoch nicht angezeiget,
und also ungewiß bleibet, ob nicht ebenfals die
annotirte 25 Thlr. per viam transactionis er-
leget worden, wodurch denn die rationes du-
bitandi ihre Abfindung bekommen.

So erhellet hieraus so viel, daß das Abzugs-Recht noch zur Zeit in beyden Fällen nicht gegründet noch zureichend aus denen unbestimmet angesetzten actibus erwiesen sey. *Ad L. V. T. I.*

Quæstio III. et IV.

So viel die dritte und vierte Frage betrifft:

Ob der Abschuß und Nachsteur in linea recta statt finde, und wenn allenfals solcher statt finden solte, der magistratus Pinensis vor Veräusserung der immobilien, Loskündigung der capitalien und reiter Wegbringung der beerbten Mitteln vom Cajo Abzugs-Gelder zu fordern berechtiget, oder ob derselbe nicht vielmehr bis dahin zu warten schuldig sey?

Rationes dubitandi.

Ob wol bey denen Kindern, die ihren Eltern
succediren, keine gegründete exception vor-
handen seyn möchte, wie denn solches der Ge-
brauch vieler Arten bestätiget, und klar be-
zeuget, 15

KNIPSCHILD *de ciuit. imper. lib. II. c. 20. n. 36.*

so dann der magistrat zu Peine vermeinet, daß
dergleichen Abzug in Ansehen der Kinder, auch
daselbst üblich sey, davon unterschiedliche exem-
pla in der Beylage sub lit. A n. 2. 4. 8. anzu-
treffen sind, worauf vornemlich zu sehen, quia
etiam liberis consuetudo vel statutum hoc
onus imponere potest,

CLASEN *de iure detract. §. 42.*

überdem keine ratio diuersitatis unter Kindern
und anderen Erben anzutreffen, wenn jene die
Erbschaft ausser Landes bringen wollen, weil
in solchem Fall die Eltern selbsten, wenn sie aus
dem Lande gezogen wären, die Nachsteur wür-
den entrichtet haben müssen: welches um de-
sto mehr Rechtens seyn möchte, als Caius mit
seiner Ehelichsten, quippe quæ forum mariti 16
sequitur,

l. 37. §. 2. ad municip. l. 65. de iudic.

ihr forum würcklich verändert, und solches in
Oldenburg constituiret, alwo er in Königli-
chen Diensten stehet und daselbst wohnhaft ist,
woraus die mutatio domicilii ordentlich ge-
schlossen wird; allermassen sie dahin auch vie-
le mobilia transferiret, dieserwegen sie nun-
mehro als forenses zu considériren sind, ohn-
geachtet sie noch die Handlung und immobilia
zu Peine besitzen, cum etiam ratione bono-
rum, quæ quis extra forum domicilii habet, 17
ibidem vt forensis habeatur.

Ad L V. T. I.

LYNCKER *decis. 495. et 962.*

Endlich die Beybehaltung der geerbten Handelung und unbeweglichen Güther mehr pro apparente als vera zu halten seyn möchte, da sie die Handelung einem andern übergeben, solchen zum socio gemachet, und die Besitzung der Güther in Peine bloß ad eludendum ius detractionis auf ihren Namen zu besitzen scheine.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ein grosser Unterschied zwischen dem Abschuß ratione hereditatis und deren Abzug-Geldern oder censum emigratio-
18 nis zu machen, indem Kinder und Eltern von jenem zwar befreyet sind, und davon nichts zahlen dürffen, so lange sie die Erbschafts-Güther in Besitz in loco behalten; da hergegen wenn solche ausser Landes gebracht und veräussert werden, alsdann nur davon den Abzug geben müssen, welchen Unterschied selbsten die ICti Marpurgenses in ihrem responso ad qu. 2. angemercket haben, auch derselbe in Teutschland überall bekant ist, wie unsere Facultät in simili plane casu respondiret hat

apud BOEHMER. *tom. I. P. II. resp. 32. n. 16.*

und also in der That alhier nicht von dem Abschuß der Erb-Güther, welcher nur fremde Erben angehet, und wie eine decimatio hereditatum und deswegen pro maxime odiosa zu halten ist, sondern von Abzugs Geldern oder iure proprie dicto detractionis die Frage ist, welches nicht ehender exerciret werden kan, als wenn die Güther von denen possessoribus veräussert, und das Vermögen also ausser der
19 Gerichtbarkeit des magistratus loci gebracht werden soll.

BERLICH *P. III. concl. 30. n. 89.*

BOEHMER *cit. l. n. 16.*

Welches bey dem letzten autore die ICti Hallenses auch auf Handlungen extendiren; da hergegen, welche das Bürgerrecht in loco bonorum sitorum behalten und conseruiren, die Handelung nach wie vor continuiren und die Güther nicht veräussern, keinen Abzug zu geben schuldig sind, zumahl, obgleich das domicilium ad tempus geändert werden möchte,
20 dennoch das forum originis bey denen Kindern bleibet, so lange sie das Bürger-Recht würcklich continuiren, und die beerbten Güther ohnveräussert besitzen, nachdem es nicht bloß auf die mutationem domicilii ankommet, als welche geschehen kan, retento foro originis, absonderlich wenn das Bürger-Recht in diesem foro conseruiret, deswegen gewisse Abgaben jährlich gezahlet werden, und die Handlung und unbeweglichen Güther ohnveräussert bleiben, wie dann noch heute zu Tage das ius in-
21 colatus, quod per domicilium nouum tantum acquiritur, von dem Bürger-Recht, so jemand in einem andern Ort erblich haben und behalten kan, unterschieden ist, kein Bürger aber pro forensi et extraneo gehalten werden muß, licet ius incolatus et domicilii in alio loco etiam habeat, so lange er das angebohrne oder neu erworbene Bürger-Recht an einem Orte nicht verlohren oder aufgegeben, in welcher Absicht die alten ICti zu sagen pflegen, hinc demum gabellam soluendam esse, cum 22 subditus ciuitatem deserit et domicilium alibi transfert,

Wenn er das Bürger-Recht aufkündiget, und sich an andere Orte begiebet, vt ait

KNIPSCHILD *de ciuit. imper. lib. II. c. 20. n. 11.*

certo indicio, daß man vordem das Bürger-Recht vorher aufkündigen und vor die erlangte Freyheit zu emigriren der Stadt-Obrigkeit einen gewissen censum zahlen müssen, auch dahero gekommen sey, daß dieser census nicht ad regalia gehöret, sondern der Unterobrigkeit 23 eines jeden Ortes zustehet, ob wol mehrentheils, aus Mangel eines richtigen Begriffs, von diesem Abzugs-Rechte hiebey vielerley irrige Meinungen in denen Schriften derer Rechtsgelehrten anzutreffen sind, welche grosse confusiones verursachet. Und wie nun dieses seine gute Richtigkeit hat, also solches hier in praesenti casu um desto fester zu setzen, als selbsten in der Beylage sub A, welche vim probandi contra magistratum Peinensem hat, dieses bey Anführung einiger exempel anerkant ist, und nach dem viu der vorigen Zeiten ohn Zweiffel aufgezeichnet seyn mag, allermassen dann sub n. 4. de a. 1670. vom 28 Octob. dieses pro ratione decidendi bey der daselbsten angeführten Tochter, so bey den Hessen-Dam gewohnet, angezeiget ist.

> Weil dieselbe keine Bürgerin alhier, und wegen ihrer seligen Mutter wenig geerbet, und also nur 1 Thlr. 15 Gr. gegeben,

Ferner sub n. 5. de a. 1677.

> Weil ihre Bluts-Freunde die Bürgschaft nicht gehabt,

Wiederum bey dem exemplo sub n. 6. de a. 1684:

> Nachdem die Witwe und Erben keine Bürgschaft alhier haben,

und bey n. 7. de a. 1702.

> weil sie ihre Bürgerschaft verfreyet, h. e. welche sie zwar vordem gehabt, aber nachdem sie an einen fremden Ort sich verheyrathet, solche nicht conseruiret, wie sie wohl hätte, nach dem Gebrauch zu Peine und andern Orten, conseruiren können,

nach welchen auch das exempel de a. 1704. sub n. 8. von der daselbsten benannten Tochter, so ihrem Vater in Peine geerbet und an

an einen fremden Ort sich verheyrathet, zu erklären, in den Worten:

Und dasmahl die Bürgerschafft verfreyet.

Endlich in dem letzten exempel de a. 1742. ein fremder Erbe ab intestato aufgeführet wird, welcher die Erbschaft nach dem Bujadinger Lande mit sich genommen, woraus dann ex propria annotatione des klagenden magistratus, so weit solche vim probandi haben möchte, erhellet, daß Kinder und fremde Erben den Abzug daselbsten gezahlet, wenn sie keine Bürger zu Peine gewesen, und die Erbschaft von da an einen anderen Ort ziehen wollen. Und wie dieses nun ex propria hypothesi actorum allenfals gegen sie statt findet, also ist nicht abzusehen, wie solches auf Cajum und dessen Ehelieblste, deren Vater das Bürger-Recht in Peine gehabt, appliciret werden möge, da doch das Bürger-Recht in Peine erblich ist, auf die Kinder, wie an andern Orten, gehet, iedoch um solches zu conseruiren, jährlich disfals 2 Gr. und 6 Pf. Schoß an den Rath bezahlet werden müssen, auch nicht allein Titius, so lange derselbe gelebet, und seine Tochter schon zu Oldenburg verheyrathet gewesen, so thanen Schoß vor seiner Tochter Bürgerschaft bezahlet, sondern auch die Tochter, als des Caji itzige Ehefrau nach ihres Vaters Tode selbsten besagten Bürgerschafts-Schoß, ausserdem was von den andern Mitteln gegeben worden, entrichtet, der Stadt-magistrat solchen angenommen, die Titianische Tochter die Handelung und Güther daselbsten beybehalten, und also der gedachte magistrat sie vor eine Bürgerin, die die Bürgerschaft nicht verfreyet, nach wie vor gehalten und halten müssen, so, daß die in der Beylage sub A annotirte exempla selbsten gegen den Peinischen magistratum sind, und es unverantwortlich seyn würde, wenn man sagen wolte, daß solches alles nur apparenter und zum Schein geschehen sey, nachdem der magistrat solches alles nach wie vor selbsten agnosciret, ausserdem auch die ICti Marpurgenses so gar in dem Fall, wenn das Bürger-Recht Cajus und seine Ehefrau noch gewinnen solte, und die onera von denen Gütern richtig abtragen würde, bey der dritten und vierten Frage davor gehalten, daß sie zu Abtragung der Abzugs-Gelder nicht angehalten werden mögen, wie wol solches hier unnöthig, da des Caji Ehefrau solches conseruiret, nicht verlohren, noch dasselbe aufgekündiget, vielweniger die Güther veräussert, wodurch alle rationes dubitandi von selbsten erlediget werden.

So hat der Abschuß in linea recta, wenn das Bürger-Recht bey denen Kindern in saluo verblieben, nicht statt, und ist der Peinische Rath noch zur Zeit, und da Caji Ehefrau ihre Güther daselbst noch nicht veräussert, den Abzu zu fordern nicht befugt. *Ad L. V. I. I.*

Quæstio V.

Anlangend die fünfte Frage:

Ob nicht Cajo und seiner Ehelieblsten frey stehe, die in Peine geerbete Mittel, wenn sie andern Bürgern gleich den jährlichen Schoß und andere onera publica davon abtragen, so lange es ihnen gefällig, in Peina zu lassen?

Rationes dubitandi.

Ob wol dieser Zweiffel dabey erreget werden möchte, daß Cajus mit seiner Ehefrau anderswo ihr domicilium bereits constituiret, in Peine mit reeller Wohnung nicht mehr befindlich, sie dahero nunmehr pro forensibus zu achten, und ihnen wohl auferleget werden, daß sie daselbst ihre Güther tam habile Bürger verkaufen sollen, damit diese retentio bonorum ad eludendum ius detractus nicht mißbrauchet werde, zumahl, da denen Bürgern frey stehet, das Bürger-Recht aufzukündigen und aus dem Lande zu gehen, also auch vice versa dem magistratui ciuitatum frey bleiben muß, denen Bürgern, auch wider Willen das Bürgerrecht aufzukündigen und zu begehren, daß sie mit Verkauffung ihrer Güther aus dem Lande gehen sollen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch dieses offenbahr widerrechtlich und so beschaffen ist, daß dieser Zwang ad bona vendenda auf eine Landes-Räumung hinauslauffen würde, welche doch nur in pœnam propter præcedens delictum, oder aber propter mutationem religionis

per *art. V. I. P. §. 37.*

einem inuito auferleget werden kan, dergleichen casus hier nicht zu befinden, vielmehr pro conseruandis in loco bonis dieses wichtige momentum sich hier äussert, daß Caji Ehefrau noch ihr Bürger-Recht, so sie von ihrem Vater geerbet, habe, dieserwegen jährlich einen gewissen Schoß gezahlet, und also ihren originem seu forum naturale behalten, ob sie wohl per nuptias das domicilium præsens mag anders wo constituiret haben, wodurch doch das forum originarium nicht verlohren gegangen, so lange sie das Bürger-Recht nicht aufgekündiget. Endlich von der Freyheit, so denen Bürgern in Ansehung dieser Aufkündigung

Ad L. 9. T. 1. gung zukommt, auf die Freyheit der Stadt-Obrigkeit, ein gleiches zu thun, kein Schluß gemachet werden mag, da, wenn die Bürger das Bürger-Recht aufkündigen, sie solches schwer büssen, mit dem Abzugs-Gelde gleichsam erkauffen und deswegen den census emigrationis zahlen müssen, als welcher ohne Zweiffel in denen Städten daher seinen Ursprung genommen, daß die Bürger zu Erhaltung dieser Freyheit, von da weg zu ziehen, einen gewissen census zahlen müssen, welches in andern ähnlichen Fällen, da die geist- oder weltliche Obrigkeit iemanden eine Gnade oder Recht indulgiret, gleichfals üblich und erlaubet gewesen,

BOEHMER *tom. II. iur. eccl. lib. III. tit. 39. §. 128. seqq.*

welche ratio bey der Stadt-Obrigkeit völlig cessiret, und dahero auch die prætendirte Freyheit cessiren muß, als welche denen Bürgern zur höchsten Last gereichen würde.

So bleibet Cajo und seiner Ehelieben frey und unbenommen, die in Peine geerbete Mittel, wenn sie andern Bürgern gleich den jährlichen Schoß und andere onera publica davon abtragen, so lange es ihnen gefällig, in Peine zu lassen.

Quæstio VI.

Bey der sechsten Frage:

Ob nicht überhaupt die von dem Peinischen Magistrat geforderte Abschuß zum dritten Pfennig denen Reichs-Abschieden und der Billigkeit zuwider, verfolglich auch so thane Anforderung des Raths gantz unzuläßlich und ungegründet sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Möchte zwar angeführet werden, daß, wenn der Abzug an und vor sich selbst nicht unbillig, wie insgemein angenommen wird, wenigstens die præsumtionem æquitatis vor sich hat, die
31 quantitas selbst arbitraria sey, es möge tertia, quarta oder decima gefordert werden, wie denn der dritte Pfennig in Teutschland eben so vsuel, als der vierte, fünfte, zehnte und funfzehende Pfennig ist, und sich selbst ex diuturno vsu recommendiret,

STRYK *in vs. mod. ad tit. ad municip. §. 13.*

RHET. *de sarcin. emigr. c. IV. th. 4.*

THOMAS. *de iur. detract. §. 17.*

KNIPSCHILD *cit. l. n. 53.*

welcher bey dem dritten Pfennige in Peine aus der Beylage sub lit. A zu ersehen, und deswegen den Titul des dritten Pfennigs ohne andere Benennung führet.

Dieweil aber dennoch iedermann leicht sie- 32
het, daß, wie das Abzug-Geld wenig Billigkeit vor sich hat, und deswegen in dem Königlich Großbrittannischen rescript von a. 1717. den 12. Aug. der *an sich sehr odieuse* Abschuß genannt und verordnet ist, daß solches ius iniquum allein per modum repressaliarum statt finden, sonsten aber aufgehoben seyn solle, 33

contin. ordin. prouinc. sub n. 45.

dieserwegen Se. Königliche Majestät partim pro abolenda penitus hac gabella, partim pro minuenda mit vielen Ständen des Reichs gewisse Verträge gemachet haben.

PVFENDORFF *in proc. ciuil. P. V. c. 8. §. 14.*

Also ist zwar in dem Reichs-Abschied suo mo- 34
do, iedoch nur *ein ziemlicher billiger Abtrag*, approbiret worden;

R. I. de a. 1555. §. 24.

allermassen denn leicht zu erachten, daß solche tertia bloß ex odio erga peregrinos bey einigen Oertern angenommen seyn mag, welcher Haß vordem mehr dergleichen iura iniqua produciret, so aber auf præsentem statum ciuitatum Germaniæ sich nicht mehr schicket, als welche in genauer Verbindung und Handelung mit einander heut zu Tage leben, und dahero an sehr vielen Orten nur per modum retorsionis der Abzug als ein ius aduersus exteros iniquum exerciret wird,

PVFEND. *cit. l. §. 14.*

ja aus dieser raison per rescriptum elect. 35
Brandenburg. de an. 1684. von 3. Febr. der dritte Pfennig auf den zehenden, nach dem vsu der meisten Oerter in Teutschlande, reduciret, und bloß bey den Juden die tertia bey- 36
behalten ist.

THOMAS. *de iur. detract. §. 18.*

Nicht weniger Se. Königliche Majestät von Großbrittannien in Dero Landen in Teutschland denselben nur bloß in Ansehen derer Oerter so lange beybehalten, von welchen man des eigentlichen quanti nicht gesichert ist,

bis sie sich gleichfals zu einem gewissen und erträglichen *quanto* erkläret haben.

PVFENDORF *cit. l. §. 14.*

Da alsdann nur und per modum retorsionis die tertia inzwischen gefordert werden soll, also iedermann leicht begreiffen wird, daß der prætendirte Abzug des dritten Pfennigs in Peine gantz unerträglich und denen Reichs-Gesetzen zu wider ist, und darauf nicht erkant werden könne, wiewol dieses unbillige quantum nicht einsten aus der Beylage sub A zu erweisen stehet, woselbst zwar die beständige

Be-

Benennung des dritten Pfennigs vorkommt, allein dieses nur anzeiget, daß man solchen von Alters her gerne heben wollen, ob aber solches quantum würcklich gehoben sey, ungewiß bleibet, zumal oben bereits dargethan, daß unter diesem Titul der Abzug per modum transactionis von den meisten wahrscheinlich gefordert und quid pro quo genommen sey, und dahero auch in diesem punct die Beylage als eine annotatio priuata keine vim probandi habe.

So halten wir davor, daß der vom Peinischen Magistrat geforderte dritte Pfennig nicht allein denen Reichs-Gesetzen zuwider, sondern auch höchst unbillig, unerträglich und unzuläßig, und also allenfals ad terminos æquitatis nach dem exempel anderer Reichs-Stände zu reduciren sey.

Quæstio VII.

Endlich so viel die siebende und letzte Frage betrifft:

Ob im Fall, daß dem Peinischen Magistrat das Abzugs-Recht, auch in linea recta zukommen solle, und derselbe, wenn über kurtz oder lang die immobilia veräussert, das Kaufgeld weggezogen, die capitalia aufgekündiget, und ebenfals von da weggezogen worden, alsdann nicht lediglich von denen aus Peine würcklich weggezogenen Mitteln der Magistrat daselbsten den Abzug prætendiren, von denen auswärtigen Mitteln aber derselbe in keine Wege etwas zu fordern berechtiget sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ad L. V. T. I.

Ob wol, wie bereits angezeiget, daß dieses Recht bloß in statutis et consuetudine gegründet sey, und also, wenn es von allen Gütern ohne Unterschied, sie mögen liegen wo sie wollen, hergebracht ist, es billig dabey bleiben müsse.

Dieweil aber dennoch ein solches enormes ius detractus ungegründet, und revera einen Eingriff in fremder Lande Hoheit inuoluiret, und also desto unerlaubeter ist, als nach einstimmiger Meinung der Rechts-Gelehrten, welche auf Vernunft und allgemeine Rechte gegründet, der Abzug nur von denen unter eines ieden Obrigkeit Gerichtsbarkeit liegenden Güthern und Capitalien gefordert, keinesweges aber, ohne Schmählerung fremder Landes-Oberbothmäßigkeit, von denen auswärtigen Mitteln, bey welchen aller Grund des Abzugs fehlet, gefordert werden mag, wie in simili casu unsere Facultät a. 1709. respondiret, 37 38

apud BOEHMERVM *tom. I. P. II. resp. 32. n. 5. seqq.*

sich darneben nicht befindet, wie allenfals der Magistrat zu Peine zu dergleichen enormen Abzug aus der Beylage sub lit. A, wenn solche ja einige vim probandi haben solle, sich legitimiren werde, dessen Gegentheil vielmehr daraus abzunehmen, weil die angeführten casus bloß von denen Güthern, so in loco befindlich gewesen, reden, und in dubio auch so verstanden werden müssen.

So ist der Magistrat zu Peine, woferne er sich zum Abzug legitimiren solte, bloß von denen aus Peine würcklich weggezogenen Güthern und Mitteln allein denselben zu exerciren, keinesweges aber auf auswärtige Mittel zu extendiren befugt. Und solches alles V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVNIO MDCCXLIX.

RESPONSVM CXLII.

THEMA.

Pœna *l.* 7. *C.* Vnde *Vi* hodie in vsu est.

Vid. Resp. Them. 2.

Tit. II. De inofficioso testamento.

Ad L. V. T. II.

RESPONSVM CXLIII.

THEMA.

Querela nullitatis contra testamentum temere mota non æque, ac querela inofficiosi legatorum amissionem coniunctam habet.

Vid. T. IV. Resp. LXI. Them. 6. et Resp. DLXXXIV. Them. 5.

RESPONSVM CXLIV.

THEMA.

Auus genero vsum fructum legitimæ nepotibus debitæ adimere nequit.

Vid. T. IV. Resp. DLI. Them. 5.

RESPONSVM CXLV.

THEMA.

Est grauamen legitimæ alterutri liberorum assignatæ, si pater diuisionem ad tempus prohibuit.

Vid. Tit. IV. Resp. CCCCXXXVI. Them. 7.

RESPONSVM CXLVI.

THEMA.

Legitima liberis iure fideicommissi relinqui nequit.

Vid. Tit. IV. Resp. CCCCXXXVII. Them. 3.

RESPONSVM CXLVII.

THEMA.

Prohibitio inuentarii in præiudicium legitimæ non valet.

Vid. Resp. CCCCXXXVI. Them. 4.

RESPON-

RESPONSVM CXLVIII.

Ad L. V. T. II.

THEMA.

Legitima, quæ matri exclusa sorore in pactis dotalibus assignatur, est tertia totius hereditatis.

Vid. Tit. IV. Resp. CCCCLVIII. Them. 3.

Tit. III. De Hereditatis petitione.

DECISIO CXLIX.

Ad L. V. T. III.

THEMA.

Specimen operosæ liquidationis ratione paternæ, maternæ et auitæ hereditatis.

Quia pleræque rationes huius decisionis ex ipso facto desumtæ, non opus fuit summaria contexere; interim in gratiam eorum præsens decisio huic volumini inserta, quibus volupe est, discere, quomodo in eiusmodi litis genere pronunciari soleat?

Als die Herren uns übergebene liquidationes und darauf erfolgte Gesetze in Sachen der Freyherrlichen A. Geschwistere Klägere und liquidanten an einem, das Königlichen Cämmerers L. C. G. Freyherrn von A. Beklagten und Liquidaten am anderen, J. D. K. litis curatoris der A. creditorum am dritten, und des Rathmanns N. als inspectoris des Kornmesserschen Weysenhauses am vierten Theil, in acht zurück kommenden volum. zugeschicket ꝛc.

Dieweil liquidat an großväterlichen die sub n. 41. und 42, liquidantes aber die fol. 11. b. sub n. 1. 2. 3. angegebene Posten eingeräumet, so hat es dabey sein Bewenden, und sind ausser diesen bey dem großväterlichen die sub n. 1. 2. 7. 8. 11. 12. 15. 16. 43. 46. 51. und 52. schlechterdings, die sub n. 21. und 22. nur pro decima, ingleichen die sub n. 5. 6. 9. 10. 23. bis 40. inclusiue, ferner n. 44. 45, wenn die letzgedachte sub n. 5. 6. 9. 10. 23. bis 40. per iuramentum in litem, die sub n. 44. und 45. aber durch den fol. 615. b. zuerkanten Eyd, iedoch gestalten Sachen nach, nur de credulitate, von Liquidanten bestärcket worden, endlich auch die sub n. 3. 4. 47. und 48. angegebene Posten vor liquid zu achten, auch denen Liquidanten bey num. 1. gestalten Sachen und Umständen nach, die Zinsen vltra alterum tantum zu passiren, dagegen sie aber laut iudicati vom 16. Mart. 1714. fol. 210. b. die onera vom gedachten Hause bis Johannis 1702., wenn solche Liquidatus zuförderst specificiret haben wird, pro rata abzuführen, und bey num. 3. und 4. den Kaufbrief erkanter massen zu extradiren schuldig sind, es könte und wolte dann Liquidatus den ihm reseruirten Beweiß, wegen der bey num. 3. und 4. angeführten Vergütung binnen vier Wochen vollführen, und bey n. 47. und 48. binnen eben der Frist darthun, daß zu der Zeit, da der Schwedische General-Gouverneur von B. in dem A. Hause einlogiret worden, das Eigenthum davon seiner seligen Mutter bereits zugeschlagen gewesen, denen Liquidanten Gegenbeweiß, Eydes-delation und andere Rechts-Nothdurft in beyden Fällen binnen eben der Frist vorbehaltlich, damit würde

Ad L. V. T. III.

er noch billig gehöret, da dann dieserhalb alsdann ferner ergehet, was Rechtens. Würden auch liquidantes binnen vier Wochen, daß die sub n. 17. und 18. specificirte Posten eingegangen, ingleichen, daß von der sub n. 19. und 20. liquidirten Forderung Liquidat mehr als 150 Thlr. gehoben, ferner die sub n. 49. und 50. angegebene Posten besser als geschehen, Liquidat aber die fol. 118. sub n. 4. 5. 6. 7. 8. und 9. specificirte Forderung, nebst dem fol. 108. angeführten Vorgeben, daß der Liquidanten Vater, die auf 300 Thlr. taxirte Diamantene Agraff erhalten, gebührend darthun, beyderseits binnen eben der Frist Gegen-Bescheinigung, Eydes-delation und andere Rechts-Nothdurft vorbehältlich, so ergehet alsdann auch dieserwegen was Rechtens, und weil bey n. 13. und 14. denen Liquidanten ihre Nothdurft, iedoch salvis exceptionibus, rechtskräftig vorbehalten, so ist Liquidatus seine dawider habende exceptiones binnen vier Wochen sub pœna liquidi gebührend an- und auszuführen, und mit Liquidanten darüber zu verfahren gehalten. So viel aber das Vater-schwesterliche Vermögen betrifft, so ist das fol. 12. formirte corpus bonorum inzwischen vor richtig anzunehmen, es könte und wolte denn Liquidatus sein Vorgeben bey n. 2. bis 5. binnen vier Wochen, der Liquidanten Gegenbeweiß, Eydes- delation und andere Rechts-Nothdurft vorbehaltlich, erweißlich darthun, damit würde er noch billig gehöret, und weil das æs alienum davon zu decourtiren, so ist solches nach der fol. 344. befindlichen specification dergestalt zu moderiren, daß die Aliment-Gelder auf $2\frac{1}{2}$ wöchentlich, die Begräbniß-Kosten auf 500 Thlr. zu setzen, nicht weniger die Zinsen von denen 1400 Thaler bis zu der Schwester Tode zu passiren, das Capital aber der 1400 Thlr., weil solches durch der Schwester Todt ins Guth R. zurück gefallen, davon auszuschliessen. So viel ferner das großmütterliche Vermögen betrifft, so ist solches dergestalt zu reguliren, daß das Haus nebst dem Hinterhause sub n. 1. und 2. auf 11000 Thlr., der Garten sub n. 3. zu 2500 Thlr. anzuschlagen, die rata der schwesterlichen Erbschaft sub n. 4. nach der vorhin gethanen Erkäntniß deducto ære alieno, zu setzen, der sub n. 5. befindlich mütterliche Nachlaß auf 7000 Thlr., wenn solches quantum vermittels Eydes de credulitate bestätiget wird, nicht weniger die sub n. 6. angegebene conferenda auf 16000 Thlr. zu mäßigen, und mit dem iuramento in litem credulitatis vom Liquidanten zu bestärcken, endlich auch 81 Thlr. wegen Garten-Zinß cum altero tanto vsurarum zu passiren, endlich ist von solchen Posten das Richtersche Capital a 2000., wenn Liquidatus besser als geschehen darthun wird, daß dasselbe die Mutter contrahiret, davon zu decourtiren, es könten und wolten denn Liquidanten binnen vier Wochen ihr Anführen, warum solches nicht geschehen könte, gebührend darthun, damit würden sie noch billig gehöret. Wenn auch, was wegen der eydlichen renunciation der mütterlichen donation, und des von sel. J. G. von A. gemachten Testaments, und dessen angegebenen Reuocirung in actis angeführet ist, zuforderst in separato ausgeführet worden, so ergehet alsdann dieser Erbschaft wegen so wol, als ratione computandæ legitimæ, wobey billig die Zinsen bis ad alterum tantum Einwendens ohngehindert zu rechnen, bis dahin aber die computation selbsten in suspenso zu lassen, ferner was sich zu Recht gebühret. Endlich, weil bey denen besondern Posten Liquidatus die sub n. 1. und 2. eingeräumet, so hat es schlechterdings dabey sein Bewenden. Würden auch wegen n. 3. bis 11. die Originalia sub N und O von Liquidanten in einem dazu anberahmenden Termin produciret, und von Liquidato gebührend, iedoch salvis exceptionibus, recognoscirt werden, so ergehet auch dieserwegen was Recht ist. Letzlich, so viel des Liquidati fol. 130. angegebene Gegenforderung betrift, so sind Liquidanten wegen der 1753 Thlr. 21 Gr., ingleichen ratione der 750 Thlr. zu absoluiren, und diese letztere, Einwendens ohngehindert, vor liquid zu achten, Liquidat aber, daß der älteste Bruder seine ihm gebührende 2000 Thlr. erkanter massen beschworen, beyzubringen, ferner die wegen derer n. 2. angegebenen 54 Thlr. die Quittung in originali zu produciren, Liquidanten aber solche iedoch salvis exceptionibus zuförderst zu recognosciren, anbey Liquidatus die sub n. 3. 4. 5. und 6. specificirte Posten besser als geschehen, binnen vier Wochen salua reprobatione zu beweisen, endlich auch die Liquidanten und deren Curator die geforderte eydliche specification derer Erbschafts-documenten dem Liquidato zu ediren schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem die Liquidanten ihre Liquidation ad acta gebracht, so ist der bestellte curator litis der Freyherrlichen A. creditorum, um deren interesse dabey zu beobachten, nebst dem Rathmann N. als inspectoris des Kornmesserischen Wayssenhauses dabey adcitiret worden, da denn jene nebst dem liquidato coniunctim gegen die formirte liquidation ihr Einwenden ad acta gegeben, dieser aber nur fol. 169. euentualiter sich quæuis competentia, wenn es nöthig seyn solte, vorbehalten, wobey es vorizo sein Bewenden hat, und nur bloß die liquidationes und Gegen-liquidationes zu beleuchten sind. Ob nun wol (I) bey dem **großväterlichen** und zwar 1) sub n. 1. und 2. liquidatus exceptionem solutionis opponiret, und anführet, daß der Liquidanten Vater den 14. Febr. 1709. seiner sel. Frau Mutter wegen der väterlichen Verlassenschaft eine General-Quittung, so fol. 134. befindlich, ausgestellet, und wie wol solche Quittung

tung ein referens sey, dennoch das relatum sich bey denen weggekommenen actis finden müste, wenn solche ans Tageslicht gebracht werden solten, dahero denn, was von denen oneribus publicis pro rata ferendis bis an. 1702. angehänget ist, hinwegfallen möchte, nachdem die Forderung selbst getilget: 2) bey der Forderung sub n. 3. 4. wegen des Gartens eingewendet worden, daß solche um deswillen nicht statt finde, weil der Liquidantium Vater dasjenige, was er wegen des Gartens bewerckstelligen sollen, nemlich die extradition des Kauf-Briefes, nicht bewerckstelliget, ausserdem eben so wenig die angerechneten Zinsen ad alterum tantum liquid seyn möchten, da seine Mutter coram commissione nur 81 Thlr. 18 Gr. eingestanden, welches quantum in sententia fol. 362. b. zum Grunde geleget, dabey auch liquidato der geschehenen Vergütung wegen der Beweiß noch offen gelassen: 3) ferner bey denen übrigen Posten folgendes erinnert und opponiret ist, daß die sub n. 5. und 6. angeführte Jouwelen verlohren gegangen, und Liquidatus culpam matris zu præstiren nicht gehalten sey, mithin keine Taxe dieserwegen statt finden könne, cum non entis nullæ sint qualitates: 4) daß wegen des Silbers sub num. 7. und 8. der liquidantium Vater anno 1710. wie das großväterliche getheilet worden, seine ratam erhalten, welches Liquidat auf Erfordern jederzeit eydlich zu bestärcken bereit sey, und obgleich die Execution dieserwegen angeleget worden, dennoch nunmehro ex adductis klar sey, daß solche erschlichen gewesen: 5) daß von den silbernen Messern sub n. 9. und 10. fol. 209. B zwar der liquidanten Vater seine rata davon zu erkant, jedoch dessen sel. Frau Mutter dabey auferleget, das dazu genommene Silber in quanto et quali anzugeben, welches aber unnöthig gewesen, weil die sel. Frau Mutter mehr Silber dazu gegeben, als die Messer und Gabeln importiret: 6) daß der sub num. 11. und 12. angegebene Becher, so der Liquidanten Vater eigenthümlich zugestanden, zwar mit in dem großväterlichen Inuentario aufgeführet worden, dennoch aber er solchen wieder zurück erhalten, dergestalt, daß abermahl die Executio hiebey erschlichen sey, und davon also kein argumentum genommen werden könte: 7) daß bey n. 13. und 14. der Liquidanten Vater von dem angegebenen Silber seine ratam würcklich erhalten, solches also ex pruritu litigandi doppelt gefordert worden, wie denn auch in denen Urtheln der Liquidantium Vater nichts mehr als seine Nothdurft salvis exceptionibus referuiret worden: 8) daß bey der prætension sub num. 15. und 16. in iudicato fol. 209. der liquidanten Vater sich erkläret, daß das angegebene Silber nur 27 Thlr. importire, dennoch die Liquidanten diese gantze summa nicht, sondern nur ihre ratam daran prætendiren könten: 9) daß im Gegentheil bey num. 17. und 18. die decima von der Schuld-Forderung der Baronessen von B. nebst verglichenen Zinsen ihre Richtigkeit dahero geschlossen werden könne, weil ex actis nicht erhelle, daß der liquidanten Vater dieserwegen befriediget sey, zumahl, weil solche nicht bezahlet, allenfals die originalia noch vorhanden und extradiret werden müsten: 10) daß nicht weniger das Capital der 1000 Thaler sub n. 19. und 20. so wol ex inuentario als ex iudicato fol. 628. liquid eingegangen sey, allenfals aber Liquidatus nichts mehr als 150 Thlr. davon gehoben zu haben angezeiget, wovon doch die Service oder Haus-Onera abgetragen worden, dahero vonnöthen, daß zuforderst der punctus onerum publicorum reguliret werde: 11) daß bey der prætension sub num. 21. und 22. der älteste Sohn, wegen remission der eydlichen Bestärckung des großväterlichen Inuentarii 300 Thlr. erhalten, iedoch sich dabey erkläret, solches ad massam wiederzubringen, dahero ihm davon 100 Thaler cum altero tanto vsurarum gebühre, weil solche 300 Thaler nur für die drey Söhne nach dem Vergleich gehören, zumahl wenn sie nur decimam davon erhalten solten, die Großmutter davon $\frac{1}{10}$ wieder zurück bekommen würde, welches aller Vermuthung zuwider sey, und ihre Großmutter auf diese Weise nur 150 Thaler in effectu offeriret hätte, so aber dem Vergleich zuwider: 12) daß die sub num. 23. bis 40. angegebene ungetheilte Posten, an Zinn, Kupfer, Eisen ꝛc. von Liquidato nicht eingestanden, sondern dabey vorgegeben worden, daß der Liquidanten Vater von allen seinen ratas empfangen, wie er denn, matre viuente, nichts zu specificiren gewust, nach deren Tode aber solchen Streit von neuen wiederum erreget, zumahl iuxta iudicatum fol. 523. er zuforderst ad acta specificiren sollen, was er an Zinn, Kupfer, Eisen und dergleichen aus dem väterlichen Inuentario empfangen; insbesondere aber bey denen num. 33. die angegebenen Bücher der Liquidanten Vater dem ältesten Bruder geschencket, dieser aber dem Liquidaten wieder verehret, dem ohngeachtet, der Liquidanten Vater, als er in absentia liquidati sich im Garten-Hause einlogiret, sich der besten Bücher angemasset, dahero Liquidanten zuforderst davon eine specification ediren müste. Ferner die sub num. 35. angegebene Kleider ein unbekanter Dieb gestohlen; nicht weniger das Geschirr- und Wagen-Zeug der Wittwen zugehöret hätten.

Ad L. V. T. III.

iuxta KOHL *de successione coniug. qu. 9. num. 7.*

Endlich das sub num. 39. designirte hölzerne Zeug bey Ledzeiten der Mutter zerfallen und verfaulet sey, und davon nichts weiter gefordert werden könne: 13) daß die sub num. 43.

moderirte Unkosten tacite per transactionem remittiret worden: 14) daß bey num. 44. und 45. dieser besondere Umstand sich befinde, daß nach dem iudicato fol. 615. b. der liquidanten Vater zuvor eydlich erhalten sollen, daß er solche prætendirte Kosten würcklich angewandt, und dieselbe die gemeine väterliche Erbschafft angegangen, so er aber nicht gethan, dahero solche Posten nunmehro gäntzlich zu verwerfen, bevorab da liquidanten solchen Eyd in forma delata nicht abschwören können: 15) daß Liquidatus die sub num. 46. moderirte Unkosten a 3. Thlr. 8. Gr. nicht eingeräumet, sondern dabey vorgegeben, daß die execution ad falsa narrata erschlichen sey: 16) daß die sub num. 47. und 48. angegebene rata von 200. Thlr. zu der väterlichen Erbschafft nicht gehören könten, nachdem das Hauß damahls der seligen Mutter und resp. Grosmutter bereits eigenthümlich zugeschlagen gewesen, und ihr also die 200. Thlr. zugehöreten: 17) daß die sub num. 49. und 50. angegebene rata des Linnen Zeugs, so liquidati Bruder Joh. Gustav von Appel aus der väterlichen Erbschafft an sich genommen, billig denen liquidanten gebühren mögte, da ex actis erhelle, daß derselbige solche an sich genommen, dannenhero so lange liquidatus nicht erweisen könne, daß der liquidanten Vater seine ratam davon erhalten, die deswegen aufgeführte 100. Thlr. cum altero tanto billig passiret werden müsten, zumal falsch sey, daß das Linnen inter coheredes debite distribuiret worden: 18) daß bey num. 51. und 52. der liquidanten Vater seine ratam erhalten, und solches in dem præripirten väterlichen Original-Inuentario ausdrücklich annotiret gewesen, dahero ihr verstorbener Vater solche Posten nicht eingeklaget, welches er sonst nicht unterlassen haben würde: 19) übrigens da liquidatus fol. 117. B et sqq. seine Gegen-Forderung hiebey liquidiret, und liquidanten die sub num. 1. 2. 3. befindliche Posten eingeräumet, es das Ansehen gewinnen will, als wenn ausser diesen noch folgende Posten zu passiren, als die sub num. 4. aufgeführte Miethe nach dem iudicato fol. 211. b. Ferner die von liquidanten Vater zu viel gehobene, und sub num. 4. und 5. angeführte 59. Thlr. 17. Gr. cum vsuris ad alterum tantum, wovon das iudicatum fol. 363. Meldung thut; sodann die allegato loco zuerkante Gerichts-Kosten, welche zwar in solle erkant, liquidatus aber solche wegen entrissener Specification nicht specifice liquidiren können, dahero solche ex officio reguliret werden müssen: hierüber das sub num. 8. und 9. specificirte Kost-Geld er auf 40. Thlr. angesetzet, welches in iudicato fol. 211. in fine fundiret sey; nicht weniger die Abtragung der onerum vom Erbhause bis 1702. in iudicato fol. 210. in fine gegründet, und liquidatus vermeinet, daß solche ex officio reguliret werden müsten. Endlich auch die auf 300. Thlr. taxirte Diamanten Agraffe der liquidanten Vater erhalten, und also liquidantes nach Abzug der decimæ cum altero tanto vsurarum, so 540. Thlr. ausmacheten, restituiren müsten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) liquidatus nicht in Abrede seyn können, daß solche Forderung an und vor sich selbst richtig sey, die dagegen opponirte exceptiones solutionis aber durch die fol. 134. producirte Quittung nicht erwiesen worden, da solche ein merum referens ist, und sich auf eine Berechnung beziehet, woraus aber keinesweges erhellet, daß der liquidanten Vater gäntzlich abgefunden sey, zumal solche Quittung anno 1709. ausgestellet, da doch ratione paternorum nach diesem anno 1714. wie auch anno 1720. noch erkant, ja anno 1726. gegen Beklagten die execution verhänget worden, dergestalt also die Post sub num. 1. und 2. vor richtig anzunehmen, und die Zinsen vltra alterum tantum ex iudicato billig zu passiren; hiernächst ad 2) andem ist, daß der liquidanten Gros-Mutter den Garten vor 2500. an sich erhandelt, davon decima 250. Thlr. cum altero tanto unstreitig gegründet sind, und obwol die Gros-Mutter der liquidanten 81. Thlr. 18. Gr. ratione der Zinsen nur zugestanden, welche fol. 362. auch zum Grunde genommen, dennoch solches liquidanten nicht præiudiciren mag, bevorab da der Beklagte den ihm offen gelassenen Beweiß der Vergütung noch zur Zeit nicht geführet, woran sich aber derselbige nicht versäumet, weil kein terminus probatorius ihm in gedachten Urthel anberahmet gewesen, dergestalt, daß er nochmahls dazu intra terminum peremtorium gelassen werden müsse, wobey aber iedoch denen Klägern obliget, die extradition des Kauf-Brieffes erkanter massen zu bewerckstelligen; ad 3) aber liquidanten nicht præiudiciren mag, daß die in inuentario fol. 19. specificirte Iouwelen verlohren gegangen, als welche nach den Rechtskräfftigen Iudicatis extradiret und taxiret werden sollen, worauf auch würcklich die execution fol. 575. ergangen, dieserwegen liquidati Mutter hierbey in mora gewesen, und derselbige deren factum als heres vniuersalis præstiren muß, und da es nunmehro an der erkanten taxirung ermangelt, gleichwol die Vergütung derselben denen liquidanten gebühret, nichts mehr übrig ist, als daß nunmehro das quantum durch den Eyd heraus gebracht werde, cum, quoties constat de debito, quantitas autem ignoratur, hæc iuramento committi debeat.

c. 32. X. de iurei.

Wiederum ad 4) die sub num. 7. und 8. angegebene Forderung ihre Richtigkeit hat, hergegen mit nichts dargethan, daß der liquidanten Vater seine ratam darauf erhalten, zumal an. 1726. bereits darauf die execution verordnet worden, wie solches die Beylage sub lit. B fol. 37. klärlich darthut, dahero denn liquidatus

tus zum iuramento suppletorio, wozu er sich euentualiter offeriret, nicht zugelassen werden kan, da er so wenig semiplenam probationem nicht vor sich hat, daß vielmehr das Gegentheil aus dem Executions-Befehl erhellet, welches auch ad 5) zu sagen, als worüber bereits die execution veranlasset, und mit nichts dargethan ist, daß solche Post abgethan sey, inzwischen in iudicato beruhet, und des liquidati Mutter nicht dabey specifiiret, was ihr per sententiam auferleget, nunmehro also nicht anders als per iuramentum das pretium heraus gebracht werden kan,

c. 32. X. de iurei.

HARPRECHT *vol. nov. conf. 6. n. 69. sqq.*

so dann ad 6) wegen des zur vergüldeten Bechers ebenfalls die execution zwar angeleget, aber durch dieselbe nichts erhalten worden, und dabey nicht gnug ist zu allegiren, daß solche erschlichen sey, zumal liquidatus nicht beybringen mögen, daß der liquidantium Vater solchen zurück erhalten, weil, wenn solches geschehen, die execution nach der Beylage sub B fol. 37. darauf nicht angeleget worden wäre; in Gegentheil ad 7) die Post sub n. 13. und 14. noch zur Zeit illiquid ist, als weswegen der liquidantium Vater per sententiam die Nothdurfft, iedoch saluis exceptionibus, vorbehalten, dahero, nachdem liquidantes solche Forderung von neuen aufgeführet, nunmehr nichts mehr übrig ist, als daß liquidatus seine exceptiones binnen gesetzter Frist ausführe, welche ihm deswegen præfigiret werden müssen, damit die Uneichtigkeit nicht in infinitum aufgehalten werde; eine andere Beschaffenheit aber ad 8) mit denen sub n. 15. und 16. befindlichen Posten es hat, als wovon die iudicata fol. 209. b. 615. b. deutlich reden, und anzeigen, daß der liquidantium Vater sich erkläret, daß das angegebene Silber nur 27. Thlr. importire, welches nicht anders als seinen Antheil bedeuten, nicht aber den Verstand haben kan, daß er nur von 27. Thlr. seine ratam zu fordern berechtiget sey; hergegen ad 9) die sub n. 17. und 18. aufgeführte Post zwar seine Richtigkeit haben würde, wenn nur ex actis erhellete, daß die quæstionirte Schuld eingegangen, und obgleich nicht zu befinden, daß liquidantes deswegen befriediget, dennoch auch nicht befindlich, daß solche bezahlet worden, welches liquidantes zuförderst beybringen müssen, zumal der liquidantium Vater sich niemahls dieserwegen beschweret, und dahero wohl zu vermuthen, daß solche inexigibel gewesen: so dann ad 10) in sententia fol. 628. ebenfalls noch als ungewiß, ob von den Posten sub n. 19. und 20. etwas eingeschoben sey, angegeben, und dahero erkant worden, daß liquidatus, ob und wie viel er davon gehoben, anzeigen solle, dabey er dann nur 150. Thlr. angezeiget, das dabey angehängte Vorwenden aber, daß davon die seruice oder Hauß-Onera abgetragen werden müssen, mit nichts dargethan, und ihm obgelegen, den punctum onerum publicorum zu reguliren, wenn er die erhobene 150. Thlr. darauf abzurechnen vermeinet, bey solcher Beschaffenheit aber nichts mehr als 150. Thlr. liquid sind, und liquidanten der Beweiß, daß mehr eingehoben sey, oblieget: ad 11) aber es darauf ankomt, wie die Worte, da der älteste Sohn sich erkläret, die quæstionirte 300. Thlr. ad massam zu bringen, zu erklären seyn, welches unmöglich einen andern Verstand haben kan, als daß solches gemein werden solte, cum, quicquid ad massam hereditariam confertur, commune et pars hereditatis fiat, wie solches ex collatione erhellet, dem zufolge dann denen liquidanten nichts mehr als decima davon zukommen kan, ohnerachtet dadurch die Grosmutter selbsten die Helfte davon particiret, als welches nothwendig geschehen müssen, nachdem der älteste Bruder mit aller Bewilligung sich erkläret, die 300. Thlr. ad massam hereditatis zu liefern, wodurch solche pars inuentarii geworden; übrigens ad 12) die sub n. 23. bis 40. angegebene Posten zwar von liquidato als getheilet angegeben sind, und dabey angeführet worden, daß liquidantens Vater seine ratam von allen erhalten, solches dennoch so wenig dargethan, daß vielmehr ex iudicato de anno 1714. f. 210. b. er davon hat sollen befriediget werden, zumal das wenige, so er davon empfangen, und er iuxta iudicatum f. 523. specificiren sollen, er fol. 526. specificiret, und dagegen liquidatus nichts erhebliches einwenden mögen, vielmehr aus solchen iudicatis von anno 1714. und 1720. offenbar zu sehen, daß in anno 1707. angegebener massen keine völlige Theilung geschehen seyn könne, welches der liquidatus selbsten nicht undeutlich einräumet, und sich deswegen bey n. 33. auf eine donation und von liquidanten Vater geschehene Anmassung der besten Bücher berufen, solche aber von liquidanten geleugnet, und von liquidæen mit nichts dargethan ist; ferner der bey n. 35. angegebene Diebstahl abermahl so ungewiß, als unzureichend ist, denen liquidanten ihr Recht zu benehmen, da man die Theilung so lange per extremam moram trainiret, und dabey liquidatus culpam matris præstiren muß, welches auch bey n. 39. zu sagen, da solche Meublen entweder sofort getheilet oder zu Gelde gemachet werden sollen, wozu denn auch das sub n. 37. angesetzte Geschirr und Wagen-Zeug billig zu referiren, als welches der Wittwen iuxta Kohl. cit. l. nicht anders gehöret, als wenn die Kinder dessen collation der Mutter remittiret, quod eo casu ius suum remisisse censeantur, gleichwol daß solche remissio geschehen sey facti, und mit nichts dargethan ist, mithin liquidatus um desto weniger hiebey zum suppletorio zugelassen werden mag, als die sententiæ de an. 1714. und 1720. ihm dabey zuwider sind, vielmehr

Ad L. V. L. III.

da

Ad L. V. T. III.

da diese ungetheilte Sachen an Zinn, Kupfer und dergleichen nicht mehr vorhanden, das iuramentum in litem dabey Platz finden muß, und weil die Post bey n. 41. und 42. eingeräumet, es dabey sein Bewenden haben müssen, im Gegentheil ad 13) die sub n. 43. befindliche Post unstreitig richtig, und die tacita remissio per transactionem, quæ vltra suos limites non extendenda, nicht dargethan ist, sonsten aber ad 14) zwar andem ist, daß der liquidantium Vater die sub n. 44. und 45. befindliche Posten, per iudicatum fol. 625. b. vermittels Eydes angezeigter massen beschweren sollen, solches doch bey dessen Lebzeiten nicht geschehen, gleichwol dadurch die Forderung selbsten nicht verlohren gegangen, anerwogen die Erben pro re nata in solchem Fall zum iuramento credulitatis noch wohl zugelassen werden mögen, præsertim inter coheredes, unter welchen die mutuæ præstationes an Vorschuß und dergleichen nicht anders als per iuramentum liquid gemachet werden mögen;

CARPZ. *P. I. c. 24. def. 5. sqq.*

und so viel ad 15) den Post sub n. 46. betrifft, aus dem fol. 709. b. befindlichen decreto zu ersehen, daß wegen der moderirten Unkosten die execution bereits erkant, daß solches aber ad falsa narrata erschlichen sey, mit nichts abermahl beygebracht ist, cum tamen falsitas literarum non præsumatur, vielmehr liquidatus damit umgehet, denen liquidanten alles zu Wasser zu machen; wie denn ad 16) bey denen 200. Thlr. sub 47. und 48. die opponirte exceptio in unerwiesenen factis bestehet, und dahero von Liquidaten beygebracht werden muß, im Gegentheil ad 17) nicht unbillig ein besserer Beweiß bey dem n. 49. und 50. von liquidaten gefordert worden, und liquidanten zuforderst ihre prætension, zumal solche Johann Gustav von Appel eigentlich betrifft, richtiger anzugeben, und den Grund von ihrer prætension beyzubringen haben; endlich ad 18) solutio in facto bestehet, und bey den n. 51. und 52. mit nichts dargethan ist, letztlich ad 19) bey denen von liquidato angegebenen Gegenforderungen, und zwar bey n. 4) laut Urthel fol. 211. sowol die Zeit als qualitas der Logimenter zuforderst zu erweisen: bey n. 5. 6. nur euentualiter erkant worden, wenn liquidatus solche Post erweislich machen würde: bey n. 7. nur in solle denen liquidanten ihre ratam von denen Gerichts-Kosten zu bezahlen auferleget, und also nöthig ist, daß solche liquidatus zuforderst specifice darthun müsse, da ja die gerichtlichen acta wenigstens vorhanden seyn müssen, aus welchen solche dargethan werden können, ad officium iudicis aber dergleichen formirung der Specification nicht gehöret: bey n. 8. und 9. nach den fol. 211. b. befindlichen Urtheil erst erwiesen werden sollen, wie lange die Kost gereichet worden: ferner die onera von Sterb-Hause bis 1702. der liquidatus selbsten zuvor angeben muß, ehe man darüber erkennen kan, als welche niemand ausser diesem zu errathen vermag, endlich die Forderung von der Agraffe ebenfalls noch nicht erwiesen, und von denen liquidanten abgeleugnet ist, mithin alle diese Posten annoch als illiquid zu halten.

So ist wegen des grosväterlichen geschehener massen erkant worden.

So viel nun (II) das Vater-Schwesterliche Vermögen betrifft, obwol liquidatus dabey einwendet, daß liquidanten das æs alienum davon zu decourtiren vergessen hätten, welche dieses Vermögen gäntzlich abforbireten, hiernächst bey n. 2. 3. 4. und 5. vorgegeben, daß die Schwestern davon abgefunden, und diese Sache sec. iudicatum fol. 628. bis zur Erörterung des grauam. 8. ausgesetzet worden, alensfalls der liquidanten Vater die von der Mutter übergebene Specification agnosciret, indem er seine Nothdurfft dagegen nicht beygebracht, wenigstens solche noch zuvor ausgemachet werden müste.

Dieweil aber dennoch nach dem iudicato fol. 363. b. bey diesem Vermögen erkant ist, daß ein corpus bonorum darüber zu verfertigen, welches liquidanten gehöriger massen gethan, ausgenommen, daß bey n. 2. 3. 4. und 5. liquidatus vorgegeben, daß die Vaters Schwestern abgefunden worden, welches zwar per sententiam fol. 628. bis zur decision des grauam. 8. ausgesetzet, nunmehro aber der Beweiß darüber dem liquidato binnen gewisser Frist um destomehr reseruiret werden können, als man der Nothdurfft zu seyn erachtet, die f. 237. befindliche specificationem maternam ratione des zu decourtirenden æris alieni zu reguliren, und durch die geschehene moderation ex æquo und bono fest zu setzen, mithin das fol. 628. angeführte grauamen VIII. dadurch völlig aus dem Wege zu räumen, zumahl es in solchen angegebenen Posten lediglich auf moderationem iudicis ankommet, und was ins besondere die denen Schwestern ausgesetzte 1400. Thlr. betrifft, aus Seiner Königlichen Majestät Constitution de an. 1723. wie es wegen der successiion und consens der Agnaten bey Veräusserung und Aussteuer der Töchter zu halten §. 17. klärlich erhellet, daß dergleichen Gelder, wenn die Töchter unverheyrathet sterben, ins Lehn zurück fallen sollen, also davon ausgeschlossen werden müssen.

So hat auch dieserwegen geschehener massen erkant werden müssen.

(III) Das grosmütterliche Vermögen betreffend, obwol an und vor sich selbsten ausgemachet ist, daß, weil der liquidanten Vater blos in legitima zum Erben instituiret ist, zuforderst ein corpus bonorum davon formiret, und conferenda richtig angegeben werden müssen, welches liquidantes zu solchem Ende formiret,

formiret, und ad n. 1. das Hauß zu 12000. Thlr. ad n. 2. aber das Hinter-Hauß zu 1000. Thlr. angeschlagen, als so hoch es die Mutter angenommen, und bey solchem Anschlag es billig zu lassen seyn möchte, wovon doch die Bau-Kosten und meliorationen, so die Mutter darin verwandt, billig zu decourtiren: bey n. 3. liquidatus aber erinnert, daß darüber coram commissione ein Vergleich getroffen, dem zu folge das meiste davon verkaufft, und zum Bau des Hauses employret worden: ad 4) daß die rata der schwesterlichen Erbschafft durch das æs alienum absorbiret werde, und also ein non ens sey: ad 5) daß die in mütterlichen Inuentario fol. 157. specificirte Effecten nicht mehr vorhanden, und dessen taxation auf die Bestimmung des referenten ankäme: ad 6) daß ob defectum documentorum er nicht im Stande sey, die conferenda zu specificiren, davon aber liquidanten den Decourt des Richterschen Capitals nicht einräumen, hergegen liquidatus auch keine Zinsen von der legitima passiren lassen will, weil vol. 1. fol. 473. zwar auf die Ergäntzung der legitimæ, nicht aber auf deren Verzinsung erkant sey, endlich 7) bey dem Garten-Zinß a 81. Thlr. 18. Gr. erinnert worden, daß solches bereits bey den grosväterlichen sub n. 4. aufgeführet sey.

Dennoch aber und dieweil ad 1) und 2) beyde Häuser per subhastationem nicht höher als vor 11000. verkaufft sind, und dieselbe secundum tempus mortis maternæ billig in Anschlag gebracht werden müssen, mithin nicht darauf zu sehen, wie hoch sie etwa vor vielen Jahren die Häuser angenommen, sondern was sie bey dem Todt der Mutter noch werth gewesen, und nicht zu vermuthen, daß sie in höhern Preiß, als sie subhastiret sind, eo tempore gewesen, allenfalls in dubio man billig dasjenige, quod minimum est, annehmen muß;

l. 9. D. de R. I.

was aber die meliorationes betrifft, liquidatus solche so wenig liquidiren können, als es voritzo nicht darauf ankomt, da das Hauß, wie es verkaufft, in Anschlag zu bringen; ad n. 3. aber zwar über das pretium des Gartens der Vergleich getroffen, gleichwol die Mutter den Garten vor 2500. Thlr. angenommen, von welchem Preiß man nicht abgehen können, nachdem darzu kein Grund angeführet: ad 4) die rata der schwesterlichen Erbschafft nach dem bey deren Vermögen geschehenen Erkäntniß zu reguliren, und davon zu urtheilen ist: ad 5) der vol. 1. fol. 157. befindliche mütterliche Nachlaß billig taxiret werden sollen, welches aber unterblieben, und nicht mehr vorhanden ist, dahero nunmehr nichts mehr übrig, als daß die Taxe auf das iuramentum in litem, salua moderatione, ausgesetzet werde, welches auch ad 6) zu sagen, zumahl es lediglich bey dem liquidato lieget, die conferenda zu specificiren, und er solche allen Vermuthen nach wohl wissen muß, und da er solches zu thun sub obtentu documentorum amissorum sich weigert, er in contumaciam leiden muß, daß solche mediante iuramento in litem bestimmet werden, wie zu dem Ende auch eine moderation dabey gemachet ist, weil der Bogen ziemlich hoch gespannet ist, dabey iedoch eines Theils billig ist, daß das Richtersche Capital, so die Mutter contrahiret haben soll, davon abgezogen werde, welches zwar liquidanten schlecht weg leugnen, dazu aber keinen zureichenden Grund angeben, woferne der Ursprung des Capitals angegebener massen beygebracht werden solte: andern Theils auch die Zinsen von der legitima denen liquidanten billig passiret werden müssen, da solches iuris ist, und ihnen loc. all. nicht aberkant sind, endlich ad 7) bey dem grosväterlichen n. 3. und 4. zwar das pretium des Gartens aufgeführet worden, hier aber anitzo die Frage von Garten-Zins ist, so mit jenem nicht zu meliren ist. *Ad L. V. T. III.*

So hat auch dieserwegen, als geschehen, erkant werden müssen.

So viel aber (IV) das Vater-Brüderliche Vermögen betrifft, obwol überhaupt liquidatus dabey erinnert, daß der Bruder Joh. Gustav in anno 1727. zu Potsdam verstorben, und ein gerichtlich Testament hinterlassen, worin er ihn zum Erben instituiret, mithin liquidantes daran nichts prætendiren können, zumal was man durch das fol. 193. b. act. commiss. befindliche Schreiben wegen reuocirung des Testaments vorgeben wollen, nicht zum Stande gebracht, und bekant ist, daß ein testamentum iudiciale seine Krafft behalte, wenn es aus denen Gerichten nicht zurück gefordert werde.

Weil aber dennoch bey dieser prætension es lediglich auf die Gültig- oder Ungültigkeit des quæstionirten Testaments ankomt, und ehe solches ausgemachet, keine Anforderung an dieser Verlassenschafft gemachet werden kan, so billig ad separatum zu verweisen, weil solches eine besondere Erbschaffts Klage betrifft, mithin denen liquidanten obliegen will, daß, wenn sie den liquidaten Anspruch Rechtens dieserwegen nicht erlassen wollen, sie sofort ihre Klage gebührender massen einbringen, welche ohne grossen Aufenthalt zu erörtern ist, damit die liquidation unter denen Partheyen endlich einmal zum Stande kommen möge.

So hat diese liquidation ausgesetzet werden müssen.

Anlangend (V) die besondern von liquidanten fol. 16. b. act. commiss. angegebenen Schulden nebst denen von liquidaten formirten Gegen-Prætensiones, obwol 1) liquidatus die Posten sub n. 1. et 2. eingeräumet, iedoch bey dem Post a 1500. Thlr. eingewandt, daß solche

Ad L. V. T. III.

che Post aus Zinsen bestanden, welche von der Richterschen Obligation, so von der liquidanten Gros-Mutter gemachet, herrühreten, also solche Zinsen vsque ad obitum derselben aus derselben Verlassenschafft genommen werden müssen, hiernächst 2) bey n. 3. vsque 11. liquidatus leugnet, daß er sich jemahls dieserwegen mit liquidanten Vater berechnet, insbesondere aber bey n. 6. und folgenden Posten allerhand exceptiones ratione liquidi angegeben, so, daß solche als illiquid geachtet werden möchten; und so viel die fol. 130. formirte Gegen-Prætensiones, ausser denen, so bereits oben bey dem grosväterlichen angeführet sind, betrifft, 3) liquidatus sub n. 1. 2000. Capital angegeben, so dem ältesten Bruder Johann Gustav von Kauf. Pretio des quæstionirten Lehn-Guths zuerkant worden, welche aber der liquidanten Vater dergestalt gehoben haben soll, daß er liquidaten davon 1000. Thlr. heraus geben, und die andern 1000. Thlr. an seiner Erb-Portion abrechnen solle, dahero liquidantes zu deren Vergütung dem liquidato vt vnico heredi fratres verbunden: 4) daß sub n. 2. 54. Thlr. Miethsgelder laut Quittung fol. 150. liquidanten Vater gehoben, und cum vsuris zu refundiren schuldig sey: 5) daß von den Dohrenburgischen Amts-Hauptmanns Gefällen, der liquidanten Vater 1241. Thlr. 22. Gr. ingleichen ihre Mutter 500. Thlr. gehoben, laut fol. 151. befindlichem Attestat: 6) daß der liquidanten gewesener curator der Herr Geheimde Rath von R. besage Attestat sub lit. K 250. Thlr. empfangen, so liquidantes dem liquidato erstatten müssen: 7) daß wegen der Quittungen, so der liquidanten Vater von Halle eingesandt worden, liquidanten Rechnung ablegen, und reliqua præstiren, nicht weniger wegen derer bey dem Wechsel a 750. Thlr. angeschlagenen ungebührlichen Posten Satisfaction geben müssen: 8) daß liquidanten, wegen der von ihrem Vater an sich genommenen effecten, und was ihre Mutter in des liquidati Logiment in Garten sich angemasset, den Werth zu bezahlen schuldig wären.

Dieweil aber dennoch ad 1) liquidatus die Posten sub n. 1. et 2. einräumet, und was er bey denen 1500. Thlr. erinnert, darauf ankommen wird, ob das Richtersche Capital von der Mutter gemachet sey, da alsdann es denen Rechten gemäs ist, daß die Zinsen bis zu deren Tod aus ihrer Verlassenschafft gefordert werden müssen; ad 2) es auf die documenta sub N et O ankommen wird, welche zu dem Ende in originali produciret, und saluis exceptionibus recognosciret werden müssen, übrigens was vor exceptiones bey n. 6. und folgenden opponiret worden, solche um deswillen in keine consideration zu ziehen, weil diese Posten als liquid in dem Classifications-Urthel zuerkant sind, und solches respectu liquidati in rem iudicatam ergangen, also nunmehro weiter nicht darüber litigiret werden kan; ad 3) die liquidanten aus denen Rotzischen Acten dargethan, daß ihr Vater den 4. Nov. 1726. das quantum der 1753. Thlr. 21. Gr. beschworen, und dahero solches als liquid zu achten, woran liquidatus keinen Antheil haben kan, was aber des ältesten Bruders 2000. Thlr. betrifft, wiederum aus denen Acten wahrzunehmen, daß er solche beschwören sollen, gleichwol nicht erhellet, daß solches geschehen sey, also noch zur Zeit darüber nichts zu verlässiges erkant werden mögen, bevorab da liquidanten von dem angegebenen pacto nicht wissen wollen, und man nicht absehen kan, ob liquidatus die Post, die liquidanten Vater beschworen, mit denen 2000. Thlr. vor eins halten, oder davon separiren wollen, allenfalls auch dieser Punct auf den valorem des Testaments noch mit beruhet; ad 4) liquidatus zuförderst die Original-Quittung zur recognition produciren, und liquidanten mit ihren exceptionen darüber gehöret werden müssen; ad 5) et 6) liquidanten die Posten nicht einräumen, und da das attestatum fol. 151. dubitatiue redet, liquidatus solche Posten besser als geschehen beybringen muß, bevorab da bey dem Post sub n. 4. nichts mehr als 125. Thlr. eingeräumet werden, wegen des übrigen aber, daß das Geld nicht erfolget sey, eingewandt ist; ad 7) liquidanten wiederum leugnen, daß ihr Vater Gelder von liquidato gehoben, davon sie Rechnung ablegen müssen, und also solches erst specifice darzuthun, übrigens die 750. Thlr. in iudicato beruhen, und dahero darüber keine weitere dispute zu verstatten, endlich ad 8) ebenfalls von liquidanten nicht eingeräumet ist, daß ihr Vater oder Mutter sich iemahls der quæstionirten effecten angemasset, so abermahls zuvor zu erweisen ist, und weil endlich liquidatus beständig in actis vrgiret, daß ihm die documenta und Urkunde præripiret worden, und deswegen eine eydliche Specification von liquidanten gefordert, welches inter coheredes niemande zu versagen, auch solche zuerkant werden müssen, damit liquidato alle fernere Ausflüchte ratione probationis abgeschnitten werden.

So ist auch dieser Posten wegen, wie geschehen, zu sprechen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MAIO MDCCXXXVIII.

DECISIO

DECISIO CL.

Ad L. V. T. III.

THEMA.

Consanguinitas pro fundanda hereditatis petitione ex fama plene probari potest.

SVMMARIA.

Attestata non semper consanguinitatem probant n. 1.

Attestatum generale de nomine alicuius gentis, consanguinitatem non infert n. 2.

In genealogicis leuiores probationes admittuntur n. 3.

Fama ad probandam consanguinitatem multum confert n. 4.

Iuramentum suppletorium ad casum semiplenæ probationis pertinet n. 5.

Als dieselbe uns erhobene Klage, dagegen eingewandte exceptiones und ferneres rechtliche Einbringen in Sachen Substituten Anwalden der verwittibten Frau Amts-Vogtinne von S. Klägerin an einem, und des Herrn Burgermeisters D. I. A. C. Beklagten am andern Theil, in dem zurück kommenden fasc. act. &c.

Würde Klägerin eydlich erhalten, und daß sie diejenige A. M. sey, deren Vater D. A. H. G. die Mutter aber M. I. B. zu L. gewesen, in supplementum schwören, so hat sie sich zur Nothdurfft ad causam legitimiret, und ist alsdann Beklagter auf die erhobene Klage sich einzulassen schuldig, worauf ferner ergehet was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Als denen beyden exceptionibus cautionis et legitimationis ad processum bereits abgeholffen, so ist unter denen Partheyen allein noch über der exceptione legitimationis ad causam weiter verfahren worden, nachdem zu des Herrn D. H. verstorbenen Ehe-Frau Verlassenschafft die Frau Klägerin, als derselben Mutter Halb-Schwester, sich angegeben, von dem Beklagten aber, so sich als der verstorbenen Vatern Bruder zu der Erbschafft legitimiret, solches in Zweiffel gezogen worden.

Ob nun wol Klägerin die angegebene Consanguinität erweisen müssen

PACION *de probat. lib. II. c. 12. n. 5.*

auch solchen Beweiß übernommen, und zu dem Ende in replicis durch das documentum sub B de anno 1691. dargethan, daß A. H. G. Kayserlicher Rath und Comes Palatinus
1 dreyen Frauens geheyrathet, und zur andern Ehe M. I. B. gehabt, mit welcher er eine Tochter A. M. gezeuget, deren Schwester aus der dritten Ehe die Mutter von der verstorbenen D. H. gewesen, dabey denn die Klägerin vorgegeben, daß sie eben die A. M. G. sey, die in dem documento sub B genannt ist, dennoch Beklagter solches nicht zugeben wollen, sondern ihr darüber status controversiam mouiret, solches auch aus dem Trau-Schein sub C so wenig als aus den andern documentis beygebracht worden, immassen sie zwar in dem Trau-Schein A. M. eine gebohrne G. genant worden, dennoch der Prediger, so solchen ausgestellet, diesen Namen von ihrem eigenen Angeben haben müssen, und darüber also keine Gewißheit haben können, ob sie diejenige A. M. G. sey, die von denen beyden gedachten Eltern gebohren, darneben das documentum sub D des Land-Gerichts zu D. nur generaliter attestiret, daß es daselbst bekant sey, daß die Klägerin eine gebohrne G. sey, und A. M. heisse, welches nicht zureichend seyn will, die angegebene cognationem zu erweisen, wie
2 denn auch das Notifications-Schreiben des Herrn D. H. daß seine Frau verstorben, und er ihr solches wegen der nahen Anverwandtschafft in documento sub G notificiret, zu diesem Beweis nicht zureichet, weil daraus abermahl nichts mehr, als daß sie eine Anverwandtin von seiner seligen Frauen, nicht aber daß sie deren Mutter Halbschwester gewesen, erhellet, so, daß es nach wie vor an der legitimatione ad causam fehlet, und Beklagter dahero sich auf die Klage einzulassen, nicht schuldig erachtet.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil soviel aus dem attestato sub B offenbar ist, daß der verstorbenen Frau D. H. Mutter Halbschwester A. M. G. geheissen, welche von A. H. G. und M. I. B. gebohren, die Klägerin aber als eine gebohrne G. und nahe Anverwandtin von der verstorbenen D. H. agnoscirt worden, wie das Notifications-Schreiben sowol als die übrigen documenta klar bezeugen, und darthun,
3 daß sie A. M. G. geheissen, und solches in D. gantz bekant gewesen, famam autem multum facere

Ad L.V. T.III. facere ad consanguinitatem probandam notum est,

4

CARPZ. *lib. III. resp. 65. n. 9.*

quæ etiam in tali causa inducit semiplenam probationem

IDEM *cit. l. n. 10.*

und also sehr wahrscheinlich ist, daß sie eben diejenige A. M. G. sey, wovor sie sich ausgegeben, auch sonst bekant ist, daß in genealogicis mehrentheils leuiores probationes zugelassen werden, quod vtplurimum difficilis probationis censeantur

c. 13. de probat.

PACION. *de probat. lib. 2. c. 38. n. 40.*

CARPZ. *P. 3. c. 18. def. 29. n. 7.*

IDEM *lib. III. resp. 65. n. 5. sqq.*

wenigstens also soviel hieraus erhellet, daß die Klägerin halb erwiesen, daß sie der verstorbenen D. H. Mutter Halbschwester A. M. G. sey, welchen Namen sie beständig geführet, unter solchem getrauet, und sonsten von andern davor erkant worden, so daß, wenn sie in supplementum schwören wird, daß ihr Vater A. H. G. und ihre Mutter M. I. B. gewesen, welches sie am besten wissen muß, alsdann sie sich ad causam zur Gnüge legitimiret haben wird, zumal auch sonsten in andern Fällen, vbi aliquid in genere probatum, dieses iuramentum zu Beweisung specialioris determinationis zugelassen wird.

c. 32. X. de iurei.

Als sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IANVAR. MDCCXLVI.

DECISIO CLI.

THEMA.

Quando absens ad effectum deferendæ successionis pro mortuo habeatur?

SVMMARIA.

Post exactum septuagesimum annum quis mortuus censetur n. 1.

Absentis bonorum cura proximo consanguineo concedenda n. 2.

Mors aliquando ante septuagesimum annum ex coniecturis inducitur n. 3.

Veluti si quis insignia bona a tutoribus per longum tempus non petiit n. 4.

DD. in determinandis annis, vnde mors inducitur, admodum variant n. 5.

Cura bonorum absenti propriorum proximo consanguineo debetur, eorum vero, quæ in absentia ex hereditate ipsi delata omnibus coheredibus debetur n. 6.

Hereditas non delatione, sed aditione ab extraneo acquiritur n. 7.

Als derselbe uns übergebene Interuention und darneben erfolgtes Verfahren in Sachen der M. H. Præsumtiv-Erben, Interuenienten an einem, und derer G. Erben, Interuenten am andern Theil, in denen zwey zurück kommenden volum. act. nebst einer Frage ꝛc.

Daß der Interuenienten Suchen nicht statt finde. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Interuenienten ihren gantzen Grund darin setzen, daß ihrem Vetter, vor dessen Præsumtiv-Erben sie sich ausgegeben, eine Erb-Portion von der in anno 1740. verstorbenen E. I. Hinterlassenschafft angefallen, dieses auch dessen coheredes agnosciret, und weil er von langer Zeit abwesend ist, ihm einen curatorem bestellen lassen, welchen sie dessen Erb-Portion zur administration übergeben, zumal er noch das 70. Jahr nicht erreichet, sondern erst im 60sten Jahr ohngefehr, wenn er noch leben solte, sich befinden wird, dem ohngeachtet man von Seiten der übrigen I. Erben, nachdem wider Vermuthen noch ein coheres, diuisa iam hereditate, sich gemeldet, und seine Erb-Portion gesuchet, auf die Gedancken gerathen, den M. H. Theil dem neu angekommenen Mit-Erben V. von B. zu übergeben, welchem aber die Interuenienten sich widersetzet, und angeführet, daß sie des abwesenden M. H. præsumtiui heredes wären, und wenn derselbe nicht wiederkommen, und das 70ste Jahr erreichet haben solte, alsdann diese Erb-Portion auf sie verfallen müste, zumal eines Theils man billig in dubio davor halten

halten müsse, daß er bishero noch gelebet, da er kaum das 60ste Jahr seines Alters erreichet, und also hoc supposito gewiß ist, daß ihm die G. Erb-Portion angefallen, und zu seinem Vermögen gehöre, quando enim de vita vel morte non constat, eius mors non aliter præsumitur, quam post exactum septuagesimum annum,

CARPZ. *P.3. c.15. def.57.*

BERGER *P.2. resp.166. circa fin.*

inzwischen aber die cura bonorum des absen-
2 tis nächsten Præsumtiv-Erben denen Rechten nach zustehe,

CARPZ. *P.2. c.25. def.48.*

FAB. *in C. lib.5. tit.40. def.12.*

zu welcher cura sie, die Interuenienten, nunmehro um destomehr zu greiffen nöthig befinden, weil des abwesenden H. coheredes über den I. Antheil sub cautione zu disponiren, und solche V. von B. auszuliefern intendirten, gestalt denn auch bereits dem gesetzten curatori dessen Erb-Portion in die Gerichte zu lieffern anbefohlen, und also demselben die cura wieder genommen worden, wozu sie nunmehro als die nächsten sub cautione zuzulassen seyn möchten, nachdem ihnen solcher Erbtheil, wenn er nicht wieder kommen solte, mit dessen Güthern zugehören, das ius accrescendi aber bey denen Interuenten excludiren würde, weil solche nicht ausgefallen, sondern vielmehr pro acquisita zu halten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus denen acten wahrzunehmen, daß M.H. nachdem ihm sein Vater und Mutter in der Jugend durch den Tod abgegangen, und er in die Vormundschafft gerathen, im 14ten Jahr seines Alters sich davon gemachet, und obwol vorgegeben worden, daß er nach wenig Jahren als Soldat wieder-
3 kommen, und wieder abgereiset, doch solches nicht erwiesen, vielmehr nunmehr auf 46. Jahr er abwesend gewesen, und man inzwischen von ihm nichts vernommen, dergestalt nicht anders zu schliessen, als daß er von vielen Jahren her bereits todt gewesen seyn müsse, zumal er bey seinem Vormund gleichwol ein gutes Vermögen nach sich gelassen, welches, woferne er seine maiorennität erreichet haben solte, er ohne Zweiffel abgefordert und nicht in Striche gelassen haben würde, als dessen er höchst benöthiget gewesen, er auch keine Ursache, sich zu cachiren, und seine retour zu verabscheuen gehabt, so, daß jedermann nicht
4 anders schliessen wird, als daß M.H. nachdem er die höchste Nothwendigkeit wegen seines Vermögens wieder zukommen gehabt, vorlängst verstorben seyn müsse, man auch auf das 70ste Jahr nicht præcise zu sehen verbunden ist; etenim iudicis arbitrio id relinquendum, ex quo in iure hoc tempus determinatum haud est. Ex præsumtionibus enim *Ad L.V.* et coniecturis, cuius scilicet ætatis fuerit *T. III.* absens, quando abesse cœperit, quamdiu abfuerit, quo in loco et cuius rei causa profectus fuerit, iudex informatus tuto hoc ipsum decidere poterit

CARPZ. *P.III. c.15. def.57. n.9. sqq.*

welche Meinung um desto vernünfftiger ist, als die interpretes in determinatione annorum absentiæ sehr dissentiren, wie

apud BARTHIVM *dissent. in praxi* 5
cent. V. diss.439.

zu ersehen, und obzwar der Lieutenant von B. so gar nach den 70sten Jahr wieder gekommen, iedoch solches um desto ehender geschehen können, weil er keine dringende Ursache zu retourniren gehabt haben mag, und ohne Zweifel gar nicht wieder kommen seyn würde, wenn er nicht von dem Anfall der I Erbschafft Nachricht erhalten, welches sich gantz anders bey
5 M.H. befindet, den seine Güther ohne Zweifel zurück beruffen, wenn er nicht vorlängst gestorben wäre, allenfalls er doch wenigstens in 46 Jahren Nachricht von seinem Leben geben können, wenn er noch gelebet hätte, so, daß der I. Erbtheil ihm nicht einsten angefallen, sondern nach wie vor in der I. Erbschafft verblieben, ohnerachtet man zum Ueberfluß ihm einen curatorem bonorum über diese Erb-Portion gegeben. Ja, wenn man auch setzen wolte, daß er nach der gemeinen Meinung noch zu leben præsumiret werden müste, dennoch wegen dieser Erb-Portion die Interuenienten die curam absentis nicht fordern können, angesehen ein grosser Unterschied unter dessen eigenen Güthern, und denen von Bluts-Freunden ange-
6 fallenen Erbtheilen zu machen, da jene zwar ohnstreitig denen Præsumtiv-Erben des absentis sub cautione in die curam zu geben, diese aber vielmehr der curæ derer Mit-Erben zu überlassen, als welche allein dabey interessiret sind, anerwogen wenn der Abwesende M. H. nicht wiederkommen solte, ihnen dieser Antheil, als pars deficiens, iure accrescendi anfallen würde, weil derselbe ex sola delatione nicht Erbe seyn kan, sondern ad acquirendam hereditatem in extraneo die hereditatis aditio erfordert wird, vtignoranti acquiri non possit, non adita vero hereditas ad heredes eius transmitti nequeat, also die coheredes absentis propter ius accrescendi dabey allein interessiret sind, bevorab da diese zur caution, dazu bereits alle Anstalt vorgekehret, ebenfalls
7 verbunden sind, und wenn der absens wieder kommen sollte, er dabey nichts risquiret.

So sind wir geschehener massen zu erkennen, und weil Interuenienten doch ein responsum und sonsten etwas vor sich haben, die Unkosten zu übergehen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE SEPTEMBR. MDCCXLV.

Ad L. V. T. III.

RESPONSVM CLII.

THEMA.

Ex vnione prolium oritur hereditatis petitio pactitia.

Vid. Tit. IV. Resp. LIX. Th. 2.

RESPONSVM CLIII.

THEMA.

Iudicis officium est lite super hereditate mota possessorem ad inuentarium, et iuramentum manifestationis adigere.

Vid. Tit. IV. Resp. LXI. Them. 4.

DECISIO CLIV.

THEMA.

Possessor hereditatis debita hereditaria exigit, ipse vero ad inuentarium adstringitur.

Vid. T. IV. Dec. CCCLXXXII. Them. 4.

DECISIO CLV.

THEMA.

Hildesiæ mulieri extra ciuitatem habitanti maritus de iure communi succedit, licet prædium sub iurisdictione ciuitatis possideat.

Vid. T. IV. DLXXXII. Them. 2.

RESPONSVM CLVI.

THEMA.

Vniuersitas relicta magis hereditatem quam legatum infert.

Vid. T. IV. Resp. DCXLV. Them. 2.

DECISIO CLVII.

THEMATA.

I. Res vindicanda specifice designanda.

II. *Positiones dummodo præsumtionem inferant, tanquam releuantes in dubio admittuntur.*

SVMMARIA.

Res, quæ petitur, specifice designanda n. 1. 3.
Positiones irreleuantes reiiciuntur n. 2.
Positiones, quibus eliditur exceptio rei, sunt releuantes n. 4.
Pro dominio, quod olim alicui competiit, tamdiu præsumendum, donec reus nouum titulum allegauerit n. 5.

Positiones præsumtionem aliquam inferentes sunt admittendæ n. 6.

Als die Herren uns interponirte nullitatis siue iniquitatis dictiones und ferneres Vorbringen in Sachen B. und dessen Gerichts-Herrn von S. Klägern am einem, und der Gebrüdere S. Beklagten am andern Theil, in dem zurück kommenden fasciculo act. &c.

Daß es beyderseits eingewandten nullitatis et iniquitatis dictionis ohngehindert bey dem n. 11. befindlichen und den 13. April 1743. eröffneten Urtheil billig zu lassen, und weil Kläger wegen des deferirten und bereits erkanten iuramenti specialis malitiæ gewisse positiones n. act. 15. formiret, so sind Beklagte Einwendens ohngehindert, nach vorgängigen der Klägere iuramento dandorum, sub pœna confessi et conuicti præuio iuramento respondendorum darauf legaliter zu antworten schuldig, worauf alsdann ferner ergehet was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger vermeinen will, daß er gnugsam bestimmet, was man unter der B. Länderey, und zu gemeldeten Erbe gehörenden sogenanten Klag-Kampfs mit seinen Anschüssen suche und begehre, zumal derselbe in dem extractu des Landmessungs-Protocolli ausdrücklich benant, welcher auch ab antiquo mit Zaunen umschlossen gewesen, noch diese Stunde der Klag-Kampf genant werde, und also seine eigentliche Gränze gehabt; allenfalls solches noch klärer aus denen positionibus erhellen würde. Beklagte hergegen bey dem deferirten iuramento speciali malitiæ erinnert, daß solches irreleuant sey, zumal Klägere keine gewisse Zeit determiniren können, wenn solche Länderey von dem B. Erbe gekommen seyn solle, gleichwol es allhier auf das Jahr 1667. ankomme, und aus dem retractu prouinciali klar sey, daß, wenn die quæstionirte Länderey von diesem Jahr davon veräussert worden, die Klage cessire, mithin die Frage voritzo nicht sey, ob es vordem ein pertinens von der Klägerer Guth gewesen, wohin doch vornemlich das iuramentum malitiæ gehe, sondern ob solches post dictum annum davon veräussert worden, allenfalls auch Klägeren die præscription entgegen stehe, da Beklagte das quæstionirte Land über ein seculum besessen, und obwol Klägere nunmehr gewisse positiones zu Behuf ihrer Absicht übergeben, dennoch dagegen vorgestellet ist, daß solche weder zum Beweise der Retracts-Klage, noch zur elidirung der præscription etwas beytragen könten, vielmehr ebenfalls vor irreleuant zu achten, quæ autem iurata non releuant, ad iuramentum non sunt admittenda, adeoque impertinentes positiones reiiciendæ, 2

c. 8. X. de except.

STRYK *in vs. mod. tit. de interr. in iure fac. §. 53.*

zumal in denen positionibus mit keinem Worte gedacht werde, ob die quæstionirte Länderey tempore conscriptionis der contribuablen Pertinentien zu dem B. Erbe gehöret, worauf es doch ankomme, auch aus dem extractu protocolli ad n. 6. nicht beygebracht, weil man damahls nur, was angegeben worden, ohne Untersuchung protocolliret, dergestalt also die positiones ebenfalls vor irreleuant zu achten, zumal wenn gleich pos. 1. 2. 4. 10. und 12. wahr seyn solten, dennoch Kläger ihren Endzweck daraus nicht erreichen könten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch Kläger unter der Benennung

Ad L. VI. T. I.

Benennung des Klag-Kampfs und deren Anschüsse nicht deutlich genug und specifice angezeiget, was er eigentlich vor Länderey und sub quibus finibus solche circumscribiret seyn,
3 suche, allermassen die appellation der Anschüsse gar zu general ist, cum tamen res, quæ petitur, debeat certa esse et designari,

l. 6. D. de rei vind.

auch in dem extractu protocolli nur generaliter des Klag-Kampfs gedacht wird, übrigens ob zwar solche pertinentien in den positionibus etwas specialius designiret sind, dennoch zu erwarten stehet, was die Beklagte sub iuramento respondendorum darauf antworten werden, also Kläger besser gethan hätte, wenn er sich zu einer genaueren Bestimmung so fort bequemet und solche ad acta gebracht, zumahl wenn er gleich obtiniren solte, alsdann leicht von neuen darüber Streit mouiret werden kan, was vor Stücke eigentlich unter den B. pertinentien begriffen, wie dann selbsten nach des Klägers ad n. 6. beygelegten Riß die Anschüsse von dem Klag-Kampf unterschieden, und diese in dem extractu protocolli nicht benennet worden, also die eigentliche Länderey specialius anzuweisen, und dessen fines anzuzeigen. Und so viel des Beklagten grauamina betrifft, so wenig in totum als pro parte das zuerkante iuramentum malitiæ, und die nachgehends darauf gegründete positiones vor irrelevant zu achten, zumahl eines Theils daraus ersichtlich, daß bereits in a. 1711. und vorher dieserwegen Streit gewesen, dessen Acten aber, welche dieser Sache ein grosses Licht geben würden, sich nicht finden wollen, und weil Beklagte alles ins Leugnen gestellet, daraus
4 vors erste die exceptio præscriptionis wird elidiret werden können, hiernechst aber daraus noch specialius erkant werden wird, was vor Länderey vormahls zu dem B. Erbe gehöret, und Klägere unter denen petitis pertinentiis verstehen wollen, drittens Klägere nicht allein ex retractu prouinciali, sondern auch ex capite nulliter factæ alienationis die quæstionirte Länderey vindiciret, wovon in denen positionibus nicht wenige momenta angegeben sind, und wenn dieses Letztere aus der Antwort ad positiones erhellen, und daß solche Ländereyen vormahls zu dem B. Guth gehöret, herausgebracht werden solte, Kläger vieles vor sich haben würde, quod probato, se olim dominum fuisse, adhuc se dominum esse præsumatur, donec reus exceptionem, se 5
postea dominium legitime acquisiuisse, probauerit,

l. 9. D. de rei vind.

also hier nicht allein auf den retractum prouincialem, sondern vornemlich mit darauf zu sehen, ob alle die von Klägern gesuchte Länderey vormahls zu des B. Guth gehöret, davon aber vel in totum vel pro parte nulliter ohne Gerichts-herrlichen Consens veräussert worden, wohin vornemlich die positiones gehen, welche auch in dubio billig zu admittiren, und genug seyn kan, si modo præsumtionem inferunt positiones, licet directo non probent. 6

STRYK *cit. l. §. 53.*

MASCARD *de probat. concl. 1177. n. 15.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXLV.

DECISIO CLVIII.

THEMATA.

I. Incertæ partis vindicatio an admittatur?
II. *Libri censuales contra tertium non probant.*

SVMMARIA.

Situs rei, quæ petitur, an specifice designandus? n. 1.
Aliquando incertæ partis vindicatio admittitur n. 2.
Recessus visitationum publicam fidem habere videntur n. 3. 8.
Res satis demonstrata, si de distructu, intra quem sita, constat n. 4.
Ex matricula ecclesiæ dominium eiusdem probatur n. 5.
Olim leuiori pretio res locatæ n. 6. 10.
Mutatio non præsumitur n. 7.
Vox: Miede, *locarium, an censum denotet?* n. 9.
Vox: canon, est generalissima n. 11.
Confessio prælati erronea non nocet ecclesiæ n. 12.
Emphyteusis ex vniformi per XXX. annos canonis solutione non inducitur n. 13.

In

In probando dominio res distincte demonstranda n. 14.
Et obscura est, si plures res eiusdem nominis adfuerint n. 15.
Census arguit possessionem agri n. 16.
Dominium quando per testes probetur? n. 17.
Libri censuales contra tertium non auditum haud probant n. 18.
Imprimis si aliæ circumstantiæ iis repugnant n. 19.
Census ex uniformi quantitate arguitur n. 20.
Elisio rationum dubitandi n. 21.
Præstatio census olim varias causas habuit n. 22.

Ad L. VI. T. I.

Auf interponirte Appellation, deren Iustification und erfolgtes Verfahren in Sachen des Inspectoris zu S. V. S. Klägers und Appellanten an einem, A. A. von J. und dessen Curatoris Beklagten und Appellaten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß in erster instantz wohl gesprochen, übel davon appelliret, und dannenhero die sententia a qua schlechterdings zu confirmiren, beyderseits Schriftstellern aber die in actis befindlichen Anzüglichkeiten verwiesen wird, unter der Verwarnung, daß sie künftig bey Vermeidung härterer Ahndung sich deren enthalten sollen, und sind die von des Appellaten aduocato fol. 218. 407. und 651. liquidirte deseruita gestalten Sachen nach auf die Helfte zu mäßigen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

1 Weil die formalia, aller dagegen gethanen Vorstellung ohngeachtet, bereits fol. 212. rechtskräftig als richtig erkant worden, ist darüber, wie sonst gewöhnlich, hier nicht weiter erkant worden. So viel aber die materialia betrifft, erhellet ex actis, daß der Appellant ein gewiß Land, so über dem Alandfluß beym Unterdieck, nach dem bey denen Acten befindlichen Riß, gelegen, und der Appellat bißhero besessen, nunmehr aber vor 70. bis 80 Thlr. miethsweise austhun wollen, von wegen der Kirchen als eigenthümlich in Anspruch genommen und vorgegeben worden, als ob der Appellat solches pachtweise besitze, und als nach erfolgten Verfahren eine absolutoria f. 167. erfolget, hat Kläger davon appelliret. Ob nun wol 1) ratione obiecti litis eiusque certitudinis appellant angeführet, daß nach denen Visitations- recessen das Kirchen-Land quæstionis über dem Aland bey dem Unterdieck liegen müsse, der Appellat aber zugestehet, daß er nach dem Abriß den gantzen Unterdieck besitze, wosethst nothwendig das gantze Kirchen-Land seyn müsse, auch nicht hindere, daß die Stadt S. wo die recesse gemachet, nebst dem Unterdieck disseits des Alands liege, die recesse aber das Land über den Aland setzen, zumahl der Augenschein darlege, daß bey der Stadt der Aland eine Krümme mache, und man also zweymahl den Aland passiren müsse, wenn man gerades Weges nach den Unterdieck gehen wolte, also an der geschehenen demonstration nichts zu erinnern sey, zumahl aus dem in Riß bezeichneten Ort sonsten kein Unterdieck oder Ort anzutreffen, so diesen Namen führe oder iemahls geführet, auch sonsten die ratio denominationis demjenigen Lande, so anitzo Unterdieck, wegen des dabey hergehenden Teiches, heisset, allein zukommen könne, so auch durch die fol. 630. eydlich abgehörte Zeugen bestätiget, darneben ad art. 25. angezeiget ist, daß der Appellat daselbst vor an. 1727. auch einen Cossaten J. S. gehabt, welcher ebenfals ex ratione situs den Namen von Unterdieck geführet, also wohl 2) ausser Streit sey, daß das Pfarrland daselbst und zwar über den vorigen Cossaten-Hof liegen, und solches Appellat besitzen müsse, zumahl seine Vorfahren, die Wellen, deren Güther in Concurs in vorigen Seculo von einem von J. nach denen documentis sub R. sqq. erstanden sind, beständig davon die 7 fl. 6 Schill. 6 Pf. gezahlet, und Appellat ohnstreitig noch zahlet, welches nicht geschehen seyn würde, wenn solches Land vormahls nicht mit denen übrigen Wellischen Güthern auf seine Vorfahren gekommen und beym Unterdieck gelegen wäre, und da nun 3) gewiß seyn möchte, daß Appellat das gantze Land, den Unterdieck genannt, besitze, er nothwendig das in dem visitations-receiss benannte Land besitzen, und allenfals unter seinem, wenn nicht der gantze Unterdieck nach dem Abriß dazu zu rechnen, vermenget seyn müsse, auch gantz bekant sey, quod, vbi de possessione constat, etiam rei incertæ ex iusta causa detur vindicatio. 2

l. 76. §. 1. D. de rei vindic.
l. 43. pr. de acquir. vel amitt. poss.
l. 8. §. ii. comm. diuid.

Hierüber 4) die visitations- recesse publicam fidem haben und absonderlich der de a. 1600. dahin zu ziehen, welchen Appellat selbsten als das vornehmste principium regulatiuum annehme, in welchem die Redensart: über dem Aland der Unterdieck oder bey dem Unterdieck vorkommt, wiewol auch die vorigen recesse de a. 1541. 1551. und 1581. gleiche vim probandi hätten, und der recess de an. 1600. welcher aus den vorigen genommen, erkläret werden müsse, keinesweges auch 5) gesaget werden könne, daß der recess de an. 1541. worin das Pfarr-Land der Unterdieck genannt wird, dem recessui de an. 1600. zuwider sey, ob wol darin des 3

ad L. VI. T. I. Landes bey dem Unterdieck Meldung geschehe, weil beyde Benennungen sano sensu wohl beysammen stehen könten, und gar ofte geschiehet,
4 daß zwey Stücke, welche in einem Strich weg oder beysammen liegen, unterschiedliche Namens führeten, wie hier das eine Stück, das Probsts Viertel über dem Aland, das andere ein Ort Landes von Acker und Wiesen über dem Aland der Unterdieck genannt, benahmet worden, also daraus klar sey, daß das objectum litis seine Richtigkeit, und solches Appellat in possess habe. Hiernechst, so viel 6) das Kirchen-dominium an dem Unterdieck betrifft, welches Appellat geleugnet, solches abermahl aus denen alten recessen erwiesen werden könne, anerwogen in der matricul de a. 1541. ausdrücklich zweymahl stehe:

welches auch dieser Pfarre eigenthümlich ist,

ingleichen nochmahls:

ist auch der Pfarre eigenthümlich und hat D. W. vor 1 Marck Zinses zur Miede,

nicht weniger in der matricul de a. 1551. zwey-
5 mahl gedacht wird, daß M. W. solches Land in Miethe an sich gebracht, oder in Miethe habe, woraus denn klar sey, daß eines Theils der Kirchen zu S. das Eigenthum daran zustehe, andern Theils, daß M. W. solches in Pacht gehabt, sich auch 7) niemand an dem geringen Pacht-Zinß stossen dürffe, weil der Unterschied
6 der Aecker und Geldes zwischen den alten und itzigen Zeiten sehr groß sey, und was vormahls um ein geringes verpachtet worden, vorietzo um ein grosses verpachtet werden könne. Uebrigens 8) dieser visitations-recess de an. 1541. der Grund von denen übrigen sey, und diese als relata daraus erkläret werden müssen, so daß, ob gleich in recessu de anno 1581. und 1600. nur des Geldes, so jährlich von dem quæstionirten Kirchen-Lande gezahlet werde, gedacht ist, jedoch dieses nach dem recessu de an. 1541. vor ein Pacht-Geld so lange gehalten werden müsse, bis Appellat, daß hiebey eine Veränderung nachgehends vorgegangen, und
7 solche Hebung in einen simplicem censum verwandelt sey, erwiesen habe, cum mutatio non præsumatur, sed ab allegante probari debeat, bey solcher Beschaffenheit aber Appellat sich 9) auf das fol. 520. befindliche rescriptum regium nicht beziehen könne, als welches de casu dubio, da man so wenig de ipso dominio eines Landes als de qualitate der davon zu zahlenden pension Nachricht habe, zu verstehen, so hier beydes nicht fehle, nachdem aus dem recessu de a. 1541. und 1551. erhelle, daß das quæstionirte Land der Kirchen zustehe, und das davon zu zahlende Geld ein blosses Pacht-Geld sey, welche recessus überdem ihre Autorität niemahls verlohren, beym hochlöblichen Consistorio aufbewahret zu befinden, und in originali vorhanden seyn, ja die Erklärung dem recessui de an. 1600. geben müssen, ob gleich
8 auf dasselbe in defensione causarum vornemlich nach dem rescripto de anno 1711. gesehen werden müsse, bevorab, da 10) noch ausserdem dieses rescriptum erfordere, daß die Pfarrer solches zweiffelhafte Land niemahls unterm Pflug gehabt, gleichwol in recessu de anno 1551. deutlich gemeldet werde, daß die visitatores mit denen Vorstehern des gemeinen Kastens gehandelt, daß sie dem Pfarrer jährlich 100 fl. stehend Besoldung geben, und dagegen das zur Pfarre gehörige Land, auch dasjenige, so M. W. zur Mithe hätte, annehmen wolten, dagegen der Pfarrer aber sich erkläret, daß er noch zur Zeit das Einkommen der Pfarre, wie er solches bishero gehabt, behalten, nicht weniger die dazu gehörigen Aecker, wegen Unterhaltung seines Viehes, auch das, so W. zur Miethe habe, gebrauchen wolle, woraus dann nicht anders zu vermuthen, als daß der damahlige Pfarrer diese Aecker, so W. zur Miethe besessen, wegen Unterhaltung seines Viehes, wieder an sich genommen haben müsse, dagegen dann 11) nichts hindere, daß am Ende des gedachten recessus de a. 1551. stehe:

Die visitatores haben sich auch erbothen, W. Sache, des Pfarrer halber zu förderlichem Austrage zu beförderen,

zumahl daraus nicht folge, daß solcher Streit mit W. den Pacht-contract betreffen, oder dieser, daß er das quæstionirte Land zur Miethe habe, gestritten, weil sonsten vorher nicht positiue afferiret werden können, daß W. solches zur Miethe habe, vielmehr etwa wegen Erhöhung des Pacht-Geldes oder wegen dessen eigentlichen quanti einiger Zweiffel entstanden seyn müsse, welches nachgehends feste gesetzet, und an statt der 4 Marck Stendelisch 7 fl. 6 Schil. 6 Pf. bestimmet worden, wie so wol aus dem recessu de an. 1581. als 1600. zu ersehen, in welchen beyden dieses quanti erst gedacht werde, wenigsten Appellatens Vorgeben, daß damahls bereits über das Eigenthum des Landes von W. der Streit erreget, und das davon gegebene Geld pro simplici censu von ihm ausgegeben sey, mit nichts verificiret, noch solches daraus zu schliessen sey, weil sonsten der Pfarrer sich nicht resoluiren können, das Land, so W. zur Miethe habe, wegen Unterhaltung seines Viehes selbst an sich zu nehmen und zu gebrauchen. Ferner 12) dabey nicht zu consideriren sey, daß in dem visitations-recess de a. 1541. nicht gedacht werde, quo titulo die Kirche solches an sich gebracht, als welches damahls wol nicht vonnöthen gewesen, weil das Eigenthum der Kirchen von niemande in Zweifel gezogen sey, auch nicht gesaget werden könne, daß sich der quæstionirte recess in diesem Punct bloß auf des Probstes L. Vorgeben gründe, weil darin gesaget werde:

item über den Aland ein Ort Landes von Acker und Wiesen, der Unterdieck genannt, ist auch dieser Pfarre Eigenthum, und hat itzo gemeldter D. W. wie Herr J. L. ausgesaget, und gemeldtes W. zweene

Söhne

Söhne mit angehöret, vor 3 Marck Stendelsch zur Miethe ꝛc.

zumahl diese angeführte Aussage, nicht auf den gantzen Inhalt der angeführten Worte, und was darin von Eigenthum der Pfarr-Kirchen gedacht worden, zu ziehen, sondern bloß mit denen unmittelbahr vorhergehenden Worten, daß M. W. solche Länderey zur Miethe habe, zusammenhenge, und davon zu verstehen sey, nachdem die erste proposition von dem Eigenthum der Kirchen schlechterdings und positive in dem visitations-receß vorgebracht sey, welches ohne Zweiffel aus denen vorigen und damahls noch vorhanden gewesenen matriculis und anderen Urkunden zu ersehen gewesen, und keinen Zweiffel gehabt, hergegen wer 13) davon eigentlich Conductor sey, vornemlich auf des Probstes L. als vermuthlichen Locatoris, Aussage ankommen müssen, dahero mit gutem Bedacht dabey gesetzet sey, daß des W. zweene Söhne solches mit angehöret, und durch ihr Stillschweigen ohne Zweiffel eingestanden, hierüber 14) ob man gleich izo nicht wisse, wie alt diese zwey Söhne, und in was vor Stande sie gewesen, welches Appellat vornemlich vrgiret, dennoch wohl zu glauben sey, daß solches keine Kinder mehr, sondern verständige und erwachsene Leute gewesen, die von der Beschaffenheit der Sachen Wissenschaft haben können, zumahl die Visitatores, als Churfürstliche Commissarii das Protocoll dabey geführet, welche sich auf diesen Umstand nicht beruffen haben würden, wenn es nicht solche Leute gewesen, die davon Wissenschaft gehabt haben können, ja wenn auch 15) des Probstes L. Zeugniß mit auf das Eigenthum erstrecket werden könte, dennoch solches unverdächtig gewesen, weil er dabey kein priuat-interesse gehabt, und es ihm gleich viel seyn können, wem das Eigenthum davon zustehe, zumahl es damahls nur darauf ankommen, wer die quæstionirte Kirchen-Länderey zur Miethe besitze, und wie viel Pacht jährlich davon falle. Hergegen 16) unglaublich und wider alle Wahrscheinlichkeit sey, daß der Probst das Wort Miede pro simplici censu, so nicht erhöhet werden könne, genommen haben könne, als welches sich zu der Kirchen Eigenthum, so er behauptet, nicht schicke, und der Probst, als ein Catholischer gelehrter Geistlicher, der ohne Zweiffel das ius canonicum wohl studiret, wohl gewust haben wird, daß die blosse Hebung eines census kein Eigenthum an der Ländern gebe, ohngeachtet in medio æuo dieses Wort vielerley Bedeutung gehabt haben möge, so aber auf das sechszehen Seculum nicht zu ziehen, noch weniger 17) gesaget werden könne, daß diese pension von 4 Marck Stendelsch kein proportionatum locarium sey, als welches zwar nach dem heutigen Zustand des Geldes und der Aecker richtig, aber auf dasjenige, was vor 200 Jahren passiret, sich nicht schicke, darneben solches 18) aus der hernach erfolgten Veränderung zu ersehen, nachdem die vorige Abgabe in matricula de an. 1581. erhöhet, und an statt 4 Marck Stendelsch 7 fl. 6 Schill. 6 Pf. zur Hebung der Pfarr-Reuenuen gesetzet, und in dem Visitations-receß de an. 1600. fort getragen, bekant aber sey, daß die Erhöhung der pension ein euidens argumentum eines blossen Pachts anzeige, dahero 19) der Kirchen nicht præiudiciren könne, daß in einigen Quittungen, so produciret sind, das Wort canon stehe, auch die vormahligen Kirchen-Vorsteher in einigen Memorialien auf Bezahlung des rückständigen canonis geklaget, als welches ex errore, und da sie keine information von der Beschaffenheit dieser Hebung gehabt, geschehen sey, cum tamen nec erronea confessio prælati noceat piis corporibus.

Ad L. VI. T. I.

c. 2. de restit. in integr. in 6.

Ferner 20) das Anführen des Appellaten, daß seine Vorfahren über dem Unterdieck frey disponiret, solche in Theilung gebracht und veräussert, nicht erwiesen, noch auf die bey der quadruplica angebrachte grosse Menge der documentorum zu reflectiren, als wogegen Appellant, welcher solche nicht beantworten können, protestiret, und deswegen in decidendo nicht attendiret werden könten, vielmehr 21) es dabey bleibe, daß die von denen Aeckern fallende Miethe kein canon censiticus sey, dessen definition auf diese Hebung, die dazu verändert sey, sich nicht schicke. Endlich 22) die exceptio præscriptionis bey solchen offenbahren Umständen, und da das Eigenthum der Kirchen nach denen angeführten receßen zustehe, dem Appellaten um desto weniger zu statten kommen könne, als aus denen Rechten bekant sey, quod per solutionem vniformis canonis, longissimo tempore factam non inducatur emphyteusis, nisi facta sit velut ab emphyteuta,

MEV. *P. III. decis. 288.*

welches auch die fol. 393. angeführte Consistorial-Ordnung tit. 71. bestätige, und keine præscription ohne rechtmäßigen Titul gegen Kirchen-Güther zulassen wolle, so auch, vbi constat de iure ecclesiæ, et de titulo possessoris inhabili ad præscriptionem, aus den bewerthesten ICtis mit mehrern fol. 396. seqq. ausgeführet ist, darneben aber die fol. 400. producirte extractus aus denen Kirchen-Rechnungen und die meisten Quittungen die qualitatem dieser pension nicht bestimmen, aus welchen allen denn geschlossen werden möchte, daß die sententia a qua reformiret, und das quæstionirte Land der Kirche zuerkant, Appellat aber condemniret werden müssen, solches gebethener massen liegen zu lassen.

9 10 11 12 13

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) Appellant in seiner Klage sich darauf gründet, daß Appellat und

Ad L. VI. T. I. seine antecessores gewisse Ländereyen, so über dem Aland liegen, und origenus der Kirchen zu S. Eigenthum gewesen, besitze, und er und seine antecessores um ein gewisses Geld, nach denen Visitations-recessen zur Miethe gehabt, welche er aber nunmehro, weil sie ein mehres thun könten, wieder anzunehmen resoluiret sey, und dahero gebethen, Appellaten und Beklagten dahin anzuhalten, daß er solche liegen lassen müsse, dagegen aber Beklagter so wol der Kirchen Eigenthum negiret, als von seiner Seite die possessionem rei designatæ in Zweiffel gezogen, darneben exceptionem incerti litis obiecti et praescriptionis et sic non competentis actionis opponiret, also darüber weitläuftig vornemlich gestritten worden, ob Appellant und Kläger das eigentliche obiectum litis, und welche Ländereyen in Anspruch genommen worden, anzeigen, und das dominium litis von Seiten der Kirchen erweisen könne, zumahl das letztere vornemlich ad legitimationem ad causam gehöret, und Appellant keinen Kirchen-Pacht sonsten supponiren mag, wenn nicht erst das κειμένον, ob solche Ländereyen der Kirchen zugehören, Appellat aber solche nur pachts-weise besessen, erwiesen worden, welches aber aus denen angeführten fundamentis nicht geschehen, und dahero fol. 167. Beklagter von der Klage absoluiret worden, wovon zwar Kläger appelliret, und operose seine intention behaupten wollen, gleichwol solches auf rechts-beständige Weise nicht gethan, angesehen 2) in dem Visitations-recess de an. 1541. die quæstionirte Ländereyen, so in Anspruch genommen ist, in zwey Stücken bestehen solle, deren erstes das Land über dem Aland, das Probstes Viertheil genannt, das andere aber, ein Ort Landes von Acker und Wiesen, der Unterdieck genannt, über dem Aland
14 designiret worden, gleichwol das erste ratione denominationis gantz unbekant ist, und niemand, wo das Probst Viertheil über dem Aland anzutreffen sey, wissen will; das andere aber ratione situs ebenfals nicht alzurichtig ist, zumahl sich aus denen recessen nicht eigentlich findet, ob der gantze Unterdieck, nach dem bey den Acten befindlichen Riß, oder nur etwas davon, und wie viel, dazu gehöre? Da jenes nicht wohl seyn kan, auch Appellant selbst sich nicht getrauet, den gantzen Unterdieck der Kirchen zu zueignen, so auch wegen der geringen pension wohl nicht möglich ist, nachdem sich befindet, daß Appellat voritzo dem Unterdieck auf 80 Thaler verpachten kan, wie denn auch der recessus de a. 1581. und 1600. hierin varüren, und folgende demonstration angeben,

7 fl. 6 Schill. 6 Pf. vom Acker übern Aland beym Unterteiche ꝛc.

und also anzeigen, daß solche Aecker beym Unterteiche gelegen sind, und obwol 3) im ersten recessu visitationis de an. 1541. das quæstionirte Land der Unterdieck schlecht weg genannt worden ist, dennoch wohl seyn kan, daß man alles Land, so ausser dem Teich oder Damm gelegen, generaliter den Unterdieck genannt, wie denn Appellat selbst daselbsten einen Cossäten-Hof gehabt, so ebenfalls, der Zeugen Aussage nach, diesen Nahmen geführet, weil er in eben dem revier gelegen, welchen aber Appellant nicht in Anspruch genommen, und 15
dahero 4) ohne Zweiffel geschehen, daß im Visitations-recess de an. 1581. und 1600, weil die circumscription in recessu de an. 1541. gar zu general gewesen, und man in den Gedancken gestanden, daß auch das Probstes Viertheil in dem revier liegen müsse, dessen Benennung gar weggelassen, und nur des Ackers über dem Aland bey dem Unterteiche gedacht, und dessen Abgabe bestimmet, woraus denn 5) sich hervorthut, was vor grossen difficultäten diese Sache noch unterworffen seyn würde, wenn gleich der Appellant das Eigenthum der Kirchen erwiesen haben solte, indem alsdann Kläger und Appellant, wie viel und was vor Land er Appellat eigentlich liegen lassen solte, behaupten müsse. Inzwischen 6) Appellant wohl so viel vor sich hat, daß Appellat dieses Kirchen-Land besitzen müsse, indem seine Vorfahren das Guth Crüden mit allem Zubehör, von denen W. in concursu überkommen, auch nicht leug- 16
nen mögen, daß sie die in denen recessen benante pension davon gegeben, welches sie nicht gethan haben würden, wenn nicht diese Ländereyen beym Unterteich in dem Concurs mit auf sie gekommen, und also Appellat sich nicht der Zahlung dieser Abgaben entziehen mögen, wie er denn gestehet, daß er den gantzen Unterteich besitze, in dessen revier diese Ländereyen gelegen, und man also noch wol ein Mittel finden würde, in re tam incerta etwas gewisses zu denen Kirchen-Ländereyen pro arbitrio iudicis zu bestimmen, wenn nur das Eigenthum der Kirchen ausgemachet wäre, welches doch 7) aus dem Visitations-recess de an. 1541. und 1551. nicht erwiesen worden ist, angesehen in jenem zwar von des Probstes Viertheil stehet:

welches auch der Pfarre eigenthümlich ist

und von dem Lande, der Unterdieck ganannt, abermahl gesaget wird:

So auch der Pfarr Eigenthum ꝛc. ingleichen: daß solches Land D. W. zur Miethe habe,

gleichwol solches Eigenthum und geschehene Vermiethung bloß darin gesetzet worden:

Wie J. L. ausgesaget, und gemeldtes W. zweene Söhne mit angehöret ꝛc.

Daraus denn so viel abzunehmen, daß die damahligen Commissärii des Probstes L. Angeben, ohne solches zu untersuchen, inzwischen angenommen, und in den Visitations-recess mit einrücken lassen, gleichwol daraus rechtlicher Art nach kein Eigenthum erwiesen werden kan, da, wenn auch durch Zeugen das Eigenthum erweißlich gemachet werden solte, nicht genug

17 genug ist, daß dieselbe generaliter de dominio etwas aussagen, wenn sie nicht den titulum und modum acquirendi dabey anzeigen können, anderer Gestalt ihr Angeben de dominio actoris nichts beweiset, als wovon sie keine rationem scientiæ geben können, sondern ihre blosse Privat-Meinung zum Grunde setzen, welches auch der Probst L. damahls bey seinem Angeben gethan, davon aber den titulum et modum acquirendi so wenig, als die geschehene Vermiethung, wie die Rechte erfordern, dargethan, mithin 8) die angeführte Passagen, so in der matricula ecclesiastica inseriret, dem damahligen possessori D. W. nicht præiudiciren mögen, als welcher bey diesem Protocoll nicht gegenwärtig gewesen, noch darüber ge-
18 höret worden, und also so wenig dieselbe contra tertium inauditum erweisen kan, als die libri censuales einigen Beweis contra tertium non auditum ausmachen, interest enim maximopere audiri, ad quos ea res pertinet, vt videant et obseruent, an omnia sic sint comparata, vt plenam fidem facere queant

MEV. *P. IV. decis. 179. n. 9.*

vnde si tertius non interfuit descriptioni contra eum dominium, ab alio assertum, non probant tales matriculæ

KLOCK. *de contrib. c. XVII. §. 35.*

LYNCKER *de iur. catastr. c. V. §. 2.*

und ob zwar 9) dabey referiret ist, daß W. zwey Söhne solches des Probstes Angeben mit angehöret, und deswegen die damahligen Commissarii dabey acquiescíret haben mögen, dennoch, weil nicht zu befinden, daß sie als Bevollmächtigte ihres Vaters dabey gewesen, noch sie auch solches Angeben zugestanden, ihre blosse Gegenwart, welche ihres Vetters wegen, so Probst werden sollen, vermuthlich erfolget seyn kan, ihrem Vater nicht præiudiciren mögen, zumal sie davon wohl wenig Wissenschafft gehabt, und ihnen wohl unbekant gewesen seyn kan, in qua qualitate ihr Vater
19 solche von der Kirchen besitze, so auch 10) verursachet, daß in dem folgenden Visitations-Recess de anno 1551. ohngeachtet zweymahl darin gedacht worden, daß W. solche Ländereyen antizo in Miethe an sich gebracht oder habe, am Ende einer Streitigkeit mit W. gedacht werde, und die Visitatores sich erboten:

W. Sache des Pfarrers halber zu forderlichem Austrag zu befördern,

welche ohne Zweifel dieser Ländereyen wegen sich geäussert, indem vorher gedacht worden, daß der Pfarrer wegen Unterhaltung seines Viehes und Korns auch das Land, so W. zur Miethe habe, gebrauchen und an sich nehmen wollen, dem aber W. widersprochen haben muß, und dahero die Visitatores, diese Streitigkeit mit ihm auszumachen, sich erbothen haben, gleichwol wie solche ausgemachet sey? unerwiesen, jedoch 11) aus dem recessu de anno 1581. einige Veränderung dabey anzumercken ist, und *Ad L. VI. T. I.* also gantz wahrscheinlich ist, daß die Sache auf einen gewissen Fuß von W. gesetzet, und er nur zu einem gewissen censu verbunden gewesen seyn müsse, wie denn Appellant selbst der Meinung ist, daß diese Sache inzwischen abgethan seyn müsse, wiewol nicht in faueur der Kirchen, wie er vermeinet, weil daselbst es schlechterdings heisset:

7. Fl. 6. Schilling 6. Pf. von Acker übern Aland beym Utterreich,

in welchen Worten diese Hebung schlechterdings als ein census aufgeführet, und dabey nicht sowol eine Veränderung mit der Abgabe gemachet, als die alte Müntze der vier Marck Stendelsch auf die Müntze damahliger Zeiten reduciret, aber, ohngeachtet die vorigen Recesse vorhanden gewesen seyn müssen, nicht weiter so wenig des von Probst L. angegebenen Eigenthums, als dieses gedacht ist, daß W. solche Miethsweise besitze, welchen wichtigen Umstand und Beschaffenheit man nicht ausgelassen haben würde, wenn solche Streitigkeit zwischen dem Pfarrer und dem W. inzwischen nicht abgethan worden wäre, und dahero es 12) auch geschehen, daß der Pfarrer, ohngeachtet er nach dem Visitations Recess de anno 1551. solches Willens gewesen, solche Ländereyen unter den Pflug nicht bekommen, sondern solche nunmehr über 200. Jahr von W. und denen von I. besessen, und andern ausgethan worden, ja 13) in dem Visitations-Recess de an. 1600. die vorhin angeführte Passage schlechterdings nur wiederholet, und es dabey gelassen worden, worauf allhier vornemlich zu sehen, und das fundamentum decidendi zu nehmen ist, da solche, wie beyderseits litigantes annehmen, in dergleichen Streitigkeiten vornemlich zu beobachten ist, dabey auch Seine Königliche Majestät in rescripto von 15. Febr. 1711. welches fol. 520. befindlich, verordnet:

Daß, wenn in der Matricul Meldung der Pfarr-Hufen geschiehet, welche andere in Besitz haben, und ein gewisses davon geben, ohne daß die particula voritzo ratione possessionis mit beygefüget ist, und dabey nicht erwiesen werden kan, daß iemahls die Prediger dergleichen Hufen selbsten untern Pfluge und ihrer eigenen Cultur gehabt, solchenfalls nicht als eigenthümliche Priester-Hufen, sondern nur als bona censitica zu considiren ꝛc.

welche Umstände sich hier befinden, indem a) andere diese Ländereyen beständig im Besitz gehabt: b) davon ein gewisses gegeben: c) die particula voritzo auch in dem Recessu de an. 1600. nicht anzutreffen, noch d) erwiesen ist, daß ein Priester zu S. solche iemahls untern Pfluge und seiner eigenen Cultur gehabt, obwol in anno 1551. nach dem damahls gemachten Visitations-Recess, der Pfarrer solches, wiewol umsonst, attentiret, dieserwegen auch

Ad L. VI. T. I. billig die davon jährlich abzugebende 7. Fl. 6. Schilling 6. Pf. pro mero censu gehalten
20 werden müssen, allermassen auch 14) dieser canon vniformiter von anno 1541. davon gezahlet, und nirgends gezeiget worden ist, daß iemahls eine Erhöhung und Veränderung dabey vorgegangen, vielmehr Appellat fol. 248. dargethan, daß vier Marck Stendelsch, dessen in recessu de anno 1541. gedacht ist, eben die Summa, welche in denen Recessen de an. 1581. und 1600. aufgeführet ist, ausmache, und also damahls nur die alte Müntze auf die neue reduciret worden, so dann 15) aller Wahrscheinlichkeit zuwider laufet, daß solche 7. Fl. 6. Schilling 6. Pf. ein Pacht-Geld gewesen seyn, welches auch nicht einsten vormals eine Proportion mit denen Reuenüen des Unterdiecks haben können, wenn man darunter denselben gantz oder pro certa verstehen wolte, vielmehr die vniformis præstatio und dessen geringes quantum die grösseste præsumtion machet, daß solches ein blosser census ab antiquo gewesen, ohngeachtet der Probst L. solches vor eine Miethe ausgeben wollen, welches alles 16) noch klärer werden wird, wenn die dagegen gemachte rationes dubitandi aus dem Wege geräumet sind, so ohne Schwierigkeit ge-
21 schehen kan, angesehen ad 1) die critique bey denen Worten: über dem Aland, zwar nicht viel zu bedeuten hat, und man certo respectu wohl sagen kan, daß der Unterdieck in Ansehen Seehausen über dem Aland liege, wie diese Benennung alle Visitations-Recesse im Munde führen, und obwol ad 2) gewiß ist, daß die quæstionirte Kirchen-Länderey, deren in denen Recessen gedacht worden, in dem Revier, so der Unterdieck in dem Abriß genant ist, liegen müsse, gleichwol dadurch die desiderirte certitudo obiecti litis ratione quantitatis et situs noch lange nicht ausgemachet ist, da jene nicht plene bestimmet, der eigentliche situs aber in denen Visitations-Recessen gar nicht ausgedrucket ist, und also Kläger nicht eigentlich bestimmen können, wie viel und welches Land er eigentlich zurück fordern können? welche incertitudo ad 3) dadurch nicht gehoben wird, daß Beklagter das quæstionirte Land doch gleichwol gewiß besitzen müsse, da er den gantzen Unterdieck innen habe, weil daselbsten ausser den quæstionirten Ackern noch viel ander Land liegen muß, und also die incertitudo obiecti dadurch nicht gäntzlich aufgehoben wird, so wenig als solche ad 4) mit denen unterschiedenen Benennungen, so in denen Visitations-Recessen vorkomt, bestehen kan, und ad 5) ein anders der Unterdieck selbst, ein anders das Land beym Unterdieck ist, und die erste Benennung, so in dem Visitations-Recess de an. 1541. vorkommt, um deswillen in denen Recessen de anno 1581. und 1600. verlassen ist, weil man wahrgenommen, daß dieselbe gar zu weit sich erstrecke, und der gantze Unterdieck dazu nicht gehören könne, also in diesen beyden letzten Recessen mit dem generalen Ausdruck des Landes über dem Aland bey dem Unterteiche mit Auslassung des Probst Vierthel, die Visitatores sich vergnügen müssen, da man nach abgethanen Streit mit W. wol erkant haben muß, daß nur ein census von dem Lande gegeben werde, und des Probsts L. Angeben in recessu de anno 1541. unrichtig gewesen, der solches Land der Kirchen eigenthümlich zugeeignet, welches denn ad 6) aus denen verbis relatiuis derer Recessen de anno 1541. und 1551. nicht erwiesen, sondern daraus nur so viel erfindlich ist, daß der Probst L. es vor der Kirchen eigenthümliches Land gehalten, aber dabey rationem scientiæ per demonstrationem tituli et modi acquirendi, so doch nöthig gewesen, nicht anzeigen mögen, welches sonsten die Visitatores aufzuzeigen nicht vergessen haben würden, das Gegentheil auch ad 7) aus der geringen Abgabe der 4. Marck Stendelsch oder 7. Fl. 6. Schilling 6. Pfennige gar wohl zu schliessen gewesen, und Appellant nicht dargethan, daß solches damahls eine pensio fructibus proportionata gewesen. Und wie ad 8) nichts ohne Ursache bey solchen visitationibus und commissionibus geschiehet, also wohl zu vermuthen, daß die visitatores in anno 1581. zureichende Ursache gehabt haben werden, warum sie von der demonstration in recessu de anno 1541. und 1551. abgegangen, und nur schlechterdings der Abgabe von 7. Fl. 6. Schilling 6. Pfennige gedacht, weil inzwischen die Streitigkeit mit W. ohne Zweifel erörtert, und befunden seyn muß, daß dieselbe keine eigentliche Miethe, sondern ein blosser census gewesen, anderer Gestalt sie den bedencklichen Umstand, daß dieses Land der Kirchen Eigenthum sey, und der Besitzer es nur zur Miethe habe, nicht ausgelassen, oder sich wenigstens dabey auf den Visitations-Recess de anno 1541. bezogen haben würden, so doch nicht geschehen, vielmehr eine gantze neue Benennung an deren statt gesetzet, und in Visitations-Recess de anno 1600. fortgetragen ist, daß hier die Regul: referens explicandum ex relato, ihre application nicht findet, sondern ad 9) man bey dem rescripto de anno 1711. hier allerdings verbleiben müssen, dessen Umstände, wie in rat. decid. 13. dargethan, hier genau anzutreffen, da es hier allerdings sowol an dem Eigenthum der Kirchen als Gewißheit der qualitatis der Abgabe fehlet, und kein Pfarrer iemahls das Land unter Pflug gehabt, so zwar ad 10) der Pfarrer in anno 1551. würcklich intendiret, aber seinen Zweck nicht erhalten können, weil Welle contradiciret, und deswegen beschlossen worden, daß die visitatores die Sache mit Wellen zuvor ausmachen wollen, welches auch geschehen, und daraus die Veränderung in denen Recessen de anno 1581. und 1600. entstanden seyn muß, wie denn ad 11) Appellant keine andere Streitigkeit mit Wellen mit guten Grunde anführen mögen, als welche wegen Einziehung des quæstionirten Landes,

dessen

dessen in vorhergehenden gedacht ist, erreget worden, welcher aber W. widersprochen, und deswegen die visitatores sich erbothen, diese Sache mit W. auszumachen, zumal ad 12) dieser iustam contradicendi causam gehabt, so auch verursachet, daß derselbe nachhero das Land beständig in seiner cultur behalten, angesehen die blosse relatio præpositi, daß dieses Land der Kirchen eigen sey, und W. es nur zur Miethe habe, nichts erweisen können, wie in rat. decid. 7. dargethan ist, noch weniger aber ad 13) daß der Probst solches in Gegenwart W. Söhnen ausgesaget, hier zu regardiren, als welche ihrem Vater durch ihr Stillschweigen nicht præiudiciren mögen, auch, da nicht sie, sondern ihr Vater das Land besessen, davon wenig information gehabt haben müssen, also gnug ist, daß, inaudito possessore vero, diese relatio præpositi schlechterdings ad protocollum genommen ist, welche aber W. sein Recht nicht benehmen mögen, wie denn derselbe nachgehends darüber Streit erreget, so dann ad 14) W. Söhne, wenn sie gleich davon Wissenschafft gehabt haben solten, sich dagegen zu regen nicht nöthig gehabt, als welche nicht ihnen, sondern ihren Vater eigentlich angegangen, und wenn gleich ad 15) der Probst L. kein Priuat-Interesse bey seinem Bericht gehabt, dieser doch ad probandum dominium so wenig zureichend gewesen, als wenig per nudam depositionem testium ein dominium erwiesen werden kan, es mag ad 16) der Probst das Wort: Miede, in quocunque sensu genommen haben, wiewol gerne zugegeben werden kan, daß er unter dem Wort, Miethe, einen Pacht-Contract verstanden, weil er das Eigenthum der Kirchen zugeschrieben, nirgends auch ad 17) dargethan ist, daß die Abgabe der vier Marck Stendelsch mit denen Revenüen der quæstionirten Ländereyen vormals eine proportion gehabt, vielmehr das Gegentheil daraus zu schliessen, daß ohngeachtet der Pfarrer solche in anno 1551. einziehen und unter seiner cultur nehmen wollen, er doch solches wegen der W. Contradiction, so aus dem recessu de dicto anno zu schliessen, nicht bewerckstelligen können, dahero nachgehends in denen folgenden Visitations-Recessen nicht die Länderey selbst mehr, sondern blos die Abgabe der 7. Fl. 6. Schilling 6. Pf. von gedachten Lande gemeldet und als ein Revenüe des Pfarrers aufgeführet worden, im Gegentheil ad 18) unerfindlich ist, daß iemahls diese Abgabe erhöhet worden, vielmehr nur die alte Müntze der vier Marck Stendelsch auf die neue Müntze, oder auf 7. Fl. 6. Schilling 6. Pf. als den wahren Werth von ienen reduciret worden, ja eben aus dieser vniformi præstatione canonis zu schliessen, daß die quæstionirte Abgabe kein Pacht-Geld, sondern ein blosser census, nach dem Königlichen Rescripto de anno 1711. sey, woraus dann ad 19) folget, daß was in einigen Quittungen absonderlich de anno 1688. sub lit. M von canone gemeldet worden, nicht eben ex errore geschehen sey, da absonderlich die sub lit. G und H befindliche originalia darthun, daß der Kirchen-Vorsteher auf Bezahlung des rückständigen annui canonis in anno 1681. geklaget, auch darauf ein mandatum de soluendo annuo canone erhalten, und dieses mandatum sub I et K wieder verneuret worden, wenigstens dieses daraus zu schliessen, daß seit anno 1681. die quæstionirte Abgabe nicht als ein Pacht, sondern als ein annuus canon von denen Vorstehern gefordert und abgetragen worden, und bewanten Umständen nach nicht aus Irrthum geschehen seyn kan. Uebrigens ad 20) daß die von I. über das quæstionirte Land, weswegen diese Abgabe præstiret wird, frey als von ihrem Eigenthum in anno 1688. disponiret, aus der Beylage sub Q nebst folgenden offenbar ist, so daß nicht nöthig gewesen auf die bey der Quadruplic erst producirte viele documenta, als welche zu spät ad acta gekommen, in decidendo zu reflectiren, aus der freyen disposition aber ad 21) abzunehmen ist, quo animo Beklagter mit seinen Vorfahren solche Länderey besessen, und die bestimte Abgabe davon gethan, welche kein Pacht-Geld seyn kan, dabey auch keine erhebliche Ursache angeführet worden, warum dieselbe kein census seyn könne, dessen Gegentheil das rescriptum regium de anno 1711. decidiret, auch bekant ist, daß ex multis et variis causis dergleichen census in denen alten Zeiten sind constituiret worden

Ad L. VI. T. I.

BÖHMER *diss. de vario cens. significatu per tot.* 22

so daß auch viele Layen aus deuotion oder superstition ad suggestionem clericorum et monachorum von ihren eigenthümlichen Güthern, in der Meinung, sie thäten GOtt einen Dienst daran, die Abgabe gewisser jährlicher censuum freywillig Kirchen und Clöstern offeriret, woraus unzehlig viel Stifft- und Clöster-census entsprungen, so daß ad 22) man auf die præscription hier zu sehen nicht eben nöthig hat, da schon nähere und trifftigere fundamenta pro reo sind, woraus man die qualitatem dieser Abgabe bestimmen kan, wiewol auch dieses nicht zu leugnen, daß von anno 1681. und also über 50. Jahr die Kirchen-Vorsteher eingestanden und agnosciret, daß die quæstionirte Abgabe ein annuus canon sey. Endlich die aduocati beyderseits nicht wenig in Anzüglichkeiten sowol als in unnöthigen Weitläufftigkeiten excediret, wodurch sie einerley 20 und mehrmal repetiret, und die scripta mit solchen recoctis über die Gebühr unnöthiger Weise angefüllet, dahero wir sowol auf eine Weiß- als Mäßigung der deseruiten auf die Helfte erkant.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBR. MDCCXLIII.

DECISIO

Ad L. VI. T. I.

DECISIO CLIX.

THEMATA.

I. Rei vindicatio contra tertium b. f. possessorem iure Hamburgensi non datur.

II. *In commodato et pignore iure Hamburgensi dominium transfertur.*

III. *Paroemia:* Hand muß Hand gewehren, *ad commodatum et pignus, non vero depositum pertinet.*

SVMMARIA.

Iure Hamburgensi solus titulus possessorem tuetur contra vindicationem n. 1.
Non præcise bona fides n. 2.
Quod reprobatur n. 8. 10.
Statuta stricte accipienda n. 3.
Prouerbium Hand muß Hand wahren n. 4.
Hoc iure Hamburgensi ad commodatum et pignus restringendum n. 5.
Quia vtrobique iure germanico dominium transferebatur ibid.
In deposito id prouerbium non obtinet n. 6.
In deposito proprie possessio non transfertur n. 7.
Statuta ex iure communi explicanda n. 9.

Als dieselbe uns gesuchte Reuision in Sachen I. L. Beklagten modo Impetranten, an einem, und D. I. D. E. Namens der Hollsteinischen Ritterschafft Klägern modo Impetraten am andern Theil ꝛc.

Daß es der eingewandten Reuision ungeachtet, bey dem am 8. Dec. a. p. abgegebenen Bescheid lediglich zu lassen, und Beklagter die expensas retardati processus nach deren vorgehender liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung zu bezahlen schuldig sey. V. R. W.

Es hat die Hollsteinische Ritterschafft den 9. Nov. 1709. bey dem Hamburgischen Kaufmann I. M. D. eine silberne Leuchter-Crone verwahrlich niedersetzen, auch nach dessen Tod selbige in seiner noch lebenden beyden Söhne, I. M. und D. F. Verwahrung bleiben lassen, welche aber kurtz vor ihrem ausgebrochenen Falliment dieselbe dem Juden I. L. übergeben haben; welcher, als er deshalber von besagter Ritterschafft Mandatario besprochen worden, einen rechtsbeständigen Kauf diesfalls vorgeschützet, und zu Erweisung dessen eine mit I. M. D. gepflogene Abrechnung

Act. n. 8.

in originali produciret hat. Nachdem aber klagender Mandatarius in seinen replicis

Act. n. 9.

weitläufftig vorgestellet, daß die Gebrüdere D. Beklagten gedachte silberne Leuchter-Crone nur versetzet, und anbey demselben ausdrücklich gesaget, daß selbige nicht ihr eigen, sondern nur bey ihnen niedergesetzet sey, und er sie also nicht veräussern müsse, iedoch endlich auf Beklagten inständiges Anhalten eine solche Rechnung, als Beklagter ad acta gebracht, zu formiren sich bewegen lassen, und dabey abermals ausdrücklich abgeredet, daß Beklagter diese ihm Anfangs verpfändete und nunmehro pro forma verkauffte Leuchter-Crone ja nicht veräussern, sondern der Einlösung gewärtigen solte; ist darauf den 8. Dec. a. p. zum Bescheid ertheilet:

Würde Kläger sein Assertum, daß der von Beklagten vorgeschützte Kauf nur pro forma und zum Schein geschehen, rechtsgültig erweisen, soll ferner ergehen was den Rechten gemäß.

Act. n. 12.

Wider dieses Interlocut hat Beklagter das remedium reuisionis et transmissionis actorum zu ergreiffen für gut gefunden, und

Act. n. 11.

seine grauamina des mehrern deduciret. Und als Kläger loco exceptionum sich blos auf seine Replicas bezogen ꝛc.

Act. n. 13.

Rationes dubitandi.

Ob nun wol 1) die formalia der ergriffenen reuision, da Impetrante intra decendium dieses remedium eingewandt, die gewöhnliche Reuisions-Gelder deponiret, und zur rechten Zeit seinen libellum reuisorium eingebracht hat, ihre Richtigkeit haben; auch materialia anbelan-

anbelangend, 2) Impetrante durch die ad acta gegebene Abrechnung, in welcher, nach Kaufmanns-Brauch und Stylo, nicht nur die quantität und qualität der verkauften Sache, sondern auch das Kauf-Pretium und dessen Bezahlung enthalten, daß er mehrbesagte silberne Leuchter-Crone titulo emti, ad transferendum dominium vtique habili, an sich gebracht, und deren Eigenthum erlanget habe, hinlänglich dargethan; bey so gestalten Sachen aber 3) der Käufer durch das Hamburgische Statutum, welches

Part. II. tit. 2. art. 7.

folgender massen disponiret:

> Welcher Mann dem andern leihet sein Pferd, Kleid, oder was es für Gut sey, und auf wasserley Weiß er das aus seinem Wehren lässet mit seinem Willen, und verkaufft es derjenige, der es in seinem Wehren hat, oder versetzt er dasselbige, oder wird es ihm abgeraubet oder abgestohlen; so mag derjenige, der es erstlich verliehen oder versetzt hat, darauf wider den Einhaber desselben, woferne derjenige solches mit gutem Titul an sich gebracht, keine Forderung haben, sondern muß sich deswegen an denselben, welchem er es geliehen oder versetzet hat, oder, so derselbige verstorben, an dessen Erben halten;

da er mehrbesagte silberne Leuchter-Crone mit guten Titul an sich gebracht, dißfalls wider allen Anspruch gesichert zu seyn scheinet; angesehen 4) eben darinnen das ius commune von dem iure statutario unterschieden, daß jenes
2 zwar præter iustum titulum auch bonam fidem, dieses aber nur iustum titulum, nicht aber bonam fidem erfordert, und wenn bey dem letztern bona fides gleichfalls erfordert werden solte, das statutum otiosum seyn, und nichts würcken würde, cum tamen statuta ita sint interpretanda, vt aliquid operen-
3 tur, nec pro superfluo habeantur

MEV. *ad ius Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 124.*

auch 5) dahero die Sprüchwörter entstanden: Hand muß Hand gewähren: Wo einer seinen
4 Glauben gelassen, da muß er ihn wieder suchen

HERT. *lib. I. parœm. 18.*

und dannenhero Impetrate an die Gebrüdere D. zu verweisen, Impetrante aber von der angestellten Klage lediglich zu absoluiren zu seyn scheinet.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweilen 1) der angezogene articulus statutorum Hamburgensium eigentlich auf diesen casum nicht quadriret, indem selbiger nur von geliehenen oder versetzten
5 Mobilien und se mouentibus spricht, in welchen beyden contractibus, commodati scilicet et pignoris, die teutschen Rechte eine translationem dominii statuiret haben, *Ad L. VI. 1. l.*

GVNDLING *de iure oppignorati territorii.*

von Meyern *in Tract. vom sechsten Zinsthaler p. 30. sqq.*

welche disposition zu den teutschen Sprüchwörtern: Hand muß Hand gewähren: Wo einer seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wieder suchen und dergleichen Gelegenheit gegeben

HERT. *cit. l.*

MEV. *P. 5. dec. 174. et P. 8. dec. 24.*

hier aber ein depositum vorhanden, dessen 6
favor sowol in iure ciuili als germanico weit grösser ist, weil an selbigem dem depositario weder vsus noch sonsten einiges Recht zustehet, sondern nur nuda custodia auf den depositarium transferiret wird, wie denn 2) in dicto articulo die Hinlänglichkeit des guten Tituls ausdrücklich auf Sachen, die dem Veräusserer verliehen oder versetzet worden, restringiret; nicht aber auf die treue Hand extendiret wird, verbis:

> So mag derjenige, der es erstlich verliehen oder versetzet hat, darauf wider den Einhaber desselben, woferne derjenige solches mit gutem Titul an sich gebracht, keine Forderung haben.

Und wenn gleich 3) um der Eingangs-Worte willen, die generaliter abgefasset sind: auf wasserley Weise er das aus seinem Wehren lässet mit seinem Willen, auch von dem deposito, da einer sein Guth mit seinem Willen aus seinem Wehren lässet, die Rede seyn möchte, dennoch zu mercken, daß in deposito eigentlich nicht gesaget werden könne, daß der deponens sein Gut aus seinem Wehren gelassen, gestalten die possessio damit nicht 7
auf den depositarium transferiret, sondern von dem deponente durch den depositarium continuiret wird, angesehen anderer gestalt dem depositario ein Recht an dem deponirten Guth eingeräumet werden müste, so allen Rechten zuwider

l. 3. C. depos.

hiernächst 4) es mag auch die silberne Leuchter-Crone bey den Gebrüdern D. blos deponirt oder versetzt worden seyn, die besten Ausleger des Hamburgischen und Lübischen Rechts schon längstens dargethan haben, daß dasjenige, was das Statutum Hamburgense vom guten Titul disponiret, bonam fidem acquirentis keinesweges ausschliesse, sondern selbiger bey allen dergleichen contractibus eben so nöthig als der gute Titul sey

MEV. *ad Ius Lubec. Part. III. tit. 2. art. 2. n. 21. 27. et speciatim n. 29.*

von SPRECKELSEN *diss. ad h. l. th. 3.* verbis: 8

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

wegen der Gewehrs-Leistung als testes in propria causa zu achten, die andere Zeugen aber von dem Eigenthum des quæstionirten Platzes kein idoneum testimonium ablegen mögen, anerwogen ob gleich die Zeugen aussagen, daß
2 zur Pest Zeit die Besitzer des hohen Kruges einen Zaun daselbst gemachet, und einen Garten angeleget gehabt, dennoch daraus kein dominium erwiesen werden möchte, weil tempore pestis alle offene Plätze und Eingänge verzäunet und versperret worden, so nachgehends cessiret, und dahero der Ort unbezäunet und offen zur gemeinen Durchfahrt gestanden, wie dann der zweyte und vierte Zeuge ad art. prob. 6. int. sp. 7. nicht leugnen könne, daß so lange der Kirchhof gestanden, der Weg über den quæstionirten Ort gegangen, welchem testis 4. von welchem Kläger den hohen Krug gekaufftet, noch hinzufüget, daß er noch ein vieles lassen herunter werffen, damit die Auffahrt desto besser gehen könte, dadurch er also agnosciret, daß der quæstionirte Platz nicht zu dem hohen Krug gehöret, vielmehr ein locus publicus sey, derowegen auch test. 1. auf welchen doch das meiste ankomt, ad art. prob. 17. deponiret, daß er nicht eigentlich sagen könne, wem der quæstionirte Ort zugehöre, wozu noch kommen möchte, daß dieser quæstionirte Fleck in keinem Kauf-Briefe mit verschrieben, und dahero es an einem iusto titulo fehle, welchen auch die Zeugen nicht darthun könten. Allenfalls Klägern die exceptio præscriptionis entgegen stehen möchte, zumal seint anno 1732. da der neue Kirchhof in der kurtzen Vorstadt angeleget worden, ein öffentlicher Fahrweg daselbst gewesen, der locus publicus geworden, und Kläger sein Eigenthum daran, soferne er eines gehabt, verloh-
3 ren zu haben es scheinen will, nam seruitus viæ etiam amittitur, si quis quidem ea vtitur, non iure seruitutis, sed vt via publica.

l. 25. D. seruit. quemadm. amitt.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil zwar andem ist, daß per generalem depositionem testium kein dominium erwiesen werden, vielmehr der Titul vornemlich und andere argumenta translati dominii angeführet werden müssen

4 LEYSER *cit. l.*

woran es hier nicht ermangelt, sodann der andere und vierte Zeuge eigentlich allhier nicht testes in propria causa seyn, weil sie bereits vor der Abhörung per sententiam pr. inst. f. 17. a nexu præstandæ euictionis liberiret, und dazu nur obligiret worden, was vermöge Kauf-Contracts, worin der quæstionirte Platz nicht benennet, stipuliret ist, so daß die Zeugen ad interr. gen. 9. wohl sagen können

5 Sie hätten von diesem Proceß weder was zu hoffen noch zu verliehren, der Producente gewinne oder verliehre.

Bœhm. Conf. T III. P. II.

anerwogen adcitatus S. vorher auf die citation *Ad L. VI.* ad assistendum, daß er zur Euictions-Leistung *T. I.* vermöge seines Contracts nicht verbunden, opponiret, und vorgedachtes Urthel ihn davon auch entbunden, also es allhier blos darauf ankomt: ob durch die Zeugen iusta causa dominii acquisitiua erwiesen sey? welches aus folgenden erhellet, daß test. 1. et 4. ad int. spec. 2. et 3. art. 2. deponiren, daß schon vor 50. 6 Jahren der quæstionirte Fleck zum hohen Kruge gehöret, und zur Auffahrt des hohen Kruges getauschet worden, der damahlige Besitzer aber solchen zur Pest-Zeit verzäunen müssen, darauf derselbe einen Garten auf den streitigen Platz bis anno 1710. gehabt, wie alle vier Zeugen ad int. 4. art. 2. aussagen, welche Verzäunung, wenn dieser Platz ein locus publicus gewesen, nicht dem possessori des hohen Kruges, woferne er nicht dazu gehöret, nicht angemuthet werden können, sondern das publicum solche verrichten müssen, gestalt denn durch die Anlegung des Gartens der Besitzer, daß er solchen pro suo besitze, öffentlich zu erkennen gegeben, er von niemand einen Widerspruch dabey gehabt, vielmehr denselben als ein Pertinenz von hohen Kruge gebrauchet, und also bereits in anno 1710. fast 30. Jahre eigenthümlich besessen gehabt, so daß er damahls allenfalls schon præscriptione tutus gewesen, und obgleich der Garten nebst dem Zaun nachgehends eingegangen und Gelegenheit gegeben, daß auch andere durch den quæstionirten Ort nebst ihm gefahren, dennoch derselbe nicht aufgehöret, von dem quæstionirten Ort ein pertinenz zu bleiben, cum olim dominus adhuc hodie dominus præsumatur, nisi aduersarius contrarium proba- 7 uerit;

l. 9. D. de rei vind.

wie denn auch, nachdem er wüste gelegen, die Besitzer solchen zur Auffahrt und Holtz-Stelle gebrauchet,

test. 2. et 4. ad int. spec. 8. art. 2.

specialius darneben ad art. 3. das Eigenthum von test. 1. dahero behauptet wird, weil er solchen zur Pest-Zeit verzäunen müssen: von teste 2do weil er wegen der Auffahrt dazu getauschet worden: von teste 3tio, weil der gantze Acker dazu gehöre, dessen contiguum er also seyn muß, von test. 4to aber, weil der quæstionirte Ort bey dem Kauf des hohen Kruges mit angewiesen worden, und derselbe ihn also pro emtore besessen, so sie ad int. 10. art. 3. et int. 5. ad art. 6. noch weiter illustriret, und test. 4. ad int. 6. art. 6. deponiret, daß er solchen Platz zum Kegel-Plan und Holtz dahin zu legen gebrauchet, certo indicio, daß ohngeachtet er nachgehends wieder wüste gelegen und Zeuge freywillig gelitten, daß andere auch die Auffahrt daselbst thun können, er doch das Eigenthum dieses ihm bey dem Kauf angewiesenen Platzes conseruiren wollen, und wie ihm dieser

wegen der Gewehrs-Leistung als testes in propria causa zu achten, die andere Zeugen aber von dem Eigenthum des quæstionirten Platzes kein idoneum testimonium ablegen mögen, anerwogen ob gleich die Zeugen aussagen, daß
2 zur Pest-Zeit die Besitzer des hohen Kruges einen Zaun daselbst gemachet, und einen Garten angeleget gehabt, dennoch daraus kein dominium erwiesen werden möchte, weil tempore pestis alle offene Plätze und Eingänge verzäunet und versperret worden, so nachgehends cessiret, und dahero der Ort unbezäunet und offen zur gemeinen Durchfahrt gestanden, wie dann der zweyte und vierte Zeuge ad art. prob. 6. int. sp. 7. nicht leugnen könne, daß so lange der Kirchhof gestanden, der Weg über den quæstionirten Ort gegangen, welchem testis 4. von welchem Kläger den hohen Krug gekaufftet, noch hinzufüget, daß er noch ein vieles lassen herunter werffen, damit die Auffahrt desto besser gehen könte, dadurch er also agnosciret, daß der quæstionirte Platz nicht zu dem hohen Krug gehöret, vielmehr ein locus publicus sey, derowegen auch test. 1. auf welchen doch das meiste ankomt, ad art. prob. 17. deponiret, daß er nicht eigentlich sagen könne, wem der quæstionirte Ort zugehöre, wozu noch kommen möchte, daß dieser quæstionirte Fleck in keinem Kauf-Briefe mit verschrieben, und dahero es an einem iusto titulo fehle, welchen auch die Zeugen nicht darthun könten. Allenfalls Klägern die exceptio præscriptionis entgegen stehen möchte, zumal seint anno 1732. da der neue Kirchhof in der kurtzen Vorstadt angeleget worden, ein öffentlicher Fahrweg daselbst gewesen, der locus publicus geworden, und Kläger sein Eigenthum daran, soferne er eines gehabt, verloh-
3 ren zu haben es scheinen will, nam seruitus viæ etiam amittitur, si quis quidem ea vtitur, non iure seruitutis, sed vt via publica.

l. 25. D. seruit. quemadm. amitt.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil zwar andem ist, daß per generalem depositionem testium kein dominium erwiesen werden, vielmehr der Titul vornemlich und andere argumenta translati dominii angeführet werden müssen

4 LEYSER *cit. l.*

woran es hier nicht ermangelt, sodann der andere und vierte Zeuge eigentlich allhier nicht testes in propria causa seyn, weil sie bereits vor der Abhörung per sententiam pr. inst. f. 17. a nexu præstandæ euictionis liberiret, und dazu nur obligiret worden, was vermöge Kauf-Contracts, worin der quæstionirte Platz nicht benennet, stipuliret ist, so daß die Zeugen ad interr. gen. 9. wohl sagen können
5 Sie hätten von diesem Proceß weder was zu hoffen noch zu verliehren, der Producente gewinne oder verliehre.

Bæhm. Conf. T III. P. II.

anerwogen adcitatus S. vorher auf die citation *Ad L. VI.* ad assistendum, daß er zur Euictions-Leistung *T. I.* vermöge seines Contracts nicht verbunden, opponiret, und vorgedachtes Urthel ihn davon auch entbunden, also es allhier blos darauf ankomt: ob durch die Zeugen iusta causa dominii acquisitiua erwiesen sey? welches aus folgenden erhellet, daß test. 1. et 4. ad int. spec. 2. et 3. art. 2. deponiren, daß schon vor 50.
6 Jahren der quæstionirte Fleck zum hohen Kruge gehöret, und zur Auffahrt des hohen Kruges getauschet worden, der damahlige Besitzer aber solchen zur Pest-Zeit verzäunen müssen, darauf derselbe einen Garten auf den streitigen Platz bis anno 1710. gehabt, wie alle vier Zeugen ad int. 4. art. 2. aussagen, welche Verzäunung, wenn dieser Platz ein locus publicus gewesen, nicht dem possessori des hohen Kruges, woferne er nicht dazu gehöret, nicht angemuthet werden können, sondern das publicum solche verrichten müssen, gestalt denn durch die Anlegung des Gartens der Besitzer, daß er solchen pro suo besitze, öffentlich zu erkennen gegeben, er von niemand einen Widerspruch dabey gehabt, vielmehr denselben als ein Pertinenz von hohen Kruge gebrauchet, und also bereits in anno 1710. fast 30. Jahre eigenthümlich besessen gehabt, so daß er damahls allenfalls schon præscriptione turus gewesen, und obgleich der Garten nebst dem Zaun nachgehends eingegangen und Gelegenheit gegeben, daß auch andere durch den quæstionirten Ort nebst ihm gefahren, dennoch derselbe nicht aufgehöret, von dem quæstionirten Ort ein pertinenz zu bleiben, cum olim dominus adhuc hodie dominus præsumatur, nisi aduersarius contrarium proba- 7
uerit;

l. 9. D. de rei vind.

wie denn auch, nachdem er wüste gelegen, die Besitzer solchen zur Auffahrt und Holtz-Stelle gebrauchet,

test. 2. et 4. ad int. spec. 8. art. 2.

specialius darneben ad art. 3. das Eigenthum von test. 1. dahero behauptet wird, weil er solchen zur Pest-Zeit verzäunen müssen: von teste 2do weil er wegen der Auffahrt dazu getauschet worden: von teste 3tio, weil der gantze Acker dazu gehöre, dessen contiguum er also seyn muß, von test. 4to aber, weil der quæstionirte Ort bey dem Kauf des hohen Kruges mit angewiesen worden, und derselbe ihn also pro emtore besessen, so sie ad int. 10. art. 3. et int. 5. ad art. 6. noch weiter illustriret, und test. 4. ad int. 6. art. 6. deponiret, daß er solchen Platz zum Kegel-Plan und Holtz dahin zu legen gebrauchet, certo indicio, daß ohngeachtet er nachgehends wieder wüste gelegen und Zeuge freywillig gelitten, daß andere auch die Auffahrt daselbst thun können, er doch das Eigenthum dieses ihm bey dem Kauf angewiesenen Platzes conseruiren wollen, und wie ihm dieser

Ad L. VI. T. I.

ser Platz mit verkauffet sey, er also solchen auch an Klägern wieder mit verkauffen können

test. 4. ad int. 11. art. 6.

darneben es sein freyer Wille gewesen, daß er solchen offen und ledig gelassen, weil er M. nach dem Tausch-Contract die freye Fahrt zu seiner Scheune lassen müssen,

test. 4. ad int. 7. art. 11.

daß dahero auf diesem Platz keine via publica gewesen, obgleich die Durchfahrt per conniuentiam possessorum gelitten worden, und obgleich testis 1. ad art. 17. deponiret, daß er eigentlich nicht sagen könte, wem der Platz zu
8 gehöre, und Kläger es mit Beklagten ausmachen müste, dennoch solche Antwort die quæstionem iuris betrifft, davon kein Zeuge eigentlich deponiren darff, inzwischen er doch, wie vorhin dargethan, selbst argumenta dominium inuoluentia angeführet, wogegen aber die drey andere Zeugen positiue von dem dominio deponiren, und vorhin ihre titulos deswegen mit angeführet, wie nochmahls sie ad int. 4. art. 17. bestärcken. Dagegen dann die exceptio præscriptionis nichts verfangen kan, angesehen keine acquisition hier statt findet, weil der Platz von keinem andern besessen, und bekant ist, daß niemand absque possessione præscribiren kan

c. 3. de R. I. in 6.

noch weniger die extinction hier statt finden kan, welche in non vsu seu derelictione be- 9
stehet, dergleichen hier nicht vorhanden, da die possessores solchen locum noch pro suo besessen und gebrauchet, wie vorhin dargethan, und die blosse conniuentia, daß auch andere darüber gefahren, keine Würckung haben kan, als welche nur in mero beneplacito bestanden, und einem precario ähnlich ist. Endlich ob das publicum dabey ratione viæ sonsten ex rescripto regio interessiret sey, Beklagten nichts angehet, sondern in Ansehen seiner als eine exceptio de iure tertii zu achten.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVGVSTO MDCCXLVI.

DECISIO CLXI.

THEMA.

In rei vindicatione actor probare debet reum rem possidere.

SVMMARIA.

Rationes ex facto hauſtæ n. 1.

Raſura ſuſpectum facit documentum n. 2.

Qui illud edidit, iuramentum purgatorium præſtare debet n. 3.

Litteræ inueſtiturae contra tertium non probant n. 4.

In rei vindicatione poſſeſſio a parte rei probanda n. 5.

Ceſſante ſuſpicione ceſſat purgatorium n. 6.

Als uns derselbe Klage, Antwort und erfolgte Gesetze in Sachen der Gebrüdere von S. Imploranten an einem, entgegen und wider M. H. zu Hohen-Eggelsen, Imploraten am andern Theil, in dem zurück kommenden fasciculo zugeschicket ꝛc.

Daß zuförderst beyderseits Partheyen Sachwalter durch zureichende Vollmachten binnen vier Wochen bey 5. Thlr. Strafe sich zu legitimiren schuldig. Uebrigens erhellet aus denen acten so viel, daß Implorat von angestelleter Klage zu entbinden und loszusprechen, es könten und wolten dann Imploranten besser als bishero geschehen, binnen vier Wochen bescheinigen, daß ihnen der wüste Kothhof nebst 11. Morgen Landes Lehnweise zustehe, Beklagter aber solchen, womit vormahls das Geschlechte der M. belehnet gewesen, würcklich besitze, oder davon etwas gefährlicher Weise von Handen kommen lassen, damit würden sie noch billig gehöret, und ergehet sodann ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Imploranten aus dem extractu des S. Lehns-Registers n. act. 15. dargethan, daß vormahls das Geschlechte der M. mit einem Kothhofe und 11. Morgen Landes in Hohen-Eggelsen beafterlehnet gewesen, nunmehro aber dieses Geschlechte daselbst keine Lehn-Länderey mehr habe, also in andere Hände gerathen seyn 1

seyn müsse, Implorat aber nicht in Abrede seyn können, daß er einen Bleck Grases in Paradies-Garten zu Hohen-Eggelsen innen habe, welches eben der Platz, wo vordem der wüste Lehn-Kothhof gestanden seyn soll, zumal aus dem radirten n. act. 22. befindlichen documento erhellet, daß daselbst vormahls ein wüster Hof gestanden, und noch dazu jährlich ein achter Grases getheilet werde, certo indicio, daß vormahls ein Reihe Hof da gestanden, und obwol Implorat per documentum sub n. 13. dargethan zu haben vermeinet, daß obgedachter Bleck Graß in anno 1697. mit consens der von Gadenstedt versetzet worden, und also ein Gadenstedtisches Lehn seyn müsse, dennoch solches um destoweniger zu glauben sey, da aus dem n. act. 12. befindlichen documento offenbar, daß in an. 1721. die Meyere ihre von Gadenstedt rührende Lehn an Imploraten oder dessen Vater refutiret, darunter gleichwol der gedachte Bleck Grases in Paradies-Garten nicht befindlich, vielmehr zu glauben, daß solches per simulationem geschehen sey. So dann ex actis sich hervorthut, daß Implorat einige Morgen besitze, davon er keinen Herrn und titulum anzugeben weiß, auch in anno 1706. C. H. viele Morgen Landes bey dem Bauerding illegali modo sich ansetzen lassen, davon er nicht gemeldet, wer ihm solche verlassen, auch solche würcklich von niemand verlassen sind, so doch nöthig gewesen, also wohl zu glauben, daß die quæstionirte 11. Morgen Landes, welche zu dem wüsten Hofe in Paradieß vormahls gehöret, darunter stecken müssen, bevorab da Klägere unterschiedliche notas falsitatis bey diesem Ansatz angegeben. Absonderlich aber ein grosses momentum das documentum sub lit. A n. act. 22. darzu beytragen möchte, als worin des quæstionirten Hofes in Paradieß expresse Meldung geschehen, wie vorhin bereits angezeiget, in demselben aber auf der vierten Seite anderthalb Zeilen radiret sind, welches nothwendig dolose geschehen seyn muß, und wohl zu glauben, daß daselbst von denen quæstionirten 11. Morgen Landes Meldung geschehen sey; diese Passage aber um deswegen radiret seyn müsse, damit alle Nachricht davon fehle, und diese Länderey unterschlagen werden möchte, und weil doch Beklagter dieses documentum ediret, er sehr verdächtig ist, daß ihm oder C. H. nebst denen quæstionirten 11. Morgen und wüsten Hofe von denen Meyers, von welchen ihm auch die Gadenstedtische Lehn refutiret sind, dieses documentum ausgeantwortet sey, weil er nicht anzeigen können, wie er zu denselben gekommen, und dahero verdächtig ist, daß er die rasur selbsten gethan, um die Sache dadurch zu occultiren, wenigsten er sich vermittelst Eydes dieserwegen zu reinigen schuldig seyn möchte, da er solches ediret

STRYK *de rasura c. III. in f.*

Rationes decidendi.

Ad L. VI T. I.

Weil aber dennoch die Sätze selbsten von denen Principalen nicht unterschrieben, und von Seiten Klägere unterschiedene Personen in anberahmten termino erschienen

vid. *decretum 8. et 19.*

und dahero die legitimation, worauf auch, ad euitandam nullitatem, ex officio erkant werden kan, vor allen Dingen nöthig ist. Und so viel die Sache selbsten betrifft, anfänglich Klägere noch nicht einsten zureichend dargethan, daß ihnen der quæstionirte wüste Hof nebst 11. Morgen Landes zu Hohen Eggelsen Lehnsweise zustehe, noch solches das Lehns-Register n. 15. darthut, cum nec literæ inuestituræ contra extraneum, qualis est tertius possessor, probent,

WERNHER *P. II. obs. for. 84.* 4

LEYSER *specim. 274. medit. 1.*

und wenn es gleich erwiesen worden, dennoch nicht zulänglich dargethan, daß Beklagter solchen Hof nebst Länderey besitze, so derselbe geleugnet, und dahero nothwendig von dem Kläger die possessio in rei vindicatione erwiesen werden müssen

BÖHMER *introd. ad Dig. tit. de rei vindic. §. 8.* 5

welches aber Klägere keinesweges gethan, angesehen, ob sie gleich angeführet, Beklagter auch nicht leugnen mögen, daß er einen Bleck Gras in Paradieß-Garten innen habe, wozu jährlich ein achter Gras getheilet werde, und also daraus folge, daß daselbst eine Reihe-Hof gewesen seyn müsse, dennoch daraus nicht folgen will, daß solches eben der Hof sey, womit Klägere vormahls das Geschlecht der Meyer belehnet, bevorab da aus dem edirten documento sub n. 13. erhellet, daß solcher Grase-Bleck in anno 1697. von denen von Gadenstedt zu Lehn gegangen, mit consens derselben versetzet sey, und daß dabey von denen Meyern ein fucus oder Betrug vorgegangen sey, mit nichts dargethan, cum tamen dolus non præsumatur, noch zur Sache etwas beytragen will, daß die Meyer die Gadenstedtische Lehn an C. H. in anno 1721. refutiret, unter welchem doch der quæstionirte Bleck Grases in Paradieß-Garten nicht befindlich, zumal dessen Versetzung schon lange vorher geschehen, und dahero, weil solchen die Meyer schon lange Zeit, cum consensu domini, nicht mehr innen gehabt, sondern ein tertius solchen besessen, solcher nicht mit unter die in anno 1721. refutirten Lehn-Stücke, als wozu er nicht gehöret, gezogen werden können, gleichwol aus dem sub n. 22. befindlichen radirten documento sub A so viel erhellet, daß die Meyere in anno 1612. einen wüsten Hof auf den Paradieß-Hof zu Hohen-Eggelsen schiessend besessen, worüber die von Gadenstedt eine Theilung un-

Ad L. VI. T. I.

ter ihnen vorgenommen, welches wohl nicht geschehen wäre, wenn er nicht von ihnen reluirte, also wiederum mehr das Gegentheil als der Klägere intention daraus behauptet, noch aus der enormi rasura geschlossen werden kan, daß darin etwas von den 11. Morgen Landes, so zu dem wüsten Hofe vormahls gehöret haben sollen, angeführet gewesen, als davon sich keine Spuren finden, und die von Gadenstedt sich schwerlich unterfangen haben werden, ihre Lehn-Leute wegen fremder Afterlehn zu vergleichen, bevorab da man nicht weiß, wer diese rasur gethan, gleichwol das documentum sehr alt, und von anno 1612. ist, und diese grobe radirung leicht noch von denen Meyern selbst geschehen seyn kan, und
6 mit dem Gadenstedtischen Lehn an C. H. nach dem documento sub n. act. 12. nebst andern documentis mit übergeben worden, mithin noch zur Zeit auf dasjenige, was Klägere angeführet, nicht reflectiret werden können, welches aber alsdann einiges mehres Gewichte überkommen würde, wenn Klägere noch bessere argumenta probantia anzuführen im Stande seyn solten, zumahl doch Beklagter sehr verdächtig ist, daß er Länderenen besitze, davon er den autorem et titulum nicht anzugeben weiß, und dergleichen Acker illegali modo bey dem Bauerdings angesetzet, aus welcher consideration denen Klägern noch ein besser Beweis reseruiret worden, Beklagtem aber das iuramentum purgatorium zu deferiren bedencklich gehalten ist,

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVNIO MDCCXLVIII.

DECISIO CLXII.

THEMA.

An dominium per ocularem inspectionem probetur.

Vid. Tit. IV. Dec. CCXXXIX. Th. 2.

DECISIO CLXIII.

THEMA.

Dominium non facile testibus probari potest.

Vid. T. IV. Dec. DCCXLIII. Them. 1.

DECISIO CLXIV.

THEMA.

Quicquid tutor pecunia pupillari suo nomine emit eius vtrum pupillus se recte dominum dicat.

Vid. Tit. IV. Decis. CCCXXVII. Them. 2.

Tit. II. De publiciana actione.

Ad L.VI. T. II.

DECISIO CLXV.

THEMATA.

I. In actione publiciana possessio a parte rei probanda.
II. Iurare iussus contra iuramentum legale ad probationem non admittitur.

SVMMARIA.

Pro actore dominium probante pronunciandum, quamdiu reus contrarium non probauit n. 1.

Contra iuramentum legale probatio admittitur n. 2.

Probatio per iuramentum cessat, si ordinaria adest n. 3.

Pertinentiarum qualitas ex sola coniunctione cum re probatur n. 4.

Testes singulares nil probant n. 5.

Is, qui de veritate iurare potest, facilius admittitur, quam qui credulitatem tantum allegare potest n. 6.

Melior probatio actori, non reo, qui vltro probationem suscipit, imponi potest n. 7.

Contra iuramentum legale noua probatio admittitur ab aduersario, non eo, qui iurare iussus n. 8.

Auf eingewandte Leuterung in Sachen M. F. Klägers an einem, und I. M. Beklagten am andern Theil, erkennen Gräflich-Stollbergische zur Wernigerodischen Regierung verordnete Cantzler, Director und Räthe nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es beyderseits Leuterungen ohngehindert bey dem fol. 104. befindlichen und den 6. Decemb. 1735. eröffneten Urthel billig zu lassen, iedoch mit der Erklärung, daß Beklagter in dem zuerkanten Eyde auch dieses mit zu nehmen schuldig, daß er weder von Barthold Northausen ein und einen halben Morgen a 50. Meißn. fl. noch von dem Kupferschmidt in Ilsenburg Harbordten vor 20. Thlr. solchen eingelöset. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger vermeinen will, 1) daß er das erste membrum des fol. 22. befindlichen Bescheides, daß nemlich die libellirte zwey und ein halber Morgen im Thier Garten belegene Herren-Aecker zu seinem Hofe gehörig, durch die documenta sub ☉ et ☽ nothdürfftig erwiesen, und das andere membrum, daß solche Beklagter in Besitz habe, durch Zeugen hinlänglich dargethan habe, auch Beklagter selbsten den letztern Punct in actis vielfältig eingestanden, also nicht abzusehen, wie Beklagtem das Iurament deferiret werden könne, da dieser das Gegentheil nicht erwiesen, 2) auch die fol. 95. sqq. von neuen producirte Beylage so wenig recognosciret, als bey dem Gegenbeweiß induciret worden, bevorab da 3) Kläger klärlich dargethan, daß die gedachten Aecker ohnstreitige Pertinentien von seinem Hofe gewesen, in Rechten aber versehen, quod pro eo, 1 qui dominium vel quasi probauit, pronunciandum, reoque imputandum sit, quod contrarium non probauerit,

l. 9. D. de R. vind.

bey solchen Umständen also 4) dem Beklagten kein iuramentum purgatorium deferiret werden mögen; und so viel Beklagtens Leuterung betrifft, derselbe loco grauaminum anführet, daß 5) auf einen Eyd erkant worden, da vielmehr auf einen bessern Beweis hätte erkant werden sollen, zumal Kläger identitatem rei nicht erwiesen, die confinia und vicinos nicht angegeben, und also nicht erwiesen, was er erweisen sollen, wenigsten ihm 6) contra iuramentum legale die Führung eines Beweises zugelassen werden müsse, cum contra iuramentum legale semper probatio sit integra 2

l. 31. D. de iurei.

wie denn auch die Gewissens-Vertretung in iuramentis legalibus statt findet,

GRÜBNER *in princ. proc. ciu. lib. I. c. 3. sect. 3. §. 2.*

an welchem Beweis es Beklagten nicht ermangeln möchte, zumal er bereits die documenta davon f. 92. sqq. angeführet, aus welchen er darzuthun verhoffet, daß die quæstionirten Morgen zu seinem Hofe gehöret, und in specie ein und ein halber an Gottschalck Förstern,

Klägers

Ad L. VI. T. II.

Klägers Verfahren verkauffet worden, welches doch denen Landes-Ordnungen nach nulliter geschehen, endlich 7) der Eyd nur ein subsidiarium remedium sey, welches alsdann, 3 wenn ein ordinarius probandi modus vorhanden, billig cessiren muß.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) aus den documentis sub ☉ et ☽ dargethan ist, daß zwey und ein halber Morgen Acker im Thier-Garten gelegen, viele Jahre bey des Klägers Hofe gewesen, auch in anno 1708. damit verkauffet worden, gleichwol daraus noch nicht folgen will, daß sie zu dem Hofe als ein Pertinenz gehöret, und wenn gleich, weil Kläger publicianam actionem angestellet, daraus wenigstens præsumtiuum dominium erweislich 4 seyn möchte, dennoch nicht dargethan, daß Beklagter solche besitze, zumal Kläger in libello angeführet, daß Jacob Förster davon ein und einen halben Morgen an Barthold Northausen und einen Morgen an Julius Neddemeyern versetzet, und Beklagter solches versetzte Land reluiret, gleichwol Beklagter in seiner Litis-Contestation solches fol. 19. b. geleugnet, und darüber Kläger den Beweis zwar geführet, und Neddemeyer ausgesaget, daß Jacob Förster ihm einen Morgen vor 20. Thl. versetzet, und Beklagter iuxta fol. 49. solchen reluiret und besitze, dennoch dieser Beweis nur per vnum testem singularem vollführet worden, so die Sache nicht hebet, noch, daß Beklagter solchen besitze, völlig erweiset, hiernächst der andere Zeuge Northausen ad art. 11. f. 51. b. deponiret, daß er von Jacob Förstern 2 und einen halben Morgen Versatz weise gehabt, davon 1 und ein halber Morgen in einem Stück a part lägen, er aber das Geld von Jacob Förstern wieder bekommen, doch ein anderer Namens Harbort 20. Thlr. auf das eine Stück von 1 und einen halben Morgen geliehen, welche Beklagter gegen Erlegung der 20. Thlr. wieder eingelöset und in 6 Besitz habe, gleichwol wiederum nur per singularem solches dargethan, und also auch dieser Beweis unvollkommen ist, darauf es doch vornemlich ankomt, und demnach ad 2) wenig darauf zu sehen, daß Beklagter das Gegentheil nicht erwiesen habe, da es vornemlich auf Klägers Beweis hier ankommt, dabey aber gleichwol so viel aus dem Gegenbeweis sich befunden, daß Beklagter auch Herren-Aecker im Thier-Garten habe, und da also ad 3) Kläger nicht erwiesen, daß Beklagter die quæstionirten Aecker besitze, vor ihn noch nicht erkant werden können, sondern ad 4) nothwendig auf ein iuramentum legale bey solchen Umständen zu reflectiren gewesen, welches bewandten Umständen nach dem Beklagten billig deferiret werden müssen, da Kläger die Warheit der angegebenen Umstände nicht wissen kan, Beklagter aber allein davon die alleinige Wissenschafft haben muß, und bekant ist, daß, wenn der Kläger nur de credulitate, der Beklagte aber de veritate schwören kan, diesem pro ar- 6 bitrio iudicis, welches in iuramentis legalibus deferendis prævaliret, der Eyd, wie auch hier geschehen, deferiret werden müsse, welchem doch die geschehene declaration billig beygefüget worden, zumal testis 2. f. 52. deponiret, daß Beklagter die 1 und einen halben Morgen nicht von ihm selbsten, sondern von einem Kupferschmidt in Ilsenburg Harbort von 20. Thlr. reluiret, und dahero billig zu præcauiren, daß Beklagter nicht temere den Eyd ablege, weil er vielleicht schwören könte, daß er solchen von Northausen nicht eingelöset; übrigens so viel Beklagtens Leuterung betrifft, ad 5) ihm zwar frey gelassen ist, den Gegenbeweis zu führen, aber solches intra terminum ordinis nach dem fol. 22. b. befindlichen Bescheide thun müssen, quo elapso, auf keinen bessern Beweis weiter zu erkennen, zu geschweigen, daß wol dem Kläger pro re nata ein besserer Beweis auferleget werden, nicht aber solches bey dem Beklagten statt finden kan, als welcher zum Gegenbeweis nicht ver- 7 bunden, sondern solchen ex libera voluntate übernimmt, dieserwegen auch ad 6) die Gewissens-Vertretung nunmehr nicht weiter statt findet, als welche zwar bey denen iuramentis legalibus geschehen kan, gleichwol solches sich nicht weiter schicken will, wenn vorher Beklagter den Gegenbeweis intra terminum ordinis bereits geführet, und eo elapso nunmehro nicht weiter damit gehöret werden kan, weil er bey seinem Gegenbeweis solches an- und ausführen sollen, und ob zwar Beklagter nach der Zeit noch neue documenta aufgefunden haben will, die er auch anführet, dennoch er damit nicht weit kommen wird, weil das document sub n. 3. nicht klar machet, daß die 1 und ein halber Morgen, die Kläger in Anspruch genommen und Jacob Förster versetzet haben soll, eben diejenigen sind, die Gottschalck Förster von Hoppen gekauffet, also auch nicht eben sonderlich darauf zu reflectiren gewesen, wie denn contra iuramentum legale zwar ein Beweis noch allemal erlaubet ist, solches aber von dem Gegentheil, nicht 8 von demjenigen, qui iurare iussus, zu verstehen ist

l. 31. D. de iurei.

wiewol auch der angegebene neu aufgefundene Beweis nicht zureichend seyn wird, wodurch denn die ratio vlt. von selbsten hinweg fällt.

So sind wir geschehener massen das vorige Urthel zu confirmiren bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXL.

Tit.

Tit. III. Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur. *Ad L. VI, T. III.*

DECISIO CLXVI.

THEMA.

Notæ variæ characteristicæ bonorum villicalium.

SVMMARIA.

Varia villicationis argumenta n. 1.
Exemplo credendum, si aduersarius eodem vsus est n. 2.
Confessio propria nocet confitenti n. 3.
Mutatio dominii non præsumitur n. 4.
Contributio etiam bonis villicalibus propria est n. 5.
Census minor potius arguit bona censitica, quam villicalia n. 6. 16.
Villicatio perpetuam locationem infert et proportionatum censum requirit n. 7.
Frequentissima in Germania fuit olim solutio perpetui pro certis bonis census n. 8.
Bona villicalia et censitica debentur expeditionibus cruciatis n. 9.
Appellatio: Meyer etiam censitis olim fuit communis n. 10.
In ducatu Bremensi contributiones a propriis, non Meyerdingicis prædiis soluuntur n. 11.
Mutatio bonorum villicalium in censitica præscriptione perfici potest n. 12.
Catastra non auditis, quorum interest, confecta, non probant n. 13.
Error rerum gestarum veritati non nocet n. 14.
Probato licet dominio, si reus nouum titulum allegat, pro hoc pronunciandum n. 15.
Libera dispositio repugnat naturæ bonorum villicalium n. 17.
Malam fidem alleganti probatio incumbit n. 18.

Auf erhobene Klage und Wiederklage, auch erfolgte Sätze in Sachen der verwittibten Cammer-Junckerin von H. H. O. und conf. Klägern und Reconuenten an einem, und die Beamte zu N. modo des Secretarii und Amts-Aduocati S. Beklagten und Reconuenienten am andern Theil, erkennen Königlich-Grosbritannische und Churf. Braunschw. Lün. ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß Beklagte und Reconuenienten dasjenige, was sie zu erweisen, sich angemasset, wie recht nicht erwiesen, dannenhero der Klägere Ländereyen pro bonis censiticis zu halten, und dieselbe von der angestelleten reconuention zu absoluiren und loszusprechen, die Unkosten aber gegen einander aus bewegenden Ursachen zu compensiren und aufzuheben sind. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Klägere 1) nicht in Zweiffel ziehen, daß sie einen gewissen Zins von ihren Güthern an das Amt N. zahlen müssen, dennoch darüber Streit erreget, ob ihre Güter vor schlechte censitica, quorum plenum dominium penes eos est, oder vielmehr vor Meyer-Güter zu halten, da das erste die Klägere behauptet, und deßwegen die Negatorien-Klage angestellet, das andere aber der Beklagte zu erweisen gesuchet, und dahero seine reconuention dahin gerichtet, anbey vermeinet, daß (a) die Reconuenten Meyer-Briefe lösen, (b) der Meyer-Zins proportionabiliter erhöhet: (c) sie den Weinkauff und (d) den Willkommen bezahlen müssen, zu dessen Behuf sie 2) einen Original-Vergleich oder decisum von 17. Iun. 1636. n. act. 19. sub E zwischen dem Closter H. welchem vordem die Klägere ihren Zins gezahlet, und derer Klägere Vorwirthen produciret, woraus ohnstreitig zu ersehen, daß sie damahls vor Meyer gehalten worden, ja damahls super qualitate bonorum nicht einsten, sondern nur super remissione der von einigen Jahren restirenden Meyer-Zinse Streit gewesen, wobey der damahlige Landes-Herr sich interponiret, und solche ex officio bestimmet, und obwol währender Handelung der mehrere Theil mit ihrem aduocato davon gezogen, dennoch dem Landes-Herrn wohl zugestanden, die Bestimmung des quanti remittendi ex officio zu thun, und sie zu dem residuo verbindlich zu machen, wie denn auch in dem gedachten documento sowol wegen des Weinkauffs als Willkommen auch die Verordnungen geschehen, als eine ohnfehlbare Marque, daß der Klägere Güther vor wahre Meyer-Güther gehalten worden, welches darneben 3) aus der Eberdorffen Landmasse sub lit. F de anno 1646. gantz klar zu erhellen scheinet, und ob zwar solches documentum von einer Copey, iedoch von einer solchen abgeschrieben, so vormahls ein in officio gestandener

Ad L. VI. T. III.

dener Reichs-Grafe mit eigener Hand geschrieben, ja das Kirchspiel Oberndorf diese Landmasse in anno 1662. der ad rectificandum der Contribution verordneten Königlichen Commission laut lit. Y selbst übergeben, und vor richtig agnosciret, also als ein Original zu halten seyn möchte, in solchem aber gar deutlich unterschieden, was einem ieden als eigen oder aber nach Meyer-Recht zustehe, solches auch ferner das documentum sub Z bestätiget, so daß Klägere fidem horum documentorum um destoweniger in Zweiffel ziehen können, als bekant ist, quod etiam exemplo
2 credendum sit, si aduersarius eo vsus vel aliquando eius fidem agnouit

MEV. *P. V. decis. 147. n. 6. sqq.*

bevorab da 4) der Klägerer Vorfahren in ihrem supplicato de anno 1632. n. act. 21. sub G sich selbst als Meyer agnosciret, und daß sie Meyer-Guth besitzen und Heuer geben müssen, angezeiget, sich auch verbunden, daß sie, was andere Meyer ins künfftige thun müssen,
3 auch leisten wollen, welche propria confessio einen starcken Beweis ausmachet: so dann 5) abermahl in dem Memorial derselben de anno 1661. n. act. 23. sub lit. I sie sich beschweren, daß der damahlige Amtmann zu Harsefeld mit Abtragung der rückständigen Heuer-Zinse und Wein-Pfenge-Gelder bishero in sie gedrungen, und solche von Jahren zu Jahren erhöhet, so keinem Kloster-Meyer bishero wiederfahren, woraus abermahl die agnitio dieser qualitatis bonorum nachdrücklich geschlossen werden kan, wenigstens dieses gewiß seyn will, daß sie zu der Zeit die qualität dieser Meyer-Güther nicht bestritten, und dahero 6) wohl davor zu halten, daß, wie diese Güther vormahls nur Meyer-Güther gewesen, also sie auch nachgehends solche geblieben sind, quod
4 mutatio haud præsumatur, sed olim dominus, etiam hodie talis præsumatur, nisi, opposita exceptione, mutationem interuenisse doceatur

l. 9. D. de rei vindic.

zumahl sie noch in anno 1691. in solcher qualität gestanden sind, wie das documentum n. act. 24. sub K anzeiget. Uebrigens ob Klägere wol 8) in gedachtem Jahr auf die Halbscheid, und also auf einen gar geringen Zins gesetzet sind, dennoch solches von ihren Vorfahren sub-et obreptitie erschlichen, ja subdole erhalten zu seyn es das Ansehen gewinnen will, anerwogen damahls der Baron Bidahl das Amt Harsefeld noch besessen, und Klägere bereits vorhin sich über die Erhöhung derer præstandorum beschweret, aber keine Gehör gefunden, gleichwol als in gedachten an. 1691. der Baron Bidahl gedachtes Amt der Schwedischen Cammer übergeben müssen, Klägere von solcher Gelegenheit profitiret, und eine Erhöhung vorgegeben, dabey sich zugleich auf das documentum sub n. 25. lit. L de anno 1578. bezogen, worin der canon bereits auf die Helffte erhöhet gewesen, und dadurch erhalten, daß der canon wieder laut n. 26. sub lit. M auf die Halbschied reduciret ist, und Klägere, ohngeachtet der in anno 1693. geschehenen neuen Erhöhung laut n. 27. sub lit. N dabey interim bis zur rectification der Contribution laut lit. A gelassen sind, welche aber 9) nunmehr nicht weiter zu hoffen, und dahero alles nunmehro, was bishero ex gratia ihnen erlassen, wieder auf den ersten Fuß zu setzen ist, bevorab da sie dolose vorgegeben, als wenn der Baron Bidahl die præstanda erhöhet, dessen Gegentheil doch aus denen documentis de anno 1636. sub E und de anno 1646. sub Y zu ersehen, sondern auch durch die Harseldische Register de anno 1633. sub lit. AA n. act. 52. klar gemachet wird, daß schon in diesen Zeiten die alten præstanda noch im Gange gewesen, und der Baron Bidahl solchem Fuß nur gefolget. Endlich 10) daß sie Gefahr-Geld dem Amte Neuhauß entrichten, und einige ihres Mittels Bottings-Geld und Haser zahlen müssen, ihnen kein Eigenthum an denen quæstionirten Güthern geben kan, als welches auch bey Meyer-Güthern wohl statt finden möchte, und das Gefahr-Geld vormahls dem Amt Neuhauß und nicht dem Guths-Herrn als ein Rüttger-Zins entrichtet sey, darneben 11) daß sie die völlige Contri- 5
bution davon gezahlet, ihnen um destoweniger ein Eigenthum zu geben scheinet, als alle adeliche und Closter-Meyer auch von dem Lande gleich denen Eigenthümern Contribution zu geben schuldig sind, wie n. act. 58. dargethan, auch sie bereits in documento sub G in anno 1632. dieses agnosciret, daß sie Meyer-Zins und Contributiones zahlen müssen, so dann 12) de facto und per conniuentiam des Amts geschehen, daß sie frey bis dahero darüber disponiret, so ins künfftige zu redressiren, und 13) bey allen diesen Umständen keine præscriptio ihnen zu statten kommen möchte, da sie keinen bonam fidem vor sich hätten, noch causam possidendi zu mutiren im Stande seyn könten.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die qualitas bonorum, so Klägere sub certo censu besitzen, mit der Zeit in grosse Ungewißheit und confusion gerathen, und es wohl seyn kan, daß solche vor sehr alten Zeiten als Meyer-Güther geachtet sind, und sie den Namen dahero als Meyer behalten, gleichwohl auch dabey sehr bedencklich, daß die sogenannte Heuer oder der Zins vormahls so geringe gewesen, daß er mehr einen simplicem censum als einen wahren Meyer-Zins inuoluiret, wie das documentum sub lit. L n. act. 25. de anno 1577. offenbar darleget, dagegen doch bekant ist, daß der Meyer-Contract eine species locationis suo modo perpetuæ ist, und deswegen ein proportio- 7

natus

natus cum fructibus census, qui locario respondet, insgemein davon gegeben werden muß

STRVBE *de iure villicat. c. IV. §. 2.*

welche Art Güther in Teutschland gantz bekant vormahls, gleichwol auch solche coloni in Teutschland gantz üblich gewesen, qui ius reale et dominio simile habuerunt, et de
8 bonis certum et perpetuum censum soluerunt

IDEM *cit. tr. c. 2. §. 2.*

ZIEGLER *de censibus.*

zumahl obgleich vormahls die Bauren durchgehends als serui gehalten, und nichts eigenes an ihren fundis gehabt, dennoch in 12. Seculo durch die bekanten Creutz-Züge ein solcher Mangel von denen deutschen eigenen Leuten eingeführet ist, daß die Guths-Herren freyen Leuten die Bauer-Höfe sub variis diuersisque conditionibus einzuthun genöthiget worden sind, und dahero einige blos als Meyer oder Pachter angenommen, andere aber sub simplici censu iure quodam dominii variis tituIo 9 lis interuenientibus solche überkommen haben

BÖHMER *de libert. imperfecta rusticor. per German. c. 1.*

woraus die ungewisse Benennung der Meyer, Heuer- und Zins-Leute erfolget, und weil man auch promiscue alle öffters Meyer genannt, es leicht geschehen mögen, daß die Zins-Herren aus Vorurtheilen, und ihre condition zu verbessern, allerhand Wege hervor gesuchet, die schlechten Zins-Bauern zu wahren Meyern zu machen, und ihnen den Zinß zu erhöhen, wie das vorgedachte documentum sub L darleget,
10 daraus ferner erfolget, daß aus solcher confusion die Leute selbsten in Ungewißheit gesetzet sind, daß sie sich ex post facto als Meyer gehalten, wie die documenta sub G und I bezeugen, dabey aber sich sehr beschweren, daß ihre præstanda von Jahren zu Jahren erhöhet würden, gleichwol dabey bedencklich ist, daß Beklagter und Reconuenient kein einziges documentum aufführen mögen, daß die Klägere iemahls Meyer-Briefe gelöset, auch Weinkauff oder Willkomm gezahlet, obwol in denen alten Regiſtern solche als onera mit angeschrieben stehen, da beneben aber sehr remarquabel ist, daß die Klägere von uhralten Zeiten die schweren contributiones ohnstreitig gezahlet, welche in Bremischen allein von
11 eigenen, nicht aber von Meyer-Land gezahlet wird:

STRVBE *cit. tr. c. VI. §. 7.*

daß sie frey davon als von ihrem Eigenthum bishero disponiret, so sich auf Meyer-Güther nicht schicket: daß sie Gefahr-Geld an das Amt Neuhauß davon præstiret, welches das Eigenthum, dessen Verlust es anzeiget, præsupponiret: daß sie seint anno 1691. einen beständigen geringen Zinß ohne Weinkauf und

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Willkomm, und zwar ex publica determina- *Ad L. VI. T. III.*
tione laut documenti sub n. 26. præstiret, und allenfalls nunmehro præscriptione, wobey bona fides et titulus nicht kan in Zweifel gezogen werden, sicher sind, daß billig vor sie, da allenfalls die vorige possess interueniente 12
hac noua concessione de anno 1691. geändert worden, erkant werden müssen, dagegen dann die rationes dubitandi nichts verfangen, angesehen ad 1) et 2) das documentum de anno 1636. weder vor einen Vergleich, da die meisten von der Klägere Vorfahren sich retiriret, noch vor ein decisum gehalten werden kan, weil jene nicht darüber gehöret, und man damals ex suggestione des Closters-Harsefeld als richtig voraus gesetzet, daß jene wahre Meyer-Güther besessen, welches sich vielleicht anders finden würde, wann die Sache in ordentliche cognition gezogen worden wäre, so dann ad 3) das documentum sub F selbst als eine copia copiæ produciret ist, und keinen vollkommenen fidem vor sich hat, allenfalls es ex antiqua confusione, da die Heuer 31
einmal erhöhet gewesen, geflossen, man aber nicht befindet, daß solche cataſtratio, citatis auditisque omnibus, quorum interest, gemachet worden, und ohngeachtet sie solches zur rectification der Contribution in anno 1662. bey der angeordneten Commission übergeben haben mögen, dennoch solches nicht weiter, als was den Contributions-Punct betroffen, agnoscret haben müssen, als welcher blos den Landes-Herrn angegangen; allenfalls der status agrorum sich in anno 1691. geändert, und auf den alten Fuß gesetzet, darneben durch die præscription bekräfftiget ist: wiederum ad 4) das documentum sub G nichts weiter darleget, als daß bey der bereits erhöheten Heuer sie sich vor Meyer, und ihr Land vor Meyerland gehalten haben mögen, gleichwol sie sich darüber beschweret, daß sie so hohe Heuer, als kein Meyer im Ertz-Stifft damahls, hätten geben müssen, so auch ad 5) in dem documento sub G geschehen, dessen remedur aber damahls nicht, sondern erst in anno 1691. erfolget, und wenn auch der Klägere Vorfahren durch die Benennung der Meyer sich verführen lassen, daß sie sich als Meyer per errorem gehalten, und durch solchen Irrthum in die cataſtra aufgeführet wor- 14
den, dennoch re accuratius cognita perspectaque, solches in anno 1691. wieder redressiret worden, daß solches dem Beklagten und Reconuenienten zu keinem Behelf weiter dienen kan, quod error rerum gestarum veritati haud præiudicet.

l. 6. §. 1. D. de offic. præsid.

Uebrigens ad 6) zwar nicht zu leugnen, daß idem status rerum noch anno 1691. ehe die Untersuchung und remedur erfolget, gewesen, aber eben deswegen in gedachtem Jahr eine genaue Untersuchung und Veränderung vorgenommen ist, weil die Klägere bisher kein Gehör finden können, damahls aber erst dazu gelanget,

Ad L. VI. T. III.

langet, und erhalten, daß die Sache in Untersuchung gezogen, woraus nunmehro dieselbe eine iustam exceptionem erhalten, welche sie rechtsbehörig der reconuention opponiret, also hier der Satz des legis 9. D. de R. V. umgekehret werden kan: si vel maxime actor probauit rem suam esse, reus tamen, qui eam possidet, non tenetur restituere, si exceptionem opposuit et probauit

l. 9. D. de R. V.

cum reus etiam non prohibeatur post probatam intentionem actoris per exceptiones suas illam elidere

l. 9. C. de except.

gegen welches fundament, so aus dem documento sub M n. act. 26. genommen, die exceptio sub- et obreptionis vel doli vergebens opponiret wird, da diese Sache gebührend untersuchet, ihre præstanda auf einen gelinden Fuß gesetzet, und sie bis dahero dabey geblieben sind, zumahl der Beklagte nicht leugnen mögen, daß nach dem documento sub lit. L die Heuer würcklich erhöhet gewesen, und wenn gleich ad 9) solches nicht von dem Baron Bidahl geschehen, wohin die documenta sub Y und AA abzielen, dennoch bey der Untersuchung nicht darauf, sondern auf das documentum sub lit. L man das Augenmerck genommen, und wohl zu glauben ist, daß man die itzo producirte catastra und andere Urkunden, die doch beyhanden gewesen, nicht vergessen, sondern genau eingesehen haben werde, welchem ohnerachtet man der Billigkeit nach die Veränderung auf den alten Fuß wieder vorgenommen, und die Entrichtung derer præstandorum zu einem gewissen censu gebracht, unter welchem sie ihre Güther bishero ruhig und nicht als Meyer besessen, wie solches auch die Kennzeichen ad 10) et 11) an den Tag geleget, da, wenn gleich das Gefahr-Geld ein bloser Büttger-Zins seyn solte, dennoch die Abgabe der contribution von ihrer Länderey an dasigen Orten ein wichtig argumentum, daß ihr Land kein Meyerland sey, machet, auch gegen die von Herr Struben angeführte loca lauffet, daß die adeliche und Klostermeyer unter denen Contributionen stehen sollen, so auch Beklagter und Reconuenient nicht erwiesen, und daß sie von alten Zeiten Contribution gegeben, eben darleget, daß sie von alten Zeiten keine wahre Meyer gewesen, ob man sie wol dahin ziehen, und mit vieler Erhöhung derer præstandorum beschweren wollen, absonderlich aber ad 12) die klar gnug erwiesene libera dispositio von ihren Güthern mit der qualitate der Meyer-Güther unmöglich bestehen kan, wogegen das Amt Neuhauß bishero nichts unternommen, sondern in so vieler Zeit geschehen lassen, daß sie die quæstionirten Güther als eigene Güther besessen, so, daß ad 13) vergebens ist, nunmehro defectum tituli et bonæ fidei ihrer præscription zu opponiren, als welche beyde Stücke hier vorhanden, auch ohnedem bekant, quod alleganti malam fidem incumbat probatio, welche aber bey solchen Umständen wohl nicht möglich ist. 16 17 18

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IAN. MDCCXLIV.

RESPONSVM CLXVII.

THEMA.

Laudemium ordinarie in casu mortis non debetur.

SVMMARIA.

Pacto conueniri potest de laudemio in casum mortis præstando n. 1.
Quod factum, si ad possessorum mutationem restrictum n. 2.
Verba pacti obscura contra eum, qui clarius loqui debuisset, interpretanda n. 3. 9.
Diuisio hereditatis pro certo pretio vicem emtionis subit n. 4. 10.
Laudemium in casu mortis præstandum iuri communi repugnat n. 5.
Et in dubio non præsumitur n. 6.
Insolita pacta perspicue probanda n. 7.
Pactum exorbitans stricte interpretandum n. 8.
Laudemium proprium facta inter heredes diuisione soluendum n. 10.
In dubio pro liberatione pronunciandum n. 11.
Et quod minimum est, sequendum n. 12.

Als der Herr uns eine facti speciem nebst einer Frage zugeschicket ꝛc. Hat die vormahlen hochgräfliche Rent-Cammer daselbst den 11. Mart. 1707. bey Ueberlassung der sogenanten Pörtz-Mühle nebst Hauß, Hof, Ställen ꝛc. an H. P. L. und dessen Weib, Erben und Erbnehmen, sich dieses unter andern

andern ausdrücklich ausbedungen, und folgende Clausul dem disfalsigen errichteten Contract sub n. 14. einverleibet:

Daß bey künfftigen Fällen der Käufer das Lehn-Verkäuffer aber das Abzug-Geld, daferne durch Kauf, Tausch oder Sterbe-Fall einige Aenderung vorgehen möchte, oder aus hiesigen Gerichten er sich hinweg begeben solte, gewöhnlicher massen dem Gräflichen Amte zu entrichten habe.

Ist nun in anno 1731. dieser L. verstorben, und hat drey Kinder und Erben nach sich gelassen, von welchen die Entrichtung des in dem mit ihrem Vater und Erblasser geschlossenen Contract in casum mortis stipulirten Lehn-Geldes gefordert worden, welche sich dessen aus unterschiedenen Ursachen gewegert, mithin gefraget ist:

Quæstio.

Ob gestalten Sachen nach von der Pörtz-Mühle die Lehn-Waare nicht nur auf den Fall, da der Besitzer verstorben, von dessen Erben zu præstiren, sondern auch solche auf alle künftige gleiche Fälle billig zu entrichten sey, und Fürstliche Cammer solches mit Bestande Rechtens fordere?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol hiebey eingewendet worden,
1 daß 1) die clausula concernens keiner Schwierigkeit unterworffen, sondern an und vor sich selbsten deutlich sey, indem darin nicht allein das Lehn-Geld bey dem casu alienationis, sondern auch mortis versprochen, und die Fälle, da das Lehn-Geld gezahlet werden solle, mit klaren Worten:

Daferne durch Kauf, Tausch oder Sterbe-Fall eine Veränderung geschiehet,

angezeiget und bestimmet worden, daß nemlich sowol das ordinaire Lehn-Geld in casu alienationis ex natura rei et legis dispositione, als das ausserordentliche in casu mortis ex speciali pacto præstiret werden solle, zumal gantz bekant ist, daß vltra ordinarias præstationes ein jeder sich zu mehren, als gewöhnlich ist, wohl verbinden, und per specialem conuentionem über sich nehmen möge, bevorab da
2 2) einer Veränderung der Personen hier gedacht wird, welche sowol bey Veräusserung als durch Todes-Fälle geschiehet, und wenn gleich heres und defunctus vor eine Person gehalten werden, dennoch solches nur per fictionem iuris geschiehet, und secundum quid zu verstehen, die Veränderung aber da- *Ad L. VI. T. III.*
bey gantz euident ist, dergestalt also 3) allhier keine ambiguitas und obscuritas zu befinden, noch die bekante Regul hier zu appliciren, quod verba pacti obscura et ambigua contra eum sint explicanda, qui clarius loqui debuisset, seu contra illum, qui verba contractus concepit 3

l. 39. de pact.

allermassen obgleich die Cammer diese verba pacti entworffen, dennoch dabey kein unbestimmeter Verstand vorhanden, sondern der casus mortis deutlich gnug exprimiret ist, da hergegen 4) die von denen L. Erben gemachte Erklärung, daß allenfalls der Sterbe-Fall dahin zu verstehen sey, wenn etwa die Erben über die Mühle einen Erb-Vergleich treffen, und einem unter sich zutheilen würden, nicht anzunehmen, vielmehr vor impertinent zu achten sey, weil der casus mortis und venditionis unterschieden, die Theilung aber eigentlich ad casum venditionis mit zu ziehen, und also von dem casu mortis unterschieden sey, cum diuisio emtionis vicem 4
obtineat

SICHARD *ad l. 1. C. commun. vtriusque iud. n. 1.*

HEESER *de commun. bonor. P. II. loc. 27. n. 50.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch selbsten von Seiten der Fürstlichen Cammer eingeräumet und fest gesetzet wird, daß das ordentliche Lehn-Geld nur in casu emtionis venditionis statt finde, so auch, den gemeinen Rechten nach, in bonis emphyteuticis klar und richtig ist; also noth- 5
wendig, wenn auf den Todes-Fall simpliciter das Lehn-Geld auch bezahlet werden solte, etwas ausserordentliches, quod a iure communi deviat, per pactum abgeredet seyn müste, welches zwar geschehen kan, aber in dubio nicht zu præsumiren ist, cum insolita ve- 6
nire non soleant in dispositionem

l. 25. §. 6. loc. l. 78. §. 3. de contrah. emt. vend.

adeoque insolita pacta perspicue ab eo sunt probanda, qui in eis se fundat 7

PACIAN *conf. 104. n. 4.*

wie denn, wenn es auf die Erklärung eines solchen pacti exorbitantis ankommt, solches billig stricte und dergestalt zu erklären, ne a
regula recedat et ius singulare contineat, woraus denn leicht abzunehmen, daß die in- 8
terpretatio hieselbst allerdings gegen die Hochfürstliche Cammer, als welche durch dieses pactum eine extraordinariam vtilitatem zu erlangen gesuchet, gemachet werden müsse, is enim clarius loqui debuisset, qui per pa-

Ad L. VI. I. III. ctum adiectum singularem et extraordinariam vtilitatem quærit,

BÖHMER *tom. II. exercit. ad Pand. XXX. §. 20.*

in mehrerer Erwegung die verba pacti so deutlich, als man wol meinen möchte, nicht sind, vielmehr vielen ambiguitatibus unterworffen, als wohin die Benennung derer subiectorum gehöret, welche hier schlechtweg Kaufer und Verkaufer genant werden, dergleichen Benennungen sich wohl auf den casum alienationis ex titulo oneroso singulari, nicht aber auf den Erblasser und die Erben sich schicken, und soferne diese Benennung improprie hier genommen werden solte, die ambiguität um desto grösser wird, als niemand den Erblasser einen Verkauffer die Erben aber Käuffere zu nennen pfleget, vielmehr aus diesen Benennungen die angegebene Fälle, da der Verkauffer das Abzug der Kaufer aber das Lehn-Geld zahlen soll, zu beurtheilen und zu ermessen sind, daferne nemlich durch Kauf, Tausch oder Sterbe-Fall einige Aenderung vorgehen möchte, dergestalt, daß der Ausdruck der beyden ersten Fälle einer Veränderung, auch den Ausdruck des Sterbe-Falls, so weit er sich auf die Benennung des Verkaufers und Kaufers schicket, erkläre, mithin andeute, daß darunter der Fall zu verstehen sey, wenn bey Sterbe-Fällen, wie gewöhnlich, die Erben theilen, und das Erb-Stück einem oder andern Mit-Erben vor einen gewissen Preiß zuschlagen, und sich die übrige ihre portion am Gelde heraus geben lassen, als worin eine grosse Gleichheit mit der emtione venditione anzutreffen,

PAVL CHRISTIN. *vol. II. decis. 182. n. 1.*

CRAVETTA *cons. 377. n. 6.*

keinesweges also dahin zu extendiren, daß, so lange die Erben unzertheilet den fundum emphyteuticum besitzen, sie auch das Lehn-Geld blos ob interuentum obitus, zahlen müssen, in welchem Fall ohnedem keine neue Belehung vorgehet, noch eine solche Veränderung, welche in den angezogenen Worten erfordert wird, vorhanden. Endlich, da in dubio pro absolutione zu sprechen, und in Rechten versehen ist, quod, vbi de obligando quæritur, propensiores nos esse debeamus ad negandum, si habeamus occasionem,

l. 47. de oblig. et act.

et semper in obscuris, quod minimum est, sequendum sit,

l. 9. l. 200. de R. I.

l. 83. §. 3. l. 109. de V. obl.

solches hier auch billig anzunehmen, und die L. Erben blos in id, quod minus est, zu verbinden sind, dagegen denn die rationes dubitandi nichts vermögen, angesehen zwar ad 1) sich iemand zu etwas mehres, als sonsten gewöhnlich ist, verpflichten kan, hiebey aber eben dieses die Frage ist, ob bey denen angeführten rationibus decidendi L. zu etwas ausserordentliches sich und seine Erben verbinden wollen, da die verba pacti so obscur und ambigue eingerichtet sind, und man ad 2) in casu mortis eine solche Veränderung gantz vernünfftig annehmen kan und muß, quæ emtioni venditioni et permutationi non est absimilis; die verba pacti aber ad 3) allerdings ambigua sind, dergestalt daß die bekante regula iuris sich hier wohl appliciren lässet. Endlich ad 4) auch in rat. decid. dargethan ist, daß die von den L. Erben gemachte Erklärung vor impertinent nicht zu achten.

So erhellet hieraus so viel, daß von der Pörtzmühle die Lehn-Waare nicht in dem casu mortis schlechterdings, weder itzo noch künfftig, sondern alsdann nur zu præstiren, wenn durch Vertheilung die gedachte Mühle auf ein oder andern Erben gebracht wird. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPT. MDCCXLVII.

RESPONSVM CLXVIII.

THEMA.

Canone non rite præstito emphyteusis amittitur cessante impensarum restitutione.

SVMMARIA.

Maior canonis quantitas potius locationem quam emphyteusin arguit n. 1.

Emphyteusis ex reseruato dominio directo colligitur n. 2.

A mora

A mora magna difficultas liberat n. 3.
Canone non soluto emphyteusis perit n. 4.
Nisi ob calamitatem publicam vel casus fortuitos quis impeditus fuerit n. 5.
Extincta emphyteusi meliorationes repeti nequeunt n. 6.

Ad L. VI. T. III.

Als ihr uns eine facti speciem nebst drey Fragen zugeschicket ꝛc.

Haben die Herren von G. zu F. die zu ihrem Lehn-Guthe daselbst gehörige und unter L. gelegene sogenannte Ziegel-Mühle am 10. Ian. 1694. an G. R. dergestalt vererbet, daß derselbe dafür 80. Fl. erlegen, vor dem Gebrauch und Erb-Nutzungen jährlich 55. Fl. baares Geld halb Ostern und halb Michaelis iedesmahl prænumerando voraus zahlen, über dieses auch auf dero adelichen Hofe zur Haushaltung frey mahlen und schroten, jährlich vier Schweine mästen, und 8. Fl. jährlichen Erben-Zins ins Fürstliche Amt Q. abtragen, endlich auch solche desert gewordene Mühle wieder in Gang und Anbau bringen solle, so auch von R. geschehen, nach dessen Tode aber in anno 1709. an Meister R. vor 650. Fl. von diesem in anno 1713. weiter an Meister K. vor 1200. Thlr. verhandelt, und endlich in anno 1723. an Meister S. vor 1575. Rthlr. hinwieder verkauffet worden. Habt ihr nun nach dessen Tode die hinterlassene Wittwe geheyrathet, welcher der vierte Theil von ihres seligen Mannes Verlassenschafft zuerkant, und ihr die Auferziehung eures unmündigen Stief-Sohns dergestalt übernommen, daß ihr demselben vor die Mühle und deren Nutzungen jährlich 30. Thlr. nebst Abtragung aller onerum, dieser hingegen vor seine Erziehung und Tisch 24. Thlr. bezahlen müssen, inzwischen bey itzigen Zeiten die Mühle nicht so viel abwirfft, daß sie davon in baulichen Wesen erhalten, und die schweren præstanda davon abgetragen werden können, dahero denn erstlich gefraget wird:

Quæstio I.

Ob bey so gestalten Sachen ihr oder eure Frau und deren unmündiges Kind einen solchen starcken Erb-Pacht an die Herrn von G. zu F. fernerweitig zu entrichten, oder dieselbige nicht einen remiss an solchem zu thun schuldig?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol der getroffene Vererbungs-Contract, wie er selber in der Lehns-Confirmation de anno 1695. sub A genant wird, mehr pro locatione perpetuaria als emphyteusi gehalten werden möchte, gestalt die Hrn. von G. solche dergestalt vererbet, daß sie ein Pertinenz-Stück des Guths F. verbleiben solle, nicht weniger expresse in dem contractu versehen, daß der Müller jährlich vor den Gebrauch und Erbnutzung 55. Fl. baares Geld 1 erlegen solle, welches eines Theils vor einem canone emphyteutico gar zu groß und so beschaffen ist, daß es mehr vor ein wahres Pacht-Geld, quod pro vsu prædii soluitur, anzusehen; andern Theils solcher nicht in recognitionem dominii directi, sondern vor den Gebrauch und Erbnutzung abgetragen wird, und dahero dieses negotium seiner Natur nach einen remiss wohl leidet, auch dazu erhebliche Ursachen in dem den 30. Aug. 1735. angeführten Bitt-Schreiben angeführet worden, allermassen der erste Besitzer nur 80. Fl. euer antecessor aber 1575. Thlr. davor gegeben, also die vorigen Besitzer den profit von der Mühle gezogen, und die Last euch allein zugefallen, inzwischen neue onera publica aufkommen, kein Zwang bey der Mühle ist, neue Mühlen angeleget sind, und dadurch der debit verringert, ihr hergegen viele Reparaturen an der Mühle thun müssen, dergestalt, daß ihr nicht mehr capable seyd, den völligen Pacht davon zu geben.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch nach der wahren Absicht dieses gantze negotium mehr pro contractu emphyteutico zu achten, und wegen der Verbesserung expresse die Vererbung geschehen, solches auch in dem contractu sub B de anno 1694. expresse versehen, und derselbe daher ein contractus emphyteuticarius genant wor- 2 den, davon die Herren von G. das dominium directum allein bey ihrem Guthe reseruiret, im Gegentheil denen Müllern das dominium vtile conferiret, anbey diese alle casus fortuitos über sich genommen, und sich anheischig gemachet, wegen derselben keinen Abzug an dem Erb-Zins zu prætendiren, endlich daß die Mühle mit der Zeit so gesteigert ist, eines Theils der geschehenen Verbesserung zuzuschreiben, andern Theils solche Erhöhung nicht von dem facto der Herren von G. sondern der Verkäuffer herrühret, so ihnen nicht præiudiciren mag,

So mag gestalten Sachen und Umständen nach kein remiss an dem Erben-Zins gefordert werden.

Die andere Frage betreffend:

Quæstio II.

Ob bey unterbleibender Entrichtung des Erb-Pachts die Herrn von

Ad L. VI, T. III.

von G. die quæstionirte Mühle wiederum an sich zu ziehen befugt, und eure Frau nebst deren unmündigen Kinde selbige um deswillen gar verlustig seyn solle?

Rationes dubitandi et decidendi.

So halten wir vor Recht, obwol die pœna caducitatis eine moram vel iniustam dilationem pensionum præstandarum præsupponiret, welche bey denen itzigen Umständen der Mühle zu manquiren scheinet, cum magna difficultas soluendi a mora liberet,

MEV. *P. IV. dec. 198.*

dergleichen difficultäten ihr in dem an die Herren von G. abgelassenen Bitt-Schreiben vorgestellet.

Dieweil aber dennoch in dem contractu emphyteuticario expresse versehen, daß, wenn der Müller mit richtiger Abstattung des versprochenen Zinses zwey Jahr nicht einhalten würde, alsdann solcher contract gäntzlich aufgehoben, cassiret, null und nichtig seyn, und die eingethane Mühle denen Herren von G. ipso iure wieder heim fallen solle, dieses auch der Natur dieses Contracts gantz gemäß ist, und was dagegen von der difficultate soluendi angeführet ist, hieher nicht zu ziehen, als welche causæ auf die remissionem canonis abzielen, so aber nicht statt finden kan, im Gegentheil eine solche difficultas soluendi allhier a mora excuriret, quæ ex tempore belli et ita ex casu fortuito nascitur,

l. 21. sqq. de vsur. fruct.

MEV. *cit. l. decis. 199.*

Colleg. iur. Argent. ad tit. de vsur. n. 51.

so hier nicht zu finden, sondern die gantze difficultät daher zu entspringen scheinet, daß euer antecessor in matrimonio die Mühle in einem gar zu hohen Preiß angenommen,

So sind auf den Fall, wenn ihr den Erben-Zinß nicht entrichtet, die Herren von G. solche Mühle wieder einzuziehen wohl befugt.

Endlich bey der letzten Frage:

Quæstio III.

Ob die Herren von G. wenn ihnen solche Mühle statt des rückständigen Erb-Pachts in solutum abgetreten werden möchte, nicht gehalten sind, selbige gegen die letzte bezahlte Kauf-Summe zu übernehmen, und euch die hinein gebauete Bau-Kosten, und gesetzte 200. Thlr. Vorstands-Gelder zu restituiren?

Rationes dubitandi et decidendi.

Erachten wir vor Recht, ob ihr wol dabey anführet, daß ihr die Mühle aus eurem Vermögen in baulichen Wesen unterhalten, und wenn ihr solches nicht gethan, selbige gantz und gar zu Grunde gegangen seyn, und also die Herren von G. als domini directi solches bonum emphyteuticum gantz und gar verlohren haben würden, ausserdem die Mühle in anno 1694. in schlechten Zustand gewesen seyn muß, daß sie auch dem damahligen Müller um 80. Thlr. quoad dominium vtile verkauffet worden, und es dahero billig zu seyn scheinet, daß, weil die Mühle in anno 1723. vor 1575. Thlr. verkauffet worden, und daher sehr melioriret seyn muß, nach demselben Preiß die Mühle in solutum angenommen werden müsse.

Weil aber dennoch die Ziegel-Mühle in anno 1694. dem Müller G. R. wegen der Besserung vor 80. Thlr. Erben Zinsweise eingethan, und er sowol als seine successores, wie auch ihr selbsten ex natura contractus ad meliorationes faciendas verbunden gewesen sind, und was ihr hinein gebauet, wieder zu fordern nicht berechtiget seyd,

l. 2. C. de iur. emphyt.

HILLIG. *ad* DONELL. *lib. 9. c. 15. lit. h.*

vielmehr zu befürchten habet, daß, wenn ihr in Bezahlung des canonis nicht inne haltet, ihr der Mühle schlechterdings, ohne etwas zu erhalten, verlustigt werdet, dahero wenn die Herren G. ja die Mühle in solutum annehmen wollen, solche nicht höher als nach dem itzigen Tax, anzunehmen schuldig sind, so noch als ein beneficium anzusehen, das Vorstand-Geld aber damit nichts zu thun hat.

So sind allenfalls die Herren von G. die Ziegel-Mühle nicht höher als nach dem itzigen wahren Werth in solutum anzunehmen, iedoch die Vorstands-Gelder euch wieder zu entrichten schuldig. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE NOV. MDCCXXXV.

DECISIO

DECISIO CLXIX.

Ad L. VI. T. III.

THEMA.

Census molendinis inhærens debetur, si vel maxime reditus non sufficiant.

SVMMARIA.

Appellatio non est deserta, si appellatus ad videndum præstare iuramentum appellationis non citatus est n. 1. 4.

Obligatio ad prædium aliquod simul restricta est mere respectiua n 2.

Vnde, si reditus defecerint ibidem, nil debetur n. 3.

Pacht-Leute *dicuntur, qui pro certo canone in frumento soluendo prædia possident* n. 5.

Onera realia ab omni possessore prædii soluenda ibid.

Fundus, vnde alimenta assignata, demonstrationis caussa adiectus censetur n. 6.

Ergo inde debentur, licet nil ibi natum fuerit ibid.

Responsiones ad rat. dubit.

Auf interponirte Appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen des Müllers G. F. T. Appellanten und Beklagten an einem, und der Kirchen- und Hospital-Vorstehere zu T. Appellaten und Klägern am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die Appellation in ihren formalibus zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechfertigung an uns erwachsen; derer materialien halber aber erscheinet aus denen Acten so viel, daß in erster Instanz wohl gesprochen, übel davon appelliret, dannenhero die sententia a qua zu confirmiren, und die Sache an den Richter voriger Instanz zu deren execution zu remittiren, Appellant auch die expensas dieser Instanz nach deren vorgängiger liquidation und erfolgter unserer Mäßigung zu erstatten schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol bey denen formalibus erinnert worden, daß, gleichwie zu denenselben die richtige Ablegung des Appellations-Eydes zu referiren, also auch an derselben dieser Haupt-Mangel sich befinde, daß Klägere dazu nicht citiret
1 worden, so doch zur Ablegung dieses Eydes erfordert werde, und dahero dieselbe pro non præstita zu halten, und die appellation desert sey; hiernächst auch die fol. 50. befindliche Formul auf das Urthel de anno 1739. errichtet sey, da doch die sententia a qua in anno 1738. gefället worden, und so viel die materialia betrifft, Beklagter sein grauamen darin gesetzet, daß er 1) das quæstionirte Pacht-Korn an die Klägere blos von der bey B. gelegenen Wasser-Mühle entrichten müsse, woraus denn von selbsten erfolgen möchte, daß Appellant kein ander Korn liefern könne, als wie er von
2 seinen Mahl Gästen es selbsten erhalte, und in die Mühle geliefert würde, zumahl er nicht ex obligatione personali vor seine Person, sondern qua possessor der Mühle, und aus deren Revenüen, das Pacht-Korn zu geben schuldig, mithin diese obligatio respectiua und als ein onus reale anzusehen sey,

l. 12. D. de alim. leg.

welche 2) würcket, daß der possessor von dem Einkommen des Korns die Bezahlung des Pacht-Korns schlechterdings thun müsse, cuius consequens est, quod si reditus molendini
3 ad certum tempus defecerint, nihil interim debeatur,

l. 5. D. de trit. vin. ol. leg.

STRYK *in vs. mod. ad tit. de trit. vin. et oleo leg. §. 3.*

diesemnach er auch kein ander Korn zu liefern schuldig sey, als die Mühle ihm selber einbringe, wie er denn 3) durch das attestatum des magistratus zu B. fol. 60. bereits dargethan, daß kein ander Korn als meslirtes von den Mahl Gästen in die Mühle geliefert und gemahlen werde, als woraus nach der meisten Leute Meinung feste Brod gebacken werden könte, welches er allenfalls, wenn 4) das attestatum zum Beweis nicht zureichen solte, zu beweisen erböthig sey, welcher Beweis sowol pertinent als zugelassen zu achten, da das gantze κεινόμενον darauf ankäme, und durch die abgeschlagene declaration solcher Beweis nicht verworffen sey, weil ihm doch der Weg zu der Appellation, so er eventualiter dieserwegen mit interponiret, eröffnet worden, endlich 5) da er ratione præteriti von der Ersetzung des Schadens, daß er bishero meslirtes Korn ge-

Ad L. VI. T. III.

liefert, absoluiret sey, daraus erfolgen müsse, daß er auch ratione futuri kein ander Korn, als er vorhin geliefert, zu geben schuldig sey, da, wenn er rein Korn liefern müßte, er auch zu Ersetzung des Schadens, daß er bishero contra obligationem gemengetes Korn geliefert, hätte condemniret werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ratione formalium sich befindet, daß der Appellations-Eyd würcklich 4 von dem Appellanten abgeleget, und wenn der magistratus delegatus die Appellaten ad videndum iurare nicht hat citiren lassen, solches dem Appellanten nicht sowol, als dem magistratui delegato beyzumessen ist, als welcher solches billig besorgen und observiren sollen, sonsten die contenta des Eydes daraus keinen Anstoß erleiden, daß das eigentliche Jahr der sententiæ a qua nicht exprimiret worden, zumahl kein ander Urthel per rerum naturam verständen werden mögen, als wovon appelliret worden, wie denn Appellant sich auch zur Gnüge desfalls erkläret, und in solcher consideration fol. 78. b. der Appellant von denen Mandatarien Gebühren frey gesprochen worden, diesemnach die formalia noch wohl saluiret werden mögen, woran es aber bey denen materialibus ermangelt, allermassen ad 1) es zwar andem ist, daß das quæstionirte Korn ein onus reale der Wasser-Mühle zu B. sey, und dahero a quocunque possessore 5 abgetragen werden müsse,

l. 12. de alim. leg.

c. 18. X. de vsur.

adeoque inde dicuntur tales possessores Pacht-Leute, quod pro certo canone in frumento vel pecunia soluendo possideant agros vel prædia,

STYPMAN. *de salar. cleric. c. 5. n. 193.*

dennoch aus denen fol. 20. sqq. befindlichen Stifftungs-Briefen dabey zu ersehen, daß die possessores der Wasser-Mühlen Korn liefern sollen, welches in natiua significatione von reinem Korn und nicht von solcher Meslange und mit Hafer und Gerste vermengten Korn zu verstehen, als welches keine species simplex, sondern composita, und nicht dasjenige ist, was der Müller als Pacht-Korn liefern soll, dabey auch nicht zu befinden, daß das Korn præcise von demjenigen, was die Mahl-Gäste in die Mühle bringen, geliefert werden solle, sondern vielmehr der Müller indefinite nach denen Stifftungs-Briefen zur Lieferung des Korns verbunden, und denen Appellaten gleich viel ist, woher er das Korn liefert, wenn es nur rein Korn ist, dahero auch ad 2) diese obligatio keinesweges dadurch cessiren würde, wenn gleich die Mühle ad certum tempus keine Revenüen haben solte, bevorab da diese Stifftung deren Kirchen und Hospital ad alimenta destiniret ist, quæ perpetuam præstationem desiderant

l. 12. D. de alim. et cib. legat. 6

STYPMAN *cit. l. c. 8. n. 80. sqq.*

und der fundus, vnde præstari debeat, nur dabey gesetzet ist, damit die præstatio frumenti ihre beständige Daure haben könne, die Lieferung des reinen Korns aber ad 3) schlechterdings dem Müller als pactum incumbiret, und er nicht eben von demjenigen Korn, so die Gäste mahlen, das Pacht-Korn zu geben schuldig, so, daß das producirte attestatum ihm hiebey wenig zu statten komt, welches eines Theils wenig beweiset, andern Theils auch nicht einsten darthut, daß alle und jede Mahl-Gäste dergleichen gemengtes Korn in die Mühle bringen solten, ob es wol von einigen geschehen mag, und es also ad 4. auf den Beweis, wozu sich Appellant noch ferner erboten, hier nicht ankomt, da ihm die Lieferung an Korn schlechterdings obliegt, welche er wegen der besitzenden Mühle leisten muß, und solches nirgends auf dasjenige Korn, welches die Gäste in der Mühle vermahlen, restringiret ist, endlich ad 5) nicht folget, daß, weil er ratione præteriti von Ersetzung des Schadens absoluiret ist, er auch in futurum solch gemengtes Korn zu nehmen schuldig sey, zumal das erste ohne Zweifel um deswillen erkant ist, weil die Klägere, sich zum Schaden, dergleichen Korn angenommen, welches sie declariren, und durch dessen Weigerung den Beklagten zwingen können, gut rein Korn zu liefern, dagegen sie schlecht Korn unterschiedlichemal angenommen, und in solchen Schaden consentiret, daraus aber nicht geschlossen werden mag, daß sie in futurum auch darein consentiret.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVNIO MDCCXL.

RESPON-

RESPONSVM CLXX.

Ad L. VI, T. III.

THEMATA.

I. Appellatio Lehn non præciſe feudum infert, ſed etiam ad prædia ruſtica et emphyteutica pertinet.

II. In prædiis emphyteuticis etiam fœminæ ſuccedunt.

III. Interdictum quorum bonorum etiam filiabus in emphyteuticis bonis datur.

IV. Verſio illatorum in bona emphyteutica non eſt operoſe probanda.

V. Hypothecam in bonis emphyteuticis dominus directus confirmare tenetur.

VI. Negatoria vtilis datur emphyteutæ contra illum, qui fundum feudalem eſſe prætendit.

VII. *Feudum ſeruitutem quandam ſpirat.*

SVMMARIA.

Feudum ex conceſſa inueſtitura arguitur n. 1.
Feudum in dubio proprium et maſculinum præſumitur n. 2.
Vox zu einem wahren Lehn *ad feudum pertinet* n. 3.
Literæ inueſtituræ antiquiores iunioribus præferuntur n. 4.
Subfeudum eadem lege, qua principale vaſallus tenet, conſtitutum cenſetur n. 5.
Vox Lehn *non ſimpliciter feudum infert, ſed allodialibus propria* n. 6.
Bona ruſticorum cenſitica dbuſiue Lehn *vocantur* n. 7.
Contractus, feudalibus vicini, feudum non inferunt n. 8.
Prædia ſculetica non habent qualitatem feudalem n. 9.
Prædia tributaria pro feudalibus non habenda n. 10.
Præſtatio annui canonis in dubio bona emphyteuticaria potius, quam feudalia infert n. 11.
Denominatio Lehn *etiam bonis emphyteuticariis propria eſt* n. 12.
Seruitia arguunt feudum n. 13.
Fides vaſallitica iurato promiſſa feudo propria n. 14.
Iuramentum præſtitum non ſufficit ad probandum feudum n. 15.
Præſtationes, quæ æque fœminis propriæ, magis emphyteuſin, quam feudum inferunt n. 16.
Prædia ruſtica in dubio potius allodialia, quam feudalia præſumuntur n. 17. 30.
Appellatio feudi recti, ſæpe tantum legitime acquiſitum arguit n. 18.
Mentio maſculorum æque ad emphyteuſin, quam ad feudum pertinet n. 19.
Feudum præſcriptione 30. annorum extingui poteſt n. 20.
Inueſtitura maſculorum in prædiis emphyteuticis fœminas non ſimpliciter excludit n. 21.
In emphyteuſi ius protimiſeos locum habet n. 22.
Interdictum quorum bonorum filiabus contra agnatos datur, ſi dubium, virum bona feudalia, an emphyteuticaria ſint n. 23.
Iudici de priuata ſcientia atteſtanti fides non habenda n. 24. 27.
Aſſertio iudicis loci non probat in præiudicium tertii n. 24.
Confeſſio mariti de illata dote non probat contra dominum feudi vel agnatos n. 25.

Ad L. VI. T. III. *Hypotheca valet in bonis emphyteuticis sine consensu domini directi* n. 26.
Confirmatio eius tamen ad bene esse pertinet n. 28.
In feudis censualibus etiam fœminæ succedunt n. 29.
Feudum seruituti æquiparatur n. 31.
Contra prætensum dominum feudi ab emphyteuta negatoria actio instituti potest n. 32.
Prouocatio ex l. diffamari non est iniuriosa n. 33.

Als uns derselbe eine facti speciem nebst unterschiedlichen Beylagen und sieben Fragen zugeschicket ꝛc.

Besitzet derselbe seit anno 1711. das daselbst im Dorfe C. gelegene Richter-Guth mit dazu gehörigen drey Hufen Landes und einer Holtz Breite, auch andern Zugehör, welches von dasiger Gerichts-Herrschafft denen hochgebohrnen Herren Reichs-Grafen von S. vormahls zu P. anitzo zu S. laut denen Beylagen A B C D zu Lehn gehet, und vor demselben dessen Bruder I. D. I. vor diesem aber dero beyder Vater I. T. I. und dessen Vorfahren inne gehabt. Hat aber derselbe in anno 1711. sein itzt noch lebendes Eheweib, A. C. H. geheyrathet, welche sowol an Mitgifft laut Bescheinigung sub E als an ererbeten Guth ein ansehnliches eingebracht, welches zu Tilgung einiger auf dem Richter-Guthe gehafften Schulden, theils zu dessen Besserung angewandt, daher zu ihrer Sicherheit, und da ohnedem der Weiber tacitæ hypothecæ expiriret, derselbe mit ihr gewisse Ehe-Pacta errichtet, und bis auf erfolgenden Lehnsherrlichen consens dieselbe mit einer hypothec auf das Richter-Guth versehen wollen, deswegen auch um selbigen gebührend angehalten, gleichwol aus allerhand angeführten Ursachen, welche mehrentheils a qualitate feudi propria hergenommen, einen Repuls erhalten, und dahero gefraget wird:

Quæstio I.

Ob das Dienstfreye Richter-Guth nebst Zubehörungen vor Mann-Lehn zu halten,

oder

Quæstio II.

Ob nicht vielmehr solches pro allodio, vel emphyteusi vel feudo improprio rustico fœminino et hereditario zu achten?

Rationes dubitandi.

1 Ob nun wol 1) nicht geleugnet werden mag, daß vor demselben dessen Bruder, Vater, und Vorfahren gedachtes Richter-Guth zu Lehn gereichet, und dabey versehen worden, daß so offt die Lehn zu Falle kommen möchte, der Lehnmann derselben gebührend Folge thun wolle, welches nicht allein eine nota feudi in genere zu achten, sondern dabey 2) bekant ist, quod in dubio omne feudum proprium et 2
sic etiam masculinum præsumi debeat, cum qualitas illa, quæ ex dispositione legis rei inesse debet, in dubio etiam inesse præsumatur, donec contrarium probatum fuerit,

1 F. 4. 2 F. 2. §. f.
STRYK *de præs. feud. c. II. n. 57.*
MEYER *in Synt. iur. feud. p. 41.*

bevorab da 3) im letzten Lehn-Briefe de anno 1730. die Clausul: zu einem wahren Lehn, 3
zu befinden, wodurch eines Theils proprietas feudi, andern Theils aber, daß es kein allodium sey, worüber auch sonsten in sensu latiori Lehn-Briefe ertheilet werden, angedeutet werden möchte, ja man 4) von Seiten des Lehn-Herrn vermeinen will, daß noch weit ältere Nachrichten beym Hauß S. oder P. zu be- 4
finden, vermöge deren gedachtes Richter-Guth allein auf den Mann-Stamm expresse restringiret sey, auf welche in dubio billig zu sehen,

2 F. 2. c. 1.
STRUV. *in Synt. iur. feud. c. 1. th. 11. n. 3.*

nicht weniger 5) zu glauben stehet, daß das 5
quæstionirte Richter-Guth von einem andern Ritter-Guth als ein subfeudum gereichet werde, und daher eiusdem cum feudo principali sortis seyn müste, cum subfeudum constituatur eadem lege, sub qua vasallus feudum principale tenet

2 F. 34. §. similiter.

woraus denn geschlossen werden möchte, daß dieses Lehn pro feudo proprio et masculino nicht unbillig zu halten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) die Lehn-Briefe nichts mehr anzeigen, als daß derselbe und dessen Vorfahren das quæstionirte Richter-Guth cum pertinentiis zu Lehn gehabt habe, und sub hac qualitate noch besitze, wodurch 6
aber nicht sofort dasjenige, was man feudum insgemein nennet, angedeutet wird, Germanorum enim vocabulum, Lehen, natura sua quamcunque concessionem etiam rei allodialis denotat. Vnde illud feudi qua talis indolem haud exhaurit, sed ex contextu et substrata materia interpretationem meretur

EYBEN

EYBEN *c. 6. elect. feud. §. 7.*

RHETIVS *in comm. feud. lib. 1. tit. 1. n. 21. p. 44.*

adeoque non ſtatim negotium pro feudali habendum, niſi alia etiam adſint ſigna qualitatis feudalis,

HORN. *in iurispr. feud. c. 2. §. 3.*

7 wie dann eine bekante Sache iſt, daß prædia ruſtica unter allerhand conditionen zu Lehn gereichet, und Lehn-Briefe darüber ausgeſtellet werden, die doch nichts weniger als feuda proprie dicta zu achten, vielmehr Zins-Lehn und dergleichen Art Güther ſeyn können, davon der concedens, von dem ſie releviren, der Lehn-Herr; der Beſitzer, welchem ſie erblich verliehen ſind, ein Lehn-Mann, und was bey der Beleihung gezahlet wird, klein und groſſe Lehn, oder Lehn-Waare genant wird: der gemeine Irthum aber, 2) daß man Güther, worüber Lehn-Briefe ertheilet werden, ſofort zu feudis machen, und ſie ex horum natura æſtimiren will, dahero entſprungen iſt, weil dem Wort Lehn, ſo doch allen conceſſionibus bonorum gemein iſt, ſofort die Be-
8 deutung des lateiniſchen Worts feudi beygeleget wird, cum tamen contractus, feudalibus quodammodo vicini, pariter hoc nomine inſigniantur, quamuis ab ipſis feudis longiſſime abſint,

de LVDEWIG *de iur. clientel. c. 3. §. 5.*

vt adeo, ſi alia abſint argumenta, nullum conſecutionis vinculum ſit ab appellationibus, Lehn, Lehn-Brief, Lehn-Geld ad feudales rationes, quod ſingula hæc verba etiam adhibeantur de iure emphyteutico, cenſitico aut colonario

IDEM *in differ. iur. Rom. et German. in mutuo differ. 1. lit. e.*

wohin vornemlich 3) die Schultzen- und Richter-Güther auf denen Dörffern mit gehören,
9 welche per abuſum zum feudis gezogen werden, und dahero CARPZOVIVS von denenſelben folgendes anmercket: Conſuetudine hactenus inualuit, vt poſſeſſores inueſtiti de feudis exiguis et paruis, de quibus penſiones tantum annuæ, non etiam ſeruitia perſonalia vel militaria præſtantur, vt ſunt vulgo in pagis, die Schultzen- oder Richter-Güther, Mannlehn, iure ſuo non cadant in foro Saxonico, etiamſi intra anni et diei ſpatium renouationem inueſtituræ non petierint,

P. II. conſtit. 45. def. 21. n. 4.

RAVCHBAR *P. II. qu. 21. n. 22.*

deſſen wahre Urſache ohne Zweiffel darin zu ſuchen, daß dergleichen Richter-Güther eigentlich vor keine feuda zu achten, und daher nach denen gemeinen Lehn-Rechten darin nicht zu verfahren iſt; welches alles 4) bey dem quæſtionirten Richter-Guth in Dorfe C. ſich um deſtomehr appliciren laſſet, als die eigentliche notæ characteriſticæ eines feudi ſich bey demſelben nicht befinden, angeſehen dieſes Guth unter andern Bauer-Güthern, ſo ſtreckbar ſind, und woſelbſt kein Ritter-Guth ſich findet, lieget, mithin die præſumtion iſt, daß es mit denen andern Bauer-Güthern in einerley condition ſtehen müſſe, cum talia bona in dubio magis prælumantur emphyteuticaria, quam feudalia *Ad L. VI. T. III.*

HARPRECHT *vol. nov. conſ. 31. n. 179. ſqq.*

CRAVETTA *conſ. 662. n. 12.*

STRVK *de præſ. feudali c. 2. n. 7.*

wie denn auch 5) das gedachte Richter-Guth 10
nebſt der dazu gehörigen Holtz-Breite, vermöge des Schock Steur cataſtri gleich andern benachbarten Bauer-Güthern mit Schocken, Quatembern, Magazin-Getreyde, Land-Acciſe und andern Landesherrlichen Beſchwerungen oneriret, und dahero mehr zu denen gemeinen Bauer-Güthern, als proprie dictis feudis zu rechnen iſt, als welche von denen rechten und wahren Lehn-Güthern nicht præſtiret werden; abſonderlich aber 6) allhier zu erwegen, daß pro annuo canone von dem quæſtionirten Guth 1. Groſchen Erb-Zins entrichtet werde, als einer offenbaren Marque, daß dieſes Lehn mehr pro conceſſione emphyteuticaria als feudali zu halten, quod ex tali præſtatione emphyteuſis præſumatur, adeo vt in dubio magis pro emphyteuſi, tanquam ſpecie allodii, quam pro feudo, præſumtio capienda ſit

de BERGER *in elect. diſc. for. tit. 40. §. 8. p. 1322.*

zumal auch 7) ſolche Zins-Güther ad exem- 11
plum feudorum zu Lehn gegeben werden, und deshalben die geſchehene inueſtituræ kein argumentum feudalis qualitatis ausmachen können, ſiquidem iure Germanico tam bona emphyteutica, quam cenſitica admittunt inueſtituram, et recognoſcenda et recognitionis illius cauſa laudemia ſoluenda ſunt,

IDEM *cit. l. p. 1323.*

HARPRECHT *vol. nov. conſ. 35. n. 173.* et *conſ. 33. n. 113. ſqq.*

CARPZOV *P. II. c. 38. def. 20.*

daher auch BERLICH und nach dieſem der ge- 12
dachte HARPRECHT gar wohl anmercken, daß in proprie dicta emphyteuſi gantz gewöhnlich ſey, folgende Benennungen, als Lehen, zu Lehn rühren, die Lehen bitten, das Lehn-Geld entrichten, die Lehn reichen, Lehn-Herr, Lehn-Träger, Lehnmann zu gebrauchen,

BERLICH *deciſ. 21.*

HARPRECHT *cit. conſ. 33. n. 122.*

mithin aus denen producirten Lehn-Briefen

Ad L. VI. T. III. kein schliessendes argumentum pro qualitate feudali gemachet werden kan, allermassen auch 8) keine seruitia feudalia davon præstiret werden, sondern in denen Lehn-Briefen das quæ-
13 stionirte Guth deswegen die freye Richterey, die nicht dienet, genant wird, da doch die seruitia ordentlicher Weise ad naturalia feudorum gehören, und obwol auch feuda franca sind, dennoch bey dergleichen Güthern, die rustica prædia sind, es ein grosses argumentum machet, daß solche mehr emphyteuticaria als feudalia zu achten, wie denn auch 9) derselbe als Inhaber des quæstionirten Guths bey der letzten Belehnung keine besondere Lehns-Pflicht ablegen dürffen, auch hiebevor zu P. die vorigen Besitzer mehr nicht als den gewöhnlichen Unterthanen Eyd, gleich andern Unterthanen, ingleichen als Richter zu denen Gerichten geschworen, cum tamen feudorum ratio essentialis in fide vasallitica consistat,

HORN *in iurispr. feud. c. 3. §. 8.*

14 nec statim iuramenti præstatio argumentum certissimum feudi sit, cum etiam alia de causa, videlicet ratione subiectionis, illud præstari possit

BERLICH *decis. 81. n. 10. sqq.*

CRAVETTA *cons. 293. n. 12.*

MANTICA *de tac. et amb. conv. lib. 22. tit. 4. n. 3.*

vnde recte interpretes censent, quod, vbi aliqua præsumtio in contrarium militat,
15 quæ videlicet magis pro emphyteusi quam feudo est, tunc præstatio iuramenti ad probandam feudalem qualitatem parum contribuat,

MENOCH *de præs. lib. 3. præs. 91. n. 48.*

HARPRECHT *cit. cons. 33. n. 128. sqq.*

welchem noch 10) hinzu tritt, daß in denen Lehn-Briefen der männlichen Leibes-Lehns-Erben gar nicht gedacht worden, sondern von an. 1698. die Belehung schlechterdings, ohne alle Benennung der Erben, geschehen, ja 11) die davon gehende præstationes, so in denen
16 Lehn-Briefen ausgedrucket, solche Obliegenheit betreffen, welche a quibuscunque heredibus, etiam fœminis, præstiret werden können, und dahero alle ratio prohibitionis allhier cessiret, welche sonsten die Weibes-Personen, und andere Erben in denen bonis feudalibus ausschliessen, dieserwegen wiederum eine starcke præsumtion pro qualitate emphyteuticaria daraus erwächset, welchen dann die rationes dubitandi nicht entgegen stehen, angesehen quoad rat. primam bekant ist, daß dergleichen formulæ auch in Lehn-Briefen über Emphyteut-Güther gantz gewöhnlich sind, wie in rationibus decidendi dargethan, und daher quoad secundam die præsumtio pro feudo proprio so lange, als die qualitas feudalis noch nicht ausgemachet, cessiret, bis solche erst deutlich gewiesen worden, absonderlich bey solchen Güthern, die hier anzutreffen, und welche præsumtionem in contrarium bey sich führen, in quibus fortissima in contrarium probatio desideratur; etenim in prædiis rusticis extra controuersiam positum est, quod in dubio præsumantur allodialia, adeo vt contra præsumtionem hanc, pro prædiis rusticis militantem, non saltim fortiores probationes, sed etiam apertissimæ et luce me- 17
ridiana clariores desiderentur

HARPRECHT *cit. cons. 33. n. 132. sqq.*

woran es aber allhier noch zur Zeit ermangelt, und das Gegentheil ex rat. tertia nicht inferiret werden mag, nachdem der Augenschein giebet, daß die Formul: zu einem wahren Lehn, in denen vorhergehenden Lehn-Briefen nicht anzutreffen, mithin zu præsumiren, daß solche per incuriam vel errorem dem letztern Lehn-Brief einverleibet sey

SCHRADER *de feud. P. V. c. 2. n. 37.*

VULTEI. *de feud. lib. 2. c. 3. n. 42.*

wiewol auch diese Formul sehr equiuoc und so beschaffen ist, daß sie auf unterschiedene Art genommen wird, sicuti feudum rectum non-
nunquam etiam dicitur, quod legitime ac- 18
quisitum

LUDWEL *in Syn. feud. p. 4.*

also auch diese Formul allhier de legitima acquisitione pro subsstrata materia angenommen werden kan, da ex præcedentibus erhellet, daß de feudo proprie dicto solche allhier nicht angenommen werden mögen, auch quoad quintam noch zur Zeit keine ältere Urkunden angeführet sind, darin die successio ad solos masculos restringiret ist, obwol, wenn solches in denen vormahligen Zeiten gleich geschehen seyn solte, dennoch daraus abermahl kein feu-
dum inferiret werden könte, cum etiam em- 19
phyteusis ad solos masculos restringi possit

IVL. CLAR. *rec. sent. §. emphyteusis, qu. 28. 35. et 37.*

welche qualität aber das Richter-Guth verlohren haben würde, da seit anno 1698. und also bereits über 30. Jahr, diese Formul nicht mehr in denen Lehn-Briefen gestanden, und die qualitas prætensa pristina dadurch pro exstincta gehalten, und statuiret werden müste, daß das quæstionirte Guth nach der allgemeinen Natur der Erbzins-Güther possidiret und angesehen sey, cum etiam præscri- 20
ptio 30. annorum in feudis et sic multo magis in emphyteusi locum habeat, vt naturam eius immutare queat

MEYER *in Synt. iur. feud. c. 5. p. 235. sq.*

atque res quælibet ad naturam suam ordinariam facile reuertatur

IDEM *cit. l. p. 236. in f.*

endlich die letzte ratio von keiner Erheblichkeit ist, da weder ein subfeudum erwiesen, noch

folget,

folget, daß, wenn ein Vasall ein und ander pertinenz iemand reichet, solches nothwendig iure subfeudi geschehen müsse, da, wenn solches geschehen, es mit Schocken, Quatembern und andern gemeinen præstationibus nicht würde beleget worden seyn.

So erhellet hieraus so viel, daß das quæstionirte Richter-Guth cum pertinentiis nicht pro feudo, sondern pro emphyteusi zu halten.

Bey der dritten Frage:

Quæstio III.

Ob in Abgang des Manns-Stamms oder Söhne die überlebende Töchter und deren Descendenten der succession allerdings fähig, der itzige Besitzer auch solches zu verkauffen nicht befugt sey?

erachten wir vor Recht:

Rationes dubitandi.

Obwol aus der facti specie erhellet, daß das quæstionirte Richter-Guth bishero bey denen Söhnen allein geblieben, mithin daraus zu schliessen sey, daß solches allein auf den Manns-Stamm gehe, cum etiam emphyteuses ad solos masculos restringi queant, wie bey der vorigen Frage ausgeführet.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch, wenn gleich bishero die masculi in der successione und Belehnung vorgezogen seyn solten, die exclusio fœmina-
21 rum nicht, sondern nur dieses erfolgen würde, daß die Töchter in subsidium ex natura horum bonorum zugelassen werden müssen, alsermassen deswegen auch in denen Lehn-Briefen der Erben oder successorum gar nicht gedacht, also ex ratione emphyteuseos billig pro transitoria ad filias erachtet, anbey auch statuiret werden muß, daß der itzige Besitzer solches wohl verkauffen könne, wenn er solches nur dem Lehn-Herrn oder domino emphyteu-
22 seos propter ius protimiseos anbietet, über welches sonsten die Rechte nichts weiter erfordern,

l. f. C. de iure emphyteut.

da noch zur Zeit keine qualitas feudalis beygebracht, vielmehr die fortissima præsumtio in contrarium allhier militiret, bona talia magis emphyteutica quam feudalia præsumi

CARPZ. *lib. 1. resp. 81. n. 1. sqq.*
SCHRADER *de feud. P. VII. c. 4. n. vlt.*
STRVK *in diss. de præs. feudal. c. 2. n. 3. sqq.* *Ad L. VI. T. III.*

So erhellet hieraus so viel, daß, wenn der itzige Besitzer ohne Kinder versterben solte, die Töchter nicht allein zu succediren, sondern auch der Besitzer solches zu veräussern befugt sey.

Anlangend die vierte Frage:

Quæstio IV.

Ob, wenn derselbe ohne Söhne versterben solte, nicht die Töchter wider die Agnaten und den Lehns-Herrn in possessione des gedachten Guths so lange zu schützen, bis ein anders ausgemacht?

erkennen wir vor Recht:

Rationes dubitandi.

Obwol bishero allein die masculi succediret, und wenigstens die agnati, soferne welche vorhanden seyn solten, daraus die præsumtion vor sich haben möchten, daß sie inzwischen zur possession des Richter-Guths zu lassen, cum heredes præsumtiui ex interdicto quorum bonorum vtili interim in possessionem constituendi sint.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) die Chur-Sächsische neue 37te decision hierin klare Maaß und Ziel giebet, daß bey ereignetem Streite, ob etwas Lehn oder Erbe sey, denen Töchtern vor denen agnatis so lange die possess gelassen werden solle, bis die qualitas feudalis beygebracht, welches auch 2) denen gemeinen Rechten gantz 23
gemäß und bekant ist, quod pendente lite vtrum res sit feudalis an emphyteuticaria, possessio filiabus interim adiudicanda sit, donec a domino vel agnatis qualitas feudalis fuerit probata

CARPZ. *lib. 1. resp. 82.*

mithin 3) diese mehr pro præsumtiuis successoribus als die agnati anzusehen, und das interdictum quorum bonorum vor sich anführen können

HARTM. PISTOR *P. II. qu. 39.*
ROSENTHAL *de feud. c. 12. concl. 14.*

So halten wir davor, daß, wenn derselbe ohne Söhne versterben solte, dessen Töchter vor dem Lehnsherrn und agnaten bey der possess zu schützen.

Bey

Ad L. VI. T. III.

Bey der fünfften Frage:

Quæstio V.

Ob nicht dessen Weibes illata durch des Raths in Jeßnitz attestat und dessen Bekentniß zur Nothdurfft bescheiniget, und die versio in vtilitatem feudi zu præsumiren sey?

erachten wir vor Recht:

Rationes dubitandi.

Obwol das attestat sub lit. E nicht davon attestiret, was coram magistratu qua tali geschehen, und was etwan aus denen Acten wahrzunehmen, sondern nur anzeiget, was dem magistrat zu Jeßnitz, wegen der quæstionirten illation ex priuata scientia wohl wissend sey, worin doch dem magistratui vel iudici, vtpote extra acta attestanti nicht geglaubet werden kan, sicuti assertio iudicis loci non probat in præiudicium tertii

24 MEV. *P. V. decis. 357.*

daher auch die confessio mariti in præiudi-
25 cium domini et agnatorum noch weniger einen Beweiß machen kan.

LVDOV. *de prob. illat. dot. §. 30.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) nach denen vorhin gesetzten principiis nicht einsten nöthig ist, eine operosam probationem hierüber zu führen, da die rationes dubitandi voraus setzen, als wenn hier ein proprie dictum feudum vorhanden, dessen Gegentheil bishero gezeiget, mithin 2) eiecto iure emphyteutico, derselbe weder mit dem Lehn-Herrn, noch mit denen Agnaten hier zu thun, sondern allein darauf zu sehen hat, ob nicht die Töchter die Ehe-Pacta zu agnosciren schuldig, wenn sie demselben erben wollen? welches wohl ohnstreitig, und da-
26 bey richtig ist, daß auch Emphyteut-Güther ohne des Emphyteut-Herrn consens mit einer hypothec beleget werden können;

STRVV. *in iurispr. priu. lib. 2. tit. 12. §. 9.*

sonsten aber, wenn allhier ein proprie dictum feudum sich befinden solte, das attestatum nicht zureiche, sondern nöthig seyn würde, daß der magistrat zu Jeßnitz sein attestat dahin declarirte, daß ihm aus denen vor ihm ergangenen actis das relatum bewußt sey, welche sie dabey anführen müsten, quo facto solches plenam fidem haben und würcken würde, daß
27 die versio in feudum præsumiret werden müsse

CARPZ. *P. II. c. 44. def. 9. n. 7.*

So ist, gestalten Sachen und Umständen nach, das attestat sub E vor zureichend zu achten.

Die sechste Frage:

Quæstio VI.

Ob nicht der Lehn-Herr die gebethene confirmation der Ehe-Stiftung und consens in die verschriebene hypothec zu ertheilen verbunden?

erörtert sich von selbsten aus den vorigen.

Rationes dubitandi et decidendi.

Denn obwol der Lehn-Herr in der resolution sub H pro ratione denegationis angeführet, daß 1) das Richter-Guth ein Mann-Lehn sey, die illata aber 2) nicht gnugsam erwiesen; 3) die confirmation und consens zu spät gesuchet, und 4) die Ehe-Stifftung in contemtum domini et sine eius consensu gemachet, zumal 5) das Lehn-Guth auf dem Fall stünde, und dahero 6) die Ehe-Beredung in fraudem domini directi pro interuertendo eius iure gemachet worden.

Dennoch aber und dieweil alle diese rationes voraus setzen, daß in diesem prædio rustico die Beschaffenheit eines veri feudi anzutreffen, welches sich doch nicht, sondern vielmehr das Gegentheil findet, dergestalt, daß die gesuchte confirmation nur ad bene esse, nicht aber ad esse erfordert wird, cum etiam hypotheca in emphyteusi constituta valeat citra domini consensum 28

CARPZ. *P. II. c. 25. def. 7. n. 10.*

ja wenn auch gesetzten Falls ein feudum sich hier finden solte, dennoch die Benennung des Mann-Lehns nicht sofort ein feudum masculinum ausmachet, als welche auch denen promiscuæ successionis feudis gantz gemein, und dabey ausgemachet ist, daß in dergleichen feudis censualibus auch allenfalls die Töchter succediren, am allerwenigsten also contem- 29
tus domini vel eius præiudicium hier angeführet werden mag, nachdem das Lehn nicht auf dem Fall stehet, und es gantz natürlich ist, daß das negotium, worüber man Lehnsherrlichen consens suchen will, vorher zum Stande gebracht und entworffen werden müsse, cum, quod non est, confirmari non possit

So ist, gestalten Sachen nach, der Lehns-Herr die Ehe-Pacta zu confirmiren schuldig.

Endlich bey der letzten Frage:

Quæstio

Quæstio VII.

Ob in dem Verweigerungs-Fall derselbe actionem negatoriam gegen den Lehn-Herrn anstellen, oder denselben ad agendum prouociren könne?

erachten wir vor Recht:

Rationes dubitandi.

Obwol hier nicht de iure seruitutis, weswegen die Negatorien-Klage statt findet, sondern de qualitate feudali disputiret wird, worauf die Negatorien Klage inapplicabel zu seyn scheinet, hiernächst die prouocatio ex L. diffamari den respect, so man dem Lehn-Herrn schuldig ist, zu violiren scheinet, dieserwegen billig auszusetzen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) in vorigen bereits mit mehren ausgeführet, daß allhier die Frage, ob das quæstionirte Richter-Guth ein feudum, oder nicht vielmehr ein Emphyteut-Guth zu achten? zu formiren sey, dabey dann
30 bekannt, quod in dubio magis bona rustica præsumantur censitica et emphyteutica quam feudalia, *Ad L. VI. T. III.*

RHET. *in comment. ad ius feud. p. 216.*

STRUV. *in Synt. iur. feud. c. 16. aph. 11.*

quod feudum comparetur seruituti, et sic 31
probari debeat

HARPRECHT *vol. nov. conf. 33. n. 58.*

dieserwegen die negatoria actio vtilis um desto mehr hier gegründet ist, als bekanter massen solche vornemlich bey dergleichen Streitigkeiten in völligem Gebrauch ist; übrigens aus der gegebenen resolution sub A die diffamation offenbar ist, welche an und vor sich selbsten keinen significatum iniuriosum hat, sondern nur anzeiget, daß jemand etwas prætendire, dazu er nicht berechtiget sey, mithin der 32 33
Lehn-Herr daraus keinen contemtum inferiren kan, wenn er aus seiner resolution ad agendum prouociret werde, dabey derselbe die auantage hat, daß er alsdann Beklagtens Stelle verrrete.

So ist derselbe den Lehn-Herrn ad agendum zu prouociren, oder actione negatoria zu klagen wohl befugt. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IAN. MDCCXXXIII.

Lib. VII. Tit. I. De Vsufructu et quemadmodum quis vtatur fruatur. *Ad L. VII. T. I.*

RESPONSVM CLXXI.

THEMATA.

I. Vsusfructus aduentitiorum non in compensationem alimentorum liberis subministrandorum, sed iure patriæ potestatis patri competit.
II. Ex hoc vsufructu æs alienum patris soluendum.
III. *Vsusfructus nominum non est irregularis.*

SVMMARIA.

Alimentatio liberorum est debitum naturale n. 1.
In compensationem vsusfructus pater videtur ad alimenta obstrictus esse n. 2.
Fiscus, qui ex tacita hypotheca vsumfructum paternum sibi asserit, ad alimenta liberis tenetur n. 3.
Alimenta non debentur liberis, qui se idonee exhibere possunt n. 4.
Liberi pro patre non tenentur n. 5.
Auus maternus educationem liberorum suscipiens patris negotia gerit n. 6.
Dos omnibus creditoribus præfertur n. 7.
Vsusfructus in bonis liberorum patri competit ob patriam potestatem n. 8.
Non ob onus alimentationis n. 9.
Licet in Saxonia aliud obtineat n. 10.

Ad L. VII. T. I. Fisco ob hypothecam in bonis paternis ex vsufructu quoque satisfaciendum n. 11.
Alimenta in defectu bonorum auo materno incumbunt n. 12.
In quasi vsufructu proprietas rei transit in vsufructuarium n. 13.
In vsufructu nominum dominium sortis non transfertur n. 14.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen und drey Fragen zugeschicket. Ist A. W. L. von der gnädigsten Herrschafft die Ober-Receptur gewisser Landes-Steuren und Schatzungen eines nahmhafften Fürstenthums im heiligen Römischen Reich gnädigst aufgetragen, aber dieser Landes-Cassen viele 1000. Thlr. zu ersetzen schuldig verblieben, wozu sein gantzes Vermögen bereits nicht zureichet, deswegen dann von wegen der Landes-Herrschaft die Landschafft, welcher die Ober-Inspection bemeldter Steuer und Schatzungen competiret, sich an obige des Ober-Einnehmers ihro tacite oppignorirte Güther, so viel deren vorhanden, und darunter auch an dessen nomina actiua gehalten, unter welchen letztern sich zwey obligationes befunden, die des Ober-Receptoris in guten Vermögen stehende Schwieger-Eltern bey bemeldter Cassen vor geraumer Zeit beleget, und solche dem Ober-Receptori dotis loco übereignet. Hat aber des Ober-Einnehmers Frau lange vor des Mannes falliment, und ehe ihm noch die Cassen anvertrauet gewesen, dieses Zeitliche gesegnet, und zwey unmündige Kinder hinterlassen, die der Schwiegervater des Ober-Einnehmers zu sich genommen, und bißhero alimentiret, dahero die alljährlichen Zinsen von obangeregten Capitalien prætendiret, der fiscus hingegen nomine principis, und ex iure et nomine eius die Landschafft davor gehalten, auf gedachte Capitalia zur indemnisation der Cassen des Ober-Einnehmers halben ein mehrers Recht zu haben, dahero dann folgende Fragen entstehen:

Quæstio I.

Ob nach dispositionen **der in dasigen Fürstenthum geltenden gemeinen Rechte die obgemeldte Landes-Cassen oder der** fiscus **befugt sey, die Zinsen von denen, dem Ober-Einnehmer** dotis loco **übereigneten** Capitalien **an 3000. Thlr. so lange derselbe lebet, und die Kinder unter seiner väterlichen Gewalt hat, zu deren** Cassen satisfaction **an sich zu nehmen, ohne daß darum der Schwiegervater des** oneris alimentandi nepotes **sich entbrechen möchte?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol 1) so viel die erste Frage betrifft, in Rechten versehen, daß der Vater den vsumfructum derer Kinder maternorum habe, wohin allhier die zwey quæstionirte bey der Landschafft gehörige capitalia gehören, im Gegentheil demselben auch obliegen, die Kinder zu alimentiren, und zu erziehen, vtpote quod debitum iuris naturæ est 1

l. 1. §. 3. D. de I. et I.

COLER *de alim. lib. 1. c. 2. n. 9.*

und da der Ober-Receptor L. noch im Leben, demselben auch obzuliegen scheinet, seine Kinder zu versorgen, mithin es unbillig seyn möchte, wenn der fiscus den vsumfructum maternorum dem Ober-Receptori entziehen wolle, als wovon die Kinder ihre alimenta bekommen müssen, da sonsten 2) wenn der fiscus den vsumfructum maternorum ex tacita hypotheca an sich zu ziehen gedencket, er auch das onus alendi liberos über sich nehmen müsse, cum, ad quemcunque commoda perueniunt, eum etiam onus sequi debeat, welchem 3) hinzu komt, daß die Kinder als Erben in maternis zu considériren, und sich also aus den ihrigen selbst ernehren können, cum liberi, si aliunde habent, vnde se exhibeant, ne quidem a patre alendi sunt 2 3 4

COLER *cit. l. n. 78.*

dagegen aber wann 4) der fiscus den vsumfructum maternorum an sich ziehen solte, er denen Kindern ihre subsistence aus ihren eigenen Güthern entziehen, und 5) per indirectum effectuiren würde, daß die unschuldigen Kinder mit darunter leiden, und ihres Vaters Schulden mit bezahlen müsten, welches die Rechte nicht verstatten 5

l. 1. C. ne filius pro patre

bevorab da 6) dos eingeführet ist, vt maritus inde onera matrimonii ferat, wohin die Versorgung der Kinder vornemlich gehöret, mithin da 7) der auus maternus die education der Kinder übernommen, und also patris negotia würcklich geriret, 6

l. 34. de negot. gest.

es auch billig und Rechtens seyn möchte, daß ihm die Zinsen von den gedachten Capitalien gezahlet werden müsten, endlich auch 8) die Kinder ratione dotis maternæ contra omnes patris creditores, et sic etiam fiscum, ein Vorrecht haben 7

l. f. §. 1. in f. C. qui pot. in pign. hab.

bevorab da der Kinder Mutter, noch ehe der gedachte

gedachte L. die Ober-Receptur bekommen, verstorben, und denen Kindern ein ius prioritatis ante fiscum zustehet.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch allhier nicht von dem Capital selbsten, sondern allein von dessen Zinsen, so lange der Ober-Receptor leben wird, die Frage ist, solche aber iure vsufructus dem Vater, und zwar iure patriæ potestatis, zustehen, und also ad bona eiusdem
8 mit zu referiren sind, basis enim et fundamentum huius vsufructus paterni est patria potestas

l.1. C. de bon.mat. l.6. C. de bon.quæ liber.

IO. de CASTILLO *de vsufr. c.3. n.8.*
CONNANVS *lib.2. iur.civ. c.13.*

cum imperator eum patri dederit pro illo dominio, quod is antea in his bonis ex potestate patria habebat

M. AVREL. GALVANVS *de vsufr. c. 20. p.233.*

9 adeoque illi non competit propter onus educationis de iure Romano,

CARPZ. *lib.6. resp.70. n.23.*
STRYK. *in vs.mod. de vsufr. §.8.*

10 und weil hier lediglich nach dem iure ciuili zu sprechen, nicht zu regardiren, was in contrarium de moribus Saxoniæ einige Rechts-Lehrer statuiren

RICHTER *P.I. decis. 18. n.25.*

vielmehr daraus zu schliessen, daß der fiscus
11 wegen seines iuris hypothecæ sich billig daran erholen könne, als welcher aus denen paternis, wohin dieser vsufructus gehöret, vergnüget werden muß, dagegen dann die rationes dubitandi nichts verfangen, anerwogen ad rat. primam bereits dargethan, daß der vsufructus nicht propter onus alimentorum, sondern iure patriæ potestatis dem Vater zustehe, die Kinder auch, antequam æs alienum patris solutum fuerit, keine alimenta prætendiren, oder einen Vorzug vor die creditores haben können

RICHTER *de conc. credit. in prælim. n. 67.*

bey welchen Umständen auch die ratio secunda, als welche auf einen irrigen Grund ge-
12 bauet, hinweg fällt, vielmehr dem auo materno in defectu bonorum das onus alendi aufliegt,

l.5. pr. l.vlt. de agnosc. vel al. lib.

COLER *de alim. lib.1. c.8. n.2.*

cum hæc alimenta non iure potestatis, sed naturalis coniunctionis debeantur

COLER *cit. l. per cit. l.5.*
Bœhm. Conf. T III. P.II.

und obwol quoad rat. tertiam das Capital denen Kindern nicht aberkant werden kan, dennoch allhier nicht von demselben, sondern von den Zinsen die Frage ist, die nicht denen Kindern, sondern dem Vater gehören, und so viel die rat. quartam betrifft, es denen Kindern an der education so wenig, als alimentis gebrechen wird, da sie sub educatione aui materni sind, und derselbe die Zinsen zu der Kinder Unterhalt prætendiret, dazu sie doch nicht destiniret sind, also auch die ratio quinta von selbsten cessiret, die ratio sexta aber hier inapplicabel, weil das Capital nunmehr vxore mortua, nicht mehr dos vxoris, sondern der Kinder Vermögen ist, noch weniger aber nach der rat. septima gesaget werden kan, daß der auus maternus die negotia seines Schwieger-Sohnes geriret, da er in defectu patris ad alimenta verbunden, allenfalls mit diesem Gesuch ad concursum zu verweisen, und post fiscum zu setzen ist, endlich bey der rat. octaua zwar richtig ist, daß wegen des Capitals die Kinder ante fiscum einen Vorzug haben, davon aber hier keine Frage ist; diese hypotheca liberorum anterior aber auf die Zinsen, so dem Vater gehören, nicht gezogen werden kan, als wovon allein die Frage ist. *Ad L. VII. T. I.*

So ist der fiscus die Zinsen von denen quæstionirten 3000. Thlr. so lang der Vater lebet, und die Kinder unter seiner Gewalt hat, zu der Cassen-Satisfaction an sich zu nehmen wohl befugt, ohne daß der auus maternus das onus alendi nepotes decliniren könne.

So viel die andere und dritte Frage betrifft:

Quæstio II.

Ob nach eben solchen Rechten fiscus auf vorangeregte Capitalia selbst einen befugten Anspruch machen könne?

Quæstio III.

Ob nicht auch der fiscus und die Landschafft sich zu gleichen Behuf des vsufructus von des Ober-Einnehmers Frauen nachgelassenen Mobilien anzunehmen, oder auch an solche Mobilien-substanz selbst prætension zu machen habe?

Rationes dubitandi.

Obwol der fiscus sowol an dem Capital als andern Meublen, so dessen Frau nachgelassen,

Ad L. VII. 7. l. ein Vorrecht zu haben scheinet, da das quæstionirte Capital im Gelde bestehet, also ein
13 quasi vsusfructus pecuniæ ist, davon das Eigenthum auf den vsufructuarium transferiret worden

l. 7. l. 12. de vsufruct. ear. rerum, quæ vs. consum.

allenfalls aber wegen der andern Meublen eben die dubia angeführet werden möchten, welche bey der vorigen Frage angebracht sind, zu geschweigen, daß es bey denenselben an deren Nutzungen ermangeln möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ein anders ein quasi vsusfructus pecuniæ, als in welchem das dominium transferiret worden,

cit. l. 12. ibi: *proprietatem tamen ei legatam*

ein anders aber vsusfructus nominum ist, der
14 allhier sich befindet, in welchem die Nutzung dieser Schuld-Forderung, quatenus vt ius consideratur, allein zum vsufructu gehöret, ohne das Eigenthum an dem Capital zu haben

l. 3. D. de vsufr. ear. rerum etc.

und dahero diese Capitalia ad patrimonium liberorum, die davon fallende Zinsen aber ad commoda patris zu referiren, und allein zu Befriedigung des fisci eingezogen werden können, allenfalls doch der fiscus in locum debitoris, und eo mortuo, das Capital denen Kindern erstatten müste; übrigens wegen der andern Meublen es darauf ankommen wird, ob von solchen gewisse Nutzungen zu nehmen, so dem debitori zugestanden, welche der fiscus zu seiner Befriedigung sich wohl anmassen mag.

So mag der fiscus weder auf die Capitalia selbst, noch die Mobilia einen Anspruch machen, iedoch die Nutzungen der Mobilien mit Recht, so lange der debitor lebet, geniessen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPT. MDCCXXXV.

RESPONSVM CLXXII.

THEMA.

Matri non competit vsusfructus in bonis liberorum.

Vid. T. IV. Resp. CCCCLXXI. Them. 3.

RESPONSVM CLXXIII

THEMA.

Vsusfructus statutarius maternus magis communionis effectus est, quam vt ob educationem debeatur.

Vid. T. IV. Resp. DC. Them. 5.

DECISIO CLXXIV.

THEMA.

De vsufructu materno dem Beysitz ex statuto Gothano.

SVMMARIA

SVMMARIA.

Ad L. VII. T. I.

Ex ordin. proc. Gothan. appellatio deserta, si iuramentum malitiæ non præstitum n. 1.

Dominium ex confessione partis aduersæ probatur n. 2.

Post conclusionem ea, quæ ad declarationem pertinent, proponi possunt n. 3.

Ob modicum æs alienum non magna possessio pupillorum distrahenda n. 4.

Bona immobilia pupillorum iudicialiter distrahenda n. 5.

Lapsu quinquennii non præscribitur alienatio rerum pupillarium, si nullus prorsus tutor adfuit n. 6.

Iuramentum malitiæ iudex remittere potest n. 8.

Communio bonorum et determinatio Beyſitz *pro vsufructu habetur* n. 9.

Vsusfructus iuris germanici facultatem alienandi et æs alienum contrahendi producit n. 10.

Vocatur is vulgo vsusfructus anomalus n. 10.

Matri plus iuris quam tutori competit n. 11.

Mater ob dotationem liberorum et sustentationem familiæ, in iis locis, vbi communio bonorum viget, æs alienum contrahere potest n. 12.

Vsusfructus romanus eiusmodi facultatem non producit n. 13.

Als Ew. Hochfürstl. Durchlaucht uns interponirte Leuterung, deren prosecution und erfolgte Gesetze in Sachen A. C. L. ietzo verehligte K. und C. M. S. Klägerinnen an einem, und I. I. K. hinterlassene Wittwe und Erben, nunc des Cancelliſt R. Eheweib und conf. Beklagten am andern Theil, in VIII. zurück kommenden vol. etc.

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem vol. II. fol. 208. befindlichen und den 25. Iun. 1740. eröffneten Urtheil billig verbleibet, iedoch mit dieser Erklärung, daß, weil A. C. K. durch die vol. III. f. 103. geschehene eydliche Bestärckung derer ihrer Armuth wegen ausgestelleten attestatorum nunmehr solche zur Gnüge beygebracht, sie zu dem Armen-Rechte, wie gewöhnlich, zuzulassen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) C. M. S. sich in specie beschweret, daß ihrer in dem vol. II. f. 208. befindlichen Urthel nicht gedacht worden, da sie sich doch vol. I. fol. 182. dieser prouocirten Acten gemeldet, sie zum Armen-Recht zugelassen, und fol. 113. vol. III. beygebracht, daß sie eine L. Enckelin sey, auch anfänglich mit geklaget, hernach aber von G. weggekommen, an den Dragoner S. verheyrathet, und im Kriege mit ihrem Manne gewesen, anbey da sie aus dem Feld Zügen zurück gekehret, sich wieder angegeben, und vol. I. f. 182. ad iura pauperum admittiret sey, dergestalt ihrer billig im vorigen Urthel gedacht werden sollen, im Gegentheil 2) A. C. L. nicht unbillig von dem Armen-Recht nach denen rat. decidendi der Göttingischen Urthel ausgeschlossen sey, sie dennoch weder succumbenz- noch Prænumerations-Gelder erleget, vielweniger die erkante Caution bestellet, anbey ihre Leuterung desert zu achten, iedoch weil Beklagte dieserwegen ad acta priora mehrentheils submittiret, und also sich auf die Leuterungs-Grauamina eingelassen, nunmehr auch mit darüber erkant werden muß, und es scheinen will, daß solche vor unerheblich nicht zu achten, angesehen 3) die von Beklagten interponirte Appellation wegen des nicht præstirten iuramenti malitiæ, so doch Klägere gefordert, und nach der hochfürstlichen *Proceſs*-Ordnung *P. I. c. 16. §. 4.* abgeleget werden sollen, pro deserta zu halten, und darauf zu erkennen gewesen, allenfalls aber 4) die probatio dominii in actis unleugbar und aus der Beklagten Geständniß offenbar, daß der quæstionirte Brauhof auf Klägere erblich verfallen, und also in denen ersten beyden Urtheln mit Recht darauf erkant, und die dagegen opponirte exception ungegründet sey

l. 9. D. de rei vind.

anerwogen 5) ihrer verstorbenen Mutter nicht zugestanden, denselben in ihrer Minderjährigkeit, da sie ohnbevormundet gewesen, sine decreto et causæ cognitione zu veräussern, als welches aus denen vol. III. f. 122. sqq. beygebrachten Urkunden nach dasigen Stadt-Rechten nöthig gewesen, solche auch post conclusionem in causa wohl beygebracht, und ex actis vidimiret werden mögen, cum tantum ad declarationem eorum, quæ antea in actis proposita fuerant, pertineant,

NIC. CALVOL. *in pr. iudic. §. 21. concl. 1. n. 21.*

darneben diese Urkunden blos quæstionem iuris betreffen, dergleichen post conclusionem in causa zulässlich sind, nach welchen auch 6) das statutum Gothanum zu verstehen, in welchem die alienatio der Mutter nicht anders, als mit Vorwissen des Magistrats und aus Leibes-Noth oder Leibes-Nothdurfft und dringender Schulden wegen zugelassen, so doch hier 7) ermangeln, und kein Beweiß aus dem vol. sub B f. 4. 8. sqq. hergenommen werden möchte, als worin blosse Priuat-scripturæ und nichtswürdige Scartequen anzutreffen, die keinen Beweiß ausmachen, auch sonsten nichts mehr als 70. Fl. Schuld auf dem Hause gestanden,

Ad L. VII. T. I. standen, weswegen man das Hauß vor 1000. Fl. zu verkauffen nicht nöthig gehabt, nec enim ob modicum æs alienum magna possessio distrahenda

l. 5. §. 10. de reb. eorum, qui sub tut.

bevorab da 8) sie allein vsufructuaria vom Hause gewesen, viele Zugänge gehabt, und im Stande sich befunden, solche Schuld, wenn sie sparsam gelebet, zu bezahlen, darneben sie nicht mehr als vier Kinder gehabt, eine Tochter nur ausgestattet, und ein Kind nur beerdigen lassen, also zuförderst rechtmäßige Schulden angegeben werden müssen, so nicht geschehen, noch weniger 9) magistratus solche in Untersuchung gezogen, sonsten derselbe den Verkauff nicht zugelassen haben würde, keinesweges aber die blosse confirmatio davor zu halten und anzunehmen, wohl aber das statutum davon nach den gemeinen Rechten zu verstehen, dabey auch 10) auf den lapsum quinquennii nicht zu sehen sey, da die Kinder gantz ohnbevormundet gewesen,

de BERGER *in œcon. iur. p. 199.*

sowol 11) die meliorationes hindangesetzet werden müssen, da Beklagte in mala fide gewesen, und die impensæ mehr pro voluptuariis zu halten, dieserwegen es das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urthel hätte reformiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) C. M. S. eingestehen müssen, daß, ob sie gleich anfänglich mit geklaget, dennoch bald litem deferiret, dahero blos A. C. L. den Beweis geführt, auch der Gegenbeweis gegen dieselbe allein geführet, ja die ersten beyden definitiuæ blos derselben wegen allein erkant, nicht weniger der deund referirte Eyd von derselben allein abgestattet worden, und ob sie gleich sich vor Verschickung der acten nach Göttingen wieder gemeldet, und zum Armen-Eyde zugelassen ist, doch solches nicht anders als salua exceptione desertæ litis, verstanden werden mögen, bevorab da sie ohne allen geführten Beweis von dieser Sache, zur Ungebühr profitiren will, so daß die Göttingenses keine Ursache ihrer zugedencken gehabt; im Gegentheil ad 2) A. C. L. nunmehro, nachdem die beyden ausgestelleten attestata eydlich bestärcket sind, nicht weiter von dem Armen-Recht auszuschliessen, und daher ihr nicht zur Last geleget werden mag, daß sie die succumbenz- und Prænumerations-Gelder, vielweniger die erkante Caution wegen ihres Unvermögens nicht bezahlet, als davon sie nunmehro, wenn sie den Armen-Eyd abgeschworen, befreyet wird, und die exceptio desertionis sowol ex hac causa, als dieserwegen hinweg fällt; weil ad 3) das iuramentum malitiæ nicht præstiret worden, als welches in re tam dubia unnöthig gewesen, quod etiam iudex pro re nata expresse et tacite remittere potest. Hiernächst ad 4) die Haupt-Sache betreffend, zwar in confesso ist, daß derer Klägerer Mutter nur der Besitz an dem quæstionirten Hauß zugestanden, und sie nicht befugt gewesen, solches ohne Leibes Nothdurfft ohne des Magistrats Vorwissen zu veräussern, solcher Besitz auch insgemein pro simplici vsufructu gehalten werde,

HARPRECHT *de vsufr. matris statut. p. 3. sq.*

dennoch dabey zuförderst zu erinnern, daß unter solchem Besitz nicht sowol ein vsusructus simplex iuris Romani, sondern ein weit mehres nach denen teutschen Rechten, woraus das statutum Gothanum geflossen, und eben der effectus communionis bonorum inter coniuges verstanden werde, nach welchem die Mutter, bey ihres Mannes Tode, in allen Güthern sitzen bleibet, und daher der Besitz notanter genant wird, wie solcher effectus noch in Sachsen, Schwaben, Francken, ja denen meisten Oertern in Teutschland, ohngeachtet die communio bonorum selbsten mit der Zeit, und nach Einführung des Römischen Rechts einer nicht geringen Veränderung unterworfen gewesen, noch übrig ist,

HARPRECHT *cit. l. p. 13.*

dergestalt, daß dieser Besitz um destoweniger mit einem simplici vsufructu iuris Romani verglichen werden kan, als derselbe so wenig potestatem alienandi als obligationem ad æs alienum soluendum bey sich führet, im Gegentheil der Besitz an denen meisten Orten bey den Eltern nach Absterben eines von denen Ehe-Gatten gemein ist, und der Mutter eben das Recht, was dem Vater als Witwer zustehet, assigniret, ja dabey bekant ist, daß an denen Orten, wo noch die communio bonorum inter coniuges, als zu Hamburg, Lübeck, Minden, Lüneburg, Bremen, Soest und andern Orten, unverfälscht übrig ist, ebenfalls der Besitz den hinterlassenen Ehe-Gatten zustehet, certo indicio, daß solches aus der alten communione bonorum annoch herfliesse, und dahero die Mutter als Witwe auch die Schulden bezahlen, die Kinder aus denen Güthern erziehen, und ob vrgens æs alienum die alienation thun könne, in welcher Absicht die ICti solchen vsumfructum anomalum nennen, und dadurch zu verstehen geben, daß solcher nach denen regulis communibus vsusfructus nicht erkläret werden könne, sondern seine eigene Rechte haben müsse, und dahero es gekommen, daß ad 5) et 6) in statuto Gothano weiter nichts, als das Vorwissen des magistratus, keinesweges aber causæ cognitio et decretum, vt in pupillaribus bonis, erfordert werde, cum matri plus iuris quam simplici tutori competat, und obwol die producirten Urkunden anzeigen, daß in Gotha

tha diese præcaution mannigmahl ad lites præcauendas geschehen sey, dennoch daraus keine absoluta necessitas folget, wie solches magistratus selbsten attestiret, vielmehr alles darauf veritzo ankommt, ob dergleichen Leibes-Nothdurft alhier vorhanden gewesen, als in statuto Gothano erfordert wird, und wie darunter vrgens æs alienum oha Zweiffel verstanden wird, also pro confesso anzunehmen, daß 70 Thlr. auf dem Hause gestanden, der Klägerinnen Mutter und respective Großmutter aber in ihrem Witwenstande darneben andere Schulden zu Erziehung ihrer Kinder, Ausstattung einer Tochter, eines Kindes Beerdigung und anderer Nothdurft über 600 Thlr. gemachet, wie solches aus dem Vol. B fol. 4. seqq. zu ersehen, welche specificationes zwar Klägerinnen vor Scartequen und priuat-scripturen angeben, dennoch fol. 3. deferente matre gerichtlich beschworen sind, und dadurch plenam fidem erlanget haben, worauf auch Beklagte in ihrem Gegenbeweiß sich gegründet, und um desto weniger einiger recognition, weil es acta publica sind, bedurft, woraus auch zugleich mit wahr zunehmen, daß der Beklagten Erblasser die extranea debita darauf bezahlet, und als er so wol dieserwegen als ratione seines Vorschusses bezahlet werden wollen, diejenige Nothdurft ohne Zweiffel vorhanden gewesen, welche ad alienationem erfordert wird, zumahl wohl zu glauben, daß, weil der Beklagten Erblasser immer einen Vorschuß thun müssen, solches aus dringender Noth geschehen sey, tum propter dotem filiæ constituendam, tum propter sustentationem et funus
13 liberorum et onera rei familiaris ferenda, ob quas causas etiam matri æs alienum contrahere integrum est,

HARPRECHT *cit. l. p. 148.*

beworab, da einer Mutter aus solchem Beysitz, tanquam singulari communionis antiquæ effectu superstite, Schulden zu machen und solche von denen Güthern zu bezahlen, wenn an-
14 dere Mittel manquiren, erlaubet seyn muß, welches zwar bey einem simplici vsufructuario *Ad L. VII. T. I.* etwas unerlaubtes und paradoxes; aber den principiis iuris Germanici gantz gemäß ist, dabey man sich auch ad 8) wohl zu bescheiden hat, daß eine Witwe eines Hofschneiders, ohngeachtet sie einen Tafelschneider hält, nicht so viel erwerben, und die Haushaltung bey unerzogenen Kindern nicht dergestalt fortsetzen kan, als ihr verstorbener Mann vermocht haben mag, dahero es auch gekommen, daß die Witwe immer mehr herunter und in viele Schulden gekommen, welche sie doch bezahlen müssen, und man wohl daraus siehet, daß, ob sie gleich gute Zugänge gehabt, solche doch bey denen andern und mit der Zeit sich gehäuften Ausgaben nicht zulangen wollen, hierüber ad 9) nicht geleugnet werden mag, daß solche alienation mit Vorwissen des magistrats geschehen sey, wie beyde Kaufbriefe deutlich darlegen, ja auch daraus zu schliessen, daß der magistratus den geschehenen Verkauf nicht aufgenommen haben würde, wenn er nicht befunden, daß die Witwe L. in Schulden gestecket, und die alienatio necessaria sey, wie des Raths Bericht gar recht anzeiget, bey solchen Umständen also weder ad 10) auf den lapsum quinquennii, noch ad 11) auf die zuerkanten meliorationes, und das daraus gezogene grauamen zu sehen, da bey dem ersten die alienatio alsunde ihre Richtigkeit hat, wie wol wenn Klägerin, nach denen Römischen Rechten, wie sie thun, ihre Sache beurtheilen lassen wollen, sie sich auch den lapsum quinquennii gefallen lassen müssen, da der in actis gemachte Unterschied in Rechten nicht zu befinden, wie wol es nunmehr nicht weiter darauf ankommt, noch wegen der meliorationen, nachdem Beklagte absoluiret worden, etwas weiter zu gedencken ist.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXLI.

DECISIO CLXXV.

THEMA.

Vsusfructus statutarius ad rationum redditionem non quidem intuitu fructuum, bene tamen ratione ipsius substantiæ obligat.

SVMMARIA.

Tutor a iudice domicilii recte constituitur n. 1.

Vsusfructus paternus in patria potestate fundatur n. 2.

Aliquan-

Ad L. VII. T. I.

Aliquando vsusfructus paternus iure retorsionis denegatur n. 3.
De vsufructu statutario materno rationes non reddendæ n. 4.
In foro rei sitæ tutor non constituendus n. 5.
Inuentarium ab incompetenter constituto tutore factum verum tutorem non obligat n. 6.
Vsusfructus statutarius est vestigium communionis bonorum n. 7.
Retorsio contra extraneos, in quorum odium aliquid constitutum, tantum locum habet n. 8.
In communione omnimoda et vsufructu iuris Germanici rationes defructibus non redduntur n. 9.
Bene tamen de substantia n. 10.

Als die Herren uns interponirte Ober-Leuterung, deren prosecution und erfolgtes rechtliches Verfahren in Sachen J. M. ietzo verehlichte K. Beklagtin und Oberleuterantinnen an einem, und Vormunden J. W. T. Klägers und Oberläuteratens am andern Theil, in denen 3. zurückkommenden Volum. ꝛc.

Nunmehro, was das 4te grauamen betrifft, aus denen Acten so viel zu befinden, daß der Beklagtinne der vsusfructus nach denen Geraischen Statutis zustehe, und dieselbe gestalten Sachen und Umständen nach, mit der Administrations-Rechnung von ihres Mannes Tode an, zu verschonen, sie ist aber ihrem Erbiethen nach zugleich, daß sich das väterliche und ihr eigenes Vermögen wehrender ihrer administration nicht verringert, mit in ihren abzulegenden Eyd zu nehmen schuldig, und hat das dawider opponirte ius retorsionis gestalten Sachen und Umständen nach nicht statt, auch ist Kläger über das fol. 212. b. befindliche Vorbringen sich einzulassen nicht schuldig; da hergegen es der übrigen grauaminum wegen, der eingewandten Oberleuterung ohngehindert, bey dem fol. 171. befindlich, und den 8. Decembr. a. 1745. eröffneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagte an statt der grauaminum angeführet, daß 1) nicht abzusehen, warum der von dem Stadt-Rath constituirte tutor incompetenter constituiret, und deßhalb der
1 Erbvergleich nicht gültig seyn solte, da doch der Stadt-Rath iudex domicilii sey, und das meiste Vermögen ihres Mannes unter dessen Gerichtbarkeit stehe, wie denn auch 2) die confectio inuentarii einmahl geschehen, ohnedem voluntariæ iurisdictionis, und sie erböthig sey, auf Verlangen ihrer Tochter solches eydlich zu bestärcken, wenn sie ihre Maiorennität erreichet, bis dahin aber der Eyd um destomehr differiret werden muß, weil der Kläger, als ihrer Tochter Vormund, sich von neuen hierüber verglichen, und zum profit ihrer Tochter 450 fl ausgesetzet, welches sie voraus bekommen solle wenn sie, die Beklagte, vor der Tochter Maiorennität versterben würde, worüber sie demselben den Eyd fol. 212. b. deferiret, und weil er solchem Vergleich nicht an sich kommen, sondern vorgeben will, als wenn es blosse tractaten gewesen, es das Ansehen gewinnen will, als wenn allenfals über den Eyd erkant werden müssen, darneben auch 3) von ihr nichts weiter verlanget werden kan, nachdem sie all ihr Vermögen ihrem seel. Mann inferiret, auch bereits mit in das inuentarium gebracht, da hergegen 4) die Beklagte mit dem prætendirten 2
vsufructu von ihrer Tochter Vermögen nicht gegründet seyn möchte, als welcher zwar in dem Geraischen Statuto fol. 129. dem Vater nach der Frauen Tode zugeeignet sey, bey einer Mutter aber, wenn sie mit ihren Kindern getheilet, nicht klahr und deutlich zu befinden ist, beorab, da auch nach dem iure communi solcher dem Vater wegen der väterlichen Gewalt, nicht aber der Mutter, zukommt, worauf in dubio dieses Statutum zu erklären, wie iure elect. Sax. decis. LXII. geschehen, und fol. 229. angeführet ist, allenfals, da Beklagtin in das Churfächsische geheyrathet, von da der vsusfructus keiner Wittwen in das Geraische ausgefolget würde, also ebenfals iure retorsionis 3
aus dem Geraischen der Beklagtin solcher nach Churfachsen nicht ausgefolget werden könne, so daß, wenn auch gleich nach denen beygefügten Acten vormahls hierauf erkant worden, dennoch solches bewandten Umständen nach in dieser Sache nicht statt finden könne. Und wenn 4
gleich 5) der Beklagtin der vsusfructus zustehen solte, iedennoch die Administrations-Rechnung von Zeit ihres Mannes Todes cessiren müsse, wozu kein vsufructuarius verbunden, so auch von dem vsufructu statutario materno zu verstehen.

HARPRECT *de vsufr. materno statut. diff. II. §. 18. p. 89.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) bey Bevormundung der Kinder nicht so wol auf das forum rei sitæ, wo actiones reales angestellet 5
werden mögen, sondern vielmehr auf das forum personæ patris zu sehen ist, und dann nach den Geraischen Statutis fol. 116. des Klägers unmündiger Vater, als gewesener Bürgermeister, unter der Cantzley immediate gestanden, mithin von dem Stadt-Rath incompetenter der vormahlige tutor constituiret worden, welchem deswegen die Vormundschaft untersaget, und von der Cantzley der Kläger zum Vormund constituiret worden, dahero dann ad

2) da

2) da er vornemlich wegen der Erbtheilung, nachdem die Beklagte ad secunda vota gegangen, constituiret worden, welche die Errichtung eines inuentarii erfordert, beydes valide von dem incompetenter constituirten Vormund nicht errichtet, noch vollzogen werden mögen, vielmehr es zu halten, als wenn gar kein Vormund dabey gewesen, dieserwegen id, quod nulliter gestum, den Kläger, als wahren Vormund, nicht verbinden kan, bevorab, da er bereits unterschiedliche monita 6
deswegen gemachet, womit er zuforderst gehöret, das Inventarium dadurch berichtiget, darauf so fort beschworen, und die Erbtheilung darnach vorgenommen werden muß, quia non facere et non legaliter facere paria sunt, so dann auf den von neuen vorgegebenen Vergleich mit dem Kläger nicht zu sehen, als welcher nicht zum Stande gekommen, wie aus denen dagegen fol. 199. befindlichen monitis erhellet, allenfals ohne der Cantzley-confirmation nicht bestehen mögen, als welche sich dieser Sache, wie billig, ex officio unterzogen, ohne deren auctorität der Kläger nichts beschliessen mögen, so daß die Eydes-delation als impertinent billig zu verwerffen gewesen, man auch ad 3) vor der Berichtigung und endlichen Bestärckung des inuentarii nicht wissen kan, ob und wie weit die Beklagte all das ihrige mit in das inuentarium gebracht habe. Da hergegen ad 4) das grauamen wegen des aberkanten vsusfructus allerdings gegründet ist, nachdem nicht allein in dem dasigen Statuto fol. 130. dem Vater solcher expresse zugeeignet, sondern auch am Ende deutlich versehen ist, daß es auch gleichergestalt mit denen Witweibern, wenn sie zur anderweitigen Ehe schreiten wollen, also und nicht anders gehalten werden solle, nach welcher Meinung auch so wol vormahls in unterschiedlichen Fällen nach denen beygehenden Acten erkant, als auch dabey zu obseruiren ist, daß dabey nicht auf 7
das ius commune zu sehen, welches dem Vater propter patriam potestatem allein den wahren vsumfructum zuschreibet, da hergegen der vsusfructus statutarius aus der communione bonorum, quæ iuris Germanici est, herfliesset, so von beyden Seiten statt findet, und *Ad L. VII. T. I.*
dahero hierin das ius Saxonicum commune von dem electorali bekanter massen abgehet, dabey auch an kein ius retorsionis zu gedencken, da der Beklagtin der vsusfructus bereits ipso iure zugehöret, ehe sie in das Churfürstliche sich verheyrathet, und nicht zu befinden, daß das ius retorsionis, quod odiosum, so weit gehe, daß iemand sein bereits vorher acquirirtes Recht darüber verlieren solle, allenfals auch 8
solches nur eigentlich und nach dessen wahren principiis statt findet, wenn ein ius contra peregrinos diuersum a iure prouinciæ communi constituiret wird, so hier nicht zu befinden, vielmehr in Churfachsen die angeführte decision pro iure electorali communi zu halten. Endlich ad 5) eine eigentliche Administrations-Rechnung de perceptis zwar nicht von der Beklagtin gefordert werden kan, welche die communio bonorum omnimoda inter coniuges auch nicht einsten nach den principiis iuris communis erfordert, 9

BOEHMER *introd. ad digest. tit. pro socio §. 3. in f.*

so auch hier billig zu attendiren;

HARPRECHT *cit. l.*

gleichwol solches bloß auf die erhobene Nutzung zu restringiren, da ratione ipsius substantiæ, und wie damit die Beklagte hausgehalten, aliqua rationum redditio dadurch nicht ausgeschlossen wird, wie

HARPRECHT *cit. l.*

wohl erinnert, welchem aber dadurch abgeholfen werden kan, wenn die Beklagte, wie sie 10
sich erboten, mit in ihren Eyd nimmt, daß sich das gesamte Vermögen, so wol ihres Mannes als ihr eigenes wehrender ihrer administration nicht vermindert, wodurch alsdenn der Endzweck zur Gnüge erreichet wird.

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE,
MENSE AVGVSTO MDCCXLVI.

Tit. II. De vsufructu accrescendo.

RESPONSVM CLXXVI.

THEMA.

Vsufructu duobus legato ius accrescendi locum habet.

Vid. T. IV. Resp. DC. Them. 7.

Ad L. VII. T. V.

Tit. V. De vsufructu earum rerum, quæ vsu consumuntur vel minuuntur.

RESPONSVM CLXXVII.

THEMA.

Vsusfructus nominum non est irregularis.

Vid. T. IV. Resp. CLXXI. Them. 3.

RESPONSVM CLXXVIII.

THEMA.

Vsufructuario nominum debentur vsuræ, licet dies nondum venerit.

SVMMARIA.

Vsuræ sunt accessorium sortis n. 1.
Vsuræ ex pacto debentur n. 2.
Vsuræ nominum fructibus accensentur n. 3.
Vsufructu nominum legato vsuræ legatario debentur n. 4.
Anni postremi vsuræ inter proprietarium et vsufructuarium diuidendæ n. 5.
Licet dies nondum venerit n. 6.

Was der Herr uns eine facti speciem nebst einer Frage zugeschicket ꝛc.

Hat die Frau Calliope nebst ihrem Eheherrn, der Fräulein Andromadæ, 1000 Thlr. mit extradirung der darauf gerichteten obligation eigenthümlich geschencket, wo wider auch an und vor sich selbsten nichts einzuwenden, noch der donatariæ streitig gemachet ist, iedennoch, weil die Frau donatrix, so lange sie gelebet, vom gedachten Capital die Zinsen sich reseruiret, auch gehoben, solche aber auf Johannis gefällig gewesen, und die donatrix am 28. Jan. a. c. verstorben, ist wegen der Zinßhebung des letzten Jahres Streit zwischen der donataria und denen Erben der donatricin entstanden, diesemnach gefraget worden:

Wem von beyden Theilen, und wie weit besagte Interesse zukommen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob nun wol aus denen Rechten bekant ist, daß die Zinsen als ein accessorium des Capitals anzusehen,

l. 3. C. ad SC. Maced.

worin auch beyderseits Partheyen einig sind, daraus auch die donataria folgern will, daß, 1
da ihr das Capital bereits ante mortem der Calliope eigen gewesen, ihr die völlige interesse des letzten Jahrs als ein accessorium desselben gebühreten, cum accessorium suum principale sequa ur, also, wem das Capital gehörete, auch die Zinsen bey dessen Verfall-Tag haben müssen; da hergegen die Erben der Frau Calliope ebenfals die völligen interessen, weil solche bereits zum Vermögen der defunctæ gehöret, prætendiret, da über die Helfte des Jahr bey Absterben derselben bereits verflossen gewesen, adeoque dies eorum cesserit, licet nondum venerit. 2

Dieweil aber dennoch aus denen Rechten bekant ist, quod vsuræ ex pacto debeantur pro vsu pecuniæ,

l. 58. §. 6. ad SC. Trebell.
l. 60. D. pro soc.

adeoque vsuræ nominum etiam fructibus 3
accenseantur, et reditibus atque obuentionibus,

l. 34. D. de vsur.
l. 30. pr. D. adim. vel transf. leg.
l. 24. D. præscript. verb.

et

4 et vſufructu nominum legato vſuræ vſufructuario debeantur,

l. 3. de vſufruct. ear. rerum, quæ vſ. conſum. vel min.

welches hier zuförderſt zum Grunde zu ſetzen, da die Calliope die quæſtionirten 1000 Thlr. der Andromadæ geſchencket, und die Zinſen, das 5 iſt, den vſumfructum dieſes Capitals, ſich vorbehalten, quæ ſunt fructus ciuiles nominum ſeu ſortium fœnori collocatarum, et quia quotidie ſuum vſum habet pecunia et pro vſu quotidiano debetur, anni poſtremi penſiones ſeu vſuræ pro rata temporis, quo conſtitit eo anno vſusfructus, inter proprietarium et fructuarium diuidendæ ſunt,

l. 24. de vſ. et vſufr. leg.

VOET. *in comment. ad tit. de vſufr. §. 30. ab init.*

6 etſi dies ſoluendarum vſurarum nondum venerit, quia pro rata temporis vſuræ debitæ fuerunt,

l. 58. D. h. t.

VOET. *cit. l.* *Ad L. VII. T. I.*

woraus denn gantz natürlich folget, daß, obgleich die Calliope den Zahltag der Zinſen nicht erlebet, dennoch die Zinſen bis auf den 28ten Jan. von ſieben Monaten bereits verfallen geweſen, und zu deren Nachlaß gehöret; da hergegen, weil durch den Todt der vſusfructus aufgehöret, von denen übrigen fünf Monaten die Zinſen dem Fräulein Andromadæ gehören, und nach dieſem die Zinſen, ſo auf dem itzigen Johannes-Tag zu zahlen geweſen, darnach unter denen Erben der Calliope einzutheilen ſind, ſo daß, weil die Fräulein Andromada eine Miterbin iſt, ſie auch ihre ratam von denen $\frac{7}{12}$ Theilen, ſo die Erben bekommen, empfangen muß.

So halten wir davor, daß von denen am Johannis-Tag zu zahlenden Zinſen die Erben der Calliope $\frac{7}{12}$ Theil, die Andromada aber $\frac{5}{12}$ Theil bekommen müſſen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVLIO MDCCXLV.

Tit. IX. Vſufructuarius quemadmodum caueat.

RESPONSVM CLXXIX.

THEMA.

Cautio vſufructuaria etiam a cohærede, cui vſusfructus prælegatus, præſtanda.

Vid. T. IV. Reſp. DC. Them. 6.

Lib. VIII. Tit. I. De ſeruitutibus. *Ad L. VIII. T. I.*

RESPONSVM CLXXX.

THEMA.

Feudum ſeruitutis ſpeciem ſpirat.

Vid. T. IV. Reſp. CLXX. Th. 7.

RESPONSVM CLXXXI.

THEMA.

De præſcriptione ſeruitutum.

Vid. T. III. Reſp. CLVI. Them. 2.

Ad L. VIII. T. I.

DECISIO CLXXXII.

THEMA.

Seruitus ipso facto non facile constituitur.

SVMMARIA.

Ipso facto seruitus constitui potest n. 1.
Seruitus ne luminibus officiatur, tacite constituitur n. 2.
Dominus ædificare quidem potest in infinitum, sed saluo iure tertii n. 3.
Prohibitio vnius et alterius acquiescentia ius quæsitum prohibenti dat n. 4.
Aedificatio ad æmulationem prohibita n. 5.
Obligatio non est perfecta ex eo, quod alteri non nocet, nobis vero prodest n. 6.
Emphyteuta in præiudicium domini directi ædificare non potest n. 7.
Seruitus regulariter expresse constituenda n. 8.
Iure suo qui vtitur, nemini iniuriam facit n. 9.
Acquiescentia non semper remissionem iuris sui inuoluit n. 10.
Aedificationi pro conseruandis prædiis nostris vicinus contradicere nequit n. 11.
Aedificia non facile rescindenda n. 12.
Dominium vtile etiam contra dominum directum allegandum n. 13.

Auf interponirte Oberleuterung und respective Leuterung, auch erfolgtes Verfahren in Sachen Anwaldes des Dom-Capituls in H. Klägers an einem, und unsers Regierungs-Raths G. Beklagten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Ober- und Leuterunge ohngehindert bey dem fol. 165. befindlich und den 6. Sept. 1739. eröffneten Urthel billig verbleibet, und werden die fol. 165. specificirte Gebühren auf 4 Thlr. 12 Gr. moderiret. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Kläger loco grauaminum gegen das letzte Urthel eingewandt, daß 1) obgleich in dem Kauf-contract die seruitut, ne luminibus officiatur, nicht ausbedungen, dennoch solches tacite als geschehen zu seyn erachtet werden müsse, da nicht zu glauben, daß ein hochwürdiges Dom-Capitul dem Beklagten die freye Macht, zum præiuditz ihres Comter-Hofes zu bauen, indulgiret haben werde, bekant aber sey, quod seruitus etiam ipso facto constitui possit, 1

HERT. *de seruit. facto constituta.*

welches hier geschehen seyn möchte, weil das Comter-Haus beständig Fenster in das an Beklagten verkauften Hause und Hofe gehabt, und da 2) die Fußmasse eigentlich die etendue des verkauften Platzes bezeichnet, Beklagter nicht befugt gewesen, über den bezeichneten Grund zu bauen, und ob wol 3) die Rechte zulassen, 2 in infinitum vsque ad cœlum ædificare, dennoch solches saluo iure vicini, und damit demselben sein Licht nicht benommen werde, zu verstehen sey, auch sonsten die seruitus in actis dargethan, bevorab, da bereits 4) in an. 1731. eine inhibition von Königl. Regierung ergangen, und er dabey acquiescíret, ja 5) bey dem letzten Bau er selbsten zur demolirung sich erkläret, so auch acceptiret worden, und Kläger daraus ein ius acquiriret, ausserdem 6) dieser Bau ad æmulationem geschehen, welche die iura nicht verstatten, solche suspicio auch 7) durch die gethane offerte nicht gehoben worden, weil Beklagter wohl gewust, daß Klägern, nachdem der status ædium venditarum gantz geändert, mit dem Hause nicht mehr gedienet sey, absonderlich 8) aber der im letzten Urthel befindliche Anhang wegen der Renne denen Rechten zuwider sey, da nicht zu iustificiren, daß iemand eine Renne auf des andern Gebäude legen könne, wenn sich keine seruitut findet, zumal die æquitas cerebrina, quod tibi non nocet, alteri vero prodest, hier nicht angehen wolle, da Beklagtem dergleichen Gerechtigkeit nicht zustehet. Endlich 9) hiebey zu considériren seyn möchte, daß das quæstionirte Haus bloß iure emphyteutico an Beklagten verkaufet, keinem emphyteutæ aber in præiudicium domini directi zu bauen erlaubet sey. 3 4 5 6 7

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch bey denen vorigen Urtheln diese momenta mehrentheils alle berühret, untersuchet, und genugsam beantwortet worden, daß vieles dagegen zu reponiren unnöthig seyn will, angesehen ad 1) im Gegentheil

theil die regula iuris in contrarium ist, regulariter seruitutem ipso facto non constitui:
8 quicquid enim venditor seruitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi debet,

l. 7. pr. l. 10. D. commun. præd.
l. 30. de seruit. vrban. præd.

welches Kläger billig observiren, und sich die seruitutem, ne luminibus officeretur, reserviren sollen, bevorab, da er wohl gewust, daß der Beklagte das wüste Haus nach seiner conuenientz bauen müsse, gleichwol mit keinem Worte davon etwas in dem Kauf-contract gedacht, vielmehr einiger massen darin das Gegentheil statuiret ist, hierüber ad 2) die Beschreibung der Fußmasse nicht restrictiue, da der Hof breiter, und wegen des Bauen das Haus gekäufft ist, kan verstanden werden, sondern nur obiter dabey gesetzet ist, da billig hiernach dem fundament zu gehen, übrigens aber ad 3) seine Nichtigkeit hat, daß der freye Bau niemanden absque seruitute constituta gehemmet werden könne, wenn gleich des Nach-
9 barn Fenster darunter leiden, cum nemini iniuriam faciat, qui iure suo vtitur,

l. 21. de aqu. et aqu. pluu. arc.

hiebey auch ad 4) nicht weiter auf das, was an. 1731. geschehen, zu sehen ist, da Beklagter raison gehabt haben kan, warum er damahls
10 von dem angefangenen Bau abgestanden, dadurch er aber Klägern keine seruitutem eingeräumet, noch solche von ihm binnen solcher Zeit præscribiret worden, wie denn auch ad 5) die vormahls geschehene oblatio hätte fruchten können, wenn Kläger den proceß nicht pousiret, zumahl gantz natürlich, daß solche oblatio pro cuitando processu geschehen seyn muß, dieserwegen seinen Endzweck nicht erreichet, als nichts destoweniger mit allem Nachdruck derselbe fortgesetzet worden, dabey aber
11 ad 6) keine æmulation in actis erweißlich gemachet, vielmehr aus allen Umständen zu ersehen ist, daß Beklagter das wüste Haus seiner conuenientz gemäß gebauet, und dasselbe mit seinem vorigen Haus, wie der Riß fol. 18. weiset, in eine Gleiche und etendue gebracht hat, welches er nicht einsten, ohne sich selber Schaden zu zufügen, thun können, so daß ad 7), was es vor Beschaffenheit mit der gethanen offerte, das Haus dem Kläger wieder abzutreten, gehabt haben mag, nicht zu untersuchen ist, endlich, so viel ad 8) den Anhang des letzten Urthels betrifft, Beklagter fol. 92. angezeiget, daß sein Gebäude ein Giebel sey, welcher höher als die Renne stehet, solchemnach was der Bau-Ordnung gemäß sey, die Renne so einzurichten, daß das Wasser, so vom Comter-Hause fliesset, weder demselben, noch dem neuen Gebäude schaden könne, dabey aber nichts mehr als eine neue Besichtigung von Bau-Verständigen gebeten, welche davon urtheilen können, ob ein ander Mittel auszufinden, oder die Renne ohne Schaden des Klägers, wie geschehen, geleget worden, und weil Beklagter solche auf seine Unkosten zu unterhalten, und das Wasser in seinen Hof zu leiten schuldig ist, Kläger kein ius contradicendi dabey anführen kan, vielmehr es auch hier heisset: hoc æquitas suggerit, licet iure deficiamur, *A. l. VIII. T. I.*

l. 2. §. 5. de aqu. et aqu. pluu. arc.

welches absonderlich bey denen geführten Gebäuden in denen Städten zu observiren, da ein Nachbar dasjenige billig leiden muß, was ihm nicht schadet, vielmehr zur conseruation seines Gebäudes dienlich ist, dem andern aber höchst nöthig ist, wie in einem ähnlichen casu der lCtus *cit. l.* raisonniret, dabey auch zu bedencken ist, daß, wenn Beklagter die Renne auf sein Haus nehmen solte, das Gebäude mehrentheils wieder eingerissen, und verändert werden müste, welches in denen Städten, in welchen gute Policey in acht zu nehmen, die Rechte, so viel möglich, præcauiren, endlich alles auf die Besichtigung vorizo ankommen, derer artis peritorum Bericht darüber erwartet, und Kläger zuforderst darüber gehöret, alsdann aber erst definitiue erkant werden muß, daß
12 also Kläger noch zur Zeit dabey nicht grauiret sind. Letztlich ad 9) die qualitas dominii rei venditæ hiebey keine alteration machet, da Beklagten zum wenigsten das dominium vtile
13 zustehet, welches er auch contra ipsum dominum directum gebrauchen kan.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXL.

DECISIO CLXXXIII.

THEMATA.

I. Possessio seruitutis quomodo acquiratur?

II. *Nunciatio noui operis realis tunc locum habet, si vicinus in nostro fundo ædificat.*

ADL. VIII. T. I.

SVMMARIA.

Rusticus contra rusticum non restituitur n. 1.
Servitutes duplicato tempore acquiruntur et amittuntur n. 2.
Possessionem per vim conseruare permissum n. 3.
Ex duobus priuilegiatis is, qui de damno certat, restituitur n. 4.
Possessio seruitutis viæ quomodo acquiratur n. 5.
Contradictio tertio facta reo non præiudicat n. 6.
Nunciatio realis quando permissa n. 7.
Explicatur l. 7. §. 3. quod vi aut clam n. 8.

Auf gesuchte restitution in integrum in Sachen Christoph Schmeeß, Appellaten, itzo Imploranten an einem, und Caspar Wilhelm Meyer Appellanten, itzo Imploraten am andern Theil, erkennen Königlich-Großbritannische zur Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Justiz-Cantzley verordnete Director, Vice-Director und Räthe nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die restitutio in integrum wegen Mangel releuanter grauaminum nicht statt finde. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Implorant sich dadurch sehr grauiret zu seyn vermeinet, daß n. act. 24. seine gegen das n. 10. act. befindliche, und den 26. Maji 1746. publicirte Urtheil, interponirte supplication abgeschlagen sey, und er deswegen restitutionem in integrum gesuchet, dieweil er gleichwol in supplicatione vorgestellet, daß er ex re iudicata ein ius quæsitum habe, das Amts-Urthel in rem iudicatam ergangen, und Implorant dagegen in integrum nicht restituiret werden mögen, nachdem beyde ruſtici
1 wären, und keiner gegen den andern nach der bekanten Rechts-Regul sich eines beneficii gebrauchen könne; bevorab da die res iudicata in iure ihren guten Grund habe, und 2) er in possessione der Huth und Trifft über des Imploraten Hof von 40. und mehr Jahren nach der n. act. 2. befindlichen summarischen Zeugen Aussage und Imploraten eigenen Bekäntniß sey, worin er billig nach dem Amts-Bescheide geschützet, durch das n. act. 10. 2. befindliche Urthel aber so schlechterdings deren nicht entsetzet werden können, zumal nach des ersten Zeugen Aussage solche per contradictionem vor 40. Jahren confirmiret, und er in den Stand gesetzet sey, sogar die præscriptionem zu erfüllen, quippe quæ per duplicatum tempo-
2 ris spatium acquiritur, sicuti per hunc lapsum amittitur

l. 7. D. seruit. quemadm. amitt.

zum wenigsten an seiner possess vel quasi seruitutis nicht zu zweiffeln, diesemnach nicht sofort in petitorio erkant, und ihm 3) nicht auferleget werden können, die niedergerissene Mauer wieder zu setzen, als wodurch er kein spolium begangen, sondern nur bey seiner langen possess sich zu schützen und zu manteniren gesuchet, quod omni iure permissum est; 3

l. 7. §. 3. D. quod vi aut clam.

allermassen er 4) bey der gantzen Sache kein particulares interesse habe, sondern als Vormund seiner Kinder solches bona fide vi officii gethan. Endlich 4) hieher die Landes-Verordnung de anno 1709. von 12. Dec. §. 11. nicht gezogen werden mögte, worin die seruitutes auf wüsten Stellen, so die benachbarten bey solcher Gelegenheit zu prætendiren pflegten, improbiret worden, und zwar aus diesem Grunde:

Weil dadurch die wüsten Stellen dem publico zum Schaden liegen bleiben.

anerwogen dergleichen wüste Plätze hier nicht anzutreffen, die wieder bebauet werden sollen, und dem publico durch die prætendirte Gerechtigkeit kein Schade zugefüget wird, sondern solche blos das interesse priuatum betrift, nachdem die Zeugen deponiren, daß der Hof nie ohne Hauswirth gewesen, nunmehr aber wieder mit Gebäuden versehen, und also mit wüsten Plätzen nicht zu vergleichen sey, dahero es scheinen will, als wenn die grauamina vor releuant zu achten.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) die æquitas restitutionis nebst der læsione des Imploraten durch das Amts-Urtheil dergestalt beschaffen befunden worden, daß dieser billig contra lapsum decendii in integrum restituiret werden müssen, zumal inter causas restitutionis billig simplicitas rustica referiret wird, da Bauers-Leute in formalibus processus es leicht versehen können, dabey Implorat de damno vitando, Implorant aber de lucro captando
4 certiret, mithin die gemeine Regul: quod priuilegiatus contra æque priuilegiatum vti nequeat suo beneficio, hier nicht appliciret werden, und die exceptio rei iudicatæ dem Imploranten nicht zu statten kommen mag, bevorab da die iustitia des fol. 10. a. befindlichen Urtheils klar in die Augen fällt, anerwogen quoad 2) Implorant sich zwar in diuturna possessione der Vieh-Trifft über des Imploraten Hof gegründet, jedoch dabey sich noch bis dato dieser Umstand befindet, daß, ob derselbe wol mit unterschiedlichen Gebäuden hin

und

und wieder befriediget, gleichwol an einigen Orten noch offen gelegen, certo indicio, daß vormahls der Hof sehr verwüstet, und vor Aufrichtung der itzigen Gebäuden offen gewesen seyn müsse, welches dem Nachbar Gelegenheit gegeben, über denselben sein Vieh zu treiben, wie denn auch ohne Zweiffel andere des Durchgangs sich ebenfalls bedienet, und diesen Weg als einen Neben-Weg gebrauchet, weil solcher besser, nach n. act. 8. als der ordinaire Weg gewesen, woraus aber derselbe keine possess erhalten mögen, qui enim, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecit, omnino vsus non videtur, quamuis id frequenter fecit,

l. 1. §. 6. de itin. actuque priu.

5 neque enim seruitute vsus videtur, nisi is, qui suo iure (præ omnibus aliis) se vti credidit,

l. f. seruit. quemad. amitt.

dahero obgleich Implorant durch einiger summarischen Zeugen Aussage beygebracht zu haben vermeinet, daß er über 40. Jahre die Trifft über Imploratens Hof exerciret, dennoch er dadurch die possessionem seruitutis, qua talis, und daß er gantz allein solche seruitur ausgeübet, nicht beygebracht, sondern vielmehr nur dieses dadurch bestärcket, daß, weil der Hof von so vielen Jahren nicht vollkommen befriediget gewesen, der Nachbar sich dieser Gelegenheit und Commodität bedienet, diesen Nebenweg per fundum alterius zu nehmen, und sein Vieh durch zu treiben, welches er selbst dadurch zu erkennen gegeben, daß er in prima instantia n. act. 2. dieses per indirectum agnosciret, und sich selbsten offeriret, an dem Ort quæstionis eine Pforte zu machen, dieselbe mit einem Schlosse zu versehen, und mit dahin zu achten, daß dieser Nebenweg von niemand sonsten, als ihm und seinen Haus-Genossen gebrauchet würde, wodurch er zugestanden: (a) daß dieses ein Nebenweg in Ansehen des ordinairen Weges oder via vicinalis sey: (b) auch bishero sich dieses Weges andere mit bedienet, weil der Hof offen gelegen: (c) daß dieses zu verhüten, er die Befriedigung zwar nicht verhindern, jedoch eine verschlossene Pforte anrichten wolle, damit von niemand als ihm und seinen Haus-Genossen der Nebenweg gebrauchet würde, durch welche offerte er selbsten dargethan, daß er keine possessionem seruitutis qua talis haben könne, und weil die Landes Ordnung de anno 1709. hierauf vornemlich sich gegründet, dieselbe auch in iure communi ihren guten Grund habe, zumal nichts gemeiner auf dem Lande ist, als daß bey offenen Plätzen die Benachbarten sich der Gelegenheit bedienen, einen Nebenweg zu machen, weil alles offen lieget. Uebrigens was ein Zeuge von dem actu contradictionis deponiret, dem Imploraten nicht præiudiciren, noch auch einen Beweis ausmachen kan, cum vnius testis testimonium, maxime iniuratum, non probet, bevorab da solche contradiction nicht gegen den Imploraten, sondern diejenigen, die des Kirchhofs Mauer mit einem Knie oder Stütze befestigen wollen, geschehen, damit ihn der Weg nicht beenget würde, welches die Gemeinde oder Kirche unternommen haben muß, und also daraus kein factum acquiescentiæ des implorati, sed tertii zu schliessen, gegen wen die contradiction geschehen, und weil dahero die Sache in petitorio sofort offenbar, und die Landes-Ordnung dergleichen Nebenwege auf wüsten und unbefriedigten Plätzen improbiret, nicht unbillig Implorat sofort abgewiesen, und ad 3) Imploranten auferleget worden, die niedergerissene Mauer wieder in vorigen Stand zu setzen, in mehrer Erwegung ihm nicht erlaubet gewesen, per destructionem operis in fundo proprio a vicino ædificati sich bey der possessione vel quasi prætensæ seruitutis zu schützen, allenfalls in solchem Fall die Rechte eine nunciationem operis verbalem vel per 7 iudicem zulassen, non realem: quia hæc tantum permissa est, quoties vicinus in meo ædificat vel immittit aliquid, quod destruere possim pro conseruanda mea fundi libertate vel possessione; si vero dominus in suo fundo quid facit in præiudicium seruitutis, tertio competentis, huic non est ius destruendi ædificatum a domino in proprio fundo, sed simplici nunciatione vti debet

AdL. VIII. T. I.

6

l. 5. §. 10. D. de nunc. nov. oper.

SCHILTER *exer. ad Pand. 42. §. 17.*

worauf ohne Zweiffel der ICtus in l. 7. §. 3. quod vi aut clam reflectiret, da er saget: quod non nisi ex magna et probabili causa demum hoc procedat, und darunter keine 8 andere causam verstanden haben kan, als wenn der Nachbar auf meinen Grund und Boden herüber gerücket, und auf denselben was gebauet oder immittiret hat, welches zu destruiren blos erlaubet. Endlich auch ad 4) nicht schlechterdings die Landes-Ordnung cit. l. ausser Augen zu setzen, weil solche sich auch wol auf dergleichen verwüstete Höfe, die einen liederlichen Wirth haben, und alles eingehen lässet, appliciren lässet, so daß es moraliter vor eines zu achten, ob der Hof keinen Wirth, oder einen liederlichen Wirth, der alles eingehen lässet, habe, weil dadurch ebenfalls die Nachbaren Gelegenheit überkommen, sich allerhand Freyheiten auf solche wüste Höfe zu bedienen, und dieselben, wenn solche einigen effectum iuris behalten solten, zu depretiiren, woraus sich denn hervor thut, daß die grauamina gantz unerfindlich, nicht einsten zu gedencken, daß die restitutio in integrum sonsten nur ex nouis caulis statt finde.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVLIO MDCCXLVII.

DECISIO

Ad L. VIII. T. I.

DECISIO CLXXXIV.

THEMA.

Ius ciuile habendi a possessione agrorum pendet.

Vid. T. IV. Decis. CCCLXXXI. Them. 2.

DECISIO CLXXXV.

THEMA.

Seruitus itineris etiam ab alio ad visitandum dominantem exerceri potest.

SVMMARIA.

Seruitus ad alium extendi nequit n. 1.
Imprimis si hoc fit vltra fundi dominantis necessitatem n. 2.
Seruitus itineris ab aliis exerceri potest, qui ex caussa necessitatis dominantem adeunt n. 3.

Auf interponirte Specification in Sachen T. K. Imploranten und Leuteranten an einem, und I. G. Imploraten und Leuteraten am andern Theil, erkennen Königl. Groß-Britannische Majestät ꝛc. ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten supplication ohngehindert bey dem n. act. 49. befindlichen und dem 28. Ian. 1743. eröffneten Urthel billig verbleibet, Leuterant auch die expensas retardati processus nach deren vorgehenden liquidation und erfolgter unserer Mäßigung Leuteraten abzutragen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Leuterant sich durch das n. act. 49. befindliche Urthel grauiret zu seyn vermeinet, in welcher die possessio viæ gar zu weit und auch auf dieselbe extendiret worden, welche Leuteraten besuchen, oder auch gekaufte Sachen von ihm abholen wollen, und es dahero scheinen will, daß solches der seruituti priuatæ entgegen sey, quæ tantum prodest possessori prædii dominantis, aliis vero concedi non debet, ne seruitus seruitutis constituatur, nec vltra prædii necessitatem extendatur,

1 *l. 4. D. locat. l. 24. de seruit. præd. rust.*

wobey Leuterant sich zugleich beschweret, daß er bishero nicht genugsam gehöret, und mit seinem Gegenbeweise admittiret worden, zumahl daraus erhellen würde, was vor inconuenientien aus dem latissime und auf extraneos extendirten Gebrauch dieser seruitut erfolgen können, indem er nicht untersuchen möge, ob dieser oder iener ihn besuchen, oder von ihm etwas kauffen, oder dieses nur zum prætext brauchen wolle, dahero dergleichen indeterminirte Freyheit in vsu seruitutis nicht zugelassen werden könne.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die bey denen Acten befindliche Aussage der Zeugen hierin klare Maaß und Ziel giebet, daß bishere Leuterat den quæstionirten Weg dergestalt gebrauchet, daß auch Fremde, die zu ihm mit ihren Wagen kommen, und entweder Heu, oder Torf, oder sonsten von ihm was kauffen, oder auch ihn besuchen wollen, sich des Weges bedienet, ja die Zeugen noch weiter gehen, und so gar allen und ieden diesen Weg frey zuerkennen, welches aber voritzo nicht in quæstione ist, sondern man nur bey dem itzigen themate probato bleibet. Uebrigens zwar sonsten Rechtens, quod vsus seruitutis extendi non debeat vltra prædii dominantis necessitatem,

l. 24. de seruit. præd. rustic.

2 dennoch dieses ad petitorium gehöret, und darin auszumachen, inzwischen aus der Aussage der Zeugen beygebracht ist, daß bishero Leuterat den Weg dergestalt gebrauchet, daß auch diejenigen, welche ihrer Nothdurft halber zu ihm fahren, ihn genommen haben, welches ebenfals zu seines prædii commoda, vt facilior

lior ad illud aditus commercii causa sit, mit gehöret, also nicht contra naturam seruitutis laufft, obgleich ein ander ordentlicher Weg über die Villach gehet, welcher allen und ieden commercii causa offen stehe, zumahl das commercium seines Hoffes dadurch befördert wird, wenn durch einen kürtzern und leichtern Weg iemand seiner Nothdurfft nach dahin fahren kan, dieses auch der Natur dieser seruitut gantz gemäß ist, ut per eos, qui ad eum visitandum veniunt, exerceatur,

l. 3. §. 4. de itin. actuque priu.

l. 20. quemadm. seruit. amitt.

3 dahin dieser Gebrauch per sententiam selbsten eingeschrencket, keinesweges aber dem Vorgeben nach eine indeterminirte Freyheit verstattet worden, darneben Beklagter Zeit genug gehabt, den Gegenbeweiß zu führen, wenn er sich dessen bedienen wollen. Endlich durch den zu befürchtenden Mißbrauch niemand seiner possess zu entsetzen, oder gegen den bisherigen Gebrauch einzuschrencken, so daß die grauamina durchgehends ungegründet gefunden worden, worauf die refusio expensarum retardati processus stehet. *AAL. VIII. T. V.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVG. MDCCXLIII.

Tit. V. Si seruitus vindicetur.

DECISIO CLXXXVI.

THEMA.

Pro asserendo iure negatiuo cum iure prohibendi coniuncto actio confessoria instituitur, et sic probatio actori incumbit.

SVMMARIA.

Status causæ n. 1.

In actione negatoria reus probat n. 2.

Obseruantia contra legem prohibitiuam locum non habet n. 3. 10.

Qui in iure prohibendi se fundat, probare debet n. 4.

Qui negatiuam seruitutem prosequitur, confessoria agit n. 5.

Responsio ad rat. dub. n. 7.

Auf eingewandte remedia extraordinaria und erfolgte deduction in Sachen O. von A. Deducenten und Appellaten an einem, und des seligen Herrn General-Feldmarschalls von A. Lehn-Erben, des Majors I. V. von A. Deducten und Appellanten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preussen ꝛc. auf vorgehabten Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es derer eingewandten remediorum extraordinariorum ohngehindert bey dem fol. 203. sqq. befindlichen, und den 8. May 1733. eröffneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es erhellet ex actis, daß deducent das Ritter-Guth Bergitz mit einer Schäferey besitze, in solchem Dorfe aber der deduct oder Appellante zwey Bauer-Höfe mit sieben Hufen Landes und denen Zaun-Gerichten laut f. 108. befindlichen extractus habe, davon ein Hof mit drey Hufen an Erdmann verpachtet x ist, welcher darauf Schafe gehalten; weil aber deducent solches nicht leiden wollen, ist anfänglich iener in summario manteniret, von diesem aber das petitorium angestellet, in welchem fol. 50. dem Appellanten der Beweis, daß er Schafe zu halten berechtiget sey, auferleget, in der Appellations-Instanz aber fol. 203. solches Urthel reformiret, und Appellaten, modo Deducenten, sein ius prohibendi darzuthun, iniungiret worden, wovon er remedia extraordinaria interponiret. Ob nun wol loco grauaminum von Deducenten angeführet ist, 1) daß die Urthels-Fasser gantz irrig voraus gesetzet, als wenn in sententia fol. 35. b. ihm in petitorio der Beweis per iudicatum auferleget sey, allermassen obwol De-

ad L. VIII T. V.

duct in summario so lange geschützet worden, bis deducent ein anders in ordinario vel petitorio ausgeführet, dennoch daraus nicht folgen wolle, daß ihm der Beweis in petitorio auferleget sey, als welches 2) ex natura instituti petitorii allein zu ermessen, und da er f. 45. sein petitum in actione negatoria formiret, fol. 45. nicht anders erkant werden mögen, als daß Beklagter, modo Deduct, das fundamentum seiner exception, daß er Schafe zu halten berechtiget sey, erweisen müsse, bevorab da 3) dem Deducenten in dem Dorfe Vergitz die Ober- und Nieder-Gerichte, nebst einer Schäferey, mithin die Weyde auf den Feldern des Dorffs, und also auch auf des Deductens sieben Hufen zustehet, diesemnach præsumtionem vor sich habe, daß er Deducten von diesem iure, wodurch er eine seruitutem gleichsam sich anmasset, ausschliessen könne, dannenhero auch 4) in dem edicto wegen des possessorii summarissimi de anno 1718. mit dürren Worten versehen, daß, wenn derjenige, der in possessorio succumbiret, in negatoria sich gründet, alsdann zwar der Gegentheil bey der possess verbleiben, aber auch sein vermeintes Recht erweisen solle, worauf eben fol. 50. b. reflectiret, und es 5) billig dabey bleiben müsse, nachdem er die Negatorien-Klage angestellet, und Deduct keine præsumtionem ex libertate wegen seiner Bauer-Hufen vor sich habe, vielmehr da er sich in privilegio gründe, er auch solches erweisen müsse; übrigens 6) wegen des andern membri sententiæ abermahls gegen die Schäfer-Ordnung gehandelt sey, in welcher verbothen worden, die Schafe unter die Schweine zu treiben, und also contra legem prohibitiuam keine obseruantia statt finden könne, wie Deduct denn auch nicht mehr gebethen, als daß er bey dem Schafhalten auf seinen Hufen in summariissimo geschützet werden möchte, welches allein per sententiam geschehen, und er also von seinen Bauer-Hufen mit der Hütung nicht ab- und weiter gehen, oder unter der gemeinen Hut solche Schafe mit den Schweinen hüten könne, diesemnach sowol die Schäfer Ordnung als das iudicatum fol. 35. b. deducten entgegen stehe.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch finito possessorio, der deducent fol. 44. das petitorium ohnstreitig zwar angestellet, dennoch sich darin expresse in iure prohibendi gegründet, und zum fundamento actionis motæ gesetzet:

> Daß keiner im Dorfe bey seinem Guthe dergleichen Schäferey zu halten befugt sey, oder iemahls befugt gewesen,

dahero wenn er iemand mit den Schafen angetroffen, er denselben pfänden lassen, welches ius prohibendi ein ius singulare et negatiuum ist, dadurch er denjenigen, qui ius æquale prætendit, auszuschliessen gedencket, diesemnach offenbar ist, daß, wer sich in solchem iure singulari cum potestate prohibendi gründet, eigentlich die confessoriam actionem anstellen müsse, obwol nach der Natur der iurium negatiuorum das petitum negatiue, daß Beklagter eine Schäferey zu halten nicht befugt sey, eingerichtet zu werden pfleget, dabey man doch nicht auf den corticem verborum, sondern auf den wahren Verstand derselben, und dessen Beschaffenheit sehen muß, cum, qui ius negatiuum cum exclusione aliorum coniunctum sibi asserit, non possit non in iure singulari se fundare

BÖHMER *in tr. de act. sect. II. c. 2. §. 47.*

sicuti qui seruitutem negatiuam sibi asserit, confessoria uti debet

§. 2. I. de action. l. 17. §. 1. si seruit. vindic.

welches vornemlich hier in consideration zu ziehen, da deduct ebenfalls in gedachten Dorfe iure feudi zwey Höfe mit sieben Hufen und andern Gerechtigkeiten, samt denen Zaun-Gerichten, laut fol. 108. besitzet, und dahero ein Gerichts-Herr mit dem andern wegen des iuris pascendi oues in lite verstret, mithin Beklagter und deduct præsumtionem iuris æqualis, daß er nach proportion seiner Hufen Schafe halten könne, vor sich hat, welches noch mehr erhärtet, daß Kläger und deducent sein ius singulare prohibendi erweisen müsse, dagegen denn die rationes dubitandi nichts vermögen, angesehen quoad primam die sententia zwar nicht directo, iedoch per indirectum den Beweis dem deducenten aufgeleget, da er sich nothwendig, wie geschehen, in iure singulari gründen müssen; daraus aber der Irthum in rat. secunda sofort an den Tag kommt, da der deducent fol. 15. nicht negatoria, sondern vielmehr confessoria pro asserendo iure negatiuo cum potestate prohibendi coniuncto geklaget, und also ihm der Beweis desselben auferleget werden müssen, ohngeachtet quoad rat. tertiam er mit dem Dorfe Vergitz und denen Unter- und Ober-Gerichten nebst einer Schäferey belehnet ist, zumal der deduct und Beklagter ebenfalls mit zwey Höfen und einigen Hufen nebst den Zaun-Gerichten und andern Gerechtigkeiten belehnet ist, mithin ein ius æquale sich so lange anmassen kan, bis Kläger und deducent sein prætensum ius prohibendi dargethan, diesemnach es irrig ist, daß Beklagter und deduct sich gleichsam in seruitute gründet, da vielmehr, gleichwie Kläger die Schaf-Hütung überall und auch auf des Beklagten Ländereyen zu exerciren sich berechtiget hält, also auch diesem eben dasselbe Recht auf Klägers Länderey, wiewol habita proportione fundorum, zustehen muß, bey welcher Beschaffenheit der Sachen das in rat. quarta angeführte

geführte edictum regium hier inapplicabel ist, als welches von der negatoria actione disponiret, in welcher ohnstreitig dem Beklagten das onus probandi zustehet, so hier nicht angestellet, wie abermal irrig in rat. quinta zum Grunde gesetzet worden, dessen Gegentheil im vorigen erwiesen, auch bishero dargethan, daß Beklagter allerdings præsumtionem ex condominio et iure feudi æquali vor sich habe, deducent aber in priuilegio et iure singulari sich gründe; und so viel das andere membrum sententiæ in rat. sexta betrifft, der Kläger noch zur Zeit nicht grauiret ist, sondern solches erst auf die Ausführung der allegirten Observanz ankommen wird, da, wenn gleich in der Schäfer-Ordnung verbothen seyn solte, die 7 Schafe unter denen Schweinen zu hüten, dennoch auch wol dagegen eine obseruantia contraria et desuetudo statt finden kan, quæ *Ad L. VIII. T. V.* etiam legem tollit vel limitat, diesem auch das iudicatum fol. 35. b. nicht entgegen ist, als in welchem Beklagter und deduct in possessorio summariissimo des Schafhaltens von seinen wüsten Bauer-Höfen, oder von wegen seinen Höfen, geschützet worden, keinesweges aber solches dahin zu verstehen ist, daß er allein auf seinen Hufen die Schaf-Hütung exerciren müsse, vielmehr nur die proportion der Schafe darnach einzurichten ist.

So ist geschehener massen mit Uebergehung der Unkosten, da Kläger ein Urthel vor sich hat, erkant worden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IAN. MDCCXXXV.

DECISIO CLXXXVII.

THEMATA.

I. Rustici ex iure domini actionem confessoriam vtilem instituunt contra socios, vt ad operas communes conferant.

II. *Iudex ex officio legitimationem iniungit.*

III. *Ordo circa media probandi obseruandus ab arbitrio iudicis pendet.*

SVMMARIA.

Solus dominus actione confessoria operas reales vindicat n. 1.

Probatio per iuramentum est subsidiaria n. 2.

Actio confessoria datur, quoties actoris interest, alienum ius conseruari n. 3.

Adeoque rusticis competit contra possessores agrorum eius districtus, cui onera inhærent ibid.

Iudex super legitimatione ex officio pronunciat n. 4.

Iudex pro abbreuiandis processibus laborare debet n. 5.

Maxime vbi cum pluribus lis est n. 6.

Iudex æstimat, vtrum antea per iuramentum, post per testes probatio fieri debeat n. 7.

Si denunciatio nondum probabilis facta, iudex procedere nequit n. 8.

Als Ew. Hochfürstl. Durchlaucht uns interponirte Appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen Anwald des Fürstlich-Hessen-Darmstädtischen Ober-Forstmeisters I. W. von B. und cons. zu Eberstädt, Appellanten an einem, und des Affter-Syndici der Gemeinde zu Niedertrebra, Appellaten am andern Theil, nebst denen übrigen in drey vol. bestehenden und zurück kommenden actis etc.

Daß die Appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an Ew. Durchlaucht erwachsen. Der materialien halber erscheinet aus denen acten und der Partheyen Vorbringen so viel, daß in erster Instanz wohl gesprochen, übel davon appelliret, und die sententia a qua vom 23. Iun. 1742. zu confirmiren, nicht weniger die acta an den Richter voriger Instanz zu remittiren, und Appellanten die expensas huius instantiæ nach deren vorgehender liquidation und deren erfolgter Mäßigung denen Appellaten zu erstatten schuldig seyn. V. R. W.

ad L. VIII. T. V.

Rationes dubitandi.

Obwol Appellanten loco grauaminum angeführet, daß 1) in sententia a qua die exceptio non competentis actionis übergangen, welche vornemlich darin gegründet sey, daß Appellaten die Confessorien-Klage wegen der quæstionirten auf denen 300. Ackern liegenden Frohnen angestellet, die zwar der Gerichts-Herr, dem die Frohnen nach der Beylage fol. 9. act. appell. præstiret werden müssen, anstellen können; gleichwol derselbe, wiewol in anno 1651. geschehen, voritzo nicht klaget,
1 sondern die Gemeinde zu Niedertrebra solche Klage erhoben, und die Appellanten zum Beytrag zu den Frohnen wegen derer unter ihnen pro parte seyenden 300. Acker, zwingen wollen, dazu sie aber keinen Grund, so in iure in re wenigstens bestehen muß, anführen können, zumal nicht ihnen, sondern dem Gerichts-Herrn die Frohnen præstiret werden müssen, und sie ex iure eius sine cessione nicht klagen könten. Ausser diesem aber 2) auch denen Appellaten die exceptio transactionis in lege publica fundatæ entgegen stehe, da aus dem Zeitzischen Vertrag in continenti zu ersehen, daß die Appellaten nicht befugt sind, ihre Dienste und Frohnen auf die von ihren Güthern verkauffte Stücke in der Eberstädter Fluhr zu legen und zu schlagen, als soferne sie darauf in denen gerichtlichen Kauf-Briefen geleget worden, wie denn fol. 154. ein dergleichen Kauf-Brief ad acta gebracht ist, also es nur auf die production der Kauf-Briefe ankäme, um daraus wahrzunehmen, ob etwas von denen quæstionirten Frohnen darin reseruiret sey oder nicht. Ausser diesem aber 3) ratione legitimationis es etwas gantz unerhörtes zu seyn scheinet, daß der Gerichts-Herr zu Eberstädt seinen eigenen Gerichts-Untersassen zum Nachtheil cooperiren und ausfündig machen soll, wen die Appellaten verklagen sollen, welche Untersuchung ohnedem ohne Unkosten nicht wird geschehen können, diesemnach wer solche tragen solle, billig zuvor ausgemachet werden müsse, da doch Rechtens sey, daß die Klägere diejenigen angeben müssen, welchen sie ihre Acker verkauffet, und welche solche anitzo besitzen, da sie realiter klagen, und daher selbsten die possessores agrorum, von welchen sie den Beytrag fordern, ausfündig zu machen schuldig wären. Ferner 4) ratione probationis et iuramenti delati die Appellanten sich darin nicht finden können, daß erst über die Puncte, worüber der Eyd deferiret worden, erkant, und der Beweis über diejenigen Puncte, so durch den abzulegenden Eyd oder durch eine nothwendige Folge nicht abgelehnet werden könten, auszusetzen sey, da doch
2 die Eydes-Leistung ein modus probandi subsidiarius sey, und dahero der modus probandi ordinarius über die Puncte, so Kläger beweisen sollen, vorher gehen, und nicht post præstita iuramenta reseruiret werden sollen, bevorab da 5) der Grund der gantzen Klage hauptsächlich auf den ordentlichen Beweis beruhet, ob die quæstionirten Acker Frohn-Aecker, und die Appellaten befugt wären, solche mit denen Frohnen als einem onere rei inhærente zu verkauffen, und also diejenigen, so etwas von solchen Aeckern besitzen, zum Beytrag der Frohnen schuldig wären, so daß, wenn solcher Præiudicial-Punct erst ausgemachet, alle übrige Puncte, worüber der Eyd zu leisten, hinweg fallen, und also die Eyde cessiren würden, deren Ablegung über so viele Puncte ohnedem viel Zeit erfordere. Endlich 6) wegen des letzten grauaminis, ob etwas ungebührliches bey dem libell nach der Litis-Contestation vorgegangen, es auf die Abhörung des Copisten und dessen Pflichtmäßige Aussage ankäme, welcher ohne Zweifel deponiren müste, daß zu der Zeit, da er die Klage mundiret, die ausgesprochene Worte nicht ausgestrichen gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die exceptio non competentis actionis auf eine quæstionem iuris hinaus lauffet, und zwar ohnstreitig ist, daß der Gerichts-Herr die Frohnen eigentlich von denen quæstionirten Ackern actione confessoria zu fordern berechtiget sey, gleichwol, da er voritzo zu klagen nicht Ursache hat, weil die Appellaten die ihm schuldige Frohnen leisten, das grösseste Interesse hierbey auf diese fällt, ob sie solche allein leisten, oder die Appellanten dazu wegen ihrer Stücke, so sie von denen 300. verkaufften Ackern von Niedertrebra besitzen, nach dem Zeitzischen Vergleich einen Beytrag thun müssen? bey welchen Umständen die actio vtilis confessoria, da die Appellanten ihnen die gantze Last der Frohnen allein aufdringen wollen, und sie also de iure ihrer und der Appellanten Aecker zu disputiren wohl befugt sind, allerdings statt findet, als welche auch ex iure alieno wohl angestellet werden kan, quoties actoris interest, alienum ius conseruari 3

BERGER *in œcon. iur. lib. II. tit. 3. §. 22. p. 328.*

darneben Appellaten wegen ihrer eigenen Acker, auf welche die Appellanten dieses onus allein zu deuoluiren gedencken, und also proprio iure, auch befugt sind, von denenselben einen Beytrag zu fordern, nachdem sie die gantzen Frohnen wenige Jahr bishero allein præstiren müssen, und bereit sind, darzuthun, daß die Stücke, so die Appellanten von denen 300. Aeckern besitzen, ebenfalls mit diesem onere behafftet, und sie dahero diesen Beytrag von ihnen zu fordern, wohl befugt sind. So dann ad 2) der Zeitzische Vertrag de anno 1567. so klar nicht ist, daß daraus sofort die Klage eliciret werden können, vielmehr die Appellaten darin ihre Befugniß, von denen Appellanten einen

ihnen Beytrag zu fordern setzen, da die Frohnen auf denen 300. aus Niedertrebra verkauffte Ackern nach dem receß hergebracht, und nur denen Appellaten verbothen ist, ihre Acker und andere Frohnen und Dienst, welche sie nemlich von ihren in Besitz habenden eigenen Aeckern nach proportion als ein onus tragen müssen, auf die von ihren Güthern verkauffte Stücke zu legen, und die Eberstädtische damit zu beschweren, mithin dieses das erste nicht aufheben kan, weil sonsten ein Widerspruch hier anzutreffen seyn würde, wenigstens die Sache in diesem Vergleich nicht so klar in continenti ist, vt actores a limine iudicii repelli potuerint. Hiernächst so viel ad 3) den punctum legitimationis betrifft, der iudex primæ instantiæ allerdings recht und wohl gethan, daß
4 er eines Theils davor ex officio gesorget, als welches seine Schuldigkeit gewesen,

MEV. *P. II. dec. 126. et P. V. dec. 13.*

andern Theils den Weg vorgeschrieben, welchem die Partheyen bey denen vorkommenden difficultäten in diesem Proceß folgen sollen, als welches vornemlich ad officium iudicis gehöret, und er deswegen dessen directorium führet, bey welchem das vornemste ist, laborare pro abbreuiandis proceßibus,

5 *l. 21. D. de reb. cred. l. 13. pr. C. de iudic.*

und, wie in Reichs-Abschied de anno 1654. §. 34. gar bedencklich stehet, die Mittel und Wege, wodurch zanckſüchtige Partheyen, Aduocaten und Procuratoren die Sache in ungerechte Weitläufftigkeit verführen können, abzuschneiden, dahero der iudex a quo gar wohl gethan, daß er um den punctum legitimationis und welche eigentlich vor Beklagte zu achten, in Richtigkeit zu bringen, die Mittel dazu vorgeschrieben, bevorab da der fol. 213. befindliche extractus cataſtri den Gerichts-Herrn zu Eberstädt anweiset, welche poſſeſſores er citiren, und was er bey der Veränderung derer poſſeſſorum zu beobachten habe; iudex enim non petita pro maturando proceßu decernere debet, maxime vbi cum pluribus lis est

MEV. *P. IV. dec. 86. n. 11.*

6 bevorab da diese Verfügung denen Appellanten selbsten zum Besten gereichet, und deren Anwald, so sich noch nicht zur Gnüge legitimiret, um desto leichter wegen derer Witwen und Wayſen, so unter ihnen mit concurriren, legitimiren kan, und wegen der Unkosten schon zu seiner Zeit, was Rechtens ist, die Erkentniß erfolgen wird. Uebrigens ad 4) wegen der zuerkanten Abschwörung der Eyde und ſuſpendirung derer übrigen zum Beweiſe ausgeſetzten Puncten, bis jene abgeleget ſind, *Add. VIII. T. V.* unnöthige critiquen von denen Appellaten gemachet worden, da es hiebey vornemlich darauf ankomt, ob die Appellanten nicht bishero bis zu der bemerckten Zeit den Beytrag zu den Frohnen abgetragen? da, wenn ſich ſolches befinden ſolte, alsdann der Zeitziſche Vergleich de anno 1567. desto klärer, und gar leicht aller Zweiffel gehoben werden wird, zumal wenn man die confeſſion der Gemeinde von Eberſtädt de anno 1651. in denen beygefügten acten dazu nimmt, und daraus erſiehet, daß damahls dieſelbe denen Frohnen nicht widerſprochen, wie denn noch 1760 einige von derſelben Gemeinde bonam fidem agnoſciret, und laut act. pr. inſtant. fol. 201. ſich zu dem Beytrag gutwillig verſtanden, ſo, daß mit gutem Grunde auf die Eydes-Delation zuforderſt erkant werden mögen, welche zwar ein modus probandi ſubſidiarius in dem Verſtande iſt, daß, aliis probandi mediis in certo puncto exiſtentibus, der Eyd über denſelben Punct nicht ſtatt finde, ſonſten aber die Ordnung, ſo
7 in Beweis zu halten, billig auf die directionem iudicis, cui fit probatio,

l. 12. in f. de probat.

ankommt, und zu deſſen vernünfftigen Ermeſſen ſtehet, darneben ſich auch alsdann zeigen wird, ob der Beytrag von anno 1651. annoch in viridi obſeruantia geblieben, welches ad 5) ein groſſes zu Beſtärckung derer zum Beweis ausgeſetzten Puncten beytragen wird, welchen man aber von Seiten der Appellanten denen Appellaten deſto ſchwerer machen, und dahero die beſtimte Ordnung inuertiren will, hergegen es ſich bey der Eydes-Leiſtung ohne Zweiffel zeigen wird, daß die abgeleugneten Puncte von denen wenigſten werden beſchworen werden können, wenn man den Zuſammenhang der Sachen recht conſideriret. Endlich ad 6) bey dem letzten grauamine gar nichts anzutreffen, worüber ſich Appellanten zu beſchweren haben, da ſie bey der fol. 308. b. gethanen Anzeige in nuda aſſertione beruhen, auf welcher kein iudex wegen der zu unternehmenden Unterſuchung ſich beruhigen kan,
8 ehe und bevor ſolche von dem denunciante etwas glaubwürdig gemachet wird, ſo ſich vor allen Dingen gebühret, da Appellanten deswegen auf eine Beſtrafung dringen, alſo alle grauamina unerheblich ſind, worauf condemnatio in expenſas ſtehet.

So ſind wir geſchehener maſſen zu erkennen veranlaſſet worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVG. MDCCXLIII.

Ad L. VIII T. V.

DECISIO CLXXXVIII.

THEMA.

Si negatoria agenti exceptio priuatiuæ possessionis opponitur, is ante omnia dominium vel quasi fundi probare debet.

SVMMARIA.

Actioni negatoriæ exceptio possessionis opponi nequit, quia ius, super quo litigatur, non tangit n. 1.

Negatoria agenti ob libertatis præsumtionem probatio non iniungitur n. 2.

Ex communi reficiendi obligatione communio inducitur n. 3.

Documentum contra tertium non probat n. 4.

Iure Lubecensi an inconsulto vicino ius puteum fodiendi quis habeat n. 5. 12.

Si negatoriæ exceptio priuatiuæ possessionis opponitur, prius de possessione pronunciandum n. 7.

Probata hac possessione actor dominium fundi dominantis probare debet n. 8. 10.

Pertinens ædium esse censetur, ad quod ex his aditus patet n. 9.

Præsumtio libertatis cessat, si constat ab altero interstitium possideri n. 11.

Auf erhobene Appellation, deren iustification und erfolgtes Verfahren in Sachen des Bürgers und Baders F. G. S. zu Schwerin, Klägern, modo Appellanten an einem, und des Bürgers und Fleischhauers C. K. ebenfalls zu Schwerin, Beklagten, modo Appellaten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Carl Leopold ꝛc. nach eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die appellation in ihren formalibus zu Recht beständig, und die Sache zu deren iustification an uns erwachsen; der materialien halber aber erscheinet aus denen Acten und der Partheyen Einbringen so viel, daß in erster Instanz wohl gesprochen, übel davon appelliret, und dannenhero die sententia a qua von 4. Febr. 1745. zu confirmiren sey, iedoch mit dieser Erklärung, daß der dem Appellanten reseruirte bessere Beweis in Ansehen der Tüsche, auf das in der Klage von ihm sich angemassete dominium vel quasi der Helfte der Tüsche zuförderst zu richten sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger sein erstes grauamen darin gesetzet, daß in possessorio erkant sey, Beklagter bey der possession der Tüsche geschützet, und nicht vielmehr secundum petita gesprochen worden, daß Beklagter das in die Tüsche hinein geworffene Holtz heraus nehmen, und künfftig nichts wieder hinein legen solle, welches grauamen Kläger darin gegründet, daß er offenbar in petitorio, instituta actione negatoria, geklaget, in welcher kein Beklagter eine exceptionem possessionis opponiren könne, sondern es blos darin auf die Besugniß ankomme, und darüber, vt sententia conformis sit libello, erkant werden müssen, 1

BERGER *in elect. proces. possess. §. 42.*

bevorab da Beklagter seine possess der Tüsche nicht einsten erwiesen, und was die beyden testes iniurati als vormahlige Besitzer des Hauses ausgesaget, keine vim probandi haben könne, daraus auch nicht folge, daß Beklagter selbsten in der priuatiua possessione der Tüsche sey, wenn gleich die vorigen possessores solche angeführter massen besessen. So dann Kläger das andere grauamen darin setzen wollen, daß in sententia erkant sey: bis Kläger einen bessern Beweis ratione der Tüsche beschaffet, anbey vorgegeben, daß solche Worte unbestimmet und dunckel zu achten, weil daraus nicht zu ersehen, worauf der bessere Beweis gerichtet werden solle, zumal wenn dieser das possessorium concerniren solte, derselbe impertinent seyn würde, weil davon hier nicht die Rede sey, Beklagter auch seine possess rechtlicher Art nach nicht bescheiniget, und diesem daher allenfalls ein besserer Beweis aufzulegen gewesen, zumal Kläger bereits dargethan, daß er den Tropffen-Fall in die Tüsche habe, woraus die possessio der halben Tüsche zu induciren; sonderne aber in petitorio oder in der Negatorien-Klage der bessere Beweis geführet werden solle, der auferlegte bessere Beweis widerrechtlich seyn würde, indem die præsumtio pro libertate ihn von allem Beweis 2

weis losspreche. Endlich woferne der Beweis des Eigenthums der Tüsche darunter zu verstehen, solches ebenfalls widerrechtlich seyn möchte, weil er einmal sowol den Trauffen-Fall in die Tüsche habe, als Beklagter die Renne zwischen beyderseits Tächern mit ihm gemeinschaftlich halten müsse, woraus also offenbar sey, daß die Tüsche auch zur Helffte ihm zugehören müsse, welches so lange vor wahr anzu
3 nehmen, bis Beklagter das Gegentheil erwiesen;

MEV. *ad ius Lubec. lib. III. tit. 12. art. 13. n. 3.*

zumal ihm dabey nicht zu statten kommen könne, daß seinem Vorgeben nach die quæstionirte Tüsche in seinem Kauf-Briefe mit verkaufet sey, als welches er eines Theils nicht beygebracht, andern Theils auch sein Kauf-Brief ihm contra tertium nichts helffen könne, noch
4 weniger hiebey etwas verfangen wolle, daß sein antecessor einen Schranck in die Tüsche machen lassen, allermassen noch nicht das Eigenthum derselben daraus folge, wenn der Schranck gleich über die Helffte gehen solte, sondern allenfalls es nur heissen würde, tantum præscriptum, quantum possessum, so, daß er dergleichen seruitutes zu vermehren oder zu erweitern nicht befugt sey, vielmehr also Beklagter, daß ihm die Tüsche eigenthümlich zustehe, zuförderst ebenfalls erweisen müsse. Ferner der Kläger das dritte grauamen daher genommen, daß Beklagtem nicht iniungiret worden, den ohne sein Vorwissen und consens in seinem Hof gemachten Brunnen wieder zuzuwerffen, nachdem nach Lübschen Rechten lib. III. tit. XII. art 13. so in Schwerin ohnstreitigen vsum hätte, dergleichen opera noua
5 ohne des Nachbaren Willen und Vergönstigung nicht angerichtet werden dürfften, dazu er doch seinen consens nicht erhalten, bevorab da der Brunnen allzu nahe an seinem Gebäude, demselben zum offenbaren Schaden angeleget sey, welches abermahl in Lübschen Rechten art. VII. lib. I. verbothen, und wenn daran gezweiffelt worden wäre, nicht sowol auf den Beweis des Schadens, als einer Beschtigung in pronunciando refflectiret werden sollen,
6 weil daraus sofort die Sache klar gemachet seyn würde, woraus denn das vierte grauamen gezogen, daß Appellant bey so bewandten Umständen, da er wegen der Tüsche weder possels, noch Recht, und wegen des Brunnens seine Vergönstigung nicht vor sich hätte, in die Unkosten nicht condemniret worden sey, dergestalt es das Ansehen gewinnen wollen, als wenn das vorige Urthel gantz reformiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch in Ansehen des ersten grauaminis zwar Kläger sofort das petitorium angestellet, iedoch solches dermassen verwickelt, daß sowol rei vindicatio als die actio negatoria darunter verstanden werden können, zumal das petitum dabey sehr general, und indefinite eingerichtet, deswegen Beklagter wohl befugt gewesen, exceptionem possessionis priuatiuæ der Tüsche zuförderst zu opponiren, um dadurch die Sache in richtigere Ordnung zu bringen, und was in ienem zuforderst zu erweisen sey, dadurch fest zu setzen, quo facto prius de possessione, cui contra- 7
dictum, pronunciandum,

Ad L. VIII. T. V.

l. 3. C. de interd.

CARPZ. *lib. 1. resp. 71.*

WERNHER *P. VI. obs. 278.*

allermassen wenn Beklagter sich in priuatiua possessione der Tüsche befunden, und solche pro suo besessen, man sofort wahrnehmen kan, prius probandum ab actore, qui non est in 8
possessione, dominium vel quasi prædii dominantis, antequam negatoria agatur;

l. 16. et 17. D. de except.

daß aber der Beklagte zur Nothdurfft die possess bescheiniget, daraus zu ersehen, weil er anfänglich die summarische deposition zweyer Zeugen, die vorher des Appellaten Hauß besessen, vor sich hat, und obwol solche unbeeydiget sind, dennoch deren Aussage dadurch bestärcket wird, daß eines Theils in desselben 9
Hause eine Thür zur Tüsche gehet, woraus das Eigenthum des pertinentis sonsten zu præsumiren ist,

l. 91. §. 5. de leg. 3.

und er auch in seinem Hofe dazu allein, nicht aber Kläger kommen kan, andern Theils auch Appellatens Vorfahren Schräncke in dieselbe haben, und über die Helffte gebauet, welches nicht geschehen seyn würde, wenn Appellat und seine Vorfahren interstitii totius possessionem nicht gehabt, dazu er noch pro colorando possessorio, daß ihm die Tüsche mit verkaufet sey, angeführet, und ex sola tituli editione, daß er solche pro suo besessen, angezeiget, dessen Beweis noch zur Zeit unvonnöthen gewesen, diesemnach dadurch der unbeeydigten Zeugen Aussage nicht wenig bestärcket worden, obwol solche allein keine vim probandi gehabt haben würden, wie denn auch des Klägers summarische depositiones seiner Zeugen nichts widriges dagegen in sich halten. Hiernechst bey dem andern grauamine man leicht wahrnehmen können, worauf der erkante bessere Beweis gerichtet werden müssen, anerwogen Appellant in seiner Klage folgendes zum Grunde gesetzet:

Wie aber die Tüsche zur Helffte nach Klägers Hause gehöre, inmassen auch derselbe die Helffte der Dach-Renne halten müsse, und daß diese ihm zur Helffte gehörige Tüsche von aller seruitut frey sey,

Ad L. VIII. T. V.

sey, in libertate naturali seinen Grund habe ꝛc.

in welchen Worten er zwar die Negatorien-Klage hauptsächlich anstellen wolle, iedennoch weil er in possessione interstitii sich nicht befindet, noch zur Zeit dieselbe nicht zum fundament gesetzet werden können, bis er zuförderst die quæstionem præiudicialem, daß ihm 10 die Helffte der Tüsche iure dominii vel quasi zustehe, ausgemachet, und solches erwiesen,

l. 16. et 17. D. de except.

wohin man, weil Appellant dabey eine Dunckelheit affectiret, die declaration um mehrerer Sicherheit willen angehänget, zumal von der libertate naturali noch nichts gesaget werden kan, ehe und bevor nicht proprietas fundi pro dimidia ausgemachet worden, welche zwar Appellant aus der Trauf- und gemeinschafftlichen Renne darthun wollen, dennoch solche daraus erfolgte præsumtion cessiret, si con- 11 stat ab vno possideri interstitium,

MEV. *tit. l. art. 13. n. 3.*

weil man alsdann mehr vermuthen muß, daß der Nachbar die Trauf Gerechtigkeit, in alieno, iure seruitutis habe, welche Absicht zu erreichen, Beklagter nicht verdacht werden mögen, daß er bey solcher Beschaffenheit der Sachen zuförderst den statum possessionis solitariæ bey der Tüsche ausmachen wollen, damit er das angeführte dubium, dessen Appellant gleich im libell gedacht, sofort aus dem Wege räumen und zeigen könne, daß er in alleiniger possess des quæstionirten interstitii sey, da so gar dasselbe von seinen Vorfahren überbauet worden, so Appellant nicht leugnen mögen, derselbe auch aus seinem Gebäude nicht einsten einen Zugang zu demselben hat. Und so viel das grav. tertium betrifft Kläger nicht grauiret worden, daß ihm der Beweis, daß durch Anlegung des Brunnens seinem Hause Schaden geschehen sey, auferleget worden, dabey ihm frey bleibet, auf inspectionem ocularem zu prouociren, daß aber solcher Brunnen mit 12 seinem Wissen und Willen angeleget werden sollen, ex iure Lubec. lib. III. tit. 12. art. 13. nicht erhellen will, weil vom Brunnengraben daselbsten nichts gemeldet wird, dergleichen dispositiones aber billig stricte anzunehmen und nicht zu erweitern sind, wie MEVIUS selbst ad cit. art. n. 32. anzeiget, und es daher gantz allein darauf ankomt, ob durch den Brunnen an des Klägers Gebäude Schade geschehen sey, so ex inspectione oculari erhellen wird, welche zu suchen Appellanten unbenommen bleibet, woraus denn das grav. quartum von selbsten wegfällt, iedoch weil Kläger einige probabilitatem vor sich gehabt, man gemüßiget worden, die sumtus protractæ litis zu übergehen.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE APRIL. MDCCXLVII.

RESPONSVM CLXXXIX.

THEMA.

Quasi possessio iuris prohibendi quomodo constituatur?

Vid. T. IV. Resp. LXVI. Them. 6.

Ad L. IX. T. I.

Lib. IX. Tit. I. Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur.

DECISIO CXC.

THEMA.

De indole actionis quadrupedariæ.

SVMMARIA,

SVMMARIA.

Ad L. IX. T. I.

Rationes ex facto desumtæ n. 1.
Si læsus vel tertius in culpa est, cessat actio quadrupedaria n. 2.
In hanc actionem operæ, quibus læsus carituras est, veniunt n. 3.
Terminus per sententiam mutari potest n. 4.
Fundamentum huius actionis est læsio n. 5.
Defectus culpæ a reo probandus n. 6.
Exceptio a reo probanda n. 7.
Replica anticipata non est pars libelli n. 8.
Rationes decidendi rem iudicatam non operantur n. 9.
In culpa non est, qui agit, quod omnibus licet n. 10.
Actio quadrupedaria locum habet, si bestia commota feritate nocuit n. 11.
Tendit ad expensas in curationem factas n. 12.

Als die Herren uns geführte Bescheinigung und Gegenbescheinigung, wie auch darüber erfolgtes Verfahren in Sachen Vormunden B. E. E. Klägers an einem, und des Schloß-Verwalters und Pachters M. H. S. zu Stadt Ilm, Beklagten am andern Theil, in dem zurück kommenden vol. act. nebst beygefügten fasciculo etc.

Daß Kläger dasjenige, was ihm zu bescheinigen obgelegen, und er sich angemasset, nach Nothdurfft bescheiniget, dannenhero Beklagter alles Einwendens ohngehindert, der Klägerin den ihr durch seinen auf dem Ilmer Jahrmarckt feil gehabten Ochsen zugefügten erweislichen Schaden wegen ihrer Cur, Wartung, eigener Beköstigung, und inzwischen entbehrten Lohns, wenn Kläger solches vorher specifice liquidiren, und Beklagter darüber summarisch gehöret seyn wird, nebst allen verursachten Processs-Kosten nach deren vorgehender liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung zu bezahlen schuldig, mit fernerer Anforderung aber wegen der ihr dabey angefallenen epilepsia billig zu verschonen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter der geführten Bescheinigung exceptionem desertionis opponiret, weil solche binnen vier Wochen nach der dasigen Processs-Ordnung geführet werden müssen, so doch aber nicht geschehen, und ihn dagegen das fol. 47. befindliche Urthel nicht schützen möchte, als welches denen Landes-Gesetzen zuwider ertheilet. Hiernächst Beklagter vermeinen wollen, daß Kläger den Grund der Klage nicht erwiesen, so darin im libell gesetzet sey:

Daß Klägers Curandin von des Beklagten auf dem Marckte feil gehabten Ochsen, als sie bey selbigem vorüber gegangen, ohne dazu gegebene Gelegenheit, nieder getreten worden,

durch welche Worte Kläger nicht auf das factum der Beschädigung schlechterdings, sondern mit Anführung dessen qualität geklaget, dessen Bescheinigung ihm zwar auferleget, gleichwol er nichts weniger als diese Beschaffenheit bescheiniget, daß er nicht einmal einigen Articul der Bescheinigung darauf gerichtet, mithin nichts erwiesen, bevorab da Beklagter noch dazu an des Klägers Zeugen vieles auszusetzen gehabt, daß sie nicht pro omni exceptione maioribus in dem zu halten, wie p. 147. sqq. angeführet, worüber sie zeugen solten, welches eigentlich ihre Beschädigung betrifft, anerwogen der Klägerin beygemessen wird, daß sie vom Marckte nach der angegebenen Beschädigung erst nach Hammersfeld und von da nach Griesheim laut fol. 70. b. und 95. gegangen, so ein Umweg sey, sie gleichwol noch diesen Weg thun können, und dahero die Beschädigung nicht so groß gewesen seyn müsse. So dann die meisten Zeugen erst von dem aussagen, was sie an der Klägerin, die am Montag dieses Unglück gehabt, erst am Mitwochen und folgende Tage wahrgenommen, wie denn auch der Barbierer erst am Mitwochen Abend, und also laut fol. 72. sehr spät zu ihr geholet worden, welches billig gleich im Anfang geschehen und allem Uebel vorgebauet werden sollen, dahero auch erfolget seyn mag, daß der Barbierer laut fol. 72. b. am Sonnabend darauf wahrgenommen, daß sie mit der epilepsie hefftig befallen gewesen, wie denn auch der Pastor Fischer von dem Zufall mit dem Ochsen und der causa morbi nichts, sondern nur von deren Kranckheit selbsten fol. 89. und daß sie sehr elend gewesen, deponiret, so dann die andern Zeugen fol. 95. sqq. nur von ihrer Kranckheit ausgesaget, wodurch aber das thema demonstrationis nicht exhauriret worden. Da hergegen des Beklagten Zeugen so viel bescheiniget zu haben scheinen, daß Klägerin nicht ohne alle culpa sowol bey als nach der Beschädigung gewesen, und also sich selbsten solche beyzumessen habe, zumal laut fol. 115. und fol. 123. sie ohne Noth aus dem ordentlichen Wege über den Bach an dem Ort, wo der Ochse gestanden, gekommen, mit Zeugen geredet, und laut fol. 123. b. mit der Schürtze gegländert, wodurch der Ochse, weil er eine fremde Person gesehen, scheu gemachet worden, daß er mit dem Hintertheil auf die Seite getreten, die Klägerin laut f. 124. weil sie sich nicht vorgesehen, umgestossen, und auf sie herum gedammelt, worauf sie aber gleich wieder aufgestanden, und laut fol. 116. b. und f. 125. über nichts geklaget, auch Zeugen fol. 125.

Ad L. IX. T. I. 125. b. nicht wahrgenommen, daß sie Schaden bekommen, dahero auch dieselbe laut fol. 117. und f. 126. aussagen, daß niemand anders als sie Schuld daran sey, weil sie bey dem Ochsen nichts zu thun gehabt, und sie also laut fol. 126. b. dieses Unglück sich selbst zuschreiben müste. Dabey ihr noch ferner beygemessen werden wollen, daß sie nach diesem Unfall sich nicht gebührend verhalten, das fol. 130. ihr angerathene Aderlassen unterlassen, und dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn Klägerin ob culpam concurrentem kein ius agendi habe, actio etiam quadrupedaria tunc demum locum habet, si, nullius culpa, nec tertii, nec ipsius patientis accedente animal nocuit,

l. 1. §. 4. 5. 6. D. si quadrup. paup. fec. dic.

l. 2. §. 1. eod. l. 52. §. 3. ad L. Aquil.

LAUTERBACH *ad cit. si quadrup. §. 8.*

welches auch nach Sächsischen Rechten zu attendiren,

CARPZ. *in pr. crim. qu. 131. n. 26.*

da hergegen, wenn Klägerinnen dabey nichts beygemessen werden könte, es scheinen will, als wenn sie nicht allein wegen der Cur und andern Unkosten, sondern auch wegen der über diesen Unfall ihr angefallenen epilepsia schadloß gehalten werden müste, da sich solche laut fol. 75. noch pendente lite geäussert, und sie dadurch zu schwerer Arbeit untüchtig gemachet ist,

3 *arg. l. 3. in f.* ibi: *inutilis factus. si quadrup. paup. fec. dic.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch in dem fol. 48. befindlichen Urtheil eine Sächsische Frist der Bescheinigung mit klaren Worten vorgeschrieben ist, und solcher Punct rechtskräfftig worden, nach der dasigen Proceß-Ordnung aber alsdann nur mit derselben binnen vier Wochen zu verfahren, wenn schlechterdings ohne Bestimmung der Frist, auf Bescheinigung erkant worden, weil alsdann nur nöthig gewesen, die ordentliche Frist pro regula fest zu setzen, qui
4 terminus tamen per sententiam mutari potest

arg. l. 2. D. de re iudic.

und so viel das thema probandum betrifft,
5 dem Kläger nur den Grund der Klage zu beweisen auferleget worden, welcher darin bestanden, daß des Beklagten Ochse auf öffentlichen Marckte der Stadt Ilm des Klägers Curandinne beschädiget, daß es aber ohne ihr Verschulden geschehen sey, zu dem Grunde der
6 Klage eigentlich nicht, sondern ad exceptionem rei gehöret, als welcher ihr beymessen wollen, daß dieses Unglück und Schaden aus ihrer eigenen Schuld ihr zugestossen, so sie in libello zwar ablehnen wollen, doch solches eigentlich zu ihrer replic oder elisione exceptionis gehöret, wodurch sie ihre Schuld geleugnet, der Beklagte also seine exception hauptsächlich erweisen müssen. Sicuti enim actor actionem suam, ita reus exceptionem, qua
7 elidere conatur actionem, probare debet.

l. 1. D. de except. l. 9. D. de prob.

und obgleich, wenn die replic in libello anticipando angeführet ist, solche pro parte libelli secundum quid zu halten, und also solche
8 vom Kläger, wenn er will, zugleich mit in den Beweis gezogen werden kan, iedoch er solches absolute zu thun nicht schuldig ist, quia magis negationem et elisionem exceptionis continet, quæ a reo prius probanda, und nur wegen der Eydes-Delation, die iure Saxon. sehr eingeschräncket ist, hiebey einige differenz sich hervor thun soll, welches aber nicht zu extendiren

WERNHER *vol. I. P. I. obs. 351.*

in welchem Verstande auch die Jenischen rationes decidendi anzunehmen, quamuis alias
9 nequidem rem iudicatam operentur,

KRESS. *diss. de ration. decid. in f.*

wie denn auch zu dem Ende der Beklagte diese exceptionem in seiner Gegenbescheinigung auszuführen sich unternommen. Uebrigens Klägerin das thema demonstrandum nach Nothdurfft bescheiniget, da Beklagter die von seinem Ochsen der Klägerin zugefügte Beschädigung selbsten in seinen Gegenbescheinigungs-Articulis in soferne einräumen müssen, daß der Ochse sie mit dem Hintertheil umgestossen, und auf ihren Leib herum gedämmelt, daß sie aber von demselben übel zugerichtet worden, der Zeuge f. 70. categorice deponiret, die andern Zeugen auch von ihrer dahero erfolgten Kranckheit, und Cur zureichende Nachricht ertheilen, so dann die daraus erfolgte Beschädigung aus dem Wundt-Zettul, so in dem fasciculo sub ℔ fol. 2. befindlich, sowol zu ersehen, als von dem chirurgo nochmahls specifice davon f. 72. eydliche Nachricht ertheilet worden, so daß an der erfolgten Beschädigung nicht zu zweifeln, und was gegen die Zeugen eingewandt, von weniger Erheblichkeit ist, so bey Bescheinigung keine Achtung verdienet, deren Anzahl allenfalls allen Mangel, wenn einer vorhanden seyn solte, ersetzet, daraus also abzunehmen, daß Klägerin sich würcklich in die Cur geben müssen, und nicht ohne Lebens-Gefahr gewesen, bevorab da sie die epilepsia, ohne Zweifel von dem grossen Schrecken, und andern besondern Umständen, dabey bekommen, und daran einige Zeit laboriret. Uebrigens die der Beklagten beygemessene culpa unerfindlich, und in der Gegenbescheinigung nicht dargethan, angesehen daß die Klägerin auf öffentlichen

Jahr-

Jahr-Marckte auſſer Weges über den Bach geſprungen, fol. 115. art. 8. mit Zeugen gere-
10 det, und alſo an den Ort, wo des Zeugens Sohn den Ochſen gehalten, hingekommen, eine auf freyen Jahrmarckte übliche und erlaubte Sache, ja alsdann jeder Ort, wo man feil hat, ſo beſchaffen iſt, vt ibi vulgo iter fiat, weil ſonſten keine Käufer zu dem Ochſen treten dürffen, vielmehr der Ochſe dieſes vitium an ſich gehabt haben muß, daß er vor fremden Leuten ſcheu geworden, dahero teſtis fol. 116. art. 11. deponiret, daß es ihm bald auch ſo ergangen, niemand was dazu gekont hätte, ſein Zuſatz aber: daß die Klägerin nur bey ihren Schweinen bleiben können, kein ſolcher Vorwurf iſt, der ihr zur Laſt geleget werden kan, vielmehr ſich gebühret hätte, daß der Schäfer, ſo den Ochſen gehalten, die Leute gewarnet, nicht ſo nahe an denſelben zu treten, zumal er ſchon vorher auch vor Margarethen Lindinen und des Schäfers kleinen Jungen, laut des dritten Zeugen Ausſage ad art. reprob. 12. f. 123. b. ſcheu, ja hernach ſo wilde geworden, daß nach teſt. 1. ad art. reprob. 14. f. 124. ſie ſolchen vom Marckte führen müſſen, welcher caſus vornemlich ad actionem quadrupeda-
11 riam gehöret; tunc enim hæc actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta ſi equus calcitroſus calce percuſſerit, aut bos cornu petere ſolitus petierit, aut mulæ propter nimiam ferociam.

l. 1. §. 4. ſi quadrup. paup. fec. dic.

Uebrigens daß ſie bald nach dem Umſtoſſen wieder aufgeſtanden und weggegangen, den zugefügten Schaden nicht zweiffelhaftig machet, da die Folgen von ſolchem Unglück, nicht ſofort ſich öffters zeigen, wiewol ſie davon bald ſo miſerabel geweſen, daß ſie laut fol. 71. und 95. b. ad art. prob. 8. kaum gehen können, und Zeuginne ſie unterwegens führen müſſen, wie denn auch nach des reprobatorial-Zeugen Ausſage ad art. 37. f. 130. es falſch iſt, daß die Klägerin nach dem Unglück fortgelauffen, und auf Befragen geſaget: es fehle ihr nichts, da ſie ſich vielmehr nur geſcheuet, die Sache ſo anzugeben, wie ſich ſolche wegen ihrer monatlichen Zeit würcklich verhalten, und bald darauf ſich noch weiter geäuſſert, daß dahero die Beſcheinigung durch die Gegenbeſcheinigung noch ſehr erleutert, und ſo viel herausgebracht iſt, daß die Klägerin in re licita verſiret, dabey ohne alle Schuld ſey, hergegen Beklagter einen ſcheuichten, unbendigen Ochſen, den man endlich wegen ſeiner Wildheit vom Marckte führen müſſen, auf öffentlichen Marckt geführet, und die umſtehende nicht warnen laſſen, ſich vor demſelben vorzuſehen, vielmehr man hier wohl ſagen kan, quod bos contra naturam ſui generis nocuerit, und weil Beklagter denſelben comperto damno, nicht expelliret, ſondern behalten, er billig die impenſas in curationem factas operasque, 12
quibus læſa caruit, cum impenſis litis der Klägerin bezahlen muß,

l. 3. D. ſi quadr. pauper.
l. f. D. de effus. vel dei.

und ob ſonſten auch ratione operarum, quibus cariturus eſt læſus, ob id, quod inutilis factus eſt, die condemnation wohl geſchehen kan, auch erwieſen iſt, daß die Klägerin wegen dieſes Zufalls mit der epilepſie einige Zeit, und noch den 6. Iul. 1746. laut fol. 74. behafftet geweſen, dennoch nicht zu befinden, daß ſolche fernere Folgen gehabt, und ſie dadurch zu der Arbeit und Dienen incapable gemachet ſey, wie ſie denn auch nachgehends wieder gedienet, und nur ſo viel daraus folget, daß Beklagter die Cur wegen der epilepſie ebenfals bezahlen müſſe, dahero nöthig ſeyn will, daß die Klägerin denen Rechten nach eine liquidation derer Schäden und Unkoſten, wie ſie ſolche beybringen kan, ad acta übergebe, der Beklagte darüber kurtz gehöret, und darnach derſelbe auf ein gewiſſes liquidum condemniret werde, hergegen auch Klägerin zu frieden ſeyn muß, wenn ſie den erweißlich ihr zugefügten Schaden erſtattet bekommet.

Ad L. IX. T. I.

So ſind wir geſchehener maſſen zu erkennen veranlaſſet worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXLVII.

Lib. IX. Tit. II. Ad legem Aquiliam.

DECISIO CXCI.

THEMA.

De obligatione vulnerantis ad intereſſe.

SVMMARIA.

Vulneratio facti probandi eſt n. 1.
Ignorantia animum ledendi excludit n. 2.
- Bachm. Conſ. T. III. P. II.
Qui in re licita verſatur, de damno non tenetur n. 3.

Ad L. IX. T. II.

Dammum, quod in loco illicito quis sentit, sibi imputare debet n. 4.

Vulnus ei imputatur, qui in persona errauit n. 5.

Vulnerandi animus in genere sufficit n. 6.

Vulnerans læso tenetur ad sostrum et refusionem operarum, quibus caruit n. 7.

Compensatio doloris in culposa vulneratione cessat n. 8.

Als dieselbe uns angebrachte denunciation und erfolgte Untersuchung, in Sachen M. J. Denunciantinnen an einem, R. M. Denunciaten am andern Theil, in dem zurückkommenden fasciculo act. etc.

Daß Denunciat wegen der an der Denunciantinnen geschehenen Verwundung vor genugsam überwiesen zu achten, dannenhero derselbe des Medici Gebühren, Heilerlohn, und andere auf die Cur der Denunciantinnen ergangene Unkosten zu bezahlen, oder sich mit dem Medico, Chirurgo und Bader abzufinden, nicht weniger ihr wegen ihrer Versäumung überhaupt 20 Thlr. zu erlegen schuldig, er wird auch überdem wegen seiner Begönstigung mit zwölf Tage Gefängniß, oder 8 Thlr. nicht unbillig bestraffet, und zu Erstattung der Untersuchungs-Unkosten, nach deren liquidation und erfolgter Mäßigung angehalten, mit dem darneben gesuchten Schmertzen-Geld aber, gestalten Sachen und Umständen nach, billig verschonet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Denunciat seine defension, an welcher er præcludiret worden ist, ad acta nicht gebracht, doch dieses ex actis vor ihn angeführet werden möchte, daß er wegen der an seiner Schwägerin geschehenen Verwundung nicht völlig überwiesen, solche auch von ihm fol. 3. nicht eingestanden sey, angesehen 1) die meisten Zeugen nur deponiren, wie Denunciat mit dem Schüpffenstiel unter die Butten und Leute geschlagen, aber nicht gesehen haben, daß er ins besondere die Denunciantinne getroffen, und ob sie solche zwar mit blutigen Kopffe gesehen, dennoch die Verwundung wol anders woher kommen können, wie denn J. A. B. fol. 5. b. deponiret, daß, weil die J. mit unter den Förderstenen gewesen, Denunciat auch ihre Butten getroffen und etwas daran entzwey geschlagen, also es leicht geschehen seyn könte, daß der Stiehl von der Butten abgesprungen, und selbige an den Kopf getroffen hätte, er also gar keinen animum vulnerandi gehabt habe, wie dann laut fol. 13. befindlicher Aussage er hauptsächlich nach den Butten und solche entzwey geschlagen, dergestalt, mehr einer fatalität als facto illicito et delicto diese Lædirung zu zuschreiben, beyorab da 2) Denunciant nicht einmahl, nach testis Becks fol. 6. befindlicher Aussage, gewust, daß er seine Schwägerin getroffen, bis ihm Zeuge solches hernach berichtet, er dahero dieselbe zu lædiren nicht gemeinet gewesen, ja er sie gar den Tag vorher erinnert, daß sie bey Zeiten kommen solle Cosent zu holen. Ausserdem aber 3) von den Zeugen überhaupt bejahet wird, daß es insgemein im Brauhauß unordentlich hergehe, das herzudringende Volck unbändig sich aufführe, und deswegen es ofte geschehen, daß die Brauherren unter die Leute, um solche abzuhalten, schlagen müssen, wovon fol. 49. b. und 50 Nachricht ertheilet worden, woraus man also schliessen möchte, daß Denunciat in re licita damahls verfiret, weil das unbändige Zudrengen des Volcks diese Gegengewalt veranlasset, welche zu seiner und anderer defension gereichet, und er, als Brauherr, billig besorget seyn müssen, daß bey dem Cosentholen niemand Tort und Ueberlast geschehen möge. Welchem noch 4) hinzu kommt, daß die Denunciantin dabey nicht ausser aller Schuld sey, indem sie sich nicht allein ins Gedränge mit begeben, sondern auch die Leute damahlen zu einer Thür eingetrungen, wo sonsten denen, welche Cosent holen wollen, einzugehen nicht erlaubt gewesen,

depos. fol. 35. ad art. 3.

unter welchen die J. sich gleichwol mit befunden,

depos. fol. 36. ad art. 4.

mithin vornemlich ratione loci pecciret, und dadurch culpam committiret, in culpa enim est, qui in loco interdicto quid facit, vnde damnum accepit, quod sibi imputare debet.

l. 11. pr. ad L. Aquil.
c. 15. X. de homicid. volunt.

Endlich, obgleich 5) nach der geschlossenen Cur die Denunciantin sich noch schwach befunden, und zur Arbeit nach der fol. 21. gethanen Aussage untüchtig seyn soll, dennoch ungewiß bleiben möchte, ob solches von dem Schlag herrühre, da sie sonsten ungesund und von Natur unverständig seyn sollen,

depos. fol. 46.

und es noch dahin stehet, woher die erfolgten symptomata gerühret, da der Schade laut fol. 55. b. anfänglich nichts zu bedeuten gehabt haben soll, woraus denn folgen möchte, daß die Denunciantinne mit ihrem Suchen gäntzlich abzuweisen, und Denunciat mit aller Straffe zu verschonen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) an der Thätlichkeit selbst, und daß Denunciat die Denunciantinne

se

so hart am Kopf verwundet, wol kein Zweiffel übrig, da eines Theils die Zeugen anfänglich darin übereinkommen, daß jener unter die Leute unbändig mit dem Schauffenstiehl geschlagen, die Verwundung sich aber bey keiner andern als der Denunciatinne so fort befunden, und die Völckerin fol. 37. art. 9. specifice aussaget:

Sie hätte gesehen, daß M. zwey bis dreymahl eine Weibes-Person mit dem Stiel auf den Kopf geschlagen,

und ob sie gleich ad art. 13. angiebet, daß sie die Person nicht sehen oder kennen können, weil sie den Arm über den Kopf gehalten, dennoch gewiß bleibet, daß Denunciantinne und keine andere von den Schlägen verwundet worden, auch kein ander Thäter angegeben werden mögen, womit auch fol. 5. b. J. A. B. Aussage übereinkommt, welcher deponiret, daß, weil die J. mit unter den forderſten gewesen, Denunciat derselben Butten getroffen, etwas daran entzwey geschlagen, und also leicht geschehen seyn könte, daß der Stiehl von der Butten abgesprungen und selbige an den Kopf getroffen, zu mahl er solche so gleich darauf mit blutenden Kopfe wahrgenommen, und es so fort Denunciaten, daß er seine Schwägerin so hart getroffen, angezeiget; endlich sie auch fol. 20. ihre denunciation beschworen, daß an der corporis ipsius facti wol kein Zweiffel mehr übrig; zugleich aber gewiß ist, daß die Denunciantin durch solche unbändige Schläge, die bey solchem Gedränge nothwendig den gefährlichsten Theil der Menschen, nemlich den Kopf, treffen müssen, dergestalt hart getroffen sey, daß die Verwundung, des Medici und Chirurgi Bericht nach, sehr übele und gefährliche Suiten gehabt, und die Cur eine ziemliche Zeit gedauret, so daß sie im Febr. a. c. davon noch allerhand passiones empfunden, auch dergleichen Verwundung am Kopfe lange Zeit ihre Beschwerlichkeiten zu behalten pflegen. Dieserwegen ad 2) keinesweges dieses factum einer blossen fatalität zu zuschreiben, als in welches er consentiret, anbey animum in genere lædendi et vulnerandi gehabt, da er ein solches instrumentum bey den Schlägen unter die Leute gebrauchet, womit er die Butten selber entzwey geschlagen, und also wissen müssen, daß er eine grosse Verwundung zugleich mit anrichten können; ob er wol in specie seine Schwägerin zu verwunden nicht intendiret, da er solche bey dem Zudrängen wol nicht einsten wahrgenommen haben mag, diese aber, da sie unter den förderſten gewesen, durch das nachdrängende Volck in das Brauhaus an dem Aus- und Zurückweichen verhindert worden. Uebrigens ad 3) der Einwand, daß es unordentlich in dem Brauhaus her zugehen pfleget, keine Achtung verdienet, und Denunciaten als Brauherrn keine Befugniß gegeben, mit einem Schauffen-Stieht more prorsus illicito, unter die Leute zu schlagen, vielmehr, da er dieses Zudrängen vorher wohl gewust, er solches denen Burgermeistern anzeigen, und durch die Knechte, davon fol. 40. b. et 67. Nachricht befindlich, das Volck von dem Zudrängen abhalten lassen, und alles Unheil auf diese Weise verhüten sollen, er also dabey in grauissima culpa versiret, so ihn zu demjenigen, welches ihm so wol ratione satisfactionis priuatæ, als pœnæ zuerkant ist, denen Rechten nach verbindet, cum vulnerans teneatur ad medicorum et chirurgorum mercedem et expensas in curationem factas, denique etiam ad æstimationem operarum, quibus læsus caruit,

Ad L. IX. T. II.

l. 13. pr. ad L. Aquil.

l. 7. pr. D. de his, qui effud. vel dei.

pro arbitrio iudicis faciendam, wobey wir vornemlich darauf reflectiret, daß die Verwundung am 5. Iun. 1747. geschehen, und ob sie wol nachgehends curiret worden, dennoch sie nach der fol. 21. befindlichen Aussage, noch im Febr. 1748. untüchtig zur Arbeit gewesen, solches auch leicht zu glauben, dergestalt, daß, wenn der Denunciantin nur wöchentlich 12 Gr. zuerkant, und zehen Monate gerechnet werden, die zuerkante Summe wenigstens herauskommen wird, das Schmertzen-Geld aber ihr zu zuerkennen, wir bedencklich gefunden, da diese Verwundung mehr culposa als dolosa ist, die Denunciantin sich in solches unordentliche Zudrängen nicht begeben sollen, endlich das Schmertzen-Geld an und vor sich selbsten in gemeinen Rechten nicht gegründet, daher nicht zu extendiren ist. Sonsten aber Denunciantinne ad 4) dabey wohl zu excusiren stehet, daß sie zu der Thür mit eingetrungen, welche dazu nicht destiniret seyn mag, zumahl unerwiesen, daß solches schlechterdings verbothen gewesen, vielmehr das attestatum derer Bürgermeistere fol. 67. das Gegentheil, und so viel darthut, daß es keinem Brauherrn erlaubet gewesen, unter die Leute bey Abholung des Cofents zu schlagen, welches auch denen Rechten ohnedem zuwider ist. Endlich ad 5) ob gleich die Denunciantinne vorher, ihrer constitution nach, etwas ungesund gewesen seyn mag, dennoch leicht begreiflich, daß, nach des Medici Anzeige, die erfolgten symptomata allein von der Verwundung hergerühret, und also dem Denunciaten das Vorgeben, daß sie einfältig und etwas ungesund gewesen, noch weniger aber des Bader-Burschen unverständiges Schwatzen von Beschaffenheit der Wunde nicht zu statten kommen mag, da sie doch in ihrem vorigen Zustande im Stande gewesen, den Cofent in einer Butten zu holen, und ihre ordentliche Arbeit, wie Zeuge fol. 47. ad art. 12. deponiret, zu verrichten, bey solchen Umständen also Denunciaten nicht zu viel geschehen, daß er in die zuerkante Züchtigung und satisfactionem priuatam condemniret worden.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXLVIII.

Ad L. IX. T. II.

DECISIO CXCII.

THEMA.

Caupo ex insultu et vulneratione seruorum viatoribus illata tenetur, si cum prohibere potuisset, non prohibuit.

SVMMARIA.

Damnum, quod quis sua culpa sentit, vrgere nequit n. 1.

Qui non concurrit ad alterius delictum, ei hoc non imputatur n. 2.

Caupo tenetur ex damno viatoribus per seruos dato, si id prohibere neglexit n. 3.

Qui prohibere dammum potest, et tenetur, is iniuriam fecisse intelligitur n. 4.

Auf fiscalische Klage, eingebrachtes Nebensuchen und erfolgtes Verfahren in Sachen unsers Land- und Hofgerichts-Fiscalis, Klägern an einem, des Lieutenants F. Mitklägers am andern, und des Gastwirths F. Beklagten am dritten Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Carl Leopold ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß Beklagter wegen seiner Begönstigung mit vier Wochen Gefängniß, oder mit Erlegung 20 Thlr. zu bestraffen, darneben so wol dem Fiscal und Mitkläger alle verursachte Process-Kosten zu entrichten, als diesem ins besondere wegen Barbier- und Heilerlohn, auch sonsten verursachten Schaden nach deren liquidation und erfolgter leidigl[ichen] moderation Erstattung zu thun schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol der Lieutenant F. 1) selbst nach Unglück gerungen, und nicht allein in Beklagtens Wirthshause den 27. Aug. 1741. wegen einer Tobacks-Pfeiffe einen grossen Lermen angefangen, und zu den Fenrich von H. sich gesellet, sondern auch den andern Tag sich abermahl recht mit Bedacht in die compagnie, wo der Fenrich von H. gewesen, gedrungen, nach B. Haus ihn verfolget, und daselbst ein solches Lerm angefangen, daß er durch die Wache in sein quartier, in Beklagtens Haus gebracht werden müssen, welche Sache zur Untersuchung vor dem Kriegs-Recht hänget, und hie also zwar nicht her gehöret, dennoch den originem mali, und daß der Mitkläger allein daran Ursache sey, darthut, dahero auch 2) Beklagter angezeiget, daß er wegen vormahls bereits veranlasseter Unruh ihn gebeten, nicht weiter bey ihm einzukehren, so er doch im Aug. 1741, wiewol ohne sein Vorwissen, gethan, woraus denn der neue Lerm, so nach der ersten Schlägerey in B. Haus erfolget, und er von 1
da durch die Wache in Beklagtens Hauß, als seinen quartier, gebracht worden, entsprungen, daß er von des Beklagten Knecht so wol als des Fenrich von H. Diener mit Knüppeln übel zugerichtet worden, welches Unglück er sich selbsten zugezogen, und bekant ist, quod causa causæ sit etiam causa causati, et quod damnum dedisse censeatur, qui occasionem ei præbet,

l. 11. §. f. l. 57. in f. locat.

so, daß der Mitkläger auf keine privat-satisfaction wegen der empfangenen Schläge zu klagen befugt sey, am wenigsten aber der Beklagte als Wirth belanget und in Straffe genommen werden möchte, als welcher zwar 3) in der offen gestandenen Stube, bey der letzten Schlägerey in seinem Hause gewesen, gleichwol solche nicht allein nicht veranlasset, noch dazu ordre ertheilet, auch nicht einsten seiner Tochter encouragirung zum Zuschlagen gehöret, 2
welches er durch den deferirten Eyd völlig abgelehnet, also alle suspicio doli cessiret, sondern auch 4) nach der Zeugen Aussage ad int. 14. im Schlafrocke in der Stube gesessen, und seinen Unwillen darüber bezeuget, also dieses factum seines Knechts gar nicht approbiret, ihm auch 5) nicht zu rathen gewesen, sich, da er ausgezogen, und nicht im Stande gewesen, dem Mitkläger zu helffen, in die Schlägerey zu meliren und sich selbsten in Gefahr zu setzen, allermassen es 6) öfters zu geschehen pfleget, daß diejenigen, so dergleichen Schläger aus einander bringen wollen, das meiste davon bekommen, und ihre Gutherzigkeit übel belohnet wird, bevorab, da 7) der Fenrich L. dem Mitkläger zu Hülffe gekommen, des Wirths Knecht von ihm gezogen, und ihm Luft gemachet. Hierüber 8) des Beklagten Knecht vor sich diese Schlägerey angerichtet, so fort echappiret, und der Beklagte vor ihn zu respondiren nicht schuldig sey, der Mitkläger auch dabey 9) ihn erst um

Hülffe

Hülffe angeruffen, da es vorbey und also zu spät gewesen, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn Beklagter sowol von aller fiscalischen Straffe als priuat-satisfaction zu befreyen gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die ersten Schlägereyen und vorhergegangenen Zunöthigungen des Mitklägers in B. Haus vorbey gewesen, und Mitkläger zu mehrer præcaution durch die Wache in sein Quartier, das Wirths-Hauß, gebracht worden, und was dabey vor excesse passiret, in foro militari auszumachen ist, welches des Beklagten Knecht nichts angegangen, und dahero ihn nicht veranlassen mögen, daß er mit einem Knüppel den Mitkläger im Hause, als er durch die Wache dahin gebracht, mörderischer Weise empfangen, und ihn nach Maßgebung des Wundzetteis übel zugerichtet, welches Beklagter billig, so viel an ihm gewesen, verwehren, und die an dem Mitkläger verübte Thätlichkeit verhindern sollen, zumahl er ein Wirth ist, dessen Pflicht dahin gehet, daß keine Gewalt noch Schaden denen Passägirern, die bey ihm herbergen, von seinen Leuten geschehen, caupo enim præstat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponæ exercendæ causa sunt,

l. vn. §. 6. furt. adu. naut. caup. et stabul.

und wenn gleich 2) Beklagter sein Vorgeben, daß er wider seinem Willen in sein Wirthshaus wieder eingekehret, dargethan hätte, so doch nicht geschehen, ihm doch solches nicht zu statten kommen könte, da er einmahl bey ihm geherberget, und sich doch mit Gewalt nicht hinein legen können, wenn er ihn nicht aufnehmen wollen, also ex post facto wenigstens solches approbiret, und ihn als Wirth beherberget, dahero er davor responsabel seyn müssen, daß dem Mitkläger in seinem öffentlichen Wirthshause von denen Seinigen, absonderlich von seinem Knecht, dem er zu befehlen gehabt, keine Gewalt und Tort geschehe, welches er aber ad 3) so gar hindangesetzet, daß er nicht einsten conatum prohibendi angezeiget, obgleich diese attaque beym Eintritt in dem Hause bey offener Wohnstube geschehen, ja sein Knecht nach der Aussage des Zeugens ad art. 8. bis an die Stubenthür ihn verfolget, und in der Stube ihn zur Erden nieder gerissen, welches er wenigstens, durch Zuruffen und Dräuungen seines Knechts, zu verhindern, und die Gewaltthätigkeit, so viel an ihm gewesen, abkehren sollen, da er ja seinem Knecht zu gebieten gehabt, mit harten Dräuen viel ausrichten können, von seinem eigenen Knecht aber keine Gefahr zu befürchten gehabt, so, daß man wohl siehet, daß er den Mitkläger nicht retten wollen, wie er auch nicht gethan, test. ad art. 14. und dahero, nach der Aussage des Zeugen ad art. 11. als Mitkläger Beklagten um Hülffe angeruffen, dieser geantwortet: ich kan ihm nicht helffen, er solte Friede halten, und ob gleich noch zwey Officier-Diener bey der Schlägerey mit gewesen und mit zugeschlagen, dennoch des Beklagten Knecht ihn mörderlich zum ersten attaquiret, und das meiste dabey gethan, welchen er doch wenigstens abzuhalten im Stande, auch dazu verbunden gewesen, cum qui prohibere damnum potest, et tenetur, nec tamen facit, damnum et iniuriam fecisse intelligitur, *AdL. IX. T. II.* 4

l. 45. ad L. Aquil.
l. 3. de noxal. act.
l. 7. in f. qui sine manumiss. ad libert.

ille autem demum excusetur, qui non prohibet, quod prohibere non potest nec debet,

l. 169. de R. I.

welches aber auf Beklagten nicht zu appliciren, der ein Wirth gewesen, seinem Knecht zu befehlen gehabt, aber nicht einsten conatum prohibendi angezeiget, und dadurch mit Ursache an der dem Mitkläger zugefügten Gewalt und erlittenen Schaden gewesen, deswegen er billig ihm gerecht seyn, als fiscaliter gestraffet werden muß, davon ihn, daß er im Schlaf-Rocke in der Stube gesessen, und ausgezogen gewesen, nicht excusiren kan, da er auch in solchem Stande seinem Knechte zuruffen und ihm dräuen, auch denselben mit Worten zum wenigsten abhalten sollen, wenn er reelle Hülffe zu leisten nicht bestand gewesen, ohngeachtet er sich a dolo per iuramentum purgiret, und seine displicentz in der Stube über den Lerm bezeuget, als welches wol mehr aus aigreur gegen den Mitkläger als aus wahrer Absicht, das factum seines Knechts zu mißbilligen, geschehen, wie solches seine Worte: er, der Lieutenant F. solte Friede halten, er könne ihm nicht helffen, deutlich darlegen, er aber ad 5) allerdings verbunden gewesen, seinen Knecht zum wenigsten, so viel er gekont, abzuhalten, allermassen er ad 6) von demselben keine Gefahr zu befürchten gehabt, absonderlich da er in der Stuben in seiner Gegenwart den Mitkläger von neuen zur Erden gerissen, und da ad 7) der Fendrich L. bey des Beklagten gutwilligen stille Sitzen, ihn noch gerettet, er vielmehr bemühet seyn sollen, alle Gefahr, woraus leicht ein Mord entstehen können, von dem Mitkläger, so er von seinem Knechte zu befahren gehabt, abzuwenden, darneben ad 8) des Knechts Flucht ihm um desto weniger zu statten kommen mag, da ihn seine eigene dabey unterlaufene culpa condemniret, und er ad 9) auch, sine imploratione auxilii, ex officio seinen Knecht abhalten sollen und müssen, dergleichen grobe Gewalt und Thätlichkeiten gegen den Mitkläger, als einen passägier, den er beherberget, zu begehen, wodurch er sich nicht allein ex qualitate cauponis, sondern auch ins besondere ex lege Aquilia zu Ersetzung des Schadens und Unkosten in Ansehen des Mitklägers schuldig gemachet,

l. 45. de L. Aquil.

als

Ad L. IX. T. II. als auch billig in fiscalische Straffe genommen werden müssen, iedoch, daß das Artzlohn und andere angegebene Schäden auf das leidlichste bewandten Umständen nach gemäßiget werden.

So sind wir geschehener massen zu erkennen, veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE SEPTEMBR. MDCCXLIII.

DECISIO CXCIII.

THEMA.

Qui prope pascua hortos munire sepimentis neglexit, pecora ibidem deprehensa pignorare nequit.

SVMMARIA.

In possessione pignorationis esse censetur, cui pignoranti merces pignorationis soluta n. 1.

Iure Germanico pignoratio pecoris permissa n. 2.

Homines proprii ob damnum datum sine consensu domini agunt n. 3.

Pignoratio cessat, si læsus ipse in culpa fuerit n. 4.

Prope pascua hortos colere absque sepimentis permissum non est n. 5.

Acquiescentia vnius toti vniversitati non præiudicat n. 6.

Pignorans ad damnum resarciendum recte agit n. 7.

Als die Herren uns geführte Beschwerde und erfolgtes rechtliches Einbringen in Sachen derer Bauerschaften B. D. und U. in specie aber W. zu B. Imploranten an einem, und des Cammer-Herrn von N. und des Verwalters des Hauses B. Imploraten am andern Theil, in dem zurückkommenden Volum. etc.

Daß Imploraten an der bishero geschehenen Schüttung der in dem quæstionirten Garten angetroffenen Schweine zu viel und unrecht gethan, dahero sich künftig derselben in dergleichen Fällen zu enthalten, und so wol alle verursachte Schäden als Unkosten, nach deren liquidation und erfolgter Mäßigung, denen Imploranten zu erstatten schuldig, diese aber mit ihrem erst n. 6. angebrachten Gesuch, daß die Imploraten das zugemachte Land zum Garten, nach Ablauf vier Jahren zur gemeinen Weyde wieder eröffnen und frey liegen lassen müssen, woferne sie in Ruhe zu stehen nicht vermeinet, zur besondern Klage zu verweisen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Imploraten anfänglich bessere legitimation von Seiten der Imploranten erfordert und vorgestellet, daß Eigenbehörige unter denenselben vorhanden, welchen ohne consens ihrer Guths-Herren zu klagen nicht erlaubet sey; in der Hauptsache aber Imploraten behaupten wollen, daß sie mit Recht des W. Schweine geschüttet, zumahl sie den quæstionirten Garten mit einer kleinen Mauer umzogen, und es falsch sey, daß die gedachten Schweine über dieselbe in den Garten gekommen, sondern vielmehr durch R. nicht gebührlich zu gemachte Wiesen gedrungen, weshalben sich Imploranten bey erfolgter Schüttung an selbigen halten müssen, weil die geführte Mauer in gebührender Höhe aufgeführet sey, daß kein Schwein darüber kommen können; ausserdem aber sie sich auf die possessionem vel quasi zu schützen, beruffen, indem O. zu U. auf der Schwein-Brehden angetroffene Schweine geschüttet worden, und dieser das Pfand-Geld davor erleget, mithin agnosciret, daß die Schüttung rechtmäßig geschehen können, darneben Imploraten auch nicht an sich kommen lassen wollen, daß sie auf der Schweinbrehde etwas Land zu Garten gemacht, wo der Imploranten Vieh seine ungehinderte Weyde gehabt haben solle, zumahl sie sonsten nicht zugegeben haben würden, daß er an statt der Aufwürffe und Grabens den Garten mit einer Mauer umzogen, wozu selbsten einige von denen Imploranten geholffen, und also darin consentiret, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn Imploraten die Pfändungen mit Recht gethan, bevorab da sie des W. Schweine in dem quæstionirten Garten angetroffen, solche darin Schaden gethan, und dieselbe nach denen Teutschen Rechten bey solchen Umständen zu pfänden erlaubt gewesen,

STRYK

STRYK *in vsum mod. tit. ſi quadrup. pauper. ſec. dicatur* §. 15.

und ob ſie wol ad mandatum reſtituiret worden, dennoch ſolches ſaluo iure cauſæ principalis geſchehen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Imploranten eine neue Vollmacht n. act. 16. ad acta gebracht, deren ſubſcriptiones a Notario bekräfftiget worden, Imploraten auch dagegen nichts eingewandt, und wenn gleich Eigenbehörige darunter ſich befinden, und ſolche ohne Guthherrlichen conſens zu klagen nicht berechtiget ſeyn ſolten, dennoch hier eines Theils dieſelbe nicht allein, ſondern coniunctim mit denen übrigen klagen, andern Theils blos das factum pignorationis, quo communis iniuria actoribus facta, in lite iſt, in welchem Fall auch ſo gar bey denen Römern die Knechte, die doch in weit ſtrengern Eigenthum ihrer Herren, als die Eigenbehörigen in Deutſchland waren, gegen dergleichen facta ſich ſchützen und verwahren kunten,

3 §. 2. *I. de ſtipul. ſeruor.*

der Guths-Herren conſens aber ohnſtreitig alsdann nur erfordert wird, wenn die Sache vornemlich das Recht deſſelben oder des Hofes concerniret, da hergegen vornemlich hier nur wegen der Unkoſten und Schäden, ſo die Kläger durch das Schütten erlitten, zu erkennen iſt. Anerwogen die Haupt-Sache betreffend, die Frage hierin allein beſtehet, ob Imploraten mit Recht Werners Schweine, als ſie in den Garten des Hauſes Biſſendorf durchgedrungen, geſchüttet, oder ſie ſelber daran ſchuld geweſen, daß die Schweine in denſelben durchdringen können, und es alſo hier vielmehr

4 heiſſen müſſen: damnum, quod quis ſua culpa ſentit, ſentire non videtur! welches ſo wol ex verbis als factis der Imploraten zu behaupten, zumal ob ſie wol nicht zugeben wollen, daß ſie auf der Schweinbrehde etwas Saat-Land zu Garten gemachet, dennoch voritzo gleichwol derſelbe da lieget, und an der Gemeinde Weyde hergehet, ja ſie auch nicht leugnen mögen, daß ſie vor kurtzen erſt die Mauer darum gezogen, aus den gemeinen Rechten aber bekant iſt, daß, wer an dergleichen Orten Garten anleget, wo die Wende herachet, dieſelbe ſo verwahren müſſe, daß das Vieh auf der Weyde nicht hinauf kommen könne, vnde etiam regulariter in locis ad paſcua deſtinatis horti fieri non poſſunt, alioquin ſepimento claudendi ſunt

5 FRITSCH *de iure hortor.* §. 15. *ſqq.*

welches auch mit dem n. act. 16. ad acta gebrachten Protocollo de anno 1725. genau *Ad L. IX. T. II.* überein komt, ſodann Beklagte dadurch offenbar agnoſciret, daß ſie zwar den Ort mit einer geringen Mauer in etwas befeſtigen laſſen, gleichwol nach eigener Bekäntniß an des Reinerts Wieſen nicht dergeſtalt zugemachet, daß die Schweine daſelbſt nicht leicht durchdringen können, dabey es aber ein ungebührlich Begehren geweſen, zu verlangen, daß Reinert ſeine Wieſe, ihrem Garten zum Beſten, verzäunen und zumachen ſollen, worzu ja niemand verbunden iſt, welches auch Imploraten ſelbſten agnoſciret, da ſie nunmehr, nach dem n. 16. von denen Imploraten geſchehenen Angeben, die Mauer erhöhet, und den Garten nach Reinerts Wieſen ſelbſten zugemachet, welchem Imploraten nicht widerſprechen, ſondern mit der Beantwortung der letzten Schrifft zurück geblieben ſind, alſo als tacite eingeſtanden angenommen werden müſſen. Und obwol ferner dabey in Streit gezogen worden, ob und wieweit die Beklagte daſelbſten einen Garten anzulegen befugt zu achten? und ob Imploranten dadurch, daß einige unter ihnen zu Ziehung der Mauer geholffen, dieſes Garten-Recht agnoſciret? dennoch ſolches noch zur Zeit nicht principaliter allhier ausgeführet worden, ſondern beſonders zu unterſuchen iſt, nachdem blos über das ungebührliche Schütten geklaget iſt, in mehrerer Erwegung der Garten einmal daſelbſt angeleget, aber nicht gebührlich verwahret geweſen, und obwol ſonſten das gemeine Recht nicht zuläſſet, daſelbſten, wo gemeine Weyde iſt, Garten anzulegen, dennoch auf gewiſſe Weiſe und Jahre ſolches wohl zugelaſſen werden kan, worauf ſich Imploranten n. act. 16. bereits bezogen, iedoch, wofern ſie künfftig dieſerwegen Klage erheben wollen, alsdann erſt völlig zu unterſuchen iſt, zumal dieſes Vorbringen nur in der letzten Schrifft angeführet und nicht hieher gezogen iſt, welches aber zu ſpät geweſen. Endlich aber die prætendirte poſſeſſio iuris pignorandi aus dem angegebenen eintzigen facto um deſto weniger erhellet, da eines eintzigen patientia gantzen Gemeinden nicht præiudiciren, und dem Geg- 6 ner quoad ceteros, die damit nichts zu thun gehabt, eine poſſeſſion einräumen können, cum quilibet ſuo tantum iuri, non alieno renunciare queat. Dieſemnach hieraus erhellet, daß die Imploraten kein Recht zu ſchützen gehabt, und deswegen Schaden und Unkoſten 7 erſtatten müſſen.

FRITSCH *de iure hortor.* §. 36.

So ſind wir, geſchehener maſſen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOB. MDCCXLV.

Ad L. X. T. II.

Lib. X. Tit. II. Familiæ erciscundæ.

RESPONSVM CXCIV.

THEMATA.

I. Diuisio hereditatis absentibus et non citatis, quorum interest, non valet.

II. Iudex inuerso ordine in diuisione hereditatis procedens spolium committit.

III. *Nemo in eadem caussa iudex et procurator esse potest.*

IV. *Inordinatus processus per se iniuriam non infert, nisi de animo iniuriandi constet.*

SVMMARIA.

Diuisionem quilibet coheredum vrgere potest n. 1.
Diuisio vix sine venditione fieri potest n. 2.
Diuisio ab arbitrio iudicis pendet n. 3.
Pendente diuisione hereditatis subhastationem nemo coheredum impedire potest n. 4.
Diuisio non nisi citatis, quorum interest, fit n. 5.
Citatio eius, cuius interest, in nullo actu omittenda n. 6.
Diuisio ante apertas tabulas non fit n. 7.
Executio iniuriam non inuoluit n. 8.
Pro magistratu fortissima militat præsumtio n. 9.
Spolium committit iudex, qui inverso ordine procedit n. 10.
Contra excessum executionis appellari potest n. 11.
Executio non nisi contra contumacem fit n. 12.
Ad diuisionem non sufficit, aliquem coheredem esse, nisi de quota parte hereditaria constet n. 13.
Iudex non potest simul aduocatus vel procurator esse n. 14.
Potentiores non possunt esse aduocati n. 15.
Magistratus de facto procedens iniuriarum tenetur n. 16.
Magistratus factum regulariter ad iniuriarum actionem non pertinet n. 17.
Excessus officialium magistratui imputari nequit n. 18.

Als der Herr uns eine facti speciem nebst fünf Fragen zugeschicket: Ist zu Anfang dieses 1733. Jahrs die Cammerräthin von F. gebohrene von St. verstorben, und hat unter andern Immobil-Güthern in der Grafschafft O. auch ein Land-Guth H. genant hinterlassen, welches sie schon länger als ein Jahr vor ihrem Tode gemeinschafftlich mit ihres Brudern Frau vermöge des Contracts sub ⊙ bewohnet, anbey ein Testament, welches auf ihres schon längst verstorbenen Ehemanns Testament sich gründet, gemachet, vermöge deren die Güther theils des seligen Mannes Bluts-Freunden, theils ihren selbst eigenen beyden Brüdern heimfallen solten. Sind nun, ohngeachtet beyde testamenta noch nicht ordentlich publiciret, den 14. Iun. a.c. von Königl. O. Regierung Namens der F. Erben proclamata zur Verkaufung verschiedener Mobilien von denen Cantzlen abgelesen, ohne daß der defunctæ Bruder, der Herr Etats-Rath von St. darum befraget, noch zu Rathe gezogen worden, dahero derselbe dagegen Vorstellung den 17. Iun. gethan, dem ohngeachtet ein Decret ertheilet, daß mit Vorbehalt des Supplicanten Rechts mit der Verkauffung verfahren werden solle, welches erst wenig Stunden vor der angesetzten Verkauffung auf den 22. Iun. an das Licht getreten, den 24. Iun. aber dem Herrn Etats-Rath von St. insinuiret worden. Hat aber an eben diesem Tage zwischen 8. und 9. Uhr der Cantzley-Bothe mit des Herrn Etats-Raths Brudern Sohn und einem Soldaten mit Unter- und Ober-Montirung auf dem Guth H. sich eingefunden, und weil der Herr Etats-Rath von St. nicht gegenwärtig gewesen, dessen daselbsten sich befindenden Frauen ein Decret insinuiret,

sinuiret, vermöge dessen anbefohlen worden, die zur F. Erbschafft daselbst befindliche Mobilien dem gedachten Gerichts-Bothen ohnweigerlich, weil solche mit verkaufft werden sollen, abfolgen zu lassen, woranf sogleich die vorgedachten drey Personen ins Haus gefallen, und die gedachten Meublen, auch so gar diejenigen, so des Herrn Etats-Raths von St. Frau, genommener Abrede nach, mit der defuncta zum gemeinen Gebrauch gehabt, weg- und mit sich genommen, nicht weniger die vor den Wagen gespannete Pferde wieder abgespannet, und ins Feld lauffen lassen, da doch dem Herrn Etats-Rath vorher kein münd- oder schrifftlicher Befehl dieserwegen zugekommen, weswegen er sich gemüßiget befunden, von diesem procedere ad superius iudicium zu appelliren, und da auch solche verworffen ist, a reiecta die prouocation zu interponiren, hiebey aber belehret seyn will:

Quæstio I.

Ob der gantze modus procedendi in dieser Erbschaffts-Sache überhaupt denen Rechten gemäß sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, so viel die erste Frage betrifft, eingewandt werden möchte, daß 1) ohnstreitig sey, daß mehr F. Erben, als der Herr Etats-Rath von St. vorhanden, und dessen consens zur Theilung nicht nöthig gewesen, cum
1 etiam quidam inter plures coheredes ad diuisionem prouocare queant,

l. 2. §. 4. l. 43. famil. herciſc.

und weil 2) die Theilung nicht wohl ohne Verkauffung der Meublen geschehen mögen, auch zuförderst Geld zu Bezahlung der Schulden aus denen Meublen gelöset werden müssen, die Königliche Regierung ad instantiam quorundam billig besorget gewesen, daß solche pu-
2 blica autoritate bey Zeiten vorgenommen werde, bevorab da 3) solches mit Vorbehalt des Herrn von St. Rechts geschehen, auch einem
3 iudici billig das arbitrium zukomt, wie am besten ohne grosse Weitläufftigkeit und unnöthige Schwürigkeiten die Theilung, und was dahin gehöret, vorgenommen werde

l. 4. 5. l. 22 §. 1. de offic. iud.

4 quorsum etiam subhastatio rerum hereditariarum pertinet, quam neuter coheredum sua contradictione impedire potest.

LEYSER *in medit. ad Pand. spec. 115. n. 8. et 9.*

Dieserwegen denn auch 4) die Meublen von dem Guth H. als welche mit zu der Erbschafft gehöret, auf gerichtliche Ordre wohl abgeho-

let, und, non obstante contradictione ver- *Ad L. X.*
kauffet werden können, als welches der Erb- *T. II.*
schafft zum Besten geschehen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) die prouocatio ad diuisionem zwar auch von einigen von denen Erben geschehen mag,

l. 43. D. famil. herc.

jedoch nöthig ist, daß solches legaliter und mediante libello et citatis coheredibus geschehe, zumal ohne diese subkantial-Stücke kein iudicium verstanden werden mag, quin 5
potius ad omnem actum citandi, quorum interest, et qui ius contradicendi habent,

l. 39. de adopt.

l. 13. l. 29. in f. de minor.

l. 47. pr. de re iudic.

dieserwegen da man 2) den Herrn Etats-Rath 6
von St. als unstreitigen Mit-Erben agnosciret, derselbe billig vorher ad actum subhastationis mit citiret, und ihm davon Nachricht ertheilet werden müssen, da er ja indubie mit dabey interessiret ist, und 3) die Meublen, als Haus-Geräthe, Betten, Linnen, Stühle, Tische, Silber und andere dergleichen Stücke, die der Gegentheil angegeben, keine solche Sachen sind, quæ seruando seruari non possunt, et præcipitanter vendi debuissent, dem ohngeachtet man doch 4) den öffentlichen Verkauf per proclamata von denen Cantzeln abgelesen, ehe der Herr Etats-Rath von St. davon Nachricht erhalten, und ihm die prouocatio ad diuidendum communiciret, ja ehe noch 5) die beyden testamenta, der seligen Frau von F. und ihres Ehe-Herrn publiciret worden, so doch nothwendig geschehen müssen, wie die Rechte erfordern,

l. 1. C. quemad. testam. aper. 7

zumal man ohne dasselbe die Haupt-Interessenten, und welche ein ius prouocandi ad diuisionem vel contradicendi haben, nicht erkennen kan, so doch alles hier unterlassen, und die venditio publica übereilig angestellet, noch mehr aber 6) die Abholung derer Meublen von dem Guthe H. sehr inordinate vorgenommen ist, dazu dem Herrn Etats-Rath von St. vorher doch ein mandatum oder monitorium die Auslieferung intra certum terminum zu thun, ertheilet, nicht aber ab executione der Anfang gemachet werden müssen, als welche erst in casu contumaciæ, wenn er solche in termino nicht geliefert, geschehen können, auch davor nicht angesehen werden mag, daß auf Priuat-Begehren derer coheredum er diese Meublen von dem Guthe nicht abfolgen lassen wollen, als welches er, da sie nichts zu befehlen gehabt, zu thun nicht schuldig gewesen.

So erhellet hieraus so viel, daß das gantze

Ad L. X. t. II. Verfahren, so wie es in facti specie angegeben, denen Rechten nicht gemäß sey.

Die andere Frage betreffend:

Quæstio II.

Ob nicht dasjenige, was am 24. Jun. als am S. Iohannis Tage unter der Predigt auf dem Guthe H. vorgenommen, ein in Rechten qualificirtes spolium zu nennen, und was er in solchem Fall zu suchen befugt sey?

Rationes dubitandi.

Obwol bekanten Rechtens, quod executio iuris non habeat iniuriam, 8

l. 13. §. 1. l. 31. D. de iniur.

auch daher alle præsumtio pro magistratu militiret, quod legaliter egerit, 9

c. 6. X. de renunc. c. 16. in f. de sentent. et interloc.

übrigens, wenn der Gerichts-Diener, so zu Abholung der Meublen beordert gewesen, den modum mandato præscriptum überschritten, solches der Königlichen Regierung nicht beyzumessen ist, deswegen dieselbe dem Herrn Etats-Rath von St. in dem decreto von 6. Iul. 1733. ihm quæ nis competentia gegen diejenige, so sich bey der Abholung derer Meublen vergangen, vorbehalten, bevorab da solche ohne allen Widerspruch des Herrn Etats-Rath von St. inuentiret sind, und also mit zur Erbschafft gehöret.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch alle præsumtio pro magistratu wegfällt, wenn das Gegentheil beygebracht, und dann aus der vorigen Frage erhellet, daß weder publicatio testamenti vorgenommen, noch mit der subhastation legaliter verfahren, sondern inuerso iuris ordine procediret worden, ins besondere aber es nöthig gewesen, daß vor angelegter execution mit einem Soldaten und Gerichts-Diener dem Herrn Etats-Rath von St. die Ausantwortung der Meublen intra terminum anbefohlen, und nicht zugleich mandatum und ipsa executio vorgenommen wäre, wodurch in sensu iuris canonici ein wahres spolium committiret worden, cum iudex, qui de facto et inverso iuris ordine procedit, spoliare dicatur 10

c. 7. X. de restit. spoliat.

RANCELLOTT. *de attent. lib. 3. c. 31.*

adeoque etiam, si in modo executionis peccetur, iuste appellari possit 11

c. 15. in f. de sent. et interloc.

l. 5. C. quor. appell. non recip.

auch dabey keine Entschuldigung machet, daß die Meublen ohne contradiction des Herrn Etats-Raths von St. inuentiret sind, da nichts destoweniger es wahr bleibet, daß vno momento nicht sogleich ein Befehl ergehen und die execution angeleget werden kan, cum demum executio contra contumacem fiat, et nulla executio facienda iuris ordine præter- 12
misso,

l. 58. de re iudic.

l. 1. C. de execut. rei iud.

bevorab da keine Nothwendigkeit vorhanden gewesen, die ausgebethene subhastation ihm vorher kund gethan, und ihm dabey anbefohlen werden müssen, die inuentirte Meublen ad terminum subhastationi præfixum auszuliefern, und da solches alles unterlassen, die restitutio ex capite spolii gegründet ist, als welche er in Beschluß, auch dessen Frau guten Theils in gemeinschafftlichen Gebrauch nach dem Pacht-Contract gehabt.

So ist das angegebene factum bey der execution vor ein spolium zu halten, und der Herr Etats-Rath von St. ex capite spolii zu klagen wohl befugt.

Die dritte Frage anlangend:

Quæstio III.

Ob die, in dem decreto lit. E angeführte Ursachen, warum des Herrn Etats-Raths ungenante Gegnere ohne legitimation angenommen worden, in eben dem decreto sich zu legitimiren denselben auferleget werden können?

Rationes dubitandi.

Obwol in dem decreto von 6. Iul. 1733. angeführet ist, daß die F. Erben dem Herrn von St. bey der Versiegelung und Inuentur schon bekant worden, diese auch die Verganttung der Erbschaffts-Meublen aus verschiedenen Ursachen, zum Besten der Erbschafft, gesuchet und erhalten, auch ihn vor einen Mit-Erben in genere passiren lassen, nöthig aber seyn möchte, daß, wie weit er Mit-Erbe und zu denen Vergantungs-Geldern befugt sey, er sich gehörig legitimiren müsse, als wovon die gantze ratio diuisionis dependiret.

Rationes

Rationes decidendi.

13 Weil aber dennoch aus denen angeführten Ursachen nichts weiter erhellet, als daß allerseits Interessenten, so die Versiegelung und Inventur besorget, coheredes sind, gleichwol wie weit und nach welchem principio sie coheredes sind, ob beyde, oder nur ein Testament, und welches zum Grunde zu legen, annoch nicht erfindlich ist, dazu nöthig gewesen wäre, daß beyde testamenta vorher publiciret, und denen angegebenen F. Erben nicht verstattet worden wäre, ante specialem legitimationem etwas vorzunehmen, absonderlich aber nicht wohl zu connectiren ist, daß in decreto dicto dem Herrn Etats-Rath von St. die Versicherung gegeben, daß die andern ihn pro coherede agnosciret, und ihm dennoch, sich fordersamst, welcher gestalt er ferner als Mit-Erbe angesehen seyn wolle, zu legitimiren auferleget worden, da doch von dessen coheredibus dergleichen legitimatio weder gefordert, noch solche ihnen angemuthet worden, cum tamen quod vni iustum, alteri quoque iustum esse debeat, und die legitimatio ad causam eine solche Sache ist, die auch ein iudex ex officio, nemine instante, und zwar nicht einem allein, sondern allen und jeden Interessenten auflegen, vor dessen Berichtigung aber keine execution und dergleichen Anordnung vornehmen muß.

So hat man die Gegner ohne legitimation nicht annehmen, dem Herrn Etats-Rath von St. aber allein die legitimation auflegen können.

Die letzte Frage betreffend:

Quæstio IV.

Ob es einem membro regiminis, so in dieser Erbschafft-Sache weder Erbe, noch legatarius, noch creditor ist, in Rechten erlaubet sey, sich von einem der Mit-Erben bevollmächtigen zu lassen, und für denselben bey Königlicher Regierung gegen denselben Procels zu führen?

Rationes dubitandi.

Obwol einem membro regiminis, wenn es sich des voti in causæ cognitione enthält, unverwehret seyn möchte, sich als procuratorem bevollmächtigen zu lassen, und seines Principalen Interesse bey der Regierung zu prosiciren, zumal obgleich einer nicht zugleich iudex und procurator absentis seyn kan, dennoch wenn er sich der cognition enthält, er nicht mehr pro iudice gehalten wird. *Ad L. X. T. II.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die Rechte heilsamlich verordnet, ne quis audeat in vno eodemque tempore tam aduocatione vti, quam consiliarii cuiuscunque magistratus, quibus respubl. gerenda committitur, curam arripere, 14

l. 14. C. de adsessor et domest.

l. 6. pr. C. de postul.

welches noch mehr auf Procuratores zu appliciren, als welche bekanter massen einen absentem vertreten, und dessen Person repræsentiren, dergestalt, daß es gehalten werden muß, als wenn der Principal selber gegenwärtig wäre, auf solche Weise aber iudex et pars einerley seyn würde, und wenn er sich gleich der cauſæ cognition in causa, in qua est procurator, enthalten solte, (wie billig auch hier zu glauben,) dennoch bekant ist, was ein membrum regiminis dabey dennoch vor eine grosse influens und Gewichte behält, qua de causa etiam ob potentiorum patrocinium aduocare prohibitum,

l. vn. C. ne lic. potent. 15

so keinesweges zu verstatten.

So halten wir davor, daß kein membrum regiminis sich dergestalt bevollmächtigen zu lassen befugt sey.

INSERAT.

Wird ferner gefraget:

Was der Herr Etats-Rath von St. der durch solches procedere, zugefügten Schmach und prostitution, auch dessen Frauen eingejagten Schrecken halber für satisfaction und gegen wen fordern könne?

so erkennen wir vor Recht:

Rationes dubitandi.

Obwol bey der andern Frage dargethan ist, daß allhier durch die præpostera executionem ein würckliches spolium geschehen, und der modus exequendi dergestalt beschaffen sey, daß daraus animus iniuriandi colligiret werden möchte, zumal nicht allein bekanten Rechtens, quod magistratus de facto procedens iniuriarum teneatur, 16

l. 32. D. de iniur.

STRYK *de fact. iudic. de fact. c. 2. n. 84.*

Ad L. X. T. II. sondern auch der animus iniuriandi allhier vorhanden seyn möchte, da die Königliche Regierung den Gerichts Diener mit einem Soldaten, ohne alles monitorium auf einen Feyertag unter der Predigt abgeschicket, und sofort alle zur Erbschafft gehörige Meublen von dem Guthe M. mit nicht geringer prostitution des Herrn Etats-Raths von St. abholen lassen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch eines Theils in genere bekant ist, quod quæ iure potestatis a ma-
17 gistratu fiunt, ad iniuriarum actionem non pertineant,

l. 13. §. 6. D. de iniur.

et is, qui iure publico vtitur, non videatur iniuriæ faciendæ causa hoc facere

l. 13. §. 1. D. eod.

diesemnach der animus iniuriandi hier nicht so wol, als eine Uebereilung, anzutreffen; andern Theils das decretum sub C ausweiset, daß der Cantzley-Bothe beordert gewesen, mit dem Bevollmächtigten der übrigen coheredum die Erbschaffts-Meublen abzuholen, nicht aber dergleichen Gewalt, wie gemeldet wird, auszuüben, daher allenfalls, wenn der abgeschick-
18 te Bevollmächtigte nebst dem Cantzley-Bothen excediret haben solte, dieser wegen des angethanen Schimpfs in gehörige Ahndung zu nehmen seyn würde, so auch dem Herrn Etats-Rath von St. reseruiret ist,

So mag zwar die Königliche Regierung dieserwegen iniuriarum nomine in Anspruch nicht genommen, wohl aber gegen die executores gehörige Ahndung gesuchet werden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE DEC. MDCCXXXIII.

DECISIO CXCV.

THEMA.

Diuisio hereditatis secundum inuentarium iudiciale facta non facile retractanda.

SVMMARIA.

Instrumentum notarii requirit inuocationem nominis diuini, consulem et diem n. 1.
Subscriptio ad dolosas persuasiones facta non nocet n. 2.
Si solennia in instrumento notarii omissa, omnis præsumtio pro hoc militans corruit n. 3.
Diuisio perperam facta reparanda n. 4.
Inuentarium iudicialiter confectum pro se præsumtionem solennitatis habet n. 5.
Ex eo executiue agi potest n. 6.
Subscriptio tollit defectus, ex quibus antea instrumentum impugnatum n. 7.
Confectio inuentarii hodie certo tempore inclusa non est n. 8.
Contra instrumentum liquidum exceptiones altioris indaginis non admittuntur n. 9.
Dolus ex subscriptione, lapsu quinquennii confirmata, vix præsumitur n. 10.
Contra diuisionem mediante æstimatione factam non alia læsio, quam quæ est vltra dimidium, admittitur n. 11.

Auf gesuchte restitution in integrum und erfolgte Gesetze in Sachen L. C.M. Appellanten, modo Impetranten an einem, und die Vormündere des verstorbenen L.M. hinterlassenen Kinder letzterer Ehe, Appellaten, modo Impetraten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Carl Leopold, Hertzog zu Mecklenburg ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der gesuchten restitution ohngehindert bey dem n. act. 12. befindlichen, und den 10. Febr. 1739. eröffneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Impetrant, daß, 1) da das Verfahren in prima instantia cassiret, und die decreta primæ instantiæ wieder aufgehoben worden, er zu demjenigen, was sie im Munde führen, nicht condemniret werden können, vermeinen will, zumal ihm eben in denen Decretis die Bezahlung des quæstionirten Capitals der 2822. Thlr. 21. Gr. per mandatum S.C. auferleget worden, und dieses sein grösestes grauamen, weswegen er appelliret, gewesen, und dennoch diesem ohngeachtet, er condemniret worden, welches ohne Widerspruch nicht zu concipiren sey, sonsten aber

2) dar-

2) darneben anführet, daß das inuentarium über seines seligen Vaters Verlassenschafft, woraus diese Schuld herrühren solle, gantz 1 unrichtig und nichtig, und dahero dessen Unterschrifft so wenig als das protocollum von 3. Iul. 1729. ihn verbinden könne, nachdem bey dem inuentario keine inuocatio nominis diuini, und keine data anzutreffen, sechs Blätter daraus geschnitten worden, und da es an. 1729. angefangen, erst anno 1734. geendiget worden, welches defectus essentiales wären, weswegen der Inuentirungs-actus nicht bestehen möchte, ausserdem aber 3) mit dem inuentario nicht nach Vorschrifft des väterlichen Testaments verfahren worden, und andere, als der Vater verordnet, dazu gezogen sind, darneben er 4) in subscribendo geirret, er damahls noch minderjährig gewesen, keinen Assistenten gehabt, und, quia non consentit, qui errat, daran nicht gebunden sey, bevorab da er bey taxirung der Waaren so sehr übersetzet worden, und die Reste und verlegene Waaren ihm vor gute Waaren zugeschlagen, welche billig in geringern Preiß zu setzen gewesen, wie aus der Beylage sub B n. act. 24. klar erhelle, er auch vielfältig der Tax contradiciret, wie das documentum sub A n. act. 24. bezeuge, am allerwenigsten aber 5) er aus dem Protocoll vom 3. Iul. 1729. vinculiret werden könne, weil eines Theils damahls das inuentarium noch nicht einsten fertig und zum Stande gebracht gewesen, und man also 2 daraus schliessen könne, daß er per fraudulentas persuasiones dazu gebracht seyn müsse, andern Theils man ihm das inuentarium in das 5te Jahr vorenthalten, und cachiret, woraus præsumtio doli erwächset, qui nemini prodesse debeat, welcher darneben 6) auch bey der Unterschrifft gegen ihn gebrauchet sey, nachdem er 16. Wochen vorher kranck gewesen, und sich noch nicht völlig recolligiret, von welchem man profitiret, inzwischen er sich doch der Unterschrifft widersetzet, und angezeiget, wie die Waaren ihm zu hoch angeschlagen, dem ohngeachtet die Herren des Raths zu Bützow ihn mit allerhand guten Worten zu der Unterschrifft persuadiret, weswegen er, solches zu erweisen, articulos probatoriales sub lit. A n. act. 15. übergeben, so daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn zuförderst über diesen Incident-Punct zu erkennen sey, noch zur Zeit aber 7) in dem inuentario und dem protocollo vom 3. Iul. 1729. das fundamentum condemnationis nicht gesetzet werden könne, gegen welche beyde Stücke seine exceptiones admittiret und nicht verworfen werden sollen, vielmehr die Sache, wie es unter Kaufleuten vsuel, und wovon er den Plan sub B n. act. 15. ad acta gegeben, hätte applaniret werden sollen, wornach er zu liquidiren bereit und willig sey, zumal man hier 8) in keinem processu executiuo versire, mithin seine opponirte exceptiones nicht verworfen werden mögen, nachdem hier kein instrumentum publicum oder liquidum vorhanden, das *Ad L. X. T. II.* inuentarium von dem Stadt-Secretario, qua notario, gemachet sey, und er dahero schuldig gewesen, alle solennia dabey zu obseruiren, alioquin nulla præsumtio pro eius instru- 3 mento militat,

MEV. *P. VII. decis. 50. n. 3.*

dabey auch 9) nicht anzusehen, daß die Herren des Raths dabey gewesen, als welche nicht autoritate iudiciali, sondern als Zeugen dabey adhibiret worden, auch hier 10) kein geminatus consensus anzutreffen, als welches vielmehr ein error continuatus sey, ja da 11) der dolus vorhanden, keine læsio vltra dimidium bey der Tax der Waaren erfordert werde, cum sufficiat, quod perperam in ipsa diuisione et æstimatione processerint taxa- 4 tores

l. 3. C. comm. vtr. iudic.

und dahero, so lange keine rechte massa bonorum vorhanden, auch die Theilung nicht richtig seyn könne, so daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urthel zu reformiren gewesen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Impetrant laut protocolli von 3. Iul. 1729. in actis prim. instant. und zwar vier Monathe nach absoluirter taxirung sich dahin erkläret, daß er seinen Mit-Erben ihren Antheil auf vier Termine bezahlen wolle, er auch damahls mit dem inuentario wohl zufrieden gewesen, nach welchem er die Waaren angenommen, und deren Tax, so wie er von peritis gesetzet, in das inuentarium bringen lassen, darneben, ob er wol bisweilen bey derselben contradiciret haben 5 mag, dennoch entweder von der contradictione abgestanden, oder man auf seinen Widerspruch vermuthlich reflectiret, also es billig bey demselben bleiben muß, da es iudicialiter, wie der introitus weiset, errichtet, und die præsumtionem, omnia legitime esse acta, vor sich hat, darneben nach fünf Jahren, und also post diuturnum interuallum dasselbe unterschrieben, und also, weil daraus ein debitum liquidum erwächset, allerdings executi- 6 ve auf die Bezahlung geklaget werden können, wogegen dann die rationes dubitandi nichts verfangen mögen, angesehen ad 1) das Verfahren per mandata S. C. ohne vorher anzustellende recognition, nur improbiret, bevorab da impetrant die existentiam des protocolli von 3. Iul. 1729. geleugnet, und das inuentarium aus vielen defectibus impugniret, welche allenfalls durch seine Unterschrifft wegfallen müssen, cum subscriptus omnia contenta instrumenti ratihabere censeatur, ausserdem ad 2) die angegebene defectus unerfindlich, weil das inuentarium gerichtlich 7 gemachet, und dabey keine inuocatio nomi-

nis

Ad L. X. F. II.

nis diuini nothwendig, ja nicht einsten in instrumentis Notariorum absolute erfordert wird, darneben die nöthigen data nicht vergessen, die Theilung nach dem gemachten Preiß der Waaren und Güther geschehen, und weil das inuentarium nicht völlig in anno 1729. zu Stande kommen können, solches den 21. Febr. 1734. absoluiret, auch sub eodem dato angezeiget ist, warum die sechs Blätter heraus geschnitten worden, welches mit aller 8 Zufriedenheit geschehen, man auch heutiges Tages bey denen inuentariis so genau an die Zeit nicht gebunden, und nur die actiua noch darin gebracht worden, worauf es doch voritzo nicht ankommet, sondern die Vormünder derer Impetraten, den einmal beliebten Preiß und das daraus gemachte liquidum prætendiren, so bereits, ehe man in anno 1729. abgebrochen, berichtiget, und auf 7001. Rthl. 39. Schilling 6. Pf. ohne Abzug der passiuorum, gesetzet, und darnach die Eintheilung verrichtet worden, so daß Impetrant unbefugter Weise nunmehr solches vor eine Scarteque halten will, so er geminata fide agnosciret, auch ad 3) nicht hindert, daß Herr Lexo nach dem väterlichen Testament nicht dazu adhibiret worden, weil derselbe dabey zu seyn nicht gewolt, und bey Impetranten es gelegen, gegen andere zu protestiren, wenn er durch dieselbe die Tax nicht verrichten lassen wollen, sodann ad 4) der angegebene error mit nichts dargethan, er ein Kauffmann gewesen, und die Tax verstanden haben muß, dem kein præsidium ætatis zu statten kommt, wiewol den 3. Iul. 1729. da er das inuentarium gerichtlich agnosciret, und anno 1734. da er unterschrieben, er bereits maiorenn gewesen, wie das atteſtatum n. act. 18. darleget, und nunmehr zu spät ist, den gesetzten und angenommenen Preiß zu impugniren, da es geständiger massen keine læsion vltra dimidium ausmachet, und obwol ad 5) den 3. Iul. 1729. das inuentarium quoad actiua noch nicht absoluiret gewesen, dennoch alles bereits ad taxam gebracht, daß die Theilung saluis actiuis adhuc exigendis, davon wohl vorgenommen werden, und er sich zu der Bezahlung des Waaren-Lagers engagiren mögen, als dessen Preiß ihm ebenfalls gnugsam bekant seyn müssen, auch keine fraudulenta persuasio daraus zu schliessen, zumal diese Handlung gerichtlich geschehen, sich auch nirgend findet, daß vor ihm das inuentarium cachiret worden, dazu er auch allenfalls leicht gelangen können, wenn man es ihm vorenthalten. Ferner ad 6) ein neuer Betrug bey der Unterschrifft des inuentarii aus seiner vorher ausgestandenen Kranckheit ohne allen Grund gezogen wird, zu dessen Haltung er ohnedem nach dem Protocollo vom 3. Iul. 1729. verbunden gewesen, und dergleichen altioris indaginis exceptiones in liquidis nicht zugelassen, noch weniger 9
in restitutionis remedio ein neuer Beweis, welchen Impetrant zu führen intendiret, verstattet wird,

Mecklenburgische Land- und Hof-Gerichts-Ordnung P. II. tit. 36. §. 3.

sondern alle causales aus denen vorigen acten iustificiret werden müssen, wie denn auch ad 7) die exceptiones billig verworfen werden müssen, da sie altioris indaginis gewesen, und finito atque absoluto negotio nicht erlaubet ist, einen neuen Plan zum Verkauf vorzulegen, sondern bey ihm als einem Kaufmann es heisset: cautius mercari discas, wiewol da er vier Monat nach dem Verkauff und Annehmung des Waaren-Lagers, die geschehene taxirung gerichtlich agnosciret, und nach fünf Jahren das inuentarium, da er bereits 30. 10
Jahr alt gewesen, unterschrieben, kein vernünfftiger Mensch einen dolum præsumiren kan, noch solcher aus denen angegebenen datis nicht einsten zu schliessen, ausserdem ad 8) man hier allerdings in processu executiuo versiret, und daß das inuentarium gerichtlich gemachet sey, aus dessen verbis procemialibus zu schliessen, wiewol auch, da er solches unterschrieben, nunmehro, wenn auch defectus vorhanden, solches agnosciren muß, wie denn ad 9) offenbar falsch ist, daß die Herren des Raths nicht qua iudices, sondern qua testes dabey gewesen, und der Secretarius, qua Notarius, dazu requiriret worden, dessen Gegentheil die in anno 1734. geschehene Unterschrifft bezeuget, und ad 10) der geminatus consensus sehr vieles hiebey contribuiret. Endlich ad 11) wenn Impetrant ex capite læsionis dieses negotium impugniren wolte, er, da er in pretio lædiret seyn will, læsionem vltra dimidium anzeigen muß,

l. 1. C. comm. vtriusque iudic. 11

darauf er doch sich selber nicht gründet, übrigens, da die Sache unter Brüdern ist, man die Unkosten zu übergehen bewogen ist.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOV. MDCCXLII.

RESPONSVM

RESPONSVM CXCVI.

Ad L. X. T. II.

THEMA.

De diuisione bonorum inter liberos dissortes suscipienda.

SVMMARIA.

Status causæ refertur n. 1.
Collatio fit secundum annotationem parentum n. 2.
Testes non iurati haud probant n. 3.
Inuentarium omittens dolo facere videtur n. 4.
Iure germanico liberis separatam œconomiam instituentibus materna sunt restituenda n. 5.
Superstite ad secunda vota transeunte bona sunt diuidenda n. 6.
Obseruantia erronea non valet n. 7.
Vidua iuramentum manifestationis ante diuisionem præstare tenetur n. 8. 20.
Impensæ funeris æs alienum dotis sunt n. 9.
Quid si diuisio cum liberis prioris matrimonii omissa? n. 10.
Annotatio parentum solam præsumtionem de bonis conferendis infert n. 11.
Soluens de suo soluisse censetur n. 12.
Negantis non est probatio n. 13.
Specificatio hodie est loco inuentarii n. 14.
Attestato iudicis de obseruantia in dubio standum n. 15.
Alicubi vsusfructus transitu ad secunda vota non finitur n. 16.
Regulariter finitur per separatam œconomiam n. 17.
Soli iudici de consuetudine attestanti non credendum n. 18.
Obseruantia interpretatiua facilius probari potest quam dispositiua n. 19.
Vsusfructus superstitis est magis communionis effectus n. 21.

Als die Herren uns übergebene liquidationes und erfolgtes Verfahren in Sachen des Burgermeister G. an einem, der S. Witwen am andern, und der B. modo A. am dritten Theil, allerseits liquidanten und liquidaten zugeschicket ꝛc.

Daß nach Maasgebung des n. act. 72. befindlichen decreti von 15. Febr. a. c. der sub n. 67. übergebene Entwurf, so weit derselbe in den nachhero specificirten Posten nicht geändert, oder noch zu einem Beweis ausgesetzet, nunmehro zum Grunde, sowol des status der Güther erster als anderer Ehe zu legen, und darnach die künfftige Theilung, wenn die desideritten probanda zuförderst zur Richtigkeit gebracht, einzurichten, dem zufolge denn die conferenda des Burgermeister G. nach der annotatione paterna zwar nicht höher als zu 259. Fl. 29. Kreutzer anzusetzen, jedoch davon die 50. Fl. so er selbsten an den Juden C. auf einen Wechsel-Brief bezahlet, zu decourtiren, die andern 50. Fl. aber, so durch Abrechnung er getilget haben will, alsdann ebenfalls abzuziehen, wenn l. A. S. sein n. act. 84. ad acta gegebenes attestatum eydlich bestärcken, der Burgermeister G. aber, die mit seinem seligen Schwiegervater geschehene Abrechnung in supplementum beschweren, anbey wegen der 6. fetten Schweine, sowol als wegen der angesetzten 41. Fl. vor Säcke, und 52. Fl. so aus effecten gelöset, und aus der ersten Ehe herkommen seyn sollen, gehörigen Beweis, salua reprobatione, binnen vier Wochen führen wird, worauf alsdann dieser letzten drey Posten ferner ergehet was Rechtens. Uebrigens ist der Burgermeister G. mit denen angesetzten Früchten de anno 1731. ferner mit den angerechneten 110. Fl. vor Wein de eod. anno, ingleichen mit 240. Fl. vor Wein de anno 1735. und angerechneten Zinsen bis auf den Tod dessen seligen Schwiegervaters gäntzlich abzuweisen, er könte und wolte denn besser als bishero geschehen, und zwar binnen vier Wochen beweisen, daß die angegebene Obseruanz wegen des vsusfructus paterni im Fall, wenn Kinder vorhanden, nicht gegründet sey, der S. Witwen Gegenbeweiß binnen eben der Frist vorbehältlich, so ergehet alsdann ferner was Rechtens ist, hingegen sind die angesetzte 30. Fl. vor das in anno 1734. im Frantzösischen Kriege samt Geschirr verlohrne Pferd, sowol als der wahre Werth, wegen der andern beyden Pferde zu dem statu primi matrimonii zu

Ad L. X. T. II.

bringen, und von dem Vermögen der andern Ehe auszulassen, nicht weniger wegen der angesetzten 50. Fl. mit Bürgermeister E. zuförderst richtige Abrechnung zu machen, und dergestalt diese Post ebenfalls ad liquidum zu bringen, nicht weniger die S. Witwe das iramentum manifestationis über den angegebenen Nachlaß abzulegen schuldig, die Kinder erster Ehe aber sind gestalten Sachen und Umständen nach mit denen Begräbniß-Kosten ihrer seligen Mutter nicht unbillig zu verschonen. Wenn nun solcher Gestalt der status bonorum der ersten Ehe in Richtigkeit gebracht, so ist die Helffte davon als väterliches Vermögen, nach der S. Witwen gemachten Entwurf, zu der massa secundi matrimonii zu rechnen, die A. aber sich specifice auf die n. 67. ihrentwegen angegebene conferenda und andere puncta sub pœna liquidi binnen vier Wochen einzulassen, und darüber ihre monita ad acta zu bringen, schuldig, worauf alsdann auch ihrentwegen ergehet was rechtens ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

1 Nachdem zwischen den S. Kindern erster und anderer Ehe nebst der nachgelassenen Witwen, wegen der hinterlassenen Erbschafft ihres respective Vaters und Mannes und deren Theilung vornemlich deswegen eine Verwirrung entstanden, weil so wenig bey Absterben der Kinder erster Ehe Mutter ein inuentarium errichtet, noch als S. zur andern Ehe geschritten, die Kinder erster Ehe abgefunden, und als er endlich gestorben, wiederum nicht sofort ein ordentlich inuentarium errichtet worden, dieserwegen nach der Zeit, wie der status bonorum primi et secundi thori einzurichten, und darnach die Theilung vorzunehmen, ein würcklicher Proceß erreget worden, so ist anfänglich n. act. 16. von dem Vierer-Amt dieserwegen ein reglement errichtet, solches auch n. act. 63. in relatione examiniret, und nach der relation zu verfahren angeordnet worden, worauf der Bürgermeister G. als der ältesten Tochter erster Ehe Ehemann einen neuen statum nach dem von dem Vierer-Amt errichteten Fuß, iedoch mit unterschiedlichen Aenderungen, n. act. 67. übergeben, und n. act. 72. per decretum die resolution ertheilet worden, daß solcher status denen übrigen interessenten communiciret, und sie darüber allerseits unter sich verfahren solten, dergestalt, daß nunmehr allein darüber, was dabey noch streitig, und unausgemachet ist, in decidendo die reflexion genommen werden müssen. Ob nun wol 1) nach der väterlichen und mütterlichen annotation des Herrn Bürgermeis-
2 sters G. conferenda zu 259. Fl. 29. Kreutzer angesetzet, und jene, ihrer Richtigkeit wegen, alle præsumtion vor sich hat,

l. 6. §. 2. C. de bon. quæ liber.

MEVIUS *de specific. iur. c. IV. §. 18.*

FINCKELTH. *obs. 76.*

zumal sie morte confirmiret, und obwol die angesetzte 50. Fl. wegen des Wechsels an den Juden C. der Bürgermeister G. abziehen und behaupten will, daß er solchen Wechsel proprio nomine, als debitor, nach den Tode seines Schwiegervaters, bezahlet, dennoch derselbe keine eigene Mittel gehabt, und dahero zu vermuthen sey, daß er aus dem Erbschafftis-Vermögen bezahlet habe, wie denn auch die bey denen andern 50. Fl. vorgegebene Abrechnung, durch welche solche getilget seyn soll, gar nicht beygebracht worden ist, indem die schrifftliche Abrechnung weder produciret worden, noch das S. testimonium iniuratum sub n. 84. zu dessen Beweis zulänglich seyn können, cum alia sit ratio depositionis testium præsentium, alia nudorum testimoniorum, quæ nihil probant 3

l. 3. §. 3. D. de testib.

2) bey den 6. fetten Schweinen der Bürgermeister G. angeführet, daß die S. Witwe coram deputatione anno 1736. den 1. Iul. eingestanden, daß solche in die zweyte Ehe gekommen, obwol solches nicht protocolliret worden, allenfalls Meister S. der sie gekauffet, davon die beste Nachricht geben müsse, der Beweis aber, daß davon nichts in die andere Ehe gekommen, der Witwen S. obliegen möchte, weil sie nicht inuentiret, und die præsumtion daher gegen sie stritte, cum dolo facere censeatur, qui inuentarii confectionem omittit, 4

l. 7. pr. D. de admin. et peric. tutor.

iedoch wenn der Beweis ermangeln solte, alsdann der Werth derselben ad corpus bonorum der ersten Ehe referiret werden müsse, weil dahin alles, was nach der Frauen erster Ehe Tode vorhanden gewesen, gehöret, es mag nun in Witwen-Stand oder in der andern Ehe verconsumiret seyn, welches auch 3) wegen der 41. Fl. für Säcke zu sagen, da ebenfalls ex adducto iuris principio die Witwe beweisen müsse, daß sie nicht in die andere Ehe gekommen: 4) wegen der aus effecten gelöseten 52. Fl. die præsumtion militire, daß sie aus der ersten Ehe hergekommen, und daher das Geld in die massam der ersten Ehe zu ziehen, zumal das Vorgeben, als ob solche in dem von Vierer-Amt versertigten statu §. 15. stehen sollen, unerfindlich, weil derselben darin gar nicht gedacht worden, dem blossen Angeben der Witwen auch nicht zu trauen sey, wie unter andern aus dem attestato sub n. 87. sub lit. Q wegen der Spreu zu erhellen scheinet: 5) die Früchte und Wein de anno 1731. ingleichen der Wein de anno 1735. und die angerechneten Zinsen, wie sie der Bürger-

Bürgermeister G. angesetzet, um deswillen billig passiret werden möchten, weil das n. 104. befindliche attestatum aller Wahrscheinlichkeit und denen principiis iuris Germanici entgegen lauffet, daß nemlich der überbliebene Ehe-Gatte in der Kinder Güther oder aduentitiis den vsumfructum habe und behalte, wenn gleich die Kinder per separatam œconomiam sich von den Eltern getrennet, und der überlebende Ehe-Gatte ad secunda vota schreitet, da in jenem Fall, wenn die Kinder
5 sich vom Vater scheiden, er ihnen ihr Mutter-Guth sofort heraus geben muß;

ius prov. Sax. lib. I. art. 11.

im andern aber fast durchgehends üblich ist, daß der Vater, so ad secunda vota gehet, mit denen Kindern erster Ehe schichten muß, und
6 daher den vsumfructum von ihren Güthern nicht behalten kan,

RICHTER *dec. 18. n. 40. sq.*

HARPRECHT *de vsufr. matern. statut. p. 189. §. 14.*

bevorab da dieser Beysitz oder vsusfructus in der Stadt-reformation nicht gegründet, und *P. IV. lib. 4. tit. 17.* nur solcher denen Ehe-Leuten, welche keine Kinder verlassen, eingeräumet ist, im Gegentheil *P. IV. lib. 4. tit. 9.* deutlich angezeiget wird, wie Eltern mit Kindern theilen sollen, woraus denn folgen möchte, daß, wenn der überbleibende Vater den vsumfructum vsque ad obitum in bonis liberorum primi thori zu genieſſen habe, er mit denen Kindern nicht theilen dürfe, da er doch mit denen Kindern zu theilen gehalten; allenfalls, wenn bishero das contrarium observiret worden, doch solches denen Gesetzen zuwider laufe, und solche observantia mehr pro errore, als consuetudine zu achten,

7 *l. 39. D. de LL.*

zumal Herr Bürgermeister G. n. act. 78. exempla solcher geschehenen Theilung in contrarium angeführet, so, daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn auf das gerichtliche attestatum de contraria observantia nicht sonderlich regardiret werden könne: 6) die 30. Fl. wegen des zur Frantzösischen Armée hergegebenen Pferdes, so verlohren gegangen, und anno 1737. Anweisung an die Contributions-Casse geschehen, billig zu der andern Ehe zu ziehen, weil schon in dem von Vierer-Amt formirten statu n. 18. 75. Fl. vor drey Pferde zur massa der ersten Ehe angesetzet, und in derselben nicht mehr als drey Pferde gewesen, mithin diese 30. Fl. zur zweyten Ehe gehören: 7) bishero die Witwe mit dem iuramento
8 manifestationis nicht beleget worden, so doch billig, wenn man solches nöthig erachtet, vor allen Dingen abzulegen gewesen, dieserwegen man ohne Zweiffel Bedencken getragen, solche von ihr zu fordern: 8) die Kinder erster Ehe, nachdem sie ihrer seligen Mutter Erbe geworden, auch pro rata billig ad sumtus *Ad L. X.* funebres concurriren müssen, als welche ein *T. II.* æs alienum hereditatis und speciatim dotis 9 sind:

l. 22. et sqq. de relig. et sumt. fun.

9) zu dem statu bonorum secundi thori der Herr Bürgermeister G. nicht unbillig dasjenige, so in der ersten Ehe schon angerechnet, und tempore mortis patris vorhanden gewesen, wiederum angesetzet, zumal wenn eine reale Theilung nach der Mutter erster Ehe Tode vorgenommen, solches zwar nicht geschehen könne, nunmehro aber da solches nicht geschehen, nothwendig zu seyn scheinet, daß, um 10 eine richtige Theilung zu treffen, des seligen S. sämtliches vorhanden gewesene Vermögen den statum actiuum ausmachen, und die bona materna der Kinder erster Ehe, collatis conferendis, inter passiua gesetzet werden müssen, wodurch denn der status massæ secundi matrimonii erst, nach des Herrn Bürgermeisters G. geschehenen Project, in Richtigkeit gebracht werden könne: endlich 10) die A. nach Maasgebung der n. act. 92. befindlichen Schrifft einen kurtzen und accuraten Entwurf der St. Verlassenschafft den 11. April 1738. ad acta gegeben, worauf auch der Herr Bürgermeister G. specifice geantwortet, und es also scheinen will, als wenn keine weitere Einlassung von ihm gefordert werden könne, bevorab da sie sich laut n. act. 42. mit ihrer Stief-Mutter verglichen, und hin und wieder ad acta declariret, daß sie mit dem Process nichts zu thun habe, welches auch aus dem Vergleich selber erfolgen will.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die annotatio priuata parentum, wenn sie gleich morte confirmiret ist, nichts mehr als eine præsum- 11
tionem, daß man ihr in dubio Glauben beylegen müsse, vor sich hat, die aber probando contrarium elidiret werden kan, und dann aus denen Umständen offenbar ist, daß der verstorbene S. weil er etwa seinem Schwieger-Sohn G. bey dem Juden C. Credit gemachet, nicht anders geglaubet habe, als daß er den Wechsel selbst bezahlen müsse, und solchen noch zum voraus inter conferenda seiner ältesten Tochter annotiret, gleichwol, daß er denselben nicht bezahlet habe, eines Theils daraus zu sehen, daß er 10. Monath vor dem Verfall-Tag des Wechsel-Brieffes gestorben, und keinesweges zu glauben, daß derselbe den Wechsel auf eine so ungewöhnliche Weise vor der Zeit werde bezahlet haben, andern Theils der Jude C. sowol den Herrn Bürgermeister G. selbsten wegen der Zahlung laut Beylage sub lit. A n. act. 68. quittiret, als sub n. act. 89. abermal bekant, daß gedachter Herr Bürgermeister ihn selbst bezahlet, auch solches um desto leichter zu begreiffen stehet, weil dessen

Ad L. X. T. II. Schwiegervater tempore solutionis nicht mehr gelebet, und vor ihn bezahlen können, hierüber mit nichts wahrscheinlich gemachet werden mag, daß der Wechsel aus der Erbschafft bezahlet sey, und was dabey von dem Mangel des Bürgermeisters G. an Vermögen angeführet ist, gar nicht Glauben machet, als wenn er aus der Erbschafft den Wechsel
12 gezahlet habe, quin potius soluens præsumitur de suo soluisse,

l. 10. C. arbitr. tutel.

MENOCH *lib. III. præs. 46.*

mithin diese 50. Fl. von denen conferendis billig zu decourtiren sind, und was die andern 50. Fl. so der defunctus parens annouret, betrifft, zwar das S. attestatum sub lit. B n. act. 68. zum Beweis unzulänglich ist, theils weil es nicht deutlich gnug abgefasset, theils aber weil es iniuratum, dennoch das von S. anderweitigen n. 84. befindliche attestatum, die Umstände der abgethanen Berechnung zwischen S. und dem Bürgermeister G. klärer an den Tag leget, so daß, wenn er dasselbe eydlich bestärcken wird, wie vor allen Dingen nöthig ist, alsdann der Bürgermeister G. wenigstens halb erwiesen, daß er zum iuramento suppletorio wohl gelassen werden kan, wodurch denn auch beygebracht seyn wird, daß diese Post als berechnet, abgethan sey; hiernächst ad 2) es an dem gehörigen Beweis ermangelt, und nicht zu befinden, daß das Geld von den verkaufften sechs Schweinen in die andere Ehe gekommen sey, auch davon nichts in protocollo anzutreffen, daß die S. Witwe solches eingestanden haben solle, vielmehr dieselbe solches beständig leugnet, mithin dessen Beweis davon dem Herrn Bürgermeister G. und nicht der Witwen obliget, da jener sich darin gründet, und affirmans ist, diese aber, vt simpliciter negans, keinen Beweis führen darf,

13 *l. 23. C. de probat.*

auch deswegen, daß sie kein inuentarium nach dem Tode ihres Mannes errichtet, mit keinem Beweise zu belegen, da der Bürgermeister G. selbsten von ihr das iuramentum manifestationis abgefordert, auch darauf erkant ist, eine eydliche specification aber heute zu Tage loco inuentarii erachtet wird,

14 MEV. *P. IV. dec. 8. n. 9.*

noch zur Zeit man also nicht sagen kan, daß das Geld in die andere Ehe gekommen, vielmehr wenn der Bürgermeister G. durch Meister S. welcher diese fette Schweine gekauffet, oder sonsten solches nicht beybringen kan, es bey dem abzulegenden iuramento manifestationis, wodurch die Witwe allen Verdacht des Gegentheils von sich abgelehnet, hiebey, wie bey andern Puncten, billig verbleiben muß, daraus aber noch nicht folgen will, daß sie so dann, tempore primi thori dar gewesen seyn, und zu dessen massa gebracht werden müssen, zumal sie tempore viduitatis angeschaffet, gemästet, und verconsumiret seyn können, dergestalt, daß dieses lediglich von des Bürgermeister G. Beweis, und was Meister S. wenn er eydlich vernommen werden solte, dabey aussagen möchte, dependiren wird, welches auch ad 3) zu erinnern, nachdem bishero dargethan, daß dem asserenti, wie Rechtens, der Beweis auferleget werden müsse: nicht weniger solches ad 4) zu appliciren, und obwol das Vorgeben, daß solche 52 Fl. unter dem von dem Vierer-Amt gemachten statu sub n. 15. stecken sollen, nicht deutlich dargethan ist, dennoch in Ermangelung eines Beweises, so dem Bürgermeister G. obliget, und durch bloße coniecturas nicht zu bewerckstelligen ist, auch hier das iuramentum manifestationis der S. Witwen den Ausschlag geben, und dasjenige remouiren muß, was wegen des Spreues aus dem attestato sub n. 87. angeführet ist, dabey selbsten der Bürgermeister G. auf das gebachte iuramentum gedrungen, und daraus erhellen wird, ob sie nur, was ihr beliebet, angegeben, wie der Bürgermeister ihr beygemessen; im Gegentheil ad 5) es billig bey dem attestato iudiciali de obseruantia constanti et perpetua ratione vsufructus paterni so lange gelassen werden muß, bis das 15
contrarium von Bürgermeister G. besser, als geschehen, ausgeführet worden, anerwogen dasjenige, was er bereits zu Behauptung des Gegentheils angeführet, den Stich nicht halten will, als welches zwar anzeiget, daß die Eltern, wenn sie mit den Kindern theilen wollen, solches thun können, nicht aber daß sie solches zu thun gehalten wären, nachdem P. IV. lib. 4. tit. 9. gar deutlich stehet:

> Will der Vater oder Mutter nach Abgang seines Gemahls mit ihren Kindern theilen, das mögen sie thun.

woraus aber nicht folget, daß sie solches zu thun schuldig, und dazu gerichtlich angehalten werden können, zumal, wenn solches nöthig, der Bürgermeister auf die Theilung ohne Zweifel wohl gedrungen haben würde, und da er solches unterlassen, nicht undeutlich zu erkennen gegeben, daß dem Vater der Besitz gebühre, wie denn auch an vielen andern Orten hergebracht ist, daß der überbliebene Ehe-Gatte, wenn er gleich ad secunda vota schreitet, den vsumfructum von der Kinder Güther nicht 16
verliehre,

HARPRECHT *de vsufr. statut. mat. p. 190. §. 16. seq.*

und ob zwar sonsten der vsusfructus sich endiget, wenn die Kinder von ihren Eltern separatam œconomiam anstellen, 17

IDEM *cit. l. p. 216. §. 37.*

dennoch wohl geschehen kan, daß an einem Ort contraria obseruantia eingeführet werde, welches

welches eben dasjenige ist, was in dem iudiciali attestato bestärcket worden, so um desto mehr vim probandi hat, da senatus aus 13. Personen des beständigen, und 12. des zugeordneten Raths bestehet, und eine Gewohnheit in Worms von wenigen Personen wohl beygebracht werden mag, bey welchen auch nach der Stadt-reformation nicht nöthig ist, vt actus iudiciales in contradictorio angeführet werden, wie solches die verba statuti, so n. act. 102. angeführet, bezeugen, dergestalt, daß dieses attestatum zum Beweis vor zulänglich erachtet worden, zumal, obgleich be-
18 kant, quod soli iudici, de consuetudine attestanti, haud credatur,

CARPZ. *P. II. c. 3. def. 22. et dec. 3. n. 22. sqq.*

dennoch ein anders billig von einem gantzen collegio, so aus vielen Personen bestehet, zu statuiren, bevorab da die Stadt-reformation dem attestato iudiciali nicht zuwider, und aus derselben bereits dargethan, daß die überlebende Eltern zur Theilung nicht verbunden, daß solchergestalt die bezeugte obseruantia mehr pro interpretatiua zu halten, quæ facilius probari potest, quam dispositiua.

19 LYNCKER *in comment. ad Dig. tit. de leg. p. 89.*

KLOCK *vol. 4. cons. 79. n. 6.*

Ferner ad 6) in confesso ist, daß drey Pferde in der ersten Ehe gewesen, also zu dessen Errungenschafft gehören, und nicht erweislich, daß in der andern Ehe noch mehr Pferde angeschaffet, dieserwegen die quæstionirten 30. Fl. vor das verlohrne Pferd in die massam primi matrimonii zu rechnen, und von der andern Ehe-massa eben sowol als die andern zwey Pferde auszuschliessen, weil sie sonsten doppelt gerechnet werden würden, wogegen die Witwe selbsten in ihren formirten statu streitet, und gar recht behauptet, daß, was bereits zur massa primi thori geschlagen, nicht noch einmahl ad secundum matrimonium gebracht werden könne, der Preiß aber der beyden übrigen Pferde unter den Partheyen auf rechtliche Art bestimmet werden muß, da man keinen Grund findet, warum das Vierer-Amt die 3. Pferde überhaupt vor 75. Fl. angeschlagen,
20 übrigens ad 7) das iuramentum manifestationis de iure nöthig ist, und noch allemal gefordert werden kan, weil die Witwe nicht inuentiret, dadurch denn vieles, was nicht in contrarium erweislich ist, abgethan werden kan; bey denen Begräbniß-Kosten aber ad 8) welche obiter reseruiret sind, diese consideration vorkommt, daß, wie die Frau erster Ehe gestorben, der Vater mit seinen Kindern nicht getheilet, sondern in allen Güthern sitzen geblieben, und den Beysitz in seiner Kinder Güther gehabt, welcher mehr pro effectu communionis als vero vsufructu zu achten, und 21
dahero er billig diese Kosten tragen müssen; was nun aber ad 9) die Einrichtung der massæ secundi matrimonii betrifft, wir der Witwen formirte Rechnung vor billiger gehalten, dergestalt, daß nur die Halbscheid der paternorum aus der ersten Ehe dahin zu rechnen sey, weil sonsten dasjenige, was bereits ad massam der ersten Ehe gebracht ist, doppelt gerechnet und conferiret werden würde, wenn es zugleich ad statum secundi matrimonii von neuen gebracht werden solte, zumal man keine andere Einrichtung voritzo machen kan, als wenn nach der Mutter erster Ehe Tode die würckliche Theilung geschehen, in welchem Fall der Bürgermeister G. selbst mit dieser Einrichtung einig ist, und kein reeller Unterschied unter beyden Fällen angegeben werden mögen, wie denn auch das Vierer-Amt diese Einrichtung selbst approbiret, und man keine Ursache, davon abzugehen, gefunden, endlich 10) wir zwar aus der num. 92. befindlichen Schrifft wahrgenommen, daß die A. einen kurtzen und accuraten Entwurf der St. Verlassenschafft übergeben, worauf auch den 11. April a. c. decretiret seyn soll, wir aber so wenig solche Schrifft als das genante decretum bey denen actis, noch in protocollo davon Nachricht angetroffen, vielmehr also vermuthen müssen, daß solche wegen Anzüglichkeiten zurück gegeben, und ab actis remouiret worden, so, daß wir nicht im Stande gewesen, die dagegen n. act. 92. gemachte dubia zu decidiren, sondern es bey der Einlassung lassen müssen, anerwogen ob sich gleich die A. mit der Witwen verglichen, dennoch der völlige status bonorum nicht wohl heraus zu bringen, wenn nicht auch ihrentwegen alles in Richtigkeit vorher gebracht worden.

Ad L. X T. II.

So ist, geschehener massen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPT. MDCCXXXVIII.

DECISIO CXCVII.

THEMA.

In ducatu Brunsuicensi maior diuidit, minor eligit.

Ad L. X. T. II.

SVMMARIA.

Prædia ruſtica plerisque in locis filio natu maiori cedunt n. 1.

Rationes ad factum pertinentes n. 2.

Iure germanico natu minor eligit n. 3.

Quod etiam in ducatu Brunſuicenſi obtinet n. 4.

Ex adminiſtratione rei communis fluit obligatio ad rationes reddendas n. 5.

Nemo rem et pretium ſimul retinere poteſt n. 6.

Auf erhobene Klage und fernerm erfolgten rechtlichen Einbringen in Sachen des Fürſtlichen Garde-Reuters H. M. Klägern an einem, und H. M. Witwe und Erben, zum H. Beklagte am andern Theil, erkennet das Adeliche Crammiſche Gerichte zum H. auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die Beklagte, Einwendens ohngehindert, von dem Vieh- und Feld-inventario eine eydliche Specification zu ediren, und von der bisherigen adminiſtration des Hofes von anno 1720. da ihr Erblaſſer denſelben in Beſitz genommen, gegen Anrechnunge desjenigen, was er an Schulden erweislich, darauf bezahlet, und an oneribus davon abgetragen, Rechnung abzulegen ſchuldig, der quæſtionirte Hof nebſt Vieh- und Feld-inventario aber, vermöge des protocolli von 27. Iul. 1720. nach dem Zuſtand, in welchen er in gedachtem Jahr erweislich geweſen, in eine gerichtliche Taxe zu bringen, und aller und jeder Mit-Erben Abgabe, nach dem Landes-Gebrauch daraus zu beſtimmen, jedoch auch ein jeder dabey, was er bereits erhalten, zu conferiren gehalten, darauf alsdann Kläger den quæſtionirten Hof anzunehmen wohl befugt, und wenn er ſolchen wehlen ſolte, die Beklagte denſelben mit allem Zubehör ihm abzutreten ſchuldig, es könten und wolten dann Beklagte binnen vier Wochen præcluſiuiſcher Friſt beweiſen, daß der quæſtionirte Hof ihrem Erblaſſen auf eine zu Recht beſtändige Art übergeben und zugetheilet worden, damit würden ſie noch billig gehöret, und ergehet alsdann ferner in der Sache was Recht iſt. Würde nun darneben Kläger ebenfalls binnen gedachter præcluſiuiſcher Friſt beweiſen, daß der Beklagte Erblaſſer ſeiner Mutter zwey Jahr lang die ihr verſchriebene Leib-Zucht entzogen, ſo ergehet auch dieſerwegen, was ſich zu Recht gebühret. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagte leugnen wollen, daß ihr Erblaſſer nach ſeines Vaters in anno 1720. erfolgten Tode ſich auf den väterlichen Hof gedrungen, vielmehr er damahls ſchon in der p. 20. befindlichen Beylage docuret, daß ſein Vater die Annehmung des Hofes ihm zugetheilet, er denſelben auch bishero beſeſſen, und ohngeachtet nach den Seſumſchen Amts-Protocollo auf eine taxation reflectiret worden, dennoch ſolche überhaupt bey denen Bauer-Güthern nicht ſtatt finde, und dahero von denen Erben damahls hintertrieben worden. So dann Kläger, als der jüngſte Sohn, keinen Vorzug an dem Hof haben, noch die obſervanz, quod maior diuidat et minor eligat, hier ſtatt finden könne, als welche contrario vſu aufgehoben, ſogar daß in Celliſchen, Hannöverſchen, und der Grafſchafft Hoya dem älteſten, als mehrentheils geſchicktesten der Hof zufalle,

Supplem. der Celliſchen Landes- und Policey-Ordnung *n. 18.*

welches gantz vernünfftig zu achten, allermaſſen darauf eintzig und allein zu ſehen, wer unter denen Erben dem Hofe am beſten vorſtehen könne, welches Kläger, der damahls erſt drey Jahr alt geweſen, nicht thun mögen, vielmehr das intereſſe ſereniſſimi, und des Guths-Herrn erfordere, daß der am tüchtigſten dazu iſt, den Hof annehme, welches damahls der Beklagten Erblaſſer geweſen, und von ſeinen Geſchwiſtern davor erkant worden, dahero er ohnſtreitig den Hof pro ſuo beſitzen können, wie er dann davon viele Schulden bezahlet, und die onera abgetragen, ſo daß allenfalls es darauf ankommen würde, was, his deductis, übrig bliebe, ſo unter die Erben, und alſo auch Klägern zu vertheilen ſey, oder ſo ferne er dieſes nicht belieben ſolte, er mit der Abfindung der allgemeinen Landes-Ordnung §. 32. zufrieden ſeyn müſſe. Dabey auch Klägern der §. 33. nicht zu ſtatten kommen möge, als welcher von den übrigen Nachlaß, auſſer dem Hofe zu verſtehen, ſo bereits unter die M. Erben vertheilet ſey, worunter auch die erb- und ſüchtige, ingleichen die von denen Lehn-Ländereyen zu entrichtende Zinſen begriffen, keinesweges aber das inuentarium und die Gebäude darunter zu verſtehen, vielmehr einem jeden Kinde von dem Hofe, damit derſelbe ſeine conſiſtence behalten möge, nicht mehr als 15. Meißniſche Fl. gebührete, dieſerwegen auch keine taxation ſtatt habe, als wodurch die Theilung laßbarer Bauer-Güther, ſo doch nicht ſtatt finde, intendiret werde, dagegen allein die Abfindung recipiret worden, bevorab da der quæſtionirte Hof ein Lehn-

Lehn-Hof sey, wie p. 123. angeführet ist. Am allerwenigsten aber er Zinsen von seinem Antheil fordern könne, weil der Beklagten Erblasser niemahls in mora gewesen, sondern sie selbsten noch allemal dazu bereit wären, wenn Kläger sich mit der Abfindung begnügen lassen wolle, und so viel das vorenthaltene Mutter-Theil betrifft, die Beklagte dem Kläger die exceptionem non impleti contractus opponiret, und vermeinen wollen, daß dieser zuvor illationem dotis erweisen müsse, auch nicht zu præsumiren sey, daß ihr Erblasser solches Muttertheil Klägers Mutter zwey Jahr lang vorenthalten haben solle, da dieserwegen niemahls geklaget, welches doch geschehen seyn würde, wenn dieser Anspruch gegründet seyn solte.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) das p. 20. von der Beklagten Erblasser in anno 1720. angeführte Vorgeben, daß ihm sein Vater den Hof vor 500. Thlr. zugetheilet, damahls mit nichts erwiesen, und deswegen auch in dem Amts-Protocollo p. 18. darauf nicht reflectiret, sondern mit aller Interessenten Willen und consens die taxation des Hofes vorzunehmen beliebet worden, um daraus das residuum wahrzunehmen, was etwa unter denen Erben zu vertheilen, und bey dem Hofe zu lassen seyn möchte, dabey aber wer den Hof annehmen solte, nicht ausgemachet ist, welches auch der eine Vormund A. M. p. 24. selbst bekennet, und anzeiget, daß von ihrem Vater der Hof keinem besonders vermachet sey, der andere Vormund Franz Dannebaum auch p. 31. bezeuget, daß damahls der Hof keinem zugesprochen sey, welches auch aus dem Protocoll nicht zu ersehen, dergestalt daß, was Andreas Müller p. 24. angezeiget, daß der Herr Droste Lüning gesaget, den Hof solte der älteste haben, allen Glauben verliehret, weil davon nichts in protocollo zu befinden, er auch der einige ist, der seiner Bekäntniß nach die taxation, ohne Zweiffel aus collusion mit seinem ältesten Bruder verhindert, und deswegen bey dem Amte 4. Thlr. vor die bereits erkohrne taxatores gezahlet, diesemnach 2) daraus abzunehmen, daß der Beklagte ohne alle väterliche disposition und gerichtliche adjudication oder Anweisung sich in den Hof gesetzet, und wie Beklagte selbsten gestehen, die Mit-Erben davon nicht befriediget, dabey auch kein Vorrecht an demselben gehabt, allenfalls aber die Beklagte, wenn sie eine legale Zutheilung des Hofes noch erweisen können, sie damit noch zu hören sind, welches ihnen in sententia zu dem Ende reserviret worden, so aber wol schwerlich geschehen wird; allermassen der andere Vormund p. 31. anzeiget, daß 3) er darauf bestanden, daß Kläger als der jüngste den Hof haben müsse, welches auch der erste Vormund Andreas Müller p. 24. dadurch selber anzeiget, daß der Herr Droste gesaget haben solle: Ad L. X. T. II.

> Daß, wenn der jüngste Sohn erst maiorem würde, und der älteste sodann den Hof nicht bezahlen könte, jener den Bruder noch stets abtreiben und den Hof annehmen könte,

wodurch er dann allenfalls anzeiget, daß der Beklagten Erblasser nur inzwischen den Hof administriren, und dem jüngsten sein Recht suo tempore vorbehalten seyn solte, wie es denn 4) eine bekante Wahrheit ist, daß nach den alten teutschen Rechten der jüngste Sohn das Köhrrecht habe, 3

> *ius prouinc. Saxon. lib. III. art. 29.*
>
> *ius prouinc. Sueu. c. 266. §. 2.*

welches Beklagte auch nicht in Abrede seyn können, iedoch dabey vorgegeben, als wenn diese observanz hin und wieder bey denen Aemtern aufgehoben sey, so doch mit nichts erwiesen, vielmehr pro vsu iuris antiqui die præsumtion ist, vt mutationem alleganti incumbat probatio

> BÖHMER *tom. I. iur. eccl. tit. de præsumt. §. 5.*

so nicht leicht geschehen möchte, deswegen auch 4

> GEORG BEYER *in specim. iur. German. lib. II. c. 13. §. 6.*

sich auf die consuetudinem Brunsuigo-Guelpherbytanam, quia hoc territorium olim iuris Saxonici fuit, beruffet, und bekräfftiget, quod hoc ius seruetur in successione prædiorum rusticorum, vt, etiamsi plures quam duo succedant, iunior semper in electione præferatur, solchergestalt also 5) Kläger in seiner intention wohl fundiret ist, und die Abtretung des Hofes nunmehro sowol, als die Administrations-Rechnung und taxation desselben begehren können, da jene ex ipsa possessione rei adhuc communis vel ad alium pertinentis, herfliesse, dabey iedoch billig die Abtragung der onerum, und Bezahlung der Schulden mit in Rechnung zu bringen, und daraus zu ermessen ist, was der Hof jährlich ein Jahr ins andere gerechnet, deductis deducendis, aufbringen können, welches am leichtesten durch Hauß-Wirthsschaffe verständige bestimmet werden mag, und wie die Zinsen von denen erweislich bezahlten väterlichen Schulden billig in decourt zu bringen, also im Gegentheil Beklagter die Zinsen von eines jeden Antheil billig entrichten muß, den ihr Erblasser so viele Jahr denen Mit-Erben vorenthalten, auch nicht zugleich rem ipsam et pretium partis singulis debitæ in Händen haben kan: 5

> *arg. l. 13. §. 20. D. de act. emt. vend.*

hergegen die taxation einmal consensu heredum in anno 1720. beliebet, gerichtlich approbiret worden, auch durch die Lehns-qualität 6

Ad L. X. T. II.

tät nicht gehindert werden kan, welche aber auf eine unzuläßige Art Andreas Müller hintertrieben, gleichwol zum præiudiz des Klägers davon nicht wieder abgehen mögen, cum quod singulos tangit, a singulis sit approbandum, zumal des Klägers anderer Vormund dagegen gesprochen. Uebrigens nach geschehener taxation sich alsdann finden wird, wie viel nach dem Landes-Gebrauch einem jeden zu seiner Abgabe davon zu bestimmen sey, wodurch die rationes dubitandi gäntzlich hinweg fallen. Und so viel den andern Punct betrifft, zuförderst Kläger erweisen muß, daß seiner Mutter zwey Jahr lang ihr Mutter-Theil vorenthalten, welches Beklagte leugnen, hergegen es dabey nicht auf die illationem dotis ankommt, da solcher einer jeden Witwe gebühret, sie möge etwas eingebracht haben oder nicht.

So sind wir, geschehener massen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE APRIL. MDCCXLVII.

Ad L. XI. T. II.

Lib. XI. Tit. VII. De religiosis et sumtibus funerum etc.

RESPONSVM CXCVIII.

THEMA.

Ius sepulchrum priuatum concedendi non a iudice ecclesiastico, sed politico inter protestantes dependet.

SVMMARIA.

Sepulchra iure canonico iudici ecclesiastico subsunt n. 1.
A nonnullis inter protestantes ad iura episcopalia referuntur n. 2.
Quæ res iure canonico ecclesiasticæ sunt, inter protestantes ad consistoria pertinent n. 3.
Refectio sepulchri olim ad pontifices pertinebat n. 4.
Liturgica ad consistorium referenda n. 5.
Actus sepulturæ ecclesiasticæ faciendæ ad cognitionem consistorii pertinet n. 6.
Ipsa sepulchra vero ad magistratum politicum n. 7. 10. 12.
Apud nos cessat ratio, ob quam exstructio sepulchri inter catholicos iuribus episcopalibus accensetur n. 8.
Olim non erant in commercio n. 9.
Sine consensu patroni nemo in ecclesia sepeliendus, nec proprietatem sepulchri impetrare potest n. 11.
Iudex ciuilis sine concursu consistorii ad reparaturam sepulchri eos, quorum interest, citare potest n. 13.
Quod in Holsatia semper obseruatum n. 14.

Als Ew. Hoch-Ehrwürden uns eine facti speciem nebst drey Beylagen und einer Frage zugeschicket ꝛc.

Hat das im Hertzogthum H. belegene Adeliche Fräulein-Closter zu P. so die Ciuil- und Criminal-Gerichtbarkeit, wie auch das ius patronatus besitzet, laut Beylage sub A in anno 1640. an Fr. M. S. einen Ort zum Begräbniß verkauffet, welches Begräbniß von der Käufferin auf dem Kirchhofe über der Erden dergestalt dicht an die Kirchen gebauet, daß die Kirchen-Mauer die eine Seiten-Mauer des Begräbnisses ausmachet, und der Eingang von der Kirchen dahin eingehet. Hat nun gedachte Käuferinne zur Unterhaltung desselben, Inhalts obbenanter Beylage, ein gewisses Capital vermachen wollen, jedoch ob solches von ihr würcklich beschaffet, bey wem es stehe, und wer derselben nächste Erben seyn, man keine Nachricht erhalten können, inzwischen aber ist das Begräbniß dergestalt nunmehro verfallen, daß selbiges bey der Kirchen nicht allein das schlechteste Ansehen erwecket, sondern auch der Kirchen-Mauer nicht geringen Schaden verursachet, anbenebst den täglichen Einsturtz drohet, bey welchen Umständen sich das Kloster berechtiget erachtet, durch Wegbrechung des Begräbnisses und Versenckung der Särger allem künfftigen Schaden vorzubauen, jedoch zu mehrerer Sicherheit gerne siehet, daß eine edictalis citatio sub pœna præcluſi vorher ergehen möchte, ob auch jemand von der Käuferinnen Nachkommen sich des Begräbnisses annehmen wolle, dabey aber, da es das Recht eines Unter-Consistorii nicht hat, zuverläßlich belehret seyn will:

Quæstio.

Ob nicht das Closter befugt sey, in

in dieser Sache die Edictal-Citation ohne des gemeinschafftlichen Ober-Consistorii Einwilligung abzulassen, oder ob die Edictal-Citation bey dem gemeinschafftlichen Landesherrlichen Ober-Consistorio zu suchen sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol allhier nicht die Frage, de quouis sepulcro extra vrbem in communi cœmeterio, sondern von einer Begräbniß-Capelle ist, die an der Closter-Kirchen zu P. auf den S. Kirchhofe, da die Thür hinaus auf den Kirchhof gehet, angebauet ist, daß die Kirchen-Mauer die eine Seiten-Mauer des Begräbnisses ausmachet, dieserwegen wie das cœmeterium selbsten pars contigua, also diese Begräbniß-Capelle pro accessorio ecclesiæ zu achten, und dahero denen Canonischen
1 Rechten nach sub iurisdictione mit der Kirchen selbsten stehet,

c.15. c.19. C.XIII. q.2.

c.7. X. de consecr.eccles.

c.9. X. de Simon.

BÖHMER *tom. II. iur.eccl. prot. tit. de sepult. §.11.*

wie denn deswegen bey denen Protestanten ebenfalls die iura sepulturæ zu denen iuribus
2 episcopalibus gezogen sind, und ad iura ecclesiarum gehören,

c.1. C.XIII. qu.1.

CARPZ. *in iurispr. consist. lib.I. def.10.*

SCHILTER *in pr.iur.Rom.ex.IV. §.7.*

so daß, wenn Streitigkeiten de sepulturis und deren cognitione vorfallen, oder deswegen edictales citationes zu erkennen sind, es das Ansehen gewinnen will, als wenn solche bey den geistlichen Gerichten gesuchet und erkant werden müssen, da causæ sepulchrorum nicht ad causas ciuiles, sondern ecclesiasticas gehören, anbey bekant ist, daß diejenigen cau-
3 sæ, welche nach dem iure canonico pro ecclesiasticis gehalten werden, bey Anlegung der consistoriorum in denen protestantium territoriis ebenfalls, nach dem Fuß der geistlichen Gerichte der Römisch-Catholischen, dahin gezogen sind,

MARTIN SCHRADER *de caus. for. eccl. c.1. §.1.*

wie absonderlich die causæ matrimoniales darlegen, wohin auch die Absicht des in anno 1636. eingeführten Hollsteinischen gemeinschafftlichen Ober-Consistorii zu gehen scheinet, als welches ins besondere zu Erörterung der Kirchen-Sachen constituiret, anbey

Bæhm. Conf. T.III. P.II.

in §.4. der Schleßwig-Hollsteinischen Landes-Ordnung P.IV. tit.20. *Ad L.XI. T.VII.*

zum Grunde geleget wird, daß solche Christliche Verordnung und höchst nöthige inspection eingeführet werden solle

> Auf Maaß und Weise, wie im gantzen Römischen Reich u. andern der Evangelischen oder Augspurgischen Religion und Confession zugethanen Königreichen observiret wird, und in voriger Kirchen-Ordnung mehrentheils enthalten;

welche verba relatiua auf die gemeine praxin protestantium gehen, nach welcher dergleichen sepulchra und Begräbniß-Capellen als res ecclesiasticæ anzusehen, und also daß die citatio edictalis derjenigen, welche bey der quæstionirten Erb-Begräbniß-Capelle interessiret sind, von dem gemeinschafftlichen Ober-Consistorio geschehen müsse, es das Ansehen gewinnen will, bevorab da man von Seiten des Closters intendiret, die quæstionirte Begräbniß-Capelle, um den Einsturtz zu præcauiren, wegzubrechen, und die Versenckung derer Cörper vorzunehmen, so doch dem Stifftungs-Brief de anno 1640. den 27. Iul. zuwider laufft, nach welchem ein gewisses legatum zur reparatur dieser Begräbniß die Käuferin hat stifften wollen, damit solches, so lange die Welt stehet, dauren möchte, also wohl zu vermuthen, daß solches geschehen sey, solche Sache auch olim bey denen Römern ad cognitionem pontificum gehöret: si locus enim iam religiosus factus est, pontifices ex-
4 plorare debent, quatenus salua religione desiderio reficiendi operis medendum sit

l.f. §.1. D. de mort. infer. et sepul. ædif.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ein grosser Unterschied inter ipsa sepulcra maxime priuata, et actum sepulturæ ecclesiastice faciendæ zu machen ist, da zwar die solennia et liturgica circa sepulturam zur cognition des consistorii, wenn Streit darüber erreget wird, gehören, als welches überhaupt circa liturgiam die cognition
5 hat,

CARPZ. *in iurispr. conf. lib. II. def. 378. n.5.*

STRYK *in vs.mod. ad tit. de relig. §.5.*

THOMAS. *de iur. princip. circa solenn. sepult. per tot.*

wohin auch die Schleßwig-Holsteinische Kirchen-Ordnung de anno 1512. *tit.* von der Begräbniß der Todten eintzig und allein abzielet, und nicht von denen Gräbern selbsten, sondern von denen Begräbnissen und deren so-
6 lennitäten handelt, certo indicio, daß so wenig die Erb-Begräbnisse, quæ sunt in proprietate viuentium, als die cœmeteria selbsten dahin nicht mit gehören, dahero auch die

Ad L. XI. T. VII.

bewährtesten ICti protestantes nach dem aufgeklärten iure ecclesiastico gar bald eingese-
7 hen, daß die Anrichtung der cœmeteriorum bey uns eine Policey-Sache sey, und so weit solche zu denen Patronat-Kirchen gehören, billig zu der patronorum disposition zu ziehen sind, da bey uns die ratio der Römisch-Catholischen, bey welchen die exstructio eorum inter iura episcopalia zu referiren, völlig cessiret,

8 STRYK *in not. ad* BRVNNEM. *ius eccl. lib. 2. c. 2. §. 12.*

IDEM *in vs. mod. tit. de relig. §. 11.*

BÖHMER *tom. II. iur. eccl. tit. de sepult. §. 15. sqq.*

dahero auch in der gedachten alten Kirchen-Ordnung *tit.* von Kerckhöven und Kercken, wenn auf den Kirchhöfen oder in den Kirchen Gewalt oder etwas unehrliches geschiehet, wenn iemand Hader anrichtet, oder unter der Predigt dem Prediger widerbellet, oder die Prediger verhindert oder desgleichen thut, zur iurisdictione criminali verwiesen, wie folgende Worte anzeigen:

Schall von der Wericheit des Ordes na Erkäntniß gestraffet werden

so, daß auch dem Closter zu Preetz, so die Ciuil- und Criminal-Iurisdiction ohnstreitig hat, das ius vindicandi crimina in ecclesia et cœmeteria commissa nicht verwehret werden, um destomehr also dasselbe die Ciuil-Iurisdiction über die Erb-Begräbnisse ausüben kan, da solche bey denen Protestanten zum Priuat-Patrimonio gehören, in commercio sind, an- und wieder verkauffet werden, und dahero da weder secundum ius Romanum, quo ob re-
9 ligionem cohærentem nullius, nec in bonis erant sepulchra,

l. 5. 6. et 7. D. de relig.

l. f. 51. de mort. infer.

STRYK *in vs. mod. ad tit. de relig. §. 30. sqq.*

noch nach dem iure canonico, quæ sepulcra commercio hominum ob inhærentem qualitatem spiritualem putatiuam pariter eximit, die causæ sepulchrorum bey denen Protestanten zu ermessen sind, von selbsten daraus folget, daß solche als causæ ciuiles in Ansehen der Iurisdiction anzusehen, adeo vt ius sepeliendi seu priuatum sepulchrum concedendi non ab ecclesia amplius, neque a magistratu ecclesiastico debeat impetrari, sed a
10 patrono ecclesiæ et magistratu politico,

FINCKELTHAVS *de iur. patron. c. 6. n. 149. in f.*

CARPZ. *lib. II. iurispr. consist. def. 390. n. 8.*

bevorab da das ius patronatus nach dem wahren Begriff desselben, dem patrono ein Eigenthum an die Patronat-Kirchen giebet, vermöge dessen auch vormahls das Closter zu Preetz das quæstionirte Begräbniß an die Margarethen Sehestedten, gebohrne von Qualen in anno 1640. verkauffet, und ein ieder patronus bey denen Protestanten sich dieses 11
Eigenthums-Recht bedienet, woraus man dann mit Recht schliesset, sine consensu et præscitu patroni neminem in ecclesia sepeliri, multo minus proprietatem sepulchri impetrare posse,

CARPZ. *cit. l. n. 9.*

et sic nec magistratui politico potestatem cognoscendi de sepulchris denegandam esse, 12

STRYK *in vs. mod. tit. de relig. §. 6.*

mithin die cognitio in casu præsenti dem Closter zu Preetz, welches sowol das ius patronatus, als die Gerichtbarkeit hat, nicht verwehret werden kan, da es als patronus vor die höchste nöthige reparatur der Closter-Kirche besorget seyn muß, und weil solches sine destructione der Begräbniß-Capelle, wie die species facti angiebet, nicht geschehen kan, vermöge der Ciuil-Gerichtbarkeit auch befugt seyn muß, alle Interessenten, die ein Recht an das quæstionirte Begräbniß haben möchten, vorher ohne Concurrenz des gemeinschafftlichen Ober-Consistorii citiren zu lassen; allermassen denn auch die causæ sepulchrorum im H. nicht anders als causæ ciuiles geachtet sind, daneben die Bestrafung der Cri- 13
minal-Fälle auf denen Kirchhöfen eines jeden Orts Obrigkeit zugelassen ist, ja auch der Gebrauch des gemeinschafftlichen Landes-Gerichts dererjenigen Zeiten, da selbige annoch unter dem Wechsels-weise persönlichen Vorsitz der aller- und höchsten Landes-Herrschafft gehalten worden, solches nachdrücklich bestätiget, und daraus bey der facti specie angeführet ist, daß zwischen C. von D. und H. R. zu B. der Streit 14
darin anno 1608. decidiret worden, ob ein Kirchspiel-Juncker ohne des andern Einwilligung ein neu Begräbniß in der Kirchen anrichten lassen könne? und der Streit zwischen O. von D. Wittwen und die Gebrüdere B. H. und C. von D. ob ein Erb-Begräbniß mit Kirchen-Stühlen bedecket werden könne? ebenfalls bey dem Land-Gerichte zu R. den 5. Oct. 1630. ausgemachet worden. Und obwol in anno 1636. ein gemeinschafftlich Ober-Consistorium oder geistlich Gericht angerichtet ist, dennoch die causæ sepulchrorum, welche vormahls als ciuiles geachtet sind, dahin nominatim nicht gezogen, sondern nur alle Ehe-Sachen, und was sonsten für excesse gegen die Kirchen-Ordnung verübet, und die Kirchen-Disciplin, auch Leben und Lehre der Geistlichen betreffen, gebracht sind, also billig zu glauben, daß die causæ sepulchrorum bey ihrem vorigen Gebrauch gelassen sind, allermassen denn auch in §. 2. der gedachten Landes-

Gerichts-

Gerichts-Ordnung de anno 1636. einem jeglichen sein wohl erlangtes ius patronatus in seiner völligen Ausübung gelassen, anbey in §. 11. verordnet ist, daß bey denen Kirchen-Güthern und deren Rechnung die Aufsicht und Verwaltung dem patrono verbleiben solle, nach welchem sich auch das Closter zu P. in an. 1640. befugt erachtet, auf dem Kirchhofe der Closter-Kirchen das quæstionirte Begräbniß ohne des Ober-Consistorii Einwilligung, nach dem Exempel anderer Evangelischen zu verkauffen, und den beygefügten Contract sub lit. A darüber zu schliessen, aus solchem contractu also, als einer causa mere ciuili dasselbe vermöge der zugleich habenden Gerichtbarkeit befugt seyn muß, die Edictal-Citation an alle Interessenten, die aus solchem contractu und sonsten ein ius contradicendi zu haben vermeinen, ergehen zu lassen, gleichwie bishero auch bey dem gemeinschafftlichen Land-Gerichte, absonderlich bey entstandenen Concursen, die subhastation der Begräbnissen mit veranstaltet ist, welches auch die exempla in andern Evangelischen Ländern, als absonderlich hier zu Halle, bestätigen, und hier nach auch die General Clausul des §. 4. der Landes-Gerichts-Ordnung *de anno 1636. P. IV. tit. 20.* verstanden und restringiret werden muß, daß dahin die Verordnung des iuris canonici nicht zu ziehen sey, welche offenbar mit denen principiis protestantium, nach welchen causæ sepulchrorum pro ciuilibus zu achten, streite, und also keine application finden können. *Ad L. XL. I. VII.*

So erhellet hieraus so viel, daß das gedachte Closter in der angeführten Sache die Edictal-Citation ohne des gemeinschafftlichen Ober-Consistorii Einwilligung abzulassen wohl befugt, und solche nicht nothwendig bey demselben zu suchen sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE NOV. MDCCXLVI.

DECISIO CXCIX.

THEMA.

Sepulchrum in diuisionem hereditatis venit.

SVMMARIA.

Sepulchra olim in diuisionem hereditatis non veniebant n. 1.
Quicquid non diuisum, commune manet n. 2.
Quomodo hoc sit capiendum n. 5.
Sepulchra hodie sunt in commercio n. 3.
Et obiectum diuisionis hereditatis constituunt n. 4.
Possessio documentorum alicuius rei præsumtionem dominii arguit n. 6.

Rationes dubitandi.

Obwol Appellantes durch das am 19. Mart. 1736. publicirte Urtheil darin insbesondere grauiret zu seyn vermeinen, daß denen curatoribus bonorum des G. Concursus die gesuchte Veräusserung der Begräbniß-Capelle in der Marien-Kirche zugestanden worden, sie auch darzuthun bemühet gewesen, daß ihnen solches denen Rechten nach nicht verstattet werden könte, weil die Witwe G. das Eigenthum an dem quæstionirten Begräbniß nicht gehabt habe, und auch darum nicht acquiriren können, weil 1) der verstorbene Rath G. laut des documents sub A n. 2. act. prim. inst. die quæstionirte Capelle vor sich und seine Erben, und also in der Absicht gekauffet, daß selbige ein Erb-Begräbniß seyn solte, dabey aus den Römischen Rechten aber bekannt, daß sepulcra hereditaria keine res in commercio sind, und also nicht eigentlich inter res, quæ in diuisionem veniunt, referiret werden können

I

Aufeingewandte Appellation, deren Iustification und erfolgte Gesetze in Sachen der sämtlichen Geschwister der G. wie auch der beyden jüngsten constituirten Vormündere Appellanten und Beklagten an einem, und der curatorum bonorum des G. Concursus, Appellaten und Klägern am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Carl Leopold, Hertzog zu Mecklenburg, Fürst zu Wenden, Schwerin und Ratzeburg, auch Graf zu Schwerin, der Lande Rostock und Stargard, Herr ꝛc. auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß in erster Instanz wohl gesprochen, übel appelliret, und dannenhero die sententia a qua zu confirmiren, Appellanten auch die expensas retardati processus nach deren vorgehabten liquidation und erfolgter Richterlicher Mäßigung zu erstatten schuldig. V. R. W.

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. X. T. H. *l. 7. D. de religios.* *l. 24. §. 1. D. ad SCt.* TREBELL.

mithin auch non obstante diuisione das quæstionirte Begräbniß unter allen Erben gemein bleiben müssen; hiernechst 2) in eben diesem Absehen drey Begräbnisse, worunter auch die quæstionirte Begräbnis-Capelle begriffen gewesen, der Witwe und deren vier Kindern in der ersten Theilung de an. 1720.

n. 10. lit. C Act.

gemeinschaftlich zugefallen, und dahero nicht erwiesen werden könte, daß das Eigenthum derselben auf die Witwe allein, mit Ausschliessung ihrer Kinder, den ietzigen Appellanten, transferiret worden, mithin da hierauf 3) die Mutter die väterliche Erbschaft mit ihren Kindern getheilet, in der Theilung aber der quæstionirten
2 Begräbniß-Capelle nicht im geringsten gedacht worden, daraus zu erfolgen scheine, daß es noch eben die Beschaffenheit mit dem Begräbniß nach der Theilung, als vor derselben, gehabt, und es also, als ein Erb-Begräbniß, allen Erben des verstorbenen G. nach wie vor gemeinschaftlich verblieben, welches nicht weniger 4) daraus erhellen möchte, daß die Witwe G. vor ihrer Austretung die zur Begräbniß-Capelle gehörige documenta den Vormündern ihrer Kinder ausgeantwortet, und dadurch ipso facto declariret, daß sie kein Eigenthum an demselben prætendire.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die rationes iuris Romani, quod sepulcra iuris diuini sint, bey uns heut zu Tage nicht mehr statt finden, und daher die Rechte der Erb-Begräbnisse nicht so wol nach den Römischen principiis, als vielmehr nach den heutigen moribus beurtheilet werden müssen, nach welchen offenbar ist, daß sie in
3 patrimonio heredum sind, und daher wohl veräussert werden mögen,

STRYK *in vsu mod. ad tit. de religios. §. 30. seq.*

4 einfolglich mit ad hereditatem referiret und in diuisionem gebracht werden können;

BOEHMER *in supplem. ad ius Paroch. p. 540.*

überdem auch der verstorbene Rath G. die quæstionirte Begräbniß-Capelle durch einen ordentlichen Kauf und vor einen bestimmten Kauf-Preiß erhalten hat,

vid. document. sub A n. 2. Act. prim. inst.

ja auch in der Erbtheilung selbst dem Sohn ersterer Ehe P. G. ein Begräbniß vor eine gewisse taxa, und die übrigen drey Begräbnisse, worunter auch das quæstionirte zu befinden, der Witwe und ihren Kindern zu ihrer Erb-portion zugeschlagen worden,

n. 10. lit. C Act. huius inst.

und also diese Begräbnisse bereits einigemahl so wol in commercium, als in diuisionem gebracht worden; hiernechst ad 2) et 3) obgleich die Witwe G. anfänglich mit ihren Kindern die ihnen zugefallene Güter, folglich auch das quæstionirte Begräbniß, ungetheilt und gemeinschaftlich besessen, dennoch die Mutter hernachmahls an. 1730. sich mit ihren so wol mündigen als unmündigen Kindern abgefunden, und die väterlichen Güter nach dem inuentario de an. 1720, worin auch das Begräbnis mit specificiret worden, mit ihnen getheilet, wobey aber zu bemercken, daß in dem darüber errichteten Theilungs-receß und in den daselbst bestimmten Erb-portionen der Kinder

sub lit. D, E n. 10. Act.

nicht die geringste Meldung der quæstionirten Begräbniß-Capelle geschehen, folglich daraus der sichere Schluß zu machen, daß, weil dieselbe keinem von denen Kindern unter ihre väterliche Erb-Portion angerechnet worden, selbiges nothwendig bey der Witwe Antheil, als der nur noch allein übrigen Erb-Portion, geblieben, und also derselben allein eigenthümlich zugefallen, folglich dies Begräbniß nach vollendeter Theilung eben so wenig als die übrigen Güter, unter der Mutter und Kindern gemeinschaftlich geblieben, ja vielmehr der Mutter Eigenthum an demselben dadurch per indirectum erwiesen worden, daß selbige bey der Abfindung auf keinen Erbtheil ihrer Kinder gebracht worden, wie denn auch ad 4) die Mutter unterschiedliche actus dominii exerciret, und auf dies besagte Begräbniß sehr viele Bau- und reparations-Kosten gewendet, ohne solche ihren Kindern bey der Abfindung anzurechnen; nachgehends sie auch die zu der quæstionirten Begräbniß-Capelle gehörige documenta bis zu ihrer Austretung in Händen gehabt, deren Besitz eine præ- 6
sumtionem dominii inuoluiret; dagegen dann nichts vermögen kan, daß sie kurtz vor ihrer Austretung selbige an ihrer Kinder Vormünder ausgeliefert, als welches in fraudem creditorum geschehen, indem sie, zu der Zeit, ihres daran habenden Eigenthums in fraudem creditorum sich nicht begeben können, bey solchen Umständen also den curatoribus des über ihr Vermögen entstandenen concursus den Rechten nach die Veräusserung der quæstionirten Begräbniß-Capelle allerdings verstattet werden müssen.

So sind wir, dergestalt zu erkennen, bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE DECEMBR. MDCCXXXVIII.

DECI-

Ad L. X. T. II.

DECISIO CC.

THEMA.

Actio familiæ erciscundæ prætensiones heredum singulorum inter se comprehendit.

SVMMARIA.

Cumulatio actionum contra diuersos non admittenda n. 1.
Emendatio diuisionis fit per familiæ erciscundæ iudicium n. 2.
Familiæ erciscundæ actio est vniuersalis n. 3.
Et constituit vnum iudicium plurium heredum ibid.
Causæ connexæ non sunt separandæ n. 4.
Familiæ erciscundæ actio arbitraria est n. 5.
Quæ in diuisione omissa, semper emendari possunt n. 6.
Diuisio hereditatis rectius ad commissarios remittitur n. 7.

Als die Herren uns Leuterungsschrift und erfolgte Gesetze, in Sachen Anwalden der B. in actis benannten Miterben, Beklagten an einem, und des aduocati ordinarii A. J. B. Klägern am andern Theil, in zwey zurück kommenden vol. zugeschicket ꝛc.

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem vol. II. sub ⊙ fol. 130. befindlich, und den 22. Febr. 1738. eröffneten Urthel billig zu lassen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol die Beklagte in ihren grauaminibus anführen, daß 1) die vorigen Urtheilsfassere in ihren ration. decid. die vol. 2. fol. 5. befindliche resolution zum Grunde ihrer decision gesetzet, weil Beklagten daselbst bedeutet worden, Klägern distinctim zu antworten, und ihre specificationes, wie sie bedürffenden Fals eydlich erhärtet werden können, einzureichen, welches beydes doch geschehen, und die specificationes bereits eingereichet, der fürstliche Commissarius auch fol. 17. das libell von punct zu punct untersuchet, und Klägern bereits angedeutet worden, künftighin distinctius zu klagen und die Sachen zu separiren, mithin auf die Einlassung nicht erkant werden mögen, bevorab da 2) fol. 58. Kläger seine Klage geändert, und von neuen andere Puncte eingegeben, dahero man genöthiget worden, fol. 72. auf eine ordentlichere Klage, so wol als separation, da ein und andere Puncte nur gewisse Erben in particulari betreffen, einzurichten, welches auch fol. 88. denen Rechten nach erkant, und solches 3) um destomehr geschehen müssen, als in der *Proceß*-Ordnung *P. II. tit. 2. §. 1.* deutlich versehen, daß zu Vermeidung aller confusion nicht mehr als drey Puncte zu cumuliren erlaubet seyn solle, da im Gegentheil Kläger in libell allein zehen Puncte, und hernach noch mehrere angegeben, die doch 4) nicht alle Beklagte, sondern nur einige davon alle und iede, einige aber nur diesen oder ieden Miterben in particulari concerniren, und man 5) aus dem libell nicht weiß, wer sich darauf einlassen soll, woraus nichts als lauter confusion entspringen könne, dabey denn das iudicium familiæ herciscundæ keine Entschuldigung geben möchte, weil doch nach wie vor, die cumulatio plurium causarum dabey sich befindet, welche zu nichts als lauter confusion Gelegenheit geben kan, dergestalt 6) Kläger billig in die Unkosten condemniret ist, und solches im letzten Urthel ohne Ursache aufgehoben worden.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die gantze Klage auf emendationem diuisionis inæqualiter et perperam factæ gehet, 2

iuxta *l. 3. C. commun. vtr. iudic.*

welches nicht anders als iudicio familiæ herciscundæ geschehen kan und muß, und bey dergleichen extraiudicial-Theilung, wobey allerhand confusiones vorfallen können, seine beste application findet,

BOEHMER *de action. sect. 2. c. 3. §. 63.*

welche Irrungen nothwendig mehr als aus einem Punct entstehen müssen, und dahero diese actio deswegen nicht allein vniuersalis, sondern auch sua natura duplex ist, daß solche viele prætensiones in sich fassen muß, bey welchen 3 deswegen keine cumulatio plurium actionum contra diuersos vorkommt, cum vnum hoc sit iudicium et coheredes inter semet inuicem agant,

l. 44. §. 4. D. famil. herc.

Ad L. X. T. II.

sonsten man, wenn es bey dem fol. 88. befindlichem Urtheil verbleiben solte, auf eine diuisionem et separationem causarum connexarum kommen würde, quæ iure prohibita est, 4

l. 10. C. de iudic.

welches auch der Proceß-Ordn. *P. 2. tit. 2. §. 1.* dessen Worte fol. 165. b. vol. II. angeführet, gantz conform, und diesem zu folge im letztern Urthel auf die Einlassung billig erkant ist, dargegen dann die ration. dubit. nichts verfangen, zumahl ad 1) die fol. 5. vol. II. befindliche resolution nicht anders ex natura motæ actionis, quæ arbitraria est, fallen mögen, auch sich nicht befindet, daß derselben fol. 17. ein 5 Gnügen geschehen, vielmehr aus der registratur erhellet, daß die Beklagte auf die Beschwerungs-Puncte sich nicht einlassen wollen, so sich doch gebühret hätte, wodurch dem arbitrio iudicis zu folge, denenselben vielleicht bald abgeholffen, und keine unnöthige Weitläuftigkeiten verursachet worden wären, welche absonderlich bey dem iudicio familiæ herciscundæ, welches seine besondere Natur und Eigenschaft hat, dadurch erreget werden können, wenn man auf die bey andern Sachen üblichen formalitäten gar zu sehr behangen bleibet, dergestalt, daß nicht besser in hac causa arbitraria verfahren werden mag, als wenn nach dem fol. 17. vorgenommenen, aber fruſtrirten tramite verfahren wird, dabey denn auch ad 2) keine mutatio libelli zu befinden, da dieses iudicium vniuersale ist, und wenn gleich nicht alle puncta specifice im libell angezeiget sind, denselben noch neue vorkommende puncta hinzugethan werden können, cum, quicquid perperam et inæqualiter in diuisione factum, hoc 6 iudicio b. f. emendandum sit,

l. 3. C. commun. vtr. iudic.

bey solcher Beschaffenheit ad 3) keine cumulatio plurium actionum hier zu befinden, und ad 4) die Einlassung nach Anleitung der fol. 5. vol. II. befindlichen resolution geschehen muß, und die puncta, die ein oder andern Erben in particulari betreffen, von denen, so benant sind, auch particulariter beantwortet werden können, und wobey keiner ins besondere genant ist, als bey dem dritten Punct, dennoch die Beklagte insgesamt wohl negative antworten mögen, da denn bey dem Beweise, wen Kläger gemeinet, sich schon finden, mithin ad 5) sich von selbsten zeigen wird, wer und welche sich darauf einlassen sollen, welches am füglichsten wird geschehen können, wenn, wie fol. 17. geschehen, coram commissione vom punct zu punct über die Beschwerung die Beklagte ihre Erklärung und Einlassung thun, und alle unnöthige Critiquen, die in hoc iudicio ohnedem bey Seite zu setzen, unterlassen, da sonsten nichts als confusiones ex reorum facto et culpa entstehen werden, welches billig ein iudex huic actioni addictus, ex officio zu præcauiren hat, wodurch dann, da das fol. 88. befindliche Urthel reformiret, und das letztere nunmehr confirmiret worden, die condemnatio in expensas hinweg fällt. 7

So hat geschehener massen erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXXXVIII.

RESPONSVM CCI.

THEMA.

In diuisione paternæ hereditatis fideicommissaria bona antea separanda.

Vid. T. IV. Resp. DCLXII. Them. 3.

DECISIO CCII.

THEMA.

De diuisione inter matrem et liberos sine tutore et taxatione bonorum facta annullanda.

SVMMARIA

SVMMARIA.

Diuiſio hereditatis ob enormem læſionem reſcindi poteſt n. 1.

Rationes ad præſens factum pertinentes n. 2.

Diuiſio cum pupillis a ſolis conſanguineis ſine conſtitutis tutoribus facta, nulla eſt n. 3.

Diuiſio hereditatis in ſolle et ſine inuentario nulla eſt n. 4.

Familiæ herciſcundæ actio XXX. annis præſcribitur n. 5.

Portio ſtatutaria non ex iure romano deſcendit n. 6.

Rationes ad factum pertinentes n. 7.

Diuiſio inæqualis qualiscunque corrigenda n. 8.

Niſi læſio ex æſtimatione oriatur n. 9.

Als uns derſelbe angebrachte Klage, erfolgte Antwort und darüber veranlaſetes Verfahren, in Sachen H. H. aus S. Klägers an einem, C. H. S. ebenfals aus S. Beklagten am andern Theil, in dem zurück kommenden faſciculo actorum zugeſchicket ꝛc.

Daß die n. act. 9. producirte Ehe-pacta und die darin geſchehene Theilung vor zu Recht-beſtändig nicht zu halten, dahero Beklagter zuforderſt eine ſpecification von ſeiner Schwiegereltern Vermögen, ſo wol an beweglichen als unbeweglichen Güthern, wie es in an. 1718. zur Zeit der geſchloſſenen Ehe-pacten geweſen, und er ſich deſſen angemaſſet, zu ediren, und wann Kläger zuforderſt darüber gehöret, ſolche eydlich zu beſtärcken ſchuldig, worauf alsdann dieſelbe in eine gerichtliche taxe, wie ſolche in an. 1718. geweſen, zu bringen, und die Theilung dergeſtalt vorzunehmen, daß der verſtorbenen Witwen ein 3thel, denen Kindern aber 2 Dritte-Theil, und von dieſen alſo Klägern $\frac{1}{3}$, worin er iedoch dasjenige, was er empfangen, zu conferiren gehalten, zugetheilet, und nechſtdem auch der verſtorbenen jüngſten Schweſter $\frac{1}{3}$ anzuſchlagen, und nach daſigen Rechten zwiſchen der Mutter und den nachgelaſſenen Geſchwiſtern zu vererben ſey. Und weil auch der vor fünf Jahren verſtorbenen Mutter nach dieſem Anſchlage $\frac{1}{3}$ tel an den Gütern gebühret, und ſie ſolchen nach ſich gelaſſen, ſo iſt Beklagter die Helfte davon dem Kläger mit denen genoſſenen Früchten, von Zeit des mütterlichen Todes ebenfals abzutreten oder zu vergüten, Beklagter alſo mit ſeiner verſtorbenen Frauen Antheil, was ihr daran bey ihrem Leben gebühret, ſich begnügen zu laſſen ſchuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter in einigen Puncten litem negatiue conteſtiret, und anbey Klägern exceptionem pactorum dotalium et non competentis actionis opponiret, zumahl er ja ſelbſten die Ehe-pacta unterſchrieben, die Theilung ſeint 1718. und alſo über 28 Jahr agnoſciret, auch ſeiner jüngſten Schweſter Verlaſſenſchaft ebenfals amicabiliter mit ihm getheilet, und obwol Kläger ſich in einer enormi læſione gegründet, woraus eine Theilung ſonſten 1
umgeſtoſſen werden kan;

l. 3. C. commun. vtriusque iudic.

dennoch ſolche noch zur Zeit nicht erwieſen, darneben Kläger zwar angezeiget, daß das meiſte von den Güthern im väterlichen beſtanden, und 2
ſeine Mutter nur zwey Aecker inferiret, dennoch wiederum ſolches unerwieſen, es dahero ſcheinen will, alſo wenn nach des Beklagten Meinung zuförderſt interloquiret und auf Beweiß und Gegenbeweiß erkant werden müſſen, weil alsdann erſt ſich finden dürfte, ob Klägers Mutter von denen Güthern, ſo, wie in Ehe-pacten geſchehen, diſponiren können, wenn aber die geſchehene Theilung nicht beſtehen ſolte, Kläger vermeinen wollen, daß ſolche alsdann auf den vor fünf Jahren verſtorbenen Mutter Tode einzurichten, und ihm alſo die Helfte davon, Beklagten aber die andere Helfte gebührete, welches aber Beklagter nicht an ſich kommen laſſen und verneinen will, daß auf die Zeit der geſchehenen Theilung zu reflectiren, und ſich dabey auf die ordin. polit. c. XIV. bezogen, nach welcher damahls der Mutter $\frac{1}{3}$, denen Kindern insgeſamt aber $\frac{2}{3}$ gebühret, und ſich alſo leicht finden würde, daß keine læſio vorhanden, Klägern auch dabey keine reſtitution in integrum zu ſtatten kommen könne, nachdem das quadriennium vorlängſt verfloſſen, nachdem Kläger bereits über viertzig Jahr alt ſey, ob er gleich tempore factæ diuiſionis minorennis geweſen ſeyn mag, dergeſtalt alſo es das Anſehen gewinnen will, alswenn Kläger mit ſeinem Suchen abzuweiſen, oder wenigſtens auf Beweiß und Gegenbeweiß erkant werden ſollen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch aus denen n. 9. producirten Ehe-pacten ſo fort erſichtlich, daß die 3
darin geſchehene Theilung zwiſchen der Mutter und ihren Kindern zu Recht nicht beſtändig und billig wieder aufzuheben ſey; anerwogen anfänglich in confeſſo iſt, daß Kläger damahls, als die Ehe-pacta errichtet, nur etwa zehn Jahr alt geweſen, keinen Vormund, der ſein Beſtes dabey beobachten möchte, gehabt, und ob gleich deſſen Verwandten dabey geweſen, dennoch ſie zu keiner Vormundſchaft-Pflicht beſtellet worden,

Ad L. X. T. II.

den, auch nicht als Vormünder unterschrieben, dessen prætendirte Unterschrift aber keinen effectum iuris haben kan, als welche mehr durch andere als ihn geschehen. So dann die Güther vorher nicht richtig im Anschlag gebracht, kein inuentarium oder specification der Güther verfertiget, und alles in Pausch und Bogen, ohne einigen regard auf die Gleichheit und Richtschnur der polit. ord. c. XIV. zu nehmen, so hin vertheilet worden, daß man bey solchen klaren und offenbahren Umständen bey der in denen Ehe-pacten des Beklagten geschehenen Vertheilung der Güther nicht bestehen bleiben mögen, bevorab da eines dem Kläger keine præscriptio entgegen stehet, sondern so wol die querela nullitatis, als die actio familiæ herciscundæ ob perperam factam diuisionem

in l. 3. C. comm. vtr. iudic.

fundata erst nach dreyßig Jahren verlohren gehet, so noch nicht verflossen, man auch nicht nöthig hat, auf die restitutionem in integrum zu reflectiren, deren Kläger nicht bedarf, am wenigsten aber auf Beweiß und Gegenbeweiß zu erkennen, nöthig gewesen, nachdem eines Theils die nullitas diuisionis offenbar ist, andern Theils, in Mangel eines inuentarii oder eydlichen specification, die angegebene læsion nicht anders als durch die edition einer eydlichen specification, und zugeschehenden taxation der Güther herausgebracht werden kan, nach welcher alsdann dieselbe, wie sich gebühret, zu vertheilen sind. Dabey aber 1) zu bemercken, daß des Beklagten Anführen in seiner duplic-Schrift, daß unter Eheleuten daselbst die communio bonorum vsuel sey, gantz gegründet zu achten, zumahl die ordin. polit. c. XIV. auf dieselbe sich gründet, und deswegen indefinite das Guth benennet, und solches in drey Theile zu setzen bestimmet ist, wie dann in Teutschland dergleichen portiones statutariæ aus der Gemeinschaftlichkeit der Güther entsprungen, das Römische Recht aber davon nichts weiß, und also kein Antheil der Witwen affigniret:

STRYK *in vs. mod. ad tit. vnd. vir et vxor §. 9.*

2) daß dieserwegen nicht zu untersuchen, ob solche paterna oder materna gewesen, weil die Eintheilung aus den gemeinen Güthern in an. 1718. geschehen muß, dergestalt der Beweiß hier überflüßig gewesen: 3) daß die Mutter bey solcher Beschaffenheit in a. 1718. wohl befugt gewesen, die Theilung unter sich und ihren Kindern vorzunehmen, wenn sie nur rechtlich dabey verfahren, und da solches nicht geschehen, nothwendig eine andere Theilung nach dem statu bonorum, wie solcher in a. 1718. gewesen, vorzunehmen, vt ita tantum, quod vitiose et nulliter in diuisione factum, emendetur, bevorab da die Mutter dem Beklagten seiner Frauen Antheil in dotem zu geben versprochen, und sie also zu der Theilung ex pactis dotalibus verbunden gewesen, ob sie wol ihrer Tochter nichts mehr als ihren Antheil aus denen Güthern attribuiren können, auf solche also der Beklagte ein ius quæsitum hat. Und ob 4) diese zwar bey ihren Lebzeiten die Theilung nicht angefochten, dennoch Klägern, der vornemlich dabey interessiret, solches nicht verhindern können, auf eine neue rechtliche Theilung zu dringen, woraus denn gantz natürlich folget, daß auch der Mutter und der jüngsten Schwester Antheil verändert werden muß, zumahl dieselbe ohne Zweiffel auch zu der Zeit noch minorennis und ohnbevormundet gewesen; dahero 5) Kläger unrecht daran ist, wenn er die Helfte von denen Güthern prætendiret, und die Theilung nach der Zeit der Mutter Todt einrichten will, da wie n. 3. schon gedacht, solche ad tempus anni 1718. zu reduciren, mithin der Mutter nach der polit. ordn. c. XIV. $\frac{1}{3}$ denen drey Kindern, die damahls noch gelebet, $\frac{2}{3}$ und von diesen Klägern $\frac{1}{3}$ zu zuerkennen, das eine $\frac{1}{6}$ aber dem Beklagten allein loco dotis zugefallen, und was der jüngsten Schwester $\frac{1}{6}$ von denen $\frac{2}{3}$ betrifft, selbiges auf die Mutter und ihre beyden Geschwister, nach ihrem Tode, verfallen, wie nach gemeinen Rechten iuris ist, zumahl in actis nirgends angeführet ist, daß daselbsten das Kindes-Theil der Mutter allein in den Schooß falle, oder aber daß die Mutter davon ausgeschlossen werde, oder endlich sie ihres Erbrechtes sich begeben. Endlich 6) der Mutter Antheil nach ihrem Tode auf Klägern und seiner ältesten Schwester-Kinder ohnstreitig devoluiret ist, welche letztere in stirpes succediren, und also Klägern die Helfte davon zustehet, nach welchen principiis, wenn erst alle Güther, auch die Conferenda, in Anschlag gebracht, und nach solchen ein gewisses quantum bonorum herausgebracht worden, sich die Ausrechnung machen lassen wird, wie viel einem ieden davon zu attribuiren, und, wie weit eine gravis læsio in Ansehen Klägers durch die in an. 1718. geschehene Theilung erfolget sey, dabey dann eben nicht eine læsio vltra dimidium zu attendiren, cum sufficiat, quod diuisio perperam facta, quæ æqualiter facienda erat;

l. 3. C. comm. vtr. iudic.

alsdann aber nur die læsio vltra dimidium zum Grunde zu legen, wenn bey dem Anschlag der Güther sich eine læsio ereignen solte, daß sie zu hoch oder gering angeschlagen, cum æstimatio bonorum instar venditionis sit.

l. 1. C. eod.
l. 10. ff. de iur. dot.

So sind wir geschehener massen zu erkennen, veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXLVIII.

RESPON-

RESPONSVM CCIII.

Ad L. X. T. II.

THEMA.

Pecunia pro hereditaria habetur, quæ ex venditione rei hereditariæ debetur.

Vid. T. IV. Resp. XIII. Them. 2.

RESPONSVM CCIV.

THEMA.

Portionis statutariæ in hereditate materna ratio non habetur, si defuncta mater cum liberis non diuisit, sed in communione permansit.

Vid. T. IV. Resp. DIII. Th. 2.

RESPONSVM CCV.

THEMA.

Filius, cui portio sufficiens assignata, a cohærede iuratam specificationem petere nequit.

Vid. T. IV. Resp. DVIII. Them. 3.

DECISIO CCVI.

THEMA.

Iure Luneburgensi vidua ante diuisionem nomina exigere potest.

SVMMARIA.

Legitimatio ad causſam in quauis iudicii parte opponi potest n. 1.
Rationes dubitandi ex facto desumtæ n. 2.
Iure Saxonico et Luneburgensi vidua quamdiu ad secunda vota non transit, diuidere non tenetur, sed communibus bonis fruitur n. 3.
Ergo nomina exigere recte potest n. 4.

Auf ferneres Verfahren und erfolgte Gesetze in Sachen des sel. J.P. Witwe zu B. Klägerin und Reconuentin an einem, und J.C.B. Beklagten am andern Theil, erkennen Gerichts-Schul-

ze, Burgermeister und Rath der Stadt L. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht ꝛc.

Daß Klägerinne sich ad hanc causam gnugsam legitimiret, und Beklagter also

Ad L. X. T. II.

das ausgeklagte Capital der 200. Thlr. nebst restirenden Zinsen, nach Abzug dessen, was Klägerinne noch wegen ihres verstorbenen Mannes ex causa derer quæstionis deponirten 200. Thlr. an Beklagtens Frau schuldig, zu bezahlen, und Beklagter zu dem Ende den ihm deferirten Eyd, daß er oder seine Frau von solchen deponirten Geldern nicht mehr als 100. Thlr. wieder empfangen, nach der Klägerin vorgängigen Eyd vor Gefehrde abzustatten pflichtig, im Gegentheil Beklagter mit seinem Gesuch sowol ratione dotis als editionis iuratæ specificationis vel inuentarii abzuweisen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) Beklagter der Klägerin, als seiner Schwiegermutter, exceptionem legitimationis ad causam opponiret, und von ihr Beweis verlanget, daß sie ihres Mannes Erbin
1 sey, und in solcher qualität die eingeklagte Schuld der 200. Thlr. einfordern könne, welche exception in qualibet iudicii parte, ja auch in ipsa executione, noch opponiret werden könne,

BERLICH *P. I. concl. 84. n. 9.*

und obwol 2) Klägerin sich hiebey auf das Lübeckische Recht beruffet, solches doch in der da-
2 sigen Policey-Ordnung P. I. art. 8. aufgehoben, und daß in Mangel besonderer Satzungen nach dem Sachsen-Recht, und, hoc deficiente, nach den beschriebenen Kayser-Rechten gegangen werden solle, verordnet worden, also Klägerinne sich zu der Schuld-Forderung noch zur Zeit nicht legitimiret hätte, darneben ihr 3) nichts anginge, wo die nach und nach von seinem Schwieger-Vater gezahlte 100. Thlr. ihren Platz nehmen, und ob sie an dem dote seiner Frauen oder denen in deposito von ihm empfangenen Geldern abgerechnet werden solten, so, daß auch die deswegen von der Klägerin geschehene Eydes-Delation nicht statt finde, der von Beklagten angegebene dos aber 4) durch den abgestatteten Eyd nicht remouiret sey, da sie nicht weiter geschworen, als daß sie von der Versprechung dieses Braut-Schatzes a 200. Thlr. nichts wisse, so doch dessen Warheit nicht aufhebe, vielmehr 5) Klägerin nunmehr die von ihr reconueniendo geforderte editionem inuentarii oder iuratæ specificationis ihres Mannes Nachlaß zu bewerckstelligen schuldig sey.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) Beklagter bereits zu Bezahlung der eingeklagten Schuld-Forderung den 5. Aug. 1740. euentualiter Rechtskräfftig condemniret worden, und Klägerin sich zur Eintreibung dieser Schuld gnugsam legitimiret, dieweil ihr Mann in Lüneburg in Bedienung, und bis an sein Ende wohnhafft gewesen, und dann in Lüneburgischen Statutis P. IV. tit. 1. §. Stirbet auch ꝛc. deutlich versehen, daß nach des Mannes Tode weder die Kinder, noch Freunde die Witwe zu keiner 3
Theilung, so lange sie Witwe bleibet, treiben könne, sondern sie in denen gesamten Güthern sitzen bleiben, und solche nutzen könne, welches auch ad 2) denen gemeinen Sächsischen Rechten gemäs ist, welche nach Beklagtens eigenen Geständniß daselbst noch ante ius cæsareum üblich sind,

ius prou. Sax. lib. 1. art. 11.

RICHTER *decis. 18. n. 11. sqq.*

SCHILTER *in pr. iur. Rom. ex. 3. §. 11.*

HARPRECHT *de vsufr. statut. mar. diss. 1. §. 6.*

mithin sie vermöge dieses Rechts wohl befugt ist, die in den Nachlaß ihres Mannes gehörige Schulden einzutreiben,
4

HARPRECHT *cit. l. p. 125.*

und weil ad 3) Klägerin eingeräumet, daß ihr Mann von Beklagtens Frau 200. Thlr. in depositum empfangen, und bereits 100. Thlr. gezahlet, so Beklagter gestanden, der Klägerinnen allerdings daran gelegen, wo diese gezahlte 100. Thlr. ihren Platz haben sollen, als welche nunmehr von dem schuldigen Capital der 200. Thlr. abzurechnen, und Beklagter schuldig ist, den ihm darüber deferirten Eyd, ob er oder seine Frau nichts mehr bereits gehoben, præuio iuramento calumniæ abzuschwören, bevorab da ad 4) Klägerin den ihr über den angeblich versprochenen dotem deferirten Eyd abgeschworen, und ob solcher Eyd gleich nur ihre ignorantiam bestärcket, dennoch auch Beklagter mit nichts sonsten dargethan, noch anführen können, daß ihm sein seliger Schwieger-Vater 200. Thlr. loco dotis versprochen, sondern er diesen Punct auf dis Eydes-Delation gestellet, so, daß er mit dieser Forderung nunmehr abzuweisen, cum iuramentum sit finis litium, woraus denn ad 5) auch von selbsten folget, daß die Klägerinne, da sie ihren Witwen-Stand nicht verrücket, zur edition eines inuentarii nicht verbunden.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVGVSTO MDCCXLI.

DECISIO

DECISIO CCVII.

Ad L. X. T. II.

THEMATA.

I. Ius prælationis inter æquales heredes ex falsis fundamentis assertum.

II. *In caussis summariis incidenter propositis lis præscindenda.*

SVMMARIA.

Leuteratio prosecutione omissa deserta est n. 1.
Bona stemmatica stemmati conseruanda n. 2.
Rationes dubitandi ex facto desumtæ n. 3.
Contra desertionem leuterationis in dubio pronuntiandum n. 4.
Quid sint bona stemmatica? n. 5.
In successione non attenditur, bona an a patre vel matre profecta n. 6.
Voluisse non sufficit testatorem, nisi quis legitime voluerit n. 7.
Communio bonorum non ex iure Romano explicanda n. 8.
Exceptio dilatoria post L. C. emergens admittitur n. 9.
Causæ connexæ in eodem foro tractandæ n. 10.
Clausula als ein **Wahrbürge** *non est indemnitatis fideiussor* n. 11.

Als die Herren uns eingewandte Leuterung, deren prosecution und erfolgte Gesetze, wie auch ferneres Vorbringen und darüber ebenfalls ad acta gebrachtes Verfahren in Sachen S. B. S. Klägers und Leuteranten an einem, und Anwalds dessen Stief-Bruder I. C. S. und cons. Beklagten und Leuterates am andern Theil, in dem zurück kommenden vol. act. etc.

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem fol. 100. befindlichen, und den 16. Iul. anno 1745. eröffneten Urtheil billig verbleibet, und hat des Klägers ad acta gebrachtes f. 124. befindliche Vorbringen gestalten Sachen und Umständen nach nicht statt. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol der fol. 116. interponirten Leuterung exceptio desertionis dahero opponiret ist, weil, da der terminus prosecutionis auf den 17. Sept. 1745. gesetzet gewesen, doch 1 Leuterant erst den 18. Sept. laut fol. 144. b. die Leuterung prosequiret, welches sine desertione nicht geschehen mögen, nachdem wenigstens in formalibus in anberahmten termino solche prosequiret werden sollen.

RIVIN. *in enunc. ad proc. enunc. 55. sq.*

Uebrigens wenn solche nicht desert seyn solte, es das Ansehen gewinnet, als wenn die grauamina vor erheblich zu achten, zumal Kläger gegen das Göttingische Urthel angeführet, 1) daß seine fol. 42. befindliche Exceptions-Schrifft von denen Urtheils-Fassern gäntzlich übergangen worden, worauf doch laut der Proceß-Ordnung P. II. tit. 22. §. 7. hauptsächlich erkant werden sollen, nachdem er 2) sein Vorrecht an dem quæstionirten Erbschaffts-Hause darin ausgeführet, und, daß solches von seiner Mutter hergerühret, sie bereits bey ihres ersten Mannes Lebzeiten es besessen, ja von demselben überkommen, zum Grunde gesetzet, dessen Beweiß und Gewißheit nicht allein fol. 162. in dem extract des Geschoß-Buchs de anno 1689. u. s. w. sondern auch in der fol. 166. befindlichen deposition des abgehörten Zeugens anzutreffen, aus denen Statutis lib. II. art. 13. aber zu ersehen, daß Stamm-Güther, so von Eltern herkommen, 2 bey denjenigen, so von demselben Stamm sind, verbleiben, und sie darin ein Vorrecht haben sollen, darneben 3) Kläger nicht zugeben will, daß Beklagte maiorem partem an dem Hause haben solten, da eines Theils, wenn 3 er gleich, als sein Vater ad secunda vota geschritten, 200. Fl. vom Hause erhalten, doch solches in pœnam secundarum nuptiarum geschehen, dadurch er seinen Antheil am Hause nicht verlohren, andern Theils zwar seine drey Stief-Brüder coniunctim maiorem partem am Hause hätten, gleichwol sie nicht coniunctim, sondern sigillatim consideriret werden müsten, weil sie nicht coniunctim succediret, sondern ein jeder vor sich seinen Antheil am Hause habe, dritten Theils nicht zu befinden, warum er denen Beklagten eine tertiam am Hause, so einmal auf 600. Thlr. in der Theilbietung gesetzet, überlassen solle, da es doch kein Guth sey, so stante matrimonio posteriori acquiriret worden, darneben er 4) vermeinen will, daß ihm das dasige statutum lib. III. art. 50, davon extractus fol.

Ad L. X. T. II.

174. befindlich, nicht entgegen stehe, massen was darin von der Vertheilung der $\frac{2}{3}$ unter denen Kindern erster und andern Ehe gedacht worden, solches die Kinder erster Ehe von dem noch übrigen Theil nach fol. 158. nicht ausschliesse, da sie alle einen Vater hätten, und das Hauß noch in natura vorhanden sey, dessen Vertheilung nunmehr erst vorgenommen werde. Welchem 5) ihre fol. 18. gethane Erklärung wegen Ueberlassung des Hauses hinzu tritt, so er acceptiret, und da sie ihre reservirte Erklärung nicht gethan, nicht anders zu glauben, als daß sie dabey geblieben, und davon nicht wieder abgegangen. Uebrigens zwar 6) seine vorige Leuterung pro deserta in Göttingischen Urthel erkläret worden, dennoch solches nicht geschehen mögen, zumal er in seiner Leuterung gebethen, die Sache, bis man wegen des abwesenden Bruders sichere Nachricht erhalten, inzwischen in suspenso zu lassen, dahero wider alles Verfahren protestiret, und seine Sache vorher serenissimo vorzutragen, sich ausgebethen, dessen gnädigste resolution auch erfolget, und die Güte angerathen, und ob zwar f. 76. solche tentiret, dennoch Beklagte in Person nicht erschienen, und dadurch solche verhindert, er dahero 7) auch mit den Termins-Kosten zu verschonen, bevorab da Beklagte auch geleutert, den Termin selbsten extrahiret, derselbe also nicht fruchtloß gewesen, so, daß es scheinen will, als wenn das letzte Urthel zu reformiren gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die exceptio desertæ leuterationis unerfindlich, indem Leuterant laut fol. 154. b. persönlich erschienen, und sich zum termino gemeldet, und weil sein consulent laut fol. 155. damahls ex iusta causa verreiset gewesen, sich zum Einbringen das septiduum reseruiret, welches gnug gewesen, nachdem in der Proceß-Ordnung laut f. 61. b. klar versehen, daß die Leuterung in diesem Fall pro deserta nicht zu achten, wenn Ehehafften erweislich sind, die Kläger hier in continenti dargethan; wiewol auch nach der Verordnung de anno 1726. §. 11. die Eintheilung des septidui also eingerichtet ist, daß jeder zum ersten Satze zwey Tage haben solle, und dahero Leuterant den andern Tag noch seinen Satz ad acta zu bringen befugt gewesen, nicht zu gedencken, daß in dubio vor die Richtigkeit der fatalien contra desertionem zu sprechen. 4

WERNHER *vol. V. P. VIII. obs. 422.*

So viel hergegen die materialia betrifft, dieselbe gantz ungegründet zu achten, anerwogen Kläger das Vorrecht bey der itzigen Theilung an dem quæstionirten Hause zu behaupten intendiret, und zwar ex triplici fundamento: (a) weil solches von seiner Mutter herkomme, (b) weil er gleichen Antheil am Hause habe, (c) und Beklagte ihm selbsten das Hauß überlassen, welche drey Puncte ad 1) in der Exceptions-Schrifft zum Grunde geleget, und in rationibus decidendi von ICtis Göttingensibus beantwortet, und aus dem Wege geräumet sind, auch würcklich keinen Grund haben, angesehen ad 2) man endlich wohl zugeben kan, daß das Hauß seine Mutter vormals gehabt, aber solches deswegen kein Stamm-Guth ist, weil aus dem, was in actis angeführet ist, nichts weiter heraus kommt, als daß des Klägers Mutter solches aus der Theilung mit ihren Kindern erster Ehe bekommen, und also primitus acquiriret, hernach Beklagten Vater solches mit ihr erheyrathet, und dadurch ex natura communionis ein condominium daran erhalten, auch nach ihrem Tode $\frac{2}{3}$ daran behalten, und da er wieder geheyrathet, dem Kläger die tertiam ex statuto von dem Hause, gleichwie von allen andern unbeweglichen Güthern, am Gelde abgetragen, daraus aber nicht folgen will, daß es deswegen 5 ein Stamm-Guth sey, als welches nicht anders geschehen mögen, als wenn es post mortem matris iure hereditario bereits an Klägern verstammet und erblich acquiriret worden, so bey der Erbschichtung mit seinem Vater nicht geschehen, der es vielmehr eigenthümlich behalten, ihn ratione tertiæ mit 200. Fl. abgefunden, und dadurch das Hauß zu seinem patrimonio gediehen, und nunmehr nicht anders als seines Vaters Hauß anzusehen, so in die Theilung quoad duas tertias kommen muß, in qua non attenditur differentia bonorum, vtrum a patre, an a matre prouenerint, sed cuius tempore mortis fuerunt 6

STRVV. *in iurispr. priu. lib. II. tit. 30. §. 15. in f.* ibique RICHTER *cit.*

ihm auch nicht zu statten kommen kan, daß nach Aussage des Zeugens ad art. II. f. 169. seine Mutter vielmahls gesaget haben soll, daß solches Hauß Kläger haben solle, nachdem solches dadurch noch lange nicht erwiesen, und wenn solches gleich geschehen, es nicht gnug gewesen, hoc matrem voluisse, nisi etiam 7 legitime voluerit, massen auch darneben sein Vater darin consentiren müssen, der solches Hauß mit ihr erheyrathet, nach ihrem Tode $\frac{2}{3}$ daran gehabt, und sie zu dessen præiudiz nichts verordnen mögen. Und so viel ad 3) das andere fundament betrifft, nach welchem er denen Beklagten maiorem partem an dem quæstionirten Hause bestreiten will, solches auf falschen suppositis beruhet, da falsch ist, daß sein Vater in pœnam secundarum nuptiarum ihm tertiam von den unbeweglichen Güthern, und also 200. Fl. am Hause, heraus geben müssen, als welches vielmehr aus der Abfindung und Schichtung mit ihm, diese aber ex antiqua bonorum communione herrühret, dabey das ius Romanum hindan zu setzen, hergegen das statutum zum Grunde zu 8 legen, welches gar klar saget, daß er seine

tertiam

tertiam am Hause dadurch verlohren, und in die Theilung mit denen Kindern anderer Ehe nur $\frac{2}{3}$ am Hause kommen sollen; ferner falsch ist, daß Beklagte auch sigillatim nicht maiorem partem an dem Hause haben sollen, da er ja nur von denen $\frac{2}{3}$ am Hause seine quartam bekomt: wiederum eine falsche Erklärung f. 158. von der fol. 124. befindlichen Weisung gemachet ist, als wenn dessen Meinung dahin gegangen, daß er den vierten Theil von dem toto haben solle, da doch expresse darin befindlich, daß von denen $\frac{2}{3}$ derer in der Theilbietung enthaltenen Güther der vierte Theil ihm ausgeantwortet werden solle, welches auch Rechtskräfftig worden, und nach dem statuto nicht anders erkläret werden kan, anderer Gestalt er ausser dem $\frac{1}{3}$ an dem Hause, damit er bereits abgefunden, nochmahls von diesem dritten participiren würde, welches der Absicht des statuti völlig zuwider ist, und weil übrigens unter Klägern und Beklagten eine neue Theilung vorzunehmen, es auch höchst nöthig ist, daß auch nunmehro eine neue æstimatio domus pro præsenti statu vorgenommen werde, wie im vorigen Urthel erkant und von Klägern nicht eben angefochten ist, dieserwegen ad 4) die falsche Erklärung des statuti lib. III. art. 50. hinweg fällt. Endlich ad 5) der letzte Grund ebenfalls nichtig, und in den ration. decidend. des vorigen Urtheils zur Gnüge gezeiget, daß die gethane Erklärung von dem einen Mitbeklagten imperfecta geblieben, ad referendum angenommen, und von denen gesamten Beklagten keine categorische resolution darauf erfolget. Uebrigens ad 6) wohl klar gnug ist, daß seine fol. 35. interponirte Leuterung delert sey, und ihm nicht zu statten kommen mag, daß er gebethen, den Prosecutions-Termin in suspenso so lange zu lassen, bis wegen des abwesenden Bruders nähere Nachricht eingezogen, welchem petito nicht deferiret, sondern vielmehr terminus prosecutionis f. 39. hoc non obstante anberahmet worden, und er dahero auch seine Leuterung in termino prosequiren sollen, so er aber nicht gethan, und ad 7) deswegen billig die Termins-Kosten bezahlen müssen.

So sind wir, wegen der Leuterung, geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

Nachdem auch ferner Kläger in seiner fol. 124. befindlichen imploration an- und vorgebracht, was Gestalt Beklagte ihm die auf der zu vertheilender Länderey stehende Winter-Früchte geschencket, und er ihnen den Eyd darüber deferiret, so ist auch fol. 191. sqq. hierüber verfahren worden. Ob nun wol unterschiedliche exceptiones dilatoriæ, als termini nimis angusti, inepti et obscuri libelli, pacti de non petendo etc. fol. 140. opponiret, welche Kläger fol. 191. aus dem Wege geräumet, hiernächst aber bey dem Verfahren fol. 195. Beklagte annoch exceptionem primæ instantiæ hinzu gethan, und vermeinen wollen, daß, weil I. C. S. zu Franckenhausen Bürger sey, diese Klage vor den Stadt-Rath gebracht werden müssen, welcher dieselbe noch exceptionem spolii beygefüget, immassen Kläger in diesem Jahr 2. Furchen Wicken von dem 1½ Stücke, so sie in Pacht gehabt, entweder selbsten abgeschnitten, oder abschneiden lassen, spoliando weggenommen haben soll, worüber sie dem Kläger den Eyd deferiret, so propitio iure wol geschehen mögen, weil die causa spolii hier blos ciuiliter tractiret worden, ja es scheinen will, als wenn ex post facto nach denen fol. 140. übergebenen exceptionibus, diese exceptio erst entstanden, und also noch wohl opponiret werden mögen, *Ad L. X. I. II.*

Schwartzburgische *Proceß*-Ordnung *P. II. tit. 3. §. fol. 221.*

dahero es scheinen will, als wenn zuförderst hierüber erkant werden müssen, und obgleich Beklagte fol. 215. b. sqq. litem contestiret, jedoch solches nur euentualiter geschehen.

Weil aber dennoch allhier blos eine causa summaria ist, die incidenter in dieser Haupt-Sache mit eingeflossen, so dergleichen dilatorias exceptiones nicht zuläßet, darneben aber connexionem mit derselben hat, so, daß sie ad aliud forum nicht gezogen werden mag, und die exceptio primæ instantiæ nicht statt finden könte, wenn sie gleich nicht zu spät opponiret worden wäre, welches auch von der exceptione spolii zu sagen, da Beklagte weder die eigentliche Zeit bestimmet, noch ihre possession der zwey Furchen dargethan, so sie billig in continenti beybringen sollen, man auch nicht nöthig findet sonderlich hierauf zu sehen, da dem Kläger die exceptio pacti de non petendo entgegen stehet, immassen als derselbe in termino nochmahls die Winter-Früchte prætendiret, dem aber Beklagte widersprochen, so gleich derselbe heraus gefahren:

Er wolle also lieber gar nichts haben, und möchten sie es hinfressen in aller Teufel Nahmen,

welche Worte, ob sie gleich auf gottlose und strafbare Art vorgetragen, dennoch von dem obiecto litis, nemlich von denen prætendirten Winter-Früchten, verstanden und angenommen werden müssen, derer er sich dadurch begeben, und dadurch sofort die Klage elidiret worden, bevorab da der Mitbeklagte I. C. S. die Schenckung zwar vor sich eingestanden, aber daß solches nicht pure, sondern conditionate, wann Kläger mit Beklagten sich in allem in Güte vergleichen werde, geschehen, opponiret, dahero Kläger auch nicht einmal f. 128. bey der von ihm gethanen Erklärung sich auf eine Schenckung bezogen, sondern nur schlechterdings angeführet: er wolle hoffen, daß ihm die darauf stehende Früchte

Ad L. X. T. II. auch mit gelassen werden würden, man daherο wohl siehet, daß dieses negotium wegen Schenckung derer Früchte annoch imperfectum geblieben, und daraus keine Verbindung entstehen können. Weil endlich Kläger und Beklagte billig entstehen sollten über dergleichen Kleinigkeiten einen Proceſs zu führen, und denselben in so viele Neben-Streitigkeiten, wie hier geschehen, einzuwickelen, so, daß man vor billig erachtet, sofort diesen unrechtfertigen Weitläufftigkeiten vorzubeugen, und solche geringschätzige Klage abzuschneiden.

So sind wir auch dieses Vorbringens wegen geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMB. MDCCXLV.

RESPONSVM CCVIII.

THEMA.

Diuiſio hereditatis ex capite læſionis impugnari poteſt.

Vid. T. IV. Reſp. DCVII. Them. 1.

Tit. III. Communi diuidundo.

DECISIO CCIX.

THEMA.

Diuiſio ſyluæ communis non facile impedienda.

SVMMARIA.

Diuiſio non præciſe communionem, ſed æque ius in alieno ſupponit n. 1.
In re communi melior conditio prohibentis n. 2.
Præſcriptio etiam in re meræ facultatis per prohibitionem et acquieſcentiam fundatur n. 3.
Vtrum diuiſio rei communis ob imminentia incommoda retardari queat? n. 4.
Quando in re communi melior ſit conditio faciens? n. 5.
Communionis perpetuitas legibus prohibita n. 6.
Sola præſcriptio immemorialis contra leges prohibitiuas locum habet n. 7.
Quomodo incommodis in diuiſione ſubueniendum? n. 8.
Quidſi in diuiſione vnius portio prægrauare videatur? n. 9.

Auf interponirte ſupplication und dagegen vorgebrachte Nothdurfft in Sachen des Closters W. Klägers an einem, wider die Gemeinde daſelbſt, Beklagte am andern Theil, erkennen Königlich Grosbritannische zur Churfürſtl. Braunſchweig-Lüneburgiſchen Juſtiz-Cantzley verordnete Director, Vice-Director und Räthe, nach eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der eingewanten ſupplication ohngehindert bey dem n. act. 36. befindlichen, den 29. Febr. anno 1748. eröffneten Urtheil billig verbleibet, jedoch mit dieſer Erklärung, daß bey der künfftig zu der Theilung anzuordneten Commiſſion, wozu geſtalten Sachen nach ein Rechts-Gelehrter mit vorzuſchlagen, die n. act. 24. p. 15. angeführte Beſchwerde mit unterſuchet, davon Bericht nebſt Gutachten abgeſtattet, und mit zur künfftigen deciſion bey hieſiger Königl. und Churfürſtl. Cantzley ausgeſetzet werden ſollen. V. R. W.

Ratio-

Rationes dubitandi.

Nachdem ad instantiam des klagenden Closters auf die Theilung des quæstionirten Holtzes erkant worden, so hat die beklagte Gemeinde zu W. dagegen suppliciret. Ob nun wol diese in ihrer supplication zu deren iustification angeführet, daß bey dem ersten grauamine 1) die vrgirte Theilung ein condominium voraus setzte, so hier nicht vorhanden,
1 sondern des Holtzes Eigenthum ihnen, denen Beklagten, zustehe, das Closter aber wegen der Koppel-Weyde blos darin berechtiget, auch das benöthigte Holtz daraus zu nehmen befugt sey, welches blos vor eine Gerechtig-
2 keit in alieno zu halten; allenfalls aber 2) bekant, quod in re communi melior conditio prohibentis sey, darneben 3) das Closter in seinem libell geständig, daß in anno 1687. zu des Ober-Jägermeisters Molcks Zeiten schon die quæstionirte Theilung in quæstion gebracht, die beklagte Gemeinde derselben widersprochen, und durch dieses factum contradictorium, accedente acquiescentia ad-
3 uersarii, die præscriptionem longissimi temporis zu erfüllen, in den Stand gesetzet worden, quæ etiam in re meræ facultatis naturali, alias impræscriptibili, effectus suos habeat. Allerdem aber 4) die Clausberger dabey Mit-Interessenten, sowol des Holtzes als der Huth und Weyde, nach des Klägers libell wären, dahero vorher, wie weit sie dabey interessiret, ausgemachet, und ohne ihren consens allenfalls die Theilung nicht geschehen könte, gleichwol dieselbe nicht einsten adcitiret worden, welches ohne nullität nicht unterlassen werden mögen: nicht weniger 5) sonsten dieselbe impracticabel sey, weil (a) nach dem ad n. act. 41. beygefügten Riß, wer den Hintertheil bekommen solte, zu demselben mit dem Vieh anders nicht als durch das Fordertheil der Holtzung kommen könte, so aber
4 beständigen Streit erregen würde: (b) denen Beklagten künftig durch die geschehene Theilung das Holtz manquiren würde, so bey Klägern nicht zu befinden, als welche aus denen Königlichen Holtzungen, so viel Holtz als verlanget würde, bekämen: (c) die prouocatio ad diuisionem pro intempestiua zu halten, nachdem klagendes Closter die ihm zustehende Höfe völlig ausgebauet, daß es in vielen Jahren kein Bauholtz gebrauchen würde; dagegen bey der Gemeinde W. jährlich was zu bauen vorfiele, und sie lædiret werden würde, wenn ihr der hinterste Theil zufiele, welcher (d) ohnedem eine gantze Meile von ihnen entfernet wäre, und daraus abermal ein neu incommodum entstehen müsse; nicht zu gedencken, daß (e) die Clausberger ihre Huth, Weyde, Krauten und Grasschneiden durch das gantze Reiß-Holtz hätten, welche, non obstante diuisione, ihr Recht durch das gantze Holtz dennoch prætendiren würden, welches aber der Gemeinde zu beständigen offenbaren Schaden gereichen würde, dieselbe auch über die Theilung noch nicht gehöret. Soferne (f) aber ihnen der Vordertheil zufallen solte, sie wiederum beschweret werden würden, weil des Closters Hirte mit seiner Heerde Schaafe bishero dahin nur zu hüten sich unterstanden, so sie alsdann, aber zu ihrem alleinigen Schaden, leiden müsten, wie denn auch (g) wegen des Geheges und Zuschlages, die in jedem Antheil angeleget würden, viel Beschwerden zu befürchten. Endlich bey dem andern und dritten grauam. angemercket ist, daß auf dasjenige, was eines Theils n. act. 24. p. 15. in duplicis wegen Versiegelung der Mahlbarte und angebrachten, aber verschwiegenen Wrugen, davon das n. act. 25. befindliche attestatum zeuget, andern Theils wegen Hütung der Schaafe in dem jungen Holtz-Gehege angeführet, nicht reflectiret worden, so doch wichtige grauamina sind, und billig per sententiam remediret werden sollen, so aber gar darin nicht berühret ist, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als ob reformatorie gesprochen werden müssen.

Ad L. X. T. III.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil, so viel das erste grauamen wegen der erkanten Theilung des quæstionirten Holtzes betrifft, ad 1) die Beklagte per tota acta bishero dem Kläger das condominium des quæstionirten Holtzes zugestanden, ihn pro socio in re communi agnosciret, ja n. act. 3. die Theilung an und vor sich selbst nicht in Zweiffel gezogen, sondern nur vermeinet, daß in hypothesi dieselbe nicht practicabel sey, also nunmehr zu spät ist, finita fere causa, das condominium dem klagenden Closter zu disputiren, wie dann dahero Bekl. auch diesen Punct bald fahren lassen, und auf solche impedimenta gegangen, welche der Theilung in re etiam communi entgegen stehen sollen, dabey aber ad 2) die angeführte Regul übel appliciret, dieweil Kläger in re communi sich seines Rechts, facta prouocatione ad diuisionem, bedienet, da es vielmehr heisset: melior tali casu est conditio facientis. Nicht weniger ad 3) bey der
5 vrgirten præscription eines Theils die formalis et categorica contradictio in anno 1687. nicht dargethan, und aus der blos von dem Ober-Jägermeister von Molck vorgeschlagenen und recommendirten Theilung nicht folget, sondern nur so viel daraus fliesset, daß man damahls von diesem consilio aus allerley, itzo vielleicht unbekanten Ursachen abstrahiret, und von beyden Seiten nicht eben sonderlich vrgiret, andern Theils mehr als zu bekant ist, quod perpetuæ communionis introductio
6 contra leges sit, et prohibita

l. 70. D. pro soc.
l. 14. §. 2. comm. diuid.

dannenhero wenn eine præscription hier statt finden

Ad L. X. T. III. finden solte, solche contra leges prohibitiuas seyn, und keine andere als immemorialis statt finden würde, welche aber nicht wol erweislich zu machen, cum memoria initii non deficiat.

7 HEESER *de commun. bon. P. II. loc. 3. n. 40.*

Ferner ad 4) die exceptio wegen der dabey interessirten Clausberger de iure tertii ist, die Kläger auch dabey angezeiget, daß jene ihr Holtz von ihrem Antheil bekämen, sie dahero dabey gar kein Interesse hätten, weil sie nach wie vor ihr Antheil Holtzes von Klägern überkommen müsten, die Huth und Weyde aber ungetheilet bleibet. Endlich die ad 5) bey der Theilung gemachte Schwierigkeiten, welche niemahls bey dergleichen Güthern ermangeln, dieselbe nicht aufheben oder verhindern, aller-
8 massen ad (a) noch dahin stehet, ob die Theilung in die Länge, in welchem Fall ein jeder durch seinen Vordertheil hinten kommen kan, oder in die Quere geschehen werde, da alsdann solches bey der diuisione, constituta seruitute, von der künfftig anzuordnenden commission, wobey zu dem Ende auch ein Rechts-Gelehrter zu gebrauchen, berichtiget werden muß;

l. 22. §. 3. famil. herciſc.

wiewol auch, da die Huth nicht getheilet wird, solche einem jeden per totam syluam, jedoch pfleglich, bleibet, und allem zu befürchtenden Streit, so viel möglich, vorzubauen ist, daß aber ad (b) nach der Theilung denen Beklagten es am Holtze mangeln würde, gar nicht begreiflich ist, da sie auch stante communione, nicht mehr als die Helffte haben, und nur durch die Theilung verhütet wird, daß keine freye excesse, darüber bishero Beschwerde geschehen, mehr geschehen können, wie denn auch ad (c) der intempestiuæ renunciationi und dem dabey angeführten Vorgeben das klagende Closter beständig widersprochen, von Beklagten aber nicht erwiesen worden, daß das Closter ihre Gebäude aus dem Holtze gebauet, vielmehr solches dabey bleibet, daß es mit anerkaufften Holtze geschehen sey, und sich dabey auf die Forst-Register in grosser Zuversicht bezogen, woraus Beklagte vorlängst ihr Vorgeben klar machen können, wenn sie nicht blos die Theilung dadurch hinzuhalten, die Absicht führeten. Wiederum ad (d) noch ungewiß ist, wer den Hintertheil durch das Loos bekommen werde, so eben so leicht Klägern als Beklagten treffen kan; allenfalls auch, weil derjenige, der den Hintertheil bekomt, weiter Holtz zu holen, fahren muß, demselben auch, zu dessen compensation, ein etwas grösserer Theil vorher bestimmet werden kan und muß, worüber bey der commission die Partheyen zu hören. Si enim in alterius
9 persona prægrauare videatur adiudicatio, debet hunc socio in certa pecunia condemnare

§. 4. I. de offic. iudic.

Endlich ad (e) die abermahlige Einrede wegen der Clausberger hieher nicht gehöret, da die Huth und Weyde nicht getheilet, sondern nach wie vor in communion verbleiben, und wenn ad (f) das letzte wahr seyn solte, solches ein excess sowol durante als finita communione seyn würde, welchem gebührend zu begegnen ist an und vor sich selbst aber die Theilung nicht hemmen kan, nicht weniger ad (g) die Zuschläge künfftig forstmäßig ebenfalls, facta diuisione, gemachet werden müssen. Letztlich bey dem andern und dritten grauamine die Beklagte ihre Beschwerde erst in duplicis ad acta gebracht, das auch eigentlich causam diuisionis nicht betrifft, und also nicht hauptsächlich mit in lite gewesen, wiewol da Kläger sich darauf eingelassen, den commissariis künftig die Untersuchung derselben Puncte mit committiret werden und ihnen aufgegeben werden kan, daß sie nach geschehener Untersuchung davon ihren Bericht und Gutachten abstatten sollen.

So sind wir dahero geschehener massen zu erkennen, gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE NOVEMB. MDCCXLVIII.

DECISIO CCX.

THEMA.

Actio communi diuidundo XXX. annis præscribitur, quando quis rem communem tanquam propriam hactenus possedit.

Vid. T. IV. Dec. XCV. Them. 2.

DECISIO

DECISIO CCXI.

Ad L. X. T. III.

THEMA.

I. Qui commune commodum ex re habent, æqualiter ad eius refectionem obligantur.

II. *Quatenus id, quod in via publica factum, præuio mandato S. C. demoliendum sit.*

SVMMARIA.

Refectio pertinet ad dominum rei n. 1.
Præsumtio libertatis eximit a refectionis necessitate n. 2.
Qui commune commodum habent, commune onus ferre debent n. 3.
Refectio fieri debet sine iniuria aliorum, qui ibidem ius quæsitum habent n. 4.
Refectio necessaria alieno sumtu facta ius agendi producit n. 5.
Quod in via publica factum statim demoliendum n. 6.
Dummodo quis eo nomine agat n. 7.

Als Ew. Hochfürstl. Durchlaucht uns interponirte Leuterung, erfolgte submission ad acta und ferneres Vorbringen in Sachen des Raths zu I. Beklagten an einem, I. F. H. Klägern am andern Theil, in drey zurück kommenden vol. act. zugeschicket, und ꝛc.

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem in denen Cantzley-Acten f. 28. befindlichen, den 11. Dec. 1747. eröffneten Urtheil billig verbleibet, Beklagte auch die Verschickungs-Kosten nebst denen Urtheils-Gebühren allein zu tragen schuldig. Hiernächst ist zuförderst der in denen Cantzley-Acten sub n. 591. befindliche Bericht dem Cammer-Consulenten zu Beobachtung des interesse fisci zu communiciren, und der beklagte Rath sowol in Ansehen desselben, als des Klägers darüber mit seiner Nothdurfft zu hören, auch über des Klägers n. act. 628. der Cantzley-Acten angebrachtes Vorbringen seine Erklärung zu thun schuldig, worauf alsdann auch des von dem Beklagten neuerlichen unternommenen Baues wegen, und sonsten ergehet, was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol beklagter Rath gegen das fol. 28. der Cantzley-Acten drey grauamina angeführet, als 1) daß er von der Klage nicht schlechterdings absoluiret worden, sondern 2) ihm die Helffte des Beytrages zu deren reparatur-Kosten des durch das Wasser weggerissenen Damms und Wasserleitung zugemuthet, oder 3) der Beweis der Befreyung davon angesonnen werden wollen, welche grauamina er dadurch zu erläutern vermeinet, daß quoad 1mum Kläger keinen zureichenden Grund, nach welchem er einen Zuschuß zu denen Reparatur-Kosten von ihm verlangen könne, vor sich habe, vielmehr er nicht in Abrede seyn könne, daß die Wasserleitung und der Damm quæstion. zu seiner Papiermühle gehöre, und dahero er 1 als dominus allein diese Kosten zu tragen schuldig sey;

l. 46. pr. D. de damn. infect.
l. 7. D. de offic. præs.

diesem zuwider gleichwol quoad 2dum in dem publicirten Urthel auf eine Gemeinschafft des quæstionirten von Wasser weggerissenen Damms die Absicht gerichtet, und dahero dem beklagten Rath die Helffte der Unkosten zuerkant sey, da er doch die communion negiret, und solche unerwiesen, auch das vormahls vom Rathe gethane Anerbiethen nicht angenommen, sondern Beklagten mit seiner Röhrenfahrt laut extrahirten fol. 41. der Cantzley-Acten befindlichen Befehl von 18. Dec. 1747. von Damme abgetrieben, und er dadurch genöthiget sey, einen andern Weg zu seiner Röhrenfahrt mit schweren Kosten zu suchen, Kläger hergegen von seinem ungegründeten Suchen laut fol. 22. sq. der Cantzley-Acten selbst abgegangen, und von ihm die Reparatur geschehen sey, dem zufolge denn quoad 3tium ihm kein Beweis in Ansehen der Freyheit ab onere refectionis angesonnen werden können, weil die præsumtio libertatis ihn davon befreye, und gegen die 2 Reguln des processus lauffen würde, wenn man ihm, als Beklagten, den Beweis der natürlichen Freyheit von dem Beytrage zu einer fremden Sache zumuthen, und indessen mit der Helffte des Aufwands der Kosten beschweren wolte, welches nunmehro ohnedem

Ad L. X. T. III.

eine vergebliche Frage sey, nachdem Kläger bereits die Wasserleitung wieder her, und in vorigen Stand gesetzet, allenfalls, wenn er Beklagten Anspruchs zu erlassen nicht gemeinet sey, er solches in separato nunmehro suchen müsse.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch das Leipziger Schöppen-Urthel in der höchsten Billigkeit gegründet ist,

3 vt, ex quacunque re plures commodum sentiunt, ex illa etiam in commune onus ferre debeant, anerwogen ohnstreitig ist, daß der durch das Wasser weggerissene Damm nicht allein zum allgemeinen Nutzen der Stadt I. die zur Wasserleitung unumgänglich erforderliche Röhrfahrt getragen, sondern auch das Wasser auf die Papiermühle zu Treibung des Mühlwercks geleitet, also sowol die Stadt I. als des Klägers Papiermühle diesen Damm genutzet, und dahero nichts mehr als billiger, als daß auch die nöthige Wiederherstellung des Damms communibus sumtibus geschehe, welches Kläger auch nunmehro agnosciret, indem er das gedachte Urthel in rem iudicatam ergehen lassen, Beklagter aber am wenigsten Ursache gehabt, sich über das gedachte Urthel zu beschweren, und deswegen die itzige Verschickungs-Unkosten und Urtheils-Gebühren billig allein tragen muß, da dessen grauamina unerheblich sind, angesehen noch nicht ausgemachet, ob der Damm locus vniuersitatis oder priuatus sey, worauf sowol die Röhrfahrt nach der Stadt als Papiermühle gewesen, vielmehr der beklagte Rath vorhin des Damms zu seinem Nutzen sich vornemlich angemasset, Weiden darauf gesetzet, die Holtznutzungen davon gehabt, und endlich jährlich den Damm und Wasser-Graben von dem Nasen-Borne an bis an den Papiermühlen-Garten laut fol. 52. sqq. act. commiss. vol. I. räumen lassen, welches solche argumenta sind, daraus erhellet, daß der Damm mehr zur Stadt gezogen sey, und weil Kläger dem Rath einen starcken Erb-Zins jährlich zahlen muß, dieser um destomehr demselben den gemeinschafftlichen Gebrauch der Wasserleitung, ohne welche die Mühle unbrauchbar gewesen, zulassen müssen, um destomehr also ad grau. secundum die halbe Unkosten der Rath zu der Reparatur wenigstens tragen müssen, also der quæstionirte Damm sowol der Stadt als Papiermühle zu gemeinem Nutzen gereichet, und dieses vor der Hand gnug ist, ad expensas in communi ferendas, bis daß einer oder der andere, daß er davon frey sey, erwiesen, wozu der Rath und Kläger sich billig, saluo iure suo, bequemen sollen und können, da alsdenn die neue Beschwerde wegen der vom Rathe angerichteten Wasserböcke nicht erfolgen würde, und weil der Kläger dadurch an der geschwinden Reparatur, so unumgänglich wegen der stillestehenden Papiermühle bey herein brechenden Winter geschehen müssen, nothwendig verhindert worden, es nöthig gewesen, daß solche wieder weggenommen werden müssen, cum quælibet refectio fieri debeat sine iniuria eorum, qui ibidem ius quæsitum circa aquæ ductum habent, 4

l. 6. et 7. ne quid in flum. publ.

quem in finem reficientibus, si nouum quid faciunt, iniuncta est cautio damni infecti, præstanda iis, quorum, intuitu damni futuri, interest,

l. vn. §. 3. D. de rip. mun.

da hergegen dadurch der Beklagte nicht genöthiget worden, einen neuen Weg zu seiner Röhrenfahrt mit schweren Kosten zu suchen, vielmehr er sich in doppelte Verantwortung, so wol wegen der gemeinen Heer-Strasse, die dadurch ruiniret seyn soll, wie der in actis commiss. vol. II. f. 27. befindliche Riß nebst fol. 28. angefügter Erläuterung, und dem commissarischen Bericht in denen Cantzley-Acten n. 591. anzeiget, als in Ansehen des Klägers, dem durch diese neue Wasserleitung ebenfalls Schade geschehen seyn soll, gesetzet, und sich künfftig finden wird, ob diese neue Röhrenfahrt nicht wieder zu demoliren, und es bey dem alten Wasser-Gange zu lassen sey, bey welchen Umständen zwar Kläger freylich laut fol. 22. sq. der Cantzley-Acten inzwischen die Reparatur, wenn er seine Mühle nicht gantz unbrauchbar machen wollen, unternehmen müssen, doch solches fol. 22. b. sub hac reseruatione gethan:

> jedoch mir mein Recht, so doch aus vielen Umständen hervorleuchtet, ausdrücklich vorbehalte.

Uebrigens ad tertium grau. der Rath dadurch nicht grauiret ist, daß ihm frey gelassen, die Freyheit ab onere refectionis darzuthun, da solches onus inzwischen ex natura communis commodi fliesset und ihm mit obliget, auch nunmehr die Frage nicht vergeblich ist, sondern diese decision den effectum hat, daß Beklagter ihm die Unkosten auf die Helffte bezahlen muß, cum refectio necessaria alieno sumtu 5 facta ius agendi ei præbeat, qui eas fecit

l. 46. §. 1. D. de damn. inf.

So sind wir das vorige Urthel zu confirmiren gemüßiget worden.

Was nun ferner die neue Beschwerde wegen des neugemachten Röhren-Gangs in dem bey den act. commiss. vol. II. f. 27. befindlichen Riß lit. G betrifft, obwol nach dem commissarischen Bericht in Cantzley-Acten n. 591. offenbar ist, daß das publicum darunter leide, und via regia dadurch ruiniret worden, dergestalt die Sache so beschaffen seyn möchte, daß sofort auf die demolition des widerrechtlichen Baues erkant werden können, bevorab da auch der Kläger von neuem darunter leidet, sicuti olim

olim prætores hoc casu per interdicta procedebant, si aliquid in via publica factum
6 aut immissum esset, quo ea deterior facta fuit, siue statim, siue postea.

l. 2. §. 30. et 31. D. ne quid in loc. publ.

Dieweil aber dennoch dieses zwar seine Richtigkeit hat, daß in dergleichen neu angelegten Wercken, wodurch die öffentliche Post- und Landstrassen ruiniret, oder deteriorret, auch andere lædiret werden, ohne Weitläuftigkeit auf geschehene genugsahme Besichtigung auf die demolition per mandata S. C. verfahren werden könne, gleichwol dazu nöthig ist, daß ein Kläger zuvor sich finde, und die demolition
7 gebührend suche, weswegen dann zuforderst dem Cammer-Consulenten die Acten vorzulegen sind, daß er sich daraus gnugsam informiren, und das interesse fisci beobachten möge, welches ohne übergebene imploration so wenig geschehen, als der Rath zu Jena dabey ohngehört gelassen werden kan, cum etiam interdicta decernantur, summatim causa cognita, causæ cognitio autem requirat, vt vterque audiatur, wie denn auch wegen des Klägers neuen Vorbringens, so in Cantzley-act. n. 628. zu befinden, ebenfals zuforderst der Rath zu Jena zu hören, und seine Erklärung thun muß, ehe man darüber erkennen kan. *Ad L. X. T. III.*

So sind wir auch dieserwegen, wie geschehen, zu sprechen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVNIO MDCCXLVIII.

DECISIO CCXII.

THEMA.

De impensis et damnis in re communi factis.

SVMMARIA.

Appellatio in summarissimo locum non habet n. 1.

Rationes ex facto desumtæ n. 2.

Quod in communem rem fit, ab omnibus ex æquo ferendum est n. 3.

Inspectio oculariis, quoties de refectione agitur, non ostante protestatione ex officio fieri potest n. 4.

Sententia ex falsa caussa lata non valet n. 5.

In summarissimo ab expensis, in quas quis condemnatus est, appellatio permittitur n. 6.

Als dieselbe uns interponirte remedia iuris, deren adhæsion und erfolgte Gesetze, in Sachen des Schreiners D. Appellanten und Beklagten an einem, und des Schusters F. Appellaten, adhærenten und Klägern am andern Theil ꝛc. in 2. vol. act. etc.

Nunmehro aus denen Acten, was Appellanten betrifft, so viel zu befinden, daß es bey dem am 9. Iun. 1742. eröffneten Urtheil nicht schlechterdings zu lassen, sondern Beklagter und Appellant nur die process-Kosten bis n. act. pr. instant. 12. oder p. 49. dem Kläger zu entrichten schuldig; die folgenden aber gegen einander zu compensiren, wie auch die Besichtigungs- und andere wegen des Brunnens gemachte Kosten von beyden Seiten ex æquo zu tragen sind, da hergegen wegen der adhæsion es bey dem in act. appell. fol. 97. befindlichen, und dem 9. Iul. 1745. eröffneten Urthel billig verbleibet. Und weil der Brunnen durch die geschehene Zustampfung des mit dem vergrabenen Schieffer angefüllten Lochs noch nicht völlig gebessert, und noch zur Zeit nicht durchgehends rein Wasser giebet; so hat der Stadt-Rath auf eines oder andern Theils Anruffen, die Verordnung ergehen zu lassen, daß der Brunnen communibus sumtibus ausgereiniget werde. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol eines Theils Appellant vermeinen will, daß in erster instantz nicht in summarissimo possessorio gesprochen werden können, als welches hier nicht vorhanden, nachdem er dem Appellaten den gemeinschaftlichen Gebrauch des Brunnens nie in Zweiffel gezogen, sondern nur intendiret, daß der Appellat, weil er den Brunnen durch die angelegte Mistpfütze wahrscheinlich trübe gemachet, solches ändern, und alles in vorigen Stand setzen solle; er also in die Unkosten nicht condemniret werden können. Da hergegen Appellat vermeinen will, daß, weil nach dem rescripto decisiuo fol. 84. die Haupsache abgethan, nur wegen der Unkosten allein zu erkennen sey, deswegen es aber

Ad L. X. T. III.

bey dem ersten Urthel billig verbleiben müsse, weil solches in summariissimo possessorio offenbahr gefället worden, in welchem so wol den gemeinen Rechten, als den Königlichen Gesetzen
1 nach keine appellation statt findet, mithin das Urthel in puncto expensarum in rem iudicatam ergangen, und keiner ferneren Untersuchung unterworffen, woraus denn in Ansehen der adhæsion folgen möchte, daß die expensæ secundæ instantiæ in dem Appellations-Urthel nicht compensiret werden mögen, nachdem die appellation auf solche Weise friuole interponiret, unstatthaft, und keine iusta causa appellandi gewesen; bevorab da bey der ersten Besichtigung in act. pr. instant. p. 50. resoluiret worden, daß der Brunnen auf des niederfälligen Kosten umgegraben, und der Schade unter-
2 suchet werden sollen, welcher aber laut p. 75. auf des Appellanten Grund und Boden gefunden ist, dieserwegen nicht anders als geschehen, Appellant in alle Proceß- und andere Kosten condemniret werden müssen. Uebrigens ob gleich Appellant behaupten wollen, als wenn durch die Zustampffung des mit Schieffer angefülleten Lochs der Brunnen nicht gebessert sey, wie aus der fol. 45. und 110. act. appell. befindlichen doppelten Besichtigung und daraus abgestatteten relation zu ersehen, dennoch das Gegentheil sich dadurch geäussert, daß, wenn mit aufgehenckten Eimer das Wasser heraus gezogen, das Wasser rein befunden worden, da hergegen nur alsdann trübe Wasser heraus gezogen sey, wenn man die Ketten verlängert und bis auf dem Grund gekommen, also daraus nicht anders geschlossen werden könne, als daß der Schade in dem Grunde des Appellanten sich vorher befunden haben müsse, nachdem gleichwol durch die geschehene Verstampfung die Ausbesserung des Wassers nicht erfolget.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die acta primæ instantiæ ergeben, daß Appellant durch Wegnehmung der Kette und Eimers dem Appellaten würcklich in dem Gebrauch des gemeinschaftlichen Brunnens turbiret, de facto verfahren, und den Appellaten auf solche Weise zwingen wollen, seine Mistpfütze wieder zu zuwerffen und alles im vorigen Stand zu setzen, aus dem vermeinten Grunde, als wenn der Schade dem Brunnen durch die angelegte Mistpfütze zugezogen sey, dessen Gegentheil sich doch nachgehends befunden, und ob zwar p. 51. act. pr. inst. einige remedur an der Mistpfütze geschehen, dennoch solche nicht wegen des Brunnens, sondern des publici geschehen ist, so Appellaten nichts angehet, diesemnach bis auf die geschehene Besichtigung n. act. 12. p. 49. die Sache in possessorio summariissimo allerdings verstehet, und ohnstreitig ist, daß Appellant durch sein Verfahren de facto zur Klage Anlaß gegeben, und die Unkosten bis dahin verursachet, also solche dem Appellaten bezahlen müsse; gleichwol das folgende Verfahren von Zeit der geschehenen Besichtigung a p. 49. den Schaden des Brunnens, und dessen Untersuchung, woher solcher gekommen, betroffen, welcher billig von dem possessorio summariissimo, so ohnedem bereits als abgethan zu achten gewesen, zu separiren und die Hauptsache betroffen, da denn zwar nach p. 57. der Ursprung des Schadens, auf Appellantens Grund und Boden gefunden werden wollen, gleichwol daraus, wie in prima sententia angeführet ist, noch nicht folgen wollen, daß Appellant in alle Proceß- und andere Unkosten condemniret werden können, weil, wenn gleich von iudice primæ instantiæ p. 50. resoluiret worden, daß auf des Sachfälligen Unkosten der Brunnen umgraben werden sollen, dennoch dieses keine rem iudicatam machet, vielmehr zuforderst die Ursache des Schadens zu ponderiren, solche aber gantz verborgen gewesen, keinem von beyden, wenn auch gleich die Ursache davon in dem Grund des Appellanten befunden seyn solte, einige culpa dabey zu imputiren, sondern die dabey zur Verbesserung des gemeinschaftlichen Brunnen gemachte Unkosten, auf beyde billig fallen müssen, cum, quod in rem communem eiusque vtilitatem 3
sit, ab omnibus ex æquo ferendum sit,

l. 4. §. 3. l. u. D. comm. diuid.

ja dieses nunmehr um desto mehr zu statuiren, als nachgehends befunden worden, daß die Zustampfung des mit Schieffer angefülleten Lochs seinen effect in etwas zwar erreichet, aber der Schade dadurch nicht gäntzlich gehoben worden, also dessen Ursache noch wo anders her mit rühren müssen, da bey denen beyden folgenden 4
Besichtigungen, die auch der iudex ex officio, non obstante protestatione vnius ex litigantibus, vornehmen mögen, befunden worden, daß zwar die ersten beyden Eimer rein Wasser, die folgenden aber immer mehr und mehr unreines Wasser hervorgebracht, diesemnach ohne Zweiffel die Grund-Ursache in der Verschleimung und Unreinigkeit des Brunnens im Grunde zu suchen, und diese zuforderst communibus sumtibus zu heben sey, dergestalt um desto mehr die von n. act. pr. inst. 12. dem Appellanten alleine zuerkante Unkosten wegfallen und wie erkant, eingetheilet werden müssen, als
die ratio decidendi offenbahr unrichtig, we- 5
nigstens nicht allein und hauptsächlich pro causa huius vitii zu halten, sententia autem ex falsa causa non valet,

c. 18. X. de sentent.

wie sowol der euentus als die neue Besichtigung dargethan, und ohngeachtet in summariissimo possessorio keine appellation statt findet, dennoch hier die appellation zuläßlich gewesen, als welche nicht über den punctum possessionis turbatæ, so bereits gehoben gewesen, sondern primario wegen der Unkosten interponiret worden, die ihn nicht wenig grauiret, und 6
dahero die ratio, warum in possessorio keine appellation statt findet, hier nicht zu applici-
ren,

ren, wie denn in rescripto decisiuo fol. 84. selbst agnosciret ist, daß nur noch der punctus expensarum abzuthun sey. Und da nun hieraus erhellet, daß Apellant iustam appellandi causam ratione expensarum gehabt, darneben er über den ad acta primæ inst. gebrachten Besichtigungs-Bericht vorher nicht gehöret, sondern das Urthel bald darauf publiciret ist, ganz vernünftig und den Rechten gemäß ist, daß die Unkosten dieser instantz ebenfals compensiret werden müssen, und die adhæsion der interponirten remediorum iuris ungegründet sey. Uebrigens bey so gestalten Sachen einem ieden socio frey stehet, auf die Besserung des Brunnens sumtibus communibus zu dringen, wenn solche von dem Stadt-Magistrat nöthig befunden worden, und einer von beyden darauf dringen solte, damit sonsten der communis vsus nicht unnütze gemachet werde. *Ad L. X. T. III.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVGVST. MDCCXLVI.

LIB. XI. TIT. I.

De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus.

DECISIO CCXIII.

Ad L. XI. T. I.

THEMA.

Positiones, dummodo præsumtionem quandam inferant, tanquam releuantes in dubio admittuntur.

Vid. Tom. IV. Decis. CLVII. Them. 2.

TIT. VII.

De religiosis et sumtibus funerum et vt funus ducere liceat.

RESPONSVM CCXIV.

THEMATA.

I. *Pertinentiæ feudales ex litteris investituræ determinantur.*

II. *Debitum pretio feudi imputatum allodiale est.*

III. Impensæ funeris ad onus allodiale pertinent.

IV. *Dos filiabus in subsidium ex feudo debetur.*

V. *Ex rebus expeditoriis primogenito gladius est præcipuus.*

VI. *Gerada quid comprehendat? vbi* von denen *pacificalien* und Gezierde.

Ad L. XI. T. VII.

SVMMARIA.

Ad pertinentias pertinet, quod ad perpetuum vsum destinatum n. 1.
Pertinentiæ feudales quale fundamentum habeant? n. 2.
Accessorium sequitur principale n. 3.
Res feudo iunctæ in dubio ad pertinentias feudales pertinent n. 4.
Dissensus DD. circa signa pertinentiarum feudalium n. 5.
Sola inuestitura qualitatem allodialem non tollit n. 6.
Res mobiles in fundo feudali repertæ regulariter ad heredes allodiales pertinent n. 7.
Res ad vsum feudi emta non protinus est feudalis n. 8.
Res facti non præsumuntur n. 9.
Magis proprio, quam alieno nomine quis possidere videtur n. 10.
In dubio allodialis qualitas præsumenda n. 11.
Nomen pretio emti feudi imputatum videtur extinctum n. 12.
Rectius heredibus allodialibus cedit n. 13.
Pretium quando in locum rei transeat? n. 14.
Pecunia dotali comparata res an dotalis sit n. 15.
Æs alienum ad feudum comparandum contractum a successoribus feudalibus restituendum n. 16.
Impensæ in sumus vasalli factæ an ad onera feudi pertineant? n. 17.
Quod negatur n. 18.
Iure Magdeburgico in subsidium a vasallo solvuntur n. 19.
Dos in subsidium ex feudo debetur, n. 20.
Quatenus tantum in allodio non supereſt, vt pro dignitate filiæ viuere possint n. 21.
Iure Saxonico seniori præcipuum ex rebus expeditoriis debetur n. 22.
Vnde ordinatio Magdeburgica explicanda n. 23.
Res quædam Geradicæ n. 24.
Vbi de ornamentis, lectis, conditoriis etc.

Als uns derselbe eine facti speciem nebst 6 Fragen zugeschicket, und ꝛc. Ist anno 1733. ein vornehmer von Adel, mit Hinterlassung dreyer Söhne und auch so viel Töchter, imgleichen einem considerablen Mannlehn-Guth in dem Hertzogthum Magdeburg, so er 1718. bey dermahligen brüderlichen Theilung um und vor 100000 Thlr. inclusive 69000 Thlr. Schulden übernommen, verstorben, worauf dann, nachdem des verstorbenen Bruder den unmündigen Kindern zum tutore constituiret, und die gantze Verlassenschaft aufgezeichnet worden, sowol wegen derer Lehns- und allodial- wie auch Gerade-Stücken, als auch wegen der qualität derer 10000 Thlr. so defunctus statt des ihm von seiner ersten Frauen gebührenden Brautschatzes als eine Lehnschuld übernommen, verschiedene Zweiffel entstanden, insbesondere aber ietzo gefraget wird:

Quæstio I.

Was eigentlich bey dem quæstionirten Guthe, Erbe und Lehn sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, so viel die erste Frage betrifft, alles dasjenige unter einer Sache pertinentz-Stücke gemeiniglich gerechnet wird, quod ad perpetuum vsum rei destinatum et applicatum, welches principium von bewährtesten Rechtslehrern gleichfals bey Untersuchung der Lehn- und allodial-Stücke zum Grunde gesetzet zu werden pfleget, sub pertinentiis enim intelliguntur omnia, quæ vel lege, vel consuetudine loci, vel destinatione domini et vasalli feudo innexa, 2

STRVV. *Inst. iur. feud. c. 8. §. 12.*

und da in dem gegenwärtigen Fall bey dem zurucke gelassenen Lehn-Guthe, viele Stücke sich befinden, welche nicht allein der gemeinen Gewohnheit nach, sondern auch mediante voluntate des vasalli und Lehns-Herrn, wo nicht expresse, dennoch tacite dadurch zu Lehns-Stücken gemacht worden, daß man solche zum Besten des Lehn-Guthes angeschaffet, auch dessen beständigen Gebrauch auf ewig gewidmet, mithin bisher als accessoria feudi angesehen, accessorium autem induit naturam sui principalis, 3

c. 42. de R. I. in 6. l. 8. C. de iur. dot.

proinde res feudo iunctæ in dubio feudales censendæ, qui enim rem feudo iunctam et cohærentem possidet, eam vt fundi sui accessionem possidet, adeoque vt feudalem, quum accessiones feudi feudales sint, et rei accessiones eiusdem qualitatis habeantur ac res, cui cedunt, et cuius partes sunt, 4

MEVER *sym. iur. feud. c. 14. p. 549.*

wohin dann in dem gegenwärtigen Fall, die auf dem Lehn-Guth quæstion. angeschaffte Rind-Vieh, Wagen, Pferde, samt Schiff und Geschirr, und andern instrumentis rusticis, desgleichen die zu Küchen- und Keller-Vorrath erkaufte eyserne Töpfe und andere Gefässe, wie auch in dem Brauhause vorräthige Brau-Pfanne, nebst übrigen Braugeräth, billig zu referiren, und solche Stücke insgesamt, nicht denen Land- sondern Lehns-Erben, gleich dem fundo feudali zu zutheilen.

Ratio-

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Rechtsgelehrten bey Erörterung der Frage, was eigentlich zu denen Lehns-pertinentien gehöre, und worin das wahrhafte Kennzeichen, nach welchem man solche von allodial-Stücken unterscheiden müsse, bestehe, unter einander selbst nicht einig sind, gestalten zwar einige hierin uns auf die ertheilten Lehn-Briefe weisen, und was darin als ein pertinentz aufgeführet, dahin würcklich referiret wissen wollen, dahingegen andere dieses critirion verwerfen, und daß die blosse Belehnung eine qualitatem allodialem nicht aufhe-
6 be, in ihren Schriften lehren, vt videre est ex iis, quæ tradit

HORN. *iur. feud. C. II. §. 6.*

ins besondere aber bey sich ereigneten succession-Fällen, alle res mobiles, so bey denen Lehn-Güthern gröstentheils das inuentarium ausmachen, als da sind das Rind-Vieh, Pferde, Wagen, Pflug, Matz, Getreide und andere dergleichen Stücke, durchgehends zum allodio referiren, und also denen Land-Erben
7 wenigstens dem Werthe nach, vermöge einer vorgängigen Tax zueignen,

FLEISCH. *iur. feud. C. XX. §. 25.*

nur aber bey dem, was Nied- und Nagelfest gemeiniglich eine Ausnahme machen,

IDEM *cit. loc.*

welches dann auch alhier aus diesem Grunde bey denen Braupfannen, so auf dem quæstionirten Lehn-Guthe angeschaffet und feste gemachet, Platz finden möchte, gleichwol aber deswegen keinen Beyfall meritiret, weilen hierzu kein zureichender Grund vorhanden, und mit eben der Wahrscheinlichkeit, daß auch solche pertinenz-
8 Stücke den allodial-Erben bezahlet werden müsten, hingegen der blosse fundus feudalis sey, behauptet werden kan, bevorab ohnedem die Lehnrechte nirgends obiges fundamentum feste gesetzet, oder ein und denen andern zum Behuf des Lehn-Guthes angekauften Stücken diese qualitatem ausdrücklich beygeleget, viel-
9 mehr diesem allen entgegen stehet, quod feudi inductio sit res in facto consistens, quæ vero in facto consistunt, non præsumantur,

RITTERSHVS. *de feud. L. I. c. 2. qu. 20.*

item quod quis magis proprio, quam alieno
10 nomine possidere præsumatur, adeoque non vt vasallus, sed libere, vt dominus,

FRISE *de nat. allod. feud. iunct. §. 7.*

also der sicherste Weg hiebey dieser ist, daß man bey Entscheidung dergleichen Streitigkeiten der
11 regulæ, nach welcher alles vor allodial in dubio gehalten wird,

THOMASIVS *de allodialitat. præsumt.*

insistiret, und nach derselben denen Lehns-Erben nichts, dann den blossen fundum passiren lässet, hingegen alle übrige zu dessen Behuf angeschaffte Stücke denen Land-Erben ihrem wah- *Ad L. XI.*
ren Werth nach bezahlet, wobey man in dem *T. VII.*
gegenwärtigen Fall, da von diesen Zubehörungen nichts in den Lehnbriefen nahmentlich aufgeführet ist, um desto so viel eher zu bestehen Ursache hat.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß ausser dem fundo und denen in den Lehn-Briefen aufgeführten Lehns-pertinenzien alle übrige in dem überschickten Bericht specificirte Stücke vor allodial zu halten.

Quæstio II.

Ob die auf dem Guthe hafftende 10000 Thaler Brautschatz zum Lehn oder allodio gehören?

Rationes dubitandi.

Bey der andern Frage möchte zwar eingewendet werden, daß die quæstionirten 10000 12
Thlr. dadurch gäntzlich expiriret, weilen der Verstorbene vor solche das quæstionirte Lehn mit angenommen, und in partem pretii von dem Kauf-Gelde abgerechnet, dadurch dann allem Ansehen nach geschehen, daß, was nicht mehr existiret, von den allodial-Erben nicht gefodert werden könte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch des Verstorbenen Fo- 13
derung auf die quæstionirten 10000 Thaler vormahls ohnstreitig zu dessen allodio gehöret, dadurch aber, daß er solche an dem Kauf-Gelde bey dem nachher übernommenen Lehn-Guth, abgezogen, und also dieses davor zugleich mit an sich gebracht, die qualitatem feudalem nicht erhalten, quum in singularibus pretium 14
non transeat in locum rei aut contra,

l. 23. 32. de reb. credit.

vsque adeo, vt nequidem res pecunia dota- 15
li comparata dotalis inde fiat,

l. 12. C. de iur. dot.

überhaupt auch Rechtens, quod omne æs alienum ad feudum comparandum a successoribus feudi, in quorum commodum illud ten- 16
dit, reparandum sit,

STRVV. *Inst. iur. feud. c. XX. §. 4.*

einfolglich die Land-Erben intuitu dieses quanti, wie creditores, hingegen die successores in feudo, wie debitores anzusehen, und also diese Schuld jenen gleich, als ob sie sonst von iemanden erborget, gut thun müsten.

So halten wir davor, daß das quæstionirte quantum zu dem allodio und nicht zu dem feudo gehöre.

Die

Ad L. XI. T. VII. Die dritte Frage betreffend:

Quæstio III.

Wohin die auf des verstorbenen Leichen-Begängniß verwandte Unkosten zu referiren?

Rationes dubitandi.

17 Ob wol einige Rechtslehrer davor halten, quod ex æquitate impensæ in funus defuncti vasalli factæ ad onera feudalia pertineant,

STRVV. *c. l. §. 18.*

und also von dem successore feudali, als welchem daran gelegen, daß sein antecessor Standes gemäß begraben werde, allem Ansehen nach zu bezahlen sind.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die obige Meinung keinen Grund in denen Lehnrechten hat, vielmehr derselben von andern Rechtsgelehrten schlechterdings widersprochen wird, quum nullum debitum magis personæ cohæreat, quam hoc;

CARPZ. *cit. l. def. vlt.*

18 successores feudi vero ab onere quocunque hereditario sint immunes,

THOMING. *dec. 17. n. 18.*

also die allegirte æquitas allerdings pro cerebrina zu halten, überdem die Magdebl. Pol. 19 Ordnung hierinnen *c. 8. §. 28.* klahre Maaß und Ziel setzet, und dieses onus bloß in subsidium auf die Lehn-Erben wirfft, alhier aber so viel allodium, daß man jene desfals damit zu beschweren nicht Ursache hat, würcklich vorhanden, wie in denen vorigen Fragen erörtert worden.

So erhellet hieraus, daß die quæstionirten Leichen-Kosten einzig und allein ex allodio zu vergüten.

Die vierte Frage betreffend:

Quæstio IV.

Ob und wie viel einer ieden Tochter aus dem Lehn zum Brautschatz gebühre?

Rationes dubitandi.

20 Ob wol nicht unbekandt, welchergestalt denen Töchtern bloß in subsidium, und wann gar kein, oder kein hinreichend allodium vorhanden, aus dem Lehne eine Aussteuer gebühre,

FINCKELTHAVS *Obs. 21. qu. 2.*

und bey der quantitate dotis es hauptsächlich darauf ankommt, daß die possessores feudi nicht zu sehr beschweret werden, in welcher Absicht in der Magdeb. Pol. Ordnung *c. 8. §. 36.* ein gewisses, nach unterschiedener Anzahl derer Töchter feste gesetzet worden.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die angefragte dotatio bloß auf den Fall, wann ein Lehn-Mann so viel am Erbe nicht hinterlassen, daß seine Töchter ihrer Geburth und Herkommen nach, daraus nothdürftig ausgestattet werden können, zu re- 21 stringiren, mithin ausser diesem Umstande die Töchter mit dem Erbe sich begnügen lassen müssen, in dem gegenwärtigen Fall aber nicht allein obige 10000 Thlr. und am baaren Gelde 2147 Thlr. sondern auch alle zu dem Lehn-Guth und dessen inuentario gehörige Stücke nach der ersten Frage allodial sind, folglich das Erbe über 12000 Thlr. alhier austräget, und also von solcher importantz ist, daß die Töchter nothdürftig daraus erhalten und dotiret werden können, bey so bewandten Umständen die gegenwärtige Frage gäntzlich hinwegfället.

So erhellet hieraus so viel, daß die Töchter aus dem quæstionirten Lehn-Guth bewandten Umständen nach nicht ausgesteuret werden dürfen.

Die fünfte Frage anlangend:

Quæstio V.

Wie das Heer-Gewette unter die drey Söhne zu vertheilen, und was die dazu gehörige pacificalien und Schüssel-Ring bedeute?

Rationes dubitandi.

Ob wol in der Magdebl. Pol. Ordnung *cap. XLIV. §. 42.* wem eigentlich unter denen Söhnen das Heergewette gehöre, nicht ausgemacht, sondern überhaupt nur, daß solches denen Söhnen, mit Ausschliessung des weiblichen Geschlechts gebühre, verordnet, es also das Ansehen gewinnet, als ob solches in dem gegenwärtigen Fall unter die drey zurück gelassene Söhne in gleiche Theile vertheilet werden müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch sowol nach denen alten Teutschen als Sächsischen Rechten und Gewohnheiten das Heergewette zwar ex æquis partibus unter die Söhne getheilet wird, jedoch 22 dem

dem ältesten Sohn davon der Degen als ein præcipuum gehöret.

Land-R. L. I. art. 22.
CARPZ. *P. III. c. 38. n. 31.*

Die Magdebl. Pol. Ordnung aber, was diese materiam betrifft, aus obigen Rechten hergenommen ist, und nach solchen erkläret und supliret werden muß, mithin wann gleich von diesem præcipuo darinnen nichts gedacht, dennoch solches nach denen regulis bonæ interpretationis dem ältesten Sohne billig gehöret, im übrigen, was zu einem Heerpfühl für Betten gehören in der Pol. Ordnung *l. c.* deutlich genug determiniret, da der context klar bezeuget, daß ein völlig gemacht Bette, wohin das daselbst specificirte Küssen, nebst zwey Bett-Lacken zugleich zu referiren, unter der Benennung eines Heerpfühls zu verstehen sey, hingegen der daselbst mit specificirte Schüssel-Ring ein Behältniß, darauf man in dem Feld die Schüsseln mit Essen setzen kan, bedeutet.

23

BARTH von der Gerade *p. 768.*

So halten wir davor, daß ausser dem Degen alle zum Heergewette nach Inhalt der Magdebl. Pol. Ordnung gehörige Stücke, so viel deren bey dem Nachlaß befindlich, unter die drey Söhne exæquis partibus getheilet werden müssen.

Endlich die letzte Frage betreffend:

Quæstio VI.

Was eigentlich unter denen in dem überschickten Bericht weitläuftig specificirten Stücken zur Gerade zu zehlen?

Rationes dubitandi.

24 Ob wol alle vorhandene Kisten, Kasten, Schräncke und Truhen, mehrentheils zum Behuf derer Weibs-Personen aptirt zu werden pflegen, und also ohne Unterscheid, wenn sie nur solche in ihrem Beschluß gehabt, zur Gerade referiret werden möchten, welches dann auch bey allen vorräthigen Juwelen statt zu finden scheinet, bevorab die Magdebl. Pol. Ordnung derer Kleinodien, desgleichen derer Perlen und Schmeltzrossen, worunter die nach dem ietzigen decoro übliche Juwelen nicht unbillig zu zehlen, indefinite Meldung thut, desgleichen das in gedachter Policey-Ordnung befindliche Wort: Gezierde, alles, was zur parade und Putz dienet, mithin auch die silbernen Becher begreifen möchte, endlich die Betten überhaupt zum weiblichen Beschluß gehören, und also ohne Unterscheid, ob solche vor die Herrschafft oder Bediente gewidmet, allem Ansehen nach hieher zu ziehen sind.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, so viel die Kasten und Truhen betrifft, die Magdebl. Pol. Ordn. *cit. l.* klärlich verordnet, daß davon nur solche ad geradam zu referiren, worinne die Verstorbene ihre Kleider, Gezierde und Geschmeide verwahret gehabt, dahingegegen andere dergleichen Behältnisse, worinne nicht der Frauen Geräthe, sondern Würtze, Confect, Gießkannen für Gäste, und dergleichen aufbehalten worden, unter das gemeine Erbe gehören, *Ad L. XI. T. VII.*

HARTM. PISTOR *L. I. q. 32. p. 355.*

welches principium überhaupt bey Unterscheidung derer übrigen Gerade-Stücken anzunehmen, und also in dem gegenwärtigen Falle diejenigen Stücke, welche bey der verstorbenen Mutter Absterben nicht vorhanden gewesen, und sie in ihrem Beschluß nicht gehabt, sondern von dem letzt verstorbenen vasallo nachher erst erkauset worden, wann sie gleich sonst zur Gerade gehören, keinesweges unter diesem prætext von den Töchtern voraus genommen werden können. Ferner von denen Edelgesteinen, darunter die Juwelen gehören, überhaupt es darauf ankommt, ob sie angereihet, angeheftet, angeschnüret, oder uneingefaßt sind, und unter solchen jene zwar, nicht aber diese zu denen Gerade-Stücken zu rechnen.

BARTH. *cit. l. p. 170.*

dergestalt, daß, wann sie gleich bisher angereihet gewesen, aber tempore mortis unangeschnüret und ausgebrochen gefunden werden, dennoch zu dem Erbe zu referiren.

IDEM *p. 678.*

Sonsten unter der Benennung der pacificalien alle angereihete Thaler, Ducaten und andere silberne zum Tragen aptirte Schaustücke gehören.

IDEM *p. 195.*

Dahingegen die Gezierden nicht überhaupt allen und jeden in denen Stuben befindlichen, sondern bloß zum Anzug gehörigen Zierath, und womit sich eine Weibs-Person zu schmücken pfleget, begreifet, bevorab die Policey-Ordnung mit diesem Worte bloß den zum Anzug gehörigen Schmuck verknüpfet, und also dem contextui nach keine silberne Becher, sondern bloß die Zierathen, welchen die in den gleich folgenden Worten benahmte Arten ähnlich sind, begreifet. Endlich ratione derer Betten, die Policey-Ordnung §. 46. ausdrücklich sowol die zur Haushaltung gehörige Gesinde-Betten von der Gerade eximiret, als auch einem jeden Sohn ein gemacht Bette zugeeignet, die übrigen Betten aber denen Töchtern als Gerade-Stücken überlässet.

So mögen die angefragte Gerade-Stücken gedachter massen verstanden, und auseinander gesetzet werden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVNIO MDCCXXXIX.

Ad L. XII. T. I.

DECISIO CCXV.

THEMA.

Cum eo, cuius fidem secutus, quis contraxisse censetur.

SVMMARIA.

Proxeneta ex contractu mutui non obligatur n. 1.

Iure Hamburgico exceptio N. N. P. contra documentum liquidum locum non habet n. 2.

Eodem iure hypotheca libris publicis inserta firmissima est n. 3.

Is contraxisse censetur, cuius fidem quis secutus n. 4.

Querela N. N. P. iure Hamburgensi operatur, vt intra biennium creditor numerationem probare teneatur n. 5.

Querela non numeratæ pecuniæ non impeditur per hypothecam iudicialem euentualiter constitutam n. 6.

Als dieselbe uns gesuchte reuision und dagegen opponirte exceptiones in Sachen H. J. C. Beklagten, modo impetranten an einem, und des Notarii S. modo F. P. mand. nomine C. D. M. Klägers, modo impetraten am andern Theil, in dem zurück kommenden fasciculo act. etc.

Daß es der gesuchten reuision ohngehindert bey dem den 26. Jan. 1746. abgegebenen interlocut schlechterdings zu lassen, und impetrant die Unkosten des verzögerten processus nach deren liquidation und erfolgter Mäßigung impetraten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol drey Beschwerungs-Gründe von impetranten aufgeführet worden, woraus er reformationem sententiæ verhoffet, deren erstes darin bestehet, daß die angestellete querela non numeratæ pecuniæ zugelassen sey, so doch gegen ihn nicht statt finde, zumahl nach der Beylage bey den übergebenen exceptt. dilat. sub n. 1. nicht er, sondern Herschel Levin, ein Altonaischer Jude, creditor sey, dem impetrat den Posten von 3000 Marck courant den 29ten Jun. 1744. in sein Erbe zuschreiben lassen, dabey er nur die Stelle eines Mecklers oder Unterhändelers vertreten, wie die Beylage anzeiget, si enim proxeneta interuenerit faciendi nominis, vt multi solent, quasi mandator hic non tenetur, quia hic magis monstrat nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen,

l. 2. D. de proxenet.

dieserwegen Kläger allenfals diese Klage, in welche er von dem geschlossenen mutuo annoch 2330 Mk. 7 ß spec. fordert, gegen Herschel Levin, nicht gegen ihn anstellen könne. Ferner das andere gravamen daher geleitet wird, daß nach denen Hamburg. Statutis P. I. tit. 24. art. vn. die exceptio non numeratæ pecuniæ gegen unleugbahre Verschreibungen schlechter Dings verworffen, und verordnet sey, daß der debitor seiner ausgegebenen und recognoscirten obligation, solcher Einrede ohngeachtet, ein Gnügen thun soll, und hernach den creditorem wieder besprechen möge, welches noch vielmehr bey einer vor dem gantzen Rath verlassenen, und in denen libris publicis reddituum angeschriebenen Post zu beobachten sey, weswegen er nicht eher klagen könne, als bis er das Capital abgetragen. Endlich das dritte gravamen darin gesetzet worden, daß dergleichen in denen Stadt-Rentebüchern eingeschriebene Posten diesen besondern Vorzug vor gemeinen privat-Handschriften hätten, daß nach dem recessu de an. 1618, wodurch der art. 3. P. I. tit. 30. statuti corrigiret ist, verordnet ist, daß alles, was an Renten und Haupt-Stuhl in offener audientz verlesen, und in das Stadt-Rentbuch eingeschrieben worden, solches, weil es hiebevor in der Stadt-Hamburg üblich herkommen, stet und fest gehalten worden, und dagegen niemand, excepto absente, Einrede thun können, woraus denn folgen möchte, daß auch dagegen keine Klage statt finde, da impetrat seinen consens in die Zuschreibung öffentlich declariret, und wie dagegen keine exceptio non numeratæ pecuniæ opponiret werden könne, also auch die querela non numeratæ pecuniæ nicht statt finden möchte, cum facilius detur exceptio, quam actio, dem impetrant noch beyfüget, daß impetrat seinen libell in dolo gegründet, also actionem doli eigentlich angestellet, und da impetrant litem negatiue contestiret, nöthig gewest sey, daß dem Kläger der Beweiß des Betrugs, nicht aber ihm,

ihm, daß er die volura des Postens richtig eingeliefert, auferleget worden wäre.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad gravamen primum aus dem sub n. 1. beygelegten documento zu ersehen, daß Impetrant nicht ein blosser proxeneta, sondern derjenige sey, mit welchem Impetrat principaliter wegen Anlehns der 3000 Rl. contrahiret, indem solches folgende Worte deutlich anzeigen:

> Da ich hiemit bekenne, daß ich zum vollen gedachtes Capital vergnüglich empfangen, durch H. J. C. den ich dazu erbeten, daß er es nomine meiner möchte in Empfang nehmen, er auch solches auf mein Gesuch gethan, und die erwehnte summa mir contentiret, also ich beydes sowol den vielgedachten Herrn Hersch Levin des ausgezahlten Geldes halber, als den Juden H. J. C. so das Capital hat nomine meiner eincassiret, und an mir ausgezahlet, Kraft dieses auf das bündigste hiemit quittire ꝛc.

woraus ein ieder leicht wahrnehmen wird, daß ohngeachtet der Kläger, dem Juden Hersch Levin das Capital in sein Erbe einschreiben lassen, er doch vornemlich mit dem Juden H. J. L. principaliter contrahiret, und die Anschaffung dieser Gelder von ihm verlanget, dieser auch solche versprochen, und vor die Einlieferung des Geldes stehen muß, deswegen Kläger auch sub spe accipiendæ pecuniæ eben diesen mit quittiret, welches sonsten unvonnöthen gewesen wäre, wenn dieser nicht in principali nexu gestanden, ihm die Gelder zu verschaffen, und ex mutuo zu liefern, ob er wol, seinen intendirten wahrscheinlichen Betrug zu verkleistern, dem Altonaischen Juden Hersch Levin, 4
als creditorem in das Stadt-Rentbuch einschreiben lassen, is enim principaliter creditor et debitor censetur, cuius fidem secuti sumus et cuius contemplatione quid gestum est,

l. 13. C. si cert. petat.

in dessen regard der Impetrant vorgeschriebener massen bekennen müssen, daß der Impetrat solche Gelder eincassirt und ihm gezahlet habe, so, daß bewandten Umständen nach, die querela non numeratæ pecuniæ gegen Impetranten wohl statt finden, und ihm der Beweiß des gezahlten Geldes durante adhuc biennio auferleget werden können, angesehen, ob wol ad gravamen secundum, wenn der Creditor aus einer Handschrift klaget, und klare Brief und Siegel produciret, diese exceptio verworffen, und nur die Wiederklage post factam solutionem erst reseruiret ist, dennoch solches auf die querelam non numeratæ pecuniæ, die der debitor anstellet, nicht zu appliciren, da das ausgeliehene Capital nicht eingeklaget, sondern der debitor erst das noch nicht gezahlte, aber versprochene Geld, weswegen er bereits 5
eine gerichtliche hypothec constituiret bekommen, fordert, und das mutuum in Richtigkeit bringen will, in welchem casu non obstante chrirographo, der creditor die solutionem binnen zwey Jahren nach dem art. vn. P. I. tit. 24. beweisen muß. Endlich quoad gravamen tertium zwar die Festhaltung dessen, was in das Stadt-Rentbuch eingetragen ist, seine Richtigkeit hat, daß kein tertius ratione prioritatis, oder sonsten dagegen gehöret, noch die inscription selbst von iemand angefochten werden kan, in dessen Ansehen auch nur die absentes excipiret sind, so hier auch nicht geschiehet, gleichwol daraus nicht folget, daß einer nicht sollte querelam non numeratæ pecuniæ, wenn das Capital nicht gäntzlich ausgezahlet und geliefert worden, anstellen können, als welche nicht 6
primario in dem Stadtbuch, sondern in der promissione de mutuando gegründet wird, und dazu der promissor contrahendi mutui nunmehr um destomehr verbunden ist, als er wegen der gantzen Post ihm bereits gerichtliche Sicherheit, durch Einschreibung in sein Erbe, euentualiter gegeben, und ad implendum promissum hier, nicht aber ad exactionem debiti et eius executionem geklaget wird, dabey denn contra acta laufft, daß Kläger actionem doli angestellet haben solle, dergestalt, daß es dem Impetranten an richtigen grauaminibus überall fehlet, welches condemnationem in expensas ob protractam litem nach sich ziehet.

Ad L. XI. T. VII.

So sind wir geschehener massen zu erkennen, bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVG. MDCCXLVI.

Lib. XII. Tit. I. De rebus creditis.

Ad L. XII. T. I.

DECISIO CCXVI.

THEMA.

Qui proprio nomine contraxit, recte conuenitur et condemnatur.

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. XII. T. I.

SVMMARIA.

Ex contractu filii in rem matris mater tantum obligatur n. 1. 3.

Minorennis valide non contrahit n. 2.

Qui tanquam mandatarius contrahit, ipse conveniri nequit n. 3.

Qui proprio nomine contrahit, ipse obligatur n. 4. 5.

Non electione, sed solutione debitor liberatur n. 5.

Non electione vnius ex debitoribus, sed solutione debitum tollitur n. 6.

Als dieselbe uns gesuchte revision in Sachen J. N. G. Imploranten an einem, und J. A. S. Imploraten am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Daß es der gesuchten revision ohngehindert bey dem am 15. Iun. 1739. gefälleten und n. act. 2. befindlichen decreto billig verbleibet, Implorant auch die expensas retardati processus nach deren vorgängiger liquidation und erfolgten richterlichen Mäßigung, Imploraten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Implorant loco grauaminis angeführet, daß er zu Bezahlung des Restes, der 158 fl. 20 Kr. condemniret worden, da doch 1) an. 1733, da er mit Imploraten den Weinhandel angefangen, und von ihm Weine genommen, seine Mutter in Bußbach ihre Nahrung
1 mit Weinausschencken getrieben, und er als der älteste Sohn, von ihr zu Erhandlung der Weine abgeschicket worden, er also nicht, sondern seine Mutter debitrix principalis sey, ja er 2) damahls, laut beygefügten Tauffscheins erst zwey und zwantzig Jahr alt gewesen, und unter der Vormundschafft seines Vettern gestan-
2 den, mithin nach der reform. P. II. tit. 1. §. 2. sich nicht verbinden, allenfalls 3) als minorennis auf das beneficium restit. in integrum
3 prouociren könne, und ob er gleich 4) von Imploraten belanget werden wollen, doch aus dem beygefügten protocoll zu ersehen, daß er nicht, sondern seine Mutter erschienen, als welche die debitricin gewesen, worauf Implorat von ihm abgegangen, sich mit seiner Mutter eingelassen, und das Versprechen wegen der termins-Zahlung von ihr angenommen, übrigens ob Implorat gleich 5) abermahl ihn vor der burgermeisterlichen audienz, da seine Mutter die Zahlung nicht gethan, verklaget, und er zu der Zahlung condemniret werden wollen, er sich doch abermahl an seine Mutter gewendet, und die würckliche execution gegen sie erhalten, also er nunmehr bey derselben bleiben müsse, ohngeachtet Implorat 6) die Rechnung auf ihn gerichtet, als welches er ihm nicht verwehren kön-
4 nen, inzwischen er nur alles als mandatarius seiner Mutter gethan, er auch solches wohl dencken können, nachdem er noch bey seiner Mutter und minderjährig gewesen, und also bloß vor seine Mutter, nicht aber vor sich contrahiret.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) et 2) es hierbey nicht mehr auf die in ao. 1733. und folgende Jahre, da er noch minorennis gewesen, erhandelte Weine, als welche bereits bezahlet sind, sondern auf den Rest der in ao. 1736. von 14. Aug. und folgende Zeit gehandelten Weine ankommt, zu welcher Zeit er bereits maiorennis gewesen, angesehen, aus dem sub n. 9. befindlichen attestato erhellet, daß er den 14ten Iun. 1711. getauffet worden, und daher den 14ten Aug. 1736. bereits maiorennis gewesen, aus welchem letzten Handel der Rest der 158 fl. 20 Kr. entsprungen, er also sich wohl obligiren können, dahero auch derselbe bey der burgermeisterlichen audientz bereits zur Zahlung condemniret worden, zumahl, daß er qua mandatarius matris contrahiret, er mit nichts dargethan, vielmehr Implorat die Rechnung auf ihn gestellet, die Gelder, so bezahlet worden, von ihm, Imploranten, empfangen, auch gegen ihn die Klage angestellet, weil er mit ihm proprio nomine contrahiret, und er also bey ihm bleiben können, cuius fidem secutus est. §

l. 13. C. si cert. pet.

Dahero bey solcher Beschaffenheit ihm ad 3) die restitutio in integrum nicht zu statten kommen kan, noch weniger ad 4) Imploraten præiudiciren mag, daß in termino, da er Imploranten wegen der Zahlung belanget, nicht er, sondern seine Mutter erschienen, und die Zahlung versprochen, weil ihm indifferent seyn können, wer bezahlete, iedennoch, weil sie ad 5) nicht inne gehalten, Implorant billig zur Zahlung condemniret worden, welcher aber laut protocoll von 20. April 1739. selber angehalten, daß seine Mutter vorher exequiret werden möchte, weil er den Wein vor sie gekaufft, dabey iedoch Implorat den regreß gegen den Imploranten sich nach wie vor vorbehalten, ihm
6 also nicht præiudiciren kan, daß gegen seine Mutter die execution verhenget worden, zumahl es contra fidem protocolli ist, daß Implorat von ihm abgegangen, und sich an seine Mutter gehalten, als welches er, saluo iure suo, im Anfang wohl thun können, da sie in primo termino die Weine empfangen zu haben vor-

vorgegeben, und sich zur Zahlung obligiret, jedoch, als die Mutter ihr Wort nicht gehalten, Imploratsofort wieder auf Imploranten losgegangen, und erhalten, daß er zur Zahlung condemniret worden, endlich ad 6) die Rechnung allerdings auf Imploranten gestellet werden müssen, weil er nicht in Abrede seyn können, daß er in denen bezeigneten Jahren mit Imploraten contrahiret, derselbe auch darauf auf Abschlag unterschiedlichemal gezahlet, und dahero Implorat nicht anders gekont, als den Imploranten vor seinen debitorem zu halten, und bey ihm zu bleiben, dieweil er pro prio nomine contrahiret, dieserwegen da die grauamina unerheblich sind, Implorant die expensas retardati processus billig bezahlen muß. *Aal. XII. 1.1.*

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ. MENSE IANVAR. MDCCXL.

DECISIO CCXVII.

THEMA.

Quatenus ciuitas ex mutuo contracto obligetur?

SVMMARIA.

Mutuum a ciuitate contractum censetur, si ciues vocati in illud consenserunt n. 1.
Cuius contemplatione contractus initus, is tantum tenetur n. 2.
Si ciuitas qua talis contraxit, obligatur n. 3.
Ciuitas ex contractu eorum, qui illam repræsentant, tenetur n. 4.
Mutuum ab inordinata multitudine quorundam ciuium contractum, ciuitatem non obligat n. 5.
Ciuitas conueniri potest ex contractu administratorum, si versio in rem probata n. 6.

Auf geführten Beweis und Gegenbeweis, auch erfolgtes Verfahren in Sachen S. A. Klägers an einem, Sr. G. G. A. S. und A. L. B. allerseits nachgelassene Erben, Beklagte am andern Theil, erkennen zum Stadt-Gerichten der Kayserlichen freyen Reichs-Stadt Mühlhausen verordnete Gerichts-Schultheisse und Assessores nach eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß Kläger dasjenige, was ihm zu erweisen obgelegen und er sich angemasset, nach Nothdurfft erwiesen, dannenhero Beklagte alles übrigen Einwendens ohngehindert die eingeklagte 50. Thlr. nebst denen Zinsen von Zeit des ausgestelleten Schuld-Scheins, nach Abzug der wieder erhaltenen 2. Thlr. pro rata zu bezahlen verbunden, es könte und wollte dann Kläger, daß er die zwey Thaler von Kleebergen nicht wieder bekommen, sich vermittelst Eydes reinigen, so hat alsdann der decourt der zwey Thaler nicht statt. Die Unkosten aber sind aus bewegenden Ursachen gegen einander zu compensiren und aufzuheben. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagte gegen den geführten Beweis eingewandt, daß Kläger nicht erwiesen, daß das eingeklagte Geld von dessen Frau der Beklagten Erblasser auf ihr Conto verlanget, vielmehr Zeuge ad art. prob. 6. deponiret, daß wie er in dessen Hauß gekommen, die 50. Thlr. bereits ausgezahlet, auf dem Tische gelegen, und also daraus nicht zu schliessen sey, daß sie das Geld proprio nomine eingehoben, vielmehr aus dem edirten und recognoscirten Requisitions-Schein, so in actis contra Florian Ohrenschall f. 120. beständlich, erhelle, daß die Bürgerschafft zu Mühlhausen den Tag vorher, als den 28. April 1733. selber dieses Anlehn negotiiret, und der Beklagten Erblasser nur von der Bürgerschafft deputiret worden, das bereits negotiirte Geld abzuholen, so auch der Schein sub A von 29. April 1733. f. 30. bestärcke, als welcher besage, daß die quæstionirte 50. Thlr. an die bürgerliche Deputirte, und zwar zur Reise nach Dresden, ausgezahlet worden, dahero der Schein so wenig eine causam debendi in sich halte, als der Beklagten Erblasser sich zur Wiederbezahlung verbindlich gemachet, dergestalt diese nur als nuncii der Bürgerschafft anzusehen, die nicht selbst contrahiret, sondern nur iussu ciuium das negotiirte Geld abgeholet. So dann dieses um desto richtiger sey, als das Requisitions-Schreiben an den Kläger sub B bezeuge, daß er von der Bürgerschafft, den

Ad L. XII. T. I.

Tag vorher, um Vorschiessung gewisser Gelder an die Bürgerschafft requiriret worden, Kläger dagegen nichts erinnert, und also in das gethane Gesuch gewilliget, dabey auch nicht anzusehen, daß damahls die Bürgerschafft in zwey Partheyen getheilet gewesen, anerwogen testis ad art. reprob. 4. int. 1. deponiret, daß damahls die Bürgerschafft alle einerley gesinnet gewesen, und also zu vermuthen, daß dieselbe in dieses mutuum consentiret, und das Requisitions-Schreiben sub B von 29. April 1733. an den Juden ausgestellet, dicitur enim ciuitas immediate contraxisse, quando omnes ciues vocati ad locum publicum in mutuum consenserunt, qui modus contrahendi maxime in statu democratico obseruatur,

STRYK *in vs. mod. ad tit. de reb. cred. §. 27.*

wie denn auch die rubric, so Kläger selbst über den Schein sub B geschrieben, und also lautet:

Schein der löblichen Bürgerschafft

solches bestätige und darthue, daß er nicht mit der Beklagten Erblasser, sondern der Bürgerschafft contrahiret, und dieselbe also allein verbunden sey, cuius contemplatione enim quis contraxit, ille tantum tenetur;

l. 13. C. si cert. petat.

besonders da kein Zwang bey Klägers Weibe gebrauchet worden, sondern sie das Geld willig hergegeben.

test. reprob. ad art. 8. et 9. eiusque int. 1.

hiernächst das Geld zur Reise theils verwendet, theils Klägern restituiret sey,

test. 1. ad art. reprob. 10.

Beklagte aber zu ihrem eigenen Nutzen nicht gebrauchet noch aufgenommen, es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn Beklagte zu absoluiren, Kläger aber an die Bürgerschafft zu verweisen gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die quæstionirte Schuld an und vor sich selbst nach der Beylage sub lit. A richtig, und die causa debendi, so darin nicht exprimiret, aus dem von Beklagten geführten Gegenbeweis gantz deutlich erhellet, als worin die Beklagte selbsten gestanden, daß die quæstionirte 50. Thlr. von Klägers Eheweib zur Reise nach Dreßden vorgeschossen und aufgenommen worden, also an dem mutuo selbst nicht zu zweiffeln, und nur die Haupt-Fraae übrig bleibet: ob der Beklagten Erblasser zu dessen Erstattung oder nicht vielmehr die Bürgerschafft selbst verbunden worden, weil dem Vorgeben nach dieselbe immediate vorher das Geld negotiiret, und jene nur als nuncii die 50. Thlr. abgeholet? welchem letzteren Vorgeben aber entgegen stehet, daß weder das documentum sub B darthue, daß von der Bürgerschafft, qua tali, das Geld negotiiret, noch das sub A anzeige, daß sie von derselben deputiret worden, anerwogen jenes keinen Beweis machen kan, da solches documentum manu mere priuata geschrieben, die generale Unterschrifft: Die Bürgerschafft allhier, solches nicht bestätiget: da solches nicht von der Bürgerschafft bestätigten actuario ausgefertiget, noch vielweniger, daß sothaner Schein mit Zuziehung des von Kayserlicher Majestät bestätigt gewesenen Consulenten und Ausschusses an den Kläger den 28. April 1733. abgegeben worden, beweiset, davon auch test. reprob. ad art. 13. int. 2. nichts wissen will, noch, wer die Bürgerschafft damahls gewesen, die das Geld mit Klägern negotiiret, ad art. reprob. 4. int. 6. sagen mögen, cum tamen ad minimum hi, qui eam repræsentant, in mutuum consentire debeant,

STRYK *cit. l. §. 29.*

RICHTER *decis. 71.*

LEYSER *spec. ad D. 131. med. 1. et 2.*

davon überall hier nichts zu befinden, ja nicht einmal erweislich gewesen, daß der Beklagten Erblasser von der Bürgerschafft deputiret worden, das Geld abzuholen, vielmehr wohl mehr als zu klar ist, daß der illegaliter et tumultuarie ausgestellete Schein sub B von 28. April 1733. nicht von der löblichen Bürgerschafft, qua tali, sondern von einer multitudine inordinata, ausgestellet gewesen, in mehrern Betracht, obgleich testis reprob. ad art. 4. int. 1. vermeinen wollen, daß die Bürgerschafft damahls einerley gesinnet gewesen, dennoch der Augenschein es giebet, daß, wenn die Bürgerschafft das Geld negotium selbst geschlossen, der Schein sub lit. B nicht so illegal, da sie mit einem Consulenten, Actuario etc. versehen gewesen, ausgefertiget, noch die Zahlung der Gelder nicht so tumultuarie und widerrechtlich von des Klägers Frauen extorquiret worden wäre, gestalt denn die acta contra Florian Ohrenschall darlegen, daß den Tag darauf, da der Schein an den Kläger geschicket, nemlich den 29. April 1733. sehr früh gedachter Ohrenschall sich ebenfalls als deputirter der Bürgerschafft mit noch einem socio bey Klägers Frau gemeldet, und mit vieler Gewalt und Concussion 50. Thlr. auf gedachten Schein von ihr extorquiret, und deswegen er auch in solidum zu deren Bezahlung condemniret ist, gestalt dann des Klägers Frau damahls in grossen Aengsten gewesen, und zu præcauirung grösseren Unglücks das Geld hergegeben, bald darauf aber denselben Tag, meru maioris mali adhuc continuante, die drey sich vor deputirte der Bürgerschafft ausgegebene, der Beklagten Erblasser, abermal

mal auf den gedachten Schein sub A die jetzt im Streit verfangene 50. Thlr. abgeholet, von deren Auszahlung, und was bey derselben Abforderung vorher vorgegangen, zwar keine Nachricht in actis befindlich, weil der abgehörte Zeuge eben ankommen, wie das Geld bereits ausgezählet auf dem Tisch gelegen, und er also davon nichts sagen können, dennoch dieses unleugbar ist, daß der Beklagten Erblasser, mit unter den vornemsten Tumultuanten gewesen, und also mehr von seines gleichen als der gesamten Bürgerschafft deputiret, und der tumultuarie abgefassete Schein sub B abgefasset gewesen, deswegen bey solchen Umständen der Kläger, der damahls, wie diese illegalitäten vorgegangen, nicht einsten zu Hause gewesen, sich an ihnen und deren Erblasser zu halten, Fug und Macht gehabt, nichts weniger also als dieses daraus zu schliessen, daß, weil er die ihm zugeschickte Urkunde erhalten, er auf der Bürgerschafft conto das Geld vorgestrecket, mit derselben immediate contrahiret, der Beklagten Erblasser aber als nuncii blos anzusehen gewesen, dessen Gegentheil aus denen Umständen dargethan, Kläger aber wegen seiner Abwesenheit davon nichts wissen, noch darin consentiren können, noch weniger aber die auf der Urkunde sub B von ihm geschriebene Worte:

Schein von der löblichen Bürgerschafft

eine agnition dieses negotii in sich halten, da er bey den damahligen unruhigen Zeiten bey der litera der Urkunde verbleiben, und nur zu seiner Priuat-Notiz solche annotation darüber machen müssen, dabey aber damahls unmöglich versichert seyn können, ob die Bürgerschafft, qua talis, darin consentiret, weil man in tali confuso rerum statu, wer Koch oder Kellner gewesen, nicht gewust, allenfalls es feste bleibet, quod errantis non sit consensus. Endlich mit nichts dargethan, daß die versio in rem ciuitatis geschehen, nachdem die Reise nach Dreßden nicht einsten vor sich gegangen, nachdem art. reprob. 23. Staufenbeil von den 30. Thlr. so er von denen 50. Thlr. erhalten, 23. Thlr. übrig behalten, noch man sonsten anzeigen mögen, daß das Geld in rem ciuitatis verwendet. Uebrigens nach dem art. 10. reprob. 10. testis deponiret, daß er von dem Gelde Klägern 2. Thaler wieder gegeben, welches, woferne er solches nicht in Abrede seyn solte, billig sich decourtiren, oder von deren restituirung sich mediante iuramento purgiren muß; die Unkosten aber dabey zu compensiren gewesen, weil doch Beklagte etwas vor sich gehabt, Kläger auch nicht angegeben, daß mit einigem Zwang von seiner Frauen das Geld extorquiret worden. *Ad L. XII. T. I.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE OCTOB. MDCCXLVIII.

RESPONSVM CCXVIII.

THEMA.

Qui ex mandato alterius soluit pecuniam, cum eo, cui soluit, mutuum non contrahit.

SVMMARIA.

Mutuum accipiens ad restitutionem se obligasse censetur n. 1.
Confessio dubia non nocet n. 2.
Ex confessione pecuniæ acceptæ mutuum præcise non colligendum n. 3.
Mutuum non contrahit, qui ex mandato tertii soluit n. 4.
Mutuum contractum censetur, si conuentum de re in eodem genere reddenda n. 5.
Mandatarius contra mandantem habet regressum n. 6.
Mandatum de soluendo mandatum de credendo non continet n. 7.
Cessante debito cessat actio n. 8.
Responsiones ad rat. dub. n. 9.
Victus victori expensas soluit n. 10.
Expensæ compensandæ, si reus sententiam pro se habet n. 11.
Cessante temeritate litis, expensæ compensantur n. 12.

Als uns derselbe eine Frage nebst beygefügten Disputations-Sätzen zugesendet ꝛc.

Hat Dr. W. in H. auf empfangene Ordre des Beklagten Vormundes des Commissarii C. dem Dr. S. jetzigem Kläger im Monat Octobr. 1727. committiret, an Beklagten 60. Thlr. auszuzahlen, dem zufolge er demselben gedachte Summe den 15. Novemb. nach Jena übersendet; sind auch ferner sothane

Arg. L. XII. T. C. ne Gelder dem Dr. W. auf desselben Vorgeben, daß er sie durch Klägern an Beklagten auszahlen lassen, durch Beklagten Vormund dem Commissario C. den 24. Ian. 1728. laut Quittung n. 1. restituiret worden. Und obwol Kläger in seinem Schreiben n. 2. eingeständig, daß ihm den 15. Nov. 1727. die besagten 60. Thlr. die er an Beklagten zu zahlen Ordre empfangen, von Dr. W. ausgezahlt worden, hat er dennoch vorgegeben, daß ihm diese Summe von Dr. W. nicht restituirt worden, und daher gegen Beklagten Klage erhoben, und von ihm solche Gelder, als einen vermeintlichen Vorschuß, wieder gefordert, worauf denn nach erfolgter Einlassung und geführter Bescheinigung und Gegenbescheinigung von dem Schöppen-Stuhl zu Jena erkant worden, daß, daferne Kläger in supplementum schwören könte, daß er die als einen Vorschuß angegebene 60. Rthlr. weder vom Beklagten, noch auch von dessen curatore oder auf dessen Ordre wieder erhalten, oder durch Berechnung dieselben compensiret, und gut gethan worden, Beklagter solches Capital der 60. Thlr. binnen Sächsischer Frist zu bezahlen schuldig sey, durch welches Urthel Beklagter sich grauirt befunden, und dagegen Leuterung eingewandt, wobey derselbe in Rechten beleh-ret zu seyn verlanget:

Quæstio.

Ob eine sententia reformatoria zu hoffen sey, krafft welcher Beklagter von der angestellten Klage absoluiret würde?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol 1) Kläger die quæstionirten 60. Thlr. an Beklagten ausgezahlet, auch Beklagter, daß er solche empfangen, nicht allein niemahls geleugnet, sondern auch solches in seinem Schreiben sub A allerdings eingestanden ist, und daraus die Verbindlichkeit das gezahlte wieder zu erstatten, zu erfolgen
1 scheinen mögte, cum accipiens mutuam pecuniam se obliget ad illam restituendam,

STRYK *de caut. contr. sect. II. c. 4. §. 33.*

Beklagter aber gleichwol 2) gedachte Summe noch nicht wieder bezahlt, auch nicht einmal über den Empfang sothaner Gelder eine Quittung ausgestellt habe, ohnerachtet Kläger in seinem Schreiben von 17. Ian. 1728. solcher Quittung wegen, Erinnerung gethan, und er daher durch solche denegationem quittantiæ verhindert worden, besagte Gelder von seinem mandante dem D. W. in Hanover wieder zu erhalten, und auch dieserhalb vom Beklagten indemnisiret werden müste, und wenn auch gleich 3) Beklagter exceptionem factæ restitutionis opponiren, und aus des Klägers an ihn den 15. Nov. 1727. abgelassenen Schreiben n. 2. act. dessen eigen Geständniß, daß solche 60. Thlr. an eben dem dato von D. W. an ihn ausgezahlet worden, herleiten wollen, dennoch solche confessio extraiudicialis da-2 durch zweifelhafft werden möchte, daß Kläger bey dem über einige articulos reprobationis deferirten und von ihm abgelegten Eyd in ipso actu iuratorio zugleich erinnert, und eydlich erhärtet, daß weder mense Octobr. 1727. 60. Thlr. noch auch vorhero Gelder, so an Beklagten nach Jena überschickt werden sollen, ihm Klägern überschickt worden wären, und da es also 4) bey solchen Umständen darauf anzukommen scheinet, ob Klägern die an Beklagten ausgezahlte 60. Thlr. von ihm oder dessen curatore oder dessen Ordre wieder bezahlt, oder sonst auf andre Weise wieder vergütet worden, der Jenische Schöppen-Stuhl, der von Klägern in ipso actu iurandi gethanen offerte zufolge über solchen Punct das iuramentum suppletorium zu iniungiren, dem Ansehen nach bewogen worden.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) Kläger den Grund seiner Klage darin gesetzet, daß die ausgezahlte quæstionirte 60. Thlr. ein Vorschuß wären, und Kläger solche als debitor wieder zu erstatten verbunden, und da 2) Beklagter die qua-3 litatem mutui stets negiret, und Klägern, so viel ihm an der Klage verneinet, zu bescheinigen auferleget worden, Kläger dieses, daß die quæstionirte 60. Thlr. einen Vorschuß in sich enthielten, erweisen sollen, welches durch die beygebrachte documenta auf keine Weise geschehen, immassen 3) aus des Beklagten Schreiben sub A nur so viel erhellet, daß er die von Klägern übersendete 60. Thlr. empfangen, woraus aber, daß solches vorgeschossene, und ex contractu mutui gezahlte Gelder seyn, keinesweges erfolget, vielmehr aus dem ganzen Schreiben und insbesondre aus Klägers an Beklagten den 15. Nov. 1727. n. 2. ergangenen Briefe klärlich zu befinden, daß er von D. W. aus Hanover beordert worden, Beklagten 60. Thlr. zu übermachen, Kläger also, als mandatarius des D. W. an Beklagten solche Gelder ausgezahlet, er aber gleichwol dasjenige, was aus dessen mandato geliefert worden, Beklagtem nicht als ein mutuum anrechnen kan, immassen 4) die Auszahlung des quæstionirten Geldes nur die executionem des unter Klägern und D. W. contrahirten mandati inuoluiret, dabey aber kein mutuum unter Klägern und Beklagten eingegangen ist, cum is, qui ex mandato tertii soluit, cum eo, cui solutionem præstat, mutuum non 4 contrahat,

MEVIVS *P. VII. dec. 153. n. 5.*

sintemahlen 5) bey dem contractu mutui das Geld

Geld dem andern unter der Bedingung geliefert werden muß, daß er dasselbe in eodem genere erstatte,

l. 2. D. de reb. credit.

dergleichen negotium aber unter Klägern und Beklagten nicht vorgegangen, sondern da Beklagtens Vormund der Commissarius C. an Beklagten 60. Thlr. nach Jena übermachen wollen, er den D.W. beordert, die Zahlung zu thun, dieser aber hinwiederum dem D.S. in Gotha aufgetragen, solche Gelder an Beklagten zu übersenden, hiebey also blos ein doppelter contractus mandati, als der eine zwischen Beklagtens Vormund und D.W. der andere zwischen D.W. und D.S. vorkommet, wie denn ratione des ersteren Beklagtens Vormund als mandans die auf seine Ordre gezahlten Gelder seinem mandatario D.W. laut Quittung von 24. Jan. 1728. n. 1. restituiret, da hingegen der andere contractus blos unter D.W. und D.S. nicht aber mit Beklagtem oder Beklagtens Vormund getroffen worden, mithin da D.S. auf Ordre des D.W. die quæstionirten Gelder an Beklagten ausgezahlet, er als mandatarius an seinen mandanten, mit
6 dem er contrahirt, sich halten muß,

l. 12. §. 5. et 6. D. mandat.

hingegen weil dem Beklagten aus solchen mandatis die 60. Thlr. geliefert worden, zwischen ihm aber und Klägern kein besonderer contractus mutui getroffen worden, Kläger gegen denselben actionem ex mutuo nicht anstellen, und die ex mandato tertii gezahlte 60. Thlr. von ihm nicht wieder fordern können, in mehrerer Erwegung, daß 6) Klägern von D.W. ein bloses mandatum de soluendo ertheilet
7 worden, welches noch kein mandatum de credenda pecunia in sich begreifft, welches sonst dahin gehet, daß der mandatarius auf des mandantis Ordre einem tertio Geld vorstrecke,

l. 2. §. 5. l. 12. §. 12. 13. 14. D. mandat.

dergleichen mandatum in gegenwärtigem Fall nicht vorhanden, noch weniger auch Kläger Beklagtem die 60. Thlr. würcklich creditiret, sondern laut seines eigenen Geständnisses in dem Schreiben sub n. 2.
er ihm blos dasjenige Geld ausgezahlt, wozu er von *D. W. Ordre* empfangen, und welches ihm von selbigem zugeschicket worden, dannenhero da 7) Kläger seine Anforderung in einem Vorschuß gegründet, gleichwol kein mutuum unter ihnen geschlossen worden, solche offenbar ohne allen Grund ist, und Beklagter denen Rechten nach von angestellter Klage
8 gäntzlich absoluiret werden muß, cum, vbi nullum debitum est, nulla quoque actio competat

l. 5. C. de pact. conuent.

MEVIUS *P. III. dec. 63. n. 7.*
Bœhm. Conf. T. III. P. II.

et si actio non competit, et non fundata est, reus sit absoluendus *Ad L. XII. 7. I.*

STRVK *de inuestigandis actionib. c. 1. §. 3.*

wogegen die eingewandte rationes dubitandi nichts verfangen können, immassen ad 1) aus dem bisherigen offenbar, daß ohnerachtet Beklagter die 60. Thlr. von Klägerm empfangen,
9 solche ihm doch nicht als ein Vorschuß ausgezahlet worden, hiernächst ad 2) nirgend erwiesen, daß Beklagter Klägern die Quittung über die 60. Thlr. denegiret, vielmehr aus den angeführten Briefen nur so viel erhellet, daß, da Kläger eine Quittung gefordert, Beklagter, daß er solche bereits ertheilet, und zu seinem præiudiz nicht doppelt quittiren wolle, eingewandt, sich aber doch zu der Quittung in dem documento sub A euentualiter in folgenden Worten offerirt:

> Wenn mein Schwager also von mir keine Quittung auf die 60. Thaler, so im Nouemb. 1727. empfangen, ausgestellet findet; so ist klar, daß mein hochgeehrter Herr Dr. noch disfalls von mir müsse quittiret werden.

Dannenhero die angegebene Ursach, dadurch Kläger von seinem regreß gegen D.W. durch Beklagten gehindert worden seyn solte, nichtig ist, übrigens ad 3) et 4) Klägers über die von D.W. empfangene 60. Thlr. schrifftliches Bekäntniß sattsam klar ist, und was Kläger, ohne daß ihm über solchen Punct der Eyd deferiret worden, blos in ipso actu iuratorio erinnert, keinen Beweis ausmacht, es auch ohnedem bey gegenwärtiger Klage darauf hauptsächlich nicht ankomt, ob Kläger von seinem mandante D.W. befriediget worden? sondern der Grund der Klage darin beruhet, ob Kläger dem Beklagten die quæstionirten 60. Thaler vorgeschossen? und da nun kein mutuum vorhanden, noch auch von Klägerm dargethan werden können, demselben auch darüber, ob er von Beklagtem oder dessen curatore oder Ordre von demselben solches vorgegebenen Vorschusses von 60. Thaler wegen befriediget worden, das iuramentum suppletorium den Rechten nach auf keine Weise iniungiret werden können, cum deficiente credito deficiat obligatio ad creditum restituendum:

> So halten wir davor, daß die sententia a qua den Rechten nach dergestalt reformiret werden müsse, daß Beklagter von angestellter Klage zu absoluiren sey.

INSERAT.

Verlangt auch derselbe noch ferner belehret zu seyn:

Ob Kläger bey so gestalten Umständen schuldig sey, Beklagtem alle expensas litis zu erstatten, und also auch in hoc passu

Ad L. XII. T. I.

sententia reformatoria zu hoffen sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol aus der vorigen Frage erhellet, daß Klägers Anforderung ohne allem Grund sey, und Beklagter den Rechten nach von angestellter Klage zu entbinden, wobey sonst bekanten Rechtens, quod, si reus ab actione absoluitur, actor ei in expensas litis sit condemnandus

10 STRYKIVS *in Prax. for. cap. 1. §. 2. 3.*

cum is, qui aduersarium suum temere in iudicium vocauit, eidem litis sumtus reddere teneatur:

l. 79. pr. D. de iudiciis.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch Klägers Anforderung einigen Schein vor sich hat, daß auch selbst die Urthels-Verfasser des Schöppen-Stuhls zu Jena ex erroneo suppositio, als sey ein Vorschuß geschehen, auf seiner Seite ein gut Urthel gefället, und ihn solches a temeritate litigandi entschuldiget, adeo, vt compensandæ sint expensæ, si actor sententiam pro se habeat, et postea succumbat 11

GAIL *lib. 1. obs. 152. n. 5.*

LYNCKER *resol. 161.*

HORN. *class. 10. resp. 14.*

MEVIUS *P. III. dec. 316.*

hiernächst 2) Beklagter Klägern über einige Gegenbescheinigungs-Articul den Eyd deferiret, welchen Kläger auch abgeleget, und vi iurisiurandi die præsumtionem temeritatis litis abgelehnet, in welchem Fall die compensatio expensarum ebenfalls statt findet 12

CARPZOV. *Proc. tit. 24. art. 1. n. 57. et in iurispr. forens. P. I. c. 31. def. 30.*

MEVIUS *P. VI. def. 30. n. 4.*

So halten wir davor, daß Beklagter in Ansehung der Proceß-Unkosten keine reformatoriam sententiam zu erwarten habe.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVNIO MDCCXL.

DECISIO CCXIX.

THEMA.

Potius mutuum quam depositum esse censetur, si alicui pecunia mutuanda committitur, eique ea de re fides habita.

SVMMARIA.

Status controuersiæ formatur n. 1.

Depositum est, si pecunia ad mutuandum alicui committitur n. 2.

Omnis actus ex intentione æstimandus n. 3.

Nemo possessionis caussam sibi mutare potest n. 4.

Mutuum non nisi inter consentientes contrahitur n. 5.

Mandatum ad certum finem stricte obseruandum n. 6.

Mutuum an contrahatur, quoties proxenetæ pecunia pro contrahendo mutuo concreditur n. 7.

Debitor is est, cuius fidem quis sequitur n. 8.

Mutuo non obest, quod creditor debitorem non nouerit n. 9.

Mandatum de pecunia mea, mutuo danda, mox degenerat in mutuum, quoties mandatarius implementum mandati nunciauit n. 10.

Cui facultas pecuniam mutuandi data, is eadem iure mutui vti potest n. 11.

Als die Herren uns interponirte Appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen Herrn C. P. und S. L. P. in Vollmacht des Rußisch-Kayserlichen Herrn Enuoyé, Grafen von G. Appellanten an einem, und des Procuratoris concursus E. G. P. Appellaten am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Daß die appellatio in ihren formalibus zu Recht

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 erster Instanz wohl gesprochen, übel appelliret, und dannenhero die sententia a qua schlechterdings zu confirmiren sey, die acta auch an den Richter voriger Instanz zu remittiren. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Aus denen bey denen actis befindlichen und producirten Briefen erhellet, daß der Appel-
1 lanten Principal 2000. Ducaten an E. G. P. per Wechsel übermachet, und solche Gelder zu dem Ende bey ihm niedergeleget, daß er solche sicher auf Interesse unterbringen und belegen solle, wie er denn den 27. Sept. 1727. an der Appellanten Principal berichtet, daß er solche a 4½ pro cento beleget, doch so, daß er alle Monat die Auffündigung thun könne, womit der Appellanten Principal zufrieden gewesen, und ihm, gedachten E. G. P. vor die Mühe gedancket. Weil aber nach dessen Tode, und darauf entstandenen Concurs über dessen Vermögen, sich hervor gethan, daß er die Gelder nicht an fremde untergebracht, sondern selbst behalten, so ist zwar in Ansehen des angelegten liquidi, kein Streit erreget, sondern nur darüber controuertiret worden, ob diese Schuld als ein blosses mutuum inter chirographarios, oder als ein verum depositum in der 4ten Classe ante illos nach dem Stat. Hamburg. P. II. tit. 5. art. 16. zu classificiren sey, da denn in prima instantia auf das erste erkant ist, welches zu dieser Appellation Gelegenheit gegeben. Ob nun wol dieserwegen
2 angeführet worden, daß 1) der Appellanten Principal dem excitato G. diese Gelder keinesweges angeliehen, sondern nur bey demselben niedergesetzet, daß sie auf Interesse von ihm beleget werden sollen, mithin der excitatus nicht pro debitore ex mutuo, sondern pro depositario anzusehen, woraus denn 2) nothwendig folge, daß diese bey G. in certum finem niedergelegte Gelder die naturam depositi unverändert behalten, bis sie dahin würcklich verwendet worden, wohin sie nach der intention des Herrn deponentis verwendet werden sol-
3 len, cum omnis actus sit æstimandus ex intentione contrahentium, et hunc in finem tum ad illam, tum ad initium actus respiciendum sit.

l. 8. pr. mand. l. 10. §. 4. l. 12. §. 2. eod.

Und da die Gelder nun 3) nicht nach der intention des Herrn deponentis verwendet und beleget, sondern vielmehr in des depositarii Händen geblieben, daraus nicht anders geschlossen werden könne, als daß sie naturam depositi behalten, da sie niemahls aus des de-
4 positarii Händen gegangen, und 4) der depositarius causam suæ possessionis nicht ändern, noch dasjenige, was ihm ex causa depositi eingethan, ex causa mutui besitzen mögen, bevorab da 5) bey dieser Veränderung eine solche notable Verwandelung vorgehen sollen, daß er von dem deponirten Geldern, davon er vorher nicht dominus gewesen, per mutuum ein dominium überkommen müssen, quod sine præscitu deponentis eiusque speciali consensu nicht geschehen mögen, cum mutuum non nisi inter consentientes con-
5 trahatur,

Ad L. XII. T. I.

l. 18. l. 32. D. de reb. cred.

und obgleich 6) der excitatus G. Macht gehabt, solche Gelder auszuleihen, wie denn dahin das Schreiben vom 27. Sept. 1727. gegangen, dennoch alsdenn dieses seine Richtigkeit gehabt haben würde, wenn G. diese Gelder bey einem tertio nach der empfangenen Ordre untergebracht, er aber diese Gelder zu seinem Gebrauch zu behalten keine Ordre gehabt, wovon doch seine gantze Gewalt über diese Gelder dependiret, als welche strichi iuris gewesen, 6
daher, wenn er 7) solches selbst behalten wollen, er nothwendig der Appellanten Herrn Principal solches anzeigen, so aber doch nicht geschehen, zumal 8) derselbe dem excitato nur plenam fidem quoad custodiam, und weiter nicht, tribuiret, welcher von dem Credit in mutuo gantz unterschieden ist, wie solches am klärsten daraus erhellet, wenn man Gelder bey einem Meckler, solche sicher unter zu bringen, deponiret, welcher solche vor sich nicht behal-
7 ten kan, wie denn auch 9) daraus, daß G. an Appellanten Hr. Principal in genere berichtet, daß solche sicher untergebracht worden, dieser schliessen können, daß er solche selber zu seinem Gebrauch behalten, noch weniger 10) auch daraus das Gegentheil zu schliessen seyn will, daß er einige Tratten auf excitatum nach denen bey der Exceptions-Schrifft befindlichen Beylage spediret, zumal er solches gethan, weil er geglaubet, daß G. als ein in grossem Credit gestandener Mann, solche ohnedem honoriren würde, weil er dessen Gelder in Hamburg wol finden würde.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Appellanten selber nicht in Abrede seyn können, daß G. in gantzen Rußland, und also auch bey dem Herrn Grafen von G. in dem Ruf und Credit gestanden, daß er ein reicher Banquier sey, der seine Gelder andern vorschösse und Credit gebe, er auch deswegen die an ihn übermachte Gelder ihm anvertrauet, daß er solche sicher unterbringen solle, mithin ihm niemahls verbothen gewesen, solche selber auf Zinse zu behalten, vielmehr solches der Herr Graf mit allem Vergnügen placidiret haben würde, wenn er solches specifice berichtet, in welchem Vertrauen G. auch nur rapport in genere gethan, daß die Gel-

Ad L. XII. T. I.

der sicher untergebracht, so der Herr Graf approbiret, und nicht einsten den eigentlichen debitorem wissen wollen, sondern schlechterdings auf G. gesehen, cuius fidem autem
8 quis sequitur, is pro debitore habetur,

l. 13. C. si certum petat.

dahero denn ab hoc tempore das dominium pecuniæ auf den debitorem transferiret, das depositum erloschen, und in mutuum transmutiret ist, adeo, vt si vel maxime error circa personam debitoris concurrat, consumtis nummis tamen depositum esse desinat,
9 et condictioni sine causa locus sit

l. 18. l. 32. de reb. cred.

welche causa dependi eben so wenig ein priuilegium hat, als wenn dieses negotium, wie probabilius ist, ratione initii ein mandatum de mutuando gewesen, und solches Geld von dem mandatario angegriffen und verzinset worden, daher dann auch geschehen, daß der Herr Graf in anno 1728. unterschiedliche Tratten an G. gerichtet, und sich solche a conto stellen lassen, weil der Herr Graf wohl vermuthen können, daß er entweder diese Gelder in seiner grossen Handelung employiret, oder sich doch an dieselbe leicht halten könne, zumal er dessen Credit allein hiebey gefolget, dagegen dann die rationes dubitandi nichts vermögen, anerwogen ad rat. 1mam et 2dam das negotium zwar a depositi vel potius mandato de mutuam pecuniam dando angefangen, dabey aber nicht geblieben, sondern in ein mutuum verwandelt, und das dominium transferiret ist, nachdem G. daß das Geld untergebracht sey, berichtet, und der Herr Graf dabey acquiesciret, man auch quoad 3tiam nicht sagen kan, daß er gegen Ordre
10 gehandelt, da er præsumtam mandantis voluntatem vor sich gehabt, und der Herr Graf dabey in genere acquiescirt, daß sie untergebracht worden, ohne zu begehren, daß der debitor ihm kund gethan werden möchte, mithin er quoad 4tam causam suæ possessionis voluntate creditoris mutiren, und es zu seinem eigenen Nutzen in seiner Handelung gebrauchen können, zumal der Herr Graf in genere in translationem dominii consentiret, welches gegen die rat. 5tam zu erinnern, und bey der 6ta zu bemercken, daß, da er die Gelder schlechterding unterzubringen Macht gehabt, er befugt gewesen, solche selber zu behal-
11 ten, da sie nach des Herrn Grafen Meynung am sichersten beygeleget seyn würden, wie er denn blos auf ihn hiebey gesehen, und contra rat. 7mam nicht nöthig gewesen, solches ihm anzuzeigen, daher auch die in rat. 8va angeführte Instanz von einem Meckler sich hieher gar nicht schicket, weil in solchem Fall es klar ist, daß der deponens die Gelder dem Meckler nicht leihen, sondern nur sein ministerium dabey gebrauchen wollen, so vom G. als einem in grossen Credit gestandenen Banquier nicht gesaget werden mag, übrigens quoad rat. 9nam allerdings ein grosses momentum darin bestehet, daß G. berichtet, daß die quæstionirten Gelder unterbracht, und quoad rat. vlt. darauf trassiret worden, zumal da der Herr Graf geschrieben, daß er die trassirte Posten auf sein conto schreiben solle, er nothwendig auf die in Hamburg stehende Gelder reflectiren, und dabey wissen müssen, daß, weil er dabey schlechterdings auf ihn gesehen, er sich solche davon wieder bezahlen könne, welches lauter solche data sind, daß die causa debendi nicht weiter ein depositum geblieben, sondern in aliud genus debendi mutiret worden, und daher kein priuilegium weiter haben könne.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IAN. MDCCXXXV.

DECISIO CCXX.

THEMA.

Deminuto valore nummorum solutio ex quo tempore æstimetur?

SVMMARIA.

In mutuo pecunia in eodem genere, quo data, soluenda n. 1.
In mutuo ad tempus contractus respiciendum n. 2. 3.
Lex ad causas præteritas non pertinet n. 4.
Ex statutis ante omnia lis æstimanda n. 5.
Lex ad præterita pertinet, sed differre ibidem cautum n. 6.
Quod non iniquum, si ratio publicæ vtilitatis id postulat n. 7.

In

In mutuo quantitas, quæ fuit tempore contractus, soluenda n. 8.
Quia pecunia vsum non tam ex substantia, quam quantitate præbet n. 9.
In mutuo reddendo nummi ex tempore solutionis æstimantur n. 10.
In mutuo ex re oritur obligatio n. 11. *Ad L. XII. C. I.*
Responsiones ad rat. dubit. n. 12.
Mutui solutio ante terminum inuito non obtrudenda n. 13.

Als dieselbe uns gesuchte reuision und erfolgte Gesetze in Sachen I. L. H. Imploranten an einem, und I. M. du F. Imploraten am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Daß es der eingewandten reuision ohngehindert bey dem den 1. Febr. 1737. eröffneten und n. 5. act. befindlichen Urtheil billig verbleibet, Implorant aber die expensas retardati processus nach deren vorgehender liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) Implorat die Summa des quæstionirten Wechsels in Carolinen, das Stück nach deren damahligen Werth zu 10. Fl. gerechnet, ausgezahlet, Implorant also auch nicht weiter verbunden scheinen mögte, als solche Summe in Carolinen nach den nehmlichen valor an jenen zu entrichten, cum id tantum in
1 mutuo agatur, vt id, quod datum est, in eodem genere et eadem bonitate restituatur,

l. 3. D. de rebus cred.

und obgleich 2) die Carolinen von der Verfall-Zeit des Wechsels auf 9. Fl. 20. Kreutzer abgewürdiget worden, doch bey der Güte der
2 Müntze nicht sowol auf tempus solutionis, als vielmehr ad tempus contractus zu sehen,

l. 17. pr. de pact.

HARPRECHT *vol. nov. conf. 60. n. 153.*

und Implorat daher die Zahlung in solchem Gelde, wie es damahls seinen Werth und Lauf gehabt, anzunehmen schuldig sey, cum solu-
3 tio regulariter, secundum rationem et valorem, qui fuit tempore contractus, facienda sit,

LAVTERBACH *in colleg. pract. lib. XII. tit. 1. §. 33.*

diesemnach es 3) in gegenwärtigem Fall bey den gemeinen Rechten verbleiben, und hieher das neuerliche Raths-Conclusum von 12. Febr. h. a. vermöge welches alle Zahlungen aus Wechseln und andern Anlehnen nach dem deualuirten Fuß geschehen sollen, nicht gezogen werden könne, immassen ein neues Gesetz
4 wohl in futuris, aber nicht in præteritis casibus pro norma anzunehmen, und da der Wechsel bereits 6. Monat vor solcher Verordnung vollzogen worden, es das Ansehen gewinnen will, als wenn in diesem Fall nach den alten Gesetzen, und insbesondere nach der

erneuerten Reformat. *Part. II. tit. 24. §. 3. de solution. fol. 143.*

zu sprechen wäre, welches ferner 4) um desto billiger scheinen könte, indem der creditor keinen sonderlichen Schaden leiden würde, immassen bey der deualuation der Müntzen die pretia rerum steigen, und die Gelder also mit weit grösserm Nutzen als bey dem ehemaligen erhöheten Werth angelegt und verwandt werden; zumal da überdem 5) Implorant ihm vor geschehener Abwürdigung der Müntzen die Zahlung des Wechsels angebothen, er aber solche nicht angenommen, sich also selbst zu imputiren haben müsse, wenn er voritzt die Carolinen in geringern valor als vorher, ausgeben solte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch es 1) bey dieser Sache hauptsächlich darauf ankomt, was per sta-
5 tuta daselbst verordnet worden, zumahlen bey dieser streitigen Rechts-Frage keine allgemeine praxis in Teutschland angegeben werden kan, und selbige daher an den meisten Orten per statuta decidiret worden,

STRYK *vs. mod. lib. XII. tit. 1. §. 12.*

dieserwegen auch 2) bey neulich geschehener Müntz-Veränderung von dem dasigen Senat eine besondere Verordnung de dato den 12. Febr. 1737. gemacht, und darin fest gesetzet worden, daß die Zahlung aller nach Abwürdigung der Müntzen gefälligen Wechsel nach dem deualuirten Fuß geschehen, und keiner die Carolinen höher, als die neuerliche Kreys-Schlüsse es besagen, anzunehmen verbunden seyn solle, diesem endlich 3) annoch ausdrück-
6 lich hinzu gefüget worden, daß sothane Ordnung nicht allein von künfftigen, sondern auch bereits daselbst eingeführten und unerledigtschwebenden Sachen und Fällen verstanden, und darin ohne Unterscheid pro norma beobachtet werden solle, wie denn 4) die Beschaffenheit der gegenwärtigen Verordnung es nicht anders mit sich bringt, als daß, weil ihr Absehen auf Tilgung und Beschneidung der aus der Müntz-Veränderung etwan entspringenden Irrungen und Processe gerichtet ist, selbige auf vergangene Fälle gezogen, und von denen Wechseln verstanden werden muß, die vor Abwürdigung der Müntzen ausgestellet, und deren Zahlungs-Termin erst nach derselben erschienen; sonsten auch 5) dis keine Unbilligkeit mit sich führet, daß aus gegründeten Ur-

Ad L. XII. T. I.

sachen ein Gesetze auf actus præteritos et pendentes gezogen wird, præsertim si ratio vti-
7 litatis publicæ id suadet,

l. 27. C. de vsuris.

BÖHMER *in introd. ad ius dig. L. I. tit. 3. §. 14.*

VOETIVS *in comment. ad Pand. lib. I. tit. 3. §. 17.*

immo leges in genere ad facta præterita reuocantur, si nominatim et de præterito tempore et de pendentibus negotiis in illis cautum sit,

l. 7. C. de legibus.

wie auch in gegenwärtiger Verordnung ausdrücklich geschehen, und dazu ein hinlänglicher und gerechtsamer Grund vorhanden gewesen, durch einen decisivischen Schluß sowol alle aus der deualuation der Müntze sich ereignende Processe abzuschneiden, als auch ein durchgehend gleiches Recht ohne Unterscheid einzuführen, überdem 5) gedachtes Raths-Conclusum nichts denen gemeinen Rechten widriges in sich fasset, vielmehr denselben viele Rechts-Lehrer nicht ohne Grund beypflichten
8 und behaupten, in casu aucti vel deminuti nummorum valoris tantam summam debitorem restituere debere, quantam, computatione iuxta valorem nummorum tempore contractus datorum instituta, accepit,

STRVVIVS *in Syntagm. iur. civ. tit. de reb. cred. th. 31.*

in Ansehung es 6) die Natur des Anlehns mit sich bringt, daß nicht sowol singula nummorum corpora, als vielmehr die gantze Haupt-Summe und das Capital in mutuum gegeben wird, und es daher bey dessen Wiedererstattung hauptsächlich darauf ankömt, daß die Haupt-Summe und quantum gezahlet werde,
9 pecunia enim vsum non tam ex substantia, quam ex quantitate præbet, et in nummis non amplius corpus et materia, quam quantitas et æstimatio ei publice imposita, spectanda est,

l. 1. de contr. emt. vend. l. 94. §. 1. de solut.

VOETIVS *in comment. ad Pand. lib. XII. tit. 1. §. 24.*

DVAREN. *in anniv. disput. l. 2. cap. 6.*

10 VINNIVS *pr. Inst. quib. mod. re contr. obl. n. 11.*

ideoque integra summa debitori reddenda, eaque conficienda illa nummorum æstimatione, quæ tunc est, quando soluit,

HVBER *in præl. ad Inst. lib. 3. tit. 15. §. 4.*

atque ita si deminutus est nummorum valor, et idem forte pecuniæ genus soluatur debitor, supplere debet, et plures nummos pro rata restituere, vt summa debita conficiatur,

STRVVIVS *cit. l. th. 31.* ibique MÜLLERVS

CHRISTINÆVS *vol. 3. decis. 1. n. 1.*

hiernächst 7) bey allem mutuo erfordert wird, vt tantumdem in eadem qualitate et quantitate restituatur

l. 3. D. de rebus cred.

STRVVIVS *cit. l. §. 28.*

dieses aber nicht geschehen könte, wann der debitor nach dem alten erhöheten Fuß das Geld zahlen solte, indem er alsdann weniger als die empfangene Geld-Summe zahlen würde, da er sich doch zu Wiedererstattung der gantzen quantität in dieser oder jener Müntz-Sorte anheischig gemacht, dergleichen auch in gegenwärtigem Fall zu befinden, und Implorant in dem ausgestellten Wechsel die Summe a 3000. Thaler in Müntze abzutragen versprochen, und wenn er also nach dem alten Fuß zahlen solte, er nicht eandem quantitatem, quam accepit, wieder entrichten würde, da doch bekannt, quod in mutuo in tantum valeat obligatio, 11
quantum datum et solutum est reuera,

MÜLLER ad STRVVIVM *c. l. th. 31.*

MOLINÆVS *in tract. de Vsur. qu. 62. n. 696. sqq.*

hieraus also, was pro rat. dub. 1. 2. et 3. angeführet worden, seine abheilsliche Maße erhält, 12
indem die Summe der geliehenen Gelder, wie solche zur Zeit des ausgestellten Wechsels gewesen, wieder erstattet, der Werth und die Würdigung der Müntze aber ex tempore solutionis genommen und ermessen werden muß, überhaupt aber die Verordnung des dasigen senatus von 12. Febr. in gegenwärtigem casu die norma regulatiua bleibet, hiernächst ad 4) der Schaden des creditoris hiebey offenbar seyn würde, indem er so viel am Capital verlöhre, als die Müntze abgewürdigt worden, die Ersetzung solches Schadens aber durch die erhöheten pretia rerum ungewiß ist, und die Waaren ebenfalls in höhern Preiß angeschaffet werden müssen, hingegen der debitor indessen bey dem alten Fuß des Geldes das Anlehn wohl nutzen, und also seinem Schaden schon vorher beykommen können, übrigens aber ad 5) der creditor nicht verbunden gewesen, 13
vor der Verfall-Zeit solutionem mutui anzunehmen, und also der debitor ihm solches mit keinem Recht aufdringen können, noch weniger ihm solches jetzt zur Last legen mag, als welchem in vorgedachter Verordnung vorgebeuget ist.

So hat, wie geschehen, erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVN. MDCCXXXVII.

DECISIO

DECISIO CCXXI.

Ad L. XII, T. I.

THEMA.

De exceptione non numeratæ pecuniæ.

Vid. T. III. Dec. CXLVIII. Them. 1.

RESPONSVM CCXXII.

THEMATA.

I. Exceptio non numeratæ pecuniæ post acceptationem cambii conditionatam opponi potest.

II. Obstat etiam indossatario.

SVMMARIA.

Cambio exceptio N. N. P. opponi nequit n. 1. 3.
Imprimis si huic renunciatum n. 2.
Omnium minime indossatario videtur obesse n. 4.
Ex acceptatione cambii quis absolute ad soluendum obligatur n. 5.
Leges cambiales extra prouinciam non valent n. 6.
Exceptiones altioris indaginis in cambio cessant n. 7.
Exceptio N. N. pecuniæ in continenti probabilis in cambio admittitur n. 8.
Secundum statut. Straslund. exceptiones altioris indaginis in dubio ad reconuentionem remittuntur n. 9.
Si ex litteris de auiso de defectu valutæ constat, exceptio N. N. P. locum habet n. 10.
Cambium ex litteris de auiso explicandum n. 11.
Acceptatio cambii conditionata non præiudicat n. 12.
Exceptiones, quæ cedenti obstant, cessionario quoque obstant n. 13.
Quod etiam in cambio obtinet n. 14.
Et in quacunque executione n. 15.
Etiam indossatario nocet exceptio, quæ indossanti obstabat n. 16.

Als uns derselbe eine facti speciem nebst einigen Beylagen zuschicket ꝛc.

Hat anno 1735. den 2. April Herr A. L. ein Kaufmann in A. einen Wechsel von 1500. Thaler banco a 32. Schilling Lübisch auf seine Ordre binnen H. nach 10. Wochen zahlbar auf Herr I. F. B. einen Kaufmann in St. trassiret, wobey dieser L. dem Herrn B. einen Aduis Brief gesendet, und ihn darin ersuchet, diesen seinen prima Wechsel-Brief zu acceptiren, und mit accept. und addresse zurück zu übermachen, die valutam in Rechnung zu setzen, anbey versprochen, vor die valutam oder rembours gute Sorge zu tragen, darauf auch Herr B. weil Herr L. zu unterschiedenenmalen dergleichen Wechsel auf ihn trassiret, und dieser allemahl die valutam vor der Verfall-Zeit richtig empfangen hat, diesen Wechsel acceptiret, in Hoffnung, daß L. die rembours vor der Verfall-Zeit besorgen werde, und denselben mit seinem accept. und addresse wieder zurücke geschicket. Hat hierauf L. diesen acceptirten Wechsel an Herr W. G. D. wiewol ohne Benennung Orts und dati, und dieser an P. C. de H. in H. indossiret, gleichwol 5. Wochen vor der Verfall-Zeit L. ein banquerot gemachet, dahero, so bald Herr B. die Post erhalten, daß L. ausgetreten, und also, da er den rembours noch nicht erhalten, vernünfftiger Weise schliessen müssen, daß er diese valutam niemahls bekommen würde, er die Bezahlung des Wechsel-Briefes in H. an Hr. B. contramandiret, dieser aber, als ihm der Wechsel von dem indossatario præsentiret worden, solchen nicht angenommen, sondern ihn mit protest zurück gehen lassen, worauf aber der indossatarius de H. von Hr. B. selbsten die Bezahlung verlanget, und als dieser solche refusiret, denselben gerichtlich in St. belanget, dahero dann hiebey die Frage entstehet:

Ad L. XII. T. I.

Ob der acceptant Herr B. wider diesen trassirten und indossirten Wechsel als acceptant die exceptionem non numeratæ pecuniæ et non secuti implementi dem indossatario de H. mit Bestande Rechtens opponiren könne?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol hiebey 1) in Erwegung zu ziehen, daß hier nicht sowol ein eigner als negotiirter Wechsel anzutreffen, welchen Herr B.
1 nach 10. Wochen zu bezahlen, acceptiret, und sich dadurch zur Zahlung obligat gemachet, gegen welche keine exceptio non numeratæ pecuniæ statt findet, bevorab da 2) die valuta in dem Wechsel-Brief in verbis:

valuta in my zelfs

enthalten, und nach denen Wechsel-Rechten
2 in solchen Worten gleichsam eine renunciatio exceptionis non numeratæ pecuniæ anzutreffen

STRYK *in vs. mod. tit. de rer. permut. §. 15.*

LVDOVICI *in* Wechsel-*Proceß c. 11. §. 27.*

zumal 3) der Beweis dieser exception, wenn
3 er zugelassen werden sollte, die Bezahlung sehr aufhalten, und den Lauf der Wechsel, so allen Handelungs-commercii zuwider ist, hemmen würde; ja wenn auch 4) solche in continenti erweislich gemachet werden könte, dennoch nicht unbillig gezweiffelt werden möchte, ob dem indossatario, als einem tertio, solche mit Bestande Rechtens opponiret werden
4 könte, da der L. selber zwar dieser exception sich unterwerfen müste, gleichwol der indossatarius um destoweniger auf diese exception sich einzulassen schuldig, als 4) dieser Wechsel auf Ordre gestellet, und also Herr B. vorher sehen und wissen mögen, daß er mit einem tertio, ob er ihm gleich damahls noch unbekant gewesen, zu thun bekommen, und den Wechsel an solchen zu zahlen schuldig seyn werde, mithin 5) es hazardiren müssen, daß er vor Empfang der valuta den an ihn trassirten Wechsel acceptiret, und sich dadurch schlechterdings dem tertio verbindlich gemachet, die-
5 serwegen es das Ansehen gewinnen will, als wenn die exceptio non numeratæ pecuniæ dem indossatario nicht opponiret werden könne.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) man billig voraus setzet, daß die leges cambiales hierin etwas gewisses bestimmet, es lediglich dabey sein Be-
6 wenden haben, solches aber auch nicht weiter als auf den locum vel prouinciam, wo dergleichen Wechsel-Recht ist, seine application finden muß; im Gegentheil aber 2) wo kein ordentlicher Wechseler nicht ist, gantz natürlich folget, daß man alsdann von dieser Frage blos nach der Natur des allgemeinen Wechsel-Rechts urtheilen, und ein decisum fällen müsse, nach welchen 3) um deswillen die exceptio non numeratæ pecuniæ nicht statt finden kan, weil der processus cambialis seiner Natur nach keine exceptiones altioris indaginis, 7
qualis est etiam exceptio non numeratæ pecuniæ, zulässet, im Gegentheil aber die exceptiones liquidas et in continenti probabiles allerdings zulassen muß, weil dadurch der Proceß nicht aufgehalten wird, wohin hauptsächlich die ICti gehen, welche diese ex- 8
ception zulassen

apud STRYK *de accept. liter. cambial. c. 5. §. 12.*

wohin nicht weniger auch 4) die reuidirte Gerichts-Ordnung der Stadt St. §. 13. abzielet, als
worin versehen, daß aus Wechsel-Briefen 9
executiuo processu verfahren, und überhaupt in allen Wechsel-Fällen, es mögen eigne oder negotiirte Wechsel seyn, die drey Personen in sich halten oder nicht, ein kurtzer Proceß statt finden, und keine exceptiones altioris indaginis admittiret werden, sondern die Beklagte *in dubio* zur reconuention verwiesen werden sollen, woraus denn 5) gantz natürlich folget, daß, wenn kein dubium übrig, sondern unstreitig ex documentis klar ist, daß der acceptant die valutam nicht empfangen, solche nothwendig zugelassen werden muß, wie 6) allhier aus dem Auis-Brief erhellet, und solcher 10
darthut, daß Herr B. bey Uebersendung des Wechsel-Briefs zur acceptation die valutam noch nicht in Händen gehabt, sondern Herr L. darin versprochen, daß er wegen des rembours Sorge tragen wollen, und derselbe blos in der Hoffnung und sub illa conditione den an ihn trassirten Wechsel acceptiret, wohin auch 7) die verba relatiua des Wechsel-Briefes gehen:

valuta in my zelfs st. stellen tut a conto als aduiseers

welche ihre Erklärung aus dem Auis-Brief, 11
worauf die Worte sich beziehen, nehmen müssen, cum verba relatiua ex suo relato interpretationem capiant, aus dem Aduis-Brief aber offenbar ist, daß Herr B. zur Zeit, da er den Wechsel acceptiret, die valutam nicht erhalten, 5. Wochen darauf aber L. ausgetreten, und derselbe daher nicht im Stande gewesen, die valutam zu bezahlen, deswegen Herr B. die Bezahlung des Wechsels so fort contramandiret, hiernächst 8) die indossirung ohne Meldung Zeit und Ort geschehen, und, man also noch nicht einsten wissen kan, ob derselbe noch vor dem falliment indossiret worden; wogegen die rationes dubitandi nichts
verfangen, angesehen ad imam rat. der Wechsel

sel nicht pure, sondern sub conditione, wenn die valuta continuiret seyn würde, acceptiret worden, deswegen der Wechsel expresse auf die valuta, so weit solche in Aduis-Brief bestimmet gewesen, restringiret, und in eben der Beschaffenheit die acceptation erfolget, bey welchen Umständen auch die ratio 2da nicht zu attendiren, da in dergleichen acceptation, welche nach Maasgebung der Auis-Briefe geschehen, keine renunciatio huius exceptionis enthalten seyn kan, zumal eben deswegen der trassans den terminum auf 10. Wochen hinaus gesetzet, weil er inzwischen vor dem rembours besorget seyn wollen, so aber nicht erfolgen können, weil er bald darauf banquerot geworden; die dritte ratio aber hier inapplicabel, da die exceptio non numeratæ pecuniæ in continenti erweislich ist, und dergleichen exceptiones nach der Stralsundischen Gerichts-Ordnung zuläßlich sind; nicht weniger die ratio 4ta als eine Ausnahme in der gedachten Gerichts-Ordnung nicht anzutreffen, und dahero nach denen gemeinen Rechts-principiis beurtheilet werden muß, nach welchen bekant, quod exceptiones, quæ obstant cedenti, etiam cessionario et indossatario obstent, cum cessionarius tanquam successor
13 quidam repræsentet cedentem, et hic non possit plus iuris in cessionarium transferre quam ipse habuit

FRANZK. *lib. I. resol. 13. n. 13. et 14.*

welches in Wechsel-Rechten billig ebenfalls zu attendiren, *Ad L. XII. T. I.*

LVDOVICI *in* Wechsel-*Proceß c. XI.* §. *33.* 14

zumal auch in ipsa executione solches dem cessionario noch opponiret werden kan, dergleichen Proceß auch in cambiis statt findet; 15

FRANZK. *cit. l. n. 28.*

die Sache auch durch die rat. 5tam nicht alteriret wird, zumal Wechsel insgemein indossiret werden, und in negotiirten Wechsel man je- 16
derzeit mit einem tertio zu thun hat, der aber hier nicht einsten benennet, sondern es lediglich auf die cessionem, und was er dadurch transferiren können, angekommen, endlich die ratio vltima etwas in recessu haben möchte, wenn die acceptirung pure, und nicht nach Maasgebung des ausgestelleten Wechsels geschehen, welches letztere hier doch befindlich, und man also nicht sagen kan, daß Herr B. durch die acceptation sich schlechterdings auf einen hazard obligiren wollen.

So halten wir davor, daß der Herr B. wider diesen trassirten und indossirten Wechsel die exceptionem non numeratæ pecuniæ mit Bestande Rechtens opponiren könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MAIO MDCCXXXVI.

Tit. II. De Iureiurando. *Ad L. XII. T. II.*

DECISIO CCXXIII.

THEMA.

Ad iuramentum paupertatis actor promiscue se offerre nequit, nisi paupertatem antea demonstrauerit.

SVMMARIA.

Ad iuramentum paupertatis admittitur inops n. 1.

In causis rusticorum lenato velo procedendum n. 2.

Ad iuramentum paupertatis nemo admitti potest, nisi paupertas antea demonstrata n. 3.

Cui præsumtio paupertatis resistit, ad istoc iuramentum non admittitur n. 4.

Super grauaminibus non pronunciandum, si alter ex iusta causa ad ea respondere neglexit n. 5.

Als derselbe uns interponirte nullitatis dictionem, restitutionem in integrum und reuisionem in Sachen des Herrn von M. zu V. Beklagten an einem, und des C. L. zu C. Klägern am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Bahm. Conf. T. III. P. II.

Daß Klägers fol. 179. befindliches Suchen in puncto des Armen-Eydes gestalten Sachen nach nicht statt finde, sondern derselbe vielmehr alles fernern Einwendens ohngehindert auf die fol. 165. sqq. befindliche grauamina sich einzulassen

Aal. XII. T. II.

schuldig, in dessen Verbleibung nicht unbillig darüber erkant wird. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Als gegen das fol. 152. befindliche Urthel remedia suspensiua eingewendet, und die grauamina deduciret worden, hat Kläger sich noch zur Zeit nicht darauf eingelassen, sondern zum voraus gebethen, daß er wegen seiner Dürfftigkeit zum iuramento paupertatis zugelassen werden möchte, zumal er durch den Proceß gantz herunter kommen, und nicht im Stande sey, die sumtus litis ferner zu tragen. Ob nun wol Kläger sich zum iuramento paupertatis offeriret, und dazu um destomehr gelassen werden möchte, als derselbe seinen armseligen Zustand weitläufftig vorgestellet, und aus denen Rechten bekant ist, quod si cliens aliunde paupertatem docere non possit, iu-
1 ramento eam asserere teneatur, qui eam probandi modus est,

CARPZ. *in proc. tit. 12. art. 52.*

GAIL *l. obs. 142. n. 6.*

wozu er um destomehr gelassen werden möchte, als er das letzte Urthel vor sich hat, und dahero die præsumtion vor ihn militiret, daß er optimam litigandi causam vor sich habe, im Gegentheil derselbe sich auf die grauamina billig einlassen sollen, und da solches nicht geschehen, es scheinen will, als wenn dem ohngeachtet in contumaciam darüber erkant werden müssen, da, so viel möglich, absonderlich in
2 causis rusticorum et eorum præstationibus alle ambages litis hindan zu setzen sind.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) der Kläger seine
3 Armuth mit nichts bescheiniget, zu deren beneficiis er doch zugelassen werden will, quando autem paupertas fundamentum intentionis est, non præsumitur, sed probari debet, præsertim si antea talis non fuit, cum mutatio non præsumatur,

MEV. *P. VII. decis. 190. n. 3.*

und obgleich 2) derselbe zu dessen Behauptung vieles vorgestellet, ja sich zum Armen-Eyde offeriret, dennoch jenes mit nichts bescheiniget, zu diesem aber nicht jedermann indiscrete zuzulassen, sondern die Armuth vorher einiger massen wahrscheinlich gemachet werden muß, welches nicht allein nicht geschehen, sondern vielmehr 3) demselben die præsumtio resistiret, weil er eines Theils ein gantzes Erbe colona-
4 rio iure besitzet, und sich von demselben, wenn er fleißig ist, wohl ernehren kan; andern Theils das fol. 191. befindliche attestatum das Gegentheil darthut, daß es bedencklich gefallen, denselben zum iuramento paupertatis zuzulassen, vielmehr die Umstände darlegen, daß er sich sub prætextu paupertatis, wenn eine reformatoria, wie es sehr wahrscheinlich ist, erfolgen solte, von seiner Schuldigkeit losmachen wolle; übrigens 5) auf die grauamina zu erken-
5 nen, um desto bedencklicher gefallen, als Kläger fol. 179. b. sich expresse referiret, wenn zuförderst über den Incident-Punct erkant worden, seine Gerechtsame auszuführen, anbey fol. 185. gebethen, daß zuförderst über diesen Punct erkant werden möchte, bevorab da er 6) auf die grauamina sich noch gar nicht eingelassen, welche aber so erheblich sind, daß allem Ansehen nach eine reformatoria wohl erfolgen möchte, da Beklagter nicht allein den Visitations-Abschied de anno 1622. nebst denen fol. 123. befindlichen attestatis, sondern auch dieses vor sich hat, daß sonsten ein jeder colonus durch Abtretung seiner Stette an seine Kinder oder Schwieger-Kinder, dem Guths-Herrn den ihm schuldigen Todten-Fall zu Wasser machen könte, dergestalt, daß die præsumtio fundatæ intentionis dem Kläger hiebey nicht sonderlich zu statten kommen will.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOVEMB. MDCCXXXVI.

DECISIO CCXXIV.

THEMA.

Iuramentum calumniæ a principali non præstitum in Saxonia pro deserto, delatum vero pro præstito habendum.

SVMMARIA.

SVMMARIA.

Curator potest loco pupilli iurare, sed non cogitur n. 1.

Minor post annum XVIII. ante maiorennitatem cogi nequit ad iurandum n. 2.

Quæ sententia reiicitur n. 5.

De feudis pater pro lubitu non disponit n. 3.

Iuramentum calumniæ in Saxonia per procuratorem non præstandum n. 4.

Iuramento calumniæ non præstito delatum pro præstito habetur n. 5.

Salua restitutione in integrum n. 6.

Filius heres institutus per legatum in feudo grauari potest n. 7.

Clausula cassatoria cessat, vbi voluntas defuncti iuramento erui debuit n. 8.

Als dieselbe uns angebrachte Ungehorsams-Beschuldigung und fernere Vorbringen in Sachen derer actoren, curatoren Fr. C. E. von K. Klägerin an einem, und deren Stiefenckel, A. H. W. und F. W. Gebrüdere R. zu L. Beklagte am andern Theil, in dem zurückkommenden vol. act. zugeschicket ꝛc.

Daß F. W. R. sich an dem abzulegenden Eyde vor Gefehrde versäumet, dahero der Haupt-Eyd in Ansehung dessen pro præstito zu halten, und weil die Klägerin den ihr deferirten Eyd in Ansehen A. H. W. R. würcklich abgeschworen; so sind nunmehr beyderseits Beklagte das quæstionirte legatum von 1000 Thlr. cum interesse moræ von Zeit des Erblassers Tode zu bezahlen schuldig: mit den übrigen fol. 193. befindlichen Suchen aber ist Klägerin, gestalten Sachen und Umständen nach, abzuweisen, es werden auch die Unkosten aus bewegenden Ursachen gegen einander compensiret und aufgehoben. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol in termino iurandi an statt des minderjährigen F. W. R. dessen curator, Herr H. C. von D. fol. 189. erschienen, und sich zu der Ablegung des iuramenti calumniæ an statt seines curandi erboten, und wenn gleich Klägerin gegen dessen admission fol. 191. b. protestiret, und dahero derselbe nicht zugelassen ist, dieser dennoch vermeinen wollen, daß er zugelassen werden müssen, weil er selbsten der Klägerin den Eyd fol. 29. deferiret, und von den bey dem testamento vorgegangenen Umständen und angegebenen factis bessere Wissenschafft als der curandus haben müsse, so dann ein curator zwar nomine curandi zu schwören nicht angehalten werden, dennoch solches freywillig übernehmen könne, beworab wenn er am besten von der Sache informiret sey, der curandus hergegen, wenn er das 18te Jahr erreichet, zwar ad iuramentum præstandum zuzulassen sey, dennoch vor erlangter maiorennität dazu nicht gezwungen werden möge.

BERLICH *P. I. concl. 34. n. 33.*

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Diesemnach daraus schliessen wollen, daß vielmehr der Eyd vor Gefehrde pro præstito, dagegen der Haupt-Eyd von Seiten der Klägerin vor versäumet zu achten, mithin in regard seines curandi auf die Entbindung von der Klage cum refusione expensarum zu erkennen sey, welchem noch beyde Gebrüdere beyfügen, daß sie von ihrem Großvater ausser dem alten Stamm-Guthe L. sonst nichts geerbet, und dahero allenfalls dieses feudum antiquum mit einem so starcken legato nicht beschweret werden mögen, quod enim ex dispositione iuris feudalis et pactis maiorum dependet, non subiacet arbitrio paterno.

STRYK *de caut. testam. c. VI. n. 2. §. 23.*

Da hergegen Klägerin vermeinen will, daß, weil Beklagte das väterliche testamentum angefochten, welches ihnen doch in demselben §. IV. so wol ratione formæ externæ, quam internæ bey Verlust der Erbschaft bis auf die legitimam verbothen sey, sie nunmehr nichts mehr als ihren Pflichttheil zu fordern berechtiget wären, das übrige aber nach dem testamento ihr accresciren müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch nach der obseruantia Saxonica das iuramentum calumniæ nicht, wie de iure communi per procuratorem, sondern in eigener Person abgeleget werden muß,

BERLICH *cit. l.*

deßwegen auch Beklagte fol. 164. in eigener Person zu Ablegung des Eydes vor Gefehrde citiret worden, welches auch Beklagte fol. 169. agnosciret, und weil der jüngste Hr. R. zu Wittenberg studirte, und ad terminum iurandi coram commissione sich nicht stellen konte, gebethen, daß der angesetzte termin prorogiret und Klägerin angehalten werde, ihm die Reise-Kosten zu suppeditiren; diesemnach sie fol. 173. b. angewiesen worden, sich zu erklären, ob sie ihm 8 Thlr. zur Reise suppeditiren, oder lieber den Eyd vor der dasigen Regierung abschweren wolte, und da sie fol. 174. b. das Letzte erwählet, beyde Beklagte abermahl fol. 176. in Person zu Ablegung des iuramenti calumniæ zu erscheinen, auf einen anderweitigen termin citiret, darneben von Seiten des jüngern Hr. R. fol. 177. angegeben ist, daß er bereits

Ad L. XII. T. II. reits von Wittenberg zwar angelanget, doch nicht möglich sey, daß er sich in termino sistiren könne, und zu dem Ende prorogationem termini gesuchet, worin ihm zwar gefüget, gleichwol der jüngste Hr. R. sich nicht in Person, da er doch von Wittenberg zu dem Ende angelanget gewesen, sondern an dessen statt dessen curator zu Ablegung des Eydes vor Gefehrde sistiret, welches aber Klägerin nicht zulassen wollen, und dahero es geschehen, daß der gedachte Eyd von ihm nicht abgeleget, sondern vielmehr er contumaciret worden, so auch propitio iure wohl geschehen mögen, da er nicht allein das 19te Jahr zurück geleget, und tüchtig gewesen, das iuramentum in eigener Person abzulegen, sondern auch dazu wol gezwungen werden kan, ceu plenius ex iure defendit

B. de BERGER *in elect. discept. forens. ad proc. Sax. tit. 18. obs. 4. p. 532.*

5 so, daß das iuramentum calumniæ pro desertо, der Haupt-Eyd aber pro præstito billig

6 angenommen werden müssen, und obwol ex sententia

BERGERI *cit. l. p. 534.*

dieser salua restitutione in integrum zu verstehen ist, dennoch diese auch sine manifesta læsione nicht geschehen,

l. 24. §. 1. de minor.

l. 12. §. 1. de admin. et peric. tutor.

niemand aber sagen wird, daß er durch die geschehene Erkäntniß lædiret sey, nachdem, wenn er restituiret werden sollte, nicht anders als dieses erkant werden müste:

Daß Beklagter gegen den versäumten Eyd in integrum zu restituiren, und der Haupt-Eyd pro præstito nicht zu achten, iedoch ist er nunmehr auf einen anderweit anzuberahmenden termino zu erscheinen, und den Eyd vor Gefehrde bey Verlust des beneficii restitutionis abzulegen ꝛc. schuldig,

woraus aber ein actus fruſtraneus erfolgen würde, indem die Klägerin den Haupt-Eyd bereits abgeleget, und derselbe also auf diesen Fall per declarationem auf ihn nur extendiret werden würde, diesemnach daraus zugleich klar ist, daß der Haupt-Eyd in seinem regard, wie er meinen wollen, nicht vor versäumet zu achten. Uebrigens das legatum sonsten seine Richtigkeit hat, und mit demselben das feudum wohl beschweret werden mögen, da die beyden Enckel in den testament zu vniuersal-Erben, und also vltra legitimam instituiret sind,

HORN *in iurispr. feud. c. XIV. §. 10.*

7 wiewol auch diese exception bey der geschehenen litis contestation fol. 85. b. nicht einsten opponiret und reseruiret worden. Hergegen der Klägerin Suchen ratione clausulæ cassatoriæ in testamento expressæ keinen Eingang finden mögen, da ante iuramentum præstitum voluntas defuncti selbst in Zweifel gezogen, und man iustam dubitandi causam gehabt, ob auch diese clausula ex voluntate de-

8 functi hergeflossen? und nachdem das iuramentum abgeschworen, zwar sie nunmehr das legatum zu fordern berechtiget ist, ob gleich die Beklagte genugsame Ursache, das testamentum anzufechten gehabt, so daß nicht anders als durch einen Eyd aus der Sache heraus zu kommen, gewesen, in welchem Fall dergleichen Verordnung keine Würckung haben kan, zugeschweigen, daß einem Großvater nicht erlaubet ist, das grösseste Stück von dem altväterlichen Lehn denen Enckeln zu entziehen, und auf fremde citra voluntatem domini zu transferiren, gleich wie keinem Vater die Enterbung in Ansehen des Lehns zugelassen ist.

So sind wir geschehener massen zu erkennen, verantasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOV. MDCCXLVI.

DECISIO CCXXV.

THEMATA.

I. Iuramentum calumniæ per procuratorem præstari potest.

II. *Vsuræ ob iudicatum vltra alterum tantum currunt.*

SVMMARIA.

Iuramentum calumniæ est personalissimum n. 1.

Legitimationis exceptio in quauis iudicii parte alleganda n. 2.

Vsuræ

Vsuræ vltra alterum tantum non currunt n. 3.
Variæ rationes dubitandi facto propriæ n. 4.
Iuramentum calumniæ iure canonico per procuratorem præstatur n. 5.
Vsuræ post rem iudicatam vsque ad alterum tantum crescunt n. 6.
Rationes decidendi ex circumstantiis facti desumtæ n. 7.

Auf Vorbringen und erfolgte Gesetze in Sachen A. D. Witwe von H. Implorantinnen an einem, und des Obrist-Lieutenants J. F. von W. Imploraten am andern Theil, erkennen Chur-Fürstlich-Maynzische Geheimde Räthe, Stadthalter, Stadthalterey-Verweser und Räthe des Eichsfeldts nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß des Beklagten Suchen, in puncto iuramenti calumniæ, sowol als wegen der opponirten exceptionis legitimationis nicht statt finde, auch der terminus liquidationis nicht von an. 1678, sondern von a. 1688. zu setzen, die Zinsen aber gestalten Sachen nach ausser denen, welche vsque ad iudicatum gesetzet, a tempore rei iudicatæ von neuem vsque ad alterum tantum zu rechnen seyn. Uebrigens hat der Klägerin Suchen wegen der sub n. 4. specificirten ersten, zweyten und dritten Posten nicht statt, es könte dann dieselbe binnen vier Wochen, daß H. A. von W. seinen Kindern erster Ehe die S. Gelder auf ihre andere Anforderung assigniret und angegeben, besser als geschehen, mit Vorbehaltung der Eydes-delation beweisen; so wäre sie damit noch zu hören, und ergehet alsdann dieserwegen was Recht ist. Und weil übrigens Beklagter geleugnet, daß das Erffurtische Haus, der grosse Martin genannt, in die Keßlingerödische Erbschaft gehöret, ingleichen, daß bey den fünften, sechsten und siebenden Posten die K. Erben von des Beklagten Vater, vier Malter Haffer, und vier Malter Korn widerkäuflich bekommen, auch Beklagter und dessen Vorfahren die angegebenen Lehn-Fälle und Lehn-Gelder, wie auch Erben-Zinsse angegebener massen erhalten, so ist Klägerinne ebenfalls binnen vier Wochen solches alles zu erweisen, schuldig, iedoch bleibet sowol ihr der Eydes-delation sich dabey zu gebrauchen, als Beklagtem der Gegenbeweiß, Eydes-delation und andere Rechts-Nothdurft sich dabey zu bedienen, unbenommen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter 1) wegen des deferirten iuramenti calumniæ neue Vorstellungen gethan, und vermeinen wollen, daß Klägerin in Person solchen abzulegen schuldig gewesen, quod iuramentum quid personalissimum sit, 2 nec procuratorem admittat, dahero Beklagtem keine contumacia in non præstando iuramento malitiæ beygemessen werden möchte, weil er in termino zu dessen Ablegung bereit gewesen, wenn nur Klägerin in Person das iuramentum calumniæ abschwören wollen, prout iura desiderant.

OLDEKOP *de iureiurando in alterius animam n. 300. sq.*

Ausserdem auch 2) der Klägerin die exceptio legitimationis ad causam entgegen zu stehen scheinet, massen ihre Großmutter A. M. von H. als Erbin, des von K. zwey Söhne und fünf Töchter hinterlassen, von deren einem, nemlich J. C. von H. die Implorantin zwar herstammet, 2 gleichwol noch nicht dargethan, daß ihres Vaters Geschwistere sich von der Erbschaft losgesaget oder sonst abgefunden worden; auch nicht hindern will, daß bereits ante rem iudicatam diese exception opponiret werden, als welche so beschaffen, vt in quauis iudicii parte etiam post rem iudicatam opponi queat, cum alias nullitatem inferat,

BLAS. ALTIMAR. *de nullitatibus sentent. quæst. 232. n. 9. sq.*

BERLICH. *P. I. concl. 14. n. 12. seq.*

welches um destomehr in consideration zu ziehen seyn möchte, da a. 1688. ihr seeliger Vater vor sich, und in Namen seiner Geschwister die Klage erhoben, und dahero die Implorantin anitzo alleine ex iudicato nicht klagen kan; übrigens, was die Sache selbsten betrifft, welche aus der liquidation sub n. 9. herzunehmen, anfänglich 3) darüber Streit mouiret worden, ob das tempus litis contestatæ, dessen das iudicatum de a. 1705. gedencket, von a. 1678, oder von a. 1688. zu setzen sey, dabey denn aus der Beylage sub C fol. 18. erhellet, daß bereits von a. 1678. diese Sache ad motum gebracht, ja gar an. 1677. die Klage ad respondendum des Beklagten Großvaters Erben insinuiret sey, wie aus fol. 201. zu ersehen, also wenigstens von ao. 1678. das tempus litis contestatæ zu setzen seyn möchte; im Gegentheil es 4) scheinen will, als wenn der cursus vsurarum, so 3 in der liquidat. vltra alterum tantum angesetzet, nicht zu billigen sey, da denen bekandten Rechten nach die Zinsen nicht höher als ad alterum tantum lauten könten, auch hier bey denen illiquiden Forderungen kein genugsamer Grund vorhanden, daß man dabey von der regul abgehen müsse, mithin was de mora angeführet worden, hier sich nicht wohl appliciren 4 lassen will, und so viel nun 5) die in der Beylage sub n. 9. angesetzte Posten, so in iudicato gefordert werden, betrifft, zuforderst zu mercken, daß nach dem iudicato fol. 4. Beklagter condemniret worden, alles dasjenige, was er oder sein Erblasser von der K. Erbschaft erhalten, der Implorantin zu restituiren, und solches entwe-

Ad L. XII. T. II.

Ad L. XII. T. II.

der durch seinen manifestations-Eyd anzeigen, oder Klägerin noch ferner hiernechst erweisen solle und könne; dieserwegen dann præstito iuramento manifestationis die Klägerin noch unterschiedliche Posten angeführet, so in dem manifestations-Eyd nicht mit begriffen, gleichwol zu der quæstionirten Erbschaft gehören, wohin 6) in der specification sub n. 4. fol. 12. die S. Gelder a 2000 Thlr. gezogen, und durch Quittungen erwiesen, daß solche würcklich von dem Hertzoge von Braunschweig an des Imploraten Großvaters Schwieger-Söhne, oder Kinder erster Ehe gezahlet, und also wohl zu vermuthen sey, daß er ihnen solches damahls auf ihren dotem assigniret, und dahero in effectu es eben so viel ist, als wenn des Imploraten Großvater solche Gelder selber gezogen, dabey auch Imploraten nicht zu statten kommen kan, daß der Implorantin Groß-Eltern in an. 1650. die Helfte von denen S. Geldern an Imploratens Großvater cediret, derselbige auch deswegen bey der Reichs-Cammer mit geklaget, endlich auch pro sua dimidia mit dem Hoch-Fürstlichen Braunschweigischen Hause sich in tractaten eingelassen; zumahl alles dieses schon ante iudicatum in vorigen Acten vielfältig opponiret, dennoch aber der Vergleich als ungültig verworffen, und dadurch erkant worden, daß diese Gelder zu der quæstionirten Erbschaft gehören, wie denn auch bey Ablegung des manifestations-Eyds fol. 10. wegen der S. Gelder expresse angefraget und Erinnerung geschehen, solches auch die Beylage fol. 203. erleutert, certissimo indicio, daß solche in der K. Erbschaft allerdings noch gehören, und ob zwar Beklagter dabey ferner opponiret, daß seines Groß-Vaters Kinder erster Ehe solche Gelder iure proprio, nemlich ex testamento ihrer Stiefmutter, prætendirt, sie auch ein solches, wie die acta weisen, bey den tractaten mit dem Fürstlichen Hause Braunschweig vorgegeben, dennoch nicht zu finden, daß eines Theil das Hochfürstliche Haus Braunschweig sie als creditores agnoscirt, und mit ihnen transigiret; andern Theils sie auch proprio iure an denen gedachten Geldern keinen Anspruch machen können, da ihre Stiefmutter nicht befugt gewesen, von den K. Güthern zu disponiren, diesemnach nichts mehr als dieses übrig bleiben will, daß die gedachte Kinder erster Ehe auf des Obersten H. A. von W. Anweisung die Gelder gehoben, und es eben so viel sey, als wenn er solche selber gehoben hätte; hiernechst 7) die fol. 13. specificirte andere und dritte Post, insgesamt 1200 Thlr. auch richtig zu seyn scheinet, da aus dem Testament der B. von K. fol. 20. erhellet, daß sie beyde Posten, eine a 800, und eine a 400. Thlr. vor ihren Eheherrn des Imploraten Großvater bezahlet, also wohl zu vermuthen seyn möchte, daß solche Bezahlung aus den K. Güthern geschehen, zumahl sie solche damahls noch in Händen gehabt und genutzt, auch daß sie sonsten anderes Vermögen gehabt habe, nicht eben erfindlich ist. Wie denn auch 8) die vierte prætension wegen des Hauses zu Erfurt, der grosse Martin genannt, wiederum aus gedachtem Testament sich hervorthun will, in welchem die B. von H. des Imploratens Großvaters Ehe-Frau, des Erfurtischen Hauses expresse gedenckt, nicht weniger fol. 21. aus dem Testament des K. erhellet, daß derselbe ein Haus in Erfurt gehabt habe, also leichtlich zu erachten, daß die gedachte B. von H. welche er sub modo zu seiner Erbin instituirt, eben dieses Haus aus gedachter Erbschafft überkommen haben werde, bevorab da die fol. 117. befindliche Beylage eine scriptura mere priuata, und also nullius fidei ist; und so viel endlich 9) die fünfte, sechste und siebende prætension wegen der K. Erb-Lehn betrifft, Implorat dabey vieles geleugnet, und daher die Implorantin sich zwar fernere Ausführung reseruiret, solche aber billig sofort mit beylegen, und den gehörigen Beweiß führen sollen, welches sie aber nicht gethan, und deswegen ihre triplic-Schrifft ab actis removiret werden, dieserwegen es fast das Ansehen gewinnen will, als wenn sie damit nicht weiter zu hören.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) ratione iuramenti calumniæ die Implorantin rechtskräftig von dem iuramento calumniæ absoluiret worden, fol. 78. wobey es um destomehr sein Verbleiben haben muß, als Implorat keinen Grund gehabt, zu prætendiren, daß sie solches in eigner Person abschwören solle, quippe quod de iure canonico etiam per procuratorem præstari potest.

per *c. vlt. de iuram. calumniæ in 6.*

Hiernechst 2) bey der opponirten exceptione legitimationis zwar nicht zu leugnen, daß der Implorantin Vater in an. 1688. anfänglich vor sich und in Namen seiner Schwestern geklaget, dannenhero damahls schon über diese exception gestritten worden, gleichwol pendente lite der damahlige Kläger gezeigt, daß sein Bruder vorlängst verstorben, seine Schwestern aber von väterlich- und mütterlichen Güthern abgefunden worden, er also vnicus heres übrig geblieben, wovon fol. 155. der Beweiß ad acta gebracht und gezeiget worden, daß nach diesem der proceß in dessen Namen alleine continuiret, ja auch a. 1704. schlechterdings das Urthel auf ihme gestellet, und er als einziger Kläger damahls gehalten sey, mithin daraus abzunehmen, daß dieser punct längst per iudicatum abgethan, welches denn auch von Seiten des Imploraten, der die exceptionem piurium heredum abermahl gebrauchen wollen, zu statuiren ist, zumahl er abermahl in sententia de an. 1704. alleine condemniret worden, er auch und sein Vormund den manifestations-Eyd fol. 8. zuerkantermassen abgeschworen, und dadurch rechtskräftig zu erkennen gegeben, daß er davor responsabel seyn müsse, diesemnach be-

de

de puncte unnöthig wieder aufgewärmet worden; im Gegentheil, was 3) den terminum litis contestatæ betrifft, solcher nicht von an. 1678. ob wol damahls bereits geklaget worden, sondern von an. 1688. zu setzen ist, weil aus der fol. 245. befindlichen Beylage erhellet, daß den 27. Jan. 1688. H. C. von H. eine neue Klage übergeben, auch darauf den 10. Febr. 1688. laut fol. 97. befindlichen Beylage eine neue citation ergangen, dieserwegen was von an. 1677. geschehen seyn mag, deferiret, und auf diese neue Klage, citatione facta, erst lis contestiret worden, mithin die übergebene specification darnach einzurichten, der cursus vsurarum aber 4) auch vltra alterum tantum allhier suo modo zu approbiren sey, angesehen das iudicatum bereits an. 1704. ertheilet, und von der Zeit an von neuem die Zinsen zu lauffen anfangen, tanquam ex noua causa debendi,

6 *l. vlt. C. de vsur. rei iud.*

STRVV. *ex. 27. th. 53.*

dieserwegen (a) die Zinsen bis ad tempus iudicati anfänglich zu rechnen, von da an aber (b) von neuem vsque ad alterum tantum bey denen Posten, welche liquid gemachet werden können, zuzulassen sind, welches 5) euentualiter billig zu determiniren gewesen, weil die Imploratin bey unterschiedenen Posten einen Beweiß zu führen sich reseruiret, auf welchen auch in decidendo deswegen erkant ist, ihr auch

7 solches in dem iudicato, etiam post præstitum iuramentum manifestationis, nachgelassen, dieserwegen nunmehro die Hauptposten selbsten zu untersuchen sind, da dann zwar 6) bey der ersten Post, so die S. Gelder betrifft, aus denen producirten Quittungen richtig, daß des Imploraten Großvaters Schwieger-Söhne oder Kinder erster Ehe 7000 Thlr. davon gehoben, und darüber quittiret, gleichwol es leidiglich dabey darauf ankommt, ob sie solche iure proprio, oder auf Anweisung ihres Schwiegervaters und in compensationem der ihnen sonsten schuldigen Ehesteuer und andern Anforderungen gehoben und erhalten haben, welches Klägerin billig beybringen sollen, davor sie aber nur dieses in actis angebracht, daß H. A. von W. Kinder erster Ehe kein Recht an diese S. Gelder ex testamento noverca haben können, dieweil diese nicht befugt gewesen, davon zu disponiren, also wohl præsumirlich sey, daß diese Gelder ihnen von ihrem Vater, auf ihre an ihm habende Forderung angewiesen, und solche daher in solutum angenommen worden, welches doch nicht folget, vielmehr ex actis offenbahr ist, daß nach der Beylage fol. 109. sqq. wie H. A. von W. mit dem Hochfürstlichen Haus Braunschweig wegen seiner prætendirten Helffte an denen S. Geldern in tractaten an. 1667. den 14ten Febr. getreten, den 6ten April eiusdem anni sich darauf dessen Schwiegersöhne wegen ihrer Ehefrauen gemeldet, und diese Gelder iure proprio, weil solche ihren Ehefrauen ex testamento ihrer Stiefmutter gehöreten, prætendiret, so sie auch in der Beylage sub lit. E fol. 113. mit mehren deduciret, und ob man wol von Seiten des Hochfürstlichen Hauses sich damahls mit ihnen nicht einlassen wollen, sondern sie dahin verwiesen, daß sie zuforderst diese prætension mit ihrem Schwiegervater ausmachen solten, dennoch da inzwischen der Obriste von W. verstorben, gedachte seine Schwiegersöhne, von wegen dessen Kinder erster Ehe, abermahl instanz gethan, und es so weit gebracht, daß diese mit dem Hochfürstl. Hause Braunschweig-Lüneburg zu Hannover den 5ten April 1669. einen Vergleich getroffen, in selbigem als Hauptinteressenten gehalten, und vor ihre prætension 7000 Thlr. empfangen und darüber quitiret, woraus dann ohnstreitig erhellet, daß weder der Obriste von W. noch der Implorat etwas von diesen Geldern gehoben, dieserwegen das iudicatum, so allein auf percepta gehet, dahin nicht zu ziehen, auch bishero, was Klägerin von einer Anweisung des seel. Hrn. Obristen angeführet, nicht beygebracht, sondern auf unerwiesener Muthmassung beruhet, allenfalls also, wenn Klägerin mit dieser prætension fort kommen will, sie solche Anweisung, und daß die Kinder erster Ehe solche auf ihre an ihrem Vater gemachte Anforderung angenommen, besser als bishero geschehen, erweisen muß, zumahl auch die Beylage fol. 203. Imploraten nicht weiter condemniret, als was Klägerin beybringen könte, daß der Implorat oder dessen Groß-Vater aus denen quæstionirten Geldern gehoben; hiernechst 7) die andere und dritte Post ebenfalls unrichtig bleibet, und aus dem Testament der B. von H. sich nur dieses befindet, daß sie die zwey Posten vor den Obristen von W. ihrem andern Mann bezahlet, daraus aber nicht folgen will, daß sie solche aus dem K. Vermögen bezahlet, da sie vor sich eigene Mittel gehabt, und deswegen gewisse pacta dotalia mit ihrem ersten Mann errichtet; nicht weniger 8) die vierte prætension, das Erffurtische Haus, der grosse Martin genannt, betreffend, durch die Beylage fol. 8. nicht erwiesen wird, als aus welcher nicht einsten erhellet, daß der seel. K. ein Haus zu Erffurth gehabt, sondern was de loco gemeldet wird, auch wol von Ländereyen und Gärten verstanden werden kan, ja das Gegentheil durch die Beylage fol. 117. wenn sonsten das original davon vorhanden, fast beygebracht, dieserwegen der Klägerin zuforderst obliget, zu beweisen, daß gedachtes Haus in die K. Erbschaft gehöret; endlich 9) die fünfte, sechste und siebende prætensiones noch ebenfals unerwiesen sind, wie Klägerin selbsten in ihren replicis angezeiget, und sich deswegen den Beweiß von allen denen streitigen puncten vorbehalten, also nichts mehr übrig gewesen, als auf denselben zu erkennen, bevorab da noch zur Zeit kein terminus probatorius anberahmet gewesen, welcher nunmehro der Klägerin præfiniret werden müssen.

Ad l. XII. T. II.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVLIO MDCCXXXIII.

DECI-

Ad L. XII. T. II.

DECISIO CCXXVI.

THEMATA.

I. Iudex ex officio aliquando iuramentum calumniæ alicui deferre potest.

II. Exceptiones per iuramenti delationem fiunt in continenti liquidæ.

SVMMARIA.

Pro mandato iudiciali militat præsumtio n. 1.

Iuramentum malitiæ frustraneum est, quando per delatum absorbetur n. 2.

Exceptiones litis finitæ non aliter admittuntur, quam si in continenti ex confessione actoris vel documentis liquidæ fuerint n. 3.

Interueniens ex iustis caussis ad recognoscendam subscriptionem mandati cum actore simul dati obligatur n. 4.

Pro mandato iudiciali non habetur, quod a iustitiario tantum extensum n. 5.

Iudex ex officio iuramentum calumniæ speciale deferre potest n. 6.

Iuramentum duplex quatenus super eadem re præstari possit? n. 7.

Iuramentum super exceptionibus litis finitæ deferri iure Magdeburgico potest, non Saxonico n. 8.

Auf interponirte Leuterung in Sachen der F. Geschwister Intervenienten an einem, und der H. Geschwister Interventen am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preussen ꝛc. auf vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem fol. 127. befindlich, und am 20. Sept. 1732. eröffneten Urthel billig verbleibet, Intervenienten auch die expensas retardati processus nach deren vorhergehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung Interventen zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Intervenienten loco gravaminum angeführet, 1) daß sie sich zu der fol. 95. unter der Vollmacht befindlichen Unterschrifft gerichtlich bekennen sollen, welches doch gantz ungewöhnlich, danebst alle præsumtion vor die Richtigkeit der Unterschrifft, und daß solche consentientibus et volentibus interuenientibus geschehen, militiret, bis das contrarium beygebracht, bevorab da die Vollmacht gerichtlich ausgestellet, und die extension von dem Iustitiario, der fol. 94. das curatorium ausgefertiget, geschehen; hiernechst auch 2) keine gegründete Ursache anzutreffen, woher sie ad iuramentum calumniæ præstandum verbunden seyn sollten, da doch alles auf den Beweiß und Gegenbeweiß, ob die 800 Schaafe, die ihre Mutter in Theilung bringen solle, von ihrem Vater herrühren oder nicht? ankomme, sie auch von ihrem itzigen Stiefvater, dem ihre Mutter 800 Schaafe zugebracht, allerhand Verdrießlichkeit, daß sie sich nicht gemeldet, zu gewarten, ausserdem aber Interventen denen beyden ältesten verheyratheten Schwestern das iuramentum über ihre Abfindung deferiret, welches delatum jenes absorbiret, und in effectu über einerley Sache gedoppelte iuramenta abgeleget würden; ins besondere aber 3) zu bemercken sey, daß respectu derer beyden ältesten intervenirenden Schwestern Interventen gar nicht litem contestiret, sondern denenselben exceptionem non competentis actionis, dieweil sie bereits von denen paternis abgefunden, in vim litis ingressum impediendi opponiret, und darüber ihnen den Eyd deferiret, welches unzuläßlich, und bekant sey, daß dergleichen exceptiones nicht zu attendiren, nisi in continenti ex confessione actoris, vel documentis liquidæ fuerint,

CARPZ. *in proc. tit. 9. art. 7. n. 29.*

RIVIN. *in enunc. iur. tit. 18. enunc. 36.*

allenfalls auch die Eydes-delatio irrelevant sey, indem es darauf ankomme, daß ihr seel. Vater 800 Schaafe verlassen, und nach ihres Stiefvaters Tode auch nicht mehr gewesen, also derselbe nichts verlassen habe, so getheilet werden könne; endlich 4) da der dritten Schwester der Beweiß allein zuerkant sey, solches ihr sehr schwer fallen würde, welches allen dreyen leichter ankäme, wenn sie coniunctim den Beweiß führeten.

Ratio-

Rationes decidendi.

MEV. *P. IV. dec. 6.* *Ad L. XII T. II.*

Dieweil aber dennoch alle angeführte gravamina unerheblich und so beschaffen sind, daß
4 sie bloß zum Auffenthalt der Hauptsache und dessen execution dienen, angesehen, das erste gravamen nicht allein keine reelle Beschwerde bey sich führet, sondern auch um desto nöthiger ist, daß die Intervenienten ihre unter der Vollmacht gesetzte Unterschrifft recognosciren, weil eines Theils der Augenschein es giebet, daß es einerley Hand sey, andern Theils in facto beruhet, ob solche Unterschrifft auf ihre ordre und mit ihrem Willen geschehen, welches aus ihrer gerichtlichen declaration erkanter massen allein erhellen kan, zumahl es falsch ist, daß die
5 Vollmacht gerichtlich ausgestellet, und die blosse extendirung des Iustitiarii, so ein ieder Schreiber thun kan, dazu nichts contribuiret, sondern vielmehr darüber eine registratur sich finden müsse, daß die Intervenienten sich zu der Unterschrifft bekant hätten; bey dem andern gravamine aber zu observiren, daß als fol. 82. die execution anbefohlen worden, die fol. 84. befindliche intervention übergeben, und bis dahin differiret worden, woraus ein grosser Verdacht entspringet, daß die vormahlige H. Witwe unter dem Nahmen der Kinder erster Ehe, um denen Interventen ihren erstrittenen Antheil zu Wasser zu machen, und also vexandi animo dieses angestellet, und jene dazu verleitet, dabey denn Rechtens ist, quod iu-
6 dex, etiam ex officio, emergente suspicione, iuramentum calumniæ speciale deferre possit,

STRYK. *de remiss. iur. calumn. c. 3. §. 9.*

so auch der Magdeburgischen Proceß-Ordnung gemäß, wie denn auch nicht hindert, daß denen beyden ältesten Schwestern der Haupt-Eyd über ihre Anforderung deferiret sey, angesehen über einerley Sache alhier nicht doppelt geschworen werde, da das erste iurament
7 bloß ad auertendam calumniæ suspicionem abzielet, nach dessen Ablegung die pœna calumniantium wegfället, nichts destoweniger aber in Rechten erlaubet ist, über die Haupt-Sache selbsten den Haupt-Eyd zu deferiren, wie in simili anzeiget

STRYK. *in us. mod. ad tit. de inter. in iur. fac. §. 76.*

dabey denn die angeführte Furcht, daß ihr itziger Stiefvater, wenn sich die Intervenienten itzo nicht meldeten, sie künftig zu belangen Ursache haben würde, gantz unerheblich ist, als welchem der Intervenienten Mutter nichts weiter zubringen können, als was ihr zugestanden, und sie, wenn sie das iuramentum calumniæ schweren, von allem Verdacht frey werden. Ferner bey dem dritten gravamine zwar nicht ohne, daß pro litis ingressu impediendo die Interventen über den Hauptpunct, ob die beyden ältesten Schwestern ratione paternorum nicht bereits befriediget? den Eyd deferiret, solches aber weder irrelevant, noch der analogiæ iuris zuwider, zumahl wenn sie solchen nicht abschweren können, alsdann ihr interesse, quod omnem fundat interuentionem, offenbar cessiret, und sie sofort abzuweisen seyn, nach der Magdeburgischen Proceß-Ordnung auch erlaubet, über exceptiones, so in continenti liquidæ seyn müssen, den Eyd zu deferiren, und da solches so gar in processu executiuo nachgelassen, kein zulänglicher Grund zu finden, warum solches nicht auch über dergleichen exceptiones, quæ litis ingressum impediunt, geschehen könne, zumahl nichts geschwinder als durch den Eyd liquid gemachet werden kan, dieserwegen was der analogiæ iuris Saxonici zuwider, nicht so fort der analo- 8
giæ iuris Magdeburgici entgegen ist, endlich auch Intervenienten hiebey dem statum controuersiæ gantz verkehren, und solchen auf einen Punct ziehen wollen, der eigentlich nicht in lite ist, zumahl wenn sie ratione paternorum abgefunden, es nicht darauf ankommt, was ihr Vater oder Stiefvater nachgelassen, letztlich das gravamen quartum keine attention verdienet, da niemand aus demjenigen, was ihm incommode fället, eine rationem decidendi machen und die Rechte verkehren kan, also alle gravamina ungegründet zu achten, worauf die condemnatio in expensas retardati processus gesetzet.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE,
MENSE IVNIO MDCCXXXIII.

DECISIO CCXXVII.

THEMATA.

I. Quatenus iuramentum calumniæ per procuratorem præstari possit.

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. XII. T. II. II. Nonnunquam probatio iniuncta iuramenti delationem excludit.

III. *Aduocatus ad teſtimonium ratione eius, quod inter partes litigantes publice geſtum, cogi poteſt.*

SVMMARIA.

Iuramentum malitiæ de iure canonico præſtatur per procuratorem ſpeciali mandato inſtructum n. 1.

Poſt iniunctam probationem regulariter haud permittitur ad iuramentum recurſus n. 2.

Quod ad Saxoniam reſtringendum, quum de iure communi aliud obtineat n. 3.

Iuramentum eſt probatio in continenti liquida n. 4.

Iura vigilantibus ſunt ſcripta n. 5.

Raſum in die et conſule a notario b. f. fieri poteſt n. 6.

Ante motum concurſum debitor liberam rerum ſuarum habet poteſtatem n. 7.

Varia occultati patrimonii debitoris obærati argumenta n. 8.

De iure ciuili iuramentum calumniæ generale a perſonis litigantibus præſtandum n. 9.

Ius canonicum id per procuratorem admittit, ſi qualitas cauſſæ vel perſonarum id ſuadet n. 10.

Ex iuſta cauſſa conſortes litis ipſi præciſe iurare de calumnia debent n. 11.

Iuramenti delatio eſt ſpecies probationis n. 12.

An iuramentum nominatim non reſeruatum ſub probatione iniuncta lateat? n. 13.

Aduocatus teſtimonium præbere teneatur de eo, quod in præſentia vtriusque partis litigantis actum n. 14.

Suſpecta colluſio cum debitore obærato iuramento elidenda n. 15.

Profeſſio debitorum iurata vera præſumitur n. 16.

Auf interponirte Leuterungen und ferneres Vorbringen, auch darüber erfolgtes Verfahren, in Sachen E. S. an einem, derer vereinigten M. creditorum am andern, und M. S. Witwen M. gebohrne K. am dritten Theil, erkennen Burgermeiſter und Rath der Kayſerlichen Freyen Reichs-Stadt Goßlar, auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß geſtalten Sachen und Umſtänden nach die vereinigte M. creditores insgeſamt den von ihnen geforderten Eyd vor Gefehrde in eigener Perſon zuforderſt in einem hierzu anzuberahmenden termino abzuſchweren ſchuldig, hergegen E. S. den ihr reſeruirten Beweiß, per delationem iuramenti zu führen nicht befugt ſey, und weil ſie ſolchen durch den vorgeſchlagenen Zeugen H. nunmehro zu führen ſich erkläret; ſo bleibet ihr, denſelben, ſervato iuris ordine ſaluisque exceptionibus, über die bereits in fol. act. 11. übergebene und noch zulaßigen articulos probatioriales abhören zu laſſen, unbenommen, und ergehet alsdann, und wenn die vereinigte M. creditores mit ihrem reſervirten Gegenbeweiſe darüber gehöret ſind, ferner in der Sache was Recht iſt. Uebrigens iſt nunmehr, ſo viel der S. gegen das vol. I. fol. 74. befindliche decretum interponirte Leuterung betrifft, aus denen Acten ſo viel zu befinden, daß die gedachte S. noch zur Zeit mit recognition oder eydlicher diffeſſion des vol. I. fol. 61. befindlichen documenti zu verſchonen, und ſolches allenfalls bis zu dem reſeruirten Gegenbeweiß der vereinigten creditorum zu verweiſen; da hergegen der beyden, von Seiten der S. ſo wol als der vereinigten creditorum eingewandten Leuterungen ohngehindert, es bey dem vol. II. fol. 1. ſqq. befindlichen, und den 27. Aug. 1745. eröffneten Urtheil nicht unbillig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) E. S. vornemlich auf die Ablegung des erkanten iuramenti malitiæ gedrungen, gleichwol die vereinigte creditores dabey nicht in mora geweſen, ſondern ſich ſo fort dazu per procuratorem offeriret, welches zwar de iure ciuili nicht, wohl aber nach dem iure canonico, wornach der heutige proceſs ſich richtet, erlaubet, und nach demſelben nur erfordert wird, daß der procurator mit einem ſpeciali mandato verſehen ſey,

c. f. de iuram. calumn. in 6.

MEV. *P. V. deciſ. 391.*

RAVCHBAR *qu. iur. civ. P. I. qu. 8. n. 11.*

woran es hier nicht ermangeln wird, dergeſtalt es ſcheinen will, daß es bloß bey der Witwe S. gelegen, daß der Eyd nicht præſtiret worden, da ihre

ihre Forderung, daß alle acht creditores in Person schweren sollen, denen Rechten nicht gemäß ist. So dann 2) die gedachte S. den ihr im letzten Urtheil nachgelassenen Beweiß per delationem iuramenti vol. I. fol. 29. b. sq. angetreten, wowider sich aber die vereinigten creditores gesetzet, und vermeinen wollen, quod post iniunctam semel probationem regulariter haud permittatur ad iuramentum recursus,

2

MEV. *P. IV. dec. 232. n. 6.*

dennoch diese Meinung nur auf Sachsen zu restringiren, sonsten aber denen gemeinen Rechten nicht gemäß ist, secundum quod licentia concedenda est ei, cui onus probandi incumbit, aduersario suo de rei veritate iusiurandum inferre,

3

l. 25. §. 3. D. de probat.

l. 5. §. 2. l. n. §. 3. de iureiur.

vnde recte colligitur, iurisiurandi delationem esse probationem in continenti liquidam,

4

LEYSER *in med. ad D. spec. 135. med. 2.*

CARPZ. *P. I. c. 12. def. 35. n. 1.*

welches auch MEVIVS selbsten agnosciren müssen,

P. IV. decis. 6. n. 1.

dergestalt, daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn die vereinigten creditores sich auf die bestimmte puncta, worüber der Eyd deferiret ist, sich einzulassen schuldig zu achten, bevorab da dem Gegentheil bey dem Gegenbeweiß die Eydes-relation referuiret, und nicht abzusehen, warum dasjenige der S. bey ihrem Beweiß nicht zugelassen seyn solte, welches ihrem Gegenpart bey dem nachgelassenen Beweiß expresse referuiret ist, cum, quod vni iustum est, alteri quoque iustum esse debeat. Und so viel 3) dero Leuterung gegen das vol. I. fol. 74. befindliche decretum betrifft, es das Ansehen gewinnet, als wenn solche pro deserta zu halten, weil solche allein coram senatu arctiori interponiret ist, da doch die Sache vor beyden Rathe geführet worden, allenfalls die recognition ein grosses beytragen möchte, die S. zu überführen, daß sie wissentlich dem accord unterschrieben. Hiernechst 4) die andere Leuterung allein gegen das vol. I. fol. 1. sqq. erkante iuramentum purgatorium gerichtet ist, solches aber ohne zureichenden Grund von denen sententionantibus geschehen zu seyn, die S. vermeinen wollen, nachdem gar kein Verdacht einer betrüglichen collusion mit der debitricin in actis angeführet werden mögen, vielmehr die Vorsorge, daß sie sich über die, den 23. Mart. 1741. vorgestreckte 800 Thlr. nachgehends eine hypothec geben lassen, allerdings zu billigen, und wenn gleich denen jüngern creditoribus solches zum Nachtheil gereichet haben möchte, dennoch iure permisso es geschehen, cum, qui iure suo vtitur, nemini faciat iniuriam, ja ob gleich die Unterschrifft von der Debitricin erst den 23. Aug. 1741. laut attestati notarialis erfolget, solches doch ebenfalls eine indifferente Sache gewesen, deren Richtigkeit durch die eydliche Bestärckung des Notarii zur Gnüge bestätiget ist, ohngeachtet das datum nachgehends von dem Notario radiret worden, dessen wichtige Ursache er eydlich angezeiget, und bona fide dabey angegeben, daß ohngeachtet die S. laut art. 6. fol. 203. gemeinet, daß das alte datum stehen bleiben können, er dennoch Gewissens halber darin nicht consentiret, wie wol sie dadurch sich nicht verdächtig gemachet haben will, weil sie als eine Frau solches nicht verstanden, der Notarius aber eine wichtige Ursache der radirung, weil an dem radirten dato die Unterschrifft erst geschehen, angegeben, dem hierin völliger Glaube beyzumessen, nachdem der Gegentheil selbsten solche produciret. Endlich ob wol die Unterschrifft ein Monat vor ihrem Austritt erst geschehen, dennoch sie tempore subscriptionis nicht suspecta de fuga gewesen, noch im völligen credit gestanden, und so gar noch in folgenden Monat September ihr unterschiedene Personen etliche 100 Thlr. creditiret, und also weder materialiter noch formaliter ein concursus vorhanden, mithin sie ausser allem Verdacht dabey gewesen. 7

Ad L. XII. T. II.

l. 24. D. quæ in fraud. cred.

Diesemnechst 4) der vereinigten creditorum gegen die Debitricin interponirte Leuterung den von jenen übernommenen Beweiß betrifft, weswegen erkant worden, daß sie dasjenige, was sie zu beweisen, sich angemasset, nicht erwiesen, dessen Gegentheil die gedachte Leuteranten doch vermeinen wollen, weil die Debitricin billig erweisen sollen, daß sie keine weitere Bezahlungs-Mittel, als sie angegeben, habe, denen Leuteranten auch ohnmöglich fiele, die heimliche Vertuschung der Gelder darzuthun, dessen sie doch wenigstens nicht wenig sich verdächtig gemachet, allermassen a) ad art. 10. fol. 211. b. die Zeugin deponiret, daß die Debitricin nach dem banquerott in anno 1742. nicht ohne Geld gewesen: b) daß sie die gedachte Zeugin in eben dem Jahre nach dem art. 11. fol. 212. sqq. auf die Wintermesse mit 25 Thlr. seinen Gulden nach Braunschweig gesandt, welches sie daselbst umsetzen und Bücher-Anschlage kauffen müssen, so wol nicht aus des Mannes metier gekommen seyn könne; c) daß sie U. als ihren debitorem mit 7 Thlr. angegeben, da sich doch nachgehends gefunden, daß die Debitricinne ihm 49 Thlr. 18 Gr. schuldig sey: endlich d) die H. Post auch von dem debitore abgeleugnet, und also unrichtig sey, solchergestalt, wenn gleich der Vergleich mit ihr zur Richtigkeit gekommen, welches doch noch nicht einsten ausgemachet sey, dennoch dergleichen demarchen verursachen müsten, daß die Leuteranten nicht weiter daran gebunden seyn könten, weil sie nicht aufrichtig und bona fide bey der manifestation 8

Ad L. XII. T. II.

ihres Vermögens gehandelt, und wegen der occultation der vielen aufgeborgeten Gelder sehr verdächtig sey, daß wol criminaliter gegen sie verfahren, und die Warheit durch die scharffe Frage heraus gebracht werden könte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch nach dem iure ciuili
9 bekanter massen auch sogar das iuramentum calumniæ generale in eigener Person abgeleget werden müssen

l. 2. §. 2. et 3. C. de iurei. propter calumn.

und obgleich das ius canonicum die Ablegung dieser Neben-Eyde auch per procuratorem zugelassen, dennoch solches mehr per modum exceptionis als regulæ geschehen, und nicht anders verstattet ist, als wenn erhebliche Ursache dazu vorhanden, ita vt iudex, inspecta qualitate causæ et personarum, quandoque ipsas personas principales, quandoque procurato-
10 rem in animam principalis ad hoc iuramentum admittere debeat

c. 3. X. de iuram. calumn.

also gantz begreiflich ist, daß man von der Regul abzugehen nicht nöthig hat, wenn keine erhebliche Ursache dazu vorhanden, welche hier ermangelt, da alle vereinigte creditores in loco vorhanden, von gleicher condition, oder wenigstens nicht sehr different sind, alle gleiche Wissenschafften von dem mit der St. getroffenen Vergleich haben, und daraus erkennen können, ob sie diesen Eyd mit gutem Gewissen schweren können oder nicht, welches eben veranlasset, daß die St. nicht ohne Ursache darauf gedrungen, daß alle und jede von der Gegen-
11 Parthey diesen Eyd in Person ablegen sollen, den sie mit unbefleckten Gewissen abzuschweren nicht bestand sind, wenn, wie, die St. behaupten will, nach der Unterschrifft erst der Vergleich f. 15. denen Partheyen vorgelesen ist, sie aber bey der geschehenen Vorlesung wegen ihrer 800. Thlr. sogleich dissentiret, welches gleichwol die vereinigte creditores geleugnet, und bishero nicht zugestehen wollen, so eben die St. veranlasset, das iuramentum malitiæ von ihnen zu fordern, welches wahrscheinlich bey ihnen wenig autorität haben würde, wenn sie einen gemeinschafftlichen procuratorem, der keine Wissenschafft von der Sache hat, dazu zu bestellen Befugniß haben sollten, weil die wenigsten eine rechte Ehrfurcht vor die Eyde haben, wenn sie solche in eigner Person erectis digitis nicht abschweren, ohngeachtet sie die Vollmacht ad iurandum unterschrieben,

I. S. STRYK *meletem. de iuram. II. c. 1. §. 26. sqq.*

dieserwegen eben dieses bey gegenwärtigem casu uns veranlasset, auf die Abschwerung dieses iuramenti in eigener Person zu erkennen. So viel aber den von der St. deferirten Haupt-Eyd betrifft, zwar in thesi richtig ist, daß auch der imponirte Beweis per iuramenti delationem geschehen könne, weil auch dieses-
12 be ad species probandi gehöret, wie mit mehren ausgeführet

BÖHMER *de probat. per iuramenti delat. §. 17.*

Cum nulla indigeat reseruatione iudicis

BERLICH. *P. I. conclus. 33. n. 9.*

dennoch solches billig limitiret werden muß, wenn eines Theils aus besondern Umständen ein förmlicher Beweiß vom Richter erfordert wird, wie bey dieser Sache zu befinden, da, wenn die vereinigte creditores das iuramentum malitiæ in eigener Person abschweren solten, sie die stärckeste præsumtion sowol daraus, als aus der St. subscription vor sich haben, und deswegen die vorigen Urtheils-Verfasser bewogen worden, ohne reseruation der Eydes-delation abscisse auf den Beweiß zu erkennen, und nur allein solchen bey dem Gegenbeweiß zu reseruiren, wie die rationes decidendi nicht undeutlich zu verstehen geben, und anzeigen, daß hiebey quæstionirter von der St. geständig unterschriebener accord denen vereinigten creditoribus zur Seite trete, und eine so starcke præsumtion vor dieselbe bewürcke, daß solche mittels ordentlichen oder förmlichen Beweiß, wie vorher stehet, abgelehnet werden müsse, andern Theils, wenn auch
13 gleich nach gemeinen Rechten die delatio iuramenti pro excluſa nicht gehalten werden solte, dennoch die St. selbst davon dadurch abgegangen, daß sie in ihrer letzten Schrifft, so ungeheffter bey denen acten lieget, nunmehr articulos probatoriales, worüber sie den Hrn. Aduocat H. abhören zu lassen sich erkläret, übergeben, und einen förmlichen Beweiß, wie die rationes decidendi erfordern, angetreten, worauf wir mit zu reflectiren vor nöthig erachtet, weil der terminus probatorius, nondum præstito iuramento malitiæ speciali, noch nicht seinen Anfang gehabt, und deswegen auch ad 3) die interponirte Leuterung gegen das vol. I. f. 74. befindliche decretum vor gegründet zu achten, weil solche eines Theils bey den angeführten Umständen pro deserta nicht zu achten, andern Theils auch die recognitio oder iurata diffessio des quæstionirten doc. sub n. 4. eigentlich zum Gegenbeweis gehöret, und da die St. den Beweiß ordinario modo euentualiter angetreten, dieser Punct bis zum Gegenbeweiß, wenn die St. zuförderst ihren Beweiß absoluiret, nunmehro zu verspahren, wir auch keine Bedencklichkeiten gefunden, diesen Beweiß zuzulassen, zumal obwol aduocati über Sachen, welche ihnen secreto vertrauet sind, zum Zeugniß abzulegen, nicht gezwungen werden können, dennoch solches wohl geschehen kan über Sachen, die in ihrer Gegenwart zwischen beyderseits Par-
14 theyen, und als öffentlich tractiret sind

SVRDVS

SVRDVS *decis.190*
CARPZ. *lib.III. resp.92. n.9.sqq.*
BÖHMER *tom.II. consult. P.I. argum. 467.n.II.*

Und so viel ad 4) die Leuterung wegen des erkanten iuramenti purgatorii betrifft, wir von dem Erkäntniß um deßtoweniger abzugehen Ursache gefunden, als sie die 800. Thlr. bereits den 23. Mart. 1741. da die Handschrifft schon entworffen gewesen, der gemeinen debitricin vorgeschossen haben will, und keine Ursache angezeiget werden kan, warum sie damahls solche nicht unterschrieben, als welches jene durch Verweigerung der Auszahlung leicht erhalten mögen, wenn keine Collusion darunter vorhanden, anerwogen kein fürsichtiger creditor, worunter die St. wol mit zu rechnen, einen Heller ehender auszuzahlen pfleget, bis erst die Handschrifft darüber berichtiget ist, also die Sache nicht ohne erheblichen Verdacht ist, daß
15 erst den 23. Aug. 1741. nach des Notarii eydlicher Bestärckung die Unterschrifft von der debitricin erfolget, und sie noch dazu verlanget, daß der Notarius das nachgehends radirte datum stehen lassen möchte, so, daß es wol an dem seyn kan, daß damahls die debitricin noch in guten credit gestanden, gleichwol dieselbe sich der St. decouvriret, oder anderswegen dieser Schuld-Forderung mit ihr colludiret, welche suspicion vor allen Dingen aus dem Wege zu räumen ist. Endlich ad 5) der vereinigten creditorum interponirte Leuterung gegen die debitricin in Ansehen des von jenen übernommenen Beweises ebenfalls vor ungegründet zu halten, angesehen der mit der debitricin gemachte Vergleich fol. 21. von der vereinigten creditorum Gevollmächtigten unterschrieben, also zu seiner subsistenz gebracht, sie daher den saluum conductum selbsten vor die debitricin laut f. 26. gesuchet, die debitricin die specification ihres Vermögens, so sie versprochen, darauf übergeben, solche von ihnen angenommen, von ihr aber durch den f. 30. befindlichen Eyd bestärcket worden, diesemnach sie in so weit von ihrer Seite den Vergleich erfüllet, dahero es nunmehro etwas ungereimtes ist, von der debitricin den Beweiß, daß sie keine andere Zahlungs-Mittel, als sie specificiret, habe, zu verlangen, als
16 welchen sie durch die eydliche Bestärckung bereits geführet, vor welche so lange die præsumtio fidei militiret, bis das Gegentheil, daß sie nicht alles fideliter angegeben, von den vereinigten creditoribus erwiesen worden, welches sie auch würcklich agnosciret, und dahero sie von selbsten zum Beweiß sich angeschicket, und zu beweisen sich unternommen, daß die M. nicht getreulich alles angezeiget, sondern noch viel Geld bey Seite gebracht haben müsse, welches sie aber durch den Beweiß nicht præstiret, anerwogen ad a) wol seyn kan, daß sie nicht ohne Geld geblieben, ohne welche ihre Haushaltung nicht fortgeführet werden können, anerwogen ihr Mann als Buchbinder sein metier continuiret, und nothwendig etwas verdienen müssen, davon sie die Haushaltung unterhalten, dessen Vermögen aber nicht mit in den concurs gefallen: ad b) die Zeugin zwar mit 20. bis 25. Thlr. von ihr auf die Braunschweigische Messe geschicket worden, gleichwol sie dabey erinnert, daß solches geschehen sey *Ad L. XII. T. II.*

um einige zum Buchbinder Handwerck erforderliche Materialien zu kauffen

zu dem Ende sie es nach deren Aussage ad art. 17. umgesetzet, und einem Pergamentmacher 10. Thlr. und einem Goldschläger 5. Thlr. davon bezahlet, das übrige aber zurück gebracht, also nichts weiter daraus abzunehmen, als daß es Geld, so des Mannes Metier betroffen, gewesen, und zu dessen Verdienst und Gewerbe gehöret, nicht aber daraus folgen will, daß die Frau es von denen erborgeten Capitalien übrig behalten und bey Seite gebracht, allenfalls wenn einiger Verdacht daraus flieſſen sollte, solcher doch durch das iuramentum manifestationis bereits elidiret ist, welches nach dem Vergleich seinen effect haben muß, so auch ad c) bey der Ungarschen Post zu sagen, dabey leicht eine Vergessenheit und Irthum vorgehen mögen, bevorab da sie in dem fol. 30. befindlichen Eyde noch alles anzugeben versprochen, was ihr etwa nach diesem noch beyfallen möchte, wie dann bey dem starcken Geld-Verkehr, worin sich die M. gestecket, ihr leicht etwas entfallen seyn kan, so sie damahls, als sie die specification übergeben, nicht angezeiget; endlich bey der H. Post ad d) die Unrichtigkeit noch nicht ausgemachet ist, und die Ableugnung des debitoris, se debere, die Schuld selbsten nicht sofort in Unrichtigkeit setzet, sondern durch Urthel und Recht solches erst untersuchet werden muß, dieserwegen bey so bewanten Umständen, und da die creditores sich mit ihr verglichen, auch noch zur Zeit kein dolus beygebracht, es unzeitig gewesen, an eine vorzunehmenden Inquisition, ja sogar an eine Tortur zu gedencken, dazu weit mehr, als man vielleicht dencken mag, gehöret.

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE SEPT. MDCCXLVII.

Ad L. XII. T. II.

DECISIO CCXXVIII.

THEMA.

Syndicus collegii illustris non facile iuramento calumniæ onerandus.

Vid. T. IV. Dec. DCCCLXXXV. Them. 3.

DECISIO CCXXIX.

THEMA.

Iuramentum tertio, qui non in lite est, deferri nequit.

SVMMARIA.

An ob remoratam insinuationem citationis ad prosequendam leuterationem desertionis pœna locum habeat? n. 1. 3.

Officiali de re ad officium pertinente iuramentum deferri potest n. 2.

Tertio, qui non est in lite, iuramentum deferri nequit n. 4.

Tutor in caussa pupilli inuitus iurare non cogitur n. 5.

Licet tertio iuramentum non possit deferri, is tamen tanquam testis produci potest n. 6.

Als die Herren uns interponirte Leuterung und erfolgte Gesetze in I. S. Schuld- und Priorität-Sachen des Fürstl. Sächs. Cammer-Procuratoris in Marggrafthum Nieder-Lausitz D. C. W. L. Appellaten an einem, und D. M. A. S. Appellanten am andern Theil, in 10. zurück kommenden vol. zugeschicket ꝛc.

Daß die interponirte Leuterung vor desert und erloschen nicht zu halten, sondern nunmehr aus denen acten so viel zu befinden, daß, gestalten Sachen und Umständen nach, die geschehene Eydes-Delation nicht statt finde, auch von denen 170. Thlr. 20. Gr. 11¼ Pf. Contribution und Bier-Steuerresten die als bezahlt angegebene 50. Thlr. noch zur Zeit nicht zu kürtzen, es bleibet aber Appellanten, im Fall er von dieser prætension abzustehen nicht gemeinet, dem Ober-Amts-Rath L. darüber als Zeugen binnen Sächsischer Frist, des Appellaten Gegenbescheinigung, Eydes-Delation und andere Rechts-Nothdurfft binnen eben derselben Frist vorbehältlich, gebührend abhören zu lassen unbenommen, worauf alsdann ferner ergehet was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Appellant die exceptionem desertæ leuterationis starck vrgiret, und zu dem Ende angegeben, daß Appellat zwar am 10. May a. p. die Leuterung interponiret, aber um deren prosecution binnen Sächsischer Frist besonders nicht angehalten, welches jedoch nach der Chur-Sächsischen alten Proceß-Ordnung tit. 35. §. 3. nöthig gewesen, und obgleich in ipsa schedula leuterationis zugleich um einen Termin zur prosecution derselben angesuchet, auch sofort den 11. May a. p. die citation dazu ausgefertiget worden, dennoch Appellat nicht besorget gewesen, daß solche auch binnen der gedachten Frist würcklich dem Appellanten insinuiret worden wäre, als welche erst lange darnach, nemlich den 6. Sept. laut fol. 169. befindlichen insinuati insinuiret worden, worauf doch gleichwol die pœna desertionis gesetzet, allenfalls aber, wenn die Leuterung nicht desert seyn sollte, quoad materialia angeführet ist, daß die an Appellaten als itzigen Cammer-Procuratorem, und dessen Herrn Bruder und antecessorem in officio, den Herrn Ober-Amts-Cammer-Rath L. geschehene Eydes-Delation wohl statt finden könne, gestalt beyde nomine Cameræ ihre functiones als Cammer-Procuratores verrichtet, und hier nicht als personæ tertiæ et alienæ, so die Sache nichts angehe, nicht anzusehen, vielmehr der Eyd über die affaire, die in ihr Amt lauset, und zwar dem Herrn Ober-Amts-Rath L. de veritate, dem Appellaten aber de credulitate

tate deferiret werden, indem Appellant darauf fest bestehet, daß er dem Herrn Ober-Amts Rath, als damahligen procuratori cameræ die H. Quittung auf 50. Thlr. um sich derselben bey der damahls angeordneten Commission bedienen und besorgen zu können, daß solche in der Rechnung mit aufgeführet würde, in die Hände gegeben, sich aber in der Rechnung nicht finden wolle, daß solche abgerechnet sey, dabey es dann eben darauf nicht ankommen will, ob solche von dem letzten Jahr abzurechnen gewesen, sondern gnug ist, wenn durch die Eydes-Delation erhärtet wird, daß solche der Appellant würcklich besessen, und dem Herrn Amts-Cammer-Rath L. solche zu Behuf der formirenden Rechnung ausgeantwortet sey, zumal mit nichts dargethan, daß solche 50. Thlr. jemahls in Rechnung und Abrechnung gekommen, dieserwegen es das Ansehen gewinnen will, als wenn die bekanten iura, quod nemo super facto alieno et ad se non pertinente, iurare cogatur, hier nicht appliciret werden können, sondern es lediglich bey der geschehenen Eydes-Delation sein Verbleiben haben müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch quoad formalia sich nach vielen disputiren hervor gethan, daß der
3 Appellant zwar fol. 149. f. sub † in der schedula leuterationis um Anberahmung eines Termins zu deren prosecution angehalten, auch sofort die citation darauf decretiret und ausgefertiget worden, dennoch Appellant dabey nicht acquiesciret, sondern den 20. May a.p. laut fol. 151. noch besonders zur prosequirung der Leuterung einen Termin ausgebethen, und dahero dem iuri prouinciali in allem ein Gnügen gethan, ohngeachtet in diesem Fall die insinuation etwas späte erfolget, als worauf die pœna desertionis nicht gesetzet, in dubio auch billig gegen dieselbe zu erkennen; quoad materialia aber aus denen acten offenbar ist, daß die Hochfürstliche Renth Cammer zu Merseburg 170. Thlr. 20. Gr. 11½ Pf. liquidiret, so derselben auch Rechtskräfftig cum vsuris zuerkant sind, wovon der Appellant 50. Thlr. in decourt zu bringen gedencket, welche dessen Vater als liquidatus, dem vormaligen Amts-Cammer-Rath H. gegen dessen Quittung gezahlet, die Quittung aber dem Herrn Ober Amts-Rath L. wie er noch procurator cameræ gewesen, ausgeliefert haben will, worüber er demselben sowol als dessen Bruder dem itzigen procuratori cameræ zwar *Ad L. XII.* den Eyd deferiret, und fol. 147. sub † darauf *I. II.* erkant ist, dagegen aber mit Recht erinnert worden, daß auf solche Weise einem tertio, 4 dem die Sache vor sich nichts angehet, bishero auch nicht in lite gewesen, und darüber nicht gehöret, der Eyd deferiret sey, iniquum tamen sit, de alieno facto alium iurare

l. II. §. 2. de act. rerum amot.

adeoque nec tutor, nec curator, nec defen- 5 sor iurare inuiti cogantur,

l. 34. §. 3. de iurei.

l. 4. pr. de in lit. iur.

welches ebenfalls auf den itzigen procuratorem cameræ zu ziehen, als welchen proprio nomine diese affaire nichts angehet, und ohngeachtet blos de credulitate ihm der Eyd deferiret ist, dennoch da respectu seiner die Sache die Hochfürstliche Renth-Cammer, und nicht ihn selbst betrifft, er wider Willen den Eyd zu acceptiren nicht schuldig, mithin auch zum referiren nicht angehalten werden kan, und so viel dessen Herrn Bruder betrifft, derselbe zwar ad probandam solutionem gegen die Hoch- 6 fürstl. Renth-Cammer als ein Zeuge aufgeführet, und dadurch die existenz und veritas der Quittung erhärtet werden kan, gleichwolgantz unförmlich, ja contra tramitem iuris laufet, einem tertio, der mit dem Proceß vor der Hand nichts zu thun hat, den Eyd zu deferiren, weiln auf solche Weise alle und jede Zeugen mit in litem gezogen, und endlich gar als partes angesehen werden dürfften, zumal wenn auch der Ober-Amts-Rath L. dem Appellanten vor die ihm angebliche ausgelieferte Quittung stehen müste, dennoch solches abermal der Hochfürstlichen Renth-Cammer nichts angehet, sondern dieses eine aparte und besondere Klage gegen denselben erfordern würde; übrigens wenn erst die Richtigkeit der Quittung dargethan, sich alsdann leicht aus denen Rechnungen finden wird, ob solche bereits verrechnet worden oder nicht, und es dabey nicht eben auf die letzte Jahrs-Rechnung ankommen wird, cum solutionis exceptio semper opponi queat.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXXXVI.

DECISIO

Ad L. XII. T. II.

DECISIO CCXXX.

THEMA.

Qui in probatione deficit, postea iuramentum deferre nequit.

SVMMARIA.

Citatio, nulla est, si non ad omnes, quorum interest, directa n. 1.
Dilatio non habetur pro concessa, si conditioni adiectae non satisfactum n. 2.
Iuramenti delatio in quacunque iudicii parte locum habet n. 3.
Iuramenti delatio est releuatio a probando n. 4.
Per clausulam: Einwendens ohngehindert, *exceptio opposita censetur reiecta* n. 5.
In obligatione ad faciendum indiuidua exceptio plurium interessentium cessat n. 6.
Dilatio, in quam pars aduersa consentit, impugnari nequit n. 7.
Qui probatione iam defunctus est, sed nil probauit, iuramentum deferre nequit n. 8.
Iuramentum intra terminum probatorium deferendum n. 9.
Hoc non praefinito semper iuramentum deferre integrum n. 10.
Iuramenti delatio frustranea non admittenda n. 11.

Auf interponirte querelam nullitatis in Sachen actoren der Witwen L. Beklagten und Appellatin an einem, und F. C. W. Klägern und Appellanten am andern Theil, erkennen zum Appellations-Gerichte bey der Kayserlichen Freyen Reichs-Stadt Mühlhausen verordnete Director und Assessores nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten querelæ nullitatis ohngeachtet bey dem vol. II. fol. 23. befindlichen, und den 1. Febr. 1734. eröffneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagte gegen das vol. II. fol. 23. befindliche Urthel querelam nullitatis aus folgenden Gründen angeführet, 1) daß ein offenbarer defectus in citatione sey, und nicht alle, a die hiebey in nexu sind, citiret worden, angesehen in dem vol. I. fol. 4. befindlichen pacto nicht allein der Beklagten verstorbener Ehemann, so allein belanget worden, sondern auch dessen Stief-Sohn C. R. cum tutore wegen der itzo in Streit gezogenen Forderung sich engagiret, also dessen Erben nothwendig mit belanget werden müssen, so doch nicht geschehen, noch dieselbe mit ad litem citiret, und daher eine grosse nullität, quæ ex defectu citationis potissimum desumitur, committiret worden; hiernächst 2) eine nullitas in formalibus appellationis anzutreffen, welche vor richtig erkant sind, ohngeachtet binnen 4. Wochen a tempore interpositæ appellationis die grauamina denen Unter-Gerichten nicht übergeben sind, so doch bey Strafe der desertion in der Processs-Ordnung P. I. tit. 28. §. 4. geschehen müssen, und obwol Appellant dilation erhalten, doch solches sub conditione, wenn er in proxima causam petendi beybringen würde, geschehen, die gedachte causa aber 2 nur angebracht, nicht aber bescheiniget worden, dergestalt, daß die geschehene dilatio pro non concessa, die Appellation aber pro deserta zu achten,

MEV. *P. IX. decis. 24.*

3) ja sogar nicht einsten das decendium obseruiret, und erst den 28. May die schedula appellationis effluxo iam decendio übergeben worden; endlich 4) keine geringe nullität zu achten, daß contra iura erkant, und die Eydes-delation effluxo termino probatorio 3 aberkant ist, welche doch iuxta *ordinat. proc. P. I. tit. 21. §. 1.* ante conclusionem in causa in quacunque iudicii parte geschehen mögen, solches auch von der Beklagten in prima instantia accurat beobachtet worden, nicht weniger auch nach gemeinen Rechten, aus welchen die *ordinat. Proceff. Mulhuf.* billig zu erklären, effluxo iam termino probatorio, die Eydes-delation noch statt findet, als wodurch nicht sowol der Beweiß geführet, als der probaturus ab onere probandi liberiret wird, vt 4 in quacunque iudicii parte illud deferri queat

l. 12. C. de reb. cred.

l. 35. in pr. de iurei.

MARTINI *ad proc. Sax. tit. 18. §. 1. sqq.*

BRVNNEM. *ad l. 9. C. de reb. cred. n. 18.*

wobey Beklagte auch sich auf unterschiedliche præiudicia beruffen.

Rationes

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch quoad rat. 1 mam die exceptio plurium interessentium schon anfangs in primo termino opponiret, aber in decreto vol. I. fol. 34. durch die Clausul: übrigens Einwendens ohngehindert, verworffen worden, und dieser Punct bereits in rem iudicatam ergangen, überdem aber allhier eine obligatio in faciendo, quæ indiuidua est, vorkommt, indem Beklagtin verstorbener Ehemann nebst seinem Stief-Sohn sich engagiret, daß dieser 3. Jahr in der Lehre stehen und die Zeit richtig aushalten sollte, und im Fall solches nicht geschehen würde, alsdann sie das deter- 6 minirte quantum loco damni bezahlen wolten, welche obligatio ex principali indiuidua zu beurtheilen, cum surrogatum sapiat naturam eius, in cuius locum surrogatur, dabey denn aus denen Rechten bekant ist, quod in obligatione indiuidua quilibet obligetur in solidum, vt exceptio plurium interessentium locum non habeat; hiernächst die andere causa nullitatis ebenfalls ungegründet ist, allermassen der Kläger in proxima die causam petendi angebracht und angeführet, daß er mit Beklagtem in Tractaten stünde, und Hoffnung zum Vergleich wäre, dabey auf Beklagten selber sich beruffen, daß er wegen bevorstehenden Vergleichs in die dilation ge- 7 williget, auch euentualiter ihn darüber zu vernehmen gebethen, welches der Richter als genehm angenommen, und die dilation concediret, auch in dubio contra desertionem billig zu erkennen, wenn palpabilis causa eam declinandi angeführet ist; ferner die tertia nullitatis causa vollends gantz unerfindlich ist, da das Urthel den 20. May 1732. publiciret, und den 29. May die notificatio appellationis, also intra decendium richtig befolget ist; und so viel die letzte causam nullitatis betrifft, aus denen Rechten zwar bekant ist, quod 8 omnibus deficientibus probationibus, iuramentum in quacunque iudicii parte deferri possit

l. 35. pr. de iurei. l. 12. C. de reb. cred.

jedoch daraus zugleich erhellet, daß die Eydes- *Ad L. XII. T. II.* Delation in locum probationis trete, mithin eines Theils alsdann nicht mehr statt finden könne, si quis iam probatione defunctus est, 9 sed nihil probauit;

MEV. *P. IX. dec. 333.*

andern Theils auch nur so lange admittiret werde, so lange der Beweiß noch offen und zugelassen ist, welche facultas probandi aber efluxo termino probatorio, verlohren gehet

l. 14. §. 3. C. de non num. pecun. 10

so beydes allhier seine application richtig findet, da Beklagte ihren Gegenbeweiß vol. I. fol. 60. sqq. bereits geführet und absoluiret, und in dem Verfahren darüber erst den Eyd deferiret, nicht weniger in dem decreto vol. I. fol. 34. dazu ein terminus probatorius von 4. Wochen anberahmet gewesen, welcher, facta delatione iuramenti, längstens verstrichen, auch kein Zweifel, daß die ordin. processi cit. l. nach den gemeinen Rechten und von dem casu verstanden werden muß, wenn kein terminus probatorius anberahmet, noch der Beweiß absoluiret worden; allenfalls aber auch die Eydes-Delation unstatthafft ist, in- 11 dem Kläger salua actione sua einräumen können, daß er den Lehrling, nachdem er entlaufen gewesen, nicht anders wieder annehmen wollen, als wenn er im wohllöblichen Semmer-Amte deswegen angeloben, und solches nieder geschrieben würde, so Kläger vernünfftig begehren können, solches auch nicht ungewöhnlich ist, also in effectu die Eydes-Delatio überflüßig zu achten, mithin alle causæ nullitatis hinweg fallen, jedoch weil Beklagte ein Urthel in diesem Punct vor sich hat, die Unkosten übergangen worden.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE APRIL. MDCCXXXV.

DECISIO CCXXXI.

THEMATA.

I. Delatio iuramenti generalis admittitur, quoties rationes redduntur et examinantur.

II. Iuramentum non recte relatum pœnam desertionis coniunctam non habet.

Ad L. XII. T. II.

SVMMARIA.

Iuramenti delatio generalis, quoties certa res non determinata, locum non habet n. 1.

Iuramentum, quod super facto proprio relatum, pro deserto habendum n. 2.

Mandatum speciale curandi, non solum curatorium, actorem legitimat n. 3.

Libellus generalis et alternatiuus non valet n. 4.

Minoribus, quorum actor iuramentum detulit, super reconuentione æque iuramentum deferri potest n. 5.

In actionibus generalibus generalis iuramenti delatio locum habet n. 6.

Qui iustam ignorantiæ causſam habet, de credulitate iurat n. 7.

Pœna desertionis nullibi præfinita, quoties relatio iuramenti non rite fit n. 8.

Æquitas iuri stricto præferenda n. 9.

Curatores ac tutores sine mandato curandi recte agunt n. 10.

Minoribus iuramentum de credulitate deferri potest, quoties præsumtiue aliquam causſæ notitiam habent n. 11.

Auf interponirte Leuterung, deren adhæsion und erfolgte Gesetze in Sachen M. E. G. E. W. N. nachgelaſſener Wittwen, und Kinder erſter Ehe, Klägern an einem, und I. A. N. Beklagten am andern Theil, erkennen in Verwaltung Königl. Preußl. Vogtey, Burgermeiſtere und Rath bey der Stadt zu Quedlinburg, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß, ſo viel der Klägerin erſtes und drittes grauamen betrifft, nunmehr aus denen acten ſo viel zu befinden, daß Beklagter geſtalten Sachen und Umſtänden nach auch in einem dazu anzuberahmenden Termin auf die generale Eydes-Delation: ob er nemlich denen Klägern oder ihrem ſeligen Erblaſſer nicht noch mit mehren Poſten verwandt ſey? ſich zu erklären und einzulaſſen, anbey wenn er ſolche leugnen ſollte, den ihm deferirten Eyd abzuſchweren, die Klägerin aber wegen Beklagtens Gegenrechnung nur de credulitate zu ſchweren ſchuldig ſey; im Gegentheil, wegen deſſen anderen grauaminis ſowol, als des Beklagten adhæſion, Einwendens ohngehindert, es bey dem fol. 51. befindlichen, und den 8. Febr. a. c. eröffnetem Beſcheide lediglich zu laſſen ſey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol gegen der Klägerin erſtes und drittes grauamen angeführet iſt, daß dergleichen generalis modus deferendi iuramentum um deſto weniger gegründet ſey, als der libellus generalis ſelbſten in Rechten nicht zugelaſſen, auf welchen doch die geſchehene generale Anforderung hinaus laufft, hierüber man hier in Schuld-Forderungen verſiret, bey welchen ein jeder creditor etwas gewiſſes nach der natura condictionis, ſi certum petatur, angeben muß, dieſerwegen da Klägerin auſſer denen ſpecificirten Poſten nichts gewiſſes angeben können, dieſe generale Eydes-Delation vor unſtatthafft zu halten; nicht weniger bey dem dritten grauamine zu erwegen ſey, daß die Klägerin bey ihres Mannes Lebzeiten, als welcher ein beſtändiger valetudinarius geweſen, die Haushaltung führen, und alſo um die bey derſelben vorfallende Sachen beſſere Nachricht als der Mann haben müſſen, dergeſtalt ihr billig das iuramentum veritatis deferiret worden, im Gegentheil bey des Klägers andern grauamine die acta darlegen, daß Beklagter den Eyd bey dem dritten und vierten Punct nicht pure acceptiret, ſondern referiret, da doch in denenſelben lauter facta rei propria, nicht communia anzutreffen, alſo der Eyd nicht referiret werden mögen, und da dieſem zuwider dennoch der Beklagte den Eyd referiret, derſelbe vor defert gehalten werden müſſen, weil er auf eine illegale Weiſe referiret worden.

RIVIN. *ad ord. Proc. Sax. tit. 18. en. 56.*

Ferner ſo viel des Beklagten Leuterung betrifft, zu deren Behauptung angeführet iſt, daß die exceptiones illegitimationis, mutati, generalis et alternatiui libelli nicht gehörig attendiret worden, da bloſſe tutoria und curatoria zur legitimation nicht zulänglich ſind, ſondern mandata ſpecialia curandorum erfordert werden, nicht weniger im Nahmen dreyer Perſonen die Klage angebracht, aber nur in eines Nahmen wiederholet worden, endlich die generalis iuramenti delatio von der generalitate libelli gnugſam zeigen möchte, welche eine incertitudinem operiret, welches auch von der alternatiua propoſitione petiti zu ſagen; hiernächſt über den 6ten Punct er den Eyd dem Beklagten referiret, worauf doch in decidendo nicht reflectiret, noch mit darüber erkant worden, endlich das dritte grauamen darin beſtehe, daß er den Eyd über die Gegenrechnung nicht allein der Klägerin, ſondern auch ihren beyden Kindern deferiret, und dieſelbe dahero ſolchen billig wenigſtens de credulitate abſchweren müſſen, da beyde bereits über 18. Jahr alt ſind, und alſo wohl ſchweren können, und da ihr actor capable geweſen, den Eyd über die Klage zu deferiren, ſie ſich auch gefallen laſſen müſſen, daß über die Gegenforderung

derung ihnen solcher hinwieder deferiret werde, dieserwegen es das Ansehen gewinnen will, als wenn dieser Leuterung wegen sowol als ratione grauaminis secundi das vorige Urthel reformiret, im übrigen aber confirmiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey dem ersten grauamine der Klägere anzumercken, daß, wie Beklagtens Gegenrechnung ausweiset, derselbe mit seinem seligen Bruder in unabgelegten Berechnungen gestanden, und diese beyde mit einander vieles negotiiret, der Klägerin Mann aber schon vor sieben Jahren verstorben, und dieselbe dahero mit ihren Kindern von allem nicht so genau Nachricht haben mögen, dergestalt ihr nicht zu verdencken gewesen, die generale Eydes-delation zu thun, solche auch denen Rechten bey dergleichen actionibus, die auf Berechnung, und vielerley Forderung und Gegenforderung hinaus lauffen, nicht zuwider, vielmehr ex natura rei gantz conform ist, cum etiam in his causis generalis libellus admittatur, bey welchen man wohl Ursache nachzuforschen, ob Beklagter nicht mehr Posten, als
6 etwa specificiret, sich bewust sey, wie solches in simili casu die interpretes zulassen,

BRVNNEMANN *ad l. f. C. de iur. delib. n. 40. sq.*

so dann bey dem dritten grauamine Beklagter nicht in Abrede seyn können, daß die negotiationes zwischen ihm und seinem Bruder vorgefallen, wovon die Klägerin, als deren facta
7 solche nicht betreffen, iustam ignorantiæ causam haben, und sie dahero nicht weiter als de credulitate schweren kan, der Beklagte auch dabey nichts risquiret, zumal wenn sie von einigen Posten Wissenschafft haben solte, sie alsdenn darüber am wenigsten de credulitate schweren können wird; im Gegentheil derer Kläger anderes grauamen ungegründet ist,
8 nachdem die Rechte die pœnam desertionis allhier nicht bestimmet, und es hart seyn würde, vltra legis literam darauf zu erkennen, als welche ohnedem odiosa, und so beschaffen ist, daß man in dubio billig contra desertionem sprechen muß, cum in dubio præstet magis æquitatis et humanitatis, quam stricti iuris
9 habere rationem;

l. 8. C. de LL.

wie denn auch des Beklagten grauamina ebenfalls unerheblich sind, da quoad primum die legitimation per tutoria et curatoria zur Gnüge geschehen, und wie die Vormünder, ohne von ihren Mündersährigen Vollmacht zu haben, wohl klagen, und ihrem Amt gemäß sine eorum concursu in Gerichten erscheinen 10 können, also auch ein gleiches bey denen curatoribus fœminarum in acht zu nehmen, übrigens die gegen das libell angegebene Mängel sich ebenfalls nicht finden, da so wenig das petitum incertum, noch die alternation, quæ incertitudinem parit, darin anzutreffen, als welches petitum gantz gewöhnlich ist, und ex natura rei fliesset, die generalis clausula auch, worüber der Eyd deferiret worden, in dergleichen actionibus, die auf Berechnungen gehen, abermal zulässlich ist, wie schon vorhin gezeiget, endlich die mutatio libelli sich so wenig finden will, daß vielmehr der Proceß in aller dreyen Nahmen fortgeführet, und die nomine der Klägerin geschehene repetitio libelli die andern nicht ausschliesset, als welche ex ipsa repetitione et relatione mit darunter begriffen werden, hiernächst bey dem andern grauamine so wenig eine relation statt gefunden, als Beklagter sich darüber beschweren mögen, da er selbsten der generalen Eydes-delation zuwider gewesen, und nach seiner Absicht solcher 6te Punct ausgelassen werden müssen, im Gegentheil die Klägere mehr Ursache gehabt, sich darüber zu beschweren, zumal die generale Eydes-delation aus diesem 6ten Punct fliesset, welchem nunmehr bey der Klägern Leuterung abgeholffen, endlich zwar andem ist, daß denen Mündersährigen auch wol der Eyd de cre- 11
dulitate deferiret werden könne, jedoch dabey das arbitrium iudicis nicht ausgeschlossen ist, und dann allhier dabey zu erwegen, daß die Kinder von denen Gegenforderungs-Puncten gar nicht informiret sind, noch Wissenschafft davon haben können, also der Eyd reuera umsonst seyn wird, da im Gegentheil ihre Mutter mehr Nachricht davon haben, und dahero am besten davon allein schweren kan, billig aber zu verhüten, daß keine unnöthige und fruſtranea iuramenta gefordert und zuerkant werden.

Ad L. XII. T. II.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXXXVIII.

DECISIO CCXXXII.

THEMA.

An sponte se offerenti iudex iuramentum deferri possit?

Buhm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. XII. T. II.

SVMMARIA.

Generalis recognitio documentorum non permissa n. 1.

Sufficit tamen recognitio sub clausula: wo vor sie ausgegeben n. 3.

Qui sponte se ad iurandum offert, suspectus est n. 2.

Ad iuramentum ignorantiæ, quod reuera purgatorium est, quis se recte offert n. 4.

Iudex ex iusta causa sponte se offerenti conniuere potest n. 5.

Als die Herren uns geschehene production, wie auch recognition und erfolgtes Verfahren in Sachen Anwalden C. von G. und conf. Imploranten an einem, und des zu dieser Sache besonders constituirten Lehns-Fiscalis F. S. Z. Imploraten am andern Theil, in acht zurück kommenden vol. &c.

Daß Implorat die inducirten documenta sowol sub C, D n. 9. 11. 24. 37. 38. 42. a. 42. b. 43. 44. 47. 59. und † als die sub n. 24. ♂, 24. 44. 45. ☽, ☿ 48. VI. et ☉ zur Nothdurfft recognoſciret, und reſpect. ediret, er iſt aber auch die ſub n. 55. 57. und ♀ Einwendens ohngehindert ebenfalls ſub pœna editi et recogniti zu ediren und zu recognoſciren ſchuldig, wobey ihm ſeine reſeruirte exceptiones, ſo viel deren erheblich, bey denen Diſputir-Geſetzen auszuführen unbenommen bleibet. Uebrigens ſind Imploranten zur eydlichen Beſtärckung des art. 49. 77. und 79. geſtalten Sachen und Umſtänden nach billig zuzulaſſen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) Implorat nur in generalen ter-
1 minis die ſpecificirte documenta recognoſciret, auch 2) aus denen acten nicht zu erſehen, daß die letztern documenta, deren edition gebethen, würcklich ediret ſind, obwol fol. 142. ſub ♂ deren recognition geſchehen, hiernächſt 3) derſelbe ſich wegen edition derer documentorum ſub n. 55. 57. und ſub ♀ damit excuſiret, daß ſolche ad ſereniſſimum directum ergangen, mithin nicht daſelbſt, ſondern zu Rudelſtadt vorhanden wären, übrigens 4) Imploranten ſich zwar zur eydlichen Beſtärckung des art. 49. 77. und 79. offeriret, dennoch es das Anſehen gewinnen will, als
2 wenn ſie damit nicht zuzulaſſen, quod nemo ſemetipſum ad iuramentum offerre queat, ſed potius in probatione iuramenti delatione vti debeat, quod ſuſpectus ſit, qui ſponte ſe ad illud offert.

l. 3. pr. D. de iurei.

SETSER *de iuram. lib. IV. c. 2. n. 2.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) Implorat die inducirten documenta davor, wovor ſie ausgegeben, recognoſciret, welches der bekan-
3 ten praxi nach zureichend iſt, und da ad 2) Implorat die zu ediren begehrte documenta recognoſciret, ſolche nunmehro ihre vim probandi haben, wenn ſie gleich in origine gethener maſſen nicht ediret ſeyn ſollten, darneben ad 3) Implorat von der edition derer documenten ſub n. 55. 57. und ♀ durch die angeführte excuſe ſich nicht liberiren kan, nachdem die edition fol. 130. ihm zugleich mit iniungiret, und es bey ihm ſtehet, daß er ſolche anſchaffen und ediren, nicht weniger recognoſciren kan, ob ſolche gleich zu Rudelſtadt vorjetzo befindlich, allenfalls ihm frey bleibet, die davon in actis befindliche Copeyen als originalia zu recognoſciren; endlich ad 4) die oblatio ad iuramentum über den 49. und 77. Articul um deſto mehr zu billigen, als ſolcher ſuper ignorantia implorantium zu præſtiren,
4 welcher Eyd reuera ein purgatorium und ſo beſchaffen iſt, daß ſich jemand dazu wohl offeriren kan, und ſo viel den 79. Articul betrifft, Imploranten gar wohl ermeſſen, daß es ſich nicht ſchicken wollen, dem ſereniſſimo domino directo den Eyd über das angeführte factum zu deferiren, gleichwol ſie keinen andern modum probandi als per iuramentum dabey gehabt, alſo die oblatio ad iuramentum in hoc caſu extraordinario billig zuzulaſſen, quod iudex ex iuſta cauſa ſponte ſe offerenti quandoque conniuere poſſit
5

CARPZ. *lib. III. reſp. 52. n. 3.*

So ſind wir geſchehener maſſen zu erkennen veranlaſſet worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXLI.

RESPON

RESPONSVM CCXXXIII.

Ad l. XII. T. II.

THEMA.

Ad iuramentum delatum nemo se offerre potest.

Vid. T. IV. Resp. DXXII. Them. 1.

RESPONSVM CCXXXIV.

THEMA.

Iuramento vniuersitati delato deferens eligit, qui iurare debeat.

Vid. T. IV. Resp. DCCXXIII. Them. 2.

DECISIO CCXXXV.

THEMATA.

I. Terminus iurandi extra Saxoniam non est fatalis.
II. *Debitor immodica cautione non est onerandus.*

SVMMARIA.

Iuramentum suppletorium post elapsum terminum locum non habet n. 1.
Præstari in termino debet, licet aduersarius non comparuerit n. 2.
Sequestratio ob inhibitionis violationem locum habet n. 3.
A quantitate cautionis promissa non recedendum n. 4.
Ad iurandum quis in dubio semper admittitur, si terminus non est fatalis n. 5.
Terminus iurandi, omissa ab altero contumaciæ accusatione, circumductus est n. 6.
Citatio ad videndum iurare in supplementum, est monitoria n. 7.
Terminus iurandi an in Saxonia sit peremtorius? n. 8.
Sequestratio sine vrgente necessitate prohibita est n. 9.
Cautio contra arresta et sequestrationem optima est medicina n. 10.
Nuda assertio non obligat n. 11.
Exceptio, tua non interest, pacto obstat n. 12.
Variæ rationes ad factum pertinentes n. 13.
Immodica cautio non admittenda n. 14.

Als dieselbe uns interponirte Leuterungen, deren prosecutiones und erfolgte Gesetze in Sachen Actorn Vormunden A. C. P. Klägers an einem, und D. G. und cons. Beklagten und Mitbeklagten am andern Theil, allerseits Leuteranten und Leuteraten zugeschicket ꝛc.

Daß, so viel der Klägerin Leuterung, wie auch der Beklagten erstes grauamen betrifft, es derselben ohngehindert bey dem vol. VI. fol. 223. befindlichen, und den 12. Febr. a. c. eröffneten Urtheil billig verbleibet, jedoch mit dieser Erklärung, daß sowol die erkante reassumtio processus vor allen Dingen, als die vol. II. fol. 37. und vol. III. fol. 39. erkante recognition der documenten sub D und ♂ zu bewerckstelligen; im Gegentheil, so viel der Beklagten Leuterung und deren anderes grauamen betrifft, so ist nunmehro aus denen Acten so viel zu befin-

Ad L. XII. T. II.

den, daß, wenn die Beklagte die erkante caution auf 4000. Thlr. gestellet, alsdann die vol. I. fol. 12. extrahirte inhibition hinwieder aufzuheben, und ihnen die Erbsonderung der Rosin Krecklerischen Verlassenschafft zuzulassen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Klägerin gegen das vol. VI. fol. 223. befindliche Urthel sich dadurch grauiret halten wollen, daß Mitbeklagte G. C. S. und D. G. noch zu dem Erfüllungs-Eyde zugelassen, und nicht vielmehr auf die desertion dieses Eydes, refusis expensis, wie auch auf die gebethene sequestration und caution vol. VII. und VIII. erkant worden, da zwar 1) die gedachte Mit-
1 beklagte nach dem Rechtskräfftig zuerkanten suppletorio sich intra fatale mit denen Beklagten zur Abschwerung angebothen, diese auch solchen im angesetzten termino abgestattet, jene aber ohne alle Entschuldigung ausgeblieben, und erst nach Ablauf gantzer 7. Jahren im vorigen Jahre von neuem um præfigirung eines Termins zu Ablegung dieses Eydes sich gemeldet, und per sententiam vol. VI. fol. 223. noch zugelassen worden, gleichwol 2) denen Rechten nach sie sich daran um destomehr versäumet, als der Einwurf, daß Klägerin in
2 termino selber nicht erschienen, ihnen nicht zu statten kommen kan, als respectu deren der terminus nicht anberahmet, deren Erscheinung liberi arbitrii gewesen, und sie dabey nichts præstiren dürffen, dieserwegen auch 3) in der Chur-Sächsischen erläuterten Proceß-Ordnung ad tit. 30. §. 2. und ad tit. 32. die desertion in solchem Fall beständig sey, bevorab da Mitbeklagte keine impedimenta legitima anführen können, nicht weniger 4) rationecautionis sich art. 5. fol. 37. Beklagte insgesamt freywillig anerbothen, die K. Erbschafft vorerste nicht allein ungetheilet in statu quo zu lassen, sondern hierüber noch zur Klägerin mehrern Sicherheit ihr Vermögen auf 40. bis 50000. Thlr. zum Unterpfand eingesetzet haben wolten, worauf sie auch vol. VIII. besonders so wol als vol. VII. ratione sequestrationis geklaget, und 5) zu jener die Beklagte ex promisso, nachdem solches vol. VI. fol. 15. von Klägerin acceptiret, mithin irreuocabel geworden, verbunden seyn, die sequestration aber 6) um desto nöthiger zu achten, als Beklagte contra inhibitionem eine Erbsonderung,
3 wie vol. VI. fol. 158. zu ersehen, würcklich vorgenommen, und auf dergleichen Inhibitions-Violation die Rechte die sequestration gesetzet, dieserwegen 7) die Beklagte von der einmal versprochenen caution ex post facto nicht wieder abgehen, und solche auf ein geringeres setzen, ja dabey die Erbsonderung sich
4 ausbitten können, beydes auch wol 8) zusammen stehen könne, da die sequestration ratione futuri, ratione præteriti et futuri aber die cautio pro lite zugleich mit hafte, nachdem das attestatum contra inhibitionem bereits beygebracht, in mehrerer Erwegung 9) die Klägerin ein liquides Erb-Recht an der quæstionirten Erbschafft, so Beklagte besitzen, habe, und die gerichtliche Verschreibung der Güther aus dem promisso von selbsten erfolge, hierüber 10) die vol. I. fol. 147. erkante reassumtio processus noch nicht geschehen, noch nach dem vol. III. fol. 39. die documenta sub D et H recognoscirt worden, auf welchem Fall erst die absolutoria secundum quid gestellet; übrigens 11) bey der Beklagten Leuterung angeführet ist, daß sie Klägerin die Termins-Kosten zu bezahlen condemniret worden, da doch, wenn Klägerin zu dem von neuem extrahirten termino iuratorio die Mitbeklagte gelassen, keine Unkosten verursachet worden wären, im Gegentheil 12) Klägerin gegen das andere grauamen anführet, daß die inhibition gegen caution nicht cassiret werden können, nachdem Beklagte sich vol. V. fol. 37. freywillig erboten, die Krecklerische Erbschafft pendente lite unzertheilet, und in statu quo zu lassen, hierüber aber noch zu einer caution von 40. bis 50000. Thlr. sich offeriret, woraus Klägerin ein ius quæsitum erhalten, und daraus nunmehro nicht zu setzen sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) et 2) es lediglich auf die Frage ankommt: ob der anberahmte terminus ad iurandum pro fatali et peremtorio zu halten, so, daß eo neglecto, 5
gegen denjenigen, der schweren sollen, erkant werden müsse? welches um desto weniger zu statuiren, als es hiebey an einem Gesetze, ohne welchem kein terminus als fatalis zu halten, ermangelt, auch in dubio pro admissione contumacis annoch zu erkennen ist, quod hæc sententia humanior sit in dubio am- 6
plectenda;

l. 8. C. de iudic.

GRIEBNER *in princip. proc. ciu. lib. I. c. 4. sect. 6. §. 7. in f.*

bevorab da Klägerin oder an deren statt ihr Ehemann in termino nicht einsten erschienen, noch der Mitbeklagten Ungehorsam accusiret, also um desto weniger auf die desertion dringen können, vielmehr der terminus gleichsam pro circumducto zu halten, obwol sonsten der Richter von demjenigen, den das suppletorium zuerkant worden, aduersario absente, dasselbe abnehmen kan, als dessen citation nur monitoria gewesen,

IDEM *cit. l. c. 4. sect. 4. §. 5. in not.* 7

und obwol ad 3) nunmehr in Chur-Sachsen dieser terminus iuratorius fatalis ist, dennoch nach der erleuterten Proceß-Ordnung in der Lausitz nicht, sondern allein nach der alten Proceß-Ordnung erkant wird, nach welcher 8
solches

solches nicht zu behaupten stehet, mithin auf den defectum legitimorum impedimentorum hier nicht zu reflectiren; übrigens ad 4) bey der gesuchten sequestration und caution der Bogen von Klägern ungewöhnlich hoch gespannet worden, und also leicht zu vermuthen ist, daß solches mehr animo litem protrahendi et diuisionem hereditatis a reis possessæ impediendi, als ex necessitate vrgente geschehen sey, allermassen bey einer solchen übermäßigen caution, als die Klägerin prætendi-
9 ret, alle sequestratio, quæ regulariter prohibita est, nec sine vrgente necessitate decernenda

l. 38. §. 17. D. de V. oblig. l. 61. de pact. l. 15. pr. de seruit. *Ad L. XII. T. II.*

t. t. C. de sequestrat. prohib.

überflüßig und unbillig, vielmehr bekant ist,
10 quod optima contra arresta et sequestrationes medicina cautio sit

MEV. *P. IX. dec. 88. n. 10.*

dergestalt, daß durch gnugsame caution, so wol ratione præteriti, si quid attentatum, als futuri die Klägerin gnugsame Sicherheit hat, gleichwol solche auf 40 bis 50000. zu begehren, Klägerin um desto weniger befugt ist, als Beklagte vol. V. fol. 37. kein formeles pactum mit der Klägerin darüber gemachet, sondern weil diese die sequestration der quæstionirten Erbschafft vrgiret, Beklagte in denen loc. cit. befindlichen Worten ihre Angesessenheit an Güthern, so auf 50000. Thlr. sich erstrecken soll, ausdrucken, und dadurch anzeigen wollen, daß diese Güther der Klägerin gnugsame Sicherheit geben könten, in welchem Verstande ohne Zweiffel Klägerin anfänglich solche angenommen, und da ad 5) den
11 21. Ian. 1728 die declaration von Beklagten geschehen, sie erst einige Monathe darnach, den 24. May eiusdem anni, dieselbe acceptiret, dabey aber zur Ungebühr begehret, daß sie ihre Güther so hoch gerichtlich einsetzen, und darüber den consens auswürcken solten, so sie doch nicht versprochen, allenfalls sie also mit der blossen declaration zufrieden seyn müssen, bevorab da die Klägerin nicht beybringen können, daß sie so hoch an der quæstionirten Erbschafft interessiret sey, vielmehr, wenn die documenta sub ☽ et ♂ recognosciret werden, drey fünf Theile von der Klage wegfallen, und blos wegen zwey fünf Theile noch der Proceß übrig bleibet, so daß, wenn auch ein formelles pactum in dieser declaration stecken sollte, der Klägerin die exceptio, tua
12 tanti non interest, entgegen stehen, und sie mit ihrem Suchen abweisen würde,

in welcher Betrachtung die letztern Urtheils-Fasser die caution auf 4000. Thlr. bestimmet, dagegen directo, daß solche unzulänglich sey, nichts eingewandt werden mögen, übrigens ad 6) das imputatum contra inhibitionem sich nicht finden will, zumal was mit denen in Concurs verwickelten Geldern vorgegangen, blos um dieselbe zu saluiren, geschehen, und Klägerin nunmehr durch die erkante caution
13 ohnedem alle Sicherheit hat, sonsten aber die Erbsonderung der immobilium ohne gerichtliche confirmation nicht geschehen mögen, daran es gleichwol fehlet, dieserwegen ad 7) die daraus gezogene conclusion wegfällt, und ad 8) daß cautio enormis und sequestratio nicht beysammen bestehen können, bereits oben dar-
14 gethan, nicht weniger ad 9) angezeiget ist, daß Beklagte schon ratione drey Fünftheile absoluiret worden, so daß der Klägerin Anforderung nicht mehr so wichtig seyn kan; im Gegentheil ad 10) die declaration wegen der reassumtion und recognition derer documentorum sub ☽ et ♂ unserm Urtheil billig beygefüget werden müssen, nachdem auf beyde Rechtskräfftig erkant, und daß beydes geschehen sey, in actis nicht zu befinden. Endlich so viel der Beklagten Leuterung betrifft, ad 11) deren erstes grauamen hinweg fällt, da die Mitbeklagte in termino ad iurandum præfixo nicht erschienen, und also verursachet, daß nach etlichen Jahren erst ein neuer terminus dazu anberahmet werden müssen, welches sie præcauiren können, wenn sie in termino erschienen, aber ad 12) bey dem andern grauamine Beklagte fundiret sind, da sie eben deswegen zur caution sich offeriret, damit sie zur Theilung schreiten könten, wie sowol aus vol. VI. fol. 111. sq. und fol. 22. als aus dem vol. VI. fol. 128. erfolgten Rescript zu ersehen, als in welchem befohlen ist, Erkäntniß darüber einzuholen: ob und gegen was für caution denen Beklagten die Theilung zuzulassen sey? Und da nun die letztern Urtheilsfasser die caution auf 4000. Thlr. gesetzet, wir auch solche vor billig halten, der effectus dabey deutlicher in dem gedachten Urtheil ausgedrucket werden müssen, so aber nicht geschehen, und also solcher Mangel zu suppliren gewesen.

So hat, wie geschehen, erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOV. MDCCXXXIX.

DECISIO

Ad L. XII. T. II.

DECISIO CCXXXVI.

THEMA.

In cauſſa ſpolii ſuper exceptione dimiſſæ poſſeſſionis iuramentum deferri poteſt.

SVMMARIA.

Vtrum inſertio impertinentium circumſtantiarum mandatum vitiet? n. 1.
Spolium committit, qui poſſeſſionem ab alio iam occupatam intrat n. 2.
In cauſſa ſpolii iuramentum deferri nequit n. 3.
Stipulatio non vitiatur ex eo, quod impertinentes res eidem inſertæ n. 4.
Ab exceptione dimiſſæ poſſeſſionis cauſſa ſpolii pendet n. 5.
Iuramenti delatio etiam in interdictis locum habet n. 6.
In continenti probatum cenſetur, quod per delationem iuramenti fit n. 7.

Als die Herren uns imploration und erfolgtes Verfahren, in Sachen des Fürſtlich-Sächſiſch-Weimariſchen-Hauptmanns, A. F. R. Implorantens an einem, und weyland H. D. R. hinterlaſſenen Erben, und deren Ehemänner, in actis benannt, Imploraten am andern Theil, in drey zurück gehenden volum. etc.

Daß Imploraten zuforderſt um ihre ad acta gebrachte Vollmacht ein gewöhnlich gedrucktes formular zu ſchlagen ſchuldig, in welchem Fall ſie ſich zur Nothdurft legitimiret. Uebrigens iſt Implorant den ihm vol. II. fol. 92. deferirten Eyd nach vorgehenden der Imploraten Eyd vor Gefehrde zuforderſt abzuſchweren ſchuldig, worauf ſo dann ſo wol in der Hauptſache, als wegen der ausgeübten Gewalt- und Thätlichkeiten ferner ergehen ſoll, was Rechtens. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) gegen der Imploraten ad acta gebrachte Vollmacht unterſchiedliches, und unter andern ſo wol der Mangel der curatoriorum, als dieſes erinnert worden, daß viele impertinente Sachen darin befindlich, auch eine gedruckte Vollmacht ermangele, hiernechſt 2) Implorant laut inſtrumenti Notar. vol. □. fol. 1. 2. und 4. die poſſeſs des Ritter-Guths K. als nechſter Lehns-agnatus und Mitbelehnter behörig ergriffen, auch ſo fort um manutenenz angehalten, endlich auch damit belehnet worden, auch denen Land-Erben alle turbation unterſaget worden, dennoch 3) Imploraten dieſem ohngeachtet ſich in die poſſeſs geſetzet, und ihn ſpoliiret, dabey auch laut vol. II. fol. 17. ſeqq. groſſe Gewalt an denjenigen, ſo Implorant zur Aufſicht in das quæſtionirte Guth geſetzet, ausgeübet worden, deſſen Unterſuchung bereits in actis commiſſ. geſchehen, und ob gleich 4) Imploraten vorgegeben, daß Implorant ſich der poſſeſs begeben, und die Wirthſchafft und Behältniß an die Imploraten überlaſſen, auch darüber ihm in caſum negationis den Eyd deferiret, dennoch ſolche Eydes-delation impertinent zu ſeyn ſcheinet, da man hier in poſſeſſorio et cauſa ſpolii verſiret, in welcher keine Eydes-delation zugelaſſen ſeyn möchte,

SCHWENDEND. *ad* FIBIG. *proc. p. 367.*

mithin es das Anſehen gewinnen will, als wenn ſchlechter Dings vor Imploranten erkant werden müſſen; im Gegentheil 5) die Imploraten ein Lehns-pactum vom 1. Iul. 1715. produciret, nach welchem denen Lehns-agnaten nur ein Lehns-Stamm auf 1600 fl. verſchrieben worden, ſo auch von der Lehns-Herrſchafft confirmiret worden, deſſen recognition vrgiret worden.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) der defectus curatoriorum durch die vol. II. fol. 91. befindliche marginal-regiſtratur gehoben, und, daß überflüſſige Dinge in der Vollmacht ſtehen, derſelben keinesweges ſchadet, qui enim nihil ad præſentem actum pertinens adiecit ſtipulationi, non vitiat obligationem,

l. 65. D. de V. obl.

alſo nichts mehr als der defectus einer gedruckten Vollmacht, ſo laut vol. II. fol. 159. alhier nöthig, übrig geweſen, auf welchen billig erkant werden müſſen; hiernechſt ad 2) zwar andem, daß Implorant die poſſeſs am erſten ergriffen, auch darin geſchützet worden, iedennoch es nicht ſowol darauf, als auf die exceptionem dimiſſæ poſſeſſionis ankommt, welche Beklagte opponiret, und wovon ad 3) die cauſa

causa spolii dependiret, da, wenn die exception ihre Richtigkeit haben sollte, alsdann eigentlich kein spolium darin, daß die von Imploranten in das quæstionirte Guth eingesetzte zwey Leute durch die Beklagte aus dem Guthe gejaget worden, ohngeachtet dabey ein grober höchst-strafbarer excess begangen, committiret worden, diesemnach ad 4) da Implorant die exception leugnet, alles an dessen Gewißheit gelegen, worüber Imploraten jenem den Eyd
6 deferiret, auf welchen billig erkant werden müssen, cum etiam in interdictis locus sit delationi iuramenti,

l. 3. §. 1. D. de iurei.

et sic etiam in spolii causa locum habere queat, adeo vt quamuis exceptiones altio-
7 ris indaginis reiiciantur, illa tamen pro in continenti probata habeatur, quæ per delationem iuramenti probatur.

BERGER *in elect. proc. possess. §. 1.*

Diesemnach, ehe definitive erkant werden können, nöthig gewesen, erst diese exception gebührend aus dem Wege zu räumen, so ohne Weitläuftigkeit per iuramentum præstandum geschehen kan; bey dieser Beschaffenheit also ad 5) noch zu früh gewesen, die recognition des Lehn-reuersus zu fordern, als welche ins petitorium gehöret, und dahero nicht darauf reflectiret werden mögen. Wie denn auch die Nebensache, so die excessiue Thätlichkeit betrifft, so lange ausgesetzet werden müssen, bis erst der punctus præiudicialis, und ob ein spolium committiret worden, erörtert, weil darnach auch die Straffe zu mäßigen und zu vergröffern ist. *Ad L. XII. T. II.*

So sind wir, geschehener massen zu erkennen, bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVGSTO MDCCXL.

RESPONSVM CCXXXVII.

THEMA.

Iuramenti delatio in caussis famosis, si ciuiliter agitur, locum habet.

Vid. T. IV. Resp. CCCCLXXXXVIII. Th. 3.

DECISIO CCXXXVIII.

THEMA.

Vtrum super facto turpi et in processu prouocatorio locum habeat iuramenti delatio.

SVMMARIA.

Status causæ formatur n. 1.
Super facto turpi ex quorundam sententia iuramenti delatio non admittitur n. 2.
Quod tamen erroneum est n. 6.
An super facto negatiuo iuramenti delatio locum habeat? n. 3. 7.
Nemo ad relationem iuramenti potest cogi n. 5. 8.
Vtrum in processu diffamationis iuramentum deferre liceat? n. 9.
Per delationem iuramenti omnia breui manu fieri possunt n. 10.
Emtio ad mensuram non censetur contracta, quoties mensura obiter tantum adiecta n. 11.

Auf Leuterungs-Schrifft und erfolgte Gesetze, in Sachen des Geheimten Raths C. von G. Beklagten an einem, und Burgermeister und Rath unserer Residentz-Stadt E. Klägern am andern Theil, erkennen, von GOttes Gnaden, Wir Wilhelm-Heinrich, Hertzog zu Sachsen ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Boehm. Conf. T. III. P. II.

Tit. XII. T. II.

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem vol. I. fol. 127. befindlich, und den 23. May 1733. insinuirten Urtheil billig verbleibet, iedoch mit dieser Erklärung, daß Kläger zuforderst das iuramentum malitiæ abzuschweren schuldig, Beklagtem aber die Gewissens-Vertretung bevor bleibe, nicht weniger die Eydes-formul dahin einzurichten sey, daß Beklagter über die ihm nach Maßgebung des Kauf-Briefs angewiesene Grentzen des Trift-Rasen keine Uebermasse, und also nichts, als was ihm angewiesen worden, an sich gezogen. Es werden auch Beklagtem die harte Anzüglichkeiten gegen unsere Regierung billig verwiesen, und er dabey angewiesen, sich dessen künftig bey Vermeidung härterer Ahndung gäntzlich zu enthalten. V. R. W.

Rationes dubitandi.

1 Es hat Beklagter vol. I. fol. 1. Klägere ex l. diffamari belanget, und wie diese der diffamation geständig gewesen, und so fort zu der Hauptsache sich gewendet, so ist dadurch das iudicium prouocationis præparatorium geendiget, und sind in der Hauptsache die prouocati Klägere geworden. Weilen nun Klägere über das in der diffamation enthaltene factum dem Beklagten den Eyd deferiret, und darauf fol. 127. vol. I. erkant ist, hat Beklagter davon Leuterung eingewandt. Ob nun wol Klägere vermeinen wollen, daß die Leuterung desert sey, indem solche den 1. Iun. 1733. übergeben, Beklagter aber binnen gehöriger Frist keinen terminum zu deren prosecution ausgebracht, und erst den 21. April 1734. der termin dazu anberahmet worden, Beklagter hingegen loco grauaminum angeführet, daß die Eydes-delation alhier nach Beschaffenheit der Sachen nicht statt finden könne, weil erstlich derselbe über ein factum turpe, daß Beklagter mehr, als ihm verkaufftet worden, an sich gezogen, schweren solle, so denen Rechten nach nicht erlaubet sey,

BERLICH. *P. I. concl. 21. n. 57.*

CARPZ. *P. I. c. 12. def. 31.*

3 2) alhier auch ein factum negatiuum vorkomme, über welches keine Eydes-delation statt finde, und ob ihm gleich 3) die Eydes-relation referiret, dennoch niemande de iure zugemuthet werden könne, seine existimation und guten Leumuth gehässigen Gemüthern zu überlassen, da er mit denen Klägern in einem iniurien-processe befangen sey; darneben aber 4) in dem Urthel das iuramentum malitiæ, und 5) die Gewissens-Vertretung ausgelassen worden, nach dem gemeinen Sachsen-Recht aber 6) die Eydes-delation in dergleichen diffamations-Processe nicht statt finde, vielmehr der prouocatus, wenn er der diffamation geständig, so fort zum Beweiß verbunden bleibe, wie denn

RICHTER *decis. 100. n. 57. sqq.*

den diffamations-proceß gantz eigentlich nach dem gemeinen Sachsen-Recht erleutert, und schlechter Dings auf den Beweiß gedrungen, dabey aber der Eydes-delation gar nicht gedacht, und ob wol in Churfächsischen ein anderes verordnet, dennoch solches ausser Churfachsen keinesweges angenommen werden könne, vornemlich aber 7) zu erwegen sey, daß das gedachte Urthel contra acta gefället, und in denen rat. decid. angeführet sey, daß die Grundstücke quæst. von denen Klägern ad certam mensuram verkauffet worden, so doch gegen das in vol. sub ⊙. fol. 12. lauffe, als worin enthalten, daß das verkaufte Stück Rasen, ohngefehr 4½ Acker und 11½ Ruthen in sich hielten, hiernechst auf Veranlassung des Raths von solchem quanto so viel abgestochen worden, daß niemand rechts-beständiger Weise zeigen könne, wie viel Beklagter an dem Trifft-Rasen itzo besitze, ausser dem auch 8) Beklagter andere Gärten und Wiesen von priuatis dazu gekauffet, mit welchen die Trifft-Rasen combiniret, solches alles mit ausgemessen, und nunmehr niemand wissen könne, wie viel iedes Stück in specie gehabt, und wenn sich gleich eine Uebermasse finden sollte, dennoch nicht folgen wolle, daß solche in dem verkauften Trifft-Rasen stecken müsse, da solche auch in dem von privatis erkauften Spick-Garten seyn könne, welche Klägern nichts angiengen, dieserwegen es 9) ohnmöglich sey, den Gehalt eines gewissen fundi per iuramentum anzugeben, welches die fol. 110. und 111. vol. 2. befindliche Urkunden erleuterten, dabey auch 10) gegen die Ausmessung selbst vieles vorgestellet, und da 11) Klägere vol. I. fol. 48. solche ad acta gebracht, und daraus per indirectum ihre intention behaupten wollten, es widerrechtlich sey, zugleich bey dergleichen documentis sich der Eydesdelation zu bedienen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch durch die vol. 2. fol. 66. ad acta gebrachte Schrifft dargethan, daß terminus zur prosecution zu rechter Zeit ausgebracht worden, mithin die exceptio desertionis hinweg fällt, und so viel des Beklagten gravamina betrifft, ad rat. primam irrig ist, daß keine Eydes-delation super facto turpi 6 statt finden solle, dessen Gegentheil aus denen Rechten bekant,

l. 9. §. 2. l. 28. §. 5. de iurei.

l. 52. §. 27. de furt.

STRYK. *in vsu modern. ad tit. de iurei. §. 29.*

nicht weniger bey der rat. secunda täglich geschiehet, daß super negatiuo facto Ede abgeleget werden, dagegen auch keine ratio iuris 7 im Wege stehet; und wegen der Eydes-relation in rat. tertia dem Beklagten frey stehet, sich

8 sich derselben nicht zu bedienen, als wozu derselbe nicht gezwungen wird, sondern es auf seine conuenienz lediglich ankommt, ob er lieber schweren als den Eyd referiren wolle; hiernechst, was in rat. quarta et quinta erinnert, solches durch das Urthel nicht ausgeschlossen, sondern weil es ohnedem iuris ist, sich solches von selbsten verstehet, gleichwol um allem Zweiffel abzuhelffen, die Erklärung darüber hinzugethan ist; übrigens quoad rat. sextam in iure Saxon. communi kein zureichender Grund zu befinden, warum über der Hauptsache von Klägern dem Beklagten der Eyd nicht deferiret werden solle, da überhaupt die prouocatio ex L. diffamari, nicht iuris Saxonici, qua talis, sondern iuris communis ist, ja auch
9 nach denen gemeinen Sächsischen proceß-reguln es nicht anders gehalten werden kan, weil finito iudicio prouocationis, die Hauptsache tractiret wird, und wenn die prouocati der diffamation nicht in Abrede seyn können, und sich so fort zur Hauptsache, wie hier geschehen, wenden, ihnen erlaubt bleiben muß, den Eyd über die Hauptsache zu deferiren, zumahl alhier keine ordentliche Klage in der Hauptsache übergeben, keine ordentliche litis contestation geschehen, sondern alles breui manu durch die vol. I. fol. 6. befindliche Schrifft zusammen genommen, und an statt des zustehenden Beweises die Eydes-delation geschehen ist, und ob wol nach dem iure Saxon. post litem contestatam keine Eydes-delation statt findet, dennoch solches, wo keine ordentliche litis contestation geschehen, nicht appliciret werden mag,
10 quin potius omnia vno contextu et breui manu facta esse censentur per delationem iuramenti statim factam,

LVDOV. *in proc. civ. c. 5. §. 23.* *Ad L. XII. T. II.*

welchem auch die doctrina RICHTERI nicht entgegen stehet, zumahl er nirgends die delationem iuramenti excludiret; übrigens ob wol, was in rat. septima, octaua et nona angeführet, einigermassen seinen Grund hat, und durch die geschehene Ausmessung die Uebermasse nicht herauszubringen ist, dennoch die unserem Urtheil angehängte declaration, so nöthig gewesen, allen Zweiffel aufhebet, da aus dem Kaufbrief zu ersehen, daß eines Theils nicht præcise eine gewisse mensura verkauffet sey, sondern nur demonstrationis gratia die ausge-11 druckte mensura angegeben worden, andern Theils nach dem Kaufbriefe dem Beklagten gewisse Grentzen angewiesen worden, und es lediglich darauf ankommt, ob er über dieselbe etwas an sich gezogen, und wenn er solches schweret, er wegen einiger Uebermasse nicht weiter zu behelligen ist, dahero was in rat. decima gegen die Ausmessung deduciret worden, überflüssig gewesen, wie denn auch Klägere quoad rat. vlt. ihren Beweiß in derselben nicht gegründet, sondern lediglich der iuramenti delationi inhæriret. Endlich sich nicht geziemet, gegen Hochfürstliche Regierung dergleichen harte Anzüglichkeiten, als vol. II. fol. 66. sqq. und fol. 157. sqq. befindlich, zu gebrauchen, welches billig zu ahnden gewesen.

So hat geschehener massen erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE SEPTEMBR. MDCCXXXIX.

DECISIO CCXXXIX.

THEMATA.

I. Iuramentum delatum ex iusta caussa revocari potest.

II. *An dominium per inspectionem ocularem probetur.*

SVMMARIA.

Probatione per iuramenti delationem semel electa ad aliam probationis speciem non conuolandum n. 1.

Dominium per inspectionem ocularem probari nequit n. 2.

Delatio iuramenti ex iusta caussa reuocari et ad inspectionem ocularem prouocari potest n. 3.

Per indirectum dominium ex inspectione oculari probari potest n. 4.

Als derselbe uns angebrachte Klage, geschehene Eydes-delation und Besichtigung, wie auch ferneres Verfahren, in Sachen des Richters G.H. Klägers an einem, S. P. Beklagten am *Bœhm. Conf. T. III. P. II.* andern Theil, in dem zurückkommenden vol. act. etc

Daß gestalten Sachen und Umständen nach, des Beklagten fol. 21. geschehene Vor-

Ad L. XII. T. II.

stellung und Suchen nicht statt finde, noch Beklagter zu dem ihm deferirten Eyde zu zulassen, sondern mit der eydlichen Bestärckung derer benden Zeugen Aussage gebührend zu verfahren, iedoch Beklagtem auch unbenommen bleibe, seine Gegenbescheinigung, wobey ihm die Eydes-delation und andere Rechts-Wohlthaten vorbehalten werden, binnen vier Wochen zu führen, worauf alsdenn in der Sache ergehet, was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter gegen die eydliche Bestärckung derer benden Zeugen Aussage angeführet, daß fol. 2. dem Kläger der Beweiß zuerkant sey, und dieser sich der Eydes-delation bedienet, welchen Eyd Beklagter acceptiret, auch terminus zu dessen Ablegung angesetzet sey. Und ob wol der ad iurandum angesetzt gewesene termin suspendiret und zuforderst die Besichtigung fol. 3. und 12. vorgenommen sey, und Kläger bey derselben und also in re præsenti zwey Zeugen produciret, die fol. 13. sqq. ihre
1 summarische deposition gethan, iedoch Kläger einmahl die delationem iuramenti als eine speciem probationis erwählet, solche vom Beklagten acceptiret worden, und Klägern nicht erlaubet sey, davon wieder ab- und ad aliam probationis speciem zu gehen, indem einmahl die Ablegung des Eydes Rechts-kräftig erkant worden, von welcher re iudicata kein Richter abzugehen bastand sey; bevorab da es hier auf die probationem dominii der fünf ausgerodeten Bäume ankomme, welches per ocularem inspectionem nicht erwiesen werden könne, quæ tantum in iis locum habet, quæ
2 in sensus incurrunt, hergegen in probando dominio nicht zureichen will,

RIVIN. *in enunc. iur. tit. 28. enunc. 3.*

darneben keine metus periurii hier zu besorgen, weil er die quæstionirten Bäume gesetzet, und das Graß unter denen Bäumen so viele Jahre genutzet, daß er die beste Wissenschaft davon haben könne. Uebrigens wenn die eydliche Bestärckung der Aussage der Zeugen statt finden sollte, es das Ansehen gewinnen will, als wenn Beklagter mit der Gegenbescheinigung, nachdem der Zeugen Aussage bereits bekant sind, nicht weiter statt finde.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch aus der fol. 3. befindlichen regiſtratur zu ersehen, daß Beklagter in termino ad iurandum præfixo nicht schweren wollen, sondern veranlasset, daß, weil Beklagter von Veränderung eines Steins gedacht, und gemeinet, daß solcher erst wieder an seinen vorigen Ort gesetzet werden müsse, ex officio auf die Besichtigung erkant, welche auch vorgenommen, fol. 12. Kläger seine Zeugen dabey mitgenommen, und in re præsenti ihre Aussage in Beklagtens Gegenwart thun lassen, und sich so wol aus der Aussage der Zeugen, als dem daraus genommenen Riß hervor gethan, daß Beklagter mit gutem Gewissen nicht schweren könne, sondern, daß dem situ nach, die ausgerodeten Bäume auf Klägers Grund und Boden gestanden, und also auch seine gewesen seyn 3
müssen, und wenn er solche gleich in solo alieno gepflantzet haben sollte, dennoch er daraus sich kein Eigenthum anmassen könne, so daß, wenn die beyden Zeugen ihre Aussage eydlich bestärcken werden, Kläger seine intention ohn Zweifel erreichen, solchergestalt aber Beklagter de periurio suspectus werden muß, und weil solches in continenti ex actis erhellet, die Eydes-Leistung nicht weiter statt finden kan, sondern denen Rechten nach die geschehene delatio reuociret werden mag,

l. f. C. de reb. cred.

de WERNHER *vol. VI. P. IX. obs. 147.*

auch nicht zu attendiren, daß durch die inspectionem ocularem das dominium directo nicht erwiesen werden könne, anerwogen kein Zweifel, daß solches per indirectum, fines agrorum propter dominium positos, demonstrando, geschehen könne, quia his per inspectionem ocularem ostensis et demonstratis dominium agri intra limites siti probatur, adeoque rei vindicatio in iudicio fi- 4
nium regundorum simul latitat.

l. 1. D. finium regund.

Uebrigens da die Sache summarisch tractiret, und von der fol. 3. erkanten Bescheinigung und Gegenbescheinigung, wie auch erfolgter Eydesdelation, man nunmehro wieder abgegangen, und Kläger in effectu die Bescheinigung per testes zu behaupten gedencket, auf das fol. 3. befindliche decret nicht weiter zu sehen, sondern wenn die summarische Aussage der Zeugen eydlich bestärcket werden wird, alsdann Beklagter mit seiner Gegenbescheinigung ex hoc nouo emergente zu hören ist, und die bereits geschehene summarische Aussage der Zeugen pro publicatione rotuli nicht gehalten werden, noch mit selbiger gleiche Kraft haben kan.

So sind wir geschehener massen zu erkennen, veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IAN. MDCCXLIV.

DECI-

DECISIO CCXL.

Ad L. XII. T. II.

THEMA.

Ex iusta cauſſa tutor iuramentum nomine pupilli acceptare tenetur.

SVMMARIA.

Ab interlocutoria appellari nequit n. 1.
Exceptio plurium intereſſentium ante L. C. excutienda n. 2.
Tutor pro pupillo iurare non tenetur n. 3.
Sed præſtatio iuramenti differtur ad annos pubertatis n. 4.
Ab interlocutoria mixta appellare licet n. 5.
Inter coheredes, vbi nomina ipſo iure diuiſa, excepto plurium intereſſentium ceſſat n. 6.
Sumtus funeris a quouis repeti poſſunt n. 7.
Tutori de credulitate iuramentum deferri poteſt n. 8.
Non ſemper expedit iuramentum vſque ad annos pubertatis protrahere n. 9.
Relatio iuramenti libera eſt n. 10.

Auf eingewandte Leuterung und erfolgte Geſetze in Sachen unſers Criminel-Raths G. als curatoris der K. Kinder Beklagten, und Leuteraten an einem, des Kaufmanns J. C. K. Klägers und Leuteraten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich, König in Preuſſen ꝛc. nach vorgehabten Rath unſerer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem fol. 8. b. befindlichen, den 29. May eröffneten Abſchiede billig verbleibet. Die fol. 39. liquidirte Advocaten-Gebühren werden auf 6 Thlr. 7 Gr. gemäßiget. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Leuterat der Leuterung exceptionem leuterationis inadmiſſibilis deswegen opponiret, weil ſolche von einem bloſſen interlocut interponiret, davon nach der Magdeburgiſchen Proceß-Ordnung ſonſten keine Leuterung zuläßlich; Leuterant aber loco grauaminum anführet, daß bereits auf die Eydes-acceptation, oder relation ſalua probatione pro exoneranda conſcientia in dem fol. 8. b. befindlichen Abſchiede geſprochen ſey, da er doch exceptionem plurium intereſſentium opponiret, welcher zuforderſt abgeholffen, und die Erkäntniß ſuper litis conteſtatione ſo lange ſuſpendiret werden müſſe, bis auch die übrigen nicht citirte litis conſortes geantwortet, zumahl der älteſte K. Sohn bereits maiorennis und abgefunden, und dahero beſonders ad hanc cauſam citiret werden müſſen, welches wegen der geſchehenen Eydes-delation und deſto nöthiger geweſen, als er nach deſſen exempel qua curator ſich richten, und wenn dieſer den Eyd acceptiret oder referiret, er alsdann ſeine meſures darnach nehmen können. Auſſerdem wegen der geforderten 12 Thlr. 12 Gr. 6 Pf. Leuterat ſelbſten angeführet, daß die Witwe die Waaren davor von ihm empfangen, welche doch ihre Stief-Mutter, ſie aber deren Erben nicht wären, bevorab da Leuterat verſionem in rem nicht dargethan, ihr auch nicht erlaubet geweſen, auf ihrer Stief-Kinder conto Schulden zu contrahiren. Endlich die Erkäntniß über die geſchehene Eydes-delation ihm um deſtomehr grauire, als er curator; kein Vormund aber ſchuldig ſey, den Eyd an ſtatt der pupillen zu acceptiren, 3

MEV. *P. VII. deciſ. 385.*

quin potius iuramenti præſtatio differenda ad annos plene pubertatis vel maiorennitatis.

RIVIN. *ad proc. Sax. tit. 18. enunc. 137.* 4

Dabey denn nicht zu conſideriren ſey, daß einem curatori gleichwol frey bleibe den Eyd zu referiren, zumahl, wo die Schuldigkeit zu acceptirung eines Eydes fehle, niemanden die relation aufgebürdet werden könne, welche ohnedem facultatis und nicht obligationis ſey, beſonders da er nicht wiſſen könne, was ſeine curanden adepta maiorennitate zu thun geſonnen, es dahero das Anſehen gewinnen will, als wenn der ertheilte Abſchied reformiret werden müſſen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch der Abſchied, wovon Leuterung interponiret, würcklich vim definitivæ hat, und ſo beſchaffen iſt, daß die künftige definitiua daraus erfolgen wird, welche eine Leuterung bekantermaſſen zuläſſet. Und ſo viel die angeführte grauamina betrifft, über die 5

Add. XII. T. II.

euentualiter geschehene litis contestion wohl erkant werden mögen, nachdem wegen des ältesten K. Sohns erkant worden, daß die Klage gegen Leuteranten, als curatorem, nicht statt finde, welches auch wohl geschehen mögen, weil die debita inter plures coheredes ipso iure
6 diuisa sind, und dahero ein ieder pro rata auch belanget werden kan, Leuterat also wegen der geschehenen Eydes-relation nicht schuldig gewesen, den ältesten Sohn zuforderst mit adcitiren zu lassen, zumahl ohne dessen concurrens er sich dieserwegen zur Gnüge erklären kan, und auf dessen resolution nicht warten darf. Hiernechst wegen der geforderten 12 Thlr. 12 Gr. 6 Pf. vor Flenel und Boye, welche geheuret worden, es keiner probatione versionis bedarf, da solcher zu nichts anders als zur Begräbniß und Trauer geheuret worden, dieserwegen ad sumtus funebres gehören, und Leu-
7 terant zu deren Abtragung verbunden, zumahl auch ein ieder extraneus solche zu fordern berechtiget, ja wann auch der Leuterantischen curanden Stiefmutter hierin excediret haben solte, solches mit derselben auszumachen seyn wird, als welche davor stehen muß, da sie die Begräbniß ihres Mannes besorget, und zu dem Ende diese geringe Schuld contrahiret. Endlich die geschehene Eydes-delation um desswegen von Leuteranten als curatore recusiret werden mag, da der Eyd in dessen Wissenschaft und Wohlbewust mit deferiret worden, dergleichen delatio iuramenti de credulitate ei- 8
nem curatori wohl geschehen mag, bevorab da ein solcher proceß über geringe Posten sehr lange hin gehalten werden würde, wenn die Erklärung über den deferirten Eyd bis ad annos 9
maiorennitatis verschoben werden solte,

BERGER *in elect. discept. for. tit. 18. obs. 4. not. 3.*

HORN. *Class. VII. sent. 21.*

daneben Leuterant aus denen scripturen des verstorbenen Vaters der K. Kinder, oder sonsten Nachricht von dieser Schuld eingezogen haben 10
kan, ihm auch die relatio iuramenti frey bleibet, wenn er zu schweren bedencklich halten solte, hierüber er wegen seiner pupillen genugsam künftig bedecket ist, wenn er nach dem ertheilten Abschiede seine Erklärung thut, wie dann er bereits von seiner Seite alles gethan, was wegen declinirung dieses Eydes geschehen mögen, ob er wol darin nicht reussiret, gleichwol er wegen dieses puncts probabilem leuterandi causam gehabt hat, so, daß die Unkosten tacite übergangen werden müssen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXLV.

DECISIO CCXLI.

THEMA.

Delati iuramenti effectus est compensatio expensarum.

Vid. Tom. IV. Decis. DCLVI. Them. 2.

DECISIO CCXLII.

THEMA.

Iuramentum relatum an ab omnibus litis consortibus præstandum sit?

SVMMARIA.

Prorogatio ante lapsum terminum non impetrata n. 1.
Nullius effectus est n. 2.
Copiæ non recognoscendæ n. 3.
Vnus ex pluribus litis consortibus nomine omnium iurat n. 4.
Delatio in dubio concessa esse videtur n. 5.
Copiæ a secretario ex registraturis confectæ plenam fidem habent n. 6.
Iuramentum a pluribus delatum omnibus referri potest n. 7.

Als

Auf angetretene Bescheinigung und Gegenbescheinigung, in Sachen des Pacht-Beckers zu B. G. F. S. B. Imploranten an einem, Anwalds W. E. F. von J. und Cons. Imploratens am andern, und des J. Pachters C. F. S. Mit-Imploratens am dritten Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Ernst Auguſt, Hertzog zu Sachſen ꝛc. auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß Mit-Implorat ſich an der ihm nachgelaſſenen und angetretenen Bescheinigung noch nicht verſäumet, und haben übrigens Imploraten die producirte documenta ſub A et B, Mit-Implorat aber die reproducirte ſub ☉, ☽ und ♂ zur Nothdurft recognoſciret, dawider beyden ihre habende und reſeruirte exceptiones auszuführen unbenommen bleiben. Weil auch Mit-Implorat ſich auf den vierdten und ſiebenzehenden reproductions-articul eingelaſſen, und derſelben nicht geſtändig, auf ſolchen Fall aber ihm der Eyd darüber deferiret, von dieſem aber ſolcher denen Imploraten referiret, ſo ſind Imploraten den ihnen über den vierten und ſiebenzehenden reproductions-articul referirten Eyd, nebſt dem Eyde vor Gefehrde abzuſtatten ſchuldig, und hat dabey das vol. III. fol. 25. befindliche Suchen geſtalten Sachen und Umſtänden nach, nicht ſtatt. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) Mit-Imploraten opponiret iſt, daß er ſich an der ihm nachgelaſſenen Bescheinigung verſäumet, indem das fatale demonſtrationis den 14. Nov. a. p. zu Ende gelauffen, er aber binnen ſolcher Zeit keine delation ausgebracht und erhalten, ob er wol ſolche vol. II. fol. 1. gebethen, zumahl in der Churfl. Proceß Ordn. *tit. 20. §. 5.* expreſſe verſehen, daß die gebethene prorogation vor Verflieſung des termini probatorii ausgebracht, und fleißig zu denen Acten verzeichnet werden ſolle, ſo doch nicht geſchehen, mithin die deſertion klar ſey,

1 WERNHER *P. II. obſ. 405.*
RIVIN. *in ennnc. tit. XX. enunc. 87.*

allenfalls aber 2) wenn die deſertion nicht ſtatt finden ſollte, Implorat vermeinet, daß er das ſub B producirte documentum zu recognoſciren nicht ſchuldig geweſen, weil ſolches vol. I. fol. 20. nur eine Abſchrifft und kein original ſey, niemand aber bloſſe copias, ohngeachtet ſie ad acta gebracht, recognoſciren dürffe, quod vi probandi deſtituantur, adeoque recognitio earundem fruſtranea ſit:

l. 2. D. de fid. inſtrum.

2 und ſo viel 3) die Gegenbescheinigung betrifft, zwar über den vierten und ſiebenzehenden articul der Eyd deferiret, und delatum von Mit-Imploraten referiret worden, dennoch bey dem ſiebenzehenden articul um deswillen die relation nicht ſtatt finden möchte, weil ſolches des Mit-Imploratens eigenes factum betrifft, quo 3 caſu iuramenti relatio ceſſat;

CARPZ. *in proc. tit. II. art. 4. n. 35. ſqq.*

allenfalls aber 4) von denen Imploraten der Hauptmann E. A. F. von J. ſich offeriret, über beyde articul den referirten Eyd abzuſchweren, weil er die alleinige Wiſſenſchafft davon habe, und es wol angehen möchte, daß einer ex pluribus litis conſortibus allein den Eyd ab- 4 lege.

MEV. *P. I. dec. 237.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) aus dem vol. II. fol. 1. erhellet, daß Mit-Implorat debito tempore die prorogationem termini probatorii geſuchet, und ſolches memorial würcklich durch die Verordnung: ponatur ad acta, ad acta genommen, mithin tacite die gebethene prorogation ertheilet iſt, quæ etiam in dubio 5 cenſetur conceſſa, ſi haud reiecta eſt,

MEV. *P. V. dec. 161.*

und was dagegen aus der Churſächſ. Proceß-Ordnung angeführet iſt, eines Theils hier nicht ermangelt, da durch die Worte: ponatur ad acta, quæ cum effectu intelligenda, nec otioſa cenſenda, die conceſſion implicite zu denen Acten verzeichnet iſt, auch ſonſten auf das Chur-Sächſiſche Recht hier ſo ſtricte nicht zu ſehen, andern Theils bey der anderweit geſuchten und erhaltenen prorogation, in der darüber fol. 3. vol. II. ausgefertigten Verordnung ſolches ipſo facto durch folgende clauſul agnoſciret iſt:

Daß ihm annoch eine Sächſiſche Friſt, nach Ablauf der vorigen, Krafft dieſes verſtattet worden.

zumahl, weil hier diſertis verbis der vorigen Friſt gedacht worden, von ſelbſten daraus folget, daß die prorogatio ihm accordiret ſeyn müſſe, zugeſchweigen, daß in dubio contra lapſum fatalis probandi zu ſprechen ſey, dahero ad 2) Implorat wohl gethan, daß er ſich zur recognition der documentorum ſub A et B angeſchickt, wie denn auch dasjenige, was gegen das documentum ſub B angeführet, von keiner Erheblichkeit iſt, angeſehen ſolches zwar eine copia regiſtraturæ iudicialis iſt, ſolche dennoch bey der Imploraten eigenen Gerichten ausgefertiget, und von der daſelbſten gehaltenen regiſtratur genommen iſt, daherd ſie deſſelben fidem nicht anfechten können, cum exempla a iudice vel ſecretario iudicii, coram quo regiſtratura confecta, ab ea deſumta plenam fidem habeant:

de BERGER *in oecon. iur. lib. IV. tit. 24.* 6
§. 7. not. 2.

Fer-

Ad L. XII. T. II. Ferner ad 3) beym Gegenbeweise die Eydesrelation über den vierten und siebenzehenden articul aller Dingen statt findet, da die Imploraten von dem facto bey dem vierten articul die beste Wissenschaft haben müssen, der art. 17. auch ebenfalls ein negotium commune betrifft, davon nicht allein der Mit-Implorat, sondern auch Imploraten selbsten Nachricht haben müssen, weil die Vorschlagung eines neuen Beckers von Mit-Imploraten an ihnen, denen Imploraten, geschehen seyn soll, dahero ob solches geschehen, ihnen ebenfalls bekant seyn muß, übrigens weil ad 4) die Imploraten den Eyd deferiret, ihnen also auch derselbe dergestalt referiret werden können, daß sie alle solchen ablegen müssen, cum iuramentum ita præstandum, vti relatum est, zumahl wenn der Herr Hauptmann von G. allein schweren solte, derselbe von denen litis consortibus ein speciale mandatum haben müste, da doch dergleichen iuramentum per procuratorem nicht præstiret werden können. 7

So ist, geschehener massen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXXXIX.

DECISIO CCXLIII.

THEMA.

In causis stipendia concernentibus magistratus ex officio ad iuramentum manifestationis tenetur.

SVMMARIA.

Magistratus, cuius non interest, quatenus propter acta amissa iuramentum manifestationis præstare debeat n. 1.
Stipendia piis causis accensentur n. 2.
Pro eorum conservatione iudex ecclesiasticus ex officio sollicitus esse debet n. 3.
Cui præsumtio notitiæ actorum resistit, iuramentum manifestationis præstat n. 4.
Annotatio priuata magistratus non probat n. 5.
Advocatus causæ ob acta amissa iuramentum manifestationis præstet n. 6.
Nec non is, cuius propter causam specialiter interest n. 7.

Als die Herren uns ferneres Vorbringen und erfolgte Gesetze, in Sachen J. F. W. Imploranten an einem, Doct. C. G. W. Imploraten am andern, J. A. O. J. C. S. und C. F. W. Intervenienten am dritten, vierten und fünften Theil zugeschicket ꝛc.

Daß alles Einwendens ohngehindert, so wol Burgermeistere und Rath zu F. als der advocat Lic. K. und der Implorat Doct. C. G. W. den von ihnen geforderten manifestations-Eyd abzulegen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem fol. 51. erkant worden, daß das R. testament in forma probante zu denen acten zu bringen sey, so in denen, das R. Stipendium betreffenden actis anzutreffen, solche acta aber sich bishero nicht finden wollen, so ist von denen Regierungs-Bedienten, auch von einigen andern fol. 68. der manifestations-Eyd abgeleget, dennoch von Implorato, dem Rath zu F. und dem advocat Lic. K. dagegen unterschiedliches eingewendet. Ob nun wol der Rath zu F. allegiret, daß ihn die Sache nichts angehe, auch die præsumtion vor ihn sey, daß, wenn die acta in dessen repositur wären, er solche ohne Widerrede einschicken würde, und ob sie wol vormahls da gewesen, dennoch aus der fol. 67. befindlichen Nachricht des Stadt-Schreibers wahrzunehmen, daß in an. 1708. den 11. Octob. solche auf die Regierung geholet worden, deren remission aber so wenig præsumirlich, als erwiesen sey; ferner der advocat Lic. K. fol. 69. allerhand erhebliche Ursachen gegen die Ablegung angebracht, die auch der Implorant übergangen, und nichts dagegen opponiret, daher es scheinen will, als ob derselbe tacite tosgesprochen worden. Endlich der collator dieses Stipendii Doct. C. G. W. sich damit entschuldiget, daß ihm als collatori am meisten an diesen actis gelegen, und bey der collatur vieles daraus zu nehmen sey, also am wenigsten præsumirlich zu achten, daß er die acta unterschlagen werde, als welches zu seinem offenbahren Schaden gereichen würde. 1

Ratio-

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch dergleichen Stifftung
2 eines Stipendii denen legatis ad pias causas gleich gehalten wird,

CARPZ. *lib. 2. iurispr. conf. def. 328. n. 15. sq.*

FRITSCH. *de Stipend. c. 12. n. 2.*

dergleichen causæ aber wie publicæ et communes tractiret werden müssen, dergestalt,
3 daß ein magistratus ecclesiasticus vor deren conseruation ex officio besorget seyn muß;

l. 28. l. 49. C. de episc. et cler. N. 131. c. 11.

LAVTERB. *de execut. vlt. vol. c. 9. n. 167.*

dahero dann eben so viel in præsenti casu an dem R. Testament, worin das Stipendium gestiftet, als denen darüber geführten actis, worin das Testament befindlich, gelegen, zumahl ohne diese acten und Testament man in denen vorfallenden Streitigkeiten nicht heraus kommen wird, noch die conseruation des Stipendii besorgen können, bey welcher Beschaffenheit dann sich niemand entbrechen muß, den
4 manifestations-Eyd abzulegen, bey welchem etwa nur einiger Verdacht, daß er Wissenschafft von denen acten haben möchte, sich hervorthut, mithin auch die in dem Urthel designirte Personen sich davon nicht los machen können, allermassen der F. Rath nicht leugnen kan, daß diese acta vormahls in der Rathhausischen repositur gewesen, und, non obstante schedula fol. 67. adducta, wol dahin wieder remittiret seyn können, wiewol auch diese privat-annotation wenig beweiset. *Ad L. XII. T. II.*

l. 7. C. de probat. 5

Hiernechst obgleich gegen des advocat Lic. K. Vorstellung niemand was opponiret, dennoch genug ist, daß fol. 69. solches zu rechtlicher Erkäntniß ausgesetzet, und so wol denen partibus, als denen advocatis der Eyd abgefordert, er aber nicht leugnen können, daß er advocando denen Partheyen gedienet, ob er wol in hac 6
causa stipendii niemand bedienet gewesen seyn will, zumahl dennoch incidenter, oder ob connexitatem aliarum causarum die inspectio dieser acten nöthig gewesen seyn kan, wovon auch er ziemliche Nachricht gehabt haben muß, weil er in seinem Schreiben fol. 69. n. 6. einen besondern Umstand von diesen actis anführet, auch keine Ursache ist, dieses Eydes sich zu entlästigen, dabey das publicum interessiret ist, und durch dessen Weigerung der Verdacht vermehret wird. Endlich Doct. C. G. W. als collator am meisten diese acta gebrauchet, und dahero muthmaßlich davon vor andern Nachricht haben muß, sich also um desto 7
weniger dabey excusiren kan, zumahl die angeführte Ursache nicht zulanget, die Nothwendigkeit, diesen Eyd abzulegen, abzukehren, da er auch wol Vortheil aus occultirung der acten haben könte, als er Schaden daraus zu nehmen vermeinet.

So ist, wie geschehen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVG. MDCCXXXIII.

RESPONSVM CCXLIV.

THEMA.

De iuramento manifestationis a defuncti vidua præstando.

Vid. T. IV. Resp. DVII. Them. 5.

DECISIO CCXLV.

THEMA.

Iudex contra matrimonium iuramentum legale iniungere potest.

Vid. T. IV. Decis. CXXXIV. Them. 2.

Ad L. XII. T. II.

RESPONSVM CCXLVI.

THEMA.

Iuramentum suppletorium locum habet, si ad dissolvendum matrimonium dolo initum agatur.

Vid. T. IV. Resp. CCCCXXVIII. Them. 4.

DECISIO CCXLVII.

THEMATA.

I. Infames et de periurio suspecti ad iuramentum suppletorium admitti nequeunt.

II. Iudæus facilius contra christianum, quoties hic suppletorium præstare nequit, ad purgatorium admittitur.

SVMMARIA.

Status causæ formatur n. 1.
Iudæi ad iurandum faciles n. 2.
Quod ex principiis religionis iudaicæ probatur n. 3.
Iudæi christianis infensi n. 4.
Imprimis conuersis n. 5.
Iudex verosimiliter peieraturo iuramentum non defert n. 6.
Reus excipiendo fit actor n. 7.
Ad iuramentum suppletorium non, nisi fidei dignus admittendus n. 8.
Haud vero infamis ibid.
Variæ sollemnitates ad periurium præcauendum requiruntur, quoties a iudæo iuramentum exigitur n. 9.
Iudæus ad suppletorium contra christianum difficilius admittitur n. 10.
Facilius ad purgatorium n. 11.
Purgatorium maiorem favorem, quam suppletorium habet ibid.
Confessio qualificata scindi non debet n. 12.

Als dieselbe uns gesuchte revision und erfolgte Gesetze in Sachen F. A. B. Klägers an einem, und der jüdischen Baumeister und Einnehmer daselbsten, Beklagten am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Daß es der gesuchten revision ohngehindert bey dem am 22. Nov. 1734. eröffneten und n. act. 26. befindlichen Urtheil billig verbleibet, Kläger auch die expensas retardati processus, nach deren vorgehenden liquidation und erfolgter Mäßigung Beklagten zu erstatten schuldig, nicht weniger beyderseits advocati, und zwar des Klägers in 10 Thlr. des Beklagten aber in 5 Thlr. Straffe wegen der unzulässigen, ehrenrührigen Schreibart zu nehmen, nebst der Verwarnung, daß bey dessen fernerer continuirung härtere Ahndung erfolgen solle. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es hat Kläger, ein conuersus iudæus, in seiner Klage angegeben, daß, weil er vor 28. Jahren 3300 fl. schuldig gewesen, er, um seine creditores zu befriedigen, sein Haus und Sessel in der Schul verkauffen, und, wie in solchem Fall unter denen Juden daselbst Manier ist, dem Einnehmer 400 fl. gegen 4 pro Cent zur Versicherung einlegen müssen, welche er nunmehro, da er zum Christenthum getreten, wieder gefordert; und als Beklagter die Einlage geleugnet, und auf dessen Beweiß erkant worden, Kläger solchen angetreten, gleichwol, weil derselbe wenig erwiesen, n. act. 29. dem Beklagten das iuramentum purgatorium zuerkant ist, von

von welchem Urthel Kläger revision gesuchet. Ob nun wol derselbe loco grauaminum anführet, 1) daß solcher Eyd denen Beklagten nicht wol deferiret werden können, indem sie gleich anfangs ihn calumnioſe umgetrieben, ohngeachtet sie das iuramentum abgeschworen, sonsten aber 2) bekant sey, daß die Juden zum Schweren sehr faciles wären, und sich
2 nicht leicht ein Exempel finden würde, daß, wenn einem Juden ein Eyd deferiret worden, derselbe solchen nicht abgeschworen haben solte, so, daß der metus periurii niemahls ceſſire, bevorab da sie 3) vermeinen sollen, daß kein so schwerer Eyd ihnen auferleget werden könte, welchen, ob sie gleich falsch schweren sollten, ihre Rabbiner nicht vergeben, zu dem der un-
3 ter ihnen so sehr bekante Versöhnungs-Tag alle Sünden wegnehmen, und alles wieder gut machen könte; am allerwenigsten aber 4) denen Beklagten gegen einen Christen der Eyd deferiret werden sollen, anerwogen sie davor halten sollen, daß der Christen Güther ihnen
4 gehören, dahero ihnen erlaubet sey, durch allerley Ränke und List solche an sich zu bringen, um deſtomehr alſo eines Christen Forderung abzuschweren; die gröſſeste Schwürigkeit
5 aber 5) sich noch dabey hervor thue, daß Kläger ein bekehrter Jude sey, gegen welchen die Juden einen solchen Haß hegen, daß sie sich kein Gewissen machen werden, ihn um das Seinige zu bringen, aus welchem allen denn erfolgen möchte, daß, weil Beklagte ſuſpecti de periurio sind, das purgatorium ihnen nicht deferiret werden können, homicidii enim reus dicitur iudex, qui verosimiliter pe-
6 ieraturo iuramentum defert

BORCHOLT *de iurei. c. 6. n. 11.*

adeoque merito audiendus, qui metum periurii allegat,

MEV. *P. V. decis. 95.*

hiernächſt 6) um deſto weniger hier der Eyd statt finden möchte, da der Kläger das Geſtändniß der Juden in actis vor sich habe, daß, wenn ein Jude Hauß und Seſſel verkaufft, und keine andere immobilia dagegen anſchaffet, derſelbe 3, 4 und mehr hundert Gülden zur Sicherheit denen Baumeiſtern zahlen müſſe, in facto auch richtig, daß Kläger Hauß und Seſſel vor vielen Jahren verkaufft, woraus dann per neceſſariam conſequentiam erfolgen möchte, daß er ebenfalls Iudæorum more ein gewiſſes Geld eingeleget haben müſte, alenfalls aber 7) ihnen obgelegen, ihre exception, daß solches nicht bey allen Juden statt finden könne, und alsdann ceſſiren müſſe, wenn von denen Kauf-Geldern nichts übrig bliebe, zu
7 erweiſen, und darzuthun, daß bey dem Verkauff nichts übrig geblieben sey, cum reus excipiens actor fiat, et ſic probare debeat, endlich 8) der Beweiß von Seiten des Klägers um deſto schwerer geweſen, weil die Juden über die eingelegte Gelder niemahls einen Schein ausſtellen, und wenn daher ein Jude zum Chriſtenthum treten ſollte, ſie ihm alleyeit die Einlage ableugnen, worin kein geringer dolus ſtecken will, letztlich 9) Klägers Aduocat wegen der anzüglichen Redens-Arten ſich damit excuſiren will, daß, wenn einige harte Reden unterlauffen seyn ſollten, er ſolche nach seinem Amt und facerdotio iuſtitiæ zu thun verpflichtet geweſen. *Aal. XII. T. II.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch das gantze Abſehen des Klägers dahin gehet, daß er zum iuramento ſuppletorio über ſeine prætenſion gelaſſen werden möchte, dazu er doch noch weniger gelaſſen werden kan, da eines Theils aus der Beylage ſub n. 48. ſich hervor thut, daß er eines groſſen Betrugs ſich ſchuldig gemachet, und deswegen die Stadt zu räumen condemniret worden, dadurch aber zu Ablegung eines ſolchen Eydes ſich gantz incapable gemachet, cum ad huius iuramenti præſtationem nemo, niſi fide dignus admittatur inſpectis
8 perſonarum et cauſæ circumſtantiis

c. f. X. de iurei.

adeoque infames et de periurio ſuſpecti ad hoc iuramentum non admittendi;

CARPZ. *P. I. c. 23. def. 10.*

andern Theils Kläger auch nicht einſten einen halben Beweiß vor ſich hat, da er n. act. 13. ex confeſſione aduerſariorum den Beweiß zu führen intendiret, und zu dem Ende den Beklagten gewiſſe Fragen vorgeleget; die darüber n. act. 15. gethane Erklärung aber nicht ſo beſchaffen, daß daraus eine confeſſio pura et ſimpiex geſchloſſen werden kan, wie bey Erläuterung der rationum dubitandi ſofort zu zeigen iſt, angeſehen die drey erſten rationes dahin rouliren, daß, wenn ſolche ihre Richtigkeit hätten, die Juden zu keinem Eyd jemahls in Gerichten zugelaſſen werden könten, deſſen Gegentheil doch die Reichs-Geſetze darthun, und um allen Verdacht eines Meineydes zu præcauiren, viele beſondere Solennitäten und Warnungen vor der ſchweren Strafe des Meineydes bey Ablegung eines Juden-Eydes eingeführet, hiernächſt quoad rat. 4tam et 5tam zwar andem iſt, daß nicht leicht einem Juden gegen einen Chriſten zu ſchweren erlaubet ſey, quin potius magis eo caſu chriſtianus contra iudæum admittendus eſt, 9

CARPZ. *P. I. c. 23. def. 7. n. 8.*

dennoch ſolches eines Theils von dem Juramento ſuppletorio anzunehmen, 10

CARPZ. *cit. def. 7. in f.*

ZIEGLER *de iur. iudæor. c. 5. §. 12.*

andern Theils aber von dem Fall zu verſtehen, wenn ſonſten keine inhabilitas ad iurandum bey dem Chriſten ſich befindet, dergleichen gleich-

Bæhm. Conſ. T. III. P. II.

Ad L. XII. T. II.

wol hier bey dem Kläger vorhanden, ausser dem aber es eine gantz andere Beschaffenheit mit dem iuramento purgatorio hat, quod facilius admitti potest, quam suppletorium, cum ad defensionem rei tendat

11 *c. vlt. X. de iurei.*

vnde etiam iudæo contra christianum deferri potest, si hic nequidem semiplene probauit,

BÖHMER *tom. I. iur. eccl. tit. de iurei. §. 79.*

und so viel die rat. 6tam betrifft, des Klägers gantzes Heil auf die vermeintliche confessionem reorum ankommt, da doch n. act. 15. keine confessio pura, sed qualificata vorkommt, quæ scindi non debet, sed vel tota

12 acceptanda vel tota reiicienda

LAVTERBACH *de confess. §. 55.*

FRANZK. *lib. 2. ref. 20. n. 11.*

FABER *in C. lib. 7. tit. 24. def. 1.*

dieserwegen mehr pro negatione als confessione anzunehmen, keinesweges aber quoad rat. 7mam eine exception daraus zu erzwingen, dessen Beweiß denen Beklagten obliegen möchte, da vielmehr Kläger zu erweisen schuldig gewesen, daß bey Verkaufung seines Hauses ihm so viel nach Bezahlung seiner Schulden, weswegen er das Hauß verkauffen müssen, übrig geblieben, daß er ein gewisses Capital bey denen Vorstehern einlegen können, als worauf alles ankommt, so er aber nicht gethan, hierüber bey der rat. 8va ihm obgelegen, in Ermangelung eines Scheins die Gelder in Gegenwart gewisser Zeugen einzulegen, oder sich sonsten zu prospiciren, worzu ihm die Gelegenheit in einer Christlichen Republic nicht ermangelt, endlich die groben Anzüglichkeiten, so Klägers Aduocat in actis gegen seine Pflicht ausgestossen, gar zu enorm sind, daß solche ungestraffet nicht hingehen können, dabey denn auch derer Beklagten Aduocat sich besser moderiren sollen, obwol jener ihm dazu Gelegenheit gegeben.

So ist, geschehener massen, erkant worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MARTIO MDCCXXXVI.

DECISIO CCXLVIII.

THEMA.

Si ob defectum probationis vel qualitatem personæ suppletorium locum non habet, aduersarius ad purgatorium admittitur.

SVMMARIA.

Status causæ n. 1.
Testimonium in officio publico constituti hominis semiplene probat n. 2.
Testis varians parum probat n. 3.
Suspecto etiam ex officio purgatorium iniungi potest n. 4.
Si aliquid semiplenæ probationi deest, purgatorium iuramentum locum habet n. 5.
Iudæus contra christianum testis est suspectus n. 6.
In dubio iudæus actor non ad suppletorium, sed reus christianus ad purgatorium admittendus n. 7.

Auf geführte anderweitige Bescheinigung und erfolgtes Verfahren in Sachen des Kaufmanns P. C. Klägern an einem, und des Hof-Judens I. I. Beklagten am andern Theil, erkennen Gräfliche Lippische zur Regierungs-Cantzley verordnete Præsident und Räthe nach eingeholtem Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß gestalten Sachen und Umständen nach Kläger sich vermittels Eydes zu reinigen, und daß er nicht anders wisse, sondern glaube, und fest dafür halte, daß die eingeklagte 300. Thlr. von dem Beklagten an seinen verstorbenen Cameraden D. nicht gezahlet worden, zu schweren schuldig; worauf alsdenn, und wenn solches geschehen, Beklagter schlechterdings dem vorigen Urthel gemäß, sowol das Capital als die Zinsen a tempore moræ zu bezahlen pflichtig sey. V. R. W.

Ratio-

Rationes dubitandi.

1 Als in dem n. 58. act. befindlichen Urthel Beklagtem ein anderweitiger besserer Beweiß auferleget worden, daß er die guldene Uhr nebst andern Waaren, so er vor den Herrn von Danckelmann vor 300. Thlr. erhandelt, würcklich an den Verkäufer D. bezahlet; so hat er solchen auch übernommen, und zu dem Ende den Herrn von D. über sein der geschehenen Bezahlung halber ausgestelltes und bereits ad acta gegebenes attestatum eydlich vernehmen, und dasselbe gleichfalls eydlich bestärcken lassen. Ob es nun wohl scheinen mögte, daß durch die eydliche Bestätigung des besagten attestati nunmehro die Extraiudicial Confession des Verkäufers D. wegen der von Beklagtem empfangenen Bezahlung der libellirten 300. Thlr. wenigstens semiplene erwiesen worden sey, immassen da das testimonium von einem in ansehnlichen Bedienungen stehenden Mann ausgestellet worden, solches pro omni excepti-
2 one maiori zu halten, quod semiplene ad minimum probat,

STRYK *de probat. semiplena c. 2.*

ENGELBRECHT *ad tit. D. de probat. §. 12.*

und daher, obgleich Beklagter den bessern Beweiß nicht vollkommen gefähret, und dadurch die solution dargethan, dennoch solches nicht eben nöthig gewesen, da er so viel wenigstens seinen vorigen Beweiß gebessert, daß er nicht unbillig ad iuramentum suppletorium gelassen werden mögte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) bey dem ausgestellten attestato sich noch unterschiedene Zweifel
3 hervor thun, immassen der Herr von D. in der eydlichen Aussage, ad art. 3. et 4. n. 72. act. sich wegen der Länge der Zeit weder zu erinnern gewust, daß der Frantzösische Kauffmann, welcher ihn in weissen Schwan rencontriret, zu ihm gesaget, daß der Jude l. das Geld vor die goldene Uhr und Kette bezahlet, noch auch daß besagter Kaufmann ihm einige Spanische Pistolen vorgezeiget, so er von dem Juden erhalten; da doch der Herr von D. dieses alles vor etlichen Jahren schrifftlich attestiret, und da ihm nach geschehener eydlichen Aussage diß attestatum wieder vorgeleget worden, er auch solches vor das seinige agnosciret, und auch den Inhalt desselben, weil ihm solcher vor etlichen Jahren noch im frischen Andencken gewesen, so ihm aber jetzt entfallen, bey seinem Zeugen-Eyd bekräfftiget, so beydes mit einander nicht wohl harmoniret, vielmehr durch dergleichen unbeständiges Zeugniß und zweiffelhaffte Aussage der Zuverläßigkeit des testimonii ein nicht geringes abgehet, cum testis variansparum fidei faciat, *Ad L. XII. T. II.*

c. 9. X. de probat.

c. 14. X. de præsumt.

und obwol 2) dies attestatum dieserhalb noch nicht gantz zu verwerffen, in Ansehung, daß es durch den Eyd doch bestätiget, und von einem in Amt und publiquen Affairen stehenden Mann ausgestellt worden, es jedoch nur einen geringen Verdacht gegen Klägern erwecket, da diesem ohngeachtet wahr bleibt, daß die confession des verstorbenen D. wie in rationibus des vorigen Urthels dargethan, wenn sie gleich geschehen seyn solte, nicht genugsam qualificiret sey, die solutionem daraus semiplene darzuthun, also nichts mehr übrig ist, als daß Kläger allen etwan noch übrigen Verdacht, gestalten Umständen nach, durch den Reinigungs-Eyd elidire, cum iuramentum purgatorium ei, qui suspicionibus grauatus est, 4
ex officio sit deferendum,

c. 8. 10. X. de purgat. canon.

MEVIVS *P. VII. dec. 227.*

CARPZOV. *P. I. c. 22. def. 15.*

zumalen da 3) auch sonst, wenn etwas an der 5
semiplena probatione ermangelt, demjenigen, gegen den der Beweiß geführet, das iuramentum purgatorium mit Bestand Rechtens iniungirt zu werden pfleget; nicht zu gedencken, 4) daß daselbst die Rechte das Zeugniß eines Judens gegen einen Christen vor su- 6
spect halten,

l. 21. C. de hæretic. ibique BRVNEM. *n. 3.*

c. 24. qu. 7. C. 2.

c. 21. X. de testibus

in dubio ein Jude gegen einen Christen nicht 7
wol ad suppletorium gelassen werden kan, sondern der Christ vielmehr in solchem Fall mit dem purgatorio beleget werden muß:

CARPZOV *P. I. c. 23. def. 7. 8.*

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE AVG. MDCCXXXVI.

Ad L. XII. I. II.,

DECISIO CCXLIX.

THEMA.

Iudæo in cauſſa ſtupri purgatorium impoſitum.

SVMMARIA.

Crimen de ſe confeſſa ſtupratorem grauare nequit n. 1.

In ſtupro aliisque criminibus occultis ſufficiunt indicia ad eruendam veritatem n. 2.

Varia ſuſpectæ conuerſationis argumenta n. 3.

Præcautiones circa iuramentum a iudæo præſtandum n. 4.

Contemtus iudicis merito vindicandus n. 5.

Als dieſelbe uns angebrachte Rüge, gehaltene Regiſtraturen, daraus verfaſſete Articul, N. C. darauf erſtattete Antwort, einiger Zeugen Ausſage, und erfolgte confrontationes in Sachen in des daſigen Schutz-Judens L. L. Tochter Z. wider des daſigen Schutz-Judens Doct. D. C. Sohn N. in denen zurück kommenden vol. act. etc.

Daß der inculpat N. C. ſich vermittels ſeines leiblichen Eydes, wobey nach Beſchaffenheit der Sache alle Behutſamkeit und nöthige Sorgfalt zu gebrauchen, zu reinigen, und daß er mit Z. des L. L. Tochter ſich fleiſchlich nicht vermiſchet, noch mit ihr Unzucht getrieben, zu ſchweren ſchuldig, und wenn er ſolchen Eyd abgeleget, alsdann zwar gegen ihn nichts weiter vorzunehmen, iedoch die Inquiſitions-Gebühren, nach deren vorgehender liquidation und erfolgter Mäßigung zu erſtatten gehalten. Im Fall er aber ſolchen zu leiſten nicht im Stande ſeyn ſolte, oder ſich freywillig einer willkührlichen Strafe lieber unterwerffen wollte; ſo iſt er alsdann in 10. Thlr. Strafe zu nehmen, ſolche auch von der Z. wegen ihrer geſtändigen Unzucht abzutragen, der Doct. D. C. aber wegen ſeines ungebührlichen Vergehens gegen die Policey mit 20. Thlr. zu beſtraffen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol der Jude N. C. beſtändig leugnet, daß er mit der Z. ſich fleiſchlich vermiſchet, auch in der fol. 35. ſqq. vorgenommenen confrontation mit der Z. beſtändig dabey geblieben, und eine ſolche inculpation von einer geſchwängerten Perſon, quæ de ſe crimen confeſſa eſt, niemand ſonderlich grauiren mag,

l. 11. C. de teſtib. l. f. C. de accuſ.
c. 1. X. de conſ. c. 10. et 20. X. de teſtib.

hiernächſt die abgehörte Zeugen entweder nichts ſpecifice gegen den N. ausgeſaget, und ihn nicht grauiret, oder aber doch nicht beſchworen ſind, und alſo keinen fidem meritiren, vielmehr die Magd S. ihn exculpiret, hergegen die Z. beſchuldiget, daß ſie mit andern mehr zu thun gehabt, und davon f. 95. b. ſq. ſpecialia angegeben, woraus denn ihre Schwangerſchafft erfolget ſeyn kan, allenfalls es faſt bedencklich fallen will, den Juden N. C. mit einem Reinigungs-Eyd zu belegen, da man bereits wahrgenommen, wie hartnäckig ſowol derſelbe alles abgeleugnet, als die Zeugen etwas auszuſagen intimidiret ſind, darneben der junge N. erſt 15. Jahr alt iſt, und es dahero bedencklich ſeyn möchte, ihn mit einem Eyde zu belegen, hiernächſt vor den Doct. D. C. angeführet werden möchte, daß man mit ihm wegen nicht Stellung ſeines Sohns gar zu hart mit mandatis pœnalibus verfahren, welches ihn zu einiger Ungedult veranlaſſet, welche ihm zwar billig verwieſen, aber von fernerer Beſtrafung excuſiren möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch allhier ein delictum occultum vorhanden, in welchem es vornemlich auf den verdächtigen Umgang mit der ſtuprata, und die Conduite des inculpati ein vieles ankommt, und man wohl weiß, daß dergleichen delicta directo nicht erwieſen werden können, adeoque in his ſufficiunt indicia ad eruendam veritatem, quæ ſuſpicionem operantur;

BÖHMER *tom. II. P. II. conſ. et deciſ. arg. 1172. n. 2.*
CRVS. *de indic. P. II. c. 31. n. 15.*

alſo allhier auf den verdächtigen Umgang mit der ſkuprata vornemlich zu ſehen geweſen, welchen zwar der Inquiſit N. C. pertinaciſſime, auch in denen geringſten Umſtänden ableugnen wollen, jedoch er deſſen ziemlich überzeuget iſt, ja denſelben dergeſtalt frey getrieben, daß er deswegen von andern Cameraden gewarnet worden

worden ist, welches aus des H. Ehe-Frau relation f. 98. erhellet, und solche M. S. H. Sohn von 15. Jahren selbst bestärcket, und berichtet, daß er vor der Juden Ostern auf einem
3 Samstag Abends den N. bey der Z. ins L. L. Hose stehen, und mit einander reden sehen, wobey er gehöret, daß die Z. von ihrer Mutter, die in die Schule gehen wollen, den Schlüssel zur Stube gefordert, welchen sie ihr auch gegeben, und in die Schule gegangen; N. aber zurück geblieben, daher er nachhero ihn gewarnet, weil sonsten, wenn die Z. schwanger würde, sie ihn angeben möchte, darauf er aber sehr höhnisch geantwortet, und vermeinet, daß sie nicht sogleich eine Hure werden würde, worbey er der Zeuge bey der confrontation f. 64. constanter geblieben, und ob zwar inquisit solches præfracte geleugnet, jedoch seine innerliche Beschaffenheit des Gemüths dadurch verrathen, daß er bey der freymüthigen Vorhaltung die Farbe des Gesichts verändert, und das Gesichte zugleich abgekehret, auch in den Augen Thränen blicken lassen, als gedachter M. am Halstuch weisen müssen, wie N. ihm ehedessen gezeiget, daß er es mit der Z. machte, wovon er specialius f. 66. aussaget, welchem noch die fol. 58. befindliche Aussage des L. K. Magd beytritt, darin sie bezeuget, daß sie im verwichenen Sommer des Abends zwey bis dreymal den Inquisiten von oben herunter in dem Hause, wo die Z. sey, kommen gesehen, auch gehöret, daß seine Cameraden, weil er ein Seil zerrissen, ihn vor einen Hurenschlepper gescholten, und zur Z. gehen heissen, woraus man leicht abnehmen kan, daß er einen vielfältigen verdächtigen Umgang mit der Z. gehabt haben müsse, daß auch seine Cameraden ihn deswegen angezapffet, und obwol die Zeugen ihre Aussage eydlich nicht bestärcket, und solches vor bedencklich ohne Zweifel gehalten worden, weil die meisten Zeugen intimidiret, und also mehrere periuria zu befürchten gewesen, da die wenigsten mit der Sprache heraus gewollt, dennoch die geschehene Aussagen so viel würcken müssen, daß daraus des Inquisitens Hartnäckigkeit im Leugnen, hergegen das Gegentheil, daß er mit der Z. verdächtigen Umgang gehabt, erkant werde, auch darlege, daß was fol. 62. die S. gegen die Z. ausgesaget, ihn nicht liberire, und von dem Verdacht loßmache, daß er zugleich mit derselben Hurerey getrieben, so, daß er deren zwar nicht überzeuget, doch aber so weit grauiret ist, daß man sine iuramento purgatorio imposito nicht heraus kommen kan, welches Inquisit, ohngeachtet er sich nur erst von 15. Jahren ausgiebet, pro re nata wohl præstiren kan, da er ohne Zweiffel bereits älter seyn muß, und bey seinem Alter einen guten Verstand blicken lassen, daß er wohl wissen muß, was ein Eyd sey, jedoch wir bey vorkommenden Umständen anrathen müssen, die Eydes-Ablegung lieber noch etwas zu verzögern, und mehrere Behutsamkeit, als sonsten der gemeinen praxi nach gebrauchet worden, dabey in acht zu nehmen, wovon die nöthigen obseruationes bey einem Juden-Eyde mit
4 mehren ausführet

Ad L. XII. T. II.

BÖHMERVS *tom. I. iur. eccl. in append. nouiss. edit. de anno 1738. p. 1461. sqq.*

und anzeiget, daß in dem Ober-Appellations-Gericht zu Celle und andern Orten eine mehrere Sorgfalt, und absonderlich diese in acht genommen werde, daß ihm nicht unsere gedruckte Hebräische Bibel, sondern ihre eigene geschriebene Thora, der sie allein alle autorität beylegen, vorgeleget werde, auf welche der iurans seine rechte Hand legen, sein Angesicht gegen Morgen wenden, und also den ihm vorgelegten und ihm von einem Rabbiner wohl erklärten Eyd ablegen müsse, zumal man wohl weiß, was sie vor falsche Begriffe von unsern gedruckten Hebräischen Bibeln haben, welchen gottlosen principiis billig vorzubauen, auch zu hoffen stehet, daß er lieber freywillig die Strafe erlegen, als sich dem Eyde unterwerfen wolle, weswegen wir sofort solche bestimmet. Uebrigens des Juden Doctoris unanständiges und ungestümes fol. 9. befindliches Aufführen, so mit Hindansetzung aller Ehrerbietung gegen die autoritatem iudicii verknüpffet gewesen, inexcusabel und so beschaffen ist, daß es billig mit der angesetzten Strafe beleget werden müssen, zumal wenn dessen autorität gegen dergleichen Ansprenger nicht conseruiret werden sollte, mit dergleichen hartnäckigen widersinnischen Leuten kein Auskommen mehr seyn würde, contemtus enim iudicis et iudicii eo magis vindicandus est, quo magis interest reipubl. autoritatem iu-
5 dicii seruari et defendi.

MEV. *P. II. decis. 327. n. 9.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBRVAR. MDCCXLIV.

DECISIO

Ad L. XII. T. II.

DECISIO CCL.

THEMA.

In causis antiquis ob varias præsumtiones iuramentum suppletorium credulitatis locum habet.

SVMMARIA.

Canon residuus cum laudemio debitum personale constituit, et a tertio peti nequit n. 1.
Copiæ non probant n. 2.
Nec annotationes pro scribente n. 3.
Quæ argumenta singula non prosunt, coniunctim prodesse possunt n. 4.
In antiquis ob præsumtiones suppletorium credulitatis locum habet n. 5.
Canon emphyteuticus debitum reale iure Magdeburgico constituit n. 6.
Sententia præclusionis ad onera realia non trahenda n. 7.
Copiæ antiquæ ex libris publicis a personis iuratis conscriptæ pro se magnam habent præsumtionem n. 8.

Auf interponirte Leuterung und erfolgtes Verfahren in Sachen unsers Land-Raths E. H. G. von L. Beklagten und Leuteranten an einem, und Syndicen des Stiffts und Closters Berga vor Magdeburg, Klägern und Leuteraten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich der andere, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Würde klagendes Closter durch zwey ihres Mittels, welche von Beklagtem zu erwehlen, eydlich erhalten, und, daß sie nicht anders wüsten, sondern festiglich glaubeten, daß die quæstionirte 1¾ Husen Landes mit unter denen bey dem verkaufften und zu Lütgen Ottersleben liegenden Guth befindlichen Husen Landes an Beklagten mit verkauffet worden, nicht weniger, daß die producirten Erb-zins-Briefe sowol, als die producirte Hebe-Register ihre Richtigkeit hätten, in supplementum schweren, wie sich vor allen Dingen gebühret; so ist es, der eingewanten Leuterung ohngeachtet, bey dem fol. 229. der Bescheinigungs-Acten befindlichen und dem 27. Aug. 1740. eröffneten Urthel billig zu lassen. Im Fall aber das gedachte Stifft und Closter solchen Eyd abzulegen nicht bestand seyn sollte; so ist nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß es bey dem fol. 135. befindlichen, und dem 21. Febr. 1739. publicirten Abschiede nicht unbillig verbleibet. Die von Seiten des Stiffts Syndici specificirte deservita werden auf 12. Thlr. 17. Gr. gemäßiget, und des Beklagten Anwalds nicht liquidirte zu 11. Thlr. gesetzet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger pro grauam. 1) angeführet, daß die restirende Erben-Zins und Beleihungs-Gebühren personal-debita wären, so ex contractu emphyteuticario dependirten, und von Beklagtem als possessore tertio nicht gefordert werden mögten, bevorab da 2) dieses Latorfische Guth der Dom-Dechant von Platen in concursu nach dem documento sub C f. 85. öffentlich sub hasta erstanden, gleichwol das klagende Closter in termino liquidationis sich nicht gemeldet, und dahero daran nicht unbillig præcludiret werden müssen, allenfalls aber 3) nach der Concurs- und Hypothequen-Ordnung art. 148. mehr nicht als ein 3jähriger Canon zuerkant werden mögen, zuförderst aber 4) nicht gesaget werden könne, daß von Klägerm dasjenige, was ihm zu bescheinigen obgelegen, nach Nothdurfft beygebracht sey, zumal derselbe bescheinigen sollen, daß bey dem gekaufften Guthe 1¾ Husen Erb-Zins-Acker sich befinde, von welchem dem Closter Berga 22. Gr. 10. Pf. und sieben Hüner Erben-Zins in termino Martini gegeben werden müssen, welches beydes nicht bescheiniget, da ratione possessionis, daß Beklagter die 1¾ Husen Erb-Zins-Land bey seinem erkaufften Guthe mit gekauffet und besitze, nicht einsten ein Articul formiret, und 5) aus dem ersten Erb-Zins-Brief selbsten erhelle, daß gedachtes quæstionirte Land vormahls zu dem Wüstehofischen Sitz gehöret haben solle, dennoch davon abgekommen, und auf die Latorffe nach dem documento sub C sqq. gebracht, diesemnach dadurch klar sey, daß solches zu dem Latorfischen Guthe vormahls nicht gehöret, auch nicht zu befinden, daß es zu demselben geschlagen, und demselben incorporiret, mithin bey dessen Verkauffung mit verkauffet sey, worin doch das vornehmste momentum in dieser gan-

ten

tzen Sache bestehe. Hierüber 6) die angegebene qualität der 1¾ Hufen, daß solche Erbzins-Land sey, ebenfalls nicht erwiesen, zumal von denen producirten Lehn-Briefen keine originalia produciret, auch nicht einsten in denen Lehn-Büchern von dem Concipienten unterschrieben, noch diese mit ordentlichen Titeln und Rubriquen versehen worden, aus de-
2 nen Rechten aber bekant sey, quod exempla non probent, nec documenta pro scribente fidem faciant, bevorab da 7) hier cum tertio der Streit sey, gegen welchen dergleichen Lehn-Briefe keinen Beweiß machen können, cum acta inter alios gesta aliis non præiudicent, so dann 8) keine Registraturen von denen geschehenen Belehnungen gehalten worden, die Lehn-Briefe die Aecker ratione situs nicht specificiren, und in selbigen nur in genere, daß sie auf grossen und lützen Ottersleber Felde lägen, gesetzet sey, da doch Beklagter auf grossen Otters Leberfelde nicht einen Erben-Kloß besitze, so daß diese Lehn-Briefe nicht einsten einen halben Beweiß ausmachen könten, so auch 9) von denen Schreiben R. H. L. M. N. I. und P. zu sagen, die alle gegen Latorffen gerichtet, dessen Erbe Beklagter nicht sey, noch von demselben causam habe, sie also gegen ihn so wenig erweisen, noch ihm præiudiciren möchten, als 10) denen Hebe-Registern als priuat-annotationibus eben-
3 falls kein fides beyzulegen,

l. 7. C. de probat.

ja 11) in anno 1685. bey der Landes-reuision der damahlige Besitzer L. alle seine Lehn und Erbzins-Länderey specificiret, das klagende Closter aber nicht angezeiget hat, folglich man nicht sagen könne, daß in anno 1735. da Beklagter das quæstionirte Guth acquiriret, die Erbzins-Aecker noch dabey gewesen, dahero auch nach der von L. geschehenen alienation von denen folgenden possessoribus nichts mehr gezahlet sey, er also auch 12) nicht condemniret werden können, den rückständigen canonem und laudemia zu zahlen, dazu allenfalls das Closter sich nicht einsten legitimiren könne, sondern diese lucra derer vorigen Abte heredibus gebühreten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die von dem Kläger angeführte argumenta probantia, wenn sie coniungiret und zusammen genommen werden, eine grosse præsumtion ausmachen, daß bey dem an Beklagten verkauffte Guth die quæstionirte 1¾ Hufen Erbenzins-Land seyn müssen, ingleichen daß solche die angegebene qualität haben, und der Rückstand noch davon gefordert werden könne, obwol eines Theils singula per se nicht erweisen, noch ex simul iunctis kein vollkommener Beweiß herzunehmen, so, daß es bey dem vorigen Urthel nicht schlechterdings verbleiben können, sondern wir vor nöthig erachtet, Klägern das iuramentum suppletorium credulitatis geschehener massen zu deferiren, weil wenigstens der Beweiß vim semiplene probandi vor sich hat, und in antiquis dergleichen Lehn-Bücher und Hebe-Register, bevorab da sie von beschwornen Personen gehalten sind, in soferne einen Beweiß machen können, wenn sie mit dem iuramento suppletorio credulitatis bestärcket werden

Ad L. XII. T. II. 4

BÖHMER *tom. I. iur. eccles. prot. tit. de fid. instrum. §. 3. in f.*

und wenn solches geschehen, alsdann erwiesen ist, daß auf die von L. die quæstionirte Erbzins-Länderey gefallen, sie damit beständig belehnet, und noch in anno 1726. auf die rückständigen Erben-Zinsen gezahlet haben, wie die Beylage sub S. darleget, man also daraus schliessen kan, daß der von L. solche quæstionirte Erben-Zins-Länderey auch annoch bey seinem Guthe besessen haben müsse, übrigens daß solche bey der in anno 1730. geschehenen subhastation des L. Guthes noch würcklich gewesen seyn müsten, daraus erhellet, daß damahls laut documenti fol. 85. 11 Hufen und 25½ Morgen mit dem gedachten Guth ad hastam gebracht, welche auch H. W. von L. in anno 1685. bey der Steuer-reuision eydlich profitiret, und dabey zwar die quæstionirte Erben-Zins-Länderey ratione domini nicht mit benannt, doch dabey erinnert, daß er zu denen übrigen Aeckern pro nunc keinen Lehn- und Erbzins-Herrn aus Mangel der documenten wisse, gleichwol davon, daß sie bey dem Closter zu Lehn gehen, überzeuget gewesen seyn muß, weil der gedachte von L. noch anno 1693. mit 1¾ Hufen Erben-Zins von dem Closter belehnet ist, und den Erben-Zins nach diesem noch davon bezahlet, also er das Guth in ea quantitate, wie solche an. 1685. eydlich profitiret, anno 1730. noch besessen, solches auf den Dom-Dechant von P. dieser aber an den Wusthof, und endlich dieser solches in eodem statu auf Beklagten transferiret, keine andere præsumtion also zu fassen ist, als daß diese Erbzins-Länderey mit unter denen anno 1685. profitirten 11 Hufen 25½ Morgen nothwendig stecken muß, und davon niemahls abkommen, weil sonsten der von L. in anno 1726. nicht noch zuletzt auf den rückständigen canonem zahlen, noch sich in anno 1693. belehnen lassen würde, die meisten dubia aber durch das iuramentum suppletorium credulitatis gehoben werden, angesehen ad 1) der restirende Erbenzins und laudemia nach der Concurs- und Hypothequen Ordnung als onera realia anzusehen, und also hier kein personale debitum ausgeklaget ist, und es hier heisset: res cum suo onere transit, so dann ad 2) der von P. zwar solches Guth sub hasta, aber deswegen nicht in Concurs erstanden, da es Beklagten leicht gewesen, solches, wenn es der Warheit gemäß, bey zu bringen, wiewol auch die clausula præclusio-
5
6

Böhm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. XII. T. II. nis auf dergleichen onera fundo perpetuo inhærentia nicht gehet,

7 PHILIPPI *de subhast. c. IV. comm. 18. n. 32. sqq.*

diesemnach auch ad 3) der art. 148. der concurs-Ordnung hieher nicht zu ziehen, da man von keinem Classifications-Urthel weiß. Uebrigens ad 4) sowol ratione possessionis als qualitatis emphyteuticariæ eine starcke præsumtion vor Klägern militiret, welche einen vollkommenen Beweis pro re nata ausmachen wird, wenn erkanter massen das iuramentum credulitatis darüber præstiret werden solte, wie denn auch ad 5) aus denen Lehn-Briefen erhellet, daß, nachdem das quæstionirte Erbenzins-Land auf die von L. gekommen, solches bey dem L. Guthe beständig geblieben, und nach des letzten possessoris I. W. von L. Tode, welcher noch in anno 1693. damit belehnet ist, erst von dem L. Geschlechte mit dem L. Guthe abgekommen, an der Erbzinsqualität aber ad 6) um desto weniger zu zweifeln, als die Copeyen aus denen Lehn-Büchern, welche den Grund zu denen originalien, wie die Protocolla ausmachen, genommen,
8 dieselbe mit ordentlichen Rubricen versehen, sehr alt sind, wie f. 267. angezeiget ist, und von geschwornen actuariis geführet worden, darneben durch das zuerkante iurament ihren zureichenden fidem bekommen, daß sie ad 7) auch gegen Beklagten erweisen müssen, als welchen, qua possessorem der Erbzins-Länderey, solche Lehn-Briefe mit angehen, und darthun, daß sie bis anno 1730. in solcher qualität von I. W. von L. noch besessen, und auf den von P. transferiret worden, auch von dem in anno 1685. angegebenen quanto noch nichts abgekommen gewesen, vielmehr solches in pristina integritate auf Beklagten wieder verkauffet sey, hierüber ad 8) der Mangel der Belehnungs-Regiftraturen hier nicht anzusehen, da keine ordentliche Belehnungen bey dergleichen Güthern geschehen, sondern die Lehn-Briefe an dessen statt sind, hiernächst ad 9) die producirte Schreiben wenigstens darlegen, daß das Closter Berga sein Erbzins-Recht gegen den von L. beständig pouffiret, dadurch zu unterschiedenen Zeiten die Bezahlung der Erbenzins erhalten, und derselbe dadurch agnoscíret, daß er bey seinem Guthe die quæstionirte Erbzins-Länderey besitze, eben wie in anno 1685. geschehen, auch ad 10) denen Hebe-Regiftern, wenn sie endlich bestärcket sind, die vis probandi nicht zu denegiren, nicht weniger ad 11) das Reuisions-Protocoll de anno 1685. des klagenden Closters Beweiß, wie in rat decid. gezeiget ist, sehr unterstützet und anzeiget, daß auf Beklagten eben die quantitas agrorum, welche damahls profitiret worden, transferiret, und aus Mangel der documenten hergerühret sey, daß ins besondere der Lehnherr davon nicht angegeben worden, woraus denn ad 12) die condemnatio von selbsten erfolget, und die exceptio iuris tertii nicht zu regarditen gewesen. Endlich wenn das Closter den erkanten Eyd zu leisten sich wegern solte, alsdann des Beklagten grauamina vor gegründet zu achten, und es bey dem fol. 135. befindlichen Urthel zu lassen seyn würde.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXLII.

DECISIO CCLI.

THEMA.

Ad probandam consanguinitatem leuiores probationes ad suppletorium sufficiunt.

SVMMARIA.

Iuramentum suppletorium credulitatis regulariter non admittendum n. 1.

Communes res intra XXX. annos præscribuntur n. 2.

Si nomine proprio a socio possessæ n. 8.

Ad consanguinitatem probandam personalia aliæque leuiores probationes sufficiunt n. 3.

In antiquis leuiora argumenta admittuntur n. 4.

Iuramentum suppletorium credulitatis in antiquis pro consanguinitate probanda sufficit n. 5.

Præsumtio hominis a probatione non liberat n. 6.

Nomina ipso iure sunt diuisa n. 7.

Auf

Auf eingewandte supplication und erfolgtes Verfahren in Sachen I. L. M. curatorio nomine I. C. von M. Wittwe von L. und conf. Klägern und Supplicanten an einem, und die Gebrüdere A. G. und C. R. von H. Beklagten am andern Theil, erkennen Königlich-Grosbritannische zur Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Justiz-Cantzley verordnete Director, Vice-Director und Räthe, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehr aus denen acten so viel zu befinden, daß, wenn I.C. von M. Wittwe von L. M. G. von Z. gebohrne von M. und B. H. von M. eydlich erhalten, und daß sie nicht anders wüsten noch glaubten, als daß sie von C. von H. und dessen Tochter I. als Leibes-Descendenten abstammeten, in supplementum schweren; so haben sie sich zur Nothdurfft ad causam legitimiret, und sind alsdann Beklagte Einwendens ohngehindert, ihren auf sie vererbten Antheil an der Forderung quæstion. ihnen zukommen zu lassen schuldig, es könten und wollten denn Beklagte ihr Vorgeben, daß gedachte I. von H. abgefunden, und deren Bruder die quæstionirte obligation allein zugefallen, er aber solche nebst seinen Kindern vor sich allein als creditor besessen, binnen vier Wochen besser als geschehen, beybringen, so ergehet alsdann ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) der punctus legitimationis noch in gäntzlicher Unrichtigkeit zu stehen scheinet, und nicht beygebracht ist, daß supplicantes von I. von H. diese aber von C. von H. so das quæstionirte Capital an weyland Hertzog H. I. ausgethan, als Leibes-Descendenten abstammen, zumal ausser dero selbsten entworfenen Genealogie und producirten Leich-Predigten, nebst denen darin befindlichen Personalien zu dessen Behauptung nichts angeführet, da doch dergleichen personalia mehrentheils ex relationibus aliorum aufgesetzet, und also testimonia de auditu alieno sind, so nichts beweisen, das iuramentum suppletorium darneben allhier nicht statt findet, nachdem die Supplicanten von denen eigentlichen Descendenten des C. von H. so im Anfang des siebenzehenden seculi gelebet, keine Wissenschaft haben, und das iuramentum de credulitate in supplementum nicht zugelassen seyn möchte, quod de veritate, non de credulitate præstandum est, cum iurans tanquam testis in propria causa producatur, testi autem de credulitate deponenti fides non adhibeatur,

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

BERLICH *I. concl. 53. n. 17.* *Ad L. XII. T. II.*

BRVNNEM. *in proc. ciu. c. 32. n. 25.*

MYNSING. *2. obs. 68. n. 2.*

und wenn auch 2) die legitimatio ad causam berichtiget seyn sollte, dennoch denen Supplicanten die exceptio, daß in anno 1601. da C. von H. gestorben, die I. dessen Tochter, wegen dieser Schuld-Forderung durch andere Güther abgefunden seyn müsse, zumal sie so wenig als deren descendenten binnen hundert und etliche dreyßig Jahren wegen dieser Post sich gemeldet, vielmehr D. und dessen Descendenten sich dieser Forderung als ihr Eigenthum bedienet, also nicht anders zu vermuthen, als daß diese I. von H. abgefunden seyn müsse, welches so lange, bis das Gegentheil von Supplicanten beygebracht, zu præsumiren sey, bevorab da 3) aus denen n. 70. act. beygebrachten Ehe-Pacten der I. von H. erhellet, daß in anno 1608. ihr 2100. Thlr. loco dotis verschrieben, sie aber denselben aus denen Güthern nicht erhalten mögen, sondern erst anno 1669. darüber ein Vergleich getroffen, und bezahlet ist, woraus denn zu schliessen seyn möchte, daß darin ihre gäntzliche Abfindung bestanden, und es dennoch mit deren Bezahlung schwer gehalten, anerwogen 4) aus denen alten beygefügten actis mit mehren zu ersehen, daß C. von H. sich in grosse Bürgschafften eingelassen, und darüber nach seinem Tode dessen Söhne sehr herunter gekommen, daß sie nicht einsten im Stande gewesen, den gedachten dotem zu zahlen, und anno 1614. die creditores, wer am ersten zu immittiren sey, gestritten, und ohne Zweifel das Darlehn damahls mit Arrest beleget, und nachgehends per iniuriam temporum inexigibel gemachet seyn wird, daß I. von H. sich also keinen Anspruch daran machen können, dahero ihren Descendenten nunmehr 5) die exceptio præscriptionis entgegen zu stehen scheinet, daß, weil sie über 132. Jahren keinen Anspruch an der Schuld-Forderung gemachet, sie ihren Antheil daran verlohren, cum etiam res communis lapsu 30 annorum præscribi queat.

l. 1. §. 1. C. de annal. except.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) wenigstens aus denen producirten personalibus, so niemahls widersprochen worden, eine grosse præsumtion entstehet, daß I. von H. des C. von H. Tochter gewesen seyn müsse, auch dabey bekant ist, quod in cognatione et genealogia probanda, maxime antiqua, leuiores probationes admittantur, adeo vt etiam parentum, et cognatorum depositiones non excludantur, qui inter omnes genealogias suas norunt,

c. 5. et 22. X. de testib. et attestat.

Ad L. XII. T. II.

c.3. X. qui matrim. accus. possunt

cum etiam annotationes antiquæ non leue
momentum in antiquis habeant,
4
c.13. X. de prob. c.13. X. de præscript.

et imperfectæ probationes sufficiant,

HOEPPING *de iur. insign. c.15. n.5.*

diesemnach sehr wahrscheinlich ist, daß, da die personalia von denen, die die beste Wissenschafft von der I. gehabt, entworffen seyn müssen, solche der Wahrheit gemäß seyn, welchem nicht wenig die n.70. producirten Ehe-Pacten beytreten, und darlegen, daß C. B. und I. so des D. Söhne gewesen, ratione dotis wegen ihres Vaters Schwestern sich in anno 1669. verglichen, so, daß ratione legitimationis wenig mehr fehlet, und wenn das iuramentum
5 credulitatis hinzu kommt, quod etiam de credulitate in antiquis admittitur, maxime in probanda consanguinitate,

ESBACH *in* CARPZ. *P. I. const. 23. def. 8. n.3.*

FARIN. *de testib. qu. 68. n.74. seqq.*

alsdann die legitimatio völlig berichtiget seyn wird, hiernächst ad 2) die geschehene Abfindung wegen dieser quæstionirten Post ad exceptionem reorum gehöret, welche sie aber mit nichts, als blossen præsumtionibus hominis dargethan, so nicht zulangen wollen, und
6 nicht denen Supplicanten, daß die I. nicht abgefunden sey, sondern denen Supplicaten, daß sie abgefunden sey, der Beweis oblieget, cum excipiens suam exceptionem probare debeat, welches nicht mit leeren Vermuthungen geschehen kan, keinesweges auch ad 3) folgen will, daß, weil der I. von H. ein dos von 1100. Thlr. in an. 1668. constituiret, aber erst in an. 1669. bezahlet worden, sie keinen Antheil mehr an der quæstionirten Schuld-Forderung gehabt, und D. nebst seinen Söhnen sich solcher priuatiue anmassen können, cum nomina
7 ipso iure diuisa sint, und also die gedachte I. ihren Antheil ipso iure daran behalten, mit nichts aber als mit leeren coniecturen dargethan ist, daß sie sich ihres Antheils an gedachter Schuld-Forderung begeben, cum tamen nulla renunciatio præsumatur, allenfalls sie ihr Recht an dieses nomen ihrem Bruder und dessen Kindern cediren müssen, welche cessio abermal in facto bestehet, und nicht beygebracht ist, übrigens ob sie nicht ihren dotem conferiren, und sich solchen decourtiren lassen müsse, eine besondere Frage ist, die denen Supplicaten in saluo bleibet, wenn erst die quæstio an? unter denen litigirenden ausgemachet ist, und obwol ad 4) nach Maasgebung der alten acten nicht zu leugnen, daß wegen der übermäßigen Bürgschafften C. von H. Vermögen sehr herunter gekommen, und dessen Söhne viele tausende bezahlen müssen, dennoch daraus noch nicht folgen will, daß die Schwester ihren Antheil an dem gedachten Posten aufgegeben, da eben diese ratio bey denen Mitklägern sich befindet, denen doch ihr Antheil zuerkant, anbey aber unbegreiflich ist, warum in anno 1714. da wegen der immissionis prærogatiua unter denen Creditoren disputiret worden, diese Forderung von denen Creditoren nicht eingetrieben worden, die doch damahls nach eigenem Bekennen der Supplicaten in continenti exigibel gewesen, zumal ohne alle immission daraus die Bezahlung am besten geschehen können, so daß fast zu vermuthen, daß dieses nomen sehr cachiret, und wol auch vor der Schwester occultiret seyn müsse, da dann ratione bonæ fidei sich ein grosser Mangel hervorthun würde, oder aber, wenn sie davon gewust, solches in communion verblieben, und der I. ihr Antheil daran reseruiret ist, endlich ad 5) zu erwegen,8 daß die præscriptio nicht inter debitorem et creditorem, sondern inter coheredes zu befinden, dabey denn zuförderst noch muß ausgemachet, ob die Supplicaten bißhero diese Schuld-Forderung, welche endlich inexigibel geworden, und also nicht geklaget werden mögen, nomine proprio oder communi besessen sey, da im letzten Fall keine præscription, sondern nur im ersten Fall statt findet, so aber ebenfalls von denen Supplicaten erst ausfündig zu machen.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVNIO MDCCXXXVII.

DECISIO CCLII.

THEMA.

De iuramento credulitatis suppletorio in caussa consanguinitatis.

SVMMARIA.

SVMMARIA.

Iuramentum suppletorium sine semiplena probatione locum non habet n. 1.

Libri ecclesiastici ad probandam consanguinitatem multum conferunt n. 2.

Regulariter iuramentum suppletorium credulitatis non admittitur n. 3.

In caussa consanguinitatis plus quam semiplena probatio ad iuramentum suppletorium requiritur n. 4.

Suppletorium iuramentum est medium subsidiarium n. 5.

Suppletorium de credulitate circumspecte deferendum n. 6.

In caussis antiquis testes de auditu admittuntur n. 7.

Vti hi recipiuntur, iuramentum suppletorium credulitatis locum habet n. 8.

Argumenta pro consanguinitate ex facto desumta n. 9.

Caussæ consanguinitatis inter illustres, non rusticos sunt arduæ n. 10.

Iuramentum suppletorium inter nobiles admittitur pro genealogia probanda, vt se ad canonicatus habilitent n. 11.

Als dieselbe uns gesuchte reuision und dagegen opponirte exceptiones in Sachen I. L. und cons. itzo dessen Wittwe und Erben Beklagten, Appellaten, modo Impetranten an einem, und H. S. Erben, Klägern, Appellanten, modo Impetraten am andern Theil, nebst denen übrigen Acten ꝛc.

Daß es der gesuchten reuision ohngehindert bey dem den 7. Mart. 1740. eröffneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem die formalia nicht bestritten worden, und sonsten ex actis ihre Richtigkeit haben; so sind vorizo nur blos die materialia zu untersuchen. Ob nun wol Beklagte sich dadurch grauiret zu seyn vermeinet, daß die Klägere und Appellanten zum Erfüllungs-Eyde, und zwar de credulitate im letzten Urthel zugelassen sind, welches gleichwol 1) blos alsdann, wenn ein halber Beweis vorhanden,
1 nur statt findet, woran es aber hier fehle, da weder durch Zeugen, noch documenta semiplene beygebracht, daß die von Klägern und Appellanten angegebene B. und C. S. des H. S. und der W. in H. Kinder gewesen, und daß denenselben die quæstionirte Post an den Kothen zugeschrieben, worin doch das eigentliche thema probandum bestehe, allermassen
2 die Zeugen ad art. prob. 6. ausdrücklich deponiret, daß sie nicht wüsten noch sagen könten, daß B. und C. S. des H. S. und der W. von H. leibliche Kinder gewesen; darneben Beklagte und Appellaten 2) durch beglaubte extractus aus dem Ochsenwerderschen Kirchen-Buche dargethan, daß H. S. niemahls eine Tochter gehabt, die den Namen B. geführet, dergleichen beglaubte extractus die beste Gewißheit in genealogicis machen könten, bevorab da 3) das iuramentum suppletorium de veritate
3 allein statt finde, quod nec testi de credulitate iuranti fides habenda sit,

BRVNNEM. *in proc. c. XXIII. n. 25.*

dazu noch derjenige, welcher zum Erfüllungs-Eyde zugelassen wird, als testis in propria causa zu considériren sey, welche Art zu erweisen 4) am allerwenigsten in causa consanguinitatis et familiæ statt finde, in welcher nicht einsten de veritate das suppletorium zulässlich sey, angesehen solche pro causa ardua et magni momenti zu achten, in qua ad hoc
4 iuramentum non aliter deuenitur, quam si plus quam semiplene probatum fuerit

BÖHMER *de caus. ard. et maior. c. 1. §. 21.*

woran es doch nach dem Ochsenwerderschen Kirchen-Buche hier fehle, auch 5) zu dem suppletorio, quod remedium extraordinarium et subsidiarium habendum, ad quod non deuenitur, quamdiu copia ordinarii
5 habetur

MEV. *P. VII. dec. 376.*

nicht zu schreiten sey. Uebrigens obwol 6) der punctus legitimationis ad arbitrium iudicis gehöre, dennoch dasselbe in iusta ratione fundatum seyn, nicht aber hierin pro imperio, wie im letzten Urthel geschehen, verfahren werden müsse, cum tamen iuramentum credulitatis circumspecto demum iudicio de-
6 ferendum sit;

MEV. *P. I. decis. 161.*

dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn das letzte Urthel zu reformiren gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) zuförderst zu erwegen, daß man allhier in re antiqua et maxime obscura, quæ sua natura difficilis probationis est, absonderlich unter Bauers-Leuten, die ihre genealogias so genaue nicht als andere vornehmere Familien wissen und beob-
7 achten können, versire, in quibus enatis etiam imperfectæ probationes, et testes de auditu admittuntur

c. 13. X. de probat.

Ad L. XII. T. II. *l. 28. D. eod.*

wo aber testes de auditu zugelassen werden, auch wohl erlaubet ist, das iuramentum suppletorium credulitatis zu deferiren, beyorab
8 in causis, in welchen man keine testes de veritate leicht haben kan, dahero es blos hier darauf ankommt, ob so viel erwiesen sey, daß man zu dem suppletorio de credulitate kommen könne? welches, wenn man alles wohl erweget, propitio iure wol geschehen mögen, angesehen aus der Landesfindung zu ersehen, daß H.S. mit seiner Frauen W. fünf Kinder,
9 unter welchen auch B. und C. gewesen, gezeuget, und diese nach dessen Tode an C.L. sich wieder verheyrathet, derselbe den Koth angenommen, und anno 1662. denen Kindern erster Ehe darin ein gewisses Geld verschrieben: daß C.L. mit dieser Wittwen eine Tochter, D. gezeuget, wie test. 1. ad art. 1. aussaget, welcher zwar seiner Mutter Namen nicht weiß, dennoch aus der vorgedachten Beschwerung solches erhellet, diese D. auch nach dem interr. 9. art. 1. keine vollbürtige Schwester oder Brüder mehr gehabt, hergegen die B. eine Halbschwester von dieser D. nach dem art. 3. von der Mutter wegen gewesen: daß nach dem art. 4. sich diese beyde nebst C. S. Bruder und Schwester untereinander geheissen, und diese B. mit Zunamen S. geheissen, wie die B. laut test. 2. ad art. 4. int. 3. selbsten gesaget, und dabey ad int. 15. hinzu thut, daß die B. ihr gesaget, daß C. S. ihr leiblicher Bruder gewesen, sie sich auch also jederzeit geheissen, dahero es auch geschehen, daß die Beklagte selbsten den Kläger, als der B.S. Schwieger-Sohn citiren lassen, und denselben in solcher qualität agnosciret, welches alles zwar keinen vollkommenen Beweis ausmachet, gleichwol in re tam antiqua et obscura eine starcke præsumtion machet, daß B. und C.S. der D. Halbgeschwister gewesen, welche von ihrem Stief-Vater, so ihre Mutter zur Ehe gehabt, gezeuget worden, und diese beyde unter denen fünf Kindern, die in der Beschwerung genant worden, mit begriffen gewesen, hergegen ad 2) gantz ungegründet ist, daß H.S. keine Tochter, so B. geheissen, gehabt haben sollte, dessen Gegentheil aus der Beschwerung, so in anno 1662. gemachet, und ein documentum publicum ist, erhellet, so daß dabey auf das Ochsenwerdersche Kirchen-Buch, worauf Beklagte ihr vornehmstes fundamentum contradictionis setzen, bey so unleugbarer Sache nicht zu sehen, vielmehr der Zeugen Aussagen hiebey mit dem documento publico ziemlich harmoniren, darneben ad 3) bereits dargethan, daß in dergleichen alten Sachen auch wol testes de auditu admittiret werden, einfolglich auch das iuramentum credulitatis statt finde, und was ad 4) hiebey de qualitate huius causæ angeführet ist, hieher nicht zu ziehen, indem nicht eine jede causa consanguinitatis pro ardua zu halten, absonderlich unter Bauers-Leuten, bey welchen 10
die genealogiæ lange so viel nicht, als inter illustres et nobiles importiren, unter welchen doch auch gemeiniglich die Genealogien, wenn sie sich zu denen Stiffts-Canonicaten legitimiren wollen, mit dem iuramento credulitatis suppletorio bestärcket werden 11

BÖHMER *tom. II. iur. eccl. tit. de præbend. §. 89. in f.*

zumal eines Theils dergleichen Beweis sehr schwer, und die causa selbst difficilis probationis ist, andern Theils antiqua betrifft, die sua natura leuiores probationes admittiren, dabey auch allhier ad 5) nicht anders, als per iuramentum suppletorium heraus zu kommen ist, und es hart seyn würde, die Klägere bey solcher Beschaffenheit der Sachen mit mehrern Beweis zu belegen, so wol in ihrem Vermögen nicht bestehet, so daß ad 6) das arbitrium iudicis hiebey seinen guten Grund hat, und wir dahero keine Ursache gefunden, von dem letztern Urthel abzugehen.

So sind wir, geschehener massen, zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMBR. MDCCXLII.

RESPONSVM CCLIII.

THEMA.

Iuramentum suppletorium credulitatis in rebus arduis non facile ob præsumtiones nudas admittitur.

Vid. T. IV. Resp. CCCCXC. Them. 3.

RESPON-

RESPONSVM CCLIV.

Ad L. XII. T. II.

THEMA.

Si alter litigantium de veritate, alter dc credulitate iuraturus est, prior præfertur.

Vid. T. IV. Resp. CCCCII. Them. 2.

DECISIO CCLV.

THEMA.

Negata diffessione iurata iuramentum ignorantiæ locum non habet.

SVMMARIA.

Per iuramentum ignorantiæ declinari potest recognitio n. 1.
Maxime si documentum ab alio scriptum n. 2.
Cessat tamen, vbi diffessio negata n. 4.
Res iudicata stricte capienda, nec vllas captiones admittit n. 3.

Als derselbe uns abermahl die in Sachen der S. Erben, Producenten an einem, und H. N. R. und cons. Producten am andern Theil, ergangene acta zugeschicket, und unsere rationes decidendi über unser fol. 232. eröffnetes Urthel verlanget; so haben wir ordinarius solche mitzutheilen nicht ermangeln wollen.

Rationes dubitandi.

Obwol producte die Rechtskräfftig fol. 195. zuerkante recognition derer documentorum sub n. 1. und 2. dadurch ablehnen wollen, daß er sich zu dem iuramento ignorantiæ offeriret, weil er weder Hand noch Siegel derer
1 quæstionirten documentorum kenne, zumal nach der Lehre

CARPZOVII *in proc. lib. 14. art. 2. n. 54.*

solches in solchem Fall wohl erlaubet sey, si enim quis exceptione hac recognitionem declinare velit, ignorantiam suam iuramento obtinere debet, so auch andere Rechts-Lehrer bekräfftigen.

MARTINI *ad ord. proc. Sax. tit. 25. §. 2. n. 44.*

KNORRE *in der Einleitung zum Ge-*

richtlichen Proceß lib. 1. c. XI. §. 2. p. 157.

So dann diesem Erbiethen die res iudicata nicht entgegen stehen möchte, anerwogen die ICti Ienenses die eydliche diffession nur aberkant, keinesweges aber das iuramentum ignorantiæ verworffen, zumal man nicht leicht bey
2 einer fremden Hand schweren kan, daß die scriptura aliena des scribentis Hand und Siegel nicht sey, da hergegen er aber wohl schweren möge, daß er eines fremden Hand nicht kenne, bevorab da man nicht sagen könne, daß die quæstionirten documenta als publica anzusehen, wovor die Ienenses solche nicht gehalten, weil sie sonsten keiner recognition bedürffen würden.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in dem fol. 194. befindlichen Urthel zweyerley erkant ist, 1) daß producten die documenta sub F n. 1. und 2. jedoch saluis exceptionibus zu recognosciren pflichtig: 2) daß der producten fol. 168. b. gethanes Erbiethen wegen eydlicher diffession derer documentorum sub n. 1. et 2. nicht statt finde, und da solches Urthel in rem iudicatam ergangen, nunmehr jenes simpliciter propter auctoritatem rei iudicatæ geschehen, dieses aber nec directo, nec per indirectum

zugelassen

Ad L. XII. T. II.

zugelassen werden kan, anerwogen, wenn das iuramentum ignorantiæ, wozu sich producten temere offeriren, noch statt finden sollte, dem iudicato, cui stricte insistendum, kein Gnüge geschehen, vielmehr die producten die recognition decliniren, und captiose das Jenaische Urthel entkräften würden, cum tamen
3 res iudicata stricti iuris sit et stricte intelligenda,

l. 1. C. si plures vna sentent.

MEV. *P. VII. decis. 4. n. 10.*

adeoque semper ita intelligenda, ne vlla captio iuris sit, quæ merito reprobanda,

l. 14. in f. de probat.

l. 27. §. 1. vers. recte *de liber. caus.*

welche captio iuris doch würcklich erfolgen würde, wenn producten die recognitionem der gedachten documenten durch diese cautel abwenden könten, dazu sie doch pflichtig angewiesen worden. Wiederum da ihnen die eydliche diffessio rotunde abgeschlagen, sie abermahl per indirectum die auctoritatem rei iudicatæ über einen Hauffen werffen würden, wenn sie nunmehr noch sollten zum iuramento prætenso ignorantiæ gelassen werden, weil, wenn solches geschehen würde, sie *in effectu* die quæstionirte documenta eydlich diffiren würden, wie CARPZOV

cit. l. n. 58.

selbsten deutlich anzeiget, so daß, was ihnen directo abgeschlagen, sie per indirectum erhalten würden, welche captiosa iuris interpretatio nicht zu dulden. Hierüber wir auch gerne gestehen, daß, wenn noch res integra und keine res iudicata vorhanden wäre, wir bewandten Umständen nach sie zu dem erkanten iuramento ignorantiæ würden schwerlich zugelassen haben, als dessen sie zu Entkräftung der documenten sub n. 1. et 2. und F sich zu bedienen gemeinet gewesen, in der ungegründeten persuasion, als wenn solche bloß gemeine privat-scripturen, und mit andern gemeinen Schreiben en parallel zu setzen wären, da man sonsten auf die recognition des documenti sub F nicht erkant haben würde, da doch producten erwegen sollen, daß die recognition des documenti sub F erkant worden, bloß allen unnützen fernern Streit abzuschneiden, welches sonsten unvonnöthen, ja überflüssig gewesen, wenn man solches nicht fol. 133. einigermassen in Zweiffel gezogen, welchem aber durch die beyden von einer in publico officio sitzenden Amts-Person durch die fol. 152. sqq. befindlichen Briefe abgeholffen, als welche den fol. 133. befindlichen Todtenschein sub F erläutern, und den gebräuchlichen stylum curiæ militaris in Wien darlegen, so daß das testimonium sub F als ein documentum iudiciale allerdings anzusehen ist, wie in dem fol. 203. abgestatteten Bericht gar wohl angemercket, die documenta sub n. 1. und 2. aber, als relativa, anzusehen, mit dem documento sub F in connexion stehen, und wiederum so schlechter Dings mit gemeinen und priuat-scripturis in keine comparaison gesetzet werden können, wie abermahl in gedachtem Bericht erinnert, und darauf auch fol. 205. die reiectio appellationis erfolget, und der reiections-Bescheid wegen der Leuterung bestätiget ist; bey solchen Umständen also es gantz inconuenable und widerrechtlich gewesen seyn würde, wenn man die vorhin angeführte Lehre des CARPZOVII hieher, so nude et crude appliciren, die beyden Briefe von dem documento sub F, mit welchem sie doch in genauer Verbindung stehen, davon separiren, und durch das iuramentum ignorantiæ elidiren wolte, damit auch das documentum sub F entkräftet würde, welches bey so bewandten Umständen sine captiosa iuris interpretatione nicht geschehen mögen, bevorab da producten zum Uebersluß ihre etwa dagegen habende exceptiones noch vorbehalten sind.

So sind wir geschehener massen, im Monat Sept. a. p. zu erkennen, bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBR. MDCCXLVI.

DECISIO CCLVI.

THEMA.

Iuramentum purgatorium restituit ius opificii.

SVMMARIA.

Purgatorium iuramentum verisimilia argumenta supponit n. 1.
Semel malus, semper talis præsumitur in eodem delicti genere n. 2.
Variatio in circumstantiis accidentalibus non nocet n. 3.

Ratio-

Rationes ex facto præsenti desumtæ n. 4.
Momenta defensionis n. 5.
Opifex restituitur, si mediante iuramento a crimine se purgauit ibid.
Deest corpus delicti in furto imputato, si nemo sibi quid interuersum esse, asserere potest n. 6. *Aal. XII. t. II.*
Post XX. cognitio criminis præscribitur n. 7.
De crimine condemnatus tantum infamis fit n. 8.

Auf anderweit geführte defension, in der gegen J. A. R. geführten inquisition, erkennen Burgermeister und Rath des Heil. Römischen Reichs-Stadt Nordhaussen, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß Inquisit in seiner anderweit geführten defension nunmehro so viel ausgeführet, daß er wegen des ersten, zweyten, dritten und fünften Puncts, mit dem Reinigungs-Eyd zu verschonen, und dieserwegen gegen ihn nichts weiter vorzunehmen, wegen des vierten Puncts aber Einwendens ohngehindert, es bey dem letzten Urthel zu lassen. Würde er nun wegen dieses Puncts solchen ablegen, so ist er alsdann ohne alle Widerrede zu denen vorhin gehabten Ehrenämtern wieder zu zulassen, und zur Gülde zu fordern, und davon nicht weiter auszuschliessen, da hergegen, wenn er solchen Reinigungs-Eyd abzulegen nicht im Stande seyn sollte; so ist er alsdann zu solchen Aemtern und Gilden nicht wieder zu admittiren, auch wegen dieses neuen Verbrechens abermahl mit 20 Thlr. zu bestraffen, in beyden Fällen aber die auf diese inquisition verwandte Unkosten, nach deren liquidation und erfolgten leidlichen moderation abzustatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol bey dem ersten, andern, dritten und fünften Punct, weswegen gegen Inquisiten inquiriret worden, es scheinen will, als wenn er etwas, so ihm zustatten kommen möchte, nicht ausgeführet, angesehen überhaupt dabey zu erwegen, daß alle exceptiones, so er denen Zeugen opponiret, nur alsdann, wenn ein inquisit condemniret oder torquiret werden soll, statt finden,

per *art. 20. 63. C. crim. Car.*

1 da hergegen ad effectum iuramenti purgatorii imponendi indicia minora et coniecturæ verosimiles zureichend zu achten,

HEIG. *P. I. qu. 40. n. 32.*

an welchen es hier nicht ermangeln will, zumahl alle præsumtio bonitatis gegen ihn wegfällt, nachdem er bereits in eodem genere delicti 2 bestraffet worden, und man sich nunmehro zu ihm dergleichen Missethat versehen mag,

art. 25. C. crim. Car.

bey dem ersten Punct aber er ziemlich verdächtig bleibet, daß er die Austauschung des schwartzen Tuches würcklich gethan und eingestanden, auch die vorgeworffene Feindschaft der Zeugen so starck nicht ist, daß ihre Aussage gantz verwerflich seyn sollte, bevorab da der vierte Zeuge dem andern beytritt. Ferner bey dem andern Punct eben dasselbe zu attendiren, welcher in seiner eigenen confessione extraiudiciali, per duos testes probata, bestehet, allermassen beyde Zeugen ihre Aussage eydlich gethan, und nicht zu vermuthen, daß die Frau ihrem Mann zum faveur, mit einem Meineyde ihr Gewissen beflecket haben sollte, und was gegen den Ort, wo Inquisit solche Reden geführet haben soll, angeführet, eine circumstantia accidentalis ist, 3 worin man leicht irren kan. Nicht weniger bey dem dritten Punct testis 2. deponiret, daß Inquisit die zwey Batzen, so nachgehends vermisset worden, zum wenigsten in Händen gehabt, und weil Inquisit in hoc delicti genere verdächtig ist, auf keinen andern als auf ihn, der Verdacht fallen will. Endlich wegen der 4 Untreue bey denen Armen-Geldern, er dieses wider sich hat, daß er seiner instruction gemäß, nicht verfahren, die Armen mit denen besiegelten Zettuln nach dem Cassirer nicht allemahl geschicket, sondern zuweilen schlechter Dings Geld darauf abfordern lassen, da man dann nicht wissen kan, ob solches Geld würcklich an die Armen ausgezahlet sey, wovon fol. 44. sein Geständniß vorhanden; dahergegen bey dem vierten Punct er sich völlig exculpiret haben möchte, nachdem, ob wol an dem zu dem Senator Müller gebrachten Gelde 2 Thlr. 15 Gr. ermangelt, dennoch solches aus Irrthum und Versehen bey dem Ueberzehlen der devalvirten Müntz-sorten leicht geschehen und erfolget seyn kan, bevorab da viele andere bey dem Ueberzehlen gewesen, und wenn etwas davon genommen, solches wol durch andere geschehen seyn kan, so, daß der Verdacht allein nicht auf ihn falle, so dann, daß er bey der Apothecke Meister Hacken einen andern Weg zu nehmen angerathen, aus guter Meinung geschehen, um bey den Leuten keine ombrage zu machen, und da also noch ungewiß, ob das Geld richtig gezehlet worden, sich auch nachgehends noch 1 Thlr. 12 Gr. in der Lade gefunden, man nicht sagen kan, daß etwas davon genommen sey. Uebrigens es nicht zu hart zu seyn scheinet, daß, wenn er allenfalls sich vermittelst Eydes reinigen sollte, er alsdann nichts destoweniger wieder zu seinen vorigen Aemtern und Gilde nicht zugelassen werden könne, zumahl das Erffurtische Urthel, als den Statutis zuwider, nicht zu regardiren, er darin de furto condemnatus sey, also infamiam contrahiret, auch so gar keine cau-

Boehm. Conf. T. III. P. II.

Ad L. XII. T. II. caution den malevolum animum eines administratoris pecuniarum publicarum hiebey nicht ändern könne, sondern derselbe schlechter Dings von aller administration nicht allein, sondern auch von dem Zutritt zu den Gilden ausgeschlossen seyn müsse.

§. 12. I. de suspect. tutor.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil aus denen actis
5 zu ersehen, daß, nachdem fol. 62. nach Maßgebung des Erffurtischen Urtheils anbefohlen worden, Inquisiten wieder zu der Gilde zu fordern, das Handwerck sich opiniatriret, solches zu thun sich geweigert, und eine denunciations-Schrifft wegen neuer Begünstigung übergeben, bey deren Unterschrifft aber nach dem fol. 75. sqq. abgestatteten Bericht der beyden syndicorum, Panzer und Hacken, es so ungebührlich zugegangen, daß die meisten Meister vorher in Brantwein besoffen gewesen, und jene zur Unterschrifft insolito more genöthiget worden, daher sie auch ihre denunciation revociret. Absonderlich aber aus dem gantzen Verfahren zu ersehen, daß der Handwercks-Meister, Johann Christian M. aus privat-Haß und auszuübenden Rache, wovon die documenta bey denen actis, die gantze denunciation gehindert, die am S. Andreæ-Tag beysammen gewesene Meister contra fidem datam vorher mit Brantwein angefüllet, selbst aber die Unterschrifft unterlassen, damit er als Zeuge gegen Inquisiten aufgeführet werden möchte, mithin als fax et tuba der gantzen denunciation anzusehen, der durch dieselbe den Inquisiten in Unglück bringen wollen, mithin auf dessen Aussage so wenig zu bauen, daß solche Inquisiten nicht einsten graviren mögen, bevorab da er denselben von seinem Amte zu bringen, sich aber in dasselbige wieder zu bringen, laut fol. 357. gesuchet. Darneben hierbey zu erwegen, daß bey den quæstionirten vier Puncten es an einem corpore delicti ermangelt, ohne welchem niemand mit einem purgatorio zu belegen,
6 da niemand in den meisten Puncten vorhanden, der, daß ihm etwas entwendet sey, deponiren könne, wie dann

CARPZ. *pr. crim. qu. 81. n. 17.*

absonderlich bey dem ersten Punct sich niemand findet, der anzeigen könne, daß ihm ein schwartzes Tuch ausgetauschet sey, vielmehr alles auf des testis secundi et quarti Aussage ankommt, gleichwol der erste Zeuge gantz verwerflich und dessen Aussage hinlänglich eliciret ist, da niemand von den andern Meistern von seiner Bestraffung etwas weiß, in denen protocollis nichts zu befinden, auch was fol. 360. er ausgesaget, und im öffentlichen Regimente ihm vorgehalten haben will, sich ex actis publicis, wenn es wahr wäre, verificiren müste, darneben testis quartus solches zwar fol. 114. bejahet, gleichwol ad art. 6. nachhero sich erkläret, daß Inquisit in Kuntzens-Hause einsmahls sich über dem Herren-Tisch berühmet, wie er schwartz Tuch gegen gutes ausgetauschet, welches zwar pro gloriatione anzusehen, iedoch kein corpus delicti machet. Ferner bey dem andern Punct, daß Inquisit sich einsmahls berühmet, daß er von zwey Kleidern zwey Paar Hosen übrig behalten, und vor 5 Thlr. verkaufset, wiederum in leerer iactantz bestehet, niemand sich gemeldet, dem etwas gemangelt, alles aber auf die feindselige untüchtige Aussage des andern Zeugen und dessen Frau ankommt, welcher wegen ihres Mannes eben so wenig zu trauen, der sie leicht stimmen können, daß sie seine Aussage, die gantz verwerflich, bekräftigen müssen, bevorab da er an der Wasserstrepe, woselbst er solches gesaget haben soll, wohl in 20 Jahren nicht mehr gewohnet, wie die testes defensionales ad art. 8. f. 357. b. bekräftigen, so daß, wenn auch die iactantz wahr seyn sollte, solche doch einige Zeit vorher, und also lang vor 20 Jahren committiret seyn müsse, weswegen so wenig eine inquisition als 7
purgatorium statt finden kan,

l. 3. de requir. reis.

l. 22. C. de falsis.

LAVTERBACH *de præscript. crim. §. 3. 11.*

zu dem Ende auch in criminalibus die eigentliche Zeit des commissi criminis angegeben werden muß, so allenthalben ermangelt. Uebrigens, wenn der Handwercksmeister so sehr vor das Wohl seiner Zunft, wie er vorgegeben, portiret und besorget gewesen, ihm beyzumessen, daß er nun erst, da er den Inquisiten zu stürtzen gesuchet, solches angezeiget, welches eben seine schlimme Absicht darthut. Noch weniger aber bey dem dritten Punct er vllo modo graviret ist, welcher wiederum in der Aussage des andern Zeugens allein gegründet, der nichts mehr deponiren können, als daß Inquisit die zwey Batzen in Händen gehabt woraus nichts widriges folget, und eben so leicht ein anderer hat wegnehmen mögen, zu geschweigen, daß hier nur ein Zeuge, der gantz inhabilis ist, vorhanden, und kein indicium daraus gegen ihn gemachet werden kan. Endlich bey dem fünften Punct sich keine Spure findet, daß iemahls von Armen-Gelde etwas von Inquisiten unterschlagen seyn sollte, er auch, daß er bisweilen bloß Zettelchen, ohne die Armen selbsten, nach dem Cassirer geschicket, zwar gestanden, iedoch die Ursachen davon fol. 44. gemeldet, und alle subcon dadurch elidiret, bevorab da mannichmahl der Cassirer verreiset, und die Beschaffenheit derer Armen im Wege gewesen, daß er solche, wie er sonsten schuldig, nicht an den Cassirer schicken können, davon er fol. 45. ein notabel exempel anführet, und sich dabey auf die publiquen Armen-Rechnungen bezogen. Im Gegentheil bey dem vierten Puncte sich mehrere indicia hervorthun, da man nach der beyden Zeugen Aussage ad art. prob. 10.

fol.

fol. 115. b. die 150 fl. wol dreymahl überzehlet, iedesmahl voll und richtig befunden, noch 15. Gr. dazu geleget, Inquisit solches Geld nach dem senatore Müller getragen, seinem damahligen compagnon Hacken aber unter einer nichtigen Ursache eine andere Strass zu gehen, angemuthet, da doch niemand eine ombrage davon schöpffen mögen, wenn sie beyde coniunctim nach des senatoris Müllers Hause fortgegangen, und also ein ziemlicher Verdacht gegen Inquisiten übrig bleibet, daß er solches aus Gefehrde gethan, allermassen denn bey dem Aufzehlen würcklich 2 Thlr. gefehlet, und die 15 Gr. mit eingezehlet sind, welches sehr bedencklich ist, diese 2 Thaler und 15 Gr. auch noch würcklich der Zeugen Aussage nach fehlen, da, ob gleich noch 1½ Thlr. in der Lade gefunden worden, man doch nicht weiß, wie viel vorher eigentlich darin gewesen, dieserwegen, da er überzeuget ist, daß er sich an den publiquen Geldern zu vergreiffen unterstanden, der Verdacht dadurch gegen ihn in hac causa vermehret worden, so daß er gestalten Sachen nach, sich von diesem Verdacht reinigen muß. Und so ferne solches geschehen seyn sollte, alsdann sehr hart seyn würde, wenn man nach der Helmstadiensium sententia verfahren, und ihn dennoch von seinen Aemtern und Gülden ausschliessen wolte, da das fol. 24. befindliche Urthel in rem iudicatam ergangen, er ob solum conatum condemniret ist, weswegen aber infamia nicht
8 contrahiret werden kan, cum tantum de crimine condemnati infames fiant, *l. 7. C. de publ. iudic.* *Ad L. XII. T. II.* auch ausserdem er bereits ad officium, a quo suspensus erat, restituiret worden, und propter nouas suspicionis causas sein Platz bey der neuen Regiments-Besetzung so lange offen gelassen, bis diese Sache ausgemachet, welches, præstito iuramento purgatorio, und zwar per sententiam absolutoriam geschehen muß, darneben die Cämmerey-Anstalten so beschaffen, daß er von denen Geldern etwas zu unterschlagen nicht wohl im Stande ist, wenn die übrigen collegen auf ihn genugsam Achtung geben. Ein anders aber zu statuiren seyn will, wenn er das erkante iuramentum über den vierten Punct zu præstiren sich wegern sollte, weil er alsdann pro confesso zu halten, und dieserwegen billig zu bestraffen und auszuschliessen ist. Endlich in beyden Fällen von den Unkosten nicht befreyet werden kan, nachdem er nicht anders als per iuramentum purgatorium absoluiret worden, daneben die sententiam posteriorem wider sich hat, und also der magistratus berechtiget gewesen, gegen ihn zu inquiriren, dazu er durch seine unvorsichtige Handlungen Gelegenheit gegeben.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE OTOBR. MDCCXLIV.

Tit. III. De in litem iurando.

DECISIO CCLVII.

THEMA.

Sine magna caussa contra iuramentum in litem probatio contraria haud admittitur.

SVMMARIA.

Contra iuramentum legale et in litem probatio contraria admittitur n. 1.

Iurisdictio inferior nobilium se non extendit ad ministros ecclesiæ n. 2.

Iuramentum in litem contra eum, qui non est litis consors, præstari nequit n. 3.

Iuramentum in litem est species pœnæ n. 4.

Contra id probatio non nisi ex magna caussa locum habet n. 5.

Ne quidem contra rem iudicatam probatio facile admittitur n. 6.

Restitutio in integrum iterata vice peti nequit n. 7.

Si grauamina sint releuantia, iudex in concedenda restitutione facilis esse debet n. 8.

Res iudicata nocet vxori, si illa marito litem suscipere permiserit n. 9.

Qui liti hereditariæ se obtulit, pro coherede habetur n. 10.

Ad L. XII. T. III.

Auf interponirte remedia extraordinaria, in Sachen G. G. Vormunden der G. Kinder letzterer Ehe, Appellaten am einem, und C. E. G. verehlichte F. Appellantin am andern Theil, beyderseits deducenten und deducten, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich der Andere ꝛc. auf eingeholten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß, so viel die von dem Appellaten interponirte remedia extraordinaria betrifft, nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß Appellantinne zu dem ihr in sententia vom 6 Febr. 1740. nachgelassenen Beweiß nicht zu zulassen, sondern es schlechter Dings bey dem in erster instantz gesprochenen Bescheide zu lassen. So viel aber die von der Appellantinne interponirte remedia betrifft, so bleibet es derselben ohngehindert bey dem fol. 202. befindlich, und den 6. Febr. 1740. eröffneten Urtheil billig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol des Appellaten grauamina von keiner Erheblichkeit zu seyn scheinen möchten, angesehen, 1) gegen die bisherige Rechts-Krafft Appellatinne gehörige remedia interponiret, allenfals anitzo noch bey denen interponirten remediis extraordinariis die Frage aufgeworffen sey: ob sie nicht mit der restitutione in integrum gegen die Rechts-Krafft zu hören sey? 2) So dann die dem letztern Urtheil angehängte declaratio iuris seyn möchte, die ohnedem der Rechts-Krafft derer vorigen Urtheil, wenn gleich die restitutio in integrum nicht statt finden sollte, nichts benimmt, indem solche darunter verstanden wird, da Rechtens ist, quod
1 contra iuramentum legale, quale est in litem, admittatur probatio in contrarium;

l. 4. §. 3. D. de in lit. iur.

wie denn auch 3) nicht folgen will, dieweil keine appellatio gegen solche Urthel, darin einer ex iuramento in litem condemniret ist, zugelassen wird, also auch kein neuer Beweiß zugelassen werden könne, zumahl dieser aus denen gemeinen Rechten herrühret, und in der Cammer-Gerichts-Ordnung nicht aufgehoben worden. Im Gegentheil 4) der Appellantinnen grauamina von mehreren Gewicht zu seyn scheinen, angesehen nicht gleich auf die desertionem appellationis erkant, sondern nach dem edicto vom 30. Ian. 1736. §. 21. vielmehr causa principalis ventiliret werden sollen, damit sie doch ausführlich nicht gehöret, ihr auch factum mariti eiusque negligentia nicht zum Schaden gereichen könne, bevorab da 5) causa iusta restitutionis vorhanden gewesen, und die Schönewerderische Gerichte in dieser Erbschafts-Sache eines verstorbenen Predigers zu erkennen, incompetenter sich angemasset, da über geistliche Personen in causis ciuilibus, gleichwie dem magistratui inferiori, also insonderheit dem Cammer-Gerichte die iurisdiction gelassen sey, die Dorffgerichte aber keine iurisdictionem über Prediger hätten, mithin
daraus folge, daß die sententia ab incompe- 2
tente iudice lata nulla sey, so dann 6) was ihr Mann vxorio nomine gethan, ohne ihrem Willen geschehen, er, wie nach der Cammer-Gerichts-Ordnung tit. 22. §. 10. erfordert würde, cautionem rati nicht bestellet, und sie solches zu ratihabiren nicht Willens, darneben er 7) kein litis consors sey, und also das iuramentum in litem nicht gegen ihn mit abgeschworen werden können, da, wenn er debitor hereditatis gewesen, er seorsim belanget werden 3
müssen, dieserwegen billig die restitutio in integrum nicht denegiret werden mögen, wozu noch 8) ein neues gravamen im letzten Urthel gekommen sey, worin der Appellantinnen negatiuam, daß sie mit ihrem Mann 600 Thlr. als Vater-Theil aus dem G. Vermögen nicht erhalten habe, zu erweisen nachgelassen, als welches das eigentliche Vorgeben und assertum der Appellantin gewesen, dahero solches ihr, als Klägerin, zu erweisen obgelegen, wie denn auch, wenn ihr Mann von solcher Erbschafft was erhalten, solches mit ihren conferendis nicht zu vermengen gewesen, dahero derselbe 9) sich beständig gewegert, sich weiter in diese Sache zu meliren, und die deductionem gravaminum mit zu thun, dieserwegen es das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urthel in diesem puncte reformiret, und auf die restitutionem contra desertam appellationem erkant werden sollen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) et 2) das iuramentum in litem zwar ein iuramentum legale ist, aber deswegen nicht indistincte dagegen, wie ohne alle limitation erkant ist, der 4
Gegenbeweiß zugelassen, zumahl solches in contumaciam gegen die Appellantinne und ihren Mann erkant und abgeschworen, und als eine species poenæ anzusehen ist, die dergleichen beneficium regulariter nicht zuläßet.

l. 2. §. 1. de in lit. iur. l. 8. Cod. ibi: *cum et contumacia punienda sit.*

Ausserdem die probatio contrarii nicht anders als ex magna causa et postea repertis pro- 5
tionibus allein statt findet,

l. 4. §. 3. de in litem iur.

welches also nicht pro regula, sondern pro singulari exceptione anzunehmen ist, dazu aber bishero so wenig ein genugsamer Grund in actis sich finden wollen, daß vielmehr aus der Appellantinnen und ihres Mannes tergiversation zu schliessen, daß alles nur pro eludendo iuramento in litem auf die Bahn gebracht sey, und sie Zeit genug gehabt, solchen Beweiß,

wenn

wenn sie das Gegentheil aus neuen Beweiß-Gründen, so sie vormahls nicht besessen, führen wollen, zu führen, so daß diese declaratio billig geändert werden müssen, bevorab da ad 3) gegen dergleichen condemnationem ex iuramento in litem keine appellation nach der Cammer-Gerichtsordnung zugelassen ist, welches aus keinem andern Grunde als propter contumaciam veram et in poenam eius geschehen, welche auch ebenfalls regulariter keinen Beweiß contra rem iudicatam zulassen
6 kan, sondern allenfalls ex magna causa, quae restitutionem operari posset, geschehen müsse, so hier fehlet; übrigens da einmahl bey dem letztern Urtheil diese declaratio geschehen, die Unkosten im vorigen und diesem Urthel übergangen werden müssen. Und so viel ad 4) die grauamina der Appellantinnen betrifft, aus denen Acten erhellet, daß die gegen die sententiam primae instantiae interponirte appellation pro deserta erkant sey, solches Urtheil in rem iudicatam ergangen, und wie dagegen Appellantin restitutionem in integrum gesuchet, sie dennoch mit ihrem Suchen abermahl rechtskräftig abgewiesen worden, gleichwol sie abermahl per rescriptum, daß super restitutione rechtlich erkant werden solle, erhalten, worüber doch bereits erkant worden, dem ohngeachtet abermahl dieselbe cum refusione expensarum abgewiesen worden, und solches denen Rechten
7 nach geschehen müssen, da dergleichen Erkäntniß, die schon bereits super restitutione geschehen, nicht mehr statt finden sollen,

l. t. C. si sepius in integr. restitut.

und das dagegen erhaltene rescriptum, salua exceptione et iure tertii, zu verstehen gewesen, so daß die tergiversatio derer Appellantin dadurch auf allen Seiten hervor leuchtet, und vorlängst also in dieser Sache res iudicata vorhanden gewesen, und ob wol die appellation abermahl fol. 70. verstattet, und die Sache von neuem weitläuftig deduciret worden, dennoch erkant worden, daß wohl gesprochen und übel appelliret sey, wobey aber Appellantin noch nicht acquiescire, sondern von neuem ad remedia extraordinaria ihre Zuflucht genommen, deren gravamina aber unerheblich sind, angesehen, daß die fatalia appellationis versäumet, klar am Tage ist, und Appellantinne nicht leugnen mögen, nirgends aber zu finden, daß die Erkäntniß super formalibus aufgehoben seyn solle, indem das edictum cit. nur dieses will, daß, wenn die materialia erheblich, alsdenn man so genau auf den defectum formalium nicht sehen solle, als welches ohnedem iuris communis ist, vt iudex facilis esse debeat in restitutione in integrum contra de-
8 sertionem, si grauamina fundata appareant, gleichwol da man die grauamina nicht von der Wichtigkeit, nach abgestatteten Bericht, gefunden, solche appellatio billig ex capite desertionis verworffen werden müssen, weil sonsten die fatalia umsonst und ohne allen effect seyn würden, wenn einem ieden negligenti, *Ad L. XII.* der ohnedem wenig vor sich hat, dergleichen *T. III.* prætext zur Ungebühr anzuführen, erlaubet seyn solte, allermassen dann ad 5) keine nullität, wie auch causa iusta restitutionis ex incompetentia fori hier anzutreffen, wie bereits das Cammer Gericht und die hiesigen Scabini davor gehalten, da die Schönwerdersche Gerichte obligniret und inventiret, Appellantinne die Bevormundung derer Appellaten daselbst gesuchet, die Erbschafft daselbst befindlich gewesen, und also die Erbtheilung, dabey eben die streitige Puncte vorgekommen, in hoc foro wohl vorgenommen und beurtheilet werden mögen, Appellantinne auch selbsten einräumet, daß dem magistratui inferiori in causis clericorum ciuilibus die iurisdictio zustehe, sich aber kein richtiger Grund findet, woher die nobiles, iurisdictione gaudentes, nicht unter die inferiores magistratus gerechnet werden solten, wie solches Appellat fol. 256. auch ex praxi Marchica behauptet, so dann ad 6) die Appellatinne zugelassen, daß ihr Mann in ihrem Namen in prima instantia alles dirigiret, vxorio nomine sich gemeldet, und ohnerachtet er cautionem rati nicht bestellet, sie doch solches nunmehr nicht improbiren, noch ihr Mann sich von ihr trennen kan, cum illa pro se mari-
9 tum iura sua defendere permiserit, adeo vt etiam res iudicata ipsi opponi queat.

l. 63. D. de re iudic. ibi: *quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est.*

Dahero nunmehro zu spät ist, die ratihabitionem eorum, quae a marito gesta sunt, zu denegiren, da solches alles mit ihrer Bewilligung geschehen seyn muß, und wenn sie ihres Mannes facti sich nicht theilhaftig machen wollen, sie darwider protestiren und contradiciren müssen, wie dann ihr Mann selbst, ohngeachtet er in lite sich nicht weiter finden lassen will, nunmehr nicht weiter zurück treten kan, da er sich mit in den process meliret, vieles communi nomine an sich gezogen, und verursachet hat, daß auch das iuramentum in litem gegen ihn mit erkant worden, da er causam communem mit seiner Frauen gemachet, und man wohl weiß, daß, weil der Mann bey der Frauen Erbschafft, davon er die Nutzungen hat, am meisten mit interessiret gewesen, er also mit seiner Frauen causam communem gemachet, ja auch von der sententia inferioris instantiae appelliret, und sich ad 7. nunmehr dem processui, postquam se eo ipso facto obtulit, nicht weiter entziehen und vorgeben kan, daß er nicht coheres sey, und ratione dessen, was er in der Erbschafft auszuliefern haben möchte, separatim belanget werden müsse, als welche invention bloß in fraudem legis et ad eludendas vires rei iudicatae angesehen ist, so nicht zu dulden, im Gegentheil auch wol einer ipso facto als coheres sich aufführen 10 kan, ob er gleich kein solcher ist,

Ad L. XII. T. III. *l. 3. D. expil. hered.*

übrigens ad 8) Appellantinne sich nicht zu beschweren hat, nachdem der Anhang des vorigen Urtheils nunmehr geändert, und Appellate post præstitum iuramentum in litem keinen Beweiß zu führen nöthig hat. Endlich ad 9) es nicht darauf ankommt, ob der Appellantinnen Mann sich weiter in dieser Sache einzulassen weigere, indem auf solche Weise das Urthel erster instantz gegen ihn zur Rechts-Krafft kommet.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE MART. MDCCXLI.

DECISIO CCLVIII.

THEMA.

Iuramentum in litem ex iusta causſa contra heredes præstari potest.

SVMMARIA.

Nemo ob iustam ignorantiam iurare cogitur n. 1.

Cessante dolo et lata culpa heredum iuramentum in litem contra eos locum non habet n. 2.

Iuramentum in litem est beneficium actoris, quod ei obtrudi nequit n. 3. 7.

Sententia contra rem iudicatam nulla est n. 4.

Iuramentum in litem credulitatis actorem non gravat n. 5.

Ex dolo defuncti post L. C. contra heredes iuramentum in litem locum habet n. 6.

Si actor in litem iurare recusat, sed quanti res est, aduersarium condemnari maluit, mos ei gerendus n. 7.

Iuramentum in litem in minorem summam præstari potest n. 8.

Moderationem iudicis prærequirit n. 9.

Auf interponirte Leuterung und erfolgte Gesetze, in Sachen des Königl. Preuß. Geheimten Krieges-Raths, von H. modo dessen Erben, Leuteranten und Klägere an einem, und des Pensionarii C. von S. wie auch dessen Witwe und Erben, Leuteraten und Beklagten am andern Theil, erkennen Wir Georg der Andere, von GOttes Gnaden, König von Groß-Britannien, Franckreich und Irland, Beschützer des Glaubens, Hertzog zu Braunschweig und Lüneburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Schatzmeister und Churfürst, nach eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem n. act. 36. befindlichen, und den 10. May 1738. eröffneten Urtheil billig zu lassen, auch die vielfältig geschehene Ungehorsams-Beschuldigungen, gestalten Sachen und Umständen nach, billig zu verwerffen und unstatthafft zu halten sind. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol schon 1) der seel. Hr. Baron von H. das erkante iuramentum in litem vor unmöglich gehalten, zumahl er leicht das quantum zu hoch bestimmen, und seinen Nächsten, oder die Leuteraten drücken könte, und wenn er es auch gleich gering setzen wolte, dennoch er allemahl, scrupulosam conscientiam behalten würde, um destoweniger also dessen Erben zu dessen Bestimmung und Ablegung ob iustam ignorantiam bestand zu achten; bevorab da 2) der pensionarius C. nunmehro verstorben, und solches gegen dessen Erben geschworen werden soll, so doch regulariter nicht angehet; si enim neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis conuincitur, omissa iurisiurandi facultate, iudex de veritate cognoscet, 2

l. 2. C. de in lit. iur.

und ob wol 3) das n. 20. befindliche Urthel in rem iudicatam gegangen, dennoch solches die Leuteranten nicht binden möchte, da das iuramentum in litem ein beneficium actoris ist, 3 so ihm nicht zu obtrudiren,

l. 71. de rei vind.

noch ihn præcise binden kan, bevorab da 4) bereits den 11. Febr. 1736. dem Leuteraten per decretum Rechts-kräftig ausserleget, die eingehobene Straf-Gelder gehörig zu specificiren, wel-

welches auch den 10. April 1736. wiederholet
ist, und es dahero scheinen will, als wenn die
4 beyden Urthel sub n. 20. und n. 36. contra rem
iudicatam und unkräftig ertheilet worden,

l. 1. C. quando provoc. non est necess.

bevorab da 5) C. sich dazu coram commissione verbunden, und 6) dadurch, daß er solche nicht specificiren könne, oder wolle, propriam turpitudinem allegiret, Leuteranten aber 7) die in iusta ignorantia, und zwar noch mehr als der seel. Krieges-Rath von H. sind, dadurch nicht graviret werden möchten, einen Beweiß zu führen, und das quantum ausfündig zu machen, als welches 8) aus denen protocollis nichts heraus gebracht werden können, und dazu noch, wenn das iuramentum in litem statt finden könte, 9) dem iudici die moderation des von Leuteranten angegebenen quanti in sententia vorbehalten worden. Uebrigens 10) es scheinen will, als wenn Leuteraten unendliche moras nectiret, und also billig in die contumacial-Kosten condemniret werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) das erkante iuramentum in litem ein blosses iuramentum cre-
5 dulitatis ist, und Leuteranten genugsam im Stande sind, dabey ein ungefährlich quantum anzugeben, dazu sie schon einen guten Grund in der bey n. act. 1. befindlichen Beylage haben, darneben nicht abzusehen, wie man ohne diesen Eyd heraus kommen könne, da Leuteraten die specification herauszugeben sich wegern, und wenn sie in contumacim harren solten, kein medium aliud zum Zweck zu gelangen übrig bleibet, als entweder das iuramentum in litem zu übernehmen, oder den Beweiß darüber zu führen, jenes auch ad 2) gegen die Leuteraten in præsenti casu wohl statt finden mag, da es bereits rechtskräftig gegen
6 den verstorbenen C. erkant ist, welche Rechts-Krafft die Erben ohnstreitig verbindet, qui eriam tenentur ex dolo defuncti post L. C. bevorab, da sie ebenfals contumaces in edenda specificatione iurata sind, Leuteranten aber ad 3) post rem iudicatam nicht mehr zugelassen gewesen, das erste Urthel sub n. 20. zu impugniren, darin ihn auch nur freygelassen, sich des iuramenti in litem zu bedienen, oder zu erweisen, wie viel eigentlich C. von a. 1724. bis 1728. an Straf-Geldern eingehoben, und wenn sie dem ersten nicht nachkommen wollen, so ihnen nicht obtrudiret wird, sie dem letzteren punct, davon man nunmehro nicht weiter abgehen kan, ein Gnügen zu leisten schuldig sind, zumahl es sich gebühret hätte, gegen das n. 20. befindliche Urthel Leuterung einzuwenden, wenn sie dabey nicht bestehen wollen, welches nunmehro zu späth ist, da der itzigen Leuterungs gravamina nicht das n. 36. befindliche, sondern das vorhergehende rechtskräfftige Urthel betreffen, solche beyde Urthel auch ad 4) nicht gegen die vorhergehende decreta lauffen, als welche sich in regula gründen, gleichwol weil Leuteraten *Ad L. XII.* demselben ein Genügen zu thun sich weigern, *T. III.* dazu kein medium compellendi, als das iuramentum in litem übrig ist, oder wenn Klägere solches zu præstiren bedencklich halten, den iniungirten Beweiß zu führen, quando enim 7
actor iurare non vult, sed quanti res est, adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est,

l. 71. D. de rei vindic.

gleichwol natürlich ist, daß das, quanti res est, zuforderst herausgebracht werden muß, h. e. quanti actoris interfuit,

l. 68. D. de rei vind.

welches derselbe beschweren oder beybringen muß, ohngeachtet ad 5) C. ad specificationem edendam sich verbunden, als wozu er sine omni pacto ohnedem verbunden gewesen, gleichwol bishero in dessen edition tergiversiret, man auch nunmehro die Rechts-Krafft zu verändern nicht im Stande ist, sondern der process in dem tramite, worin er stehet, fortgehen muß. Uebrigens ad 7) die ignorantia die Erben hiebey nicht schützen kan, da sie eines Theils ein gutes fundamentum in der Beylage sub n. 1. haben, und Nachricht in actis befindlich, daß unterschiedliche Huren-Brüche noch einkommen seyn müssen, andern Theils sie nur de credulitate schweren, und ein gewisses quantum angeben, und solches der moderation des Richters überlassen können, darneben ad 8) wenn sie bey denen protocollis noch
Zweiffel haben, ihnen frey stehet, ein desto ge- 8
ringer quantum anzugeben, welches eydlich zu bestärcken um desto weniger sie Bedencken tragen werden, da man wohl siehet, daß C. bey denen damahligen Umständen im Trüben gefischet, und was er erheben können, an sich gezogen, so daß, wenn sie auch nur 30 bis 40 Thlr. angeben, und solches quantum der gerichtlichen moderation übergeben, als welches ad 9) de-
nen Rechten nach geschehen muß, und Leute- 9
ranten solches widerrechtlich angefochten,

l. 68. de rei vindic.

alsdann man aus der Sache leicht heraus kommen, und alsdann die Sache zur execution gebracht werden kan. Uebrigens ad 10) die Sache dadurch sehr trainiret worden, daß es beyderseits an der legitimation ermangelt, und absonderlich die allodial-Erben von Seiten des Leuteranten sich nicht erkläret, ob sie den process fortsetzen wollen, wozu sie doch zuforderst angewiesen sind, welches erst n. act. 60. b. geschehen, worauf auch n. act. 66. sich die Leuteraten legitimiret, welche accrochirung so fort præcauiret werden mögen, wenn sich die Leuteranten bald erkläret, ehe solches aber nicht geschehen, sie die Leuteraten nicht valide contumaciren mögen.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen, bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMBR. MDCCXLIII.

LIB.

Ad L. XIII. T. VI.

LIB. XIII.

Tit. VI. Commodati vel contra.

DECISIO CCLIX.

THEMA.

In commodato et pignore iure Hamburgenſi dominium transfertur.

Vid. T. IV. Deciſ. CLIX. Them. 2.

Tit. VII. De pignoratitia actione.

RESPONSVM CCLX.

THEMA.

Res oppignorata in eadem qualitate, quæ tempore pignoris fuit, reſtituenda.

Vid. T. III. Reſp. LIII. Them. 5.

DECISIO CCLXI.

THEMA.

Impenſæ vtiles in pignore antichretico aliquando ſecundum pretium conuentum reſtituendæ.

Vid. Tom. IV. Deciſ. XC. Them. 3.

DECISIO CCLXII.

THEMA.

In antichreſi rationes de fructibus reddendæ.

Vid. T. IV. Deciſ. XCI. Them. 2.

RESPONSVM CCLXIII.

THEMATA.

I. Creditor immiſſus nunquam rem poſſeſſam ob malam fidem præſcribit.

II. Te-

II. Tenetur de fructibus perceptis et percipiendis rationes reddere. *Ad L. XIII. T. VII.*

III. Actio pignoratitia non nisi debito soluto institui potest.

SVMMARIA.

Creditor antichreticus post præscriptionem a rationum redditione liberatur n. 1.
Præscriptio tollit obligationem n. 2.
Longissimo tempore actiones reales ac personales præscribuntur n. 3.
Ignorantia crassa contra præscriptionem non indulget restitutionem in integrum n. 4.
Res iudicata tertio non nocet n. 5.
Rationum redditionis præscriptio in pignore antichretico a tempore solutionis currit n. 6.
Creditor pignoratitius etiam sine iudicato rationes reddere debet n. 7.
Solo animo possessio mutari nequit n. 8.
Ad impediendam præscriptionem sufficit generalis scientia, quod res aliena sit n. 9.
Qui alieno nomine possidet, non præscribit n. 10.
Licet centenaria sit possessio n. 11.
Mala fides nullo tempore purgatur n. 12.
Mala fides in omnibus actionibus præscriptionem impedit n. 13.
Creditor immissus iis, quorum interest, ad rationes obligatur n. 14.
Licet actio hactenus contra eum non mota n. 15.
M. f. impedit præscriptionem, licet negligentia creditoris manifesta sit n. 16.
Creditor immissus non nisi re dimissa a rationum redditione per præscriptionem liberatur n. 17.
Creditor immissus quomodo ab antichretico differat n. 18.
Rationes dubitandi ex facto desumtæ n. 19.
Rationes decidendi n. 20.
Immisso fit salvo iure tertii n. 21.
Sine iudiciali subhastatione immissus creditor dominium acquirere nequit n. 22.
Actio nondum nata non potest præscribi n. 23.
Actio omnis perpetua triginta annis præscribitur n. 24.
Rationes decidendi ex facto desumtæ n. 25.
Contra immissum creditorem datur actio pignoratitia n. 26.
Emtor sub pacto de retrouendendo recte præscribit n. 27.
Quomodo hic ab immisso creditore differat ibid.

Als derselbe uns einen fasciculum actorum priuatorum nebst vier Fragen ꝛc. so erkennen wir ordinarius etc. und zwar auf die erste Frage:

Quæstio I.

Ob die fol. 159. befindliche sententia denen Rechten gemäß sey, und den Beklagten als immissis creditoribus vornemlich die præscription zu statten kommen könne?

Vor Recht.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) angeführet werden möchte, daß Hr. Kläger gegen die Beklagte ex iure crediti potioris geklaget, und angegeben, daß das Guth Necla und Swantevitz von langen Jahren in concurs gestanden, und an. 1633. darin ein Urthel gefället worden, vermöge dessen der damahlige Capitain R. als immissus creditor Rechnung von denen Revenüen thun, und was er nach richtig- und von denen creditoren untersuchten Rechnungen an meliorationen, oder wegen J. S. des ältern, schuldig verbleiben solte, dasselbe aus Swantevitz und denen daraus gehobenen Früchten, wie auch C. M. wegen seines Posten der 17000 Fl. billig bezahlet werden, und was alsdann das Guth Swantevitz noch mehr seyn möchte, solches dem trunco bonorum zu gute kommen solte, welches Urthel auch in a. 1671. schlechter Dings confirmiret ist, woraus denn Kläger das fundamentum actionis genommen und gemeinet, daß, weil er ohngefehr in an. 1694. das Guth Necla angetreten, und die creditores priores befriediget, er aber über 22000 Fl. mehr als die taxe des Guths betragen, bezahlen müssen, er sich an Swantevitz erholen, und nach denen iudicatis von den Beklagten, nach abgelegter Rechnung de fructibus perceptis et percipiendis, und darauf erfolgter liquidation seiner Anforderung, das vielleicht sich ein vieles betragende residuum zu Tilgung der 22000 Fl. fordern, oder Swantevitz zu seiner Befriedigung dienen könne, gleichwol die Witenbergenses ICti die exceptionem præscriptionis hiebey so fundiret gefunden, daß sie

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

AA L. XIII. T. VII. so fort, daß Klägers Suchen nicht statt finde, erkant, cum tanta sit vis præscriptionis, vt haberi debeat ac si debitor satisfeciſſet,

2 *l. 45. in f. de adm. et peric. tut.*

dahero diese exception 2) als litis ingressum impediens gleich anfänglich opponiret worden, zumahl aus denen acten ersichtlich, daß von a. 1671. da die erste sententia de a. 1663. wegen Ablegung der Rechnung denen creditoribus zum Besten confirmiret worden, von keinem creditore die execution des Urthels vr-

3 giret ist, gleichwol bekant ist, daß alle actiones reales und personales longissimo tempore exstinguiret werden,

l. 3. C. de præscript. 30 vel 40 ann.

und dabey auf die negligentiam agere cessantis billig zu reflectiren, also Klägern beyzumessen ist, daß er seint a. 1671. still gesessen, nicht geklaget, sondern geschehen lassen, daß das Urthel nicht zur execution gebracht worden, bevorab da 3) Kläger selber anführet, daß er das Guth Necla an. 1696. überkommen, die creditores ex concursu nach dem prioritäts-Urthel befriediget, und also gar leicht nach der Beschaffenheit der Sachen sich aus denen concurs-acten informiren können, so, daß 4) nach Verlauf so vieler Jahre keine Klage, maxime ad præstationes personales, wohin Klägers Suchen gerichtet zu seyn scheinet, mehr statt

4 finden könne, die vorgeschützte Unwissenheit darneben 5) als crassa anzusehen, welche nicht einsten ad restitutionem in integrum zureichen möchte. Hierüber 6) nochmahls in a. 1699. eine Erkäntniß geschehen seyn soll, von welcher Zeit nichts weiter in der Sache ergangen, und dahero es nunmehr zu spät seyn möchte, auf die reassumtionem processus zu dringen, welches in effectu Kläger gegen Beklagte intendiret, wiewol 7) noch nicht einsten beygebracht, daß der Beklagten Vorfahren ad concursum citiret gewesen, darin gehöret, und die ergangene Urthel ihm publiciret worden, so, daß es auch hier

5 heissen möchte, res iudicata aliis nec nocet, nec prodest.

l. 63. de re iudicat.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch des Hrn. Klägers Klage nicht allein in re iudicata, vermöge welcher Beklagte zu Ablegung der Rechnung verbunden sind, und was daraus erübriget werden kan, denen potioribus creditoribus zum Besten abzutragen schuldig sind, sondern darneben nunmehro offenbahr ist, daß in an. 1634. des Hrn. Klägers Vorfahren das Guth Swantevitz durch einen ordentlichen Vergleich von M. abgetreten, und er also solches ohnedem ex manibus immissi creditoris, der nichts mehr als ein ius pignoris prætorii daran haben kan, zu reluiren, und darneben befugt ist, von denen fructibus perceptis et percipiendis Rechnung zu fordern.

l. 3. C. de pignorat. act.

dagegen keine præscription als a tempore factæ solutionis, vel reluitionis statt finden 6 kan,

l. 9. D. de pign. act.

wie ad quæst. quartam wird dargethan werden, vorizo aber die Haupt-Frage bloß darauf ankommt, ob der Beklagte nach derer ICtorum Witebergensium Meinung sich gegen des Hrn. Klägers Anforderung wegen Ablegung der Rechnung mit der exceptione præscriptionis schützen könne? welches die rationes dubitandi, die aus denen rationibus decidendi entlehnet sind, keinesweges euinciren, zumahl ad 1) hier zuforderst auf die Beschaffenheit der Beklagten zu sehen, die laut denen acten, wegen der an sich gebrachten Schulden in anno 1651. als creditores immittiret worden, sie auch sub hac qualitate von der Zeit an solches Guth besessen, und wenn wegen der Berechnung auch niemahls eine Erkäntniß ergangen, sie dennoch auch vorizo noch da- 7 zu schuldig seyn würden,

l. 3. C. de pign. action.

dagegen ihnen auch keine præscription, sie mag so lang seyn, als sie will, zu statten kommen kan, angesehen sie beständig gewust, daß sie als creditores immissi auf Rechnung sitzen, und rem alienam qua creditores administriren, sie auch binnen der gantzen Zeit solo animo sich 8 keine andere causſam possidendi geben können,

l. 1. §. 19. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.

vielmehr aus dem von ihnen selbsten producirten documento wohl gewust, daß das Guth Swantevitz dem Hrn. Kläger zugehöre, ja ad impediendam præscriptionem eine generalis scientia genug ist, rem a se possessam esse alienam, cum omnes scire debeant, quod suum non est, hoc ad alios omnibus modis per- 9 tinere,

l. f. C. vnde vi.

welches ad impediendam præscriptionem genug ist,

BOEHMER *vol. II. P. II. arg. 922. n. 4.*

wie denn kein Rechtsgelehrter iemahls statuiret hat, daß ein immissus creditor vllo tempore contra quemcunque præscribiren könne, da er weiß, daß er rem alienam besitzet, und wegen dessen beständiger administration nicht anders als administrator rei alienæ consideriret werden könne, dergleichen possessor sich keiner præscription iemahls anmassen kan, cum nec creditor antichreticus, qualis suo modo est immissus creditor, vllo tempore 10 præscribere queat.

MYNSING *decad. 3. resp. 2. n. 86. sqq. et 91.*

KLOCKIVS *tom. IV. conſ. I. n. 326.*

Dahero dann ad 2) obgleich alle actiones wenigstens lapsu XXX. annorum verlohren gehen, den-

dennoch solches von keinem possessore rei alienæ de iure canonico opponiret werden kan, quia in hac præscriptione quoque bona fides, qua quis credit, rem, quam possidet, esse suam, est necessaria, vt nec plus quam
11 centenaria præscriptio tali possidenti prosit,

HARPRECHT *consil. 30. n. 77. sqq.*

sed post aliquot annorum myriades adhuc actio competat

KNIPSCHILD *de iur. et priuil. ciuit. imper. lib. II. c. 9. n. 74.*

12 cum mala fides nullo tempore purgari possit,

ANDREOLVS *contr. for. 65. n. 6.*

welches nicht allein in actionibus realibus, sondern auch personalibus statt findet, ita vt
13 quotiescunque de mala fide debitoris constat, nullius temporis præscriptio eidem prosit,

MEV. *P. VII. dec. 173.*

COTHMAN *vol. II. resp. 63. per tot.*

welches fast nirgends besser, als auf einen administratorem rei alienæ, qualis etiam est creditor immissus, zu appliciren, angesehen ein solcher creditor weiß, daß er allen Rechten nach auf Rechnung sitze, und so lange er rem alienam administriret, dazu denenjenigen, quorum interest, verbunden sey, und sich davon nullo temporis lapsu befreyen könne, da er täglich, ja stündlich die Beschaffenheit seiner Umstände, und dieses weiß, daß er qua immissus creditor, omnibus, quorum
14 interest, ad rationes reddendas de fructibus perceptis et percipiendis verbunden sey

l. 3. C. de pignor. act.

so daß diese Wissenschafft ihn täglich seiner Schuldigkeit erinnert, und er niemahls, so lange er rem alienam administriret, in den Stand kommet, sich davon loszumachen, mithin daß bishero auf die Ablegung der Rechnung und liquidation der Schuld-Forderung gegen ihn von niemand, auch dem Kläger
15 selbsten nicht gedrungen worden, ihm nicht zu statten kommen, noch dem Kläger die negligentia schaden kan, da man nicht mit einem schlechten debitore, sondern mit einem possessore rei alienæ zu thun hat, der wegen des besitzenden Guths debitor ist, und dem die Wissenschafft, se rem alienam possidere, beständig gegen alle Verjährung, etiam mille annorum, im Wege stehet, und operiret, daß kein creditor, der auf Ablegung der Rechnung wegen seines Interesse zu klagen befugt ist, mit der præscription abgewiesen werden mag, weil man sonsten allen possessoribus et administratoribus rerum alienarum, scienter possessarum, das Wort contra aperta prin-
16 cipia iuris reden, ja niemahls eine actio contra malæ fidei possessorem statt finden würde,

Bohm. Conf. T. III. P. II.

wenn man blos auf die negligentiam agere cessantis, und nicht dabey auf die qualitatem possessoris zugleich mit sehen sollte, diesemnach ad 3) bey solcher Beschaffenheit in keine consideration zu ziehen, daß die Herren ICti Witebergenses blos ihre rationem decidendi ex negligentia des Klägers, da er doch seit anno 1694. in dem Gute Necla gesessen, herleiten, so doch unzureichend ist, vielmehr man dabey wahrnehmen sollen, ob der Beklagte in statu præscriptionis sich befunden, als welcher ja notorie diese exception vor sich und zu seinem Behuf angeführet, gleichwol nullo colore iuris dargethan werden mag, daß er in statu præscriptionis contra quemcunque gewesen, nachdem es hiebey vornemlich auf den debitorem possessorem und dessen Beschaffenheit ankommt. So dann ad 4) was von denen præstationibus personalibus, und daß solche verjähret seyn sollen, angeführet ist, ohne Zweifel auf die erkante und sonsten schuldige Ablegung der Rechnung gehet, und dabey man endlich wol zugeben kan, daß, ceteris paribus, und wann die debitores von solcher Schuld nicht gewust, eine præscription post rem dimissam, quæ sub administratione antea fuit, wohl statt finden 17
könne, gleichwol allhier solches gantz inapplicabel ist, da die Beklagte ex iure immissionis das Guth Swantevitz noch besitzen, und bishero gewust haben, daß sie als immissi creditores auf Rechnung gesessen, ja noch bis diese Stunde sitzen, in welchem Fall kein administrator rei alienæ sich von seiner Schuldigkeit losmachen kan, weil, so lange er besitzet, er auch zugleich rem alienam administriret, und sich ipso facto täglich zur Berechnung verbindet, ita, vt ipsum lex perpetuo interpellet ad rationes reddendas, quæ omnem præscriptionem impedit, welches absonderlich bey einem creditore immisso anzunehmen, als welcher inuito debitore besitzet, und deswegen von einem creditore antichretico, qui voluntate debitoris fructus percipit, sehr zu distinguiren ist, und beständig in nexu bleibet, alle und jede fructus zu 18
berechnen,

l. 3. C. de pignor. act.

etiamsi creditor immissus longæuam possessionem pro se habeat et debitor in mora non soluendi sit,

MERLIN *de pignor. lib. V. qu. 45. n. 15. 16.*

welches sich hieher sehr wohl schicket, da der Beklagten Vorfahre wegen der Morderschen Post, so Klägers Gros-Vater schuldig gewesen, unter andern vornemlich immittiret, und wenn also gleich der Kläger bishero sich zur Zahlung nicht angeschicket, noch deswegen liquidation anzulegen gesuchet, dennoch solches denen Beklagten zum Vortheil nicht gereichen, noch ad 5) dem Kläger die ignorantia schaden

AAL.XIII T.VII kan, weil doch aus der administratione rei alienæ die obligatio ad rationes reddendas übrig bleibet, auch umsonst ad 6) wegen der reassumtione litis die quæstio aufgeworffen wird, da anno 1699. noch Erkäntniß in dem concurs ergangen, und anno 1737. der Proceß schon angegangen, ja wenn auch ad 7) Beklagten Vorfahren nicht einsten in lite begriffen gewesen, und das iudicatum de anno 1663. ihn nichts angegangen, er dennoch allezeit zur Ablegung der Rechnung ex qualitate, qua possidet, verbunden bleiben würde, wiewol aus denen Urtheln selbsten zur Gnüge erhellet, daß er nothwendig mit in den concurs sich eingelassen haben müsse, weil in beyden Urtheln gegen ihn erkant ist.

So halten wir davor, daß non obstantibus rationibus ICtorum Witebergensium dem Beklagten bewandten Umständen nach die exceptio præscriptionis nicht zu statten kommen könne.

Die andere Frage belangend:

Quæstio II.

Ob also nicht nach dem gründlichen consilio derer ICtorum Gryphiswaldensium und dem fol. 179. befindlichen libello prouocationis und der Pommerischen Gerichts-Ordnung P. III. tit. 6. §. 14. auf die bishero nur versäumte liquidation erkant werden müssen?

Rationes dubitandi.

Obwol hiebey eben die vorigen rationes dubitandi, und darneben noch diese angeführet
19 werden möchte, daß 1) Schwantewitz ein domainen-Guth primordialiter sey, an welchem Kläger keinen Anspruch machen könne, wie er doch durch die anstellete Klage zu machen intendiret, und Beklagten zu Berechnung der Revenüen, und wann die Schuld getilget seyn sollte, zu dessen Abtretung anhalten wollen, wozu er doch sich noch nicht legitimiren können, und obgleich 2) dessen Aelter-Vater mit darin auf die Helffte des Pfand-Schillings interessiret gewesen, dennoch aus dem Permutations-Contract de anno 1618. zu ersehen, daß solcher mit S. W. allein auf 40. Jahr geschlossen, und allenfalls dessen Erben, nicht aber Klägern zu klagen zustehe, jene aber 3) längst abgefunden, und ihr Recht an Beklagten Vorfahren cediret haben, daher zu verwundern seyn möchte, daß noch in sententia de anno 1663. des Mörderschen Postes Erwehnung geschehen, welcher sich damahls nicht mehr bey dem concursu, cessione facta, gemeldet haben kan, Beklagtens Vorfahre aber 4) mit dem Concurs nichts zu thun gehabt haben, und ihm dahero res iudicata inter alios lata nicht præiudiciren möge, allenfalls aber 5) Beklagtens Vorfahren so viel darauf bezahlet haben, daß deducto calculo, wie sie schon gewiesen, nichts übrig bleiben, vielmehr das Guth kaum die Zinsen der darauf bezahlten Capitalien abtragen dürffte.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch bereits auf die hiebey 20
einschlagende dubia, wegen der præscription zur Gnüge geantwortet, und gezeiget worden, daß ein immissus creditor nullo iure sich von der Berechnung der Früchte, in Ansehen derjenigen, quorum interest, losmachen könne, unter solchen Interessenten aber vornemlich der Herr Kläger sey, der eines Theils ex re iudicata de anno 1663. ein befugtes Recht habe, auf dessen execution zu dringen, und die Beklagte zu Ablegung der Rechnung anzuhalten, dazu sie auch, wenn das iudicatum nicht vorhanden wäre, schuldig beständig bleiben würden, weil Kläger behauptet, daß er anteriores creditores befriediget, und also wegen 22000. Fl. interessiret sey, andern Theils aber der Vergleich de anno 1634. mehr als zu klar darleget, daß alles Recht an Swantewitz Klägers Vorfahren abgetreten sey, und Beklagten blos wegen der cedirten Schuld-Forderungen und Hypothequen in anno 1651. ihr Recht an dasselbe erhalten, diesemnach Klägers angestellete Klage gnugsam fundiret sey, dagegen dann die rationes dubitandi adductæ nichts vermögen, zumal ad 1) die qualitas domanialis eine exceptio de iure tertii ist, so Beklagte nichts angehet, noch sie von ihrer Schuldigkeit liberiret, sie auch darneben wohl wissen, und selbsten angeführet, daß der fiscus ratione dominii sich bereits seines Anspruches begeben, er auch darneben andere Güther ex permutatione besitzet, die allenfalls heraus gegeben werden müsten, der Herr Kläger also ad 2) nunmehr nicht allein auf die Helffte, wie im Anfang, sondern nunmehr auf das gantze Guth interessiret, und darneben auch als älterer creditor befugt sey, die liquidation der Früchte sowol, als die darauf bezahlte Schulden zu begehren, und obgleich ad 3) die Mörderische Schuld-Forderung auf 17000. Fl. bereits ante sententiam de anno 1663. bezahlet worden, dennoch dieselbe nur per modum cessionis von der Beklagten Vorfahren gezahlet, und auf sie transferiret ist, daß sie also in ihrem vorigen Wesen geblieben, und in dem Urthel nothwendig nach dem ersten creditore, der die 17000. Fl. darauf gehabt, designiret werden müssen, vielmehr daraus ad 4) zu schliessen, daß der Beklagten Vorfahren als cessionarii bey dem Concurs sich gemel-

det,

det, und ihre iura dociret haben müssen, weil eben davon das gantze Urthel redet, und ihrentwegen erkant, sonsten es nöthig gewesen seyn würde, zuförderst auf deren citation, als bekante creditores, vornemlich zu erkennen, wiewol auch die edictalis citatio sie ohnedem verbunden, bey dem concurs sich einzulassen,
21 da bekant, quod omnis immissio fiat salvo iure tertii et cuiuscunque et obliget immissos ad rationes reddendas de fructibus perceptis et percipiendis,

BRVNNEM. *de conc. credit. c. III. §. 12.*

adeo vt absque iudiciali subhastatione non
22 possint ius dominii in bona immissa impetrare.

STRVK ad BRVNNEM. *de conc. credit. c. 2. §. 6.*

welches auch mit der Hof-Gerichts-Ordnung *P. III. tit. 6. §. 14.* überein kommt, als welche diejenigen, die blos ein ius retentionis ex prætensa hypotheca haben, verbindet, sofort ihre Schuld zu liquidiren, und da es als illiquidum erkant sey, sich dessen nicht bedienen, sondern die Güther räumen, da es aber liquid, zwar in den Güthern sitzen, doch aber auch keine administration, als mit Verwilligung der creditorum, und mittelst vorgehenden Vergleichs, wie es damit zu halten, sich anmassen solle, welches denen gemeinen Rechten mehrentheils gemäß, hier aber gnug ist, daß Beklagte nur als immissi creditores das Guth Swanteuitz besitzen, und zur liquidation, so lange ihre causa possidendi unverändert gelassen wird, obligiret verbleiben, bey welcher sich ad 5) finden wird, ob ihre cedirte Forderung als liquid geachtet werden möge, wohin zwar in sententia de anno 1663. die Mörderische Post a 17000. Fl. gezogen, hergegen was der Capitain R. sonsten an die conductores bezahlet, und dieselbe liquidiret, als illiquid noch zur Zeit erachtet, und deswegen auf richtige, und von denen creditoribus untersuchte Rechnungen erkant, und dahero auch die mit denen vormahligen conductoribus angelegte Rechnungen ad acta zur Untersuchung zu bringen, zugleich mit gedrungen worden, als ein deutliches Kennzeichen, daß solche Berechnungs-Posten erst untersuchet und ad liquidum gebracht werden sollen, welches aber bis dato noch nicht geschehen, und Beklagte um destomehr zu dieser liquidation anzuhalten sind, da es sich alsdann finden wird, ob und wie weit Beklagte von solchen illiquiden Forderungen Zinsen prætendiren können, da sie kein Recht mehr vor sich haben, als ihre cedentes gehabt, denen aber die exceptio illiquidi entgegen gestanden.

Als halten wir davor, daß nach dem consilio ICtorum Gryphiswaldensium so wol als gemeinem Rechte, und damit übereinstimmenden Pommerschen Processs-Ordnung auf die bishero versäumte liquidation zu erkennen sey. *Adl. XIII. T. VII.*

So viel die dritte Frage betrifft:

Quæstio III.

Ob, da auch coram supremo tribunali regio eine contraire Urthel erfolget, bey dem noch offen stehenden iudicio reuisorio ein obsieglich Urthel zu hoffen sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

So erlediget sich dieselbe aus denen bey den vorhergehenden Fragen, und wie in der Pommerschen Tribunals-Ordnung *P. III. tit. 7.* das remedium reuisionis denen grauatis übrig gelassen, und dabey versehen ist, mit was vor grosser Sorgfalt, reiffen Bedacht und Fleiß die zwey relationes aus denen acten geschehen, nachgehends erwogen, und bey zweiffelhafften Fällen und vorfallenden Bedencklichkeiten, warum es bey vorigem Urthel nicht zu lassen, vorher ein gütlicher Vergleich versuchet, und in dessen Entstehung ein Urthel publiciret werden solle, also ist kein Zweifel, daß bey so wichtigen Gründen, die, unserm Bedencken nach, unumstößlich und so beschaffen sind, daß dagegen keine præscriptio cuiuscunque temporis statt finden könne, auf eine reformatoriam werde erkant werden, mithin Herr Kläger eine obsiegliche Urthel zu hoffen habe.

Endlich so viel die letzte Frage betrifft:

Quæstio IV.

Ob, wenn das ius crediti, welches bishero contra concreditores vrgiret ist, per præscriptionem erloschen zu seyn gehalten werden möchte, die S. nicht zutreten, ex nouo capite agiren, und ex iure agnationis das Guth Swanteuiz in Anspruch nehmen können?

Rationes dubitandi.

Obwol, wenn das ius crediti von Seiten des Herrn Klägers als erloschen angesehen werden sollte, es nicht zu begreiffen seyn möchte, wie die Herren S. ex iure agnationis ein ius herleiten, und noua actione das Guth Swanteuitz in Anspruch nehmen sollten, zumal wenn

Add. XIII. 1. VII. sie ein ius dominii daran zu prætendiren vermeinen, solches vorlängsten ebenfalls durch die præscription erloschen, und also keine actio mehr übrig seyn könne, ja wenn sie ein Lehn-
23 Recht, wovon doch nichts in actis zu finden, daran haben und vorgeben sollten, daß ihnen die præscription, ehe das Lehn an ihnen gefallen, nicht schaden, noch solche gegen sie lauffen könne, dennoch sich nicht finden will, daß schon die actio respectu ihrer nata sey, da ohne Zweiffel der Herr Kläger noch denen Vettern vorgehen wird, und also die agnati dazu zu gelangen nicht berechtiget seyn werden. Endlich wenn man etwa das ius reluendi darunter verstehen und den Vergleich de an. 1634. zum Grunde legen wollte, dennoch denen agnatis so wenig ein gegründetes Recht als dem Herrn Kläger daraus zustehen möchte, da abermal denenselben die exceptio præscriptionis entgegen stehet, nachdem alle actiones binnen 30 oder 40 Jahren ihre Endschafft erreichen, und also auch das ius reluendi binnen solcher Zeit aufzuhören scheinet, wenn auch gleich ein ius perpetuum reluendi reseruiret seyn sollte, weil die perpetuitas actionum binnen den gemeldeten Jahren sich endiget,

24 GRATIANVS *discept. for. tom. I. c. 2.*
MENOCH *lib. II. c. 143. nr. 364. etc.*
PARISIVS *lib. III. conf. 92.*
SCHVRFF. *cent. 1. conf. 70.*
KÖPPEN *decis. 1.*

Herr Kläger auch nicht leugnen mag, daß Beklagten Vorfahren von anno 1651. das Guth Swanteuitz besessen, woraus eine solche Verjährung entstehen möchte, daß kein ius agendi mehr übrig zu seyn scheinet.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch wir von einem nexu
25 feudali, und daß die S. überhaupt dazu gehöret, in actis nichts finden, und also von der Beschaffenheit des Guths nichts als den Vergleich de anno 1634. angetroffen, wir dahero nicht eigentlich noch zur Zeit absehen mögen, ex quo iure agnationis sie von neuem klagen, und denen agnatis vi actionis iam natæ ein ius proprium zuschreiben wollen, zumal wenn Herr Kläger keinen Zugang mehr zum Guthe ex iure dominii haben sollte, sie auch suo tempore als Erben nicht mehr zu klagen befugt seyn können, auch noch lange nicht ausgemachet ist, daß die possidentes sich längst ausgewohnet, und das Guth von ihren Anforderungen frey geworden, als welches erst aus der anzulegenden liquidation sich finden wird, inzwischen wir doch aus dem Vergleich de anno 1634. wahrnehmen, daß vormahl C. Morder wegen seiner Frauen sich mit I. S. verglichen, demselben all sein Recht an dem Guthe Swanteuitz abgetreten, und sich nur wegen der darauf hafftenden Post ein ius hypothecæ vorbehalten, er auch darauf in die possess des Guths als sein Eigenthum gekommen, jedoch, nachdem die darauf stehende Schuld nicht bezahlet, und Beklagten Vorfahre sich solche inzwischen cediren lassen, es geschehen, daß er sowol dieser als andern bezahlten Posten halber anno 1651. die immission erhalten, und seint solcher Zeit er und seine Erben, qua immissi creditores, auf Berechnung in Swanteuitz gesessen, dieserhalb ohnstreitig ist, daß sowol Klägern als seinen Erben ein ius reluendi zustehet, solches aber nicht anders geschehen kan, als bis die Beklagte zuförderst liquidiret, und de fructibus perceptis et percipiendis Rechnung abgeleget, damit man wahrnehmen möge, ob und was noch, liquidatione facta, zu bezahlen sey, dagegen dann keine Verjährung statt findet, weil in der That
hier vtilis pignoratio angestellet wird, vtpote 26
quæ datur debitori contra eum, qui pignus prætorium ex iure immissionis possidet

l. 5. §. 21. D. vt in possess. legat.

welche aber ehender als, soluto debito, statt finden, mithin auch die præscriptio zu lauffen nicht ehender anfangen kan, cum demum actio pignoratitia soluto debito nascatur.

l. 9. §. 3. de pignorat. act.
STRYK *de action. inuest. sect. III. membr. I. ax. 1.*

Ubrigens was einige von der præscriptione des Wiedereinlösungs-Rechts anführen, hieher und auf immissos creditores nicht zu ziehen, sondern blos von dem Wiederkauff zu verstehen ist, und den casum betrifft, wenn demsel- 27
ben das pactum beygefüget worden, vt quandocunque relui possit, davon kein argumentum auf immissos creditores, die blos ein Guth ex pignore prætorio besitzen, zu machen, da ein Käufer sub pacto de retrouendo das prædium nomine proprio, ja rem propriam et non alienam; ein creditor immissus aber rem alienam wissentlich besitzet, und zu Berechnung der Revenüen verbunden ist, wozu ein Käufer sub pacto retrouenditionis nicht verbunden ist, und da nach der von Beklagten geschehenen production des documenti de anno 1634. sich veroffenbaret, daß der Herr Kläger als dominus des Guths Swanteuitz auch aus diesem fundament ein ius fundatum agendi ad reluitionem habe, in dem Wittebergischen Urthel darauf gesehen, und keine præscription, quæ possessori scienti, se rem alienam possidere, non prodest, admittiret werden sollen, so aber solches gäntzlich hintan gesetzet, und nur das ius potioris crediti, woraus Kläger anfänglich geklaget, zum fundamento decisionis geleget, Klägern dahero nunmehro unbenommen bleibet, sich darin vornemlich auch bey der reuision zu gründen, allenfalls aber auch, wenn

welches nicht verstattet werden sollte, die Relations-Klage separatim anzustellen, bey welcher dann nothwendig auf die anzulegende liquidation und abzulegende Berechnung erkant werden muß.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß Herr Kläger sich nunmehr zum Guthe Swantevitz selbsten als dominus durch den Vergleich de anno 1634. legitimiren, und also in reuisorio oder auch alensalls separata actione auf die reluition gemeldeter massen klagen könne. V. R. W.

Adl. XIII. T. V. II.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE IVLIO MDCCXLIII.

DECISIO CCLXIV.

THEMA.

Ius reluendi pignus antichreticum nondum soluto debito præscribi nequit.

SVMMARIA.

Actiones personales ad reluitionem tendentes 30 annis præscribuntur n. 1.

Creditor antichreticus ne quidem possessionem ciuilem, qua opinione domini possidere dicitur, habet n. 2.

Nec vsucapere potest n. 3.

Reluitio pignoris est imprescriptibilis n. 4.

Actio vtilis pignoratitia datur ei, qui in iura debitoris transit n. 5.

Auf interponirte Supplication und dawider vorgebrachte exceptiones in Sachen des Einnehmers L. Beklagten und Supplicanten an einem, und des Organisten und Küsters L. auch I. M. Klägers und Supplicaten am andern Theil, erkennen Churfürstlich-Grosbritannische ꝛc. nach eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Supplication ohngehindert bey dem n. act. 74. befindlichen, und den 6. May 1743. eröffneten Urtheil billig verbleibet, Supplicant auch die expensas retardati processus nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung dem Supplicaten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter sich durch das vorige n. act. 74. befindliche Urthel daher grauiret befunden, daß auf die Wiedereinlösung der quæstionirten M. nach der Klägere intention erkant sey, da doch aus dem V. Concurs und retro actis erhelle, wie die Klägere niemahlen etwas mehres als das Guths-Herrn-Recht an denen quæstionirten M. erhalten, hergegen das ius pignoris und die jährlichen præstanda zu genieſſen ihm conseruiret, und er dabey per iudicatum von 22. April 1714. ausdrücklich geschützet worden, und ob er wol das Guths-Herrn-Recht ihnen nicht streitig mache, dennoch daraus nicht folge, daß sie ihm ihr ius pignoris entziehen, und sich des iuris reluendi anmassen können, zumal das Guths-Herrn-Recht ohne das ius percipiendi censum villicationis nicht pro necessario connexis iuribus zu achten, und er der Beklagte über 50. Jahr den Meyer-Zins gehoben, mithin ihm die præscriptio quinquagenaria zu statten kömme, da sonsten die actiones personales, per quas ius reluendi exercetur, binnen 30. Jahren bekanter massen præscribiret werden, woraus denn auch die condemnatio in expensas, worin das andere grauamen bestehe, erlediget werde.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Supplicant in seiner deductione grauaminum den Grund zur decisione selbsten setzet, und p. 3. saget:

Das dominium directum oder Guths-Herrn Recht mache ich ihnen, Supplicaten, in keine Wege streitig.

ingleichen solches von neuem von dem cedente, wovon Kläger ihr Recht haben, also schreibet:

Und dem Herrn von V. cedent ist dem ohngeachtet das Guths-Herrn-Recht von mir nie angestritten

und wie nun der Beklagte und Supplicant ein merum ius pignoris antichretici, vermöge dessen er die Meyer-Gefälle loco vsurarum

Adl. XIII. t. VII. rum bishero genossen, gehabt, also ohnstreitig eines Theils daraus folget, daß er als creditor antichreticus kein Eigenthums-Recht sich an denen Meyer-Gefällen anmassen könne, vt

2 nequidem possessio ciuilis, qua quis affinior domini possidere dicitur, in creditorem transeat

l. 15. §. 2. D. qui satisd. cog.

l. 36. D. de acquir. vel amitt. possess.

3 vnde nec vsucapere rem antichreticam potest creditor,

l. 1. §. 15. de acquir. vel amitt. poss.

andern Theils aber dem domino pignoris antichretici, so hier der Guths-Herr ist, allemal das ius reluendi saluum bleiben muß, als welches dem domino, und hier dem Guths-Herrn vel qui ab eo causam habet, allemal zustehet, vt nulla temporis præscriptione se

4 tueri possit creditor

l. 10. l. 12. C. de pignor. act.

cum soluto debito vel eo oblato demum incipiat currere præscriptio actionis pignoratitiæ

l. 9. §. 3. D. eod.

und obgleich die Klägere die M. bey Beklagten nicht versetzet, sondern dieselbe tertii possessores sind, dennoch eo ipso, da sie das Guths-Herrn-Recht über die quæstionirten M. und deren fundos überkommen, ihnen auch tacite das ius reluendi zugleich mit übertragen seyn muß, weil sie in das Recht des ersten debitoris getreten, und wie derselbe allemal die Wiedereinlösung zu thun befugt gewesen, also auch die itzige Guths-Herren solches thun können, auf welche ex contractu des ersten debitoris oppignorantis ex tacita voluntate, quæ hodie pro cessione est, solches Recht gefallen, vt vtili actione pignoratitia agere queant

l. 16. D. de pact.

l. 2. C. de oblig. et act.

l. 7. et 8. C. de act. vel hered. vend.

ohngeachtet Beklagter per rem iudicatam bey seinem iure pignoris bestätiget worden, als wodurch dasselbe nicht unablöslich geworden ist, sondern nach wie vor dem iuri reluendi unterworffen geblieben, welches allein gnug gewesen, der Klägere intention zu bestätigen, ohngeachtet sie darneben sich noch in expressa cessione gegründet haben, woraus denn auch zugleich das andere grauamen wegfällt, da Beklagter kein ius contradicendi fundatum gehabt, und ohne zureichenden Grund supplicivet.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVNIO MDCCXLIV.

Adl. XIV. t. VI

LIB. XIV.

Tit. VI. De SCto Macedoniano.

DECISIO CCLXV.

THEMA.

Contra debitum, pro quo pater interceſſit, exceptio SCti Macedoniani opponi nequit.

SVMMARIA.

Senatus consultum Macedonianum in odium creditorum introductum n. 1.
Pater pro mutuo filii fideiubens huic præiudicare nequit n. 2. 4.
Quasi extraneus interuenisse creditur n. 3.
SCti Macedoniani exceptio primario in fauorem patris introducta n. 5.
Vnde cessat, si pater in mutuum consentit n. 6. 7.
Exceptio huius SCti filio non proprio iure, sed propter patrem competit n. 7.
Sola scientia patris excludit hoc SCtum n. 8.
Filio renunciauti SCti exceptio non competit n. 9.
Versionem in rem non creditor, sed tertius, cuius nomine mutuum ab alio contractum, probat n. 10.

Als Ew. Magnificenz und die Herren uns interponirte querelam nullitatis, und darüber erfolgtes Verfahren in Sachen I. C. F. Klägers an einem, und Licent. M. Beklagten am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß Kläger die opponirte exceptionem SC. Macedoniani zur Gnüge elidiret, und dahero Beklagter von angestellter Klage nicht zu absoluiren, sondern vielmehr das libellirte Capital der 60. Thlr. nebst dem interesse moræ Klägern zu bezahlen schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter eingewendet, daß 1) das SC. in odium creditorum eingeführet worden, und dahero in dubio gegen dieselbe billig zu
1 sprechen sey, und obwol 2) der Vater des Beklagten vor diese Schuld gebürget, und dadurch in dieselbe seinen consens ertheilet, dennoch es scheinen möchte, daß dadurch dem Sohne nicht præiudiciret worden sey, als welcher
2 denen beneficiis, pro filiis famil. introductis, durch sein factum so wenig renunciiren, als dem Beklagten seine ihm proprio iure zustehende exception benehmen könne, bevorab da 3) aus der Bürgschafft des Beklagten Vaters kein solcher consens geschlossen werden
3 möchte, welchen die Rechte ad excludendam hanc exceptionem respectu filii erfordern, pater enim, qui fideiubet pro filio, quasi extraneus interuenisse creditur;

l. 1. §. 4. D. quod iussu.

diesemnach 4) nichts weiter daraus erfolgen möchte, als daß, wenn des Beklagten Vater
4 noch lebete und belanget worden wäre, er qua fideiussor bezahlen müssen, so aber den Beklagten, als welcher seines Herrn Vaters Erbe nicht geworden, nichts angehet, noch ihm seine ihm zukommende exception benehmen könne.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) zwar das SC. Macedon. in odium creditorum, aber auch
5 zugleich und principaliter in fauorem patris introduciret worden,

§. 7. I. quod cum eo, qui in al. potest.

dergestalt, daß dem filio familias diese exceptio nicht anders als propter patrem, und so weit solche der Vater gebrauchen kan, zustehet, adeo, vt si pater etiam ex post facto *Add. XIV. T. VI.* in mutuum filii consensit, SCti exceptio prorsus respectu vtriusque cessat, 6

l. f. C. ad SC. Maced.

diesemnach ad 2) es irrig ist, daß diese exceptio dem Sohne proprio iure zustehet, und derselbe solche gebrauchen könne, wenn gleich dem Vater solche denegiret worden, allermassen diese exception blos dem Sohn wegen des Vaters zustehet, weil sonsten dem Vater solche nichts helffen würde, wenn der Sohn bezahlen müste, mithin si sciente vel iubente 7 patre mutuum datum filiofamilias, diese exception völlig cessiren muß,

l. 12. D. ad SC. Vellei.

wie denn auch ad 3) kein Mensch zweifeln wird, daß des Beklagten Vater in dieses mutuum consentiret, da er davor gebürget, zumal obgleich kein iussus patris aus solcher Bürgschafft gezogen werden mag, dennoch wenigstens simplex consensus daraus zu schliessen ist, da auch sogar ad excludendam hanc exceptionem simplex scientia patris gnug ist, 8

per cit. l. 12.

vnde filius familias ipse, qui patris voluntate mutuum accepit, non potest vti hac SC. Maced. exceptione

l. 2. C. ad SC. Maced.

diesemnach da ad 4) Beklagter selbsten einräumet, daß, wenn sein Herr Vater noch lebete, derselbe bezahlen müste, daraus nothwendig folget, daß er Einwendens ohngehindert ebenfalls bezahlen müsse, bevorab da er noch vor sich selbsten dazu der exceptioni SC. Mace- 9 don. in dem Schuld-Scheine renunciiret, dessen Herr Vater fol. 12. b. sich zu der Schuld bekant, und daß solche Schuld nicht zu des Beklagten, sondern zu seines Brudern Nutzen angewendet sey, wie er aus dem documento f. 13. behaupten will, ihn von der obligation nicht frey machet, da er proprio nomine auf sich contrahiret, und keinem creditori anzumuthen, daß er untersuchen solle, in cuius 10 rem pecunia mutuo data versa fuerit, da die exceptio non factæ versionis blos dem tertio, cuius nomine mutuum ab alio contractum est, zustehet,

l. 27. D. de reb. cred.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVNIO MDCCXL.

Ad L. XV. T. I.

LIB. XV.

Tit. I. De peculio.

DECISIO CCLXVI.

THEMA.

Alienationem aduentitiorum a patre nulliter factam liberi, qui eius heredes facti, impugnare nequeunt.

Vid. T. IV. Dec. XXXIX Them. 3.

RESPONSVM CCLXVII.

THEMA.

Mater a rationum redditione quoad bona aduentitia non est exemta.

Vid. T. IV. Resp. CCCCLXXI. Them. 6.

RESPONSVM CCLXVIII.

THEMA.

Vtrum patri nomine liberorum transigere integrum sit?

Vid. T. IV. Resp. DLII. Them. 5.

Ad L. XVI. T. I.

LIB. XVI.

Tit. I. Ad SCtum Velleianum.

DECISIO CCLXIX.

THEMA.

I. Mulier, quæ pro eo, ob quod interceſſit, æquipollens accepit, non iuuatur SCto Velleiano.

II. *Exceptio alterius tanti moroſis debitoribus non datur.*

SVMMARIA.

SVMMARIA.

Ad L. XVI. T. I.

Rationes dubitandi ex facto desumtæ n. 1.

Mulier, quæ in compensationem intercessionis aliquid accepit, non iuuatur SCto n. 2.

Præsertim, si fundo antichretico vsa est ibid.

Quilibet tertio acquirere potest n. 3.

Exceptio læsionis non probata haud prodest n. 4.

Vsuræ ex noua debendi causa vltra alterum tantum currunt n. 5.

Exceptio alterius tanti morosis debitoribus non prodest n. 6.

Als dieselbe uns interponirte appellation, deren adhæsion und erfolgte Gesetze in Sachen der Fräulein Geschwister von B. Appellanten und Beklagten an einem, und des Pastoris M. und conf. Appellaten und Klägern am andern Theil, in zwey zurück kommenden volum. zugeschicket ꝛc.

Daß die appellatio in ihren formalibus zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an dieselbe erwachsen; der Materialien halber aber erscheinet aus denen acten und derer Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß in voriger Instanz woht gesprochen, übel davon appelliret, und die sententia a qua schlechterdings zu confirmiren, dabenebst auch wegen der adhæsion es bey derselben lediglich zu lassen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Appellantinnen, als Beklagte 1) der Klage exceptionem non competentis actionis opponiret, und sich dadurch, daß darauf in decidendo nicht reflectiret sey, grauiret befunden, allermassen sie vorgeschützet, daß sie kein Geld von Klägern empfangen, und 1 ihnen also die exceptio non numeratæ pecuniæ entgegen stehe, daneben der zwischen ihnen und ihrem Bruder errichtete contract eine res tertii sey, wobey sie nicht concurriret, noch als Mit-contrahenten anzusehen, vielweniger solchen acceptiret noch subscribiret, hierüber 2) sie ihre eigene Schuld-Scheine nicht extradiren wollen, und also dadurch zu erkennen gegeben, daß sie allein sich an der Beklagten Bruder halten wollen, und obwol 3) ihnen zur Sicherheit vor ihre Forderung zwey Höfe von ihrem Herrn Bruder abgetreten, jedoch solches nicht erblich, sondern antichretice, nach Inhalt des Vergleichs geschehen, sie aber dabey sehr lædiret worden, zumal die Höfe lange so viel nicht ertragen könten, als die Zinsen ausmacheten; ausserdem 4) keine denunciation vorher geschehen, so doch in gedachtem Vergleich mit ihrem Bruder ausgemachet sey, endlich auch 5) die vsuræ vltra alterum tantum nicht adiudiciret werden können, da doch solches in Rechten und der praxi Germaniæ verbothen, und sie dazu keinesweges schuldig wären. Uebrigens da appellat 6) ratione expensarum der appellation adhæriret, und vermeinen wollen, daß, weil die Appellanten keinen Grund zu excipiren gehabt, sondern sich ohne erhebliche Ursache der Bezahlung entziehen wollen, da sie sich doch offenbar dazu verbindlich gemachet, es das Ansehen gewinnen will, als wenn auch hierauf in decidendo reflectiret werden müssen.

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) aus dem ad acta gebrachten Vergleich zwischen denen Beklagten und ihrem Herrn Bruder mit mehren erhellet, daß dieser die zwey Schuld-Forderungen nebst restirenden Zinsen, als richtig agnosciret, solche zu bezahlen seinen Fräulein Schwestern überwiesen, und sie sich verbunden solche Posten zu bezahlen, so daß, ob sie gleich diese Schulden selbsten nicht contrahiret, dennoch dadurch sich verbindlich gemachet, daß sie solche übernommen, und dagegen die exceptionem SC. Vellej. nicht opponiren können, weil sie sowol wegen ihrer eigenen, als dieser übernommenen Schuld zwey Bauer-Höfe von ihrem Herrn Bruder antichretice überkommen, solche bishero genutzet, und davon die Bezahlung thun müssen, ja vermöge des Vergleichs sie freye Macht haben, sich 2 nunmehro nach verflossenen vier Jahren, so darin gesetzet, derer quæstionirten Höfe eigenthümlich anzumassen, und davon zu disponiren, welches sie auch bereits würcklich gethan, und den einen Hof verkauffet, davon die Kauf-Gelder bis zu Austrag der Sache deponiret sind, in solchem Fall aber, wenn feminæ für fremde Schulden Sicherheit und ein æquiualent in Händen haben, sie schlechterdings zu Bezahlung der Schulden verbunden sind,

l. 22. D. ad SC. Vellej.

dabey auch nicht anzusehen, daß die Appellaten nicht bey solchem Vergleich concurriret, da gnug seyn kan, daß derer Beklagten Herr Bruder in der Absicht mit ihnen contrahiret, daß er denen Klägern die Anforderung an ihnen, seinen Fräulein Schwestern, acquirirte, welches sowol nach Römischen Rechten actionem vtilem denen creditoribus in solchen Fällen ex æquitate concediret, als nach teutschen Rechten insonderheit kräfftig ist, 3

BÖHMER *de iure ex pacto tertii quæstoc. II.*

Ad L. XVI. T. 1. bevorab da ad 2) der Klägere Erblasser darum muß gewust haben, weil Beklagte gegen sie dieses opponiret, daß er die in act. pr. inst. befindliche Schuld-Scheine nicht heraus geben wollen, welches nicht anders begreiflich ist, als daß sie von ihm begehret worden, er solche aber mit Recht zurück behalten, weil sonsten der Vergleich mit ihrem Hrn. Bruder, der sich darauf referiret, einen Anstoß bekommen haben würde, so, daß das relatum manquiren solte, diesemnach der von denen Beklagten daraus gezogene widrige Schluß, als wenn Klägere sich blos an ihren Bruder halten wolten, gar un-
4 richtig, noch dabey ad 3) die opponirte exceptio læsionis anzusehen ist, als welche sie mit nichts beygebracht, darneben dadurch hinweg fällt, daß sie nach verflossenen vier Jahren, wie ihnen nach dem Vergleich zugelassen worden, derer zwey verpfändeten Höfe sich erblich angemasset, darüber disponiret, und den einen bereits verkauffet, wiewol dieser Punct ihren Herrn Bruder angehet, den Klägere mit ihnen auszumachen nicht schuldig sind, hierüber da sie 4) in offenbarer mora gewesen, und selbsten von anno 1734. keine Zinsen an den creditorem gezahlet, es keiner denunciatione solenni vonnöthen, sondern die Klägere auf Eintreibung der Schuld zu klagen befugt gewesen. Endlich ad 5) die exceptio alterius 5
tanti allhier, vbi noua debendi causa bey denen Beklagten sich befindet, ohnedem cessiret, und sie ex suscepta fratris obligatione noua von neuem dazu verbunden gewesen, nicht zu gedencken, daß solche exception von morosis debitoribus nicht einsten opponiret werden 6
mag.

MEV. *P. VII. decis. 4. n. 1. 2.*

Und so viel ad 6) der Klägere adhæsion betrift, solche billig wegfallen müsse, da Beklagte doch etwas vor sich gehabt, so probabilem litigandi causam gewürcket.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE NOV. MDCCXLI.

RESPONSVM CCLXX.

THEMA.

Mulier, quæ scienter cum falso curatore fideiussit, ob dolum SCto Velleiano non vtitur.

SVMMARIA.

Mulier in præiudicium vsusfructus marito debiti sine eius consensu se obligare nequit n. 1.

SCti Velleiani renunciatio sine certioratione effectum non habet n. 2.

In matrimonio pactis dotalibus circumscripto mulier sine marito se recte obligat n. 3.

Dolose mulier videtur intercedere, quæ eum, qui non est curator, quasi curatorem subscribere patitur n. 4.

Renunciatio SCti Velleiani verbis germanicis facta non indiget certioratione n. 5.

Mulier sciens non certioranda n. 6.

Qui scire potuit et debuit, pro ignorante non habendus n. 7.

Dolus bonus nemini præiudicat n. 8.

Qui se falsum tutorem dixit, de dolo ad indemnitatem tenetur n. 9.

Culpa actoris cum dolo rei non compensatur n. 10.

Als dieselbe uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen und zwey Fragen ꝛc.

Hat der Fürstl. Sächsische Rath und Amtmann Herr C. H. anno 1728. von seiner Frau Schwieger-Mutter, der verwittibten Frau Hof-Räthin C. S. W. erborgtes Capital von 800. Thlr. nebst restirenden Zinsen, so der Herr Iustiz-Rath C. A. S. zu P. und dessen Frau auf drey Jahr erborget gehabt, cediret bekommen, und nur gedachte Ehe-Leute bey Fürstl. Landes-Regierung zu B. in Klage genommen, worüber der gedachte Iustiz-Rath in solche Umstände gerathen, daß er besorgen müssen, es würden des Herrn Marggrafen zu B. Durchlaucht die ihm versprochene anderweitige Dienste nicht angedeyen lassen, wenn der Process fortgesetzet werden sollte, welcher schlechte Zustand seinen beyden Schwestern der verwittibten Hof-Räthin W. und Frauen M. S. T. dergestalt zu Hertzen gegangen, daß sie sich nach der Beylage sub n. 1. interponiret, und den Herrn creditorem dahin gebracht, daß er gegen ihre Bürgschafft den

den Proceß fallen lassen, und das Capital denen beyden S. Ehe-Leuten noch drey Jahr gestundet. Hat sich nun Herr D. C. F. S. vor einen constituirten Vormund der Frau Hof-Räthin T. ausgegeben, in solcher qualität das documentum sub n. 1. unterschrieben, solcher aber nunmehr nicht seyn will, und sind inzwischen beyde Frauen Bürginnen mit Tode abgegangen, dahero die T. Erben nunmehr der Zahlung sich wegern, und dabey erstlich gefraget wird:

Quæstio I.

Ob nach Beschaffenheit dieser Sache der Frau Hof-Räthin T. Erben wegen des gedachten Capitals und Zinsen belanget werden können?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol eingewandt werden möchte,
1 daß 1) die Frau Hof-Räthinne T. ohne Einwilligung ihres Mannes, wie doch geschehen, zu Bezahlung des gedachten Capitals sich nicht verbindlich machen können, zumal einem Manne der vlusfructus seiner Frauen Güther zustehet, und sie dahero zu seinem præiudiz darüber nicht frey disponiren mag, darneben sie 2) als maritata keinen curatorem gehabt, obwol D. S. sich davor ausgegeben, sie auch 3) wegen ihrer denen Weibes-Personen zustehenden beneficiorum nicht certioriret worden, so daß die geschehene renunciation pro non facta zu halten, cum non certiorata mulier exceptionem SCti Velleiani opponere non prohibeatur.
2

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) die Ehe zwischen Herr Hof-Rath D. T. und seiner Frauen be-
3 dungen gewesen, und jener seiner Frauen Güther nicht zu nutzen gehabt, sondern sie von solchen frey disponiren, und sich in deren regard ohne ihres Mannes consens wohl obligiren mögen, sodann ad 2) sie doch den Herrn D. S. vor ihren Vormund ausgegeben, und auf dem Fall, da solches nicht wahr seyn sollte, sie nothwendig einen animum decipiendi gehabt haben muß, da sie wohl gewußt, daß sie ohne curatore sich nicht verbürgen könne, und dennoch ihren Bruder Herr D. S. fälschlich vor ihren curatorem ausgegeben, denselben sub hac qualitate unterschreiben lassen, und denen Rechten nach propter dolum commissum verbindlich seyn würde,

4 *l. 2. §. 3. ad SC. Vellej. l. 5. C. eod.*

bevorab da diese Verbürgung die Frau Hof-Räthin T. für ihren leiblichen Bruder in dessen höchsten Bedrängniß, und da sein gäntzli- *Ad L. XVI. T. I.*
cher Ruin darauf bestanden, wenn der gegen ihn angestellete Proceß fortgeführet worden, gethan, durch welche Vorstellung sie selbsten ad fideiubendum bewogen worden, und den Herrn creditorem induciret, daß er den Proceß zu des debitoris conseruation, an welchem der Frau Hofräthin T. weil dieser ihr leiblicher Bruder, gelegen gewesen, fallen lassen, und ihre Bürgschafft dagegen angenommen, woraus wenigstens ihre wahre Absicht und intention, sich aufs kräfftigste zu verbinden, erhellet, und ad 3) aus dem instrumento sub n. 1. selbsten klar erhellet, daß sie ihrer Rechts-Wohlthat ipecifice renunciiret, und dessen
5 wohl verständiget worden, bevorab da solches mit dürren deutschen Worten geschehen, welche sie aus den Worten selbsten, da sie kein Kind mehr gewesen, wohl begreiffen können, also die exceptio non factæ certiorationis allhier sehr impertinent angeführet ist, cum
6 sciens certiorari non debeat

l. 1. in f. D. de act. emt. vend.

zumal die certioratio nicht ad solennitatem, sondern blos propter scientiam geschehen muß, welche sie aus denen deutschen Worten zur Gnüge fassen und haben können.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die T. Erben wegen dieser Schuld auf Capital und Zinsen de iure belanget werden können.

So viel die andere Frage betrifft:

Quæstio II.

Ob nicht Herr D. C. F. S. weil er sich als curator der Frau T. unterschrieben, auf den Fall, wenn er derselbe nicht seyn sollte, ebenfalls in subsidium deswegen ad indemnitatem belanget werden könne?

Rationes dubitandi.

Obwol der Herr Rath und Amtmann H. sich dabey nicht excusiren möchte, daß er geglaubet, daß der Herr D. S. der Frau T. curator gewesen, indem er solches bey denen Gerichten leicht erfahren mögen, wenn er nur nachgefraget, und dabey aus denen Rechten bekant ist, quod is, qui facile scire potuit
7 et debuit, pro ignorante non habeatur,

l. 7. §. 7. l. 19. D. de SC. Maced.

so dann Herr D. S. extra dolum malum gewesen seyn will, da die Sache seinen leiblichen Bruder, und dessen conseruation angegangen, und er billig vor ihn besorget seyn müssen,

welches aber nicht geschehen mögen, wenn er angezeiget, daß er der Frau Hofräthin T. curator nicht sey, so daß es allenfalls auf einen dolum bonum hinaus kommen würde, qui nemini præiudicat, cum desit animus decipiendi.

Ad L. XVI. T. I.

8

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch an dem ist, daß der Hr. D. S. sich fälschlich vor seiner Frau Schwester curatore ausgegeben, und dabey wohl gewust, daß ohne ihres curatoris Unterschrifft, als welche der Hr. creditor beständig vrgiret, dieser die sub n. 1. befindliche Verschreibung nicht annehmen würde, noch könne, da eine verheyrathete Ehefrau ohne curatore nichts valide verrichten, noch sich verbinden mögen, und aus denen Rechten bekant, quod is,

9 qui se falsum tutorem dixit, ex suo dolo ad indemnitatem teneatur,

l. 1. D. quod falsf. tutor. gest.

woraus denn leicht begreiflich ist, daß solches dolo bono nicht geschehen mögen, vielmehr solches Vorgeben in præiudicium tertii gereichet, und wenn gleich der creditor sich bey dem foro academico davon leicht informiren können, und solches, weil er ihren Versicherungen getrauet, unterlassen, dennoch daraus nichts mehr als eine culpa zu schliessen seyn würde, welche, concurrente dolo alterius, nicht zu regardiren, cum dolus cum culpa non com- 10 penſetur, also derselbe allenfalls in nexu allerdings verbleibet.

So halten wir davor, daß, wenn die T. Erben absolviret werden sollten, der Hr. D. S. als fälschlich angegebener curator wohl ad indemnitatem belanget werden könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXLIII.

DECISIO CCLXXI.

THEMA.

De vxore pro marito constituente.

SVMMARIA.

Causſa proxima agendi dicitur, vnde immediate actio nascitur n. 1.
Iure Saxonico mulier sine curatore nil valide agere potest n. 2.
Mulier viuente marito constituens non obligatur n. 3.
Libellus non valet, in quo verba obscura allata n. 4.
Qui libellum mutat, ad expensas tenetur n. 5.
Mulier Saxonica extra territorium sine curatore valide contrahit n. 6.
Coniugata, non æque soluta, in Saxonia curatore indiget n. 7.
Mulier pro mortuo marito constituens SCto Vellejano iuuatur n. 8.
Exceptionem SCti Vellejani iudex supplere non tenetur n. 9.
Licet id possit n. 10.
Exceptio huius SCti in termino executionis opponi potest n. 11.

Auf interponirte Ober-Leuterung, und darauf erfolgte Gesetze, in Sachen der Krieges-Räthin von S. Beklagtin an einem, und des Kaufmanns J. G. D. Klägern am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm König von Preussen ꝛc. auf eingeholten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Nunmehr was das erste gravamen betrifft, aus den acten so viel zu befinden, daß Kläger die Unkosten des termini von 2ten May 1736. nach vorgehender deren liquidation und erfolgter unserer Mäßigung Beklagtin zu erstatten schuldig; das andre gravamen belangend aber, so bleibt es der Leuterung ohngehindert bey dem fol. 34. befindlichen und den 9. May 1736. eröffneten Abschied nicht unbillig, iedoch ist der Beklagten in termino executionis sich des beneficii SCti Velleiani zu bedienen, unbenommen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) so viel das erste gravamen betrifft, Kläger sich in dem übergebenen libello darauf gegründet, daß Beklagte ihres Mannes Schuld zu bezahlen selbst versprochen, und derselbe also proximum fundamentum agendi angeführet; causſa enim agendi proxima id ipsum negotium est, vnde proxime nascitur obligatio, 1

welches in gegenwärtigen Fall das constitutum der Beklagten ist, diesemnach dem libello exceptio nimis generalis et obscuri libelli nicht entgegen zu stehen, und solch gravamen ungegründet scheinen möchte; hiernechst aber 2) Beklagte pro secundo grauamine iustificando vorgewendet, daß sie zu acceptation oder relation des ihr deferirten Eydes sich zu erklären nicht gehalten, immassen das iuramentum in hoc casu gantz irrelevant sey, gestalten, in Fall es dargethan werden könte, daß sie ihres Mannes Schuld auf sich genommen, solches dennoch umsonst seyn würde, da nach den Sächsischen Rechten keine Frau sich absque curatore verbinden könne, cum iure Saxonico mulier non solum in iudicio, sed etiam extra iudicium absque consensu curatoris quidquam
2 agere vel contrahere citra actus nullitatem haud possit,

CARPZ. *Constit. 15. def. 1. per tot.* et *de iure femin. singul. dec. III. pos. 2. n. 3. et pos. 3. n 10. sq.*

ZANGER *de exceptionib. Part. III. c. 11. n. 201.*

demnach, wenn auch gleich in gegenwartiger Sache ein constitutum vorhanden wäre, es dennoch wegen Mangel eines curatoris null und nichtig sey, und Beklagtin derhalben der Eyd über das libellirte constitutum inutiliter deferiret worden.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) quoad prius gravamen, das fundamentum agendi zwar von Klägern angegeben, aber deutlich genug nicht determiniret worden, immassen er in libello nicht bestimmet, ob das constitutum bey Lebzeiten ihres Mannes, oder nach dessen Tode angegebener massen vollzogen seyn sollen, als worauf in gegenwärtiger Klage es hauptsächlich ankömmt, indem, wenn solches bey ihres Mannes
3 Lebzeiten geschehen, die Verbindung gantz und gar ipso iure ungültig gewesen,

AVTH. *si qua mulier C. ad SCtum Vellei. Nov. 134. c. 8.*

und Kläger per exceptionem huius authent. nicht allein abgewiesen, sondern diese exception auch ex officio vom iudice suppliret werden müssen, gleichwol aber Kläger sich hierüber in libello nicht erkläret, sondern blos generaliter gesetzet, daß sie ihres Mannes Schuld zu bezahlen versprochen, und solche generale Worte in beyderley Verstande genommen werden können, folglich ihm exceptio libelli ni-
4 mis generalis et obscuri mit Recht opponiret worden; und ob er wol 3) sich über solchen Punckt hiernechst deutlich expliciret, derselbe dennoch einmahl dadurch zu einem besondern Verfahren darüber Anlaß gegeben, und Beklagtin durch diese emendationem libelli in vergebliche Unkosten gesetzet, welche er derselben denen Rechten nach zu erstatten billig verbunden ist; *Ad L. XVI. T. I.*

l. 79. D. de iudiciis.

nechst diesem aber 4) quoad posterius grauamen zu extraiudial-Verbindung der Weiber, nur allein nach dem iure Saxonico Electorali 5
der consensus eines curatoris erfordert wird,

Const. elect. 15. P. 2. ibique CARPZ. *et dec. electoral. 24.*

solches Recht aber nicht extra prouinciam zu extendiren, noch weniger aber im Fürstenthum Halberstadt angeführet werden kan, wie denn

CARPZ. *de iure fem. sing. dec. 3. pos. 1. n. 17. sq.*

selbst behauptet, quod mulier, habens domicilium in terris Saxonicis, extra territorium Saxon. absque curatore valide contrahat, im 6
Gegentheil aber 5) nach den gemeinen Sächsischen Rechten der Unterschied gemachet wird, ob eine Jungfer und Witwe oder Ehefrau eine auffergerichtliche Handlung vollziehet, sintemahl blos allein Ehe-Weiber eines curatoris benöthiget sind, hingegen Jungfern und Witwen alle Handlungen ohne curatore bundig schliessen können, 7

Landrecht *lib. 1. art. 45.*

MVLLERVS *ad* STRVVIVM *exerc. XXXI. §. 94.*

diesemnach der von Beklagtin vorgewandte defectus curatoris an und vor sich die Verbindung einer Witwe nicht annulliren kan, und folglich der Beklagtin gravamen, in so fern es hierauf beruhet, keinen Grund hat, sondern jelbige des ihr deferirten Eydes halben sich zu erklären verbunden ist, und obwol übrigens 6) der Beklagtin das beneficium SCti Velleiani zu statten kommen möchte, immassen wenn eine Witwe nach dem Tode ihres Mannes dessen 8
nachgelassene Schulden übernimmt, es davor gehalten wird, als wenn sie sich pro extraneo verbürget, und solchergestalt das beneficium SCti Velleiani zu gebrauchen berechtiget ist, adeo, vt nec constitutum viduæ, debitum mariti in se fusci pientis, subsistat:

CARPZ. *P. II. const. 6. dec. 3.* et *de iur. fem. sing. dec. 4. pos. 4. n. 15. sq.*

MVLLERVS *ad* STRVVIVM *exercit. XXI. c. 14.*

STRVVIVS *in decis. Sabbat. cap. XIV. dec. 27.*

BRVNNEM. *ad l. 2. ad SCt. Velleian.*

dennoch 7) die exceptio SCti Velleiani ein blosses beneficium iuris ist, quod nemini ob- 9
truditur, und daher von Partheyen opponiret werden muß, und bevorab solches nicht geschehen, darauf in iudicando nicht reflectiret, noch von iudice suppliret werden kan, und da nun Beklagtin sich dessen nicht bedienet, man auch vorietzt noch nicht darauf erkennen mögen, ob man gleich derselben zu Gebrauch dieser ihrer

Rechts-

AAL. XVI. 7. l. Rechts-Wohlthat Anleitung gegeben, hoc enim ad iudicis arbitrium pertinet,

10 ZAVNSCLEIFFER *de offic. iud. supplet. P. I. concl. 12.*

BOEHMER *in Iure Eccles. tom. I. lib. I. tit. 32. §. 14.*

und derhalben Beklagtin in termino executionis sich derselben zu bedienen vorbehalten wollen, cum hæc exceptio ita priuilegiata sit, vt etiam in termino executionis opponi possit:

MARTIN. *in proc. Sax. tit. 39. §. 1. n. 162.* 11
BERLICH. *P. I. concl. 84.*

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXXXVII.

DECISIO CCLXXII.

THEMA.

Vxor vna cum marito se obligans interceſſiſſe videtur.

SVMMARIA.

Mulier, in cuius rem pecunia versa, SCto Velleiano non vtitur n. 1.

Vel quæ mortuo marito intercedit n. 2.

Declaratio sententiæ adiecta contradictionem non involuit n. 3.

Confessio mulieris de versione in rem suam, in instrumento fideiussionis facta, SCto Velleiano non obest n. 4.

Mulier, quæ cum marito in solidum se obligat, vtitur hoc SCto n. 5.

Mulier etiam mortuo marito constituens iuuatur SCto n. 6.

Auf eingewandte restitutionem in integrum, und erfolgte Wechsel-Schrifften, in Sachen der H. Witwe, Klägerin an einem, der B. Witwe, Beklagtin andern Theils, erkennen Fürstlich. Braunschweig-Lüneburgische Vice-Cantzler und Räthe zu Wolffenbüttel, nach eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Wann gleich die eingewandte restitutio in integrum vor unzuläßig nicht zu achten, so erhellet dennoch aus denen acten und derer Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß es derselben ohngeachtet bey dem am 12. Octobr. 1733. eröffneten und n. 55. befindlichen Urthel billig verbleibet, auch die n. 57. geschehene Eydesdelation, gestalten Sachen und Umständen nach, nicht statt findet. Es ist auch Klägerin die expensas retardati processus, nach deren vorhergehenden liquidation und erfolgter unserer Mäßigung der Beklagtin zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Klägerin sich über das letztere Urthel daher beschweret, daß nach dem erstern membro die n. 28. ertheilte sententia zwar confirmiret, durch die darauf annectirte Erklärung aber in effectu reformiret, mithin als sich selbst widersprechend anzusehen sey, ferner 2) die Hn. ICti Witebergenses den statum controuersiæ nicht getroffen, da die Beklagte nicht als 1
eine Bürgin, sondern Selbstschuldnerin anzusehen und belanget worden, gestalten sie in der obligation gestanden, daß das erborgte capital zu ihrem eigenen Nutzen verwandt worden, dergleichen Umstand mit einer blossen Bürgschafft nicht bestehen kan, zu geschweigen, daß sie 3) nach ihres Mannes Tode die Schuld als ihre eigene agnoscieret, und so wol schrifftlich, 2
nach Inhalt des n. 14. befindlichen Schreibens, als mündlich der Frau Klägerin solche ehrlich und redlich zu zahlen versprochen, welches bereits in retro actis von der Klägerin angeführet, von der Beklagtin aber darauf nichts geantwortet, mithin solcher Umstand tacite eingestanden worden, wie wol Klägerin annoch zu allem Ueberfluß darüber der Beklagtin n. 57. den Eyd deferiret, gleichwol 4) dergleichen Erklärung, wann sie angeführter massen nach des Mannes Tode, mithin cessante omni blanditiarum maritalium metu, geschehen, von der Krafft zu seyn scheinet, daß die Beklagte darauf mit Grund belanget werden kan, hingegen die rationes decidendi derer ICtorum Witebergensium, welche eine fideiussionem mulieris voraus setzen, solchergestalt gäntzlich hinweg fallen, es also das Ansehen gewinnen will, daß

AAL. XVI. 7. l. Rechts-Wohlthat Anleitung gegeben, hoc enim ad iudicis arbitrium pertinet,

10 ZAVNSCLEIFFER *de offic. iud. supplet. P. I. concl. 12.*

BOEHMER *in Iure Eccles. tom. I. lib. I. tit. 32. §. 14.*

und derhalben Beklagtin in termino executionis sich derselben zu bedienen vorbehalten wollen, cum hæc exceptio ita priuilegiata sit, vt etiam in termino executionis opponi possit:

MARTIN. *in proc. Sax. tit. 39. §. 1. n. 162.* 11
BERLICH. *P. I. concl. 84.*

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXXXVII.

DECISIO CCLXXII.

THEMA.

Vxor vna cum marito se obligans interceſſiſſe videtur.

SVMMARIA.

Mulier, in cuius rem pecunia versa, SCto Velleiano non vtitur n. 1.

Vel quæ mortuo marito intercedit n. 2.

Declaratio sententiæ adiecta contradictionem non involuit n. 3.

Confessio mulieris de versione in rem suam, in instrumento fideiussionis facta, SCto Velleiano non obest n. 4.

Mulier, quæ cum marito in solidum se obligat, vtitur hoc SCto n. 5.

Mulier etiam mortuo marito constituens iuuatur SCto n. 6.

Auf eingewandte restitutionem in integrum, und erfolgte Wechsel-Schrifften, in Sachen der H. Witwe, Klägerin an einem, der B. Witwe, Beklagtin andern Theils, erkennen Fürstlich. Braunschweig-Lüneburgische Vice-Cantzler und Räthe zu Wolffenbüttel, nach eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Wann gleich die eingewandte restitutio in integrum vor unzuläßig nicht zu achten, so erhellet dennoch aus denen acten und derer Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß es derselben ohngeachtet bey dem am 12. Octobr. 1733. eröffneten und n. 55. befindlichen Urthel billig verbleibet, auch die n. 57. geschehene Eydesdelation, gestalten Sachen und Umständen nach, nicht statt findet. Es ist auch Klägerin die expensas retardati processus, nach deren vorhergehenden liquidation und erfolgter unserer Mäßigung der Beklagtin zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Klägerin sich über das letztere Urthel daher beschweret, daß nach dem erstern membro die n. 28. ertheilte sententia zwar confirmiret, durch die darauf annectirte Erklärung aber in effectu reformiret, mithin als sich selbst widersprechend anzusehen sey, ferner 2) die Hn. ICti Witebergenses den statum controuersiæ nicht getroffen, da die Beklagte nicht als 1
eine Bürgin, sondern Selbstschuldnerin anzusehen und belanget worden, gestalten sie in der obligation gestanden, daß das erborgte capital zu ihrem eigenen Nutzen verwandt worden, dergleichen Umstand mit einer blossen Bürgschafft nicht bestehen kan, zu geschweigen, daß sie 3) nach ihres Mannes Tode die Schuld als ihre eigene agnoscieret, und so wol schrifftlich, 2
nach Inhalt des n. 14. befindlichen Schreibens, als mündlich der Frau Klägerin solche ehrlich und redlich zu zahlen versprochen, welches bereits in retro actis von der Klägerin angeführet, von der Beklagtin aber darauf nichts geantwortet, mithin solcher Umstand tacite eingestanden worden, wie wol Klägerin annoch zu allem Ueberfluß darüber der Beklagtin n. 57. den Eyd deferiret, gleichwol 4) dergleichen Erklärung, wann sie angeführter massen nach des Mannes Tode, mithin cessante omni blanditiarum maritalium metu, geschehen, von der Krafft zu seyn scheinet, daß die Beklagte darauf mit Grund belanget werden kan, hingegen die rationes decidendi derer ICtorum Witebergensium, welche eine fideiussionem mulieris voraus setzen, solchergestalt gäntzlich hinweg fallen, es also das Ansehen gewinnen will, daß

Ad L. XVI. T. I.

SVMMARIA.

Rationes SCti Velleiani ad Germaniam non quadrant n. 1.
Maxime vbi communio bonorum introducta n. 2.
Fideiussiones mulierum in publico instrumento non factæ, sunt nullæ n. 3.
Quod de eo casu capiendum, quo alias mulier valide se obligare potest n. 4.
In statutis Francofurtanis SCtum hoc non prorsus abolitum n. 5.
Repetitio intercessionis post biennium tollit SCtum n. 6.
Dummodo pro eadem caussa mulier repetierit cautionem n. 7.
Nec verbis dubiis aut hypotheticis scripserit n. 8.
Sed verba dispositiua adhibuerit n. 9.
Nec prior intercessio nulla fuerit n. 10.
Maritus cum vxore intercedente caussam communem agens non vtitur SCto n. 11.
Ad initium negotii semper respiciendum n. 12.
SCtum saluum manet, licet maritus postea in fideiussionem vxoris consenserit n. 13.
SCtum etiam iis prodest, qui pro muliere fidiiubente interceserunt n. 14.
Adeoque etiam eius marito vel heredibus n. 15.
Mulier, quæ ex intercessione soluit, ratione residui vtitur SCto n. 16.
Vbi communio bonorum obtinet, ibi æs alienum constante matrimonio contractum commune est n. 17.
Dummodo non intuitu œconomiæ ab alterutro contractum n. 18.
Quorsum fideiussiones pertinent n. 19.
Ratam soluens totum debitum non agnoscit n. 20.
Maritus caussas vxoris sine suo præiudicio agere potest n. 21.
Quicquid maritus, vbi communio obtinet, ex fideiussione vxoris soluit, per SCti Velleiani exceptionem elidi nequit n. 22.
Maritus fideiussionem vxoris in dubio suscepisse non censetur n. 23.
Quatenus iure Francofurtano communio æris alieni obtineat n. 24.
Exceptio plurium heredum fundata est n. 25.
Nisi valde illiquida sit n. 26.
Fideiussor conuentus etiam sine litis denunciatione regressum habet n. 27.
Regulariter tamen fieri debet denunciatio n. 28.
Fideiussio definita ad vsuras se non extendit n. 29.
Mora debitoris non nocet fideiussori n. 30.
Termino solutionis effluxo fideiussor liberatur n. 31.
In dubio, quod minus est, sequimur n. 32.
Fideiussio indemnitatis ex communi formula fideiussionis non inducitur n. 33.
Fideiussor creditorem ex l. si contendat prouocare potest n. 34.
Quinam fideiussor indemnitatis dicatur n. 35.
Fideiussor indemnitatis liberatur, si creditor per culpam nomen exigere neglexit n. 36.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst einigen Beylagen und acht Fragen zugeschicket ꝛc.

Hat Titius von der Seia, einer vornehmen Witwe, den 7. Febr. 1720. auf sechs Monat ein Capital von 5000 Fl. entlehnet, welches derselbe zu Ergänzung einer grossen Anleihe von 20000 Fl. so er einem gewissen Edelmann auf seinen Adel-Flecken geschossen, und dagegen sich denselben zu einem wahren Unterpfande also vorschreiben lassen, daß er solchen iure antichretico in Besitz nehmen und benutzen möge, angewendet, die darüber errichtete Hauptpfand-Verschreibung und das darin obgemeldeter massen verschriebene und in Besitz habende Adel-Guth aber vorerwehnter Titius der Seiæ zu einem special Afterunterpfande nebst generalen hypothecirung aller seiner übrigen Haab und Güther eingesetzet, anbey Caiam, als welche seiner verstorbenen Frauen Schwester-Tochter gewesen, dahin vermocht, daß sie sich vor ihn, Titium, verbürget, und unter die von ihm der Seiæ ausgestellete obligation sich folgender massen verschrieben:

In Fall hierin vermeldter Herr debitor, mein Hr. Oncle, nach beschehener dessen rechtlichen excussion nicht selbsten sollte zahlen können, so will hiermit und Krafft dieses mich für solche Schuld der 5000 Fl. verbürget haben, und dieselbe alsdann zu bezahlen schuldig seyn.

Hat nun im folgenden 1721. Jahr die Caia nebst ihrem Ehemann Caio der Frau Seiæ am vorgedachten Capital 3000 Fl. abgeleget, diese die Caiischen Eheleute bestens quittirt, und ihnen ihr habendes Pfand-Recht auf so thane summe cediret, der debitor Titius hingegen in Bezahlung Capitals und Zinsen sich saumselig erwiesen, deswegen Caius nicht nur an denselben oftmahlige Erinnerungs-Schreiben ergehen lassen, sondern sich wegen der von seiner Frauen geschehenen Bürgschaft die Sache als die seinige getrieben, als wofür er künftig mit responsabel seyn müste, dahero als Caius hierauf an. 1731. mit Tode abgegangen, und dessen nachgelassene Witwe Caia mit ihren Stief-Kindern sich abgetheilet, ist dieser bezahlte Schuld-Antheil der 3000 Fl. als eine in der Ehe gemachte Errungenschafft nach der *reform. Francof. P. V. tit. 5.* für gemeinschafftlich angesehen, davon die eine Helfte der Witwen Caiæ, und die andere Helfte denen Kindern des Caii

Caii erster Ehe zugefallen. Weilen aber der Schuldner Titius aller Erinnerung ohngeachtet, sehr wenig interesse von dem Capital abgetragen, haben endlich die bey dieser Schuld-Forderung interessirte Theile zum process sich resolviret, welchen der Frau Seiæ Tochter mit Bewilligung der andern Theilhaber allein angestellet, und an. 1732. bey einem höchsten Reichs-Gerichte ein mandatum de soluendo vel dimittendo hypothecam, und bald darauf ein mandatum de exequendo ausgewürcket, desselben aber bishero sich nicht würcklich bedienet. Hat sich hiernechst zugetragen, daß Caia verstorben, und ihre Erben unter andern diese von ihrer Erblasserin geschehene Bürgschafft wahrgenommen, und ferner in Erfahrung gebracht, daß der debitor gantz herunter kommen, und das verschriebene After-Unterpfand in solchem verwirreten Umstande sich befinde, daß nichts fruchtbarliches ausgerichtet werden könne, mithin in Besorgniß gerathen, daß die Seiische Tochter sie wegen der Bürgschafft anfechten werde, wie sie in unterschiedlichen Schreiben bereits gedrohet, und dahero erstlich gefraget wird:

Quæstio I.

Ob nach denen Kayserlich. Rechten die Bürgschafft vor gültig zu achten?

Rationes dubitandi.

Wann nun gleich hierbey eingewandt werden möchte, daß das Römische Recht zwar den Weibern zum Besten das SCt. Velleianum, wodurch sie von aller Bürgschafft losgezehlet werden, eingeführet, dennoch dessen rationes
1 heutiges Tages cessiren, und also dessen Gebrauch nicht wohl statt finden möchte, vt plenius demonstrat

de LVDEWIG *in Part. secund. differ. iur. Rom. et Germ. de SCto Vellej. differ. I. n. 12. sqq. in not.*

maxime ob communionem bonorum inter
2 coniuges, ex qua causa in variis statutis eius vsus sublatus,

IDEM *cit. l. n. 13. p. 13. sqq.*

dahero auch in der Franckfurther reformation P. II. tit. 16. §. 11. in denen meisten Fällen das SC. Vellei. aufgehoben ist.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch anfänglich die Frage von denen Kayserlichen Rechten formiret, nach denenselben aber bekant ist, daß die Weibes-Personen, welche vor andere sich verbürget, sich des SCti Velleiani nicht allein zu erfreuen haben, sondern auch überdem alle Bürgschafften der Weiber ipso iure null und nichtig seyn sollen, welche von ihnen nicht in publico instrumento gemachet sind, *AAL. XVI. T. I.*

l. 23. §. 2. C. ad SC. Vellej. 3

und ob wol diese neue dispositio iuris in denen Fällen, wo eine Frau sich efficaciter vor andere verbürgen kan, vt SCti auxilium cesset, 4 nicht statt findet,

LAVTERBACH *ad SCt. Vellej. §. 10.*

dennoch hier dergleichen casus nicht zu befinden, indem die Caia ihrem beneficio nicht gebührender massen renunciiret, sondern nur schlecht weg mit der in der facti specie angeführten formul gebürget, und ausser Zweiffel ist, daß nach obgedachten lege 23. noch heutiges Tages erkant werde, dem auch in reformat. Francof. nichts zuwider verordnet ist, vielmehr nur gewisse Abfälle darin bestimmet sind, in welchen 5 der Gebrauch des SCt. Vellei. cessiren solle, welche aber alle in gemeinen Rechten gegründet sind, hier aber keiner davon anzutreffen ist, vielmehr also nach derselben zu schliessen, daß nach eben diesem Rechte das gemeine ius ciuile noch beybehalten, und dahero von andern Orten statutis auf diesen kein Schluß zu machen ist, wodurch die rat. dubit. von selbsten entkräftet werden.

So erhellet hieraus so viel, daß diese Verbürgung nach denen Kayserlichen Rechten vor unkräftig zu halten.

Anlangend die andere Frage:

Quæstio II.

Ob aus denen von der Caia in ihren an die Seiam oder ihre Tochter abgelassenen Antwortschreiben gebrauchten Redensarten eine Wiederholung der ehemahls geschehenen Bürgschafft zu schliessen, und solche dahero nunmehro vor gültig zu achten?

Rationes dubitandi.

Ob wol in denen angeführten Antwortschreiben zu unterschiedlichen mahlen die Caia agnosciret, daß sie ex fideiussione, excusso debitore principali, verbunden sey, dabey auch 6 nur vornemlich vrgiret, daß zuforderst der debitor principalis Titius ausgeklaget werden müste, dergleichen repetitio fideiussionis post biennium würcket, vt mulier SCto Vellei. vti nequeat,

l. 22. C. ad SC. Vellej.

Ad l. XVI. T. I.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die Caia in denen angeführten passagen keinesweges auf die Weise, wie die Rechte erfordern, ihre Bürgschafft wiederholet, als wozu in cit. l. 22. expresse
7 erfordert wird, vt post biennium pro eadem causa cautionem repetierit vel pignus aut interceſſorem dederit,

l. 22. C. ad SC. Vellei.

deren keines in denen angeführten Worten geschehen, in welchen nur lediglich verbis relativis sich die Caia auf die Bürgschafft bezogen und angeführet, daß sie nur allenfalls in subsidium sich verbindlich gemacht, ja in einem
8 Schreiben die Seiische Tochter nur hypothetice angezeiget:

Wenn man auch die Bürgschafft vor gültig halten wolte ꝛc.

woraus genugsam abzunehmen, daß dergleichen passagen keine dergleichen repetitionem in sich halten, welche die Rechte erfordern, als welche nicht animo repetendi fideiussionem, sed potius declinandi actionem geschehen, da bey der repetition ein wahres constitutum und also nöthig ist, daß sich post biennium verbis dispositiuis die Bürgin zur Bürgschafft engagire, atque ita iterato se pro extraneo obliget,

LAVTERB. *cit. l. §. 23.*

welches aber in denen Antwortschreiben nicht geschehen, noch solche in der Absicht ergangen, daß sie dadurch sich von neuem verbinden, sondern vielmehr darthun wollen, daß, wenn sie ja verbunden, sie nur, excusso debitore principali, davor stehen müssen, und es also auch hier heissen müsse, omnem actum ex intentione agentium iudicandum esse; allenfalls aber, wenn diese Verordnung der Rechte sich auf die angeführte passagen schicken sollte, dennoch solche der Caiæ unschädlich seyn würden, quia pri-
10 ma eius obligatio ipso iure fuit nulla, quæ per repetitionem nunquam confirmatur,

BRVNNEM. *ad cit. l. 22. in f.*
FRANZK. *ad cit. tit. n. 34.*
LAVTERBACH *cit. l. §. 10.*

bevorab da auch in der Frayckfurther Notariat- und process-Ordnung solches wiederholet, und dergleichen Bürgschafft für null und nichtig geachtet worden, in welchen keine renunciationes solenniter et in iudicio factæ geschehen.

So halten wir davor, daß aus denen Antwortschreiben keine repetitio fideiussionis zu schliessen, noch sonsten die Caia durch dieselbe verbunden werden können.

So viel die dritte Frage betrifft:

Quæstio III.

Ob in dem Fall, da der Caiæ Bürgschafft für ungültig erkant werden solte, derselben Ehemann Caius, oder dessen Erben dieses Recht gegen die Seiische Tochter sich auch bedienen und hieran Theil nehmen können?

Rationes dubitandi.

Ob wol der Caiæ Ehemann seiner Frauen 11
Bürgschafft ex post facto gebilliget, und darin consentiret zu haben scheinet, indem er nicht allein mit seiner Frauen 3000 Fl. darauf gezahlet, sondern auch nachgehends die Sache gegen den debitorem principalem nicht anders als eine ihn angehende Sache mit tractiret, und also die Bürgschafft mit auf sich extendiret, dergestalt, daß er, oder nunmehro dessen Erben darauf efficaciter belanget werden könne, da das SC. Vellei. seinen masculis fideiussoribus zu statten kommt.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) in omnibus negotiis 12
ad originem negotii zu sehen, und darnach beurtheilet werden muß,

l. 8. pr. l. 10. §. 4. D. mand.

dieses negotium aber seinen Anfang a muliebri interceſſione genommen, und einzig und allein darnach beurtheilet werden muß, dergestalt 2) vt hæc exceptio adhuc salua sit, si vel maxime ex post facto maritus in fideiussio- 13
nem vxoris consenserit,

STRVV. *in Synt. iur. civ. ex. 2. th. 4.*
ibique MÜLLER *lit. γ.*

zumahl auch 3) diese exception ihren Erben, 14
und denenjenigen, die sich vor sie hinwieder verbürget, zugute kommen,

l. 16. §. 1. ad SC. Vellei.

und also auch ihrem Ehemann, wenn er in die Bürgschafft consentiret haben sollte, propter vxorem helffen müsste, quia totam obligatio- 15
nem senatus improbauit,

l. 16. in f. ad SC. Vellei.

adeoque etiam heredibus prodest exceptio,

l. 10. eod.

und obgleich 3000 Fl. vom Caio und Caia post annum darauf bereits gezahlet sind, dennoch ratione residui solches des Caii Erben nicht præiudiciren mag, zumahl dadurch, wenn Caius durch seinen consens sich præiudiciret haben 16
sollte, nur pro rata die realis approbatio geschehen,

arg. l. 9. D. de SC. Maced.

und also ratione residui noch die exceptio Velleiani SCti in saluo ist, wodurch die rationes decid. von selbst zerfliessen

So

So mögen der Caiæ Ehemann und deren Erben sich dieser exception wohl bedienen.

Die vierte Frage belangend:

Quæstio IV.

Ob, wenn diese der Caiæ Bürgschafft in Rechten für beständig erkant werden solte, des Caii Kinder und Erben erster Ehe nach proportion ihrer Antheile davor mit stehen müssen?

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) Caius constante matrimonio mit seiner Frauen 3000 Fl. auf die Bürgschafft gezahlet, und solche Bürgschaft als genehm agnoſciret: 2) in seinem eignen Schreiben solches nicht undeutlich zu verstehen gegeben, und er die gantze Zeit über die correſpondentz mit Titio und Seia in dieser Sache geführet, und die Bürgschafft als seine eigene Sache dadurch mit gehalten: 3) ex natura communionis bonorum auch eine communio æris alieni inter
17 coniuges flieſſen will, und da jene iure Francofurtenſi statt findet, auch dieser itzt angeführte effect daraus folgen muß: 4) die iura Francofurtenſia *P. III. tit. 4. §. 8. et tit. 7.* dieses zu beſtätigen scheinen: 5) es auch billig seyn will, quod, ſicuti acquæſtus coniugalis communis ſit, ita etiam æs alienum conſtante matrimonio factum commune eſſe debeat.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) es nach dem iure Francofurtenſi an dem iſt, daß nur der acquæſtus coniugalis unter beyden Eheleuten quoad proprietatem gemein werde, und dahero auch die Schulden allein, die wegen der gemeinen Nahrung gemachet ſind, ein commune æs alienum werden, diejenigen Schulden aber, ſo ein Ehegatt vor oder in der Ehe vor
18 ſich allein, non intuitu œconomiæ machet, auch allein bezahlen muß, wenn ſich der andre Ehegatte nicht mit unterſchrieben, wie P. III. tit. 7. §. zu befinden, dahin aber 2) ohne Zweiffel debita fideiuſſoria gehören, die bloß andern zu
19 Gefallen und zum Beſten, nicht aber in Anſehung der Nahrung, als dem ſie mehr zuwider ſind, contrahiret worden, und dahero vor gemeinſchafftlich nicht gehalten werden mögen, und da nun 3) Caia ſolche allein über ſich genommen, und der Mann nicht mit unterſchrieben, man nicht wohl abſehen kan, woher des Caii Erben anitzo ratione reſidui mit vor die Bürgſchafft ſtehen ſollen, zumahl obgleich 4) Caius mit ſeiner Frauen 3000 Fl. darauf be-
20 zahlet, er dadurch zwar pro rata, quatenus ſolvit, die Schuld mit agnoſciret, gleichwol dadurch keinesweges in die gantze Bürgſchuld nicht conſentiret, *Ad L. XVI. T. I.*

arg. l. 9. D. ad SC. Maced.

am wenigſten aber 5) ſolches aus der geführten correſpondentz wegen dieſer Schuld geſchloſſen werden mag, als welche er mehr vxoris als proprio nomine geführet, und auch ſonſten einem Ehemann wohl zuſtehet, cauſas vxo- 21
ris tanquam proprias agere, ob er ſich dadurch gleich nicht verbindlich machet, übrigens 6) da der Caius niemahl vltro et præter obligationem propriam ſich zur Mitbezahlung der 3000 Fl. an. 1721. verſtanden, und dagegen vom creditore iura hypothecæ ceſſa bekommen, es billig geweſen, daß nach ſeinem Tode, 22
dieſe Anforderung an Titium als gemein und errungen gehalten worden, wovor aber auf die noch unbezahlte Bürgſchuld kein argument zu ziehen, auch 7) noch zur Zeit nicht klar gemachet iſt, daß etwa Caius bey dieſer Bürgſchafft mit intereſſiret geweſen, als welches in dubio ſo wenig præſumiret wird, daß vielmehr in dubio nicht zu glauben, quod maritus fide- 23
iuſſionem vxoris in ſe ſimul ſuſcipere voluerit,

arg. l. 47. D. de oblig. et act.

endlich 8) die aus denen Franckfurtiſchen Rechten allegirte loca die communionem æris alieni nicht abſolute, ſondern ſecundum quid allein in ſich halten, auſſer daß ſolche den letztlebenden Ehegatten, ſo den vſumfructum in immobilibus behält, mit zur Bezahlung der Schulden adſtringiren, ſo auf die Caiiſche Kin- 24
der nicht zu ziehen iſt.

So halten wir davor, daß die Caiiſchen Kinder erſter Ehe vor dem Reſt der Bürgſchafft, ſo die Caia allein gemachet, mit zu ſtehen ſchuldig ſind.

So viel die fünfte Frage betrifft:

Quæstio V.

Ob in caſu, da die vorige Fragte bejahet werden ſolte, die Seiſche Erben nicht ſchuldig ſind, des Caii Kinder mit zu belangen und ihnen dieſes, wenn ſie jene allein belangen ſolten, opponiret werden könte?

Rationes dubitandi.

Ob zwar auf den Fall, wenn die Caiiſche Kinder mit Theil an dem reſiduo fideiuſſionis nehmen ſolten, ſie auch mit belanget werden müſſen, und denen Seiiſchen Erben alſo die exceptio: non ſoli ſumus heredes, entgegen ſtehet, als welche in ſolchem Fall in Rech- 25
ten offenbahr gegründet iſt.

Ad L. XVI. T. I.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch das Gegentheil, und daß die Caiischen Kinder vor diese Bürgschuld mit zu stehen nicht schuldig sind, bereits bey der vorigen Frage dargethan ist; allenfals aber, und da die Verbindlichkeit der Caiischen Kinder zu behaupten stünde, dennoch zwischen des Caii und der Caiæ Erben die Sache noch nicht ausgemachet, sondern eine affaire ist, so ihnen
26 allein angehet, und sie es unter sich auszumachen haben, inzwischen aber, so lange diese quæstio noch streitig ist, denen Seiischen Erben als creditoribus die exceptio plurium heredum nicht opponiret werden mag, als welchealtioris indaginis, die Bürgschafft im Gegentheil klar ist, und die Caiam und deren Erben ohnstreitig verbindet, dahero in reform. Francofurt. P. III. tit. 7. §. 22. mit klaren Worten stehet, daß, wenn die Zahlung der Schulden zwischen des verstorbenen Erben gestritten wird, und sie darüber zu Recht erwachsen, die creditores dem Spiel, und wie es etwa hinaus laufen wolle, zu zusehen nicht schuldig, sondern ihre Schulden ordentlicher Weise vorbringen, und wer ihr rechter debitor sey, ausfündig machen sollen, welches die Seiischen Erben hier nicht anders thun können, als daß sie sich an der Caiæ Erben halten, als welche ohnstreitig verbunden sind, was diese aber vor prætension an des Caii Erben hierbey machen, sie auszumachen, oder dem Spiel nachzusehen, keinesweges gehalten sind.

So erhellet hieraus so viel, daß, wenn die Seiischen Kinder der Caiæ Erben allein belangen solten, ihnen die exceptio plurium heredum, maxime illiquida, nicht opponiret werden könne.

Betreffend die sechste Frage:

Quæstio VI.

Ob der Caiæ Erben im Fall, da sie allein denen Seiischen Erben zu antworten schuldig sind, und condemniret werden solten, ihren regreß gegen des Caii Erben nehmen können, ohne daß jene vorher nöthig haben, diesen deswegen litem zu denunciiren?

Rationes dubitandi.

Ob wol, wenn ein Bürge belanget wird,
27 nicht eben nöthig ist, vt litem debitori denunciet, qui nihilominus regressum habet,

MEV. *P. II. decis. 289. n. 15.*

allenfals diese litis denunciatio ohne effect seyn würde, weil des Caii Erben sich ad assistendum nicht schuldig erachten werden.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch nicht zu leugnen, daß die Erben der Caiæ davor halten, daß die Erben des Caii mit zur Bezahlung dieser Bürgschuld concurriren, und also hierin als coheredes angesehen werden müssen, dieserwegen es nöthig seyn will, daß sie dieselbe als coheredes mit adcitiren lassen, da die litis denunciatio 28
inter coheredes ratione regressus ordentlicher Weise erfordert wird, und, wenn gleich die Erben des Caii solche assistentz zu thun sich weigern solten, dennoch der Caiæ Erben hierbey das ihrige gethan, und sich dadurch ratione regressus künftig bedecket, und wenn des Caii Erben gegen die litis denunciation opponiren solten, daß sie ad assistendum nicht verbunden, alsdann solches der Caiæ Erben Gelegenheit geben wird, so fort die Sache, ob sie nicht mit ad debitum fideiussorium zu bezahlen verbunden sind, mit ihnen auszumachen.

So erhellet hieraus so viel, daß im Fall sie bey dem regreß sicher gehen wollen, sie die litis denunciation nicht hintan setzen müssen.

Bey der siebenden Frage:

Quæstio VII.

Ob, da die Erben der Caiischen Ehe-Leute zu Abführung der Bürgschuld verbunden seyn solten, sie auch die in so viele Jahre aufgelauffene Zinsen mit bezahlen müssen?

erachten wir vor Recht.

Rationes dubitandi.

Ob wol in der obligation, so an Seiam ausgestellet, der Zinsen expresse gedacht ist, und dahero solche in præsenti casu ex pacto gefordert werden können, und was in reform. Francofurt. P. II. tit. 16. §. 10. zu befinden, hieher nicht gezogen werden möchte, als welches allein de vsuris ex mora debitis zu verstehen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) alle Bürgschafften 29
stricti iuris sind, und ad non expressa keinesweges zu extendiren, die Caia aber in ihrer Bürgschafft sich ledialich und mit klaren Worten vor solche Schuld der 5000 Fl. allein verbürget hat, hierüber 2) die obligation nur auf

ein

ein halbes Jahr ausgestellet, und allenfalls also die Zinsen ex pacto in so weit gefordert werden mögen, post terminum solutionis aber ex mora debitoris lediglich zu fordern sind, in welchem Fall aber sowol die gemeinen, als iura
30 Francofurt. cit. l. den Bürgen von aller Verbindlichkeit lossprechen,

CARPZ. *P. II. C. 29. def. 2.*

zumahl 4) die Billigkeit nicht zulässet, daß des
31 creditoris Nachläßigkeit dem Bürgen zum Schaden gereichen könne, der Seiæ aber frey gestanden, so fort ihre Schuld vom Titio nach Ablauf des halben Jahrs, da er noch im guten Stande gewesen, einzutreiben, und es also auch
32 hier heisset: mora cuique sua non alteri nocere debet,

l. 172. de R. I.

endlich 5) in dubio allemahl, in id, quod minus est, die obligation zu erklären ist,

l. 47. de obl. et act.

l. 9. de R. I.

mithin auch die Bürgen hier in dubio von den Zinsen zu absolviren sind.

So halten wir davor, daß, wenn gleich die Caiischen Erben zu Bezahlung des Capitals condemniret werden solten, sie dennoch von denen Zinsen absolviret werden müssen.

Endlich so viel die letzte Frage betrifft:

Quæstio VIII.

Ob nicht die Seiischen Töchter ihr gegen die Caiischen Erben, wegen der Bürgschafft habendes Klage-Recht hierdurch, daß sie in so vielen Jahren den Haupt-Schuldener nicht ehender mit Ernst rechtlich angegriffen, verlohren haben, mithin gegen diese nichts mehr anfangen können?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol an der angegebenen qualitate fideiussionis gezweiffelt, und negiret werden möchte, daß alhier eine fideiussio indemnitatis sey, angesehen in der in facti specie angeführten formula keine andere, als eine gemeine fideiussion enthalten zu seyn scheinet, als welche
33 erst ihren effect, excusso debitore principali, hat, und welches eben diejenige rechtliche excussion, deren in formula fideiussionis Meldung geschiehet, seyn soll, dieserwegen dann ex natura communi fideiussionis von dieser Sache allein ein iudicium zu fällen seyn möchte, nach welchem der fideiussor a nexu nicht liberiret wird, wenn er den Haupt-debitorem menagiret, vielmehr es der Caiæ oder ihren Erben frey gestanden, daß, wenn sie sicher gehen wollen, die Seiam oder deren Erben ex L. si contendat. provociret, und dadurch ihre exceptionem ordinis salviret hätten, und da sie solches nicht gethan, sie selbsten dieserwegen alle Schuld auf sich geladen zu haben scheinen, bevorab da die Caia wegen 34
ihrer 3000 Fl. ebenfals stille gesessen, und die bereits erkante execution nicht wagen wollen. *Ad L. XVI. l. l.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch eine fideiussio indemnitatis eine obligatio conditionata ist, quando scilicet fideiussor sub conditione, et in eum casum, si creditor a debitore suum consequi non possit, se ad reliquum præstandum ob- 35
ligauit,

LAVTERBACH *de fideiuss. indemn. c. II. §. 4. n. 1.*

HERING *de fideiuss. c. IV. n. 61.*

vel si in subsidium promittit, quanto minus a principali exigi potest,

l. 6. D. de novat.

l. 29. §. 4. de SC. Vellej. l. 7. de fideiuss. tutor.

mit welchem Begriff und definition die angeführte formula fideiussionis accurat übereinkommt, und die conditionem, wenn der debitor nach der rechtlichen excussion nicht selbsten zahlen könte, mit klaren Worten in sich hält, woraus denn von selbsten folget, quod, vbi creditor sua negligentia contra debitorem agere distulerit et debitor postea solvendo esse desierit, conditio deficere et 36
creditor indemnis virtualiter censeatur,

l. 41. D. de fideiuss.

quicunque enim sua culpa damnum sentit, damnum sentire non intelligitur, nec ipsi illud ab alio vel totum vel pro parte resarciendum est,

LAVTERBACH *cit. l. §. 43. n. 3.*

welches alles sich hieher gar füglich schicket, da die Caia die Seiam so oft erinnert, den debitorem mit Ernst anzugreiffen, und auf die ausgebrachte execution zu dringen, wozu dieselbe gleichwol nicht zu bringen gewesen, vielmehr die Sache so lange trainiret, bis endlich des Titii affairen in gantz delabrirten Zustand gerathen, daß von ihm nichts mehr zu hoffen ist, dabey denn nichts zur Sache thun will, daß die Caiischen Erben wegen ihrer bezahlten 3000 fl. in gleicher negligentia et mora sind, als welches die Seiischen Erben nichts angehet, noch ihnen zum Behelff dienen kan, da hier bloß von dem Rest der 2000 Fl. anitzo die Frage ist, so die Seiischen Erben noch an dem Bürgen for-

Ad L. XVI. T. I.

fordern wollen, bey welchem allein auf ihre negligentiam zu sehen.

So erhellet hieraus so viel, daß die Seiischen Erben nunmehr gestalten Sachen und Umständen nach, ihr ius agendi verlohren haben.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ. MENSE DECEMBR. MDCCXXXVII.

DECISIO CCLXXIV.

THEMA.

Quatenus mulier indemnitatem promittens intercedat.

SVMMARIA.

Status causſæ n. 1.

Mulier, quæ in dolo eſt, non vtitur exceptione SCti Velleiani n. 2.

Res iudicata tollit transactionem n. 3.

Mulier ad factum vel indemnitatem ſe obligans non intercedit n. 4.

Niſi ſimul alienam obligationem ſuſcipiat n. 5. 7.

Res iudicata vltra ſpeciem, de qua litigatum, non extenditur n. 6.

Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgtes Verfahren, in Sachen des Accise-Einnehmers zu B. M. F. B. Appellanten und ehemahligen Beklagten an einem, und A. S. H. verehlichte M. Appellatinnen und ehmaligen adcitatæ am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich, König in Preussen, nach vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß die Appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und die Sache zu gebührender Rechtfertigung an uns erwachsen; der materialien halber aber erscheinet aus denen acten so viel, daß in voriger instantz wohl gesprochen, übel appelliret, und dahero die sententia a qua zu confirmiren, iedoch die Unkosten, ausgenommen was die transmissions-Gebühren betrifft, aus bewegenden Ursachen zu compensiren seyn. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem die Appellatin sich mit dem Appellanten fol. 34. dahin verglichen, daß, wenn Appellant die von ihm vorgeschützte donation derer geforderten 150 Thlr. eydlich bestärcken würde, sie alsdann ihm solche Forderung gäntzlich erlassen, anbey sich anheischig machen wolle, daß ihrer Kinder Nebenvormund Schwartze, diesen Vergleich annoch durch seine Unterschrifft ratihabiren solle, dieser aber fol. 36. dagegen protestiret, und darauf fol. 50. erkant ist, daß in Ansehen Klägers curanden der Vergleich aufzuheben, ratione der adcitatæ aber vor beständig zu halten, darauf auch Appellant den Eyd fol. 66. abgeschworen, Kläger Schwartze also die Klage gegen Appellanten fortgesetzet, so ist Appellant fol. 80. in die Halbscheid der eingeklagten Posten condemniret, und mit dem gesuchten regreſs gegen die Appellatinne abgewiesen worden, über welchen letztern punct, post appellationem interpositam, die Sache zum Verfahren gedieen, und dahero noch die Frage auszumachen übrig: ob Appellant mit dem regreſs gegen die Appellatin mit Beyfall derer Rechte abgewiesen werden können?

Ob nun wol Appellant dabey vorgestellet, daß 1) Apellatinne gleichwol sich in dem Vergleich anheischig gemachet, daß der Vormund Schwartze den Vergleich ratihabiren solle, diesem zuwider sie doch, als der Vormund 2
dagegen protestiret, und dahero ein Behörstermin darüber angesetzet, die Appellatinne auch dazu adcitiret worden, sie so gar von ihrer Seite den Vergleich impugniret, und nicht daran gebunden zu seyn vermeinet, so daß man billig glauben muß, daß sie den Vormund dahin verleitet, daß er gegen den Vergleich protestiren müssen, dahero in dolo gewesen, daß ihr allenfals des SCti Velleiani beneficium nicht zu statten kommen können, darneben aber 2) fol. 50. per rem iudicatam fest gesetzet, daß 3
in Ansehen der Appellatinnen, non obstantibus exceptionibus, der Vergleich vor beständig zu halten, dem zu folge dann auch der punctus ratione regreſſus, welcher als pars transactio-

actionis anzusehen, mit vor gültig Rechtskräftig confirmiret worden, zumal Appellant sie zugleich damahls mit ad terminum adcitiren lassen, welches vornemlich wegen des regressus mit geschehen, der Appellatinne also die exceptio rei iudicatæ entgegen stehe, weil in dem gedachten iudicato der Vergleich bereits vor gültig erkant worden. Ausserdem 3) hier 4 eigentlich keine solche intercession vorhanden sey, dabey die gewöhnlichen solennia, certiorationis et renunciationis zu adhibiren nöthig gewesen, zumal sie nicht directo und principaliter eine fremde obligation übernommen, sondern nur die ratihabition des Vormundes zu verschaffen versprochen, mithin dadurch sich ad interesse, wenn solches nicht erfolgen würde, nur obligiret, neque enim obligatio ad factum vel etiam ad indemnitatem præstandam intercessionem talem inuoluit, quam mulieres inire prohibentur, licet per consequentiam remotam hæc inde fluat.

l. 19. pr. §. 1. 2. 3. D. ad SC. Vellej.

Endlich auch 4) Appellanten fol. 27. der Beweiß der opponirten exceptionis nachgelassen, welchen er angetreten haben würde, wenn Appellatinne ihn nicht zum Vergleich verleitet, und des Vormünder consens herbey zu schaffen sich nicht anheischig gemachet, dadurch es aber geschehen, daß er sich an seinem Beweise versäumet, und dadurch abermahl dem Appellanten gerecht werden müsse, so daß es das Ansehen gewinnet, als wenn das vorige Urthel hätte reformiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) wohl ohnstreitig ist, daß, wenn die Appellatin sich durch das gedachte Versprechen ad indemnitatem verbunden, sie solches wegen der geforderten Helffte derer quæstionirten eingeklagten Posten, wozu Beklagter bereits fol. 27. condemniret, und dahero die Richtigkeit derer Posten per rem iudicatam fest gesetzet gewesen, gethan, und dieses Versprechen allerdings eine solche indemnitatis promissionem, qua simul directo suscipitur debitum alienum, in sich hält, welche in Ansehen der Appellatinnen keine Verbindlichkeit gehabt,

5 *l. 19. §. 4. D. l. 6. C. ad SC. Vellej.*

ihr dahero nicht zur Last geleget werden mag, daß sie die ratihabition des Vergleichs des Vormundes nicht angeschaffet, noch sich darum so wenig bemühet, daß sie vielmehr in dem darüber angesetzten Verfahren fol. 46. so gar von ihrer Seite an den Vergleich nicht verbunden zu seyn vermeinet, mithin es wohl seyn kan, daß sie den Vormund von ratihabirung desselben abgehalten, weil sie denselben auch von ihrer Seite vor unverbindlich gehalten, absonderlich aber zu Anschaffung der ratihabition nicht verbunden gewesen, daraus aber kein dolus zu schliessen, cum suo iure *Ad L. XVI.* vtens nemini iniuriam faciat, so dann ad 2) *7. 1.* die exceptio rei iudicatæ dem Appellanten zwar in so weit, daß die Appellatinne die donation vor ihre Helffte passiren lassen muß, zu statten komt, nicht aber solche auf die quæstionem regressus zu ziehen, da zumal damahls in termino nur die Frage principaliter ventiliret worden, ob der Vormund und die Appellatinne an den Vergleich überhaupt verbunden, daß, wenn Appellant die Schenckung eydlich bestärcken würde, alsdann sie von 6 der Forderung der 150. Thlr. abstehen wolte, und obwol Appellant auch sein petitum mit darauf gerichtet:

> Daß die Appellatinne, als damahlige adcitata, Appellanten gegen den Vormund zu vertreten schuldig sey.

Dennoch darüber nicht principaliter damahls verfahren, also auch nicht gesaget werden kan, daß dieser Punct per rem iudicatam mit abgethan sey, indem dieses einen Neben-Punct, so von dem Vergleich unterschieden gewesen, betroffen, worüber erst in dem fol. 74 angesetzten Termin verfahren und erkant worden, daß Beklagter mit seinem gesuchten regress gegen die adcitatam abzuweisen, welches nicht geschehen mögen, wann vormahls auch in diesem Punct über die Bündigkeit des Vergleichs erkant worden. Uebrigens ad 3) da Appellant würcklich aus der quæstionirten Clausul einen regreß gegen die Appellatinne zu nehmen intendiret, er eine wahre intercession præsupponiren muß, da die gedachte Clausul alsdann den Verstand haben soll, daß sie entweder die ratihabition des Vergleichs in Ansehen des Vormundes anschaffen, oder was Appellant dieserwegen an den Vormund zahlen müste, über sich nehmen, und ihn vertreten wolle, welches, wie vorhin schon gedacht, eine wahre intercession, qua debitum appellantis suscepitur est, in sich hält, woran doch die Appellatin, debitis requisitis, ad efficacem intercessionem desideratis, cessantibus, nicht verbunden gewesen, und obwol nicht eine jede indemnitatis promissio sofort eine intercessionem inuoluiret, wohin die 7 angeführten textus roulliren, dennoch ein anders zu sagen ist, wenn solche würcklich eine suscepti onem debiti alieni, wie hier, in sich begreiffet. Endlich ad 4) Appellant sich schon an dem reseruirten Beweiß ratione donationis, ehe noch der Vergleich getroffen worden, versäumet gehabt, und dahero fol. 32. dessen contumacia bereits accusiret gewesen, so daß man nicht sagen kan, daß Appellatinne durch den getroffenen Vergleich verursachet, daß Appellant sich an dem Beweise versäumet, als welches wider die acta streitet, und dahero fol. 80. in Ansehen des Vormundes, daß Appellant sich an dem ihm nachgelassenen Beweise versäumet, erkant ist, gleichwol Appel-

ad L. XVI. T. I.

lant einigen Grund zur Appellation gehabt, nachdem vormahls generaliter der Vergleich vor beständig in Ansehen der Appellatinnen erkant worden, woraus einige ratio dubitandi probabilis hergeflossen, also die Unkosten, ausgenommen was die Transmissions-Kosten betrifft, als welche Appellant verursachet, compensiret worden.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ. MENSE AVGVSTO MDCCXLII.

DECISIO CCLXXV.

THEMA.

Debitum, quod mox liquidum fieri potest, compensationem admittit.

SVMMARIA.

Illiquidum debitum ad compensationem non sufficit n. 1.

Impensæ fructuum compensantur cum fructibus n. 2.

Si debitum intra breuem terminum liquidum fieri potest, compensationem admittit n. 3.

Maxime si de debito in genere constat, et in specie dubium est n. 4.

Locatio ex æquo, non verbis conceptis interpretanda n. 5.

Auf interponirte querelam nullitatis und erfolgte Gesetze in Sachen I. F. Beklagten an einem, und L. S. zu D. Erben in actis benant, Klägern am andern Theil, erkennen zum Appellations-Gerichte bey der Kayserlichen Freyen Reichs-Stadt Mühlhausen verordnete Director und Assessores nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß, gestalten Sachen und Umständen nach, Beklagter mit der exceptione compensationis gegen den ersten Post derer 14. Thlr. annoch zu hören, und zu dem Ende über den 9 und 10ten Articul fol. 15. act. appell. das eydliche Zeugniß seruato iuris ordine aufzunehmen, anbey Klägere den ihnen über den 2ten und 6ten Articul deferirten Eyd nach Beklagten Eyd vor Gefehrde abzuschweren schuldig, worauf alsdann ferner ergehet, was Rechtens ist. Würde nun Beklagter eydlich erhalten, und daß der Mieth-Zins von Hauß mit in dem Pacht stecke, in supplementum schweren, so hat er dasjenige, was ihm dieses Posts wegen zu beweisen obgelegen, nach Nothdurfft erwiesen, dannenhero er desselben wegen von der Klage zu absoluiren. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol in Ansehen des ersten und dritten grauaminis richtig ist, daß Beklagter die erste Post der 14. Thlr. zugestanden, im Gegentheil, was er darmit compensiren will, und fol. 15. in artic. probat. enthalten, altioris indaginis seyn möchte, welches die Bezahlung einer liquiden Post keinesweges retardiren kan, sondern ad separatum verwiesen werden muß, r *l. f. C. de compensat.*

wie auch im letzten Urtheil geschehen, zumal da Beklagter theils durch Zeugen, theils durch die Eydes-Delation darüber den Beweiß zu führen gedencket, welches ohne Weitläufftigkeit nicht wohl geschehen kan; hiernächst bey dem andern grauamine der halbe Beweiß zu ermangeln scheinet, ohne welchem kein supplementorium zu zuerkennen, allermassen daß er darüber bereits eine eydliche declaration gethan, hier nicht anzusehen, da ihm über den Punct, ob der quæstionirte Mieth-Zins mit in dem Pacht-Contract stecke, der Eyd nicht deferiret worden, vielmehr solcher zu seiner exception gehöret, welchen Beklagter erweisen müssen, so er aber nicht gethan, noch solches aus dem Pacht-Contract fol. 10. act. pr. inst. zu erweisen ist, als in welchem zwar Beklagter sich engagiret, die onera vom Hause abzutragen, solches aber blos in Ansehen, daß ihm das Holtz-Loos auf das Hauß mit überlassen worden, geschehen, daraus aber nicht folgen will, daß ihm die Wohnung mit vermiethet, und dahero es das Ansehen gewinnet, daß es schlechterdings bey dem vorigen Urthel zu lassen sey.

Rationes

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad grau. 1. et 3. des Beklagten Gegenforderung einen guten Grund hat, allermassen aus denen Acten klar ist, daß der alte Liborius Stude in anno 1732. kurtz vor der Erndte verstorben, die Erben aber die Frucht von denen bearteten Aeckern, die doch der Beklagte bestellet, eingeerndtet, mithin es ganz natürlich und Rechtens ist, daß ihm die Unkosten wegen der Bestell- und Mistung des Ackers gut gethan werden müssen, cum
2 tales impensæ sint onera fructuum

l. 13. D. de impens. in rem dot. fact.

welches theils bereits aus dem rotulo testium f. 87. act. appell. ziemlich klar ist, theils auch durch die geschehene Cydes-Delation über den art. 2. und 6. vollkommen klar gemachet werden kan, nicht weniger über die fernern Gegen-prætensiones in art. 9. und 10. ohne Weitläufftigkeit die Zeugen zu vernehmen sind, und wenn also die causa debiti richtig, das quantum oder der gethane Anschlag dieser expensarum officio iudicis moderiret werden
3 kan, vt non adeo altior indago hic supersit, sed intra breuem terminum arbitrio iudicis determinando debitum hoc ad liquidum deduci queat,

LAVTERBACH *ad tit. de compens. §. 23.*

bevorab da schon die articuli bey denen Acten zu finden, und die Zeugen über wenig Articul abzuhören, dabey auch leicht die Klägere ihre interrogatoria machen können, ausserdem es bedencklich ist, diese kleine Gegenforderung unter solchen Leuten, als hier die litigantes sind, ad separatum zu verweisen, da schon so viel klar ist, daß des Beklagten Gegenforderung in genere ihren Grund hat, und nur in specie, was eigentlich vor expensæ fructuum hier geschehen, durch den Cyd und die Zeugen abgethan werden muß, und so viel das andere grauamen betrifft, ausserdem, was in ration. dubit. angeführet, hier wohl zu erwegen, daß Beklagter bey diesem Pacht-Contract versprochen, daß er den verstorbenen Liborius Studen wohl halten, ihm täglich eine warme Speise reichen, auch in der Wäsche und Flicken sein halten wollte, welches nicht anders als dergestalt geschehen und concipiret werden kan, daß Beklagter bey ihm wohnen, und auf solche Weise, wie in contractu vitalitio Rechtens, ihn versorgen wolle, mithin nicht anders zu glauben, als daß auch die Wohnung mit in diesem Pacht-Contract begriffen gewesen, in welchem regard Beklagter auch das Holtz-Loos, so auf das Hauß geleget, genieſſen, und hergegen die onera davon tragen solle, welches solche argumenta sind, die wenigstens semiplenam probationem ausmachen, dabey auch nicht hindert, daß wegen der Wohnung im Hause im Pacht-Contract nichts gehandelt worden, angesehen gedachter Contract sehr einfältig errichtet, und man nicht prætendiren kan, daß alles so deutlich und klar, als secundum formulas forenses zu geschehen pfleget, darin ausgedrücket seyn müsse, zumal die contrahentes ex æquo et
5 bono mit einander gehandelt, vt plus intellectum videatur, licet minus scriptum sit, bey welcher Beschaffenheit das suppletorium wohl statt finden kan.

Ad LXVI. 4

So sind wir, geschehener massen zu sprechen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE AVGVSTO MDCCXLII.

Tit. II. De compensationibus.

RESPONSVM CCLXXVI.

THEMA.

De expensis variis ab administratore in compensationem deductis.

SVMMARIA.

Liquidum cum illiquido non compensatur n. 1.
Quoties reciproce rationes reddantur, et sic vtrinque probatio desideratur, compensatio locum habet n. 2.
Ad compensationem sufficit, si debitum tempore sententiæ liquidum est n. 3.
Etiam in compensationibus iuramentum locum habet n. 4.
Debito in genere probato standum est iuramento creditoris n. 5.
Nemo ex debito alieno tenetur n. 6.

Ad L. XVI. T. II.

Nemo cum damno alterius locupletior fieri debet n. 7.
Indebitum intra 30 annos peti potest n. 8.
Viatica (die Diæten) *debentur administrationibus* n. 9.
Licet certum salarium accipiant n. 10.
Qui commodum habet, eum sequitur incommodum n. 11.
Expensæ administratori refundendæ probabilem causſam habere debent n. 12. 15.
Expensas administrator repetit dummodo modum non excesserit n. 13.
Administrator illarum operarum pretium compensat, quod aliis pro iisdem soluit in utilitatem domini n. 14.
Expensas modicas factas iuramento administratoris probatas esse sufficit n. 16. 17.
Pro iudice militat optima præsumtio n. 18.
Rationes nondum plene redditæ censentur, quamdiu de expensis in compensationem deductis nondum constat n. 19.
Nec antea executio contra administrationem propter reliqua decerni nequit ibid.
Exmissio sine iudicio, ad quod provocatum, facta, spolium infert n. 20.

Als dieselbe uns eine facti speciem, nebst unterschiedlichen Beylagen und sieben Fragen zugeschicket ꝛc.

Hat die Hochfürstlich-Bambergische Hof-Cammer dero Castner zu S. I. G. D. sowol noch bey seinem Leben, als nach seinem Tode dessen hinterlassene Witwe, in unterschiedene Ansprüche genommen, so daß gegen jenen bey seinem Leben unterschiedene Commissiones würcklich verhänget worden, aber doch am Ende die Schuld nicht bey ihme, sondern andern Cameral, und von dem Castner der Unthat halber lang angeeigneter Bedienten sitzen geblieben, bis nun nach dessen Absterben von Seiten der Hochfürstlichen Hof-Cammer ein vermeintlicher Recess von 1700. Fl. hat gesuchet werden wollen, dagegen zwar die Witwe ihre erhebliche Einwendungen und Gegenforderungen formiret, und verhoffet, daß sie damit rechtlicher Art nach gehöret werden würde, gleichwol solches nicht zu erlangen gewesen, sondern die Hof-Cammer fortgefahren, dieselbe in einer noch nicht liquiden sogenannten Recess-Forderung bey gäntzlicher Uebergehung ihrer Gegenforderungen aus ihren väterlichen Haab und Güther heraus zu setzen, ihr die transmissionem actorum versaget, und sie dahin gebracht, daß durch ein Kayserlich Rescript an die gedachte Hof-Cammer zwar solche anbefohlen, aber solches nicht vollstrecket worden, und dann erstlich gefraget wird:

Quæstio I.

Ob nicht, und aus was Rechts-Gründen der fol. 1. **der Beylagen auf 412. Fl. 16. Kreutzer sich belaufende Getreyde Abgang der Witwe zu gute geben müsse, weil sich solcher ohne ihre Verschulden geäussert habe?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol der Abgang des auf dem Castens-Boden sich verwahrlich befundenen Getreides sich würcklich geäussert, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn der Castner, und nunmehro dessen Witwe davor stehen müsse, als welche solches auf den Casten-Boden erhalten und also auch wieder zu liefern schuldig sind, und was dagegen, daß solcher Abgang sich ohne ihr Schulden geäussert, opponiret worden, in altiori indagine beruhet, und in die compensation, welche die Witwe intendiret, nicht gebracht werden möchte, quod illiquidum cum liquido compensari non possit. 1

l. f. C. de compensat.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ein anders ist, gegen eine richtige Schuld-Forderung ex debito contracto die exceptionem compensationis in processu maxime executivo zu opponiren, welche nicht anders, als durch liquide Gegen-Forderungen getilget werden kan: ein anders aber bey Berechnungs-Sachen sich befindet, die durch Rechnungen und Gegenrechnungen ausgemachet, und dabey Beweis und Gegenbeweis zugelassen werden muß, wie denn in aller Berechnung dieses die tägliche praxis beweiset, und dabey der Beweis ratione derer in dieselbe gehörige Gegenforderungen zugelassen wird, 2

HEESER *de rat. reddend. c. XII.*

neque enim sola aduersarii contradictio impedit compensationem

l. 8. D. de compens.

adeoque etsi cum obiicitur debitum, illiquidum sit, tamen, si, cum fertur sententia, liquidum esse potest, compensatio non eo minus admittenda 3

C. I. Arg. lib. XVI. tit. 2. th. 10. n. 3. in f.

wie dann allhier der Ursprung des Abgangs des Getreides klar dargethan, und dadurch gezeiget werden kan, daß solcher nicht aus ihrem Verschulden entsprungen, anerwogen vor ohnlängstiger Zeit der Herr Cammer-Rath H. selbst den Boden in Augenschein genommen, und so beschaffen gefunden, daß derselbe einer

Reparatur

Reparatur höchst nöthig gehabt, welche auch secundum quid erfolget, der Boden fast auf den fünfften Theil erbrochen, und sich dabey auf 18. Scheffel Spreu, so von Mäuse-Fraß verlohren gegangen, befunden, dergestalt, daß wenn der gantze Boden erbrochen und repariret worden wäre, sich ein grosser Abgang des Getreides von selbsten gefunden haben würde, also solcher Abgang des Getreides mehr auf die Hochfürstliche Cammer und deren Verschulden, als auf den Castner fallen muß, welches der Herr Cammer-Rath, weil es sein eigen factum betrifft, nicht leugnen, allenfalls aber auf dessen Eyd ankommen wird, so auch in compensationibus statt findet,

BERGER *in œcon. iuris lib. 3. tit. 15. §. 4. not. 2. in fin.*

bevorab da der verpflichtete Messer Platties Leitner selbsten ausgesaget, daß ohne Schuld des Castners, und aus nicht zu erhaltender gäntzlichen reparation des schadhafften Kasten-Bodens der Mangel von selbsten sich geäussert, hiernächst aber sich ferner an den Tag geleget, 4 daß die Unterthanen zu Neuhauß das Getreide, so sie auf den Casten-Boden liessern müssen, mit Wasser anbesprenget, und in solcher Beschaffenheit geliefert, auch deswegen gestrafet sind, welches nothwendig einen grossen Abgang nach sich ziehen müssen, zu geschweigen, daß ein jeder Hauswirth, was in Ein- und Ausmessung vor Abgang zu erfolgen pflege, wissen wird, aus welcher Absicht nach des Castner Vollands Bestallungs-Registter sub A dem vorigen Castner einige 100. Scheffel zu gute gegangen, dahero nicht abzusehen, warum auch der Witwen dergleichen Abgang nicht zu gute kommen soll, bevorab da nicht gezeiget werden können, daß der Castner sich einiges Getreides von dem Casten-Boden zugeeignet habe, oder zueignen können, sondern solcher Abgang nothwendig den angeführten causis zugeschrieben werden muß, und da deren Grund nicht schlechterdings abgeleugnet werden können, sondern nur dieser Punct als illiquid verworffen ist, gleichwol durch einen Eyd der Frau Witwe gar leicht ad liquidum gebracht werden kan, zumal doch ohnstreitig ist, daß aus denen angeführten Ursachen ein grosser Mangel an Korn sich nothwendig äussern müssen, und da dessen quantum nur noch streitig, nichts mehr übrig ist, als daß das eigentliche quantum per iuramentum zu bestimmen, debito enim in genere probato, standum est iuramento creditoris

c. 32. X. de iurei.

5 HEESER *de rat. redd. loc. XII. n. 16. et 285.*

HARPRECHT *vol. nou. conf. 61. n. 70. sqq.*

wodurch zugleich klar werden wird, daß dieser Abgang würcklich durch die angeführte Ursachen und nicht durch Verschulden des Castners herrühre. *Ad L. XVI. T. II.*

So halten wir davor, daß, wenn die Witwe beschweren wird, daß der Abgang des Getreides würcklich so hoch sich erstrecke, und überhaupt allein von denen angeführten Ursachen herrühre, ihr solcher alsdann zu gute gehen müsse.

Belangend die andere Frage:

Quæstio II.

Ob nicht die Witwe D. die in ihrer Rechnung fol. 4. et 5. **gebrachte sogenante Schau-Scheffel aus angebrachten Gründen zu fordern, und dahero bey künfftiger** liquidation **einer Hochfürstlichen Hof-Cammer** in vim compensationis **abzuziehen berechtiget sey?**

Rationes dubitandi.

Obwol abermahl diese angesetzte Post als illiquid, ja als zur Gegenrechnung mit der Cammer nicht gehörig, verworffen und angezeiget worden, daß solche der Cammer nichts angienge, weil solche der Beamte selbsten von denen Bauren, so den Zehenden liessern, pro labore der Zehend Berichtigung genieste, und wenn die D. Witwe solchen præcipuum nicht genossen, die Hof-Cammer davor nicht hafften könne, quod nemo ex debito alieno 6 teneatur.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch einmahl ex confessione ipsius Cameræ solches lucrum dem Castner würcklich zukomt, und ad partem salarii gehöret, und er abziehen können, wenn alles im vorigen Stande geblieben, nunmehr aber da der Zustand würcklich geändert, und diese Zehend Lieferung dergestalt verändert worden, daß die Hof-Cammer solche Lieferung selbst immediate an sich genommen, sie in effectu dasjenige, was dem Castner davon gebühret, erhalten, welches in regard diesen pro indebite accepto anzusehen, angesehen denen Bauren ihre Frohn-Fuhren bereits seit anno 1690. zu Gelde gesetzet worden, und dahero sie nicht mehr diese Fuhren verrichtet, sondern durch das Fürstliche Hof-Geschirr das Korn immediate nach Bamberg abgeholet worden, und der Castner dahero diese Spreu-Scheffel, die doch ihm in partem salarii zugeschlagen, nicht mehr erhalten, gleichwol solche Veränderung ihm zu keinem præiudiz gereichen können, cum ne-

Ad L. XVI. T. II.

mo facto alieno grauari, aut detrimentum percipere possit,

l. 155. pr. de R. I. l. 9. de liberali causa

7 et nemo præterea cum alterius detrimento et iniuria locupletior fieri debeat,

l. 206. D. de R. I.

welches letztere doch würcklich geschehen würde, wenn die Hof-Cammer durch diese Veränderung dem Castner solches lucrum entziehen und an sich ziehen wollte, bevorab da durch diese Veränderung es bey demselben nicht gestanden, daß er die Schau-Scheffel von denen Bauren in Empfang genommen, sondern solches die Hof-Cammer, wiewol indebite genossen, also nichts mehr als billig ist, daß nunmehro in der General-Berechnung der Frau Witwe, dieser Abgang zu gute gehen müsse, zumal wenn gleich solches bishero nicht in Rechnung gebracht seyn möchte, dennoch die obli-
8 gatio indebiti, quæ ad 30 annos durat, nicht aufgehoben, und so lange die völlige Abrechnung nicht geschehen, noch allemal gefordert werden kan.

So erhellet hieraus so viel, daß die D. Witwe die in ihre Rechnung gebrachte Schau-Scheffel allerdings in Abrechnung compensando zu bringen wohl befugt sey.

Bey der dritten Frage:

Quæstio III.

Ob die in Abrechnung gebrachte Diæten-Gelder der D. Witwe in der bevorstehenden liquidation zu passiren, und deren compensation zu verstatten sey?

Rationes dubitandi.

Möchte zwar eingewant werden, daß von anno 1726. bis 1733. solche Diæten-Gelder unangesetzet geblieben, und einem Rechnungs-Führer nicht anders zu gute gehen, als wenn ihm solche in partem salarii mit versprochen, davon aber keine Spuren in denen uns zugefertigten Beylagen zu befinden.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, daß die Diæten-Gelder einige Jahr unangesetzet geblieben, solche dadurch nicht aufgehoben oder verworffen zu
9 achten, vielmehr einem hochstifftischen Beamten dieselbe zu seiner Zeit in Ansatz zu bringen, vermöge einer allgemeinen Gewohnheit und durchgängigen Landes-Gebrauch verstattet ist, wie dann wir aus der Beylage sub rubr. Rechtsgegründeter Vortrag wahrgenommen, daß von anno 1726. wie auch nach dem 33sten dergleichen Diæten jedesmahlen in Aufrechnung passiret und zugebilliget worden, welches allhier um destomehr zu admittiren, wenn man die bey der folgenden Frage anzuführende Entziehung der wichtigsten Accidentien, so doch dem Castner in partem salarii affigniret worden, in rechtliche Achtung nimmt, und dabey erweget, daß die dem seligen Castner gnädigste zugebilligte Zulage niemahls erhalten, wir auch aus der Erfahrung anderer Länder wissen, daß dergleichen Diæten-Gelder allen Beamten und Bedienten zugebilliget werden, welches bey denen administratoribus absonderlich die gemeinen Rechte zugleich billigen und verordnen, vt viatica eis præstentur, si ex officio necesse habuerint aliquo excurrere vel proficisci pro negotiis domini expediendis

l. 1. §. 9. D. de tut. et rat. distrah.

vnde ex bonis, quæ administrant, tantum capere possint, quantum opus fuerit pro *viaticis* et *sustentatione*

CHRISTINÆVS *vol. III. decis. 153. n. 3.*

adeo vt nequidem salarii quantitas cum his 10
sumtibus compensetur, nisi aliter conuentum atque cautum sit, administratorem ex suo salario sumtus in viatica et sustentationem facere debere,

l. 10. §. 9. mand.

GARZIAS *de expensis c. 20. n. 15.*

dergleichen pactum hier manquiret, vielmehr in facto fest gesetzet wird, daß bishero dergleichen Diæten-Gelder in denen Rechnungen andern passiret sind, welches denen Rechten auch gemäß ist.

So sind die in Abrechnung gebrachte Diæten-Gelder der D. Witwen in der bevorstehenden liquidation allerdings zu passiren und ist sie solche zu fordern wohl befugt.

So viel die vierdte Frage betrifft:

Quæstio IV.

Ob nicht der von der Castner D. beygebrachtes Kost-Gelds Ansatz vor einen Schreiber und Knecht billig in Anrechnung zu setzen, und von der Hochfürstlichen Hof-Cammer aus geführten Gründen zu vergüten sey?

Rationes dubitandi.

Obwol aus deren Bestallung sub lit. B erhellet,

hellet, daß die Castner solchen Knecht und Schreiber auf ihre Unkosten halten müssen, und dahero in der Bestallung dieses davon mit klaren Worten gesetzet:

> Da hingegen hat ein zeitlicher Castner gegen die grosse Bestallung einen Schreiber zur Verrichtung der Casten-Amts-Sachen, und einen Knecht zu den Casten-Boden zu halten.

dahero es das Ansehen gewinnen will, als ob diese Kost-Gelder ohne zureichenden Grund angesetzet worden.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch zwar andem ist, daß die angedeutete clausula in der Bestallung eines Castners befindlich, dennoch solches nicht absolute, sondern respective, und in Ansehen seiner grossen Bestallung verordnet worden, welche vornemlich in denen Amts-Accidentien bey Entscheidungen Lehnschafftlicher Streit-Sachen, Ausfertigung der Kauf-Briefe, die Lehns-Bemerckung der Herrschafftlichen Wiesen, administration und Bestraffung derer sich vergehenden Freveler, und anderes betreffend bestanden, auch die vorigen Castner genossen, hergegen der Frau Witwe Ehemanne ohne sein Verschulden und mit grosser Beeinträchtigung der Ober-Beamten entzogen worden, wie dieselbe deswegen auf die von anno 1730. bis 1733. inclus. ergangene acta, quæ notorium faciunt, sich bezogen, auch das reſcriptum von anno 1684. solches bewehret, und darthut, daß solche accidentia denen Castnern in partem salarii angewiesen worden: ausserdem ihren Manne noch dazu der austrägliche Casten-Amt-Eintrag von dem ehe vor ihm beständig anklebend gewesenen Forst-Amt weggenommen, und davon abgesondert, und dadurch dessen Gehalt dergestalt verringert worden, daß er $\frac{2}{3}$ weniger als andere genossen, und dahero bey so grossem Abgang des Gehalts dasjenige, was denen vorigen Castnern verordnet, auf ihn nicht appliciret werden mag, nachdem niemand die onera tragen kan, welchem die commoda, ob quæ onera ferre debuit, entzogen sind, secundum enim naturam est,
11 commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda,

l. 10. de R. I.

da hergegen, wem die commoda entzogen werden, derselbe auch das dabey verknüpffte onus auf seine Unkosten nicht tragen kan, aus welcher Absicht es ohne Zweiffel geschehen, daß in anno 1737. ihro Hochfürstliche Gnaden den geringen Gehalt des Castners D. in gnädigste Erwegung gezogen, und ihm zwar eine Zulage gnädigst zu verfügen angeordnet, solches aber nie zur execution gebracht ist, also es aller Billigkeit zuwider seyn würde, wenn man bey solchen trifftigen Umständen das angesetzte Kost-Geld vor den Schreiber und Knecht nicht billigen wollte. *Add. XVI. T. U.*

So halten wir davor, daß die in Abrechnung gebrachte Kost-Gelder vor den Schreiber und Knecht der Castner D. bey bevorstehender liquidation allerdings zu passiren, und sie solche anzurechnen wohl befugt sey.

So viel ferner die fünffte Frage betrifft:

Quæstio V.

Was von denen in der D. Liquidations-Gegenberechnung, als der in Anfug sub lit. A befindlichen übrigen kleinern Posten, als vor verrechneres Bothen-Lohn, Abschreib-Gebühren, derer in duplo gelieferten Amts-Rechnungen, und andern vor der Hochfürstlichen Hof-Cammer vor illiquid angesehener Ansatz zu halten sey?

Rationes dubitandi.

Obwol die Hof-Cammer die unnöthigen Unkosten passiren zu lassen nicht schuldig ist, wohin das angesetzte Bothen-Lohn von unterschiedlichen Jahren gehöret, weil solche nicht nöthig gewesen zu seyn scheinen, da alle Tage Gelegenheit nach Bamberg gewesen, und also kein Bothe pro expediendis negotiis dahin geschicket werden dürffen. Hiernächst die angesetzte 128. Fl. vor Abschreibe-Gebühren des zweyten Exemplars der Casten-Amts-Rechnung, so dem Amts-Successori zu extradiren, um deswillen verworffen sind, weil solches was ungewöhnliches sey, cum tamen expensæ iustam et rationabilem causam habe- 12
re debeant,

arg. l. 1. D. de tutelæ et rat. distrah.

wohin auch die collationirungs-Gebühren zu referiren, welche ebenfalls aus dem angeführten Grund ausgestrichen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in allen und jeden Berechnungen alles dasjenige zu passiren ist, quicquid administrator expendit, etiamsi modicum fuerit

arg. cit. l. 1.

VIVIUS *decis. 40. n. 8.*

adeo-

Ad L. XVI. C. II. adeoque eas repetere potest, quatenus in iis honestum modum non excessit,

13 SCHRADER *de feud. P. II. p. 9. sect. 2. n. 91.*

dergleichen wir in denen angesetzten und übrigen kleinen Posten nicht befinden, angesehen was das Bothen-Lohn betrifft, so ohnedem ein geringes, als bekant angenommen ist, daß solches nur um deswillen verworffen, weil täglich nach Bamberg Gelegenheit gewesen, dadurch die vielen Berichte in Casten-Amts Herrschafftlichen Angelegenheiten nach Bamberg bestellet, und der Herrschafft von da überbracht werden müssen, gleichwol dabey in Achtung zu ziehen, daß solche expedienda eines Theils jedermann nicht anvertrauet, und weit sicherer durch einen Bothen bestellet werden können, andern Theils auch keinem Beamten anzumuthen, daß er bey Ueberschickung dergleichen Berichte und andern nöthigen Sachen überall denen nachforschen müsse, welche etwa nach Bamberg gegangen, die auch ohne dem solches umsonst zu bestellen, nicht leicht übernommen haben werden, wie denn dergleichen Bothen-Lohn überall passiret wird, und hiebey gnug ist, daß solche Unkosten einen zureichenden Grund haben. Ferner die Abschreibe-Gebühren des zweyten Exemplars der Casten Amts-Rechnung etwas neues, und wider die bisherige observanz, nach welcher nur ein Exemplar zu verfertigen gewesen, eingeführet und von der Witwen verlanget ist, daß sie von anno 1726. dem Amts-Successori dieses andere Exemplar ausfertigen lassen und liefern müssen, dahero, wenn solches als was ungewöhnliches in der Rechnung verworffen werden wollen, dennoch auch diese Unkosten, als was ungewöhnliches, der Frau D. angemuthet worden, und eine ausserordentliche Ausgabe erfordert, welche derselben nicht anzumuthen, vielmehr da solche der Cammer zum Besten geschehen, auch billig und Rechtens ist, daß sich dieselbe solche anrechnen lassen müsse, quare enim administrator non deduceret, vel compensaret illarum operarum pretium,

14 quod aliis pro iisdem soluit in vtilitatem domini

SCHRAD. *cit. l. sect. 2. n. 31. ampl. 14.*

MARESCOTTVS *lib. II. resp. 114. n. 13.*

KNIPSCHILD *de fideic. fam. c. 12. n. 169.*

wiewol auch diese Unkosten nicht ungewöhnlich bey andern zu achten, wie solches in der liquidations-Rechnung angeführet, auch ausserdem bekant ist, daß sogar an vielen Orten bey einfachen Rechnungen die Schreib-Gebühren bey allen Rechnungs-Führern passiret werden, welches auch von denen collationirungs-Gebühren zu verstehen, die der Beamte nicht allein vornehmen kan, sondern nebst dem Schreiber darzu einen tertium gebrauchen und beyde bezahlen muß, welches abermal zu Behuf und Besten der Hof-Cammer geschiehet, und dahero auch zu passiren ist, cum sufficiat, quod iusta causa factarum expen- 15
sarum sit,

l. 1. §. 7. de tut. et rat. distrah. item *§. 8.* ibi: *si tamen ratio præstandi interciderit*

übrigens bey allen dergleichen kleinen Posten bekant ist, quod non adeo rigide cum administratoribus agendum sit, sed sufficit, solo iuramento eos probare, 16

HEESER *de rat. reddend. loc. XII. n. 4. sqq.*

So erhellet hieraus so viel, daß die angesetzte kleine Posten ebenfalls der D. Witwen in ihrer Rechnung zu passiren sind, und da sie iustam causam haben, als illiquid nicht ausgeworffen werden können.

Hieraus fliesset die Entscheidung der sechsten Frage:

Quæstio VI.

Ob die D. Witwe mit denen in actis befindlichen Umständen ihre Gegenforderung hinlänglich begründet, und darüber einen glücklichen Ausgang dieser Sache gewärtigen kan?

Rationes dubitandi et decidendi.

Denn obwol die meisten Puncte noch einigen Beweiß zu erfordern, und altioris indaginis zu seyn scheinen, diesemnach als illiquid auszusetzen seyn möchten.

Dieweil aber dennoch bey denen Gegenforderungen zweyerley zu considerieren: 1) ob solche ihren Grund in vera et fundata causa debendi haben? 2) ob solche ratione quantitatis als liquid zu achten? aus denen deductis aber wahrzunehmen, daß der erste Punct seine Richtigkeit in denen ausgeführten causis debendi habe, und das bloße Ausstreichen und Negiren der Hof-Cammer die Sache nicht hebet, welche hier blos als pars anzusehen, und darüber Erkäntniß erleiden muß, darnebenst der andere Punct entweder auf das iuramentum 17
der D. Witwen ankommen wird, wenn in Ansehen des quanti noch einiges dubium vorkommen sollte, wie bey der ersten Frage angezeiget, oder aber der moderationi iudicis futuri unterworffen seyn wird, wie solche bey dem angesetzten Kost-Geld vor den Schreiber und Knecht allenfalls statt finden möchte.

So

So halten wir davor, daß die in vorigen Fragen ausgeführte Posten vor begründet zu achten, und die Witwe einen glücklichen Ausschlag zu erwarten habe.

Endlich so viel die siebende Frage betrifft:

Quæstio VII.

Ob die Hochfürstl. Hof-Cammer bey dergleichen Gegenforderung, als anmaßlichen recess halber, befugt gewesen, aus ihren Güthern die Witwe zu exmittiren, und durch was Mittel und Wege Rechtens sie sich wieder dazu verhelffen könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol scheinen will, als wenn die Hochfürstliche Hof-Cammer einen recess von 1700. Fl. zu suchen berechtiget gewesen, und da diese Schuld, zumal dagegen an und vor sich selbst nichts obmouiret worden, vor liquid zu achten, nichts mehr als die execution übrig seyn können, und da solche geschehen, dagegen kein remedium statt finden möch-
18 te, cum pro camera sit præsumtio, quod recte functa fuerit suo officio.

STRYK *de præsumt. pro magistr. c.1.*

Weil aber dennoch bis dato noch kein residuum, auf welches die execution in Stande Rechtens geschehen können, vorhanden, cum reliqua demum dicantur, quæ, deductis expensis, supersunt
19 *l.32. de condit. et demonstr.*

CARPZ. *lib. V. resp. 78. n. 5.* *Ad L. XVI. T. II.*

et iniquum sit, aliquem compelli ad soluendam pecuniam ante plene redditas rationes, ex quibus demum apparere potest, vtrum debitor quis domini sit, an creditor,

FACHIN. *lib. VIII. c. 58.*

welches allhier noch nicht geschehen, nachdem die Hochfürstliche Cammer die Gegenforderung schlechterdings verworffen, da doch die D. Witwe darüber ad iudicium prouociret, rechtliche Erkäntniß sich ausgebethen, solches aber nicht zu erlangen gewesen, noch die gesuchte transmissio actorum, die doch offenbaren Rechtens ist, statt gefunden, ohngeachtet dieserwegen ein Kayserl. rescript an die Hof-Cammer ergangen, woraus denn klar am Tage lieget, daß die exmission der Witwen aus ihren Güthern, inuerso iuris ordine, geschehen, und denen bekanten Rechten nach nicht anders als ein spolium angesehen wer- 20
den mag, quia exmissio sine iudicio, ad quod prouocatum, facta fuit,

c. 7. X. de restit. spoliat.

dieserwegen das remedium canonis redintegranda der D. Witwen allerdings zu statten kommen muß, als welches bekanter massen auch contra factum magistratus aliorumque officialium publicorum statt findet.

So erhellet hieraus so viel, daß die Hochfürstliche Hof-Cammer bewandten Umständen nach nicht befugt gewesen, wegen des anmaßlichen recess die Witwe aus ihren Güthern zu exmittiren, sondern derselben unbenommen bleibe, ex c. redintegranda pro recuperanda bonorum possessione zu klagen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBR. MDCCXLV.

RESPONSVM CCLXXVII.

THEMA.

Retentio etiam ob debitum illiquidum obtinet, donec aduersarius cauerit.

Vid. T. IV. Resp. CCXCV. Thes. 6.

Ad L. XVI. T. II.

DECISIO CCLXXVIII.

THEMA.

Ius retentionis ob debitum non connexum vel illiquidum locum non habet.

SVMMARIA.

Ius retentionis est instar pignoris taciti n. 1.
Ius retentionis per motum concursum non tollitur n. 2.
Imploratio pro facienda declaratione non est appellatio n. 3.
Ius retentionis tantum ob debitum connexum locum habet n. 4.
Excepta pignoris caussa n. 5.
Ob debitum illiquidum retentio cessat n. 6.

MEV. *P. I. dec. 172. n. 11.*

Als die Herren uns interponirte Appellationes und erfolgte Gesetze in Sachen H. G. P. mandat. nomine C. V. in St. P. und procuratoris concursus E. G. P. beyderseits Appellanten und Appellaten zugeschicket ꝛc.

Daß die Appellationes in ihren formalien zu Recht beständig, und dannenhero die Sache zu deren Rechtfertigung an die Herren erwachsen; der materialien halber aber erscheinet aus denen acten und der Partheyen Einbringen so viel, daß in erster Instanz wohl gesprochen, übel davon appelliret, und dahero die sententia a qua schlechterdings zu confirmiren, auch die Sache an den Richter voriger Instanz zu remittiren sey.

Rationes dubitandi.

Obwol so viel Klägers und profitentens Appellation betrifft, ex actis erhellet, daß er vor Abfolgung der 5½ Pack Juchten zu Auslieferung der zum Verkauf in Händen habenden Iouwelen, ingleichen zu extradirung der M. Post, deren Eincassirung ihm von dem verstorbenen liquidato committiret, condemniret worden, worin er sich sehr beschweret zu seyn vermeinet, da er gleichwol eine dreyfache prætension aus dem concurs habe, als 1) die iure dominii abgeforderte Juchten, 2) die prouenue a 149. Mßl. 9. Kr. und 3) 447. Rubeln 38. cop. Ihm also das ius retentionis sowol an denen Iouwelen, als der M. Post zustehe, welches er zu abandonniren nicht schuldig sey, ehe und bevor er völlig quit-
1 tiret worden, cum ius retentionis sit instar pignoris taciti,

l. 15. D. capt. et postlim. rev.

dahero denn auch dieses Recht denen creditoribus nicht einsten per motum concursum
2 genommen werden könne,

welches um so wenigern Zweiffel haben möchte, als selbsten die Hamburgische falliten-Ordnung expressis verbis verordnet, daß per concursum einem creditori an seinen iuribus compensationis und retentionis nichts præiudiciret noch benommen seyn solle, woraus dann folgen möchte, daß hierin eine reformatio sententiæ geschehen müste; und so viel des curatoris bonorum grauamen betrifft, es fast das Ansehen gewinnen will, als wenn ratione desselben keine appellation vorhanden, indem er nicht ad iudicem superiorem prouociret, worin doch die natura appellationis bestehet, sondern bey dem iudice primæ instantiæ intra decendium blos eine Anzeige übergeben, welches mehr als eine imploratio pro facienda declaratione, als prouocatio anzusehen, übrigens dessen Anzeige darin bestehet, daß ex 3
errore des Buchhalters die ad acta gegebene Verkauf-Rechnung über den verkaufften halben Pack Juchten nicht datiret, und man also auf die Gedancken kommen seyn möchte, als wenn dasselbe erst nach des liquidati Tode vom curatore bonorum verkauffet worden, da doch der Käufer bereits den 29. Decemb. 1725. das Kauf-Geld davor a 149. Mßl. 9. ß. an G. in banco abgeschrieben, und dahero naturam simplicis mutui erhalten, dieserwegen es ex causa depositi, wie geschehen, nicht classificiret werden mögen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, so viel des profitentens grauamen betrifft, sein prærendirtes ius retentionis keinen Grund hat, zumal solches nur alsdann gegründet ist, wenn die Schuld, 4
weswegen jemand das ius retentionis prætendiret, mit der Anforderung eine connexion hat, und aus der re retenta herrühret, welches unter andern daraus erhellet, quod in solo pignore iure singulari ius retentionis ex 5
diuersa causa obtineat,

s. s.

t. t. C. etiam pignus ob chirogr. pecun. retin. posse

MEV. *P. II. decis. 214.*

BRVNNEM. *cent. 5. dec. 11. n. 1.*

welches sich hier gar nicht befindet, indem der profitente die Iouwelen zum Verkauff, und die an M. haltende Schuldforderung qua mandatarius zum Eincassiren erhalten, die geforderten Posten aber und Juchten ex diuersa causa herrühren; hiernächst die 447. Rubeln 38. cop. noch zur Zeit eine illiquide Schuld-
6 Forderung sind, weswegen das ius retentionis keinesweges statt finden kan,

MEV. *P. II. decis. 16.*

mithin die angeführte Falliten-Ordnung allhier inapplicabel ist, denn sonsten dieses absurdum daraus folgen würde, daß des profitenten prætensiones, so in die 4te und resp. 5te Classe gehören, und er solche bey diesem concurs angegeben, extra concursum vor allen Gläubigern befriediget werden müsten, welches denen Rechten zuwider, und die Absicht der Falliten-Ordnung nicht seyn kan, allenfalls, wenn dem profitenten ein ius retentionis zustehen sollte, mit eben, ja mehrern Rechte auch dem curatori bonorum solches zustehen, und die Abfolge der Juchten so lange dem profitenten denegiret werden muß, bis derselbe erst die Iouwelen und die M. obligation heraus gegeben, da gantz vernünfftig ist, quod in hac re potiores partes rei, quam actoris esse debeant; und so viel des curatoris bonorum gethane Anzeige betrifft, das protocollum von 29. Nov. a. p. darthut, daß demselben die gedachte Anzeige in iudicio appellationis zu produciren anbefohlen, und darüber der profitente zum Verfahren angewiesen worden, man dahero ob connexitatem diese Anzeige als eine appellation angenommen, im Gegentheil weil C. V. mandatarius darauf mit seiner Handelung nicht eingekommen, auch diese Sache in contumaciam pro conclusa angenommen ist, welches um desto leichter geschehen können, da des curatoris bonorum grauamen keinen Grund hat, zumal dessen suppositum, als wenn der vorige Urtheils-Fasser gemeinet, daß das halbe Pack Juchten post mortem des liquidati erst verkauffet sey, in actis sich nicht findet, es auch ohnedem in der Sache keine alteration machen kan, daß der Käufer des halben Pack Juchtens dem liquidato die prouenue der 149. Mßl. 9. ß. in banco abgeschrieben, als welches den profitenten als ein factum tertii nichts angehet, der liquidatus im Gegentheil gehalten wird, als wenn er die Gelder von dem Käufer würcklich erhalten, und solche bey ihm ex causa depositi gewesen, dergestalt, daß er billig post hypothecarios classificiret werden müssen. *AdL. XVI. T. II.*

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE APRIL MDCCXXXV.

DECISIO CCLXXIX.

THEMA.

Ius retentionis contra debitoris debitorem locum non habet.

SVMMARIA.

Nemo debitoris sui debitorem conuenire potest n. 1.

Excepto fisco, cui hoc singulari iure concessum n. 2.

Debitum tertii in compensationem deduci nequit n. 3.

Nemo in sui debitoris debitorum rebus ius retentionis exercet n. 4.

Debitum tertii cum eius consensu admittit compensationem n. 5.

Legitimatio ad substantialia pertinet n. 6.

Auf interponirte Supplication in Sachen des Amtmanns R. Supplicanten an einem, und des Lieutenants K. wie auch Amtmanns R. Supplicaten am andern Theil, erkennen Fürstlich-Braunschweig-Lüneburgische Vice-Cantzler und Räthe zu Wolffenbüttel, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die interponirte Supplication in Ansehen der ermangelnden legitimation vor

Ad L. XVI. T. II.

admissibel zu halten, wegen des übrigen Verfahrens aber zu verwerffen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol die interponirte Supplication irreleuant und ohne allen Grund zu seyn scheinet, indem Supplicant, der denen Supplicaten, und zwar einem jeden die Helffte von 248. Thlr. n. act. 18. zu zahlen condemniret ist, sich an dieser Post eines iuris retentionis aus dem Grunde bedienen wollen, weil der Amtmann F. sein debitor sey, dieser aber von den Supplicaten laut beygehender Acten hinwieder zu fordern habe, und ihm also ein ius retentionis in debitoris sui debitorum pecunia zustehe, welches aber denen Rechten zu-
1 wider ist, in Betracht, gleichwie meines debitoris debitor keinesweges mein debitor ist,

l. 13. l. 15. C. si cert. pet.

l. 16. C. de solut. l. 8. C. depos.

BORN *de act. quae contr. debit. debitorem comp. §. 6.*

und niemand regulariter seines debitoris de-
2 bitorem, sondern nur extra ordinem allein und per modum exceptionis, belangen kan,

l. 1. C. quando fiscus vel priv. debit. etc.

also ihm auch nicht zustehet ein ius retentionis an fremden Geldern zu exerciren, welches ohnedem in quantitate alicui debita nicht angehet, vielmehr in effectu auf eine compensation hinaus lauffet, die aber eben so we-
3 nig statt findet, quod tertii debitum in compensationem deduci nequeat,

l. 18. §. 1. D. l. 9. C. de compens.

das ius retentionis auch pari passu sich nach
4 der compensation richtet. Ausserdem des Amt-Vogts Freyenhagen an die Supplicaten gemachte Forderung noch nicht einsten liquid ist, so daß der von jenem angelegte Arrest wieder aufgehoben, und die Sache zur rechtlichen Ausmachung verwiesen worden, und was de defectu legitimationis derer Supplicaten Anwalds angeführet ist, solcher noch leicht gehoben werden kan, wie denn derselbe solche anzuschaffen, sich offeriret, bishero aber solches wegen des einen Supplicaten Abwesenheit nicht thun können.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch voritzo es nicht allein darauf, was anfänglich hiebey mit gutem Grunde angeführet, ankomt, als welches in allen seine Richtigkeit hat, und wann dieserwegen allein suppliciret worden wäre, solche supplication schlechterdings verworffen werden müssen; sondern hiebey billig zu considiriren ist, daß Supplicant nicht unbillig Bedencken getragen, in dieser Sache weiter sich zu meliren, bis derer Supplicaten Anwald sich erst legitimiret, dessen Legitimations-defectum derer Supplicaten Anwald selbsten agnoscret; Supplicant aber gleich anfangs vrgiret, an- 5
itzo auch um desto nothwendiger ist, als nunmehr aus dem ad acta n. act. 3 &c. gebrachten Briefe des Amtmanns R. zu ersehen, daß derselbe nicht undeutlich in die compensation, ausgenommen 20. Thlr. consentiret, und bey solchen Umständen mit dem consensu tertii dieselbe wohl geschehen kan, so daß noch sehr zweiffelhafft ist, ob derselbe seinen consens zu der Klage gegeben, und so viel den Lieutenant K. betrifft, ebenfalls erst aus dessen Anwalds legitimation erhellen wird, ob er zu der Eintreibung dieser Post dem angemasseten Anwald Ordre ertheilet, immassen derselbe einmal wegen des R. Briefes verdächtig ist, gleichwol die legitimatio procuratoris ein de-
fectus substantialis ist, und jederzeit oppo- 6
ret werden kan,

c. 4. in f. X. de procur.

diesemnach in so weit die supplication vor admissibel geachtet werden müssen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOB. MDCCXLV.

RESPONSVM CCLXXX.

THEMA.

Ius retentionis debitum absolute liquidum non supponit.

Vid. T. IV. Resp. CCCXXII. Them. 4.

RESPONSVM

RESPONSVM CCLXXXI.

Ad L. XVI. T. II.

THEMA.

Retentio periculum non habet connexum.

cit. l. Th. 5.

DECISIO CCLXXXII.

THEMA.

Ob debitum, quod facile liquidum fieri potest, retentio competit.

Vid. T. IV. Dec. CCCXXV. Them. 2.

Tit. III. Depositi vel contra.

DECISIO CCLXXXIII.

THEMA.

Paroemia: *Hand muſs Hand wahren* ad commodatum vel pignus, non vero depositum iure Hamburgensi pertinet.

Vid. T. IV. Dec. CLIX. Th. 1.

RESPONSVM CCLXXXIV.

THEMA.

Sequestrum cessante iusta causſa decerni nequit.

Vid. T. IV. Resp. DXCVI. Them. 2.

DECISIO CCLXXXV.

THEMA.

Sequestrum ex iusta causſa decerni potest.

Ad L. XVI. T. III.

SVMMARIA.

Spolium ante omnia restituendum n. 1.
Ob debitum pecuniarium difficilius sequestratio locum habet n. 2.
Depositio etiam pendente appellatione ex iusta causa fieri potest n. 3.
Pro iudice militat optima præsumtio n. 4.
Exceptio, quæ ad separatum remittitur, non prorsus reprobatur n. 5.
Sequestrum decernendum, si de iure petentis satis constat n. 6.
Cautio est optima medicina contra sequestrationem n. 7.

Als dieselbe uns eingewandte Leuterung, wie auch respective Verfahren in Sachen C. E. G. und C. K. Erben, Beklagten an einem, und weyland des Commissions-Rath C. F. R. nachgelassenen Erben, Klägere am andern Theil, in sieben zurück kommenden volum. sub sign. ☽, ♯, ♂, □, †, C. und ♄ zugeschicket ꝛc.

Daß Klägere litem zur Nothdurfft reassumiret, und C. F. R. wegen des Unmündigen C. H. von L. und dessen Vormundes zuförderst durch würckliche Bestellung cautionis rati sich zu legitimiren schuldig, übrigens sind Klägere auf die bereits vol. sub ♂ fol. 180. sqq. prosequirte Leuterung alles Einwendens ungehindert, sich einzulassen pflichtig, in dessen Verbleibung nicht unbillig hauptsächlich darauf erkant wird. Jedoch bleibet denenselben unbenommen, zulängliche caution zu bestellen, in welchem Fall alsdann das Verboth wegen Einhebung der Pacht-Gelder wieder aufzuheben ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Weil an der litis reassumtion der klagenden Erben nichts auszusetzen, so hat es zwar dabey sein Bewenden, jedoch da C. F. R. vor C. H. L. und dessen Vormund die cautionem rati actu corporali nicht præstiret, so doch vor allen Dingen geschehen muß, so hat hierauf zuförderst erkant werden müssen. So viel nun die Haupt-Sache betrifft, so erhellet aus dem vol. sub sign. ♂ daß Beklagte gegen das fol. 162. befindliche Urthel Leuterung interponiret, solche auch fol. 180. et seqq. prosequiret, Klägere aber fol. 204. seqq. sich darauf einzulassen bedencklich gehalten. Ob nun wol dieselbige der bereits prosequirten Leuterung exceptionem spolii et attentati opponiret, und zu dessen Behauptung angeführet, daß in actis sub ♄ Beklagte sich unterstanden, einen besondern Proceß sub executione anzufangen, und fol. 8. b. die Einhebung der M. Pacht-Gelder zu heben, wider alle fernere Verpachtung des Hammer-Werckes, weder pro toto noch pro parte, wider die Rosenthalische administration des Hammer-Wercks, wider Veräuserung der vorhandenen Eisen-Waaren, und wider alle verhypothecirung des Hammer-Werckes zu protestiren, auch dadurch so viel effectuiret, daß nicht allein in actis sub ♄ fol. 11. das Verboth würcklich decretiret, sondern auch in actis sub C fol. 30. et 32. das M. Pacht-Geld und Eisen in depositum genommen, und ferner die inhibition wegen Veräuserung des Eisens fol. 29. act. sub ♄ erfolget, da doch fol. 25. b. selbsten agnoscirt worden, daß klagende Erben bishero in dem possess gewesen, und solche continuiret, nunmehro aber aus derselbigen entsetzet worden, also nicht schuldig gewesen zu seyn scheinen, auf die prosequirte Leuterung sich einzulassen, quod spoliatus ante omnia restituendus et attentatum prius remouendum sit,

c. 7. X. de appell. in 6.

CLEM. *2. vt lite pendent. nil inn.*

dagegen denn der Beklagten Einwenden, daß solches zu ihrer Sicherheit und derselben Gegenforderung aus dem Hammer-Werck, so Kläger über 20. Jahr allein genutzet, nicht statt finden möchte, zumal solche eines Theils noch illiquide ist, und ad separatum verwiesen worden, andern Theils aber solche in debito pecuniario bestehet; aus denen Rechten aber dagegen bekant sey, quod, quoties ex contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescere debeat. Oportet enim debitorem primo conuinci et sic deinde ad solutionem pulsari.

L. vnica C. de prohib. sequestr.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch sowol das geschehene Verboth als deposition der Pacht-Gelder blos zur Sicherheit derer Beklagten geschehen, und als eine species sequestrationis anzusehen, welche aus bewegenden Ursachen auch so gar pendente appellatione wohl geschehen kan, und in so weit solche ex iusta causa geschehen, pro spolio et innouato nicht zu halten ist,

l. 21. §. 3. de appellat. c. f. X. de sequest.

allermassen nicht allein pro quolibet facto iudicis et eius decretis die gröste præsumtion militiret, quod recte functus fuerit suo officio,

c. 6. X. de renunciat.

c. 16.

c. 16. X. inf. de sent. et interloc.
STRYK *de præsumt. pro magistr. c. 1. §. 8.*

sondern auch sonsten aus denen Acten erhellet, daß der seel. Commissions-Rath R. das quæstionirte Hammer-Werck, davon Beklagte gleichwol die Helfte haben, alleine genutzet, nicht weniger solches allein in Pacht gegeben, und dahero nach dessen Tode nunmehro dessen Erben zu Ablegung der Rechnung, weil solche mit deren Erblasser nicht zum Stande gekommen, schuldig sind, und ob zwar im letzten Urthel fol. 162. act. sub ♂ Beklagte mit ihrer opponirten exceptione compensationis gegen die ausgeklagte liquide Schuld-Forderungen abgewiesen, dennoch solche nicht dadurch reprobiret, sondern vielmehr zu besonderer Ausführung verwiesen worden, mithin dieselbige wegen der künftig hin anzulegenden Berechnung intentionem fundatam haben, auch bereits eine grosse Anforderung deswegen gemachet, und weil solche eben aus der sequestrirten Hebung des Hammer-Wercks prætendiret werde, Klägere auch nicht in Abrede seyn können, daß sie die administration denen Rechten nach communi nomine mit thun müssen, ihnen kein tort geschehen, daß zu der Mitverpachtung die Beklagte zugelassen worden, so sie auch vormahls gethan, zudem wenn Klägere die Hebung noch ferner allein geniessen solten, die Gegenforderungen dadurch nur immer grösser, der langwierige process aber in noch weit mehrere Verwirrung dadurch gerathen möchte, hingegen durch das quæstionirte decretum denen Beklagten so wol Sicherheit geschaffet, als auch dabey vorgebauet worden, daß, wenn künftig Rechnung abgeleget und ein liquidum constituirt ist, dieselbe um desto leichter zu ihrer Befriedigung kommen können, quando autem constat de iure sequestrum petentis, et quod illud petat ad conseruationem iuris sui, illud non denegandum, *Ad L. XVI. ff. III.* 6

MYNSING. *cent. 1. obs. 11.*
BRVNNEMAN. *ad l. vn. de prohib. seq. n. 16.*

welches denn *in l. vn. C. de seq. prohibita* non absolute, sondern nur in so weit verbothen, daß wegen schlechter Schuld-Forderung, die keine connexion mit denen Güthern haben, die Gelder nicht sequestriret werden sollen, wie die rubrica deutlich anzeiget, dagegen hier ohnstreitig, daß Beklagte die Helfte an dem Hammer-Wercke haben, der Klägere Erblasser aber solches mehrentheils allein genutzet, und die itzigen Klägere die Beklagten gleichwol von der coadministration nicht gäntzlich ausschliessen können, iedoch ihnen frey bleibet, wenn sie die Hebung ferner geniessen wollen, deswegen zulängliche caution zu bestellen, quæ optima medicina est aduersus sequestrum, inzwischen da Klägere probabilem excipiendi causam gehabt, die Unkosten tacite durch Uebergehung derselben compensiret werden müssen. 5 7

So hat geschehener massen erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXXXVII.

LIB. XVII.

Tit. I. Mandati vel contra. *Ad Lib. XVII. T. I.*

DECISIO CCLXXXVI.

THEMA.

Qui sub qualitate institoris contrahit, sed limites mandati excessit, ipse tenetur, nec principalem obligare potest.

SVMMARIA.

Qui sub qualitate institoris contrahit, de suo soluere non tenetur n. 1.
Hanc circumstantiam etiam in executione adhuc allegare potest n. 2.
Mandatarius mandatum excedens ipse, non æque principalis obligatur n. 3.
Qui simpliciter promittit, proprio nomine contraxisse videtur n. 4.
Exceptio illiquida in executione non admittitur n. 5.
Qui liti se obtulit, soluere tenetur n. 6.

Als

Ad Lib. XVII. T. I.

Als die Herren uns interponirte Leuterung, deren prosecution und erfolgte Sätze, in Sachen des Müllers M. G. zu Unterneubrün Impetranten und Leuteranten an einem, und des Bergzehendners J. A. T. Impetraten und Leuteraten am andern Theil, nebst denen übrigen in zurückkommenden volum. befindlichen acten ꝛc.

Nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß Impetrante mit seinem Suchen von Imploraten nicht ab- und an die gesamte E. Erben nicht zu verweisen, sondern es bey dem fol. 219. befindlichen und den 30. April 1742. eröffneten Urtheil billig sein Verbleiben habe. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Leuterat gegen die grauamina leuterationis angeführet, daß 1) derjenige, qui sub qualitate institoris contrahiret und auch
1 condemniret worden, in seinen eigenen Güthern nicht exequiret werden könne,

CARPZ. *P. I. c. 32. def. 14. n. 5.*

LAVTERBACH *ad tit. quand. ex fact. tut. vel curat. §. 4.*

welches in thesi seine unleugbahre Richtigkeit hat; in hypothesi aber 2) an sich richtig sey, daß die quæstionirte Schuld von dem Cammer-Rath E. herrühre, dessen Schulden sein Hr. Vater, und nach dessen Ableben dessen Erben nebst dem hohen Ofenwerck selbsten übernommen und fortzutreiben resoluiret, auch zu solchem Ende, laut Beylage fol. 72. dessen administration dem Leuteraten übergeben, dergestalt, daß er nicht anders als institor anzusehen, und die fol. 164. befindliche Bezahlung der quæstionirten Schuld versprochen haben könne, welches auch 3) daraus abzunehmen sey, daß in der gedachten registratur fol. 164. nach der clausul: dem *accord* gemäß, auf den accord, so der verstorbene E. den 11. Octob. laut fol. 82. mit Leuteranten eingegangen, prouociret worden, und also die Absicht gewesen sey, daß Leuterat diese Schuld als ein E. Capital, qua administrator bezahlen solle, qui autem sub certa qualitate contrahit, non de suis, sed de eius, cuius bona administrauit, solutionem promittere videtur, quod etiam in dubio præsumendum.

l. 43. §. 1. de admin. et peric. tut.

MEV. *P. I. decis. 228. n. 1. et 2.*

2 Diesemnach, da 4) diese exceptio, daß Leuterat sub qualitate institoris contrahiret, auch noch wol gegen die executionem subsidiariam, welche man in seinen eigenen Güthern vorzunehmen intendire, opponiret werden könne, auch 5) nicht hindere, daß er in der Haupt-Klage, worin er condemniret worden, diese exception nicht opponiret, als welches unvonnöthen gewesen, da er proprio nomine vor der Fürstlichen Regierung zu Hildburgshausen nicht belanget werden können, sondern nothwendig als ein E. institor bloß actioniret werden müssen, er also in solcher qualität sich eingelassen und condemniret worden, weil man ausser dieser qualität ihn nicht einsten citiren lassen und anhalten können, in den fol. 164. befindlichen accord zu treten, in welchem er 6) die Zahlung, wenn erst der hohe Ofen angegangen, und also in regard dessen allein versprochen, weil er dessen administration geführet, keinesweges also 7) gesaget werden könne, daß er die Schuld fol. 164. proprio nomine übernommen, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn das letzte Urthel confirmiret werden sollte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) in thesi zwar die Sache ihre Richtigkeit hat, aber in hypothesi es alhier darauf ankommt: ob Leuterat den fol. 164. befindlichen accord nomine proprio, oder qua administrator der E. Erben übernommen, welches Letztere aus seiner Vollmacht nicht geschlossen werden kan, als in welcher nicht zu befinden, daß er die Schulden der E. bezahlen, und solche veraccordiren solle, sondern vielmehr, daß er das hohe Ofenwerck in ihren Nahmen forttreiben solle, also er extra limites mandati contrahiret, und bekanter massen also proprio nomine verbunden ist, vt nequidem præponens eo nomine conveniri queat; 3

l. 1. §. 12. D. de exercit. act.

hierüber Leuterat in dem fol. 164. befindlichen accord die Zahlung bestimmter massen schlechterdings stipuliret, und ob gleich der terminus a quo von der Zeit, da erst der Ofen angegangen, bestimmet worden, dennoch dabey der accord dahin gerichtet ist, daß die monatliche Bezahlung mit 10 Thlr. continuiren solle,

es möge so dann das Werck im Gange bleiben oder nicht,

wodurch also angezeiget ist, daß nicht schlechterdings aus dem Ueberschuß nach dem fol. 82. 4
accord solche geschehen sollen, als nach welchem bloß die Bezahlung, so lange der Ofen in Umtrieb ist, verheissen worden, dergestalt, daß Leuterat dadurch von diesem accord in diesem punct abgegangen, und simpliciter nachdem der Ofen angegangen, die Zahlung zu thun versprochen, welches er ohnstreitig nomine proprio versprechen müssen, da er auf diese Weise die Zahlung nicht aus den Revenüen des Ofens, wie vorhin, sondern schlechterdings, wenn auch das Werck nicht im Gange bleiben solte, übernommen, welches er qua admi-

administrator nicht versprechen können, da er keine ordre gehabt, von dem fol. 82. befindlichen accord abzugehen, und die Zahlung anders einzurichten, administratori autem, qui officium suum egressus sponte se obligauit, haud succurrendum,

l. 43. §. 1. de admin. et peric. tut.

dahero ad 3) die clausul des accords fol. 164. nach dem *accord*, nicht schlechterdings, sondern secundum quid anzunehmen, und solche nicht hindert, daß er nicht proprio nomine diese Bezahlung übernehmen können, weil er sonsten allenfals bey dem ersten accord verbleiben und bloß die Zahlung aus dem Ueberschuß, so lange der Ofen in Umtrieb verbleiben würde, versprechen müssen, davon er aber offenbahr abgegangen, also aliunde die Zahlung zu thun schuldig ist, welche er nunmehr auf die E. Erben nicht schieben kan, als welche er ohne ihren consens dazu gedachter massen nicht verbinden mögen, sich also dahero selbsten verbinden müssen, wenigstens so viel ad 4) daraus erhellet, daß diese exceptio, si non plane non fundata, ad minimum illiquida et altioris indaginis sey, welche gegen die execution nicht mehr statt findet, welches auch der Schwartzburg. Proceß-Ordnung *P. III. tit. 6. §. 1.* gantz gemäß ist, bevorab da ad 5) aus den vorigen acten, daraus die fol. 126. sqq. befindlichen piecen extrahiret sind, erhellet, daß Leuterat proprio nomine, weil er solche Schuld *stipulando* übernommen, belanget worden, dennoch diese exception nicht, sondern gantz andere gegen die Schuld selbst opponiret, sich darauf schlechterdings eingelassen, und also auch proprio nomine condemniret worden, vt vel propterea etiam de suo soluere teneatur, quod liti sponte se obtulerit,

l. 2. pr. de administr. et peric. tut.

bevorab da er vor der Fürstlichen Regierung zu Hilburgshaussen tanquam in foro contractus wohl belanget werden mögen, und sich proprio nomine auch einlassen müssen, so dann ad 6) der terminus solutionis nur von Zeit an, wenn der Ofen erst angegangen, gesetzet, die continuation aber der Zahlung nicht auf den Fortgang restringiret, sondern vielmehr das Gegentheil beliebet ist, dadurch er aber die limites officii allenfals überschritten, und ad 7) sich also selbst proprio nomine verbindlich machen müssen, so, daß das letzte Urtheil nicht confirmiret werden mögen.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen, gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMBR. MDCCXLIII.

DECISIO CCLXXXVII.

THEMA.

Qui assignationem qua institor acceptat, proprio nomine non tenetur.

SVMMARIA.

Qui assignationem acceptat, se debitorem profitetur n. 1.

Assignatus debitor ex sua acceptatione tenetur ibid.

Eatenus assignatio cum cambio conuenit n. 2.

Acceptatio facta censetur sub eadem qualitate, sub qua assignatio facta n. 3.

Qui tanquam institor se obligauit, proprio nomine non tenetur n. 4.

Omne promissum intelligitur: rebus sic stantibus n. 5.

Als Ew. Hochfürstliche Durchlauchtigkeit, Ew. Hochfürstliche Durchlaucht uns angebrachte Klage und erfolgte Gesetze, in Sachen, Anwalds des Rath- und Amtmanns F. S. zu B. und des Amtmanns M. zu H. qua Gevollmächtigte des Hrn. Landgrafens Wilhelms zu Hessen-Philippsthal, Fürstliche Durchlaucht. Klägern an einem, und des Amtmanns C. H. O. zu A. Beklagten am andern Theil, in dem zurück gehenden vol. ꝛc.

Daß Klägere vor allen Dingen als Gevollmächtigte des Hrn. Landgrafens Wilhelm zu Hessen-Philippsthal Fürstl. Durchlauchtigkeit sich gebührend zu legitimiren schuldig, und erhellet übrigens aus denen acten so viel, daß der Klägere Suchen nicht statt finde V. R. W.

Ad Lib. XVII. T. I.

Rationes dubitandi.

Dieweil Klägere nicht nomine proprio, sondern alieno, auf ordre, geklaget, gleichwol keine legitimatio von dem Durchlauchtigsten Committenten bey den acten ist, so hat dieser defectus ex officio zuförderst suppliret werden müssen.

Ob nun wol Klägere den Grund ihrer Klage auf eine vom Beklagten fol. 3. acceptirte assignation gründen, und vermeinen wollen, daß Beklagter durch die acceptation sich zum debitore gemachet, zumahl er auch bereits darauf 600 Thlr. gezahlet, und also auch die noch restirende 400 Thlr. deren termin in a. 1741. um Martini bereits verfallen, zahlen müssen,

1 cum assignatus debitor ex sua acceptatione teneatur,

BARTH *in Hodog. for. c. 2. §. 3. not.* h.

STRYK *in vsu modern. tit. de hered. vel act. vend. §. 41.*

zumahl darin die assignationes mit denen

2 Wechselbriefen übereein zu kommen scheinen, daß der tertius, welcher zahlen soll, durch die acceptation sowol des Wechsels, als assignation zum debitore des Inhabers gedachten Wechsels oder assignation gemachet werde, und ob gleich der Beklagte vorgeschützet, daß nach dem fol. 27. sub dato den 16. Aug. 1741. ihm von Reichs-vicariat wegen die fernere Zahlung verbothen worden, dennoch ihn solches von seiner eigenen obligation nicht losmachen möchte, welche er durch die geschehene acceptation contrahiret, bevorab da er nach dem geschehenen Verboth, laut Handschreibens fol. 38. sich von neuem wegen 200 Thlr. zu zahlen verbunden, sondern auch am 4. Octob. 1741. laut Schreiben fol. 40. würcklich 100 Thlr. gezahlet, und dadurch angezeiget, daß er noch lange nach diesem Verboth befugt gewesen, die assignirten Gelder zu zahlen, also er die noch rückständigen 400 Thlr. bezahlen können und sollen, allermassen die K. Erben mens. Octob. 1741. in die Revenüen des Amts A. noch nicht immittiret gewesen, wenigstens Beklagter nicht darthun könne, daß er denen gedachten Erben vor der Zeit etwas gezahlet habe. Endlich auch aus dem fol. 3. befindlichen Schreiben klar sey, daß die assignation nicht nomine officii, sondern schlechterdings und ohne einige Bedingung acceptiret sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die fol. 2. befindliche assignation auf den Beklagten als administratorem der A. Revenüen, um aus solchen die Zahlung zu thun, und die assignation zu acceptiren, gerichtet ist, und er auch solche zwar 3
fol. 3. acceptiret, gleichwol solche acceptation nicht anders als in der qualität, unter welcher die assignation an ihn gerichtet, thun können und würcklich gethan hat, zumahl die fol. 3. befindliche acceptation als ein referens aus der assignation als einem relato erkläret werden muß, auch aus denen Rechten bekant, quod is, qui sub nomine officii, qua institor, se 4
obligauit, proprio nomine non teneatur,

l. 43. §. 1. de admin. et peric. tut.

cum id, quod scripsit, officii institoris scripsisse videatur,

l. f. D. de instit. act.

übrigens Beklagter, als administrator nicht lediglich vor sich, sondern a mandato superioris dependiret, dahero als ihm fol. 27. sub dato den 16. Aug. 1741. vom Reichs-vicariat wegen die inhibition geschehen, an den assignanten oder dessen ordre etwas weiter zu zahlen, er seinem Versprechen, so er nomine officii gethan, nicht weiter nachkommen können, 5
cum omnis promissio intelligenda sit sub clausula: rebus sic stantibus, da so gar, wenn der assignans das mandatum de solutione facienda reuociret, der assignatus debitor nicht weiter zahlen darf. Endlich, daß gleichwol der Beklagte nach dieser inhibition an Klägern noch etwas gezahlet, und die K. Erben in die Revenüen noch nicht immittiret gewesen, Beklagtem in Ansehen der Klägere nicht præiudiciren mag, angesehen das erste auf seine Verantwortung respectu superioris ausgestellet bleibet, ihn aber nicht verbindet, die fernere Bezahlung auf sein rifico zu thun, das andere aber hier nicht zu untersuchen, sondern genug ist, daß die inhibition noch nicht aus dem Wege geräumet gewesen, so vor allen Dingen geschehen müssen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXLIV.

DECISIO CCLXXXVIII.

THEMA.

Quatenus mandans tertio, quocum mandatarius contraxit, teneatur.

SVMMA-

SVMMARIA.

Ad Lib. XVII. T. I.

Mandatarius fines excedens principalem non obligat n. 1.
Exceptio de iure tertii locum non habet n. 2.
Exceptio plurium heredum fundata est n. 3.
Si mandatarius contra mandatum occultum egit, mandans tertio obligatur n. 4.
Mora emtoris non tollit emtionem n. 5.
Exceptio plurium heredum cessat, si de solo unius heredis facto litigatur, ad quod reliqui non concurrunt n. 6.

Als die Herren uns Vorbringen, darauf erfolgtes Verfahren, und respective geschehene litis denunciation, in Sachen des Ober-Amtmanns D. J. G. R. zu G. in väterlicher Gewalt seines Sohns erster Ehe, Impetranten an einem, und des aduocati ordinarii A. J. B. Impetraten am andern, und des commissions-Secretarii C. M. V. litis denunciaten, am dritten Theil, in sechs zurückkommenden vol. zugeschicket ꝛc.

Dieweil Impetrat auf das von Impetranten übergebene Vorbringen sich eingelassen, und desselben nicht allerdings geständig, so ist Impetrant den Grund desselben und so viel ihm daran verneinet, binnen vierzehen Tagen zu bescheinigen schuldig, wogegen Impetraten die Gegenbescheinigung, Eydes-delation und andere rechtliche Nothdurft, binnen eben derselben Frist, billig vorbehalten werden, worauf alsdann ferner was Recht ist, ergehet, es ist auch litis denunciat, litis denunciantem bey dieser Sache alles Einwendens ohngehindert zu assistiren schuldig, in dessen Verbleibung diesem der regress gegen jenen billig bevor bleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Impetrant vermeinen wollen, daß es in dieser Sache, bewandten Umständen nach, keiner Bescheinigung und Gegenbescheinigung bedürffe, sondern so fort definitive erkant werden könne, nachdem er des Impetraten exceptiones völlig aus dem Wege geräumet, angesehen 1) er zwar seinen mandatarium in act. sub ⊙ fol. 57. zu der Erbschaft-Theilung hinlänglich legitimiret, und dieser vermöge seiner 1
Vollmacht mit Impetraten die in actis sub ⚌ fol. 8. getroffene conuention geschlossen, dennoch die Vollmacht nur general gewesen, der mandatarius aber dabey, laut fol. 32. besondere instruction gehabt, dagegen er offenbahr gehandelt, und er also an dessen facto nicht gebunden sey, quod fines mandati excesserit, welches so fort aus der gedachten instruction zu ersehen, worauf alles hier vornemlich ankommet, und das übrige Einwenden, als wenn Impetrant die Erb-Zinsen zum Besten seines Kindes nicht solle erhandeln können, von keiner Erheblichkeit sey, zumahl sich aus dem väterlichen testamento kein Verboth schlechterdings äussere, und es auf des Impetranten convenientz ankommen müsse, wie seinem Kinde an besten gerathen werde, damit es dabey ohne Schaden bleibe, so dann dieses eine exceptio de iure tertii sey, die Impetrat nicht op- 2
poniren könne, dieserwegen, da er seinem mandatario expresse in der instruction verbothen, mit Impetraten dieses negotii halber sich einzulassen, das mit selbigen geschlossene negotium vor null und nichtig zu achten, und daher die quæstionirten Erb-Zinsen öffentlich anzuschlagen und an den Meistbiethenden zu verkauffen wären, da alsdann Impetraten frey bliebe, ein mehres zu biethen, und so viel die litis denunciation betrifft, der litis denunciat vermeinen will, daß die litis denunciation gegen ihn nicht statt finde, angesehen litis denunciant seinem Versprechen kein Genügen gethan, und die accordirte Gelder der 1000 fl. im vorigen Jahre auf Ostern nicht gezahlet, zumahl, wenn er solches gethan, alsdann ihm die conuention ebenfalls gehalten seyn würde, dagegen er aber nicht undeutlich zu verstehen gegeben habe, wie er nicht gesonnen sey, etwas zu zahlen, übrigens so ferne die litis denunciation Platz finden solte, ihm nicht allein, sondern auch denen andern Miterben, die in 3
dieses negotium consentiret, lis denunciiret werden müsse, litis denunciantem dahero exceptio plurium litis consortium entgegen stehe.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch diese Sache in einigen factis dubiis annoch beruhet, so daß nicht so fort definitive erkant werden können, sondern zuforderst, zumahl Impetrat sich auf des Impetranten Vorbringen eingelassen, und dessen nicht allerdings geständig ist, auf Bescheinund Gegenbescheinigung erkant werden müssen, angesehen Impetrant zwar nicht leugnet, daß er dem Commissions-Secretario V. zu der Erbtheilung Vollmacht gegeben, iedoch derselbe gegen die besonders ertheilte instruction, so fol. 32. zu befinden, gehandelt haben soll, welche aber von Impetraten noch nicht agnoscíret, wie er selbsten f. 64. vrgiret, und dieserwegen billig die Bescheinigung dabey geführet werden muß, bevorab da noch nicht klar ist, ob der Impetrant diese instruction seinem mandatario allein heimlich gegeben, oder dieser solche bey der getroffenen

Ad Lib. XVII. T. I.

Handelung produciret, worin doch das künftige fundamentum decidendi bestehen wird, cum si vel maxime mandatarius contra voluntatem mandantis sibi soli indicatam egerit, nihilominus mandans obligetur ratione tertii, saluo regressu contra mandatarium,

4

HERT. *de obligat. mandantis et mandatarii contemplatu tertii §. II.*

dergestalt, daß auf das bisherige Verfahren über die opponirte exceptiones noch nicht erkant werden mögen, und so viel die litis denunciation betrifft, denen Rechten nach ein ieder mandatarius vor sein mit einem tertio getroffenes negotium stehen muß, wenn er die limites mandati überschritten, und der mandans das getroffene negotium nicht ratihabiren will, dabey dann die opponirte exception von keiner Erheblichkeit ist, angesehen das negotium nicht anders als eine species emtionis

5

anzusehen, welche, emtore in mora soluendi pretium constituto, nicht zurücke gehet, sondern vielmehr auf die Bezahlung gedrungen werden muß, zu geschweigen, daß der Impetrant schlechterdings zu erkennen gegeben, wie er mit dem Impetraten nichts zu thun haben wolle, und dahero seinem mandatario verbothen, mit ihm zu entriren, also jenes wol nicht die eigentliche Ursache, daß der Impetrant die conuention nicht halten will, seyn kan, übrigens er voritzo allein in nexu assistendi ist, und alles lediglich auf den Impetranten ankommt, der die in seinem Nahmen geschlossene conuention nicht ratihabiren will, also ihm allein voritzo oblieget, dem litis denuncianten zu assistiren, und, weil die litis denunciation vornemlich ad regressum conseruandum geschiehet, dieselbe billig dem litis denuncianten reseruiret werden müssen, wenn der litis denunciat sich ferner weigern sollte, jenem zu assistiren. Dieserwegen die exceptio plurium litis consortium hieher nicht gehöret, als welche hiebey nicht mit concurriren, oder von der conuention abzugehen sich erkläret, auch ratione des

6

Impetranten keine euiction übernommen, dessen negotium allein litis denunciat geführet.

So ist, wie geschehen, allenthalben zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE APRIL. MDCCXXXVIII.

DECISIO CCLXXXIX.

THEMA.

Mandatarius, qui fines mandati excessit, ad indemnitatem tenetur.

SVMMARIA.

Quando olim in ducatu Magdeburgico oberleuteratio admissibilis fuerit n. I. II.
Res facti probari debent n. 2.
Sententia debet esse conformis libello n. 3.
Cui mandatum cum libera datum, fines mandati vix excedere potest n. 4.
Actio mandati directa processu ordinario tractanda n. 5.
Probatio debet esse distincta n. 6.
Ratihabitio tollit excessum mandati n. 7.
Mitius cum heredibus mandatarii agendum n. 8.
Arrestum ob debitum illiquidum locum non habet n. 9.
Mandatario casus fortuitus non nocet n. 10.
Mandatarius ex dolo tenetur n. 12.
In caussis occultis leuior probatio sufficit n. 13.
Mandatarius ex desidia mandanti ad interesse tenetur n. 14.
Refusio expensarum mandatario facta eum a culpa non liberat n. 15.
Mandatarius ex mandato nil lucrari debet n. 16.
Mandatum indefinitum a culpa mandatarium non liberat n. 17.
Mandatarius, qui negligit id, quod facere debebat, in culpa est n. 18.

Auf Oberleuterungs-Schrifft und erfolgte Gesetze, in Sachen der W. in actis benanten Erben, Beklagten und arrestaten an einem, und H. von R. arrestanten und Klägern am andern Theil, erkennen, von GOttes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Nunmehr, was das andre grauamen betrifft, aus denen acten so viel zu befinden, daß es nicht schlechterdings bey dem vorigen Urtheil zu lassen, sondern Kläger zu-

for-

forderst eydlich zu erhalten, und, daß er nicht anders glaube, und wisse, sondern versichert sey, daß der Beklagten Erblasser einen Wechselbrief auf 400 Thlr. von L. wegen der mit ihm, wegen resignation der quæstionirten præbende, geschlossenen punctation, und zu deren Festhaltung in Händen gehabt, und solche gegen einen recompens von 170 Thlr. an gedachten L. um von der geschlossenen punctation denselben wieder frey zu machen, zurückgegeben, in supplementum zu schweren schuldig sey, worauf es alsdann sowol dieses als der andern grauaminum wegen, der eingewandten Oberleuterung ohngehindert, bey dem vol. I. fol. 403. befindlichen, und den 7. April 1736. eröffneten Urtheil, billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) Kläger ratione formalium der Oberleuterung exceptionem inadmisibilitatis opponiret, und zu dem Ende angeführet, daß nach der Proceß-Ordnung *c. 42. §. 5.* dieselbe nicht anders statt finde, als in Fällen, da
1 die appellationes an die Reichs-Gerichte admisibel sind, und die Partheyen denenselben gutwillig renunciiren, welches zwar vol. II. fol. 117. geschehen, iedoch darauf um deswillen nicht zu reflectiren, weil die summa appellabilis von 2250 Goldgülden, so an die 4000 Thlr. betragen, alhier ermangele, diesemnach, da die appellatio nicht admisibel, auch die Oberleuterung schlechterdings vor verwerflich zu achten, und so viel die materialia betrifft, die Beklagte dieses vor sich anführen, daß 1) die 100 Thlr. aufgewandten Unkosten im vorigen Urthel passiret worden, welches nicht geschehen mögen, wenn ihr Erblasser bey Vollstreckung des mandati etwas versehen hätte, so in keinem Stücke beygebracht sey, anerwogen 2) sie beständig leugneten, daß ihr Erblasser 170 Thlr. discretion von L. empfangen, um ihn ex nexu zu lassen, und den in Händen habenden Wechselbrief auf 400 Thlr. zurück zu geben, als welches zuforderst ordentlich erwiesen, und ihnen der Gegenbeweiß dabey offen gelassen werden müssen, wie denn Kläger seine
2 præbende darüber nicht verlohren, und solche, wenn er gewollt, behalten können, dahingegen er, weil er bey L. keine Sicherheit angetroffen, bewilliget, daß an einen andern die resignation geschehen, und mit demselben eine punctation getroffen werden sollte, zumahl 3) an L. der regreß unmöglich gefallen, als welcher nach B. ins Predigt-Amt gekommen, und difficilis conuentionis gewesen, dahero auch 4) die Königliche Regierung auf den Abgang der
3 300 Thlr. nicht erkant, als auf welche so wenig geklaget, als arrest gesuchet worden, und dahero auch darauf nicht erkant werden mögen, um so vielmehr als 5) Kläger die mit W. geschlossene punctation, ohngeachtet solche 300 Thlr. geringer gewesen, fol. 78. und 87. vol. I. pure ratihabiret, und also derer 300 Thlr. wegen keinen Anspruch machen könne, weswegen er auch 6) so gar Zeugen einseitig abhören lassen, und dadurch an den Tag geleget, daß er keinen processum executiuum anzustellen bestand gewesen, dabey aber ordentlich verfahren und die Beklagte zum Gegenbeweiß zugelassen werden sollen, wie denn auch 7) nicht angezeiget werden mögen, daß Beklagten Erb- 4
lasser die fines mandati überschritten, da ihm in dem mandato cum libera keine gewisse fines vorgeschrieben, überhaupt auch 8) es an dem Beweiß solcher 300 Thlr. wegen ermangelt, gestalt die ad acta gebrachte rotuli unrichtig zu achten, und die Zeugen nicht seruato iuris ordine abgehöret worden, dabey also noch facti probandi verbleibet, daß ihr Erblasser 170 Thaler wegen Zurückgebung des Wechsels erhalten, welches ordinaria via beyzubringen, zumahl 9) actio mandati directa, die hier angestellet, ad processum ordinarium gehöre, und die producirte Briefe vor keine 5
instrumenta liquida anzusehen, als in welchen keine causa debendi stecke, und dieselbe nicht capable zu achten, die Beklagte zu debitores zu machen, hierüber 10) in denen zu Behauptung dieser Sache, des genommenen recompenses wegen, producirten Briefen und rotulis keine Gewißheit enthalten, da in den Briefen zwar von einer gewissen affaire und darüber getroffenen Handlung auf 170 Thlr. gedacht worden, iedoch darin nicht eigentlich bestimmet worden, daß es die resignation, und um deswegen, daß Beklagten Erblasser L. ex nexu dieserwegen lassen sollen, geschehen, so dann der Zeuge G. vol. I. fol. 159. 6
nicht angeben mögen, wozu die 170. gegeben und verwendet worden, worauf es doch eigentlich ankommt, wiederum der Cämmerer K. fol. 145. vol. I. von dem Wechselbrief a 400 Thlr. und daß selbiger zurück gegeben sey, nichts wissen will, diesemnach die gantze Sache noch ungewiß zu bleiben scheinet, dabey auch kein ordentlicher Beweiß geführet worden, übrigens 11) Beklagte vermeinen wollen, daß auch bey dem mit W. getroffenen Handel ihrem Erblasser keine culpa, noch weniger dieses beygemessen werden könte, daß er fines mandati überschritten, anerwogen er die mit W. anderweit getroffene punctation dem Kläger communiciret, derselbe solche genehm gehalten, und also keine weitere caution wegen Zahlung des residui verlanget, als was in der punctation dieserhalb erwehnet worden, daß nemlich W. 7
nicht ehender zu der possession der præbende gelassen werden solle, als bis er genugsame caution gemachet, ihm dahero 12) nicht beyzumessen, daß er ohne caution die præbende resigniret, weil Kläger mit der punctation zu frieden gewesen, ihm aber 13) factum capituli dabey nicht imputiret werden könne, daß solches ohne sein Wissen und übereilig W. zur

Ad Lib. XVII. T. I.

Ad Lib. XV II. T. I.

possession gelassen, wogegen er so fort, als er es erfahren, protestiret und appelliret, Klägern auch davon Nachricht ertheilet, welcher mit Beklagten Erblasser sich deswegen gemeldet, und weil W. kein Geld schaffen können, per decretum capituli dieser angewiesen worden, die prædende an einen andern zu resigniren, deswegen auch bereits mit einem tertio eine punctatio getroffen, iedoch solches seine Vollkommenheit nicht erreichet, weil Königliche Majestät die allergnädigste confirmation zu ertheilen Bedencken getragen, woraus denn 14) zugleich mit abzunehmen, daß Kläger gegen der Beklagten Erblasser nicht geklaget, und seinen regreß gegen ihn nicht gesuchet, vielmehr bloß bey W. geblieben, wie die acta capituli darlegen, und nach dessen Tode erst dessen Erben in Anspruch genommen, die das factum defuncti so evident nicht, als der defunctus ohn Zweiffel gethan haben würde, iustificiren können, er aber diesem allen ohngeachtet sieben Jahr lang stille geschwiegen, und mit der Beklagten Erblasser correspondiret, sich aber nicht getrauet, denselben zu belangen, aus welchen allen denn 15) der angelegte arrest um desto iniustificirlicher seyn möchte, als kein debitum liquidum vorhanden, vielmehr Beklagte, darunter minores anzutreffen, contra processum arresti in integrum restituiret werden müssen, weil sie von ihren Vormündern und consulenten darinnen deseriret worden, keinesweges auch 16) erweißlich zu machen, daß der Beklagten Erblasser fines mandati überschritten, als welche nicht aus denen Briefen, sondern aus der illimitaten Vollmacht, worin keine fines vorgeschrieben, herzunehmen, aus welcher allein, wie in den Stiffts-acten fol. 5. zu ersehen, die Sache zu heben, und der zu folge 17) nicht einsten nöthig gewesen, die ratihabition wegen der mit W. getroffenen punctation anzuschaffen, welche doch der Beklagten Erblasser zu mehrerer Sicherheit erhalten, mithin was 18) casu fortuito geschehen, ihm nicht beyzumessen, indem er ihn nicht zu der possession gelassen, sondern derselbe facto tertii sich heimlich in dieselbe geschlichen, endlich 18) ihm nicht beygemessen werden kan, daß er nicht debitam diligentiam adhibiret, da man von einem ungelehrten mandatario extraiudiciali nicht mehr, als der Beklagten Erblasser gethan, fordern könne.

8

9

10

11

12

13

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch quoad formalia die Oberleuterung von der Königlichen Landes-Regierung, welche am besten die obseruantiam des *c. 42. §. 5.* der neu verbesserten Proceß-Ordnung wissen muß, einmahl angenommen, die Beklagte gehörig der appellation renunciiret, und darauf das Verfahren anberahmet worden, welches nicht geschehen seyn könte, wenn die Oberleuterung der bisherigen obser-

vantz entgegen lauffen solte, allenfalls auch denen Beklagten, an das hohe Tribunal zu appelliren, frey gestanden, mithin diese Oberleuterung loco appellationis, welcher renunciiret worden, anzunehmen, und in dubio billig pro admissibilitate gesprochen werden muß, und so viel die materialia betrifft, es alhier hauptsächlich auf die beyden puncta, als erstlich wegen der 300 Thlr. so W. weniger, als L. versprochen, und zum andern, auf die 1500 Thlr. so jener restiret, ankommt, und ob Beklagte solche zu ersetzen schuldig, in consideration zu ziehen, da denn bey dem ersten punct der 300 Thlr. sich hervorthut, 1) daß der Beklagten Erblasser, aller seiner Versicherungen ohngeachtet, nicht bona fide verfahren, sondern gegen ein recompens von 170 Thlr. den ersten Contrahenten L. der 2500 Thlr. vor die resignation der quæstionirten prædende zu geben verheissen, ex nexu gelassen, demselben einen in Händen habenden Wechsel auf 400 Thlr. heraus gegeben, und dadurch verursachet, daß dieselbe auf 300 Thlr. weniger an W. resigniret werden müssen, gleichwol diesen Umstand wegen des in Händen habenden Wechsels an Klägern beständig verschwiegen, und dadurch ihn induciret, daß er L. den er sonsten ad interesse præstandum durch den Wechsel zwingen können, dimittiret, und in die neue mit W. getroffene punctation a 2200 Thlr. consentiret, 2) dieses heimlich gespielte negotium auch daraus ziemlich offenbahr und entdecket worden, daß L. in der vol. I. fol. 14. befindlichen punctation der Beklagten Erblasser 400 Thlr. Angeld zu zahlen versprochen, an dessen statt er ohn Zweiffel einen Wechsel auf 400 Thlr. ausgestellet, weil doch die punctation würcklich vollzogen ist, so ohne dieses Angeld nicht geschehen können, hiernechst 3) aus denen fol. 151. vol. I. befindlichen Briefen zu ersehen, daß der Beklagten Erblasser mit L. wegen cassir- und Herausgebung eines Wechsels von 400 Thlr. lange tractiren lassen, und endlich die affaire gegen einen recompens von 170 Thlr. zum Stande gebracht, wie in denen Briefen fol. 155. b. und 156. zu befinden, und durch die fol. 144. b. befindliche Aussagen ad art. 21. ingleichen fol. 167. bestärcket wird, welches wenn es zusammen genommen und connectiret wird, an dem Beweisse wenig auszusetzen ist, und allenfalls durch das erkante iuramentum suppletorium credulitatis suppliret werden mag, 13 bevorab da in dergleichen occultis machinationibus und deren Entdeckunge kein stärcker Beweiß nöthig ist, auf welches wir um desto mehr reflectiret, damit alle übrige von Beklagten gemachte dubia dadurch abgelehnet werden mögen, und so viel 4) den andern punct wegen Ersetzung der 1500 Thlr. so Kläger bey W. einbüssen müssen, betrifft, Beklagten Erblasser zwar in seinem vol. I. fol. 15. befindlichen Schreiben sich bey W. besser vorzusehen, und genugsame caution wegen des residui sich stellen zu lassen versprochen, dennoch solches keines-

we-

weges beſorget, ja in der vol. I. f. 16. befindlichen punctation, ſo Kläger approbiret, expreſſe verſehen, daß W. ehe und bevor er caution ratione reſidui præſtiret, zur poſſeſſion der præbende nicht admittiret werden ſolle, bey dem capitulo ſich dieſerwegen nicht gemeldet, noch verlanget, daß W. zu keiner
14 poſſeſſion ohne ſein Vorwiſſen gelaſſen werden möchte, welches er doch durch ſein dabey habendes ius contradicendi und deſſen Vorſtellung gar leicht verhindern, und, re adhuc integra, gegen alle Reichung der poſſeſſion proteſtiren und anzeigen können, daß ſein Principal vor Beſtellung gnugſamer caution in dieſelbe nicht gehelen würde, weil, wenn dieſes geſchehen, das capitulum niemahls ohne der Beklagten Erblaſſers Vorwiſſen W. zu der poſſeſſion laſſen würde, da im Gegentheil nach eingelauffener Königlichen confirmation der geſchehenen reſignation das capitulum ſich nicht darum bekümmern dürffen, wie der Beklagten Erblaſſer mit W. ſtehe, und ob er ratione reſidui contentiret ſey, dieſemnach eine ſolche deſidia und negligentia dabey concurriret, welche der Beklagten Erblaſſer ad omne damnum reſtituendum verbindet, als welchem Kläger auf ſeine groſſe conteſtationes getrauet, und er doch dasjenige, wozu er ſich engagiret gehabt, nicht gethan, ſondern auf eine recht unverantwortliche Weiſe hintangeſetzet, und dadurch ſeines principalis cauſam ſehr lædiret,

l. 9. C. mand.

dagegen denn, was in rat. dub. angeführet iſt, nichts vermag, zumal ad 1) die refuſio expenſarum durch die bey der Erfüllung des negotii demandati committirte culpam nicht
15 aufgehoben wird, ſondern ein jedes ſeine eigene Verbindlichkeit hat;

l. 46. §. 5. 6. D. de procur.

l. 56. in f. D. mand. l. 4. C. eod. l. 11. C. eod.

ad 2) die mit L. geſpielte intrigue bereits in rat. decid. entdecket, und aller übrige Zweifel durch das ſuppletorium gehoben wird, und ob er wol dadurch die præbende nicht verlohren, ſolches doch verurſachet, daß Beklagten Erblaſſer dieſelbe 300. geringer verkauffen müſ-
16 ſen, endlich auch nicht erlaubet iſt, ex mandato ſuſcepto aliquid lucrari; ad 3) nachdem der Beklagten Erblaſſer einen Wechſel auf 400. Thlr. an L. in Händen gehabt, der regreß gantz möglich und leicht geweſen, ſonſten dieſer 170. Thlr. nicht zahlen würde, um den Wechſel wieder an ſich zu löſen; ad 4) in der Klage der Kläger dieſer Einbuß der 300. Thlr. mit gedacht, und obwol vornemlich wegen der 1500. Thlr. ſo verlohren gangen, der Arreſt geſuchet, dennoch nachgehends um deſſen extenſion auf die quæſtionirten 300. Thlr. angeſuchet iſt; ad 5) des Klägers erfolgte ratihabition der mit W. getroffenen punctation dieſem allen nicht entgegen ſtehet, weil er von dem Wechſel nicht gewuſt, und bekant iſt, quod ignorantis nulla ſit voluntas; ad 6) die einſeitige Abhörung der Zeugen nur ein adminiculans zu Erklärung und Erläuterung der Briefe geweſen, und denen Beklagten frey geſtanden, dagegen eine redemonſtration, wenn ſie ſolche vor ſich gehabt, zu thun, und nicht nöthig geweſen, da die Briefe das gantze Geheimniß mehrentheils entdecket, darüber, was blos zu deren Erläuterung geſchehen, auf einen ordentlichen Beweis zu prouociren; ad 7) keinesweges hindern kan, daß das mandatum indefinite abgefaſſet, als welches der Beklagten Erblaſſer gantz beſonders verlanget, ſolches auch aus denen Briefen ſeine Erklärung bekommt, nach welchen er auf gnugſame Sicherheit bedacht ſeyn ſollen, auch überdem dergleichen Vollmacht ihn a præſtatione culpæ 17
keinesweges liberiret;

Ad Lib. XVII. T. I.

l. 60. §. 4. mand.

ad 8) bereits erinnert, daß kein ſolenner Beweis, denen befundenen Umſtänden nach, nöthig geweſen, und alienfalls durch das ſuppletorium aller übrige Zweiffel gehoben wird; ad 9) das meiſte hier auf die Briefe ankommt, welche pro recognitis gehalten, und die cauſa debendi implicite dadurch ſich veroffenbaret, daß der mandatarius ſich dadurch zu Erſetzung des Schadens, ſo hier in quantitate liquida beſtehet, obligiret; ad 10) der wegen des empfangenen recompens zu Auslieferung des Wechſels bey denen acten befindliche Beweis nicht ſepariret, ſondern coniungiret werden muß, wie in rat. decid. angezeiget, da, wenn die punctation mit den Briefen und Ausſagen der Zeugen in einer connexion combiniret wird, die Sache, die ohnedem heimlich geſpielet, accedente iuramento ſuppletorio, völlig ans Licht gebracht iſt; ad 11) et 12) Kläger zwar mit der punctatione noua, ſo mit W. getroffen worden, zufrieden geweſen, der Beklagten Erblaſſer aber auch ebenfalls obgelegen, beſorget zu ſeyn, daß er nicht zur poſſeſſion der præbende, ohne gnugſame Sicherheit zu beſtellen, gelaſſen worden, dagegen er doch die reſignation an ihn gethan, und bey dem capitulo bey Zeiten ſich nicht gemeldet, noch proteſtiret, daß man W. ohne ſeinen conſens zur poſſeſſion nicht laſ- 18
ſen ſollen, worin er eben fines mandati überſchritten, und dasjenige negligiret, was er billig dabey thun ſollen und müſſen,

l. 5. l. 11. C. mand.

alſo ad 13) es hier nicht auf das factum capituli, als welchem die Beſtellung der Sicherheit facta reſignatione nichts angegangen, als vielmehr auf der Beklagten Erblaſſers culpam ankommt, der vorbauen und bey Zeiten verhüten ſollen und müſſen, daß er zu der poſſeſſion nicht gelaſſen worden wäre, da, was nachgehends geſchehen, zu ſpät, und re nondum integra

Ad Lib. XVII. T. I.

tegra geschehen, auch die neue Handelung ihren effect nicht erreichet; ad 14) die unterlassene Klage gegen der Beklagten Erblasser ihm den regress nicht benommen, als welcher ihm jederzeit offen geblieben, er aber vorher alle andere Mittel, sich zu indemnisiren, versuchen wollen; ad 15) es hier an keinem debito liquido pro iustificando arresto mangelt, und keine causa restitutionis, causa iam satis discussa, vorhanden, übrigens daß ad 16) die fines mandati überschritten, bereits dargethan, und ad 17) das illimitatum mandatum die præstationem culpæ keinesweges aufhebet, auch die punctation selbst ihn zu seiner Schuldigkeit angewiesen, endlich ad 18) und 19) der Schade nicht einem casui fortuito, sondern des W. negligentiæ zuzuschreiben ist, da er seinem Versprechen keinesweges ein Gnügen geleistet.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBR. MDCCXXXV.

DECISIO CCXC.

THEMA.

Qui sub qualitate mandatarii solutionem promittit, proprio nomine non tenetur.

SVMMARIA.

Ad cautionem obligatur, qui bona immobilia non possidet n. 1.
Gemmata promissio fortius stringit n. 2.
Debitor is est, cuius quis fidem secutus n. 3.
A cautione liberatur, qui in ea prouincia, licet non sub iudice, coram quo lis est, immobilia possidet n. 4.
Bona immobilia, licet litigiosa sint, a cautione liberant n. 5.
Qui sub qualitate mandatarii promittit, proprio nomine non obligatur n. 6.
Tutor ratione officii contrahens ipse non obligatur n. 7.
Protestatio conseruat ius protestantis n. 8.

Als derselbe uns angebrachte Klage und erfolgtes Verfahren in Sachen des Königl. Preußischen Geheimden Raths Z zu B. Klägers an einem, und des Doct. und Aduocati fisci E. in H. Beklagten am andern Theil, in denen zurück kommenden actis zugeschicket ꝛc.

Daß beyderseits Partheyen zuförderst ihre procuratores gebührend zu legitimiren schuldig, hiernächst aber die ad acta gebrachte caution vor zulänglich zu halten, und Kläger mit weiterer caution zu verschonen. Uebrigens erhellet aus denen acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß gestalten Sachen und Umständen nach Beklagter von angestellter Klage zu entbinden und loszusprechen, jedoch die Unkosten aus bewegenden Ursachen gegen einander zu compensiren und aufzuheben. Würden nun die fol. 94. designirte expensen gebührend summiret und calculiret werden, wie sich solches vor allen Dingen gebühret, so ergehet deren Mäßigung wegen ebenfalls was Rechtens ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Dieweil anfänglich keine Vollmachten ad acta zu befinden, sondern die aduocati ihre Schrifften und Sätze blos übergeben und unterschrieben, derer Partheyen Unterschrifft aber ermangelt, so ist zuförderst ex officio auf die legitimation derer aduocaten, als procuratorum, zu reflectiren nöthig befunden worden. Ob nun wol anfänglich Beklagter 1) dem Kläger exceptionem cautionis opponiret, und angeführet, daß Kläger unter denen dasigen Gerichten nicht angesessen sey, und daher denen Rechten nach cautionem bestellen müste,

l. 15. qui satisdar. cog.

welches auch Kläger agnosciret, und zu dem Ende fol. 60. einen Caution-Schein ad acta gegeben, mit welchem aber Beklagter nicht zufrieden gewesen, und gegen den Bürgen, daß er nicht gar zu sicher und seine Sache in vielen Unrichtigkeiten begriffen, eingewendet, da er als rendant ad reliqua soluenda noch verbunden, vieles auszukehren habe, und Beklagter keine Sicherheit an demselben habe, und so viel 2) die Haupt-Sache betrifft, Klägers fundamentum actionis aus denen producirten

ten Briefen klar zu seyn scheinet, und aus denen Umständen erhellet, daß der verstorbene von W. Klägern 400. Thlr. auf Wechsel schuldig gewesen, und derselbe dem Beklagten als seinem mandatario Ordre ertheilet, ihn aus demselben zu bezahlen, gleichwol weil solches nicht zureichen wollen, dahero Beklagter ihm laut Schreiben n. 1. versprochen, aus dem R. Geldern die Zahlung zu verfügen, so Kläger um desto leichter annehmen, und sich darauf verlassen können, weil eines Theils ihm diese R. Gelder specialiter verhypotheciret gewesen, andern Theils auch Beklagter berichtet, daß der Herr von R. einen am 31. Dec. 1731. zahlbaren Wechsel an ihn zur Sicherheit ausgestellet, Beklagter also ex pacto, quod hodie simpliciter obligat, verbunden gewesen, die Gelder davon zu bezahlen, bevorab da er 3) solches Versprechen geminata fide n. 4. nochmahls wiederholet, so der Sachen ein grosses pondo gegeben,

2 *l. 1. D. de constit. pecun.*

da er expresse setzet:

> So bald ich aber die Gelder erhalte, werde nicht ermangeln, die bewuste Schuld richtig zu machen, zumal ich dazu auch ohnedem Ordre habe.

ja 4) noch ferner sub n. 5. sich erkläret, aus den einkommenden Geldern den Kläger zu befriedigen, dem zuwider 5) er doch den 24. Iul. 1732. da P. von solchen R. Geldern 2252. in Gerichten zu Vnna gezahlet, solche Schuld an des Klägers Sohn, so damahls zu Empfang der Gelder in Vnna gewesen, nicht gezahlet, dazu er doch ex constituto verbunden gewesen, da er vor den W. aus den erst einkommenden Geldern die Zahlung zu thun versprochen, wenigstens da Kläger auf ihn gesehen, er davor stehen muß.

l. 13. C. si certum petat.

3 Uebrigens ob Beklagter 6) zwar in gedachtem termino solutionis nach fol. 50. b. lit. K des Klägers Sohn einen reuers ertheilet, daß die Zahlung aus denen rückständigen Geldern, so binnen drey Wochen gezahlet werden sollten, geschehen sollte, Kläger doch dabey bleibet, daß solcher Schein seinem Sohn aufgedrungen, und er cum protestatione solchen angenommen, über welchen Umstand fol. 27. b. er Beklagten den Eyd deferiret, und es das Ansehen gewinnen will, als wenn darüber zuförderst erkant werden sollen. Hierüber 7) Beklagtem nicht zu statten kommen möchte, daß er laut fol. 50. lit. H von seinem Principal Ordre gehabt, die Gelder an andere zuerst auszuzahlen, zumal er zu der Zeit, als er die Ordre bereits gehabt, sich sub n. 4. diesem ohngeachtet, engagiret, Klägern aus denen erst einkommenden Geldern zu befriedigen, und da er solches nicht gethan, er davor zu stehen, und Klägern zu befriedigen schuldig seyn möchte, bevorab da nachgehends des von W. seine Sachen in concurs gerathen, und er aus denen R. Geldern die Zahlung nicht erhalten. *Ad Lib. XVII. T. I.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) laut fol. 92. b. Kläger mit unbeweglichen Güthern in der Grafschafft Marck angesessen ist, welches suo modo hinreichend ist, ob Kläger wol unter denen dasigen Gerichten keine bona immobi- 4
lia hat,

l. 7. §. 1. qui satisd. cog.

CARPZ. *P. I. c. 5. def. 3.*

bevorab da Kläger noch dazu einen Bürgen gesetzet, und was Beklagter auch gegen diesen eingewendet, um desto weniger zu regardiren gewesen, weil der Bürge doch pro præsenti noch soluendo ist, mit unbeweglichen Güthern angesessen, auch dabey nicht zu consideriren, 5
si vel maxime bona immobilia litigiosa vel ob æs alienum hypothecæ subiecta,

l. 15. §. 6. qui satisd. cogunt.

CARPZ. *P. I. c. 5. def. 14.*

so dann da die Unkosten compensiret sind, wegen derselben wenigstens Beklagter nichts zu hoffen hat, endlich hierüber, nach Beklagtens Meinung, allein zu erkennen, unverantwortlich gewesen seyn würde, da Beklagter schuldig gewesen, sich auf die Haupt-Sache einzulassen, solches auch nicht allein gethan, sondern auch dergestalt ausgeführet, daß darin definitiue erkant werden mögen, wie wir denn bewandten Umständen nach den Beklagten absoluiren müssen, allermassen ad 2) die acta zeigen, daß Beklagter des von W. mandatarius gewesen, und dahero die gedachte Schreiben, worin er die verlangte Zahlung zu thun versprochen, sub qualitate mandatarii, und zwar nicht aus seinen, sondern aus seines Principalen Geldern versprochen, also hier weder ein constitutum, noch ein solches ver- 6
bindliches pactum, dadurch er sich vor seine Person engagiret, anzutreffen, neque enim ex literis sub qualitate mandatarii scriptis, quis obligatur proprio nomine,

l. f. D. de instit. act.

er vielmehr, daß er dazu commission habe, aus dem R. Geldern zu bezahlen, mit klaren Worten angezeiget, qui autem sub qualitate officii promittit, proprio nomine non obligatur, exemplo tutoris, qui ratione officii contraxit,

STRUV. *in iurispr. priu. lib. 1. tit. 22. §. 6.*

BERLICH *dec. 15.*

welches absonderlich aus dem Brief sub n. 5. zu ersehen, worin Beklagter, daß er diese 7
Schuld wol aus dem Seinigen, wenn er bey Gelde gewesen, bezahlen wollen, meldet, er

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Ad Lib. XVII. T. I.

also klärlich dargethan, daß er nomine proprio sich nicht verbindlich machen wollen, so auch ad 3) et 4) von dem folgenden Schreiben zu bemerken, welche er wiederum in qualitate mandatarii ausgestellet, und dahero keine Verbindlichkeit daraus zu nehmen. Uebrigens ad 5) Beklagter zwar den 24. Iul. 1732. da die R. Gelder pro parte in denen Gerichten zu Vnna gezahlet worden, diese Schuld der 400. Thlr. nicht abgeführet, dennoch derselbe dazu gnugsame Ursache gehabt, da er eines Theils anders beordert gewesen, wie sub lit. H zu ersehen, und er nach seiner Ordre sich stricte richten müssen, andern Theils des Herrn von R. mandatarius P. an statt, daß er 3000. Thlr. zahlen sollen, nur 2252. Thlr. gezahlet, und er davon diejenigen, so er zu bezahlen Ordre gehabt, befriedigen müssen, Kläger auch ohne Zweifel bezahlet worden wäre, wenn der Herr von R. inne gehalten, und die gantze Summe, wie er schuldig gewesen, bezahlet hätte, als worauf Beklagter dem Kläger die Versicherung vormahls gegeben, davor aber nicht stehen können, was facto tertii, ohne sein Verschulden, geschehen, vielmehr er nicht anders wissen und glauben können, als daß der Wechsel über 3000. Thlr. so Beklagter in Händen gehabt, und darauf er sich in seinem Schreiben gegründet, und deutlich bezogen, völlig bezahlet werden würde, dahero es dann ad 6) geschehen, daß Beklagter den fol. 50. befindlichen reuers damahls in Vnna an Klägers Sohn, wegen der Bezahlung aus denen rückständigen Geldern ausgestellet, welchen er auch angenommen, und wenn gleich solches cum protestatione geschehen seyn sollte, doch daraus Kläger kein Recht, sich an Beklagten zu halten, erhalten würde, cum protestatio tantum ius, quod protestans habuit, conseruet, non novum protestanti acquirat, gleichwol, daß er vormahls ein Recht an Beklagtem gehabt, bishero nicht dargethan, so daß die Eydes-Delation hierüber unnöthig und ohne effect ist, Kläger auch aus dem reuers wohl einsehen mögen, daß die Gelder in Vnna nicht völlig gezahlet, sondern der Rest binnen drey Wochen noch erst gezahlet werden sollen, endlich ad 7) Beklagtem nicht zur Last geleget werden kan, daß ob er wol die Ordre sub H bereits gehabt, dennoch dem ohngeachtet Klägern die Zahlung aus denen R. Geldern versprochen, als welches sub conditione: wenn sie versprochener massen würden erleget seyn, nothwendig verstanden werden muß, auch kein Zweiffel, daß Kläger seine Befriedigung erhalten haben würde, wenn nur der Herr von R. sein Wort gehalten, und die gantze 3000. Thlr. gezahlet, so aber nicht geschehen,

l. 178. de R. I.

und also Beklagtem nicht præiudiciren kan, daß nachgehends des Herrn von W. Güther in Concurs gerathen, und die Bezahlung nicht erfolgen mögen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE APRIL. MDCCXLII.

Tit. II. Pro socio.

DECISIO CCXCI.

THEMATA

I. Socius finita societate obligatur ratione eius, quod cum societate contractum.

II. *In foro arresti litis pendentia non aliter inducitur, quam si arrestans ibidem arrestum prosequutus fuerit.*

SVMMARIA.

Arrestum fundat forum n. 1.
Socius finita societate tertio, qui cum societate contraxit, obligatur n. 2.
Factum cuilibet suum, non alteri nocere debet n. 3.
Arrestum tunc litis pendentiam inducit, si pro persecutione iuris imponitur n. 4.

Als

Als dieselbe uns gesuchte reuision und erfolgte submission ad acta priora in Sachen T. H. O. Imploranten an einem, und derer curatorum bonorum H. K. Imploraten am andern Theil, in denen zurück kommenden acten zugeschicket ꝛc.

Daß es, der gesuchten reuision ohngeachtet, bey dem den 1. Febr. 1745. eröffneten Urtheil billig verbleibet, es könte und wolte dann Implorant sein Vorgeben, daß Imploraten nicht allein in Lissabon auf die K. Güther und effecten arrest angeleget, sondern auch daselbsten prosequiret, binnen vier Wochen darthun, so ist er alsdann bey dasigen iudicio in Hamburg auf die Klage sich einzulassen nicht schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Implorant beständig souteniret, daß, weil der debitor communis mit der in Lissabon subsistirenden Societät, vor seinem falliment contrahiret, und derselben Waaren auf commission zugesandt, und also daselbst locus specialis contractus sey, er sich auf diese Klage in Hamburg einzulassen nicht gehalten sey, und ob er wol damahls mit in der Societät gestanden, auch Rechtens sey, quod singuli sociorum in solidum obligentur, dennoch ex natura der Handelung von selbsten folge, daß ein repatriirender socius davor nicht weiter hafften könne, wenn mit der in Lissabon subsistirenden Societät das angefangene negotium fortgesetzet, zumal daselbsten bey der Societät alle Scripturen und Bücher vorhanden, aus welchen doch allein Red und Antwort gegeben werden könne, weil sonst der zurück kommende socius ad impossibilia verbunden seyn, und er zur Berechnung angehalten werden würde, welche er ausser denen Handlungs-Büchern in foro præsenti domicilii ohnmöglich ablegen und iustificiren könne, zumal die Güther nach Lissabon versandt, und daselbsten zu Gelde gemachet werden sollen, zudem Imploraten nicht ableugnen können, daß sie nach K. falliment das negotium mit der daselbsten subsistirenden Compagnie fortgesetzet, da Implorant zu der Zeit bereits wieder in Hamburg zurück gekommen, und sich daselbsten gesetzet, darneben auch Imploraten auf die K. effecten in Lissabon arrest angeleget, und bekant sey, quod arrestum etiam fundet forum, cum ibi arrestum prosequendum, vbi impositum

MEV. *P. I. dec. 239. n. 6. et P. III. dec. 56. n. 1. sq.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Implorant nicht leugnen *Ad Lib. XVII. T. II.*

mögen, daß er noch zu der Zeit, da K. zu Lissabon mit in der Compagnie das negotium würcklich angefangen, in derselben als socius noch gestanden, und also aus denen auf commission der Societät zugesandten Waaren mit verbunden worden, welche obligation nicht aufgehöret, ohngeachtet er die Societät in Lissabon verlassen, und von da nach Hamburg retourniret, cum quilibet socius, finita societate, tertio maneat obligatus ex eo, quod cum societate contractum est

l. 63. §. 8. D. pro soc.

et quidem in solidum secundum ius commune

l. 82. D. pro soc.

so auch Implorant nicht leugnen mögen, dahero er auch in præsenti domicilio als foro generali wohl belanget werden mögen, darneben allen vorkommenden und angeführten Beschwerden dadurch abgeholffen, daß in der niedergerichtlichen Findung Imploranten frey gelassen, seine consocios in Lissabon per subsidiales ad causam citiren zu lassen, welches ihn um desto mehr in Stand setzen wird, von denen Commis-Waaren Red und Antwort zu geben, wiewol, wenn auch seine consocii ad citationem subsidialem nicht erscheinen solten, er dennoch von seiner Obliegenheit deswegen nicht losgemachet werden kan, indem es blos bey ihm gelegen, nachdem er von Lissabon abgereiset, sich in den Stand zu setzen, daß er denen creditoribus societatis von aller Verbindlichkeit der Societät, welche auf ihn in solidum mit gelegen, Red und Antwort geben können, weil sonsten ein jeder socius suo proprio facto von seiner obligation sich losmachen könte, cum tamen factum cuilibet suum, non alteri nocere debeat,

l. f. D. ad SC. Silan.

wie denn auch Imploraten, daß sie dieserwegen nach Lissabon geschrieben, und von denen Commis-Waaren Red und Antwort gefordert, nichts mehr gethan, als was in consequentiam negotii initi gekommen, woraus der Implorant verbunden ist. So viel übrigens den in Lissabon angelegten Arrest betrifft, zuförderst beygebracht werden sollen, daß derselbe in Lissabon angeleget und prosequiret sey, angesehen die Imploraten denselben einen *prætenſe* angelegten Arrest nennen, und dahero nicht einmal denselben simpliciter eingestanden, darneben, wenn derselbe gleich daselbsten angeleget, dennoch ad litis pendentiam inducendam nicht gnug ist, daß anderswo der Arrest angeleget, sondern auch daselbsten prosequiret worden, discernendum enim est, quo fine arrestum impositum, vtrum pro securitate tantum crediti, an etiam pro persecutione iuris sui? quia, si is, qui arrestum alibi impetrat, non hoc intendit, vt in illo foro agere velit, sed alio fine litis pendentia ibidem non inducitur, cum

Ad Lib. XVII. T. II.

actus vltra intentionem agentium non sit extendendus, nec aliquid operetur.

4 MEV. *P. IV. decis. 348.*

Diesemnach Implorant darthun müssen, daß der in Lissabon angelegte Arrest auch daselbst prosequiret sey, davon keine Spuren bey denen actis zu finden, weil sonsten Imploranten die exceptio litis pendentiæ zu statten gekommen seyn würde, dennoch wenn er solches noch beyzubringen sich getrauen sollte, er billig damit zu hören ist, weil er daran noch nicht præcludiret, sondern in der gesuchten reuision per submissionem ad acta priora auch bey diesem grauamine mit verharret.

So sind wir erkanter massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVLIO MDCCXLV.

DECISIO CCXCII.

THEMA.

Socius suo nomine cum extraneo contrahens reliquos socios non obligat.

SVMMARIA.

Socii ex contractu, pendente societate inito, obligantur n. 1.

Si socius tanquam institor contraxit, reliqui socii tenentur n. 2.

Mandatarius non contradicendo tacite in mandatum consentit n. 3.

Post conclusionem in causa articuli probatoriales sine iuramento malitiæ offerri nequeunt n. 4.

Societas particularis finito negotio desinit n. 5.

Singuli socii per se et citra pactum non sunt institores n. 6.

Socius cum extraneo contrahens non obligat reliquos socios n. 7.

Ignorans in acceptationem mandati non consentit n. 8.

Auf interponirte supplicationes, wie auch resp. gesuchte restitution in integrum, in Sachen I. H. M. Appellanten und Supplicanten an einem, C. K. hinterlassener Erben, modo des Pferde-Händelers I. H. E. und H. H. Appellaten und Supplicaten am andern, wie auch der S. Erben Supplicanten und Impetranten am dritten Theil, erkennen Königl. Grosbritannische zur Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen zur Justiz-Cantzley verordnete Director, Vice-Director und Räthe nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß, so viel die M. supplication und deren grauamina betrifft, es derselben ohngehindert bey dem n. act. 61. befindlichen, den 15. Jan. 1744. eröffneten Urtheil nochmahls verbleibet, es könte und wollte dann Appellant und Supplicant besser als geschehen, daß Supplicaten den von P. mit M. getroffenen Kauf der quæstionirten Pferde gebilliget, und societatis nomine angenommen, binnen vier Wochen erweisen, der Supplicaten Gegenbeweis vorbehältlich, dessen genösse erbillig, und ergehet alsdann darauf ferner was Recht ist. Und weil derselbe bereits n. act. 88. zu dessen Behuf articulos probatoriales übergeben, so ist nunmehr mit Abhörung der Zeugen, jedoch saluis exceptionibus, zu verfahren, hergegen der S. Erben gesuchte restitutio in integrum als desert und erloschen zu achten, und es lediglich bey dem n. act. 78. befindlichen decreto reiectionis zu lassen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Appellant M. sich dadurch 1) grauiret befunden, daß die sententia primæ instantiæ confirmiret, und der deferirte Eyd verworffen worden, auch zu dem Ende angeführet, daß geständiger massen zwischen P. und denen Appellaten eine societas gewesen, daß aber solche pro particulari zu achten, und damahls, wie der quæstionirte Pferde-Kauf mit Supplicanten geschlossen, aufgehöret, unerwiesen, ohngeachtet Supplicant solches geleugnet, und die Umstände, darüber der Eyd deferiret worden, das Gegentheil darlegeten, nicht weniger 2) die producirten Briefe daraus ein grosses Licht bekämen, anerwogen P. in dem Schreiben sub n. 3. act. prim. inst. an H.

einer

einer unter ihnen genommenen Abrede gedencket, welches ohne Zweiffel den quæstionirten Pferde-Kauf betroffen, und darthue, daß solche nomine societatis mit Wissen und Willen der sociorum gekauffet, und die Societät noch nicht getrennet gewesen sey, als welches erst hernach, laut H. Schreiben sub n. 4. geschehen seyn möchte, und dannenhero Supplicaten aus dem von P. getroffenen Kauf vor verbunden zu achten, allermassen hier 3) ein solches negotium vorhanden, in welchem singuli, wie bey denen Roßhändelern gewöhnlich, und sie sich zum Pferde Einkauf zu vertheilen pflegen, als institores anzusehen, und
2 dadurch die übrigen socios verbinden,

l. 4. §. 1. de exerc. act.

wiewol auch aus dem Schreiben sub n. 3. zu ersehen, daß die Supplicaten hierin consentiret, ja H. laut delati iuramenti den Handel angefangen, und P. endlich geschlossen, der von H. wegen der quæstionirten Pferde, die P. nicht einmal gesehen, erst Nachricht bekommen haben müsse, dagegen dann 4) das n. act. pr. inst. 19. befindliche attestatum als iniuratum nicht zu regardiren, hergegen 5) der n. act. pr. inst. 2. in dem Schreiben an H. eingeschlossene unbesiegelte Brief, welchen K. bestellet, anzeiget, daß dieser oder H. Ordre von P. erhalten, die Pferde von Supplicanten abzuholen. auch er darin tacite consentiret, da
3 er den Brief ohne alle contradiction bestellet,

l. 18. D. l. 6. C. mandati l. 27. pr. eod.
arg. l. 16. D. ad SC. Maced.

dieserwegen irrig sey, daß K. allein wie nuncius hier anzusehen, allenfalls 6) bey so vielen wichtigen Umständen der deferirte Eyd vor irreleuant nicht zu halten, noch 7) der angelegte Arrest vor unnöthig zu achten, allenfalls 8) die expensæ primæ instantiæ, welche in prima instantia übergangen, hinweg fallen müssen. Uebrigens obwol 9) Supplicant articulos probatoriales übergeben, den-
4 noch solche, weil sie post conclusionem in causa übergeben, in keine Achtung kommen möchten, allenfalls solche nicht anders als prætio iuramento malitiæ zugelassen werden müsten. Endlich 10) die S. Erben zwar binnen gesetzter Frist ihre deductionem causalium nicht übergeben, dennoch nicht zu befinden, daß sie vom Gegentheil contumaciret worden, und sie also noch damit zu hören seyn möchten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) sowol aus der Eydes-delation als denen übergebenen probatorial-articuln und sonsten ex actis erhellet, daß P. in anno 1737. mit Supplicaten wegen Lieferung etzlicher 50. Pferde in Compagnie getreten, und solche gemeinschafftlich gekauffet, welches aber ein negotium particulare gewesen, quo finito societas desinit, *Ad Lib. XVII. T. II.* 5

l. 65. §. 10. D. pro soc.

auch mit nichts dargethan, daß sie in eine generalem societatem getreten, wozu weit mehrere Behutsamkeit und Bestimmungen erfordert wird, wovon in actis nicht gedacht ist, allenfalls von Supplicanten erwiesen werden müssen, zumal ob zwar Supplicaten unter sich in mascopey verbleiben können, dennoch daraus nicht folgen will, daß sie mit P. der zu Saarlouis sich aufhält, die Societät beständig continuiren wollen, bevorab da sie laut Schreibens sub n. 4. act. pr. inst. dessen betrügliche Demarchen wahrgenommen, ja P. selbsten in seinem Schreiben sub n. 3. das Gegentheil anzeiget, hergegen Supplicanten intention ad 2) durch den Brief sub n. 3. nicht erweislich ist, worin zwar einer Abrede gedacht, aber, worin solche bestanden, nicht angezeiget, vielmehr solches Schreiben aus dem tenore selbsten, daß P. die Supplicaten bey dem quæstionirten Pferde-Kauf hintergehen und sie damit hinein ziehen wollen, wahrscheinlich ist, welches aber diesen nicht angestanden, und deswegen Supplicant sich gegen P. n. act. pr. inst. 20. beschweret, daß die Supplicaten seine Ordre nicht befolgen wollen, darneben ad 3) ohne Widerspruch ist, daß P. allein die quæstionirten Pferde gekauffet, unerwiesen aber, daß unter ihnen ein jeder wie institor zu achten, und die Societät nach Lieferung der etzlich 50. Stück Pferde noch fortgedauret, vielmehr Kläger in art. prob. 1. und in der Eydesdelation geständlich, daß Supplicaten mit P. diese gedachten Pferde gekauffet, und also singuli nicht institores gewesen seyn können, wel- 6
ches auch ein pactum speciale erfordert, und daher als res facti erwiesen werden müssen, so aber nicht geschehen, und es also hier billig bey der Regul bleibet, quod socius cum extraneo contrahens non obliget reliquos socios,

l. 13. C. si cert. petat. 7

mit welchen Umständen ad 4) das n. act. 19. befindliche attestatum übereintritt, und dahero nicht absolute verwerflich ist. Ferner ad 5) das tacite acceptirte seyn sollende mandatum aus dem von K. abgegebenen offenen Brief an Supplicanten nicht folgen will, zumal damahls H. an welchen der Brief geschrieben, laut Schreibens sub n. 4. abwesend gewesen, und solchen Brief K. bestellet, der weiter nichts als ein nuncius hierin seyn können, dennoch einer Abrede darin gedacht ist, wovon dieser keine Wissenschafft gehabt, mithin solche nicht ratihabiren oder exequiren mögen, cum ignorans in acceptationem mandati haud possit consentire.

l. 15. de iurisd. 8

So viel aber ad 6) den deferirten Eyd betrift, solcher die Sache zu heben nicht capable seyn

AA Lib. XVII. T. II.

kan, weil Supplicante selbsten darin angiebet, daß er auf H. Antrag nichts geantwortet, und dahero die gantze Sache in nuda oblatione ab vna parte bestanden, daraus aber nicht folgen soll, daß P. solche Pferde von Supplicanten societatis nomine gekauffet, und dazu von denen übrigen beordert gewesen, da er in seinem Schreiben n. 3. H. in eine neue Compagnie ziehen wollen, alsó die erste erloschen gewesen seyn muß, bey solchen Umständen alsó ad 7) der Arrest nicht iustificiret worden, hergegen ad 8) die expensæ primæ instantiæ, weswegen die itzigen Supplicaten vormahls supplicationem interponiret, und die sententiam primæ instantiæ suspendiret, in Mangel alles Grundes der Klage refundiret werden müssen, gleichwol ad 9) Supplicant nicht verwehret werden mögen, noch einen bessern Beweis, daß die quæstionirten Pferde mit der Supplicaten Wissen und Genehmhaltung gekauffet worden, zu führen, welchen wir ihm um desto mehr nachgelassen, als dahin die bereits übergebene articuli probatoriales rouliren, und von denen Puncten, worüber der Eyd deferiret ist, weit unterschieden sind, dabey auch nicht anzusehen, daß solche post conclusionem in causa übergeben, anerwogen wir erst über diesen Beweis erkant, Supplicant sich daran noch nicht versäumet, und damit noch zu hören seyn würde, wenn er an das hohe Tribunal nach Celle appelliret, alsó auch das iuramentum malitiæ hier nicht statt findet, nachdem nunmehr solcher Beweis auf diese Erkäntniß zu führen ist. Endlich ad 10) die S. Erben sich ipso facto ihrer deductionis causalium verlustig gemachet, dazu sie doch die dritte prorogation pro omni et vltimo, n. act. 84. erhalten, und dazu keine accusatio contumaciæ nöthig gewesen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE OCTOBR. MDCCXLIV.

DECISIO CCXCIII.

THEMA.

Societati tempestiue renunciari potest.

SVMMARIA.

Status causæ n. 1.
Species societatis ad emendum n. 2.
Damnum per iuramentum in litem æstimari potest n. 3.
Societas æstimatur ex damno et lucro in communi suscepto n. 4.
Ex iusta causa societati renunciari potest n. 5.
Præsertim si hoc tempestiue fit n. 6.

Als derselbe uns geführten Beweis und erfolgtes Verfahren in Sachen I. H. S. aus B. Klägers an einem, und P. M. gleichfalls aus B Beklagten am andern Theil, in den zurück kommenden Acten ꝛc.

Daß Kläger dasjenige, was ihm zu erweisen obgelegen, und er sich angemasset, wie Recht nicht erwiesen, dannenhero Beklagter von angestellter Klage zu entbinden und loszusprechen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es haben Kläger und Beklagte als Vorsteher der Gemeinde zu B. in anno 1740. des
1 Zehenden, so das Stifft S. Sebastian in Magdeburgischen an 5. Wispel 3. Sch. 2. Viertel Rocken zu fordern, eingehoben, und mit gedachten Stiffte sich verglichen, daß sie vor den Wispel 35. Thlr. entrichten wollten, wie dann Kläger das Geld davor entrichtet und vorgegeben, daß er mit Beklagten solchen auf gemeinschafftlichen Schaden und Gewinst gekauffet, weil aber der Preiß nachgehends sehr gefallen, und Kläger daran 93. Thlr. Schaden gelitten, so hat er dieserwegen, daß er die Helffte des Schadens ihm vergüten solle, geklaget, und da Beklagter litem negatiue contestiret, ist fol. 11. der Beweis ihm auferleget, welchen er auch geführet, und darüber verfahren worden ist. Ob nun wol Beklagter bey der Litis-Contestation eingestanden, 1) daß er nebst Klägern in anno 1740. Vorsteher der Gemeinde zu B. gewesen, und den Zehenden daselbsten von wegen des Stiffts S. Sebastian eingehoben, darneben mit dem gedachten Stifft sich verglichen, daß sie statt der Lieferung vor jeden Wispel 35. Thlr. entrichten sollten, wie denn Kläger das Geld baar hergeschossen, alsó daraus nicht anders geschlossen werden möchte, als daß sie das Korn auf gemeinschafftlichen Schaden und Gewinst verkauffen wollen, als 2
welches

welches aus der societate ad emendum von selbsten flieſſet;

l. 69. pro soc.

wie denn 2) Productens eigene Frau als erste Zeugin ad art. 5. solches bejahet, und daß es mündlich abgeredet sey, ad int. 5. art. 5. deponiret, darneben test. 3. ad art. 6. et 7. ausgesaget, daß Beklagter gegen ihn selbst erzehlet, daß sie das Korn auf Gemeinschafft Schaden und Verlust zu verkauffen sich verglichen, und obwol 3) test. 3. ad art. 7. dabey referiret, daß Beklagter eine Fuhre des gedachten Korns aufgeladen, und nach Magdeburg fahren, Kläger aber solches nicht zulassen wollen, sondern das Korn vom Wagen wieder abladen lassen, und jener nur zwey Säcke dahin gefahren, und den Scheffel vor 36. Groschen daselbst verkauffet, nicht weniger das Geld davor ihm zustellen müssen, welches ihn bewogen, sich von dem Korn loszusagen, dennoch dieses ad exceptiones des Beklagten gehöret, so er im Gegenbeweis ausführen sollen, welchen er aber nicht geführet, und darneben durch einen Zeugen nicht erweisen mögen, zumal er auch 4) nicht befugt gewesen, sich intempestiue davon loszusagen, daher auch nach der Aussage des testis 3. ad art. 9. der Kläger dagegen gesaget: unser Handel bleibet ewig, und obgleich 5) Kläger nicht leugnet, daß er das völlige Fuhr-Lohn zu sich genommen, dennoch solches daher geschehen müssen, weil er das Geld vorgeschossen, und sich zuförderst wieder bezahlen müssen, endlich da 6) der Preiß des Korns gefallen, er genöthiget worden sey, das Korn nach und nach vor geringern Preiß zu verkauffen, wodurch er den angegebenen Schaden erlitten, und per iuramentum in litem zu bestärcken erböthig sey, als welches die Rechte in solchen Fall zulassen.

c. 32. X. de iureiur.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) et 2) es zwar an dem und erwiesen ist, daß Kläger und Beklagter das Korn auf gemeinschafftlichen Schaden und Gewinst gekaufft haben müssen, als welches aus dem gemeinschafftlichen Kauf des Korns, obgleich Kläger allein das Geld dazu hergegeben, von selbsten folget, die Zeugen auch solches affirmiren, und deren Zeugniß deswegen nicht anzufechten ist, daß sie solches vom Hörsagen haben, zumal sie solches vom Beklagten selbsten gehöret, und seine confession dadurch zur Gnüge beygebracht ist, dennoch ad 3) es nicht sowol darauf, als vielmehr nunmehro hierauf ankommt, ob sie bey der Societät geblieben, und Beklagter nicht vielmehr iuſtam a societate recedendi causam gehabt, auch solche erwiesen sey? welches allerdings aus der Aussage des testis 1. et 3. ad art. 7. et 8. item interr. 5. ad art. 19. als erwiesen zu achten ist, zumal Beklagter zu der Zeit, da der Rocken noch 36. Thlr. gegolten, ein Fuder aufgeladen, und nach Magdeburg führen wollen, dennoch solches Kläger nicht leiden wollen, sondern das Korn bis auf zwey Säcke wieder abgeladen, und auf seinen Boden schütten lassen, welches den Beklagten veranlasset, sich von dem Korn loszusagen, und von dem Gewinst nichts mehr verlanget, welches nicht mit einem, sondern mit zwey Zeugen, so Kläger selbsten produciret, und gegen ihn gelten müssen, erwiesen, mithin da solche exception aus dem Beweise selbsten klar gewesen, er nicht nöthig gehabt, dieserwegen einen Gegenbeweiß mit vielen Unkosten zu führen, hiernächst ad 4) diese renunciatio nicht intempestiua gewesen, weil solche zu der Zeit geschehen, da das Korn noch 36. Gr. gegolten und sie noch einen geringen Profit haben können, gleichwol Kläger damit nicht zufrieden gewesen, sondern warten wollen, bis das Korn 40. 6 Gr. gegolten, so aber Beklagter klüglich abgewendet, und sich um destomehr von der Societät lossagen können, als Kläger den Verkauf des Korns zu rechter Zeit, und also per culpam suam, nicht verstatten wollen, welches eben Beklagten veranlasset, sich davon loszusagen, zumal ohnedem Kläger das Geld allein davor hergegeben, und sich angemasset, von dem Korn nach seinem Gefallen zu disponiren, so Beklagtem aber nicht angestanden, und dahero geschehen, daß Kläger nach und nach daſselbe ohne concurrenz des Beklagten, wiewol mit seinem Schaden, verkauffen müssen, welchen er billig allein tragen muß, ob er gleich mit der resignation nicht zufrieden gewesen seyn mag, als zu welcher er ex iuſta causa befugt gewesen, also ad 5) die Entschuldigungen wegen des zu sich genommenen Fuhrlohns nicht eben zu untersuchen, wiewol Beklagter dem Kläger alles Geld auch billig deswegen hingegeben, weil er mit dem Korn nichts weiter zu thun haben wollen, wie denn auch ad 6) wegen Bestimmung des erlittenen Schadens keine fernere Untersuchung nöthig, jedoch nicht zu leugnen, daß Kläger eine probabilem litigandi causam vor sich gehabt, und deswegen mit denen Unkosten verschonet worden.

Ad Lib. XVII. t. II.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOB. MDCCXLII.

Ad Lib. XVIII. T. I.

LIB. XVIII.

Tit. I. De contrahenda emtione, et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quæ res venire non possunt.

RESPONSVM CCXCIV.

THEMATA.

I. Vox Erbkauf instrumento venditionis inserta reluitionem reseruatam non impedit.

II. Præscriptioni reluitionis pacto contrahentes renunciare possunt.

III. Pro eo pretio reluitio facienda, de quo ab initio conuentum.

IV. Resignatio etiam ante terminum præfinitum fieri potest.

V. *Facultas nondum nata præscribi nequit.*

VI. *Retentio etiam ob debitum illiquidum locum habet, donec cautio ab aduersario offeratur.*

VII. Reluitio actione personali petitur.

SVMMARIA.

Vox Erblich *dominii translationem notat* n. 1.

Cum reluitione reseruata simul subsistere potest n. 2.

Reluitio XXX. annis præscribitur n. 3.

Nisi præscriptioni renunciatum n. 5.

Quod pactum omni iure licitum n. 6.

Actiones personales XXX. annis præscribuntur n. 4.

Reluitio fit numorum valore mutato secundum æstimationem primi contractus n. 7.

Nisi pacto aliud conuentum n. 8.

Resignatio fit intra tempus pacto determinatum n. 9.

Quod tamen anticipari potest n. 10.

Verba contrahentium non secundum sonum, sed mentem proferentis interpretanda n. 11.

Quamdiu actio nondum nata præscribi nequit n. 12.

Reluitio ob debitum illiquidum impediri nequit, modo reluens se ad cautionem offerat n. 13.

Retentio iusta per oblatam cautionem temere tolli nequit n. 14.

Retentio pinguior est actione n. 15.

Verum sub cautione res sit restituenda ab arbitrio iudicis pendet n. 16.

Qui ob dammum agit, illud specifice liquidare debet, nec sola allegatione calamitatis bellicæ ab hoc onere liberatur n. 17.

Ob pactum resolutiuum ipso iure resoluitur contractus n. 18.

Modo verba directa adhibita sint n. 19.

Als derselbe uns eine facti speciem, nebst einem fasciculo actorum und acht Fragen ꝛc. Hat das Closter St. Iohannis daselbst in anno 1606. dero sogenanten Oberumstedtschen Zehenden an Herrn M. von O. damahligen Halberstädtischen Dom-Dechant veralieniret, und ist nunmehr gewillet, diesen Zehenden wieder an sich zu lösen, dabey gleichwol von Seiten der O. Besitzer einige Schwürigkeiten gemachet werden, und dannenhero erstlich gefraget wird:

Quæstio I.

Ob der über diesen Zehenden zwischen

schen gedachten Closter, und dem Dom-Dechant M. von O. in an. 1606. getroffene contract vor einen Erb- oder Wiederkauf zu halten?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob nun wol in dem contract de an. 1606. mit dürren Worten die clausul enthalten:

erblich und eigenthümlich verkauffet,

auch der contract selbsten ein Erbkauf genant wird, woraus geschlossen werden möchte, daß die Absicht der contrahentium gewesen, einen irreuocablen Kauf und contract zu schliessen.

Dieweil aber dennoch itztgedachte clausul nichts mehr als ein wahres Eigenthum an dem verkauften Zehenden anzeiget, und darthut, daß solches auf den Käuffer transferiret,

HARPRECHT *resp. 78. n. 365. sqq.*

STRAVCH. *in lex. part. iur. voc.* erblich,

und kein blosses Unterpfand, quo non transfertur dominium, seyn solle, bey welchem aber der Wiederkauf wohl bestehen mag, zumahl auch in diesem contract die verkaufte Sache erb- und eigenthümlich inzwischen transferiret wird, wie denn die facultas reluendi expresse darin vorbehalten ist, nachdem die clausul daselbst anzutreffen:

wann und zu welcher Zeit unsere Gelegenheit seyn werde, solchen Zehenden wieder an uns und unsere Closter zu erkauffen, daß er uns denselben um und für 5000. gute gantze unverschlagene vollgeltende Reichs-Thaler hinwiederum zu Kauffe geben und überlassen wolle ꝛc.

wodurch denn der Erbkauf in so weit limitiret ist, daß kein dominium irreuocabile, sondern limitatum transferiret worden.

So halten wir davor, daß der quæstionirte contract vor einen Wiederkauf zu halten.

Die andere Frage betreffend:

Quæstio II.

Ob, wenn es ein Wiederkauf seyn solte, der intendirten reluition einige præscription opponiret, und solche dadurch gehindert werden könne?

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Rationes dubitandi.

Ad Lib. XVIII. T. I.

Ob wol die Wiedereinlösung, wenn und zu welcher Zeit es die Gelegenheit erleiden wolle, dem Closter vorbehalten, und daraus behauptet werden möchte, daß solche noch allemahl statt finden kan, dennoch dagegen angeführet werden könte, daß solches legali in sensu zu verstehen, und von einer solchen Zeit, binnen welcher die actiones personales ordentlich angestellet werden müssen, h. e. von 30 oder 40 Jahren angenommen werden müssen, da alle actiones personales, licet perpetuæ dicantur, binnen dieser Zeit exspiriren, auch das pactum de retrouendendo davon nicht ausgenommen ist, 3

FABER *lib. 7. in Cod. tit. 13. def. 3.*

THESAVR. *lib. 2. for. qu. 72.*

zumahl sonsten allerhand üble Folgen aus der gegenseitigen Meinung zu befürchten seyn, und niemanden einige Sicherheit bey solchen Güthern iemahls haben würde, wenn die facultas reluendi in infinitum dauren solte, wogegen doch die Gesetze die præscription eingeführet, und dahero die interpretes nicht unbillig auch dieselbe in casu adducto zulassen.

MENOCH *conf. 143. 201. 364. 606.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch dieses, was in rat. dubit. angeführet worden, alsdann seine unstreitige Richtigkeit hat, wenn der Wiederkauf schlechterdings reseruiret ist, weil alsdann solcher nothwendig intra terminum legalem exerciret werden muß, welcher bey denen actionibus personalibus das spatium 30 annorum ist; 4

ZOANNETTVS *de emt. vendit. sub pact. retrouend. n. 37.*

im Gegentheil, wenn die Contrahentes einen andern terminum reluitionis, als von 70 oder 80 Jahren gesetzet, ebenfalls niemand leugnen wird, daß alsdann man nicht weiter auf die 30 jährige præscription zu sehen habe, sondern es lediglich bey dem versprochenen termino verbleiben müsse, cum contrahentibus integrum sit, a præscriptione ordinaria 30 annorum recedere, 5

STRYK *in vs. mod. tit. de contrah. emt.* §. 45.

et eidem pacto renunciare,

l. 31. §. 22. de ædil. edict.

mithin, wenn die facultas reluendi dergestalt, wie hier, ausgedehnet ist, daß dem Verkäuffer frey stehen solle, wann und zu welcher Zeit es seine Gelegenheit seyn werde, solchen Zehenden wieder an sich zu kauffen, daraus nothwendig folgen muß, daß aller præscription dadurch renunciiret, und die Freyheit zu allen Zeiten, den Wiederkauf zu exerciren, reseruiret seyn müsse,

Ad l. ib. XVIII. T. I.

cum nihil obstet, quo minus pactum, quo omnis præscriptio tollitur, eique renunciatur, valere queat, quæ tantum ius ipsius
6 contrahentis priuatum concernit, et ad eius exceptiones pertinet,

TIRAQVELL. *de retract. conuent. §. 1. gl. 3. n. 14.*

ZOANNETTVS *cit. tr. n. 28. sqq.*

BESOLDVS *cons. 85. n. 70. sqq.*

STRYK *in vs. mod. cit. l.*

THESAVR. *qu. forens. lib. 2. qu. 72.*

HARPRECHT. *vol. nov. cons. 39. n. 130.*

woraus denn, was in ration. dubit. angeführet, gar leicht zu heben, quamuis enim in dispositionibus legalibus tempus perpetuum ad 30 annos restrictum sit, aliud tamen dicendum de dispositionibus hominum et conuentionibus contrahentium, quibus merito stándum.

BESOLD. *cit. l. n. 76. sqq.*

So erhellet hieraus so viel, daß der vom Closter intendirten reluition keine præscription opponiret werden könne.

Anlangend die dritte Frage:

Quæstio III.

Wie hoch das Wiederkaufs-pretium nach itzigen Müntz-Fuß zu determiniren, und ob nicht das Closter mit 5000 Thlr. current-Müntze, den Thaler zu 24 Gr. gerechnet, auslangen könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol dabey zu consideriren seyn möchte, daß in a. 1606. ein spec. Thaler nach dem valore intrinseco nicht mehr als 24 Gr. werth gewesen, und also es scheinen will, daß man
7 schlechterdings bey dem quanto von 5000 Thlr. verbleiben müsse, bevorab da in causis reluitionum billig auf diejenige æstimationem monetæ, quæ fuit tempore primi contractus, gesehen werden muß, quo posito, der Thaler nicht höher als zu 24 Gr. gerechnet werden möchte.

Weil aber dennoch in dem Wiederkaufcontract expresse und zwar zweymahl versehen, daß die reluition an guten harten vollgeltenden Reichsthalern, ohngeachtet, ob der valor derselben immittels höher als damahls
8 gewesen, steigen möchte, dahero bey solchen Umständen es dabey billig bleiben muß, cum pacta dant legem contractui,

l. 7. §. 5. de pact.

dieserwegen keine andere als dergleichen harte species Thlr. als damahls geng und gebe gewesen, bezahlet, oder so ferne current-Geld gezahlet werden sollte, die agio dabey entrichtet werden muß, bevorab da dem in rat. dubit. angeführten dubio in dem pacto selbsten abgeholffen, und verordnet worden, daß, wenn gleich, wie würcklich geschehen, der valor nummorum steigen sollte, dennoch mit eben solchen harten Reichs-Thalern die reluition a 5000 Thlr. geschehen solle.

So halten wir davor, daß das Closter mit 5000 Thlr. current-Müntze nach itzigen Werth, den Thaler zu 24 Gr. gerechnet, die reluition nicht thun könne.

So viel die vierte Frage betrifft:

Quæstio IV.

In welchem Jahr und Tag die Loskündigung geschehen müsse, und ob selbige nicht ohne alle Gefahr anticipiret werden dürffe, sondern punctuellement auf den im contract gesetzten Tag geschehen müsse?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol hiebey eingewandt werden möchte, daß in dem Wiederkaufs-contract mit dürren Worten versehen, daß, wenn nach verflossenen neun Jahren das Closter den Wieder-Kauf zu thun sich resoluiren sollte, alsdann ein halbes Jahr vor Ablauf der bestimmten 9 Jahr, und zwar in dem heil. Weyhnachten, den Wieder-Kauff solches Zehenden schrifftlich anmelden 9
solle, wobey es um destomehr verbleiben müsse, weil dieser terminus reluitionis præcise gesetzet zu seyn scheinet, welches das Closter auch erkant, und deswegen in a. 1695. den 25. Decembr. die Loose so wol schrifftlich gethan, als auch solche gerichtlich verrichten lassen.

Dennoch aber und dieweil die Haupt-Absicht der Looskündigung dahin gegangen, daß solche ein vollkommenes halbes Jahr vorher geschehen solle, dahero dann, weil der contract Dienstages in den heiligen Ostern 1606. geschlossen worden, der terminus resignationis auf Weyhnachten, und zwar demonstratiue nur gesetzet ist, dieweil alsdann die Loose ein halbes Jahr vorher geschehen, daraus aber keinesweges folgen will, als wenn solche Zeit nicht anticipiret, und vor Weyhnachten die Looskündigung nicht geschehen könne, weil alsdann der 10
Inhaber der Zehenden noch ein laxius spatium überkommet, von denen zu zahlenden Geldern in-

inzwischen zu disponiren, als worauf es vornemlich angesehen, und die Worte:

als in dem heil. Weyhnachten,

nur obiter und declarationis gratia, damit das halbe Jahr nicht verkürtzet werde, dabey gefüget sind, wie der gantze contextus und die Wiederholung dieses pacti bey dem Käuffer, bey welchem nur schlechterdings ein halbes Jahr gemeldet ist, ausweiset, dagegen dann, was in rat. dubit. angeführet ist, nichts verfangen will, weil dem Closter frey gestanden, den terminum præcise zu observiren, und um mehrerer Sicherheit willen bey dem Buchstaben des contracts zu bleiben, nach welchem derselbe doch nicht so wol als nach seiner wahren Absicht zu beurtheilen ist, cum in cuiuscunque contractus interpretatione verba non tam secundum quod sonant, quam iuxta mentem
11 er intentionem illa proferentis intelligi debeant.

l. 7. §. 8. de pact. l. 6. §. 1. de contrab. emt. l. 13. §. 2. in f. de excus. tutor.

l. 69. pr. de leg. 3. l. 3. §. 9. de adim. leg.

So erhellet hieraus so viel, daß der terminus der Loose wol anticipiret werden mögen, wenn nur ein volles halbes Jahr vorher solche geschehen.

Belangend die fünfte Frage:

Quæstio V.

Weil in contractu stipuliret ist, daß, wenn Zeit stehenden Kaufs dem Käuffer durch Krieg, Heerszug, Raub und andere Zufälle einiger Schade und Nachtheil zugefüget würde, das Closter demselben solchen erlittenen Schaden bey der reluition abtragen und gelten wolle: ob O. Erben wohl vorschützen können, daß dergleichen casus etwa im dreyßigjährigen Kriege arriviret, und ihr Erblasser dadurch Schaden erlitten, welchen das Closter bey itzo intendirter reluition zu erstatten schuldig, und damit noch gehöret werden könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol dieser Zweiffel dabey vorkommen möchte, daß, wenn dergleichen Schade, wie wohl *Boehm. Conf. T. III. P. II.* vermuthlich, geschehen, der Käuffer sich deswegen gebührend bey Zeiten melden müssen, und *Ad Lib. XVIII.* nicht erst nach so vielen langen Jahren, da sol. *T. I.* che Forderung bereits verjahret, denselben fordern könne, da auch diese Forderung actione personali prætendiret werden muß, quæ subiacet præscriptioni 30 annorum.

Dieweil aber dennoch die Ersetzung solches Schadens nicht absolute, sondern nur auf den Fall des vorzunehmenden Wiederkaufs dem Käuffer versprochen worden, mithin dieselbe nicht ehender, als da nunmehr die Wiedereinlösung geschehen soll, hat gefordert werden mögen, keine præscriptio aber ehender als actione demum nata angehen kan, 12

l. 9. §. 3. D. de pignor. act.

et non valenti agere nulla currat præscriptio.

So ist das klagende Closter den quæstionirten Schaden, ohngeachtet in so vielen Jahren nicht darüber Beschwerde geführet, bey der Wiedereinlösung zu erstatten gehalten.

So viel die sechste Frage betrifft:

Quæstio VI.

Ob durch solche exception die reluition zu differiren, oder die O. Erben nicht vielmehr damit ad separatum zu verweisen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol das Closter genugsam angesessen, auch allenfalls zureichende caution dieser prætention wegen zu bestellen bestand ist, in welchem Fall in debitis illiquidis dieselbe anzunehmen, und die res retrouendenda inzwischen reficuiret werden muß,

arg. l. 5. D. de stat. lib.

indem es hart seyn würde, wegen solcher illiqui- 13
den prætention die reluition aufzuschieben;

GAIL. *2. obs. 19. n. 8. sqq.*

TIRAQVELL. *de retract. conv. §. 1. gl. 20. n. 2.*

MEV. *ad ius Lubec. lib. 3. tit. 7. art. 1. n. 68.*

Dieweil aber dennoch das Closter wegen dieser prætension das ius retentionis hat, welches demselben so schlechterdings præstita caution nicht zu entziehen; non paruum enim commodum possessionis est ad extorquendam solutionem ab eo, qui rem habere ve-

Ad Lib. XVIII. T. I.

lit, quam si haberet, postea soluere, nisi coactus, nollet. Et hic verus sensus est eius, quod dici solet, plus cautionis esse in rem quam in personam, scilicet retinendo rem, 14 non etiam agendo in rem; plerumque enim incommodior et onerosior est actio in rem quam in personam,

FAB. *in C. lib. 3. tit. 22. def. 15. n. 4.*

zumahl man wohl weiß, daß man ehender durch 15 das beneficium retentionis, als durch Klagen zu seinem Zweck kommen kan,

LAVTERBACH *de iur. retent. §. 10.*

dergestalt das Closter wohl thun wird, sich dieses puncts wegen ohne Widerstand zum Zweck zu legen, dabey iedoch demselben frey bleibet, daß, wenn es wahrnehmen sollte, daß der possessor des Zehendes sich dieses beneficii mißbrauchen, den Bogen zu hoch spannen, und sub prætextu huius iuris den processs in infinitum verzögern sollte, alsdann sich zur caution offeriren und anhalten kan, daß nach Abtragung des Kauf-pretii inzwischen der Zehend abgetreten werde; ita enim rem temperandam esse suadet æquitas a iure agnita, vt sic 16 tota hæc causa arbitrio iudicis prudenti committenda sit.

l. 38. §. 1. de R. I.

STRYK. *de possess. per caution. non auser. c. II. §. 17.*

So halten wir davor, daß zwar vor der Hand die O. Erben nicht ad separatum zu verweisen, iedoch auf den Fall einer aus Vorsatz gemachten Weitläuftigkeit der Richter vorgedachter massen die Sache wohl temperiren könne.

So viel die siebende Frage betrifft:

Quæstio VII.

Ob die O. Erben nicht schuldig, den Schaden specifice zu liquidiren und zu erweisen.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol der Kauf in an. 1606. geschlossen, und aus dem Erfolg der damahligen Krieges-Läufte, auf welche ohne Zweiffel in dem contract gesehen worden, von selbsten leicht zu schliessen, daß der damahlige Besitzer des Zehenden vieles jährlich einbüssen müssen, specifice aber denselben zu erweisen fast schwer, ja unmöglich fallen möchte, zu dergleichen Beweiß aber niemand zu constringiren ist.

Dieweil aber dennoch ein ieder den Grund seiner intention beweisen muß, und also auch derjenige, qui damnum allegat, solchen specifice liquidiren muß, ohne welches die Erse- 17 tzung nicht erfolgen kan, und dabey nicht genug ist, auf das tempus belli in genere zu prouociren, zumahl der Krieg nicht durchgehends an allen Orten und zu gleicher Zeit gewesen, und daher dargethan werden muß, in welchem Jahr und wie hoch der Schade bey Einziehung des Zehenden sich belauffen, die O. Erben sich auch mit der Unmöglichkeit nicht behelffen mögen, indem es an ihrem Erblasser gelegen, derselben in tempore abzuhelffen, und sich in denen Jahren, da der Schade erfolget, mit gutem Beweiß zu prospiciren, eben wie bey Pachtungen, wenn iemand remiss prætendiret, er die Jahre so wol als den Schaden selbsten specifice angeben muß, so absonderlich durch gerichtliche Besichtung gar leicht zu erhalten stehet, und wenn dieses nach geblieben, und dergestalt denen O. Erben es am Beweise ermangeln solte, es bey ihnen alsdann heissen würde: vobis non deficit ius, sed probatio.

l. 29. D. de testam. tutel.

So sind die O. Erben den Schaden specifice zu liquidiren und zu erweisen schuldig.

Endlich so viel die letzte Frage betrifft:

Quæstio VIII.

Was vor eine action anzustellen, um zum forderlichen Zweck, nemlich der reluition, zu gelangen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol alhier ein pactum resolutiuum vorhanden, dessen Natur und Eigenschaft insgemein ist, vt resoluatur contractus ipso iure et realis actio competat, so auch bey Wie- 18 derkauffen sich ereignen kan,

CARPZ. *P. II. C. 1. def. 17.*

Dieweil aber dennoch dieses nicht anders concipiret werden kan, als wenn dabey verba directa gebrauchet sind, welche aber hier ermangeln, und dabey dem Besitzer des Zehenden nichts weiter als eine Schuldigkeit auferleget ist, den Zehenden pro eodem pretio nach gethaner Loose dem Closter wieder zu verkauf- 19 fen, woraus nichts anders als die actio personalis ex emto vendito angestellet werden mag, mit welcher auch allein die O. Erben belanget werden mögen.

l. 2. C. de pact. inter emt. et vend.

BRVN-

BRVNNEMAN. *ad cit. l. 2. n. 5.*
STRYK *in vſ. mod. tit. de contrah. emt. vendit. §. 32.*

So halten wir davor, daß keine andere als actio emti angeſtellet werden könne. V. R. W. *Ad Lib. XVIII. T. I.*

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVL. MDCCXXXVIII.

DECISIO CCXCV.

THEMA.

Qui mercem acceptauit et vendere cœpit, eam poſtea improbare, aut pretium deminuere nequit.

SVMMARIA.

Emtio imperfecta ſi de merce vel pretio nondum conſtat n. 1.

Tacite tamen hoc fieri poteſt n. 2.

Veluti qui rem a venditore transmiſſam vendere aliis cœpit n. 4.

Moram non admittit, qui iuſte ad iudicium provocat n. 3.

Qui non obſtante ſua proteſtatione præmiſſa merces acceptat, in emtionem conſentit n. 5.

Iuramentum ſuper puncto irreleuante non admittitur n. 6.

Auf eingewandte ſupplication und deren erfolgte iuſtification in Sachen A. W. B. Appellanten, modo Supplicanten an einem, und des Kaufmanns und Weinhändlers A. J. Appellaten, modo Supplicaten am andern Theil, erkennen Königl. Großbritanniſche zum Chur-Fürſtlich-Braunſchweig-Lüneburgiſchen Hof-Gerichte, verordneter Hof-Richter, Räthe und Aſſeſſores, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß die grauamina ſupplicationis vor erheblich nicht zu achten, dannenhero es bey dem n. act. 10. befindlichen, den 20 Mart. 1747. ertheilten reiections-Beſcheide lediglich zu laſſen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Supplicant gegen den reiections-Beſcheid von 20. Mart. 1747. aus drey gravaminibus ſuppliciret, 1) daß er zu Bezahlung der zwey pieces Bourgogner-Weine, nach dem angeſetzten Preiſſe, und zwar 2) cum vſuris moræ a tempore litis motæ, wie auch 3) in expenſas litis condemniret worden, und ſolche dadurch abermahl iuſtificiren wollen, daß quoad primum es bey denen verſchriebenen Weinen, ſowol an einer expreſſa als tacita determinatione mercis et pretii, mithin an der völligen Richtigkeit des Kauf-contracts ermangele, da er von Supplicaten zwey piecen guten Bourgogner-Wein in a. 1742. verlanget, er ihm aber ſolchen Wein geſchicket, der nur vor einen Bleicher paſſiren können: imgleichen er ſolchen in genere vor einen *ciuilen* Preiß haben wollen, welchen Supplicate über den wahren Preiß, und eine piece vor 85 Thlr. angeſetzet, dagegen er doch declariret, daß er ſolchen vor das halbe Geld nur bezahlen könne, weil er die Bouteille zum Theil a 16. Mgr. zum Theil a 12 Mgr. zu debitiren ſich bemühet, da er ſonſten, wenn es aufrichtiger Bourgogner-Wein geweſen, ſolchen vor 27 Mgr. verkauffen müſſen. Da nun alſo das Kauf-pretium nicht beſtimmet worden, es der Billigkeit gemäß ſey, daß daſſelbe arbitrio boni viri determiniret und ſehr herunter geſetzet werde, quod bona fides, quæ in hoc negotio prædominatur, ſummam æquitatem deſideret. 1

arg. l. 39. pr. depoſ.

Endlich man nicht ſagen könne, daß tacitus conſenſus in rem et pretium, ex facto acceptationis deductus vorhanden, welches alsdann ſeine Richtigkeit gehabt haben würde, wenn er, nachdem der Wein klar geworden, und er deſſen qualität gewuſt, ſtille geſchwiegen, und ſolches nicht gemeldet, deſſen Gegentheil aber aus dem n. act. 7. producirten Briefe und auch dieſes zugleich erhellet, daß Supplicant ſchon vor dieſem Briefe von 1. Nov. 1742. einen andern geſchrieben habe, worüber, weil Supplicat denſelben empfangen zu haben abgeleugnet, er und zwar inſonderheit dahin den Eyd deferiret hat, daß er keinen Brief von Supplicanten in Händen habe, Inhalts deſſen er kurtz nach geſchehener Lieferung und probirung des Weins ſeine Unzufriedenheit über den 2

Ad Lib. XVIII. T. I.

dafür angesetzten Preiß zu verstehen gegeben, und dabey sich declariret habe, daß er zu seinem Besten sehen wolle, ob es möglich, den Wein an Mann zu bringen, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn über solche Eydes-delation zuforderst erkant werden müsse, da es vornehmlich hier darauf ankommt, ob Supplicant tacite seinen consens in rem et pretium gegeben, worauf denn auch die iustitia des andern und dritten grauaminis herzufliessen scheinet, daß, weil er iuste ad iudicium prouociret, er keine moram committiret,

3

l. 21. et 40. in f. de reb. cred.

und ab vsuris so wol als expensis litis absolviret werden müssen, bevorab wenn über die Eydes-delation erkant werden sollte, als welche an und vor sich selbsten die compensationem expensarum würcke.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Supplicant in actis zugestanden, daß er den quæstionirten Wein vor einen ciuilen Preiß verschrieben, denselben empfangen, einige Monat, damit er klar werden solle, liegen lassen, inzwischen denselben mit guten Bourgogner-Wein aufgefüllet, endlich auf Bouteillen abgezogen und debitiret, dadurch aber, daß er sich desselben zu freyer dispoſition angemasset, in rem et pretium consentiret, da er im Gegentheil, wenn ihm der quæstionirte Wein nicht angestanden, desselben sich nicht anmassen, sondern wie unter Kaufleuten manier ist, den Wein auf Supplicaten risico hätte liegen lassen und nicht debitiren sollen, nachdem er, ob Supplicat etwas von pretio rabbatiren würde, nicht wissen können, also da er diesem ohngeachtet sich des Weins dennoch gäntlich angemasset, er ihn nunmehro vor dem angesetzten Preiß billig bezahlen muß, gleich wie er die 156 Pfund Schweitzer-Käse und wohl vor angesetzten Preiß behalten und sich zu dessen Bezahlung freywillig engagiret. Welchem denn nicht entgegen stehet, daß er den 1. Novembr. gegen den Preiß des Weins protestiret, und seine Unzufriedenheit gegen denselben zu erkennen gegeben, angesehen er sich dennoch des Weins angemasset, und solchen debitiret, also es nunmehro zu spät gewesen, von einem neuen pretio und dessen Bestimmung zu reden: re enim non integra protestatus est, imo acceptando merces destitit a protestatione et in pretium definitum consensit;

4

5

BERGER *in œcon. iuris lib. III. tit. 5. §. 1. not. 3.*

bevorab da er den Wein bereits am Ende des May empfangen zu haben eingestehet, und erst den 1. Nov. seine Unzufriedenheit, laut des producirten Schreibens, schriftlich declariret hat, da der Wein bereits abgezogen und debitiret worden, und ohngeachtet er vorher auch geschrieben, und gegen den Preiß protestiret haben will, zu dem Ende auch super editione literarum den Eyd deferiret, dennoch aus dem n. 7. producirten Brief so wol als der Eydesdelation erhellet, daß Supplicant gleich nach dem Empfang berichtiget haben will, da er damahls den Wein noch nicht probiren und von dessen qualität iudiciren können, zumahl er selber in appellations-libell dieses in folgenden Worten bemercket:

> Wie man nun besonders rothe Weine nicht ehender beurtheilen, noch erkennen kan, als bis selbige klar geworden, zu solchem Ende aber solcherley Wein einige Monat stille liegen müssen, so hat auch Appellant gleich bey oder nach beschehener Lieferung die Tauchlichkeit des Weins nicht wissen, mithin auch seine ap- und desapprobation weder factis, noch verbis zu erkennen geben mögen,

dergestalt er unmöglich in solchem Briefe, welchen er gleich nach dem Empfang des Weins geschrieben, seine Unzufriedenheit zu erkennen geben können, da er erst nach einigen Monaten den Wein probiret und abgezogen, und ohne Zweiffel damahls erst einen Brief, wenn solches an dem seyn sollte, so aber Supplicat leugnet, geschrieben haben muß, ja wenn solcher Brief auch vorhanden seyn sollte, dennoch eben dasselbe dagegen statt finden würde, was gegen den von 1. Nov. bishero angeführet ist, da re non amplius integra, und nachdem er sich des Weins bereits angemasset, und denselben debitiret, er solchen Brief ebenfalls geschrieben, so daß nicht einsten nöthig gewesen, auf die editionem iuratam desselben zu reflectiren, und über einen imper- 6
tinenten punct den Eyd zu verstatten. Endlich die in dem gedachten Briefe gethane Vertröstung, daß er ihm eine quantität Bourgogner-Wein 10 Thlr. geringer liffern wolle, vor Supplicaten nichts præiudicirliches würcken kan, als welches dieser ohne Zweiffel gethan hat, ihn bey guten Willen zu erhalten, und zu præcauiren, damit er von der Handelung mit ihm nicht desistiren möge. Und wie nun aus diesem sich offenbahr befindet, daß Supplicant keine iustam ad iudicium prouocandi caussam gehabt, und er solches, diesem ohngeachtet, doch gethan, er ohnstreitig in mora gewesen, also Supplicant keine Ursache gehabt, hieraus die beyden letzten grauamina zu formiren, als welche nunmehr von selbsten hinweg fallen.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOVEMBR. MDCCXLVII.

DECI-

DECISIO CCXCVI.

Ad Lib. XVIII. T. I.

THEMA.

De dominio ob defectum pretii soluti et fidei non habitæ haud translato.

SVMMARIA.

Traditione ante solutionem pretii secuta transfertur dominium n. 1.
Credere quid n. 2.
Si dies solutioni dicitur, fides de pretio habita censetur n. 3.
Traditio sola non transfert dominium, nisi fides de pretio habita n. 4.
Quod in dubio non præsumitur n. 5.
Qui pro præsente pecunia cum altero absente contrahit, fidem de pretio habere non censetur n. 6.
Debitum purum per dilationem breuem semper concedendam non alteratur n. 7.
Ex breui dilatione cambio inserta fides de pretio habita non censetur n. 8.
Censetur quis dolose ad fidem de pretio habendam inductus si statim post venditionem fallat emtor n. 9.

Als dieselbe uns interponirte appellation, deren iustification und erfolgtes Verfahren, in Sachen J. D. aus H. Klägern und Appellanten an einem, und seel. L. T. creditores Beklagten und Appellaten am andern Theil, in dem zurückkommenden fasciculo actorum zugeschicket, und ꝛc.

Daß die appellation in ihren formalibus zu Recht beständig, und die Sache zu deren iustification an dieselbe erwachsen. Der materialien halber erscheinet aus denen acten so viel, daß in erster instantz übel gesprochen, wohl appelliret, und dahero die sententia a qua dahin zu reformiren, daß die vindicatio der an L. T. verkauften zwey Fässer Potaschen, und zwey Lasten Muschel Kalcks allerdings statt habe, und dannenhero diese verarrestirte Waare dem Kläger wieder auszuliefern sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) aus Klägers Briefe von 16. Oct. 1742. zu ersehen, daß auf Verlangen L. T. jener die verlangte Potasche und Kalck von Hamburg nach Lauenburg an Hr. S. abgesandt, und denselben beordert, so gleich mit der allda täglich
1 sich befindenden Gelegenheit weiter zu befördern, und also dadurch die tradition, qua transfertur dominium,

l. 20. C. de pact.

ohnbedingt geschehen, fides enim de pretio
2 habita est, cum ante pretii solutionem traditio facta, nisi dominio eiusdem, donec pretium soluitur, reseruato;

MEV. *P. IV. decis. 206.*

dergleichen reseruatio dominii in dem gedachten Schreiben nicht geschehen, vielmehr 2) Kläger in demselben diese sehr bedenckliche Worte einfliessen lassen:

> im übrigen ersuche mir vor dem Belauf beygehender Rechnung mit Mr. 324. zu creditiren. Gelegentlich werde ich mir diese Gelder auf Monfrer bedienen ꝛc.

welche mehr als zu klar anzuzeigen scheinen, daß ohngeachtet L. T. gegen contante Zahlung die quæstionirte Waaren zu übersenden verlanget, Kläger doch solche baare Bezahlung nicht einsten verlanget, sondern gewollt, daß er solche ins credit setzen, und Kläger sich derselben bey Gelegenheit bedienen und auf ihn trassiren wolle, wodurch er ohne Zweiffel ihm die Waare creditiret, und von der baaren Bezahlung abgegangen, dergestalt also nach der Absicht desselben das dominium transferiret sey, und die vindicatio solchergestalt, wie in prima instantia erkant ist, nicht statt findet, credere enim dicimur, cuicunque rei assentimur, alienam fidem secuti,

l. 1. D. de reb. cred.

wozu noch 3) kommt, daß Kläger dieser Gelder wegen auf ihn, laut Wechsel von 25. Oct. 1742. trassiret, und die Bezahlung desselben auf 14. Tage Sicht gestellet, dadurch er also eine Zeit zu Bezahlung des Kauff-pretii bestimmet, quoties autem dies solutioni dicitur, interim 3
venditor fidem de pretio habuisse videtur.

l. 3. C. de pret. inter emt. et vendit.

Endlich man auch 4) dem emtori keinen dolum imputiren kan, obgleich nach seinem unvermuthet bald erfolgten Tode ein concurs entstanden, zumahl die Zahlung ohne Zweiffel erfolget seyn würde, wenn nicht durch den erfolgten Todt die Sachen in andern Zustand gerathen, wie aus dem L. T. Compagnons-

Brieff

Ad Lib. XVIII. T. I.

Brieff zu ersehen, man auch nicht sagen kan, daß Kläger dolose ad contrahendum induciret sey, da alles inter contrahentes bona fide zugegangen, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn das Urthel in prima instantia confirmiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) aus des verstorbenen L. T. Schreiben erhellet, daß er, auf credit ihm die quæstionirte Waare zu verkauffen nicht verlanget, sondern gegen contante Bezahlung dieselbe zu überschicken gebethen, darin Kläger auch consentiret, und ihm die Waare über Lauenburg nach Lübeck übermachet, welches vernünfftiger Weise nicht anders, als wie es der Käuffer verlanget, geschehen seyn kan, dergestalt also die regul ihre Richtigkeit behalten muß, quod traditæ mercis dominium non transferatur, nisi fides de
4 pretio habita fuerit.

§. 42. I. de rerum diuis.

Und wie nun dieses nicht anders, als mediante pacto, geschehen kan, quod in dubio non
5 præsumatur fides habita de pretio,

STRYK *de cautel. contr. sect. II. c. 8. §. 29.*

also allhier um destoweniger die reseruatio dominii nöthig gewesen, als der contract pro præsente pecunia geschlossen, auch sonsten wohl ausgemachet ist, quod ex sola traditione vel transmissione mercium non censeatur fides habita de pretio, so dann nirgends die necessitas reseruationis dominii in Rechten gegründet ist. Hiernechst ad 2) hier wohl zu mercken, daß dieser Kauf gegen baare Bezahlung inter absentes geschehen, da, vti inter
6 præsentes, Zug gegen Zug nicht statt finden kan, sondern einer nothwendig den Anfang machen muß, dannenhero da Kläger so fort die Waare überschicket, es nicht möglich gewesen, daß er so fort præsentem pecuniam dagegen empfangen, und deswegen in seinem Brieffe geschrieben, daß L. T. ihm von dem Belauf der Rechnung mit 324 Mr. creditiren solle, weil, wie unter Abwesenden zu geschehen pfleget, er darüber disponiren, oder darauf trassiren wolle, wodurch er ihm die Waaren nicht auf credit geschicket: nam fidem de pretio habere is dicitur, qui diem soluendi pretii constituit, et dilationem in soluendo eo emtori concedit, welches dadurch nicht geschehen, vielmehr er damit angezeiget, daß er diese Gelder so lange gleichsam in deposito bey sich behalten solle, weil er darauf, als seine baaren Gelder, ohn Verzug, wie auch geschehen, trassiren wolle, wie in dergleichen Fällen das Wort creditiren unter Kauf-Leuten gantz gewöhnlich ist, zumahl es einerley gewesen, ob Kläger den Käuffer beordert, die Gelder baar zu überschicken, oder aber dieselbe bey sich zu behalten, weil er darauf trassiren wolle, wodurch die contante Bezahlung nicht aufgehoben, noch die Zahlung des Kaufgeldes ihm gestundet, vielmehr der modus nur bestimmet und angezeiget ist, wie er, die versprochene contante Zahlung der Kaufgelder eincassiren wolle. Und ob gleich ad 3) dergleichen dilatio soluendi pretii in dem gedachten Wechsel-Brief geschehen zu seyn scheinet, dennoch mehr als zu bekant ist, quod etiam in puro debito aliquot dies, humanitatis intuitu, a legibus 7 debitori indulgeantur,

l. 21. §. 1. D. de constit. pecun.

l. 109. D. de solut.

wodurch man von der obligatione pura nicht abgehet, zumahl dergleichen kurtze Fristen, welche im Wechsel gesetzet werden, mehrentheils gewöhnlich, ja nach einigen Wechsel-Recht auch ohne dergleichen expression, zu verstehen sind, mannigmahl auch dem trassirer daran gelegen ist, daß der Wechsel vor der gesetzten Zeit nicht gezahlet werde, dadurch aber die ob- 8
ligatio pura debitoris, der solche Gelder in Händen hat, nicht verändert wird, also abermahls die clausul: *auf vierzehen Tage Sicht*, dem Wechselbrief zu dem Ende nicht inseriret ist, vt de pretio fidem haberet venditor, sondern daß er præsentem pecuniam, so bey dem Käuffer als præsens gestanden, und in deposito gelegen, auf den trassirten Wechsel auf vorgeschriebene Art eincassiren wollen. Endlich ad 4) nicht ausser Acht zu lassen, daß L. T. bald nach empfangener Waare gestorben, und der concurs ausgebrochen, also dahin stehet, ob, wenn er gelebet hätte, er den Wechsel bezahlet haben würde, und er nicht vielmehr Klägern dolose induciret, sub spe accipiendæ præsentis pecuniæ ihm die Waaren zu überschicken, welche er ohn Zweiffel bald weiter spediret und verkauffet haben würde, wenn der Todt und der darauf erfolgte concurs solches nicht verhindert, censetur enim quis dolose inductus ad fidem habendam de pretio, si statim post venditionem vel non diu post faliat em- 9
tor,

CARPZ. *P. I. c. 28. def. 18. et 19.*

GAIL. *lib. 1. obs. 15. n. 9. sqq.*

LAVTERB. *ad tit. de act. emt. vendit. §. 39.*

welches würcklich hier erfolget, dergestalt, daß, wenn er ihm auch creditiret, oder auf credit verkauffet hätte, dennoch dadurch das dominium nicht transferiret seyn würde, wie die gedachten Rechts-Lehrer gar recht behaupten. Solchergestalt also die vindicatio der verarrestirten verkauften Waaren statt finden, und das vorige Urthel reformiret werden müssen.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen, gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVN. MDCCXLIII.

DECI-

DECISIO CCXCVII.

Ad Lib. XVIII. T. I.

THEMA.

Quatenus ancillis heri nomine ementibus fides de pretio haberi possit?

SVMMARIA.

Dominus ex contractu ancillæ scienter inito tenetur n. 1.

Domino culpa in eligendis ancillis imputatur n. 2.

Si de ignorantia domini probabiliter constat, mercator suo periculo ancillis fidem de pretio habet n. 3.

Quem in finem iuramento plerumque opus n. 4.

Responsio ad rat. dub. n. 5.

Als die Herren uns gesuchte reuision in Sachen der W. Erben, Klägere an einem, und J. J. J. Beklagten am andern Theil ꝛc.

Daß es der gesuchten reuision ohngeachtet bey dem, den 17. May 1737. eröffneten Urtheil billig verbleibet, es könten und wolten denn Klägere sich vermittelst Eydes reinigen, und daß Beklagter ihnen nicht deutlich genug zu verstehen gegeben habe, seiner Magd nicht zu trauen, schweren, so ist alsdann es bey den in prima instantia eröffneten Urtheil zwar zu lassen, iedoch der punctus expensarum zu compensiren. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Klägere 1) zum Grunde gesetzet, daß des Beklagten Magd, seit sechs Jahren, so lange sie in dessen Dienst gewesen, auf ihres Herrn Nahmen die creditirte Waaren abgeholet, zu Buche setzen lassen, und Beklagter solche Rechnung iederzeit bezahlen lassen, auch bisweilen selbsten bezahlet, also Klägere befugte Ursache
1 der Magd zu trauen gehabt, bevorab da 2) Beklagter Klägerin niemahls untersaget hat, seiner Magd nichts weiter zu fidiren, und etwas abfolgen zu lassen, dazu er doch gute Gelegenheit gehabt, und also sich selbsten imputiren müssen, daß er diese præcaution nicht gebrauchet, als wozu er 3) schuldig gewesen seyn möchte, weil er diese Magd um Waaren auf credit abzuholen, einmahl erwählet, und wenn er in electione minus idoneæ personæ gefehlet, solches nicht Klägern, sondern sich selbsten beyzumessen habe.
2
l. 43. §. 1. ff. de contrah. emt. vend.
l. 1. §. 1. ff. mens. fals. mod. dix.
l. 23. de minor.

Und ob wol 4) Beklagter denen Klägern darüber den Eyd deferiren wollen, daß er nicht undeutlich ihnen zu verstehen gegeben, seiner Magd nicht mehr zu trauen, dennoch solcher Eyd die Sache nicht heben würde, nachdem Beklagter nicht sagen mögen, daß er ihnen expresse solches untersaget, wozu er doch 5) das letztemahl die beste Gelegenheit gehabt, da Klägerer Ladendiener den Beklagten von ohngefehr auf der Gassen angeredet, daß dessen Magd allerhand Kleinigkeiten aus ihrem Laden geholet, und verhoffen wollte, daß solches mit seinem Willen geschehen sey, dabey denn zwar der Beklagte die Rechnung zu sehen verlanget, und expresse begehret, daß man ihm solche schicken sollte, gleichwol damahls solches nicht verbothen, seiner Magd nicht weiter etwas abfolgen zu lassen, vielmehr die Magd zwey Tage darauf die Rechnung selbsten abgeholet, und bald hernach mit 37 Marck bezahlet, dagegen dann nichts thun möchte, daß 6) die Magd damahls mit Ungestüm solche Rechnung abfordert und gefraget, wer mit ihrem Herrn wegen der Rechnung gesprochen, zumahl daraus doch zu schliessen, daß der Beklagte mit seiner Magd von der Rechnung geredet, es ihn aber verdrossen haben müssen, daß er dieserwegen auf der Gassen befraget worden, welches alles 7) Klägere in der Meinung gestärcket, daß sie der Magd wohl wieder trauen können, wie auch geschehen, zumahl Beklagten obgelegen, in qualitatem et conditionem ancillæ, so er zu diesem negotio gebrauchet, zu inquiriren, und allenfalls bey Zeiten den Klägern davon Nachricht zu geben, daher es das Ansehen gewinnen will, als wenn das letztere Urtheil schlechterdings zu reformiren und es bey dem ersten zu lassen sey.

Bahm. Conf. T. III. P. II.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch Klägere nicht ausser allem Verdacht sind, daß sie nicht gemercket, und der Beklagte ihnen nicht deutlich genug zu verstehen gegeben haben sollte, daß der Magd 3

nicht allerdings zu trauen sey, zumahl deren Ladendiener deswegen selbsten vor der leht bezahlten Rechnung den Beklagten auf der Gassen angeredet und eröffnet, daß dessen Magd unterschiedliche Waaren aus ihrem Laden geholet, Beklagter aber darüber seine Unwissenheit angegeben und die Rechnung zu sehen verlanget, so Klägere auch verfertiget, und wohl gethan hätten, wann sie solche selber hingeschicket und sich erkundigen lassen, ob sie der Magd weiter trauen sollten, welches Mißtrauen noch vermehret worden, als zwey Tage hierauf die Magd selbst mit Ungestüm die Rechnung abgefordert, und mit grosser Frechheit nachgesaget: wer von der Rechnung mit ihrem Herrn geredet, welches Klägere billig witzigen sollen, mit dieser Magd behutsamer umzugehen, bevorab da sie darnach Waaren von höhern Preiß als die letztere Rechnung betroffen, bedungen und aufschreiben lassen, wobey grössere Vorsichtigkeit vonnöthen gewesen, so daß Klägere wenigstens zum iuramento purgatorio grauiret gewesen sind, dahero auch Beklagter
4 darauf selbst in instantia appellationis den Eyd deferiret, daß sie wohl mercken können, daß des Beklagten Wille gewesen, seiner Magd nicht weiter zu trauen, welches delatum iuramentum zwar, nachdem das Urtheil in prima instantia schlechterdings reformiret worden, und Klägere dagegen reuision gesuchet, nicht weiter statt findet, jedoch das purgatorium pro re nata nicht ausschliesset, da ohne Eyd nicht wohl herauszukommen, und auf solchen Eyd es hierbey vornemlich ankommen und davon dependiren wird, ob bey dem ersten oder letztern Urthel es zu lassen sey, solcher Eyd auch nicht irreleuant zu halten, zumahl wenn Klägere gemercket, und Beklagter ihnen deutlich genug zu verstehen gegeben haben sollte, seiner Magd nicht weiter zu fidiren, Klägere in nicht geringer culpa sind, daß sie derselben dennoch dergleichen Waaren, so weit höhern preiß als die vorigen gewesen, auf Beklagten Nahmen abfolgen lassen, und nicht erst sich bey Beklagten erkundiget, ob es mit dessen Genehmhaltung geschehen, dagegen denn die angeführten rationes dubitandi nichts vermögen, da ad 1) et 2) 5
Beklagter ihnen deutlich genug zu verstehen gegeben haben will, seiner Magd nicht weiter zu fidiren, welches durch den Reinigungs-Eyd herauszubringen ist, so dann ad 3) die Sache in thesi zwar klar ist, aber in hypothesi bey den angeführten Umständen dubia wird, man auch ad 4) nicht sagen kan, daß der Eyd irrelevant sey, wie schon vorhero dargethan, anbey ad 5) der angeführte Umstand Klägeren keinen geringen Zweiffel erwecken sollen, daß der Magd nicht zu trauen sey, weil Beklagter dabey bleibet, daß er wegen der Rechnung seine ignorantz vorgeschützet, so daß auch dieser Umstand durch den Eyd ziemlich klar gemachet werden wird, welches absonderlich ad 6) zu erinnern, und ad 7) abermahl in thesi alles, so angeführet, sich wahr befindet, dennoch aus den Eyd sich offenbahren wird, ob nicht Beklagter deutlich genug zu erkennen gegeben, seiner Magd nicht mehr zu trauen, bey welchen Umständen, es mag der Eyd abgeschworen werden oder nicht, dennoch die in prima instantia erkante Unkosten schlechterdings weg fallen, weil Beklagter ohnedem nunmehr ein Urthel vor sich hat.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MART. MDCCXXXVIII.

RESPONSVM CCXCVIII.

THEMA.

De proclamatum fundi alienandi neceſſitate.

Vid. T. III. Reſp. XLVI. Them. 5.

DECISIO CCXCIX.

THEMA.

Subhaſtatio prior ſupremo licitatori nullum iûs quæſitum dat, ſi ea in fauorem debitoris denuo decreta.

SVMMA-

SVMMARIA.

Ad Lit. XVIII. T. I.

In subhastatione latet pactum addictionis in diem n. 1.

Quomodo hoc sit intelligendum n. 2. 8.

Subhastationem impedire potest debitor, simulac pendente prima vel secunda licitatione debitum soluit n. 3.

Quia durante licitatione res integra est n. 4.

Durante subhastatione licitatori integrum est pœnitere n. 5.

In subhastatione tantum debitoris et creditoris negotium geritur n. 6.

Subhastatio vnice in fauorem debitoris fit n. 7.

Nec censetur perfecta, nisi vltimo termino prorsus effluxo n. 9.

Auf eingewandte supplication und erfolgte Gesetze, in Sachen D. G. Klägern an einem, und H. C. B. Beklagten am andern Theil, erkennen Fürstlich-Braunschweig-Lüneburgische Oberbeamte des Residentz-Amts zu Wolffenbüttel, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht ꝛc.

Daß Klägers Suchen gestalten Sachen und Umständen nach nicht statt finde. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es hat der Zöllner F. D. des Beklagten Haus wegen 300 Thlr. ad hastam gebracht, bey der
1 vierten und letzten subhastation aber fol. 44. berichtet, daß er nunmehro befriediget sey, und deswegen causæ et iuris renunciiret, daher der Beklagte gebethen, daß, wenn bereits die edictales affiniret, solche refigiret werden möchten, so auch fol. 46. b. erkant. Ob nun wol Kläger bey der dritten subhastation das höchste Geboth zu 1510 Thlr. auf das Haus gethan, und fol. 29. bereits euentualiter terminus adiudicationis anberahmet, so hat dennoch vigore rescripti fol. 41. Beklagter erhalten, daß auch die vierte subhastation geschehen sollen, so aber durch renunciation der Klage gedachter massen nach geblieben.

Ob nun wol Kläger sich dagegen supplicando gemeldet und vermeinen wollen, daß diesem ohngeachtet mit der vierten subhastation verfahren werden müsse, weil 1) solche einmahl von der Fürstlichen Justitz-Cantzley verordnet, und dahero an das Oberamt die acta remittiret worden, er aber 2) als Kläger dabey sehr interessiret sey, angesehen er bey der dritten subhastation das höchste Geboth gethan, und ob wol 3) die vierte subhastation dabey verordnet worden, dennoch dadurch die vorige subhastation so wenig aufgehoben worden, daß vielmehr, wenn in der subhastation nichts mehr gebothen würde, solche bey Kräfften bliebe, und ad instar venditionis sub pacto addictionis in diem sich verhalte, da, wenn binnen gewisser Zeit keine
2 melior conditio offeriret würde, der geschlossene Kauff alsdenn vollkommen seine Richtigkeit erreiche, diesemnach 4) um destomehr solches bey denen subhastationibus publicis statt finden müsse, da cum ipso iudicio contrahiret würde, und ein Licitator in iedem termino so lange Käuffer bliebe, bis er in folgenden überbothen sey, und ob wol Beklagter 5) sich mit seinem creditore abgefunden, und dieser, welcher die subhastation veranlasset, causæ et iuris renunciiret, dennoch Beklagter, ehe es zur subhastation gekommen, billig bezahlen sollen, auch keine renunciatio in præiudicium tertii geschehen könne, diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn nichts destoweniger mit der vierten subhastation verfahren werden müste.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch alle subhastation bloß zu dem Ende geschiehet, vt creditori satisfiat, 3
adeoque integrum est debitori, subsecuta licet licitatione prima vel secunda, debitum soluere, et ita subhastationem impedire, cum cessante iure creditoris, emtoris quoque ius cessat,

IO. PHILIPPI *de subhastat. c. 3. comm. 16. n. 93.*

CARPZ. *in proceſſ. tit. 25. art. 4. n. 75. ſqq.*

et durantibus licitationum terminis res adhuc integra sit, neminique ius quæsitum, 4
adeo vt debitor, durante illo temporis spatio, rem alteri ex singulari affectione pro viliori pretio vendere, et creditoribus satisfacere possit.

CARPZ. *cit. l. n. 76.*

Diesemnach, so lange ein subhastirtes Guth noch nicht im letzten termino erstanden, der Kauff noch nicht zum Stande gebracht ist, da es an der determinatione certi pretii fehlet, vielmehr, durantibus adhuc terminis, das gantze negotium noch in tractaten bestehet, adeo vt licitatori integrum sit, durante ad- 5
huc tempore licitationi præfixo, pœnitere et oblationem suam reuocare,

PHILIPPI *cit. l. n. 114.*

und wie der Beklagte es sich gefallen lassen müssen, wenn der Kläger von der vierten subhastation zurück getreten, also er nicht hindern können, daß das negotium subhastationis, in
quo vnice debitoris et creditoris negotium 6
geritur,

CARPZ. *cit. l.*

Ad Lib. XVIII. T. I.

wieder aufgehoben werde, dagegen dann die angeführte rationes in contrarium nichts verfangen, angesehen bey der ratio prima zu erwegen, daß die vierte subhastation in fauorem debitoris, damit er pinguiorem emtorem anschaffen mögen, verordnet, also dieselbe, nachdem der creditor bezahlet, cessiren müssen, der Kläger auch, wie in rat. secunda vrgiret wird, dabey noch kein ius quæsitum hat, sondern noch res integra, und dabey in rat. tertia irrig ist, daß allhier eine venditio sub pacto addictionis in diem vorhanden, als mit welcher zwar die subhastationes secundum quid, aber nicht absolute übereinkommen, allermassen in jener das pretium richtig, feste gesetzet, und der Kauff geschlossen; in dieser aber durch die drey oder viermahligen subhastationes das pretium erst heraus-

7

8

gebracht und constituiret werden sollen, und denen tractaten, in welchen die Käuffer immer zulegen, zu vergleichen, wodurch denn auch ratio quarta wegfällt, als welche auf irrigen principiis beruhet, und ob wol cum iudicio in denenselben contrahiret wird, dennoch ehe das subhastirte Guth im letzten termino erstanden, der contract noch gar nicht geschlossen, und dieser Ursache wegen quoad rat. quintam dem debitori noch allemahl frey bleibet, seinen creditorem zu befriedigen und die subhastation zu verhindern.

9

So ist geschehener massen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXXXIII.

DECISIO CCC.

THEMATA.

I. Licitans post licitationem a creditoribus acceptatam pœnitere nequit.

II. *Decretum iudicii valet, licet non omnes assessores iudicii præsentes fuerint.*

III. *Post conclusionem in caussa scripta valide offerri nequeunt.*

SVMMARIA.

Status causse n. 1.

Sententia decerni non potest, nisi præsentibus omnibus, quorum interest n. 2.

Pro informatione iudicis etiam post conclusionem in caussa scriptum offerri potest n. 3.

Emtio per consensum fit perfecta n. 4.

Post addictionem rei subhastatæ licitum reuocari nequit n. 5.

Assessorum omnium præsentia ad ferendam sententiam non est necessaria n. 6.

Post conclusionem in caussa deductiones non admittuntur n. 7.

Iudex in rescindenda conclusione expendere debet, an caussales sint releuantes, nec ne n. 8.

Als derselbe uns ferneres Vorbringen und erfolgtes Verfahren, in H. S. Schuld- und prioritäts-Sachen des curatoris bonorum D. H. D. Imploranten an einem, und Anwalden der Stadt und prouisorum, Imploraten am andern Theil, uns in den zurückkommenden fasciculis actorum zugeschicket ꝛc.

Daß die Stadt Steinfurth das ihr, für die licitirte 225 Thlr. von Gerichts wegen zugeschlagene Hönische Haus, alles Einwendens ohngehindert zu behalten schuldig, und die von dem Stadt-Secretario D. K. post conclusionem in causa übergebene und bereits ex officio verworffene Schrifft ad acta nicht zu nehmen, sondern dieselbe zurück zu geben sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol anfänglich gegen des Imploranten Vorstellung unterschiedliche Fragen, ob darin ein litis contestatio nöthig sey? und derselben

ben nicht die exceptio inepti libelli, dentibus lacerandi entgegen stehe? aufgeworffen worden. So dann in der licitation- und additions-Sache vorgestellet ist, daß laut protocolli iudicialis der Secretarius ciuitatis, nomine der Stadt Steinfurt und prouisorum verlanget, daß der Stadt vor die licitirte 225. Thlr. das Hauß zugeschlagen werden möchte, sonsten der Bürgermeister nomine der Stadt an seinem oblato nicht gebunden seyn wolte, wogegen aber der Implorante allerhand nichtige Einwürfe ratione compensationis metuendæ vorgebracht, und dadurch zur Ersetzung des daraus entstandenen Schadens sich obligiret gemachet haben solle, zumal die addictio nicht in continenti geschehen, inzwischen die assessores weggegangen, das iudicium geschlossen gewesen, und also post festum kein decretum super addictione ertheilet werden können, und da, dem ohngeachtet, solches geschehen, solches vor Rechtskräfftig nicht erkant, noch nöthig gewesen wäre, einiges remedium dagegen zu interponiren, vielmehr solches ob non legitime amplius constitutum iudicium als null
2 und nichtig zu erkennen sey, neque enim sententia ferri vel aliquid decerni potest, nisi omnibus, qui ad iudicium pertinent, præsentibus,

l. 37. l. 39. D. de re iudic.

nec forma iudiciorum solita mutari debet, nec ordo iuris inuerti

l. 13. C. de test.

l. 2. C. de iurisd.

ne alias nullitas inde emergat.

l. 4. C. de sent. et interl.

Endlich die licitatio sub conditione geschehen, qua deficiente dieselbe pro non facta zu halten. Endlich so viel die von dem Stadt-Secretario ad acta gegebene letzte Schrifft betrifft, zwar post conclusionem in causa dergleichen Schrifften nicht mehr anzunehmen sind, dennoch solches blos von solchen zu verstehen, welche als non communicabel zu achten,
3 dahin aber der Secretarius iudicii die gedachte Schrifft nicht rechnen will, als welche nur wohl zulässige informationes in sich halten solle.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in termino licitationis der Bürgemeister Horst nomine ciuitatis et prouisorum das erste Geboth von 200. Thlr. mit 25. Thlr. übersetzet, niemand nachgehends mehr gebothen, darneben die creditores solches licitum acceptiret, und weil der Secretarius ciuitatis dabey angezeiget, daß, wenn
4 nicht das Hauß pro dicto pretio der Stadt zugeschlagen werden sollte, man an dem oblato pretio nicht gebunden seyn wollte, solches würcklich in ipso termino zugeschlagen und verkaufft worden, also nichts ermangelt, was zu der Verkauffung des Hauses nöthig gewesen, emtio venditio enim celebratur, simul atque de pretio conuenerit. *Ad Lib. XVIII. t. 1.*

pr. I. de emt. vendit.

Dahero in nouo termino vom 11. Iun. 1743. der Bürgermeister Horst nicht mehr befugt gewesen, re non amplius integra von seinem geschlossenen Kauf zu desistiren, zumal er contra protocolli fidem vorgegeben, daß ihm das Hauß nicht gleich wäre zugeschlagen worden, dessen Gegentheil aus dem decreto selbsten,
5 und was in termino vorgegangen, erhellet, bevorab da die übrigen rationes dubitandi von keiner Erheblichkeit sind, angesehen was der curator bonorum dabey ante addictionem wegen der zu befürchtenden compensation erinnert, nichts als ein punctus iuris ist, der keine condition oder andere obstacula machen können, derselbe auch ja ohnedem auf den consensum derer creditorum prouociret, und solchen requiriret, so auch von den meisten, die das grösseste Interesse dabey gehabt, erfolget, quod in re hac communi sufficit,

arg. l. 8. D. de pact.

l. f. C. de cession. bonor.

wie denn auch keinesweges gesaget werden kan, daß das iudicium damahls, als die addiction geschehen, bereits geendiget und geschlossen gewesen, weil zwey von denen assessoribus weggegangen, anerwogen eines Theils,
6 was de omnium iudicum præsentia aus dem Römischen Rechte angeführet, ad iudices pedaneos, ad causam voluntate partium datos, blos gehöret, quod tamen ad consessum iudicum hodiernorum applicari nequit, in quo præsentes decernunt, absentium nulla habita ratione,

HVBER *in posit. ad D. tit. de re iudic. §. 14.*

BÖHMER *introd. ad Dig. cit. tit. §. 12.*

mithin der Abtritt zweyer assessorum das iudicium nicht schliessen können: andern Theils noch andere personæ iudicium constituentes gegenwärtig gewesen, quorum ex consilio decretum conceptum et publicatum, auch in dubio pro decreto iudicis eiusque facto so lange die præsumtion, quod omnia valide gesta fuerint, militiret, donec contrarium euidenter probatum fuerit.

c. 6. X. de renunc.

c. 16. X. de sentent. et interloc.

Endlich nichts hindert, daß unter denen, die weggegangen, der Bürgermeister Horst selbsten gewesen, und also, eo absente, das decretum gefället worden, zumal er ante abitum sein licitum nicht reuociret, dergestalt solches nach wie vor in seinem vigore geblieben, und auch endlich solches dadurch deutlich an den

Ad Lib. XVIII. T.I.

Tag geleget, daß er erst in folgenden termino zu desistiren sich erkläret, welches nothwendig præsupponiret, daß er bis dahin bey seinem licito verharret, und erst post festum solches reuociren wollen, also daraus klar ist, daß der geschlossene Kauf, und zwar, da er gerichtlich geschehen und vollenzogen, bey Kräfften bleiben, und die Stadt das Hauß annehmen müsse. Uebrigens die anfänglich aufgeworfene Fragen in hac causa incidente gantz impertinent sind. Endlich des Secretarii ciuitatis D. Ketter übergebene letzte weitläufftige Schrifft billig ab actis zu verwerffen,
7 als welche post conclusionem in causa erst übergeben, wie er selbsten in dem rubro bekennet, und solches dadurch nicht beschönen kan, daß darin blosse informationes non communicabiles enthalten, zumal auf solche Weise ein jeder noch neue Schrifften und Sätze post conclusionem in causa, quæ os partibus claudit, übergeben, und was die Gesetze dabey heilsamlich verordnet, eludiren könte, bevorab da keine informatio aus gedachter Schrifft herzunehmen, vielmehr man bey deren Durchlesung nichts als recocta und Verwirrungen, die man billig zu verhüten hat, antrifft, und billig sich ein jeder an den vorgeschriebenen tramitem iuris halten muß, überdem auch alles, was in der Schrifft vorkomt, zur Sache wenig contribuiret, id quod inprimis iudici rescindenti conclusionem expendendum est,

MEV. *P. VII. dec. 218.*

sonsten aber post conclusionem in causa nichts weiter anzunehmen,

GAIL *1. obs. 107. n. 4.*

zumal allhier nicht einsten die rescissio conclusionis geschehen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXLIV.

RESPONSVM CCCI.

THEMA.

Qnatenus subhastatio censeatur perfecta?

Vid. T. III. Resp. CLI. Them. 2.

DECISIO CCCII.

THEMA.

Condominus in addictionem rei sub hasta emtæ consentiens, postea ad ius protimiseos prouocare nequit.

SVMMARIA.

Appellatione non deuoluta restitutio in integrum cessat n. 1.

Condominus in subhastatione voluntaria oblato eodem pretio præfertur aliis n. 2.

Si vel maxime pecuniam paratam non habuit n. 3.

Appellatio pro non deuoluta haberi nequit, quæ expensis grauaminibus mox reiecta n. 4.

In subhastationem consentiens, sed eius rescissionem postea vrgens, non audiendus n. 5.

Re non integra pretium offerens repellitur n. 6.

Auf

Auf gesuchte restitution in integrum und evolate Gesetze in Sachen C. R. Witwe, Implorantinnen an einem, und des Cämmerers M. Imploraten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich der andere, König in Preussen ꝛc. auf eingeholten Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der gesuchten restitution ohngeachtet, bey dem den 27. Mart. 1741. von unserm Königlichen Hof-Gericht zu Stettin eröffneten, und fol. 28. befindlichen Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Implorat vermeinen wollen, daß 1) die gesuchte restitutio nicht statt haben könne, zumal nachdem die Appellation verworfen, und nicht devoluiret worden, das Urthel primæ instantiæ sofort Rechtskräfftig worden, und keine restitutio admittiret werden könne, wo keine appellatio statt gefunden, allenfals aber, wenn die restitutio statt finden sollte, es scheinen will, als wenn die grauamina vor unerheblich nicht zu achten, angesehen ad 2) Implorantinne anführet, daß es ausser Streit sey, daß hier eine subhastatio voluntaria des quæstionirten Campes vorgegangen, und also der Implorantinnen frey gestanden, oblato eodem pretio, denselben zu behalten, und sie nicht schuldig gewesen, so gleich baar Geld zu erlegen, da sie eine Mit-Erbin gewesen, und also 3) nicht anders als mit ihrem Willen die addiction an Imploraten geschehen mögen, so aber nicht erweislich, vielmehr in facto richtig sey, daß als der magistratus ihr vorgesaget: sie müste sogleich baar Geld erlegen, wenn sie den Camp behalten wollte, sie darauf geantwortet, daß sie solches sogleich nicht hätte, jedoch sich bemühen wollte Geld anzuschaffen, welches zu protocolliren vergessen worden, ihr aber um desto weniger præiudiciren könne, als sie 4) condomina und cohæres sey, und allen Fremden vorgezogen werden müssen, so daß, wenn 5) ihre Mit-Erben gleich consentiret hätten, daß der quæstionirte Camp dem Imploraten addiciret werden sollte, ihr doch solches zu keinem Nachtheil gereichen könte, sie auch 6) nicht schuldig gewesen, sofort baar Geld zu erlegen, da sie in anno 1740. da die subhastatio geschehen, den Camp noch in cultur gehabt, dem ohngeachtet sie 7) baar Geld geschaffet, solches gerichtlich offeriret, aber von Gerichte nicht angenommen werden wollen, so daß sie wohl genöthiget gewesen, das Geld wieder mit sich zurück zu nehmen, zu geschweigen, daß 8) die nöthigen Fristen bey der subhastation nicht observiret worden, und also nicht bestehen könne.

Rationes decidendi.

Ad Lib. XVIII. T. I.

Dennoch aber und dieweil ad 1) nicht gesaget werden kan, daß die appellatio pro non devoluta zu achte und schlechterdings verworffen, indem vielmehr aus dem fol. 28. befindlichen Urtheil, und dessen rationibus zu ersehen, daß ad grauamina erkant, und zu dem Ende die acta primæ instantiæ abgefordert sind, und weil daraus sofort die Unzulänglichkeit der grauaminum befunden worden, man nicht nöthig erachtet, über dieselbe die Sache zum Verfahren zu weissen, aus welcher Ursache auch das beneficium restitutionis billig verstattet werden müssen, wiewol auch dessen grauamina nach wie vor noch als unzulänglich anzusehen, anerwogen ad 2) eben deswegen, weil es eine subhastatio voluntaria, die Implorantinne aber unter denen cohæredibus und Mitverkäufern gewesen, der Verkauf seine Richtigkeit haben, und sie abgewiesen werden müssen, weil sie in den Verkauf consentiret, und als sie nach dem Protocollo licitationis fol. 9. b. sq. befraget worden: ob sie auch eine Licitantinne mit abgeben wolle? sie geantwortet, sie habe kein Geld, und was dahnächst sämtlichen Erben beliebte, sie sich auch gefallen liesse, worauf sämtliche Erben, worunter Implorantinne mit gewesen, einig worden, daß dem plus licitanti der Camp erblich zugeschlagen werden sollte, wie denn solches den 28. Jun. 1740 mit consens der Erben geschehen, und sie also dadurch ihrem Vorrecht renunciiret, indem sie als Mitcontrahentinne den Contract zu halten schuldig gewesen, gleichwie sie thun müssen, wenn die gesamten Erben, und sie also mit, extraiudicialiter den Kauf-Contract vollenzogen, cum nemo contra suum factum proprium venire possit, und was Implorantinne ad 3) dagegen opponiret, daß sie nicht darin consentiret, contra fidem protocolli laufft, und ihre Erklärung, daß sie sich bemühen wolle, Geld zu schaffen, darin nicht befindlich, wie denn auch den 28. Jun. als in termino addictionis, sie gegen dieselbe sich nicht opponiret, sondern einmahl generaliter sich declariret, daß sie sich gefallen liesse, was ihre Mit-Erben beliebten, so daß sie ad 4) ob sie gleich condomina und coheres gewesen, sie dennoch ihres Vorrechts sich begeben, und ad 5) allerdings damit einig gewesen, was ihre Mit-Erben sich gefallen lassen, welche aber darin einig gewesen, daß der quæstionirte Camp dem plus licitanti addiciret werden sollte, es auch ad 6) nicht darauf ankomt, ob sie baar Geld sofort zu erlegen schuldig gewesen, sondern ob sie nicht in die addictionem consentiret, wiewol sie auch selbsten jenes agnosciret, und ad 7) ex post facto baar Geld, re non amplius integra, gerichtlich offeriret, so aber nicht mehr angenommen werden können, nachdem der Verkauf iudicialiter einmal geschlossen, und sie ihren consens dazu gegeben, auch sich erkläret,

Ad Lib. XVIII. T. I.

kläret, daß, weil sie kein Geld habe, sie sich gefallen liesse, was die andern Erben beliebten, endlich ad 8) bey der subhastatione voluntaria, dabey es auf den Willen der gesamten Erben ankommen, es nicht nöthig gewesen, die ordinairen Fristen zu observiren, zumal die Erben in die Verkürtzung consentiret.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOVEMBR. MDCCXLI.

DECISIO CCCIII.

THEMA.

Ius retractus ex consanguinitate moribus Germaniæ conuenit.

SVMMARIA.

Ius retractus consanguineis ex iure Romano non competit n. 1.
Bene tamen secundum mores Germaniæ n. 2.
Et quidem intra annum n. 3.
Dummodo bona fuerint hereditaria n. 4.

Auf interponirte supplication in Sachen W. D. in W. Klägers und Supplicanten an einem, und H. M. daselbst, Beklagten und Supplicaten am andern Theil, erkennen Abt, Prior und Conuent des Kayserlichen Freyen Stiffts Loccun auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehro aus denen Acten so viel zu befinden, daß Kläger mit dem angemasseten Beyspruch und deshalb erhobenen Klage ab und zur Ruhe nicht zu verweissen, noch derselbe den ihm reseruirten Beweis zu führen schuldig, sondern daß die Klage statt finde, und weil Beklagter sich darauf eingelassen, und vornemlich n. act. 12. negiret, daß die quæstionirten von F. S. aus L. an ihn verkaufte Güther, Erb- und Stamm-Güther seyn, so ist Kläger diesen Grund seiner Klage binnen vier Wochen præclusiuischer Frist zuförderst zu erweisen schuldig, wogegen Beklagtem der Gegenbeweis, Eydes-Delation und andere Rechts-Wohlthaten binnen eben gemeldter Frist vorbehalten werden, ferner darauf zu beschehen, was Rechtens ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol das ius retractus ex capite consanguinitatis in gemeinen Rechten keinen Grund hat, vielmehr nach denenselben als eine grauis iniuria angesehen wird, vt homines de rebus suis facere aliquid cogantur
1 inuiti, et extraneos ab emtione bonorum suorum remouere teneantur,

l. 14. C. de contrah. emt. vendit.

so daß dieses Näher-Recht sich blos auf die Gewohnheit gründet, welche Beklagter daselbst in Zweiffel gezogen, mithin ab allegante zuförderst erst erwiesen werden muß, bevorab da in dubio nach dem iure communi, welches pro regula daselbst bekanter massen allein gilt, erkant werden muß. Uebrigens ob zwar Kläger pro fundanda sua intentione so wol n. act. 16. auf die Landes-Constitution de anno 1695. als in iustificatione supplicationis n. 28. auf die constitution de anno 1699. d. 2. Jan. und Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung P. II. tit. 15. §. 21. sich berufen und vermeinen wollen, daß dieses ius retractus consanguinitatis in dasigen Lande üblich, und als ein gewisses Recht aufgeführet sey, dennoch dagegen angeführet ist, daß eines Theils gedachte constitutiones nur von subhastationibus zu verstehen, andern Theils solche terminos habiles und dergleichen casus præsupponiren, da dieses Recht dem nechsten Bluts-Freunde zustehen kan, wenn nemlich solches per pactum der Familie vorbehalten ist, dessen Beweis dahero dem Kläger aus diesem Grunde reseruiret worden, nicht zu gedencken, daß Beklagter auf die Iustification-Schrifft sich nicht eingelassen, und er darüber nicht gehöret. Allenfals das vorige Urthel in Ansehen des Beklagten in rem iudicatam ergangen, so den in unserm Urthel auferlegten Beweis von Klägern nicht fordert, Beklagter auch, daß solches nicht geschehen sey, sich nicht beschweret, ja es das Ansehen gewinnet, als wenn der Kläger mit seinem Beweis nicht viel ausrichten werde, da Beklagter angeführet, daß der Verkäufer die quæstionirten Güther titulo singulari innen gehabt, nachdem

er

er ¾ iure dotis besessen, die übrige 2. Theile von seiner Frauen Geschwistern gekaufft, welches Kläger nicht wohl n. act. 16. leugnen mögen, so daß diese Güther qualitatem pristinam vorlängst verlohren haben möchten, wie er n. act. 12. auszuführen gedencket.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch dieses ius retractus consanguinitatis in gantz Teutschland so fest eingewurtzelt gewesen, daß es durch das eingeführte Römische Recht nicht abolirt werden
2 mögen, sondern dem ohngeachtet überall beybehalten ist,

GAIL 2. obs. 19.

STRYK de succeff. ab int. diff. VI. c. 1. §. 14.

welches um desto gewisser in dasigen Landen ist, als die angeführten constitutiones solches als ein ius certum voraus setzen, und dahero die constitutio von anno 1695. zwar zulässet, daß ex iure agnationis vel crediti das Näher-Recht bey Subhastationen statt finden könne, jedoch der retrahent sich sogleich in termino, wenn das Bieten geschiehet, melden, hernach aber damit nicht weiter gehöret werden solle; da sonsten bekanter massen solches bey priuatis
3 venditionibus intra annum exerciret werden kan, wohin auch die Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung

P. II. tit. 15. §. 21.

gehet, und wiederum das Näher-Recht, welches ein und andere des *debitoris* Verwanten oder *creditores* als *retrahenten* exerciren wollen, auf eben die Art und Weise zwar bey Subhastationen einschrencket, dabey aber als ein ius certum voraus setzet, daß solches in dasigen Landen statt finden müsse, weil sonsten unnöthig gewesen wäre, solches bey denen subhastationibus ins besondere aus wichtigen Ursachen einzuschrencken, solches auch keines-weges von dem Fall, wenn per pactum der Familie das Näherrecht reseruiret worden, verstanden werden kan, anerwogen auf diesen Fall solches blos ein simplex ius protimiseos pactitium constituiren, keinesweges aber ein retractum operiren würde, dessen doch die Ober-Appellations-Ordnung expresse Meldung thut, und solches des debitoris Anverwandten und *creditoribus*, qua talibus, schlechterdings beyleget, und so wenig ein creditor eines pacti bedarf, eben so wenig auch die Anverwandten solches bedürffen, so daß der in sententia dem Kläger reseruirte Beweis als überflüßig und hieher nicht gehörig anzusehen. So dann, daß der Beklagte hierauf sich in supplicationis instantia nicht eingelassen, durch sein eigen Verschulden geschehen, weil er summe contumax gewesen, so daß die Sache in contumaciam pro conclusa angenommen, und er also billig præcludiret ist. Uebrigens weil das Urthel aus diesen Gründen reformiret, und die Klage also statt
4 finden müssen, nunmehro nothwendig dabey auf dasjenige, was Beklagter ante sententiam dabey ferner hauptsächlich obmouiret, zuförderst gesehen werden müssen, aus dem n. 12. act. aber zu ersehen, daß er qualitatem bonorum hereditariam abgeleugnet, dannenhero dessen Beweis zuförderst Klägern auferleget, und dem Beklagten sein Gegenbeweis vorbehalten werden müssen, dabey sich suo tempore finden wird, wie weit auch Beklagter mit diesem auslangen werde, als worauf er vornemlich gedrungen, sonsten aber noch zu frühzeitig ist, wegen des von Beklagten und Klägern abgeforderten Eydes zu erkennen, als welches erst, euicta bonorum litigiosorum qualitate ad retractum idonea geschehen muß.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE FEBR. MDCCXLVII.

Ad Lib. XVIII. T. I.

DECISIO CCCIV.

THEMA.

An quoad ius retractus gentilitium in paternis mater pro extranea habeatur?

SVMMARIA.

Retractus ex ordine succedendi pendet et exercetur n. 1.

In bonis ruſticis non tam ius gentilitium, quam ius ſanguinis retrahentis attenditur n. 2.

Ius retractus ex iure conſanguinitatis per tranſitum ad ſecunda vota non expirat n. 3.

Qui ex duplici fundamento retrahit, potior eſt n. 4. 8.

Ad Lib. XVIII. T. I.

Ius retractus ex iure consanguinitatis fundatur in distinctione inter bona hereditaria et nouiter acquisita n. 5.

Tantum iis, qui eiusdem gentis sunt, prodest n. 6.

Vxori non competit in bonis per maritum quondam in filium translatis n. 7.

In successione ab intestato non iuris gentilitii, sed consanguinitatis ratio habetur n. 9.

Mater liberis, non obstante transitu ad secunda vota, succedit n. 10.

Sola communio non fundat ius retractus n. 11.

Als derselbe uns interponirte Leuterung und erfolgte Gesetze in Sachen curatoren A. M. B. Interuenientinne an einem, H. H. O. Klägers und Interuentens am andern, und M. S. Beklagten am dritten Theil, in dem zurück kommenden vol. act. etc.

Daß es, der von Interuenientinne eingewandten Leuterung ohngehindert, bey dem f. 81. befindlichen, und den 1. April eröffneten Urthel billig verbleibet, und weil Beklagter seiner eingewandten Leuterung auf Klägers gethane Erklärung, f. 122. renunciiret, so hat es dabey sein Bewenden, Klägers fol. 123. in f. befindliches Suchen aber nicht statt. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Interuenientinne in ihren grauaminibus vermeinen will, 1) daß sie pro extranea nicht, sondern vielmehr pro consanguinea zu halten, indem der Verkäuffer ihr leiblicher Sohn sey, respectu dessen 2) sie weit näher in der succession demselben als Kläger zu achten, und dahero auch in retractu potior, quia, prout succeditur, ita
1 quoque retrahitur, bevorab da 3) das ius gentilitium oder Stamm-Recht bey Bauer-Güthern nicht, sondern allein das ius sangui-
2 nis regardiret werde, so daß ihr 4) nicht schaden könne, daß sie ad secunda vota getreten, weil solche das ius sanguinis et successionis
3 nicht aufheben, noch heute zu Tage die secundæ nuptiæ jemand zur Last gereichen. Ausserdem 5) sie das Gespilde an den quæstionirten verkaufften Ländereyen habe, nachdem sie mit ihrem Sohn in communione gestanden, und einen Antheil daran habe, consequenter ex
4 duplici fundamento sich zum Näherrecht legitimiren, und vor Klägern als remotiori nach dem f. 58. befindlichem edict dasselbe behaupten könne. Endlich 6) dadurch, wenn sie das ius retractus exercire, die quæstionirten bona nicht aus der Familie giengen, zumal ihre Kinder, so von ihrem ersten Manne gezeuget, und zu der O. Familie offenbar gehöreten, nach ihrem Tode ihr erben würden. Uebrigens da 7) Beklagter seiner Leuterung f. 122. renunciiret, gleichwol durch das darüber angefangene Verfahren über dieselbe nachhero erst selbiger renunciiret, es das Ansehen gewinnen will, als wenn derselbe die deswegen verursachten Unkosten dem Kläger erstatten müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) das ius retractus bey denen Erb- und Stamm-Güthern nach denen alten teutschen Rechten in der uralten distinction unter wohl gewonnene und Erb-Güther sich gründet, zwischen welchen vormahls der Unterschied, so noch nicht gänzlich aufgehoben, sich befunden, daß jene zwar
5 frey, diese aber nicht mit gleicher Freyheit veräusert werden mögen, sondern wenn solches geschehen müssen, denen nächsten Stamm-Erben an solchen altväterlichen Güthern das ius retrahendi bona ab extraneo emtore zugestanden, aus welchem Grunde es noch heute zu Tage herzuziehen, daraus zu beurtheilen, und die alte Regul entstanden ist: was einmal in den Stamm und Erbgang gekommen, muß bey demselben verbleiben, und da hier von Vater ererbete Güther, die Kläger retrahiren will, vorhanden, nothwendig darauf zu sehen ist, wer von dem O. abstamme, und zu solchen väterlichen Güthern gehöre, oder in Ansehen derselben pro extraneo zu halten sey. 6

BÖHMER *de fundamento dupl. retractus c. 1. §. 10. sqq.*

welches die Interuenientinne auf sich nicht appliciren mag, als welche in Ansehen derer O. Güther allerdings pro extranea zu halten, bevorab da sie per secunda vota in eine andere
7 Familie getreten, und ad 2) nicht gnug ist, daß sie als Mutter ihrem leiblichen Sohn in successione näher als der Kläger sey, da sie zu denen Erb-Güthern der O. sich nicht legitimiren kan, als in welchen nur diejenigen, die von diesem Geschlecht abstammen, das ius retractus exerciren können, darneben der Kläger das Gespilde dabey vor sich hat, und da-
8 durch effectuiret wird, daß die Güther wieder consolidiret, und zusammen gebracht werden, mithin nach der constitution f. 58. der Kläger billig der Interuenientinnen vorzuziehen, und dabey ad 3) doch gewiß ist, daß das ius retractus aus dem Stamm-Recht noch
9 übrig sey, und darnach reguliret werden müsse, obwol in ipsa successione das ius gentilitium nicht mehr den Vorzug habe, wenigstens auch ad 4) dieses die secundæ nuptiæ operiren, daß eine Witwe durch dieselbe in ein ander Hauß und Familie trete, ob sie wol
10 das ius succedendi respectu ihrer Kinder nicht

nicht verliehre, hierüber ad 5) das von ihm prætendirte ius congrui keinen Grund hat, da, ohngeachtet sie mit ihrem verstorbenen Sohn in communione gelebet, die Güther nicht realiter getheilet und gespalten sind, und dahero die Rechts-Lehrer hiebey anmercken, quod
11 solum ius communionis non fundet ius protimiseos

CARPZ *P. II. C. 31. def. 22.*

STRVK *de succeſſ. ab int. diſſ. VI. c. 1. §. 17.*

welches Gespilde sich aber bey Klägern befindet, und also billig der Interuenientinne auch aus diesem Grunde vorzuziehen ist, nachdem ad 6) wenn diese die quæstionirten Güther behaupten sollte, die consolidation derselben noch weiter verhindert, und solche abermal in ihre freye disposition kommen, welches dem Entzwecke des Consolidations-Rechts entgegen lauffet. Uebrigens ad 7) bey des Beklagten Leuterung zu erwegen, daß das Urthel einer declaration, wenn er derselben nicht renunciiret hätte, nöthig gehabt, solche aber nunmehro unvonnöthen gewesen, dieweil Kläger sich fol. 120. freywillig erkläret, dasjenige, was ihm von Rechts wegen über die Kauf-Summe zu entrichten zukomme, zu entrichten, wohin billig alle Unkosten, welche er wegen dieses Kauffs gethan und thun müssen, gehören, dergestalt also die Leuterung erheblich gewesen, das grauamen aber erst durch Klägers declaration gehoben worden, und er die Unkosten bey solchen Umständen nicht fordern können. *Ad Lib. XVIII. T. I.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ. MENSE OCTOBR. MDCCXLIII.

DECISIO CCCV.

THEMA.

Retractus ex iure consanguinitatis tantum in bonis iure hereditario acquisitis locum habet.

SVMMARIA.

Proximo consanguineo ius retractus competit n. 1.

Quatenus ius retractus in subhastatione locum habeat? n. 2.

Ius retractus ex iure consanguinitatis ad bona hereditaria, non nouiter acquisita pertinet n. 3.

Bona desinunt hereditaria esse, quæ sub hasta quis acquisiuit n. 4.

Licet tempore acquisitionis proximus consanguineus fuerit n. 5.

Quod iure reluitionis ad aliquem peruenit, bonis hereditariis accenseri nequit, et sic sine metu retractus valide alienatur n. 6.

Auf interponirte Supplication und erfolgte submission ad acta in Sachen I. P. M. vxor. nom. Supplicanten an einem, wider I. H. Supplicaten am andern Theil, erkennen Königl. Grosbritannische ꝛc. nach eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Supplication ohngehindert bey dem n. act. 17. befindlichen und dem 4. Iul. 1746. eröffneten Urthel nicht unbillig verbleibet, jedoch mit dieser Erklärung, daß Supplicanten das andere Stück Landes, so H. B. von einem tertio, dem es versetzet gewesen, reluiret, auf die Helffte ex iure pignoris von Supplicaten wieder einzulösen unbenommen bleibet. V. R. W.

Bœhm. Conſ. T. III. P. II.

Rationes dubitandi.

Obwol Supplicant zwey grauamina zu iustificirung seiner Supplication angeführet, 1) daß die sententia vom 15. Sept. 1745. worin der prætendirte retractus ex capite consanguinitatis aberkant ist, und zwar 2) compensatis expensis confirmiret sey, da doch quoad grauamen primum an und vor sich selbst richtig, daß H. B. Supplicantens Schwester im Ehe-Bette habe, folglich derselben consanguinea sey, in Ansehen dessen jener das quæstionirte Land erhalten. So dann dasselbe von beyder Schwestern gemeinschafftlichem Vater herrühre, und billig bey der Familie verbleiben müsse, da aber H. B. es an Supplicaten als einen extraneum verkauffet, Supplicant nunmehr nomine vxoris von ihm solches zu retrahiren befugt seyn müsse, zumal das

Ad Lib. XVIII. T. I.

ius retractus daselbst in loco unstreitig statt finde. Deme dann nicht entgegen stehe, daß H.B. das eine Stück sub hasta erstanden, in subhastatione aber das ius retractus nicht statt finde, als welches billig seinen Abfall leide, wenn ein Stück Landes von dem nächsten 2 consanguineo erstanden sey, wie hier geschehen, da das quæstionirte Land H.B. nomine vxoris erstanden, Supplicant also damahls es nicht retrahiren mögen. So viel aber das andere Stück Landes betrifft, welches sein Schwieger-Vater einem tertio versetzet, und H.B. ex iure pignoris reluiret, abermal klar sey, daß solches dieser nicht würde thun können, wenn er Supplicantens Frauen Schwester oder des oppignorantis Tochter im Ehe-Bette nicht gehabt, diesemnach abermahl seine Frau Supplicaten als einem tertio vorzuziehen. Endlich bey dem andern grauamine zu erwegen sey, daß Supplicat keine cautam fundatam sich dem retractui zu opponiren gehabt, sondern blos ex pruritu litigandi, ohngeachtet er zweymal das quæstionirte Land abzutreten condemniret worden, sich opponiret, also billig in die Unkosten condemniret werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch quoad grauamen primum Supplicant sich in iure retractus ex capite consanguinitatis gründet, welches nach den alten teutschen Rechten, woher es ursprünglich entsprossen, sich blos bey Erb- und Stamm-Güthern, nachdem sie einmal in den Erbgang gekommen, statt finden kan, bey neu 3 acquirirten Güthern aber, wovon jemanden ohne jemandes Anspruch frey disponiren kan, cessiret, und wie nun die acta ergeben, daß beyde in Streit verfangene Stücke von Supplicantens Schwiegervater E.E. zwar eigenthümlich besessen, gleichwol aber nicht dargethan, daß er solche nach Erbgangs-Recht als Erb- und Stamm-Güther erhalten, worauf es doch hauptsächlich ankommt,

BÖHMER *tom. II. P. I. decis. 341. n. 8. sqq.*

also daraus von selbsten folget, daß an dem Grunde der Klage noch ein grosser Mangel zu finden. Ferner offenbar und in confesso ist, daß beyde Stücke nicht einsten auf H.B. durch Erbgangs-Recht gefallen seyn, allermassen dann derselbe das eine Stücke sub hasta, geständiger massen, und also titulo singulari, qua extraneus, erhalten, und Supplicant selbst einräumet, daß bey dergleichen venditionibus publicis kein ius retractus statt fin- 4 det, am allerwenigsten aber hiebey anzusehen, daß er der Schwieger-Sohn, der es wegen seiner Frauen erstanden, gewesen, weil in subhastationibus dieser respectus hintangesetzet, und, der ein Guth erstehet, blos als Käufer consideriret wird, diesemnach allenfalls 5 vorlängst aus dem Erbgang gekommen; das andere aber durch H.B. von einem tertio, bey dem es versetzet gewesen, eingelöset, und wiederum durch Erbgangs-Recht von demselben nicht acquiriret worden, beyde dahero sicher wohl veräusert und auf Supplicaten transferiret werden mögen, gleichwol bey dem letzten wir dieses in Achtung gezogen, daß durch die geschehene reluition H.B. nichts mehr als das darauf gestandene ius pignoris erhalten, 6 und dahero auf Supplicaten nichts mehr als was er daran gehabt, transferiren mögen, da, wenn er gleich seiner Frauen Antheil ob communionem bonorum sich anmassen kan, Supplicanten dennoch das Recht, die andere Helffte ex iure pignoris zu lösen, von wegen seiner Frauen mit gleichem Recht zustehen muß, obwol iure retractus solches nicht geschehen mögen, wodurch also das andere grauamen von selbsten hinweg fällt.

So sind wir geschehener massen zu erkennen, und das vorige Urthel zu declariren bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE SEPTEMB. MDCCXLVIII.

DECISIO CCCVI.

THEMA.

Retractus ex iure consanguinitatis an præferatur retractui ex iure congrui?

SVMMARIA.

Ad grauamina appellatus sub pœna confessi respondere tenetur n. 1.

Cui ex duplici ratione retractus competit, præfertur n. 2.

Differentiæ

Differentia retractus ex iure congrui et consanguinitatis n. 3.
In retractu ex iure consanguinitatis proximitas ratione venditoris respicitur n. 4.
Fundamentum huius retractus est ius hereditarium n. 5.
Confessio erronea non præiudicat n. 6.
Retractus ex iure consanguinitatis locum habet, si res extraneo vendita n. 7.
Retractus ex iure congrui facilius ad integra prædia, quam res singulares pertinet n. 8. *Ad Lib. XVIII. T. I.*
Reunio pertinentiarum anno non includitur n. 9.
Retractus ex iure consanguinitatis summum fauorem habet n. 10.
In pari caussa melior est conditio possidentis n. 11.
Reus in dubio absoluendus n. 12.

Als die Herren uns interponirte Leuterung, deren prosecution und erfolgte Gesetze in Sachen H.G. zu U. Beklagten und Appellanten an einem, und des Müllers N. St. Klägers und Appellaten am andern Theil, in zweyen zurück kommenden vol. etc.

Nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß der Vorkauf an dem quæstionirten Stück Wiese in W. Klägern und Appellaten nicht zustehe, dannenhero Beklagter und Appellante dasselbe gegen zurück Erhaltung des Kauf-Pretii und des Kauffs halber aufgewandten erweislichen Aufwandes an Klägern und Appellaten zurück zu geben, und wieder abzutreten nicht schuldig, sondern Beklagter von angestelleter Klage zu entbinden und loszusprechen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter und Appellant vermeinen will, daß Appellat und Kläger sich auf die grauamina leuterationis nach der Hochfürstlichen Proceß-Ordnung, und dessen fol. 82. befindlichen Extracts, ohne erhebliche Ursache sich nicht eingelassen, dannenhero denselben contumaciret, und zu erkennen gebethen, daß derselbe sich zuförderst auf dieselbe sub pœna confessi et conuicti einzulassen schuldig sey; Appellat aber der interponirten Leuterung entgegen gesetzet, daß Appellant und itziger Leuterant vol. I. fol. 1. selbst gestanden, daß Kläger und itziger Leuterat in pari gradu consanguinitatis mit ihm stünde, und darneben das Gespilde-Recht an dem quæstionirten Stück Wiese habe, ihm dahero ein doppeltes ius retractus zustehe, und Beklagten und Appellanten vorzuziehen sey. Darneben das vol. II. fol. 30. befindliche mandat vor ihn militire, nach welchem alle zersplitterte prædia rustica wieder zusammen gebracht werden sollen, und dabey kein Unterscheid unter Bauer-Güthern und ledigen Stücken zu machen, vielmehr in beyden Fällen einerley ratio decidendi anzutreffen sey, quæ identitatem iuris operatur, so daß des Amts fol. 69. und des Schultzens fol. 70. befindliche attestate das gedachte mandatum zu entkräfften nicht vermögend seyn könten, vielmehr auf den vol. U. f. 2. befindlichen Amts-Bericht in dieser Sache zu sehen sey, aus welchem klärlich erhelle, daß die quæstionirte Wiese von des Appellaten S. auo herrühre, derselbe dessen nepos sey, und also der retractus gentilitius besonders hier statt finde, bevorab er auch das Gespilde vor sich habe, welches er schon lange vor dem geschlossenen Kauf ab auo tanquam primo acquirente gehabt, obnerachtet er nach demselben noch ein Stück von seinem Miterben dazu gekaufft. Ferner bey dem Gespilde salus et vtilitas publica concurrire, wie die rationes des letztern Urthels anzeigeten, dahergegen bey dem retractu gentilitio nur priuatum commodum anzutreffen; also, wenn gleich Beklagter und Appellant seinem Verkäufer in consanguinitate proximior seyn sollte, dennoch aus dem Gespilde er diesem vorgehen müsse, wenn er, wie das Recht erfordert, sich vermittelst Eydes reinigen, und dadurch behaupten könte, daß er das quæstionirte Wiesen-Stück vor sich allein und nicht zu eines andern Nutzen retrahiren wolle.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch Appellat und Kläger sich zur Gnüge auf die Leuterung eingelassen, und nicht nöthig gewesen, mit gleicher Weitläufftigkeit sein Verfahren, wie Appellant und Beklagter gethan, einzurichten, also die geschehene Ungehorsams-Beschuldigung unzeitig angebracht ist. So viel aber die Haupt-Sache betrifft, allhier vornemlich in Erwegung zu ziehen, daß Beklagter und Appellant ohnstreitig das ius consanguinitatis vor sich habe, da er das quæstionirte Stück Wiesen von seines Vatern Bruder gekaufft, und er also dem Verkaufer näher als der Kläger und Appellat verwandt ist, obgleich die Wiese von des Klägers Gros-Vater herkommen mag, cum fundamentum iuris retractus consanguinitatis sit ius hereditarium,

LEYSER *Specim. ad D. 193. n. 4.*

atque ita prout succeditur, ita retrahitur, darneben Klägern und Appellaten nichts helffen kan, daß Appellant und Beklagter gestanden, als wenn Kläger mit Beklagten in pari gradu sey, als welches offenbar irrig, und dabey bekant ist, quod confessio ex certa scientia facti debeat, adeoque erronea confitenti non præiudicat, zumal derselbe den modum comparandi wohl wenig verstanden, welches auch der Amts-Bericht nicht in Abrede

Ad Lib. XVIII. T. I.

seyn können, darneben auch ausgemachet ist, daß ohnedem dieses ius retractus nur statt finde, wenn auf einen extraneum, nicht aber in
7 proximum consanguineum die alienation geschehen, und darin der Amts-Bescheid so wol als der libell irrig ist, daß dem Kläger das ius retractus consanguinitatis in hypothesi zustehe, vielmehr derselbe allein das Gesilde an der quæstionirten Wiese vor sich hat, nachdem die Wiese von G. S. auf seine vier Kinder vererbet, von denenselben vertheilet, ein Theil auf des Klägers Vater, und ein Theil auf des Beklagten und Appellanten Grosmutter, von dieser aber auf dessen Sohn, den Verkäufer, gefallen, mithin zwar ohnleugbar ist, daß Kläger schon vor dem Verkauf ein Stück an der quæstionirten Wiese besessen, dennoch es darauf nicht,
8 sondern allein auf die Frage ankommt: ob in solchem Fall, wenn der Kläger das Gesilde an einem Stücke, der Beklagte aber die Nähigkeit ex consanguinitate vor sich hat, der Kläger an einem ledigen Stück das ius retrahendi, und also ein Vorrecht vor diesem habe? zumal daß die quæstionirte Wiese ein ledig Stück sey, und zu der Mühle des Klägers nicht gehöre, in dem Amts-Bescheide selbst angeführet und unbestritten ist, dergleichen ledige Stücke sua natura weit leichter, als ganze Bauer-Güther, vertheilet werden können, und täglich vertheilet werden, wie auch des Amts-Attestat fol. 69. bekräfftiget, da hergegen Bauer-Güther, die von alten Zeiten einmal in ein corpus zusammen geschlagen sind, billig beysammen bleiben, und die davon veräuserte Pertinenz Stücke wieder reduciret werden müssen, weil deren Veräuserung dem gemeinen Wesen zuwider laufet, und wovon das vol. II. fol. 30. befindliche Mandat eigentlich handelt, und deswegen mit klaren Worten verordnet:

Daß alles, was etwa in vorigen Zeiten von sothanen Bauer-Güthern abgebracht worden, nach und nach wieder dazu zu bringen getrachtet werden solle,

woraus auch zugleich erhellet, daß die in re-9 tractu gewöhnliche præscriptio annalis hier nicht statt finde, welche in iure congrui bey ledigen Stücken genau zu attendiren, hiernächst auch die vtilitatis publicæ ratio nicht bey diesem, sondern allein bey jenem sich befindet, mithin keine ratio prioritatis daraus zu erzwingen, vielmehr nach den alten teutschen Rechten das ius retractus consanguinitatis weit favorabler als das Gesilde zu achten, nach welchem es heisset: Was einmal in den Erbgang gekommen, soll in demselben verbleiben, 10

BÖHMER *diss. de fundament. duplicis retractus per totum*

und wenn auch das Gesilde parem favorem als das ius consanguinitatis haben solte, dennoch bey Beklagten in Achtung zu ziehen, daß er eines Theils die prærogatiuam possessionis ex æque fundato iure vor sich habe, und bekant ist, quod in pari iure melior conditio 11 possidentis sit:

l. 10. de pignor.

l. 15. C. de rei vindic.

andern Theils die Rechte verordnet, quod in dubio reus absoluendus sit, 12

l. 47. D. de obl. et act.

welches dubium bey ledigen Stücken in vorwaltenden Umständen allerdings zu befinden, und was de ratione vtilitatis publicæ præferenda commodis priuatis angeführet werden wollen, bey ledigen Stücken keine application findet.

So sind wir geschehener massen von dem vorigen Urthel abzugehen und zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXLV.

RESPONSVM CCCVII.

THEMATA.

I. Ex pacto protimiseos contra tertium, qui scienter rem huic pacto obnoxiam emit, agitur.

II. Retrahens a pretio tantum detrahit, quantum deteriorationi respondet.

III. *Actio ad rem immobilem sine decreto a tutore remitti nequit.*

SVMMARIA.

SVMMARIA.

Ad Lib. XVIII. T. I.

Ex pacto protimiseos dominus venditurus ad denunciationem obligatur n. 1.

Ex eo actio personalis datur, non vero contra tertium agi potest n. 2.

Qui consentit in alienationem, ius protimiseos remisisse censetur n. 3.

Ex pacto protimiseos contra tertium possessorem agitur, si huius qualitatis conscius fuerit n. 4.

Pactum contrahentium alienationem inhibens dominii translationem impedit n. 5.

Conditio rei inhærens in emtorem transit n. 6.

Tertio per pactum bodie acquiri potest n. 7.

Tacitus consensus ex sola scientia et præsentia eius, qui ius protimiseos habet, non colligitur n. 8.

Mala fides omnem impedit præscriptionem n. 9.

Retrahens a pretio emtionis deteriorationes detrahit n. 10.

Sicuti emtor melioriationes repetit n. 11.

Factum tutoris pupillo præiudicat n. 12.

Actio personalis contra tertium possessorem locum non habet n. 13.

Tutor sine decreto magistratus de actionibus ad immobiles res comparandas vel conseruandas nil valide disponit n. 14.

Quæ in fraudem gesta reuocari possunt n. 15.

Ab executione lis non inchoanda n. 16.

Als dieselbe uns eine facti speciem nebst vier Fragen und einer Beylage zugeschicket ꝛc.

Ist im Jahr 1680. zwischen dem Herrn Lucio, Verkäufern an einem, und Herrn Publio als Käufern andern Theils, dem 17. Nov. eine Punctation, und nach dieses letztern Absterben mit dessen Witwe der Frau Publia wegen des in Pommern gelegenen und Herrn Verkäuffern gehörigen altväterlichen Lehn-Guths Puteoli, und der dazu belegenen Pertinentien Baiæ, Tusculum und Veiæ ein ordentlicher Kauf-Contract sub dato Zazanthus den 20. May 1681. errichtet, vermöge dessen ermeldetes Guth mit seinen Pertinentien an die Frau Käuferin vor 10000. Thlr. verkauffet, und am 4ten Iul. vacua possessio tradiret, dabey aber dieses versprochen worden, daß im Fall dermahleinsten itztgedachtes Guth cum pertinentiis wieder veräussert werden sollte, alsdenn der Herr Verkäuffer und dessen Erben dazu die nächsten seyn und für allen andern verstattet werden sollten, darauf wie Publia anno 1688. jetztgedachtes Guth Puteoli anderweit an Herrn Claudium veräussern wollen, sie dem Herrn Verkäuffer Lucio davon notice, doch nur acht Tage ante traditionem, gegeben, da den Herr Lucius zwar anfänglich widersprochen, jedoch endlich mit dem Bedinge in diese Veräuserung consentiret, daß vorgedachter Punct wegen des reseruirten Näher-Rechts in des Herrn Claudii Contract abermal eingerücket werde, so auch geschehen. Ist ferner gedachtes Guth nach Absterben des Herrn Claudii wiederum an Herrn Titum verkaufft, und zwar um die Zeit, da der Herr Verkäufer Herr Lucius ebenfalls verstorben, und dessen anno 1692. gebohrner Sohn unter der Vormundschafft Herrn Caji gestanden, welcher denn ebenfalls, weil ihm die Veräusserung nicht zu rechter Zeit kund gethan, anfangs zwar widersprochen, nachhero aber doch, wiewol mit der vorhin gemeldten condition, eingewilliget, da aber nachgehends an. 1698. Titus das Guth abermal zu verkauffen intendiret, auch zu dem Ende mit dem Herrn Tullio sich in Tractaten eingelassen, ohne dem Herrn Caio davon die gehörige Nachricht zu geben, hat dieser nicht ermangelt, den Tullium zu warnen, sich bey solchem Handel vorzusehen, und obwol nachgehends Caius unter voriger Bedingung seinen consens in die Veräuserung gegeben, so ist doch der Kauf wieder zurück gegangen, und das Guth bey Tito bis anno 1700. geblieben, in welchem Jahr aber den 25. Ian. dieser einen neuen Contract mit Herrn Sergio getroffen, dem zwar wegen des Herrn Marcii die vorhin gemeldete Clausul wegen des reseruirten Näher-Rechts mit einverleibet, gleichwol sich nicht die geringste Spure findet, daß bey dieser Veräuserung der consens des Vormundes des damahls noch unmündigen Marcii gesuchet worden sey, und da Herr Sergius unterschiedliche verheyrathete und ledige Töchter nachgelassen, ist erfolget, daß dieses Guth an den einen seiner Schwieger-Söhne Herrn Iulium gekommen, und von ihm noch itzo besessen wird, Marcius aber, weil seiner Familien Urkunden und Briefschafften seit langen Jahren in der Stadt Ithaca von seinem vormahligen aduocato vorenthalten sind, ist behindert worden, von denen ihm zukommenden Gerechtsamen wegen des Guths Puteoli gehörige Nachricht zu erlangen, dahero denn Herr Iulius das Guth nach eigenem Gefallen gebrauchet, und dasselbe nicht wenig deteriioriret, indem er nicht allein die gute daselbst befindliche eichene Holtzungen fast gantz ruiniret, sondern auch das Guth mit vielen kostbaren Gebäuden, und andern Wercken beschweret. Ist aber nunmehro Herr Marcius ohngefehr vor einem Jahr seiner Briefschafften wieder habhafft geworden, und hat darunter vorstehende Nachricht wegen des Guths Puteoli gefunden, überdem erfahren, daß dieses Guth, so erst nur vor 10000. Thlr. aus seiner Familie gekommen,

Ad Lib. XVIII. T. I.

kommen, ein weit mehres werth sey, dieserwegen denn erstlich dabey gefraget worden:

Quæstio I.

Ob nicht der Herr Iulius dem Marcio das Guth wenigstens vor das pretium lassen müsse, da es sein Schwieger-Vater Herr Sergius vor erhandelt?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol aus den angeführten Umständen so viel erhellet, daß in denen gemeldeten contractibus ein ius protimiseos mere conuentionale dem Herrn Marcio reseruiret sey, aus welchem blos eine actio personalis, actio scilicet ex vendito entspringet, cum ex hoc
1 pacto tantum oriatur obligatio, qua dominus rem venditurus tenetur denunciare ei, cui ius retractus competit

l. 122. §. 3. D. de V. obl.

l. 75. D. de contrah. emt. vend.

woraus denn von selbsten folgen möchte, daß, wenn Titus in anno 1700. das Guth Puteoli, ohne solches vorher des Marcii Vormunde Caio zu denunciiren, und dessen consens darüber einzuholen, verkauffet, gegen Sergium so wenig, als nunmehr gegen Herr Iulium, als itzigen possessorem tertium geklaget werden könne, contra quem actio personalis denegatur

l. 1. §. 16. ad SC. Trebell.

sed tantum supereſt actio ad interesse aduersus eum, qui contra fidem datam prædium
2 sine denunciatione vendidit,

l. 75. cit. l. 21. §. 5. de act. emt. vend.

BERGER *de iure ex pacto reuend. si vendatur th. 25.*

endlich auch noch dahin stehet, ob nicht Sergii Vormund darin consentiret, oder wenigstens davon bald darauf Nachricht bekommen,
3 dennoch dabey still geschwiegen, und dahero tacite in den Verkauf consentiret, bevorab da er erfahren haben mag, daß seinem Pupillo in dem mit Sergio geschlossenen Kauf sein vorhin reseruirtes ius protimiseos abermahl reseruiret worden, welches er sich vermuthlich gefallen lassen müssen, mithin ob eius consensum nunmehro auch aus diesem Grund keine actio mehr statt finden möchte. Endlich seint der geschehenen Veräuserung nunmehr fast 38. Jahr verflossen, mithin dem Herrn Marcio die præscriptio offenbar entgegen stehen möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus denen in facti specie referirten Umständen mit mehren erhellet, daß Herrn Lucio und seinem Sohn Marcio das Vorrecht bey dem Verkauf des quæstionirten Guths Puteoli jederzeit bis 1700. vorbehalten sey, und in allen und jeden Contracten mit consens des Lucii oder nach dessen Tode, dessen Sohns Marcii Vormundes Caji die clausula de reseruato iure protimiseos einverleibet worden, dahero es auch billig in anno 1700. als Titus solches Guth an Sergium verkauffet, geschehen, solcher Kauf dem Caio notificiret, auch dessen Erklärung darüber eingeholet werden sollen, so doch aber nicht erfolget, jedoch dem geschlossenen Contract zwischen Tullio und Sergio folgende Clausul eingerücket worden:

> In specie ist aus dem zwischen der Frau Publia und dem seligen Herrn Lucio sub dato Zazinthus den 20. May 1681. aufgerichteten Kauf-Contract erholet, und zwischen itzigen Herrn Contrahenten renouiret, und abermals beliebet worden, daß itziger Herr Käufer gleichfalls für sich, seine Erben und Erbnehmen annimmt und verspricht, daß im Fall dermahleinst dieses Guth Puteoli cum pertinentiis wieder veräusert werden sollte, des seligen Herrn Lucii Erben dazu die nähesten seyn, und denselben für allen andern gelassen werden solle ꝛc.

dieserwegen eines Theils offenbar ist, daß Sergius dieses Guth Puteoli wissentlich und
4 mit Vorbewust der eigentlichen Beschaffenheit desselben von Tullio gekaufft, und dahero contra bonam fidem gehandelt, daß er solches, ohne daß es Caio vorher kund gethan, und dessen Erklärung darüber erwartet worden, sondern vielmehr in der Meinung, ihn um sein Näher-Recht vorizo zu bringen, an sich gebracht, quo casu etiam is, cui ius protimiseos competit ex pacto, rem venditam ex pacto retrahere et reuocare potest, si emtor sciuerit, illa bona esse iuri protimiseos obnoxia, quod sic emtor fraudis particeps et in mala fide fuerit, qualia gesta rescindenda sunt,

l. 1. pr. D. quæ in fraud. creditor.

BERLICH *P. II. concl. 40. n. 64.*

MARIOLANVS *decis. 75.*

bevorab da Sergius und dessen Schwieger-Sohn Iulius gewust, daß wegen dieses pacti solches Guth ohne consens des Marcii und dessen Vormundes nicht hat verkauffet werden können, als welches eben in dem reseruirten Vorkauff enthalten ist; quoties autem pactio contrahentium alienationem inhibuerit, dominii alienatio non subsistit, si contra
5 pactum ea facta:

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

andern Theils diese venditio gleich anfänglich

lich diesen legem erhalten, daß Lucius und seine Erben den Vorkauf daran haben sollten, solcher auch bey aller fernern Veräusserung repetiret worden, dergestalt, daß dieses Guth cum hac conditione, quæ ei semper adhæsit, auf Sergium transferiret ist, derselbige auch solches agnosciret, neque enim conditio, quæ rei
6 venditæ adhæsit, facto eius, qui ea lege comparauit, immutari potest,

l. 5. C. si mancip. ita fuer. alien. ne manum.

dem zu folge dann dem Marcio sein ius protimiseos gegen Sergium, qui hac lege comparauit, in saluo geblieben, zumahl er oder dessen Vormund darin nicht consentiret, noch sich seines Näherrechts begeben, jener aber durch die angeführte clausul in alle Verbindlichkeit des Verkäuffers getreten, und ebenfalls verbunden gewesen, des Marcii oder dessen Vormundes consens darüber einzuholen, und da er solches nicht gethan, dieser annoch ex eodem pacto solches zu exerciren wohl befugt ist:

l. 9. C. de procur. l. 4. §. 27. de except. dol. mal. l. 34. de procur.

dritten Theils durch vorgedachtes pactum Sergius selbst das ius retrahendi auf Marcium von neuem bestätiget, oder solches ihm vorbehalten, etsi enim regulariter ex pacto tertii ius acquiri non potest, hoc tamen fallit, si eius, in cuius fauorem pactum adiectum, magno-
7 pere interest, et multo magis moribus Germaniæ, quibus tertio facilius ius acquiri potest,

MÜLLER. *ad* STRVV. *ex. 23. §. 48. in not. in f.*

BOEHMER. *de iure perfect. ex pacto tertii quæsito c. vlt.*

dadurch denn die rationes dubit. als inapplicabel guten Theils von selbsten hinweg fallen, dabey auch bekant ist, daß, wenn gleich Caius solchen Verkauf gewust, und sich nicht gemeldet, oder diesem nicht widersprochen haben solte, solches doch dem Marcio keinesweges präiudiciren würde, adeo vt qui præsentes venditioni fuerunt, et tacuerunt, nec venditioni
8 consensisse, nec pro denunciatis haberi debeant,

vid. FRIDERICI *constit. de iure protimis. lib. 5. feud. tit. 15.*

zumahl die conditiones venditionis dem Marcio angezeiget, und darüber seine Erklärung eingeholet werden müssen, so daß ex sola scientia keine renunciatio geschlossen werden mag, endlich auch die præscription ihm dabey nicht entgegen stehet, nachdem sowol Sergius als Iulius die Beschaffenheit dieses Guths, und daß es contra pactum, illicito more, veräussert worden, wohl gewust, und dabey unmöglich in
9 bona fide seyn können, ob quem defectum nulla præscriptio ne quidem triginta annorum currere potest,

Bæhm. Conf. T. III. P. II. c. f. X. de præscript.

Ad Lib. XVIII. T. I.

die Natur des Näherrechts aber mit sich bringet, daß, wenn derjenige, so dieses Recht hat, dem Käuffer sein Geld wieder erlegen will, er solches ihm abtreten muß.

So halten wir davor, daß Iulius dem Marcio das quæstionirte Guth vor das pretium lassen müsse, da es sein Schwieger-Vater Sergius vor erhandelt.

So viel die andere Frage betrifft:

Quæstio II.

Ob von diesem pretio Marcius die Vergütung des ruinirten Holtzes mit in Abrechnung bringen, und Herr Iulius angehalten werden könne, das aus dem Holtz gelösete Geld per iuramentum anzuzeigen.

Rationes dubitandi.

Ob wol Herr Iulius das quæstionirte Guth Puteoli bishero iure dominii besessen, und mit dem Holtz als seinem Eigenthum pro lubitu verfahren mögen, cum de re sua quilibet disponere possit pro lubitu, dieserwegen es das Ansehen gewinnen will, als wenn er niemanden deswegen responsabel seyn dürffe.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch wir zuforderst voraus setzen, daß durch solchen Holtzschlag das Guth 10
würcklich deterioriret und also depretiiret sey, welches ex inspectione oculari am besten erhellen wird, und wann solches in rei veritate sich befinden sollte, alsdann gantz natürlich ist, daß solche deterioration von dem Kauf-pretio decourtiret werden müsse, zumahl, wenn Iu-
lius das Guth per sumtus necessarios et vti- 11
les verbessert, ihm solches ebenfalls gut gethan werden müsse,

BERLICH. *P. II. concl. 41. n. 40.*

mithin contrariorum contraria ratio seyn muß, so dann die Eydes-delation in causis dubiis iedesmahl erlaubet, und keine Ursache anzutreffen ist, woher solche in diesem casu nicht statt finden solte.

So halten wir davor, daß Marcius von dem Kauf-pretio die Vergütung des Holtzes anzurechnen, und den Eyd über das daraus gelösete Geld zu deferiren wohl befugt sey.

Ad Lib. XVIII. T. I.

Die dritte Frage belangend:

Quæstio III.

Ob, wenn bey dem zwischen Tito und Sergio geschlossenen Kauff ein vormundschafftlicher consens sich finden solte, derselbe alsdann dem Hrn. Marcio præiudiciren könne, und, ob wenn derselbe ihm in Wege stünde, des Herrn Sergii Erben nicht wenigstens verbunden gewesen, da das Guth von neuem an Herrn Iulium verkauffet worden, den consens des Herrn Marcii auch hierzu zu suchen, und ihm das Recht der Erstigkeit zu gönnen, und da solches nicht geschehen, das Guth gegen Erlegung des damahls von ihm gegebenen pretii abzutreten?

Rationes dubitandi.

Ob wol dabey in consideration kommen möchte, daß, wenn der vormundschafftliche consens sich finden sollte, alsdann dem Marcio nicht erlaubet sey, etwas dagegen vorzu-
12 nehmen, quod factum tutoris sit factum pupilli, beworab da nicht erweißlich, daß dieser aus dem Contractu seines Vormundes lædiret worden, übrigens was Hrn. Iulium betrifft, denselben das pactum protimiseos gar nichts anzugehen scheinet, vielmehr er als tertius
13 possessor anzusehen, contra quem ex pacto actio personalis non competit.

l. 1. §. 16. D. ad SC. Trebell.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch denen bekanten Rechten nach, denen Vormündern nicht schlechterdings erlaubet und zugelassen ist, von wegen ihrer pupillen contracte zu schliessen, und von deren Rechten zu disponiren, sondern vielmehr, si agitur de bonis immobilibus alienandis,
14 iusta causa cum cognitione et decreto iudiciali darüber erfordert wird, welches auch auf dergleichen Handelungen zu extendiren, si de actionibus, quibus ad res immobiles comparandas vel conseruandas, disponendum; etenim etiam hæc dispositio iuris locum habet, si remittere tutor vel minor velit actionem personalem, quam habet ad rem immobilem consequendam,

GOMESIVS *tom. II. c. 14. n. 14.*

SIMONCELL. *de decret. in contract. min. adhib. lib. 1. tit. 3. cas. 1. n. 2. sqq.*

quod idem iudicandum sit de actione ad rem immobilem competente, quod de re ipsa immobili,

ALEX. *lib. 3. cons. 27. n. 6.*

welches hier sich gar füglich appliciren lässet, da Caius in an. 1700. billig das Guth Puteoli hätte wieder einlösen sollen, wenigstens aber darüber die gerichtliche Untersuchung instituiret werden müssen, ob es besser sey, solches wieder an den jungen Marcium zu bringen oder nicht, nachdem das Guth weit mehr werth gewesen, als es verkauffet ist; allenfalls Julio ebenfalls diese exceptiones, daß Marcius nicht consentiret, und der Vormund schlechterdings nicht consentiren können, entgegen stehen, als welcher aus denen vorhergehenden contractibus die Beschaffenheit dieses Guths wohl gewust, und dahero citra fraudem Marcii solches an sich nicht bringen mögen, mithin also auch aus diesem fundamento zur Abtretung verbunden, cum, quæ fraudationis causa gesta sunt, ab eo, qui fraudis conscius fuit, re-15 vocari queant.

l. 1. pr. quæ in fraud. cred.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß, wenn gleich Caius in den quæstionirten Kauff des Sergii consentiret haben sollte, iedoch solches den Marcium nicht binden könne, allenfalls aber Julius den consens des Marcii ohne Ungültigkeit hintanzusetzen nicht befugt gewesen.

So viel endlich die letzte Frage betrifft:

Quæstio IV.

Ob nicht der Proceß dieserhalben auf die Art angehoben werden könne, daß das von Herrn Sergio oder auch Iulio erlegte Kauffpretium gerichtlich deponiret, und man solchenfalls gleich die possessionem des streitigen Guths suchen, und hoffen, auch erhalten könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol die depositio des Kauf-Geldes loco solutionis pretii ist, und dahero alsdann nichts mehr übrig seyn möchte, als daß Beklagter Iulius zur Abtretung des Guths Puteoli schlechterdings angehalten werde.

Dennoch aber und dieweil bey dieser Sache 16 nicht

nicht wenig dubia und difficultäten vorkommen, welche so beschaffen, daß der Gegentheil vollkommen gehöret, und die Zweiffels-Knoten dabey aufgehoben werden, bey welcher Beschaffenheit dergleichen processus, welche ab executione so fort anfangen, so wenig statt findet, als sonsten regulariter nicht zugelassen ist, sondern in causis altioris indaginis, und die nicht klar sind, die gewöhnliche regulæ processus observiret werden müssen.

So ist die depositio pretii, bewandten Umständen nach, so wenig anzurathen, als der vorgeschlagene process zu verstatten, sondern vielmehr der Beklagte zuforderst völlig zu hören. V. R. W. *Ad Lib. X. III. T. I.*

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVN. MDCCXXXVIII.

DECISIO CCCVIII.

THEMA.

Ius retractus ad parietem communem, cui contignatio imposita, non pertinet.

SVMMARIA.

Status causæ n. 1.
Ius retractus ex communione secundum ius Erfurtense n. 2.
Retractus ex iure vicinitatis n. 3.
Non interest, virum communio sit voluntaria, an necessaria n. 4.
Retractus ex iure societatis communionem pro indiuiso supponit n. 5.
Communis paries, cui binæ ædes iunctæ, non est obiectum habile retractus n. 6.
Seruitus tigni immittendi censetur concessa, si duæ ædes vna contignatione tectæ, ad diversos possessores venerint n. 7.
In communione necessaria cessat retractus n. 8.

Als dieselbe uns gesuchte declaration und erfolgte Gesetze, in Sachen des Regierungs-Raths M. Klägern an einem, und J. G. H. Beklagten am andern Theil ꝛc.

Daß die gesuchte declaratio gestalten Sachen und Umständen nach, nicht statt finde. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es hat Hr. Kläger an dem quæstionirten
1 Haus, zum Würtzgarten genannt, so Beklagter gekaufft, ein Näher-Recht prætendiret, und zwar ex duplici fundamento, als 1) ex iure congrui, und 2) ex iure communionis, weil beyde Häuser eine gesamte Mauer und durchgehende gemeinschafftliche Wand zwischen sich haben, und weil in unserm fol. 28. befindlichen Urthel bey der Erkäntniß auf Beweiß und Gegenbeweiß nur auf das erste fundamentum reflectiret, das andere aber übergangen worden, so ist darüber declaration gesuchet worden, ob nicht auch nach dasiger retracts-Ordnung das Näherrecht ex iure communionis statt habe, und ob Klägers Beweiß nicht mit darauf zu richten, daß, wenn er die communion erweiset, ihm das Einstadts-Recht zu zueignen sey.

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

Ob nun wol in der Erffurtischen retracts-
2 Ordnung th. 6. ohnstreitig versehen, daß, wenn zweene oder mehr in Gemeinschaft einiger Erb- oder anderer Güther stehen, und einer von ihnen seinen Antheil an einen Fremden käuflich veräussern würde, alsdann die übrigen Gesellschafftter Miterben, oder gemeine Besitzere befugt seyn sollen, solchen verkauften Antheil zu retrahiren, diesemnach es scheinen will, daß, weil auch aus diesem Grunde das ius retractus behauptet ist, das Urthel mit darauf gerichtet werden müssen, und weil solches expresse nicht geschehen, eine Dunckelheit sich hervorgethan haben möchte, daß solches momentum weder in sententia, noch rationibus decidendi angeführet worden, gleichwol in libello angezeiget, daß beyde prædia auf einer gemeinschaftlichen Grund-Mauer ruhen, und daher wenigstens, wenn gleich nicht das quæstionirte Haus gemeinschaftlich gewesen, dennoch das ius retractus bey denen gemeinschaftlichen
3 Mauren statt haben müsse, wohin auch die sententia Ienensis abziele,

apud STRVK *in vsu modern. ad tit. de contrah. emt. vendit. §. 18. p. 290.*

übrigens hierbey kein Unterschied inter communionem voluntariam et necessariam zu machen sey, als welchen Unterschied die retracts-Ordnung nicht wisse, und eine solche Mauer so

Ad Lib. XVIII. T. I.

wol ein gemeinschaftlich Guth genannt werden könne, als communes ædes gemeinschaftliche Güther sind, Kläger auch dabey sich gefallen lassen müsse, nichts weiter als seinen gemeinschaftlichen Theil zu lösen, und dem Beklagten dabey gleich viel seyn könne, was Kläger dadurch gewinnen oder verliehren werde, nicht zu gedencken, daß dem Kläger als einem Gelehrten ohnedem zustehe, dergleichen incommode Handwercker, als Beklagter ist, ex vicinia zu expelliren.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch so wol der gantze context der retracts-Ordnung th. 6. als dessen vera interpretratio 1) ein obiectum habile, worauf das Näher-Recht exerciret werden könne, 2) einen solchen casum, allwo iemand 5
seinen Antheil in re communi allein verkauffet, und der socius pro consolidatione dominii solchen zu seinem Antheil lösen will, præsupponiret, dergleichen sich hier gar nicht findet, zumahl Kläger kein gemeinschaftlich Recht an dem verkauften Haus und Hof, dessen Antheil pro indiviso verkauffet sey, prætendiret, sondern nur anführet, daß beyde Häuser eine gemeinschaftliche Mauer und durchgehende Wand, worauf sie ruhen, zwischen sich haben, welche aber weder allein verkauffet, noch 6
so beschaffen ist, daß sie als ein obiectum habile retractus angesehen werden könne, angesehen das absurdum daraus folgen würde, daß, wenn der Vicinus seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Mauer, worauf beyde Häuser ruhen, lösen, und sich dergestalt zueignen könte, er alsdann den Nachbar zu zwingen befugt seyn würde, sein Haus nieder zu reissen, und von der nunmehr ihm eigenthümlichen Mauer abzuziehen, weil er ohne seruitute dergleichen onus zu leiden nicht schuldig sey, auf welchen casum, dadurch ruina ædium befördert, und der Nachbar in unersetzlichen Schaden gesetzet wird, der legislator sein Absehen nicht gerichtet haben kan, deswegen auch in gemeinen Rechten verordnet, si quis binas habebat ædes vna contignatione tectas, et vtrasque diuersis legaut vel vendidit, possessores inuicem non habituros vllam actionem, ius non esse immissum habere, 7

l. 36. de seruit. præd. vrb.

vnde sequitur, vt in tali legato vel venditione censeatur actum, vt contignationes, vti sunt, ita stent,

DION. GOTHOFR. *ad cit. l. 36. lit. r.*

welches auch bey gegenwärtigem casu wohl zu appliciren, in welchem die beyden Häuser zwey unterschiedliche Eigenthümer haben, gleichwol auf eine gemeinschaftliche Mauer gebauet sind, welches nothwendig in der Absicht primordialiter geschehen seyn muß, daß die Grundmauren und gemeinschaftliche Wände ex natura rei in perpetuum in dem statu verbleiben sollen, mithin die distinction inter communionem voluntariam et necessariam hier gar wohl applicirt, und die retracts-Ordnung allein von jener verstanden werden kan, wir also gar nicht nöthig erachtet, in unserm Urthel auf dieses fundamentum zu reflectiren, vielmehr dadurch solches deutlich ausgeschlossen, daß wir in demselben das eigentliche wahre thema probandum bestimmet, welches sonsten unvonnöthen gewesen, zumahl man sonsten den Beweiß nur generaliter auf den abgeleugneten Grund der Klage richtet, endlich die beym STRYKIO angeführte Jenische Urthel dahin nicht abzielet, sondern nur anzeiget, daß, wenn zwey Häuser eine gesamte Mauer zwischen sich haben, darauf beyde Häuser ruhen, alsdann das Gespielde daraus zu præsumiren sey, das neue fundamentum aber expellendi emtorem opificem ex vicinia so wenig in Rechten gegründet, als in der Klage zu befinden, mithin das Urthel weder dunckel ist, noch einiger declaration bedarf. 8

So ist geschehener massen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MART. MDCCXXXIII.

DECISIO CCCIX.

THEMA.

Ius retractus ex vicinitate etiam in datione in solutum locum habet.

SVMMARIA.

Status causſæ n. 1.
Si non res alienata, sed tantum actio cessa, *retractus exulat* n. 2.
Datio in solutum est species emtionis n. 3.

In

In datione in solutum retractus locum habet n. 4.
Siue a debitore, siue eius nomine ab alio facta sit n. 5.
Taxatio emtionem necessariam præcedere debet n. 6. *Ad Lib. XVIII.*
Si quæstio iuris dubia, expensæ compensantur n. 7. *T. 1.*

Auf interponirte Supplication und deren Refutation, in Sachen G. A. Supplicanten und Beklagten an einem, wider den Capitain von L. Supplicaten und Klägern am andern Theil, erkennen, Königlich-Großbritannl. ꝛc. auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es, der eingewandten Supplication ungeachtet, bey dem n. act. 31. befindlichen, und den 30. Ianuarii 1747. eröffneten Urtheil billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

1 Als in gedachtem Urthel dem Supplicaten das ius retractus ex capite vicinitatis auf gewisse Länderey zuerkant worden, hat Supplicant und Beklagter dagegen das remedium supplicationis ergriffen, und zwar aus dreyen grauaminibus, als 1) daß erkant sey, daß, so viel dasjenige Land betrifft, welches ihm für die Schuld, so M. E. und P. H. ihm cediret, von P. E. abgetreten worden, Kläger das ius retractus zu exerciren befugt sey, 2) daß Beklagter das quæstionirte Land cum fructibus perceptis abzutreten schuldig, und 3) die Unkosten zu compensiren seyn.

Ob nun wol bey dem ersten grauamine Supplicant behaupten will, daß hier keine emtio venditio vera vorhanden sey, in welcher das ius retractus allein statt finde, anerwogen aus denen actis klar befindlich und zu ersehen, daß ihme von M. E. und Consorten die an P. E. gehabte Schuld-Forderung und darneben desfalls gehabte Recht cediret, mithin nur actio, nicht aber res ipsa verkauffet sey, welches selbst in
2 dem Urthel auch ausgedrucket und darinnen angeführet worden, daß Supplicanten für die Schuld, so M. E. und P. H. ihm cediret, von P. E. das Land abgetreten sey, und also es seine Richtigkeit habe, quod actio, non res ipsa revendita sit, mithin das ius retractus an die in Streit gezogene Länderey nicht statt finden könne. Dem denn nicht entgegen stehe, daß seine cedentes selbsten in iudicio erschienen, die æstimatores der gedachten Länderey beeydigen lassen, und in dem protocollo n. act. 7. von einem beglaubten gerichtlich approbirten Kauf und Verkauf etwas gedacht worden, zumahl es gleichviel zu achten, ob solches von seinen cedentibus, oder ihme selber geschehen, zumahl sie in effectu seine procuratores gewesen, und in dem negotio selbsten der debitor cessus, nicht pars des zwischen denen cedenten und ihm getroffenen contracts geworden; woraus denn erhelle, daß von seinen cedenten auf keine confirmation eines Kaufs und Verkaufs angetragen, noch niemahls mode gewesen, daß eine gerichtliche adiudication pro emtione venditione genommen werde, so wenig als eine durch veredete taxatores verrichtete æstimation einem Kauf vorher zu geschehen pfleget, welches contra naturam contractus venditionis läuft, daher denn ihm in dem gedachten protocollo das Anführen von einem Kauf und Verkauf nicht præiudiciren möge, dann bloß actio und nicht res an ihn verkauffet worden. Daneben noch dahin stehe, ob in diesem Fall das ius retractus statt finde, dessen Gegentheil er aus der Beylage n. act. 45. zu behaupten vermeinet, und weil dasselbe odiosum ist, in dubio darauf nicht zu erkennen, sondern vielmehr der Beklagte zu absoluiren sey, woraus denn von selbst das grauamen secundum sich iustificire; bey dem dritten grauamine aber Supplicant angeführet, daß Supplicat bloß ex pruritu litigandi und ohne zureichenden Grund den procels angestellet, und deswegen billig in die Unkosten verdammet werden solle.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in diesem negotio laut Beylage sub n. 7. offenbahr eine datio in solutum pro debito, quæ venditionem constituit, vorhanden, welche Schuld-Forderung 2
Supplicanten beständiger massen cedirt worden, und weil Beklagter E. zu bezahlen nicht im Stande gewesen, die cedentes gewisse Land-Geschworne produciret und gebethen, daß sie auf die æstimation gewisses daselbst specificirtes Landes beeydiget, und darauf das gedachte Land von denen cedentibus dem Supplicanten in solutum abgetreten worden, da denn von den H. Gerichten gar recht angeführet worden, daß M. E. nebst P. H. als Verkauffer und G. A. als Käuffer angesehen worden, in mehrer Erwegung das negotium cessionis bloß zwischen E. nebst P. H. und Supplicanten vorgefallen, hiernechst aber das andere negotium zwischen denen cedenten und debitorem cessum nebst cessionario eigentlich die dationem in solutum anbetrifft, welche sie, wie Supplicant selbsten eingestehet, als procuratores nomine cessionarii verrichtet, und es also eben so viel ist, als wenn gedachte Länderey für die cedirte Schuld-Forderung unmittelbahr von dem debitore cesso ihm abgetreten worden, ohnstreitig aber und derer Rechts-Lehrer Meinung gemäß ist: quod etiam in datione in 4
solutum ius retractus locum habeat, præsertim si ab ipso debitore res in solutum data, iudice approbante; cum reuera res pro

Ad Lib. XVIII. T. I.

pretio vel æstimato tradita sit, atque retrahens idem pretium præstare queat, quod in datione in solutum determinatum est.

FROMMAN. *in delm. iur. retract. Wirtemb. th. 28.*

MÜLLER. *ad* STRVV. *ex. 23. th. 49. in not. lit. ζ. n. 2.*

BERLICH *P. II. concl. 39. n. 60.*

STRVV. *Iurispr. Germ. forens. lib. 3. tit. 11. §. 35.*

Wobey denn der Einwurff, quod actio reo vendita sit, non res ipsa, in keine Achtung zu ziehen, da 1) dem Supplicanten die Schuld-Forderung mediante cessione verkauffet worden, und weil solches 2) cum omnibus iuribus geschehen, derselbige nunmehro entweder immediate oder mediate durch seine cedenten den debitorem cessum E. zur Bezahlung anzuhalten befugt gewesen, und, da derselbige die Zahlung nicht leisten können, die dationem in solutum an dessen statt zu begehren, welche durch die cedenten mit dem debitore cesso in 5 Richtigkeit gebracht, in effectu in Ansehung des Supplicanten oder procuratorio nomine cessionarii dieses negotium mit dem debitore cesso geschlossen, und also das Land dadurch auf Supplicanten gebracht, daß es billig gehalten werden muß, als wenn von dem debitore cesso das quæstionirte Land dem Supplicanten vor die bestimmte Schuld in solutum angegeben sey, mithin gantz ungereimt ist, daß bloß die actio oder die Schuld-Forderung, nicht aber die in Streit gezogene Länderey ihm abgetreten worden, daß dergleichen adiudicatio kein Kauf sey, und daß die in solcher Absicht geschehene æstimation einem Kauf vorher zu gehen 6 pflege, da dieses in venditione necessaria geschehen muß. Und wie nun bereits in ante actis dargethan, daß das ius retractus ex capite vicinitatis daselbsten statt finde, Supplicant auch solches selbst eingestanden, also dieser punct keinesweges weiter rege gemacht, noch durch die Beylage sub n. 45. das Gegentheil erwiesen werden kan. Woraus denn das gravamen secundum von selbsten hinweg fället, und bey dem grauamine tertio es widerrechtlich gewesen seyn würde, den Supplicaten in die Unkosten zu condemniren, darein er nicht einmahl condemniret werden mögen, wenn gleich anietzo sententia reformatoria erfolgen können, nachdem er das erste Urtheil bereits vor sich gehabt, inzwischen wir auch die itzigen Unkosten tacite übergangen, weil doch einige Lehrer bey dieser Rechts-Frage einigen Zweiffel moviren. 7

BERLICH *cit. l. n. 64.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPTEMBR. MDCCXLVIII.

Tit. II. De in diem addictione.

DECISIO CCCX.

THEMA.

Ei, cui ius protimiseos ex pacto addictionis in diem competit, denuncianda est oblatio pinguioris emtoris.

SVMMARIA.

Quem magistratus pro pinguiore emtore agnoscit, is præfertur n. 1.
Protestatio conseruat ius protestantis n. 2.
Superlicitans iuri protimiseos renunciat n. 3.
Qui pinguiorem emtorem offerre sibi reseruat, plures offerre non prohibetur n. 4.
Sub reseruatione pinguioris emtoris pactum addictionis in diem latet n. 5.
Quo casu tamen prior emtor ius protimiseos habet n. 6.
Vnde de pinguiore emtore is statim certiorandus n. 7.
Euentualis superlicitatio eius, qui ius protimiseos habet, sit saluo iure n. 8.

Auf Vorbringen und erfolgte Gesetze in Sachen des Contradictoris advocati T. an einem, des Cantzley-aduocati B. am andern, und des aduocati I. H. S. am dritten Theil, erkennen Gerichts-Schuldheiß, Burgermeister und Rath der Heinrichstadt und Rath hieselbst, auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß

Daß Einwendens ohngehindert dem aduocato I. H. S. das quæstionirte Haus vor 1670 Thlr. dazu er sich n. 3. act. vermöge des Näherrechts erbothen, zu adiudiciren sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol der aduocat B. welchen der Contradictor als pinguiorem emtorem, intra terminum offeriret, vermeinen will, daß ihm das quæstionirte Haus adiudiciret werden
1 müsse, weil 1) ein löblicher magistrat per decretum sub n. 2. ihn bereits pro pinguiore emtore angenommen, und terminum zur adiudication und Bezahlung des Kaufgeldes auf den 8. Nov. a. p. anberahmet, und er daher fidem iudicialem vor sich habe, mithin sowol die Gelder dazu anschaffen müssen, als bereit gewesen, solche auszuzahlen, und ob wol 2) laut n. 24. befindlichen protocolli der aduocat S. in letzten termino licitationis das Meiste gebothen, und zulassen müssen, daß der Contradictor intra certum terminum einen pinguiorem emtorem stellen möchte, anbey aber sich
2 per expressum reseruiret, daß die allenfalls erfolgende oblatio pinguioris emtoris ihm zu seiner Erklärung communiciret, und sein ihm dagegen zustehendes potius ius reseruiret werde, dennoch ihm daraus kein ius contradicendi zuwachsen mögen, cum protestatio et reseruatio tantum ius quæsitum reseruet, non nouum concedat, anerwogen 3) gezweifelt werden möchte, ob ihm ein ius protimiseos
3 de iure zustünde, da im Gegentheil 4) er ex oblatione contradictoris et acceptatione magistratus ein ius quæsitum einmahl erlanget, so ihm nicht wieder genommen werden könne, welches auch 5) der aduocat S. tacite agnosciret, und allenfalls n. act. 17. sich zu 1 Thlr. mehr offeriret, mithin also eingeräumet, daß ihm kein Näherrecht zustehen könne, und weil 6) laut n. act. 7. der Contradictor abermahl einen neuen emtorem pinguiorem offeriret, der 1680. geben wolle, es das Ansehen gewinnen will, als wenn vielmehr diesem solches Haus zugeschlagen werden müsse, als welches eines Theils dem concurs profitabel ist, an den Theils, da sich der Contradictor ausgebethen, einen emtorem pinguiorem zu offeriren, solche Worte nicht captiret und so verstanden werden können, als wenn solches nur von einem und nicht von mehrern zu verstehen sey, welche Erklärung der Ab-
4 sicht des Contradictoris, der das Haus auf das höchste dem concurs zum Besten hinaus bringen wollen, zuwider laufftet, ausserdem auch 7) dem aduocato seine extraiudicialiter gegen B. gethane Erklärung entgegen stehen möchte, daß es ihm lieb seyn sollte, wenn ein pinguior emtor sich anfinden würde, weil er in solchem Fall von dem Kauf abstrahiren wolle, welches derselbe nicht leugnen mögen, und ihm dahero die exceptio renunciationis entgegen zu stehen scheinet, endlich auch 8) dem aduocato B. das attestatum iudiciale sub n. act. 24. zu statten kommen möchte. *Ad Lib. XVI. I. 1. II.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die reseruirung, einen pinguiorem emtorem zu offeriren, in effectu iuris nichts anders ist, als das pactum addictionis in diem, vermöge dessen ei- 5
nem Verkäuffer intra certum terminum eine meliorem conditionem anzunehmen erlaubet ist,

l. 1. D. de in diem addict.

bey demselben aber dem ersten Käuffer denen bekanten Rechten nach das Näherrecht dergestalt zustehet, daß, wenn er sich ad idem offeriret, er billig dem andern vorgezogen werden 6
muß.

l. 8. D. eod.

Dahero denn, als der Contradictor den pinguiorem emtorem offeriret, es iuxta cit. l. nöthig gewesen wäre, daß nicht so fort ein terminus adiudicationis nach n. 2. angesetzet, sondern des aduocati S. Erklärung zuforderst darüber eingeholet worden wäre, wie er sich per expressum in protocollo licitationis reseruiret, auch ad 2) wohl reseruiren mögen, da ihm dieses Recht ex natura rei et de iure communi zustehet, und er sich kein neues Recht, sondern dasjenige, was er vorher bereits gehabt, und ihm zugestanden, bevor behalten, so auch ad protocollum genommen, und dahero auch seinen effectum haben müssen, ja ad 3) dadurch magistratus selbsten eingeräumet, daß ihm solches zustehe, auch contra iura communia nicht geleugnet werden mag, dieserwegen ad 4) der aduocat B. aus dem decreto sub n. 2. um desto weniger sich ein Recht anmassen kan, als darin eine Uebereilung vorgegangen, und zum præiuditz des aduocati S. solches 7
nicht geschehen mögen, sondern das höhere Geboth zuförderst ihm kund gethan, und dessen Erklärung nothwendig darüber vorher eingeholet und ad acta gebracht werden müssen, dahero denn ad 5) dessen mehreres Geboth ihm hiebey nicht præiudiciret, als welches nur euentualiter geschehen, übrigens ad 6) die abermahlige oblatio pinguioris emtoris hiebey nicht 8
zu regardiren, als welche den 11. Nov. a. p. und also post terminum der sechs Wochen, so dem contradictori præfigiret gewesen, erfolget, mithin keinen effectum haben kan, ad 7) aber wenig zu regardiren ist, was etwa der aduocat S. sich gegen B. discurs weise herausgelassen, zumahl damahls er noch nicht einsten wissen mögen, daß dieser sich zum pinguiore emtore offeriren lassen würde, und dergleichen Erklärung ohnedem, so discurs weise geschehen, von wenig Kräfften sind, endlich ad 8) das n. act. 24. befindliche attestatum nicht ausschliesset, daß ante præfixum terminum adiudi-

Ad Lib. XVIII. T. II.

iudicationis ein Richter nicht schuldig seyn solte, von dem ersten licitatore seine Erklärung über das Näherrecht einzuholen, als welches er ihm ohne besondere erhebliche Ursache, so hier nicht anzutreffen, nicht benehmen mögen, bevorab wenn der erste licitator sich solches per expressum reseruiret, und es ad protocollum genommen ist,

So ist geschehener massen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXXXVIII.

Tit. IV. De hereditate vel actione vendita.

RESPONSVM CCCXI.

THEMATA.

I. Qui subscriptiones, vulgo *die Actien*, vendit, veritatem earum tantum præstat.

II. *Transactio ex falsa caussa inita non valet.*

III. *Ob dolum debitoris loco vsurarum consuetarum interesse peti potest.*

SVMMARIA.

Pro transactione in dubio facienda interpretatio n. 1.

Ad transactionem sufficit timor litis, et modica caussa dubitandi n. 2.

Transactio valet, licet nulla res media adfuerit n. 3.

Transactio ob calumniam rescinditur n. 4.

Sciens non decipitur ab alio, sed a se ipso n. 5.

In mandato nullum transfertur dominium n. 6.

Cessio veritatem nominis supponit n. 7.

Licet quis dixerit, se de euictione non teneri n. 8.

Contractus super re non existente nullus est n. 9.

Transactio fit dato, remisso, retento n. 10.

Transactio ex falsa caussa ob defectum consensus irrita n. 11.

Transactioni error obstat n. 12.

Transactio ob lesionem rescinditur n. 13.

Mandatarius se obligans, proprio nomine non obligatur n. 14.

Qui sub qualitate officii se obligauit, de proprio non tenetur n. 15.

Dolus cum culpa non compensatur n. 16.

Culpa cum culpa compensatur, et cessionario, qui de damno vitando agit, succurrendum n. 17.

Quæ non verisimilia sunt, speciem falsi habent n. 18.

Dolum quilibet præstat n. 19.

Loco vsurarum peti potest id, quod interest n. 20.

Als uns eine facti species nebst zwey Fragen ꝛc.

Hat in anno 1720. als in dem für die Süd-See-Compagnie interessenten in Engelland bekandten fatalen Jahre, ein gewisser teutscher Königl. Bedienter V. H. sich resoluiret, in denen Süd-See actien und subscriptionen sich zu interessiren, und zu dem Ende von S. verlanget, bis 2400 Pfstl. auf dessen credit zu besorgen, und wo thunlich, die Gelder bey dem Süd-See-Cassirer K. zu negotiiren, nemlich zu einer zweyten subscription 400 Pfstl. zu einer dritten subscription das erste payement 1000 Pfstl. und zu einer dritten subscription dito 1000 Pfstl. summe 2400 Pfstl. wozu denn auch gedachter V. H. an S. in der zweyten Liste des Süd-See-Cassirers K. eine so genante zweyte subscription überlassen, welche S. auch in des Cassirers Liste gezeichnet, und mit 400 Pfstl. das erste payement gethan; endlich itztgemeldter V. H. dem S. ordre ertheilet, den Verkauf von 600 Pfstl. zu gantz wohlfeilem Preisse eingekauften actien zu respiciren. Hat sich hierauf zu dem Ende S. an ein und andere Meckler-Comptoir, so den actien-Verkauf ex professo respiciren, begeben, und positiue ordre zum Verkauf der 600 Pfstl. gegeben, so nach dem cou-

couranten Preiß a 775. pro cent angenommen worden, und damit bey sich hervor thuender Verzögerung des Verkauffs und Bezahlung der Gelder von V. H. vor allen Dingen, insonderheit wegen derer subscriptionen gesorget würde, zumal die Gelder überall rar geworden, auch bey dem indicirten Cassirer K. nichts zu erhalten gewesen, hat S. die ordonnirte Gelder vorgeschossen, und in der gewissen Zuversicht, daß der Verkauff der 600. Pfund St. auf keinerley Art und Weise entstehen würde, beygelegte Rechnung sub A an den V. H. übersandt, inzwischen aber die bekante calamität des Verfalls der Actien sich zugetragen und verursachet, daß der Verkauf vor mehr als 10. bis 12. Millionen verhandelter Actien nicht vollenzogen werden mögen, und dieses Unglück auch obgedachte 600. Pf. St. Actien mit betroffen, dessen ohngeachtet der V. H. die von S. ihm übersandte Rechnung sub A zum Grunde gesetzet, und aus derselben 4650. Pf. St. als die Summe von denen verkauffte 600. Pf. St. a 775. pro cent gefordert, S. hingegen 2800. Pf. St. hergeschossene Subscriptions-Gelder von dem V. H. prætendiret, bis endlich darüber in anno 1724. ein Vergleich des Inhalts dahin getroffen, daß der V. H. an S. die 600. Pf. St. als noch vorhandne Actien eigenthümlich abgetreten, dagegen dieser die Gegenforderung des Vorschusses fahren gelassen, und noch 6000. Thlr. dazu an ihn cediret. Hat aber S. vor kurtzer Zeit erst erfahren, daß in anno 1720. eine Parlaments-Acte ergangen, des Inhalts, daß alles cediren und transferiren der Actien, worüber den 29. Sept. 1721. noch kein Vergleich getroffen, null und nichtig seyn sollte, wenn solche vor dem 1. Nov. 1721. nicht registriret worden, und dann obgedachter Vergleich erst den 1. April 1721. getroffen, einfolglich nicht registriret, und daher S. an den Vergleich nicht verbunden zu seyn vermeinet, dieserwegen denn gefraget wird:

Quæstio I.

Ob nicht V. H. sowol die 2800. Pf. St. als die cedirte 6000. Thlr. cum interesse zu restituiren, und dagegen seine 600. Pf. St. Actien, so auf S. als mandatarii Nahmen bis diese Stunde noch unverkaufft vorhanden, anzunehmen schuldig sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, so viel die erste Frage betrifft, hiebey eingewandt werden möchte, daß über die Forder- und Gegenforderung zwischen V. H. und S. vor anno 1724. ein Proceß und beyderseits prætensiones streitig gewesen, darüber aber den 1. April 1724. der sub lit. B befindliche Vergleich getroffen, von beyden Interessenten unterschrieben, und richtig vollenzogen worden, es daher nunmehro zu spät seyn möchte, die validität des Vergleichs in Zweifel zu ziehen, etenim qui pro se habet transactionem, in ea habet intentionem fundatam, donec eius nullitas euidenter probata fuerit, *Ad Lib. XVIII. T. IV.*

IOS. VRCEOLVS *de transact. qu. 43. n. 17. et qu. 68. n. 2.*

CYRIACVS *contr. 3. n. 41. sq.*

adeoque in dubio pro illa semper iudicandum, et vt sustineatur, omnis facienda interpretatio,

SVRDVS *cons. 451. n. 18. sq.*

CYRIACVS *cit. l. n. 43.*

nullus enim foret finis litium, si a transactionibus bona fide interpositis quis cœperit facile discedere

l. 2. l. 10. C. de transact. l. 16. C. eod.

zumal 2) unleugbar, daß der V. H. aus der Rechnung sub A, die S. an denselben ausgestellet, geklaget, und solches zu thun um desto mehr befugt gewesen seyn möchte, als S. sich darin pro debitore auf 4650. Pf. St. selbsten angesetzet, man also nicht sagen kan, quod super re certa et indubia transactio fuerit inita, super qua alias transactio inita non valet,

l. 32. C. de transact. 2

cum ad transactionis validitatem sufficiat timor litis probabilis, imo modica causa dubitandi;

l. 2. C. de transact.

VRCEOLVS *de transact. qu. 43. n. 29. sqq.*

an dergleichen ratione dubitandi es 3) hier nicht ermangelt, indem die Rechnung sub A einen gnugsamen Grund dazu gegeben, in dem Vergleich auch selbsten die dubia, die wegen der verkauffte 600. Pf. St. actien zwischen V. H. und S. entstanden, angeführet, und angezeiget worden, daß sie actuellement en procés darüber gestanden, si autem iis adfuit, 3 hoc ipsum, quod a lite discedatur, causa transactionis sufficiens fuisse videtur, nec allegari potest, rem nullam mediam fuisse

l. 65. §. 1. D. de condict. indeb.

und obgleich 4) die 600. Pfund St. Actien durch den Vergleich auf S. en pure propriété, nach den eigentlichen Worten erst transferiret und abgetreten worden, dennoch eben der Streit darüber gewesen, auf wessen Gefahr die verkauffte Actien gestanden, dazwar dem S. als mandatario der Verkauf von V. H.

Ad Lib. XVIII. TIT. V.

committiret, dennoch da derselbe erfolget, und S. die daraus zu hoffende Summe a 4650. Pf. St. als ein selbst schuldiges debitum in seine Rechnung gebracht, man nicht sagen kan, quod euidens calumnia litis adfuerit, ex qua demum transactio irritari potest,

4 *l. cit. 65. de cond. indeb.*

übrigens 5) S. einmal beliebet, daß die 600. Pfund St. Actien ihm eigenthümlich cum omni commodo abgetreten werden möchten, und nicht hindern will, daß solche zu rechter Zeit nach der Parlaments-Acte nicht regiſtriret worden, dieweil er nach der Beschaffenheit dieser Actien sich billig erkundigen sollen, sonsten es auch hier heisset: cautius mercari discas,

l. 2. C. de furtis

auch 6) wohl zu vermuthen, daß S. da er in Engelland zu der Zeit gewesen, und mit dem V. H. Proceſs geführet, er von allen, was wegen der Actien vorgegangen, gute connoissence gehabt, und er sich dahero beymessen möchte, daß er diesem ohngeachtet sich diese zu rechter Zeit nicht regiſtrirte 600. Pf. St. Actien eigenthümlich abtreten lassen, cum

5 sciens non decipiatur ab alio, sed a se ipso.

l. 145. de R. I. c. 27. de R. I. in 6.

l. 11. C. de resc. vend.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) ohnstreitig, und auch in dem in anno 1724. dem 1. April getroffenen Vergleich zugestanden ist, daß diese 600. Pf. St. Actien dem V. H. eigenthümlich zugehöret, und er solche in anno 1720. auf S. en confience transferiret, oder zum Verkauf anvertrauet, darüber aber nachgehends nach Aussage des Vergleichs Streit entstanden, indem der V. H. angeführet, daß solche 600. Pf. St. Actien auf sein Conto durch S. um einen ansehnlichen Preiß verkauffet worden; dagegen dieser vrgiret, daß der Kauf wegen der sich ereigneten Actien calamität seinen Fortgang nicht erreichet, und er die Kauf-Gelder davon nicht eingehoben, sondern die quæstionirte Actien noch gantz und vollkommen mit allen Nutzen und Rechten vorhanden, mithin dieses ohnstreitig ist, daß solcher Actien-Verkauf in anno 1720. seinen Fortgang nicht erreichet, und die quæstionirte 600. Pf. St. Actien in dominio des V. H. verblieben, dominium enim in mandato non transfertur

6 in mandatarium, sed hic saltim negotia suscepta administrare tenetur

l. 6. §. 1. mandati

BERLICH *P. I. concl. 64. n. 15.*

CARPZ. *P. I. c. 28. def. 16.*

dahero es auch 2) geschehen, daß erst durch den Vergleich de anno 1724. diese quæstionirte Actien irreuocablement in pure propriété dem S. zugeeignet sind, und er dabey freye Macht und Gewalt erhalten, darüber zu disponiren, und zu seinem Vortheil und Gefallen, ohne davon an V. H. etwas zu berechnen, damit zu handeln; gleichwol 3) nach der Zeit S. in Erfahrung gebracht, daß solche Actien tempore factæ cessionis nicht mehr gültig und in esse gewesen, anerwogen in der Parlaments-Acte de anno 1621. wegen Verkauff oder Erkauff der Subscriptionen oder Actien in der Süd-See-Compagnie, aller vorgefallener Zerrüttung vorzubeugen, verordnet worden, daß alle und jede Handlung wegen Verkauff oder Erkauff der Subscriptionen oder Actien, in so weit selbige gäntzlich oder zum Theil zwischen denen Partheyen unvollenzogen oder vor den 29. Sept. 1721. nicht abgethan, wie auch in die dazu destinirte Bücher vor dem 1. Nov. 1721. nicht eingetragen seyn würden, nichtig und unkräfftig seyn sollen, welches malheur denen 600. Pf. St. Actien, ohne Zweiffel, weil darüber zwischen V. H. und S. Streit entstanden, damahls mit wiederfahren, daß sie zu itztgemeldter Zeit nicht eingetragen und regiſtriret sind, und dahero dem 1. April 1724. da der Vergleich getroffen, bereits erloschen, todt und nichtig gewesen, mithin nicht mehr auf S. transferiret, und demselben zum gäntzlichen Eigenthum übertragen werden können, so doch in omni cessione et translatione actionis nöthig ist, cedens enim ex natura cessionis præstare debet, vt verum sit nomen cessum, seu vt actio sit, et verum sit 7

debitum

l. 4. l. 5. de hered. vel act. vend.

l. 74. in f. D. de euict.

ALPHONS. *de* OLEA *de cess. iur. tit. 7. qu. 3. n. 3.*

nihil enim ea cessione agitur, si tempore cessionis nulla actio superfuerit, aut hæc peremta reperiatur

l. 76. D. de solut.

l. 36. l. 39. de fideiuss.

l. 1. C. de contr. iudic. tut.

adeo autem cedens præstare tenetur nomen debitoris, quod transferre voluit, vel in solutum dedit, verum esse, vtlicet expresse dixerit, se de euictione haud teneri, adhuc tamen nihil actum censeatur, 8

l. 11. §. 18. D. de act. emt. venditi

ALPHONS. *de* OLEA *cit. l. n. 4.*

quorsum non tantum pertinet, si quis ipso iure non habeat actionem, sed etiam vbi per exceptionem infirmatur

l. 112. D. de reg. iur.

welches alles 4) allhier seine richtige application

tion findet, weil zu der Zeit, da die quæstionirte Actien auf S. vermeintlich in plenam proprietatem transferiret werden wollen, solche bereits nicht mehr in rerum natura gewesen, und dahero durch solchen Vergleich S. in effectu nichts bekommen, sondern derselbe als ein negotium super vento initum anzusehen, worüber doch kein negotium getroffen werden kan, si quis enim rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem viuere credebat, aut hippocentaurum,
9 qui esse non possit, inutilis erit stipulatio,

§. 1. I. de inutil. stipul.

l. 69. de verb. obl.

einfolglich auch diese in dem gedachten Vergleich geschehene translatio der quæstionirten Actien, quam S. viuere adhuc credebat, cum tamen iam mortua et extincta esset, vor unkräfftig und nichtig zu halten, und 5) um desto weniger der darüber errichtete Vergleich bestehen kan, als eines Theils S. nicht allein in demselben eine grosse Anforderung an V. H. von 4650. Pf. St. fahren lassen, sondern noch überdem 6000. Thlr. dazu demselben cediret und abgetreten, welches grosse quantum der V. H. würcklich gehoben, hergegen S. aus solchem Vergleich nicht das allergeringste in cessa actione iam mortua et extincta überkom-
10 men, cum tamen omnis transactio fiat dato aliquo vel remisso vel retento,

l. 1. 2. D. de transact.

andern Theils 6) der Augenschein es weisset, daß die transactio ex falsa et supposita causa geschehen, als wenn die quæstionirte 600. Pf. St. Actien den 1. April 1724. noch würcklich in sua integritate et statu pristino, (wie der Vergleich disertis verbis meldet) vorhanden gewesen, welches sich doch nunmehr anders befindet, und offenbar ist, daß solche tempore transactionis, weil solche nicht zu gesetzter Zeit registriret worden, bereits unkräfftig und extinguiret gewesen; eiusmodi autem falsa causa defectum consensus inducit in tran-
11 sigente, qui si sciuisset, narrata in transactione veritate carere, procul dubio obligationi suæ non consensisset, ob quam causam transactio non subsistit, cum ad non causam reducatur, nec obligatoria esse possit,

MANTICA *de tac. et amb. conv. lib. 26. tit. 1. n. 29.*

VRCEOLVS *de transact. qu. 2. n. 92. sqq.*

continet enim quælibet transactio illam tacitam conditionem in se, nisi adsit error vel falsa causa, quæ inficiunt quemcunque contractum,

12 *l. 42. C. de transact. l. 36. fam. herc.*

VRCEOLVS *cit. tr. qu. 96. n. 1. sqq.*

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

vnde transactio per errorem de re tanquam libera, cum tamen esset fideicommisso subiecta, non subsistit, *Ad Lib. XVIII. T. IV.*

GRATIAN. *disc. for. c. 788. n. 2. sq.*

welcher error 7) hier offenbar, und sofort daraus zu erhärten ist, daß durch die Parlaments-Acta klärlich dargethan werden kan, rem aliter se habere,

VRCEOLVS *cit. l. n. 8.*

auch jedermann 8) persuadiret seyn wird, daß S. von der Beschaffenheit dieser Actien tempore transactionis keine information gehabt haben müsse, indem niemand sogar unvernünfftig gehandelt zu haben, præsumiret werden kan, daß er ein groß ansehnlich Capital vor ein todtes und erloschenes Recht wissentlich weggeben sollte, quin potius credendum est, eum falsa opinione motum fuisse, vt hoc modo transigeret, id quod vim iuris habere nequit;

arg. l. 19. in f. D. de inoff. testam.

nicht zu gedencken, daß, ob zwar 9) sonsten über der Frage, an ob læsionem enormissimam rescindi possit transactio, noch viel Streit ist, dennoch solche allhier um destomehr ihre application finden muß, da S. gar nichts bekommen, und also von seiner Seite gantz leer ausgehen würde, wenn es bey dem getroffenen Vergleich gelassen werden sollte, 13

VRCEOLVS *cit. tr. qu. 94.*

dagegen dann die rationes dubitandi nichts vermögen, angesehen die erste einen gültigen Vergleich voraus setzet, welcher jedoch hier aus so vielen defectibus ermangelt; nicht weniger die andere ratio ihr Gewicht verliehret, weil aus dem völligen Zusammenhang der Sachen dargethan ist, daß S. bey Verkauffung der quæstionirten Actien nur mandatarius gewesen, und sub hac qualitate, und in der festen persuasion, daß der Verkauf zum Stande kommen würde, die Rechnung sub A ausgestellet, gleichwol da wegen den darzwischen kommenden Verfall der Actien etliche Millionen verkauffte Actien nicht zum Stande gebracht werden können, auch S. das angesetzte Kauf-pretium zu bezahlen nicht schuldig gewesen, als welches er nur qua mandatarius in Rechnung gebracht, und vor dergleichen casus fortuitos zu stehen nicht schuldig gewesen, gleichwie einem mandatario ad exigenda debita dato nichts kan beygemessen werden, wenn die debitores nicht inne halten, und ersonsten circa exactionem keine culpam committiret, 14 dergleichen hier nicht angeführet ist, noch angeführet werden mögen, und was er davon in Rechnung sub A gebracht, ihn qua mandatarium nicht binden mögen, cum etiam nomen sine debitum pecunia minoris contractum ad ipsum pertineat, licet tutor semet ipsum in chirographo creditorem nominari curauerit

Ad Lib. XVIII. T. IV.

CARPZ. *P. II. C. 11. def. 38.*

et qui ratione officii contraxit, et se suaque obligauit bona, proprio nomine tamen 15 non tenetur, nec in bonis propriis obligatur

ANTON FAB. *in C. lib. 5. tit. 23. def. 5.*

BERLICH *decis. 15.*

ferner die rat. 3tia, daß darüber ein Proceß entstanden, zur Sache wenig thut, angesehen nicht gestritten wird, daß hierüber ein Vergleich getroffen werden möge, da sie wegen Forder- und Gegenforderung mit einander in Proceß gelegen, sondern dieses der cardo controuersiæ ist, ob der Vergleich auf die Art, wie er getroffen, verbindlich zu achten, dieserwegen auch die ratio 4ta hier nicht zu attendiren, als wovon hauptsächlich nicht gefraget wird, vielmehr allein das vitium transactionis in dem Vergleich selbsten stecket, nachdem gezeiget ist, daß ex falsa causa et manifesto errore transigiret, und auf S. aus dem Vergleich nicht einsten etwas transferiret worden, bey solcher Bewandniß aber die in ratione 5ta angeführte culpa S. nicht beygemessen werden kan, bevorab da S. ein Fremder in Engelland gewesen, und sich vorher niemahln mit Süd-See-Actien meshret, also was mit denselben vorgegangen, et sine culpa ignoriren können, im Gegentheil in der festen persuasion gestanden, daß die cedirte 600. Pf. St. Actien noch in rerum natura et integro statu vorhanden gewesen, auch solches dem V. H. ebenfalls beygemessen werden kan, anerwogen er entweder von der Parlaments-Acta Nachricht gehabt oder nicht? da im ersten Fall er ex dolo ad omne interesse ohnedem 16 verbunden, und dolus cum culpa nicht compensiret werden kan;

l. 12. de heredit. vel act. vend.

l. 6. in f. de act. emt.

im andern Fall aber V. H. in æquali culpa versiren würde, und gegen sich gelten lassen müste, quod culpa cum culpa in contractibus compensari debeat, et potius hoc in casu succurrendum cessionario, qui de damno vitando agit, quam cedenti, qui lu- 17 crum consequi intendit

ALPHONS. *de* OLEA *de cess. tit. 7. qu. 3. n. 9.*

endlich die letzte ratio aller Wahrscheinlichkeit zuwider, und nicht zu vermuthen ist, daß ein vernünfftiger Mensch sich eine Schuld, die bereits erloschen, wissentlich in einem Vergleich zuschlagen lassen, und dagegen ein so wichtiges Capital verschleudern werde, quod autem ab omni probabilitate alienum est, speciem 18 falsi habere videtur, nec in dubio credendum

HARPRECHT *conf. 75. n. 324.*

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß der zwischen S. und V. H. getroffene Vergleich zu Recht nicht beständig, dannenhero V. H. sowol die 2800. Pf. St. als die cedirte 6000. Thlr. cum interesse zu restituiren, und dagegen seine 600. Pf. St. Actien anzunehmen schuldig sey.

So viel die andere Frage betrifft:

Quæstio II.

Ob nicht V. H. an statt der gewöhnlichen Zinsen, weil S. darüber in grossen Schaden gerathen, V. H aber die 2800. Pf. St. nebst denen 6000. Thlr. genutzet, das wahre interesse damni emergentis zu bezahlen gehalten sey?

Rationes dubitandi.

Obwol in Schuld-Sachen regulariter der debitor mit ad consuetas vsuras verbunden, auch kein zureichender Grund vorhanden, warum V. H. vltra illas nomine interesse etwas præstiren solte, da noch zur Zeit keine mora vorhanden, vielmehr derselbe den Vergleich vor sich hat, und erst darüber, ob derselbe zu Recht beständig sey oder nicht, zu erkennen ist.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch es bey dieser Frage vornemlich darauf ankommen wird, ob V. H. von der Parlaments-Acta etwas gewust oder nicht? da im ersten Fall er wissentlich dem S. die quæstionirten 600. Pf. St. Actien abgetreten haben würde, welche doch nicht registriret, und also bereits erloschen gewesen, so auf eine speciem doli hinaus lauffen würde, dolum autem quilibet præstare debet, 19

l. 74. in f. de euict.

l. 22. §. 2. D. solut. matrim.

l. 12. de hered. vel act. vendit.

welche obligatio ad plenam indemnitatem præstandam gehet, und S. darüber nicht unbillig zu hören seyn würde, wenn er beybringen könte, daß er darüber weit in grössern 20 Schaden, als die gewöhnlichen Zinsen betragen, gesetzet worden; hergegen im ersten Fall die rationes dubitandi feste stehen bleiben, und der V. H. zu nichts weiter als zu den gewöhnlichen Zinsen verbunden seyn würde.

So ist V. H. ad maius interesse præstandum nicht anders, als wenn er Wissenschafft von der Beschaffenheit der 600. Pf. St. Actien gehabt, verbunden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMB. MDCCXXXIII.

RESPON-

RESPONSVM CCCXII.

Ad Lib. XVIII. T. IV.

THEMATA.

I. Ceſſio iuris hereditarii ad id, quod iure ſpeciali ex teſtamento debetur, trahi nequit.

II. Quicquid in locum venditæ hereditatis ſurrogatur, iuris hereditarii naturam ſapit.

III. *Duobus de iure crediti contendentibus neutri ſoluendum.*

SVMMARIA.

Quicquid quis ex tranſactione, non ex hereditate conſequitur, ad hereditatem non pertinet n. 1.

Inuentarii effectus eſt, vt quis hereditatem aditam repudiare poſſit n. 2.

Aditio hereditatis variis ex cauſis declinari ſolet n. 3.

Ex renunciatione non ſupereſt ius agendi n. 4.

Aditæ hereditati renunciari nequit n. 5.

Niſi totam creditoribus relinquere velit n. 6.

Hereditate licet vendita, heres a creditoribus conueniri poteſt n. 7.

Pactum aliis non præiudicat n. 8.

Renunciatio ad non cogitata non extenditur n. 9.

Sub hereditate vendita non comprehenditur, quod ex ſpeciali iure poſtea acquiſitum n. 10.

Pretium in vniuerſalibus tranſit in locum rei n. 11. 20.

Debitum, quod nullum reſpectum ad hereditatem habet, ex noua cauſſa petitur n. 12.

Teſtamentum, ex quo heres non adit, pro deſtituto habendum n. 13.

Ius accreſcendi inter coheredes eſt neceſſitatis n. 14.

Teſtamento infirmato codicilli corruunt n. 15.

Pro ſurrogato hereditatis habetur, quod poſt additionem heredi promittitur n. 16.

Pro herede gerere videtur, qui aliquid quaſi heres facit n. 17.

Qui in fauorem tertii renunciat, omne ius ſuum in hunc transfert n. 18.

Repudiatio hereditatis inuito coherede fit n. 19.

Quæ heredi ex iure hereditario obueniunt, ſunt hereditaria n. 20.

Aditio probatur ex contractu ſuper re hereditaria inito n. 21.

Tranſactio de rebus hereditariis cenſetur facta nomine hereditario n. 22.

Qui tanquam heres tranſigit, adiiſſe cenſetur n. 23.

Reſponſio ad rationes dubitandi n. 24.

Si per renunciationem ius hereditarium transfertur, hereditas adita eſſe debet n. 25.

Quoties de debito litigatur, interim neutri ſoluendum n. 26.

Als der Herr uns eine facti ſpeciem nebſt einigen Beylagen und dreyen Fragen zugeſchicket ꝛc.

Hat der Hochſelig verſtorbene Herr Marggraf G. F. C. anno 1723. ein ſolennes Teſtament, und nebſt dem eod. die ein Codicill errichtet, in deren jenem er ſeine damahlige Frau Gemahlin, Fr. S. gebohrne Hertzogin zu S. W. zu $\frac{2}{3}$ und der Prinzeßinnen als einigen Tochter, Durchlaucht zu $\frac{1}{3}$ ſeiner Allodial-Verlaſſenſchafft zu Erben eingeſetzet, dabey verſchiedene ſubſtitutiones in caſum mortis gemachet, ratione der Frau Gemahlin aber in caſu ſecundarum nuptiarum im Teſtament verordnet, daß, wenn ſie ihrem Fürſtlichen Stand gemäß ſich wieder verheyrathen würde, ſofort von Zeit ihrer Vermählung die $\frac{2}{3}$ des vſusfructus von dem Allodial-Vermögen hinweg, und ſolche der Prinzeßin Durchlaucht zufallen, woferne ſie ſich aber nach dem codicilli unter ihrem Fürſtlichen Stand, worunter auch die Verbindung an dem Gräflichen Stand ausdrücklich begriffen worden, vermählen würde, alsdenn auſſer denen $\frac{2}{3}$ alles dasjenige, was er derſelben bey ſeinen Lebzeiten geſchencket und zugewendet, an der Prinzeßin Durchlaucht zurück gegeben werden ſolite, worauf den 18. Dec. 1726. der Hochfürſtliche teſtator verſtorben, und als es ratione ſeparationis allodii a feudo, und wegen Bezahlung der Schulden zur execution gekommen, haben ſich groſſe Difficultäten, was eigentlich zum allodio gehöret, ereignet, welches die beyden Allodial Erbinnen veranlaſſet, ſich mit dem Hochfürſtlichen Landes-Succeſſore, und zwar eine jede ins beſon-

Ad Lib. XVIII. T. IV.

dere zu setzen, ihm das völlige allodium mit dem ære alieno zu cediren, und sich mit einem gewissen Abtrag, und zwar die Hochfürstliche Frau Wittwe mit 4000. Fl. Franck. ad dies vitæ stipulirten jährlichen Revenüen absinden zu lassen. Hat nun die Hochfürstliche Frau Wittwe nach der Zeit, und zwar unter ihrem Hochfürstlichen Stande, an den Herrn Grafen von H. sich hinwieder vermählet, und dahero der Prinzeßinnen Durchlaucht vermeinet, daß sie ihres Antheils und des surrogati der 4000. Fl. Fr. sowol, als was der hochselige Herr Marggraf bey seinen Lebzeiten ihr geschencket, verlustig gemachet, und ob sie wohl wegen des letzten sich mit ihr verglichen, ist sie dennoch wegen des ersten mit ihr in Rechtfertigung gerathen, und dahero erstlich gefraget wird:

Quæstio I.

Ob Ihro Hochfürstl. Durchl. die Prinzeßin, eine fundatam actionem habe?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol es das Ansehen gewinnen will, als wenn es der Prinzeßinnen C. S. W. Hochfürstl. Durchlaucht an einem iure fundato agendi ermangeln möchte, indem sie laut Vergleichs vom 1. Dec. 1727. mit des Herrn Marggrafens G. F. C. Hochfürstl. Durchlaucht wegen ihrer aus dem Testament angefallenen ½ Erb-Portion, in Ansehen, daß wegen des prætendirten allodii nicht allein ein grosser Widerspruch sich hervor gethan, sondern auch zuförderst die passiua und der Durchl. successor davon entlediget werden müssen, zu enrichten gewesen, sich gesetzet, und den Entschluß gefasset, die Erbschafft, ob sie wol dieselbe cum beneficio legis et inuentarii angetreten, an des Herrn Marggrafens Hochfürstl. Durchlaucht zu cediren, welches sie denn auch würcklich gethan, und auf alle und jede Ansprüche, so sie allenfalls an denen illatis ihrer Frau Mutter Hochfürstl. Durchl. formiren könten, renunciret, dagegen gewisse præstanda angenommen, und sich ausbedungen, woraus dann geschlossen werden möchte, daß

1 sie ihres ex testamento erlangten Erb-Rechts sich gäntzlich begeben, im Gegentheil was ihr von des regierenden Marggrafen Hochfürstl. Durchlaucht versprochen und ausgesetzet worden, sie nicht als Erbin, ex hereditate allodiali patris, sondern ex nouo contractu zu erheben habe, ex ea enim pecunia, quam non ex hereditate, sed ex transactione heres habet, nulla petitio hereditatis nomine competit

l. 3. pr. D. ad L. Falcid.

sonsten auch bekant ist, quod beneficii inuentarii hic effectus sit, vt hereditatem adi- 2
tam rursus repudiare liceat,

STRUV *ex. 34. th. 33.*

welches der Prinzeßinnen Durchlaucht auch zu statten kommen muß, da sie die grossen Troublen und Weitläufftigkeiten, so wegen dieser Allodial-Erbschafft zu besorgen, wohl vorher gesehen, auch selbsten in dem Vergleich angeführet, und in solcher Absicht sich des Anspruchs an der Allodial-Erbschafft begeben, non enim præscribi heredi debet, cur metuat hereditatem adire, vel cur nolit, cum variæ sint hominum voluntates, quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam æris alieni cumulum, 3
tametsi locuples videatur hereditas, quorundam offensas vel inuidiam, quorundam gratificari volentium aliis,

l. 4. D. ad SC. Trebell.

woraus denn geschlossen werden möchte, daß die Durchlauchtige Prinzeßinne dem testamento und dem daraus ihr zukommenden Rechte, mithin auch dem Codicill, als einem annexo testamento generaliter sich begeben, und dahero gegen ihrer Frau Mutter Hochf. Durchlaucht kein ius agendi daraus weiter sich anzumassen befugt sey, allermassen sie solches nicht undeutlich in folgender Passage angedeutet:

> Als cediren dieselbe in Krafft dieses, und treten ab an Se. mehr höchstgedachte des regierenden Herrn Marggrafens Hochfürstl. Durchlaucht, dero Durchl. Erben und Erbnehmen, all Ihro aus angeregtem Testament zukommendes Recht, wie es immer Namen haben mag, gantz nichts ausgeschlossen, tradiren denselben alles und jedes ihr zukommendes cum beneficio legis et inuentarii angetretenes Erb-Vermögen mit allem und jedem Recht und Gerechtigkeit, setzen Se. Hochfürstl. Durchlaucht in die ruhige possession derselben, sich darin wider männiglich, auch alle mit oder ohne Recht formirende An- und Zusprüche zu schützen und zu schirmen,

im Gegentheil des Herrn Marggrafen Durchlaucht solche cession, tradition, und renunciation acceptiret, mithin es scheinen will, als wenn der Prinzeßinnen Durchlaucht kein Recht mehr ex testamento et codicillis gegen ihrer Frau Mutter Durchlaucht übrig geblieben, worauf sie doch ihr ius succedendi setzen will, cum ex iure remisso non supersit ius agendi 4

l. 14. §. 9. de ædil. edict.

l. 1. §. 6. de succes. edict.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) der Prinzeßinnen Hochfürstl. Durchlaucht die Erbschafft in allodio

lodio Ihro höchstseligen Herrn Vaters einmal angetreten, auch solches in denen angeführten Worten gantz deutlich angezeiget, und ohngeachtet solches cum beneficio inuentarii geschehen, sie dennoch dadurch das ius hereditarium würcklich erlanget, quod rursus a se 5 abdicare non potest, cum, qui semel adiit hereditatem, semper heres manere intelligatur

l. 7. §. 10. de minor.

licet vel maxime cum beneficio inuentarii adierit,

CARPZ. *lib. 6. resp. 73. n. 3. sqq.*

und was 2) iure Saxonico dabey erlaubet, eines Theils auf das ius commune, und also auch hieher nicht zu ziehen, andern Theils nur alsdann statt findet, wenn der Erbe die Erbschafft denen creditoribus gäntzlich überlassen, und sich dadurch von allen Schulden losmachen will, wovon STRVV. cit. l. redet, 6 so hier keinesweges zu befinden, da vielmehr 3) der Printzeßinnen Durchlaucht, daß sie ihres höchstseligen Herrn Vaters ex testamento Erbe geworden, dadurch am aller nachdrücklichsten zu verstehen gegeben, daß sie ihren Erb-Antheil an dem allodio nach dem Testament sich zugeeignet, darüber dispouiret, mit dem Durchlauchtigen Landes-successore einen Vergleich getroffen, und solchen Antheil gegen Ausbedingung gewisser præstationum demselben cediret und abgetreten, iam autem nemo alteri cedere potest hereditatem vel partem eius, nisi heres factus fuerit, adeo vt cedens alteri hereditatem adhuc stricto iure a creditoribus hereditariis conueniri possit, quia heres manere intelligitur

7 *l. 2. C. de hered. vel act. vend.*

et emtor hereditatis persona venditoris fungi dicitur, qui heres factus est

l. 5. C. eod.

nach diesem also 4) die angeführte renunciatio und cessio hereditatis, und zwar also zu verstehen, daß sie in Ansehen des Durchlauchtigen Landes-Successoris sich ihres Anspruches auf die allodialia begeben, und demselben all ihr zustehendes Erb-Recht auf dieselbe, so viel ihren Antheil betroffen, nicht aber in Ansehen ihrer Frau Mutter Hochfürstl. Durchlaucht 8 sich begeben, cum pactum inter alios initum aliis non præiudicet,

c. 8. X. de transact.

l. 24. C. de pact.

t. 1. C. res int. alios act. al. nihil.

in deren Ansehen sie das Erb-Recht ex testamento allerdings conseruiret, und ob sie wol auch auf die in testamento ihr assignirte substitution in casum mortis maternæ sich mit begeben, und dagegen von denen 4000. Fl. sich etwas gewisses ausbedungen, dennoch solches der hochfürstlichen Frau Mutter nicht angehe, noch ihr daraus eine exceptio angedeyen kan, zumal sie dadurch ihres Rechtes ex testamento in casu secundarum nuptiarum sich nicht begeben, als welches sie so wenig in regard der Frau Mutter Durchlaucht gethan, mit welcher sie darüber gar nicht transigiret, als solches gegen des Herrn Marggrafen Durchlaucht remittiret, als worüber zu transigiren unvonnöthen war, da solches blos der Printzeßinnen Durchlaucht in regard ihrer Frau Mutter betroffen, und den mit dem Durchl. Landes-successore gemachten Vergleich ratione allodialium et æris alieni nichts angegangen, überhaupt auch 5) alle renun- 9 ciatio stricti iuris, und ad casus, de quibus non est cogitatum, nicht zu extendiren ist, vnde in hereditate vendita et alteri cessa, non venit id, quod ex impuberis hereditate et substitutione ad heredem peruenit,

Ad Lib. XVIII. t. IV.

l. 2. §. 2. de act. et hered. vend. 10

nec quod alio et speciali iure ad eum ex post facto deuoluitur

MEIER *in colleg. Arg. tit. de act. vel hered. vend. §. 13. in f.*

mithin daraus 6) wahrzunehmen, daß das Testament nebst dem codicill und dem daraus fliessenden Erb-Recht und andern Zusprüchen nach wie vor in saluo verblieben, ja der Printzeßinnen Durchlaucht ihre Erb-Portion in effectu dadurch bekommen, daß sie gegen deren Abtretung an den Durchl. successorem gewisse wichtige præstationes und capitalia empfangen, und sich ausbedungen, pretium enim in vniuersalibus transit in locum rei, et hereditatem habere intelligitur, qui pretium 11 eius accepit,

l. 16. §. 1. l. 20. §. 7. l. 25. §. 1. D. de hered. petit.

dieserwegen man nicht sagen kan, daß sie dasjenige, so sie wegen ihres Allodial-Antheils geneust, nicht als Erbinne, sondern ex alio titulo geniessen solte, da vielmehr solches als ein surrogatum anzusehen, und ein Mittel gewesen, virtualiter, das quantum des allodii ohne Proceß zu bestimmen, welches ihr iure hereditario nach dem Testament zugestanden, zu geschweigen, daß 7) der Printzeßinnen Durchlaucht wegen des aus dem codicill ihr zustehenden Rechten in dem mit dem Durchl. Landes-Successore getroffenen Vergleich kein Wort gedacht, solches auch ohnvonnöthen gewesen, weil es das obiectum litis zwischen beyden hohen Interessenten nicht betroffen, vielmehr solches allein Sie selbst und dero hochfürstliche Frau Mutter, mit welcher sie dahmls in keinem Proceß gestanden, angegangen.

So erhellet hieraus so viel, daß der Printzeßin-

Ad Lib. XVIII. T. IV.

zeßinnen Durchlaucht fundatum ius agendi habe.

Zweytens wird gefraget:

Quæstio II.

Ob durch die gegenseitigen exceptiones solches elidiret?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol das gantze fundamentum agendi in dem auf den casum secundarum nuptiarum gesetzten Verlust derer $\frac{2}{3}$, so der hochfürstlichen Frau Mutter auf Lebens-Zeiten in testamento zugeeignet, auf dem Fall aber, wenn sie sich wieder zu vermählen entschliessen sollte, ihr wieder genommen, und der Prinzeßinnen Durchlaucht zugetheilet sind, gesetzet worden, dagegen aber von der Frau Marggräfin Durchlaucht angeführet ist, 1) daß die jährlichen 4000. Fl. quæstion. so der Durchlauchtige Landes-Successor ihr zugesaget, keinen respectum auf das von weyland Herrn Marggrafen G. W. Durchlaucht verlassenes allodium, noch auf das Testament, und der ihr daraus zukommenden Rechte habe, sondern
12 solche vielmehr ex noua causa et pacto von dem Herrn Landes-Successore ihr (a) aus besonderer gegen höchst dieselbe tragender Hochachtung: (b) aus mitleidiger Erwegung, daß selbe aus dieser Erbschafft leer ausgehen müssen: (c) gegen Abtretung des ihr zugestandenen Brandenburgischen Hauses verwilliget worden, wie die verba recessus anzeigen, und dahero 2) vor kein surrogatum der nach dem Testament ihr zukommenden $\frac{2}{3}$ zu achten, als worüber eigentlich nicht transigiret, noch solches propter litis decisionem, quæ de essentia transactionis tamen est, höchst derselben assigniret worden, mithin die Durchlauchtige Prinzeßin auf dieses Geld, so dero Durchlauchtige Frau Mutter nicht ex hereditate, sed ex peculiari prouisione sereniſſimi successoris hat, keinen Anspruch machen kan,

arg. l. 3. pr. ad L. Falcid.

VRCEOLVS *consult. 100. n. 4.*

welches 3) daraus deutlich erhellen möchte, daß sie in Betracht der vorhandenen grossen Schulden-Last, von welcher bey gemachten Ueberschlag das verum allodium gäntzlich absorbiret werden dürffte, Bedencken getragen, sich der Allodial-Erbschafft anzumassen, sondern vielmehr das allodium zu ihrem Theil zu Nutz und Besten der vorhandenen Gläubiger fahren, und es des Landes-Successoris Hochfürstl. Durchlaucht zu überlassen, den Entschluß gefasset, auch der Erbschafft mit folgenden Worten renunciiret:

Demnach renunciiren mehr höchst gedacht Se. Hochfürstl. Durchlaucht, die Frau verwittibte Marggräfin, hierdurch und in Krafft dieses auf alle und jede in der testamentarischen dispositition ihres Herrn Gemahls höchstseligen Gedächtniß angesetzte Verlassenschafft, dergestalt und also, daß alles dasjenige, was de iure und nach denen pactis familiæ ex testamento ad verum allodium referiret werden kan, zu Bezahlung der dahin gehörigen creditorum, als weit dasselbe zureichen mag, verwendet, alles übrige aber insgesamt Sr. des regierenden Herrn Marggrafens Hochfürstl. Durchlaucht, als Lehns- und Landes-successori ohne allen weitern An- und Zuspruch verbleiben solle ꝛc.

woraus denn 4) zu schliessen seyn möchte, daß die Fürstliche Frau Witwe ex testamento nichts empfangen, und also der Prinzeßinnen Durchlaucht nach dem codicill nichts zurück geben könne, cum testamentum, ex quo heres non adiit hereditatem, vel esse heres noluit, pro destituto habendum sit, 13

§. 2. I. quib. mod. test. infirm.

hierüber 5) nachdem die damahlige Hochfürstliche Frau Witwe ihr $\frac{2}{3}$ Antheil repudiiret, es der Prinzeßinnen Durchlaucht freygestanden, daß, wenn sie vermeinet, daß nach Bezahlung der Schulden noch ein Ueberschuß seyn würde, sie sich des iuris accrescendi bedienet, und davon præualiret hätte, cum deficiens portio accrescat coheredi etiam inuito,

l. 35. §. 1. de acquir. vel omitt. hered. 14

so sie aber nicht gethan, sondern ihr Recht ebenfalls durch einen Vergleich dem Durchl. Landes-Successori überlassen, endlich 6) der recess vom 7. Iul. 1727. vor keinen Vergleich über die Allodial-Erbschafft, sondern vielmehr pro instrumento repudiationis anzusehen, und dadurch das Testament sowol als das codicill seine Krafft verlohren, cum testamento infirmato codicilli quoque valere nequeant, quippe qui testamenti ius se- 15
quuntur.

l. 1. C. de codicill. l. 16. de iure codic.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) die Durchlauchtige Frau Witwe nicht hat in Abrede seyn können, daß sie die Allodial-Erbschafft ex testamento mariti würcklich angetreten, und aus keiner andern Absicht der Vergleich mit ihr getroffen worden, als weil eines Theils, was zum wahren allodio zu rechnen, noch streitig gewesen, andern Theils die Bezahlung der grossen 16
Schulden ihr nicht wenig Bedencklichkeiten zugezogen, sie dahero in solchem regard all ihr Recht an der Allodial-Erbschafft in rei veritate dem Durchlauchtigen Landes-Successori cediret und abgetreten, welches 2) daraus zu erkennen, (a) daß des Landes-Successoris

Hochfürstl.

Hochfürstliche Durchlaucht davor gehalten, daß es gar zu hart seyn würde, wenn sie dero höchstseligen Hrn. Gemahls Hochfürstliche Durchlaucht gemachten dispositionen nicht genieſſen sollte, wodurch die surrogation gantz eigentlich angedeutet ist: (b) nicht weniger der getroffene Vergleich sub illa conditione schlechterdings getroffen worden, wenn auch mit der Durchl. Prinzeſſinnen ein Vergleich errichtet werden sollte, zumahl sie beyde coheredes gewesen, und sonsten der proceſs ratione allodii et æris alieni soluendi nicht vermieden werden könte, worauf doch alles angesehen gewesen, da sonsten, wenn die versprochene 4000 Fl. nicht als ein surrogatum hereditatis allodialis geachtet werden sollten, dieser Vergleich keine connexion mit der Prinzeßin Durchlaucht Anforderung und der dispositione teſtamentoria haben, sondern solcher schlechterdings an und vor sich bestehen können, wie denn auch (c) woferne sie die Erbschafft nicht angetreten, sondern dieselbe repudiiret, sie nicht befugt seyn können, alles übrige insgesamt, was nach der Bezahlung der creditorum übrig bleiben möchte, des regierenden Hrn. Marggraffens Hochfürstl. Durchlaucht ohne allen weitern An- und Zuspruch zu überlaſſen, und expreſſe zu versprechen:

daß ihm solches verbleiben solle,

allermaſſen, wenn sie lediglich die Erbschafft ex allodio repudiiret, sie wohl gewuſt, daß solcher Antheil ihrer Miterbin anwachsen, keinesweges aber dem Durchlauchtigſten Landes- und Lehns-Succeſſori zu übergeben seyn würde: cum de eo, quod quis repudiauit et a se abdicauit, nemo disponere possit, und da sie im Gegentheil dem Landes-Succeſſori solches zugeeignet, sie reuera sich pro herede geriret, pro herede enim gerere videtur, qui aliquid
17 quasi heres facit, et quod non alio, quam heredis nomine agere potest,

l. 20. pr. l. 88. de acquir. hered.

wohin (d) noch ferner gehöret, daß sie ex vero allodio sich vieles reſeruiret, so in dem Vergleich ſpecificiret ist: (e) 4000 Fl. auf ihre Lebenszeit sich ausbedungen, welches blos in compenſation der cedirten Erbschafft zu achten, und was (f) von der renunciation darin gedacht ist, solches nicht de repudiatione hereditatis abſoluta, sondern de renunciatione iuris sui in fauorem succeſſoris feudalis zu verſtehen, qui autem in fauorem tertii renunciat, ius suum quidem perdit, ad eum
18 tamen transfert, in cuius fauorem facta est renunciatio,

l. 26. C. de admin. tut.

BARBOSA *in th. lib. 16. c. 47. ax. 6.*

bevorab da (g) dieſe renunciatio nicht pro abdicatiua, sondern translatiua zu achten, wie die folgende clauſula anzeiget:

Gleichwie nun so thane hinc inde beſchehene renunciation, ceſſion, Verſprechung und Zuſage von beyden Hochfürſtlichen Theilen acceptiret und vor genehm gehalten worden. *Aa Lib. XVIII. T. IV.*

Endlich (h) woferne die damahls Hochfürſtliche Frau Witwe die Allodial-Erbschafft, ratione ihres $\frac{2}{3}$ Theils schlechterdings repudiiren, und kein æquiualent dagegen von dem Landes-ſucceſſore erhalten wollen, es eine gantz unnöthige und überflüſſige Sache gewesen seyn würde, mit dem Landes-ſucceſſore hierüber einen Vergleich einzugehen, da sie ohne allem Vergleich sich zur repudiation verſtehen, oder die Erbschaft ipſo facto verlaſſen können, inuito co- 19
herede vel quocunque alio,

l. 95. de acquir. vel omitt. hered.

also im Gegentheil 3) iedermann gar leicht begreiffen wird, daß, weil zwiſchen dem Durchlauchtigſten Landes-ſucceſſore an einem, und der Hochfürſtlichen Frau Witwe am andern Theil, wegen der Allodial-Stücke Streit entſprungen, die ambiguitates proceſſuum aber beyden Theilen nicht gefallen, kein ander Mittel als der Vergleich über der ex delata portione teſtamentaria übrig gewesen, welche sie in effectu dem Hrn. Marggraffen cediret, und sich dagegen ein æquiualent als ein wahres surrogatum, ausbedungen, mithin per surrogatum ihre $\frac{2}{3}$ an der Allodial-Erbschaft erhalten, cum in hereditate parum referat, vtrum heres rem ipſam, an vero pretium eius acciat,

l. 70. §. f. de leg. 2.

quod pretium subrogetur loco rei, forsan 20
ita confuſæ cum aliis, vt difficulter diſcerni non possit,

IOSEPH. VRCEOLVS *conſult. 100. n. 15.*

welches 4) im gegenwärtigen Fall eben die Urſache des gantzen Vergleichs gewesen, dieweil das allodium mit dem feudo in groſſe confuſion gerathen, daß man beydes nicht wohl ſepariren können, und dieſerwegen in Pausch und Bogen darüber, was an ſtatt der Allodial-Erbschaft von dem ſucceſſore feudali, der damahls Durchlauchtigſten Frau Witwe zu prætiren sey, der Vergleich getroffen, dem Durchlauchtigſten Landes-ſucceſſori aber das allodium mit dem onere ſoluendi æris alieni überlaſſen worden, welches sie von ihm zu fordern hatte, heres autem, qui habuit actionem ad hereditatem vindicandam, videtur ipſam hereditatem habere, et conſequenter actionem prædictam remittens, dicitur ipſam rem dimittere et alienare, atque sub tali dimiſſione etiam dominium transferre,

SVRDVS *451. et 501.*

OLEA *de ceſſ. iur. tit. 2. qu. 1. n. 34. ſqq.*

VRCEOLVS *cit. l. n. 28.*

ea vero, quæ heredi obueniunt ex iure he-

Ad Lib. XVIII. T. IV.

reditario procedente a testatore, omnino hereditaria sunt,

FONTANELLA *decis. 86. in f.*

SALGADO *in labyrinth. cred. P. II. c. 19. n. 38.*

allermassen dann 5) die Hochfürstliche Frau Witwe nicht wird leugnen können, daß sie die 4000 fl. wegen der Allodial-Erbschaft und ex facto a testatore procedente von dem Landes-Successore empfangen, zumahl sie sonsten nichts prætendiren können, wenn sie nicht dazu ex testamento einen Anspruch gehabt, so ihr auch gerne eingestanden, und nicht disputiret worden, sondern nur, was eigentlich ad allodium zu rechnen, streitig gewesen, und solchem abzuhelffen, sie mit dieser præstatione annua sich absinden lassen, solchen Vergleich aber 6) mit keinem andern als dem Durchlauchtigsten Landes-successore eingehen können, als welcher das feudum mit dem allodio besessen, und mit welchem die separatio vorgenommen werden müssen, wenn nicht an statt dessen darüber der Vergleich getroffen; iam autem certum est, aditionem probari ex contractu celebra-
21 to super re hereditaria cum possessoribus hereditatis,

VRCEOLVS *de transact. qu. 72. n. 1. sqq.*

MERLIN. *de pignor. decis. 105. n. 21. sqq.*

OLEA *de cess. iur. dec. 14. n. 8.*

quod potissimum procedit, quando quis vt heres defuncti transigit cum eo, qui heredi tati vel rebus hereditariis litem mouebat, atque hic ex causa transactionis aliquid ei dimittit, tanquam heredi dimissum censetur, et consequenter iste actus aditionem involuit, quia nomine et commodo hereditatis gestus fuit;

VRCEOLVS *cit. l. n. 20.*

TORRE *de pact. futur. success. dec. 93. n. 3. sqq.*

quid? quod in dubio transactio de rebus hereditariis facta, censeatur facta nomine hereditario, quia ex alienatione et dimissio-
22 ne rei hereditariæ (veluti hereditatis allodialis) resultat aditio,

VRCEOLVS *de transact. cit. l. n. 24.*

welches letztere 7) allhier unstreitig ist, da der Vergleich schlechterdings super rebus ad hereditatem allodialem pertinentibus getroffen, auch so gar die Durchlauchtigste Erbin vieles davon in natura erhalten, ja 8) so gar nach dem getroffenen Vergleich noch separatim eine besondere cession und revers über die cession des allodii sub dato den 7. Iul. 1727. ausgestellet, und sich darin auf das nachdrücklichste declariret, daß sie die Erbschaft angetreten, laut folgenden formalien:

Demnach unsers in GOtt ruhenden höchstseel. Hrn. Gemahls Liebden, weyland der Durchlauchtigste Fürst, Herr Georg Wilhelm, Marggraf zu Brandenburg ꝛc. in Dero untern 19. Mart. 1723. errichteten testamentarischen disposition uns zur Miterbin ihrer gesamten Allodial-Verlassenschaft instituiret und eingesetzet, wir auch so thane *dispositiõn agnoscir*et, und die Erbschaft *cum beneficio legis et inuentarii* zwar angetreten ꝛc.

welche confessio allen Zweiffel hebet, und an dem Tag leget, daß die Durchlauchtigste Marggräfin den Vergleich als testamentarische Er- 23
bin getroffen,

VRCEOLVS *cit. l. n. 4.*

MERLIN. *de pignor. decis. 105. n. 23.*

aus denen Rechten auch bekant, quod, qui semel hereditatem adiit, eam postea repudiare amplius nequeat, si vel maxime cum beneficio inuentarii adiit, allermassen denn auch 8) der Fr. Marggräfin Durchl. solche repudiation nicht gethan, sondern vielmehr solche Erbschaft vor ihrem Antheil dem Durchlauchtigsten Landes-successori gegen ein æquivalent cediret, und abgetreten, wie dieselbe in folgenden Worten an den Tag geleget:

Daß wir derselben uns gäntzlich zu entschlagen, und sie an unsers Herrn Vettern Liebden, den Durchlaucht. Fürsten, Herrn G. F. C. Marggrafen zu Brandenburg ꝛc. nach Inhalt des untern heutigen dato zwischen uns und Ihro errichteten recessus zu cediren und abzutreten, uns entschlossen; als cediren wir, treten ab, und überlassen erstbesagten ihro Liebden, dero Erben und Successori in dem Fürstenthum des Burggrafthums Nürnberg angeregte uns vermittels Testamentes an- und zugefallene Verlassenschaft, samt und sonderes, es habe Nahmen, wie es wolle, gantz nichts ausgenommen, mit allem Recht und Gerechtigkeit, sich dieser gegen männiglichen in- und ausserhalb Gerichts, actiue et passiue und wider alle An- und Zusprüche zu gebrauchen, zu schützen und zu schirmen ꝛc.

woraus denn nunmehr mehr als zu klar erhellet, daß der Frau Marggräfin Durchlaucht ihr Erb-Recht an den Durchlauchtigsten Landes-Successorem cediret, und dagegen die jährlichen 4000 Thlr. nebst andern reseruatis angenommen, welches in locum hereditatis cessæ nothwendig treten müssen, einfolglich, da sie 9) ad secunda vota getreten, sie dieses surrogati, quod hereditatem cessam continet, sich verlustig gemachet, und solches der Prinzessinnen Durchlaucht, nach dem Testament und codicill angefallen, welches so gar 10) in dem gedachten reuers und cession ihr vorbehalten his verbis formalibus:

Wobey

Wobey wir uns iedoch in beständiger Rechts-Form wiederholt bedungen, daß, wie ohne hin bey diesem particular-Vergleich und cession keinesweges die Meinung geführet worden, dem dritten, oder iemanden, so ex testamento et codicillo etwas zu suchen, zu præiudiciren, also auch ꝛc.

durch welche Worte kein ander casus, als der nachhero würcklich erfolget, verstanden werden kan, und zugleich offenbahr ist, daß der Marggräfin Durchlaucht sich der disposition des codicills wohl erinnert, und der Durchlauchtigsten Prinzessinnen ihr Recht, so ihr in casu secundarum nuptiarum zugestanden, reseruiret, in welcher Absicht auch 11) der Frau Marggräfin Durchlaucht mit der Prinzessinnen Durchlaucht sich wegen der donatorum, so nach der codicillarischen disposition sie eben-
24 falls verlohren, sub dato den 18. Ian. 1735. sich verglichen, und dadurch das codicill in allen dessen puncten und clauseln agnosciret, dieserwegen denn auch solches in Ansehen der 4000 fl. welche so wol ex testamento als codicillis der Prinzessinnen Durchlaucht zugefallen, geschehen muß, welches alles durch die rationes dubitandi nicht entkräfftet werden mag, angesehen ad 1) die in Vergleich gesetzte Ehren-Worte und Freundschafts-Bezeugungen alhier in keine consideration zu ziehen, und sich niemand persuadiren wird, daß der Durchlauchtigste Landes-successor umsonst und um nichts die jährlichen 4000 fl. welche ein Capital a 80000 fl. ausmachen, bey ohne hin gehabten und fast unerträglichen Ausgaben, der Frau Marggräfin Durchlaucht accordiret haben sollte, vielmehr ihre cession der Allodial-Erbschaft an denselben offenbahr anzeiget, daß sie solche als ein æquiualent, loco hereditatis allodialis sich ausbedungen, dazumahl sie ex pactis dotalibus ihrem Wittum und andere Zugänge gehabt, von welchen sie fürstlich auch ohne dergleichen addition hätte leben können, woraus denn klar ist, daß diese verba honoris nur pro forma inseriret sind, ins besondere aber, das Brandenburgische Haus, so nicht mehr als 4000 bis 5000 fl. werth seyn mag, der Frau Witwen ebenfalls von ihrem Höchstsel. Gemahl geschencket worden, welches sie dem Hrn. Successori freywillig offeriret, weil sie bey ihrer translatione domicilii von Bayreuth nach Christian Erlangen solches nicht füglich mehr nutzen können, sondern ihr vielmehr a charge gewesen, und dahero hiebey in keine consideration zu ziehen; es also ad 2) allerdings wahr bleibet, daß die 4000 fl. als ein surrogatum der ihr ex testamento zukommenden ⅔ zu achten, und sie darüber mit des Herrn Marggrafens Durchlaucht transigiret, auch quoad 3) die vermeintliche renunciation alhier pro cessione ipsius hereditatis zu halten, und also translatiua ist, wie der reuers super cessione am allerdeutlichsten declariret, und dahero daraus die angeführte passage erkläret und erleutert werden muß, quando enim verba renunciatiua sunt translatiua iuris in alterum, vel continent liberationem ab onere hereditario, illa de necessitate inuoluunt aditionem, quia supponunt acquisitionem hereditatis præambulam, *Ad Tit. XVIII. T. IV.* 25

VRCEOLVS *de transact. qu. 72. n. 23.*

woraus denn ad 4) das Gegentheil, und zwar dieses zu schliessen, daß die Frau Marggräfin allerdings ex testamento virtualiter et in effectu iuris das Ihrige per surrogationem empfangen, und ad 5) ihr Erbtheil a ⅔ keinesweges vacant geworden, vt coheredi accrescere potuerit, welches abermahl ohne Rechts-Grund behauptet worden, noch weniger aber 6) iemand, der das instrumentum cessionis mit dem Vergleich zusammen hält, sich einfallen lassen wird, daß solches pro instrumento repudiationis zu halten, da kein repudians hereditatem capable ist, seinen Erbantheil auf einen tertium zu transferiren und zu cedren, ja so, wie hier geschehen, darüber zu disponiren.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß durch diese exceptiones das fundamentum actionis nicht elidiret werden könne.

Bey der letzten Frage:

Quæstio III.

Ob nicht Seine Hochfürstliche Durchlaucht, der regierende Hr. Marggraf zu Bayreuth, ad implorationem der Prinzessinnen nach Erforderung der Rechte befugt sind, die jährlichen 4000 Fl. bis zu Austrag der Sache in Beschlag zu behalten?

erachten wir vor Recht.

Rationes dubitandi.

Ob wol der Frau Marggräfin Durchlaucht in possessione vel quasi der Hebung dieser 4000 Fl. sind, woraus sie durch die itzige Streitigkeit nicht gesetzet werden mag, als welche des regierenden Herrn Marggrafens Durchlaucht eigentlich nicht angehet, vielmehr derselbe ex transacto ad soluendum verbunden, und die von der Prinzessinnen Durchlaucht auf die 4000 Fl. gemachte An- und Zusprüche pro exceptione iuris tertii zu achten, so ihn von Bezahlung des quanti nicht befreyen mag, beworab da solche 4000 Fl. mit keinem arrest belegen, noch ein mandatum, de non soluendo lite pedente, ausgewürcket worden.

Ad Lib. XVIII. T. IV.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch es alsdenn eine exceptio de iure tertii seyn würde, wenn des regierenden Herrn Marggrafens Hochfürstliche Durchlaucht ohne eintzige imploration Anstand nehmen würde, die Zahlung zu declinıren, nunmehro aber, da der casus voraus gesetzet wird, daß der Prinzessinnen Durchlaucht deswegen gehörige imploration, Vorstellung, und instantz bey des Herrn Marggrafens Durchlaucht gethan, und demselben die sehr wohl fundirte action der Prinzessinnen Durchlaucht und prætension an die 4000 Fl. bekant ist, ja er als compaciscens am besten die Beschaffenheit der Sachen wissen muß, kein geringes Bedencken wegen der ferneren Zahlung sich hervorthut, vielmehr erst auszumachen seyn wird, wem künftig hin die Zahlung
26 geschehen müsse, quando autem incertum est et litigatur, cui soluendum sit, neutri interim solutio facienda, vtpote si litigatur, an et quatenus creditori antiquo adhuc solui queat?

l. 5. C. de ordin. cognit.

STRVK. *de caut. contr. Sect. 4. c. 1. §. 10.*

MEV. *P. VI. D. 119. n. 7.*

Dahero obgleich des Hrn. Marggraffens Hoch-Fürstliche Durchlaucht sich verbunden, alljährlich die 4000 Fl. der Frau Marggräfin Durchlaucht zu zahlen, dennoch solches billig sub clausula: rebus sic stantibus, verstanden, und so lange seine Richtigkeit haben muß, so lange noch darüber kein Streit sich erhoben, an wen die Bezahlung geschehen soll, zumahl wenn solches erfolget, der debitor billig an sich halten, und erst den Ausgang des processus, an wen die Bezahlung künftig zu verrichten, erwarten muß, weil er sonsten in Verantwortung kommen könte, si alii soluisset, quam cui soluere debebat, bey welcher Beschaffenheit es alhier darauf, daß bishero an die Durchlaucht. Creditricm die Bezahlung geschehen, nicht ankommt, wol aber vorizo die Frage ist, ob nunmehro, bey so veränderten Umständen, die Bezahlung noch ferner ihr, oder nicht vielmehr an der Prinzessinnen Durchlaucht nach dem Testament und codicill geschehen müsse? welches erst nothwendig auszumachen, inzwischen aber die solutio iuste recusiret werden kan, etenim si duo inter se contendunt, vtri debeatur, is, qui alterutri debet, neutri interim, donec causa fuerit decisa, soluere tenetur.

STRVV. *in iurispr. for. lib. 3. tit. 21. §. 5.*

So halten wir davor, daß des regierenden Hrn. Marggraffens Hochfürstl. Durchlaucht ad implorationem der Prinzessinnen Durchlaucht, nach Erforderung der Rechte befugt sind, die 4000 Fl. bis zum Austrag der Sache im Beschlag zu behalten. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVGVST. MDCCXXXVI.

DECISIO CCCXIII.

THEMA.

De cessione contra legem Anastasianam.

SVMMARIA.

Res iudicata ius irrevocabile transfert n. 1.
Iuramento præstito non quæritur, an debitum adfuerit n. 2.
Dolus per iuramentum purgatur n. 3.
Cedens non plus transferre potest, quam ipse habet n. 4.
Cessio est titulus dominii translatiuus n. 5.
Lex Anastasiana in cessionibus quarumcunque actionum locum habet n. 6.
Si vel maxime sub colore donationis facta n. 7.
Ratio legis Anastasianæ n. 8.
Si cessio pro minori pretio in fraudem debitoris facta, residuum nec cedenti, nec cessionario debetur n. 9.
Cedenti debetur, si cessio ab eo bona fide facta n. 10.
Ex sententia quorundam semper lucro creditoris cedit residuum n. 11.
Responsio ad rat. dubit. n. 12.

Als der Herr uns von neuem allergnädigst verstattetes Anbringen und erfolgte Gesetze in Sachen A. H. Granadiers des Hochlöbl. Printz-Ferdinandischen Regiments, Klägers an einem, und derer Burgermeistere zu Wusterhausen und Pyritz S. sub cautione rati ihrer Mitter-

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-802838-p0642-4

ben, Beklagten am andern Theil, in zwey hierbey zurück kommenden volum. ꝛc.

Daß zwar nach abgeschwornen Haupteyde, die in an. 1710. von denen K. Erben geschehene cession bey Kräfften verbleibet, und diesemnach Klägers Anspruch an das quæstionirte Land selbsten nicht statt findet, Beklagte aber diesem allen ohngeachtet dennoch nicht zu absoluiren, sondern weil Kläger darneben der gedachten cession exceptionem læsionis opponiret, welche aus derselben so fort klar ist, und denen bekanten Rechten nach kein cessionarius mehr aus dergleichen cession, als er davor gegeben, profitiren kan, so sind Beklagte nach Abzug der 60 Thlr. Wiederkaufs-Gelder dasjenige, was sie an dem wahren Werth des quæstionirten Landes in an. 1714. welcher zuforderst durch beschworne taxatores oder sonsten heraus zu bringen, über die erweißlich bezahlte 10 Thlr. dabey lucriret, oder in an. 1714. dem wahren Werth noch mehr erhalten, alles übrigen Einwendens ohngehindert, Klägern zu bezahlen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter 1) sich vornemlich in re
1 iudicata, quæ ius irreuocabile inter partes facit,

l. 62. §. 2. ad SC. Trebell. l. 50. §. 1. de leg. 1.

gründet, und darneben anführet, daß Kläger gegen die in an. 1710. geschehene cession des iuris reluendi die exceptionem doli opponiret, und darüber dererselben Erblasser den Eyd deferiret, welcher denselben auch würcklich abgeschworen, diesemnach nunmehr keine andere Urthel, als eine absolutoria sententia erfolgen mögen, cum iuramento præstito non amplius quæratur, an debitum, sed an
2 iuratum sit, adeo vt illud maiorem autoritatem, quam res iudicata habeat.

l. 2. de iureiur. l. 1. pr. quar. rer. act. non datur.

Dagegen auch 2) des Klägers Vorgeben, daß der Beklagten Erblasser erst in termino iurandi den Kaufbrief de an. 1714. produciret, solcher gleichwol nicht mit ad acta genommen, Kläger zuforderst nicht darüber gehöret, noch derselbe mit nach Franckfurth an der Oder verschicket, keine Achtung meritiren möchte, angesehen Beklagter seine exception nur in der geschehenen cession, nicht aber in dem Kaufbrief gründet, solcher auch den Kläger nicht angehe, sondern res inter alios acta sey, und dahero die Sache nicht alteriren mögen, vielweniger aber an der Richtigkeit des protocolli inrotulationis etwas auszusetzen, wie das fol. 1. vol. II. befindliche attestatum darleget. So dann 3) hierbey angeführet ist, daß an keine læsion, da die cession titulo donationis remuneratoriæ geschehen, am wenigsten aber an eine intimidirung wegen des zu befürchtenden processus zu gedencken sey, als welche einen dolum inuoluiret, wovon aber der Beklagten Erblasser per præstationem iuramenti sich völlig purgiret habe, sonsten aber 4) an und vor sich selbsten richtig sey, daß die reluitionis causa ohne Proceß nicht berichtiget werden können, wobey sich Beklagte auf den zwischen ihrem Erblasser contra Krusemarcken und Consorten bey dem Cammer-Gerichte bezogen, und ferner 5) vrgiret, daß Klägern nichts angehe, auf was Weise er das quæstionirte Land erhalten, weil die cession einmahl geschehen und res iudicata vorhanden sey. Da hergegen 6) Kläger vermeinen will, daß Beklagter bloß das ius reluendi ex cessione erhalten, daraus aber kein Eigenthum an dem quæstionirten Lande sich anmassen könne, sondern nur dasjenige Recht dadurch erhalten, was die Krusemarcke vormahls daran gehabt, welches darin bestanden, daß sie von 15 Jahren zu 15 Jahren den Wiederkauf denen K. Erben verstatten müssen, welches auch nunmehro Kläger als ein K. Mit-Erbe, und der von denen übrigen coheredibus iura cessa erhalten, zu exerciren befugt seyn möchte, cum in emtorem non plus iuris transeat, quam venditor habuit, bevorab da nunmehro klar sey, daß Beklagten Erblasser das quæstionirte Land von denen Krusemarckischen Erben gekaufft, nicht aber iure reluitionis an sich gebracht.

Ad Lit. XVIII. l. IV.

3

4

5

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch Kläger anfänglich das quæstionirte Land aus dem Wiederkaufsrechte nach Erlegung der Wiederkaufs-Summe gegen derer Beklagten Erblasser zu behaupten gesuchet, und als derselbe exceptionem cessionis in a. 1714. factæ dagegen opponiret, und dadurch dargethan, daß alles Reluitions-Recht auf Beklagten transferiret, von Klägern aber und seinen Miterben gäntzlich abgegangen sey, quod cessio sine dolo et fraude facta instar traditionis sit, et sicuti per traditionem iusto præcedente titulo transfertur dominium, ita in actionibus cessio idem operatur, vt dominium actionis in cessionarium transferatur,

BRVNNEMAN. *de cessione action. c. 1. n. 97.*

ALPHONS. *de* OLEA *de cess. act. tit. 1. qu. 4. n. 13. sqq.*

Kläger dagegen zwar exceptionem doli opponiret, und darüber der Beklagten Erblasser den Eyd deferiret, iedoch dieser solchen Eyd abgeschworen, wodurch denn die Sache dahin gedrehen, daß die Cession ihre Gültig- und Richtigkeit behalten, und von aller suspicione fraudis befreyet worden, mithin Kläger kein Recht wei-

Ad Lib. XVIII. T. IV.

ter an dem quæstionirten Lande habe, noch das Wiederkaufs-Recht exerciren kan, als welches die K. Erben in an. 1710. gäntlich per cessionem von sich abdiciret, gleichwol daraus zugleich mit erhellet, daß eines Theils derer Beklagten Erblasser sich bey der gantzen Sache in der quæstionirten cession gegründet, und daraus einzig und allein gegen Klägern sein Recht an dem quæstionirten Lande behauptet, und ob er wol solches durch den in an. 1714. getroffenen Kauff an sich gebracht, und 50 Thl. spec. und 50 Thlr. an ⅔ davor gegeben haben will, dennoch Beklagter selber der Meinung ist, daß solches Klägern nichts angehe, sondern res inter alios acta sey, dergestalt es nunmehr gehalten werden muß, als wenn Beklagter das quæstionirte Land mit 60 Thlr. eingelöset, andern Theils aber daraus noch gar nicht folget, daß deswegen Beklagter absoluiret werden müssen, da Kläger so wol vormahls als noch itzo sich dabey in læsione enormi gegründet, welche darin bestehet, daß denen K. Erben in an. 1710. sogar wenig, nemlich nur 10 Thl. vor diese cession ausgesetzet worden, da doch der Werth des quæstionirten Landes in anno 1714. da Beklagten Erblasser es per venditionem bekommen haben will, nach dem ausbedungenen Kauf-pretio, welches doch damahls wegen des dem Beklagten daran zustehenden Wiederkaufs-Recht noch sehr geringe gewesen, und pro æquipollente nicht einsten zu halten ist, vltra alterum tantum bereits gestiegen gewesen, und Beklagter dabey ein grosses profitiret, die K. Erben hergegen, welchen doch nach
6 dem vol. I. fol. 28. befindlichen documento ein ius reluendi certum et liquidum an dem quæstionirten Lande zugestanden, das verum cessionis pretium entbehren müssen, mithin diese cession offenbahr mit dem lege Anastasiana, quæ in cessionibus quarumcunque actionum, et iniquis redemtionibus litium alienarum statt hat, streitet,

l. 22. et 23. C. mand.

und ob wol aus dem vol. I. f. 83. befindlichen documento cessionis zu erhellen scheinet, daß die K. Erben, weil der Beklagten Erblasser ihnen viel Gutes erwiesen, solches Wiederkaufsrecht ihm geschencket und abgetreten, anbey dieser versprochen habe, nach Erhaltung des quæstionirten Landes ihnen 10 Thlr. zur **Wiedervergeltung** zu entrichten, dennoch iedermann leicht begreiffen und wahrnehmen wird, daß diese
7 letzt gemeldte **Wiedervergeltung** nur eine colorata donatio, vt dicitur in *cit. l. 23.* sey, und vielmehr pro pretio zu halten, welches so geringe gesetzet worden, weil die K. Erben ohne Zweiffel aus Unwissenheit der Rechte und einer geschehenen Vorspiegelung, daß sie einen ungewissen und kostbaren Proceß, nach den eigentlichen Worten des cessions-documenti, deswegen anfangen müssen, von der Wiedereinlösung des quæstionirten Landes deterriret worden sind, ja diese colorata donatio vel remuneratio um desto leichter in dem gedachten instrumento angegeben werden können, weil Beklagten Erblasser vol. I. f. 97. in seinem abgelegten Eyde nicht in Abrede seyn können, daß diese cessions-notul auf ein unterschriebenes blanquet geschrieben gewesen, und derselbe die cession nach seinem gutdünken einrichten, und die 10 Thlr. mit dem Titul der **Wiedervergeltung** belegen können, welche doch als ein pretium cessionis in rei veritate gewesen, und eben dasjenige dabey committiret worden, was 8 der Kayser Iustinianus

in l. 23. C. mandat.

improbiret, ne quis scilicet partem pretii inferat pro cessione, reliquam partem pretii autem per coloratam donationem remittat, welches hier per nouam cautelam so versteckret worden, als wenn der äusserlichen apparence nach die cession simpliciter geschencket, und denen cedentibus nur die 10 Thlr. als eine **Wiedervergeltung** versprochen sey, welcher titulus doch nur coloratus ist, diese 10 Thlr. aber, als ein pretium cessionis anzusehen, und ob zwar die K. Erben, denen diese cessionis formula vorgelesen, darin consentiret, dennoch dieselbe wol wenig verstanden oder begriffen haben, zu welchem Ende die Worte: zur **Wiedervergeltung** in der cession eingerücket worden, wobey denn auch der abgelegte Eyd nicht in consideration zu ziehen, als welcher auf diese cautel nicht gerichtet, und nicht mit hinein gerücket werden mögen, da derselbe eines Theils aus der cessions-notul ersichtlich, andern Theils in quæstione iuris bestehet, nach welchen keine, auch bewilligte donationes coloratæ, ihren völligen effect erreichen sollen, vielmehr dabey verordnet ist, daß zwar die geschehene cession ihren Bestand haben, aber der cessionarius dabey nichts mehr profitiren solle, als er pro cessione ge- 9
geben, wegen des übrigen aber, was an dem pretio cessionis ermangelt, zwar nichts ins besondere verordnet, iedoch dieses

in l. 23. §. 1. C. mand.

versehen, daß, wenn der cedens et cessionarius per notabilem fraudem et machinationem,

vt ait FRANZKIVS *lib. 1. resol. 9. n. 10.*

um den debitorem zu quälen und zu drücken, dergleichen cession vorgenommen, alsdenn weder der cedens noch cessionarius einige Klage ratione residui gegen den debitorem haben solle, wovon hier keine Spuhre anzutreffen, noch die K. Erben nur in dem allergeringsten Verdacht stehen, daß sie denen Krusemarckischen Erben dadurch einigen Tort zufügen, und zu dem Ende mit dem cessionario colludiren wollen, sie vielmehr, durch die Furcht vor einem Proceß und aus Mangel des Geldes von dem Wiederkauf deterriret sind, wie die cessionis-notul besaget, und da sie also in bona fide gewesen, und lieber mit 10 Thlr. vorlieb

neh-

nehmen, als nichts bekommen wollen, sie sich zu der cession resoluiret, quo in casu merito cedenti id, quod deest vero pretio, adiudi-
10 candum est, quippe qui eo ipso admodum læsus est, præsertim cum hæc cessio sine vlla necessitate facta fuerit, et ex mera simplicitate cedentium, cessionarius autem lucrum insigne pro leuissimo pretio fecerit, quod æquitati et intentioni legis Anastasianæ repugnat, quæ improbat iniquas has redemtiones litium alienarum, vt redemtori non vlterius, quam quatenus dedit, prodesse possit cessio,

FRANZK. *lib. 1. ref. 9. n. 10. sqq.*

LAVTERBACH. *diss. de procurat. in rem suam th. 35.*

nec cedens vnquam præsumitur habere ani-
11 mum vexandi debitorem, nisi in potentiorem fiat,

BRVNNEMAN. *de cess. act. c. 1. n. 30. sq.*

aus welcher consideration auch sehr viele bewertheste Rechts-Lehrer das residuum dem cedenti in genere zuerkennen,

FRANZKIVS *cit. l. n. 1.*

CARPZ. *P. II. C. 30. def. 37.*

ALPHONS. *de* OLEA *de cessione iur. et act. tit. 6. qu. 10. n. 68.*

welches hier nicht anders heraus zu bringen, als daß das Land in Anschlag nach dem in a. 1714. gewesenen Preiß gebracht, und nach Abzug des Wiederkauffungs-Geldes die Beklagte dasjenige, was über 10 Thlr. an dem Werth befunden worden, bezahlen müssen, als so weit sie davon profitiret, wodurch denn die rationes dubitandi von selbsten hinweg fallen, angesehen die res iudicata hier nicht vorhanden, da mit der transmission der acten übereilig verfahren, das documentum venditionis de a. 1714. nicht mit ad acta gebracht, Kläger darüber nicht gehöret, der doch wenigstens daraus die grosse læsion ersehen und solche ausführen 12
können, keine inrotulation, noch weniger citation ad publicationem sententiæ, am allerwenigsten aber die publicatio bey denen acten zu befinden, extra acta man aber daran keine Gewißheit haben kan, allenfalls auch Se. Königl. Majestät vol. II. f. 45. vor billig erkant, daß die restitutio in integrum dem Kläger angedeyen müsse, in so weit er solche nöthig habe, welche wir aber vor nöthig nicht erachten. Und ob wol ad 2) Beklagte in dem Kaufbriefe ihre exceptiones nicht gegründet, iedoch Kläger die edition aller documenten, so hieher gehöret, gesuchet, deswegen Beklagten Erblasser das iuramentum editionis schweren müssen, und derselbe solches documentum darauf auch ediret, es also billig ad acta genommen werden sollen. So dann ad 3) die læsion bereits weitläuftig dargethan, hier auch ad 4) genug ist, daß Beklagte ohne Proceß zu ihrem Zweck gelanget, und nicht beygebracht, daß sie vormahls dieserwegen einen Proceß geführet, ad 5) auch nachgegeben werden kan, daß der Kauf dem Kläger nichts angehe, und also auch allein der Schade des erlegten Kauf-pretii über Beklagte ergehet. Endlich ad 6) des Klägers intention auf das Land selbsten keinen Grund hat, wie bereits vorhin gewiesen. *Ad Lib. XVIII. T. IV.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVLIO MDCCXLVI.

RESPONSVM CCCXIV.

THEMA.

Contra debitoris debitorem non nisi præuia cessione agi potest.

Vid. T. IV. Resp. DCCLXVI. Th. 2.

LIB. XIX.

Ad Lib. XIX. T. I.

Tit. I. De actione emti venditi.

RESPONSVM CCCXV.

THEMA.

Qui ignoranter rem obligatam emit, ad liberandam rem

Ad Lib. XIX. T. I.

rem agit, non item qui scienter contraxit, quamvis hic debito soluto id a venditore repetere possit.

SVMMARIA.

Emtor rem cum hypotheca scienter comparans non decipitur n. 1.
Correi habent beneficium diuisionis n. 2.
Emtori res libera tradenda, alioquin venditor tenetur n. 3.
Quid interfit, vtrum emtor scienter, an ignoranter rem cum hypotheca comparauit n. 4.

Als uns derselbe eine facti speciem nebst einer Beylage und einer Frage ꝛc.

Haben T. R. G. W. H. B. und F. R. als wahre Selbstschuldener, nachdem sie zuforderst dem beneficio diuisionis renunciret, einer vor alle, und alle vor einem, und also in solidum zu Bezahlung einiger Schulden vor die Kirche in Johnsdorff, deren Vorsteher sie sind, aus dem Vermögen der Klew-Schönauer Kirche 400 Thlr. am 20. Iun. 1737. erborget, und davor ihr sämtliches Vermögen, insonderheit ihren resp. Kretzscham, Gärten und Häuser gerichtlich verpfändet, worauf nach Ableben T. R. C. T. so kein Kirchvater ist, den von ihm nachgelassenen verpfändeten Kretzscham an sich erkauffet, welcher aber selbigen von der darauf hafftenden hypothec befreyen, diesemnach belehret seyn will?

Quæstio.

Ob? wider wen? und qua actione derselbe klagen könne?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol bey der quæstione an? dieser Zweiffel erreget werden möchte, daß C. T. gar nicht klagen könne, weil er ohne Zweiffel gewust haben muß, daß der gekaufte Kretzscham sub hypotheca gerichtlich hafftе, und dem ohngeachtet solchen gekauffet, neque enim
1 deceptus dici potest, qui scivit, adeoque certiorari non debuit, qui non ignorauit,

l. 1. in f. D. de act. emt. vend.

tunc enim non ab alio, sed a semetipso decipitur et damnum sua culpa sentit.

l. 26. D. de rei vindic.

So dann, wenn eine Klage gleich statt finden sollte, es scheinen will, als wenn der Käuffer gegen alle Kirchväter klagen müste, welche sich zwar vor die Kirchen-Schulden in solidum verbunden, und also correi debendi seyn, dennoch bekant ist, daß auch diese iure nouo das
2 beneficium diuisionis haben,

nov. 99. c. 6.

und dahero die Erben des T. R. begehren können, daß die andern correi mit dazu citiret, und zur liberation der hypothec pro rata durch würckliche Zahlung mit condemniret werden, woraus denn folgen möchte, als wenn zwar C. T. gegen T. R. Erben actione emti ad liberandas ædes venditas klagen, diese aber wol begehren können, daß jener die übrigen correos mit dazu citiren lassen und also darauf dringen müsse, daß sie alle drey conjunctim diese Kirchen-Schuld abtragen, und dadurch seinen erkauften Kretzscham befreyen müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch bey der quæstione an? der Umstand in der facti specie nicht berühret ist, ob C. T. den quæstionirten Kretzscham wissentlich, daß er bereits gerichtlich verpfändet sey, oder ohnwissend gekaufft? Da denn zwar im letzten Fall, wenn er, facta venditione, erst die hypothecam iudicialem auf dem gekauften Hause erfahren haben sollte, die Verkäuffer allerdings ad ædes liberandas verbunden sind, quia res libera emtori tradenda, alioquin ex emto venditor tenetur ad rem 3
liberandam,

l. 52. §. 1. D. de act. emt. vend.
l. 5. C. de evict.

FRANZK. *ad tit. de act. emt. vend. n. 173.*

also hieraus klar ist, daß keine andere als die R. Erben hieraus belanget, die andere Mitschuldener aber dazu nicht gezogen werden können. Hergegen im ersten Fall nur alsdann geklaget werden kan, wenn inter emtorem et venditorem solches abgeredt worden; nam si emtor fundi, sciens obligationem, dominium suscepit, tantum euictionis praestatio pacto promissa probanda est, vt tunc demum facultas agendi adsit,

l. 7. in f. C. comm. vtriusque iudic.
l. 27. C. de euict.

ausserdem aber, und wenn davon nichts abgehandelt ist, der Käuffer gegen den Verkäuffer ad liberandas ædes nicht klagen, sondern jener, wenn er das Unterpfand davon frey gemachet

und

4 und die Schuld bezahlet, das Geld alsdann wieder fordern kan;

l. f. §. 4. C. comm. de leg.

welches zwar einige ICti so gar in Zweiffel ziehen,

CARPZ. *P. II. C. 34. def. 25.*
CHRISTINÆVS *vol. IV. dec. 183. n. 13. et 14.*

gleichwol diese Meinung nicht allein der natürlichen Billigkeit entgegen, sondern auch der decisioni des gedachten l. fin. widerspricht, und sich allein in dem

l. 27. C. de euict.

gründet, in welchem Gesetze doch die Worte: *quod eo nomine dedit*, nicht de pretio vel debito soluto, sondern vielmehr de litium expensis, so er umsonst gemachet haben mag, zu verstehen sind, welche er billig tragen muß, da er wissentlich rem aliis obligatam gekauffet, wie gar wohl eingesehen

IO. VOET. *in comm. ad tit. de euict. §. 32. in f.* *Ad Lib. XIX. T. I.*

allenfalls auch die constitutio Iustiniani tanquam lex posterior denen vorhergegangenen vorzuziehen.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß, wenn C. T. unwissend den Kretzscham gekauffet haben sollte, er alsdann actione emti gegen die R. Erben alleine ad liberandum prædium klagen, solches aber nicht statt finden könne, wenn er das quæstionirte prædium wissentlich gekaufset und das Kaufgeld darauf gezahlet, sondern er nur alsdann, soluto a se debito, actione emti gegen die gedachten Erben dieses Geld mit denen Zinsen wieder zu fordern befugt sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXLVIII.

DECISIO CCCXVI.

THEMA.

Pretii emtionis vsuræ debentur.

SVMMARIA.

De quo in contractu non conuentum, id non debetur n. 1.
Interpretatio fit contra eum, qui clarius loqui potuisset n. 2.
Pretium sine restrictione promittens commodum nummorum accidentale habet n. 3.
Certas nummorum species promittens ad eos simpliciter obligatur n. 4.
In contractibus bonæ fidei, quod bonum et æquum est, debetur n. 5.
Vsuræ pretii debentur ab emtore, quive emta fruitur n. 6.
Non est nouatio, si venditor pretium emtionis pro soluendo ære alieno assignauit n. 7.

Als dieselbe uns gesuchte reuision und deren adhæsion in Sachen J. J. Klägern an einem, und C. S. Beklagten am andern Theil, zugesendet ꝛc.

Daß, so viel Klägers zweytes und Beklagtens grauamina betrifft, es bey dem, den 27. Nov. 1739. eröffneten Urtheil billig verbleibet; so viel aber Klägers erstes gravamen anbelanget, so erhellet nunmehro aus den acten so viel, daß Beklagter auch die gewöhnliche interesse von dem zuerkanten agio der 320. Mr. L. von den L. Capital a 2000 Ml. courant von Zeit des zugeschriebenen gekauften Erbe zu zahlen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) Beklagter sich darin grauiret zu *Bœhm. Conf. T. III. P. II.* seyn vermeinet, daß Klägern die agio a 320 M. L. von dem L. Capital von 2000 Ml. courant zuerkant worden, immassen Kläger das Erbe dergestalt simpliciter an Beklagten verkauft, daß dieser die darauf haffenden Schulden an 9355 Ml. species über sich nehmen, und ausserdem Klägern nichts denn 300 Ml. courant zahlen solle, und da dieses letztere bereits entrichtet, und der Kauf unter keiner mehrern Bedingung getroffen worden, daraus von selbsten folge, daß Beklagter zu weiter nichts gehalten sey, zumahl 2) eben dadurch, daß Beklagtem bey dem Kauf die Bezahlung der auf dem Erbe haffenden Schulden überlassen worden, die persona debitoris geändert, und eine nouatio vorgegangen zu seyn scheinet, daß Beklagter ratione des abgeredeten Kauf-pretii nicht mehr Klägern, sondern dessen creditoribus verbunden seyn solle, folglich da die L. Schuld a 2000 Ml. courant unter den quæstionirten Schulden

Ad Lib. XIX. T. I.

begriffen, Kläger ratione derselben keine agio, als welche bey dem Verkauf Kläger sich nicht
2 reseruiret, und daher gegen ihn die interpretatio zu machen seyn möchte,

l. 39. de pact.

fordern könne, immassen 3) Beklagter die Schulden schlechterdings ohne restriction mit 9355 Mk. species zu bezahlen über sich genommen, und obgleich das L. darunter sich befindende Capital nur an courant-Geld zu bezahlen, dennoch da solches von obgenannter übernommener Schulden-Last nicht eximiret worden, der Vortheil und agio dessen, daß das
3 Capital nicht an species, sondern an courant zu entrichten, dem Beklagten zu zufallen scheinet, und dem Kläger dem Ansehen nach nicht zuerkant werden können, auch dahero ferner 4) Klägers erstes grauamen ratione prætensi interesse moræ ohne rechtlichen Grund seyn möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) die in dem Kauf-Brief gesetzte 9355 Mk. species ohnstreitig als das Kauf-pretium des von Klägern an Beklagten verkauften Erbe anzusehen, als ohne welche es sonst kein Kauf seyn können, und dahero Beklagter solches in der abgeredeten qua-
4 lität schlechterdings zu entrichten verbunden ist, er mag nun solches an die creditores oder den Verkäuffer bezahlen, diesemnach da 2) obgedachte Summe Beklagtem zu Bezahlung der auf dem Erbe versicherten Schulden überlassen worden, gleichwol unter solchen die L. Schuld von 2000 Mk. courant und also an geringerer Müntz-Sorte, als das verabgeredete Kaufpretium zu bezahlen ist, welcher Unterscheid an Müntz-Sorten sich auf 320 Mk. an agio beläuft, und Beklagter auf solche Art so vielweniger an dem Kaufgeld denen creditoribus zahlet, als er würcklich zu zahlen versprochen, von selbsten folget, daß er die agio der 320 Mk. als partem pretii an Klägern zahlen müsse, zumahlen überdem 3) gleich nach getroffenen Kauf-contract unter Klägern und Beklagten die Frage wegen der quæstionirten agio aufgeworffen worden, dabey Beklagter nach testis 2. Aussage sich endlich so weit erkläret, daß, wenn der Doctor L. das Capital nicht in species verwandeln wolte, Beklagter auf andere Art suchen wolle, daß Kläger das agio bekomme, und dadurch Beklagter sich von neuem zu dem, worzu er bereits verbunden, nochmahls verpflichtet, wie
5 wol auch, wenn er solches nicht erwiesen, es ohnedem ex contractu b. f. eiusque indole von selbsten folgen würde, ohngeachtet in dem Kaufbriefe es nicht mit dürren Worten gemeldet ist, woraus denn 4) ferner folget, daß, weil Beklagter vermöge des Kauf-contracts 2000 Mk. species zahlen oder dem creditori verzinsen sollen, er aber dadurch die übernommene L. Post nur 2000 Mk. courant verzinset, und also von Zeit, da ihm das Erbe zugeschrieben worden, die quæstionirte agio a 320 Mk. L. als ein Theil des Kauf-pretii an Klägern schuldig gewesen, er auch billig davon das gewöhnliche interesse zu zahlen verbunden sey, cum enim emtor re fruatur, æquissimum est, eum vsuras pretii vel etiam partis pretii pendere a 6 die traditionis,

l. 17. §. 20. D. act. de emt. vend.

l. fin. de per. et com. rei vend.

SCHILTER *Ex. 30. §. 25.*

hierüber Beklagtem gleich viel seyn kan, ob er die Zinsen von dem agio an den creditorem oder Klägern bezahlet, da er einmahl das quæstionirte gantze Capital zu verzinsen schuldig ist, übrigens aus dem, was n. 2. et 3. angeführet worden, die rat. dubit. 1. von selbst wegfället; ad 2) et 3) aber aus dem Kauf-contract weiter nichts erhellet, als daß Beklagter mit den 9355 Mk. species als mit dem Kauf-pretio die auf dem Erbe hafftende Schulden zu tilgen übernommen, welches in keiner andern Absicht geschehen, als daß derselbe, weil die Schulden auf dem gekauften Erbe gehafftet, bey dem Kauf sicher gehen, und die hypothequen davon gehoben werden möchten, daher die Schul- 7
den ihm nicht simpliciter per nouationem übergeben, sondern nur die Kaufgelder zu derselben Bezahlung assigniret worden, wodurch denn gedachte Summe keinesweges die qualität des Kauf-pretii verlohren, noch weniger Beklagter in Ansehung des restirenden agio, als eines Theils des Kauf-pretii, ex nexu obligationis gelassen ist, wiewol aus den angezogenen Zweiffels-Gründen so viel erhellet, daß Beklagter einigen Schein Rechtens vor sich gehabt, welcher ihn a temeritate litigandi, mithin ab obligatione restituendi litis expensas befreyet, wodurch auch Klägers zweytes grauamen gehoben wird.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXL.

DECI-

DECISIO CCCXVII.

Ad Lib. XIX. T. I.

THEMA.

A die, quo emtor fructus rei emtæ percepit, vsuras pretii soluere tenetur.

SVMMARIA.

Qui rem alienam vendit, non satisfacit obligationi n. 1.

Contractu emtionis annullato vsuræ pretii residui non debentur n. 2.

Emtor rem emtam dimittens ab vsuris pretii liberatur n. 3.

Emtor, qui re emta fruitus est, vsuras pretii in compensationem fructuum perceptorum soluit n. 4.

Licet rem postea, lite super nullitate pendente, dimiserit n. 5.

Auf interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen C. L. Appellanten an einem, und des Mauer-Meisters und Stadt-Hauptmanns in B. I. C. K. Appellaten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß die Appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und dieselbe zu deren Rechtfertigung an uns erwachsen; der materialien halber aber erscheinet aus denen acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß in voriger Instanz wohl gesprochen, übel davon appelliret, und dannenhero die sententia a qua schlechterdings zu bestätigen sey, und weil Appellant fol. 13. act. appell. nicht in Abrede seyn können, daß er, nach dem geschehenen Verkauf des quæstionirten Hauses, sich desselben angemasset, und solches in Besitz genommen, so ist er, seines übrigens Einwendens ohngehindert, nunmehro die geforderten Zinsen von dem restirenden Capital der 1000. Thlr. dem Appellaten zu entrichten verbunden. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Dieweil Appellant dem fol. 30. befindlichen Bescheid mit Einbringung seiner Iustifications-Schrifft ein Gnügen gethan, so haben dadurch die formalia ihre Richtigkeit erlanget. Ob nun wol Appellant ratione materialium angeführet, 1) daß, ob er wol das quæstionirte Hauß in anno 1735. vor 2000. Thlr. gekauffet, 1000. bezahlet, und noch 1000. Thlr. darauf zinsbar stehen geblieben, er dennoch in 1 anno 1736. erfahren, daß 1000. Thlr. Schul-

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

den darauf gehafftet, und das Hauß nicht auf des Appellaten, sondern auf seines Sohns Namen gestanden, mithin derselbe wissentlich rem alienam verkauffet, dahero er auf annullationem contractus geklaget, und darauf auch erkant sey, welches Urthel in instantia appellationis confirmiret worden, jedoch mit der Erklärung,

es wäre denn, daß Beklagter binnen 6. Wochen præclusiuischer Frist zuwege bringen könte, daß seines Sohns in dem Hypothequen-Buch eingetragener Name gelöschet, und dagegen das Hauß auf Klägers Namen wieder registriret worden,

da aber Appellatens Sohn abwesend gewesen, und niemand von seinem Aufenthalt gewust, er also die condition nicht erfüllen können, der Streit ratione præclusionis fortgesetzet sey, bis dessen Sohn endlich wieder gekommen, Appellat das Hauß auf seinen Namen wieder gebracht, und darauf Appellant dem processui renunciiret, das Hauß auch wieder angenommen, und als Appellat darauf wegen Bezahlung der restirenden 1000. Thlr. geklaget, solche ihm ohne Zinsen zuerkant worden, wovon Beklagter appelliret, und als auf den Beweiß, daß der Käufer das Hauß in Besitz genommen, und er sich dessen angemasset, zuförderst erkant worden, Appellant zwar davon declaration gesuchet, euentualiter aber appelliret, und darin sein grauamen gesetzet, daß indistincte, wenn er 2 sich des Hauses angemasset, er die Zinsen zu entrichten schuldig sey, da es doch 2) darauf nicht ankomme, ob er das quæstionirte Hauß anfänglich in Besitz genommen und sich dessen angemasset, sondern, ob er das quæstionirte Hauß post annullatum contractum in Besitz behalten und gebrauchet habe, dessen Gegentheil er beyzubringen im Stande sey, auch wohl befugt gewesen, post annullatum contractum sich des Hauses nicht weiter an-

Ad Lib. XIX. T. I.

zumassen, und also von der Zeit an nicht weiter rem et pretium gehabt, worin doch das fundamentum vsurarum nunmehro zu setzen sey,

l. 13. §. 20. de act. emt. vend.

er auch 3) des Hauses sich weiter anmassen können, weil er sonsten wissentlich rem alienam besessen, und ein m. f. possessor gewesen, seyn würde, dahero er wohl befugt gewesen, sich an dem Hauß, nachdem der Contract per sententiam annulliret geworden, nicht weiter zu kehren, und sich dessen nur erst alsdann wieder angemasset, als der Appellat post reditum filii das Hauß wieder auf seinen Namen gebracht, zumal 4) wer dominus tempore venditionis gewesen, allein aus dem Hypothequen-Buch zu erörtern, und was dabey von einer simulation von Appellaten angeführet worden, als ein strafbares factum et in fraudem legum commissum nicht anzusehen, vielmehr 5) da er intermedio tempore das Hauß nicht genutzet, er auch von den restirenden Kauf-Geldern keine Zinsen zu bezahlen schuldig sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) Appellant nicht in Abrede seyn können, daß er sich des Hauses nach dem geschlossenen Kauf angemasset, und die Miethe daraus gezogen, darneben auch in dem Kauf-Contract zu Bezahlung der Zinsen von denen restirenden 1000. Thlr. sich expresse verbunden, dahero ex duplici fundamento zu deren Bezahlung verbunden ist, und ob er wol dabey vorgiebet, daß er in an. 1736. auf die annullation des Contracts geklaget, und darauf auch in prima instantia erkant sey, und er von der Zeit an des Hauses sich nicht weiter angemasset, dennoch dabey nicht leugnen mögen, daß dadurch der Process noch
3 nicht gehoben worden, wie denn bey dem hochlöblichen Cammer-Gerichte, die Erklärung dabey gesetzet ist, daß Appellaten vorbehalten seyn solle, binnen sechs Wochen das Hauß wieder auf seinen Namen zu bringen, und als solches propter absentiam filii nicht geschehen können, gleichwol Appellat ihn edictaliter citiren lassen, und über der præclusion der Process noch continuiret worden, Appellant billig euentum litis abwarten, und inzwischen das Hauß behalten sollen und müssen, cum lite pendente nihil sit innouandum, und wenn es dahero gleich wahr seyn sollte, daß er intermedio tempore das Hauß nicht genutzet, solches doch ihm als eine offenbare innouation zur Last liegen, und ihm beygemessen werden würde, daß er intermedio tempore das Hauß nicht genutzet, wie er dann, nachdem Appellatens Sohn retouriret, und sein Name in dem Hypothequen-Buch gelöschet worden, der Process sich erst geendiget, Appellant demselben renunciiret, und das Hauß behalten, also auch billig inzwischen so wol ex pacto, als deswegen, weil er sich des Hauses nach geschlossenem Kauf angemasset,
4 und in Besitz genommen,

l. 13. §. 20. de act. emt. vend.

die Zinsen zahlen muß, zumal er nicht befugt gewesen, die possession des Hauses ante litem penitus finitam, zu verlassen, und es ad 2) allerdings darauf ankommt, ob er das Hauß gleich nach dem geschlossenen Kauf in Besitz genommen, und sich dessen angemasset? und weil er solches eingestanden, es nunmehro des zuerkanten Beweises nicht mehr bedarf, sondern billig auf die Bezahlung der Zinsen condemniret werden müssen, weil dadurch der fol. 12. befindliche Bescheid purificiret worden, so dann ad 3) das Vorwenden, daß er als m. f. possessor geachtet gewesen seyn würde, wenn er das quæstionirte Hauß behalten, um destoweniger Appellanten zustatten kommen mag, nachdem er wohl gewust, daß Appellat bemühet gewesen, seinen Sohn, auf dessen Namen das Hauß gestanden, zu stellen, und die Umschreibung zu bewerckstelligen, worüber der Process noch pendent gewesen, bis endlich der Sohn wieder gekommen, und die
5 erkante Umschreibung verrichtet, bey welchen Umständen ihm nicht frey gestanden, den statum rei in litem deductæ zu verändern, und sich des Hauses nicht weiter anzumassen, bevorab da ad 4) er leicht ermessen mögen, daß Appellat solche Umschreibung bey Wiederkunft seines Sohns leicht effectuiren würde, allenfalls, ehe er das Hauß verlassen mögen, er sententiam præclusionis abwarten, alsdann das Hauß retradiren und seine ausgezahlte Gelder zurück fordern sollen, welches er aber ad 5) seinem Vorgeben nach nicht gethan, so billig zu seiner eigenen Verantwortung stehet, und sich deswegen a cursu vsurarum nicht losmachen können.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IAN. MDCCXLIII.

DECISIO

DECISIO CCCXVIII.

Ad Lib. XIX. T.I.

THEMA.

Meliorationes in retrouenditione soluendæ secundum præsens tempus æstimantur.

SVMMARIA.

Arbores pertinent ad dominum soli n. 1.
Seminis, non futuræ messis, fit æstimatio, si in fundo alieno quis sementum fecit n. 2. 4.
In retrouenditione possessor est instar coloni n. 3.
Qui fundum sub lege retrouenditionis possidet, interim dominus est n. 5.
Pactum retrouenditionis non ipso iure dominium, sed demum mediante nouo contractu ad retroëmentem transfert n. 6.
In retrouenditione meliorationes secundum præsens tempus reparandæ n. 7.
Competit ea propter possessori ius retentionis n. 8.

Als die Herren uns interponirte Leuterung und erfolgte submission ad acta priora in Sachen S. T. Klägern und Appellanten an einem, und I. G. Beklagten und Appellaten am andern Theil, in zwey zurück kommenden vol.

Daß es der eingewandten Leuterung ohngeachtet bey dem vol. act. appell. f. 14. befindlichen, und den 9. Iul. 1740. eröffneten Urtheil billig verbleibet, Appellant auch diese Transmissions-Kosten allein zu tragen schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger loco grauaminum anführen wollen, 1) daß der Gärtner S. zur taxation nicht vereydiget sey, noch angewiesen werden können, die Bäume, wie sie in dem quæstionirten Garten itzo stehen, und daselbsten ihren Wachsthum genommen und sich mit Früchten verzinsen, zu taxiren, dahero denn der extrauagante Anschlag erfolget, anerwogen Kläger 2) nicht den Zuwachs derer Bäume bezahlen könne, weiln es sein Grund und Boden
1 sey, welchem die darauf gesetzten Pflantzen und Bäume natürlich folgeten, und ihm iure dominii zugehöreten, cum eius proprietas mutata sit,

l. 9. §. 2. in f. de damn. infect.

§. 30. 31. 32. I. de rer. diuis.

woraus denn 3) vernünfftiger Weise folgen möchte, daß Kläger seine Bäume, wie sie anitzo sind, nicht bezahlen dürffe, sondern gnug sey, wenn Beklagter dasjenige, was sie ihn bey dem Setzen gekostet, wieder bekomme, als wodurch er gnugsam indemnisiret werde, si-
2 cuti seminis tantum præstatur æstimatio, non futuræ messis, si in agro alieno quis sementum fecit

l. 25. §. 1. de vsur.

anderer Gestalt, und wenn die Bäume nach dem itzigen Werth bezahlet werden sollten, alle reluitiones vergeblich seyn würden, und obgleich 4) Beklagter inzwischen dominus gewesen, er dennoch ein dominium reuocabile nur 3
gehabt, und er nichts mehr als ein colonus prætendiren können. Uebrigens da 5) die meliorationes illiquid wären Beklagten das ius retentionis nicht angedeyen könne, indem Kläger nebst dem Garten soluendo gnug sey, daß ihm solcher sub cautione sofort abgetreten werden müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) Kläger eigentlich kein grauamen aus des Gärtners S. taxation machen kan, da bereits in dem Hallischen Schöppen-Urthel auf eine bessere erkant ist. So viel aber 2) den Anschlag der Bäume selbsten betrifft, zwar an dem ist, daß, wer in fremden Grund und Boden dergleichen Unkosten verwendet, zufrieden seyn müsse, wenn er seine Unkosten wieder bekomme, si vel ma-
4 xime fundo plus pretio accessit,

l. 38. l. 48. de rei vindic.

dahero auch der Zuwachs bey einem colono nicht in Anschlag gebracht wird, dennoch solcher casus hier nicht anzutreffen, vielmehr ausgemachet ist, daß Beklagter den Garten iure dominii wiederkäufflich besessen, und also die meliorationes nicht auf fremden, sondern auf seinen eigenen Grund und Boden gethan, mithin ad 3) ihm die Bäume iure dominii zustehen, und Kläger solche nicht anders als durch einen Wiederkauff erhalten kan, und solche

Ad Lib. XIX. T. I.

nach dem itzigen Werth, in welchem Beklagter sie besessen, bezahlen muß, bevorab da Kläger eines Theils noch kein Eigenthum an dem quæstionirten Garten hat, sondern solches erst durch die Wiederbezahlung des pretii et meliorationum, oder den Wiederkauf, als welches ein neuer Kauf ist, erhalten wird, und er also nicht sagen kan, daß auf seinen Grund und Boden die Bäume gesetzet worden, andern Theils die Bezahlung der meliorationen expresse versprochen worden, welches vernünfftiger Weise nicht anders als nach dem itzigen Werth verstanden werden kan, und Kläger dahero bey sich zu überlegen hat, ob es ihm conuenable sey, den Wiederkauf zu thun, wenn ihm etwa die meliorationes allzu hoch scheinen sollten, und ob Beklagter gleich ad 4) nur das Eigenthum reuocabili iure an dem Garten gehabt, dennoch daraus nicht folget, als wenn solches ipso iure wieder auf Klägern transferiret sey, da er es erst durch einen neuen Kauf überkommen, und also auch billig die meliorationes, als welche noch zur Zeit dem Beklagten zugehören, wie sie anitzo sind, bezahlen muß, sumtus enim facti in fundo, quem sub lege retrouenditionis emtor tenuit, non nisi secundum tempus, quo fundus redimitur, et exceptio propter sumtus opponitur, æstimandi sunt; tempus autem factæ impensæ in præteritum non est inspiciendum.

ZOANNETTVS *de emt. vendit. sub pacto de retrouend. n. 125. seq.*

Endlich ad 5) das ius retentionis um desto weniger dem Beklagten in Zweiffel gezogen werden kan, als derselbe ante solutionem pretii und was dazu gehöret, dem Kläger allemal exceptionem non impleti contractus zu opponiren, und ihn damit abzuweisen im Stande ist,

l. 13. §. 8. D. de act. emt. vend.

Beklagtem daher nicht anzumuthen, daß er sich aus seinem Vortheil begebe, und vor Bezahlung des Wiederkauffs pretii und der meliorationum den Garten abtrete, diesemnach die Leuterung nicht gegründet ist, und dahero Kläger die Verschickungs-Kosten billig allein tragen muß.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE APRIL. MDCCXLI.

RESPONSVM CCCXIX.

THEMA.

De pretio et meliorationibus in reuocatione fundi illegitime alienati restituendis.

Vid. T. III. Resp. LII. Them. 3.

Tit. II. Locati conducti.

DECISIO CCCXX.

THEMA.

Si per locatorem non stat, quo minus operas præstet, conductor ad integram mercedem tenetur.

SVMMARIA.

Conductor, qui non impleuit contractum, agere nequit n. 1.
Locator operum integram mercedem petit, si penes eum perfectio operis non stat n. 2.
Artifex pro se præsumtionem integritatis in opere faciendo habet n. 3.

Auf

Auf interponirte Leuterung und erfolate submission in Sachen I. I. K. Klägern und Leuteranten an einem, und I. A B. Beklagten und Leuteraten am andern Theil, erkennen Richter und Schöppen des Fürstl. weltlichen Gerichts beyder Städte Quedlinburg, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehr aus denen acten so viel zu befinden, würde Kläger eydlich erhalten, und daß die Breter auf dem ersten Dach-Boden dergestalt schadhafft und an den Enden verfaulet gewesen, daß er an denselben neue Spund-Löcher verfertigen und dieselben abschneiden müssen, auch er die Breter so gut und rathsam, als möglich gewesen, wieder hinein geleget, dahero die Schuld des Abgangs an ihm nicht liege, in supplementum schweren, so hat er dasjenige, was ihm zu beweisen obgelegen, zur Nothdurfft erwiesen, dannenhero Beklagter den rückständigen Lohn an Klägern zu bezahlen, dieser aber, wenn Beklagter die materialia dazu anschaffet, die noch ermangelnde Arbeit zu berichtigen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter ex fiducia iustitiæ causæ ad acta priora submittiret, und aus denen acten offenbar erhellen möchte, daß Kläger das implementum des fol. 8. befindlichen contractus, dessen Beweis ihm obgelegen, nicht erwiesen, angesehen test. 1. ad art. 2. fol. 25. deponiret, daß der erste Dach-Boden bis auf 7. Elen breit wieder hingeleget sey, welches auch test. 2. bestätiget und hinzusetzet, daß gegen den Giebel des Seiten Gebäudes zwey Breter, und an der Ecke des Giebels ein Bret mangelte, da er doch fol. 8. in dem contractu versprochen:

den ersten Dach-Boden, so von Bretern, aufzunehmen, und wieder hinzulegen,

er also die Belegung des Bodens mit denen Bretern so einrichten müssen, wie sie vorhin gelegen, auf welchem Fall sie gereichet haben würden, dagegen aber Kläger, laut der Zeugen Aussage ad mon. 3. hin und wieder von denen Bretern am Ende etwas abgeschnitten, und deswegen ein Span-Riegel oder Stichbalcken eingezapffet worden, weil sonsten die Breter nicht reichen würden, hergegen Kläger sein Vorgeben, daß die Breter am Ende schadhafft und verfaulet gewesen, und deswegen abgeschnitten werden müssen, mit nichts erwiesen, Beklagter auch solches fol. 40. b beständig abgeleugnet, vielmehr angezeiget, daß, weil ein Schornstein durch den Boden geführet werden müssen, und derselbe einen Raum, so mit Bretern nicht beleget werden dürffen, eingenommen, um destomehr die alten Breter zureichen müssen, wenn er, wie er schuldig gewesen, recht mit Legung des Bodens umgegangen, und die Breter nicht verstümmelt hätte, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn Kläger den Verlust und Abgang der mangelnden Breter ersetzen und damit die Arbeit zuförderst fertig machen müsse, ehe er auf das residuum mercedis klagen könne. *Ad Lib. XIX. T. II.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, wenn ein Baumeister seine verdungene Arbeit verrichten soll, es gantz natürlich ist, daß der Bauherr die nöthigen materialia anschaffen muß, Kläger auch sich in actis vielfältig erboten, die noch fehlende Arbeit zu verrichten, wenn Beklagter die dazu gehörige Breter anschaffen würde, ita vt per locatorem hoc casu non steterit, quo minus operas præstaret, quo casu integram mercedem petere potest.

l. 38. pr. locat. 2

Dabey denn dem Kläger nicht zur Last geleget werden kan, daß die alten Breter zu gäntzlicher Zulegung des Bodens nicht zureichen wollen, zumal eines Theils die Erfahrung lehret, daß, wenn mit alten materialien und aufgenommenen Bretern, gebauet wird, und diese wieder geleget werden sollen, solche selten zureichen, sondern neue zu Ergäntzung des Abgangs dazu genommen werden müssen, andern Theils laut des Contracts die Giebel, Balcken und Wände in solchem Stande gewesen, daß sie wegen ihrer Untüchtigkeit, und weil sie verfaulet gewesen, haben repariret, und nur von dem alten Holtz, so viel zur Verbindung der zwey Giebel-Wände hat gebraucht werden können, dazu genommen werden müssen, mithin allerdings zu præsumiren, daß die daran stossende und eingezapffte Breter, am Ende ebenfalls schadhafft und verfaulet, also abgeschnitten und verkürtzet werden müssen, welches auch der Augenschein suo modo gewiesen, daß Kläger, weil die Breter zu kurtz gewesen, einen Span-Riegel eingezapfet habe, welches nicht nöthig gewesen, wenn die Breter nicht abgeschnitten werden müssen, solches aber ohne Ursache nicht geschehen seyn kan, sondern vielmehr davor zu halten, daß er solches nach befundenen schadhafften Umständen der Breter thun müssen, welches zwar Beklagter schlechterdings geleugnet und dabey beständig bleibet, daß die Breter an Enden gut gewesen, dennoch Kläger die starcke præsumtion vor sich hat, daß er sein Amt nach seiner Pflicht verrichtet, und der Abgang der Breter daher entstanden, weiler das Verfaulete an denselben abschneiden und neue Spund-Löcher machen müssen, dergestalt daß, wenn er solches vermittels des erkanten iuramenti suppletorii bestärcket, und schweret, daß er so sparsam, als möglich gewesen, mit 3

den

Ad Lib. XIX. T. II. den aufgenommeren Bretern umgangen, alsdann er den Abgang der Breter nicht ersetzen darf, davon auch sonsten leicht ein und anderes wegkommen können, deren custodiam er so wenig übernommen, als præstiren darf.

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE NOVEMB. MDCCXLIII.

DECISIO CCCXXI.

THEMA.

Clausula cassatoria contractui locationis adiecta eo rescisso non impedit, quo minus conductor impensas factas repetere possit.

SVMMARIA.

Status causæ n. 1.

Clausula cassatoria locationi adiecta operatur rescissionem n. 2.

In prædiis rusticis non nisi anno finito locarium debetur n. 3.

Rescissa licet locatione impensæ tamen conductori refundendæ n. 4.

Als die Herren uns ferneres Verfahren in Sachen H. F. P. und dessen Ehewerbes, Klägern an einem, und Doct. G. A. D. vor sich und in väterlicher Gewalt seiner beyden Kinder, Beklagten am andern Theil, in vier zurück kommenden volum. zugeschicket ꝛc.

Daß Beklagter gestalten Sachen und Umständen nach mit dem in liquidatione fol. 98. N. I. a angesetzten 160. Thlr. Pacht Geld, wie auch mit denen N. II. n. 1. 2. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 11. und 12. specificirten Schulden, und sub N. III. befindlichen inuentario, so weit solches erweislich, zur Aussaat ins Feld verwendet, abzuweisen, und Klägere nichts weiter, als was sie währendes Pachts an Nutzungen aus dem Pacht-Guth würcklich gehoben, zu bezahlen, auch zu dem Ende eine richtige Rechnung davon, wohin auch die N. I. b angesetzte 16. Fl. 6. Gr. zu referiren, so wie sie solche eydlich zu bestärcken sich getrauen, ad acta zu bringen schuldig, welche alsdenn durch Hauswirthschafts-verständige in gebührenden Anschlag zu bringen, und denen Beklagten nebst denen N. II. n. 10. angerechneten 2. Fl. 19. Gr. 3. Pf. und was Klägere von N. III. zur Aussaat erweislich, nicht verwendet, zu erstatten. Uebrigens ist Beklagter wegen der N. II. n. 3. specificirten 38. Fl. 11. Gr. zuförderst die fol. 152. und 155. inducirte documenta sub pœna recogniti, zu recognosciren, nicht weniger auf die von Klägern fol. 142. und 145. überoebene Rechnung und Inuentarium sub pœna liquidi in einem anderweit dazu anzuberahmenden termino sich einzulassen gehalten, es haben auch Klägere ihr fol. 67. gethanes Vorbringen zur Nothdurft bescheiniget, dannenhero ist Beklagter dem dadurch zugefugten Schaden, wenn solcher zuförderst liquidiret und bescheiniget wird, oder allenfalls wegen des Gebrauchs der Betten ein gewisses ex officio zu determinirendes quantum Klägern zu erstatten pflichtig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es ist aus denen acten zu ersehen, daß die Beklagte an Klägern das Ritter-Guth S. vor 1320. Fl. in anno 1731. verpachtet, anbey laut fol. 100. b diese sub clausula cassatoria versprochen, das halbe Pacht-Geld binnen dem 23. May und Johannis-Tag zu erlegen, dahero weil sie solches nicht gezahlet, haben die Beklagte der Klägere Meublen obsigniren lassen und sie den 25. Iun. 1731. des Pachts entsetzet, und das quæstionirte Guth an einen andern verpachtet, und als darüber die Sache zum Proceß gediehen, sind Beklagte mit ihrer liquidation fol. 98. eingekommen, dagegen fol. 138. die Klägere ihre exceptiones eingebracht, und fol. 142. sqq. ihre Gegen-Liquidation übergeben, anbey wegen des fol. 67. befindlichen Anbringens Bescheinigung geführet. Ob nun wol Beklagter vor sich und in Namen seiner Kinder gegen die fol. 138. angebrachte exceptiones vornemlich angeführet,

ret, daß Klägere fol. 41. mit ihrer Spolien-Klage rechtskräfftig abgewiesen, und sie dahero per indirectum condemniret worden, das halbjährige verfessene Pacht-Geld zu zahlen,
a weil solches der effectus clausulæ cassatoriæ seyn müste, zu welchem Ende auch die Beklagte zur liquidation ihres Pacht-Geldes und andern habenden Forderungen rechtskräfftig angewiesen sind, welches sie gebührender massen fol. 98. gethan, auch von denen N. II. liquidirten Liedlohn und andern Posten unterschiedliches bezahlet, allenfalls auch, wenn Beklagte solche übernehmen, es eben so gut ist, als wenn sie solche bezahlet, da laut acten sub ⊙ fol. 18. sqq. darüber bey ihren Gerichten geklaget, und die creditores mit guter Hoffnung vertröstet sind, wie denn auch das empfangene Getreide-Inuentarium, nachdem der Pacht aufgehoben, billig zu ersetzen seyn möchte; so viel aber derer Klägere Gegen-Liquidation betrifft, es das Ansehen gewinnen will, als wenn sich Beklagte darauf einzulassen nicht schuldig wären, angesehen in denen fol. 41. 81. und 131. befindlichen iudicatis kein Wort davon zu befinden, noch die Beklagte zu deren Einlassung condemniret worden, dahero sie nunmehro mit der Einlassung zu verschonen zu seyn vermeinen; endlich wenn gleich das fol. 67. befindliche Vorbringen, daß Beklagter sich der Klägere Betten auf seinem Ritter-Guthe 14. Tage bedienet, erwiesen seyn sollte, dennoch nicht eben abzusehen, wie daraus ein grosser Schade entspringen können, welchen auch die Klägere bishero nicht angegeben, mithin es das Ansehen gewinnet, als wenn darauf nicht reflectiret werden können.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in dem iudicato fol. 41. zwar Beklagtem seine Forderung an Pacht-Geld und sonsten zu liquidiren, nachgelassen, und die Spolien-Klage aberkant, dennoch dadurch Klägere noch nicht zu Bezahlung des halben Pacht-Geldes condemniret worden, und ohngeachtet solches um Johannis wenigstens gefällig gewesen, dennoch zu erwegen, daß in prædiis rusticis die Pacht-Gelder wegen der Erndte und Früchte gezahlet werden, und dahero ein Pachter, wenn er Pacht-Gel-
3 der zahlen soll, auch das Jahr durch die Erndte thun, und die Früchte geniessen muß,

l. 13. in f. locat.

welches hier nicht geschehen, nachdem der Pachter den 25. Iun. und also vor der Erndte des Pachts entsetzet, mithin auch wegen des inuentarii, so weit solches zur Aussaat employiret worden, er keine Erstattung thun darff, weil Beklagter solches selber geerndtet, nicht weniger das Liedlohn derjenige billig tragen und bezahlen muß, der die Erndte genossen, da Knechte und Mägde wegen der Erndte und dahin abzielenden Haushaltung gelohnet

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

und beköstiget werden, die Schulden aber sub *Ad Lit.* N. II. n. 1. 2. 4. 5. Beklagter nicht bezahlet, in *XIX.* den Pacht auch nicht gehören, und er also sol- *7. II.* che in die Pacht-Forderung nicht mitbringen kan, als welche ihn nichts angehen; übrigens gleichwol richtig bleibet, daß Klägere einige Nutzungen aus dem Pacht-Guth gehoben haben müssen, worin unter andern die in Rechnung gebrachte N. I. b befindliche 18. Klaffter Holtz, so fol. 190. liquid gemachet, ingleichen das Reiß-Holtz, die Vieh-, Gras- und Garten-Nutzungen ꝛc. gehören, welche Kläger billig nach proportion vergüten muß, und am compendieusesten durch eine ad acta gebrachte, denen regulis œconomicis gemässe Rechnung von Klägern geschehen und alles von Hauswirthschaffts-verständigen in Anschlag gebracht werden kan, oder sie gewärtig seyn müssen, daß ein gewisses quantum ex officio dieserwegen ausgeworffen werde, damit diese sonst zur Weitläufftigkeit abzielende Sache abgeschnitten werde; wie denn auch im Gegentheil der Beklagte sich auf der Klägere Rechnung und Inuentarium nothwendig einlassen muß, da jene wiederum aus der gehoffen künfftigen Erndte hergeflossen, deswegen die Arbeit verrichtet, und nach Befinden ihm solches vergütet werden muß, zumal die clausula cassatoria nichts mehr effectuiret, als daß der Pacht aufgehoben, und Klägere des Pachts wieder entsetzet sind, nicht aber daß sie alle Arbeit, Mühe und Unkosten umsonsten gethan haben und derselben verlustig gehen sollen, welches die interpretes selbsten in lege com-4 missoria contra rigorem iuris Romani billigen und gut heissen,

BRVNNEM. *ad l. 6. n. 2. D. de leg. commiss.*

ZOES. *ad cit. tit. n. 4.*

LAVTERBACH *ad cit. tit. §. 15.*

und in diesem negotio bonæ fidei um desto mehr statt finden muß, als Beklagter sich sonsten mit der Klägern Schaden bereichern würde, wegen des Inuentarii aber er ebenfalls Red und Antwort geben muß, weil er sein ius retentionis innoxie zu exerciren schuldig, und obgleich in vorigen Urtheln von der Gegen-Liquidation noch nichts gemeldet, dennoch solches von selbsten unter allen liquidiren verstanden wird, auch darauf bereits fol. 45. b in rat. dec. abgezielet ist; ferner wenn Beklagter von dem Post sub N. II. 3. nicht abgehen wolte, er die recognition der beyden documenten, worin der Klägere exception lieget, nothwendig thun, sonsten aber weil er unbefugter Weise der Klägere Betten gebrauchet, und dessen vollkommen überführet ist, solchen Schaden billig erstatten, oder ein gewisses vor den Gebrauch geben muß, so arbitrio iudicis etwa auf 12. Gr. zu setzen.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE AVGVST. MDCCXXXIII.

Ad Lib. XIX. T. II.

RESPONSVM CCCXXII.

THEMATA.

I. Vtrum conductor damnum ædificii vel inuentarii incendio consumti subeat?

II. Qualis æstimatio rerum inuentario insertarum periculum in conductorem transferat?

III. Damnum, ob dilatam ædificationem conductori datum, a locatore est resarciendum.

IV. *Ius retentionis debitum absolute liquidum non supponit.*

V. *Retentio periculum coniunctum non habet.*

SVMMARIA.

Conductor regulariter ad casum fortuitum non tenetur n. 1.

Conductori datur remissio mercedis n. 2.

Locarium pro fructuum perceptione soluitur n. 3.

Quale damnum incendio datum ferat conductor? n. 4.

Casum sentit dominus n. 5.

Fructuum perceptorum damnum pertinet ad conductorem n. 6. 7.

Nisi pacto aliud prouisum n. 8.

Remissio ad damnum in fructibus nondum percepiis datum est restringendum n. 9.

In locatione prædiorum rusticorum multum spei occurrit n. 10.

Conductor, qui res proprias amittendo inuentarium locatoris ex incendio seruauit, indemnis seruandus n. 11.

Negotiorum gestori, quod occasione negotii gesti abest, resarciendum est ibid.

Mandatario damnum per mandati executionem datum resarciendum n. 12.

Gestor, qui ab initio viliter gessit, de casu non tenetur n. 13.

Quantitas non perit n. 14.

Æstimatio venditionis gratia adiecta transfert dominium n. 15.

Conductor casus in se recipere potest n. 16.

In locatione fundi vel inuentarii nec dominium, nec periculum transfertur n. 17.

Æstimatio inuentarii nec dominium, nec periculum in conductorem transfert n. 18.

Quia in dubio taxationis caussa censetur adiecta n. 19.

Pacta ex intentione communi contrahentium explicanda n. 20.

Inuentarium est accessorium fundi conducti n. 21.

Licet conductor periculum singulorum pecorum ex inuentario subeat, ad vniuersale damnum subeundum non obligatur n. 22.

Pactum, quo casum suscipit conductor, ad damnum in fructibus datum, non in inuentario contingens, restringendum n. 23.

Locator efficere debet, vt frui liceat re conducta n. 24.

Alioquin conductori de damno tenetur ibid.

Imprimis si locator in mora extruendi ædificia est n. 25.

Cui præsumtio resistit, is onus probandi subire debet n. 26.

Quod ad præsumtiones iuris, non hominis restringendum n. 27.

Culpam allegans eam probare tenetur n. 28.

Negantis nulla est probatio n. 29.

Iuramentum super facto pupilli tutori deferri nequit n. 30.

Bene tamen super facto proprio n. 31.

Iuramentum in litem in casu doli et culpæ tantum locum habet n. 32.

Iuramentum locum habet, si constat de debito, non item de quantitate n. 33.

Quod pro suppletorio habendum n. 34.

Ius retentionis debitum liquidum supponit n. 35.

Quamuis sufficiat, si facile liquidum fieri potest n. 36.

Possessio per lubricum cautionis non auferenda n. 37.

Ius retentionis periculum rei coniunctum non habet n. 38.

A culpa tamen retinentem non liberat n. 39.

Vnde expedit res retinendas rite consignare n. 40.

Conductor ad onera realia non nisi ex pacto tenetur n. 41.

Die

Die mir zugeschickte facti species bestehet in folgenden Umständen:

Es ist anno 1739. zu Z. in H. G. T. Hofe Feuer ausgekommen, welches zugleich das dabey liegende W. Anspänner-Guth in solcher Geschwindigkeit ergriffen, daß dessen Wohnhauß, Scheure und Ställe, Getreydig, Tauben ꝛc. ohne daß es zu retten möglich gewesen, dadurch verzehret worden, ausser daß der damahlige Pachter das ihm pro inuentario übergebene Vieh, mit Hindansetzung seiner eigenen Meublen noch würcklich gerettet. Als nun das W. Anspänner-Guth wiederum erbauet werden sollen, so hat der Pachter sowol Baufuhren gethan, als baares Geld zu diesem Behuf laut doc. sub C hergeschossen, gleichwol ist der Bau nicht dergestalt beschleuniget worden, daß die Ernte vom Jahr 1739. trocken in demselben bewahret werden können, mithin das Getreyde in Thiemen gesetzet werden müssen, woher dann geschehen, daß vieles Stroh sowol als Getreydig verdorben, oder von den Vögeln gefressen worden. Ferner die Pferde und Rindvieh bey darauf einfallenden harten Winter wegen ermangelnder warmen Ställe theils crepiret, theils ungedeyig geworden, und die rechte Nutzung nicht geben können, wie dann die Scheune und Ställe erst 1740. hingegen das Wohnhauß bis dato noch nicht ausgebauet ist, ohngeachtet das T. Guth bereits 1739. wiederum in völligen Stand gewesen ist. Da nun die geschlossene 6. Pacht-Jahre jetzo zu Ende gehen, so wird gefraget;

Quæstio I.

Ob die W. Kinder Pächtern nicht das verbrandte Getreyde, oder wenigstens das Stroh, so er doch hernach zur Fütterung und Mistung kaufen müssen, zu erstatten, ingleichen den an seinen eigenen mobilien bey dem Brandt erlittenen Schaden zu vergüten verbunden sind?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, was die erste Frage betrifft, dem Pächter wegen derer verbrandten Früchte zustatten kommen möchte, daß 1) überhaupt
1 kein conductor einen Unglücks-Fall, wenigstens der Regul nach, zu tragen schuldig sey,

l. 31. ff. locat.

vielmehr 2) in solcher Absicht bey erfolgten
2 Mißwachs demselben die Gesetze einen billigen

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

remiss an dem schuldigen Pacht-Gelde zu sprechen, *Ad Lib. XIX. T. II.*

l. 15. §. 2. seq. ff. locat.

und eben diese ratio 3) bey dem gegenwärtigen Fall, da nach der Erndte durch Feuersbrunst das Unglück geschehen, pro admittenda indemnisatione militiren möchte, da
3 gleichwol das Pacht-Geld pro perceptione fructuum gezahlet wird,

STRYK *in V. M. tit. locat. §. 51.*

einfolglich 4) der Billigkeit gemäß zu seyn scheinet, daß, da ähnlicher jenes nicht erfolget, sondern dem Pächter alles verbrandt, auch dieses nicht gesodert, oder allenfalls dem Pächter der Schade gut gethan werden müsse, bevorab 5) dieser bey dem Brandt nicht allein Stroh und Getreydig verlohren, sondern auch in den Stand gesetzet worden, daß er vor das nächst folgende Jahr in Mangel eines Vorrathes der-
4 gleichen mit vielen Kosten anschaffen müssen, da hingegen was ihm von seinen eigenen meublen im Rauch aufgegangen, denen Verpächtern um destoweniger zur Last geleget werden möchte, je offenbarer ist, daß das Feuer durch böse Leute angeleget worden,

arg. l. 41. D. locat.

und also kein Grund vorhanden, warum man den daraus entstandenen Schaden auf den Verpächter schieben, hingegen den Pächter als Eigenthums-Herrn davon frey sprechen wollte, quum tamen casum sentiat domi-
5 nus,

l. 23. in f. de R. I.

solchergestallt also zwar was jenen, nicht aber was diesen Punct betrifft, vor den Pächter gesprochen werden könte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) in denen Gesetzen klärlich versehen, daß ein Pächter das Eigenthum derer Früchte auf dem gepächteten Grund-Stücke von der Zeit, da er solche separiret, und also percipiret, vollenkommen erhalte,
6

§. 36. I. de R. D.

l. 26. §. 1. l. 61. §. 8. D. de furt.

hieraus aber 2) nothwendig folget, daß gleichwie einen jeden casum fortuitum der Eigenthümer tragen muß, also auf gleiche Weise
7 dieser durch den Brandt erlittene Schade auf den Pächter als solitarium dominum falle,

CARPZ. *P. II. C. 37. def. 20.*

VALASC. *de iur. emphyt. qu. 27. n. 90.*

CARPZ. *P. II. C. 37. def. 20.*

in welcher Absicht 3) von denen Rechts-Gelehrten einem Pächter dieses zur cautel angegeben wird, daß er sich wegen derer in fructi-

Ad Lib. X. T. II.

bus perceptis äusernden Unglücks-Fälle bey dem Kauf-Contracte prospicire, und dem sonst ohnfehlbar zu tragenden Schaden vorbeuge,

8 STRYK *de caut. contract. S. II. c. 9. §. 20.*

auch was 4) in denen Gesetzen von der remissione locarii auf die damna in fructibus nondum perceptis, sed adhuc pendentibus contingentia geordnet, ad consequentiam nicht 9 gezogen, weniger ad fructus perceptos applici̇ret werden kan,

l. 25. §. 6. locat.

c. propter sterilitatem 3. X. eod. ibid. Dd.

bevorab 5) mit Pachtung derer prædiorum rusticorum ohnedem ein grosser hazard verknüpffet und nicht möglich ist, allezeit den Pächter gegen alle Unglücks-Fälle in den Stand zu setzen, daß er seine Früchte, davor er das Pacht-Geld zahlet, hauswirthlich an- und ausbringe, da die obligatio des Verpächters a momento perceptionis in Absicht auf 10 die Früchte aufhöret, und deren Verunglückung so wenig von ihm, als von einem Verkäuffer noch geschlossenem Kaufe gefodert werden kan, daher 6) ein Pächter sich selbst zu imputiren hat, wann er sich angeführter massen, da er die Möglichkeit derer Unglücks-Fälle vorher sehen konnen, nicht gegen den Verpächter prospiciret, einfolglich bey diesen rationibus auch 7 keine besondere und wahre Billigkeit dem Pächter zu statten kommt, anderer Gestalt die Gesetze selbst und deren ratio offenbar umgestossen würden, cuiusmodi æquitatem tanquam cerebrinam doctores rectè reiiciunt,

THOMAS *de cerebr. æquit. l. 2. C. de rescind. vendit. ab imt.*

und dann allhier der Pächter bey seinem Pacht dieses Zufalls wegen nichts abgeredet, das verbrandte Getreyde aber damahls, als das Feuer ausgekommen, ohnstreitig sein Eigenthum gewesen, also nach dem Exempel anderer Eigenthums-Herren diesen Schaden tragen, ja aus eben diesem Fundament neu Stroh zum Futter und Mistung aus dem Seinigen mit grosser incommodität anschaffen müssen, da hingegen 8) daß er um nur das Vieh nach dem Inuentario zu retten, seine eigene Sachen verbrennen lassen, ihm nicht unbillig eine in- 11 demnisation von dem Verpächter angedeyhen muß, bevorab er bey dieser Rettung nicht sowol seinen eigenen, als vielmehr des Verpachters, dem das Vieh gehöret, Nutzen würcklich geschaffet, und also als dessen negotiorum gestor anzusehen, gleichwol denen Rechten gemäß, vt principalis gestori resarciat, quod ipsi occasione negotii gesti abest, h. e. quod ex suo patrimonio, administrando alienam rem, amisit, ne officium suum ipsi sit damnosum

l. 2. ff. de neg. gest.

welches principium 9) so gar auch bey einem 12 mandatario, qui, dum administrauit rem alterius, proprii patrimonii dispendium passus est, statt findet, und eine billige indemnisation nach der Römischen Juristen Meinung nach sich ziehet,

l. 61. §. 5. de furt.

VOET. *ad ff. tit. mandati §. 13.*

einfolglich allhier auch dem quæstionirten Pächter, man mag ihn nun bey dieser Sache als einen mandatarium, oder negotiorum gestorem ansehen, zu statten kommen muß, und obgleich 10) in dem kurtz darauf folgenden harten Winter dennoch das meiste von dem geretteten Vieh darauf gegangen, dennoch es auch hier heisset: sufficit, si initio negotii inspecto 13 vtilitas alterius promota fuerit, etsi effectum non habuerit,

l. 10. §. 1. de neg. gest.

l. 10. C. eod.

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß der Pächter den durch das verbrandte Stroh und Korn erlittenen Schaden selbst tragen, hingegen wegen seines ihm bey Gelegenheit des geretteten Viehes durch das Feuer zugestossenen Verlustes billigmäßige Ersetzung von dem Verpächter zu fodern hat.

Die andere Frage betreffend:

Quæstio II.

Ob der an dem Haus-Inuentario und Feder-Vieh durch den Brandt erlittene Schade über den Verpächter gehen müsse?

Rationes dubitandi.

Obwol das, dem geretteten Vieh ohngeachtet, verbrandte Inuentarium nebst dem Feder-Vieh auf der Gefahr des Pachters stehen möchte, gestalten 1) ihm nicht allein nach einer gewissen Anzahl die dazu gehörige Stücke übergeben worden, dergestalt, daß er nicht eben dieselbige, sondern von gleicher Güte und Anzahl bey Endigung der Pacht wieder liefern 14 solle, einfolglich Pächter pro debitore quantitatis zu halten, quæ non perit,

l. 11. C. si cert. petat.

sondern auch 2) alle und jede Stücke nach wörtlichem Inhalt des sub A beyliegenden Contracts taxato ihm zugeschlagen worden, als wodurch Verpächter ihm solche gleichsam verkaufft, und also deren Eigenthum, cuius sequela est periculum, transferiret, nam 15 æstimatio venditionis gratia adiecta ordinarie dominium transfert cum periculo,

l. 10. ff. de iur. dot.

nicht

nicht zu gedencken, daß 3) Pachter laut beyliegenden Contracts in Ansehung des leidlichen-*locarii* die *casus fortuitos* an Wetter-Schaden, allzugrosser Nässe oder Dürre, Mäuse-Fraß, Heeres-Zug, Pestilentz übernommen, einfolglich auf seine eigene Verbindlichkeit diese Frage wider ihn decidiret
16 werden möchte, quum certi iuris sit, posse conductorem se ad casum obligare eoque facto eundem sentire debere.

STRYK *cit. l. §. 6.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) alle und jede menschliche Handlungen ex intentione contrahentium vornemlich zu erklären, und dann 2) bey gegenwärtigem casu ausgemacht ist, daß beyde Contrahenten nicht principaliter kaufen, oder ein dominium transferiren, sondern blos einen Pacht schliessen wollen und geschlossen haben, in diesem aber die blosse Nutzung auf den Pachter fället, hingegen der verpachteten Sache Eigenthum dem Verpachter verbleibet, welches 3) sowol von dem fundo selbst, als einem nebst demselben verpachte-
17 ten Inuentario zu sagen, da beydes blos dem Gebrauch nach einem Pächter übergeben, und von diesem angenommen wird, mithin so wenig das dominium et periculum fundi pro absolute translato zu halten, eben so wenig 4) das Eigenthum des auf gleiche Weise verpachteten inuentarii einem Pachter schlechterdings gehöret, und obgleich 5) solches pro taxato pretio, wie allhier geschehen, zugeschlagen wird, dennoch solches blos ex natura rei, weil solches Vieh und andere Inuentarien Stücke entweder durch den Gebrauch aufgerieben, oder ohne Verzehrung nicht füglich genutzet werden, geschicht, dadurch aber das negotium nicht aufhöret ein Pacht zu seyn, und nach denen regulis locationis, secundum quas dominium non transit in conductorem, æstimiret zu werden, vielmehr dessen Eigenschafft so
18 wol bey dem Hofe selbst, als auch dem zugleich in Pacht gegebenen inuentario behalten, mithin vi iuris dem Verpachter, nicht aber dem Pachter, gehöret, oder auf dessen Gefahr stehet, dabey dann 6) die, præuia taxatione, geschehene An- und Zuschlagung nichts ändert, wohlerwogen eines Theils die æstimatio nicht sowol venditionis absolutæ als taxationis causa geschicht, wenigstens in dubio geschehen zu seyn vermuthet wird, in welchem Fall
19 offenbar die res taxata sub dominio concedentis verbleibet,

CARPZ. *P. II. C. 37. def. 16. in f.*

FABER *in C. Sabaud. lib. IV. tit. 41. def. 19.*

andern Theils aus der generalen intention, nach welcher die Partheyen nicht kauffen, son-
20 dern pachten und verpachten wollen, alle dergleichen pacta adiecta billig erkläret werden müssen, *Ad Lib. XIX. T. II.*

l. 33. de contr. E. V.

vid. diss. mea de interpr. fac. contr. eum, qui clar. loq. debuisset §. 15.

mithin wann gleich eine und andere Irregularitäten dabey vorkommen sollten, dennoch niemahls ein ander negotium, als worauf derer Contrahenten Haupt-Intention gegangen, unter ihnen vorgenommen zu seyn vermuthet wird, quum pacta non debeant operari vltra intentionem pacisentium,

l. 19. si cert. pet.

l. 16. de acquir. rerum domin.

bey welchen Umständen 7) der berühmte Strykius bey einem Pacht das Vieh- und Feld-Inuentarium nicht ohne Grund, als ein blosses 21
accessorium fundi locati ansiehet,

in V. M. tit. locat. in præiudic. §. 9.

quum licet æstimatum fuerit, in dominio locatoris maneat,

MOLLER *ad Const. Sax. 33. n. 10. p. 3.*

woraus 8) der natürliche Schluß zu machen, daß, so wenig das dominium und periculum fundi locati auf den conductorem fället, eben so wenig solches von dem accessorio gesaget werden könne, und obgleich 9) ein Pachter allenfalls facta æstimatione pecorum den einzelen Abgang des Viehes oder anderer zum In- 22
uentario gehörigen, aber nach und nach unbrauchbar gewordenen Stücke durch andere vom gleichen Werth vergüten muß, dennoch von diesem Fall auf einen generalen, dabey aber casuellen Verlust eines inuentarii nicht argumentiret werden kan, als dessen Ersetzung der intentioni contrahentium nicht allein, sondern auch aller Billigkeit zuwider laufen, und ein Pachter schlecht daran seyn würde, wenn er solche durch Feuer, Wasser und andere dergleichen Fälle verlohrne res conductas wiederum ersetzen sollte, und da 10) bey einem generalen Viehsterben kundbarer praxi nach ein Pächter, wann ihm, wie ordinair geschicht, das inuentarium pro pretio zugeschlagen worden, den Schaden nicht träget, also ex paritate rationis, bey dergleichen Feuer Schaden, so im gegenwärtigen Fall der Pächter an dem Hof und dessen Inuentario gelitten, eben diese decision Platz finden, und also allhier das neu angeschaffte in Feder-Vieh und Hauß Geräth bestehende Inuentarium bey Ablauf der Pacht von dem Verpächter wiederum vergütet werden muß, welchen allen 11) die in dem Pacht-Briefe übernommene casus fortuiti nicht im Wege stehen, welche, wie die daselbst specificirte Fälle und der context an die Hand geben, auch in vita communi es gemeiniglich genommen wird, blos von denen in fructibus nondum perce-

Ad Lib. XIX. T. II.

ptis sich äusserenden Unglücks-Fällen zu verstehen, also hieher, da der casus nicht an den fructibus, sondern denen um künftige fructus zu geniessen verpachteten Stücken selbst mittelst
23 des erfolgten Brandtes geschehen, keinesweges gezogen werden kan, der Pachter auch nicht wegen derer Früchte, sondern derer verbrandten Inuentarien-Stücken indemnisiret seyn will,

So mag der Pachter seiner verbrandten Inventarien-Stücken wegen an den Verpächter allerdings denen Rechten nach füglich sich halten und deren indemnisation fodern.

Quæstio III.

Ob Verpächtere nicht den durch versäumte Wiederherstellung derer Gebäude erfolgten Schaden zutragen?

Rationes dubitandi.

Bey der dritten Frage möchte zwar zweiffelhaft seyn, ob die so lange verzögerte Wiederherstellung derer Gebäude und der hieraus nachher dem Pachter zugestossene Schade derer Verpächtere Vormündern so sehr zur Last geleget werden könne, da zu dergleichen Haupt-Bau Zeit und Geld gehöret, einem Vormund aber oblieget, seiner pflegbefohlnen Capitalien nicht so fort, sondern pfleglich nach und nach, und also hauswirthlich in einen Bau zu stecken, da also bey dessen Beobachtung dieses auch alhier denen Vormündern zu statten kommen möchte, so will es fast das Ansehen haben, als ob der dem Pächter bey vorigem harten Winter, wegen nicht vollendeten Bau, an Vieh und Früchten zugestossene Schade als einen casum fortuitum selbst ertragen müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) der Verpachter in beyliegenden contract sich ausdrücklich anheischig gemacht zu sorgen, daß Pachter mit dem Seinigen im Trockenen liege, sein Getreyde nebst dem Vieh auch in Scheunen und Ställen nicht schaden leide, solches auch 2) ohnedem denen Rechten nach einem ieden Verpächter, wenn es gleich nicht abgeredet, oblieget, vt
24 omnia impedimenta remoueat, quibus conductor recte et commode frui prohibetur,

l. 25. §. 2. locati.

l. 15. pr. eod.

und was 3) in rat. dubit. von der Behutsamkeit, so einem Vormund in dergleichen Bau oblieget, angeführet ist, bloß von solchen Fällen, da kein periculum in mora, und es sich aufschieben lässet, nicht aber von nothwendigen Bau zu verstehen, dergleichen ein solcher, der an abgebrandten Pacht-Güthern vorgenommen werden muß, allerdings ist, weilen 4) andergestalt einem Verpächter das Pacht-Geld entgehet, quod præstare non tenetur conductor, si re illa ob casum frui non licet,

l. 27. pr. l. 32. ff. locat.

einfolglich, wann ein Vormund dieses vollkommen geniessen will, er sich auch dazu bereit- 25
willig finden lassen muß, ohne welches er solches nicht erhalten kan, anderergestalt und im Fall er es unterliesse, er seinen pupillen offenbahr, wider seine Pflicht, in Schaden bringen würde; wohlerwogen 5) der Pächter die Wiederaufbauung wider Willen zu übernehmen nicht verbunden, wiewol solcher allhier, so wol durch baaren Vorschuß als Beyfuhren seine Bereitwilligkeit denen Verpächtern es desto leichter zu machen, hinlänglich genug an dem Tag geleget, und denen Verpachtern alle wider ihre Saumseligkeit vorzubringende Entschuldigung dadurch ziemlich coupiret, aus welchen præmissis 6) die natürliche Folge einer wegen Unterlassung dergleichen Haupt-Baues erlittenen Schadens schuldige Ersetzung sich so fort ergiebet, auch dabey in quæstionirten casu desto weniger Zweiffel ist, ie deutlicher derer Verpächter culpa daraus an dem Tage lieget, daß ihr Nachtbar sein Haus bereits 1739. völlig wieder aufgebauet, sie hingegen noch bis dato kaum mit denen Ställen fertig geworden, hingegen an dem Wohnhause kaum den Anfang gemachet, was aber jenem zu bewerckstelligen möglich gewesen, von ihnen auch vollzogen, und der erfolgte Schaden præcauiret werden können, wiewol 7) dasjenige vor keinen Schaden gerechnet werden kan, daß Pächter seinem Anführen nach, grosse Thiemen machen, und dadurch viel einbüssen müssen, gestalten dergleichen auf dem Lande gantz gewöhnlich und ohne Schaden des Getreydigs bewerckstelliget, hingegen das darauf verdorbene Stroh zur Mistung nützlich gebrauchet werden kan, also dessen Ersetzung billig wegfällt.

So halte ich davor, daß der Verpächter den von Pächtern wegen verzögerter Wiederherstellung derer Gebäude erlittenen Schaden zu vergüten verbunden.

Die vierte Frage betreffend:

Quæstio IV.

Wer culpam beweisen müsse, und wann solches dem Pachter oblieget, ob er darüber denen Vormündern nicht den Eyd deferiren könne?

Ratio-

Rationes dubitandi.

Ob wol die in der vorigen Frage angeführte momenta die Fahrläßigkeit des Verpächters, wo nicht gäntzlich beweisen, dennoch dergestalt wahrscheinlich machen, daß daraus wider den Verpächter eine starcke Vermuthung entstehet, in denen Rechten aber eine ausgemachte Sache
26 ist, quod is probare debeat, cui resistit præsumtio,

l. 25. pr. §. 1. et f. ff. de prob.

solchergestalt also das onus probandi auf den Verpächter fallen möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch das angeführte principium nur allein bey præsumtionibus iuris statt findet, hingegen bey blossen præsumtio-
27 nibus hominis, dergleichen die angeführten sind, keinesweges zu appliciren ist,

MEV. *P. IV. dec. 355.*

vielmehr bey diesen es heisset: quod præsumtiones hominis adiuuent probantem et sic ad pleniorem fidem in probatione faciendam inseruiant,

COCCEI *de dir. prob. negat. c. 3. §. 8. 9.*

sonsten aber allhier das principium generale,
28 quod, qui culpam alterius allegat, eam probare teneatur,

l. 27. ff. de adm. tut. et cur.

CARPZ. *c. XI. def. 26. n. 7.*

statt finden muß, bevorab ohnedem wenn man den Beweiß auf den Verpächter schieben wolte, demselben das gemeine principium, quod
29 negantis nulla sit probatio,

l. 23. C. de prob.

LEYS. *ad ff. Sp. 255.*

gar leicht zu statten kommen würde, inzwischen bey der angefragten delatione iuramenti zwar der Zweiffel entstehen will, daß die Verpächter noch unmündig und sub tutela sind, die Gese-
30 tze aber nicht verstatten, vt tutor inuitus iuramentum pupillo delatum subeat,

l. 4. ff. de in lit. iurand.

SETSER. *de iuram. L. IV. c. 3. n. 34.*

gleichwol aber dieses bloß, quum super facto alieno pupilli iurare tutor iubetur, cuius notitiam is non habet, zu appliciren,

MEV. *P. VII. dec. 385.*

hingegen si tutori ob factum proprium de-
31 fertur, derselbe sich des Eydes nicht entbrechen darf,

l. 5. in f. C. de reb. cred.

MEV. *cit. l. in f.*

und dann in casu qu. der Eyd factum tutorum proprium eorumque negligentiam angehet, einfolglich dieser von denenselben nothwendig auf dem Fall der geschehenen delation abgeleget werden muß, in mehrere Erwegungen sie selbst den Pacht geschlossen, und vor die Wiederherstellung derer durch das Feuer verzehrten Gebäude sorgen sollen, wobey es dann freylich nöthig seyn wird, diejenigen Umstände, worinnen Pächter die negligentiam verborgen zu seyn vermuthen, specifice anzugeben und alsdann auf den Leugnungs-Fall darüber den Eyd zu deferiren. *Ad Lib. XIX. T. II.*

So halte ich davor, daß die culpa von dem Pächter erwiesen werden müsse, inzwischen demselbigen unbenommen bleibe, über die dahin zielende Umstände derer Verpächter Vormündern den Eyd zu deferiren.

Die fünfte Frage anlangend:

Quæstio V.

Ob nicht, da die gethanen Baufuhren und baar vorgeschossene Gelder, sowol als die erlittene Schäden liquid, **Pächter solche** per iuramentum **so fort liquid machen und sich dazu offeriren könne?**

Rationes dubitandi.

Ob wol sonst das iuramentum in litem in
32 casu doli vel culpæ latæ allein statt findet,

l. 68. de R. V.

l. 8. ff. de in lit. iurand.

dergleichen bey denen gegenwärtigen Schäden, so meistentheils fortuito casu sich geäussert, nicht vorhanden, einfolglich dessen applicatio allhier sehr bedencklich fallen möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Verpächter nicht in Abrede seyn können, daß sie dem Pächter an Baufuhren, baaren Vorschuß und erlittenen Schäden verwandt sind, und alle Zweiffel, so dabey entstehen könten, bloß auf den quanto, so zu einer rechtmäßigen Vergütung nöthig ist, beruhen möchten, in solchem Fall aber die Rechte klärlich versehen, vt quum constat de debito, circa quantitatem vero litigatur, actor mediante iuramento causam decidere pos-
33 sit,

l. 1. §. 40. depos.

c. 32. X. de iureiur.

solchergestalt aber dieser Eyd nicht eigentlich pro iuramento in litem, sed suppletorio a iudi-

Ad Lib. XIX. T. II.

iudice delato zu halten, beworab daraus, daß die Schuld in gewisser Massen eingestanden wird und nicht absolute geleugnet werden kan, des Klägers Foderung so gut als halb bewie-
34 sen ist, und der daran noch etwa fehlende defectus per iuramentum suppliret wird.

LEYS. *ad ff. Sp. 141. corol. final.*

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß die prætensiones des Pächters allhier nicht besser, als durch einen Eyd ad liquidum gebracht werden können.

Quæstio VI.

Ob er nicht, ohngeachtet seine prætensiones annoch illiquid, des iuris retentionis an dem Guthe sich zu erfreuen habe?

Rationes dubitandi

Bey der sechsten Frage möchte wol dem Pächter hauptsächlich im Wege stehen, daß alle seine Foderungen von denen Verpächtern noch nicht eingeräumet, weniger erwiesen worden, und also würcklich illiquide zu achten, denen Rechten nach aber kein ius retentionis anders, dann ob debita liquida statt finden könne,

CARPZ. *L. IV. Resp. 20. n. 19.*

35 diese Grentzen auch der Billigkeit gemäß sind, weilen sonst dieses jus zum offenbahren vinculo iniquitatis et iniustitiæ gedeyen, und einem ieden, qui rem alterius ex contractu tenet, frey stehen würde, unter allerhand faulen und nichtigen prætexten oder Foderung des andern Sache über die Gebühr an sich zu behalten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch es hinwiederum auf der andern Seite hart seyn würde, wenn man iemanden bey seiner gerechten Foderung das ius retentionis dergestalt sauer oder zu Wasser machen wollte, daß bey erfolgter einiger contradictione aduersarii man solches demselbigen so fort absprechen, und dergestalt allezeit ein debitum absolutum liquidum verlangen wolte, woraus aber das absurdum fliessen würde, daß zwar die Rechte in dem iure retentionis ein heilsam beneficium geleget, solches aber dergestalt eingeschrencket, daß es fast nicht applicabel sey, diesemnach wann von denen Rechtsgelehrten bey dem vsu iuris retentionis der Umstand eines debiti liquidi voraus gesetzet wird, man dadurch zwar die debita admodum illiquida excludiret, da hingegen denenjenigen den effectum retentionis begleget, quæ
36 vel liquida aut saltim maxime verisimilia sunt, vel mox et facile liquida fieri possunt,

l. f. §. 1. C. de compens.

MEV. *P. II. decis. 214.*

und dann die an Baufuhren, vorgeschossene Gelder, und am inuentario erlittene Schäden, Foderung, nicht allein mit der höchsten Wahrscheinlichkeit verknüpffet, sondern auch angeführter massen so fort, und sine mora ad liquidum deduciret werden kan, mithin ad producendum ius retentionis hinlänglich qualificiret sind, zu geschweigen, daß niemand sich aus dem Vortheil zu setzen, und sub lubrico cau- 37
tionis sich der possession zu begeben gezwungen werden kan.

STRYK. *de poss. per caut. non auf. c. 1.*

So mag der Pachter dieser seiner Foderungen wegen des iuris retentionis an dem verpachteten Kossäthen-Hof und dem dazu gehörigen inuentario sich wohl bedienen.

Quæstio VII.

Ob er auf solchen Fall das Vieh müsse taxiren lassen, oder wie weit er hierinnen zu gehen habe, daß ihm sein ius retentionis nicht zum Nachtheil gereiche?

Rationes dubitandi.

Bey der siebenden Frage möchte zwar eingewandt werden, daß, da das ius retentionis ein beneficium a lege concessum ist, solches auch dergestalt erkläret werden muß, vt effectum habeat et sic commodum afferat,

l. pen. ff. de const. princ.

THOMAS. *de interpr. benef. Princ. per tot.*

mithin der Pächter, wenn er sich allhier dessen 38
bedienet, nichts zu befürchten haben möchte, daß ihm solches zum Schaden gereichen könte, gestalten die Verpächtere, der retention ohngeachtet, das dominium behalten, und wann also gleich etwas davon zu Grunde gehet, solches auf ihr periculstehet, bey welchen Umständen nicht abzusehen, was vor præcaution der Pächter bey dem Gebrauch solcher retention zu nehmen, und zu solchem Ende das Vieh taxiren zu lassen Ursach habe.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch alhier nicht was Rechtens, sondern prudentiæ und dem Pächter zu Vorbeugung alles künftigen Schadens zu rathen sey, die Frage ist, da dann freylich nicht zu leugnen, daß, weilen der Pächter, wann er sich des iuris retentionis bedienet, ein possessor rei alienæ ist, derselbe nothwendig Rechnung 39
ablegen, und allen möglichen Fleiß bey Verwaltung der rei retentæ, ad instar omnium

admi-

administratorum, beobachten, folglich wann durch seine negligence etwas verlohren gehet, oder verdorben wird, solches dem domino ersetzen müsse, dahingegen von allen Unglücks-Fällen frey sey, bey welcher Bewandtniß der Pächter wohlthun wird, wann er theils alles, so er innen behält, coram iudice vel notario inuentiren, und hernachmahls durch geschworne Leute taxiren lässet, damit theils, wie viel und was er zurück behalte, theils was er, sofern durch seine negligence etwas verlohren gehen sollte, künftig zu ersetzen habe, so fort erhelle, und durch weitläuftige Processe hernachmals nicht erst eruiret werden darf, als welches der kürtzeste und sicherste Weg ist, allen künftigen Streitigkeiten vorzubeugen.

So halte ich davor, daß Pächter so wol bey der inuentur als taxation des Viehes und Hof-inuentarii am sichersten gehe.

Quæstio VIII.

Ob er nicht die jährlich an die Kirche zu Läsitz als einen Erb-Zinß gezahlte 2 Thlr. an dem Pacht-Gelde zu decourtiren befugt sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ad Lib. XIX. T. II.

Endlich scheinet zwar bey der letzten Frage dem Pachter zu statten zu kommen, daß die jährlich gezahlte 2 Thlr. Erbzinß von ihm nicht mit übernommen, er also ratione deren als ein negotiorum gestor anzusehen, und weil das debitum reale und also liquid ist, von ihm an dem schuldigen Pacht-Gelde füglich per modum compensationis abgezogen werden könne.

Dieweil aber dennoch der contract deutlich besaget, daß der Pächter unter keinem prætext das zu solchem Ende ohnedem sehr gering gesetzte locarium schmählern solle, so dann er darinnen alle *onera ordinaria* an Steuren, Erbzinsen ꝛc. wie sie immer sonst Nahmen haben, sie mögen in Gelde oder Früchten bestehen, ausdrücklich übernommen, gleichwol der quæstionirte Erbzinß allerdings als dergleichen onus reale anzusehen, ob er gleich nahmentlich darinnen nicht ausgedrucket worden, der Pachter also sich selbst zu imputiren hat, daß er dergleichen zu zahlen sponte übernommen.

So halte ich davor, daß der Pächter den quæstionirten Erbzinß an dem Pacht-Gelde zu decourtiren nicht befugt sey.

NOMINE PRIVATO.
MENSE IVNIO MDCCXLI.

Tit. IV. De rerum permutationibus.

DECISIO CCCXXIII.

THEMA.

Quatenus ex indossatione in bianco executiue agi possit.

SVMMARIA.

Ex cambio post acceptationem quis obligatur n. 1.

Exceptio N. N. P. in cambio, quod valutam continet, locum non habet n. 2.

Indossatario exceptiones non obstant, quæ indossantem concernunt n. 3.

Ex indossatione in bianco Hamburgi agi potest n. 4.

Non facile alibi n. 5.

Exceptio legitimationis semper opponi potest n. 6.

Simulac mandatum (Giro) suppletur, ex cambio in bianco indossato executiue agitur n. 7.

Indossatio per modum mandati vel cessionis fit n. 8.

Illo casu exceptiones indossatario obstant, quæ indossantem tangunt n. 9.

Acceptatio cambii personalis non obligat ad soluendum n. 10.

Verba personalia obligationem non inducunt n. 11.

Ad Lib. XIX. T. IV.

Auf gesuchte restitution in integrum und erfolgte Gesetze in Sachen S. H. P. Klägers an einem, und des seel. Hofmarschalls P. nachgelassener Witwe, modo dessen Erben, Beklagten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der gesuchten restitution ohngehindert bey dem n. act. 25. befindlichen, und den 10. Iul. 1733. eröffneten Urtheil billig verbleibet, jedoch mit dieser Erklärung, daß, wenn Kläger den Giro auf den Original-Wechsel durch I. I. H. gebührend ausfüllen lassen, und darauf klagen wird, alsdann ergehen soll, was Rechtens ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Kläger 1) dadurch grauiret zu seyn vermeinet, daß die Klage, immassen sie angebracht, als unstatthafft angesehen worden, da doch der von seel. Hofmarschall von P. ausgestellte sola Wechsel in allen richtig, und dawider mit Bestande Rechtens nichts eingewandt werden mögen, das indissoment auch in allen seine
1 Richtigkeit habe, ja der protest darthut, daß solcher acceptiret und de nouo die Bezahlung versprochen worden, welches billig in consideration gezogen werden sollen, zumahl 2) auf einen solchen Wechsel executiue verfahren werden könne, als welcher ein debitum liquidum in sich halte, und 3) die exceptio non numeratæ
2 pecuniæ bey dem Wechsel, worin die valuta befindlich, nicht statt finden könne,

STRYK *in vsu mod. tit. de rer. permut. §. 15.*

bevorab da Kläger ein tertius sey, an welchen der Wechsel indossiret worden, und welchen diese exception ohnedem nicht angienge,
3 vielmehr Beklagter sich allenfalls an den indossanten halten müsse, weil sonsten kein Mensch bey einem indossirten Wechsel sicher gehen würde, dahero denn 4) die exceptiones, daß der Wechsel nicht des Beklagten Erblasser, sondern den seel. Hertzog von Sleswig-Holstein-Plön angegangen, und er ordre gehabt, alle Wechsel in seinem Nahmen zu acceptiren, imgleichen, daß der indossant wegen dieser Wechsel-Schuld sich bereits bey des hochseel. Hertzogs Erbschafft gemeldet, und ipso facto erkant, daß dieses debitum cambiale zu den Hertzoglichen passiuis gehöre, ihm gar nicht opponiret werden mögen, weil dieses lauter facta eines tertii zu achten, so ihm nicht opponiret werden können, da er aus seinem indossement klage, den Wechsel dem seel. Hofmarschall præsentiren lassen, derselbe die Bezahlung versprochen, und dadurch sich ihm von neuem zur Bezahlung engagiret, endlich 5) das indossement in blanco zwar angefochten werden wollen, dennoch solches eines Theils an vielen Orten gültig, und die Erfüllung des Giro nicht eben nöthig sey, andern Theils laut Beylage sub signo ⊙ n. 37. vier Notarii, welche in dergleichen Wechsel-Sachen in Hamburg wohl erfahren, attestiret, daß der Inhaber eines Wechsel-Briefes, wenn er debite protestiren lassen, aus einem indossement in blanco eben so gültig klagen 4
könne, als wenn das indossement ausgefüllet, dergestalt, daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn Beklagter condemniret werden, und vielmehr 6) in die Bezahlung der Unkosten condemniret werden sollen, da im Gegentheil Kläger darin verdammet worden, ohngeachtet er eine klare Wechselschuld vor sich habe.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) der n. act. 1. sub lit. A befindliche protest darthut, daß der 5
Wechselbrief zwar von dem seel. Hofmarschall von P. an I. I. H. ausgestellet, an itzigen Kläger aber von diesem in blanco indossiret sey, dergleichen indossement nach denen meisten Wechsel-Rechten nicht allein verbothen, weil dabey viel Betrug und Gefährlichkeit vorgehen können, sondern auch überhaupt ein solcher Wechselinhaber sich dazu eben so wenig legitimiren kan, als ein blanquet zur Vollmacht, worauf die Vollmacht nicht extendiret, keinesweges pro legitimatione angenommen wird,

CARPZ. *P. I. c. 1. def. 28.*
LVDOVICI *in* Wechsel-Proceß *c. IV. §. 25.*

da doch die exceptio legitimationis so wich- 6
tig ist, vt eius defectus semper actori opponi queat, repellatque omnem agentem,

LVDOVICI *diss. de legitim. ad caus. per tot.*

wenigstens vor Erfüllung des Giro nicht executiue geklaget werden kan, welches Kläger leicht wahrnehmen, und wenn es mit indossirung des Wechsels richtig, verschaffen können, daß der Jude I. I. H. das Giro so fort bey der Klage noch ausgestellet hätte, so er aber unterlassen, und dahero kein geringes indicium, daß es mit dem indossement in blanco nicht gar zu richtig sey, erwächset, allermassen ohnedem die acta geben, daß gedachter H. bereits agnosciret, daß diese Schuld eigentlich den Höchstseel. Hertzog von Schleßwig-Holstein-Plön angehe, und der seel. Hofmarschall von P. nur auf dessen ordre denselben ausgestellet, mithin nunmehr nicht eben bona fide gehandelt haben würde, wenn er den Wechsel, zur Last des Beklagten, debito modo indossiret und auf Klägern transferiret hätte, welches aber noch zur Zeit auszusetzen. Da ad 2) der Mangel des indossements das vornehmste momentum ist, weswegen aus diesem Wechsel nicht executiue von Beklagten geklaget werden mögen, dahero auch die ICti Lipsienses

nur

nur die Klage angebrachter Massen, nicht aber in totum aberkant, wir aber diese nöthige Erklärung um deswillen hinzugethan, weil Kläger sich ebensfalls daraus, daß auf solche dunckele Weise erkant sey, beschweret, andey ihm Anweisung gegeben, daß, wenn er mit seiner Klage fort zu kommen gedencket, er vor allen Dingen den Giro, und zwar von I. I. H. ausfallen lassen, oder sich sonsten zu dem Wechsel gebührend legitimiren müsse, aller Massen man auch noch nicht aus diesem unrichtigen indossement sehen und abnehmen kan, ob dasselbe per pro cura, oder per viam cessionis, daß Kläger davon Eigenthümer seyn solle, geschehen sey, und im ersten Fall ad 3) et 4) die exceptiones keinen geringen ingress haben werden, da Kläger alsdann nichts weiter als vor einen mandatarium zu halten, auch solches um desto glaublicher, dieweil H. sich nicht getrauet habe aus diesem Wechsel selbsten zu klagen, und er also nur bloß den Kläger durch das indossement in blanco bevollmächtiget, denselben auf solche Weise einzucassiren; übrigens die bey dem protest geschehene Versprechung der Zahlung so liquid und klar nicht ist, als Kläger wol vermeinet, da eines Theils diese Worte:

Es solle die Bezahlung dieses Wechsel-Briefes in kurtzer Zeit erfolgen,

pro impersonalibus zu achten, dadurch der seel. Hofmarschall sich nicht præcise zur Bezahlung verbindlich machen, sondern ihn bloß wegen der Bezahlung vertrösten wollen, cum etiam in constituto verba impersonalia obligationem nullam inducant, *Ad Liv. XIX. T. IV.*

AVTH. *si quando C. de constit. pecun.*

andern Theils dadurch des Klägers legitimation, wenn er darauf executiue klagen will, nicht ausgeschlossen ist, zumahl auch noch bey der Bezahlung die Ausfüllung des Giro vrgiret, und solche so lange suspendiret werden kan, wodurch denn die ratio quinta wegfällt, und ad 6) daraus von selbsten fliesset, daß Kläger, weil er sich zur Klage nicht legitimiret, und aus dem indossement in blanco nicht klagen können, in die Unkosten condemniret werden müssen, iedoch die bey diesem remedio verursachte expensen übergangen werden müssen, weil man die declaration dabey zu thun vor nöthig erachtet.

So ist geschehener massen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE APRIL. MDCCXXXVII.

DECISIO CCCXXIV.

THEMA.

Sostrum debetur medico, qui contra regulas artis non curauit.

SVMMARIA.

Medico, qui in curando peccauit, nil debetur n. 1.

Ex lege Aquilia tenetur medicus, qui curationem dereliquit, vel perperam medicamenta præbuit n. 2.

Excusatur medicus, cuius methodus curandi per collegium medicum probata n. 3.

Quin potius tunc ei sostrum debetur n. 4.

Pro arte peritis fortissima præsumtio militat n. 5.

Als derselbe uns angestellete con- und reconuention nebst erfolgten Verfahren in Sachen des Stadt-Chirurgi H. Klägern und Wiederbeklagten an einem, und des dasigen Commis-Wirths I. G. K. Beklagten und Wiederklägers am andern Theil, in denen beyden zurückkommenden volum. ꝛc.

Würde Kläger und Wiederbeklagter zuforderst seinen ad acta n. 24. abgestatteten Bericht vom 20. Febr. 1742. in allen und ieden Puncten eydlich bestärcken, so hat Beklagtens n. act. 25. gethanes Suchen, wegen Abhörung derer beyden vorgeschlagenen Zeugen gestalten Sachen und Umständen nach nicht statt, sondern es ist derselbe, alles übrigen Einwendens ohngehindert, die geforderte 57 Thlr. vor die Cur, ohne Abzug, Klägern binnen vier Wochen bey Vermeidung der Hülffe zu bezahlen schuldig, und mit der reconvention gäntzlich abzuweisen. V. R. W.

Ad Lib. XIX. T. IV.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter und Wiederkläger weitläuftig angeführet, daß Kläger sein Kind an dem nach den Blattern sich ereugenden Schaden am rechten Backen und dem osse zygomatico nicht secundum regulas artis curiret, ja so gar die Cur ohne erhebliche Ursache verlassen, und dahero so wenig vor dieselbe etwas fordern könne, als vielmehr schuldig sey, ihm wegen des dem Kinde im Gesichte zugefügten Schadens satisfaction zu geben, als wohin seine reconuention gehet, zu dessen Behuf er vrgiret, 1) daß Kläger selbsten in der ad n. 15. ad acta gebrachten Beylage sub signo ⊙ gestanden,
1 daß er nicht methodice oder secundum artem das gantze malum tractiren können, sondern sich nach des Patienten genie und Umständen betragen müssen, wie also einige callositäten derer musculen annoch verborgen seyn möchten, und wol anders nicht als durch eine kleine incision der Haut gäntzlich diesem wenigen Ueberbleibsel abgeholffen werden könte, welchen Vorschlag doch 2) der dasige Regiments-Chirurgus W. in der ad acta n. 15. gebrachten Beylage sub signo ♃ verworffen, vor gefährlich gehalten, und dabey, weil er etlichemahl bey der Verbindung gewesen, angezeiget, daß er den Schaden, so anfänglich ein geringer abscessus gewesen, nicht recht et methodice bisher curiret, dahero er ihm eine bessere methode gewiesen, welche aber Kläger aus blosser ambition verworffen, und seinem Kopf vielmehr in allen folgen wollen, so dann den Schaden mit unnöthigen Spritzen und Wiecken verdorben, und durch die caustica und durch fast täglich applicirten lapidem infernalem mehre kleine Geschwüre an dem gantzen Backen causiret, ja alles corrodiret, also theils durch caprice, theils durch ignorantz das Kind tractiret, welchem attestato um destomehr Glauben beyzumessen, als solches ab artis perito ausgestellet, darneben aber 3) Beklagter ad n. 25. articulos probatoriales übergeben, und darüber so wol itztgedachten Regiments-Chirurgum, als den Regiments- und Guarnison-Chirurgum D. endlich abhören zu lassen sich erbothen, welches Mittel um destomehr zu approbiren seyn möchte, weil in denen 85. articulis specifice alle Umstände der vorgenommenen und daraus geflossener unrichtigen Cur erhellen möchten, welche Beklagter in actis weitläuftig bereits bishero angeführet, bevorab da 4) des Klägers n. act. 24. abgestatteter Bericht, so das collegium medicum daselbsten gefordert, gar zu general zu seyn scheinet, und vieles darin vom Beklagten desideriret worden, darzu 5) Kläger ohne Noth die Cur verlassen, und dadurch seine negligentiam noch
2 mehr verrathen, davor also billig responsabel seyn muß, und vor sich nichts fordern möchte, cum ille etiam teneatur lege Aquilia, qui curationem dereliquit, et male secuit infirmum aut perperam ei medicamenta dedit,

§. 6. et 7. I. de L. Aquil.
art. 134. constit. Carol.

dahero es denn geschehen, daß 6) der Beklagte den Regiments- und Guarnisons-Chirurgum nach Klägers Verlassung annehmen müssen, welcher dessen Kind, laut attestati ad n. 15. sub signo ☽ binnen sechs Wochen curiret, und also daraus zu schliessen seyn möchte, daß Kläger die Cur nicht secundum regulas artis tractiret, sondern daß ihm dabey vorgeworffene übele Verfahren völlig beygebracht sey, oder wenigstens noch leicht durch die vorgeschlagenen Zeugen beygebracht werden könne.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch im ersten Urthel dem Beklagten der Beweiß, daß Kläger die Cur contra principia artis tractiret und imperite verfahren, referiret, an statt dessen aber, interposita appellatione, rechtskräftig in instantia appellationis erkant worden, daß das collegium medicum und medico-chirurgicum daselbsten, communicatis communicandis, ihr gegründetes Gutachten über die quæstionirte Cur abstatten solte, welche requisition auch geschehen, und das Gutachten des collegii medici darüber n. act. 22. erfolget, welches des Leib-medici Hr. Dr. W. attestatum völlig approbiret, anbey aber begehret, daß, weil itzt gedachter Leib-medicus die Cur nicht gantz abwarten, sondern wegreisen müssen, der Kläger, so lange er, nach Abwesenheit des Leib-medici Dr. W. die Cur allein tractiret, die gantze Cur samt dem methodo medendi schrifftlich ertheilen, und solche iuramento bestärcken möchte, welches allerdings vernünftig gewesen, und ohne Noth und Ursache von Beklagten angefochten worden, dem ohngeachtet Kläger n. act. 24. seinen Bericht abgestattet, Beklagter aber darüber das Gutachten des dasigen collegii medici nicht weiter verstatten wollen, sondern transmissionem actorum ad collegium extraneum medicum gesuchet, diesemnach solche acta an die hiesige medicinische Facultät verschicket worden, welche Klägern von der ihm beygemessenen Beschuldigung, daß er die Cur imperite tractiret, völlig absoluiret, welchem noch absonderlich das attestatum des Leib-medici Hr. Dr. W. sub n. act. 17. beytritt, welcher anfänglich die gantze Cur dirigiret, und das nach dem Blattern sich ereugende malum gantz anders als das passionirte attestatum des Regiments-Feldscherers W. angesehen, so auch das collegium medicum daselbsten sowol als die hiesige medicinische Facultät in allen Beyfall gegeben, jener aber des Klägers Fleiß und Cur dabey gerühmet, also nichts mehr billig und übrig ist, als daß der Kläger seinen abgestatteten Bericht von dem

dem methodo curandi nach Abwesenheit des
4 Leib-medici eydlich bestärcke, weil alsdann allem Zweiffel abgeholffen, und Beklagter zur Bezahlung des geforderten sostri schuldig seyn wird, welches zwar das collegium medicum auf 40 Thlr. vermindern wollen, dennoch solches darüber nicht requiriret ist, diese langwierige Cur aber durch die geforderte 57 Thlr. kaum ersetzet, hergegen Beklagtens reconuention gantz hinfällig wird, wogegen dann die rationes dubitandi nichts vermögen, angesehen ad 1) die Beylage sub ⊙ vom Beklagten verdrehet wird, als worin Kläger nur anzeigen müssen, daß er nach denen Umständen und Beschaffenheit des Kindes das malum nicht methodice tractiren können, als welches noch bey den Augen gewesen, und mit desto gröfferer Behutsamkeit tractiret werden müssen, also hier eine fallacia a dicto secundum quid ad dictum simpliciter begangen worden, wie denn der Leib-medicus ihn dabey von aller imputation ohnedem völlig befreyet, dagegen aber ad 2) das attestatum des Regiments-Chirurgi W. nicht zu attendiren, als welches durch und durch dessen passion anzeiget, und so wol von Dr. W. als hiesigen medicinischen Facultät verworffen worden, vielmehr des Hrn. D. W. attestatum Klägern zu statten kommt, daß er in dem ihm vorgeschriebenen tramite sich in allen gerichtet, und die Cur continuiret, anbey dieser Schade, wie der Regiments-Chirurgus aus passion anführet, kein geringer abscessus, sondern vielmehr ein boßartiges und hartnäckiges malum gewesen, und dahero ad 3) auf die übergebene articulos probatoriales um desto weniger zu reflectiren, als eines Theils dergleichen Beweiß bereits durch die appellationssentenz verworffen, und an dessen statt das Gutachten des collegii medici et chirurgici erfordert worden, andern Theils beyde Zeugen in hac causa wegen ihres grossen interesse und passion untüchtig sind, und nicht abgehöret werden können, hierüber ad 4) Kläger zur Gnüge so wol methodum medendi als die *Ad Lit. X I X. T. IV.* medicamenta, so er dabey gebrauchet, welche von der hiesigen medicinischen Facultät approbiret sind, in seinem Bericht specialiter angezeiget sind, auf deren Wahrheit es allein ankommt, so durch seinen Eyd bewerckstelliget 5 werden kan, da er als arte peritus ohnedem die grösseste præsumtion vor sich hat, und von allem widrigen Verdacht ihn der Leib-medicus befreyet, damit ihn der Regiments-Chirurgus wider die Gebühr belegen wollen, durch welchen Eyd dann auch zugleich ad 5) dargethan werden wird, daß er nicht ohne guten Grund die Patientinne verlassen, sondern vielmehr Beklagter durch sein hartes Verfahren ihn genöthiget aus dessen Haus zu bleiben, und zu verlangen, daß er die Patientinne zum Verbinden nach seinem, des Klägers, Hause täglich schicken solte, welches er doch nicht thun wollen, vielmehr lieber einen andern angenommen, auf welche unverantwortliche abandonirung des Beklagten der Bericht sub n. 24. mit gerichtet, und also auch hiedurch dieser Zweiffel aus dem Wege geräumet wird. Endlich auch 6) die wohllöbliche medicinische Facultät die Ursache, warum das Kind nach dieser Veränderung so bald curiret worden, angeführet, und solche darin gesetzet hat, daß Kläger meistens vorgearbeitet und reine Bahn gemachet habe, also es nachgehends desto leichter gefallen, die Heilung zu bewerckstelligen, mithin die reconuention nicht allein wegfällt, sondern Beklagter auch die 57 Thlr. bezahlen muß, iedoch, daß die expensæ tacite haben compensiret werden müssen, weil die Sache ohne Beklagtens Eyd nicht erörtert werden mögen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVNIO MDCCXLIII.

Tit. V. De præscriptis verbis.

RESPONSVM CCCXXV.

THEMATA.

I. Salarium ad certum tempus promissum quatenus operis non præstitis debeatur?

II. *Ob debitum, quod facile liquidum fieri potest, ius retentionis exercetur.*

III. *Indefinita promissio alimentorum efficax est.*

IV. *Editio documentorum a tertio peti potest.*

Ad Lib. XIX. T. V.

SVMMARIA.

Obligatio accessoria eandem habet conditionem, quæ contractui principali inest n. 1.

Promissio intelligitur sub clausula: rebus sic stantibus n. 2.

Ad iura renunciata non datur regressus n. 3.

Annuum salarium pro rata temporis et laboris debetur n. 4.

Non debetur salarium, si per salariarium steterit, quo minus operas præstaret n. 5.

Qui, conductore in mora existente, operas alii locauit, ab illo mercedem petere nequit n. 6.

Operis ad certum tempus locatis, totius temporis merces debetur n. 7.

Conditio pro impleta habetur, si is, cuius interest, eam impleri, implementum impedit n. 8. 15.

Salaria cum locario æqualem fauorem habent n. 9.

Totius temporis salarium debetur, si per salariarium non stetit, quo minus operas præstaret n. 10. 12.

Per pactum tertio acquiri potest n. 11. 23.

Conditio: rebus sic stantibus, *mutationem capitalem, non eam concernit, quæ a libero paciscentis arbitrio dependet* n. 13.

Geminata promissio eiusdem voluntatem infert n. 14.

Salarium non amplius debetur heredibus, si salariarius ante tempus præfinitum mortuus n. 15.

Locator operarum, qui per factum conductoris operas non præstitit, si non æquipollens lucrum alibi percepit, totius temporis mercedem et salarium petit n. 16.

Retentio debitum liquidum supponit n. 17.

Et cum re retinenda connexum n. 18.

Ob salarium debitum arrestum decerni potest n. 19.

Mandatarius finita administratione etiam ratione eius, quod absuturum creditur, agit n. 20.

Retentio fauorabilior est petitione n. 21.

Forum contractus ex arresto sit competens, etsi reus ibi non reperiatur n. 22.

Indefinita alimentorum promissio valet et a iudice determinanda n. 24.

Tertius ad edenda documenta tenetur n. 25.

Als derselbe uns eine facti speciem, nebst einigen Beylagen und vier Fragen ꝛc.

Hat Caius Plutarchus, ein Kaufmann aus Amsterdam, sich in eine, in dasigen Landen etablirte Secte begeben, einen grossen Theil seiner Gelder in gedachten Landen, bey dem Reichs-Graffen, Hr. Francisco und Hrn. Alfonso angeleget, und 300 mil. Fl. Reinisch auf 30 Jahr von an. 1743. bis 1773. dergestalt vorgeschossen, daß diese ihme dafür einige hinlängliche Land-Güther, theils zur Sicherheit und hypothec, theils zu Erhebung der fructuum statt der auf 4 pro cent verglichenen Zinsen, und der gleichfalls jährlich abgeredeten Capitals-Ablage übergeben und einräumen sollen, wobey die regulirung dieses Vorschusses und disfalls errichteten contracts von dem creditore Krafft der Anlage sub N. 1. dem Gavellano Dickæo aufgegeben, welcher zu der Zeit administrator von einem Hochgräflichen Schlosse zugehörigen intraden und Güthern benebst der Verwaltung der iurisdiction gewesen. Hat nun dieser an. 1742. bis 1743. des gesamten Geschäffts sich unterzogen, und solches dergestalt glücklich zum Stande gebracht, daß er dem creditori jährlich 4 pro cent (da er vorher nur 2 oder 3 pro cent zu der Zeit in Holland das Geld genutzet,) nebst anderen Neben-commodis an Transports-Kosten, agio, prouision und sonsten verschaffet, und die immission in die Güther bewürcket, darauf er dann vom creditore Plutarcho zum ordentlichen administratore auf die in dem Pfandcontracte gesetzete 30 Jahr angenommen, ihm sein salarium mit Zuziehung des Graffens Polypragmatici, so supremus Director sectæ ist und mit dessen consilio alles geschehen muß, laut Beylage sub N. 3. reguliret worden, dieser aber die administration der Güther sich unterzogen, und mit solcher Sorgfalt geführet, daß der creditor, nebst seinem interesse a 4 pro cent und accordirten Stücken Ablagen, jährlich 8119 Fl. 46 Cr. Ueberschuß und profit gehabt, so, daß der Nutzen, welchen derselbe dem Plutarcho verschaffet, sich auf 23645 Fl. 46 Cr. belauffet, derowegen auch dieser mit seines administratoris Führung wohl und dergestalt zufrieden gewesen, daß er seine Liebe und Erkäntlichkeit bey vieler Gelegenheit versichert, anbey laut Beylage sub N. 4. und 5. sich erkundiget: ob er auch so versorget würde, wie einem treuen Diener gebühre. Hat aber der Graf Polypragmaticus, Director sectæ, worunter Plutarchus ein Mitglied ist, Lust zu denen Güthern bekommen, und gesuchet, den Plutarchum, daß er ihm solche übergeben solle, laut N. 6. et 7. zu überreden, dessen Rentmeister Schmidt aber den Dickæum dahin zu bringen, daß er den Ueberschuß der Güther verdunckeln, und nach der Beylage sub N. 8. die Rechnung so einrichten solte, daß der Nutzen nicht so groß erscheine, wozu Dickæus sich aber nicht verstehen, noch dergleichen falsa begehen wollen, welches den ersten Grund zum Unwillen gegen ihn bey dem Hrn. Graffen Polypragmatico erreget, welcher inzwischen das eine Guth, worauf Graf Alfonsus 150 mil. Fl. empfangen, von Plutarcho cediret bekommen, endlich auch laut N. 9. von Hrn. Graf Francisco der anderen Güther cession erhalten. Hat aber Hr. Graf Franciscus, weil er den Herrn Graffen Poly-

Polypragmaticum in seinen Lande nicht weiter einnisteln lassen wollen, sich dieser cession widersetzet und befohlen, daß dem creditori die administration der Güther verbleiben und des Polypragmatici Anhänger sich nicht darauf feste setzen solten, deswegen auch Dickæus dem creditori Plutarcho angerathen, von der cession abzustehen, welcher sich doch mit dem Gehorsam entschuldiget, hergegen der Herr Polypragmaticus den creditorem, damit er von dem Herrn Grafen Francisco seinen consens erzwingen möchte, dahin unter der Hand gereitzet, das auf 30. Jahr vorgeschossene Capital aufzukündigen, in der Meinung, daß er nicht so leicht das Capital zu vier pro cent bekommen würde, welcher doch unverhofft die Loskündigung des Capitals acceptiret, und sich bereits zu Ablegung desselben auf Ostern 1749. angeschicket hat. Ist nun bey diesen Touren Dickæus bewogen worden, an Plutarchum zu schreiben, und ihn zu berichten, daß, weiln er zu dermahln andere Dienste anzunehmen Gelegenheit hätte, er seine gäntzliche dimission verlangete, welcher ihm aber in der Beylage sub n. 11. geantwortet, daß er, Dickæus, keine andere Dienste annehmen solle, und da er ihm bishero sein Salarium gegeben, und zum administratore auf 30. Jahr gesetzet gehabt, er ihm wohl thun wollte, welche Versicherung er auch sonsten sowol gegen Dickæum als andere, absonderlich gegen Ian Grafmann in anno 1747. in einem dem Dickæo gezeigten Briefe gethan, und dieser solches dancknehmig acceptiret, ja als Plutarchus einen, Namens Gongam, bevollmächtiget, um wegen Zurückbezahlung des Capitals und Zurückgebung der Güther zu tractiren, hat dieser M. April 1748. bey dem Dickæo den Antrag dahin gethan, daß, weiln sie doch nicht könten ab- und loskommen, auch sowol der Herr Graf Polypragmaticus als Herr Caius Plutarchus überzeuget wären, daß sie Dickæo zu seiner Befriedigung ein Capital geben müssen, ob er mit 12. mil. Fl. zufrieden seyn wollte, worauf Dickæus geantwortet, daß er sich billig und Christlich finden lassen wollte, welchen ohngeachtet nunmehr von Seiten des creditoris Plutarchi, der lediglich dem Herrn Grafen Polypragmaticum folgen muß, sich niemand mehr meldet, gleichwol dadurch Dickæus aus seiner ihm versprochenen 30jährigen administration gesetzet wird, dieserwegen dieser erstlich belehret seyn will:

Quæstio I.

Ob Dickæus nicht bey obigen Umständen befugt sey, von dem Plutarcho sein auf 30. Jahr versprochenes salarium und Natural-Gehalt nach der Beylage n. 3. zu fordern, oder wenigstens Lebens lang jährlich zu *Ad Lib. XIX. l. V.* **prætendiren, als es ihm in der Beylage n. 3. versprochen, und bishero verabreichet worden?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol dagegen angeführet werden möchte, daß 1) obgleich Dickæo die administration der quæstionirten Güther auf 30. Jahr pro annuo salario eingethan und versprochen sey, dennoch solches sich auf den mit dem Herrn Grafen Francisco errichteten Haupt-Contract gründe, nach demselben sich regulire, und da derselbe nicht länger als einige Jahr gedauret, dieser auch nothwendig aufhören müssen, und nicht länger dauren können, habet enim obligatio accessoria eandem naturam et conditionem, quam habet obligatio, seu contractus principalis, 1

l. 8. C. de iur. dot. c. 42. §. 6. de R. I. in 6.

CARD. TVSCH *lit. A concl. 76. n. 21.*

wie denn ohnedem 2) alle und jede Verbindlichkeit sub clausula et tacita conditione: rebus sic stantibus, zu verstehen, und da die Haupt-Umstände des gantzen negotii sich dergestalt geändert, daß nach Aufhebung des contractus antichretici, wozu Plutarchus Ursache gehabt zu haben vermeinet, die administration nicht fortdauren kan, und also folgen möchte, daß auch das salarium cessiren müsse; 2

c. 25. X. de iurei.

B. de COCCEI. *de clauf. subintell. reb. sic ſtantib.*

bevorab da 3), wie ex facti specie erhellet, finito contractu principali Dickæus seine dimission begehret, und also in die dissolutionem contractus accessorii, so sein salarium betrifft, ante tempus triginta annorum consentiret, und dahero allenfalls seines Rechtes, soferne er solches gehabt haben sollte, sich begeben, ad iura autem renunciata non dari regressum, expeditum est. 3

l. 17. §. 1. de acquir. hered.

l. 14. §. 9. de ædil. edict. l. 4. C. de pact.

wiewol auch 4) hiebey zu considériren, daß allhier ein annuum salarium pro opera et labore versprochen, quod regulariter tantum pro rata temporis et laboris, quo in illo contrahentes fuerunt, debetur, si per salariarium vel maxime non steterit, quo minus operas præstaret, quia semper salarium tacitam habet conditionem: si operæ fuerunt præstitæ 4

LANCER.

Ad Lib. XIX. T.V.

LANCFR. ZACHIA *de salar. qu. 22. n. 4.*

IACOB GOTHOFRED. *de salar. c. 6. §. 10.*

cessante enim onere, cessat præstatio, quæ intuitu illius oneris fieri solebat,

ZACHIA *cit. l. n. 7.*

dabey dann 5) auch nicht ausser Acht zu lassen, daß eines Theils Dickæus selbsten dazu mit Gelegenheit gegeben haben mag, daß der Haupt-Contract vor der Zeit von dem creditore Plutarcho aufgekündiget worden, weil er die cession der Güther an den Herrn Grafen Polypragmaticum dem Plutarcho sehr widerrathen, ohne Zweiffel also bey dem Herrn Grafen Francisco verhindert, daß er in die cession nicht gehelen wollen, so, daß man wohl sagen mögte, quod per salariarium steterit, 5 quo minus operas præstaret, quo casu non debetur salarium:

l. 38. D. locat.

GOTHOFRED. *de salar. cit. l. §. 11.*

andern Theils 6) Dickæus auch nicht einsten wissen kan, ob er die 30. Jahr, da er zu dieser Bedienung angenommen, überleben werde, da wohl ausgemachet ist, daß per mortem sein salarium, etiam ad 30. annos promissum, aufhören müsse: dritten Theils 7) es dahin stehen möchte, ob nicht Dickæus in andere Dienste treten, oder in den Diensten des Herrn Grafen Francisci bleiben werde, dergestalt er seine sustentation aliunde erhalten und dadurch schadlos gehalten werden würde, in 6 welchem Fall abermal kein salarium gefordert werden kan,

l. 19. §. 10. D. locat. cond.

dergestalt es scheinen will, als wenn Dickæus in seiner intention nicht gegründet sey.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch anfänglich voraus zu setzen, daß nach der Beylage sub n. 3. in Gegenwart Plutarchi, dessen Ehe-Frau Amaliæ, des Herrn Grafen, Polypragmatici, Rath und Rentmeisters Schmidt und anderer membrorum dem Dickæo die administration der sämtlichen unterpfändlichen Güther auf die accordirte 30. Jahr übertragen, und ihm jährlich wegen Kleidung, Thee und Caffé 400. fl. und darneben accordiret ist, daß, was er mit seiner Familie an Essen, Trincken und Unterhaltung seiner gantzen Oeconomie nöthig haben werde, er vor Rechnung Caji Plutarchi anschaffen, und das dazu erforderliche Geld sowol als alle naturalien jedes Jahr Plutarcho an- und zurechnen solle, dergleichen Bestallungen allein unter dieser Art Leuten gewöhnlich sind, also hieraus anfänglich offenbar ist, daß Dickæus auf 30. Jahr zum administratore der quæstionirten Güther angenommen, bestellet und ihm darneben ein jährlicher Gehalt, more illi sectæ proprio, assigniret worden, also hier kein dergleichen casus vorhanden, da indefinite jemand seine Mühewaltung, und also allein pro rata temporis bezahlt und belohnt bekommet, in welchem Fall niemand mehr, als er gearbeitet, verdienet, und daher nichts mehr fordern kan, da hergegen in operis ad certum et definitum tempus promissis es sich gantz anders verhält, in welchem Fall ein salariarius sein salarium bis auf die bestimte Zeit fordern kan, absonderlich si non per eum, sed per conductorem, 7 seu cui operæ præstandæ, steterit, quo minus operæ præstari queant. Quamuis enim salarium debeatur sub conditione, si operæ præstitæ fuerint; quoties tamen per eum, cuius interest, conditionem impleri, 8 fit, quo minus impleatur, habetur, ac si conditio impleta fuisset,

l. 24. D. de condit. et demonst. l. 161. de R. I.

proinde qui operas locant, totius temporis mercedem accipere debent, si per eum non steterit, quo minus operas præstet, sed tantum per conductorem,

l. 38. pr. D. loc. cond.

FRANZK. *ad tit. loc. cond. n. 190.*

welches auch auf die salaria mit desto mehrern Recht zu appliciren ist, als solche mit der causa mercedis æqualia fauoris iura haben, und dahero auch denen salariis aduocatorum bey- 9 geleget sind.

in cit. l. 38. §. 1. loc.

GOTHOFRED. *cit. l. c. 13. §. 1.*

Da nun auch hier es auf den casum ankommt, da der Dickæus auf 30. Jahr salario constituto, zur administration der quæstionirten Güther angenommen ist, und er seine Sachen und Oeconomie darnach eingerichtet, daß er die bestimte 30. Jahr durch seine getreue Dienste verrichten könte, es auch die obligatio reciproca erfordert, daß ihm das geschehene Versprechen gehalten, oder er dabey allenfalls indemnisiret werden müssen, tunc enim integrum salarium officiali debetur pro toto tempore, quo operas promisit, non secus ac si realiter et cum effectu operas præstitisset, dummodo paratus fuisset ad operas præstandas, et tantum per conductorem steterit, quo minus operas salariarius præ- 10 staret,

l. 19. §. 9. D. locat.

ZACHIA *de salar. cit. cap. 22. n. 9.*

welches alles hier um desto mehr zu appliciren, da Dickæus mit solcher Treu und Fleiß die administration bishero geführet, daß er anfäng-

anfänglich gleich dem Plutarcho einen grossen Vortheil sowol an Zinsen als an Transport-Kosten, agio, prouision und courtage verschaffet, darneben jährlich 8119. Fl. 46. Cr. Ueberschuß ihm profitiret, welches auch Plutarchus agnosciret, und darüber sehr nach der Beylage sub N. 4. und 5. besorget gewesen, ob er auch recht, so wie es einer, der es verdienet und auch passiren kan, versorget sey, welchem noch beyzufügen, daß er seine ausnehmende Treue dem Plutarcho dadurch erwiesen, daß, wie des Herrn Grafen Polypragmatici Rentmeister und Rath, Schmid, ihn listiger Weise verleiten wollen, ein falsum in der Berechnung der Revenüen zu begehen, und nach der Beylage sub N. 8. angerathen, die Rechnung so einzurichten, daß der Ueberschuß versteckt und occultiret werde, und nicht so groß heraus kommen möge, als er würcklich gewesen, auch zu dem Ende er ihm ein gewiß modell in der Beylage sub N. 8. vorgeschrieben, Dickæus dennoch als ein redlicher Mann, welcher dergleichen listige Anschläge verabscheuet, nicht an sich kommen lassen wollen, ohngeachtet dieses den ersten Grund bey dem Herrn Grafen Polypragmatico zum Widerwillen gegen ihn erreget haben mag, allermassen denn auch Plutarchus dieses alles wohl erkant, und nachdem er endlich per pias artes zur cession gebracht worden, wozu er nach der Beylage sub N. 6. keine Lust gehabt, aber doch endlich obedientiam passiuam præstiren müssen, er dabey wohl gesehen, daß nunmehro des Dickæus administration, so mit des Hrn. Grafen Polyarchici Absichten nicht übereingekommen, nicht länger bestehen und weiter continuiret werden könten, er sich doch zu aller Schadloßhaltung schuldig erkant, ja als Dickæus, rebus sic stantibus, in an. 1747. seine dimission in Ansehen, daß er zu dermahln andere gute Dienste anzunehmen Gelegenheit hätte, begehret, Plutarchus laut Beylage sub N. 11. im Monat Iun. 1747. darin nicht willigen wollen, sondern an ihn geschrieben:

> Nehme er bey Leibe keine andere Dienste an, und dencke, daß er mir nicht aus dem Gedancken kommt: er hat mir wohl gethan, das will ich wieder thun, und soll mir nicht was anders in Gedancken lassen setzen;

nicht weniger vorher offte gegen andere und Dickæum selbst sich heraus gelassen: Dickæus solle keinen Mangel mit Weib und Kindern haben, so lange er mit seiner Frauen lebte; so dann in einem an Jan Grafmann geschriebenen Brief, den dieser in anno 1747. Dickæo vorgezeiget, und er also Wissenschafft davon bekommen, diesen versichert, daß, wenn über kurtz oder lang meine Sachen mit dem Herrn Graf Francisco ein Ende nehmen, und die Güther zurück gegeben werden sollten, er Dickæo in dasigen Landen ein Guth verschaffen wolle, davon er und die Seinigen ihre sustentation erhalten, und Zeit Lebens versorget seyn sollten, worin noch eine weit grössere Verbindlichkeit als in der 30jährigen Verbindlichkeit stecket, als welche mit der Zeit aufgehöret haben würde, diese aber beständig bleibet, auch dabey nicht hindern will, daß solches Versprechen gegen einem tertio declariret sey, vnde de iure Romano non nascitur actio, dieweil nach teutschen Rechten solches sich gantz anders befindet, wenn dem tertio solches angezeiget ist, 11

Ad Lib. XIX. T. V.

BRVNNEM. *ad l. 25. de pact. in f.*

de BERGER *in œcon. iuris lib. III. tit. 3. §. 3.*

STRYK *in vs. mod. ad tit. de pact. §. 12.*

BÖHMER *de iure ex pacto tertii quæs. c. 2. §. 4. sqq.*

welches auch dem iuri naturæ gantz gemäß ist,

GROT. *de iur. belli et P. lib. II. c. XI. §. 18.*

und dahero auch die Käyser mit der Zeit, restituta humaniori iurisprudentia, actionem vtilem passim gegeben haben.

l. 3. C. de donat. sub modo.

Endlich auch, da Plutarchus einen Namens Gonga bevollmächtiget, wegen Zurückgebung der Güther nach aufgekündigten contract zu tractiren, dieser dabey M. April a. c. bey dem Dickæo den Antrag gethan:

> Weil sie doch nicht könten ab und loskommen, auch sowol der Hr. Graf Polyarchicus, als der Hr. Caius Plutarchus überzeuget wären, daß sie Dickæo zu seiner Befriedigung ein Capital geben müsten, ob er Dickæus mit 12000. Fl. zufrieden wäre?

worauf auch dieser geantwortet, daß er sich billig und Christlich finden lassen wolle, und dadurch virtualiter diese offerte acceptiret, mithin man mehr als zu klar die Verbindlichkeit ad indemnitatem, wie auch billig und Christlich ist, agnosciret, und dadurch selbsten alle Zweifels-Gründe aus dem Wege geräumet, wiewol auch solche die angeführte fundamenta nicht schwächen mögen, angesehen ad 1) zwar andem ist, daß diese Neben-Verbindlichkeit sich einiger massen nach dem Haupt-Contract, so auf 30. Jahr geschlossen, reguliret, gleichwol auch Plutarchus Schuld daran gewesen, daß derselbe nicht gehalten worden, indem er das Capital 24. Jahr, vor Ablauf der Zeit, aufgekündiget, weil der Herr Graf Franciscus in die geschehene cession nicht consentiren wollen, dazu er auch wegen der wohl vorher geschenen ihm nicht anständigen Suiten nicht schuldig gewesen, also es richtig hier ist, quod per conductorem steterit, quo minus salarius intra tempus præfinitum operas suas non præstiterit, qui ad hoc paratus fuit, worauf es einzig und allein in

Bohm. Conf. T. III. P. II.

Ad Lib. XIX. T.V.

Rechten ankommt, dergestalt daß es zu halten ist, als wenn Dickæus die gantze 30. Jahr durch seine administration geführet hätte.

12

l.38. pr. loc. l.161. de R.I.

Nicht weniger ad 2) die subintellecta conditio hier keine application findet, die blos auf unvermuthete Zufälle, die man nicht vorher sehen können, zu appliciren; keinesweges aber auf solche mutationes zu extendiren, die ex libera voluntate vnius ex contrahentibus eiusque facto entsprungen, da es bey demselben gestanden, daß sich diese Fälle nicht ereignet, und daher er vor sein factum stehen muß,

13 quia rursus per eum stetit, quo minus mutationis casus non euenisset, et ita quilibet factum suum præstare debet.

l.133. l.206. D. de R.I.

So dann ad 3) zwar andem ist, daß bey dieser erfolgten willkührlichen Veränderung Dickæus zwar seine dimission gesuchet, gleichwol Plutarchus ihm solche nicht accordiren wollen, vielmehr sich folgender Gestalt gegen ihn in litteris von Iun. 1747. heraus gelassen:

> Er Dickæus solle bey Leibe keine andere Dienste annehmen; er Plutarchus, welcher ihm bishero sein salarium gegeben, und zum administrator auf 30. Jahr gehabt, wolle ihm wohlthun,

wodurch sich Plutarchus von neuem zur Bezahlung des salarii auf die gesetzte Zeit schuldig erkant, und gewiß als ein redlicher Mann, nach Treu und Glauben gehandelt, daß billig zu verwundern, wie der creditor nunmehro auf unchristliche Unwege gerathen können, dergestalt daß ad 4) diese ratio allein zureichend seyn würde, das angeführte de annuo salario zu eneruiren, als welches zwar ratione solutionis annuum, ratione durationis aber auf 30. Jahr gesetzet ist, und so lange nach wiederholter Treu in dem vorhin angeführten Schreiben vom Iun. 1747. um desto mehr dauren muß, als die natura geminatæ promissionis solches mit sich bringet, quæ

14 enixam voluntatem inducit, cum confirmatione actus præcedentis,

l.22. ad SC. Trebell.

und die ratio, quod obligatio ad salarium præstandum tacitam in se conditionem habeat, si operæ fuerint præstitæ, zwar seine applicatio in dem Fall findet, si casus inopinatus in persona salariarii contingit, ob quem operas præstare nequeat, impertinenter aber in dem Fall gebrauchet wird, quo-

15 ties per dominum, cui operæ promissæ, et non per officialem stat, quo minus illæ præstari queant;

ZACHIA *cit. l.c.22. n.9.*

gestalt dann die Umstände deutlich darthun, daß allein Plutarchus, der sich schlechterdings von dem Herrn Grafen Polypragmatico regieren lassen, an der gantzen Veränderung schuld ist, nachdem itzt gemeldter Herr Graf zu den Güthern Lust bekommen, die cession an seine Frau Gemahlin begehret, und dergestalt nach der Beylage sub N.7. starck in ihn gedrungen, daß, ohngeachtet nach der Beylage sub N.6. Plutarchus keine Lust dazu gehabt, er doch, wiewol wider Willen, ex principiis sectæ, der er zugethan gewesen, darin consentiret, dabey dann nicht anzusehen, daß Dickæus ihm die cession widerrathen haben mag, angesehen Plutarchus im Schreiben sub N.6. seine Gedancken darüber zu wissen verlanget, welche er ihm auch, als ein redlicher Mann, nach seiner Pflicht eröffnet, Plutarchus solche auch wohl aufgenommen, ja approbiret, und deswegen sich im Schreiben sub N.10. von Iul. 1747. heraus gelassen:

> Ich kan nicht sagen, daß mir, was ich in der Cessions-Sache gethan habe, gemüthlich gewesen, ich habe ihren Rath niemahls verachtet, ich habe aber nicht anders gekont, weiln besser ist zu gehorsamen, als widerspenstig die Sache zu tractiren ꝛc.

daher es dann geschehen, daß, weil der Herr Graf Franciscus sich der angesonnenen cession widersetzet, Plutarchus die resolution gefasset, das Capital vor der Zeit aufzukündigen, welches auch der debitor acceptiret, und also eben dieses verursachet, daß allein durch das factum des Plutarchi die administration der quæstionirten antichretice verschriebenen Güther nicht fortgesetzet werden mögen, da er den Contract ante tempus, blos den Herrn Grafen Polypragmatico zu gefallen oder zu pariren aufgekündiget, und dadurch zu erhalten verhoffet, daß der Herr Graf Franciscus dadurch vermocht werden möchte, die angesonnene cession nebst allen darauf erfolgten Suiten genehm zu halten, so aber Plutarcho wider Vermuthen nicht gelungen. Und so viel ad 6) casum mortis betrifft, es sich von selbsten verstehet, daß, wenn Dickæus vor Ablauf der 30. Jahr versterben würde, alsdann der noch übrigen Jahre wegen die Erben keine Ersetzung fordern können, wenigstens doch Plutarchus dem Dickæo, so lange er leben wird, das ihm bestimte salarium reichen muß, wiewol von diesem casu noch nicht die Frage ist, und Dickæus schon zufrieden seyn wird, wenn er inzwischen sein salarium, so ihm versprochen, bekommt. Endlich ad 7) Plutarchus nicht loskommen kan, so lange die Annehmung anderer Bedienung nicht erfolget, welches Plutarchus auch selbsten widerrathen, und wenn solches geschehen sollte, alsdenn eines Theils zu untersuchen seyn wird, ob er auf eben die Art und Weise, als er von Plutarcho jährlich versorget worden, werde versorget werden, da leicht zu begreiffen, daß, wenn er einen Dienst von etwa 400. Fl. überhaupt bekommen sollte, er dadurch wenig soulagiret, ja dieses ein solcher Dienst seyn würde, den er auch neben seinem gehabten

gehabten Dienst verwalten könne, quo casu nihilominus salarium totius temporis debetur:

ZACHIA *cit. l. c. 22. n. 12.*

andern Theils Plutarchus selbst sich bereits zu einen mehrern engagiret, nemlich Dickæo ein Guth daselbst zu kauffen, davon er mit den Seinigen Lebens lang sich erhalten könne, ja ihm bereits überhaupt 12000. Fl. gebothen, und per amicabilem compositionem die Sache zum Stande bringen wollen, dazu sich Dickæus gantz willfährig erwiesen, also demselben allenfalls freystehet, eines von beyden zu erwehlen.

So erhellet hieraus so viel, daß Dickæus bey angeführten Umständen von Plutarcho sein dreyßig Jahr versprochenes salarium und naturalien-Gehalt, wie solches in Protocollo sub N. 3. bestimmet, zu fordern, oder wenigstens Lebens lang, wenn er vorher sterben sollte, zu prætendiren wohl befugt sey.

Die andere Frage belangend:

Quæstio II.

Ob Dickæus, da locus contractus hier in Teutschland und in specie in denen hochgräflichen Franciscischen Landen ist, befugt sey, an denen Plutarcho zukommenden und noch vorräthigen von anno 1747. und 1748. fructibus und ihm allein auf denen Franciscischen Höfen zustehenden Inventarien-Stücken, so weit solche zureichend seyn können, breui manu sich des iuris retentionis zu gebrauchen, und da Plutarchus zu Amsterdam wohnet, mithin difficillimæ conuentionis ist, ratione residui auf das aufgekündigte Capital und auf eine solche Summe, als ihm præter propter annoch gebühren möchte, einen Arrest bey hochgräflicher Franciscischen Regierung anzulegen, und diese solchen anzunehmen verbunden sey, damit Plutarchus sich daselbsten einzulassen und rechtlichen Spruchs erwarten müsse?

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

Rationes dubitandi.

Ad Lib. XIX. T. V.

Obwol dagegen eingewandt werden möchte, daß das ius retentionis nur statt finde, wenn 17
das debitum liquidum,

MEV. *P. II. decis. 16.*

welches hier nicht befindlich, sondern noch gezweiffelt werden möchte, an et quid debeatur, cum tamen de debito constare debeat,

IDEM *P. II. dec. 115. et 214.*

sodann das debitum eine connexionem cum 18
re retenta haben müsse

BRVNNEM. *cent. 5. dec. 11.*

welches abermahl hier fehlen möchte. Und so viel den Arrest betrifft, derselbe überhaupt ad odiosa zu referiren, und ebenfalls causam debendi liquidam erfordert, welche noch altioris indaginis zu seyn scheinet, wie die rationes dubitandi der vorigen Frage an die Hand geben, so daß es hart seyn würde, Plutarchum von seinem foro ordinario, so zu Amsterdam ist, abzuziehen, bevorab da die Hochgräfliche Regierung nicht im Stande ist, dem Herrn Grafen Francisco inhibition wegen der Gelder zu thun.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ohnstreitig forum contractus in des Herrn Grafen Franciſci Landen ist, als woselbst Dickæus zum administratore angenommen, und ihm ein salarium bestimmet ist. Hiernächst es nicht einmahl in casu præsenti hierauf ankommt, sondern da Dickæus sich sowol des iuris retentionis als arresti bedienen will, er im ersten Fall Beklagter wird, wenn Plutarchus die fructus und Inuentarien-Stücke zurücke verlanget, und Dickæus in seinem foro ihn belangen muß; im andern Fall aber forum arresti fundiret, und daselbst der Arrest, wo er angeleget, iustificiret werden muß, also es lediglich darauf ankommt, ob die beyden remedia hier statt finden? welches wir nicht anders als affirmiren können, nachdem es hier bey beyden an keinem debito liquido ermangelt, wie bey 19
der ersten Frage dargethan ist, und ein jährlich quantum salarii leicht heraus gebracht werden kan, wenn man nur darthut, was Dickæus bishero würcklich mit approbation des Plutarchi genossen, und wenn es nicht eben different ist, zum Grunde der künfftigen præstationum leget, oder soferne die jährlichen præstationes differiren solten, alsdann man aller Jahre Hebung des salarii und sustentation wegen zusammen addiren, und davon, wenn es 6. Jahr seyn solte, den 6ten Theil zum Durchschnitte und pro certa summa, wie in dergleichen gewöhnlich ist, annehmen muß, worauf alsdann das liquidum sich leicht finden lassen wird, dabey auch unleugbar ist,

Ad Lib. XIX. T. V.

daß dieses debitum mit denen fructibus und Inuentarien-Stücken in gnugsamer connexion stehe, zumal solche aus der administration übrig sind, in dieselbe gehören, und Dickæus solche verrechnen muß, dieser Mühwaltung wegen aber das salarium zu fordern hat, und dahero das ius retentionis ratione salarii futuri wenigstens ad hunc effectum statt findet, daß er solche Sache so lange an sich behalten möge, bis Plutarchus gnugsame Sicherheit dieserwegen gestellet,

ZACHIA *de salar. c. 92. per tot.*

GOTHOFRED. *de salar. c. 13. §. 17.*

und gleichwie man finita administratione non tantum ratione eius, quod iam abest, sed etiam quod absuturum creditur, klagen kan,

l. 45. §. 5. mand.

l. 1. §. 5. l. 6. de act. contrar. tutel.

20 also auch das ius retentionis dieserwegen statt finden muß, quia fauorabilior adhuc retentio, quam petitio est, et sic facilius competit.

21 *l. 4. C. de vsur. l. 1. pr. D. de pignor.*

Endlich so weit das ius retentionis nicht zureichen sollte, auch der Arrest auf die auszuzahlende Gelder ratione residui nicht zu versagen ist, angesehen obgleich der Herr Graf Franciscus debitor ist, und dessen Regierung ihm directo keine inhibition wegen Zahlung der Gelder thun kan, dennoch das Wiederbezahlungs-Geschäffte eigentlich die hochgräfliche Cammer angehet, und wir nicht zweifeln, daß solche unter der hochgräflichen Landes-Regierung stehen, und ihr erlaubet seyn werde, derselben inhibition zu thun, wiewol es auch dem Herrn Grafen Francisco unbenommen bleibet, den Arrest, so weit er von seiner Regierung angenommen, zu approbiren. Uebrigens obgleich sonsten forum contractus inane ist, woferne der reus daselbst nicht zu finden ist, dennoch dagegen auch bekant, quod locus con-
22 tractus ex arresto fiat forum competens, et si reus ibi non reperiatur.

MEV. *P. I. decis. 239.*

So halten wir davor, daß Dickæus sowol an denen noch vorhandenen fructibus de anno 1747. und 1748. und Inuentarien-Stücken das ius retentionis zu exerciren, und so weit solches nicht zureichet, er wohl befugt sey, Arrest auf eine conuenable Summe, so der Herr Graf Franciscus noch zu zahlen, bey dessen Regierung anzulegen, dessen Cammer auch denselben anzunehmen gehalten sey.

So viel die dritte Frage betrifft:

Quæstio III.

Ob aus den obigen Versprechungen des creditoris Plutarchi eine solche Verbindlichkeit folge, dem Dickæo so viel zu geben, daß er mit Frau und Kinder honeste leben könne?

Rationes dubitandi.

Obwol hiebey in Achtung gezogen werden möchte, daß diese Versprechungen eines Theils sehr general und unbestimmet, also incertæ sind, welche keine vim obligandi haben, andern Theils nicht einmal durchgehends ihm selbsten, sondern gegen einem tertio geschehen seyn sollen, cum tamen nemo alteri pacisci queat. Endlich es an der legitima acceptatione ermangeln möchte, ohne welche keine Verbindlichkeit concipiret werden kan.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Plutarchus sich nicht allein gegen Dickæum selbst, der es danckhemig acceptiret, sondern gegen andere declariret, daß Dickæus, so lange er und seine Frau lebet, mit Weib und Kinder keinen Mangel haben sollte, absonderlich aber anno 1747. am Ende des Jahrs an Ian Grafmann in einem Briefe Dickæum versichert, daß er für ihn und die Seinigen sorgen, und wenn auch über kurtz oder lang seine Sachen mit dem Herrn Grafen Francisco ein Ende nehmen, und die Güther zurück gegeben werden sollten, er Dickæo 23
in dasigen Landen ein Guth verschaffen wolle, davon er und die Seinigen ihre sustentation erhalten, und Zeit Lebens versorget seyn solle, welches Schreiben er Dickæo vorgezeiget, und dieser es angenommen, auf welches Schreiben sich auch Plutarchus in der Beylage sub N. 12. welche, daß sie vorhanden sey, wir supponiren, bezogen; sonsten aber auch schon bey der ersten Frage wir dargethan, quod talis promissio tertio facta hodie efficaciter obliget, quatenus creditori, in cuius fauorem facta, de illa certioratio facta. Endlich da solche die Unterhaltung und sustentation betrifft, solche, ob sie gleich nicht satis definita ist, ob fauorem alimentorum ex iusta caussa promissorum, ihre Verbindlichkeit hat, vt a iudice ex officio determinari queat sustenta- 24
tio, etiam per contractum promissa

l. 10. §. f. de alim. legat.

COLER *de alim. lib. II. c. 7. n. 22.*

bevorab da solches Versprechen ex præcedente caussa salarii leicht bestimmet werden kan.

So ist das geschehene Versprechen, woferne

ne Dickæus allein dabey bleiben wollte, vor verbindlich zu halten.

Endlich die letzte Frage betreffend:

Quæstio IV.

Ob zu Beweisung dieses promissi Dickæus den Grafmann zu edirung des gedachten Briefes, oder, da derselbe cassiret seyn sollte, zur eydlichen Bestärckung des Inhalts anhalten könne, oder wie sonsten bey diesen Umständen am besten Dickæus zur schadloß Haltung gelangen könne?

Rationes dubitandi.

Obwol die edirung des Briefes sine effectu seyn möchte, weil darin die Versicherung an einem tertio geschehen, und also zu Behuf des Beweises unzulänglich, die eydliche Abhörung des Grafmanns aber nicht weiter als eines Zeugens Aussage, quæ vim probandi non habet, gelten kan.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch wir bereits feste gesetzet, daß diese Versicherung, so einem tertio zum faueur Dickæi geschehen, verbindlich heute zu Tage sey, und also ohne effectu nicht seyn wird, die editio documentorum auch von einem tertio de iure gefordert werden kan, cum æquitas id suadeat, per edictum prætoris de edendo approbata, und wenn der Brief cassiret seyn sollte, Grafmann dennoch über dessen Inhalt eydlich vernommen werden kan, woraus wenigstens eine semiplena probatio entspringet, welche von Dickæo, der solchen Brief gelesen, per suppletorium erfüllet werden muß, solchergestalt aber an dem Beweise nichts weiter ermangeln wird, wobey wir gleichwol dem Dickæo zu überlegen anheim stellen, ob es nicht besser sey, bey denen in quæst. 1. gesetzten Gründen zu verharren, und auf das bishero genossene salarium wegen der übrigen 24. Jahr zu dringen, oder sich überhaupt dieserwegen zu vergleichen, wozu Plutarchus sich bereits durch den Herrn Gongam erboten, auch als ein Christlicher gewissenhaffter Mann dazu um desto leichter wird finden lassen, als er selber nebst dem Herrn Grafen Polypragmatico erkant, daß er dazu verbunden sey, beyde Herren Interessenten auch noch mehr werden überzeuget werden, wenn ihnen unser responsum communiciret werden solte, so mehrentheils ex concessis hergenommen. *Ad Lit. X I X. T. V.* 25

So ist zwar wegen des quæstionirten Briefes dessen edition oder die eydliche Aussage des Grafmanns in Rechten gegründet, jedoch dabey die angerathene Ueberlegung nicht ausser Augen zu setzen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE AVGVST. MDCCXLVIII.

RESPONSVM CCCXXVI.

THEMA.

Merces, si non promissa, contractus est innominatus.

Vid. T. IV. Resp. CCCXLVI. Them. 2.

LIB. XX.

Tit. I. De pignoribus et hypothecis et pactis eorum. *Ad Lib. XX. T. I.*

DECISIO CCCXXVII.

THEMATA.

I. Hypotheca iudicialis etiam futura bona comprehendit.

Ad Lib. XX. T. I.

II. *Quicquid tutor pecunia pupillari suo nomine emit, eius vtrum pupillus se dominum recte dicat?*

SVMMARIA.

Hypothecæ iudiciales ordinarie futura bona non comprehendunt n. 1.
Stipulatio sola iudicialis, rem pupilli saluam fore, hypothecam non constituit n. 2. 9.
Qui ex nouiter repertis documentis agit, iurare debet n. 3.
Res pecunia pupillari comparata pupillo cedit n. 4.
Rationes tutoris contra tertium non probant n. 5.
Confessio debitoris in concursu nil probat n. 6.
Referens sine relato non probat n. 7.
Stipulatio tutoris sub hypotheca futura bona continet n. 8.
Si constat, documenta fuisse abscondita, iuramentum malitiæ non præstat, qui in nouiter repertis se fundat n. 10.
Res pecunia pupillari acquisita sæpe hypothecam tantum pupillo tribuit n. 11.
In peculio castrensi res transit in locum pretii n. 12.
Residuum pretii e pecunia pupillari a tutore solutum pupillo dominium in re non tribuit n. 13.
In re, quam debitor cum hypotheca comparauit, priori creditori ius separationis competit n. 14.
Referens probat sine relato, quoties huius tenor eidem plene infertus n. 15.

Auf gesuchte reuision und erfolgte Sätze in Sachen Anwalden der in actis benanten Geschwister von K. an einem, Anwalden E. C. von St. gebohrner von L. am andern, des contradictoris I. C. V. am dritten, und Anwalden F. St. wie auch B. Z. am vierdten Theil, erkennen von Gottes Gnaden Wir Friedrich, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehro aus denen Acten, was die 4000. Thlr. betrifft, so des Cridarii Vater von denen K. Geldern succesiue erborget, und der debitor cummunis solche Schuld mit dem Guthe Laase übernommen, so viel zu befinden, daß die K. Geschwister mit den gedachten Geldern von dem Guthe Laasen iure separationis in classe I. nach H. P. von N. zu befriedigen, dieser aber in einem anderweit dazu anzuberahmenden termino sich auf die vol. II. f. 1. b seinetwegen gethane Vorstellung gebührend einzulassen schuldig, und ergehet alsdenn auch dieses Puncts wegen ferner was rechtens. So viel aber die übrigen noch zu fordern habende Gelder betrifft, bleibet es, der gesuchten reuision ohngehindert, bey dem vol. I. fol. 6. sqq. befindlichen, und den 11. Febr. 1743. eröffneten Urthel billig, es könten und wollten denn die K. Geschwister binnen Ordnungs-Frist das instrumentum cautionis, rem pupilli saluam fore, produciren, oder sonsten ex actis vel protocollis darthun, daß ihr gewesener Vormund, der communis debitor, auf die Art, wie vol. I. f. 70. angegeben, mit allen seinen Güthern die gedachte caution vor Gerichte bestellet, damit wären sie noch billig zu hören, und ergehet alsdann dieserwegen was sich zu Recht gebühret. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) aus dem vol. I. f. 68. befindlichen Edict de anno 1709. deutlich zu ersehen, daß die hypothecæ tacitæ auch sogar priuilegiatæ in Hertzogthum Schlesien denen gerichtlichen verconsentirten hypothecis nachgesetzet werden, dahero die K. Geschwister auch nach dieser hypothecis classificiret sind, und ob zwar dieselbe 2) sich mit diesen a pari setzen und vorgeben wollten, daß der communis debitor, als ihr gewesener tutor, cautionem, rem pupilli saluam fore, ohngefehr nach der vol. I. f. 70. befindlichen Formul bestellet, wovon die Wohlauischen Protocolla klares Zeugniß geben, welche aber in der Königin von Ungarn Händen noch vorhanden, und noch nicht extradiret worden, welches auch die gegenseitigen Interessenten nicht sonderlich bestritten, sondern nur die quæstionem iuris in Streit gezogen, ob durch solche caution eine hypotheca iudicialis constituiret werde, und solche auch auf futura gehe, welches letztere 3) die creditricin sub classe 4. und 5. in Zweifel gezogen, weil ordentlich die gerichtliche consentirte hypothecæ nur ad specialia bona zu geschehen pflegten, und folglich die Absicht derer debitorum nur sey, diejenigen Güther, so sie eo tempore besitzen, sub hypotheca zu setzen, einfolglich die K. Geschwister an Laase, so der Vormund erst nach 15. Jahren erkaufft, nicht kommen könten, cum actus nihil operari possit contra intentionem agentium, der contradictor aber 4) welchem die Frau von St. hierin adhæriret, generaliter behaupten wollen, daß durch dergleichen caution keine iudicialis hypothe-

hypotheca constituiret werde, als welche in
2 nuda stipulatione ihrer Natur nach bestünde, aus welcher keine actio hypothecaria entspringen könte, und nur die hypotheca tacita denen Pupillen dabey offen bleibe, hergegen durch solche caution die Vormünder nur ihrer Pflicht bey der confirmation erinnert würden, darneben alle consentirte hypothecæ in die Gerichts-Bücher eingetragen werden müsten, welches bey dieser caution ermangele, auch sonsten mit vielen argumentis dieser Satz illustriret ist. Uebrigens, ob wol 5) die K. Geschwister ex nouiter repertis instrumentis neue
3 fundamenta angeführet, weswegen sie wegen einiger Posten den Vorzug prætendiren wollen, dennoch dieselbe das gewöhnliche iurament, dazu sie sich vol. II. fol. 4. b offeriret, noch nicht præstiret, ohne welches sie doch mit diesen neuen fundamentis nicht gehöret werden können, diesemnach es scheinen will, als wenn solches zuforderst von ihnen aufgenommen werden müste. So dann aber 6) die K. Geschwistere wegen guten Theils ihrer Capitalien einen Vorzug zu haben scheinen, anerwogen aus denen Rechnungen zu ersehen, daß laut fol. 13. vol. II. und sonsten der Vormund ein grosses Capital bereits in an. 1727. zu Erkauffung des Guths Frösche employiret, und nach und nach mit Pupillen-Geldern bezahlet, wodurch seine Pupillen pro rata rei vindicationem vtilem,
4 licet in nomen suum tutor rem emerit, acquiriret,

l. 2. D. quand. ex fact. tutor.

mithin iure dominii an Frösche ihnen der Vorzug gebühre, so in der sanctione pragmatica de a. 1709. nicht aufgehoben, sondern expresse reseruiret ist, und die Ausflucht nicht zu attendiren, daß solches ius dominii nur denen pupillis in Ansehen des Vormundes, nicht aber derer creditorum zu statten komme, weil das Eigenthum, seiner Natur nach, contra quoscunque seine Krafft habe. Was aber 7) die 4000 Thlr. so nach deren Rechnung auf Laase, ehe der Vormund solches Guth mit allen Schulden an sich gebracht, betrifft, dagegen angeführet ist, daß demselben Capital die exceptio deficientis probationis entgegen stehe, zumahl die K. Geschwister solche bloß aus denen Vormundschaffts-Rechnungen erweisen wollen, so aber nicht wohl angehe, anerwogen solche eines Theils unter die priuat-an-
5 notationes tutoris zu referiren, welche contra tertium nichts erweisen,

l. 7. C. de probat.

andern Theils eine meram confessionem debitoris in sich hielten, welche in concursu credi-
6 torum bekanter Massen keinen Beweiß ausmache, dritten Theils solche Gelder ohne Handschrifften nicht ausgethan seyn würden, welche zuvor ad acta gebracht und produciret werden
7 müsten, weil sonsten die Rechnungen als instrumenta referentia sine relato nichts erweisen könten.

AVTH. *si quis in aliquo C. de edendo.* Ad Lib. XX. T. I.
l. f. C. de probat.

Dahero ob gleich die Rechnung von der Wohlaulischen Regierung vormahls examiniret und reuidiret worden, dennoch dieselbe dadurch keinen mehrern Glauben überkommen, da derselben Werck nicht gewesen, zu untersuchen, ob die Capitalia an die bemeldte debitores würcklich ausgethan worden oder nicht, es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn die K. Geschwister ihr nouum fundamentum in diesem Punct nicht dargethan.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) et 2) es hiebey nicht so wol auf quæstionem iuris, als facti ankommt, dagegen die aduocati sich hauptsächlich in der quæstione iuris exerciret, ob die cautio, rem pupilli saluam fore, eine gerichtliche hypothec geben könne? da zwar nach Römischen Rechten solche caution mit Bürgen, und also per stipulationem constituiret worden, woraus allenfals actio personalis contra fideiussores entsprungen; dabey aber doch ohnstreitig ist, daß solche auch wohl von dem Vormunde mit Güthern, und zwar entweder auf alle 8
Güther, quo casu etiam futura comprehenduntur,

l. f. C. quæ res pign. oblig. possunt.

oder auf ein gewisses Guth constituiret werden könne, wie dann das vol. I. fol. 73. befindliche attestatum anzeiget, daß so gar diese caution auf Güther in die hypothequen-Bücher bey vormahligen Zeiten eingetragen ist, als ein offenbares Kennzeichen, daß dadurch eine hypotheca iudicialis constituiret werde, welches absonderlich die fol. 70. vol. I. befindliche formula huius cautionis erleutert und darthut, daß keine andere Absicht des Vormundes sey, als dadurch eine gerichtliche hypothec auf seine Güther denen pupillen zu geben, als wodurch denenselben mehr prospiciret wird, die Obrigkeit auch aus keiner andern Absicht darin consentiret, solche bestätiget und aufnimmt, als daß dadurch eine hypotheca iudicialis constituiret werde, und zwischen dieser und der bey contrahirten Schulden fol. 71. vol. I. befindlichen formul kein reeller Unterschied ist, als daß in dieser des iudicialischen Unterpfands gedacht werde, so zwar in jenem nicht geschiehet, aber doch ipso facto per confirmationem et consensum magistratus constituiret wird, also von der quæstione iuris hier zu disputiren überflüssig gewesen, da es auf die quæstionem facti lediglich ankommt: ob der debitor communis bey dessen confirmation dergleichen caution mit seinen Güthern gerichtlich nach der Maasse, wie fol. 70. vol. I. angeführet, bestellet, welches nicht schlechterdings eingeräumet ist, sondern fol. 105. sqq. vol. I. und sonsten passim in Zweiffel gezogen, beyorab da aus dem vol. II. fol. 107. sq. producirten tutorio dessen bey dem debi-

Ad Lib. XX. T. I.

debitore communi keine Meldung, sondern allein bey dem einem Mitvormunde dem von Rosenbusch, geschehen, und dahero nöthig gewesen, allenfals denen K. Geschwistern den Beweiß zu reserviren, worzu ihnen billig von der Königl. Preußischen Oberamts-Regierung aller Vorschub zu leisten ist, weil die protocolla von denen vorigen Zeiten noch in der Königinnen von Ungarn Händen sind und noch nicht extradiret worden, allenfals ihnen die dilation bis dahin zu verstatten ist, wenn sie sonsten es auf keine andere Art erweisen solten, da dann ad 3) wenn die protocolla extradiret worden, sich ausfündig machen wird, ob diese caution mit allen Güthern, oder nur mit dem Guthe Frösche bestellet sey, zumahl vorhin schon angeführet ist, daß solche allerdings mit allen Güthern constituiret werden könne, quo casu etiam futura comprehendi certissimum est, wodurch ad 4) des contradictoris gemachte dubia zugleich mit hinfallen, da hier nicht von der mit Bürgen, sondern mit Güthern gerichtlich gemachten caution die Frage ist, man auch nicht in sola repromissione, in welcher der Vormund des pupillen Bestes zu suchen, dessen Schaden zu verhüten, und alles zu thun, was einem getreuen Vormund oblieget, verspricht, acquiesciret, als welches bey confirmation derer Vormünder, entweder mit einem blossen Handschlage, oder eydlich geschiehet, solches auch nur allein aus des debitoris vol. II. fol. 100. befindlichem attestato erhellet, aber diese caution, rem pupilli saluam fore, so weit solche auf Güther gerichtlich verwilliget wird, 9 nicht in sich hält, also hiebey alles auf den reserviten Beweiß noch beruhet. Und so viel die nouiter reperta documenta betrifft, der erforderte Eyd ad 5) hier unvonnöthen ist, da solche documenta, theils bey dem contradictore in Verwahrung gelegen, theils ex registratura regia zuforderst aufgesuchet werden müssen, welchen die Gegenere nicht widersprochen, und also dieses als tacite eingestanden anzusehen ist, der Eyd auch nur in zweiffelhaf- 10 ten Fällen nöthig ist, und in rei veritate ein iuramentum malitiæ ist, welche bey denen angegebenen Umständen hier cessiret. Uebrigens ad 6) aus denen producirten Rechnungen nicht erhellet, daß mit denen Pupillen-Geldern das Guth Frösche, entweder in totum oder in tantum erkaufft sey, zumahl aus dem vol. II. fol. 107. befindlichen tutorio erhellet, daß damahls der Vormund, wie er in an. 1723. confirmiret, 11 schon Frösche besessen, wie sein Titul anzeiget, auch nicht alles, was von dem Vormunde mit Pupillen-Gelde bezahlet worden, dem Pupillen eigen ist, respectu cuius tantum hypothecam tacitam habet,

l. 7. D. qui pot. in pign. hab.

sondern nur dasjenige, was er zum Besten und Nutzen der Pupillen mit deren Gelde angekaufet, sich anmassen kan, ob er gleich in dem Kauf-Brief seinen Nahmen gesetzet, weil er nemlich den Kauf-contract geschlossen, atque inde vtilis rei vindicatio pupillo conceditur, quia contra stricti iuris rationem ex contractu alterius acquirit,

l. 2. D. quando ex facto tutor.

welches sich hieher nicht ziehen lässet, da in confesso ist, daß der Vormund das Guth nicht seinen pupillen, sondern vor sich gekauffet, nach solchen sich genennet, und die Pupillen-Gelder pro residuo pretii soluendo guten Theils nach denen Rechnungen employiret, und was de peculio castrensi, quod est vniuersitas, in qua res transit in locum pretii, verordnet 12 ist,

l. 8. C. de rei vindic.

bey denen Pupillen-Geldern keine application findet, allenfals ein Unterscheid ist, ein Guth mit Pupillen-Geldern zu kauffen, und ein anderes, die restirende Kaufgelder pro parte mit 13 angelehnten Pupillen-Geldern zu bezahlen,

RICHTER *de iur. et priv. cred. c. 3. Sect. 4. p. 293.*

welches letztere allein aus denen Rechnungen vol. II. fol. 13. und zwar aus diesen Worten ersichtlich:

An Hrn. von S. auf Frösch en zu Bezahlung seines erkauften und itzt ernannten Guths Frösch en ein Capital a 5150 Thlr.

woraus zu sehen, daß es bloß als ein Anlehn zu Bezahlung der restirenden Kaufgelder in denen Rechnungen aufgeführet ist. Hergegen ad 7) die 4000 Thlr. so des Vormundes Vater auf Laase, ehe der Vormund solches erkauffet, von dem Vormunde erborget, billig ad ius separationis zu referiren sind, als welche bereits auf dem Guthe gelegen, ehe es in manus debito- 14 ris gekommen, und solches aus solchen Rechnungen, in welchen es verrechnet ist, um desto mehr erwiesen werden kan, da solche reuidiret, examiniret und iustificiret, und zwar zu der Zeit in der Rechnung aufgeführet sind, da der debitor noch im guten Zustand und kein concurs zu vermuthen gewesen; dergleichen confessio keinen Verdacht mit sich führet, sondern dieselbe nur alsdann verwerflich und verdächtig ist, die wenige Zeit ante motum concursum geschehen. Endlich das quantum und die causa debendi mit dem Nahmen des debitoris in denen Rechnungen deutlich exprimiret, und also der tenor kürtzlich in denenselben gebracht worden, in welchem Fall auch wol ein 15 referens absque relato erweisen kan,

l. 57. de admin. et peric. tutor.

zumahl allerdings ad officium reuisorium mit gehöret, daß sie die Handschrifften, so in denen Rechnungen aufgeführet sind, sich vorweisen lassen, damit sie wahrnehmen mögen, ob die Pupillen-Gelder sicher ausgethan worden, sonsten aber darüber ihre monita, wie billig, machen. Wegen des von N. Post a 1250 Thlr.

aber

aber voritzo nicht erkant werden mögen, weil nach fol. 7. b vol. II. dessen mandatarius sich in termino commissionis erkläret, seinem principal davon Nachricht zu ertheilen, und sodann dessen Erklärung ad acta zu bringen, so aber nicht erfolget.

So sind wir allenthalben, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden. *Ad Lib. XX. T. I.*

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMBR. MDCCXLIII.

DECISIO CCCXXVIII.

THEMATA.

I. Hypotheca sola Notarii subscriptione etiam sine instrumento legali fit publica.

II. Iudex rei sitæ tantum publicam hypothecam constituere potest.

SVMMARIA.

Notarius absque instrumento legaliter confecto fidem publicam habere non videtur n. 1.
Hypotheca coram tribus testibus constituta publica est n. 2.
Hypotheca decennio præscribitur n. 3.
Sola subscriptio Notarii qua talis fidem publicam habet n. 4.
Confirmatio debiti a iudice facta hypothecam non facit publicam n. 5.
Hypotheca publica a iudice rei sitæ constitui debet n. 6.
Hypothecarius posterior quando anteriori præscriptionem opponat n. 7.

Als die Herren uns interponirte appellation und erfolgte Gesetze, in Sachen des Hof-Cammeraths M. vxor. nomine Appellanten und Beklagten an einem, und des pastoris F. zu D. qua H. executorem testamentarium Appellaten am andern Theil, nebst denen übrigen acten ꝛc.

Daß die appellatio in ihren formalien zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an die Herren erwachsen; die materialien betreffend, erhellet aus denen acten so viel, daß in erster instantz wohl gesprochen, übel appelliret, dannenhero die sententia a qua zu confirmiren, und die acta zu fernerer Ausübung an Richter voriger instantz zu remittiren seyn. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) Appellat eine ältere hypothecam specialem vor sich hat, welche vom Notario unterschrieben, dennoch deswegen pro publica nicht angenommen werden möchte, weil 1 der Notarius kein publicum et solenne instrumentum darüber errichtet, sondern nur qua Notarius solches unterschrieben,

TEXTOR *de concurs. hypoth. ex publ. et priv. instrum. §. 2. et 4.*

auch solche Unterschrifft mit derjenigen hypothec, quæ trium testium et quidem virorum subscriptione munita est, in keine Vergleichung gezogen werden möchte,

l. in C. qui pot. in pign. hab.

ita, vt non sufficiat, hypothecæ constitutionem per tres testes probari posse, nisi etiam subscripserint instrumento, in quo hypotheca est constituta. 2

MEV. *P. VII. dec. 233.*

SCHWEDER *de autor. publ. ad pign. et hypoth. publ. constit. necess. §. vlt.*

Im Gegentheil 2) Appellant eine hypothecam iudicialiter confirmatam vor sich haben möchte, welche bekanten Rechten nach der hypothecæ extraiudiciali vorzogen wird, darneben er 3) dieselbe über 10 Jahr besessen, und 3 also contra priorem præscriptione sicher seyn will,

l. 2. et 3. C. si aduers. credit.

welche exceptio auch 4) ex officio a iudice suppliret werden muß, dergestalt, daß die gravamina vor erheblich zu achten, und es das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urthel reformiret werden müssen.

Ad Lib. XX. T. I.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) der Appellat offenbahr eine anteriorem hypothecam specialem auf die quæstionirte Meyergefälle, die Appellant besitzet, hat, welche dazu coram Notario et duobus testibus constituiret worden, und ob wol solche hypothec allein vom Notario unterschrieben, und kein publicum instrumentum darüber ausgefertiget, dennoch
4 bekant ist, daß alle Ausfertigungen der Notariorum etiam sine subscriptione testium fidem publicam haben, weil die subscriptio Notarii alles ersetzet, und so viel als eine hypotheca trium testium subscriptione munita allerdings gelten muß, da es hier auf publicam fidem et auctoritatem Notarii ankommt, worzu er laut seiner Unterschrifft debito modo requiriret, und solche qua Notarius requisitus unterschrieben und untersiegelt, bevorab da ad 2) aus des Appellanten n. act. appell. 4. befindlichen obligation nicht einsten wahrzunehmen, daß publica hypotheca darin constituiret sey, da zwar die obligation selbsten
5 quoad debitum vom Burgermeister und Rath zu Eltze confirmiret worden, dennoch daraus die hypotheca selbsten, quæ afficit bona, nicht publica et iudicialis geworden, als welche billig von dem iudice rerum fiscarum hätte aufgenommen und constituiret werden müssen, cum enim hic agatur de iure in re iudiciali auctoritate et quoad effectum prioritatis constituendo, merito quoque is magistratus auctoritatem interponere debet, sub quo bona sunt sita, quia hoc modo præcauetur,
6 ne vna eademque re pluribus obligata decipiatur creditor.

MEV. *ad ius Lubec. P. III. tit. 4. art. 1. n. 24.*
HAHN *ad* WES. *tit. de iurisd. n. 7.*
BERT. *P. II. decis. 187. n. 11. sqq.*
SCHWEDER *cit. l. §. 17.*

Dahero denn Burgermeister und Rath zu Eltze zwar den contractum mutui, nicht aber die in der obligation constituirte hypothec confirmiren, noch derselben auctoritatem publicam geben können, als welches allein von der Dohm-Probstey geschehen müssen, so, daß Appellantens hypothec, wenn auch gleich des Appellaten verschriebenes Unterpfand mere priuata seyn solte, aus solcher confirmation keinen Vorzug haben kan, so dann ad 3) dem Appellanten die exceptio præscriptionis nicht zu statten kommet, da er nur iure conducti die Meyer-Gefälle besessen, ausser dem auch, wenn er iure hypothecæ solche innen gehabt, dennoch dadurch contra priorem creditorem hypothecarium die præscription noch lange nicht erfüllet seyn würde, als wel- 7
che in diesem Fall eine längere Zeit erfordert,

l. 7. §. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor.

mithin es ad 4) hier nicht darauf ankommt, ob diese exceptio ex officio suppliret werden müssen, da keine præscription vorhanden.

So sind wir geschehener Massen zu erkennen, und die Unkosten, weil doch Appellatens grauamina guten Theils nicht ohne allen Grund gewesen, zu übergehen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MARTIO MDCCXLI.

DECISIO CCCXXIX.

THEMA.

Hypotheca publica inscio vel inuito debitore constitui nequit.

SVMMARIA.

Pro confirmatione iudiciali fortissima militat præsumtio legalitatis n. 1.
Discrepantia copiæ et originalis est suspecta n. 2.
Nisi in verbis indifferentibus emergat n. 6.
Pecunia in conseruationem fundi versa priori-tatem hypothecæ constituit n. 3. 8.
Hypotheca cum consensu debitoris constitui debet n. 4.
Res iudicata aliis nec nocet, nec prodest n. 5.
Mutuum pro soluendo residuo pretio emtionis hypothecam non tribuit n. 7.
Possessor non probat n. 9.

Als Ew. Hochfürstliche Durchlaucht uns interponirte Leuterung, deren prosecution und erfolgte Gesetze, in der T. concurs- und prioritäts-Sache S. M. R. Leuterantinnen an einem, und Jgfr. M. S. F. T. nebst übrigen der Leuterantinnen prælocirten creditoren, Leuteraten am

am andern Theil, in XX zurück gehenden vol. zugeschicket ꝛc.

Daß es, der eingewandten Leuterung ohngehindert, bey dem in vol. sub ⊙ fol. 46. befindlich, und den 23. Nov. 1740. eröffneten Locations-Bescheide billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Leuterantinne wegen ihres Anlehns von 2000 Fl. sich dahero grauiret befindet, daß sie mit demselben denen Leuteraten nachgesetzet sey, da sie doch 1) eine ältere hypothecam iudicialem habe, und solche von dem Amte Georgenthal confirmiret sey, nach welcher confirmation sie 2) allen jüngeren creditoren und also denen Leuteraten vorgezogen werden müssen, bis debitor communis und die Leuteraten das Gegentheil erwiesen, zumahl pro confirmatione iudiciali die starcke præsumtion militire, quod omnia legitime et solenniter peracta fuerint,

1 *l. 18. C. de probat.*
§. 12. I. de inutil. stipul.

wie denn 3) in dem anno 1732. publicirten Hochfürstlichen Regierungs-Bescheide vol. II. fol. 66. solche gerichtliche confirmation vor gültig und beständig erkant, und darin der debitor T. condemniret worden, daß er das vol. I. fol. 13. zwischen ihr und demselben in ergangenen Schuld-acten befindliche documentum als ein iudiciale zu recognosciren schuldig sey, und dahero sie rem iudicatam vor sich habe, so dann 4) die fol. 140. vol. V. befindliche registratur, nach welcher der debitor T. gegen die geschehene confirmation etliche Tage darnach gerichtlich protestiret haben, und dahero daraus zu ersehen seyn solle, daß der debitor in die confirmation nicht consentiret, in keine consideration zu ziehen, als welche sehr verdächtig sey, und vom debitore communi vol. IV. fol. 103. erst beygeschoben, und dadurch, der Leuteratinne zum äusserſten

2 Tort, kund gemachet sey, welche Abschrifft doch von dem vol. V. fol. 146. befindlichen original sehr differire, und suspicione fraudis et falsi laborire, zumahl das marginale in der Abschrifft fehle, in demselben an statt der Worte: diejenige *obligation* gesetzet sey derjenige Schein: nicht weniger die Worte: *concordat cum originali, quod attestor* gedachter Hoffmann in original ermangelten, so doch in der Abschrifft zu befinden, welche noch nach einem andern vidimus abgenommen seyn müsse, aus welchen allen des debitoris Gefehrde und Argligkeit zu ersehen, und zuvor eine Untersuchung dieserwegen geschehen müsse, inzwischen 5) die gerichtliche confirmation die grösseste præsumtion vor sich so lange behalte, bis das Gegentheil in separato ausgeführet, ausserdem

3 aber 6) das gedachte Capital zu Bezahlung des

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

debitoris erkauften Guthe angewendet, und solches dadurch erhalten worden, und ihr dahero *Ad Lib. XX. I. 1.*

nach der Proceß-Ordnung P. I. c. 18. §. 8. n. 3.

die priorität vor andern creditoribus gebühre. Endlich so viel 7) die deponirten meubles und pretiosa betrifft, solche ad massam um deswillen nicht gezogen werden mögen, weil solche ihrer verstorbenen Tochter, des debitoris erstem Eheweibe, nicht eigen gewesen, vielmehr das dominium daran vom debitore communi erst erwiesen werden müssen, so er aber bishero nicht gethan, und dahero aus solchen Gründen reformatorie zu erkennen seyn möchte.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) das gantze crimenon vor itzo hauptsächlich darauf ankommet: ob Leuterantin eine gerichtliche confirmirte hypothec habe, so mit Wissen und Willen des debitoris gerichtlich expediret sey? so nicht allein aus der confirmation selbst nicht zu ersehen, sondern auch überdem das contrarium aus der nunmehr fol. 146. vol. V. ad acta gebrachten original-registratur abzunehmen ist, als woraus erhellet, daß der debitor T. wenig Tage nach der geschehenen confirmation in Amte erschienen, und gegen die geschehene confirmation protestiret, so dann das dabey befindliche marginale darthut, daß der Pfarrer R. dieselbe allein thun lassen, welches doch nicht angehet, indem der debitor als causa efficiens constituendæ hypothecæ iudicialis anzusehen, und dahero in des creditoris Mächten nicht stehet, eine extraiudicial- 4
hypothec, so er vom debitore allein erhalten, inuito et inscio debitore in eine gerichtliche zu verwandeln,

WERNHER *P. IX. obs. 70.*

BERGER *in œcon. iur. Lib. II. tit. 5. §. 8. not. 3.*

solchergestalt aber ad 2) alle præsumtion pro solennitate documenti publici hinwegfällt, und durch die Wahrheit der Sache selbst elidiret wird, nachdem durch diese registratur nunmehr klar ist, daß der creditor allein inscio debitore, die confirmation, wiewol subet obreptitie, und also sine effectu erhalten, weil sonsten dergleichen registratur von denen Gerichten nicht aufgenommen seyn würde, oder daß diese falsch sey, erwiesen werden müsse, so aber, wie nachgehends anzuzeigen, nicht beygebracht ist, so dann ad 3) zwar vormahls, wie bloß zwischen der Leuterantinnen Mann und den debitorem, vor Erhebung des concurs, die quæstionirte obligation in sententia vor ein documentum iudiciale angeführet ist, es damahls aber nicht darauf, sondern auf dessen recognition angekommen, und gegen den debitorem seine Krafft haben müssen, wenn gleich bey der confirmation dieser Mangel aufs ge-

Ad Lib. XX. T. I.

naueste untersuchet worden wäre, voritzo aber, moto concursu, es sehr viel auf die qualität dieser hypothec ankommt, nachdem die prælocirten creditores der Leuterantinnen contradiciret, und den dabey vorkommenden Mangel angegeben, welchen sie wol anführen mögen, wenn gleich die prætendirte res iudicata aus dem vol. II. fol. 66. befindlichen Bescheide ersichtlich seyn solte, nachdem anitzo die Leuterantinne mit denen übrigen creditoren zu thun hat, die darüber nicht gehöret gewesen, und die Rechte gar wol dahin schliessen,
5 quod res iudicata aliis nec noceat, nec prosit.

l. 63. D. de re iudic.

Hiernechst ad 4) aus denen angeführten variationen zwischen dem fol. 146. sub ⊙ befindlichen original, und davon genommenen und ad acta vol. IV. fol. 103. producirten Abschrifft nichts verdächtiges gegen die original-regiſtratur geschlossen werden kan, weil es allein auf diese ankommt, gegen welche mit Bestande Rechtens doch nichts angeführet werden mögen, dergestalt nichts hindert, daß das marginale in der Abschrifft weg gelassen, als welches damahls nicht nöthig befunden seyn mag, so dann sich hervorthut, daß die vol. IV. fol. 103. befindliche Abschrifft von einer andern copey genommen, welche nunmehr vol. V. fol. 155. ad acta gebracht, und daraus zu ersehen ist, daß solche copey von einem tertio gemachet, und von
6 diesem an statt der Worte, diejenige *obligation*, so im original stehet, derjenige Schein geseßet ist, welches doch keine verdächtige variation ausmachet, und dahero der Amtmann Hoffmann wol attestiren können, daß solche Abschrifft mit dem original übereinkomme, als welche in der Hauptsache auch allerdings damit harmoniret, und wenig zur Sache thut, es mag das chirographum ein Schein oder obligation genannt seyn, so, daß nicht abzusehen, was vor Gefehrde unter dieser variation anzutreffen, vielweniger ad 5) deswegen eine Untersuchung in separato erst anzustellen sey, als welche endlich darauf hinauslauffen würde, daß die Abschrifft mit dem original nicht accurat harmonire, auf welche es doch nicht, sondern allein auf dieses ankommt. Ferner ad 6) keine priorität daraus zu nehmen ist, daß die Döbischen Güther mit denen 2000 Fl. bezahlet worden, angesehen solche schon zwey Jahr vorher in an. 1728. erkauffet gewesen, und die noch darauf hafftende Kaufgelder per pactum inzwischen verzinset worden, hernach aber in an. 1730. zu deren Bezahlung der Leuterantinnen Mann die 2000 Fl. als ein mutuum gratuitum hergeschossen, und also hier dergleichen fundamentum nicht ist, dadurch eine priorität derselben zugeschrieben werden könne, als welches eine würckliche versionem in conservationem fundi erfordert, gleichwol solches ohnedem, wenn gleich der Leuterantinnen Ehemann das Capital nicht vorgeschossen, conseruiret und nicht eingegangen seyn würde, und diesem nur dadurch dieser Vortheil geschehen, daß er das Capital nicht verzinsen dürffen. Endlich ad 7) die Rechte klare Maasse geben, daß derjenige, qui res, quas alter possidet, suas esse dicit, den Beweiß führen müsse, der possessor aber damit nicht zu belegen sey,

7 8 9

l. 23. C. de probat.

mithin dieses grauamen zwar ohne allen Grund, iedoch die vorigen doch so beschaffen gewesen, daß die Unkosten billig übergangen werden müssen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXLII.

DECISIO CCCXXX.

THEMA.

De effectu generalis et specialis hypothecæ simul conceſſæ.

SVMMARIA.

Actio mota litis pendentiam infert n. 1.
Hypotheca specialis ante generalem excutienda n. 2. 4.
Rationes ex facto desumtæ n. 3.
Qui propter hypothecam specialem se concursui immisit, eo nondum finito tertium b. f. possessorem ex hypotheca generali conuenire nequit n. 4.
Maxime si hypothecam antichretice possidet ibid.
In concursu hypothecæ specialis et generalis ante tertium debitor conueniendus n. 6.
Antea præscriptio actionis contra tertium possessorem non currit n. 7.

Auf

Auf erhabene Klage, dagegen opponirte exceptiones und ferneres Verfahren, in Sachen des Kaufmanns I. I. L. zu R. Klägern an einem, und des Hrn. Geheimten Raths von C. zu B. Beklagten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Carl Leopold ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht.

Daß Klägers Suchen noch zur Zeit nicht statt finde, und Beklagter auf die angestellete Klage voritzo sich einzulassen nicht schuldig, sondern Kläger die ihm deswegen verursachten Unkosten nach derer vorgehenden liquidation und erfolgter unserer Mäßigung zu ersetzen gehalten sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Weil Kläger wegen der in concursu euentualiter classificirten und ihm cedirten 1575 Thaler aus der hypotheca speciali des Guths C. nichts zu erhalten vermeinet, so hat er den Hrn. Beklagten, der das Guth zu B. ex generali hypotheca, in an. 1732. vom debitore communi gekaufft, in Anspruch actione hypothecaria genommen, auf welche doch derselbe sich nicht einlassen wollen, sondern in vim litis ingressum impediendi unterschiedliche exceptiones opponiret.

Ob nun wol Kläger die erste exception: daß er einmahl dieser Post wegen in concurs ge-
1 klaget, und daselbst sein Recht prosequiren müsse, ihm dannenhero exceptio semel electæ viæ entgegen stehe, dadurch zu elidiren gesuchet, daß eines Theils solches nur euentualiter geschehen, so ferne Kläger aus dem Guthe C. bezahlet werden könne, so aber nicht möglich, andern Theils nicht folge, daß, weil Kläger aus denen in Händen habenden B. nominibus actiuis seine Befriedigung gesuchet, er nicht befugt sey, aus einem nomine passiuo diuerso des liquidati, so ihm cediret worden, den Besitzer der ihm verschriebenen Güther zu belangen, da jene action diese Schuld nichts angehe. Ferner bey der andern exception, so die præscription betrifft, Kläger erinnert, daß er wegen der excussion der specialen hypothec nicht eher auf das generale Unterpfand kommen, und solches excutiren mögen, als bis klar gewesen, daß er aus der speciali hypotheca nichts zu hoffen ha-
2 be, wie die prioritæt-Urthel weiset, dieserwegen nunmehr erst post latam sententiam die præscription angegangen, cum non valenti agere non currat præscriptio, wogegen doch Beklagter vermeinen wollen, daß er post latam sententiam in an. 1741. gleich klagen können, und müssen, wenn er ein Recht zu haben vermeinet, er also nunmehro gæntzlich abzuweisen sey, nicht weniger die dritte exception Kläger daher zu elidiren gesuchet, daß diejenigen 5850 Thlr. welche der Hr. Rittmeister von Z. dem Hrn. Hauptmann von B. schuldig, von diesem aber an Klägern mit jenes Genehmhaltung cediret worden, in dem mit Klägern errichteten Nüttelschen Pfand-contract keinesweges enthalten, der Pfand-Schilling darauf nicht 3
gerichtet, noch dieser Schuld darin mit einem Buchstaben gedacht sey, mithin daraus keine compensation mit der quæstionirten Forderung inducirt werden mag, beyorab da in dem §. 9. des sub n. 6. befindlichen Pfand-contracts die Posten, welche den Pfand-Schilling a 9800 Thlr. ausmachen, specifice referiret, die quæstionirten 5850 Thlr. aber nicht in computum mitgebracht worden. Dagegen auch nicht hindern möchte, daß in dem Nebencontract, so n. act. 6. ebenfals produciret, der §. 10. des Haupt-contracts dahin declariret worden, daß Kläger das Guth N. als seine hypothec nicht eher räumen solle, bis er auch wegen der gedachten cedirten Forderung von dem Hrn. Rittmeister von Z. völlig befriediget worden, zumahl nach dem Pfand-contract die qu. 5850 Thlr. diesem ohngeachtet zu dem Pfandcontract weder von einem noch andern Theil gerechnet, sondern von ihm, dem Kläger, vielmehr versprochen worden, nach zwantzig Jahren gegen Erlegung der Pfand-Gelder das gedachte Guth dem Hn. Rittmeister von Z. zu restituiren, iedoch nach der angehängten declaration wegen dieser Forderung, so nicht zum Pfand-Schilling gehöret, das blosse ius retentionis ihm reseruiret, er aber dadurch keinesweges, wie Beklagter daraus folgern wollen, bezahlet sey, deswegen in dem sub n. act. 7. beygefügten documento die obligation über die quæstionirte Post der 1575 Thlr. so Kläger an den Obristen von L. nach geschehener cession vor den Hrn. Hauptmann bezahlet, mit ausgelieffert und specificiret, keinesweges aber als bezahlet anzusehen ist. Am allerwenigsten aber die vierte exceptio excussionis statt zu finden scheinet, nachdem aus der priorität Urthel leicht zu erkennen, daß die hypothequen de an. 1730. wohin Klägers hypothec auf C. ebenfals gehöret, ex massa concursus nicht befriediget werden können, vielmehr Beklagter seiner eignen Bekäntniß nach, Einwendens ohngehindert, unterschiedliche contentiren müssen, die vor n. 50 und 51. oder vor des Klägers quæstionirten Post, und zwar de an. 1725. 1727. und 1728. gestanden, dahero die Zahlung ohnmöglich an ihn kommen 4
könne, sondern er nunmehro seine generalem hypothecam anzugreiffen und zu prosequiren wohl befugt sey. Endlich die exceptio vltima nouationis noch ungegründeter seyn möchte, nachdem in dem documento B sub n. act. 7. die clausula: sine animo renouandi et cum protestate variandi, offenbahr enthalten.

Ad Lib. XX. T. I.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) einmahl gewiß und ex actis offenbahr ist, daß eines Theils

Ad Lib. XX. T. I.

Kläger wegen der quæstionirten Post seiner ihm cedirten Forderung sich in den concurs eventualiter eingelassen, und auch classificiret worden, andern Theils er wegen der ihm versetzten und in n. act. 7. sub B specificirten obligationen, welche der actor communis ad concursum ausgelieffern gesuchet, sich in den concurs nicht einzulassen, sondern seine Befriedigung daraus als einem handhabenden Unterpfande zu suchen befugt zu seyn vermeinet, worauf auch bereits erkant, iedoch solcher Punct wegen des vom actore communi ergriffenen remedii suspensiui noch nicht ausgemachet worden, dadurch denn geschehen, daß bishero die massa concursus noch nicht einsten constituiret, und also auch nicht geurtheilet werden mögen, wie weit solche zu Bezahlung der creditorum nebst der hypotheca speciali hinlangen werde, welches erst aus dem geendigten Proceß mit dem actore communi sich zeigen wird, da, wenn dieser gewinnen solte, der massæ ein grosses zuwachsen würde; so ferne es aber bey dem in faveur des Klägers gefülleten Urtheil verbleiben würde, er alsdann um destomehr aus denen handhabenden obligationen vor alle creditores seine Befriedigung nehmen, und auch wegen seiner Forderung völlig sicher seyn kan, zumahl er auch die quæstionirten obligationes gegen einen reuers, zum Eintreiben, dem actori communi bereits ausgelieffert, und derselbe solche eintreibet, ja so gar das Guth Nutteln antichretice vor die quæstionirte cedirte Schuldforderung in Händen hat, daß er dabey in effectu nichts risquiren kan, ihm also billig oblieget, den einmahl erwählten Weg, wobey er nichts zu befahren, sondern seine Befriedigung ohnstreitig zu hoffen hat, zu verfolgen, und davon nicht ehender abzustehen, und gegen Beklagten als tertium b. f. possessorem, dessen hypotheca nur in subsidium hafftet, zu klagen befugt ist, als bis er aus der massa concursus, davon er vieles selbsten in Händen hat, nicht befriediget werden kan; est enim hypotheca generalis, præmissa speciali, tantum subsidiaria, adeoque tertio b. f. possessori exceptio excussionis competit, vt tum debitor, tum hypotheca specialis prius excuti debeant,

l. 2. C. de pignor. et hypoth. Nov. 4. c. 2.

MEV. *P. II. dec. 116. et P. IV. dec. 48.*

bevorab da hier die Klage contra tertium b. f. possessorem angestellet worden, respectu dessen auch sonsten, non obstante hypotheca generali, der debitor selbst vorher, und moto concursu, dabey auch Kläger sich gemeldet, excutiret werden muß, weil man noch nicht wissen kan, ob er nicht ex massa debitoris, wenn solche erst völlig constituiret worden, befriediget werden könne, adeo, vt antequam tertius b. f. possessor conueniri cum effectu 6 queat, non tantum ipse debitor, sed etiam mandatores, fideiussores, et sponsores prius conueniendi sint,

Nov. 4. c. 2.

welches auch der Kläger agnosciret und sich in concurs eingelassen, davon er nunmehr noch zur Zeit nicht abspringen kan, da auch so gar, so lange die völlige massa bonorum noch nicht constituiret werden mag, und kein distributions-Urtheil gefället, es unmöglich zu iudiciren ist, ob Kläger nicht ex hypotheca speciali befriediget werden könne, wodurch aber auch zugleich die exceptio præscriptionis wegfällt, nachdem die præscription noch itzo nicht einsten zu lauffen angefangen, und die actio hypothecaria dadurch contra possessorem tertium in subsidium noch nicht aufgehoben ist, 7 cum non valenti agere non currat præscriptio, also hier keine interruptio nöthig gewesen, quæ ad cursum eius sistendum demum proficit: hergegen die dritte exceptio compensationis von mehrern Gewicht ist, anerwogen aus der ad n. act. 6. angefügten Beylage B klärlich erhellet, daß der Hr. Hauptmann von Z. die hiebevor ausgegebene obligationes an den liquidarum auf 5850 Thlr. agnosciret, in dessen cession an den Kläger consentiret, und dahin sich obliget, daß der Kläger das Guth N. cum pertinentiis als seine *hypothec* nicht eher zu räumen schuldig seyn soll, bis er auch wegen dieser Forderung befriediget, wodurch er in rei veritate das Guth vor diese Post, worin die quæstionirte Schuld der 1575 Thlr. steckt, antichretice mit geniesset, ein würckliches pignus daran hat, und da er dieser Schuld wegen es so lange, bis er befriediget worden, behalten soll, er kein nudum ius retentionis, sondern ein weit pinguius erhalten müssen, da jenes in securitatem huius crediti, vnde ius pignoris nascitur, mit ertheilet, solches creditum von Hrn. Hauptmann von Z. agnosciret ist, von liquidato aber an Klägern cediret ist, es dahero vor sein eigenes nomen actiuum zu halten, und ob er gleich dadurch noch nicht bezahlet worden, doch in effectu, wenn er contra actorem communem obtiniren solte, so zu halten, als wenn er bereits befriediget worden, weil er so viel in Händen hat, daß er daraus vollkommen befriediget werden kan. Wodurch auch die exceptio excussionis, nach dem, was bereits bey der ersten exception ausgeführet, bey Kräfften bleibet, da noch nicht einsten eine massa concursus constituiret, noch die distributions-Urthel erfolgen können, die actiua noch nicht eingetrieben, und man ante euentum litis cum actore communi an constituirung einer massæ gedencken kan, und was von denen vom Hrn. Beklagten bezahlten Posten angeführet worden, von ihm völlig elidiret worden. Endlich bey der letzten exceptione nouationis sich aufzuhalten man unnöthig befindet, ob wol diese den 21. Aug. 1735. cedirte Post in die vorhero mit dem debitore communi geschehene Abrech-

nung

nung nicht gebracht und daraus von dem Hrn. Beklagten ein dubium erreget werden kan, und weil daraus evident ist, daß Kläger noch zur Zeit nicht klagen mögen, er plus petendo tempore zu refundirung der Proceß-Kosten condemniret werden müssen.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen gemüßiget worden. *Ad Lib. XX. T. I.*

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE APRIL. MDCCXLII.

DECISIO CCCXXXI.

THEMA.

Exceptio excussionis moto super bonis debitoris concursu tertio hypothecæ possessori non datur.

SVMMARIA.

Exceptio ordinis datur tertio hypothecæ possessori, si debitor nondum conuentus n. 1.

Cessio bonorum a debitore facta exceptionem excussionis non impedit, quamdiu nondum constat, vtrum bona sufficiant, nec ne n. 2.

In re aliena non valet hypotheca n. 3.

An per silentium creditoris, qui alienationem hypothecæ sciuit, remittatur hypotheca n. 4. 9. 10.

Concursus creditorum est argumentum, debitorem non soluendo esse n. 5.

Exceptio excussionis tertio hypothecæ possessori, moto concursu non competit n. 6. 7.

In hypotheca generali non probandum, rem tempore constitutionis in bonis debitoris fuisse n. 8.

Auf angebrachte Klage und erfolgte Gesetze in Sachen des Burgermeisters H. T. Klägers an einem, und den Geheimten Rath von K. Beklagten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Carl Leopold Hertzog zu Mecklenburg ꝛc. auf eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht ꝛc.

Daß es Einwendens ohngehindert bey unsern am 22. Jan. 1739. ergangenen mandato billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter vermeinen wollen, daß 1) der Haupt-debitor zuförderst ausgeklaget werden müssen, ehe gegen ihn, als dritten Besitzer des verschriebenen Gutes B. Klage angestellt werden könne, und ihm dahero exceptio excussionis zukomme, quippe quæ datur tertio hypothecæ possessori conuento, si debitor principalis nondum excussus est, 1

Nov. 4. cap. 2.

und wenn gleich 2) der Hr. von B. als Hauptdebitor sein Vermögen zu Tilgung seiner Schulden in solutum dargebothen, bonis cediret, und daraus ein concursus creditorum entstanden, dennoch daraus noch nicht erfolge, daß er seine Schulden zu bezahlen nicht im Stande sey, und deswegen die exceptio excussionis cessiren müsse, indem es noch darauf ankomme, ob nicht, wenn die Güther zu Gelde geschlagen sind, solche zu Befriedigung der Schulden zureichen werden, und im Fall auch solches 3) nicht geschehen sollte, dennoch Kläger seiner Schuld halber sich zuerst in concursu melden, den Ausgang desselben erwarten, und wie weit er daraus bezahlet werden könne, gewarten müsse, ehe er gegen ihn als Besitzer des Guths B. actionem hypothecariam erregen könne; zumahl da 4) gedachtes Guth tempore hypothecæ constitutæ dem debitori nicht zugehöret, und da er also noch nicht einsten dessen Eigenthümer gewesen, er auch keine hypotheque darauf constituiren können, und das Guth unter die generaliter verpfändete Güther dem Ansehen nach nicht gerechnet werden möchte. Ueberdem auch 5) Kläger den Verkauf des Guths B. gewust, und sich deswegen selbst durch ein Schreiben bey Beklagten erkundiget, solchen aber ohne einige Einrede geschehen lassen, noch auch, daß die Kauf-Gelder zu seiner Befriedigung ausgesetzt würden, verlangt, und es daher das Ansehen gewinnen will, daß er sich alles iuris hypothecæ an selbigen stillschweigend begeben, cum etiam solo silentio creditorum, qui rem hypothecæ subiectam alienari sciunt, hypotheca remissa esse videatur, 2 3 4

arg. l. 8. C. de remiss. pignor.

und daraus also, daß die angestellte Klage gegen

Ad Lib. XX. T. I.

gegen Beklagten bewandten Umständen nach nicht statt finde, erfolgen will.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) die exceptio excussionis dem tertio possessori nicht anders zu statten kommt, als wenn der Haupt-Schuldner zu zahlen noch im Stande ist und gleich leichte belanget werden kan, und daher, wenn des debitoris Vermögen im concursu stehet, solche nicht mehr gegründet ist, cum ipse concursus argumentum sit, debitorem non exis-
5 tere soluendo et creditum difficilis executionis,

MEVIVS *P. V. dec. 197.*

zumahlen 2) so oft ein concurs entstehet, die excussio debitoris principalis durch viele Unkosten und Verweilung nicht allein höchst beschwerlich gemacht wird, sondern es auch noch ungewiß bleibet, ob aus selbigen die Bezahlung iemahls zu erhalten sey, in welchem Fall gedachte exceptio cessiret, vtpote cui locus
6 non est, si debitum difficile est ad exigendum,

BERLICH *P. I. concl. 24.*

folglich derjenige, der sich eben um mehrerer Sicherheit willen, und um bequemere Erhaltung seiner Befriedigung durch die hypothec prospiciret, mit seiner Hypothequen-Klage nicht abgewiesen, noch ad concursum verwiesen werden kan,

COLER. *de proceſſ. execut. lib. I. c. 8. n. 40.*

und da nun 3) der debitor principalis dem Kläger ausser einer special-hypothec alle seine gegenwärtige und zukünftige Güther unterpfändlich und dergestalt verschrieben, daß ihm dabey die freye Wahl bleiben sollte, sich entweder an die special- oder general hypothec zu halten, und Kläger dem zu folge sein ius hypothecæ an dem an Beklagten verkauften Guth B. verfolget, und gegen ihn actionem hypothecariam angestellt, diese, da des debitoris Vermögen in concursu stehet, und er nicht mehr soluendo worden, durch opponirte exceptionem excussionis nicht elidiret werden kan, immassen so viel rat. dubit. 1) betrifft, diese nur die regul in sich faßt, hingegen die exceptionem nicht ausschließt, quod, debitore non soluendo existente, tertius hypo-
7 thecæ possessor actione reali statim conueniri queat:

LEYSER *med. ad Pand. spec. 225. n. 1. sq.*

welches 2) bey den entstandenen concurs sich offenbahr ereignet, als wozu es keiner eher kommen lässet, als wenn dessen Güther zur Bezahlung seiner Schulden nicht zureichen, hiernechst das beneficium cessionis bonorum nur bloß zur Vermeidung grösserer incommodorum debitori imminentium gebrauchet wird, ausserdem ad 3) die Ungewißheit und Beschwerde bey der aus dem concurs zu erhaltenden Befriedigung genugsamen Grund in sich enthält, daß die actio hypothecaria per exceptionem excussionis nicht elidiret werden kan, wie n. 2. gezeiget worden, übrigens aber, ob zwar bey solchen Umständen das beneficium excussionis Beklagten nicht zu statten kommen kan, dennoch daraus, daß derselbe regulam und also einigen Schein der Rechte vor sich gehabt, so viel erhellet, daß er nicht als temerarius litigator anzusehen sey, und dahero die Unkosten in dem Urthel billig von uns übergangen worden, sonsten aber ad 4) da die general-hypothec auf gegenwärtige und zukünftige Güther gerichtet ist, es nicht darauf ankommt, ob der debitor das quæstionirte Guth schon tempore initi contractus besessen oder nicht, cum in hypotheca generali creditor probare non te-8 neatur, rem tempore contracti debiti in bonis debitoris fuisse.

l. 15. §. 1. D. de pignor. et hyp.

Endlich ad 5) aus dem blossen Stillschweigen des Klägers bey der Veräusserung des quæstionirten Guths kein bündiger Schluß auf die Erlassung seiner Unterpfands-Gerechtigkeit zu machen, weil solches, saluo iure hypothecæ, geschehen können, und das silentium nur als-9 dann vim consensus erhält, wenn einer consentiren oder contradiciren müssen, welches bey der venditione sub hasta, quæ per proclama fieri solet, sich ereignet, in quo casu 10 silentium pro tacito consensu habetur:

l. 6. et 8. C. de remiss. pignor.

gleichwol aber der Kauf des quæstionirten Guths priuatim vollzogen worden, hiernechst Kläger die Erkundigung wegen des Kaufs erst zu der Zeit eingezogen, da nicht mehr res integra gewesen, sondern die Kauf-Gelder bereits bis auf 1000 Thlr. ausgezahlet worden, welche summa aber zu Tilgung seiner Anforderung nicht zugereichet, desselben Stillschweigen und unterlassene contradictio nicht pro tacita remissione angenommen werden können.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXL.

Tit. II. In quibus causis pignus vel hypotheca tacita contrahitur.

Ad Lib. XX. T. II.

DECISIO CCCXXXII.

THEMA.

In feudo nullo datur regulariter hypotheca tacita.

Vid. T. IV. Decis. DCCVI. Them. 2.

DECISIO CCCXXXIII.

THEMA.

Ex hypotheca tacita ratione dotis promissæ contra tertium agi nequit, nisi certa quantitas promissa.

SVMMARIA.

Dotis constitutio per se non requirit scripturam n. 1.

Probata dotis promissione hypotheca tacita nascitur n. 2.

Ex indeterminata dotis promissione contra patrem agi potest n. 3.

Non contra tertium possessorem n. 4.

Auf interponirte Oberleuterung und erfolgtes Verfahren in Sachen des Pfarrers zu W. C. M. Beklagten an einem, und des Pastoris zu C. G. T. B. Klägers am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß es nicht bey dem den 10. Febr. 1744. eröffneten fol. 6. befindlichen Urthel, sondern vielmehr bey dem fol. 38. befindlichen und den 16. Nov. 1744. eröffneten Urthel zu lassen, und die fol. 112. specificirte deseruita a 3 Thlr. 21 Gr. 10 Pf. (wie sie zu summiren) auf 3 Thl. 13 Gr. 10 Pf. zu mäßigen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Kläger vermeinen will, daß es nicht mehr auf Bestimmung der maternorum und eines Beweises des constituirten doris ankomme, da jene in dem, in denen Rathhäußlichen actis de a. 1741. sub n. 2. fol. 5. befindlichen documento bereits a 417 Thlr. 1 Gr. bestimmet, die constitutio dotis aber aus denen actis sub n. 1. fol. 6. zu ersehen, welches document zwar unvollenzogen aufgeführet, doch durch die erfolgte Verheyrathung bestätiget, ja durch die in actis sub n. 1. befindliche exceptiones des verstorbenen D. fol. 8. nicht undeutlich eingeräumet worden, weil er als Schwiegervater darin bekant, daß einige tractaten wegen der Mitgifft vorgewesen, aber deswegen nur nicht zum Stande gekommen, weil D. zuvor zu wissen verlanget, was er seiner Tochter dagegen verschreiben wollen, welches aber noch leicht bestimmet werden kan, und also die 300 Thlr. loco dotis wenigstens fest zu setzen seyn möchten; neque enim ad essentiam pactorum dotalium scriptura eiusque perfectio per se desideratur,

l. 6. C. de dot. promiss.
l. 15. C. de iure dot.

wie er dann auch die promissionem dotis der 300 Thlr. dadurch eingestanden haben möchte, daß er in fine der gedachten exceptions-Schrifft angezeiget, daß er wegen seines Unvermögens nicht im Stande sey, dem Kläger 300 Thlr. zu zahlen, wodurch er tacite einge-

Ad Lib. XX. t. II.

räumet, daß er ihm die gedachten 300. Thlr. loco dotis wenigstens versprochen haben müsse, bevorab da er seine übrigen Töchter reichlich ausgestattet, und dahero auch Klägers Frau mit jenen egalisiren müssen, daß es also dieserwegen keines Beweises bedürffe, sondern weil wegen dieser 300. Thlr. inhibition auf die vom Beklagten zu zahlende Kauf-Gelder angeleget, es nach dem Urtheil der hochlöblichen Regierung blos darauf ankommen würde, ob Beklagter ante inhibitionem noch Gelder an solche creditores, ja an sich selbsten gezahlet, welche dieser prætension nachzusetzen, wozu auch Beklagter sich bereit befunden, aber wegen contradiction des Klägers dazu nicht gelangen mögen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus denen Acten zu ersehen, daß Kläger ratione dotis et maternorum auf die von Beklagten zu zahlende Kauf-Gelder wegen des erkauffsten D. Hauß inhibition angeleget, und da nunmehro, nachdem D. verstorben, Kläger sich auf die hypothecam tacitam ratione prætensæ dotis et maternorum gründet, es mit Beklagten, als tertio possessore des D. Hauses, zu thun hat, und von denen mit inhibition belegten Kauf Geldern seine Befriedigung fordert, vor
2 allen Dingen nöthig ist, daß er seine Anforderung iustificire, wohin die materna ohnstreitig gehören, die eben keiner iustification bedürffen, weil sie in dem alten Kauf-Briefe in act. n. 2. fol. 5. auf 417. Thlr. 1. Gr. determiniret sind, jedoch nur des Klägers Ehe-Frauen pro rata zukommen, also vornemlich es hier auf den versprochenen dotem a 300. Thlr. weswegen Kläger die inhibition bey Beklagten gesuchet und erhalten, ankommt, anerwogen, daß solche vor liquid zu achten, sich in actis nirgends finden will, im Gegentheil sich aus denen actis vol. II. f. 6. b sqq. klar veroffenbaret, daß die Ehe-Pacta, worin die 300. Thlr. benemet, unvollzogen, und die Bestimmung des Gegenvermächtnisses offen gelassen, so daß dieser Entwurf noch zur Zeit als ein imperfectum negotium anzusehen, worauf sich auch vol. II. f. 8. des Klägers Schwieger-Vater bezogen, und keinesweges eingestanden, daß die Versprechung der Ehe-Gelder zum Stande gekommen, dabey auch wenig zur Sache thut, daß Kläger gleichwol die Hochzeit vollenzogen, und der Vater auch ad dotem constituendam ex incerta et imperfecta promissione verbunden sey; 3

BÖHMER *in introd. ad D. tit. de iur. dot. §. 3.*

anerwogen quoad prius auch jemand wol eine Person sine dote zu heyrathen berechtiget ist, ja auch sub spe adhuc constituendæ dotis solches thun könne: quoad posteriùs des Klägers thesis seine application finden würde, wenn er mit seinem Schwieger-Vater zu thun hätte, da allenfalls die Obrigkeit ex officio den dotem bestimmen könte, gleichwol verito 4 die Klage zwischen Klägern und den tertium possessorem ædium versiret, von dem er 300. Thlr. dotal-Gelder sowol ex hypotheca tacita als wegen der inhibition prætendiret, gegen welchen er zuförderst das debitum dotis beweisen und fest setzen muß, ehe aus der inhibition geklaget, darneben die hypotheca tacita zum Grunde geleget und die Berechnung der Kauf-Gelder vorgenommen werden kan, dabey ihm doch unbenommen bleibet, zugleich mit zum Beweiß anzuführen, wie viel seine übrige Schwägere bekommen, mit welchen er egalisiret zu werden, nicht unbillig vermeinet, diesemnach wir noch zur Zeit zur Auszahlung der 300. Thlr. Beklagten nicht condemniren können, nachdem noch zur Zeit die quantitas dotis nicht ausgemachet ist.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPTEMB. MDCCXLVI.

Tit. IV. Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

DECISIO CCCXXXIV.

THEMA.

Priuilegium prælationis doti cohærens ad cessionarium non transit.

Vid. T. IV. Resp. DCCVII. Thes. 4.

DECISIO

DECISIO CCCXXXV.

THEMATA.

I. *Qui ex patris expectatiua succedit, eius æs alienum suscipere debet.*

II. *In causis domesticis pater habilis testis est.*

III. Mulier ratione dotis omnibus expressis et tacitis hypothecis præfertur.

SVMMARIA.

Filius patri in feudo succedens eius æs alienum soluit n. 1.

Qui agnato in feudo succedit, ad æs alienum soluendum non tenetur n. 2.

Filius bonis paternis non incumbens, eius heres factus non præsumitur n. 3.

Parentes pro liberis inhabiles sunt testes n. 4.

Mulier ratione dotis tacitis tantum hypothecis præfertur n. 5.

Rectius tamen ad expensas hoc extenditur n. 11.

Priuilegia ita capienda, ne tertio noceant n. 6.

Expectatiua in heredes expectiuati transit n. 7.

Pater in caussa dotis testis est n. 8.

In caussis domesticis pater habilis testis est n. 9.

Compensatio ipso iure fit n. 10.

In Saxonia mulieres ratione dotis tantum tacitis hypothecis præferuntur n. 12.

Auf eingewandte supplicationes und euentualiter gesuchte restitution in integrum nebst übrigen Vorbringen und erfolgten Verfahren in Sachen der G. Wittwe und Erbin in specie des Lieutenants G. Beklagten an einem, und des Bürgermeisters R. Klägern am andern Theil, erkennen Fürstl. Braunschweig-Lüneburgische Vice-Cantzler und Räthe, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß, so viel des Lieutenants G. eingewandte supplication und euentualiter gesuchte restitution in integrum betrift, es derselben ohngehindert, bey dem n. act. 22. befindlichen Urtheil, und denen darauf erfolgten Reiections-Decretis in puncto gesuchter declarationis mit abermahliger Erstattung der Unkosten des verzögerten processus lediglich zu lassen sey. So viel hingegen der Wittwen G. und des Bürgermeisters R. supplicationes und ferneres Vorbringen betrifft, dieweil die G. Wittwe dem Kläger den Eyd über die quæstionirte 300. Thlr. deferiret, und dadurch beyderseits Hauptgrauamina hinweg fallen, so ist Kläger den ihm darüber deferirten Eyd, jedoch nicht de veritate, sondern vermöge n. 105. angegebener Formul, blos de credulitate, nach vorgehender der Beklagtinnen Eyd vor Gefehrde abzuschweren oder zu referiren gehalten, und ergehet alsdann ferner darauf was Rechtens ist. Würde nun Beklagtin ihren Vater über den Umstand, daß er bey Antritt des Neuhaußischen Pachts 900. Thlr. melioration nebst dem Vorstand aus seinen Mitteln seiner Tochter-Mann, G. vorgeschossen, eydlich abhören lassen, und er solches durch seine Aussage bekräfftigen, darneben ein Cameral-Attestatum, daß die bey Endigung des Pachts liquidirte 1008. Meliorations-Gelder mit den von ihrem seligen Mann in Rest verbliebenen Pacht-Geldern compensiret u. abgezogen worden, ad acta produciren, darneben sich vermittelst Eydes reinigen, daß sie nebst ihrem Kinde ihres Mannes und respectiue Vaters Erbin nicht geworden, so ist sie die quæstionirte meliorations-Gelder und Vorstand in ihre bereits beschworne specification nicht einzubringen, noch das in Händen habende specificirte Vermögen ihres Mannes dem Kläger heraus zu geben, hergegen die Selmersche Gelder wegen noch zu fordern habender Zinsen und Unkosten der gemeldten specification zu inferiren schuldig. Uebrigens hat Beklagtin die illationem dotis der 3000. Thlr. zur Nothdurfft erwiesen, und ist darin dem Kläger denen gemeinen Rechten nach billig vorzu-

Ad Lib. XX. T. IV.

vorzuziehen, sie ist aber expensas termini, so Kläger n. act. 95. gefordert, und darüber die Erkentniß n. act. 97. bis hieher verfahret worden, dem Kläger zu erstatten pflichtig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol der Cornet G. dabey beständig geblieben, daß er seines Vaters Erbe nicht geworden, ohngeachtet er in denen interuent. actis von 18. Mart. 1738. zugestanden, daß er mit Lehn-Güthern angesessen sey, zumal daraus nicht folge, daß er seines Vaters Lehn-Stücke in Händen habe, als welches er nicht an sich kommen lassen, vielmehr er durch dieses Geständniß diejenigen Lehn-Güther verstanden haben will, welche nach seines Vaters Tode immediate ihm von dem Consistorial-Præsidenten Reichen, mense Febr. 1738. proprio iure angefallen, weswegen auch derselbe zuförderst declaration gesuchet, und obwol n. act. 94. 98. und 100. dieselbe abgeschlagen, dennoch er mit fernern suppliciren a reiectionibus angehalten, also n. act. 103. irrig angegeben ist, daß solcher Punct rechtskräfftig worden, sondern noch wohl darüber als einem Haupt-grauamine erkant werden mögen. Gestalt denn der Land-Tags Abschied de anno 1619. §. 8. zwar die Söhne, die ihrem Vater im Lehn, siue nouum siue antiquum fuerit, succediren, verbindet, die väterliche Schulden
1 zu bezahlen, wie auch die gemeinen Rechte belehren,

2 f. 45.

LEYSER *de feud. Brunsuicens. p. 56.*

dennoch dieser casus hier nicht vorhanden zu seyn scheinet, da er nicht in denen Lehnen, so er besitzet, seinem Vater succediret, sondern diese Lehne post mortem patris, von dem gedachten seligen Consistorial-Præsidenten auf ihn gefallen; quando autem filius non patri succedit, sed vel agnato vel alii, ad æs alie-
2 num soluendum non tenetur,

STRUV *in synt. iur. feud. c. XIV. aph. 30. n. 8.*

IDEM *in obs. feud. c. XVI. c. 16. §. 18.*

weil solche Lehn ihm iure proprio ex prouidentia maiorum angefallen, dahin auch die Worte des Land-Tages Abschiedes:

Sie rühren her, wo sie wollen

nicht zu ziehen, sondern nach den gemeinen Rechten den Unterschied inter feuda noua et antiqua nicht admittiren wollen, bey solcher Beschaffenheit aber die gesuchte declaration nicht abgeschlagen werden mögen, vielmehr die grauamina bey Kräfften bleiben, anerwogen er quoad grav. 1. et 2. zwar zugestanden, daß er mit Lehn-Güthern angesessen, und er in regard dieser Bekäntniß nicht mehr zum Eyde zugelassen werden wollen, dennoch er sich selbst darüber beschweret, daß ihm der Eyd ex officio n. act. 17. deferiret sey, da doch kein Grund dazu gewesen, und er von seinem Va-
3 ter nichts besitze, quo casu præsumitur filius, quod heres patris non fuerit factus, die besitzende Lehn ihm aber nicht vom Vater angefallen; so dann quoad grau. 3tium ihm die exception: ego non sum heres patris, widerrechtlich aberkant sey, und ihm die eingeklagten Schulden seines Vaters mit zu bezahlen angewiesen, ja quoad grau. 4tum ihm auferleget sey, sich auf des Klägers Schuld-Klage einzulassen, da doch nicht dargethan, daß er seines Vaters Erbe geworden. Dahero auch quoad grau. 5. die euentualiter erkänte immissio in fructus nicht geschehen mögen, vielmehr er auch darin ratione maternorum seines Vatern creditoribus vorgezogen werden müssen, noch weniger er aber bey so wichtigen Umständen in die Unkosten condemniret werden mögen. Nächstdem so viel des Klägers und der Beklagtinne supplicationes betrifft, jener vermeinen will, daß der Beklagtinnen Vater in diesem Punct die quæstionirten 300. betreffend, nicht pro teste aufgeführet werden können, weil überhaupt denen Eltern vor ihre Kinder zu zeugen verbothen, diese aber dabey von selbsten zugestanden, daß der Vater keine Wissenschafft davon haben könne, ob ihr Mann vor diese 300. Thlr. die specificirte Meublen angeschaffet, und dahero nach wie vor vermeinen will, daß sie sich zu Bestärckung dieses Umstandes zum Eyde wol offeriren mögen, cum veritas aliter haberi non possit, sie auch überdem zur eydlichen Bestärckung ihres Mannes Vermögens bereits zugelassen sey, und ob sie gleich dem Kläger darüber den Eyd deferiret, dennoch solches nur euentualiter geschehen, darneben Kläger den Eyd in præscripta forma nicht acceptiren, sondern nur de credulitate schweren wollen, so daß auf die Eydes-Delation keine Achtung genommen seyn möchte, es das Ansehen will, übrigens bey denen n. act. 80. specificirten vier Puncten, welche nach des Klägers Vorbringen in die specification gebracht werden sollen, die Beklagte in genere erinnert, daß sie einmahl ihre specification beschworen, in derselben aber die gedachte Posten, ohngeachtet sie bereits von Klägern rege gemachet, nicht mit eingebracht, welche sie sonsten mit einbringen müssen, wenn die meliorations- und Vorstands-Gelder tempore mortis mariti vorhanden und vererbet worden. Kläger hergegen ihres Vaters Zeugniß eben so wenig, als bey denen vorhin gedachten 300. Thlr. passiren lassen wird, cum parentes pro liberis testimonium dicere 4 vetentur,

l. 6. l. 9. D. de testibus.

darneben bey der meliorations-Post von 1008. Beklagte mit nichts erwiesen, daß solche mit denen restirenden Pacht-Geldern compensiret, und von der hochfürstlichen Cammer

innen

innen behalten worden, sie auch kein attestatum camerale, worauf sie doch prouociret, ad acta schaffen mögen, es dahero scheinen will, als wenn sie diese Posten in die specification mit zu inseriren gehalten sey, bevorab da billig zu præsumiren, daß ihr Mann, als Pachter, die Vorstands-Gelder nebst denen bezahlten 900. Thl. meliorationibus bey Antritt seines Pachts aus seinem Vermögen entrichtet, sie auch dadurch, daß sie dem Juden Gumpolt nach ihres Mannes Tode den Wechsel von 100. Thlr. bezahlet, überführet sey, daß sie ihres Mannes Erbin geworden, weil sie sonsten den Wechsel nicht bezahlet haben würde, dahero auch von dem iure retentionis in regard ihres dotis und dessen prioritatis hier vieles zu disputiren überflüßig seyn würde, allenfalls dessen illation zuförderst besser als geschehen, erwiesen werden müste, und wenn auch solches geschehen, dennoch bekant sey, daß keine Frau mit ihrem dote einem ältern creditori hypothecam expressam habenti vorgezogen werde, sondern nur vor denenjenigen, qui tacitas hypothecas et anteriores hypothecas habent, einen Vorzug verdiene, welche Erklärung des *l. 12. C. qui potior. in pign.* habentur um desto mehr anzunehmen, quod ita fauendum sit viduis, ne aliis iniuriam faciamus,

c. 11. X. de for. compet.

welches aber geschehen würde, wenn man denen Witwen, dotem suam repetentibus, einen Vorzug vor denen ältern creditoribus, die mit einer hypotheca expressa versehen, geben wollte;

GAIL *2. obs. 25. n. 10.*

CARPZ. *P. I. c. 28. def. 65. n. 12.* ibique ESBACH.

bevorab da hier noch kein concursus vorhanden, daß super prioritate zu erkennen seyn möchte. Endlich die Beklagte wegen der Selmerschen Gelder die Vermuthung vor sich habe, daß solche bey Lebzeiten ihres Mannes eingetrieben seyn, weil sie solche in ihre eydliche beschworne specification nicht gebracht, die n. act. 95. gefordente Termins-Kosten aber wegfallen müsten, weil sie wegen Weitläufftigkeit der Sachen in termino erschienen und ihre Nothdurfft schrifftlich vorgebracht.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch, so viel des Lieutenants G. supplication und vielfältig abgeschlagene declaration betrifft, derselbe nicht in Abrede seyn können, daß er mit Lehn-Güthern angesessen sey, dabey aber sein nichtiges Vorgeben, als wenn er proprio iure ex simultanea inuestitura nach dem Tode seines Vaters nach Absterben des Consistorial-Præsidenten Reichen, die in Besitz habende Lehne erhalten, und dahero seines Vaters Erbe nicht geworden sey, den Stich nicht halten will, zumal er n. act. 39. selbsten deutlich angezeiget, worin seine simultanea inuestitura bestanden, nemlich daß sein Gros-Vater darauf exspectiuiret gewesen, welches blos in einer promissione de inuestiendo in casum aperturæ bestehet, und woraus eine nuda obligatio inter dominum directum et exspectiuarium entspringet, quæ in huius heredes transit, ita, vt his quoque dominus ad adimplendam teneatur, *Ad Lib. XX. T. IV.* 7

l. f. 9.

HARTMANN. PISTOR. *P. II. qu. 25. n. 32.*

HORN *in iurispr. feud. c. XII. §. 17.*

STRUV. *in synt. iur. feud. aph. VIII. n. 2.*

dahero denn solche als ein merum ius ad rem von dem Gros-Vater auf des Beklagten Vater, von diesem aber auf Beklagten als dessen Erben nothwendig fallen müssen, dergestalt, daß, wenn er seines Vaters Erbe nicht geworden, er auch, apertura facta, keinen Personal-Anspruch an diese exspectanz machen können, wie er denn dem seligen Consistorial-Præsidenten Reichen nicht iure feudi succediret, sondern blos ex pacto seines Gros-Vaters, durch seinen Vatern, welcher demselben succediret, die Personal-Anforderung auf das nunmehro eröffnete Lehn überkommen, und die nouam collationem feudi aperti erst suchen müssen, welches er auch geständiger massen gethan, und dahero sich als patris heredem, durch welchen er diese Personal-Forderung überkommen, dabey aufführen müssen, mithin sowol die gesuchte declaration ceu iuri contraria, abgeschlagen werden, als die gesamte grauamina hinweg fallen, er auch zu dem in Anfang erkanten Eyd nicht einsten zugelassen, sondern in die Unkosten vielmehr condemniret werden müsse, mithin es lediglich bey dem geschehenen Erkäntniß zu lassen gewesen. Hiernächst des Klägers und der Beklagtinnen interponirte supplicationes an sich unerheblich sind, indem diese wegen der quæstionirten 300. Thlr. und davor prætense angeschafften Meublen sich selbsten zum Eyde bekanter massen nicht offeriren können, und da ihr ihren Vater darüber abhören zu lassen nachgelassen, sie selbsten bekant, daß ihr Vater von der Anschaffung der Meublen keine Wissenschafft habe, der Kläger aber widerrechtlich diesen Zeugen verworffen, quod pater in causa dotis, quæ fauorabilis est, vt testis admitti queat, æque vt in casu matrimonii, dahero die Beklagte endlich dem Klägern darüber den Eyd deferiret, und dadurch beyderseits supplicationes erlediget sind, welches aber in hac causa nicht de veritate, cum factum tertii concernat, sondern blos de credulitate geschehen müssen, und die geschehene delation davon denen Rechten anzunehmen gewesen, dabey aber dem Kläger die relation 8

Ad Lib. XX. T. IV.

nachgelassen, und wenn solche erfolgen sollte, alsdann die Beklagtinne de veritate schweren muß, wiewol der effectus dieses Eydes von der Abstattung des zuerkanten purgatorii am meisten dependiren wird, weil hoc præstito sich zugleich äussert, daß alsdenn ihres Mannes Vermögen zur Vergnügung ihres dotis, worin sie einen Vorzug vor den Klägern hat, nicht zureichen werde, inzwischen doch dieser Punct, weil darüber concertiret worden, nebst denen übrigen mit decidiret werden müssen. Uebrigens wegen der bey dem Antritt des Neuhaußischen Pachts gezahlten 900. Thl. an meliorationibus und gethanen Vorstandes die Beklagte sehr wahrscheinlich angeführet, daß ihr Mann nach erfolgter Abdanckung in schlechten Umständen sich befunden, und ihr Vater daher zu ihrer ferneren subsistence nöthig erachtet, zu dem Neuhaußischen Pacht ihrem verstorbenen Manne zu verhelffen, und vor ihn sowol den Verstand an die Cammer, als die melioration an dessen antecessorem aus seinem Vermögen, weil ihr Mann nichts gehabt, auch daher weuig nachgelassen, bezahlen müssen, über welchen Umstand kein ander als ihr Vater ein Zeugniß ablegen kan, zumal dieses eine solche affaire gewesen, so zwischen dem Schwieger-Vater und Schwieger-Sohn intra priuatos parietes vorgegangen, die man zu Erhaltung credits bey der Fürstlichen Cammer nicht gerne public zu machen und Zeugen dabey zu nehmen pfleget, in welchem Fall der Vater auch wohl pro filia zugelassen werden kan, obwol sonster dergleichen Zeug-
9 niß verwerflich ist, quando enim de tali agitur negotio, quod sui natura est difficilis probationis, h.e. tale, vt vel ratione loci vel temporis vel similis circumstantiæ alii testes verosimiliter habitu interuenire haud potuerint, etiam pater pro filia admitti poteſt,

CARPZ. *P. I. c. 16. def. 73.*

IDEM *lib. 3. resp. 89. n. 21.*

hierüber die angegebene und durch ihren Vater zu verificirende Umstände um desto näher der Warheit beytreten, weil ihr Mann, ob er wol einen ziemlichen dotem mit seiner Frauen bekommen, ein schlechtes Vermögen nachgelassen, daß weder Frau, noch Kinder Erben zu seyn verlangen, und die Witwe schwerlich ihren völligen dotem saluiren wird. Ferner sie aus denen Beylagen n. act. 117. sq. dargethan, daß bey Endigung des Pachts der Beklagtinne Mann 1008. meliorationes zu fordern gehabt, dabey aber ein weit höheres residuum an Pacht-Geldern schuldig geblieben,
10 so daß damahls ohne Zweiffel ratione mutui debiti et crediti die compensation, quæ ipso iure fit, würcklich geschehen ist, und er von denen meliorations-Geldern nichts heraus bekommen haben wird, das zur specification gebracht werden mögen, und wenn diese Abrechnung mit einem Cameral-Atteſtato zum Ueberfluß bestärcket werden sollte, wozu sich die Beklagtinne offeriret, alsdann auch dieser Punct gehoben seyn wird. Und weil die Beklagte beständig dabey bleibet, daß sie mit ihrem Kinde ihres Mannes Erbin nicht geworden, an ihres Mannes Güthern aber propter dotem das ius retentionis blos exerciret, und den quæstionirten Jüdischen Wechsel aus Noth, um alle prostitution zu euitiren, aus dem Ihrigen bezahlet, dabey aber einige contraria suspicio ihr entgegen stehet, nicht anders als per iuramentum purgatorium heraus zu kommen ist, welches man leicht vorher gesehen, und dahero die eydliche specification ihres Mannes Vermögens zu ediren gesuchet, beyorab da, hac euicta et edita, sie ohnedem vltra vires hereditatis maritales dessen creditoribus nicht verbunden seyn würde, quod specificatio hodie vim inuentarii habeat, und sie dabey ihre eigene priuilegirte Forderung noch prætendiren kan, zumal aus dem n. act. 116. zu ersehen, daß ihr Mann den versprochenen dotem a 3000. Thlr. würcklich gehoben, dabey aber wegen Zinsen und Unkosten einige 100. Thlr. annoch zu fordern gehabt, welche aber, daß sie bezahlet worden, nicht zu befinden, vielmehr aus denen actis S. contra G. n. 81. sqq. zu ersehen, daß solche noch unbezahlt geblieben, und dahero inter actiua mariti in die specification zu bringen. Bey so gestalten Sachen aber die Witwe nach ihrem dote zu greiffen, allerdings befugt bleibet, worin sie dem Kläger, ohngeachtet er eine hypothecam anteriorem expressam extraiudicialem gehabt, dem gemeinen Rechten nach, allerdings vorzuziehen, quod mulieres ratione dotis potiora iura contra omnes mariti creditores habeant, licet anterioris sint temporis priuilegio vallati, 11

l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. hab.

welche Worte keinen Unterschied inter hypothecam expressam et tacitam zulassen, und was in Sachsen dagegen angenommen seyn soll, keine vniuersal-Regul und obseruantiam 12 ausmachet,

STRYK *in V. M. tit. de reb. autor. iud. possid. §. 4.*

LEYSER *spec. 302. ad Dig. med. 3. in f.*

MYNSING *cent. IV. obs. 13.*

PEREZ *in C. tit. de iur. dot. n. 18.*

auch sonsten die hypothecæ legales mit denen extraiudicial-hypothecis einerley iura haben, und ratione temporis lociret werden, so daß die prioritas dotibus data ihren plenum effectum nicht erreichen würde, wenn sie nicht auch denen hypothecis expressis anterioribus die dotes vorziehen wolten. Endlich Kläger die expensas termini mit Recht fordern kan, da, wenn die Beklagtinne ihre Nothdurft schrifftlich vorstellen wollen, sie solche Schrifft ante terminum ihm gebührend communiciren lassen

lassen müssen, damit er in termino instructus erscheinen möge, sie dahero in culpa gewesen, daß dieser Termin fruftriret worden.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden. *Ad Lib XX. T.VI.*

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE NOVEMBR. MDCCXLV.

Tit. VI. Quibus modis pignus vel hypotheca soluitur.

DECISIO CCCXXXVI.

THEMA.

Hypotheca in libris publicis deleta extinguitur.

SVMMARIA.

Sciens non decipitur ab alio, sed a se ipso n. 1.
Hypotheca in testamento iudiciali constituta an sit iudicialis n. 3. 9.
Hypotheca remitti potest saluo debito n. 4.
Deleta in libris publicis hypotheca, omne ius hypothecarium tollitur n. 5.
Non obstante protestatione ac reseruatione n. 2. 6. 8.
Hypotheca prior transfertur in posteriorem creditorem, si hic priori soluit n. 7.
Vbi hypothecæ libris publicis inserendæ, ibi absque hac insertione hypotheca publica concipi nequit n. 10.

Als die Herren uns geführten bessern Beweis und darüber ergangenes Verfahren in Sachen M. I. G. Interuenientinnen an einem, des Kirchen-Raths und Superintendenten W. H. F. Interuenten am andern Theil, in denen zwey zurück kommenden volum. etc.

Daß Interuenientinne dem ihr in sententia von 24. Ian. 1747. vorbehaltenen und übernommenen bessern Beweis wegen ihres prætendirten Prælations-Rechts in Ansehen ihrer andern Forderung, so ausser denen ihr vorzüglich zuerkanten 300. Mfl. an dem quæstionirten Backhause ihr zustehen soll, wie recht nicht erfüllet, darneben auch die geschehene Eydes-Delation über den 1sten und 7den Art. nicht statt findet, dahero es schlechterdings bey dem fol. 42. befindlichen, und den 24. Ian. 1747. eröffneten, nunmehro purificirten Urthel lediglich zu lassen, und Interuenientinne die nach dem gedachten Urthel aufgelauffene Unkosten nach deren vorgehenden liquidation und erfolgter leidlicher Mäßigung Interuenten zu erstatten schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Interuenientinne, welche ausser denen ihr an dem Backhause vorzüglich zuerkanten 300. Mfl. noch andere Forderungen ex iure prælationis an dasselbe gemachet, den ihr im letzten Urtheil reseruirten Beweis ihres prætendirten iuris prælationis vor dem Herrn Interuenten fol. 45. übernommen, denselben erfüllet zu haben vermeinet, und zu dem Ende angeführet, 1) daß Herr Interuent wohl gewust, daß der debitor communis, G. wegen der an dem quæstionirten Backhause zu fordern habenden gesamten Forderung die Interuenientinne nicht befriediget, sondern er ihr solche noch schuldig sey, über welchen Umstand in casum negationis sie ihm den Eyd deferiret, welche Eydes-delatio um deswillen statt finden möchte, weil, wenn er solches gewust, oder wissen müssen und können, daß ihre Forderung noch auf dem Backhause stünde, und sie also ein Vorrecht daran habe, er billig Bedencken tragen sollen, auf dasselbe Geld zu borgen, cum sciens non decipiatur ab alio, sed a se ipso.

l. 145. D. de R. I.

Sodann 2) ihre ältere Forderung in der fol. 47. b befindlichen gerichtlichen hypothec vom 6. April 1736. gegründet, und des Herrn Interuentens weit jüngern hypothec vorzuziehen sey, und obwol 3) die gedachte ältere hypothec in anno 1742. den 31. May in dem Hypothequen-Buch deliret worden, dennoch solches laut extractus protocolli sub lit. D f. 48. b cum reseruato geschehen, mit der angehengten Clausul:

> Wobey sie sich jedoch sonsten auf des Bruders Backhauß, auch itziges und zukünfftiges Vermögen ihr *hypothecarisches Recht* vorbehalten haben wolte

wodurch alle Krafft der geschehenen deletioni wieder

Ad Lib. XX. T. VI.

wieder entzogen, und solche in effectu pro non facta zu halten seyn möchte, bevorab weil bey der geschehenen deletion annotiret ist:

vid. *protocollum iudiciale sub hoc dato*

mithin Interuenten, nachdem er die deletion in dem Hypothequen-Buche wahrgenommen, dabey aber diese remarque gefunden, obgelegen, das gerichtliche Protocoll, worauf es sich bezogen, aufschlagen und sich daraus informiren zu lassen, wie weit die deletion geschehen sey. Ausserdem 4) das testamentum iudiciale de anno 1742. von 21. May der Interuenientinne noch weiter eine hypothec wegen der Schallenburgischen Forderung a 100. Fl. gegeben, so ihr Bruder mit auf das Backhauß genommen, und darin im gedachten Testament consentiret, welches eine iudicialem hypothecam, da das testamentum gerichtlich gemachet ist, nothwendig würcken
3 müssen, so einer publicæ hypothecæ gleich zu achten, und einen Vorzug denen bekanten Rechten nach würcken möchte,

l. 11. C. qui potior in pign. hab.

dergestalt es scheinen will, als wenn sowol die Eydes-delation vor pertinent zu achten, als auch Interuenientinne, wenn er solchen Eyd abzuschweren ausser Stand seyn sollte, ihre Priorität ratione der übrigen Posten besser dargethan habe.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch an dem termino probatorio zwar kein Mangel erfindlich, nachdem Interuenientinne, eo adhuc currente, fol. 44. dilation erhalten, und den bessern Beweis noch bey Zeiten angetreten, jedoch quoad materialia denselben in geringsten nicht vollführet, angesehen ad 1) bey der Eydes-delation es darauf gar nicht ankommt, ob der Herr Interuent gewust, daß der Interuenientinnen Bruder, G. sie noch nicht völlig befriediget, als warum er sich zu bekümmern nicht nöthig gehabt, sondern er nur darauf zur Zeit seines Anlehns sehen müssen, ob sie noch eine hypothecam publicam auf das quæstionirte Backhauß des debitoris, so ihm verschrieben worden, gehabt, und er also diesem sicher das Geld vorstrecken können oder nicht, und da er befunden, daß die Interuenientinne ihre hypothec auslöschen lassen, er sicher darauf das Geld vorstrecken können, cum
4 etiam hypotheca remitti possit, saluo debito,

l. 3. D. de pact. l. 2. C. de remiss. pign.

dergestalt die Eydes-delation vor impertinent zu achten, nachdem den Interuenten, remissa hypotheca publica, nichts angegangen, wie der debitor G. mit seiner Schwester stehe, so daß, wenn er auch gewust, daß jener die Gelder an seine Schwester noch nicht abgetragen, er dennoch von demselben die hypothecam publicam vor ihr auf seine Schuld wohl erhalten mögen. Uebrigens ad 2) zwar andem ist, daß die Interuenientinne eine hypothecam publicam anteriorem wegen ihrer übrigen Forderung an dem Backhauß vor Interuenten gehabt, und wenn solche in ihrem statu geblieben, sie alsdann ihm billig vorgezogen werden müssen, gleichwol ad 3) da sie solche in dem Hypothequen-Buche deliren lassen, sie solche offenbar verlohren, und der Interuent dadurch in den Stand gesetzet worden, sein Geld darauf sicher vorzustrecken, dagegen auch die aus dem extractu protocolli angezogene Erklärung, daß sie dennoch ihre hypothec an
5 dem Backhause sich vorbehalten haben wollte, keine Achtung verdienet, als welche entweder
6 eine protestatio ipsi facto contraria ist, und nichts würcken kan, oder doch wenigstens den effectum nicht haben kan, daß sie eine publicam et anteriorem hypothecam auf dem Backhause behalten können, sondern allenfalls nur dieses würcken möchte, daß sie auf dem Backhause einem andern creditori die hypothec einräumen wolle, zumal da sie in deletionem hypothecæ publicæ consentiret, sie nothwendig gewollt haben muß, daß ein posterior creditor sicher darauf Geld vorschiessen, und sich darauf eine hypothecam publicam constituiren lassen möchte, sicut cum prior creditor hypothecarius consentit expresse, vt posteriori hypotheca in eadem
7 re constituatur, priorem locum eidem ad minimum concessisse videtur,

l. 12. §. 4. D. qui pot. in pign. hab.

dergestalt sie durch diese reseruation nicht erhalten mögen, daß die deleta hypotheca in pristino suo statu et qualitate verbleiben können, ohngeachtet dabey die relation auf das protocollum iudiciale geschehen, als welche wol contra debitorem, nicht aber contra tertium ihre Würckung haben können, so daß, wenn auch Herr Interuent solches sich vorzeigen lassen sollen, er dennoch, dessen ohngeachtet, wegen seines Capitals sich eine publicam hypothecam auf das Backhauß vorzüglich geben lassen mögen, zumal alles hier auf fidem publicam der Hypothequen-Bücher ankommet, damit niemand, der sich eine hypothecam publicam bestellen lassen will, von debitore betrogen werde, welches offenbar geschehen würde, wenn ein creditor anterior seine hypothec zwar in dem Buche auslöschen und also remittiren, dennoch solche per cautelam
8 pessimam in einer Neben-declaration sich zugleich reseruiren wollte, welches der Absicht aller Rechte zuwider lauffet. Solchergestalt also auch ad 4) die in dem testamento iudiciali constituirte hypothec pro publica, quæ secundum hodiernos mores, publicam cum prioritate possit operari hypothecam, nicht zu achten, noch nach den gemeinen Rechten hievon weiter zu urtheilen ist, nachdem einmal,
9 wo

wo dergleichen Hypothequen-Bücher zur Sicherheit der creditorum eingeführet sind, es schlechterdings nöthig ist, daß dergleichen hypothecæ, wenn sie pro publicis gehalten und effectum prioritatis haben sollen, in die Hypothequen-Bücher eingetragen seyn müssen, welches aber bey dieser in testamento geschehenen hypothec nicht geschehen, mithin pro publica nicht gehalten werden kan,

MARTINI *ad proceſſ. Saxon. tit. 46. art. 2. n. 49.*

vt nec hoc caſu amplius hypotheca publica ex iure communi æſtimari queat,

IDEM *cit. l. n. 10.*

BÖHMER *de prærogat. hypothec. publicar. c. II. §. 5. et 10.*

auch was von einer tacita hypotheca angeführet ist, ohne allen Grund und in Rechten ohnerfindlich, aus diesen allen also euident ist, daß Interuenientinne nichts weniger als ihr Vorrecht wegen ihrer übrigen Forderunge an dem quæstionirten Backhause erwiesen, und ohne allen Grund den Proceſs aufgehalten, also billig die letztern durch Uebernehmung des nichtigen Beweises verursachte Unkosten dem Herrn Interuenten erstatten müsse. *Ad Lib. XX. T. VI.*

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVGVSTO MDCCXLVII.

LIB. XXI.

Ad Lib. XXI. T. II.

Tit. II. De euictionibus et duplæ ſtipulationibus.

RESPONSVM CCCXXXVII.

THEMATA.

I. Euictionis præstatio ob vim maiorem cessat.
II. Euictio, ob odium superioris in venditorem innocentem, non præstatur.

SVMMARIA.

Inimicitia tertii culpæ æquiparatur n. 1.
Qui anſam inimicitiæ dedit, damnum reſarcire tenetur n. 2.
Siue iuſta fuerit inimicitia, ſiue non n. 3.
Inimicitia et odium principis erga venditorem emtori non nocet n. 4.
Venditor vim magnam in rebus venditis ante admetiendi diem non præſtat n. 5.
Sed tantum culpam leuem n. 6.
Euictio contra vim maiorem non præſtanda n. 7.
Imprimis ſi contradictionem emtor facile præuidere potuit n. 8. 13.
Venditor poſt traditionem ad cuſtodiam non tenetur n. 9.
Inimicitia, quam culpa non præcedit, haud imputatur n. 10. 12.
Euictio contra vim iuris, non facti præſtanda n. 11.
Citra culpam ſuam nemo ad damnum reſarciendum tenetur n. 14.
Abſolutoria ſententia a culpa liberat n. 15.

Die mir vorgelegte Frage gehet dahin:

Quæstio.

Ob ein Käufer, weil er in re emta von einem Reichs-Fürsten ex mero odio et inimicitia erga venditorem, wenn gleich dieser vollkommen unschuldig, und von Kayserl. Majestät überall absoluiret, auch mit Kayserlichen protectorien versehen ist, propter hoc odium et inimicitiam den regreſs an den Verkäuffer per ſolam denunciationem violenti facti ſine tela iudiciali nehmen könne, folglich den principem territorii zu belangen gantz nicht nöthig habe?

Ad Lib. XXI. T. II.

Rationes dubitandi.

Nun finden sich bey dieser Frage folgende
1 obstacula: 1) quod inimicitia tertii culpæ æquiparetur,

l. 25. §. 4. D. locati

dahero denn 2) die Billigkeit erfordere, vt ille
2 damnum resarciat, qui ansam inimicitiæ dedit,

l. 21. pr. de negot. gest.

l. 33. C. de inoff. test.

bevorab da 3) es darauf eben nicht anzukom-
3 men scheinet, vtrum inimicitia s.! iusta nec ne? indem die decisio l. 25. §. 4. locati gantz generalis sey, und nicht distinguire,

BARTOLVS *in cit. l. 25. n. 1.*

dahero denn 4) nicht wenige Rechts-Lehrer davor halten, quod factum principis violentum, ex odio in venditorem procedens, emtori nocere non debeat, æque ac iniu-
4 ria iudicis ei non nocet, qui ex odio et inimicitia erga venditorem ius dixit.

TVSCH *tit. E. concl. 367. n. 14.*

COVARRVV. *var. res. lib. 3. c. 17. n. 10.*

MEVIVS *ad ius Lubec. P. III. tit. 6. art. 4. n. 10.*

IDEM *P. VI. decis. 34. n. 7.*

CARPZOV *lib. 5. resp. 46. n. 12.*

MÜLLER *ad* STRUV. *ex. 27. §. 31. not.* (s)

Endlich auch 5) die Sache ihre völlige Entscheidung ex *l. 66. pr. D. solut. matrim.* nehme, aus welchem erhellen will, daß Gracchus als culposus angesehen werde, ob es gleich nur inimicitia populi gewesen, und er deswegen entleibet worden.

Rationes decidendi.

Gleichwie aber in casu speciali, wie allhier vorhanden, es auf generalia principia iuris ankommet, nach welchen jene beurtheilet werden müssen, also muß auch hier in casu damni emtori dati ob odium venditoris zuförderst voraus gesetzet werden, wozu ein jeder Verkaufer verbunden sey, als welchen generalibus principiis die ICti nichts widersprechen können, noch wollen, sondern vielmehr solche voraus gesetzet, ob sie wol in ihren decisionibus öffters gantz kurtz sind. Nun ist andem, und in Rechten gegründet, quod venditor eam diligentiam in vino vendito ante diem admetiendi seu ante traditionem exhibere debeat, vt *vis magna* et fatale da-
5 mnum eum demum excuset, adeoque custodiam talem venditor præstare debet, quam præstant hi, quibus res commodata est, vt diligentiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet,

l. 2. in f. l. 3. D. de peric. et commod rei vend.

quia custodia aduersus vim maiorem parum proficit, adeoque, ea præstita, liberatur venditor.

l. 31. D. de act. emt. vend.

Quoniam si venditor eam diligentiam adhibuit in re vendita custodienda, quam debent homines frugi et diligentes præstare,
6 si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

l. 11. de peric. et comm. rei vend.

l. 35. §. 4. de contrah. emt. vend.

Es wird aber ein jeder sofort hiebey wahrnehmen, daß dieses alles von dem casu, da die traditio rei venditæ noch nicht geschehen, zu verstehen sey, als in welchem Fall die quæstio de re custodienda allein vorkommt, cum post traditionem venditoris amplius non sit, rem custodire; allein eine gantz andere Beschaffenheit hat es, traditione vini iam facta, et pretio soluto, dergestalt, daß der contractus vtrinque erfüllet ist, und also die obligatio vtrinque sich geendiget hat.

l. 58. in f. de pact.

Denn es ist eine ausgemachte und gantz bekante Sache, daß, facta traditione, der Käufer nunmehro vollkommen dominus von der verkaufften Sache geworden, und dabey der venditor nichts weiter als die euictionem leisten muß, quæ tamen aduersus vim maiorem non præstatur, si vel maxime hæc
7 ex inimicitia erga venditorem orta, forsan quod agri deuictorum post venditionem factam, inter milites ex odio erga victos distributi fuerint,

l. 11. D. de euict.

denn dieses ist gewiß, daß die Römer der Teutschen Feinde waren, und deswegen ex præcepto principali, traditione licet facta, dem Käufer die verkaufften und tradirten Aecker ex principio hostilitatis weggenommen hatten,

OSIVS AVRELIVS *dispunct. 26. de variant. Cuiac. interpret. in tom. III. thes. iur. Rom. p. 761.*

dabey denn der ICtus gar recht decidiret, daß der Verkäuffer davor zu stehen nicht schuldig sey, zumal der Käufer bey dergleichen Läufften die fatalitäten vorher sehen können, und sich dahero beyzumessen hat, daß er sich in ei-
8 nen solchen gefährlichen Kauf begeben. Eben dieses kan also auch auf den Fall appliciret werden, wenn ein Käuffer weiß, daß der Verkauffer grosse Feinde hat, und dahero gar leicht, auch post traditionem de facto seu vi maiori etwas geschehen kan, und doch den Kauf waget, und solchen in die Erfüllung gehen lässet, wie ich ausgeführet,

in

in diss. de vsu et commod. pacti de præstanda euict. c. II. §. 4.

denn nunmehro, traditione iam facta, kan es nicht weiter auf die præstationem custodiæ ankommen, quam duntaxat venditor præstare debet ante traditionem, quod rem venditam et tradendam adhuc possideat; 9 sondern da der emtor nunmehro dominus geworden, stehet die verkauffte Sache lediglich auf seine Gefahr, ohngeachtet per vim maiorem etwas dabey ex hostilitate erga venditorem vorgegangen, als welche Gefahr er vorher sehen oder befürchten müssen, und dabey sich zur Regul dienen lassen muß: cautius mercari discas

l. 2. C. de furt.

bey solchen Umständen wird ein jeder vernünftiger ICtus leicht ermessen, daß die angeführten rationes dubitandi zwar in casu traditionis nondum factæ in etwas in consideration kommen können, keinesweges aber statt finden, wenn traditione iam dudum facta ex hostilitate erga venditorem in re tradita etwas vi maiori vorgenommen wird, wie denn auch die angeführten rationes dubitandi solches erhärten, wiewol sie auch in thesi nicht allzu richtig sind. Denn die erste ratio ist wohl nicht vniversalis, und kan der ICtus in cit. l. 25. von keinem andern casu verstanden werden, als wenn der locator an solcher inimicitia schuld ist, wie bald gezeiget werden soll. Es weiß ja ein jedermann, daß einer ohnverschuldeter Weise aus Ialousie, Neid und Mißgunst oder aus Herrschsucht Feinde bekommen kan. Die Römer waren der Teutschen geschworne Feinde; was kunten aber diese davor, daß die regnandi cupiditas sie, die Römer, zu Feinden gemachet? die Teutschen beschützeten ihre Freyheit, und das Ihrige, und 10 daher waren die Römer ihre Feinde. Wer am Hofe und bey dem Regenten in grosser ungemeiner Gnade stehet, bekommet 1000. Feinde, weil ein jeder darüber ialoux ist, und doch dazu kein Recht hat, ja es nicht einsten vernünfftig ist, jemand deswegen anzufeinden, der eines Regenten besondere Gunst genisset, und doch bleibet solche Feindschafft nicht aus. Daher ist es widerrechtlich, wenn man tertii inimicitiam jederzeit und ohne zureichenden Grund culpæ annumeriren wollte. Wenn ein conductor sich durch seine übele Reden und conduite Feinde machet, so muß er billig den Schaden tragen, woran er schuld, welches der Verstand von cit. l. 25. ist, und die Worte: *culpæ autem ipsius et illud annumeratur*, also zu verstehen sind, quod, positis ponendis, culpæ annumerari queat, dahero in thesi die ratio 2da ihre Richtigkeit hat, wenn der conductor durch seine übele conduite, Schimpff und Schmähungen sich Feinde machet, welche ihm etwa die Fenster einschmeissen, so kan er von dem locatore deren Erstzung nicht prætendiren, vielmehr dieser ihn

obligiren, daß er ihm gantze Fenster wieder *Ad Lib.* liessern muß, welches alles gantz vernünfftig *XXI.* und natürlich ist. Allein auf den casum em- *t. 11.* tionis schicket es sich indistincte nicht, wie ich im vorhergehenden gewiesen habe. Dahero absurd ist, was ex doctrina Bartoli einige interpretes in rat. 3tia anführen wollen, indem vielmehr solches nur von dem casu verstanden werden muß, wann der conductor autor et causa inimicitiæ ist, und dazu alle Schuld gegeben. Also erkläret PETRVS CASTALIVS diesen textum: hoc æquitatem habet, quando inimicitiæ erant susceptæ, culpa eius, qui damnum accepit: si enim nulla ei culpa potest adscribi, non præstabit illud damnum; quæ enim tanta diligentia alicuius esse potest, vt cauere possit sibi iniuriam non inferri.

CASTALIVS *in aduers. ad cit. l. 25. p. 501.*

Gedachter ICtus thut noch gleich hinzu: sic venditor iniuriam emtori factam in re vendita præstare non solet, nisi forsan prohibere potuisset et non fecit, welches auch FRANZK. *ad tit. locati n. 141.* wiederholet. Diesen Satz beweiset CASTALIVS gar schliessend ex *l. f. C. de act. emt. vend.* da der casus iniuriæ, emtori factæ post traditionem vorkomt und also decidiret wird: expulsos vos de fundo per violentiam a Nerone, quem habere ius in eo negatis, profitentes, nullam vobis aduersus eum, ex cuius venditione fundum possidetis, actionem competere, probatis. Die Ursache 11 ist diese, quod non contra viam facti, sed iuris tantum sit præstanda euictio.

MORNACIVS *ad cit. l. fin. C.*

Eben also raisonniret FRANCISCVS DVARRENVS über den *l. 66. solut. matrim.* und saget: Nisi culpa Gracchi facta fuisset ea seditio, ob factum inimicorum non teneretur secundum Mutii sententiam. Atque hinc colligi potest interpretatio vulgaris dicti: damnum, quod quis patitur ab inimicis suis, culpa sua pati intelligitur. Sic enim accipiendum, i. e. si eius culpa susceptæ sunt inimicitiæ. Nam alioquin factum alienum, quod vitare non potuit, a quoquam præstari, durum et iniquum est. Neque τὸ ῥητὸν, quamuis generale sit, tamen hac exceptione temperari et mitigari debet, ne cum sententia autoris pugnet.

DVARREN. *in comm. ad l. 66. pr. solut. matrim.*

SANDE *decis. Fris. lib. 5. tit. 7. def. 2.*

MASCARDVS *de probat. concl. 894. verb. incendium n. 16. 23. 24.*

FRANZK. *ad tit. locati n. 140.*

Nach diesen ist auch die ratio quarta zu beur- 12 theilen, und wenn ja die decision ihre Rich-

Ad Lib. XXI. T. II.

tigkeit haben sollte, so verstehet sich solche ebenfalls de odio et inimicitia principis vel iudicis ex culpa venditoris orta, et contractum antecedente,

COVARRUV. *cit. l.*

daher auch MÜLLER *in not. cit. l.* die ration hinzu thut, quoniam venditor sua culpa damnum illatum sentit, welche allein verificiret werden kan in dem casu, da der venditor durch sein Vergehen, Bosheit und Schuld den Haß des principis oder Richters auf sich geladen. Kurtz: nicht die inimicitia, sondern præcedens culpa vel delictum, vnde nascitur odium, verbindet den Verkäufer ad euictionem præstandam, welche aber legitime dargethan werden muß. Nemo enim præstare potest, ne inimicos habeat l. 14. de euict. Die redlichsten haben die meisten Feinde, und wer nach seinem Gewissen handelt und die Warheit saget, von denen heisset es: veritas odium parit, ja Christus saget von denen Gläubigen, daß sie die Welt hassen würde. Es würde unvernünfftig seyn, wenn einem Verkäuffer jederzeit der Haß, Neid und Feindschafft anderer Leute beygemessen werden solte. Odium malorum laudabile esse, ait Plutarchus de inuidia et odio p. 537. lit. d. Wie solte dann einem Verkäuffer solches schlechterdings zum Schaden gereichen, wenn er gehasset und verfolget wird? dahero auch FRANZK. *ad tit. de euict. n. 783.* gar wohl erinnert, daß man allhier ebener massen auf die causam inimicitiæ et an venditor vim maiorem impedire potuerit et non fecit, sehen müsse. Bey solchen bewandten Umständen wird ein jeder leicht erachten, daß die in rat. 4ta angeführte decisio nicht vniuersalis seyn könne, sondern ebenfalls auf vielfältige Weise limitiret werden müsse. Denn (a) muß dieses verstanden werden de inimicitia contra venditorem concepta ante contractum emtionis venditionis.

COVARRUV. *cit. l.*

Ferner (b) de inimicitia, quam emtor ignorauit; denn wer genaue Wissenschafft von dem künfftigen Suiten und Verfolgungen haben, und solche probabiliter vorher sehen kan, und dennoch es waget, einen solchen Kauf, quæ variis periculis expolita est, ob superioris inimicitias erga venditorem, einzugehen, der muß
13 billig die Gefahr, in welche er sich begeben, tragen, sicuti qui iactum retis emit.

l. 18. §. 11. de act. emt. vend.

Endlich verstehet sich auch (c) dieses de inimicitia culpa venditoris contracta, wie solches bereits oben angezeiget, cum nemo citra
14 culpam suam ad damnum præstandum teneatur, wie solches mit mehren ausführet

ERNEST TENZEL *de effectu inimicit. capital. in iure §. 40.*

SIMON *de odio c. 8. p. 52.*

quomodo enim impedire potuit venditor, ne aliquis non data causa ipsum odio prosequatur, quaque custodia consequi, ne iniuria damnum ab alio dari queat.

SIMON *cit. l. p. 52.*

Ja wenn auch (d) in thesi überhaupt dieses seine Richtigkeit hat, so wird doch in hypothesi es mehrentheils an einem Beweis ermangeln, daß der venditor sua culpa zu denen inimicitiis superioris Gelegenheit gegeben, weil gegen alle Vorwürffe gar leicht ein venditor sich schützen und mit gutem Grunde vorstellen kan, daß blos der Neid, die lalousie, und andere affecten, die den superiorem regieret, die Feindschafft und Ungnade bey ihm erwecket, unverdiente Beschuldigung und Verleumdung gottloser Leute solche angerichtet, und absonderlich die factiones bey Hofe, bey welcher die schwächere Parthey die stärckere zu unterdrücken suchet, zu solchem Unheil die grösseste Gelegenheit gegeben. Gleichwie nun dieserwegen niemand den Hof zu abandoniren, ja die Welt zu verlassen schuldig ist, damit er anderer und absonderlich mächtiger Personen Feindschafft nicht auf sich laden möchte, also ist fast niemand capable iuridice darzuthun, und auszuführen, daß dieser oder jener an der Ungnade und Feindschafft eines potentioris schuld sey, zumal wenn man demselben sich nicht in allen accommodiret, welches aber unmöglich ist, so ist der Grund der Ungnade vorhanden. Ja es kan solcher Beweis alsdenn um desto weniger aufgebracht werden, wenn bereits solche Feindschafft und Ungnade eines Reichs-Fürsten vor dem geschehenen Verkauf ihre Würckung gehabt, und 15
Thätlichkeiten an dem Verkäuffer verübet worden, gleichwol, wie in der Frage angeführet wird, derselbe von Kayserl. Majestät überall absoluiret, und mit Kayserlichen Protectorien versehen ist, denn so wird ein jedweder von selbsten wahrnehmen können, daß ein solcher Verkauffer unverschuldeter Weise in die Ungnade des Reichs-Fürsten, so ihn verfolget, gefallen. Endlich so bekommet aus diesem auch die decisio l. 66. pr. D. solut. matrim. ihre völlige Entscheidung, wie ich bereits mit des Francisci Duarreni Worten vorhin angezeiget, welches denn überhaupt darleget, daß nicht das odium et inimicitia superioris, quam nemo effugere potest, sondern allein die culpa der zureichende und eintzige Grund sey, woraus die restitutio damni ermessen werden müsse.

So halte ich davor, daß ein Käufer, weil er in re emta von einem Reichs-Fürsten ex mero odio et inimicitia erga venditorem, wenn gleich dieser vollkommen unschuldig ist, und von Kayserlicher Majestät überall absoluiret, auch mit Kayserlichen

serlichen Protectorien versehen, Gewalt und Schaden gelitten, an dem Verkäuffer wegen solches Hasses und Feindschafft per solam denunciationem violenti facti keinen regress nehmen könne, sondern derselbe blos an den Reichs-Fürsten sich halten müsse. *Ad Lib. XXI. T. II.*

NOMINE PRIVATO.
MENSE APRIL. MDCCXXXVI.

RESPONSVM CCCXXXVIII.

THEMATA.

I. Ob remissam euictionis præstationem ad indemnitatem agi nequit, maxime in emtione spei.

II. *Comparatio litterarum ordinatione processus Saxonici sublata in documentis ante huius publicationem conscriptis locum habet.*

III. Pactum de non præstanda euictione etiam casum diffessionis a debitore factæ, si chirographum venditum, comprehendit.

SVMMARIA.

Imperfecta est emtio, quamdiu de conuenta pretio non constat n. 1.
Per pactum de non præstanda euictione tantum interesse remissum videtur n. 2.
Exceptio remissæ euictionis ad reconuentionem remittenda n. 3.
Emtio solo consensu perficitur n. 4.
Traditio rei est argumentum emtionis perfectæ n. 5.
In emtione spei regressus cessat n. 6.
Scienter rem alienam emens ad euictionem agere nequit n. 7.
Iure electorali Saxonico comparatio litterarum interdicta n. 8.
De periurio suspectus ad diffessionem iuratam haud admittitur n. 9.
Lex ad præterita non pertinet n. 10.
Indossatarius contra indossantem habet regressum n. 11.
Remissa euictionis præstatio casum diffessionis a debitore factæ continet n. 12.
Cedens veritatem nominis præstat, non bonitatem ibid.
In emtione spei cessat euictio n. 13.

Als Ew. Hochgräfliche Gnaden uns eine facti speciem nebst drey Fragen zugeschicket ꝛc.

Hat Herr A. M. Freyherr von H. laut Kauf-Contracts sub A de dato Leipzig den 30. May 1711. zwey auf 284963. Thlr. so von dem vormahligen Bürgermeister zu Leipzig R. an den alten Freyherrn und Geheimden Rath L. G. von H. ausgestellet, und an dessen ältesten Sohn Herrn A. M. damahligen Freyherrn von H. bey der Erb-Theilung der väterlichen Verlassenschafft auf sein Antheil gekommen, an den Juden B. L. verhandelt, vor welche der Jude dem Freyherrn von H. gewisse Steuer-Scheine, deren Summe in diesem contract aber nicht benennet, sondern zu derer Benennung Platz gelassen worden, zu geben versprochen, in welchem contract zwar eine Quittung inseriret, die Steuer-Scheine aber vermuthlich dem Freyherrn von H. von den Juden nicht gegeben worden, daher auch der Freyherr von H. seines Orts den Kauf-contract nicht unterschrieben, ob schon der Hof-Jude die R. Wechsel würcklich von dem Freyherrn von H. überkommen, und den Kauf-contract seines Orts unterschrieben und besiegelt. Hat nun der Freyherr von H. in dem Kauf-contract sub A ausdrücklich bedungen, vor solche Wechsel-Briefe keine Gewehr Herrn L. zu thun, womit der Jude vermöge seiner Unterschrifft und Siegel wohl zufrieden gewesen, auch versprochen, daß er sich dieser Wechsel-Briefe halber eintzig und allein an den Herrn R. halten, und dessen künfftige bessere fortunam seiner Bezahlung halber abwarten wolle, und dadurch deutlich bekennet, daß ihm des R. Zustand und wie er nicht solvendo wäre, wohl bekant gewesen, und also der kauffende Jude scienter diese nichtswürdige Wechsel-Briefe angenommen, diesemnach erstlich gefraget wird:

Ad Lib. XXI. T. II.

Quæstio I.

Ob des kauffenden Juden B. L. Sohn und Erbe, itziger Kläger L. B. vermöge des Kauf-Contracts sub A, an statt die H. Familie wegen der R. Wechsel zu belangen, wie er würcklich gethan, nicht vielmehr, seines Vaters und Erblassers Versprechen nach, sich an R. zu halten, wie nicht weniger, da des Klägers Vater sich dieser Wechsel-Brieffe halber in dem angezogenen Kauf-Contract der gewöhnlichen Gewehr renunciiret, und dagegen eine andere Gewehr erwählet, nemlich R. bessere fortunam abzuwarten, er Kläger solchem seines Vaters und Erblassers Versprechen nachzukommen schuldig ist?

Rationes decidendi.

Ob nun wol hiebey eingewandt werden möchte, daß, 1) ob der Kaufbrief würcklich zum Stande gekommen, noch ungewiß sey, da eines Theils der Kaufbrief nur von dem Juden B. L. allein unterschrieben, andern Theils die
1 Kauf-Summe in dem gedachten Contract nicht exprimiret, cum tamen sine pretio emtio nulla concipi possit,

l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. D. l. 9. C. de contrab. emt. vend.

quin potius credendum est, imperfectum adhuc mansisse negotium, cum ad perficiendum aliquid adhuc superst,

l. 11. C. de his, quib. vt indign.

allenfalls wenn 2) der Contract seine Richtigkeit haben sollte, dennoch durch das pactum de non præstanda euictione nicht aller regreß gegen den Herrn Verkäuffer aufgehoben
2 pretium, so vor die Wechsel gezahlet, wieder gegeben werden muß, vt tantum id, quod interest, remissum censeatur,

MANGIL. *de euict. qu. 63.*

NICOL. BVRGVND. *de euict. c. 40.*

welches Kauf-pretium 3) vermuthlich von der quantität der Wechselbrieffe nicht sehr discrepant seyn wird, allenfalls 4) diese exceptio remissæ præstationis euictionis noch
3 altioris indaginis seyn möchte, im Gegentheil die indossirung an den Juden B. L. geschehen, und daraus vorito der regreß genommen wird, dergestalt, daß es scheinen will, als wenn die Frage, wegen Richtigkeit des Kauf-Contracts und des darin sich gründenden pacti de non præstanda euictione zur reconuention verwiesen werden müsse.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) keinesweges nöthig gewesen, daß das exemplar, so unter des verstorbenen Hrn. Grafens von H. Briefschafften gefunden, von ihm mit unterschrieben werden müssen, da ohne Zweiffel, wie gewöhnlich, zwey originalia von dem Kaufbrieffe ausgefertiget sind, worin der Jude B. L. eines, so von dem verstorbenen Hrn. Graffen unterschrieben worden, überkommen, und dieser also nur dasjenige, so er ausgeliefert, unterschreiben dürffen, hiernechst, ob gleich aus besondern Absichten das Kauf-pretium in dem Contract nicht exprimiret, sondern dazu Raum gelassen, dennoch nicht folgen will, daß der Kauf sine pretio geschlossen sey, zumahl der itzige Kläger sonsten die Wechsel-Brieffe sine causa in Händen haben, und bey der indossirung keine valutam bezahlet haben, mithin schuldig seyn würde, condictione sine causa die Wechsel wieder herauszugeben, mithin, wenn er den Kauf nicht agnosciren will, sich bloß giebet, daß sein Vater keine valutam der indossirung wegen erhalten; inzwischen da doch der Kaufbrief von B. L. ausgefertiget, vollenzogen, und an den verstorbenen Herrn Graffen ausgeliefert, dieser auch auf solchen Kauf-contract die Wechsel indossiret, und dem gedachten Juden extradiret, es ohnstreitig ist, daß der Kauf-contract seine Richtigkeit erhalten haben müsse, cum 5
traditio rei sit argumentum venditionis perfectæ, wie denn auch, dem zu folge und nach dem darin einverleibten pacto, des Klägers Vater die gedachten Wechsel-Brieffe viele Jahre, ehe er gestorben, in seinen Händen gehabt, und nach dem pacto ihm nie in den Sinn gekommen, Klage zu erheben, sondern des R. bessere fortun abwarten wollen, woraus abermahl die Richtigkeit des contractus erhellet; hiernechst ad 2) aus dem pacto gar deutlich sich hervorthut, daß, weil R. damahls bereits nicht
6 soluendo gewesen, und gefangen gesessen, eine mera emtio spei getroffen worden, in welchem Fall aller regreß aufgehoben,

l. 11. §. 18. de act. emt. vend.

cum in hac lege Vlpianus a Iuliani sententia recesserit, vt nequidem pretium refundi debeat; præterea etiam Iulianus limitationem admiserit, si ex circumstantiis appareat, quod emtio spei contracta fuerit,

DVARRENVS *ad tit. de act. emt. vend. in f.*

TVLDENVS *in comm. in lib. VIII. Cod. tit. 45. n. 8.*

HENRICVS *a* SVERIN *in repetit. lect. iur.*

iur. ciuil. c. 43. relatus in thes. iur. Romani tom. IV. p. 88. sq.

TITIVS *in obs. ad* LAVTERB. *obs. 685.*

alhier auch die Sache um desto klärer ist, da B. L. versprochen, sich einzig und allein an den Hrn. R. zu halten, und dessen künftige bessere fortunam, seiner Bezahlung halber abzuwarten, wodurch er also allem regressui renunciiret, eine andere Gewehr an statt der sonst zu leistenden euictiön angenommen, auch wohl gewust, daß voritzo gegen R. die actio inanis seyn würde,

l. 11. de hered. vel act. vend.

l. 27. C. de euict.

dieserwegen ad 3) es darauf voritzo nicht ankommt, wie hoch das pretium gewesen, wiewol leicht zu erachten, daß bey einem solchen risico ein weit geringers pretium determiniret seyn müsse, daraus aber quoad rat. quartam offenbahr ist, daß diese exceptio remissæ præstandæ euictionis keinesweges illiquida oder altioris indaginis sey, da der Kauf-Brief ein referens ist, und sich auf die verkauften Wechsel als relata beziehet, mithin die indossirung so wol aus dem pacto erkläret, als auch daraus erleutert werden muß, daß der Jude B. L. viele Jahre, ehe er gestorben, die Wechsel in Händen gehabt, und sich nie in dem Sinn kommen lassen, daraus zu klagen, sondern dem pacto adiecto gemäß des R. bessere fortunam abwarten wollen, welches denn auch dessen Sohn als Erbe zu halten schuldig, sich einzig und allein an R. halten, und dessen bessere fortun abwarten muß, dergestalt, daß er so wenig voritzo, da des R. Zustand sich noch nicht geändert, aus denen Wechseln klagen, noch contra datam a patre fidem den regress gegen die Hochgräfliche H. familie nehmen kan.

So erhellet hieraus so viel, daß der Kläger, seines Vaters Versprechen nach, sich einzig und allein an R. halten, und dessen besseres Glück abwarten muß, keinesweges aber an die Hochgräfliche H. familie seinen regress nehmen könne.

Bey der andern Frage:

Quæstio II.

Ob und da der itzige Kläger L. B. als ein totaliter ruinirter Jude, der Schulden wegen würcklich in arrest sitzet, zur diffessiön seines Vaters Hand und Siegel seine Zuflucht nehmen dürfte, zuzulassen, und ob nicht bey diesem Kauf-contract zur Verhinderung der diffessiön die comparatio literarum statt finde? *Ad Lib. XXI. T. II.*

halten wir vor Recht.

Rationes dubitandi.

Ob wol in der erleuterten Churſächßl. Proceß-Ordnung *tit. XXV. §. 5.* alle comparatio literarum in casu diffessionis oblatæ gäntzlich aufgehoben, und solches nach dem §. 3. eiusd. tit. von allen documentis, so pro recognoscibilibus zu achten, zu verstehen ist, mithin nicht allein von Wechselbriefen, sondern auch von Kauf-contracten anzunehmen ist, da unter der recognition nach dem §. 4. denen 8
Rechten nach, auch die eydliche diffessiön begriffen wird, es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn hier die comparatio literarum nicht statt finden könne?

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die eydliche diffessiön eines Kaufbriefes, und die Gesetze, so solche zulassen, voraus setzen, daß derjenige, der sich ad iuratam diffessionem offeriret, zu Ablegung des Eydes capable sey, quales non sunt de periurio suspecti, cum fides iuramenti dependeat a fide iurantis,

c. 5. C. 22. q. 3. 9

MEV. *P. V. decis. 47. n. 4.*

de BERGER *in œcon. iur. lib. 4. tit. 25. §. 1. not. 4.*

dieserwegen auch der Jude L. B. um desto weniger zur eydlichen diffessiön zuzulassen, als derselbe ein totaliter ruinirter Jude ist, der Schulden wegen würcklich in arrest sitzet, und dessen Sachen in einem solchen deplorablen Zustand sich befinden, daß er aus desperation, und um seinem Endzweck zu erreichen, zur eydlichen diffessiön seines Vaters Hand sich leicht resoluiren sollte, es dahero sehr unverantwortlich seyn würde, einen solchen in äuserster desperation und Verfall seiner Güther stehenden Menschen, der allen credit verlohren, zur eydlichen diffessiön seines Vaters Hand zuzulassen, da leicht zu vermuthen, daß er bey der eydlichen diffessiön eben so leichtsinnig seyn werde, als er bishero seine Handlung geführet, und sich darüber totaliter ruiniret, daß er nunmehr in arrest sitzet, welcher Art Leute Treulosigkeit und geführte Gefehrde mit mehrern beschreibet

IACOB MÖLLER von *Banquerottirern und falliten c. IV. p. 75. sqq.*

dieserwegen nunmehr zu untersuchen übrig bleibet, wie der Mangel der recognitio auf andere Weise ersetzet werden könne, als welches die erleuterte Proceß-Ordnung *cit. loc. §. 5.* selbsten zulässet, und im Fall, da man die recognition durch zwey Zeugen zu thun nicht bestand

Ad Lib. XXI. T. II.

stand ist, das suppletorium nach Befinden und auf vorhergehendes rechtliches Erkäntniß admittiret, welches hier um destomehr seine application findet, da der Kaufbrief bereits an. 1711. geschlossen und unterschrieben, die erleuterte Proceß-Ordnung aber erst a. 1714. publiciret worden, und dahero ad præteritos casus, so tempore publicationis noch nicht anhängig gewesen, (als auf welchen Fall dessen vis obligandi eintzig und allein restringiret ist) nicht gezogen werden mag,

l. 8. C. de LL.

vielmehr nach der alten Proceß-Ordnung hierin allein erkant werden muß, und solches um destomehr, da iedermann zwar, lege noua lata, nunmehr sich genugsam prospiciren und besorget seyn kan, daß er bey der Unterschrifft Zeugen nehme, welches aber bey denen lange vorher ausgestelleten obligationibus und geschlossenen contracten zu thun unvonnöthen war, weil damahls die comparatio literarum noch nicht aufgehoben, und man dieserwegen sich besser zu prospiciren keine Ursache gehabt, bey so gestalten Sachen also, bevorab da alhier ein Kauf-contract vorhanden, die comparatio literarum noch allerdings statt haben muß, welche denen bekanten Rechten nach so viel würcket, vt suppletorio locus esse queat.

So halten wir davor, daß gestalten Sachen und Umständen nach die comparatio literarum in casu diffessionis oblatæ wohl statt finden könne.

Endlich auf die letzte Frage:

Quæstio III.

Ob der Jude L. B. durch die von R. zu erlangen gesuchte diffession **derer Wechselbrieffe, wenn solche wider Vermuthen rechtlich erkant, und erfolgen solte, ein Recht dadurch erhalten könne, die H. familie und Hn. A. M. Freyherrns von H. Land-Erben der Gewehr halber, welcher des jetzigen Klägers Vaters in dem Kauf-contract sub A deutlich renunciiret, und eine andere Gewehr sich erwehlet, nemlich R. bessere fortun der Bezahlung halber zu erwarten, in Anspruch zu nehmen?**

erachten wir vor Recht.

Rationes decidendi.

Ob wol die indossirung bekanten Wechsel-Rechten den indossanten verbindet, daß er vor sein indossement stehen müsse, und ob wol des Klägers Vater die Wechsel agnoscíret, nicht 11
weniger der Gewehrs-Leistung renunciiret, dennoch die agnitio in der Meinung geschehen, daß die Wechsel richtig und von R. unterschrieben worden, welche aber, diffessione facta, ihre Richtigkeit verliehren, wiederum das pactum renunciatiuum stricti iuris ist, und auf den casum, woran damahls nicht gedacht worden, noch gedacht werden mögen, nicht zu extendiren, vielmehr also intuitu bonitatis, weil in an. 1711. der debitor R. bereits non soluendo und in arrest gewesen, das pactum renunciatiuum geschehen, solches aber die veritatem nominum voraus gesetzet, weil der Jude in solchem regard auf eine bessere fortun des debitoris zu warten sich anheischig gemachet.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch das pactum de non præstanda euictione seine völlige Krafft nicht erreichen würde, wenn es auch nicht zugleich mit auf diesen casum, wenn der debitor leichtsinniger Weise die Wechsel eydlich diffitiren und also veritatem nominis zweiffelhaft machen 12
solte, extendiret werden müste, da ohnedem bekant, daß ein ieder cedens nichts mehr als veritatem nominum, nicht aber bonitatem præstiren muß, mithin das pactum renunciatiuum otiosum seyn würde, woferne, facta diffessione, solches nicht attendiret werden solte, cum tamen omne pactum ita accipiendum, vt effectum plenum habeat, bevorab da der Jude B. L. wohl gewust, daß er durch Uebernehmung der Wechselbrieffe es mit einem solchen debitore künftig zu thun haben würde, der, da er schon unterschiedlicher falsorum, und, daß er gegen Eyd und Pflicht gehandelt, überführet worden, zu der eydlichen diffession capable sey, solches aber nunmehr um destomehr zu erwehlen sich ohn Zweiffel gemüssiget gesehen, da er noch in eben dem verdorbenen Zustand, worin er an. 1711. tempore factæ cessionis gewesen, stehet, und der Jude L. B. nach dem contract sich billig umsehen sollen, ihn anietzo zu belangen, da er durch sein unzeitiges Klagen ihn zu solcher desperaten resolution gebracht, und dahero selber in culpa ist, daß der debitor zur eydlichen diffession sich offeriret, und nicht vielmehr desselben bessere fortun erwartet, als wozu sein verstorbener Vater sich verbindlich gemachet, und loco euictionis præstandæ diese neue Gewehr angenommen, darum er sich aber sua culpa et præcipitantia selber bringet; wiewol nicht zu hoffen stehet, daß die eydliche diffession erfolgen werde, vielmehr die comparatio literarum nach der alten Proceß-Ordnung in diesem casu allerdings statt finden muß, angesehen die erleuterte Proceß-Ordnung zwar ad casus pendentes, nicht aber ad casus præteritos, die tempore publicationis noch nicht anhän-

anhängig gewesen, zuziehen ist, allenfalls aber wider Verhoffen die diffessio erfolgen solte, dennoch bey der ersten Frage bereits dargethan ist, daß bloß auf den hazard tanquam iactus retis die Wechselbriefe dem Juden verkaufft worden, als welcher sich engagiret, einzig und allein sich an den R. zu halten, und also die decisio Vlpiani,

in l. 11. §. 18. de act. emt. vendit.

mit auf diesen casum, nach dem wahren Verstand dieses Gesetzes, gehet, in emtione autem spei nulla præstatur euictio,

l. 8. de contrah. emt. vend.

l. 10. de act. vel hered. vend. l. 11. et 12. eod. Ad Lit. XXI. T. II.

wodurch denn die rationes dubit. ihre Abfindung bekommen.

So halten wir davor, daß, wenn auch gleich der debitor R. die Wechselbriefe endlich diffitiren solte, dennoch der klagende Jude keinen regress dieserwegen an die Hoch-Gräfliche H. familie und des indossanten Erben haben könne.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXXXVI.

RESPONSVM CCCXXXIX.

THEMA.

Indossatarius facta diffessione cambii ob pactum de non præstanda euictione aduersus indossantem non habet regressum.

Vid. T. IV. Resp. CCCXC. Them. 2.

RESPONSVM CCCXL.

THEMA.

Tale pactum etiam secundo indossatario nocet.

Vid. cit. Resp. Th. 3.

DECISIO CCCXLI.

THEMA.

Euictio pactis restringi potest.

Vid. Tom. IV. Decis. DCCLI. Them. 1.

DECISIO CCCXLII.

THEMA.

Qui rem moto concursu sub hasta emit, ob euictum aliquod ius in re vendita a creditoribus indemnis

Ad Lib. XXI. T. II.

mnis seruandus, concursui vero se immittere non tenetur.

SVMMARIA.

Cui sub pacto reseruati dominii pretium emtionis debetur, vtrum concursui se immittere teneatur n. 1. 5.

Emtor propter ius in re emta euictum indemnis seruandus n. 2.

Creditores moto concursu rem vendentes ad euictionem emtori tenentur n. 4.

In quæstionibus iuris litis contestatione opus non est n. 6.

Auf übergebene Klage, dagegen opponirte exceptiones und erfolgtes Verfahren in Sachen G. D. S. Klägern an einem, und die H. creditores, besonders I. C. G. Beklagten am andern Theil, erkennen Burgermeister und Rath der Stadt H. auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß alles Einwendens ohngehindert von denen deponirten 700 Thlr. Kauf-Geldern zuforderst so viel, als das auf dem Hause hafftende onus, nach vorhergehender gerichtlichen Besichtigung in Anschlag gebracht werden wird, zu decourtiren, und Kläger dieserwegen jährlich, so lange Beklagter G. lebet, zu indemnisiren, und zu dem Ende so viel von dem Kaufgelde auf Zinsen an sichere Oerter auszuthun sey, als die jährlichen Wohnungs-Gelder betragen werden, welche Klägern jährlich richtig zu bezahlen, das Capital aber nach G. Tode denen creditoribus, so voritzo ihre Befriedigung nicht bekommen, nach dem künftigen classifications-Urthel erst auszuzahlen, es wollte und könte dann G. dieserwegen mit Klägern sich gerichtlich überhaupt vergleichen, worauf alsdann Klägern das verglichene quantum von denen Kaufgeldern wieder zurücke zu geben ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Als Kläger das H. Haus, und zwar sub hac conditione, daß ihm ein Freyhaus geliefert werden solle, sub hasta erstanden, und die Kaufgelder a 700 Thlr. deponiret, gleichwol durch Urthel und Recht der Beklagte G. darin die freye Wohnung Lebenslang euinciret, und ratione indemnitatis Kläger an den concurs verwiesen ist, so hat der Käuffer dieserwegen seinen regress angestellet, und weil G. selbsten bey dem concurs zuforderst interessiret ist, und denselben am meisten solcher Abgang der Kauf-Gelder treffen wird, hat dieser mit Klägern darüber verfahren.

Ob nun wol Beklagter dagegen eingewandt, daß 1) er mit Klägern nicht contrahiret u. sich deswegen mit ihm einzulassen nicht schuldig, ihm hergegen 2) die freye Wohnung im Hause zuerkant sey, also davon ihm der effect billig angedeyen müsse, anbey 3) wegen der von H. restirender Kaufgelder, ratione deren er das dominium sich reseruiret, ihm die itzigen Kauf-Gelder vor Klägern abgefolget werden, er aber wegen seiner indemnisation bey dem concurs sich melden müsse, zumahl ihm auch schon 4) 20 Thlr. auf Abschlag gezahlet worden, certo indicio, daß er vor alle creditores ex iure reseruati dominii ein Vorrecht habe, und Kläger ihm darin nicht vorgehen könne, so dann 5) Kläger darin sehr irre, daß er meine, als wenn er sich bereits in den concurs eingelassen, als welches er propter reseruatum dominium nicht nöthig habe, und zwischen ihm und anderen creditoribus ein grosser Unterschied sey, dahero die ihm ex reseruato dominio zustehende Kaufgelder nicht entzogen werden möchten, Kläger hingegen 6) vermeinen will, daß ihm jährlich durch die dem Beklagten zuerkante freye Wohnung 14 Thlr. entzogen werde, sie auf 20 Jahr anzuschlagen, und ihm also 280 Thlr. zurück gegeben werden müssen, welches denen Rechten gemäß zu seyn, scheinen will.

l. 63. ad L. Aquil.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch klares Rechtens ist, quod, vbi onus vel ius aliquod in re vendita euincitur, emtor indemnis seruandus sit, 2

l. 46. §. 1. de euict.

und da von wegen des concursus das quæstionirte Haus verkauffet werden müssen, solcher Kauf auch, iedoch saluo onere, per rem iudicatam bey Kräfften geblieben, der concurs und alle dazu gehörige creditores Klägern die Gewehre leisten, 3

l. 10. l. 12. §. 1. de distract. pign.

nicht aber derselbe zum concurs unter die übrigen creditores mit classificiret werden muß, da derselbe kein H. creditor ist, sondern von dem von ihm gezahlten und noch in deposito liegenden Kaufgelde so viel decourtiret werden muß, als zu seiner indemnisation erfordert wird, quia tanto minus dedisset, si res cum hoc 4 onere vendita fuisset,

l. 61. de ædil. edict.

so

so, daß die creditores an das Kaufgeld wegen ihrer Befriedigung nicht eher kommen können, bis die indemnitatis præstatio reguliret, und wie weit solche von dem Kauf-pretio abgehen müsse, ausgemachet worden, also auch der Beklagte, der einer mit von denen vornehmsten interessenten ist, nicht ehender dazu gelangen kan, zumahl wenn er gleich an dem Kaufgelde das vornehmste Recht haben sollte, iedoch vorher, quanti res vendita sit, fest zu setzen ist, worauf eben die Klage gerichtet, dagegen die rationes dubitandi nichts verfangen mögen, angesehen ad 1) nomine concursus die subhastation geschehen, und alle dabey interessirte creditores solche vertreten und sich also auf die Klage einlassen müssen, unter welchen Beklagter der Vornehmste ist, zumahl ob er sich gleich
5 das ius dominii an dem H. Hause reseruiret, und daraus sein Vorrecht behauptet, dennoch das Hauß nothwendig verkauffet werden müssen, solches auch bereits rechtskräfftig ausgemachet worden, welches denn verursachet, daß er nunmehr ratione der Kaufgelder unter die creditores sich mit setzen lassen, und sein ius præcipuum daselbst ausfündig machen muß, bevorab da das R. Capital a 300 Thlr. wovor er fideiubiret, ihm vorgehet, und er ehender nichts bekommen kan, bis derselbe befriediget, welcher Umstand ihn auch allein zum creditore machet, und er deswegen vornemlich citiret worden ist, diese Sache mit Klägern auszumachen, und weil solche Klage bloß eine quæstio-
6 nem iuris betroffen, wir nicht nöthig erachtet, auf eine formelle litis contestation zu erkennen. Uebrigens ad 2) die freye Wohnung ihm zwar nunmehr nicht entstehen kan, iedoch auch Kläger dieserwegen von denen Kaufgeldern vorher indemnisiret, keinesweges aber ad 3) sich in den concurs einlassen, und sich mit classificiren lassen muß, hiernechst ad 4) aus dem Empfang der 20 Thlr. nichts mehr zu schliessen, als daß er eine Forderung bey dem concurs habe, wie er denn ad 5) nunmehro sich bey denen angeführten Umständen, und da das K. Capital ihm vorgehen muß, unter die creditores mit setzen lassen muß. Endlich ad 6) was den modum præstandæ indemnitatis betrifft, Kläger zwar jährlich 14 Thlr. prætendiret, iedoch solches erst durch die Besichtigung und darnach gemachten Anschlag, als worauf er selbsten prouociret, herausgebracht und das jährliche locarium gerichtlich bestimmet werden muß, wir auch bey seinem Anschlage von 20 Jahren nicht bleiben können, da er des Beklagten Alter in actis nicht angegeben, nach welchen doch die computatio

Ad Lib. XXI. t. II.

l. 68. ad L. Falcid.

einzurichten seyn würde, ausserdem auch dieselbe vielen difficultäten unterworffen, und dieselbe nicht wol, da man nicht wissen kan, wie lange Beklagter noch leben möchte, in die Ausübung alhier zu bringen, sondern das gewisseste ist, ein Capital von denen Kaufgeldern auszusetzen, solches auf Zinsen auszuthun, und davon jährlich Klägern das locarium so lange, als der Beklagte leben wird, zu entrichten, so, daß es am Besten seyn möchte, wenn Beklagter diesem abzuhelffen, sub auctoritate iudicis sich mit Klägern überhaupt zu setzen resoluiren, und der iudex quouis modo solchen Vergleich promouire.

So sind wir, geschehener massen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXLII.

RESPONSVM CCCXLIII.

THEMA.

De litis denunciatione eiusque effectu.

Vid. T. III. Resp. LII. Them. 1.

RESPONSVM CCCXLIV.

THEMA.

Litis denunciatio non operatur, vt alter suis sumtibus litem suscipiat.

Vid. T. IV. Resp. VI. a) Them. 3.

Ad Lib. XXI. T. II.

RESPONSVM CCCXLV.

THEMA.

Etiam dominus directus vasallo ad euictionem tenetur, si in præiudicium feudi tertio ius aliquod concessit.

Vid. cit. Resp. Them. 2.

LIB. XXII.

Ad Lib. XXII. T. I.

Tit. I. De vsuris et fructibus et caussis et omnibus accessionibus.

DECISIO CCCXLVI.

THEMATA.

I. Arbitrium soluendi concursum morte debitoris expirat et heredem statim in mora constituit.

II. *Merces si non promissa, contractus est innominatus.*

SVMMARIA.

Termino solutionis arbitrio promissoris relicto vsuræ moræ cessant n. 1.

In processu executiuo exceptiones per iuramenti delationem vix fiunt liquidæ n. 2.

Fideiussori competit beneficium ordinis n. 3.

Si merces generaliter promissa, per iudicem fit determinatio n. 4.

Licet solutio arbitrio debitoris relicta, heredes tamen statim in mora soluendi constituuntur n. 5.

Reus, cui præsumtio resistit, exceptionem suam probat n. 6.

Mercede non promissa contractus innominatus censetur initus n. 7.

Als derselbe uns angebrachte Klage, geschehene recognition und erfolgtes Verfahren in Sachen des Verwalters I. B. N. und conf. Klägern an einem, und des dasigen Kauffmanns I. D. F. und dessen Ehefrau L. M. N. Beklagten am andern Theil, in dem zurückkommenden fasciculo act. ꝛc.

Würden Klägere zuforderst den ihnen deferirten und bereits acceptirten Eyd, in der n. act. 15. entworffenen Form, nach der Beklagten vorgehenden Eyd vor Gefehrde abschweren, so sind alsdann Beklagte Einwendens ohngehindert, die einem ieden von ihrem Erblasser versprochenen 250 Thlr. wie auch denen beyden Mit-Klägerinnen die einer ieden noch besonders versprochene 50 Thlr. vor dem Brautwagen, nebst denen Zinsen von Zeit ihres Erblassers Tode zu entrichten schuldig, es könten und wollten dann Beklagte, daß der possessor des Guths G. H. N. sich mit denen beyden Mitklägerinnen, wegen der quæstionirten 50 Thlr. binnen Jahr und Tag, von Zeit des geschlossenen sub A besindlichen Vergleichs veralichen hätte, binnen vier Wochen præclusiuischer Frist erweisen, damit würden sie noch billig gehöret, und ergehet alsdann ferner, was Recht ist. So viel übrigens des Mitklägers I. B. N. besondere prætension betrifft, so sind Beklagte alles Einwendens ohngehindert, auf den ihnen deferirten Eyd, ob Kläger ihrem verstorbenen Erblasser nicht Verwalters Dienste 16. Jahr lang oder weniger gethan, und die administration seiner Pächte zu R. und zu S. be-

S. beforget habe, sich einzulassen, gehalten, und so ferne sie solches von den 16. Jahren leugnen, oder etwa wenigere Jahre eingestehen solten, so sind sie alsdenn, auf Klägers vorgehenden Eyd vor Gefehrde, den ihnen deferirten Eyd abzuschweren, oder zu referiren, oder ihr Gewissen mit Beweiß zu vertreten pflichtig, und in Fall sie keines von diesen zu thun bestand seyn, oder nur von 16 Jahren den Eyd abschweren, von einigen aber eingestehen solten, so sind sie alsdann demselben vor iedes Jahr das geforderte salarium a 24 Thlr. iedoch ohne Zinsen, zu entrichten schuldig, sie könten und wolten dann, daß solches nach Landes-Gebrauch zu hoch sey, binnen vier Wochen præclusiuischer Frist darthun, dessen genössen sie billig, und ergehet alsdann ferner darauf, was Rechtens ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol 1) Beklagte das documentum sub A recognosciret, anbey aber dagegen eingewandt, daß ihr verstorbener Erblasser Klägern zwar die quæstionirten 250 Thlr. iedoch sub clausula: solche *nach Gelegenheit* aus dem Seinigen abzuführen versprochen, und also daraus erhelle, daß das tempus solutionis lediglich ab arbitrio promissoris dependiret, derselbe nicht in mora soluendi, und also ad
1 præstandas vsuras nicht verbunden gewesen, darneben ihnen nicht zur Last geleget werden könne, daß sie nicht so fort post obitum eius gezahlet, zumahl sie 2) nicht versichert seyn könten, ob nicht bereits sie in totum oder in tantum dieser Anforderung wegen vergnüget worden, sie dahero ratione solutionis ihnen den Eyd deferiret, und mit Recht ad iudicium provociret, also ebenfalls extra moram gewesen, Klägere aber, weil sie klare Brief und Siegel vor sich hätten, sich zu acceptirung solches Eydes nicht schuldig zu seyn vermeinet, indem in processu executiuo alle exceptiones in con-
2 tinenti erwiesen werden müssen, so durch einen Eyd nicht allemahl geschehen könte. Ferner 3) denen beyden Mitklägerinnen ratione des versprochenen Brautwagens opponiret ist, daß sie nach Maaßgebung des recessus sub A zuforderst die angehengte condition erweisen müsten, daß sie sich mit ihrem Bruder I. H. binnen Jahr und Tag nicht gütlich verglichen hätten, als welche condition expresse dabey gesetzet, und facti sey, also erwiesen werden müsse. Ueberhaupt aber 4) Beklagte vermeinen wollen, daß ihr verstorbener Erblasser nur alieno nomine als Bürge sich verobligiret, und zu dessen Behuf sub n. act. 7. ein documentum sub A produciret, woraus zu ersehen, daß ihr Bruder I. H. principalis debi-
3 tor gewesen, und sich zu Abtragung derer Erb-Gelder selber schuldig erkant, auch zu solchem Ende in an. 1736. von ihrem Erblasser 250. Thlr. zu contentirung seines Bruders R. M. N. geborget, mithin ihnen das beneficium ordinis zu statten kommen und der Besitzer des Erbguts primo loco belanget werden müsse. Endlich 5) des Mitklägers I. B. N. besonderer Forderung wegen seines Verwalter-Dienstes entgegen gesetzet worden, daß ihm loco mercedis nichts versprochen, auch die determinatio hier ab arbitrio iudicis nicht dependiren könne, als welches nur statt finde, wenn merces generaliter versprochen, vt a 4 certa persona merces determinetur,

Ad Lib. XXII. T. 1

l. 25. pr. D. locati.

so aber auch hier nicht geschehen, und keine locatio conductio absque determinatione mercedis concipiret werden könne, ausserdem auch Kläger, daß er 16 Jahr als Verwalter bey dem defuncto gedienet, nicht erwiesen, anbey Beklagte vermeinen wollen, daß sie sich auf den darüber deferirten Eyd einzulassen nicht schuldig, weil alhier gar keine Verbindlichkeit vorhanden, ein merces weder in genere, noch in specie versprochen, und dahero der Eyd nichts releuiren würde.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) das documentum sub A so wol liquid als recognosciret, und dagegen keine exceptiones alioris indaginis zuzulassen, auch was dagegen eingeworffen, von keiner Erheblichkeit ist, anerwogen ad 1) ob gleich derer Beklagten Erblassern kein certum tempus soluendi vorgeschrieben ist, sondern er das versprochene *nach Gelegenheit*, oder wenn es ihm gelegen fallen würde, zu zahlen, versprochen, dergestalt die solutio ab arbitrio debitoris dependiret, wie diese formul hin und wieder in diesem Verstande in denen teutschen Landes-Rechten vorkommt,

constit. solem. von Landsiedel-Recht, *tit.* 7. §. 12. ibi: die verliehene Güther seiner Gelegenheit nach dem Landsiedel auf zu kündigen ꝛc.

dennoch mit dem Tode des Erblassers dieses ar- 5
birrium aufgehöret,

l. 4. D. locat. l. 9. qui sine manumiss. l. 15. C. mandat.

sie aber als Erben schlechterdings zu Bezahlung des versprochenen quanti verbunden worden,

l. 11. §. 6. de leg. 1. l. 41. §. 13. eod.

und da sie bishero sich dessen geweigert, sie von der Zeit an auch in mora soluendi gewesen, und die Zinsen a tempore mortis billig bezahlen müssen. Hergegen ad 2) sie ihre exceptionem solutionis billig in continenti gegen klare Brieffe und Siegel erweissen müssen, dazu sie aber nichts anführen mögen, und da Kläger nunmehr den ihm deferirten Eyd freywillig

Ad Lib. XXII. T. I.

acceptiret, auf denselben zwar erkant worden, dadurch aber die mora nicht aufgehoben ist, zumahl wenn eine Bezahlung geschehen, Beklagte ohne Zweiffel genugsame Nachricht in der Erbschafft gefunden haben würden, so, daß ihre blosse Einbildung ihnen dazu keinen Grund geben mögen, und so viel ad 3) der Mitklägerinnen versprochenen Brautwagen betrifft, aus dem n. act. 9. befindlichen Briefe sub B zu ersehen, daß ihr Bruder sich noch in diesem Jahr zu keinem Brautwagen verstehen wollen, also wohl ohnstreitig ist, daß derselbe sich mit seinen Schwestern darüber nicht verglichen, Beklagte also das Gegentheil erweisen müssen, bevorab
6 da solches zu ihrer exception gehöret, in facto bestehet, und also solches von ihnen, nicht aber die negativa von Klägern erwiesen werden muß, anerwogen alle præsumtion dabey gegen die Beklagte militiret, und so viel bereits beygebracht ist, daß der Bruder dieserwegen sich zu nichts verstehen wollen. Uebrigens ad 4) in dem documento eine förmliche expromissio, nicht aber eine fideiussion vorhanden, Klägern auch nichts angehet, wie ihr Erblasser sich mit der Kläger Bruder gesetzet, zumahl diese auf ihrem Bruder nicht, sondern schlechterdings auf der Beklagten Erblasser sehen wollen, der sich auch, ohne auf den Bruder zu sehen, dazu schlechterdings verbunden. Endlich ad 5) des Mitklägers I. B. N. prætension betreffend, es zwar an dem ist, daß keine locatio conductio hier vorhanden, aber daraus keinesweges folget, daß alle Verbindlichkeit
7 cessiret, cum si nulla merces promissa, contractus innominatus, facio vt des, initus sit.

§. 1. I. de locat. conduct.

Da es gnug ist, daß in dergleichen Fall keine operæ gratuitæ von temanden præstiret werden, sed tales præstentur, quæ mercede certa compensari solent, licet hæc non promissa fuerit, so, daß es bloß hier darauf ankommt, ob Kläger 16 Jahr lang Verwalters Dienste der Beklagten Erblasser geleistet, und die administration der quæstionirten Pacht-Güther verrichtet, worüber ihnen der Eyd deferiret ist, und sie sich nothwendig darauf einlassen müssen, iedoch dergestalt, daß sie nicht allein præcise von den 16. Jahren solches bewerckstelligen, sondern sich auch darüber erklären müssen, ob er nicht wenigere Jahre diesen Dienst geleistet, weil es hier auf den numerum annorum ankommt, et pro singulis annis merces debetur, weiter aber nichts beschworen werden darff, weil die übrigen Umstände, worüber n. act. 9. in f. der Eyd deferiret ist, alsdann als überflüssig anzusehen, und also die gantze Sache lediglich davon als einer quæstione præiudiciali dependiret, ob, und wie lange der Mitkläger diese operas dem defuncto geleistet, und da die geforderten 24. Thlr. nicht zu hoch angesetzet, indem sonsten Verwaltere ein mehrers wol bekommen, wir so lange dabey zu beharren vor nöthig befunden, bis Beklagte, daß dieser bestimmte merces nach Landes-Gebrauch zu hoch sey, dargethan, welches beyzubringen wir ihnen nachgelassen, iedoch die Zinsen davon aberkant, weil dieses debitum bishero in quali et quanto prorsus illiquidum gewesen, und Beklagten dabey keine mora imputiret werden mögen.

So sind wir, geschehener massen in allen Puncten zu erkennen gemäßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE, MENSE MAIO MDCCXLIV.

DECISIO CCCXLVII.

THEMA.

Depositio pecuniæ quatenus ab vsuris liberet?

SVMMARIA.

Depositio iudicialis cursum vsurarum sistit n. 1.

Rationes ex facto præsenti desumtæ n. 2.

Depositio habet vim solutionis, si creditor oblatam pecuniam sine caussa acceptare recusat n. 3.

In mora est, penes quem stat, quo minus solutio fiat n. 4.

Datio in solutum vim solutionis habet n. 5.

Auf interponirte Leuterung und erfolgtes Verfahren in Sachen des Königlichen Factoris L. Appellanten und Beklagten an einem, und dessen Geschwistere, in acten benant, Appellaten und Klägere am andern Theil, erkennen Königlich-Großbritannische zur Churfürstlichen Braunschweig-Lüneburgischen Cantzley verord-

ordnete Director und Räthe, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey unserm n. 7. befindlichen und den 17. Iun. 1743. ertheilten Reiections-Bescheide lediglich zu lassen, Beklagter auch die expensas retardati processus nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung Klägern zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol die formalia leuterationis dadurch justificiret worden, daß n. act. 10. dilation gesuchet, und solche nicht abgeschlagen, vielmehr pro tacite concessa zu halten ist. Und so viel die materialia betrifft, Beklagter sein erstes grauamen darin gesetzet, daß er noch Zinsen vsque ad tempus solutionis zahlen 1 sollen, da schon die exequirte Gelder in der Burg-Vogtey deponiret worden, zumal post factam executionem et iudicialem depositionem denen Rechten nach der cursus vsurarum sistiret werde, quod talis depositio sit necessaria,

MEV. *P. VI. decis. 118.*

Klägerinnen auch in culpa gewesen, daß das Geld nicht gezahlet und ihnen sofort ausgeliefert worden, da sie doch sofort 1600. Thlr. ohn ihn zu fragen, sich auszahlen lassen, also das übrige auch abfordern können, sie aber dagegen allerhand disputen wegen der P agio mouiret, mit der generalen Quittung nicht parat gewesen, ja unrichtige liquidationes übergeben; allenfalls ihm noch der Beweis darüber, daß Klägerinnen in culpa gewesen, reseruiret sey, worüber er ihnen in prima instantia den Eyd deferiret, und darüber billig zu erkennen gewesen, so doch nicht geschehen, dahero ehe ein liquidum constituiret worden, das Geld um desto weniger sicher gezahlet werden können, als seine vier Schwestern an unterschiedlichen Orten wohneten, von welchen er die ungebührliche denegirte agio nicht wieder fordern können. Hiernächst das andere grauamen darin gesetzet ist, daß, weil das halbe Kauf-pretium der 24000. Thlr. in $\frac{2}{3}$ gezahlet werden müssen, er aber vor 8000. Thlr. Güther in solutum angegeben, seine Schwestern solches pretium billig auf $\frac{2}{3}$ rechnen sollen, immassen bey Verkaufung der Güther allezeit über 100. Thlr. $\frac{2}{3}$ gezahlet werden müsten, wie das Münz-edict anzeige, auch die ad acta befindliche attestata sub D et E bestätigten, und was dahero bey der Verkauffung der immobilium Rechtens sey, auch bey der datione in solutum, quæ instar solutionis est, billig anzunehmen sey. Woraus denn das dritte grauamen erwachse, daß er die zuerkanten Unkosten zu zahlen nicht schuldig gewesen, weil man ihm keine temeritatem in litigando beymessen könne, vielmehr er iustam contradicendi causam gehabt. *Ad Lib. XXII. T. I.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in beyden ersten Puncten dem Beklagten offenbar die exceptio rei 2 iudicatæ entgegen stehet, da wegen der Zinsen n. act. 272. act. pr. inst. ihm der Beweis binnen 14. Tagen reseruiret worden, daß Kläger selbsten in culpa gewesen, daß die würckliche Zahlung nicht erfolget, dagegen zwar er n. act. 274. quæuis iuris remedia interponiret, dennoch binnen 30. Tägen keines in specie davon erwehlet, sondern an dessen statt n. act. 280. pr. inst. eine Rechnung nach seinen principiis übergeben, und über den ihm reseruirten Beweis sich der Eydes delation bedienet, dadurch aber nothwendig das decretum sub n. act. 272. als rechtskräfftig agnosciren müssen, welches also wegen der Zinsen in rem iudicatam ergangen, woferne er nicht das reseruirte probandum erweisen sollen, welches auch bey dem streitigen agio anzumercken, darüber er n. act. 280. sich abermal nur einer Eydes-delation bedienet, sonsten aber kein remedium erwehlet, noch solches prosequiret, die geschehene Eydes-delationes aber billig hindan gesetzet worden, zumal der Eyd wegen der Zinsen vornemlich darin gesetzet ist, daß die Klägerinnen ihm die agio disputiret, so sie doch mit Recht gethan, und die in solutum angegebene Güther, nachdem dieserwegen keine conuention unter ihnen getroffen ist, auf $\frac{2}{3}$ zu rechnen nicht schuldig gewesen, solcher Punct auch nicht weiter bestritten werden kan, nachdem er in rem iudicatam gegangen, also Klägerinnen daraus weder eine culpa beyzumessen ist, noch dieses ihnen zur Last zu legen, daß sie mehr Zinsen, als sich gebühret, angesetzet, zumal sie sich gleich erkläret, was per errorem zu viel angesetzet, sich decouriren zu lassen; ferner der andere Eyd wegen der agio auch unzulänglich, und den Haupt-Punct nicht einsten berühret, welcher nicht darin bestanden, ob sie nicht mehr als 12000. Thlr. an $\frac{2}{3}$ Stücken empfangen, als welches aus denen Quittungen über die bezahlten Gelder sich finden muß, und das agio dessen, was mehr gezahlet ist, ihnen bereits rechtskräfftig zuerkant worden, sondern das crimenonen eigentlich darin bestanden, ob sie die in solutum angenommene Güther auf $\frac{2}{3}$ zu rechnen schuldig gewesen, welches per decretum n. act. pr. inst. 272. rechtskräfftig aberkant ist, so daß das n. act. pr. inst. 299. ertheilte decretum nichts anders als eine Bestätigung der vormahls rechtskräfftigen decretorum gewesen, wovon Beklagter n. act. 303. zwar appelliret, aber solche appellation billig verworffen ist, auch bey der contra decretum reiectionis interponirten Leuterung keine reformatoria erfolgen mögen, als welchen Klägere

Ad Lib. XXII. T. I.

gere mit Recht exceptionem rei iudicatæ opponiret, ausser dem auch, wenn keine res iudicata vorhanden seyn sollte, Beklagter selbsten in seiner Leuterungs-Schrifft bekennet, daß er gegen die Auszahlung des Geldes protestiret, bis die generale Quittung ausgestellet, und die agio ihm bonificiret worden, auch sonsten die acta zeigen, daß er blos Ursache an der nicht geschehenen Auszahlung der Gelder gewesen, zumal es an der generalen Quittung nicht ermangelt, solche vorlängst parat gewesen, sodann der Streit wegen des agio unnützlich aufgeworffen, und immer bey der Burg-Vogtey gegen die anbefohlne Auszahlung der Gelder allerhand Einwendungen
3 gemachet sind, tunc autem demum depositio vice solutionis est, quando creditor recusat oblatam solutionem

l. 19. C. de vsur.

secus vero est, vbi paratus est ad accipiendum, debitor vero solutionem inique denegat,

MEV. *P. III. dec. 146. n. 4.*

dem noch hinzu tritt, daß er nicht einsten mit denen gezahlten 1600. zufrieden gewesen, und wenn es bey ihn bestanden, die Gelder noch wol anitzo nicht gezahlet seyn würden, da er gegen die mandata an die Burg-Vogtey wegen Abfolgung der Gelder jederzeit Einwürfe gemachet, und dieselbe verhindert, also nichts billiger, als daß er ex mora die Zinsen zahle, welche durch die geschehene depositionem alsdann nicht gehoben, noch solche pro solutione anzunehmen ist, quando debitor in culpa est, quo minus a creditoribus accipi nummi possint, penes quem enim stat, quo minus fiat solutio, in mora soluendi esse intelligitur,

l. 24. D. de cond. et demonstr. 4

wie denn auch das Begehren, daß die in solutum angegebene Güther a 8000. Thlr. als $\frac{2}{3}$ anzusehen, ungegründet, da dieserwegen nichts abgeredet, und denen Klägern also frey gestanden, auf welches quantum sie solches anrechnen wollen, sonsten sie in effectu von diesen Stücken die 1/3 agio zahlen müssen, die doch schlechterdings vor 8000. Thlr. angegeben sind, wiewol da bereits hiebey res iudicata vorlängst vorhanden, nicht nöthig ist, hiebey sich ferner aufzuhalten, sondern gnug ist, quod datio in solutum vim solutionis habeat,

l. 19. in f. de reb. credit. 5

bey der Bezahlung aber nicht ausgemachet worden, daß solche vor $\frac{2}{3}$ angenommen werden sollen, wodurch denn auch das dritte grauamen hinweg fällt, und von selbsten folget, daß Beklagter mit Recht in die Unkosten condemniret werden, wie er denn auch die expensas retardati processus billig voritzo tragen müssen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MARTIO MDCCXLIV.

DECISIO CCCXLVIII.

THEMA.

Vsuræ moræ non debentur, quamdiu debitum quodammodo turbidum est.

SVMMARIA.

Vsuræ moræ a tempore liquidi debiti præstantur n. 1.
Vsuræ in compensationem vsus soluuntur n. 2.
Quando debitum habeatur pro liquido n. 3.
Quamdiu probabilis litigandi causa durat, vsuræ moræ non debentur n. 4.
Vsuræ aut ex mora, aut ex pacto debentur n. 5.
Vsuræ semisses citra stipulationem non debentur n. 6.

Auf eingewandte Leuterung, deren profecution und erfolgte Gesetze in Sachen des weyland Krieges- und Domainen-Raths B. nachgelassener Wittwe und Erben prouocanten an einem, des Krieges- und Domainen-Raths I. C. von L. prouocaten am andern Theil, erkennen zur Königl. Preußischen Krieges- und Domainen-Cammer des Hertzogthums Magdeburg verordnete Præsident, Directores und Räthe, nach eingeholten Rath derer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem am 7. Sept. 1742. eröffneten und fol. 126. befindlichen Abschiede billig verbleibet, und es ist auch prouocat die expensas retardati processus der prouocantin nach deren vorgehenden liquidation und erfolgter unserer Mäßigung zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol prouocat gegen den letztern Abschied sich daher grauiret zu seyn vermeinet, daß 1) demselben von dem zuerkanten Capital die Zinsen nicht von Zeit des Ampfurthischen Vergleiches, sondern des von ihm geleisteten Eydes zuerkant worden, da doch prouocantin offenbar in mora sich befindet, daß sie nach dem Ampfurtischen Vergleich weder Capital, noch Zinsen bezahlet, und weil das in gedachtem Vergleich ausgesetzte Capital damahls vor richtig befunden worden, auch von da an der Zins dem prouocaten billig zu gute kommen sollen, in mehrern Betracht prouocantin ihres Erblassers Conto-Buch nicht etwa neuerlich aufgefunden, sondern schon zur Zeit des getroffenen Vergleichs in den Händen gehabt, solches bey verschiedenen Foderungen beschworen, und also auch von der gegenwärtigen Post allem Ansehen Nachricht gehabt, solche aber subdole verschwiegen haben muß, also sowol denen Rechten als Billigkeit gemäß zu seyn scheinet, daß sie das quæstionirte Capital von 1732. verzinse, und obgleich durch den geleisteten Eyd obige Forderung erst fest gesetzet worden, dennoch, weilen der prouocantin Erblasser in seinem Conto-Buch das quæstionirte Capital würklich empfangen zu haben annotiret, die Schuld ihrer quantität und qualität nach nicht etwa ein creditum turbidum gewesen, sondern als liquid in gedachtem Vergleich erkannt und angenommen worden, die obmouirte exceptio solutionis aber allein zweifelich geblieben, also durch den nachher abgelegten Eyd blos solche exceptio des agnoscirten debiti liquidi remouiret worden, bey welchen Umständen die Zinsen, so wegen der liquiden Schuld dem prouocaten gebühren, billig von der Zeit, da jene liquid gewesen, zu gute kommen sollen, wenigstens nicht zu leugnen, daß der verstorbene die quæstionirte Post als prouocati mandatarius gehoben, und bisher in seinen Nutzen verwandt, da dann 2 bekant, quod in compensationem vsus vsuræ debeantur,

l. 13. §. 20. de A. E. V.

und also es hiebey gar nicht darauf, ob die Zinsen in obgedachten Vergleich besonders stipuliret, ankommt, sondern entweder die mora oder vsus perceptus, welche allhier auf idem tempus fallen, zum eintzigen termino a quo zu setzen, anbey 2) ihm nicht 5, sondern 6 pro cent passiren müsten, gestalten Gegnerin in dem fol. 163. befindlichen extract ratione eines Ueberschusses selbst 6 pro cent gefodert, was also derselbigen Rechtens, prouocaten auch billig zu statten zu kommen, aus diesem allen das 3te grauamen, nach welchem prouocantin billig in die Unkosten hätte condemniret werden sollen, von sich selbst zu folgen scheinet.

Ad Lib. XXII. T. I.

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, wann gleich der prouocantin Erblasser den Empfang derer quæstionirten Gelder in sein Conto-Buch selbst annotiret, dennoch sich dabey zugleich, daß er solches dem prouocaten vergütet, mit aufgezeichnet findet, wodurch dann geschehen, daß die quæstionirte Forderung nicht sowol ratione quantitatis et qualitatis, wohin dessen duratio, quæ a veritate vel falsitate solutionis dependet, nicht unbillig zu referiren, zweiffelhafftig, und so lange illiquid geblieben, bis durch den erfolgten Eyd die vermeintliche solutio gehoben worden. Etsi enim ratione obligationis debitum certum sit, si tamen quoad petitionem propter exceptiones 3 turbidas adhuc reperitur incertum, pro liquido haberi nequit,

l. f. §. 1. C. de compens.

MEV. *P. VIII. dec. 259.*

solchergestalt aber der terminus moræ, a quo et obligatio vsurarum incipit, nicht eher als a momento iuramenti præstiti in gegenwärtiger Sache durch den letzten Abschied gesetzet werden können, bevorab prouocantin in Ansehen der in dem Conto-Buch annotirten Vergütung probabilem litigandi caussam allerdings gehabt, quæ, vbi adest, ad vsuras 4 moræ condemnatio fieri nequit,

l. 24. pr. de vsur.

MEV. *P. VII. dec. 239.*

dagegen des prouocaten Vorgeben, als ob jene es besser gewust, und es ihm vorenthalten, von ihm nicht bescheiniget, vielmehr deren bona fides dadurch sich gnugsam legitimiret, daß sie den Empfang der quæstionirten Gelder vitro gestanden, und den prouocaten an dem ihm sonst obgelegenen Beweise subleuiret, auch ihm endlich, um aus der Sache zu kommen, selbst ad agendum prouociret, und überall dasjenige, was zur satisfaction des prouocaten hierinnen gereichen können, per iuramenti delationem beygetragen, einfolglich dadurch alle suspicionem doli et moræ völlig declniret, allenfalls der Ampfurthische Vergleich, worauf sich gegenwärtige Foderung hauptsächlich gründet, offenbar als eine neue caussa debendi und nouatio anzusehen, quum omnis transactio sua natura sit nouatio,

FAB. *in C. tit. de transact. def. 2.*

Ad Lib. XXII. T. I.

in demselbigen aber weiter nichts als die Bezahlung der streitigen 1439. Thlr. 16. Gr. 9½ Pf. versprochen, von einigen Zinsen aber dabey nichts abgeredet worden, mithin weder ex mora, noch pacto von dieser Zeit an Zinsen von prouocaten prætendiret werden können, sonsten auch demselben keine legis dispositio hiebey zu statten kommt, gleichwol sine mora, pacto aut lege alle obligatio vsurarum wegfällt,

LEYS. *ad ff. med. 244. n. 2.*

allenfalls und wann der prouocantin Erblasser als mandatarius ex lege hierzu verbunden gewesen wäre, dennoch post mutatam causam debendi hierauf nicht weiter zu sehen, sondern alle obligatio aus dem geschlossenen Ampfurthischen Vergleich eintzig und allein zu deriuiren, mithin das erstere grauamen von keiner Erheblichkeit ist, bey den grau. 2do aber zu bedencken, daß eines Theils vsuræ semisses citra stipulationem nicht gezahlet werden,

MEV. *P. IV. dec. 205.*

andern Theils was prouocantin desfalls bey eben dieser societät vor Forderungen gemacht, nicht sofort vor rechtsgültig zu halten, mithin nicht zu schliessen, daß, wie hoch sie gegen ihn die vsuras liquidiret, er auch solche wider sie Rechts beständiger Weise zu liquidiren befugt sey, maxime quum a diuersis ad diuersa non valeat consequentia. Endlich da prouocantin bisher und ehe der deferirte Eyd abgeleget worden, iustissimam litigandi causam gehabt, das 3te grauamen von sich selbsten hinweg fället, und es bey dem letzten Abschied schlechterdings verbleiben, hingegen prouocat, da er bey seinen ungegründeten grauaminibus litem ohne Noth protrahiret, nicht unbillig die expensas protractæ litis tragen muß.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVLIO MDCCXLIII.

RESPONSVM CCCXLIX.

THEMA.

Ob dolum debitoris loco vsurarum consuetarum interesse peti potest.

Vid. T. IV. Resp. CCLVIII. Them. 3.

DECISIO CCCL.

THEMA.

Vsuræ ob iudicatum vltra alterum tantum currunt.

Vid. T. IV. Dec. CCXXV. Th. 2.

DECISIO CCCLI.

THEMA.

Exceptio alterius tanti morosis debitoribus non datur.

Vid. T. IV. Dec. CCLXIX. Them. 3.

RESPON-

RESPONSVM CCCLII.

Ad Lib. XXII. T. I.

THEMA.

Vsuræ ex mora debitoris soluendæ non augent obligationem fideiussoris definitam.

Vid. T. IV. Resp. CCLXXIII. Them. 4.

DECISIO CCCLIII.

THEMA.

Extra casum moræ vsuræ quincunces debentur.

Vid. T. IV. Dec. DCCIV. Them. 3.

DECISIO CCCLIV.

THEMA.

Vsuræ dotis a tempore moræ soluendæ.

SVMMARIA.

Iure Osnabrugensi vsuræ dotis non soluuntur n. 1.
Nisi ob moram n. 5. 6.
Præter reum alius ad positiones respondere non tenetur n. 2.
Irreleuantes positiones reiiciuntur n. 3.
In familiæ erciscundæ iudicio vsuræ a tempore moræ debentur n. 4.

Als derselbe uns interponirte remedia nullitatis et iniquitatis und erfolgte Gesetze in Sachen I. M. Klägers an einem, und H. M. sen. Beklagten am andern Theil ꝛc.

Nunmehro aus denen acten, so viel des Klägers n. 8. befindliche interposition betrifft, so viel zu befinden, daß Kläger besser, als geschehen, daß entweder die prætendirte Zinsen versprochen, oder Beklagter in mora soluendi gewesen, zu erweisen nicht schuldig, und dahero die blos euentualiter von Klägern übergebene positiones, und die von Seiten des Beklagten gegen deren admission interponirte nullitatis et iniquitatis diction gestalten Sachen nach vor überflüßig zu halten, sondern Beklagter alles Einwendens ohngehindert, die Zinsen von Zeit, da die Klägerin verheyrathet worden, zu bezahlen, und darnach die anzulegende liquidation dergestalt einzurichten, daß der bereits gezahlte Rest auf die Zinsen, und was übrig ist, auf das Capital von der Zeit an, da die Zahlung jedesmal geschehen, von den ausgelobten 100. Thlr. nicht weniger von denen ihr von ihrer Schwester angefallenen 20. Thlr. von Zeit deren Todes die verfallenen Zinsen zu entrichten schuldig. V. R. W.

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

Rationes dubitandi.

Als Kläger vxorio nomine wegen der seiner Frauen ausgelobten 100. Thlr. sowol als der von ihrer seligen Schwester ihr erblich angefallenen 20. Thlr. liquidation wegen Capi-

Ad Lib. XXII. T. I.

tal und Zinsen angeleget, Beklagter aber denen Zinsen contradiciret, so ist n. act. 7. erkant worden, daß Kläger besser, als geschehen, zu erweisen schuldig sey, daß die Zinsen entweder versprochen, oder Beklagter in mora soluendi gewesen, wogegen Kläger die daselbst gewöhnliche nullitatis et iniquitatis dictionem interponiret, und solchen Beweis als unnöthig gehalten, allenfalls aber et cum protestatione positiones, worauf sowol Beklagter als dessen Sohn sub iuramento solito antworten sollen, übergeben, deren Unrichtigkeit zwar angefochten, aber dennoch auf deren admission erkant ist, welches Gelegenheit gegeben, daß Beklagter dagegen interpositionem nullitatis et iniquitatis n. act. 16. übergeben, und darüber verfahren worden. Ob nun wol gegen Klägers interponirtes remedium von Beklagten vorgestellet worden, daß 1) nach denen alten Rechten des Hochstiffts Osnabrück von Braut-Schatz und ausgelobten Geldern keine Zinsen gezahlet würden, davon die Urkunde angeführet,

1

KRESS in Erklärt. des *Archidiaconal-Wesens im addit. p. 140.*

wie denn auch 2) nach denen n. act. 9. producirten Ehe-Pacten des Beklagten keiner Zinsen gedacht worden, ja ferner 3) es scheinen will, als wenn Kläger von dem interponirten remedio desistiret, indem er positiones übergeben, und die interpellation erweisen wollen, sich also dadurch dem vorigen Urthel submittiret, ja auf deren admission bereits erkant worden, so daß es 4) das Ansehen gewinnen will, als wenn nicht weiter auf Klägers interponirtes remedium, sondern allein auf die von Beklagten gegen die admission eingewandte nullitatis et iniquitatis dictionem zu erkennen gewesen, dessen grauamina auch 5) vor releuant zu achten seyn möchten, da Kläger auch von des Beklagten Sohn, der 2 doch nicht mit in lite begriffen gewesen, die eydliche Antwort auf die positiones begehret, welches in Rechten nicht gegründet, und 6) die positiones, worüber Beklagter sich mediante iuramento erklären soll, als irreleuant anzusehen, weil Kläger darin die Zeit, da die interpellation geschehen seyn soll, nicht angegeben, und dahero die Beantwortung derer selben von keinem effect seyn, sondern von neuen die Frage, von welcher Zeit an die Zinsen zu zahlen, übrig bleiben wird, und obwol 7) daselbst den Beweis per positiones zu führen hergebracht, dennoch auch bey demselben, ob er releuant seyn werde, anzusehen, cum 3 quæ probata non releuant, ad probandum admitti nequeant, dannenhero es das Ansehen gewinnen will, als wenn das letztere Urthel zu reformiren, und nunmehr Beklagter von den Zinsen in Ermangelung des aufgelegten Beweises zu absoluiren gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) man gar wohl annehmen kan, daß von ausgelobten Braut-Schatz-Geldern keine Zinsen gezahlet werden, wenn nicht der debitor in mora constituiret ist, welches Beklagter selbsten in actis zugestehet, und zwey Fälle als casum pacti et moræ davon ausnimmt, also es lediglich hiebey darauf ankommt, ob nicht Beklagter offenbar in mora soluendi gewesen? welche nicht allein per interpellationem hominis, sondern auch diei, qui vel expresse adiectus vel tacite 4 obligationi ineſt, erwächst, cum tempus, quod tacite ineſt obligationi, idem operetur, quod expressa eiusdem adiectio,

§. 5. *I. de verb. oblig.* ibique BÖHMER *in not. lit. f.*

und dann aus der Natur der von der Stätte ausgelobten Braut-Schatz-Gelder von selbsten flieſſet, daß solche contracto matrimonio einem jeden gezahlet werden sollen, und keine besondere interpellation nöthig gewesen, cum dies interpellet pro homine, dieserwe- 5 gen der aufgelegte bessere Beweis vor überflüßig zu achten, welches auch von denen per mortem sororis angefallenen 20. Thlr. zu halten, da ebenfalls dieselbe auf einen jeden vererbet, und von dem Beklagten als Besitzer der Stätte denen coheredibus sofort post mortem sororis bezahlet werden sollen, cum etiam vsuræ in iudicio familiæ herciscundæ de- 6 beantur a tempore moræ,

l. 18. §. 3. D. famil. herciſc.

welches hier nothwendig von Zeit des Todes, da einem jeden coheredi solches Geld angefallen, und das Erbtheil in Gelde und liquider Forderung bestehet, zu setzen, und dahero die anzulegende liquidation, wie Kläger auch n. act. 1. gethan, darnach einzurichten ist, dahero ad 2) bey solcher Beschaffenheit keine promiſſio vsurarum nöthig gewesen, keineswegs aber ad 3) zu befinden, daß Kläger von dem interponirten remedio desistiret, dessen fundamenta er noch beständig repetiret, und ob er wol positiones pro probanda interpellatione übergeben, dennoch solches nur auf den Fall, wenn etwa es bey dem ersten Urthel verbleiben sollte, geschehen, übrigens das remedium selbsten noch nicht aus dem Wege geräumet worden, und also ad 4) wohl darüber erkant werden mögen, da dasjenige, was nur euentualiter und sub conditione geschehen, keinen effect haben kan, als wenn die condition existiret, mithin auch die Erkäntniß über der admission derer positionum in keinem andern Verstand angenommen werden kan, als wenn der Kläger zu dem auferlegten Beweis schuldig seyn sollte, wie dann sich gebühret hätte, vor allen Dingen über Klägers interponirtes remedium zu erkennen, und solches aus dem Wege zu räumen, daher es

dann

dann geschehen, daß Kläger auch nach der von Beklagten interponirten nullitatis dictionseinen vorigen wohl gegründeten grauaminibus inhæriret, wiewol er auch zugleich mit seine positiones zu defendiren gesuchet, über deren admission aber nunmehr ad 5) 6) et 7) nicht weiter zu erkennen, noch der Kläger zu nöthigen ist, daß er bey diesem modo susceptæ probationis verharren sollte, als welcher nunmehro überflüßig zu halten, Klägern auch, wenn er, relicto remedio interposito, dabey verharret hätte, sehr præiudicirlich fallen, und damit, wie die rationes dubitandi anzeigen, wenig ausrichten würde, dergestalt, daß wir iuxta tramitem processus vor nöthig gehalten, zuförderst über des Klägers interponirtes remedium zu erkennen, und da solches vor gegründet geachtet ist es alles Streits über der admission der positionum nicht weiter bedarf. *Ad L. V. X. XII. 7. 1.*

So sind wir gesehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MAIO MDCCXLVIII.

RESPONSVM CCCLV.

THEMA.

Anatocismus aliter non admittitur, quam si vergit in iniuriam debitoris.

SVMMARIA.

Anatocismus prohibitus n. 1.
Contra eum inquisitio locum habet n. 2.
Licet iuramentum conuentioni accesserit n. 3.
Sola conuentio de usuris usurarum soluendis anatocismum non constituit n. 4.
Anatocismus non committitur, nisi iniuriam debitor patiatur n. 5.
Nec si debitor sponte usuras usurarum offert n. 6.
Modica quantitas anatocismum non constituit n. 7.
Solutum in usuras imputandum n. 8.
Si libera voluntate debitoris usura in sortem conuertitur, anatocismus non committitur n. 9.
Nec si aliunde debitor a creditore beneficium accepit n. 10.
Debito cambiali anatocismus non obstat n. 11.

Als uns derselbe eine facti speciem nebst einigen Beylagen und einer Frage zugeschicket ꝛc.

Hat I. G. mit W. seit 6. Jahren vieles Geld, ohngefehr 14000. Thlr. verkehret, selbige diesem Darlehnsweise gegen Wechsel und sonsten vorgestrecket, in Ansehung der Wiederbezahlung derer Capitalien zuweilen particularem solutionem angenommen, die rückständigen capitalia zu andern besonders ausgestelleten Wechseln geschlagen, und sich mehrerer capitalien halber, gegen cassation derer alten, neue Wechsel ausstellen lassen, sowol dieserhalb fast alle Messen ordentliche Berechnungen, und unter solchen auch die sub ☉ et ☽ angeleget. Hat nun, da sich nunmehr über W. Vermögen ein concursus creditorum erreget, G. die in der Berechnung sub ☽ rückständig verbliebene 2443. Thlr. 22. Gr. worüber ihm ein besonderer Wechsel von W. ausgestellet worden, liquidiret, der curator litis aber ihm exceptionem usurariæ prauitatis et anatocismi opponiret, anbey gebethen, auf die in denen Sächsischen Landes-Gesetzen, so *in Cod. Augusteo P. I. p. 1123.* befindlich, geordneten Strafen derer Wucherer zu erkennen, und G. zu vernehmen, zumahln derselbe in der Berechnung sub ☉ 125. Thlr. denn 75. Thlr. und abermahl 71. Thlr. summa 271. Thlr. interesse, welche er in Ansehung anderer Capitalien von W. zu fordern gehabt, zu Erfüllung des Capitals derer 2362. Thlr. 12. Gr. geschlagen, nachhero weitere Zinsen von diesem Capital, worunter obige 271. Thlr. gewesene Zinsen gesteckt, genommen, nicht weniger in der Berechnung sub ☽ auf Abschlag derer 331. Thlr. 10. Gr. nur 187. Thlr. 12. Gr. empfangen, diesemnach 143. Thlr. 22. Gr. unbezahlte Zinsen übrig geblieben, welche unter dem residuo derer 2443. Thlr. 22. Gr. mit begriffen, und wovon G. wiederum weiter Zinsen genommen, dagegen aber I. G. unterschiedliches repliciret, und daß wider ihn tanquam usurarium nicht zu procediren, behauptet, und dahero gefraget wird:

Ad Lib. XXII. T. I.

Quæstio.

Ob er pro anatocismi reo, und derer zum Capital geschlagenen und davon genommenen Interesse vor verlustig zu achten, sowol wider ihn mit der Vernehmung verfahren, und er sonsten nach denen Sächsischen Gesetzen bestraffet werden könne?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol 1) G. nicht leugnen kan, daß in beyden Rechnungen sub ☉ et ☽ Zinsen zu
1 Capital geschlagen, und davon wieder Zinsen entrichtet sind, welches denen gemeinen Rechten sowol

l. 28. C. de vsur.

als denen Chur-Sächsischen Rechten zuwider, und bey harter Strafe verbothen, anbey auch
2 wider die Wucherer inquisitorie zu verfahren verordnet ist,

Cod. August. P. I. p. 123.

adeo vt nec iuramento confirmata obliga-
3 tio de vsuris vsurarum soluendis aliquid operetur,

BEREICH *dec. 268. n. 9.*

wie dann 2) in der Berechnung sub ☉ 271. Thlr. so von andern Capitalien rückständige Zinsen gewesen, zu dem Capital der 2362. Thlr. 12. Gr. geschlagen, und davon weitere Zinsen entrichtet sind, als welches in vsuraria prauitate erfordert wird, cum sola con-
4 uentio non sufficiat, sed solutio earum desideretur.

MEV. *P. VI. dec. 402.* et *P. VIII. dec. 185.*

Ferner 3) in der Berechnung sub ☽ 143. Thl. 22. Gr. unbezahlte Zinsen unter dem residuo der 2443. Thlr. 22. Gr. mit begriffen, wovon G. abermahl Zinsen genommen, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn sich derselbe von dem Vernehmen sowol, als von der auf die vsurarios gesetzten Strafe nicht befreyen könne.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) bey dem anatocismo vornemlich es darauf ankommt, daß der debitor dadurch, daß gewisse Zinsen zum Capital geschlagen, und also zugleich mit davon Zinsen gezahlet worden, Schaden und
5 incommodität gehabt, und dahero in den Chur-Sächsischen Rechten die Ursache der verbothenen vsuriæ prauitatis darin gesetzet wird, daß einer den andern, vortheilhafftiger Weise gantz erbärmlich aussauget, wodurch Schaden, Nachtheil und Verderb Landen und Leuten zugefüget werde, adeoque anatocismus non aliter committitur, quam si vergit in iniquitatem seu improbitatem, quam leges in vsuris damnant, quod fit, quoties miseri debitores, cum soluere per inopiam nequeunt, rigori creditorum ad conuertendum in mutuum vsuras adiuntur, nec inde aliquid lucri vel commodi, creditores autem singularem quæstum habent,

MEV. *P. IV. decis. 213. n. 5.*

quocirca si debitor sua sponte remunerationis gratia aliquid ob vsuras sua die statim non solutas offert, licite etiam id ac- 6
cipi potest,

HERING *de fidei. c. 26. n. 146. sqq.*

FROMMAN *de anatoc. §. 17. in f.*

imo si modicum tantum quid vsurarum harum nomine acceptum, pœna merito 7
cessare debet,

CARPZ. *pr. crim. qu. 92. n. 95.*

cum etiam hic quælibet causa probabilis excuset creditorem contra inquisitionem,

FROMMAN *cit. l. §. vlt. in f.*

welches alles 2) in hypothesi allhier anzutreffen ist, zumahl zuförderst in der Rechnung sub ☉ zu bemercken, daß damahls G. 252. Thlr. 12. Gr. baar heraus bekommen, welche er denen Rechten nach auf die Zinsen abzurechnen befugt gewesen, und darauf billig imputiret werden müssen, 8

l. 5. §. 2. de solut.

dergestalt, daß, weil W. damahls 271. Thlr. Zinsen schuldig gewesen, die 252. Thlr. 12. Gr. darauf angerechnet, und also 18. Thlr. 12. Gr. Zinsen nur in Rest geblieben, welche allein in dem Capital der 2362. Thlr. 12. Gr. stecken, davon 3) die Zinsen ein weniges austragen, und höchstens 2. Thlr. 16. Gr. 9. Pf. gleichwie von den 143. Thlr. 12. Gr. Zinsen in der andern Rechnung sub ☽ blos 1. Thlr. 6. Gr. 11. Pf. insgesamt also 3. Thlr. 23. Gr. 8. Pf. austragen, welches pro iniquo lucro bey der Verkehrung von 14000. Thlr. womit G. dem W. gedienet, nicht zu halten, noch 4) zu glauben, daß die Gesetze auf dergleichen Kleinigkeiten bey einem grossen Capital, so man gleichwol hazardiren muß, eine inquisition setzen und den creditorem adstringiren wollen, sich darüber sofort vernehmen zu lassen, welchem noch 5) hinzu tritt, daß die Schlagung der Zinsen zum Capital libera vo- 9
luntate debitoris geschehen, und dabey keine concussion vorgegangen, da, wenn der creditor darauf gedrungen, W. leicht so viel Geld, als zu Abtragung der Zinsen gehöret, angeschaffet

schaffet haben würde, sonsten er bald allen credit verlohren, hierüber 6) der debitor bey dem Geld-Verkehr guten Vorthel, G. aber als creditor Schaden gehabt, viel aufwenden müssen, und sich sonsten gegen W. sehr liberal und ohninteressiret erwiesen, davon viele besondere Umstände aus des I. C. eydlichen deposition, quæ pro defensione plene probat, wahrzunehmen, also daß iuxta art. 17. G. wegen W. viele Reisen thun, und ihm zu Gefallen einige Tage länger in Leipzig bleiben, und da zehren, und nach dem art. 18. viel Geld ausgeben müssen, nicht weniger nach dem art. 20. in Dreßden etliche Wochen lang in seinem Quartier ihm ein gantzes Stockwerck eingeräumet, frey mittags und abends tractiret, und dessen Bedienten ebenfalls versorget, dessen Ehe-Frau in der Michael-Messe 1734. mit Thee-Zeuge auf 20. Thlr. zu anderer Zeit auch nach dem art. 26. W. selbsten mit einer Stutz-Uhr beschencket, auch sonsten ihm viele Gefälligkeit erwiesen, daß das geringe lucrum, so er von dem anatocismo imputato genossen haben soll, dagegen nichts zu achten, und in keine Vergleichung zu setzen, wenigstens 7) daraus wahrzunehmen, daß bey solcher liberaler Aufführung G. nichts weniger als einen übermäßigen Wucher intendiret, und denen Gesetzen zuwider handeln wollen, er auch sonsten keinen übermäßigen Zins genommen, worauf die Landes-Gesetze hauptsächlich die bekante Strafe gesetzet, und des anatocismi nicht einsten Meldung thun, endlich 8) auch nicht ausser Acht zu lassen, daß das Capital von 2443. Thlr. 12. Gr. eine Wechsel-Schuld sey, bey welcher der anatocismus et imputatio vsurarum in sortem toleriret wird, *Ad Lit. XXII. T. I.* 10

BERGER *in suppl. ad proc. execut. p. 5.*

wodurch denn die rationes dubitandi entkräfftet werden, und auf diesen casum bey solchen besondern Umständen keine application finden.

So erhellet hieraus so viel, daß I. G. derer Zinsen a 18. Thlr. und 143. Thlr. 22. Gr. nicht verlustig zu achten, noch wider ihn mit dem Vernehmen verfahren, oder sonsten nach den Sächsischen Rechten er bestraffet werden könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVNIO MDCCXXXVI.

DECISIO CCCLVI.

THEMA.

Pecuniæ a notario obsignatæ vsuras debitor non soluit.

SVMMARIA.

Oberleuteratio in appellationis instantia locum non habet n. 1.
Rationes ex facto desumtæ n. 2.
Obsignatio a notario facta sistit vsuras n. 3.
Depositio in iudicio præcise fieri non debet n. 4.
Tutori non debetur salarium n. 5.
Mores Germaniæ eius constitutionem arbitrio iudicis committunt n. 6.

Als die Herren uns interponirte Ober-Leuterung und erfolgte Gesetze nebst fernerm Vorbringen in Sachen I. M. A. Appellaten an einem, und C. H. H. Appellanten am andern Theil, in drey zurück kommenden vol. etc.

Nunmehr aus denen acten, so viel das andere grauamen betrifft, zu befinden, daß Appellat das interesse von dem noch restirenden Capital nicht weiter als bis auf den Tag der vom Notario geschehenen Versiegelungen desselben zu bezahlen schuldig, wegen des ersten grauaminis aber es der Ober-Leuterung ohngehindert bey dem vol. I. fol. 166. befindlichen und den 30. Sept. 1740. eröffneten Urthel billig verbleibet. Uebrigens ist nunmehr die vol. I. f. 39. befindliche Vormundschaffts-Rechnung nach dem aberkanten ersten grauamine dahin zu verbessern, daß Appellat von dem völligen Haupt-Bestand der 38539. Thlr. 17. Gr. ingleichen den Forberschen und Hertzog-Dünnschen Capitalien auf das Jahr 1731. 32. 33. und 1734. die Zinsen bis auf den erkanten terminum in Rechnung zu bringen schuldig, von dem angesetzten salario aber wegen der vormahls coniunctim geführten Vormundschafft jährlich 50. Thlr. wegen der Zeit hingegen, da er die Vormundschafft allein geführet,

Ad Lib. XXII. T. I.

führet, 100. Thlr. jährlich zu passiren sind. Würde nun Appellat, die wegen der vol. I. fol. 39. angegebenen und in vorigen Rechnungen ausgelassenen vier Posten ihm in sententia sub B fol. 101. nachgelassene Bescheinigung binnen vier Wochen, wie sich gebühret, führen, so ergehet alsdann auch dieserwegen ferner was recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Appellant circa formalia erinnert, daß bereits die Sache in instantia appellationis stehe, welche loco Ober-leuterationis sey,
1 und also, keine weitere Ober-Leuterung statt finde, und so viel das erste grauamen betrifft, Appellat vermeinen will, daß, weil ihm die bereits angetretene Bescheinigung wegen der Zinsen nachgelassen, und unter dem Bestand der 38539. Thlr. 17. noch 3155. 2. Groschen 6. Pf. Zinsen stecketen, solche davon separiret, auch von denen übrigen Capitalien das F. und H. Capital distinguiret werden müsse, die Rechtskrafft aber hiebey unerfindlich, oder wenigstens in Ansehung der vol. sub B fol. 145. befindlichen Leuterungs-Urthel und der wider das Appellations-Urthel fol. 78. eingewandten Leuterung nicht zu attendiren sey, im Gegentheil quoad grau. 2dum Appellant anführet, daß er nicht in mora accipiendi gewesen, indem Appellat nach Maasgebung derer Urthel fol. 100. und 145. sub B eine bessere Vormundschafts-Rechnung ablegen sollen, dessen priuat-obsignation auch per sententiam vol. I. f. 72. vor unzulänglich und ungültig erkant worden, da die Rechte ad sistendum cursum vsurarum
2 eine gerichtliche deposition erfordern.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch quoad formalia zu erwegen, daß der Ober-Leuterant nicht appelliret, sondern vielmehr der Gegentheil solches gethan, und ihm also allein allenfals, wenn er oberleuteriren wollen, diese exception entgegen stehen würde. So viel aber die materialia betrifft ad 1) in denen rationibus decidendi vol. I. fol. 170. deutlich dargethan ist, daß in diesem Punct res iudicata vorhanden sey, indem dieses grauamen vol. sub B fol. 111. b bereits angebracht, gleichwol f. 148. aberkant, und Appellat es dabey gelassen hat, mithin dieser Punct rechtskräfftig worden, und obgleich der Appellant gegen das gedachte Urthel appelliret, dennoch dessen erstes grauamen vol. I. fol. 9. sqq. diesen Punct eigentlich nicht betroffen, sondern Appellant zugestanden, daß die Frage nicht von dem in die gemeinschaffliche Handelung genommenen Capital, sondern nur von denen darob fallenden Zinsen sey, ob bey denenselben er zu dem von ihm geforderten Beweis schuldig zu halten, er also das vol. A fol. 16. specificirte und fest gesetzte Capital zum Grunde geleget, und mit nichten die Frage weiter rege gemachet: ob etwas davon zu separiren, und nach Appellatens intention einige quæstionirte capitalia davon zu distinguiren seyn, als welches einmal abgethan, und nur von denen Zinsen die Frage übrig geblieben; hingegen das andere grauamen von mehrerer Erheblichkeit zu achten, indem ex actis klar, daß Appellat sich toties quoties ad solutionem liquidi offeriret, auch auf dessen Annehmung nunmehro Rechtskräfftig erkant ist, gleichwol er solches nicht annehmen wollen, dabey aber die gerichtliche depositionem durch protestiren und appelliren verhindert, also pro sistendo cursu vsurarum keine andere Mittel übrig gewesen, als das Geld coram notario versiegeln zu lassen, um dadurch offenbar zu machen, daß er das Geld in seinem Nutzen nicht weiter gehabt, als welches sonsten der einzige Grund ist, woher die Zinsen noch weiter gefordert werden können, wenn keine gerichtliche depositionem geschiehet, gleichwol wenn das
3 Geld vom notario würcklich versiegelt, und also hingeleget worden, ausser allem Streit zu stellen, daß der debitor das Geld, so der creditor nicht annehmen wollen, nicht weiter in seinen Nutzen verwendet oder gebrauchet, also alles fundamentum exigendi vsuras nunmehr gantz und gar cessiret, præsertim cum nequidem depositio in iudicio, sed apud alium
4 quemuis etiam, et in quouis securo loco fieri debeat,

MEV. *P. II. decis. 201. n. 9.*

ZANGER *P. III. C. 2. n. 84. sqq.*

neque hic ad contradictionem creditoris respiciendum, quippe quo inuito hoc negotium geritur semper,

IDEM *cit. l. n. 91.*

also es lediglich hier auf fidem publicam obsignationis ankommt, quæ æque per notarium quam iudicem actui conciliari potest, dieserwegen die Zinsen von Appellaten nicht weiter als bis auf den in denen instrumentis Notar. bestimmten Termin zu bezahlen sind, da Appellant offenbar in mora accipiendi liquidum gewesen.

So sind wir wegen dieser Ober-Leuterung, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

Rationes dubitandi.

Was übrigens die der vol. I. f. 39. befindlich verbesserten Rechnung von neuem opponirte monita betrifft, obwol 1) einige differenz wegen der Zinsen von dem Bestand sowol als F. und H. Capitals, annoch vorhanden, welche vorher nothwendig abgethan werden müssen;

müssen: 2) Appellant vermeinen will, daß die ersten vier Posten, welche aus denen abgethanen Rechnungen noch herrühren, wegbleiben müssen, weil solche damahls abgethan, und Appellat dagegen nichts weiter regen dürffe: 3) das salarium eines Theils nicht versprochen noch constituiret worden, andern Theils zu excessiv sey, da doch Appellat keine grosse Mühe von der Vormundschafft gehabt, als welche mehrentheils in Capitalien bestanden, die er in der Handelung gehabt, auch auf die vormahls coniunctim geführte Vormundschafft allenfalls nicht extendiret werden könne, als deren Berechnung abgethan, aber damahls nichts gefordert worden.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) nunmehr die bishero gewesene differenz durch unsere Urthel abgethan, und dahero diesem monito gar bald abgeholffen werden kan; bey dem andern aber dem Appellaten die Bescheinigung Rechtskräfftig noch vorbehalten ist, welche ihm nicht benommen werden kan, inzwischen es doch billig befunden worden, ihm dieserwegen einen terminum zu setzen, und so viel das letzte monitum betrifft, nach den heutigen Rechten durch gantz Teutschland eingeführet ist, daß denen tutoribus nach proportion der Arbeit, Mühe und des Vermögens ein proportionir tes salarium bestimmet werde, und wenn von einem so grossen Vermögen von der ersten coniunctim bis 1728. geführten administration Appellaten jährlich 50. Thlr. und von der allein geführten Vormundschafft jährlich 100. Thlr. zugebilliget werden, solches nicht zu viel ist, zumal Appellant ja selber noch vermeinet und behaupten will, daß man seine ersparte Zinsen wieder zu Capital machen und austhun sollen, dazu sich Gelegenheit gefunden habe, aber der Appellat solche negligiret, man also wohl siehet, daß Appellant selbsten zugestanden, daß bey dieser Vormundschafft nicht so wenig Mühe und Arbeit gewesen, als er sich wol einbildet, wenigstens solche nicht ohne viele Sorge seyn können, welche mit 100. Ducaten überhaupt zu compensiren, unanständig, vielmehr bey solchen guten Vermögen billig ist, seines gewesenen Vormundes Mühe, Sorgfalt, und Arbeit besser zu compensiren, als welches ad arbitrium iudicis gestellet ist. *Ad Lib. XXII. t. t.* 6

So sind wir auch dieser Puncte wegen, geschehener massen, zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL MDCCXLI.

DECISIO CCCLVII.

THEMA.

Vsuræ ob debita dotalia a tempore mortis mariti soluendæ.

SVMMARIA.

Vsuræ ob debita feudalia in concursu adiudicantur, si consensus domini feudi ad illas directus n. 1.

Dos post annum a morte vxoris reddenda n. 2.

Ex retentione et perceptione fructuum, donec debitum solutum, assignata tacita vsurarum promissio colligitur n. 3.

Ex hypotheca feudali vsuræ moræ debentur n. 4.

Vsuræ cum sorte eodem loco assignantur n. 5.

In dubio quincunces vsuræ tantum admittuntur n. 6.

Als Ew. Hochfürstl. Durchlaucht uns die von I. D. verwittibte von W. gesuchte declaration des in ihres verstorbenen Ehemannes Concurs-Sachen am 15. Dec. a. p. eröffneten Urtheils nebst denen in neun vol. bestehenden, und hiebey zurück kommenden actis zufertigen lassen ꝛc.

Daß das den 15. Dec. a. p. eröffnete Urthel dahin zu declariren, daß der gedachten Witwen von W. bey dieser Lehn Schuld der 10000. Thlr. die Interesse mit 5. pro cent post diem tricesimum nach Absterben ihres seligen Mannes zu bezahlen seyn. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol hiebey anfänglich 1) die quæstio præiudicialis aufgeworffen werden möchte, ob die

Ad Lib. XXII. T. I.

die verwittibte von W. wegen der Lehn-Schulden die Zinsen zu fordern berechtiget sey, angesehen in dem documento de anno 1726. von 4. Mart. solche nicht versprochen, und der Lehnsherrl. und der Mitbelehnten consens darüber nicht mit ertheilet worden, und alsdann nur auch die Zinsen bey solchen Lehn-Schulden in concursu creditorum mit zuerkant werden, si ratione vsurarum non minus ac sortis nomine consensus domini feudi et agnatorum interpositus fuerit. 1

CARPZ. *lib. IV. resp. 43. n. 1.*

MODEST. PISTOR. *lib. 2. qu. 49.*

Hiernächst 2) wenn ja die Zinsen mit darunter verstanden werden sollten, alsdann erst nach denen gemeinen Rechten solche post annum gefordert werden können, da dergleichen debita dotalia erst gefällig sind, 2

l. vn. §. 7. C. de R. V. act.

die Zinsen aber nicht eher angehen, quam si dies venerit, a quo tempore demum mora incipit. Endlich 3) dabey bekant ist, daß heute zu Tage mehrentheils 6. pro cent zuerkant und gebilliget werden, welches hier um desto mehr statt finden möchte, als ihr inzwischen alle Revenüen der Güther zugebilliget worden.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) in dem Vergleich de anno 1726. den 4. Mart. §. 7. expresse versehen, daß die Frau Witwe nach Absterben ihres Ehe-Herrn, das ius retentionis an denen Güthern, bis sie vergnüget, samt völligen Nutzungen aller Revenüen haben, und ihr solche überlassen seyn sollen, woraus denn von selbsten folget, daß ihr per indirectum auch die Zinsen davon, und zwar aus den Nutzungen der Güther nothwendig accordiret seyn müssen, als welche in compensationem der Zinsen gereichen, und ohne Zweiffel 3 mehr als dieselbe tragen werden, auch bekant ist, cui plus concessum est, ei quoque, quod minus est, concessum et promissum videri, also es hier an der Versprechung der Zinsen, und der darüber constituirten hypotheca feudali nicht ermangelt, wiewol auch debita dotis bekanter massen bonæ fidei sind, und bey solchen die Zinsen a tempore moræ zugleich mit verstanden werden, also auch die Lehns-hypothec mit darunter begriffen ist, 4

BÖHMER *de expressa hypoth. feudali c. II. §. 9.*

woraus denn folget, daß auch in concursu creditorum zugleich die Zinsen mit dem Capital zu vergnügen sind; 5

CARPZ. *cit. l.*

der terminus a quo aber ad 2) post triceſimum nach Absterben des Ehemannes angehen müsse, nachdem in dem gedachten Vergleich sofort das ius retentionis cum plena perceptione redituum von da an angegangen, und der Frau Witwen entweder Revenüen oder die Zinsen in vicem redituum zugebilliget werden müssen, solche aber ad 3) nicht höher als auf 5. pro cent zu setzen sind, weil semisses vsuræ alsdann nur zu billigen, wenn solche expresse verwilliget worden, so hier zu befinden, sonsten aber man bey denen Reichsüblichen Zinsen verbleiben muß, wie denn auch in denen Ehe-pactis vom 19. Dec. 1719. selbsten die Zinsen nicht höher als auf 5. pro cent gerechnet sind, darneben auch bekant ist, daß nicht einsten an allen Orten 6. pro cent zugelassen werden. 6

So sind wir unser voriges Urthel geschehener massen zu declariren bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVNIO MDCCXLIII.

DECISIO CCCLVIII.

THEMA.

Iudex pecuniam non obsignatam in custodiam recipiens tenetur ad vsuras.

SVMMARIA.

Rationes ex actis desumtæ n. 1.

Male agit actuarius, si non communicato cum iudice consilio pecuniam non obsignatam acceptat n. 2.

Abusus sub obseruantia tegi nequit n. 3.

Tutor pecuniam pupillarem retinens ad vsuras tenetur n. 4.

Nisi iuramento se purgauerit ab vsu pecuniæ præsumto n. 5.

Creditor

Creditor pendente super prioritate lite pecuniam ex deposito repetere nequit, nisi præstita cautione simul ad vsuras se obligauerit n. 6. Ad Lib. XXII. T. I.

Auf Vorbringen und erfolgte Gesetze, in Wanckelmuthischen Concurs-Sachen des Burgermeisters I. W. zu L. Imploranten an einem, und des Gerichtsverwalters zu B. I. und der Assessorum des Stadt-Gerichts zu B. Imploraten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Carl Leopold ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß der Gerichtsverwalter I. sich vermittels Eydes zu reinigen, und daß er den Kaufschilling für das Wanckelmuthische Haus von der Zeit an, da er selbigen zu sich genommen, und nachhero weder gebrauchet und in seinen Nutzen verwendet, noch an andere auf Zinse ausgethan, zu schweren schuldig. Er thue nun solches oder nicht, so ergehet dennoch dieserwegen so wol, als daß er die Kaufgelder nicht in neuen ⅔, in welchen sie nach protocollo subhastationis gezahlet werden sollen, sondern in geringerm Gelde angenommen, wenn er zuforderst über diesen letzten Punct gehöret, ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol der Burgermeister W. n. act. 16. sich über die Stadt-Gerichte zu B. beschweret,
1 daß sie den Kauf-Schilling von W. Haus über drey Jahr lahm stehen lassen, diese aber n. act. 20. ihre Verantwortung dagegen gethan, und dabey angezeiget, daß der Gerichts-Verwalter I. solche Kaufgelder a 3 1/1 Thlr. in sein Haus in Verwahrung genommen, ohne mit denen assessoribus iudicii Rücksprache darüber zu halten, dieser aber sich auf die Gerichts-observance bezogen, nach welcher bey ihm die Gelder in deposito gelegen, und er so wenig als die Gerichte sich bemächtigen können die Gelder auszuthun, zumahl die creditores und ins besondere der Burgermeister W. solches nicht vrgiret, und ob wol dieser, daß die Gelder ihm gegen Caution ausgezahlet würden, verlanget, solches dennoch, pendente appellatione, ohne Hochfürstlichen Befehl, welchen der Burgermeister W. nicht angeschaffet, nicht sicher geschehen mögen, cum pendente appellatione nihil sit innouandum, und erst über dessen vorhin abgesprochene priorität zu erkennen gewesen. Uebrigens der Gerichtsverwalter, daß er die Gelder an den Burgermeister W. in anderer Müntz-sorte, als würcklich deponiret worden, gezahlet, n. act. 36. mit besondern von ihm angeführten Umständen exculpiret, und daß solches per errorem interuenientem erfolget sey, sich excusiret, sonsten beständig dabey bleibet, daß er die deponirten Gelder wo-

Bœhm. Conſ. T. III. P. II.

der selbsten gebrauchet, noch auf Zinsen ausgethan. Endlich dabey dem Burgermeister W. die exceptio rei iudicatæ entgegen stehen möchte, nachdem der distributions-Abschied die Krafft Rechtens ergriffen, er nach demselben die Gelder angenommen, und sich dabey die Befugniß nicht vorbehalten, Zinsen von denen deponirten Geldern zu seinem Besten zu suchen, und wenn auch solche Rechts-Krafft wegfallen solte, es doch bedencklich fallen würde, in Mangel gnugsamen Verdachts auf das purgatorium zu reflectiren, als wodurch die auctoritas iudicialis, quæ sancte conseruanda, geschwächet werden würde.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch das bey n. act. 37. befindliche attestatum zu erkennen giebet, daß die n. 36. im Nahmen des Stadt-Gerichts zu B. abgefassete Schlußschrifft ohne Wissen des collegii senatus übergeben, und also ohne Zweifel von dem Gerichtsverwalter I. allein zu seiner exculpation verfertiget sey, denselben auch 2
dieser Nebenpunct an meisten betrifft, anerwogen er nicht leugnen kan, daß er die gezahlten Kaufgelder ohnversiegelt zu sich in sein Haus genommen, auch keine Rücksprache dieserwegen mit dem iudicio gehalten, welches er billig thun sollen, da das Gerichte auf das Beste des concursus bedacht seyn muß, ihm darneben die obseruantia iudicii nicht zu stat- 3
ten kommen mag, als welche vielmehr als ein grosser Mißbrauch zu achten, und da er die Gelder ohnversiegelt zu sich genommen, er nicht ausser Verdacht bleibet, daß er die Gelder in seinen Nutzen verwendet oder gebrauchet, und also, wenn er solchen Verdacht nicht ablehnen kan, davon Zinsen, æque vt tutores, zu zahlen schuldig ist,

l. 7. §. 11. D. de admin. et peric. tutor.

dabey denn auch die Gerichts-Beysitzer selber eingestanden, daß sie nicht wüsten, ob die quæstionirten Kaufgelder drey Jahr und 2½ bey dem Gerichts-Verwalter lahm gestanden, oder zinßbahr beleget gewesen und gebrauchet worden. So dann der Gerichts-Verwalter nicht leugnen mögen, daß er dem Burgermeister W. sein gehöhnes Geld nicht in denenjenigen Müntz-sorten, welche würcklich gerichtlich ausgezahlet, sondern in neuen ⅔ gezahlet, und von denselben sich deswegen agio geben lassen, also an dem, und gewiß ist, daß er die depositen-Gelder angegriffen, und was er dagegen zu seiner excuse vorgebracht, und vorgeben wollen, daß er, nachdem in mens. Aug. 1742. man plötzlich bey ihm versiegelt habe, in solcher confusion seine eigene Gelder zu seinem Behuf zu sich nehmen wollen, und per errorem den Beutel mit denen deponirten Kaufgeldern er-

griffen, und solches Geld also die kurtze Zeit über ausgeben müssen, ihn mehr verdächtig machet als exculpiret, zumahl solches mit nichts erwiesen, vielmehr daraus offenbahr wird, daß er die Gelder würcklich verbrauchet und angegriffen, und nicht ausser Verdacht bleibet, daß er solche längst vorher gebrauchet, oder auf Zinß ausgethan haben müsse, welcher
4 Verdacht nicht anders als mediante iuramento purgatorio eliciret werden kan, dadurch autoritas totius iudicii nicht risquiret, noch diese Gelegenheit geben kan, vt inde iniuria sequatur, vnde ius nasci debet, deme auch die auctoritas rei iudicatæ nicht entgegen stehet, zumahl wegen dieses emergentis in distributions-Bescheide nicht erkant, noch daran gedacht worden, sondern derselbe Punct nachgehends ad motum gebracht und nunmehr erst darüber zu erkennen ist. Uebrigens der Burgermeister W. zwar verlanget, daß die Gelder ihm gegen caution ausgezahlet werden möchten, und solches auch wol salua appellatione geschehen mögen, iedoch derselbe nicht dabey angezeiget, daß er sich offeriret, dieselbe inzwischen, die appellations-Urtheil möge fallen, wie sie wolle, auf Zinse an sich zu nehmen,
5 welches doch, wenn der concurs davon profitiren sollen, nöthig, und es nicht genug gewesen, daraus zu schliessen, daß auf den Fall, wenn er die Gelder heraus geben müsse, er die Zinsen davon zu bezahlen schuldig gewesen, als wozu

Ad Lib. XXII. T. I.

er sich auch engagiren müssen, wenn er gleich ex iudicato die Gelder behalten können, also diese offerte dem Gerichte selbsten nicht zur Last geleget werden kan. Endlich der Burgermeister W. n. act. 37. vorgestellet, daß gegen das subhastations-protocoll die Kaufgelder in anderen Müntz-sorten angenommen, welches doch in neuen ⅔ gezahlet, oder wenigstens agio gefordert werden sollen, welches, da es Herr P. gesehen, sich mit der Zahlung nicht meliren wollen, vielmehr davon gegangen, wodurch abermahl durch des Gerichts-Verwalters I. factum die massa des concursus verkürtzet worden, und er vor den Mangel des agio billig stehen muß, dennoch solches erst in der letzten Schrifft vom Herrn Burgermeister 6
W. in Obacht gezogen worden, jener aber noch nicht darüber gehöret ist, und also zu künftiger decision mit ausgesetzet werden müssen, allermassen auch noch nicht wegen der geforderten Zinsen definitive erkant werden kan, weil man noch nicht wissen mögen, ob der Gerichts-Verwalter den Eyd ablegen, oder etwas davon gestehen, oder auch den Eyd abzulegen gäntzlich recusiren werde.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVN. MDCCXLVI.

Tit. III. De probationibus et præsumtionibus.

DECISIO CCCLIX.

THEMA.

Probatio non valida est, quæ libello haud conformis.

SVMMARIA.

Rationes ex circumstantis facti desumtæ n. 1.
Probatio debet respondere libello n. 2.
Si probatio ad circumstantias libelli non directa, nullius effectus est n. 3.
Mutatio libelli post L. C. non amplius integra est n. 4.

Als die Herren uns interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen Anwalds des Cammerjunckers von A. zu W. Klägern und Appellanten an einem, und des seel. H. V. Witwe, Beklagte und Appellatinne am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Daß die Appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und dannenhero die Sache zu ihrer Rechtfertigung an die Herren erwachsen; der materialien halber aber erscheinet aus denen acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß wohl gesprochen, übel appelliret, und dahero die sententia a qua zu confirmiren, auch die Sache an den Richter voriger instantz zu remittiren sey; es bleibet aber dem Appellanten unbenommen, soferne er die Appellatinne in puncto præferentiæ debiti Anspruch Rechtens zu erlassen nicht gemeinet, dieselbe nach Verlassung dieser Klage und bezahlten Unkosten von neuem zu belangen. V. R. W.

Ratio-

Rationes dubitandi.

1 Es hat Kläger die Beklagtinne in prima instantia daher in Anspruch genommen, daß die Beklagte des seel. Rath R. Nachlaß zu sich genommen, worunter auch 500 Thlr. so er, der seel. R. um davon die nöthigen Ausgaben wegen eines zu Wien hengenden processus seinetwegen zu thun, so aber ad destinatum finem nicht verwandt, sondern in natura tempore mortis noch da gewesen, sich mit befunden, anbey gebethen, daß sie aus dem R. Nachlaß gedachte 500 Thlr. cum vsuris ihm bezahlen müsse, und weil die Beklagte litem negatiue contestiret, und ihm der Beweiß auferleget, so hat er zu dem Ende articulos probatoriales übergeben, davon aber der 5te, 6, 7, 8 und 9te articul als inadmissibel durch die Findung vom 31. Mart. 1732. erkläret worden, weswegen Kläger appelliret.

Ob nun wol Kläger sein erstes grauamen darin gesetzet, daß er mit seinen triplicis nicht gehöret worden, da doch in denen gegenseitigen duplicis viele neue Umstände angeführet, die bisher in actis nicht vorgekommen, und iudex primæ instantiæ dadurch bewogen worden, die in sententia specificirte articul zu verwerffen, welches nicht geschehen wäre, wenn er mit seinen triplicis vorher darüber gehöret worden, wie er denn das andere grauamen eben darin gesetzet, daß der 5te, 6, 7, 8 und 9te articul als inadmissibel verworffen, dem Kläger aber aufferleget worden, zu erweisen, daß die Beklagte die quæstionirten 500 Thlr. so noch in dem Nachlaß des seel. Rath R. vorhanden gewesen, zu sich genommen, aus der Ursache, als wenn durch die quæstionirten articul der libell geändert, da doch nicht eben positiue asseriret sey, daß die Beklagte solche Gelder an sich genommen, sondern darin der Grund der Klage gesetzet sey, daß sich dieselbe unter des seel. Rath R. Nachlaß annoch befunden, die Beklagte aber wegen ihrer Forderung sich solches Nachlasses angemasset, welches sie nicht in Abrede seyn können, vielmehr in ihren exceptionibus eingestanden, daß sie alle aus des seel. Rath R. meublen gelösete Gelder iure crediti an sich genommen, und dahero schuldig sey, für die quæstionirten 500 Thlr. zu stehen, anerwogen eben durch die verworffene articul erwiesen werden sollen, daß der Beklagten Schwager H. von R. nebst P. nach des Rath R. Tode solche Gelder an sich genommen und zum Begräbnis employiret, und sie also durch ihren Schwager solche Gelder erhalten, cum, quod quis per alium facit, per se fecisse putandus est, allenfalls weil diese Gelder als eine priuilegirte Schuld zu achten, weil sie zum Begräbniß verwendet, sie vor der Beklagten Forderung eine offenbahre preference hätten, und vor derselben ex massa bezahlet werden müssen, bevorab da des seel. Rath R. heredes ab intestato der Erbschafft renunciiret und sich alles Anspruchs daran begeben, dieserwegen die Beklagte, welche alle gelösete Gelder an sich genommen, davon zuforderst diese priuilegirte Schuld bezahlen müssen, welches per indirectum mit in der Klage begriffen, und dahero die articuli allerdings admittiret werden sollen. *Ad Lib. XXII. T. III.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ein anders ist, ex causa depositi vel iure dominii gewisse Gelder von iemand zu fordern; ein anders aber ex causa præferentiæ, weil die Gelder zu Beerdigung des debitoris verwendet worden, die Bezahlung vor einem andern creditore zu prætendiren, und dann die übergebene Klage offenbahr anzeiget, daß der Kläger die quæstionirten 500 Thlr. welche tempore mortis in natura noch da gewesen, und mit dem übrigen Nachlaß auf die Beklagte gebracht, und von ihr iure crediti angenommen seyn sollen, gefordert, und dahero entweder depositi actione vtili oder iure dominii solche gesuchet, mithin also Kläger die Beweiß-articul darauf richten müssen, so doch nicht geschehen, cum tamen articuli probatoriales ex visceribus libelli desumi debeant,

CARPZ. *in proc. tit. 13. art. 4. n. 10.*

GAIL. *I. obs. 80. n. 5.*

sondern vielmehr in denenselben der gantze libell darin geändert, und die causa præferentiæ 2
crediti darin ausgeführet und insbesondere behauptet werden wollen, daß die Zeugen der von R. und P. solchen Beutel mit denen 500 Thlr. mit sich nach Hause genommen oder zu der Beklagten gebracht, und zu der Begräbniß des seel. Rath R. angewendet, deswegen Kläger, weil sein Geld zu der Beerdigung des debitoris employiret worden, vor der Beklagten als ebenmäßiger creditricin einen Vorzug haben müsse, welches alles mit der Klage nicht übereinkommt und deswegen die articuli, a statu controuersiæ plane alieni, billig verworffen werden müssen, quando enim libellus et probationes sunt diuersorum generum, hæ nihil operantur.

FIBIG. *in proc. P. II. c. 2. m. 2. sect. 1. §. 4. reg. 6.*

Bey solchen Umständen daher das erste grauamen nichts in recessu hat, vielmehr aus der 3
iustificatione appellationis erhellet, daß, wenn alles, was bey der appellation vorgebracht, in triplicis deduciret worden wäre, doch keine andere Findung, als würcklich publiciret, erkant werden können, allermassen bey dem gravamine secundo zu erwegen, daß in der Klage expresse zum Grunde gesetzet worden, daß die Beklagte die quæstionirten 500 Thlr. mit dem übrigen Nachlaß des seel. Rath R. an sich genommen, und Kläger daraus die Bezahlung vrgiret, und weil die Beklagte solches geleugnet, der Beweiß darauf gerichtet werden müssen,

Ad Lib. XXII. T. III.

zumahl es darauf allhier nicht ankommt, ob die Beklagte die aus denen meublen des seel. Rath R. gelöfete Gelder an sich genommen, als welches nicht geleugnet ist, und keines Beweises bedurfft, im Gegentheil dasjenige, was an der Klage geleugnet worden, in die Beweißarticul nicht gebracht ist, und daher in der Findung das eigentliche thema probandum dem Kläger vorgeschrieben werden müssen, welches doch die übergebene articuli probatoriales nicht einsten per indirectum berühren, als welche de diuerso plane fundamento agendi verfasset sind, und wenn Kläger daraus seine intention erreichen will, nöthig ist, daß er eine neue Klage übergebe, der itzigen aber renunciire, und die verursachten Unkosten bezahle,

4 cum mutatio libelli, qua ipsum fundamentum actionis mutatur, post litem contestatam non amplius integra sit,

GAIL. *I. obs. 74. n. 4.*

CARPZ. *P. I. c. 11. def. 1. n. 5. et 6.*

neque enim litis contestatio potest pertinere ad ea, quæ postea emendantur, quibus status controuersiæ plane mutatur.

MEV. *ad ius Lubec. lib. 5. tit. 3. art. 1. n. 3.*

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXXXIII.

DECISIO CCCLX.

THEMA.

In caussis difficillimæ probationis coniecturæ fidem faciunt.

SVMMARIA.

Status caussæ n. 1.

Anticipata solutio suspecta est, quoties rationibus non inserta n. 2.

Annotatio priuata contra tertium non probat n. 3.

Protocolla manca, ex quibus de circumstantiis actus non constat, fidem haud habent n. 4.

Protocolla a pluribus scripta, de quorum nequidem nomine constat, non valent n. 5.

Testis sine interrogatoriis deponens nil probat n. 6.

Apocha, cui caussa debendi non inserta, vix probat n. 7.

Deficiente apocha rationes non videntur reddi-tæ n. 8.

Rationes de eadem re differentes sunt suspectæ n. 9.

Liquidi cum illiquido nulla est compensatio n. 10.

Rationes non probant solutionem pecuniæ, nisi de apocha constet n. 11.

Probatio a natura negotii et arbitrio iudicis pendet n. 12.

Quando imperfecta probatio sufficiat? n. 13.

Difficilis est probatio, si administrator, qui non in mora reddendi rationes fuit, mortuus n. 14.

Documentis incendio consumtis coniecturata probatio sufficit n. 15.

Scriptura in archiuo publico reperta fidem facit, licet dies et consul desit n. 16.

Nec diuersitas manus aut litura fidem eius minuit n. 17.

Plures scripturæ conspirantes vim probandi habent n. 18.

In caussa difficillimæ probationis rigida probatio non requiritur n. 19.

Apocha etiam sine caussa debendi probat, si de hac ex aliis argumentis constat n. 20.

Quæ singula non probant, coniunctim probant n. 21.

Confessio est optima probatio n. 22.

Non est annotatio priuata registratura a deputato officiali confecta n. 23.

Subscriptionis defectus non nocet registraturis, si officialis sua manu eas conscripsit n. 24.

Protocollum notarii manuscriptum, licet ab eo non subscriptum, valet n. 25.

Scripturæ in archiuo communi repertæ in caussa sociorum fidem habent n. 26.

Testis domesticus probatæ vitæ admittendus n. 27.

Imprimis si verisimilia deponit et alia deficit probatio n. 28.

In caussis summariis interrogatoria non necessaria n. 29.

In casu amissorum documentorum referens probat sine relato n. 30.

Varia argumenta ex nexu caussæ desumta n. 31.

Als

Als Ew. Hochgräfliche Gnaden aus dem vorher errichteten compromiss geschehene prouocation, dagegen opponirte exceptiones und übriges Verfahren, wie auch geforderte und respectiue erfolgte recognition einiger in denen compromiss-acten von beyden Seiten inducirten documentorum, in Sachen des Anwalds des Hochgebohrnen Grafen und Herrn, Hrn. Heinrich des neun und zwantzigsten jüngern Reussen, Grafen und Herrn von Plauen, Herrn zu Gräitz, Cranigfeld, Gera, Schläitz und Lobenstein, prouocanten an einem, und des Hochgebohrnen Graffen und Herrn, Herrn Heinrich des andern, jüngern Reussen, Grafen und Herrn von Plauen, Herrn zu Gräitz, Cranigfeld, Gera, Schläitz und Lobenstein, provocaten am andern Theil, in denen zurückkommenden compromiss-acten uns zugeschicket, und ꝛc.

Daß prouocantischer Anwald die producirte documenta sub F und L, und provocatischer Anwald die sub B, H, K, M und N nach Nothdurfft recognosciret, es ist derselbe aber auch die producirte documenta sub C, D und I Einwendens ohngehindert zu recognosciren schuldig, und weil er solches euentualiter bereits gethan, auch beyderseits Anwälde ihre dagegen habende exceptiones an und ausgeführet, und hauptsächlich in der Sache verfahren, so erhellet aus denen acten und derer Partheyen Einbringen so viel, daß gestalten Sachen und besondern Umständen nach, die von prouocantischen Anwald angegebene und dem Herrn Prouocaten aus der gemeinen Casse angerechnete 6807 Fl. 1 Gr. 11½ Pf. vor liquid zu halten, und weil der prouocantische Anwald von wegen des Hochseel. Hrn. Grafen Heinrich des VIIIten Reussen, das höchste quantum a 3074 Fl. 7 Pf. und von wegen des Hochseel. Hn. Grafen des zehenden Reussen ebenfalls das höchste quantum a 3869 Fl. 18 Gr. 11 Pf. so beyderseits aus der gemeinschafftlichen Casse erhoben, vor richtig angenommen, und prouocatischer Anwald solches acceptiret, so sind alle drey Posten a 13751 Fl. 5½ Pf. zum fundamento adæquationis zu setzen, und darnach, wie fol. 18. geschehen, die Eintheilung einzurichten, dannenhero prouocatischer Anwald dem Herrn Prouocanten die ausgeworffene 1468 Fl. 11 Gr. 6¼ Pf. iedoch ohne Zinsen zu entrichten schuldig, wovon aber das Baruthische Capital a 833 Fl. 7 Gr. zur Helffte laut recessus von 9. Ian. 1706. cum vsuris bis auf den 10. April 1716. laut documenti sub lit. M zu decourtiren, prouocatischer Anwald aber mit denen aus dem sub G fol. 67. befindlichen recess von 19. Iul. 1694. herrührenden 1200 Fl. bey der compensation abzuweissen. V. R. W. *Ad Lib. XXII. T. III.*

Rationes decidendi.

Nachdem die drey Herren Gebrüdere des Gräflich-Löbensteinischen Hauses, als weyland Hr. Heinrich der dritte, Hr. Heinrich der achte und Hr. Heinrich der zehende, allerseits jüngerer Linie Reussen, Grafen und Hrn. von Plauen, in an. 1678. die von ihrem Hochseel. Hrn. Vater ihnen verlassene Herrschafft Lobenstein unter sich vertheilet, bey solcher Theilung aber einige intraden in communion gelassen, und sich dahin verbunden, daß keiner von ihnen, ohne des andern Einwilligung, etwas von solchen erheben sollen, danebst Sie in solcher communion, zu deren intraden administration und Berechnung den gemeinschafftlichen Schösser, Gottfried Friedrich Fuchsen bestellet, bis 1700. verblieben, und ohngeachtet nach dessen Tode in an. 1712. unterschiedene exemplaria von dessen Schluß-Rechnungen aufgefunden, und darin dem Hochseel. Herrn Grafen, Heinrich dem dritten, aus der gemeinschafftlichen Casse 6807 Fl. 1 Gr. 11½ Pf. angerechnet: hergegen bey denen Hochseel. Hrn. Grafen Heinrich dem VIII. und X. sich eine merckliche difference befunden, davon bey jenem das höchste quantum 3074 Fl. 7 Pf. bey diesem aber 3869 Fl. 18 Gr. 11 Pf gewesen, dennoch deren adæquation bißhero nicht in Richtigkeit gebracht, und endlich dieserwegen das bey denen acten befindliche compromiss und dessen extension errichtet, und bis auf die quadruplicas darüber verfahren worden. 1

Ob nun wol das quantum der beyden letztern Posten von beyden Seiten als richtig angenommen und festgesetzet worden, prouocatischer Anwald aber das dem Hochgräflichen Löbensteinischen Hause angerechnete liquidum der 6807 Fl. 1 Gr. 11½ Pf. nicht agnosciren, auch vermeinen wollen, daß der Hochseel. Hr. Graf Heinrich der III. Reuß aus der gemeinschafftlichen Casse nicht mehr als seine Hrn. Brüder gehoben, allenfalls 1) prouocantischer Anwald, so hier als Kläger zu considériren, solches erweisen müsse, da prouocantischer Anwald diesen Punct geleugnet, und bekanten Rechtens ohnedem sey, quod affirmanti incumbat probatio, bevorab da solches 2) in genere aus dem fol. 25. befindlichen documento sub B nicht zu behaupten sey, woraus zwar erhelle, daß der Hr. Graf Heinrich der III. in a. 1698. bekant, daß aus der gemeinschafftlichen Casse er vorgeschossene Gelder erhalten, und sich zu deren Wiedererstattung verbindlich erachtet, als welches ebenfalls bey Graf Heinrich dem VIII. und Xten geschehen, und laut recessus sub H ein ieder alljährlich schuldig gewesen, entweder das Erhobene wieder zu ersetzen, oder, nach Beschaf-

Ad Lib. XXII. T. III.

schaffenheit der Casse in eine billigmäßige adæquation bringen zu lassen, woraus aber nicht zu schliessen sey, daß der Hochseelige Herr Graf Heinrich der dritte mehr als die andere gehoben, am allerwenigsten aber der angegebene Vorschuß a 6807 Fl. 1 Gr. 11½ Pf. als sich zu Recht gebühret, erweißlich gemachet sey, angesehen dagegen angeführet ist, daß es 3) sehr bedencklich, daß der gemeinschafftliche Schösser Fuchs in denen Rechnungen de an. 1696. 1697. et 1698. die quæstionirten Vorschuß-Posten, wie prouocantischer Anwald fol. 76. geständig, gar nicht einsten gebracht, so dem stylo doch gemäß und billig
2 geschehen sollen, wenn solche damahls ihre Richtigkeit gehabt, und wenn gleich 4) prouocantischer Anwald angeben wollen, daß die gemeinschafftliche Rechnung in a. 1699. den 16. und 17. Mart. und die adæquation derer gehobenen Posten aus der gemeinschafftlichen Casse in Beysein des Ebersdorffischen Secretarii Jentschen, und des Hirschbergischen Amtsverwalters, dessen in documento sub I fol. 93. b gedacht worden, geschehen sey, wie die rubrica des documenti sub C fol. 26. und sub I fol. 93. darthun soll, prouocatischer Anwald gegen beyde documenta unterschiedliche wichtige exceptiones opponiret und solche für irrecognoscibel gehalten, angesehen das documentum sub C 5) für nichts anders als einer annotatione mere priuata gehalten, welches aus dem
3 rubro: *Notanda* zu ersehen, quæ vim probandi nullam habet,

l. 7. de probat.

zudem eine unbekante Hand, allenfalls aber von Seiten des Hrn. Grafen des Xten der Secretarius Jentsch als einseitiger deputatus anzusehen sey, und was derselbe fol. 27. b zu seiner priuat-notitz etwa aufgeschrieben, keinen Beweiß contra tertium machen, am wenigsten aber für eine richtige registratura angenommen werden könne, da sie nicht unterschrieben worden, so dazu doch erfordert werde; nicht zu gedencken, daß daraus nicht eigentlich die circumstantia actus gesti, ob die gemeinschaftliche Rechnung abgenommen und die adæquation würcklich geschehen sey, erhelle, sondern nur am Ende einem ieden von denen dreyen Hrn. Brüdern etwas zugeschrieben worden,
4 qualia protocolla manca, ex quibus de voluntate partium aut circumstantiis actus non constat, fidem non faciunt,

MEV. *P. I. decis. 119. n. 6.*

welches auch 6) dem documento sub I fol. 29. b opponiret worden, so zwar ebenfalls eine registratur über die abgenommene gemeinschafftliche Fuchsische Rechnung und Gewehrung des Fuchsischen Rechnungs-Bestandes seyn solle, gleichwol man den auctorem dieser Schrifft nicht wisse, solche nicht unterschrieben, noch angemercket sey, wer dabey deputiret gewesen, und ob die Beylage in original produciret, recognosciret und der Rechnungsführer darüber quittiret worden, bevorab da auch bey der 5
Haupt-Post, so itzo in lite sey, unterschiedliches unterstrichen, unterschiedene Hände darin zu befinden, und also allenthalben mangelhafft sey. Und ob wol 7) der Ebersdorffische Hof-Rath, Hr. Johann Alexander Zeller ad art. 27. eydlich bestärcket, daß in archiuo communi dabey eine schedula von dem gemeinschafftlichen Amtmann Span gefunden, und daraus zu ersehen sey, daß solche Schrifft den 16. Mart. 1699. in gemeinschafftlichen Amt-Hause über die Abnahme der gemeinschafftlichen Fuchsischen Rechnung verzeichnet, und darin die quæstionirte streitige Post a 6807 Fl. 1 Gr. 11½ Pf. nebst andern notiret gewesen sey, so denen vorigen adminiculiren solle, dennoch dieselbe eben denen vorhin angegebenen Mängeln unterworffen, ja in denen Hauptposten von denen vorigen different sey, und sich darin keine eintzige Post auf Belege oder Quittung beziehe, man also aus diesen mancis documentis diese allen dreyen Hrn. Grafen zugeschriebene Posten nicht iustificiren könne, dieserwegen auch 8) solchen keine maior vis veritatis aus des Hrn. Hofraths Zeller eydlichen Aussage sub lit. D 6
beygeleget werden könne, zumahl solche einseitig aufgenommen, man prouocatischer Seite mit seinen interrogatoriis darüber nicht gehöret, darneben bekant, daß derselbe in Ebersdorffischer Bedienung stehe, und nicht omni exceptione maior sey, so dann sich in vielen Stücken auf documenta beziehe, welche nicht vorhanden, da doch referens absque relato nichts erweise. Uebrigens ob wol das gemeinschafftliche archiv in an. 1714. mit allen hieher gehörigen documenten abgebrant sey, und dieserwegen man die bekante doctrin, quod imperfecta probatio admittatur, si veritas aliter haberi nequeat, appliciren wolle, dennoch man prouocatischer Seite vermeinen wollen, daß solche hieher nicht zu ziehen sey, da bereits vor dem Brandte die expedition der gemeinschafftlichen Casse aufgehoben, und nicht zu vermuthen sey, daß man Ebersdorffischer Seite sich nicht von den gemeinschafftlichen Urkunden prospiciret, und copias davon genommen habe. Und ob zwar 9) in an. 1712. sich eine Quittung von dem Hochseel. Hrn. Grafen Heinrich den III. von 15. Mart. 1699. über die quæstionirte Post nach des Zeugen Aussage ad art. 12. gefunden haben solle, dennoch dabey er- 7
innert ist, daß solche, wenn sie gleich noch vorhanden seyn sollte, den Ausschlag der Sache nicht geben würde, weil die causa debendi darin nicht anzutreffen, noch daraus zu ersehen sey, daß die quæstionirte Post von 6807 Fl. 1 Gr. 11½ Pf. aus der gemeinschafftlichen Casse gehoben, und Heinrich der dritte solche darin schuldig sey, zumahl der seel. Fuchs auch des gedachten Hrn. Grafen speciale Einnahme zu verrechnen gehabt, und man dahero nicht wissen könne, ob solche zu der gemeinschafftlichen oder special-casse gehöre; allenfalls solche bey

der

der in an. 1699. geschehenen Abnahme produciret und vor richtig agnoſciret werden ſollen, ſo aus keiner regiſtratur darzuthun, dabey auch zu bemercken ſey, daß ſolche nach des Schöſſers Fuchſens Tode in einem aparten faſciculo, ſo ohne Zweiffel damahls aus ſeinen nachgelaſſenen ſcripturen in das archiv genommen, und in an. 1712. gefunden ſey, certo indicio, daß die Rechnung nicht abgeleget und er quittiret worden, weil ſonſten dieſe Quittung zurück gegeben worden wäre, an deren Richtigkeit auch zu zweiffeln, weil ſonſten die beyden übrigen Hrn. Intereſſenten auf die Ausgleichung wol gedrungen haben würden, ſo aber nicht geſchehen. Endlich 10) ſo viel die Schluß-Rechnung de an. 1700. davon zehen exemplaria im archiv in an. 1712. angetroffen ſind, betrifft, wiederum aus denen Umſtänden zu erſehen ſey, daß ſolche niemahls zur Abnahme gekommen, ſondern erſt in an. 1712. zum Vorſchein gebracht, aber niemahls iuſtificiret, noch der gemeinſchafftliche Rationarius quittiret ſey, alſo ebenfalls keine vim probandi, deficiente rationum examine, haben könne, dahero billig zu vermuthen, daß ſolche bey dem gemeinſchafftlichen adminiſtratore Fuchſen bis an deſſen Abſterben geblieben, nach deſſelben Tode aber erſt ins archiv gebracht worden, vnde potiſſimum concludendum, rationes non eſſe redditas, nec iuſtificatas, deficientibus præſertim
8 omni apocha et inſtrumentis, quibus iuſtificantur rationes;

MEV. *P. VIII. decif. 28.*

wiewol auch 11) ſonſten in denen beyden eigenhändig geſchriebenen Schlußrechnungen, wegen Graf Heinrich des VIII. und X. eine groſſe difference ſich befunden, da jenem in einem exemplar 3005 Fl. 17 Gr. 7 Pf. in dem andern aber 2957 Fl. 17 Gr. 7 Pf. und alſo 48 Fl. weniger in Ausgabe angeſetzet befunden, ſa noch unter den Fuchſiſchen ſcripturen eine andere Abrechnung angetroffen iſt, in welcher noch 68 Fl. 4 Gr. und alſo nunmehr zuſammen 3074 Fl. 7 Pf. in Anſatz gebracht geweſen. Wiederum der rationarius Fuchs dem Hochſeel. Hrn. Grafen Heinrich dem X. in dem einem exemplar 3869 Fl. 18 Gr. 11 Pf. angeſetzet, und ſich in genere auf Quittungen bezogen, ſo, daß ſeit a. 1699
9 bis 1700 noch 2082 Fl. aus der gemeinſchafftlichen Caſſe gehoben ſeyn müſſen, wobey ratione liquidi nach des Zeugen Auſſage fol. 36. noch vieles zu erinnern ſey, dergeſtalt alſo dieſe Schluß-Rechnung noch vielen Unrichtigungen unterworffen, und es ſcheinen will, daß in decidendo darauf nicht zu bauen, noch ſonſten wegen der dem Hrn. Prouocaten angeſetzten Poſt der 6807 Fl. 1 Gr. 11½ Pf. ein richtiger Beweißthum aus denen angeführten documentis her zu nehmen ſey. Allenfalls aber und wenn einige reflexion darauf gemachet werden könne, dennoch 12) prouocatiſcher Anwald weiter angeführet, daß dem prouocantiſchen Anwald die exceptio compenſationis entgegen ſtehe, angeſehen nach dem *Ad Lit.* documento ſub F aus dem receſſu von 9. Ian. *XXII.* 1706. das Ebersdorffiſche Haus die ratam des *T. III.* angeerbeten Capitals a 833 Fl. 7 Gr. und alſo 416 Fl. 14 Gr. geſtändiger Maſſen in die Hirſchbergiſche Erb-ſchafft cum vturis zu zahlen ſchuldig ſey, und ob gleich prouocatiſcher Seite man ſich erkläret, ſolches ſich von dem aus der gemeinſchafftlichen Caſſe gehobenen Vorſchuß decourtiren zu laſſen, dennoch dadurch die Anrechnung der Zinſen nicht hinweg fallen können, cum liquidi cum illiquido non detur compenſatio; ferner aus dem documento ſub G 10 fol. 67. dargethan worden, daß vermöge receſſus von 19. Iul. 1694. dem Hrn. Grafen dem dritten von a. 1680. bis 1686. incluſive 1800 Fl. als ein præcipuum ausgeſetzet, davon nur 600 Fl. bezahlet, die übrigen 1200 Fl. aber aus denen gemeinſchafftlichen Reſten bezahlet werden ſollen, ſo aber nicht geſchehen, und alſo Hr. Prouocant proprio nomine 600 Fl. und als coheres wegen Hrn. Grafens des achten 300 Fl. zahlen müſſe. Deſſen Bezahlung auch aus der fol. 94. befindlichen Rechnung ſub K nicht erweißlich ſey, anerwogen zwar daſelbſten ſolche Poſt aufgeführet, und dabey der itzgedachte receſs de an. 1694. angeführet, 11 keinesweges aber durch eine Belege oder Quittung die ſolutio erwieſen worden, ſo dann gegen die exceptionem præſcriptionis oppo-niret iſt, daß ſolche hier keine ſtatt finden könne, nachdem die Bezahlung dieſer Schuld aus denen gemeinſchafftlichen Reſten geſchehen ſollen, welche aber von dem gemeinſchafftlichen adminiſtratore nie beſcheiniget, noch zum liquido gebracht worden, und dahero es hier heiſſen müſſe: non valentibus agere non currit præſcriptio.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) bey der itzigen intricaten Sache es vornemlich darauf ankommt, ob die von prouocantiſchen Anwald, dem allerdings der Beweiß obgelegen, angeführte argumenta ad probandum vor zureichend zu halten, daß daraus die ſtreitige Poſt der 6807 Fl. 1 Gr. 11½ Pf. ſo bereits in an. 1699. der Hochſeel. Hr. Graf Heinrich der III. Reuß aus der gemeinſchafftlichen Caſſe gehoben haben ſoll, vor liquid zu achten? dabey man dann zuforderſt billig zum Grunde ſetzet, was 2) die Rechte ſelbſt an die Hand geben, und einen ieden vernünftigen Richter erinnern, daß er mehr in æſtimanda probatione auf die Beſchaffenheit der Sache, deren Umſtände und Zuſammenhang, als dabey erregte ſubtile critiquen und formirte gewiſſe reguln ſehen, und mehr einem vernünftigen und überzeugenden Ermeſſen, als dem ſtrengeſten dabey erregten Zweiffels- 12 Knoten folgen müſſe, welches unter andern der Kayſer Hadrianus

in l. 3. §. 2. de teſtib.

Ad Lib. XXI. T. III.

recommendiret und saget: quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest: sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur; alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non vtique ad vnam probationis speciem cognitionem statim alligari debere: sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris, bevorab da die Sachen, die erwiesen werden sollen, nicht von einerley Art und Eigenschafften sind, und man dahero auf dieselbe vornemlich acht zu geben hat; sunt enim res quandoque difficillimæ probationis, vel ex natura sua, vel ex aliquo contingenti, ex quo probatio in eam difficultatem per casum fortuitum est deducta, vt perfecta probatio haberi nequeat, veluti si incendio documenta publica perierunt,

l. 28. D. de probat.

l. 57. de admin. et peric. tut.

l. 5. §. 6. de re milit. ibi: *sed hoc licet liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est.*

adeo vt sæpe vnus testis plene probare queat pro qualitate singulari causæ probandæ vel testes de auditu

Nov. 117. c. 11.

c. 47. X. de testib.

vel per testes domesticos, quoniam non facile, quæ domi geruntur, per alienos poterunt confiteri,

l. 3. §. 6. C. de repud. l. 7. D. de test.

vel quoties ex natura actus seu negotii alii testes interuenire non potuerunt ob circumstantiam loci, temporis, aut similem, quæ difficilem probationem reddit,

MENCKE *in proc. iur. comm. diss. X. §. 15.*

welches alles vornemlich hier zu consideriren, da 3) eines Theils ex alieno gesto ein richtiges liquidum heraus zu bringen, dessen administrator vorlängst verstorben, und an dem es nicht gelegen, von seiner administration denen tertiis die Rechnung zu iustificiren, qua
13 probatione nihil difficilius; andern Theils alle Rechnungen, Quittungen und Belege, so in dem gemeinschafftlichen archiv aufbewahret worden, und welche beyden hohen Interessenten gemein gewesen, durch den in an. 1714. entstandenen Brand im Feuer aufgegangen, und also dieser Unfall sowol Herrn prouocanten, als Herrn prouocaten gemeinschafftlich betroffen, und sie also der Billigkeit nach damit unter sich zufrieden seyn müssen, was aus denen ruderibus huius ruinæ publicæ davon noch
14 übrig ist, oder einiger massen erwiesen werden kan: dritten Theils diese Sache bereits vor 46. Jahren zur adæquation angegeben, und nur dessen völlige Berichtigung hinzukommen müssen, so aber nicht erfolget, und dadurch die Sache in solchen Stand gerathen ist, daß, da nunmehro die Berichtigung ex gestis antiquis, quorum documenta deperdita sunt, erst geschehen soll, ein vollkommener Beweis überaus schwer fallen wird, quo in casu merito leuior et coniecturata probatio sufficit,
15

HONDED. *vol. I. cons. 17. n. 54. sq.*

WERNHER *P. V. obs. 56.*

dem zufolge dann 4) zuförderst der Zusammenhang der Irrungen zwischen denen dreyen Hrn. Brüdern dargeleget, daß nach dem documento sub B in anno 1698. der hochselige Herr Graf Heinrich der IIIte Reuß selbst gewünschet und ernstlich verlanget, daß des Schössers Fuchsens gemeinschafftliche Rechnungen abgehöret werde, damit, wie er schreibet, er einsten zu der ihm aus der Gemeinschafftis-Casse zu Seiner und der Seinigen höchsten Bedürffniß mit der beyden Herren Gebrüdere Vorwissen und Willen vorgeschossenen Gelder Wiedererstattung eine Richtigkeit noch bey seinem Leben machen, und im übrigen sein gewisses zu seiner freyen disposition haben möge, wodurch er nicht undeutlich agnosciret, daß ihm aus der gemeinschafftlichen Casse ein wichtiges vorgeschossen seyn müsse, weil sonsten er zu deren Wiedererstattung sich nicht engagiren, sondern nur schlechterdings zu deren adæquation sich offeriren dürffen, da diese vernünfftig alsdann statt gefunden, wenn einer unter ihnen nicht vielmehr als der andere gehoben, jene aber alsdann geschehen müssen, wenn bey der jährlichen Abnahme der Rechnung ein grosser Vorschuß bey einem angetroffen ist, wie das documentum sub H auf vernünfftige Art verstanden werden, und von einem ziemlichen Vorschuß angenommen werden muß, welcher entweder wieder erstattet worden, oder nach Beschaffenheit der Casse die adæquation geschehen sollen, wobey denn zwar nicht zu leugnen, daß die andern beyden Herren Brüdere auch aus der gemeinschafftlichen Casse etwas gehoben, gleichwol der Herr Graf Heinrich der IIIte zu Sein und der Seinigen höchsten Bedürffniß, wie er selbsten anführet, ein weit mehres gehoben, und solches dadurch agnosciret haben muß, daß er die angeführte ration dabey gesetzet, welches er sonsten unvonnöthen gehabt hätte, nunmehr aber damit excusiret, daß er solches zu Seiner und der Seinigen höchsten Bedürffniß und also extra ordinem thun müssen, dieserwegen sich nicht findet, daß bey dem grossen erhaltenen Vorschuß in anno 1699. und 1700. da die Gemeinschafftlichkeit sich geendiget, er noch

noch etwas aus der gemeinschafftlichen Casse gehoben, daraus hergegen die andern beyden Herren Gebrüder ein beyden Jahren noch einen guten Zusatz erhalten. Dieses Verlangen nun zu erfüllen, es 5) ohne Zweiffel geschehen ist, daß in anno 1699. den 16. und 17. Mart. in dem gemeinschafftlichen Amt-Hause zu Löbenstein die gemeinschafftliche Rechnung von dem gemeinschafftlichen administratore Fuchsen abgeleget, und dazu von Ebersdorffischer Seite der Secretarius Jentsch, von Hirschbergischer Seite aber der Amts-Verwalter deputiret gewesen, ob man wohl nicht eben wissen kan, wer von Seiten Lobenstein die Untersuchung mit verrichtet, anerwogen das documentum C, welches vor des Secretarii Jentschen Hand der Zeuge Herr Hofrath Zeller ad art. 23. und 24. fol. 37. eydlich recognosciret, darleget, daß er dabey gegenwärtig gewesen, diesen actum in gemeinschafftlichen Amts-Hause verrichtet, und zu Behuf seines Herrn, nicht qua priuatus, sondern qua officialis deputatus, die regisstratur geführet, und die dabey gemachten monita aufgezeichnet. Wiederum die regisstratura sub lit. I f. 92. b dieses ebenfalls bezeuget, daß den 17. Mart. 1699. die Abnahme über die gemeinschafftliche Rechnung de anno 1696. 1697. und 1698. und deren Untersuchung geschehen, und dabey der Hirschbergische Amts-Verwalter qua deputatus gewesen sey, weil der rationarius Fuchs bey des Herrn Grafen des VIIIten Posten mit eigener Hand dabey geschrieben laut f. 93. b

20. Fl. noch überschicket durch den Herrn Amts-Verwalter den 18. *Mart.* der also den folgenden Tag wieder abgereiset seyn muß, da die Untersuchung vollendet gewesen. Und obgleich solche regisstratur nicht unterschrieben, auch man die Hand davon nicht kennet, doch durch des gedachten Zeugen eydliche Aussage ad art. 25. seq. f. 38. erhärtet ist, daß dieselbe regisstratur in anno 1712. in gemeinschafftlichen archiv zu Lobenstein, da man diese Sache abermahl in Untersuchung gezogen, aufgefunden, und dabey bekant ist, quod scriptura in archiuo publi-
16 co reperta fidem faciat, licet nec diem, nec consulem habeat, quoniam relatio in scrinia publica hæc omnia supplet,

VITRIAR. *in iur. publ. lib. III. c. 17. §. 41.*

adeoque talis scriptura non adeo rigide ex-
17 aminanda, nec diuersitas manus, scriptura superlinearis et lituræ fidem eius infirmant,

LEYSER *medit. ad D. 5. et 6. spec. 206.*

diesemnach gantz begreiflich ist, daß diese regisstratur von einem ad hunc actum, und vermuthlich von Löbensteinischer Seiten, deputato gehalten, und entweder ein wahres original oder davon genommen sey, weil der Schösser Fuchs mit eigener Hand vorgedachter massen etwas dabey getragen, und nach geschehener Anmerckung, wie viel ein jeder von denen dreyen Herren Gebrüdern aus der gemeinschafftlichen Casse gehoben, am Ende dabey gefüget ist: *Ad Lib. XXII. T. III.*

so zu gnädiger Herrschafften Vergleichung überlassen wird,

als ein Kennzeichen, daß die Posten selbsten, so einem jeden angesetzet, vor richtig befunden sind. Dahero es auch 6) geschehen, daß der Ebersdorffische Secretarius Jentsch die zur adæquation ausgesetzte Posten sich daraus notiret, welches auch der gemeinschafftliche Amtmann Span in einer in anno 1712. in gemeinschafftlichen archiv gefundenen schedula, wie der Herr Zeuge ad art. 27. fol. 39. eydlich bestärcket, gethan, welche mit der regisstratura sub lit. I überein kommt, nur daß bey des hochsel. Grafen Heinrich des VIIIten Reuß noch zwey Posten fol. 93. b ex post facto hinzu gethan sind, so damahls noch unbezahlet gewesen, welche man zu notiren bedencklich gehalten, auch wohl hernach erst, da die annotation bereits davon genommen gewesen, hinzu gethan seyn können, als welches gar deutlich aus des Fuchsens beygefügten Worten erhellet. Und wie nun 7) alle diese Urkunden, so theils ex archiuo communi, theils aus dem Ebersdorffischen genommen, und prouocatischer Seiten man billig darüber halten muß, ne iis fides derogetur, darin überein kommen, daß bey der damahligen Abnahme der gemeinschafftlichen Rechnung die von dem hochseligen Herrn Grafen Heinrich dem dritten aus der gemeinschafftlichen Casse gehobene Gelder 6807. Fl. 1. Gr. 11½ Pf. getragen, und in der regisstratura sub I fol. 93. dabey auf eine Quittung vom 15. Mart. 1699. prouociret wird, also ist ferner aus des Hrn. Zeugens eydlicher Aussage ad art. 5. sqq. fol. 33. wahrzunehmen, daß in anno 1712. bey der anderweitigen Untersuchung dieser Rechnungen, wozu der Herr Zeuge ad art. 4. die Veranlassung gemeldet, in dem gemeinschafftlichen archiv sich 10. exemplaria von des Schössers Fuchsens Schluß-Rechnung gefunden, in deren zweyen eigenhändig geschriebenen abermahls die Richtigkeit dieser Post an-
18 gezeiget ist, in folgenden Worten:

6807. Fl. 1. Gr. 11½ Pf. haben Seine Hochgräfliche Gnaden, Herr Heinrich der dritte jüngere Reuß, Graf und Herr von Plauen, erhalten, laut Dero Scheins den 15. *Mart.* 1649.

welche Summe nebst denen übrigen der Herr Zeuge in Gegenwart der Lobensteinischen Deputirten in eines von denen übrigen exemplaren, in welchem Platz zu derselben gelassen, suppliret, und solches mit sich nach Ebersdorf genommen, nach dessen ad art. 6. sqq. gethanen und fol. 33. befindlichen Aussage, so mit denen vorhin angeführten Urkunden überein kommt, und um desto mehr fidem meritiret, als 8) die Quittung vom 15. Mart. 1699. worauf sowol der Schösser Fuchs in seiner

Ad Lib. XXII. T. III.

Schluß-Rechnung, als die registratur sub I sich bezogen, noch in anno 1712. in dem gemeinschafftlichen archiv über den Empfang der 6807. Fl. 1. Gr. 11½ Pf. aufgefunden, solche Quittung sowol von dem Herrn Zeugen nach seiner eydlichen Aussage ad art. 12. f. 13. et 14. als den Lobensteinischen Amtmann Groten gesehen und gelesen, und darauf von diesem zu den hochseligen Herrn Grafen Heinrich den XV. als des itzigen Herrn prouocaten hochseligen Herrn Vater, gebracht, und demselben vorgezeiget, auch von diesem wieder zu den gemeinschafftlichen Rechnungen zurück gebracht worden, welches der Sachen einen grossen Ausschlag giebet, bevorab da solche Umstände von dem Herrn Hofrath Zeller eydlich bestärcket worden, und wenn die Urkunden dazu genommen werden, der Beweis aus dem richtigen Zusammenhang aller dieser referirten besondern Umstände vollkommen gemachet wird, daß an der gewesenen existentz dieser Quittung über dem Empfang der quæstionirten Post kein vernünftiger Zweifel übrig seyn wird, zumalen 9) dieses Haupt-documentum, nebst denen übrigen acten, gäntzlich im Feuer aufgegangen, und man dahero in casu difficillimæ probationis vorjtzo verfiret, in welchem keine rigida probatio erfordert wird,

l. 57. de admin. et peric. tutor.

19 *l. 20. C. de probat.*

LEYSER *spec. 282. ad Dig. medit. 1.*

noch vernünfftig erfordert werden kan, quod leges semper conditionis humanæ in tali frangenti rationem habere soleant. Dagegen auch 10) nichts verfangen will, daß diese Quittung indefinite seu indiscrete concipiret, und mit keiner causa debendi versehen, diesemnach ungewiß sey, ob solche aus der gemeinschafftlichen oder specialen administration, die der Schösser Fuchs ebenfalls von Herrn Grafen Heinrich dem dritten gehabt, herrühre, anerwogen alle vorhin angeführte Umstände, welche wohl connectiren, ausfündig machen, daß solche Quittung wegen
20 der aus gemeinschafftlicher Casse gehobenen Gelder ausgestellet sey, weil solche nicht allein bey der in anno 1699. den 16. und 17. Mart. geschehenen Abnahme der gemeinschafftlichen Rechnung laut documenti sub lit. I bey diesem Post mit klaren Worten aufgeführet, und mit zur Vergleichung aller dreyer Posten ausgesetzet, sondern auch von neuen bey denen eigenhändig geschriebenen Schluß-Rechnungen de anno 1700. abermal bey der quæstionirten Post angeführet, und in dem gemeinschafftlichen archiv in anno 1712. laut des beeydigten Zeugen Aussage ad art. 12. f. 35. in dem fasciculo der gemeinschafftlichen Schluß-Rechnung befindlich gewesen, absonderlich aber dabey sehr remarquabel ist, daß solche den 15. Mart. 1699. als den Tag vor der Abnahme der gemeinschafftlichen Rechnung in dem gemeinschafftlichen Amt-Hause, ausgestellet ist, weil der Schösser Fuchs solcher den folgenden Tag bey der vorstehenden Abnahme benöthiget gewesen, und er ohne dieselbe solche Post nicht iustificiren können; wie denn auch, als solche in anno 1712. dem hochseligen Herrn Grafen Heinrich dem XVten vorgeleget worden, derselbe dagegen nichts erinnern, sondern schlechterdings solche wieder ad acta geben lassen. Endlich auch sich kein indicium in actis befindet, woraus man nur einiger massen das Gegentheil præsumiren, und in vernünfftigen Zweiffel gesetzet werden könte: ob nicht solche etwa aus der special, dem Schösser Fuchsen mit anvertraueten administration herrühren könne? davon man sonsten leicht einige Urkunden oder besondere Nachricht ad acta gegeben haben würde, woferne solche vorhanden, so, daß es auch allhier in re tam difficilis probationis billig heissen muß, quæ singula non 21
probant, coniunctim sumta probant, welches alles noch deutlicher werden wird, wenn die rationes dubitandi aus dem Wege geräumet werden, welches nunmehr desto leichter geschehen kan, also ad 1) bereits zugegeben ist, daß prouocantischer Anwald primario den Grund seiner prouocation erweisen müssen, solchen auch, wie bishero dargethan, nach Beschaffenheit dieser Sache erwiesen, und ad 2) bey der rat. decid. 4ta der wahre Verstand des documenti sub B besonders aus der trifftigen ration

zu Mein und der Meinigen höchsten Bedürffniß

ausgeführet und daraus behauptet ist, daß Herr Graf Heinrich der dritte selbsten agnosciret, daß ihm vor andern aus der gemein- 22
schafftlichen Casse vieles vorgeschossen sey. Und obwol ad 3) die quæstionirte Posten in denen Rechnungen de anno 1696. 1697. und 1698. nicht gebracht sind, dennoch solches bis zu der vorzunehmenden adæquation wohl unterlassen werden mögen, da er die Quittungen über die gehobene Posten, absonderlich die vom 15. Mart. 1699. noch nicht gehabt, welche er doch bey der Abnahme produciren müssen, wie auch in anno 1699. den 16. und 17. Martii bey der damahligen Abnahme ersolget ist, dabey auch prouocantischer Anwald fol. 134. b sich auf das Exempel von Gera beruffet, und dadurch anzeiget, daß solches gantz gewöhnlich sey, und der Sache also keinen Anstoß geben könne. Uebrigens weil damahls, wie man verhoffet, die Vergleichung nicht geschehen, der Schösser Fuchs dadurch veranlasset worden, solche Posten, so zur Vergleichung bereits ausgesetzet gewesen, nochmahls in seiner Schluß-Rechnung wieder aufzuführen. Daß aber ad 4) die Abnahme der gemeinschafftlichen Rechnungen den 16. und 17. Mart. 1699. in Gegenwart der Herren Interessenten Deputirten abgenommen sey, bereits ad rat. decid. 5. et 6. aus wahrscheinlichen Gründen, welche hier pro qualitate causæ vor zureichend

23 chend zu halten, dargethan, und dabey ad 5) angezeiget ist, daß das documentum sub C vor keine priuata annotatione, sondern vor eine ab officiali deputato gehaltene regiſtratur zu achten ſey, als welche von dem Ebersdorffiſchen Secretario, qua deputato von Ebersdorffiſcher Seite gehalten, und ſolche in gemeinſchafftlichen Amt-Hauſe zu Lobenſtein, allwo die Abnahme der gemeinſchafftlichen Rechnung damahls geſchehen, nieder geſchrieben iſt, wie die rubric anzeiget.

act. den 16. Mart. 1699. im gemeinſchafftlichen Hauſe zu Lobenſtein,

darneben auch die darauf folgende rubric: *Notanda*, nicht zu captiren, weil die bey Abnahme der Rechnungen gemachte Erinnerungen und deren Aufzeichnung nichts anders als annotationes ſind, welche der Secretarius Jentſch nicht in cauſa propria, notitiæ privatæ cauſa, ſondern qua officialis et deputatus nomine officii aufgezeignet, und deſſen Hand von dem Herrn Zeugen eydlich ad art. 24. recognoſciret iſt, ſonſten aber der defectus ſubſcriptionis keinen Anſtoß geben kan, ſondern gnug iſt, wenn die regiſtratura von 24 einem officiali ad hoc deputato mit eigener Hand geſchrieben iſt;

c. 11. X. de probat.

WERNHER *P. II. obſ. 363.*

eben wie ein teſtamentum holographum ohne Unterſchrifft gilt, und die Notariat-Ordnung Maximiliani I. de anno 1512. §. 4. bey dem protocollo notarii nichts weiter erfordert, als daß der notarius ſolches eigenhändig 25 geſchrieben. Sodann obgleich daraus nicht erhellet, ob und wie die adæquation damahls geſchehen ſey, dennoch gnug iſt, daß darin die Poſten, welche zu der Vergleichung ausgeſetzet, notiret worden, welches damahls gnug geweſen, weil ſolche würcklich nicht erfolget, ſondern nur beſtimmet worden, was in die Vergleichung gebracht werden müſſe, und mit Quittungen beſtärcket iſt, welches ad 6) am deutlichſten aus dem documento ſub I, ſo euentualiter mit dem vorigen ſub C recognoſciret worden, und auch pro re nata geſchehen müſſen, zu erſehen, als welches zwar ebenfalls nicht unterſchrieben, und von unbekanter Hand geſchrieben, gleichwol in forma regiſtraturæ aufgezeichnet, und ohne Zweifel von einem officiali publico gehalten und niedergeſchrieben ſeyn muß, nachdem ſolche in anno 1712. in dem gemeinſchafftlichen archiv nach des eydlichen Zeugens Ausſage ad art. 25. fol. 26 38. aufgefunden, der Schöſſer Fuchs eigenhändig noch etwas dazu geſchrieben, und am Ende die Worte:

ſo zu gnädiger Herrſchafften Vergleichung überlaſſen wird

annectiret ſind, certo indicio, daß die aus der gemeinſchafftlichen Caſſe gehobene Poſten als richtig agnoſciret worden ſeyn müſſen, endlich ſolche regiſtratur um deſtomehr fidem haben muß, als ſie ex archiuo communi hergenommen, wie ſchon vorhin ex iure beauptet iſt. Wiederum ad 7) des gemeinſchaffitlichen Amtmanns Spans ſchedula, da ſie ebenfalls den Werth gehabt, daß ſie ad archivum commune genommen, nicht gäntzlich bey Seite zu ſetzen, als welche als ein kurtzer extract aus der regiſtratura ſub I anzuſehen, und ein gutes adminiculum zu deren Richtigkeit beyträget, auch ad art. 27. abermahls eydlich beſtärcket worden, zumal darin die Poſten, ſo zur Vergleichung ausgeſetzet, und inſbeſondere die ſtreitige Poſt der 6807. Fl. 1. Gr. 11½ Pf. und die übrige, ſo zur Vergleichung ausgeſetzet, blos extrahiret ſind, und mit denen übrigen documentis genau übereinkommen, ausgenommen, daß, was dem hochſeligen Herrn Grafen dem VIIIten in der regiſtratur ſub I als unbezahlt, noch ex poſt facto beygefüget, darin nicht zu befinden, welches auch nicht wohl geſchehen können, weil ſolche unbezahlte Poſten bey der Abnahme ohne Zweiffel noch nicht mit paſſiret worden ſind. Hiernächſt was ad 8) gegen die eydliche Abhörung des Ebersdorffiſchen Herrn Rathes Zeller eingewandt worden, in keine Achtung zu ziehen iſt, da demſelben laut tit. 31. wie gewöhnlich, vorher die Amts Pflicht erlaſſen iſt, in welchem Fall auch in Eyd und Pflicht ſtehende Perſonen zum Zeugniß admittiret werden, anbey bey ihm auch zu erwegen iſt, daß derſelbe bereits im hohen Alter und 41jährigen Bedienung geſtanden, und alſo nicht zu glauben iſt, daß er in faueur des Herrn Prouocanten gegen die Warheit etwas bejahen, oder, da er auf ſeiner Grube gehet, einen Meineyd thun werde, bey welchen Umſtänden auch ſo gar teſtes domeſtici, qui ſunt probatæ vitæ et opinionis, de quibus verſimile non eſt, quod deberent pro aliquo deierare, vim probandi haben, 27

c. 24. X. de teſtib.

abſonderlich da ſeine Ausſage ſowol harmoniret, und darneben, wie in Anfange der rat. decid. præmittiret, bey allen Beweisthümern ein iudex aus der Beſchaffenheit der Sachen und deren intricaten Umſtänden ermeſſen muß, wie viel Glaube einem Zeugen beyzulegen ſey, abſonderlich wenn die Ausſage 28 mit denen Urkunden überein kommt, und ſonſten ſehr wahrſcheinlich, ſonſten aber propter difficultatem probandi bey dem groſſen Verluſt aller original documenten nicht anders heraus zu kommen iſt. Sodann weil hier eine cauſa ſummaria vorhanden, nicht zu regardiren iſt, daß der Zeuge einſeitig abgehöret, und pars aduerſa mit ſeinen interrogatoriis dabey nicht gehöret, als welches in ſummariſchen Sachen, abſonderlich da ſie per compromiſſum inter eos, qui ſunt de eadem agnatione et gente, erörtert werden ſollen, 29 nicht vonnöthen iſt,

clem. ſæpe 3. de V. S.

Ad Lib. XXII. T. III.

Ad Lib. XXII. T. III.

wie denn auch testimonium vnius, wenn es mit andern adminiculis und Urkunden begleitet, und alles zusammen genommen wird, ein grosses zum völligen Beweis beytragen kan, darneben wohl zu glauben ist, daß, wenn man Ebersdorffischer Seite sich besser aus dem communi archiuo prospiciret hätte, man solches zu produciren nicht unterlassen haben würde, dazu man eben vor anno 1714. da das gemeinschafftliche archiv abgebrandt, keine gegründete Ursache gehabt, weil man dieses Unglück nicht vorher sehen, zu dem gemeinschafftlichen archiv aber allerseits interessenten ihre Zuflucht allemal nehmen, und zu ihrer Nothdurfft, was ihnen nöthig, in forma probante heraus holen können, dabey auch
30 nicht hindan zu setzen ist, quod in casu amissorum documentorum das referens sine relato erweise,

l. 57. D. de admin. et peric. tutor.

derowegen nichts hindern will, daß die documenta nicht mehr vorhanden sind, auf welche sich Zeuge beruffet. Ferner ad 9) die Quittung vom 15. Mart. 1699. sowol ratione existentiæ als causæ debendi in rat. decid. 10. gerettet und dargethan worden, daß solche auf die Post, so aus der gemeinschafftlichen Casse gehoben, würcklich gehe, und den grössten Ausschlag in dieser Sache geben müsse, weil, wenn dieselbe mit denen übrigen Urkunden und des Herrn Zeugen depositionen verknüpffet, und nicht ein jedes documentum vor sich allein examiniret wird, alsdann eines dem andern die Hand bietet und darleget, daß den 16. und 17. Mart. 1699. die gemeinschafftliche Rechnung in gemeinschafftlichen Amt-Hause von denen deputatis der hochgräflichen Herren Interessenten untersuchet; daß zu deren Behuf der gemeinschafftliche administrator den Tag vorher mit der Quittung versehen sey; daß ob-
31 gleich man den Plan zu der Vergleichung der in differenten Summen gehobenen Posten laut lit. I geleget, solche aber nicht ersolget, jedoch die streitige Post der 6807. Fl. 1. Gr. 1½ Pf. dadurch in Richtigkeit gebracht, also ad 10) nur noch blos die Richtigkeit der beyden Posten von Hirschbergischer und Ebersdorffischer Seiten ad liquidum zu reduciren übrig geblieben, da denn zwar beyde nach dem in anno 1699. den 17. Mart. geschehenen Abnahme der Rechnung einen ziemlichen Zusatz in der Schluß-Rechnung bekommen, wie aus des Herrn Zeugen eydlicher Aussage f. 33. sqq. erhellet, und dieselbe damahls nicht iustificiret, ja ad 11) unter denen beyden eigenhändig geschriebenen Fuchsischen Rechnungen eine wichtige difference angetroffen worden; jedoch diese difficultät am leichtesten dadurch gehoben worden, daß der prouocantische Anwald sich sofort erkläret, bey der adæquation die höchsten Summen, als wegen Heinrich des VIII. 3074. Fl. 7. Pf. und wegen Heinrich des XIten 3869. Fl. 18. Gr. 11. Pf. sich anrechnen zu lassen, welches der prouocatische Anwald acceptiret, und dadurch beyde Posten ad liquidum gebracht sind, dergestalt daß wie prouocantischer Seite dabey bona fides cum renunciatione omnium exceptionum agnosciret, man ebenfalls gleiche Billigkeit von prouocatischer Seiten bey denen trifftigen vorkommenden Umständen zu hoffen hat, wodurch alsdann die Vergleichung desto leichter zum Stande gebracht werden wird. Endlich ad 12) die exceptionem compensationis betreffend, die erste Post der 416. Fl. welche vor richtig agnosciret ist, billig in decourt zu bringen, und dabey nur noch der punctus vfurarum zu untersuchen, und zwar an dem ist, daß diese Post liquid an und vor sich selbst, hergegen die aus der gemeinschafftlichen Casse gehobene Post illiquid und streitig gewesen, mithin die compensatio ipso iure nicht statt finden können; dennoch aus dem recognoscirten documento sub M f. 142. b wahrzunehmen, daß man prouocatischer Seite den 10. April 1716. sich erkläret, daß obwol die prætension aus der gemeinschafftlichen Casse illiquid, dennoch man zufrieden sey, daß man hochgräflich-Ebersdorffischen Orts sothane Baruthische dermahlen nicht zahlte, wodurch von der Zeit an man prouocatischer Seiten extra moram constituiret worden; dennoch bis dahin wenigstens die Zinsen angerechnet werden müssen, weil damahls erst die mora aufgehöret, welche doch vorher nicht abgeleugnet werden mögen; da hergegen die andere Post aus dem accordirten præcipuo sub lit. G f. 67. in compensation nicht gebracht werden mag, nachdem der extract aus der Fuchsischen gemeinschafftlichen Rechnung vom 1. Ian. bis vlt. Dec. 1694. sub lit. K f. 94. welche wir nicht anders als iustificiret und abgenommen erkennen können, weil deswegen in actis kein dubium erreget ist, anzeiget, daß diese 1800. Fl. dem hochseligen Herrn Grafen Heinrich dem dritten daselbst in Ausgabe gebracht worden, und ohne Zweifel mit Quittungen beleget seyn müsse, als welches die dabey befindliche nota: *n. 4.* nothwendig andeuten soll, und obwol die Worte: laut Quitt. wie bey den vorhergehenden und folgenden Posten befindlich, nicht dabey ausgedrucket sind, jedoch da die Quittungen bey denen vorhergehenden Posten sub n. 2. und 3. und bey der letzten Post sub n. 5. aufgeführet sind, nicht anders geschlossen werden kan, als daß aus der Ordnung der Zahlen durch die marque: *n. 4.* auch die Quittung verstanden werden müssen, zumal der Rechnungs-Führer nicht vonnöthen gehabt, den kurtz vorher geschlossenen Vergleich unter dieser n. 4. dabey aufzuführen, mithin auf die præscription hiebey zu reflectiren überflüßig ist.

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE OCTOBR. MDCCXLVI.

DECISIO

DECISIO CCCLXI.

Ad Lib. XXII. T. III.

THEMA.

In causis antiquis coniecturæ probant, imprimis si de genealogia quæritur.

SVMMARIA.

Nominis identitas cognationem non probat n. 1.
Testis iniuratus nullius fidei est n. 2.
Antiqua per coniecturas probantur n. 3.
Ex vitæ curriculo typis impresso argumentum pro consanguinitate petitur n. 4.

Als dieselbe uns erhobene appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen Anwalden D. A. F. und cons. appellanten und imploraten an einem, und H. wie auch M. R. und cons. appellaten und imploranten am andern Theil, in dem zurück kommenden fasciculo actor. zugeschicket ꝛc.

Daß die appellation in ihren formalien zu Recht beständig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an dieselbe erwachsen. Der materialien halber erscheinet aus denen acten so viel, daß wohl appelliret, dannenhero der Bescheid von 5. Sept. 1742. dahin zu reformiren sey, daß appellanten dasjenige, was ihnen zu erweisen obgelegen, und sie sich angemasset, nach Nothdurfft erwiesen, dahero sie zu Marien Elisabeth Rohrs Verlassenschafft, als die nächsten in der Bluts-Freundschafft, zuzulassen, die appellaten aber mit ihrem Suchen abzuweisen, die Unkosten aber aus bewegenden Ursachen gegen einander zu compensiren und aufzuheben seyn. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) das gantze κρινόμενον in dieser Sache darauf ankommt, ob die Margaretha Schumacherin zwey Männer, als erstlich Paul Fahrin, und nach dessen Tode, Johann Steinbecken geheyrathet, von welcher letzten Ehe die appellanten ihre proximität herleithen und behaupten wollen, daß sie der verstorbenen im vierdten Grad, und also einen Grad näher, als die appellaten, die einen Grad weiter stehen, verwandt sind, so daß Margarethe Rohrs gebohrne Fahrin und Catharina Steinbecken Halbschwestern gewesen, gleichwol appellaten gestehen müssen, daß sie nicht explicite erweisen können, daß die Margaretha Schumacherin zwey Männer gehabt, solches auch nicht deutlich aus denen angeführten Urkunden erhellen will, gestalt zwar aus Hans Paul Rohrs, der verstorbenen Erblasserin Bruders, curriculo vitæ erhellet, daß der Erblasserinnen Grosmutter Margarethe Schumacherin gewesen, dennoch nicht zu befinden, daß solche nach appellantens Vorgeben eine Tochter von Arp Schumacher nach dem bey denen actis pr. inst. befindlichen schemate genealogico gewesen sey, dahero obgleich appellanten 2) aus denen bey dem additamento replic. befindlichen personalien zu erweisen gesuchet, daß der appellanten Grosmutter Margaretha Schumacherin geheissen, und ihr älter Vater Arp Schumacher gewesen, dennoch nicht daraus folgen will, daß eben diese Margaretha Schumacherin darunter zu verstehen sey, die Paul Fahrin zur Ehe gehabt, zumal leicht zwey Brüder zwey Töchter eines Namens haben können, so daß der Beweis vor zureichend nicht zu achten, wenn nicht erwiesen werden kan, daß der Margarethen, so an Fahrin verheyrathet gewesen, Vater Arp Schumacher geheissen, welches zwar 3) Catharine Elisabeth Krusen aussagen wollen, jedoch solches dubitative und ohne Eyd bestätiget, auch sonsten nach der appellanten eigenem Angeben gefehlet, ja auch 4) nicht möglich zu seyn scheinet, daß die Margaretha Schumacherin, verehlichte Fahrin, an Johann Steinbecken verheyrathet gewesen seyn könne, weil nach der Beylage sub lit. A dieselbe in anno 1684. ihres Alters 56. Jahr, verstorben, also ihre Geburths-Zeit in annum 1628. oder 1629. fällt, gleichwol dargethan ist, daß Johann Steinbeck im Jahr 1632. bereits mit der Margaretha Schumacherin einen Sohn soll gezeuget haben, da dieselbe erst wenig Jahr alt gewesen, welches nicht bestehen kan, und dahero klar zu seyn scheinet, daß es nicht einerley Personen seyn können, welches argument allein gnugsam seyn möchte, die intention der appellanten zu eliciren, und der alten Krusen Aussage zu zernichten, wie denn auch 5) aus dem Verhalten der Familie, daß sie sich unter einander bald Schwager, bald Oheim genant, und in solcher qualität einander zu Gevatter gebethen, wie die Beylage

Ad Lib. XXII. T. III.

lage darleget, und die ad acta gebrachte Briefe, so zu dem additamento ad replicas gelget sind, anzeigen, wenig zu schliessen, da es hier nicht auf die blosse Schwager- und Blut-Freundschafft, sondern auf den gradum consanguinitatis, und ob Margaretha Rohrs und Catharina Steinbecken Halbschwestern gewesen, ankommt, als woraus die proximitas gradus allein dependiret, allermassen 6) die blosse Benennung in denen Briefen keine Schwesterschafft anzeiget, cum a dici ad esse non valeat consequentia, so daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn es bey dem Bescheide der ersten instanz zu lassen gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch denen causis difficillimæ probationis zuförderst dergleichen antiqua, quæ hominum memoriam excedunt, annumeriret werden,

RICCIVS P. II. *decis.* 23.

GAIL *lib.* 2. *obs.* 93. *n.* 18.

und also conjecturatæ probationes darin zu
3 admittiren sind, dieserwegen auch in consanguinitate probanda dieses statt finden muß, welche mehrentheils bey Priuat-Personen einem schweren Beweis unterworffen ist, jedennoch ad 1) aus denen gedruckten Personalien der Catharina Steinbecken offenbar ist, daß ihr Vater Johann Steinbeck und ihre Mutter Margaretha Schumacherin, ihr Gros-Vater aber Arp Steinbecke gewesen, und in so weit das schema genealogicum richtig, anbey auch aus denen vielen documentis klar ist, daß die Steinbecke und die von Fahrins und Rohr abstammende mit einander nahe verwandt gewesen, darneben aus Hans Paul Rohrs, der Erb-
4 lasserin Bruder, curriculo vitæ, so die appellaten produciret, und gegen sich gelten lassen müssen, fest stehet, daß dessen Gros-Vater grosmütterlicher Seiten Paul Fahrin, und die Grosmutter mütterlicher Seiten Margaretha Schumacherin geheissen, also diese so wol Gros-Mutter von der Erblasserin als denen appellanten und sowol an Fahrin als nach dessen Tode an Johann Steinbecken verheyrathet gewesen seyn muß, und dabey nicht gnug ist, anzuführen, daß zwey Brüder auch zwey Töchter eines Namens, davon die eine an Fahrin, die andere an Steinbecken verheyrathet seyn mögen, gehabt haben können, da appellaten davon nicht die allergeringste Spuren anführen, und also billig pro identitate personarum die præsumtion übrig bleibet, bis daß das Gegentheil auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit dargethan werde, woran es hier doch fehlet, bevorab da die Kirchen-Bücher von der Zeit, da diese Personen sich verheyrathet, nicht mehr vorhanden, und also dieser Mangel aus andern Nachrichten zu ersetzen ist, wohin ad 2) die bey dem additamento replic. producirte Briefe gehören, in welchen Nicolaus Clause, der appellanten Vater an Margarethen Rohrs, der Erblasserin Mutter n. 19. schreibet, sie Frau Schwester, weil er ihre Halbschwester zur Ehe gehabt, und ihren verstorbenen Mann seinen Schwager nennet, welches anzeiget, daß Margaretha Rohrs gebohrne Fahrin und die Catharina Steinbecken Halbschwestern von unterschiedlichen Vätern gewesen, und also deren Mutter zwey Männer gehabt haben müsse, aus welcher Ursache er auch gar recht Hans Paulen, der Erblasserin Bruder, seinen Oheim, und die gedachte Margaretha Rohrs seine Frau Schwiegerin in der Aufschrifft des Briefes nennet, weil sie seiner Frauen Schwester gewesen, in welcher Benennung dieser Clause n. 21. 22. und 23. beständig continuiret, und Paul Steinbeck der Catharinen Bruder, n. 25. in der Aufschrifft sie seine Schwester Margaretha Fahrins, seligen Hans Rohrs Witwe, betittelt, und seine Schwester Catharinen zugleich nebst ihrem Mann Nicolaus daselbst anführet, welcher Brief deutlich vor andern anzeiget, daß Margaretha Fahrin, Catharina und Paul Steinbeck Halb-Bruder und Schwester gewesen, und er deswegen seiner Schwester recommendiret, näher zu ihnen zu kommen, damit Gebrüdere und Schwestern näher zusammen wohnen mögen, welches allein bestätiget, daß Margaretha Schumacherin zwey Männer gehabt haben müsse, womit ad 3) in so weit der Krusinnen Aussage übereinkommt, und zum wenigsten in etwas adminiculiret, bevorab da ad 4) nunmehro deutlich heraus gebracht ist, auch appellaten solches agnosciren müssen, daß das gemachte dubium nicht der Erblasserin Gros-Mutter, Margaretha Schumacherinnen, sondern deren Mutter allein concernire, welche Margaretha Rohrs gewesen, und im 56. Jahr verstorben, mit welcher objection appellaten sich vornemlich aufgehalten, aber nunmehr gantz klar ist, daß die Margaretha Schumacherinne gar wohl zwey Männer gehabt haben könne und müsse, weil Margaretha Rohrs, gebohrne Fahrin, und Catharina Steinbecken Halb-Geschwister offenbar nach allen Briefen gewesen, wie absonderlich aus n. 25. zu ersehen, so daß ad 5) alle Deuteleyen, so bey deren Benennung von Schwester, Schwäger und Oheim vorgebracht sind, dadurch völlig elidiret worden, und wir nunmehro, da die Briefe in additamento replicarum ad acta gebracht sind, nicht Ursache gefunden haben, an der proximität derer appellanten zu zweiffeln, darneben die andern producirten Briefe darnach gar füglich erkläret werden können.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE DEC. MDCCXLIII.

DECISIO

DECISIO CCCLXII.

Ad Lib. XXII. T. III.

THEMA.

Ad probandam genealogiam leuiora argumenta sufficiunt.

SVMMARIA.

Nominis identitas consanguinitatem non euincit n. 1.
Testes de auditu fidem non habent n. 2.
In probanda genealogia leuiora argumenta sufficiunt n. 3.
Cuius rei specimen profertur n. 4.
Relatio et annotatio consanguinei magnum pondus ea in re habet n. 5.
Iuramentum credulitatis suppletorium in probanda consanguinitate admittitur n. 6.

Auf geführten besseren Beweiß in Sachen des Maiors von H. vxorio nomine, Klägers an einem, und des Hofmarschalls von H. nachgelassener Erben, Beklagten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Carl Leopold, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht ꝛc.

Daß Kläger nunmehro den ersten punct des n. 39. befindlichen Urtheils nach Nothdurfft erwiesen. Würde nun auch Klägers Ehefrau endlich erhalten, und daß sie nicht anders wisse und glaube, als daß ihre beyde Geschwistere angeblicher Massen verstorben, in supplementum schweren, so hat derselbe auch den letzten punct des gedachten Urthels wie Recht erwiesen, dannenhero Beklagter, des übrigen Einwendens ohngehindert, den siebenden Theil, des von ihrer Großmutter Hedwig Almod Iusti wegen, ihr zukommenden Erbtheils, nach Abzug der darauf bezahlten 200 Thl. cum vsuris vsque ad alterum tantum zu bezahlen schuldig, es könten und wollten dann dieselbe die opponirte exceptionem solutionis besser als geschehen, binnen vier Wochen, Klägers Gegenbeweiß, Eydes-delation, und andere Rechts-Nothdurfft vorbehältlich erweisen, damit würden sie noch billig gehöret, und ergehet alsdann ferner darauf, was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem in sententia sub n. 39. drey puncta zum besseren Beweiß ausgesetzet sind, als 1) daß des Klägers Schwiegervater der Lieutenant Johann Andreas Tancke, ein Sohn der Hedwig Almod Iusti gewesen: 2) daß dessen Bruder Bruno Lorentz Tancke vor der gedachten Hedwig Almod Iusti verstorben: 3) daß seiner Frauen beyde Geschwister angeblicher massen verstorben, und sie also allein Erbin zu der quæstionirten Erbforderung sey, so hat Kläger solchen Beweiß geführet, den anderen punct aber nunmehr fahren lassen, nachdem nicht allein das Gegentheil, sondern so viel dargethan, daß die Hedwid Almod Iusti sieben Kinder nachgelassen, und also nur der siebende Theil der quæstionirten Erb-portion in Anspruch genommen werden mögen.

Ob nun wol scheinen will, daß der erste punct, daß des Klägers Schwiegervater, der Lieutenant Joh. Andreas Tancke der Hedwig Almod Iusti Sohn gewesen, nicht besser erwiesen sey, zumahl zwar gewiß ist, daß die Hedwig Aldmod Iusti einen Sohn, so Joh. Andreas Tancke geheissen, gehabt, und an dessen nachgelassene Kinder und Witwe zu deren Unterhaltung 100 Thlr. geschicket, daß aber des Klägers Schwiegervater eben derselbe sey, nicht besser erwiesen seyn möchte, zumahl bereits in actis aus dem Trauschein n. 18. zu ersehen, daß des Klägers Schwieger-Vater, so ebenfalls Joh. Andreas Tancke geheissen, mit Reginen Christinen Marien Suthmeyerin getrauet, da hergegen der Hedwig Almod Iusti Schwiegertochter Anna Maria Langersen geheissen, wie so wol deren Schreiben n. 18. sub lit. F, als das documentum sub H n. 25. darthut, also nicht möglich seyn könne, daß des Klägers Schwigervater ein Sohn der Hedwig Almod Iusti gewesen sey, dessen Gegentheil auch der Pastorin Aschen n. act. 78. Aussage nicht dargethan, als welche ad art. 1. int. 4. ihre gantze Wissenschafft von des Beklagten Frauen selbsten allein hat, und ad int. 62. nicht wissen wollen, ob der gedachte Joh. Andreas Tanck, ein Sohn der Hedwig Almod Iusti, der Schwiegervater von Klägern gewesen, worauf es doch allein ankommt, welches auch Kläger nicht einmahl in denen articulis angeführet, vielmehr es das Ansehen gewinnen will, als ob der gedachten Iusti Sohn, Joh. Andreas Tanck und des Klägers Schwiegervater Joh. Andreas Tanck zwey diuerse Personen gewesen, so auch

Ad Lib. XXII. T. III.

das extraiudicialiter communicirte und nunmehr ad acta gebrachte schema genealogicum zu bestärcken scheinet, bevorb da auch der General-Maior von Maider, als des Klägers Stief-Schwiegervater, seine Aussage auf nichts
2 weiter als seiner ersten Frauen, des Klägers Schwiegermutter Aussage gründen kan, er selbsten aber keine propriam cognitionem von der Tanckischen familie gehabt, die Hedwig Almod Iusti nicht gekant und niemahls an sie geschrieben, also testis de auditu alieno ist und nichts erweiset, so, daß der aufferlegte bessere Beweiß nicht erfüllet seyn möchte, darneben auch der letzte punct, daß des Klägers Frauen beyde Geschwister angebliche Massen verstorben, nicht besser erwiesen, als welchen zwar des Klägers Stief-Schwiegervater eydlich bestärcket, aber dabey bekant ist, daß durch einen Zeugen kein Beweiß geführet werden könne, dannenhero Beklagter von angestelleter Klage refusis expensis, nachdem Kläger ohnedem zu viel gefordert, zu entbinden gewesen seyn möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch zuforderst zweyerley zu bemercken, 1) daß alhier de probanda genealogia intricata, worin zwey Personen von einerley Nahmen und metier vorzukommen scheinen, die Frage sey, in qua ex natura rei leuiora, imo verosimillima argumenta plene probant:

c. 13. X de probat.

GAIL. *2. obs. 93. n. 18.*

BOEHMER *tom. II. P. II. arg. 878. n. 48.*

3 2) daß dem Kläger in dem n. 39. befindlichen Urtheil ein besserer Beweiß aufferleget sey, und zwar vornemlich um deswillen, weil die attestata des Klägers Stief-Schwiegervaters und der Pastorin Aschen unbeeydiget und noch zur Zeit zum Beweiß unzulänglich gewesen, iedoch das gedachte Urthel so viel voraus setzet, daß bereits etwas erwiesen, doch noch zur Zeit zum völligen Beweiß in denen drey puncten nicht zureichen könne, gestalt dann bey dem ersten punct, worauf das Meiste ankommt, ob des Klägers Ehe-Frauen Vater, Johann Andreas Tanck, ein Sohn der Hedwig Almod Iusti gewesen? so viel bereits ante sententiam ausgeführet worden, (a) daß der Lieutenant Joh. Andreas Tanck, der Vater von des Klägers Frauen gewesen:

n. act. 28. sub G.

(b) daß der Lieutenant Joh. Andreas Tanck, der Sohn der Hedwig Almod Iusti, einen Bruder gehabt, so Bruno Lorentz Tanck geheissen: (c) daß des Klägers Frauen Mutter, Regina Christina Maria Suthmeyers, die mit
4 Johann Andreas Tancken, laut n. act. 18. lit. E getrauet worden, gewesen, welche der General-Maior von Maider nachgehends zur ersten Ehe gehabt, und solches eydlich bestärcket: (d) daß nachdem der Hedwig Almod Iusti Sohn, der Lieutenant Joh. Andreas Tanck vor anno 1695. im Kriege geblieben, er eine Witwe, nebst Kindern nachgelassen, an welche die gedachte Iusti 100 Thlr. zu bezahlen, laut n. 18. act. affigniret, auch würcklich nach denen Beylagen bey n. act. 25. zahlen lassen: (e) daß Bruno Lorentz Tanck ein ohnstreitiger Bruder von Joh. Andreas Tancken, der Hedwig Almod Iusti Sohn, in an. 1695. den 29. April an dessen nachgelassene Witwe geschrieben, ihren betrübten Zustand bedauret, und gemeldet, daß er die gedachten 100 Thlr. bey seiner Mutter procuriret, dessen Briefes Aufschrifft ist:

Madame
Madame Regina Marie de Tancken
present en Münden,

aus welcher Aufschrifft klar ist, daß solches eben die Regina Christine Maria, des Klägers Ehefrau Mutter gewesen, welche an Joh. Andreas Tancken, der gedachten Iusti Sohn, getrauet worden, ob wol der Nahme Christina weg gelassen, weil es gantz gewöhnlich zu seyn pfleget, daß Personen, die drey Nahmen führen, man mit zwey Nahmen zu benennen pfleget, welches sehr wichtige argumenta bereits gewesen, daß man deswegen nur noch meliorem probationem erfordert, so durch des Klägers Stief-Schwiegervaters des von Maiders eydliche Aussage n. act. 48. ein ziemliches pondo bekommen, angesehen er ad art. 1. eydlich bekräfftiget, daß des Klägers Schwiegervater der Lieutenant Joh. Andreas Tanck der Hedwig Almod Iusti Sohn gewesen, und zwar ex ratione scientiæ, weil er es nicht anders von seiner ersten Frauen, Reginen Christinen Marie Suthmeyers (deren Nahmen er ad int. 6. meldet,) gehöret, als welche nach dem int. 4. art. 1. die beste Nachricht davon haben müste, diese Aussage also nicht ein bloses testimonium de auditu, sondern eine relatio vel annotatio consanguinei seu vxoris ist, dergleichen in genealogia probanda ein gut Zeugniß ausmachet,

c. 3. X. qui matrim. accus.

c. 5. et 22. X. de testibus.

CARPZ. *P. I. c. 16. def. 49.*

welche Aussage um desto stärcker wird, als er ad interr. 12. art. 1. hinzuthut, daß die Almod Iusti an seine Frau geschrieben, sie condoliret, und ihr 100 Thlr. geschicket, welchem Brieff er gesehen und gelesen, und ihn seiner Frauen wieder gegeben, welches accurat mit dem producirten Brieffharmoniret. Wiederum durch der Pastorin Aschen, einer Enckelin der Hedwig Almod Iusti, Aussage ad int. 12. art. 1. so viel bestätiget wird, daß gedachte Frau zwey Söhne, als Bruno Lorentz Tancken und Andreas Tancken, nebst zwey Töchtern gehabt, imglei-

gleichen ad int. 17. daß die Hedwig Almod Iusti ihrer Schwiegertochter Hedwig Almod Iusti 100 Thlr. geschicket, weil sie in kümmerlichen Zustand gelebet, welches sich abermahl auf des von Maiders ersten Frauen, oder des Klägers Frauen Mutter wohl schicket, und diese Umstände so wol connectiren, daß sie einen guten Beweiß pro re nata nunmehr ausmachen, dabey denn das dubium aus der Hedwig Almod Iusti sub n. act. 18. befindlichen Schreiben bey so gestalten Sachen nichts machen kan, zumahl in der Aufschrifft sie sich ohn Zweiffel geirret und für Regina Maria, Anne Maria gesetzet, ihren Zunahmen aber gar nicht genannt, und daß sie Anne Marie Langersen geheissen, daraus nicht zu befinden, welches auch aus dem Briefe des Gottfried Langersen sub H n. act. 25. nicht zu schliessen, als aus welchem der Vornahme gar nicht zu ersehen, daß sie aber des Langerschen Schwester gewesen seyn soll, ebenfalls nicht so klar daraus zu ersehen, allermassen er die Schwiegertochter der Hedwig Almod Iusti zwar darin die Frau Schwester als des Hrn. *Lieutenants* nachgelassene Witwe betitelt, aber deswegen nicht folget, daß es seine leibliche Schwester sey, sondern nur, daß es seine Schwägerin gewesen, welche man Frau Schwester zu benennen pfleget, hergegen daß *p. 5.* darin diese Worte stehen:

> Meine Frau Schwester, die Frau *Lieutenantin*

zwar von des Langerschen Schwester, die auch eine Lieutenantinnen gewesen seyn kan, zu verstehen, gleichwol noch nicht so klar ist, daß es die im Briefe gedachte Frau Schwester cum addito: als des Herrn *Lieutenants* nachgelassene Witwe, gewesen, wenigsten vorstehenden starcken Beweiß nicht schwächen kan. Uebrigens der dritte punct nur halb erwiesen, so, daß das suppletorium de credulitate wohl statt finden kan, nachdem auch keine Spur sich finden wollen, daß von Klägers Frauen Geschwister noch iemand anzutreffen, die sich sonsten ohne Zweifel lite pedente gemeldet haben würden. Endlich bey dem andern punct nunmehr Kläger accord ist, daß die Hedwig Almod Iusti sieben Kinder nachgelassen, und Kläger also nur den siebenden Theil, deductis conferendis, fordern könne, und ob wol die exceptio solutionis aus dem documento sub A gleich im Anfang des processus n. act. 6. opponiret ist, gleichwol daraus nicht erhellet, daß die Mutter oder Vormündere des Klägers Ehefrauen zu Empfang des Geldes ordre ausgestellet, oder ihre portion davon erhalten, welches noch einen Beweiß, der reseruiret worden, erfordert. 6

Ad Lit. XXII. T. III.

So sind wir, geschehener massen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVGVSTO MDCCXLVI.

DECISIO CCCLXIII.

THEMA.

Quatenus annotationes præstandorum in rationibus administratorum redditis ac iustificatis contra tertium probent?

SVMMARIA.

In consistorio principis sanctiori solennia processus non attenduntur n. 1.

Annotatio priuata probandi vim non habet n. 2. 5.

Licet in archiuo reperta n. 4.

Libri censuales fidem publicam habent n. 3.

Rationes redditæ et iustificatæ et in archiuo conseruatæ præstationes probant n. 6.

Exceptiones, quæ petitorium concernunt, in possessorio non attenduntur n. 7.

Auf gesuchte restitution und dagegen opponirte exceptiones in Sachen derer Beamten zu Schwerin, Imploranten an einem, und G. W. von W. Imploraten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Carl Leopold ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß zuforderst die Imploranten daß Implorat die in der Klage sub n. 1. act. pr. inst. beschriebene jährliche Pächte an das Amt Schwerin zu bezahlen verbunden sey, binnen Ordnungs-Frist salua reprobatione zu erweisen nicht schuldig, sondern es bey dem n. act. 14. befindlichen

Ad Lib. XXII. T. III.

und den 15. Nov. 1743. eröffneten Urtheil, so viel die Haupt-Sache betrifft, mit dieser Erklärung zu lassen, daß nach erkanter production der original Amts-Register die Imploranten bey der possessione vel quasi der Hebung der quæstionirten Pächte zu schützen, dieserwegen die Imploraten die rückständige Pächte so wol als die künfftig gefällige so lange zu bezahlen schuldig seyn, bis ein anders in petitorio ausgeführet und erwiesen, da hergegen wegen der Unkosten es bey dem n. act. appell. 18. befindlichen und den 19. April 1746. eröffneten Urtheil billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem in instantia appellationis, in welcher das vorige in prima instantia gefällete Urthel, vermöge dessen der Implorat die quæstionirte rückständige Pächte vna cum refusione expensarum zu bezahlen condemniret ist, durch das Wittenbergische Urthel dergestalt reformiret worden, daß Imploranten zuforderst titulum, oder daß Implorat solche Pächte zu bezahlen schuldig sey, erweisen müssen, und dahero auch dieser a refusione expensarum zu absoluiren sey, so haben dagegen die Imploranten das beneficium restitutionis ergriffen. Ob nun wol dasjenige, was gegen den modum pronunciandi, und daß bloß super releuantia grauaminum, oder der deuolutione appellationis erkant werden sollen, nicht unerheblich zu seyn scheinet, zumahl, was Implorat dagegen angebracht, explicitam confessionem in sich hält, daß solcher modus in pronunciando gebräuchlich sey, und sich dadurch nicht excusiren lässet, daß in supremo consistorio principis man an die solennia processus nicht gebunden sey, als welches de immediata cognitione extraordinaria principis zu verstehen, hier aber von einer auswärtigen facultät,

1 transmissis actis, erkant worden, welche sich genau an die Regeln des processus zu halten schuldig. Woferne aber diese Erinnerung nicht zu attendiren seyn solte, alsdann es scheinen will, daß die grauamina als unerheblich zu achten, angesehen die Imploranten in prima instantia ihr gantzes Heil auf die bey der Cammer befindliche Amts-Register gesetzet, auf deren original-production zwar erkant, gleichwol dabey zu erwegen seyn will, daß solche ex domo aduersarii desumta argumenta keine

2 vim probandi haben, sondern als meræ annotationes priuatæ zu achten,

l. 7. C. de probat.

mithin die possessio vel quasi daraus nicht bewgebracht, sondern der titulus zuforderst zu erweisen sey, allermassen ein grosser Unterscheid inter libros censuales, quæ vim probandi

3 tanquam instrumenta publica habent

l. 10. D. de probat.

et inter annotationes priuatas fisci zu machen, welche keine instrumenta publica sind, ohngeachtet sie in das Fürstliche archiv geleget seyn möchten, da mehrentheils die Bediente, so solche führen, für das interesse principis 4 gar zu portiret sind, dergestalt, daß das Anführen, als wenn Implorat und seine Vorfahren die quæstionirten Pächte bis an. 1734. abgetragen, daraus nicht zu erweisen stehen möchte, und, wenn es gleich geschehen seyn solte, dennoch unverfänglich seyn würde, indem die Vorfahren in iusta ignorantia versiret, Implorat auch selber von diesem præstando nicht informiret gewesen, und er in diesem Irrthum den n. act. app. 24. lit. A befindlichen Brief geschrieben, so ihm zum præiuditz nicht gereichen könne, da er noch bis dato keinen zureichenden Grund davon habe, und ein erheblicher Zweifel daraus erwachse, daß diese Anforderung von der Königl. Beede herrühren soll, welche ein merum precarium und allemahl reuocabel sey, diesemnach Imploranten billig zuforderst ihren titulum erweisen müssen, bevorab da das Guth Webelsfelde, davon diese Beede gefordert wird, in das Amt Gadebusch, wo man von der Königs-Beede, als einem ordinario contribuendi modo nichts wisse, vertauschet und also dessen Zustand dadurch geändert sey. Endlich den Imploranten dabey billig beyzumessen, daß, wenn ihre Anforderung gegründet, sie dieselbe so viele Jahre aufschwellen lassen, und dadurch die Bauren, solche abzutragen, ausser Stand selbst gesetzet; so dann in a. 1734. in dem bekanten Bauren-Kriege ein Bauer mit samt dem Hof-Gewehr ihm entlossen, dessen Platz nicht wieder besetzet werden können, und er vor denselben um desto weniger zu zahlen gehalten sey, als die Imploranten selbsten denselben ihm vorenthalten hätten, und diesen Schaden ihm billig erstatten müsten, allenfals Implorat befugt seyn müsse, diesen Schaden in compensation denen Imploranten zu bringen, deswegen er auch nicht in die Unkosten condemniret werden mögen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch anietzo über dem modo pronunciandi und procedendi weiter zu disputiren unvonnöthen, nachdem die Imploraten nunmehro ohnedem ihre Absicht erreichet, reformationem des letzten Urtheils aliunde erhalten, auch solche nothwendig und um desto mehr erhalten müssen, als Imploranten in prima instantia, wie Implorat den Beweiß eines tituli begehret, sich schlechterdings in possessione vel quasi gegründet, auf die bisherige Abtragung des quæstionirten præstandi annui von 13 Thlr. 45 Stl. 6 Pf. prouociret, und solche Bezahlung dieses oneris aus denen Amtsregistern zu erweisen bereit gewesen, sie dahero sich auf alle obiectiones, so ins petitorium gehören, nicht eingelassen, sondern ihr gantzes fundamentum

tum agendi in der possessione vel quasi der Einhebung dieses oneris realis gegründet, so, daß bloß der cardo controuersiæ geblieben: Ob Klägere von ihrer Seite die angegebene possessionem vel quasi durch die zu diesem Behuff producirte extracte der Amts-Register, wenn solche mit denen originalien bestärcket werden, erweißlich gemachet haben? welches zwar dahero in Zweiffel gezogen werden wollen, weil solche Amts-Register in Ansehen eines tertii pro annotatione mere priuata zu halten, die keinen
5 Glauben meritiren,

l. 7. C. de probat.

gleichwol dabey ein grosser Unterscheid zwischen einer schlechten Aufzeichnung eines administratoris, darin er zur notitz bloß die præstanda annotiret, und nach der Ordnung, was ein ieder jährlich zu præstiren habe, referiret hat, und solchen Amts-Registern zu machen, darin von Jahren zu Jahren die eingenommene Einhebung derer præstandorum der Hochfürstlichen Cammer verrechnet, in Einnahme und Ausgabe gebracht, und demnechst iustificiret und ins Cammer-archiv geleget worden, welches keine dergleichen annotationes priuatæ sind, die keine vim probandi contra tertium haben solten, angesehen sonsten daraus geschlossen werden müste, daß der Amts-administrator die quæstionirten 13 Thlr. 45 Stl. 6 Pf. die er
6 von so vielen Jahren als eingehoben jährlich bis an. 1634. der Hochfürstlichen Cammer verrechnet, aus seinem eigenen Beutel hergegeben und so viele Jahre bezahlet habe, welches unmöglich zu præsumiren stehet, besonders da solche Verrechnung der Hochfürstlichen Cammer, einem collegio publico, geschehen, welche die Einnahme nach denen vorigen Rechnungen wohl untersuchet und Achtung gegeben haben wird, ob und wie weit die alten præstanda in der Einnahme befindlich? die auch kein administrator in Rechnung bringen würde, wenn er solche nicht würcklich eingehoben, so, daß darin ohnmöglich von so vielen Jahren, da solche beständig verrechnet worden, eine falsa annotatio cum collusione collegii publici, wie die Hochfürstliche Cammer ist, geschehen seyn kan, als welches kein Vernünftiger sagen wird, wenigstens also die possessio dieser quæstionirten Pächte, und daß solche bis an. 1634. eingehoben und von Imploraten und dessen Vorfahren bezahlet seyn, in hociudicio possessorio daraus erweißlich gemachet werden kan, bevorab da solches Implorat selbst n. act. appell. 24. sub lit. A in seinem Schreiben an den administratorem agnosciret, nur dabey vorgegeben, als wenn seine Bauren von an. 1734. würcklich bezahlet hätten, und dieserwegen eine nähere Nachricht sich davon ausgebethen, welches mit denen extracten der Amts-Register genau übereinkommt, so, daß solches Schreiben der Implorat agnosciren müssen, und nicht absolute, daß er und seine Vorfahren solche Zahlung gethan, leugnen mögen, ob er wol dabey meinen will, daß solches weder ihm, da er nicht genugsam von der Beschaffenheit dieses præstandi informiret gewesen, noch seinen Vorfahren, die per errorem die Zahlung geleistet, præiudiciren könne, so ihm doch hier nicht zu statten kommen mag, sondern allenfals ins petitorium gehöret, nachdem bloß alhier gefraget wird: ob er und seine Vorfahren solches præstandum nicht jährlich abgetragen? 7
welches zur Gnüge aus denen Amts-Registern erhellet, denen auch die Wittebergenses nicht alle vim probandi denegiret, sondern davor gehalten, daß solche ad probationem tituli nicht allein zureichend wären, wohin sie die Imploranten ziehen wollen, die gleichwol von dem possessorio abzugehen nicht schuldig sind. Bey so gestalten Sachen also denenselben nicht verdacht werden können, daß sie sich auf die weiter angebrachte exceptiones, daß die præstatio ein precarium sey; daß das Guth Wedelsfelde durch einen Tausch in das Amt Gadebusch gekommen; daß Imploraten ein Bauer entlauffen und Imploranten dabey mit eingeflochten wären, er also vor denselben nicht zahlen dürffe ꝛc. gar nicht eingelassen, als welche in das petitorium gehören, mit dem possessorio aber nichts zu thun haben, und wenn solches erst erlediget und jenes angestellet seyn wird, alsdann wer den Beweiß des tituli führen müsse, sich gar leicht und ohne grosse disputen zeigen muß, iedoch wir vorläuffig darüber zu erkennen vor bedencklich achten, sondern vielmehr das petitorium indefinite referuiret. Endlich Imploranten keine mora exigendi imputiret werden mag, die sie zur Gnüge durch die n. act. appel. 24. beygebrachten Anlagen abgelehnet. Jedoch weil nunmehr Implorat ein Urtheil vor sich, die zuerkannte refusio expensarum billig wegfallen, und in so weit bey dem letzten Urthel es verbleiben muß. *Ad Lit. XXII. T. III.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MAIO MDCCXLVII.

Ad Lib. XXII. T. III.

DECISIO CCCLXIV.

THEMA.

Annotationes priuatæ adminiculo munitæ vim semiplenæ probationis habent.

SVMMARIA.

Si in petitorio actum, in possessorio pronunciari nequit n. 1.
Annotatio priuata vim probandi non habet n. 2.
Color possessorii allegatus petitorium non constituit n. 3.
Annotationes priuatæ aliunde adminiculum habentes semi plene probant n. 4.
Interpellatio et exactio præstandorum tollit possessionem libertatis n. 5.

Auf eingewandte remedia extraordinaria und erfolgte Gesetze in Sachen A. L. Beklagten und Appellaten an einem, und derer executoren der Schonbeckischen Stifftung zu Stendall, Klägern und Appellanten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten remediorum extraordinariorum ohngehindert bey dem fol. 95. befindlichen und den 7. Septembr. 1741. eröffneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter sich durch das fol. 45. befindliche Urthel daher grauiret zu seyn vermeinet, 1) daß im possessorio ordinario erkant worden, dagegen so wol die Klage, als das in prima instantia abgehaltene protocoll anzeige, daß in petitorio geklaget sey, zumahl die Umstände geben, daß Kläger sich in einem
1 angeblichen Vorschuß und mit dem von Kläden errichteten Wiederkauff sub B fundiret, welches aber und ob Beklagter das Grundstück, wovon die geforderten præstanda zu præstiren, besitze, noch nicht erwiesen, so, daß in prima instantia deswegen auf bessern Beweiß des fundamenti intentionis erkant worden, hierüber 2) denen Klägern im letztern Urthel das iursmentum suppletorium zuerkant, Beklagter aber, hoc præstito, ad petitorium verwiesen sey, darauf es doch nicht, sondern darauf ankäme, ob Beklagter eine halbe Hufe und Wiesenwachs, wovon die quæstionirte Hebung zu præstiren, in Besitz habe, allenfalls 3) priuat-Rechnungen, welche Klägere endlich bestärcken sollen, nichts mehr als annotationes
2 priuatæ wären, die keine vim probandi hätten,

l. 7. C. de probat.

und dabey das suppletorium nicht statt finden könte. Endlich es 4) auf den Umstand, ob Klägere aus des Beklagten Hofe seint a. 1714. die Pächte gehoben, nicht einsten ankäme, vielmehr der Grund der Klage, daß Beklagter noch das verkaufte Grundstücke besitze, hätte erwiesen werden sollen, da er wegen fremder Schuld belanget werde, davor er als ein tertius responsabel zu seyn nicht schuldig zu halten, ja da 5) Klägere selbsten anführen, daß seint an. 1714. die Pächte vom Beklagten-Hofe nicht abgetragen, daraus nothwendig folge, daß Beklagter in possessione vel quasi libertatis sey, und dabey zuforderst zu schützen gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) so wol aus dem libell, als vornemlich aus dem abgehaltenen protocollo klar erhellet, daß Klägere sich in possessione vel quasi der quæstionirten Hebung gegründet, und angeführet, daß solche bis an. 1714. von des Beklagten-Hofe abgetragen worden, und nur pro colorando possessorio den Wiederkaufs-contract sub B produciret, und gebethen, sie in possessione zu schützen, mithin irrig ist, daß Klägere in petitorio geklaget, und ob wol darin erkant worden, dennoch Klägere dagegen appelliret, und eine reformatoriam erhalten, wobey es auch billig bleiben muß, als Klägere wider ihren Willen aus dem possessorio in das petitorium nicht gezogen werden mögen, und es ad 2) allerdings hier auf die possession, und nicht auf den quæstionirten Wiederkauf, und ob Beklagter dasjenige Grundstücke besitze, wovon die Pächte zu zahlen, ankommet, nachdem dieses letzte nur pro colorando possessorio angeführet, und in petitorio sich finden wird, ob Beklagter das quæstionirte Grundstücke besitze, dahin diese Frage gehöret. Und soviel
3 ad 3)

ad 3) den Beweiß betrifft, Klägere bereits die extractus aus dem Haupt-Rechnungs-Buche angeführet, und daraus dargethan, daß solche Pächte aus Beklagten Hofe von an. 1709. bis 1714. verrechnet worden, mithin gar wahrscheinlich ist, daß solche auch gehoben seyn müssen, allermassen aller Wahrscheinlichkeit zuwider, daß ein Rechnungsführer etwas in Einnahme und Ausgabe bringen solte, wenn er solche Hebung nicht eingenommen, da er sonsten solche aus seinem Beutel erlegen müssen, dergleichen annotationes priuatæ aber, quæ aliunde adminiculum habent, ohne Zweiffel semiplene erweisen,

c. 13. X. de probat. c. 13. de præscript.

NICOLAVS *de* PASSER. *de script. priuata lib. 5. qu. 1. et 2.*

CARPZ. *lib. II. iurispr. consist. def. 315. n. 3.*

bevorab da solche Rechnungen von allen executoribus eigenhändig unterschrieben und quitiret sind, so daß, wenn solche in supplementum beschworen werden, dieselbe plenam vim probandi bekommen werden, in mehrerer Erwegung die Kläger dabey kein eigen interesse haben, sondern es causam pii corporis betrifft, derowegen ad 4) es lediglich alhier darauf ankommt, ob die Pächte aus Beklagten Hofe seint anno 1714. præstiret worden, und was dieser dagegen angeführet, auf eine Verdrehung des status controuersiæ hinaus laufft, damit er denen Klägeren das petitorium aufdringen möchte, darin sie doch nicht geklaget. Endlich ad 5) Beklagter selbsten fol. 6. nicht leugnen mögen, daß er dieser Pächte wegen vielfältig gemahnet sey, er also mala fide nach an. 1714. die Klägere aus der possession vel quasi dieser Hebung zu setzen intendiret, mithin keine possessionem libertatis præsentaneam vor sich anführen mag, da es hier auf das possessorium ordinarium ankommt, und dergleichen de facto attentirte possession per denegationem pensionum keine possessionem libertatis manutenibilem würcken kan, welcher durch das geschehene Mahnen beständig widersprochen worden. Uebrigens da Beklagter den Behörs-Bescheid vor sich hat, die Unkosten tacite übergangen werden müssen. *Ad Lib. XXII. T. III.* 4 5

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOVEMBR. MDCCXLII.

DECISIO CCCLXV.

THEMA.

Ob terminum productionis neglectum difficilius desertio decernitur.

SVMMARIA.

Ob supinam negligentiam restitutio maioribus non competit n. 1.
Termino productionis effluxo probatio deserta n. 2.
Productio testium rite fieri debet n. 3.
Testes absentes tanquam præsentes in termino producendi n. 4.
Productio documenti ad recognoscendum fieri debet n. 5.
Terminus productionis in demonstratione non est iure Saxonico fatalis n. 6.
Facilis esse debet iudex in admittendis excusationibus contra neglectum productionis terminum n. 7.
Factum iudicis testes non rite citantis actorem a desertionis pœna liberat n. 8.
Responso ad ration. dubitandi n. 9.

Als die Herren uns Ungehorsams-Beschuldigung, gesuchte restitution und darauf erfolgte Gesetze, in Sachen Frauen H. E. von S. Klägerin und Impetrantin an einem, und des Rittmeisters I. S. von B. Beklagten und Impetraten am andern Theil zugeschicket ꝛc.

Daß die geschehene Ungehorsams-Beschuldigung so wenig statt finde, als die gesuchte restitutio in integrum gestalten Sachen und Umständen nach nöthig sey, sondern Klägerin sowol mit production derer documenten, als derer noch lebenden Zeugen auf einem anderweit dazu anzuberahmenden Termin annoch zu zulassen sey. V. R. W.

Ratio-

Ad Lib. XXII. T. III.

Rationes dubitandi.

Obwol Klägerin 1) selber eingestehet, daß sie sich an production der Zeugen und documenten, so bereits den 1. Sept. 1732. anberahmet, versäumet, und deswegen den 15. Octob. 1736. eingekommen, und um restitution in integrum ex clausula generali angehalten, welcher aber statt zu geben, bedencklich fallen möchte, weil damahls, als sie darum angehalten, das quadriennium restitutioni præfixum bereits verflossen gewesen, sie also über 4. Jahr still gesessen, und die quæstion, ob sie sich an der production der documenten und Zeugen versäumet, unerörtert liegen lassen, mithin supinam negligentiam committiret, dagegen denen maiorennibus ex clausula generali keine restitutio in integrum angedeyen könne,

l. 16. ex quib. caus. maj.

hierüber 2) auf die desertion schon in anno 1732. erkant werden müssen, da der terminus productionis bereits den 1. Sept. 1732. anberahmet gewesen, gleichwol in termino die Klägerin weder die documenta, noch die absentes testes tanquam præsentes produciret, dahero nichts anders erfolgen können, als daß post horam quartam Beklagter contumaciren müssen, bevorab da 3) der Klägerin nichts helffen kan, daß deren curator dem Canzellisten Beckmann gegen 12. Uhr in termino den Satz gewiesen, und abends um 7. Uhr denselben übergeben, zumal nach der Proceß-Ordnung es sich gebühret hätte, daß er seinen Satz in termino von Mund aus in die Feder dictiret, nicht aber blos vorgezeiget, und an ihn endlich übergeben, also gnug ist, daß ante horam quartam in termino nichts ad acta gekommen, und obgleich 4) die Zeugen per errorem auf einen andern termin citiret worden, dennoch der Klägerin frey gestanden, absentes tanquam præsentes zu produciren, bevorab da Beklagter citiret worden interrogatoria zu übergeben, daran er eo ipso aber verhindert ist, weil gar keine production geschehen, zuförderst aber 5) die productio documentorum ad recognoscendum geschehen sollen, so bey dem inuerso ordine procedendi gar nicht erfolget, dabey auch die Klägerin sich nicht excusiren kan, daß der Canzelliste Schubart, so ihrem curatori nachschreiben sollen, verreiset gewesen, weil laut fol. 371. sq. die andern Canzellisten dagegen vorgestellet, daß sie zum Nachschreiben bereit gewesen, wenn der Klägerin curator solches von ihnen verlanget hätte, diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn Klägerin sich an production der Zeugen und documenten versäumet, und dagegen theils ob supinam negligentiam, theils ob lapsum quadriennii, in integrum nicht restituiret werden könne.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ausser allem Streit ist, daß die Klägerin intra terminum demonstrationi præfixum ihre Beweis-articul richtig übergeben, und der gantze Verstoß blos den terminum productionis concerniret, dabey gleichwol die quæstio præiudicialis zuförderst zu erörtern, ob derselbe in denen Gesetzen ein fatale habe, darauf der Verlust des Beweises oder Bescheinigung stehet? da denn nach der alten Chur-Sächsischen Ordnung tit. 25. §. 1. die pœna desertionis nicht anzutreffen, vielmehr solches in der verbesserten Proceß-Ordnung cit. l. erst versehen, dabey aber zu erwegen ist, daß fol. 221. blos auf Bescheinigung erkant werden, worauf die pœna desertionis nicht zu extendiren, noch in der verbesserten Proceß-Ordnung gesetzet ist, mithin in dubio billig gegen dieselbe zu erkennen, da ohnedem der rigor fatalium so viel möglich zu restringiren, als welcher der Billigkeit nicht wenig zuwider lauffet, und aus solcher Ursache bewehrteste Rechts-Lehrer erinnern, ne in eos, qui terminum productionis minus recte attenderint, iusto rigidiorem atque in excusationum causis, si quas pars proposuerit, admittendis duriorem et difficiliorem se præbeat iudex,

BERGER *in elect. proc. Sax. ad tit. XXIV. p. 730.*

an welchen causis es hier nicht ermangelt, da Beklagter gleich in ipso termino contumaciret, der Klägerin curator aber den Satz dem Cancellisten Beckmann noch denselbigen Tag zum Nachschreiben ad acta gegeben, welcher aber, weil Beklagter bereits contumaciret, solchen ad acta nachzuschreiben, bedencklich gehalten, wie der Klägerin curator gleich den andern Tag fol. 367. solches angezeiget, dabey denn auch der Irthum mit denen Zeugen vorgefallen, daß an statt, da sie auf den 1sten Sept. 1732. hätten citiret werden sollen, sie erst auf den 17. Sept. citiret sind, dabey der Klägerin nichts beygemessen, noch verhenget werden kan, vt facto tertii lædatur, wir also, wegen vorkommener difficultät bey der restitution nicht einsten solche vor nöthig befunden, sondern des Beklagten Ungehorsams-Beschuldigung, wie billig, verworffen, da auch sogar bey dem andern Satz, nach der neu verbesserten Proceß-Ordnung cit. l. die production noch geschehen mögen, und alsdann erst die pœna desertionis, wenn solches nachbleibet, statt findet, wogegen die angeführte rationes dubitandi nichts verfangen, anerwogen ad 1) die Klägerin zwar die restitution ex clausula generali gesuchet, solches aber ex superabundanti geschehen, und unvonnöthen ist, dahero, was dagegen eingeführet, nicht einsten zu untersuchen, anbey aber ad 2) irrig ist, daß bereits in anno 1732. die desertion passiret sey, dessen contrarium mit mehren dargethan,

dargethan, man mag nun die alte oder neue Chur-Sächsische Proceß-Ordnung zum Grunde setzen, da ad 3) bey Bescheinigung so genau auf die pœnam desertionis nicht zu reflectiren, und der Klägerin curator doch noch etwas zu seiner excuse vör sich hat; der mit citirung der Zeugen committirte error aber ad 4) ihr gar nicht præiudiciren, noch ihr zugemuthet werden mögen, die production der non citatorum testium vorzunehmen, als welches ein actus mere fruſtraneus gewesen seyn würde, endlich ad 5) zwar andem ist, daß die recognitio documentorum geschehen müsse, gleichwol nicht sofort mit der pœna desertionis in solchem Verstoß zu verfahren, bevorab da von Seiten des iudicii man den gegenseitigen aduocatum zur Billigkeit fol. 383. bereits zu disponiren gesuchet, derselbe aber solche bey sich keinen ingreſs finden lassen wollen, sondern auf Erkäntniß darüber proüociret, in solchem Fall aber keinesweges dergleichen Härte nachzusehen, cum in dubio magis æquitatis, quam iuris ſtricti ratio habenda sit. *Ad Lib. X XII. T. III.*

l. 8. C. de iudic.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOVEMB. MDCCXXXVII.

DECISIO CCCLXVI.

THEMA.

Terminus probatorius culpa producentis lapſus, perimit probationem.

SVMMARIA.

Abſentia iuſta excuſat a contumacia n. 1.
Documenta publica non indigent recognitione n. 2.
Quamdiu cautio pro expenſis et recognitione non præſtita, reus contumax dici nequit n. 3.
Terminus probatorius per ſe eſt peremtorius n. 4.
Impedimentum, quod quis facile auertere potuit, a contumacia non excuſat n. 5.
Documenta originalia tantum probant n. 6.
Per contumaciam ius deducendi amittitur n. 7.

Als die Herren uns eingewandte Leuterung, deren prosecution und erfolgte Gesetze in Sachen E. L. K. und cons. Klägern an einem, Herrn Doct. I. C. D. Beklagten am andern Theil zugeschicket und ꝛc.

Daß es der eingewandten Leuterung ohngeachtet bey dem am 29. Octob. 1738. publicirten und fol. 167. befindlichen Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter gegen das fol. 167. befindliche Urthel einwenden wollen, daß er an der production derer zum Gegenbeweis inducirten und fol. 116. specificirten documenten sich nicht versäumet, indem er 1) durch der Brauerin gewaltsame Besitznehmung seiner Güther verhindert worden den ihm vorgeschriebenen terminum abzuwarten, mithin 1 iuſtam cauſſam abſentiæ vor sich habe, 2) die documenta keine production mehr bedürfen, 2 da solche theils fol. 126. bereits induciret, theils publica et guarentiguata wären, so keine recognition erforderten, sowol 3) der Warheit durch sein Aussenbleiben, da die acta publica, worauf er sich bezogen, wahr bleiben müsten, nicht præiudiciret werden könte, endlich 4) Klägerin dem fol. 39. befindlichen iudicato, vermöge dessen sie die cautionem 3 pro expenſis et recognitione zu berichtigen schuldig, noch kein Gnüge geleistet, einfolglich so lange dieses noch nicht geschehen, das vorgeschriebene fatale nicht laufen können, vielmehr in dubio Beklagter noch zu hören.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch dem Beklagten bereits einmal, als er den Gegenbeweis zum 9 Tage post terminum eingebracht, nachgesehen, und ihm darauf von neuen fol. 189. solchen bey dessen Verlust fortzusetzen auferlegt worden, welchen derselbe wiederum versäumet, und die production derer documentorum zu berichtigen unterlassen, also nicht anders seyn können, als daß er nach Inhalt der vorhergehenden commination daran præcludiret werden müssen, bevorab in denen Rechten ohnedem ausgemacht, quod terminus probatorius

 sua

Ad Lit. XXII. T. III.

sua natura sit peremtorius, et probatio pro deserta habeatur, si intra illum non fuerit suscepta:

4 KLOCK *vol. 1. cons. 10. n. 114.*

hingegen was er dessfalls eingewendet, von keiner Erheblichkeit ist, gestalten ad grau. 1. die angegebene Hinderniß weder facto iudicis noch aduersarii entstanden, allenfalls derselbe die productionem durch seinen damahls bereits constituirten Bevollmächtigten verrichten, oder prorogationem termini suchen sollen, in dessen Verbleibung er sich pœnam contumaciæ et negligentiæ selbst zuzuschreiben hat, hiernächst ad 2dum es allhier nicht auf die specificationem und copiam documentorum, sondern deren originalia ankommt, quum documenta, nisi originaliter 6 producta et a parte aduersa agnita sint, probationem nullam conficiant,

l. 20. C. de fid. instr.

Nou. 73. c. 1.

BRVNN. *proc. civ. c. XIX. n. 3.*

nachgehends ad 3tium Beklagter durch sein ungehorsamlich Ausbleiben sich vielmehr selbst præcludiret, und das ius vlterius deducendi verlohren,

MEV. *P. III. dec. 48.* 7

endlich dem Beklagten die ihm anfänglich zuerkante caution bereits durch die fol. 44. befindliche Verordnung aus hinlänglichen Ursachen erlassen worden, mithin seine begangene Nachläßigkeit mehr als zu sehr am Tage lieget.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXXXIX.

DECISIO CCCLXVII.

THEMA.

Post lapsum terminum probatorium probatio non admittenda, nisi vniuersitas agat.

SVMMARIA.

In causa momentanea apices iuris cessant n. 1.
In causis possessoriis testes iniurati admittendi n. 2.
Generalis probatio incertitudinem parit n. 3.
Terminus probatorius est præclusiuus n. 4.
Contra lapsum termini probatorii vniuersitas in integrum restituitur n. 5.
Restitutio audita altera parte demum concedenda n. 6.
In causis possessoriis testes semper iurati esse debent, quoties contradictor adest n. 7.

Als uns derselbe interponirte Leuterung und ferneres Vorbringen in Sachen der Gemeinde zu Equard, Imploranten an einem, und der Gemeinde von Mohrum, Imploraten am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß Imploranten dasjenige, was ihnen zu bescheinigen obgelegen, nicht bescheiniget, dannenhero dieselbe bey der possessione vel quasi des iuris pascendi bis zu Austrag der Sache nicht zu manteniren, noch das bey dem Amte niedergelegte Pfand-Geld ihnen zu restituiren, vielweniger dieselbe mit ihren von neuen n. act. 17. übergebenen articulis zu hören, sondern Imploraten von angestellter Klage zu entbinden und loszusprechen, es wollten denn Imploranten gegen den verfallenen terminum probatorium mit Anführung einer oder andern Ursache restitutionem in integrum suchen, damit wären sie noch billig zu hören, worauf alsdann, wenn Beklagte zuförderst darüber gehöret, ergehet was recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol die grauamina der Imploraten ungegründet daher scheinen möchten, weil 1) laut der Zeugen Aussage sub lit. A die Imploranten zur Gnüge dargethan, daß sie mit allen ihrem Vieh in Hämeler Walde beständig gehütet, und zwar bis an das Gehege, da die Pfändung geschehen, wie ad art. 3. die Zeugen aussagen, und also dadurch den locum pignorationis deutlich angezeiget, und obwol 2) Imploraten vermeinen wollen, daß die

die pignoratio über den sogenannten Sievershauser Wege geschehen, davon aber die Zeugen nicht specifice befraget worden, dennoch auch der locus designatus in Hämeler Walde lieget, und also auch unter der generalen Benennung des gedechten Waldes mit begriffen, nicht weniger das Urthel davon mit zu verstehen seyn möchte, allenfalls aber 3) die von neuen übergebene articuli der Sache den besten Ausschlag geben werden, als welche speciatim nach der Imploraten Absicht auf den locum designatum gerichtet sind, und nur eine declaration der vorhin beygebrachten Bescheinigung in sich halten, mithin vor keinen formellen neuen Beweis zu halten, dergestalt, daß die exceptio defectæ probationis post terminum probatorium effluxum hier inapplicabel zu seyn scheinet, bevorab da 4. hier blos eine causa momentanea et sum-
1 maria vorhanden, in qua sine strepitu et figura iudicii proceditur, neglectis illis, quæ iuris positiui sunt, wohin billig die termini probatoriales zu referiren, endlich 5) daß die Zeugen nicht beeydiget worden, wenig zur Sache thun will, nachdem einiger Rechts-Lehrer Meynung nach in causis summariis possessoriis auch testes iniurati ad fidem faciendam zureichend gehalten werden,

CARPZ. *lib. 1. resp. 11. n. 7. sqq.*

2 MEV. *P. IV. dec. 293. n. 3.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) aus dem decreto manutenentiæ sich deutlich veroffenbaret, daß Klägere in possessione vel quasi iuris pascendi in Hämeler Walde mainteniret sind, davon auch sowol die articuli als die Aussagen der Zeugen reden, und den locum pignorationis, welcher doch bey der Bescheinigung das vornehmste momentum gewesen, nicht eigentlich und deutlich bestimmen, derowegen die Beklagte eingeräumet, daß Klägere zwar in Hameler Walde, aber nicht an allen desselben Orten zu hüten befugt wären, so daß Klägere offenbar das eigentliche thema probandum nicht getroffen, sondern ihre Bescheinigung allzu general ist, quæ nihil relevat, welches auch die Klägere selbsten gemercket, und post festum neue articulos, um die Bescheinigung auf den eigentlichen locum pignorationis zu ziehen, übergeben, also selbsten eingeräumet, daß sie dasjenige, was sie bescheinigen sollen, nicht bescheiniget, und obwol ad 2) der streitige Ort mit in Hämeler Walde, in welchem Klägern der Besitz dieser Gerechtigkeit zuerkant ist, lieget, dennoch keinesweges folget, daß, weil die Klägere die Huth und Weide in Hämeler Walde haben, sie solche auch an allen und jeden Orten zu exerciren befugt sind, davon auch die Zeugen nicht einsten etwas beständiges ausgesaget, und also die generale deposition der Zeugen billig zu verwerffen ist; generalis enim proba- *Ad Lib.*
tio incertitudinem parit, quæ omnem *XXII.*
actum et dispositionem vitiat, *T. III.*

3 MARTINI *ad proc. Sax. tit. 20. ad rubr. n. 254.*

und wiewol ad 3) Klägere diesen Mangel verbessert, und solche articulos übergeben, welche auf den eigentlichen Ort, wo die Pfändung geschehen, eingerichtet, dennoch solcher bessere Beweis, da Klägern n. act. 3. ein terminus probatorius præfigiret gewesen, nicht weiter erlaubet ist, zumal alle termini probatoriales sua natura præcluiui sind, etiamsi causa 4
sit summaria,

CARPZ. *P. I. c. 16. def. 1. n. 5. sq.*

VINNIVS *ad proc. disp. 7. n. 12.*

adeoque eis lapsis nemo amplius ad probandum admittitur,

Rec. deput. de a. 1600. §. 92.

übrigens dabey gleichwol zu erwegen, daß dieses eine causa vniuersitatis sey, in welcher contra lapsum termini probatorii die restitutio in integrum denen Gemeinden angedeyen kan, 5

I. 4. C. ex quib. caus. mai.

BESOLD *cons. 277. n. 98.*

BERLICH *P. II. decis. 216.*

man auch gar leicht darauf erkant haben würde, wenn nur Klägere darum angehalten, und zu diesem beneficio ihre Zuflucht genommen, welches aber nicht geschehen, die beneficia iuris aber blos denen, die solche suchen und begehren, zu statten kommen, und der Gegentheil billig vorher darüber gehöret werden muß, 6
als welcher ob expensas temere antea causatas, dabey nicht wenig interessiret ist, wiewol man doch denen Klägern durch die Erkantniß den Weg dazu zu bahnen vor nöthig erachtet; endlich ad 4) die iniurata depositio testium keinen Glauben meritiret, zumal solche nicht allein ad informandum iudicem geschiehet, sondern, weil hiebey ein contradictor vorhanden, und eine Bescheinigung er- 7
fordert wird, auch die Beeydigung nicht ausgesetzet werden mag,

MEV. *P. VIII. dec. 492.*

BERGER *in elect. proc. possess. §. 28.*

FINCKELTH. *obs. 32.*

man auch billig bey der Regul, quod testibus iniuratis non sit credendum, so lange verbleiben muß, bis die exceptio beygebracht ist, die in Rechten nicht befindlich.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MAIO MDCCXI.

Ad Lib. XXII. T. III.

DECISIO CCCLXVIII.

THEMA.

Terminus ad probandum periurii metum contra iuramentum acceptatum in dubio non est peremtorius.

SVMMARIA.

Status controuersiæ n. 1.
Probatio pro euitando periurio in continenti fieri debet n. 2.
Restitutio ei non datur, qui procuratorem reliquit n. 3.
Liberi contra matrem testimonium non præstant n. 4.
Dilationem conuentionalem iudex prorogare nequit n. 5.
Terminus ad probationem pro euitando periurio non est præclusiuus n. 6.
Probatio in continenti facienda aliquam latitudinem admittit n. 7.
Ab expensis contumaciæ consanguinitas litigantium non excusat n. 8.
Iuramentum probato periurii metu non admittendum n. 9.
Testis, qui vtrique litiganti æquali necessitudinis gradu iungitur, non repellitur n. 10.

Auf interponirte Leuterung in Sachen I. A. T. und conf. Beklagten und Appellanten an einem, und E. M. W. verwittibte S. Klägerinnen und Appellatinnen am andern Theil, erkennen Fürstl. Schleßwig-Holsteinische zur Quedlinburgischen Stiffts-Cantzley verordnete Director und Assessores nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß der fol. act. pr. inst. 141. proiectirte Eyd in contumaciam noch zur Zeit pro præstito nicht zu halten, und die offerirte probatio in contrarium gestalten Sachen und Umständen nach nicht abzuschlagen, sondern Beklagte zuförderst damit zu hören, und dahero die Zeugen seruato iuris ordine gebührend zu beeyden, und ihre Aussage ad acta zu bringen sey, worauf alsdann ferner ergehet was rechtens, jedoch sind Beklagte sowol die in act. appell. fol. 41. sqq. als fol. 58. durch ihr Aussenbleiben und nicht debito modo gesuchte prorogation verursachte Unkosten nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung der Klägerinne zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem in actis primæ instantiæ der Klägerin über gewisse Puncte der Eyd deferiret, auf denselben erkant, und solcher acceptiret worden, so haben Beklagte in termino præfixo, da die Klägerinne den Eyd abschweren wollen, dieselbe nicht zulassen, sondern sich pro euitando periurio ad probationem in contrarium offeriret, dem ohngeachtet fol. act. 149. act. pr. inst. der Eyd pro præstito gehalten, und Beklagte condemniret, die geforderte Erb-portiones nach einem beständigen inuentario, oder in Mangel dessen nach einer eydlichen specification der Klägerinne abzutreten, welches Urthel in act. app. fol. 35. b bestätiget worden. Als aber fol. 38. declaration darüber gesuchet, und euentualiter Leuterung interponiret worden, sind Beklagten auferleget, auf den 12. April a. c. zu erscheinen, die Zeugen, durch welche das periurium erwiesen werden sollen, zum summarischen Verhör zu sistiren, und sodann wegen der gebethenen declaration und euentualer Leuterung fernere resolution zu gewärtigen, und als dieselbe in angeregten termino nicht erschienen, ist das fol. 35. b befindliche Urthel pure confirmiret, wovon Beklagte fol. 45. Leuterung interponiret, und solcher deferiret, bey derselben auch fol. 67. die summarische Aussage zweyer Zeugen ad acta gebracht worden. Ob nun wol Klägerin hiebey pure ad acta priora submittiret, hiebey gleichwol zu erwegen seyn möchte, 1) daß denen Beklagten zur sistirung ihrer Zeugen zum summarischen Verhör der 12. April a. c. præfigiret gewesen, sie aber in selbigem nicht erschienen, und dahero nicht anders als die confirmatio sententiæ latæ erkant werden mögen, zumal obgleich 2) die clausula: sub præiudicio, nicht dabey gesetzet gewesen, dennoch darunter billig verstanden werden müssen, weil Beklagte in termino præfixo gegen den acceptirten und Rechtskräfftig erkanten Eyd metum periurii erweisen

sen wollen, id quod non aliter faciendum, quam si statim metum periurii docere possit reus,

l. f. C. de reb. cred.

MEV. *P. II. decis. 93.*

zu welchem Ende dann denen Beklagten ein gewisser Tag anberahmet worden, in welchem sie die Zeugen zur summarischen Abhörung stellen sollen, welches aber nicht geschehen, und also nicht in continenti metum periurii dargethan, diesemnach es billig bey dem vorigen Urthel schlechterdings zu lassen gewesen, und was 3) von dem facto und culpa der Mitbeklagtin, daß sie dem Mitbeklagten das decretum erst einige Tage post terminum, und also zu spät zugeschicket, angeführet ist, diesem die gesuchte restitution um desto weniger zu statten kommen mag, als er eines Theils seinen mandatarium in loco gehabt, andern Theils, wenn er ex facto seiner Schwester læditet worden, gegen dieselbe den regress deswegen nehmen kan, cum nequidem is, qui reipublicæ causa abfuit, in integrum restituendus, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit,

l. 39. ex quib. caus. mai.

dahero es 4) scheinen will, als wenn auf die ad acta beygebrachte summarische deposition wenig zu reflectiren seyn dürffte, da solches nicht binnen gehöriger Frist geschehen, sodann 5) der Beklagten Tochter unter denen Zeugen sich mit befindet, die zum faueur der Mutter nicht zeugen kan, vielmehr ab omni testimonio prorsus zu repelliren,

l. 6. l. 9. D. de testibus

l. 6. C. eod.

deren Aussage doch das vornehmste momentum in der Sache machet, ausserdem es 5) scheinen will, als wenn die Leuterung defect sey, da aus dem fol. 56. befindlichen Schreiben erhellet, daß die Partheyen per compromissum den terminum bis auf den 27. Aug. prorogiret, dem zuwider gleichwol die Beklagte zur prosecution s. 57. eine neue prorogation a iudice erhalten, sine consensu tamen aduersariæ, cum tamen dilatio conuentionalis duntaxat voluntate litigantium prorogari queat, adeoque si iudex prorogationem concedit, id alteri non præiudicat.

CARPZ. *in proc. tit. 25. art. 1. n. 20.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) denen Beklagten zwar ein gewisser terminus zu sistirung der Zeugen anberahmet, dabey aber die pœna præcluſi nicht angehänget ist, an und vor sich selbsten aber man dergleichen terminos pro præclusiuis sine legis determinatione nicht halten kan, woran es hier fehlet, auch aus dem, was in rat. 2da angeführet ist, solches nicht geschlossen werden mag, da dasjenige was in continenti geschehen muß cum aliqua latitudine anzunehmen, vt iudex pro subſtrata materia de eo arbitrari queat, *Ad Lib. XXII. T. III.*

BARBOSA *in thes. loc. comm. lib. 9. c. 49.*

hier aber zu bedencken, daß de causa metuendi et præcauendi periurii die Frage sey, bey welcher billig mehr Behutsamkeit als subtilität zu gebrauchen, vt apices iuris merito negligi debeant, bey solcher Beschaffenheit also ad 3) auf die causam restitutionis nicht einsten zu reflectiren, als welche hier unvonnöthen ist, gleichwol da die Beklagte per culpam den terminum versäumet, und der Klägerin Unkosten verursachet, sie solche derselben billig erstatten müssen, und obwol sonsten unter so nahen Bluts Freunden die Unkosten leicht übergangen zu werden pflegen, dennoch solches nur in dubio und von denen expensis litis, nicht aber von denen Fällen zu verstehen, wenn jemand offenbar temere litem mouiret, oder eine uniustificirliche contumaciam begangen, woraus also der Schluß in rat. 4ta von selbsten hinweg fällt, und da die Leuterung zugelassen, denen Beklagten dadurch Gelegenheit gegeben worden, die summarische Aussage der Zeugen ad acta zu geben, aus welcher nunmehro sich hervor thut, daß die Klägerin sine metu periurii probabili zum Eyd nicht zugelassen werden könne, bevorab da der iudex appellationis zu sistirung der Zeugen fol. 38. den Weg selbsten gebahnet, auch die Rechte in solchem Fall keinen Eyd weder zugelassen, noch zulassen können, als welche vielmehr, probato periurio, die condictionem iniqui lucri zulassen, 8 9

l. f. C. de reb. cred. in f.

RIVIN. *in enunc. iur. tit. 18. enunc. 27.*
MEV. *cit. l.*

übrigens ad 5) der Beklagten Tochter allhier pro absolute inhabili nicht zu achten, da sie in Ansehen der Klägerin als pronepos zu halten, und also æquali vinculo vtrique litigantium verbunden ist, absonderlich aber in causa metuendi periurii inhabiles testes nicht absolute verwerflich zu achten, endlich ad 6) die desertio leuterationis nicht so klar ist, daß man darauf reflectiren können, allermassen iudex, non obstante ratione adducta, fol. 57. die prorogation zugelassen, und die Beklagte derselben bona fide getrauet, obwol, da sie consensum aduersariæ nicht dabey gesuchet, dieselbe zu contumaciren per culpam suam Gelegenheit gegeben, und deswegen auch die verursachten Unkosten billig erstatten müssen. 10

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE DEC. DCCXXXVI.

Ad Lib. XXII. T. III.

DECISIO CCCLXIX.

THEMA.

In dubio contra desertionem probationis pronunciandum.

SVMMARIA.

Mora actoris eidem prodesse nequit n. 1.
Qui ex falsa causſa in productionem testium consentit, sibi non præiudicat n. 2.
Restitutio contra æque priuilegiatum non datur n. 3.
Nisi vnus de damno vitando, alter de lucro captando agat n. 7.
Ob neglecta fatalia non facile quis causſa cadit n. 4.
Quamdiu actor sententiam non purificauit, tamdiu terminus probatorius non curris n. 5.
Contumax in dubio audiendus, non condemnandus n. 6.

Auf Ungehorsams-Beschuldigung und darüber geführtes Verfahren in Sachen I. F. und cons. Klägern an einem, und G. F. H. und cons. Beklagten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Ernſt August, Hertzog in Sachsen ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß, wenn gleich Klägere sich an dem Beweise versäumet haben solten, dennoch dieselbe gestalten Sachen und Umständen gegen den Ablauf des termini probatorii in integrum zu restituiren, und auf einen anderweit dazu auszubringenden termin mit publication des Zeugen-rotuli sowol als recognition der documentorum gebührend zu verfahren. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es haben in termino productionis Beklagte und Producten gegen die producirte Zeugen unterschiedliche exceptiones eingewandt, dennoch den 21. Ian. a. p. fol. 48. in deren Abhörung, iedoch saluis exceptionibus, consentiret, den 26. Ian. a. p. aber abermahl fol. 51. exceptionem desertæ probationis vrgiret, worüber nachgehends allein verfahren worden.

Ob nun wol zu Behauptung dieser exception angeführet ist, daß zwar 1) Klägere fol. 1. prorogationem termini probatorii auf eine anderweitige Sächsische Frist gesuchet, auch nach Ablauf der ersten Frist fol. 2. erhalten, fol. 3. aber abermahl eingekommen und vorgegeben, daß sie den 23. Sept. 1734. und also noch ante lapsum termini probatorii wiederum um prorogirung des termini probatorii angehalten, weil aber solche Schrifft bey denen actis nicht befindlich, gebethen, solche aufsuchen und denen actis beyfügen zu lassen, auch zugleich fol. 5. articulos probatoriales übergeben und terminum productionis ausgebracht, dennoch solches Schreiben ad acta nicht gebracht, noch ausfündig gemachet ist, daß solches iemahls übergeben sey, sie auch nicht erhalten können, daß solches ad acta attestiret worden wäre; hierüber 2) das Vorgeben, daß das fatale probationis noch nicht purificiret, sondern vor dessen Anfang noch etwas zu bewerckstelligen gewesen, ungegründet zu achten, zumahl obwol vol. X. fol. 67. Klägern auferleget sey, den Vorstand wegen der Wiederklage und Unkosten zum Stande zu bringen, dennoch dieses der Klägere eigenes factum betreffe, und sie davor so fort Sorge tragen solen, cum rationi iuris aduersetur, actori moram ab ipso commissam prodesse, 1

GRIEBNER *in princip. proc. civ. lib. I. c. 3. sect. I. §. 2. lit. f.*

vielmehr das fatale so fort, als das vorgedachte Urtheil rechtskräftig worden, angegangen, welches auch Klägere vol. XII. fol. 1. selbsten agnosciret, und um deswillen, ohngeachtet der Vorstand noch nicht zum Stande gebracht worden, um prorogation angehalten; wiederum 3) Beklagte zwar in die Abhörung der Zeugen saluis exceptionibus consentiret, iedoch solches in der Absicht geschehen, weil sie davor gehalten, daß vorgedachtes Schreiben von 23. Sept. 1734. ad acta gebracht werden können, und dahero in der irrigen Meinung, daß die prorogation gesuchet, solches geschehen sey, so ihnen nicht præiudiciren könne, cum ex falsa causa in productionem consenserint. Endlich 4) nicht genug sey, daß Klägere dargethan, daß unter ihnen minorennes zu befinden, vielmehr es alhier auf die causam restitutionis ankäme, so hier ermangele, allenfalls aber, wie dargethan, ebenfalls unter denen Beklagten 2

mino-

minorennes anzutreffen, und es dahero
3 billig hier heissen müsse, quod priuilegiatus
contra æque priuilegiatum non vtatur suo
priuilegio.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, daß ein Kläger, der sonsten einen guten Grund der Klage und gegründete Anforderung hat, bloß aus Versäumung der fatalien den Proceß verliehren und
4 der Beklagte davon profitiren solle, nicht allein sehr hart und unbillig, sondern auch so beschaffen ist, daß man pro facultate probandi salvanda billig bemühet seyn und in dubio davor sprechen muß, dahero auch in diesem Proceß, welcher von Seiten der Klägere einen guten Grund hat, solches billig zu beobachten gewesen, zumahl dasjenige, was in rationibus dubitandi angeführet ist, diesem schlechterdings nicht entgegen stehet, angesehen, bey der rat. prima sich das Hauptversehen zwar hervorthut, und Klägere das Schreiben von 23. Septembr. 1734. nicht produciren, noch ausfündig machen können, daß sie solches iemahls übergeben lassen, dennoch die meiste Schuld an dem Sach-Walter dabey lieget, der um die Zeit geändert werden müssen, und dahero dergleichen Versäumung leicht erfolgen können, dabey gleichwol ihnen dasjenige, was in rat. secunda dagegen angeführet, zu statten kommet, angesehen Klägern obgelegen, zuforderst den Vorstand zum Stand zu bringen, vor dessen Beweerckstelligung stricto iure der terminus probatorius seinen Anfang nicht genommen; hoc enim vsum
5 fori etiam traxisse ad eum casum, quo ipsi actori, cui probatio incumbit, aliquid iniunctum est, veluti præstatio cautionis, obseruat

GRIEBNERVS *cit. l. p. 137.*

und was dagegen in ration. dubit. angeführet worden, zwar nicht ohne allen Grund ist, dennoch in dubio billig gegen die Versäumung des Beweises zu sprechen, auch nicht zu leugnen ist, daß die Sache hier dubia sey, cum quælibet causa ad purgandam contumaciam admittenda, quæ aliquam rationem habet, et in dubio præstet audire contumacem, quam inauditum condemnare, *Ad Liv. XXII. T. III.* 6

MEV. *P. VIII. decis. 289.*

dabey denen Klägern nicht præiudiciren mag, daß sie bereits ante præstitam cautionem fol. 1. vol. XII. prorogationem termini probatorii gebethen, allermassen sie doch in gedachtem Bittschreiben selbsten angeführet, daß sie den defect in der caution noch nicht suppliret, und solchen mit nechsten suppliren wolten, also vorher noch etwas auszumachen gewesen, so dann Beklagte selber in rat. tertia in die production und Beeydigung der Zeugen consentiret, ohngeachtet sie bereits vorher selbsten den Mangel der Schrifft von 23. Sept. 1734. angemercket, und bey der Beeydigung der Zeugen, daß solches euentualiter geschehen, nicht protestiret, sondern wenig Tage hernach erst Beklagten wieder eingefallen, die exceptionem desertæ probationis ferner zu vrgiren; endlich wenn auch Klägere stricto iure sich an dem Beweiß versäumet, dennoch dargethan ist, daß unter ihnen minorennes sind, an der iusta causa aber oder læsione gar nicht zu zweifseln, allermassen der gantze Verlust des processus, so doch von Seiten der Klägere gegründet ist, darauf stehet, und ob wol unter denen Beklagten auch minorennes sich finden möchten, dennoch ohnstreitig ist, quod etiam minorennes, qui agunt de damno vitando restituantur contra æque minores et pupillos, qui lucrum captant, welches hier anzutreffen und offenbahr ist, daß die Beklagte durch dieses Mittel die gantze Verlassenschafft an sich ziehen wollen.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOVEMBR. MDCCXXXV.

DECISIO CCCLXX.

THEMATA.

I. Articuli probatoriales in dubio pro pertinentibus habentur.

II. *Iura pauperum temere non sunt concedenda.*

SVMMARIA.

Irreleuantia probationi non inseruiunt n. 1.

Super eodem articulo iuramentum deferri et testis produci nequit n. 2.

Pro

Ad Lib. XXII. T. III.

Pro iuribus pauperum consequendis plerumque iuramentum sufficit n. 3.

Exceptiones post L. C. demum emergentes admittendæ, licet L.C. non fuerint euentualiter annexæ n. 4.

Iura pauperum præuia demum causſæ cognitione concedenda n. 5.

Exceptiones poſt L. C. demum emergentes ad-

Als die Herren uns geſchehene Einlaſſung und ferneres Vorbringen, in Sachen G. N. H. Klägers an einem, Vormunden A. I. H. Beklagten am andern Theil, in dem zurückkommenden vol. act.

Dieweil Kläger ſich auf den 12, 13, 14, 15 und 16ten Gegenbeſcheinigungs-Articul eingelaſſen, und die erſten beyden zugeſtanden, die drey letzteren aber geleugnet, ſo hat es zwar wegen der beyden erſten dabey ſein Bewenden, er iſt aber alles Einwendens ohngehindert wegen der letzten dreye den ihm deferirten Eyd, nach der Beklagten Eyd vor Gefehrde, abzuſchweren oder zu referiren, oder ſein Gewiſſen mit Beſcheinigung zu vertreten ſchuldig, worauf alsdann ferner ergehet, was Recht iſt, und hat übrigens ſein fol. 94. geſchehenes Suchen, noch zur Zeit, und bis der ihm deferirte Eyd abgeleget, nicht ſtatt. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Kläger, nach Maßgebung des fol. 93. befindlichen Beſcheides, ſich auf den 12, 13, 14, 15 und 16ten Gegenbeſcheinigungs-articul, theils affirmative, theils negative eingelaſſen, bey denen erſten beyden aber, die er eingeſtanden, angeführet, daß ſie das thema demonſtrandum nicht angehen, auch in continenti fol. 78. dargethan, daß der Beklagten Mutter wegen der zugefügten iniurien in eine Abbitte cum refuſione expenſarum euentualiter condemniret worden, welches aber der Beklagten nichts angehe, und ad reſciſſionem ſponſalium nichts beytragen könne, alſo darauf künftig in decidendo nicht zu reflectiren ſey, cum, 1
quæ probata non releuant, ad probandum haud admittantur.

c. 8. X. de except.

Uebrigens ob wol Kläger die letztern drey articul negiret, dennoch Kläger vermeinen will, daß darüber der Eyd nicht zu leiſten ſey, da ſolche theils impertinent, theils hieher nicht vorgebracht werden können, nachdem die Beklagte dieſer Puncte wegen bey dem Hochadelichen Gerichten geklaget, daſelbſten Einlaſſung geſchehen, darüber Zeugen eydlich abgehöret, aber zum Behuff der Beklagten nichts ausgeſaget, bekanten Rechtens aber ſey, daß niemand wegen einer Sache vor zweyen Gerichten ſich einzulaſſen ſchuldig, noch Zeugen und Eydes-de- 2
lation über einerley facta gebrauchen könne, dahero es das Anſehen gewinnen will, als wenn die geſchehene Einlaſſung ohne effect geſchehen ſey. Uebrigens Kläger anxie das Armen-Recht geſuchet, und dieſerwegen das deſiderirte atteſtatum fol. 96. ad acta gebracht, daraus zu erſehen, daß er nichts in Vermögen habe, dahero, daß darauf zu erkennen geweſen, es ſcheinen wollen; cum nequidem plena probatio hic exigatur, ſed accedens iuramentum eius 3
qualemcunque defectum ſuppleat.

CARPZ. *P. I. c. 23. def. 14.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch Kläger alle exceptiones, ſo er vorizo bey der Einlaſſung in Anſehung der quæſtionirten articul annectiret, bereits vorher opponiret, dem ohngeachtet dennoch fol. 93. auf die Einlaſſung rechtskräfftig erkant iſt, ſo doch cum effectu zu verſtehen iſt, und dahero Klägern hiebey exceptio rei iudicatæ offenbahr entgegen ſtehet, und wenn ſolches gleich nicht wäre, dennoch ſich ſuo tempore finden wird, ob aus denen erſten zweyen eingeräumten articulis iuſta inimicitiæ cauſa erhellen und geſchloſſen werden könne, da man inzwiſchen ſo viel wohl daraus abnehmen kan, daß Klägere ſchlechten regard vor der Beklagtin Mutter durch Anſtellung der Iniurien-Klage haben müſſe, und wol nimmer zu hoffen iſt, daß ſo wenig dieſelbe, als ihre Tochter einiges Vertrauen und Liebe vor ihr in der geſuchten Ehe haben werden, ſo aber künftig ſich erſt finden wird, inzwiſchen man nicht ſagen kan, daß dieſe articul impertinent ſind. Am allerwenigſten aber denen drey letztern articuln entgegen ſtehet, daß ſolche facta bey der litis contestation nicht mit angegeben, zumahl ſolche erſt nach der Zeit, als den 5. Ian. a. p. paſſiret, auch ſonſten exceptiones noch zuläßig ſind, wenn ſie nach der litis conteſtation erſt entſtehen, 4
ohngeachtet ſie derſelben nicht euentualiter annectiret ſind,

c. 4. X. de except.

GRIEBNER *in princip. proc. civ. lib. 1. c. 2. ſect. 6. §. 8.*

CARPZ. *P. I. 6. 12. def. 1. inf.*

wiederum nichts hindert, daß Beklagtinne dieſerwegen bey den Schlottheimiſchen Gerichten geklaget, zumahl daſelbſten wegen derer angebrachten iniurien auf ſatisfaction und Straffe geklaget, hier aber ſolche per modum exceptionis in gantz anderer Abſicht opponiret ſind, um dadurch die angebrachte Ehe-Klage zu eliciren, und dadurch darzuthun, daß ſie ob ſuperuenientes inimicitiæ grauiſſimæ cauſas, die Ehe zu vollenziehen nicht verbunden ſey, wenn

wenn gleich die sponsalia ihre Richtigkeit haben solten, worüber hier bey dem hochlöblichen consistorio der Eyd dem Beklagten wol deferiret werden mögen, ob gleich in alio iudicio Zeugen ratione satisfactionis et pœnæ sie angegeben haben mag, da sie sich hier der Eydesdelation über die grobe beygemessene iniurien zu ihrer defension gegen des Klägers Ehe-Klage bedienet, und daraus nichts mehr als iustam repudii causam ausführen will. Und weil schwerlich zu hoffen, daß bey vorwaltenden wichtigen Umständen Kläger solchen Eyd ablegen werde, wir billig Bedencken getragen, so fort über das Armen-Recht, so Kläger sucht, und den deswegen abzulegenden Eyd zu erkennen, da eines Theils, ehe iemand zu diesem Eyd zugelassen wird, eine cognitio summaria de causæ § iustitia vorhergehen muß, damit temerarii litigatores solches, andern zum Tort und Aufenthalt der Sachen, nicht mißbrauchen mögen,

MENCKR *in proc. iur. comm. diss. III.* §. 30. *Ad Lib. XXII. T. III.*

also vorher wir billig gefunden, damit so lange anzustehen, bis Kläger wegen des Eydes sich erkläret, und man siehet, ob er solchen abzulegen bestand sey oder nicht, zumahl man schon aus diesem Verfahren über der Einlassung wahrgenommen, daß der Kläger nichts als Weitläuftigkeit gebrauchet, andern Theils, wenn es ihm ein Ernst ist, ihm frey stehet, ohne fernere remoras sich zum Zweck zu legen, da alsdann nach Befinden die iustitia causæ klärer werden wird.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE FEBR. MDCCXLIV.

DECISIO CCCLXXI.

THEMATA.

I. Articuli probatoriales, quibus impugnatur fides publica librorum censualium, reiiciuntur.

II. *De pacto fiduciæ.*

SVMMARIA.

Probatio per testes cum iuramenti delatione super eodem themate probando iungi nequit n. 1.

Articuli contra litteram et fidem publicam librorum iudicialium pro impertinentibus habentur n. 2.

Pactum fiduciæ contractui adiectum n. 3.

Euictio olim intra annum apud Germanos petenda n. 4.

Annalis præscriptio rei vindicationi obstabat olim in Germania n. 5.

Als dieselbe uns gesuchte revision und darüber geschehenes Verfahren, in Sachen I. C. S. Klägern an einem, und C. B. modo dessen Witwe, Beklagte am andern Theil ꝛc.

Nunmehro aus denen acten und der Partheyen Einbringen so viel zu befinden, daß die articul als irreleuant nicht gäntzlich zu verwerffen, und Beklagtinne von der gegen sie angestelleten Klage noch nicht zu entbinden, noch Kläger ihr die verursachten Unkosten zu erstatten schuldig, sondern diejenigen articul, welche die blosse Handelung der Partheyen unter sich betreffen, vor releuant zu halten, und die Zeugen darüber seruato iuris ordine zu vernehmen; wegen der andern articul aber,

welche das Einschreiben in das Stadt-Erbe- und Rentebuch betreffen, bleibet es bey dem den 23. May 1735. eröffneten Urtheil nicht unbillig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Kläger die übergebene articulos probatoriales insgesamt vor releuant halten und solches dahero behaupten will, daß dadurch dem Stadt-Erbe- und Rentebuch und dessen bisherigen credit nicht zu nahe geleget worden, sintemahlen diejenigen articul, so das Stadt-Buch betreffen, nicht dahin abzielen solten, als ob das Stadtbuch nicht richtig, oder darin etwas pecciret, sondern nur bloß über der inter partes bona fide errichteten und stipulirten condition, daß das Haus quæst. nur ad fi-

Ad Lib. XXII. T. III.

deles manus dem Thomsen zugeschrieben seyn und Beklagte solches wieder auf Klägers Nahmen bringen solte, so dieselbe aber refutiret, Beschwerde geführet worden, zumahl Kläger mit seiner vorigen Frauen in schweren Proceß gelegen, und dieserwegen das quæstionirte Haus bloß ad fideles manus auf des Thomsen Nahmen inzwischen gebracht, also dieses vor eine causa mere priuata zu achten, und die articul nur bloß die Gewißheit desjenigen, was unter denen Partheyen abgeredet, beträssen, nicht aber die Absicht führeten, daß sie fidem publicam des Stadtbuchs impugniren solten, Beklagtin hergegen behaupten wollen, daß es schlechterdings bey dem eröffneten Urthel zu lassen sey, angesehen, das sub fide publica sub ligno ⊙ producirte documentum so fort darlegete, daß Kläger schlechterdings das quæstionirte Haus nicht an der Beklagtin seel. Mann, sondern an Thomsen überlassen, wowider kein Beweiß statt finden könte, ausserdem Kläger anfänglich die Sache auf die iuramenti delationem gestellet, und dahero keinen Beweiß 1
per testes mehr zu führen bestand gewesen, ins besondere aber in Stat. Hamburg. P. II. tit. 8. art. 7. deutlich versehen, daß nach Ausgang Jahr und Tages niemand verkaufte, vor einem hochweisen Rath verlassene und im Stadt-Rentebuch zugeschriebene Häuser ansechten könne, welches doch Kläger im Gegentheil sich unternommen, und nach Verlauff so vieler Jahre das Haus zu vindiciren suchet, also es genug seyn möchte, daß Beklagte das Stadtbuch vor sich habe, nach welchem allein gerichtet werden müsse, dagegen aber keine præsumtio doli statt finde.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch in denen articulis probatorialibus zweyerley Handlungen anzutreffen, deren viele bloß dasjenige, was zwischen denen Partheyen des quæstionirten Hauses wegen, abgeredet und gehandelt, betreffen, einige aber die Einschreibung in das Stadt-Rentbuch concerniren, welche dahin mit klaren Worten abzielen, daß die Partheyen bey dem Einschreiben verlanget, daß das quæstionirte Haus auf Thomsen Nahmen bloß ad fideles manus eingeschrieben werden solte, welches aber nicht geschehen, worin Kläger aller-
2 dings sehr vermessen und strafbar gehandelt, daß er dadurch fidem publicam des Stadt-Rentbuches in Zweiffel ziehen, und dagegen und dessen claram literam articuliren wollen, deswegen diejenigen articul, welche dahin rouliren, als irreleuant und strafbar billig verworffen werden müssen, dagegen des Klägers Einwenden, daß er dem Stadtbuch dadurch zu nahe treten, sondern nur die unter ihnen bedungene condition behaupten wollen, gar nichts vermag, zumahl diese protestatio ipsi facto contraria ist, und absonderlich der art. 7 und ste das Gegentheil deutlich darleget; eine andere Beschaffenheit aber es im Gegentheil mit denen articuln hat, welche bloß das factum priuatum derer Partheyen unter sich concerniren, als aus welchen zu ersehen, daß das quæstionirte Haus der Beklagtin Ehemann, nicht aber Thomsen, auf dessen Nahmen es bloß aus besondern Ursachen eingeschrieben, und zwar ad fideles manus überlassen seyn sollte, dergestalt, daß derselbe, præstitis præstandis, es wieder auf des Klägers Nahmen zu bringen, sich anheischig gemachet, welches ein wahres, bey denen Römern gantz bekantes und heilig gehaltenes pactum fiduciarium ist, dicebatur enim fiducia, quando res sub ea fiduciamancipabatur, vt soluto certo pretio, iterum res debitori remanciparetur. Huius vsus etiam erat, cum quis dubium tempus timens, et sibi suisque prospiciens rem aliquam amico dimittebat, vt, transacto eo tempore, sibi suisue redderetur,

BOETIVS *lib. 4. in topic.*

RAEVARDVS *cap. 5. de autor. prud.*

GONZALEZ *ad c. 7. X. de pign. n. 7.*

adeoque etiam in pignore obtinebat, si res 3
aliqua mutuæ acceptæ vel debitæ gratia mancipabatur creditori,

BRISSON *de V. sign. voce fiducia.*

welches pactum fiduciæ, weil es in der Treu und Redlichkeit des accipientis lediglich gesetzet, von grosser Krafft und Verbindlichkeit gewesen, daß man dahero dabey folgende formulam arbitrii zu adhibiren gewohnet gewesen: vt inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione,

BRISSON. *de formul. lib. 5. c. 16.*

übrigens man nicht findet, daß dieses pactum denen Hamburgischen Statutis entgegen sey, vielmehr aus der Beylage sub ⊙ sich hervorthut, daß man bey dem Einschreiben in das Stadt- und Rentebuch, welches ad instar mancipationis Romanæ anzusehen, sich bisweilen folgender clausul gebrauchet:

> Zu wissen, daß dieses Erbe ohne Vorwissen Hr. M. L. L. weder weiter beschweret, noch umgeschrieben werden soll,

welches pacti gantze Absicht dahin gehet, daß derjenige, der das Erbe einem anderen aus besonderer Absicht verlassen, damit umgehet, daß es nach erfolgten besondern Umständen hinwieder auf seinen Nahmen gebracht werden solle, und obgleich solches bey Verlaß- und Umschreibung des quæstionirten Erbes nicht zu befinden, doch man nicht findet, daß solches deswegen ohnkräfftig zu achten, wenn es sonsten als ein pactum inter contrahentes erwiesen werden kan, vielmehr es auch alsdann heissen muß, vt inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione, mithin es nicht ohne effect seyn kan,

kan, wenn solches nach Maßgebung der dahin gehörigen articuln erwiesen werden könte, und was dagegen aus dem Stat. Hamb. P. II. tit. 8. §. 7. angeführet, auf Klägern eigentlich nicht zu ziehen, vielmehr von einem tertio, der ausser denen contrahenten sich befindet, handelt, der das in das Stadtbuch geschriebene Erbe anfechten und iure potiori venditoris vindiciren will, als welches er nach Jahr und Tag nicht mehr thun kan, wie aus denen alten teutschen Rechten solches ebenfalls klar, und daher die præstatio euictionis ebenfalls in diese Zeit
4 eingeschrenckt gewesen,

BOEHMER *de vsu et commodis pacti de præstand. euict. c. 2. §. 19.*

diese interpretatio auch mit den letzten Worten des Statuti cit. l. übereinkommet, in welchem sich findet, daß von Zeit der Wissenschaft der vindicans noch Jahr und Tag zu geniessen haben solle, so auf das pactum fiduciarium nicht gezogen werden mag, weil der Kläger das quæstionirte Haus nicht vindicirt, sondern ex pacto klaget, und die Beklagtinne schuldig zu seyn vermeinet, daß sie das quæstionirte Haus wieder auf seinen Nahmen bringen solle, also die præscriptio annalis, quæ vindicanti obstat, demselben nicht entgegen stehet, noch die dahin abzielende articul vor irreleuant zu achten. *Ad Lib. XXII. T. III.*

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IAN. MDCCXXXVII.

DECISIO CCCLXXII.

THEMA.

Ordo circa media probandi obseruanda, ab arbitrio iudicis pendet.

Vid. Tom. IV. Decis. CLXXXVIII. Them. 3.

DECISIO CCCLXXIII.

THEMA.

Licet Hamburgi post reuisionem noua documenta produci nequeant, facilius tamen id post declarationem sententiæ licet.

SVMMARIA.

Libellum post L. C. mutare non licet n. 1.
Petita appellatione noua probatio admittitur n. 2.
Documenta causſam debendi non mutantia, sed declarantia, semper produci possunt n. 3.
Actore non probante reus absoluendus n. 4.
Mora vsurarum solutionem connexam habet n. 5.
Qualitas nummorum soluendorum in sententia exprimenda n. 6.
Reo per indirectum fatente fundamentum actionis, actor nil probat n. 7.
Illiquidum cum liquido non compensatur n. 8.
Finita conuentione debitor pecuniam sententia comprehensam propter reconuentionem deponere potest n. 9.

Als die Herren uns gesuchte declaration, wie auch respect. reuision und erfolgte Gesetze in Sachen Anwalds P. R. Klägern an einem, und E. M. Beklagten am andern Theil, zugeschicket;

Bœhm. Conſ. T. III. P. II.

Daß, so viel die gesuchte declaration betrifft, das vorige Urthel von 19. Mart. 1736. dahin zu declariren, daß Beklagter auch die in Rechnung sub E specificirte 9 Thlr. 7 Gr. mit den von Zeit der erhobenen Klage rückständigen Zinsen an Klägern hin-

Ad Lib. XXII. T. III.

nen der gesetzten Frist zu bezahlen, nicht weniger das documentum sub F, iedoch saluis exceptionibus zu recognosciren, und sich also Einwendens ohngehindert auf den Umstand wegen des versprochenen Dänischen Current-Geldes einzulassen schuldig, worauf alsdenn wegen der aberkanten 30mil. ferner ergehet, was Recht ist. So viel aber die gesuchte reuision betrifft, so erhellet aus denen acten so viel, daß es derselben ohngehindert bey dem am 19. Mart. a. c. eröffneten Urthel billig verbleibet, iedoch, so viel das dritte grauamen betrifft, mit dieser Erklärung, daß Beklagter die eingeklagte 249 Thlr. samt den von Zeit der erhobenen Klage rückständigen Zinsen innerhalb 14. nicht an Klägern zu zahlen, sondern in conformität des interlocuts von 21. Nov. 1735. ad depositum bis zur Erörterung der reseruirten reconuentions-Klage, wozu demselben nach geschehener deposition eine gewisse præclusiuische Frist anzuberahmen, zu bringen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter, so viel die gesuchte declaration betrifft, eingewendet, daß er 1) das von Klägern post latam sententiam producirte documentum sub F zu recognosciren nicht schuldig sey, in Ansehung, daß nach der einmahl interponirten reuision der Gerichts-Ordnung zu folge documenta ad acta zu bringen nicht verstattet würde, hiernechst auch 2) von Klägern solche documenta produciret worden wären, welche den statum controuersiæ und das Klag-libell
1 veränderten, cum tamen libellum post L. C. mutare prohibitum sit,

l. 3. C. de edendo.

l. 23. D. de iudiciis.

überdem Klägers Suchen wegen des Dänischen Geldes ungegründet und altioris indaginis sey, allermassen aus der Beylage sub A erhelle, daß Kläger die Bezahlung nur im leichten Gelde verlanget, und derselbe also mit solcher prætension füglicher in die reconuention zu verweisen gewesen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) Kläger nicht das remedium reuisionis interponiret, sondern blos declarationem sententiæ gesuchet, bey welcher noua documenta beyzulegen nirgend
2 in Rechten benommen ist, da so gar bey der appellation noua probatio verstattet wird,

l. 4. C. de tempor. appell.

GASSER *de beneficio, non deducta deducam.*

und daher keine ratio vorhanden ist, warum solche nicht ebenfalls bey der declaration frey stehen solte, beworab da 2) des Beklagten gesuchte reuision ihn nicht abhalten mögen, in alio puncto, worüber die reuision nicht interponiret, declaration zu suchen, und zu deren Erläuterung ein documentum ad acta zu geben, allermassen 3) die dispositio der dasigen Gerichts-Ordnung, als welche nur von der eingewandten reuision redet, auf selbige nicht applicabel werden kan, überdieß auch 4) das producirte documentum sub F nicht so beschaffen ist, daß die angestellte actio dadurch verändert worden, gestalten die Rechnung sub D sich darauf beziehet, und daraus erläutert wird, zugleich aber auch durch selbiges dasjenige, worauf Kläger geklaget, mehr bestärcket wird, und da also Kläger iure suo noua documenta pro- 3
duciren können, Beklagter selbige entweder zu recognosciren oder eydlich zu diffitiren schuldig ist, wobey demselben iedoch unbenommen bleibet, seine exceptiones, so viel deren erheblich, gegen selbige an- und auszuführen, und weil auch hierbey 5) Klägers Suchen wegen des Dänischen Current-Geldes in der Haupt-obligation sub F gegründet ist, und aus derselben erhellet, daß Beklagter im benannten Gelde zu bezahlen sich anheischig gemacht, Klägers Forderung bey so gestalten Sachen nicht mehr altioris indaginis ist, sondern es vielmehr darauf ankommt, ob Beklagter dagegen etwas erhebliches werde excipiren, und die Beylage sub A hierin einen Gegenbeweiß abgeben können, im übrigen aber 6) Kläger zugleich auf die in der Rechnung sub E specificirte 9 Thlr. 7 Gr. libelliret, und Beklagter nichts von einiger Erheblichkeit darwider einwenden können, mithin derselbe mit Recht zu dessen Bezahlung ebenfalls angehalten und das vorige Urtheil darauf declariret werden müssen.

Was ferner die gesuchte reuision anbelanget, ob wol Beklagter sich dadurch grauirt befindet, daß Klägern ohne geführten hinlänglichen Beweiß die libellirte 249 Thlr. zuerkant worden, zumahl da Beklagter seinem Vorgeben nach litem negatiue contestiret, und daher Kläger schuldig gewesen wäre, das fundamentum seiner Klage zu erweisen, und da solches nicht ge- 4
schehen, Beklagter zu absoluiren sey, cum actore non probante, reus absoluendus sit.

l. 6. D. de probat.

l. 5. C. de edendo.

Hiernechst auch Kläger 2) exceptionem compensationis opponiret, und seine Gegenforderung ad acta gebracht, und es also das Ansehen gewinnen möchte, daß Kläger sich zuförderst darauf einlassen müsse, und selbige nach deren erfolgten Beweiß in Abrechnung zu ziehen wäre, im Gegentheil 3) das dritte grauamen dadurch hinweg fallen möchte, daß die sententia condemnatoria nach Maaßgebung der vorigen interlocute zu verstehen, iedoch Beklag- 5
ter auch billig von denen Zinsen zu absoluiren ge-

gewesen, da er nicht in mora soluendi befunden sey, wie nicht weniger 4) die qualität der
6 Müntze, in welcher die Bezahlung geschehen solle, billig in dem Urthel exprimiret werden sollen.

Dieweil aber dennoch 1) Beklagtens Litis contestatio virtualiter affirmatiua ist, indem er gebethen, Klägers Schuld-Forderung mit seiner producirten Gegenrechnung zu compensiren, mithin zugeben müssen, daß er Klägern ein solches quantum schuldig sey, Beklagter auch nichts gegen die Schuld selbst, sondern nur dieses gegen die qualitatem pecuniæ eingewendet, daß die Zahlung in geringern Müntz-
7 Sorten, als Kläger angegeben, veraccordiret worden sey, ausserdem auch Beklagter in libello reusionali die Schuld nicht ableugnen können, indem er schreibet, daß er nicht in mora soluendi, sondern semper cum sacco paratus gewesen, und also zugiebet, daß er die Schuld iederzeit habe bezahlen wollen, und derselbe also um so vielweniger ietzo sich desselben Entrichtung weigern kan, als Kläger bey so bewandten Umständen eines überflüssigen Beweises überhoben gewesen, dagegen ad 2) die producirte Gegenrechnung in illiquiden Forderungen bestehet, und dahero mit denen von Klägern libellirten und von Beklagten eingestandenen Posten nicht in compensation gezogen werden mag, cum illiquidum cum liquido compensari nequeat, quoniam litis su-
8 per illiquido instituendæ adhuc dubius euentus est,

FABER *in Codic. lib. I. tit. 21. def. 10.*

und dahero illiquide Forderungen mit Recht in reconuentionem zu verweisen sind,

l. fin. C. de compensat.

Ad Lib. XXII. T. III.

solchergestalt also Beklagtem, woferne er der producirten Gegenrechnung halber in Ruhe zu bleiben, nicht vermeinet, sein Recht in separato auszuführen vorbehalten wird, und da überdiß ad 3) Kläger sich in actis offeriret, das iudicatum bis zum Austrag der reconuentions-Sache in deposito zu lassen, und auch darauf in dem interlocut von 21. Nov. 1735. rechtskräfftig erkant worden, Beklagter die ausgeklagten 249 Thlr. samt deren von Zeit der erhobenen Klage rückständigen Zinsen bis zur örterung der reseruirten reconuentions-Klage ad depositum zu legen berechtiget ist, damit, wenn die Gegenrechnung ad liquidum gebracht werden solte, Beklagter nicht erst durch
9 Weitläuftigkeit zu der Bezahlung zu gelangen nöthig habe, sondern die compensation so fort ihren effect erreiche, wobey hingegen 4) und daß Kläger nicht durch unnöthige Verzögerung der reconuentions-Klage gefehrdet werde, Beklagtem zu Anstellung derselben nicht unbillig eine præclusiuische Frist gesetzet wird; wodurch also dem dritten grauamine abgeholffen, aber auch 5) zugleich, wenn er das documentum sub F recognosciret und nichts erhebliches dagegen vorbringet, erhellen wird, in was vor Müntze er das Geld zum deposito bringen müsse, übrigens 6) die mora in soluendo mehr als zu klar ex actis erhellet, da er nicht befugt gewesen, solutionem liquidi wegen einer gantz illiquiden Forderung zu retardiren.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXXXVI.

DECISIO CCCLXXIV.

THEMA.

Absentis mors quatenus per leuiores probationes euincatur.

SVMMARIA.

Pro confesso et conuicto habetur, qui sub tali commination citatus n. 1.

Libris ecclesiasticis cognationis gradus probatur n. 2.

In morte probanda probationes leuiores sufficiunt n. 3.

Inprimis si diuturna absentia accesserit n. 4.

Comminatio sub conditione certa, ante huius implementum contumaciam non operatur n. 5.

Adcitandi sunt omnes, quorum interest n. 6.

Attestata iniurata et de auditu alieno non probant n. 7.

Pro vita in dubio præsumtio capienda n. 8.

Ad Lib. XXII. T. III.

Als die Herren uns interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen actorn Vormunden, auch Anwalden P. M. M. und conf. appellanten und Klägern an einem, und des M. Erben, nunmehro aber des von neuen constituirten curatoris der abwesenden R. L. F. S. appellaten und Beklagten am andern Theil, in fünf zurück kommenden volum. zugeschicket ꝛc.

Daß die appellation in ihren formalien zu Recht beständig und die Sache zu deren Rechtfertigung an die Herren erwachsen; der materialien halber aber erscheinet aus denen acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß in erster instanz wohl gesprochen, übel davon appelliret, und dahero die sententia a qua zu confirmiren, nicht weniger die Sache an den Richter voriger instanz zu remittiren sey, jedoch mit der Erklärung, daß bey dem Verfolg der Sache auch der abwesenden R. noch lebende Brüder mit zu adcitiren, und über der Klägere Vorbringen zu hören seyn. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Klägere loco grauaminum angeführet, daß 1) in sententia a qua erkant sey, daß ihr fol. 48. b geschehenes Suchen wegen der nicht geschehenen Einlassung nicht statt habe, da doch der vol. IV. fol. 24. befindliche Bescheid in seine Rechts-Krafft gegangen, darauf terminus ad satisfaciendum iudicato extrahiret, und in sothaner citation vol. eod. f. 42. Beklagten die Einlassung sub pœna confessi et conuicti auferleget worden, welcher Beklagter doch kein Genügen gethan, und er dahero pro confesso et conuicto gehalten werden müssen, und solches um desto mehr, als 2) Klägere sich hinlänglich ad causam legitimiret zu haben vermeinen, da sie eines Theils aus dem Franckenhausischen Kirchen-Register, und den daraus genommenen vol. IV. f. 49. und 73. befindlichen attestatis dargethan, daß sie der Erblasserin, R. E. L. Bruders Kinder sind, und also mit denen R. als Schwester-Kindern im gleichen Grad stehen, dem zufolge denn bereits vol. III. fol. 24. per rescriptum angezeiget sey, daß, wenn die Klägere derer abwesenden R. vor der Erblasserinnen L. Ableben erfolgten Todt erweislich machen würden, alsdenn deren ausgesetzte und durch den curatorem absentium M. bishero administrirte ratæ denen St. und R. Erben accresciren würden, welches 3) nunmehro durch den vol. IV. f. 57. ad acta gebrachten Todten-Schein von Amsterdam geschehen, nach welchem beyde abwesende R. bereits in anno 1715. und 1717. und also vor der Erblasserin, als welche in anno 1725. verstorben, aus dieser Welt abgeschieden seyn sollen, dahero sie 4) mit der restitutione expensarum nach dem vol. IV. f. 24. befindlichen Bescheide nicht angesehen werden mögen, da sie von ihrer Seite probanda erwiesen und dargethan, daß die abwesende R. vor der Erblasserin verstorben, auch bekant sey, quod in morte probanda tanquam re difficillimæ probationis leuior demonstratio sufficiat,

Nou. 117. c. 11.

præsertim si diuturna absentia accesserit,

STRYK *de iur. sens. diss. 3. c. 4. n. 24. sqq.*

SCHILT. *in prax. iur. Rom. ex. 15. §. 78.*

welche hier würcklich anzutreffen, und 5) der Todten-Schein nullo vitio externo laboriret, auf charta sigillata geschrieben, und obgleich die attestantes nur ex relatione der Compagnie zu Amsterdam das Zeugniß unterschrieben, jedoch auch solches in re tam obscura et difficillimæ probationis gnug seyn möchte, da sie circumstantialiter referiret, wie beyde abwesende Brüder in anno 1715. von Amsterdam nach Batavia zu Schiffe gegangen, und diuerso mortis genere in denen bezeichneten Jahren verstorben.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) Beklagtem nicht anders die Einlassung auf die imploration und gezogene Rechnungs-defecte sub pœna confessi et conuicti vol. IV. fol. 24. auferleget ist, als wenn imploranten sich gnugsam ad causam legitimiret haben würden, und weil sie solches nicht gethan, Beklagter auch nicht schuldig gewesen, sich mit denen illegitimatis einzulassen, ohngeachtet der Bescheid f. cit. 24. seine Rechtskrafft ergriffen, als welcher nicht ehender als post legitimationem ad causam in die applicationem gebracht werden kan, worüber aber nicht allein der curator absentium zu hören, sondern vornemlich derer absentium noch lebende Brüder dazu mit zu adcitiren, und über der Klägere Vorbringen zu vernehmen sind, zumal dieselbe vornemlich dabey interessiret zu achten, und es darauf ankommen wird, ob, wenn die beyden abwesenden R. bereits todt seyn sollten, dieselbe vor oder nach der L. verstorben, da im letzten Fall die Klägere gar ausgeschlossen und im ersten nur mit zugelassen werden würden; omnes autem citandos esse, qui ius contradicendi habent, apertissimi iuris est,

l. 39. D. de adopt.

so daß auf deren adcitation ex officio erkant werden müssen; übrigens ad 2) bey der legitimatione ad causam noch viele dubia übrig sind, bey welcher es auf zwey puncta ankomt: a) daß sie der Lauin Bruders Kinder sind, welches

ches durch die Kirchen-attestata zulänglich dargethan, als aus welchen der bekanten praxi
7 nach die natiuitas liberorum und also per consequentiam die consanguinitas auch erwiesen, und durch einen richtigen Schluß heraus gebracht werden kan, wie nahe die Personen einander verwandt sind, wie denn aus dem vol. IV. fol. 71. befindlichen attestato zu ersehen, daß der Klägerer Vater mit der L. Geschwister gewesen, und nach dem fol. 49. befindlichen attestato sie selbsten insgesamt Geschwistere sind, und von E. C. herstammen, auch nach der L. Tode zu der Theilung zugelassen worden: b) daß die beyden abwesenden R. vor der L. verstorben, deren ratas bishero der verstorbene curator M. administriret, Klägere aber nunmehro ihren Antheil daran prætendiren, welches sie ad 3) durch den vol. IV. f. 57. befindlichen Todten-Schein nicht erwiesen, allermassen man nicht einmal daraus sehen kan, wer die attestantes gewesen, und in was vor qualität dieselbe gestanden, voritzo aber nicht anders als vor blosse priuati angesehen werden können, die davon, was sie
8 von der Compagnie zu Amsterdam gehöret haben wollen, attestiren, dergleichen testimonia wenig fidem haben, da sie eines Theils unbeeydiget sind, andern Theils de auditu alieno zu achten, und wenn der gethane Bericht wahr seyn sollte, sie darüber von der Compagnie selbsten in forma probante gar leicht ein attestatum erhalten haben würden, als welche von allen verstorbenen, die mit zu Schiffe gegangen, eine accurate Liste halten, worum Klägere zuförderst bekümmert seyn sollen, und weil solches ad 4) nicht geschehen, sie billig in die verursachten Unkosten condemniret wor- *Ad Lib. XXII. T. III.*
den sind, als welche sie durch ihre temerität und durch producirung eines nichtigen Todes-Scheins verursachet haben, sie auch bereits vol. III. fol. 33. einen andern unrichtigen Todten-Schein wegen I. A. Tode, als wenn derselbe bereits anno 1709. den 10. Nov. verstorben, ad acta gegeben, und nunmehr durch den in Amsterdam datirten Todten-Schein behaupten wollen, daß derselbe erst in anno 1717. zu Java verstorben, man also um desto weniger demselben trauen darf, und obwol sonsten leuior probatio in re tam obscura zugelassen ist, dennoch eines Theils hier gar nichts erwiesen, andern Theils es Imploranten, wenn die angeführte relation richtig ist, an gnugsamen Beweise nicht ermangeln kan, da ihnen unbenommen bleibet, von der Compagnie zu Amsterdam, auf deren Schiff die beyden Brüder mitgegangen seyn sollen, ein beglaubtes attestat, daß sie auf der Todten-Liste stehen, zu erhalten, und die blosse diuturnior absentia allein keinen Beweis ausmachet, cum 9
pro vita hominis tamdiu præsumatur, donec mors probata fuerit, wodurch dann ad 5) dasjenige, was aus dem prætendirten Todten-Schein referiret worden, hinwegfällt.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MARTII MDCCXL.

DECISIO CCCLXXV.

THEMATA.

I. Terminus reprobatorius currere incipit a tempore, quo reproducens se ad reprobandum obtulit, si citationem ad publicandum rotulum præuenit.

II. *A tutore num iuramentum editionis recte exigi possit?*

SVMMARIA.

Reprobationis terminus non currit, quamdiu probatio nondum absoluta n. 1.

Iuramentum editionis a tutore inuito peti nequit n. 2.

Probaturus compulsoriales ad edenda documenta petere potest n. 3.

Quum quis durante probatione se ad reprobationem obtulit, fatale reprobationis currit a momento oblationis n. 4.

Quando fatale reprobationis currat, quoties per documenta probatio suscepta? n. 5.

A tutore iuramentum editionis de credulitate exigi potest n. 6.

Auf

Ad Lib. XXII. T. III.

Auf eingewandte Leuterung und erfolgtes Verfahren in Sachen des Obristen und Land-Marschalls von H. hinterlassener Erben, Beklagten an einem, und H. D. Marschalls von B. hinterlassener Erben, Klägern am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem fol. 296. vol. II. befindlichen, und den 15. Nov. 1732. eröffneten Urthel nicht unbillig verbleibet, Beklagte auch die expensas retardati processus, nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung Klägern zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol fol. 233. vol. II. erkant ist, daß Beklagte binnen vier Wochen ihren Gegenbeweis antreten und absoluiren sollten, welches auch fol. 296. bestätiget, gleichwol 1) Beklagte dagegen vorgestellet, und abermahl loco grauaminis angeführet, daß der Beweis von Seiten der Klägere noch nicht absoluiret, sondern noch in puncto editionis documentorum sub D und F, worauf Klägere in ihren Beweis-articuln sich bezogen, beruhen, zumal bekantens Rechtens sey, quod fatale reprobationis haud currat, quamdiu ratione probationis aliquid expediendum, 1

BERGER *P. II. supplem. ad elect. dec. for. tit. 21. §. 1. p. 504.*

RIVIN. *in enunc. iur. ad proc. tit. 21. enunc. 11.*

welches man auch bey der Königlichen Regierung selbsten wahrgenommen, und deswegen vol. II. fol. 169. die resolution dahin ertheilet, daß zu Antretung des Gegenbeweises von Zeit an, da der Beweis absoluiret, und super recognitione documentorum erkant worden, eine vier wöchentliche Frist Beklagten verstattet seyn sollte, welche resolution durch den fol. 233. befindlichen Abschied so schlechterdings nicht geändert werden mögen, nachdem Beklagte daraus ein ius quæsitum erlanget, auch der proceß weit ehender seine Endschafft erreichet haben würde, wenn derselbe in seinem ordentlichen tramite gehörig fortgeführet, und durch diesen Incident-Punct nicht in confusion gebracht worden, welche gewiß daraus zu befahren, soferne es bey der geschehenen Erkäntniß verbleiben sollte, und obwol Beklagte bishero einigemahl dilationes zu Führung des Gegenbeweises gesuchet und erhalten, dennoch solches in sensu legali anzunehmen, wenn der Beweis absoluiret sey, zumal man gehoffet, daß Klägere von edition der documentorum sub D et F abstrahiren würden; hiernächst 2) ein neues grauamen sey, daß das iuramentum editionis des documenti D, welches allein Beklagte nach erlangter maiorennität zu schweren schuldig, ihren Vormündern aufgebürdet werden wollen, da doch kein Vormund vor seinen Pflegbefohlnen Eyde abzulegen gehalten, 2

l. 4. D. de in litem iur.

SETSER *de iuram. lib. 4. c. 3. n. 34.*

MEV. *P. VII. decis. 385.*

ausserdem auch das verlangte documentum weder zur administration der Vormundschafft gehöret, noch sonsten die geringste Verwandschafft damit habe, ihnen auch nicht anzumuthen sey, daß sie sich um alle Scartequen und documenta bekümmern sollten, bevorab da 3) non obstante iuramento editionis dabey erkant ist, daß allenfalls an das Amt Seeburg arctiores compulsoriales auszubringen, da, wenn sie solches intendiret, die Klägere solche gleich anfangs ausbringen, und nicht auf die letzte Stunde verspahren müssen, weil einem jeden producenten, wenn er zu Vollführung seines Beweises documenta ediret haben will, oblieget, bezeiten davor zu sorgen, ausserdem aber das auferlegte iuramentum ohne effect seyn würde, wenn, illo præstito, die Ausbringung der compulsorialium noch erfolgen könte, da doch der Eyd ein Ende alles Haders sey. 3

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ratione primi grauaminis bereits vorher geleutert, und, dem ohngeachtet der Regierungs-Abschied bestätiget worden, und dahero hiebey reuera leuteratio leuterationis sich findet, ausserdem aber solches von keiner grossen Erheblichkeit ist, angesehen wohl zu erwegen, daß allhier der Beweis per testes et documenta geführet ist, und obwol der punctus editionis noch nicht abgethan gewesen, dennoch inzwischen die publicatio attestatorum veranlasset, und fol. 97. darzu terminus anberahmet worden, welchen aber Beklagte fol. 135. depreciret, weil sie ihren Gegenbeweis zu führen resoluiret wären, und deswegen eine gedoppelte Monaths-Frist sich ausgebethen, darauf fol. 153. annoch eine monatliche Frist erhalten, und die Beklagte also vor absoluirung des Beweises sich zum Gegenbeweis offeriret, welches ihnen unverwehret gewesen, dabey denn Rechtens ist, quod eo casu terminus reprobatorius ab eo tempore currere incipiat, quo ad reprobandum quis sese obtulit, etiamsi nequidem citatio ad publicationem rotuli emissa, 4

CARPZ. *P. I. c. 16. def. 12. n. 4. sqq.*

BERLICH

BERLICH *P. I. concl. 39. n. 5.*

wormit auch die Magdeburgische neuverbesserte Proceß-Ordnung c. 30. §. 20. übereinstimmet, dergestalt, daß die angeführte Regul de nondum absoluta probatione hier bewandten Umständen nach nicht applicabel, auf welche zwar die Beklagte f. 157. gefallen, dennoch solches nunmehr zu spät gewesen, und dahero fol. 158. nichts mehr als eine vierwöchentliche Frist decretiret, und die gebethene suspension des Gegenbeweises vsque ad finitam probationem dadurch verworffen ist, und obwol fol. 164. darauf reflectiret werden wollen, dennoch diese resolutio billig als erschlichen zu achten, und dahero in dem Abschiede fol. 233. erkant ist, daß Beklagte nunmehro binnen vier Wochen sub pœna desertionis den Gegenbeweis zu führen verbunden, welchen allen hinzu tritt, daß in der Magdeburgischen neuverbesserten Proceß-Ordnung c. 30. § 9. nur alsdann, wenn der Beweis durch lauter Urkunden geführet ist, und also keine publication nöthig, der terminus zum Gegenbeweis von der Zeit anberahmet, da zum Verfahren über den Beweis citatio ergangen, woraus denn wohl zu schliessen, daß, wo zugleich per documenta et testes der Beweis geführet, und die publicatio erfordert wird, alsdann der terminus von der citation ad publicationem attestatorum angehe; hiernächst bey dem andern grauam. mehr als zu klar ist, daß allhier der Beklagten Vormündere super scientia propria das iuramentum editionis deferiret sey, da sie als Vormünder ja Wissenschafft vermuthlich davon haben müssen, ob dergleichen documentum in der Vormundschafft vorhanden sey, von ihnen auch per delatum iuramentum nichts mehr gefordert wird, als daß sie ihre Wissenschafft darüber eröffnen, deswegen bekanter massen auch einem tertio darüber der Eyd wohl deferiret werden kan, daher ins besondere die Vormünder das iuramentum editionis nicht decliniren können, *Ad Lib. XXII. T. III.*

MEV. *cit. l. n. 5. et 6.*

und man dabey, ob die scientia bey ihnen præsumirlich sey, nicht einsten nachzufragen hat, da allhier kein purgatorium, sondern iuramentum delatum ist, und der deferens das iuramentum malitiæ schweren muß, endlich das letzte grauamen ebenfalls unerfindlich, zumal wenn gleich die Vormünder den Eyd ablegen, dennoch das Amt Seeburg deswegen doch von dem documento Nachricht haben und solches unter denen auf dem Amte befindlichen Nachrichten antreffen muß, Kläger auch solches eventualiter sofort bey Uebergebung ihrer articul vrgiret, und daher billig darauf zu erkennen gewesen, bey solcher Beschaffenheit aber alle grauamina unerheblich sind.

So hat geschehener massen erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVNIO MDCCXXXIII.

DECISIO CCCLXXVI.

THEMA.

Exceptiones peremtoriæ, quæ non immediate L. C. annexæ, sed in duplicis allegatæ, an in reprobatione admittantur.

SVMMARIA.

Ab interlocutoria appellari nequit n. 1.
Exceptiones litis contestationi non annexæ postea allegari nequeunt n. 2.
In reprobatione articuli non admittuntur, qui ad exceptiones in L. C. omissas dirigunter n. 3.
Error erranti, non aliis imputatur n. 4.
Ex intentione actus æstimandus n. 5.
Durante termino in duplicis exceptiones peremtoriæ nouæ prioribus iungi possunt n. 6.
Nouis exceptionibus peremtoriis post emergentibus admissis actori salua esse debet reprobatio n. 7.
Nimiæ subtilitates circa processum non sunt attendendæ n. 8.

Ad Lib. XXII. T. III.

Als uns derselbe interponirte Leuterung, deren prosecution und erfolgte Gesetze in Sachen S. G. zu L. Beklagten und Leuteranten an einem, M. W. zu U. und cons. Klägerer und Leuteraten am andern Theil, in vier zurück kommenden vol. sub ☉, ☽, ♂ und ☿ zugeschicket ꝛc.

Nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß Klägerer von der Einlassung auf den 8, 9, 12 und 13. Gegenbeweisarticul noch zur Zeit nicht loszusprechen, sondern, wenn sie zuförderst mit demjenigen, was sie in ihren elisiv-articulis bey dem Beweis dieserwegen etwa beweislich anzuführen gemeinet gewesen, binnen Sächsischer Frist auf rechtliche Art gehöret, so ihnen, gestalten Sachen und Umständen nach, nachzulassen, so ergehet alsdann der Einlassung wegen was Recht ist.

Rationes dubitandi.

Obwol gegen die Leuterung, daß solche von einem blossen interlocut interponiret sey, ein-
1 gewandt worden, welches regulariter nicht zuläßlich,

Alt. *Proceß*-Ordnung *P. I. c. XXXI. §. 2.*

sonsten aber Leuterat vermeinen wollen, daß nach denen acten nicht anders, als geschehen, erkant werden mögen, anerwogen in der Hochfürstlichen Proceß-Ordnung

P. I. c. 3. §. 5.

gar klar versehen, daß ein Beklagter alle exceptiones peremtorias, die er beym Gegenbeweis zu brauchen vermeinet, sofort der Litis-contestation, und zwar sub pœna præclusi, anhängen, sonsten aber damit nicht gehöret werden solle, in facto aber richtig, daß
2 Beklagter vol. sub ☉ bey der verbesserten Litis-contestation f. 90. nur denen exceptionibus peremtoriis constantissime inhæriret, welche er fol. 49. b bey dem ersten Satz angeführet, die aber, so er in duplicis f. 61. als neu aufgefundene exceptiones hinzu gethan, f. 90. übergangen, gleichwol in seinem Gegenbeweis den 8, 9, 12 und 13. articul darauf
3 richten und den Eyd darüber deferiren wollen, welches nicht mehr zuläßlich gewesen, dieserwegen auch Kläger von der Einlassung auf diese vier articul losgesprochen ist, und obgleich Beklagter dabey vorgestellet, daß das folium von des Hrn. Gerichts-directoris amanuensi dem fol. 90. sub ☉ inseriret sey, und zu dem Ende das concept von seinem Satz vol. sub ☿ f. 67. ad acta gebracht, und daraus ad oculum demonstriren wollen, daß in demselben das folium nicht allegiret, sondern Raum zu demselben gelassen gewesen; dennoch dagegen Klägere regeriret, daß eines Theils zu zwey foliis der Raum zu enge, und also nicht zu præsumiren sey, daß er fol. 49. und 61. allegiren wollen, andern Theils des Beklagten aduocato zu imputiren, daß er, wie sich gebühret, das folium nicht selbsten suppliret, und also, wenn fol. 61. per errorem weggelassen, causam erroris gegeben, qui erranti, non aliis imputari debet, in welcher Absicht
4 Kläger keine articulos elisiuos auf diese sub ☉ f. 61. befindliche exceptiones gerichtet, ihm also zum præiudiz gereichen würde, wenn er auf die gedachten vier articul sich einlassen solen, anerwogen er in seinen articulis elisiuis, so auf die ausgelassene exceptiones compensationis et plus petitionis gerichtet, solchen Beweis dagegen führen können, daß sich vielleicht Beklagter nicht gelüsten lassen haben würde, den Eyd über die vier articul zu deferiren, so aber nunmehro zu spät ist, da der Beweis bereits geführet, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn das vorige Urthel schlechterdings confirmiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch alle leges und die nach denenselben eingerichteten negotia vernünfftig zu erklären, und nach der interpretatione per æquitatem dergestalt anzunehmen, daß man nicht schlechterdings bey den Worten bleibe, sondern vornemlich derer lo-
5 quentium, scribentium und dispenentium wahre Meinung, Absicht und Verstand in Achtung ziehe,

l. 6. §. 1. D. de V. S.

dem zufolge man auch bey dem, was vol. sub ☉ f. 90. von denen exceptionibus peremtoriis reseruatis den Worten nach geschrieben stehet, nicht verharren kan, sondern des Beklagten unvollkommene Worte:

seinen f. 49. b opponirten exceptionibus peremtoriis

nach dessen mente indubia ex ante actis annehmen muß, anerwogen in denenselben befindlich, daß Beklagter vol. sub ☉ fol. 49. b im ersten Satz unterschiedliche exceptiones opponiret, und als inzwischen zum faueur des Beklagten neue Umstände, woraus die
6 exceptiones compensationis und plus petitionis erwachsen, sich in actis vol. sub ☽ f. 19. hervor gethan, Beklagter wohl befugt gewesen, noch im andern Satz, continuante adhuc termino, vol. sub ☉ f. 61. solche neue exceptiones denen vorigen beyzufügen, und in anteceſſum den Eyd darüber zu deferiren, und wie darauf f. 77. eine bessere Litis-Contestation erkant worden, und Beklagter fol. 88. b sich darzu angeschicket, man augenscheinlich aus den angeführten und in ipsis actis gegründeten Umständen wahrnehmen kan, daß er seinen vorhin opponirten exceptionibus insgesamt bey der verbesserten Litis-Contesta-

tion

tion inhæriren wollen, angesehen, ob er gleich nur das folium 49. b dabey allegiret, dennoch billig dieses also zu halten, als ob er in continuato adhuc termino vno contextu alle exceptiones, wie regulariter geschehen muß,

Process- Ordnung *P. I. c. 3. §. 5.* ibi: **alle zugleich**

opponiret, und die letztern auch fol. 49. b befindlich wären, es mag nun von des Gerichts-Directoris amanuensi, oder von dem aduocato selbsten das folium 49. b hinein geschrieben seyn, zumal dieses doch gewiß ist, daß in des aduocati concept das gedachte folium nicht gestanden, sondern dazu Raum gelassen sey, auch keine Ursache anzutreffen, warum Beklagte diese wichtige exceptiones hindan gesetzet haben sollen, die er in duplicis vorhin mit solcher Sorgfalt opponiret, mit den ersten also combiniret, und daher als vno contextu oppositas halten wollen, bevorab da deren Verlust ihm ein grosses præiudicium zuziehen würde, deswegen auch diese Leuterung, ohngeachtet solche blos von einer interlocutoria opponiret worden, nach der gedachten Process-Ordnung

P. I. c. 31. §. 2.

vor admissibel geachtet ist, jedoch bey diesem Vorfall zugleich das Augenmerck dahin gerichtet werden müssen, damit die Klägere dabey ohne Gefehrde verbleiben, zumal dieselbe sich sehr beschweret, daß, weil doch gleichwol Beklagter nur seinen fol. 49. b befindlichen exceptionibus fol. 91. vol. sub ⊙ inhæriret, das folium 61. aber weggelassen, er bey Führung seines Beweises auf die fol. 61. hinzu gethane exceptiones nicht reflectiren, und seine elisivos articulos darauf nicht mit einrichten können, welches auch in rei veritate nicht geschehen, dieserwegen, wie es bey denen nouiter emergentibus peremtoriis post probationem iam peractam gehalten wird, vt scilicet his admissis reprobatio actori adhuc salua et incolumis sit, *Ad Lib. XXII. T. III.* 7

GRIEBNER *in princip. proc. iudic. lib. I. c. 2. sect. 6. §. 8.*

welches auch denen gemeinen Rechten gemäß ist,

CORVIN *in aph. iur. can. tit. de except. §. 40. et 42.*

BÖHMER *in instit. iur. can. lib. II. tit. 25. §. 3.*

man auch in hoc emergenti nöthig befunden, die Einlassung auf den 8, 9, 12, und 13. Gegenbeweis-articul so lang auszusetzen, bis Kläger noch vorher mit demjenigen, was er in seinen elisiuis articulis dagegen beweislich anführen können und wollen, gehöret worden, damit die Klägere dadurch per indirectum nicht lædiret, hergegen auch dem Beklagten gegen seine wahre Absicht, die bey allen Schrifften vornemlich zu regardiren, seine exceptiones peremtoriæ nicht abgeschnitten werden möchten, quia præcauendum est, ne, dum nimia subtilitate vtimur circa processum, ipsa subtilitas ad perniciem litigantium reuertatur, 8

arg. l. 7. pr. ad SC. Trebell.

da sich dann zu seiner Zeit, und wann Klägere zuvor gehöret, finden wird, ob dieselbe auf die quæstionirten articul sich einzulassen schuldig sind, oder nicht?

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBR. MDCCXLVIII.

Tit. IV. De fide instrumentorum et amissione eorum.

DECISIO CCCLXXVII.

THEMA.

Libri censuales contra tertium non probant.

Vid. T. IV. Decis. CLVIII. Them. 2.

Adl. Lib. XXII. T. IV.

DECISIO CCCLXXVIII.

THEMA.

Onera prædiorum rusticorum ex regiſtris publicis probantur.

Vid. T. IV. Dec. LXIX. Them. 2.

DECISIO CCCLXXIX.

THEMA.

De fide librorum cenſualium et cataſtrorum.

SVMMARIA.

Annotatio priuata non probat n. 1.
Ne quidem pro fiſco n. 3.
Variæ exceptiones contra documenta n. 2.
Rationes probant calculum non debitum iisdem inſertum n. 4.
Annotatio priuata concurrentibus adminiculis probat n. 5.
Cataſtra vt plene probent, plura coniunctim deſiderantur n. 6.
Documenta, ſi in promtu ſint, merito antecognitionem communicanda n. 7.
Indefinita recognitio ſufficit n. 8.
Documenta propter falſa additamenta fiunt irrecognoſcibilia n. 9.

Als Ew. Hochfürſtl. Durchlaucht uns übergebenen Beweiß und Gegenbeweiß, producirte und reproducirte documenta, deren geforderte recognition und darüber erfolgtes Verfahren in Sachen Anwalds des Fürſtl. Schwartzburg-Sondershauſiſchen Hof-Raths I. W. St. producenten und reproducten an einem, Ew. Hochfürſtl. Durchlaucht Cammer-Conſulenten und Hof-Aduocati ordin. I. A. P. in Namen des Fürſtl. Renth-Amts zu I. und des daſigen Renth-Secretarii I. T. T. reproducenten und producten am andern Theil, in drey zurück kommenden vol. uns gnädigſt zugeſchicket ꝛc.

Daß die producirte Zeugen vor zuläßlich zu halten, und mit deren Beeydigung und Abhörung ordentlich zu verfahren; nicht weniger produet das document ſub R und reproduet das documentum ſub A zur Nothdurfft recognoſciret; es iſt aber produet die producirte documenta ſub B, C, D, E, F, G, H, I, K, L, M, N, O, P und Q, ſowol, als reproduet die reproducirte ſub B, C, E, F, G und H Einwendens ohngehindert, zu recognoſciren ſchuldig, auch weil ſie ſolches euentualiter gethan, ſo hat es dabey ſein Bewenden, und bleiben ihnen ihre exceptiones ſowol gegen die Zeugen, als die pro- und reproducirte documenta, ſo weit ſolche erheblich, in ihren diſputir-Sätzen auszuführen unbenommen, mit recognition des documenti ſub D aber wird reproduet geſtalten Sachen und Umſtänden nach, nicht unbillig verſchonet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol produet gegen den producirten teſtem primum, daß er ſelbſt der Verkauffer, dem nexui præſtandæ euictionis unterworffen, und alſo ſuſpect ſey, opponiret, dem andern Zeugen aber entgegen geſetzet, daß er nach dem art. 28. und 29. einen Conſorten facti und intereſſenten abgeben ſolle, dergleichen Zeugen vor zuläßlich nicht zu achten. So dann derſelbe die producirte documenta ſub A, B, C, D, E irrecognoſcibel zu ſeyn vermeinet, weil ſolche theils keinen Titul, Jahr und Tag, theils auch keine Unterſchrifft und Namen, wer ſolche Erbzins-Bücher, Erb-Bücher, auch Erb- und Zins-Regiſter verfertiget, hätten, darneben ſolche vor nichts anders als pro priuatis annotationibus zu achten, die keine vim probandi haben.

CARPZ. *P. I. c. 16. def. 25.*
BERLICH *deciſ. 282. ſq.*

ferner

Ferner derselbe die documenta sub F, G, H, I und L um deswillen zu recognosciren nicht schuldig zu seyn gedacht, weil solche ihm nicht in Abschrifft communiciret worden, ohne welches an keine recognition zu gedencken. Hiernächst dem document sub K, daß es nichts releuire: dem sub M, daß es mit dem A in gleicher calibre stehe: dem sub N, daß es einerley mit dem sub B und eben denen exceptionibus unterwürfig sey: dem sub O,
2 daß es mit C einerley sey: dem sub P, Q, daß solche mit denen sub D, E gleichen Vorwürfen unterwürfig, opponiret worden, und obwol solche euentualiter recognosciret sind, dennoch dabey noch erinnert worden, daß solche nicht davor, wovor sie ausgegeben, recognosciret sind. So viel hergegen die reproducirte documenta betrifft, reproduct zwar das sub A bona fide recognosciret, dennoch vermeinen will, daß er zur recognition der documentorum sub B und C so wenig verbunden, als product zur recognition derer gegenseitigen Erb- und Erbzins-Bücher und Registern aus Mangel eines Beweises sich nicht schuldig erachtet, und ob solche gleich als Amts-Hebe-Bücher aufgeführet worden, dennoch nichts anders als priuatæ annotationes fisci seyn möchten, quæ vim probandi nec pro fisco habent,

3 *L. 7. C. de probat.*

welche Bewandniß es auch mit denen documentis sub E, F, G und H haben möchte, welches ohnedem gegentheilige Rechnungen sind, die wohl de calculo und über die Frage: ob diese oder jene Post zu passiren sey? einen Beweiß machen möchten, keine vim probandi
4 aber über die beygehengte iura und qualitates rerum haben könten; da hergegen das attestatum sub D nicht alle Krafft verliehren will, welches zwar der Renth-Secretarius T. doch nicht vor seine priuat-Person, sondern vi officii ausgestellet, und ihm also in causa, officium eius concernente, nicht aller Glaube zu entziehen, wie er denn in solcher qualität als Beklagter sich blos mit aufgeführet, so daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn auch reproducten dessen recognition sub pœna recogniti refusis expensis auferleget werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die denen beyden Zeugen opponirte exceptiones unerheblich, nachdem das periculum præstandæ euictionis bey dem ersten Zeugen nicht anzutreffen, da er die Mühle cum onere verkauffet, bey dem andern Zeugen aber gar kein Grund eines habenden interesse angeführet werden mögen, product also wohl gethan, daß er seine interrogatoria euentualiter übergeben, und in deren Abhörung consentiret. Und so viel die producirte documenta sub A, B, C, D, E betrifft, solche zwar nicht geringen dubiis unterworffen, jedoch noch einige vim probandi haben, wenn sie nemlich sehr alt, beständig fortgeführet, und mit andern adminiculis versehen sind, so hier nicht ermangeln, 5

Ad Lib. XXII. T. IV.

BÖHMER *tom. I. iur. eccl. tit. de fide instr. §. 3. in f.*

deswegen sie billig inzwischen recognosciret werden müssen, eben wie die reproducirte documenta billig recognosciret worden, ob sie wol ebenfalls in annotationibus fiscalibus bestehen, und keine Krafft einer gerichtlichen registratur als documenta publica schlechterdings haben können, præsertim si de præiudicio tertii agitur, vnde plura coniunctim desiderantur, vt cataſtra plene probent, de 6
quibus agit

LYNCKER *de cataſtris*

wiewol hier davon noch nicht zu handeln, sondern solches denen dispu ir Gesetzen zu überlassen, und allhier schon gnug ist, daß sie recognosciret werden müssen, und nicht absolute verwerflich gewesen. Uebrigens der product der documentorum sub F, G, H, I, K editionem fol. 34. der product. act. erst suchen und erhalten müssen, und dahero ante terminum recognitionis nicht communiciren können, obwol sonsten die communica- 7
tion, si in promtu sunt, allerdings nöthig ist, und nicht hindan gesetzet werden kan, dieserwegen der product wohl gethan, daß er solche euentualiter recognosciret, bevorab da bey deren recognition keine grosse deliberation vorgekommen, und ihm noch alle exceptiones dagegen bevor bleiben. Ob aber das documentum sub K etwas releuiren werde, sich künfftig finden wird, davon anitzo abermal noch nichts zu gedencken, und weil die documenta sub M, N, O, P, Q einerley Beschaffenheit mit denen sub A, B, C, D, E haben, auch solche billig, wie jene, recognosciret werden müssen, welche auch product fol. 60. b der product. act. zur Gnüge recognosciret, ohngeachtet derselbe nicht mit der Clausul: davor, wovor sie ausgegeben worden, recognosciret, als welche in indefinita recogni- 8
tione billig verstanden wird. Uebrigens so viel die reproducirte documenta sub B, C betrifft, schon dieserwegen gebührende Erinnerungen geschehen, die übrige aber sub E, F, G, H nachdem sie fol. 27. der reproduct. act. von den falschen Zusätzen gesäubert sind, und reproduct solche qua correcta et purgata recognosciret hat, nunmehro denenjenigen dubiis nicht mehr unterworffen sind, welche dagegen opponiret worden, wiewol es besser und zuträglich gewäre, wenn sie nochmahls in sua primæua integritate auf Unkosten des reproducenten, so ex officio auch wohl verfüget werden kan, ad acta gebracht würden, damit der künfftige Referent dadurch nicht etwa auf Irrwege gebracht werden möge, als

Ad Lib. XXII. T. IV.

womit es bey denen gefährlichen Zusätzen wol hauptsächlich angesehen gewesen ist, und deswegen das doc. sub D billig als irrecognoscibel gehalten werden müssen, angesehen man augenscheinlich wahrnimmt, daß die documenta sub E, F, G, H so, wie sie fol. 18. bsqq. der reproduct. act. produciret worden, nicht ohne Gefehrde ad acta gebracht, und denenselben falsche Zusätze beygefüget worden, welche 9 in denen originalien nicht stehen, dadurch aber die Sache in Verwirrung gebracht werden können, und weil übrigens der Mitbeklagte Renth-Secretarius T. leicht wahrnehmen mögen, daß solche in termino recognitionis mit denen originalien conferiret und darnach corrigiret werden würden, er dieses stratagema gebrauchet, und ratione der falschen Zusätze ein attestatum quasi ratione officii ausstellen wollen, vt per indirectum falsis declarationibus documentorum sub E, F, G, H fidem assuere posset, wodurch er aber sich sehr verdächtig gemachet, gar zu partheyisch sich aufgeführet, und sein Vergehen damit nicht excusiren kan, daß die correcturen per errorem eingeflossen, als welche offenbar a dessein a sciente et volente nach dem Augenschein dabey gesetzet sind, und er dadurch in hac causa, wobey er sich selbst sehr interessiret, omnem fidem verlohren, dieserwegen allensalls kein mehr Recht als ein iudex suspectus recusatus prætendiren kan.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE DEC. DCCXLVII.

DECISIO CCCLXXX.

THEMA.

De fide librorum censualium.

SVMMARIA.

Libri censuales magnam probandi vim habent n. 1.
In antiquis leuiores probationes sufficiunt n. 2.
Non vsus iuris facultatem illud exercendi supponit n. 3.
Præscriptio contradictionem debitoris et alterius patientiam requirit n. 4.
Libri censuales probant, si publica autoritate confecti n. 5.
Alias fidem non habent n. 6. 8.
Nequidem fisci annotatio priuata contra tertium probat n. 7.
Libri censuales non probant contra illos, qui non sunt de territorio n. 9.
Census olim ex superstitione monasteriis promissi ac oblati n. 10.
Vbi simplex census præstatur, laudemium cessat n. 11.
Annotatio antiqua fide testium elisa n. 12.
Vetustas temporis in antiquis est loco tituli n. 13.
In extinctiua præscriptione solus non vsus absque contradictione sufficit n. 14.
Actore non probante reus absoluendus n. 15.

Als die Herren uns eingewandte Leuterung, deren prosecution und erfolgte Gesetze in Sachen Actorn der Fürstl. Cammer zu G. Klägern an einem, und N. E. nachgelassener Erben, Beklagten am andern Theil, in vier zurück kommenden volum. act. zugeschicket ꝛc. demnach ꝛc.

Daß zuförderst S. B. E. besser als bishero geschehen, durch producirung des curatorii und des curatoris Unterschrifft ihren gemeinschafftlichen Anwald zu legitimiren, und ihr Aduocat, weil solches in der fol. 32. vol. IV. befindlichen Vollmacht unterlassen, drey Thaler Strafe zu erlegen schuldig, die vol. IV. fol. 83. geschehene Ungehorsams-Beschuldigung aber nicht statt habe; übrigens erhellet aus denen Acten so viel, daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem am 19ten April 1734. publicirten und fol. 1. volum. III. act. befindlichen Urthel nochmahlen nicht unbillig verbliebet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger den Grund seiner Klage zur Nothdurfft erwiesen zu haben vermeinet, und dieserhalb auf eine von zwey Seculis her bereits übliche Gewohnheit, und Gerechtsame des Amts Volckeroda, von einigen in Mohrstedt gelegenen Lehn- und zinsbaren Grund-

Stücken

Stücken bey sich ereignenden Veräusserungen Lehn-Waare zu fordern, sich gegründet, und zu dessen Beweis 1) einen extract aus dem Erb- und Fudamental-Buch des Amts Volckeroda de anno 1571. angeführet, in welchem ausdrücklich annotiret ist, daß in Mohrstedt nach hohen und niedrigen Kauf von jedem Schock oder Gülden ein Groschen gewöhnlich Lehn-Geld falle; solches auch 2) daher eine nicht geringe vim probandi verdienen möchte, da selbiges laut des attestati des Amts Volckerode fol. 72. vol. I. wegen seines Alterthums bey Lehn- Zins- und Feld-Irrungen zur Entscheidung gebraucht worden, und es also das Ansehen hat, als wenn solches vor ein wahrhafftiges Erbzins-Buch zu halten, libri
1 enim censuales magnam probandi vim habent,

l. 10. D. de probat.

NIC. *de* PASSER. *de script. priuat. l. 5. qu. 1. 2.*

zumal auch 3) desselben compilator in actis vol. IV. f. 66. ausfündig gemacht worden, und selbigem also dieses Puncts halber kein Mangel ferner mehr opponiret werden mag, überdiß auch 4) die fol. 14. sub B vol. I. befindliche Register klärlich darthun, daß in unterschiedenen Fällen von einigen in Mohrstedt gelegenen Grund-Stücken würcklich Lehn-Geider entrichtet, und also die oben angeführte Gerechtsame in der That in observanz gebracht worden, solchen alten Amts-Registern aber desto mehr Glauben beyzumessen, als eines Theils solche iustificiret seyn sollen, und nicht zu glauben, daß jemand etwas in Einnahme bringen werde, so er nicht empfangen; andern Theils man allhier in antiquis probandis ver-
2 siret, woselbst sogar leuiores probationes zugelassen werden,

c. 13. X. de probation.

c. 13. X. de præscript.

hingegen 5) Beklagte in ihrem Gegenbeweiß nichts zuverläßiges vorgebracht zu haben scheinen, indem die producirten Zeugen ebenfalls einige von Amt Volckerode zinsbare Grund-Stücken besitzen, und also in dieser Sache interessiret und suspect sind; endlich 6) die vorgeschützte præscriptio et contraria consuetudo hier nicht statt haben möchte, indem, wenn man ja sagen wollte, daß binnen 50. bis 70. Jahren keine Lehn-Gelder gefordert
3 worden wären, man jedoch no hwendig Veräusserungs Fälle angeben müste, worin die gegenseitige Gewohnheit beobachtet und kein Lehn gefordert, noch gegeben sey, dergleichen in actis nicht angeführet worden, hergegen die neuesten actus alienationis von anno 1724. und 1726. bey welchen man kein Lehn-Geld prætendiret, der 30jährigen præscriptioni noch nicht unterworffen, überdem auch die
4 übrigen requisita einer præscription, als contradictio a parte debitoris und patientia a parte creditoris, allhier ermangelten, diesem nach Kläger dasjenige, was ihm zu beweisen obgelegen, gnugsam dargethan zu haben, es das Ansehen haben möchte. *Ad Lib. XXII. T. IV.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) Erb- und Zins-Bücher nicht eher publicam fidem erhalten, als wenn solche publica auctoritate per officiales publice ad id deputatos, citatis omnibus, quorum interest, aufgerichtet, und zugleich deren Innhalt, insbesondere aber die Lehn- und Zins-Gelder und übrige onera denen Lehn- und Zins-Leuten deutlich vorgetragen, angezeiget, und von diesen agnosciret worden, 5

KLOCK *de contribut. c. 17. n. 29. sqq.*

BRVNNEMANN *ad l. 4. de censib. n. 4.*

CARPZOV *l. 1. resp. 62.*

cum interfit maximopere audiri, ad quos eæ res pertinent,

MEVIS *P. IV. dec. 179.*

und wo 2) dieses ermangelt oder nicht beygebracht werden kan, cum paria sint, non esse et non posse probari,

l. 31. de testam. tut.

solche Bücher pro annotationibus priuatis zu halten, welche bekanten Rechten nach gegen 6
einen dritten keine vim probandi haben, cum nequidem priuata fisci annotatio sufficiat, 7

l. 7. C. de probat.

immassen wenn 3) solchen priuat-Zins- und Erb-Büchern plena vis probandi beygeleget werden sollte, dieses daraus erfolgen würde, daß ein jedweder Zins- oder Lehn-Herr zu seinem Besten, denen Lehns- und Zins-Leuten aber zum Nachtheil in denenselben was anschreiben und eintragen könnte, welches nach vielen Jahren seine Nachkommen zu ihrem Besten gebrauchen möchten, so gleichwol die Rechte billig verwerffen.

CARPZOV. *l. 1. resp. 61.*

IDEM *P. I. c. 16. def. 25.*

BERLICH *dec. 282. sq.* 8

WERNHER *in obseru. pract. voc.* **Bücher und Erb-Bücher.**

Diesemnach auch die in rat. dubit. 1. angeführte annotatio nichts erweiset, da sich 4) bey dem producirten sogenannten Fundamental-Buch die Eigenschafften eines rechten Zins-Buches nicht finden wollen, nachdem so wenig beygebracht, daß dasselbe publica auctoritate aufgesetzet sey, noch auch zu erweisen stehet, daß bey dessen Verfertigung alle Zins-Leute gegenwärtig gewesen, dabey gehöret, und

mit

Ad Lib. XXII. T. IV.

mit ihrer Genehmhaltung ihre Lehns- und Zins-Pflichten darinnen aufgezeichnet worden, diesemnach also das besagte Erb-Buch, als welches ex domo des Klägers hergenommen, pro priuata scriptura zu achten, welche oben angeführter massen auch pro fisco in præiudicium tertii nichts erweiset,

per cit. l. 7. de probat.

und ob man wol 5) diß Buch laut des attestati des Amts Volckerode in Entscheidung der Lehns- und Zins-Streitigkeiten zum Grunde geleget, solches zwar gegen die zu Volckerode gehörige Unterthanen geschehen seyn mag, allein daraus nicht sofort folget, daß solches auch gegen Zins-Leute, die in alieno territorio sind, pro norma decisiua anzunehmen, cum censuales libri non probant contra illos, qui non sunt de territorio,

MEVIVS *P. IV. dec. 179. n. 12.*

MASCARD *de probat. concl. 273. n. 17.*

NICOL. *de* PASSER. *de priuat. script. l. 5. qu. 1. n. 6. et qu. 5. n. 11.*

9 übrigens 6) auch dieses hiebey nicht unbillig in Erwegung gezogen werden kan, daß von einigen in Mohrstädt gelegenen Grund-Stücken Zinsen an das Closter-Amt Volckerode, und also extra territorium gezahlet werden, solglich wahrscheinlich ist, daß solche Zinsen nicht ex qualitate prædiorum, oder in signum subiectionis entrichtet werden, sondern vielmehr blos ex oblatione et spontanea promissione entsprungen, da es vor dem etwas gar gewöhnliches gewesen, auch aus vielen exemplis erhellet, daß Bauren aus deuotion und ex opinione meriti zu einem jährlichen Zins von ihren Ländereyen an Kirchen und Clöster sich verbunden, und schlechte Zinsen davon zu geben versprochen, anbey bekannt ist, daß Volckerode vor dem ein Cisterfienser Closter gewesen,

vid. FRIDR. RVDOLPHI *Gotha diplomatica P. II. c. 36. p. 265.*

diesemnach also bey so bewandten Umständen die von den Mohrstedtischen Grund-Stücken nach Volckerode zu zahlende Zinsen pro censibus simplicibus zu halten, obwol solche per abusum auch Erben-Zins genannt werden,

11 cum a dici ad esse non valeat consequentia, von solchen aber ausser den Schreib-Gebühren bey Veräusserungen keine Lehn-Waare gezahlet wird, und also hierin von dem wahren Erben-Zins, welcher ex qualitate prædiorum rusticorum dem domino geliefert wird, sehr unterschieden sind, solcher Unterscheid sich auch würcklich bey denen in Mohrstedt gelegenen Grund-Stücken hervor thut, als davon die mehresten nach Schlotheim, und an den Herrn von Hopffgarten, als ihren Gerichts-Herrn, Erb-Zinsen und Lehn-Geld abtragen, vid. test. 1. ad inter. spec. art. 58. fol. 73. vol. II. hingegen nach aller Zeugen Aussage von einigen Ackern nur bishero ein Zins und Schreibe-Gebühren an das Closter-Amt Volckerode extra territorium gezahlet worden, aus welchen allen dann nunmehro, was pro 1ma et 2da rat. dubit. angeführet worden, seine abhelfliche Maase bekommt, und es hiebey ad 3) nicht viel sagen will, daß der compilator des besagten Fundamental-Buchs in actis angegeben worden, immassen doch nicht klar, daß derselbe zu Verfertigung dieses Buchs publica auctoritate bestellet worden, zu geschweigen, daß die übrigen oben angeführten requisita eines Erb- und Zins-Buchs dabey ermangeln, daneben ad 4) bey denen Amts-Registern ebenfalls anzumercken, daß solche als eine priuata annotatio in præiudicium tertii nichts erweisen;

cit. l. 7. C. de prob.

DECIVS *ad c. 2. X. de fide instrum.*

zumal nicht zulänglich dargethan, daß der Rechnungs-Führer beediget, und die Rechnungen würcklich iustificiret worden, überdem 12 denen extrahirten Amts-Registern um so viel weniger Glaube beyzumessen, als solche durch die reprobatorial-Zeugen verdächtig gemacht worden, indem 1) testis 1. ad art. 47. f. 71. vol. II. betheuret, daß sein Vater Dietrich Schertzberg sein Lebetage kein Volckeroder Zins-Land besessen habe, und dennoch in den Registern annotiret ist, daß er einmal ein halbes Viertel Landes, und hernachmal ein Viertel Land erkaufft, und davon Lehn-Geld gezahlt, hiernächst 2) in denen Amts-Registern angeführet wird, daß Michael Schmidt von seinen Mit-Erben ein Hauß gekaufft, und daran 36. Thlr. ererbet, dessen Gegentheil doch testis 2. ad art. 35. et 36. fol. 66. vol. II. endlich ausgesaget, und also besagter Extract aus denen Amts-Registern wenig fidem behält, und obwol derselbe darin mit den sogenannten Fundamental-Büchern überein kommt, daß er desselben obseruanz dociren, und daher eine præsumtion in antiquis operiren möchte, dennoch daraus allein der Beweis nicht herzunehmen ist, zumal da ad 5) Kläger nichts zuverläßiges gegen die drey reprobatorial-Zeugen anführen und erweisen können, ja, wenn auch die Zeugen einiger massen verdächtig und interessiret seyn sollten, solches doch ihre einmüthige und eydliche Aussage nicht gäntzlich umstossen kan, da sie unanimiter dieses aussagen, daß seit mehr als 50. Jahren niemahls Lehn-Geld nach Volckerode gezahlet oder prætendiret worden sey, und hiebey ad inter. spec. 2. et 3. art. 25. f. 59. vol. II. genau zu unterscheiden gewust, daß von dem Volckeroder Zins-Land in Mohrstedt zwar ein Schreibe-Schilling, aber kein Lehn-Geld, hingegen wol von andern Grund-Stücken an die Gerichts-Herren, die von-Hopffgarten, Lehn-Gelder gezahlet würden, zudem auch der Zeugen Aussage mit dem attestato des Syndici und der Gemeine zu Mohrstedt fol. 7. vol. I. harmoniret,

harmoniret, und dadurch bekräfftiget wird, diesem zu folge also ad 6) seit undencklichen Jahren kein Lehn-Geld an das Amt Volckerode gezahlet worden, weshalb Beklagte nicht unbillig eventualiter præscriptionem opponiret, bevorab bey dem Verlauff so vieler Jahre nicht leicht zu vermuthen stehet, daß nicht bey vielen Sterbe-Fällen gleichfalls Veräusserungs-Fälle sollen vorgefallen seyn, noch weniger aber hierbey eine contradictio a parte debitoris pro titulo erfodert wird, da selbst vetustas
13 temporis et patientia loco tituli bey dergleichen præscriptione ist,

l.1. in f. l.2. pr. §.5.7. de aqu. pluu. arcend.

l.3. §.4. de aqu. quotid.

l.10. si seruitus vind.

und es hiebey bloß auf die negligentiam et non vsum ankommt, vt non desideretur ex-
14 actio laudemii, eiusque denegatio,

l.19. seru. quemadm. amitt.

KLOCK. *de contribut. c.16. sect.2. n.77.*

HARPRECHT *de præscript. immunit. a collect. §.16. seq.*

nicht zu gedencken, daß, weil Kläger seine Gerechtsame wegen des prætendirten Lehn-Geldes nicht erwiesen, es ohnedem überflüssig gewesen die Verjährung solches vermeintlichen Rechtes mit vielen zu bestreiten, und überhaupt bey so bestallten Sachen für Beklagte absolu-
15 toria erfolgen müssen, cum actore non probante reus absoluendus sit.

l.6. de prob. l.4. C. de edendo. *Ad Lit. XXII. T. IV.*

Endlich da hiebey noch zwey incident-puncte vol. IV. fol. 82. und 83. vorgekommen, deren erster eine bessere legitimation der Beklagten erfordert, der andere aber die acculationem contumaciæ, weil Beklagte in termino prosecutionis nicht erschienen, betrifft, und denn der erste allerdings gegründet befunden worden, da unter denen Erhardtischen Erben sich eine Weibes-Person befindet, deren curator so wenig unterschrieben, als sein curatorium ad acta gegeben, welches doch laut fol. 84. vol. IV. bey Straffe drey Thalern, so der Aduocat erlegen soll, verbothen ist, und dahero solches billig suppliret werden müssen, der andere aber hinwegfällt, weil vol. IV. fol. 73. Beklagten Anwald in der Hauptsache lediglich ad acta priora submittiret, und in as de tribus sententiis conformibus dabey angeführet ist, die Hauptsache nicht betrifft, und in keine consideration ohnedem gezogen worden, also es bewandten Umständen nach bedencklich gefallen, auf die Ungehorsams-Beschuldigung, und der zufolge auf die Einlassung auf die grauamina zu erkennen; endlich die Unkosten billig übergangen werden müssen, weil hier a sententia definitiua geleutert, und die grauamina vor gantz unerheblich nicht zu achten, in welchem Fall laut vol. IV. fol. 83. die Unkosten zu compensiren.

So ist, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVGVSTO MDCCXXXVI.

DECISIO CCCLXXXI.

THEMATA.

I. Matriculæ antiquæ in archiuo regio repertæ, licet mera exempla sint, plene probant.

II. *Ius ouile habendi a possessione agrorum pendet.*

III. *Ius compatronatus falso assertum.*

SVMMARIA.

Ius ouile habendi longi vel longissimi temporis præscriptione acquiri potest n. 1.

Seruitutes discontinuæ immemoriali tempore acquiruntur n. 2.

Possessio prohibitione alterius non acquiritur, nisi prohibitionis paritum sit n. 3.

Qui ex officio agit, a cautione pro expensis liberatur n. 4.

Nemo superuacua cautione onerandus n. 5.

Documenta ex archiuo regio desumta plenam fidem habent n. 6.

Etiam copiæ in archiuo repertæ in antiquis probant n. 7.

Ad Lib. XXII. T. IV.

Res locata semper revocari, non vero præscribi potest n. 8.

Quile habendi ius a possessione agrorum pendet n. 9.

Et quidem pro rata mansorum exercetur n. 10.

Auctio numero agrorum quantitas ouium augeri potest n. 11.

Ex sola inspectione in res ecclesiasticas ius compatronatus non colligitur n. 12.

Extinctio per suppressionem beneficii, ius patronatus eidem cohærens simul perit n. 13.

Auf geschehenes Vorbringen, darauf erfolgte weitläufftige Sätze und ferneres Verfahren, auch respective interponirte remedia, in Sachen der ministerialium und conf. in Pasewalck, Klägern an einem, und des Magistrats daselbsten, Beklagten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß Beklagte Einwendens ohngehindert, die fol. 262. b zuerkante Termins-Kosten Klägern zu erstatten schuldig, diese aber mit der angesonnenen caution gestalten Sachen und Umständen nach zu verschonen. Uebrigens erhellet aus denen acten und der Partheyen Einbringen so viel, daß Klägere das Eigenthum des Hospitals so wol in Ansehen der vier Wendfelder, wovon zwey Winspel Getreyde, als der vier übrigen, wovon die Zinsen die Beklagte entrichten, nach Nothdurfft erwiesen, Beklagte aber ihr ius compatronatus nicht beygebracht, dannenhero Beklagte sich dessen, ausgenommen, so viel das ius vocandi diaconum und die ihnen zustehende coinspection betrifft, zu enthalten, die acht Wendfelder aber denen Klägeren zu ihrer freyen und profitablen Einrichtung abzutreten schuldig, und damit dieselbe auf dem Pasewalckischen Stadtfelde ausfündig gemachet und nunmehr untersuchet werden möge, ob dieselbe unter dem Verwalters-Lande würcklich befindlich, so ist zu dem Ende die gebethene commission ad ocularem inspectionem mit adcitirung beyder Partheyen und Zuziehung eines geometræ, der einen genauen Abriß von dem fol. 290. b bereits einseitig entworffenen, aber sehr gestrittenen Lage, nebst dabey gefügten Bericht und Gutachten verfertige, anzuordnen, und denen commissariis mit aufzugeben, daß sie vorher Zeugen, so viel deren ausfündig von beyden Seiten gemachet werden können, seruato iuris ordine eydlich abhören, solche mit in locum bescheiden und ihre Aussage daselbst declariren lassen, auch sonsten alles zu thun, was zur Erforschung der Sache nöthig, dem zu folge denn auch die Beklagte sich der Schäferey nach proportion derer acht Wendfelder so wol, als insbesondere der von dem Oberfeld weggenommenen, und auf das Unterfeld gezogenen, und mit 300 Schafen exercirten, wie auch auf denen übrigen Kirchen- und Hospital-Aeckern attentirten übermäßigen Hütung sich zu enthalten, und die Zahl der Schafe nach proportion ihrer eigenen etwa habenden Länderey und auf andere Bürger-Aecker erlangten Rechts, nach dem arbitrio iudicis landüblich einzurichten gehalten, und wenn auch wegen der Crämer-Förde dem letzten Bescheide von 28. Febr. 1730. wird nachgelebet seyn, so ergehet auch dieserwegen so wol, als der noch rückständigen Untersuchung der acht Wendfelder und Unkosten ferner was Recht ist; wegen des neunten Wendfeldes aber findet der Klägere Anspruch an die Beklagte nicht statt. Würden endlich Klägere den eigentlichen Grund ihres prætendirten Schadens gebührend anzeigen und solchen zuforderst liquidiren, so ergehet alsdann auch dieserwegen ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagte 1) wegen der Termins-Kosten vorgestellet, daß sie im angesetzten termino vsque ad duplicas völlig gehandelt und zum Spruch Rechtens submittiret, also es keiner fernern continuation des Behörs und eines neuen Termins bedurfft, dahero die expensæ wegfallen müsten, sie darneben 2) von Klägern wegen der Unkosten caution prætendiret, anbey vermeinen wollen, daß dieser Proceß ohne Grund von dem Hrn. Præposito erreget, und wegen derer verursachten Unkosten künftig responsabel seyn müsse, anerwogen so viel 3) die Hauptsache betrifft, die Beklagte, daß dem Hospital S. Spiritus die vier Wendfelder, davon sie vier Winspel Getreyde geben, eigenthümlich zustehen, und sie solche bishero nur pachtweise inne gehabt, beständig leugnen, auch nicht zugeben wollen, daß sie die übrigen fünf Wendfelder besitzen, noch solche überhaupt in dem Verwalter-Felde zu finden seyn, zumahl diese quæstionirten fünf Wendfelder das Hospital nur iure crediti innen gehabt, und davon laut der matricul de an. 1563. die Zinsen genossen, die vermuthlich die debitores wieder reluiret haben müssen, auch genug sey, daß Klägere die possession von Seiten des Stadt-Raths so wenig erwiesen, als die eigentliche Lage der übrigen vier Wendfelder beygebracht, als welche 4) aus dem Verwalter-Lande nicht bestehen könne, vielmehr solches ein eigenes grosses Feld, so in dreyen besondern Schlägen liege, und von undencklichen Jahren her

eine

eine eigene Verwalterey von vielen Winspel Korn Einsaat gewesen sey, wie denn auch die fol. 357. seqq. ad acta gebrachte summarische Aussage einiger Zeugen bekräftige, daß dieses quæstionirte Land jederzeit das Verwalter-Land genannt sey, das Wendfeld aber jenseit dem Dorffe über dem Mühlenbecke liege, und nach des ersten und dritten Zeugen fol. 364. befindlichen Aussage das Heil. Geist-Land nachdrücklich genannt werde, da hergegen des vormahligen Küsters zu Bellingen fol. 293. befindliche Aussage, daß das Verwalter-Land immerdar Wendfeld genannt sey, partheyisch, und zum faveur des Hrn. Præpositi, als seines patroni, abgeleget sey, mithin so lange als dieser nicht darthun könne, daß die vier Wendfelder mit unter dem Verwalter-Lande stecken, das Hospital auch davon sich vier Wendfelder eigenthümlich nicht zueignen könne. Darneben, so viel 5) das Eigenthum des Hospitals an den in Anspruch genommenen vier Wendfeldern betrifft, anfänglich von Beklagten erinnert worden, daß nicht vierer, sondern nur zweyer Wendfelder in der matricula de a. 1563. fol. 6. gedacht, und die fol. 30. befindliche annotation nicht authentic sey, zumahl auch die gantze matricul nicht das original, so in Feuer aufgegangen, sondern nur vor eine copey zu achten, die neue aber de a. 1698. nicht confirmiret, und also pro basi decidendi dessen, was den Grund der Klage ratione des Hospitals Eigenthum betrifft, nicht anzunehmen sey, ja, wenn auch 6) einiger Glaube der fol. 30. befindlichen annotation beyzulegen, dennoch daraus erhelle, daß die Stadt Pasewalck zu Bellingen vier Wendfelder habe, so daher dem gedachten Hospital nicht zugehören können, davon auch die alte matricul nichts deutlich asseriret, sondern diesen Wendfeldern den Platz auf dem Pasewalckischen Felde assigniret, worauf aber das Verwalter-Land nicht gelegen, wenigstens solches noch nicht itzo unerwiesen, so dann 7) nicht dargethan sey, daß die zwey Winspel Korn, so Senatus davon schon von 1563. bis hierher gegeben, ein Pacht sey, zumahl solche niemahls gesteigert, auch von der Stadt Eigenthum nicht præstiret werden können, ja nicht einsten pro canone emphyteutico, sondern pro perpetua præstatione seu censu quodam, quem quis ex bonis propriis, salua proprietate præstat, gehalten werden müsse, welches suo modo in dem contract de an. 1714. fol. 599. agnosciret und beschlossen sey, daß es bey denen zwey Winspel Getreide sein Bewenden haben solle, als eine offenbahre Anzeige, daß dabey keine Erhöh- und Loskündigung statt finden könne, in welcher Absicht auch 8) der Rath in an. 1716. laut fol. 268. befehliget worden, die beyden Wendfelder,

so von Alters bey der Stadt gewesen,

wieder an die Stadt zu bringen, so daß fast daraus zu schliessen, daß die zwey Wendfelder, deren die matricul de an. 1563. gedencket, iure antichretico das Hospital inne gehabt, und an Winspel bezahlet, in dubio auch 9) pro tam antiquissima possessione, die schon von a. 1563. gedauret, die grösseste præsumtion militiret, bevorab, da die prouisores e Senatu, welche Klägere hiebey eines Unterschleiffs beschuldigen, nicht allein, sondern auch dabey das Ministerium die Aufsicht geführet, welches nicht so lange ihnen nachgesehen haben wird, wenn sie eine wahre Befugniß an den Wendfeldern gehabt hätten. Ferner 10) die Bellingische Schäferey betreffend, aus der matricul de an. 1563. klar zu erhellen scheinet, daß damahls solche schon bey dem Bellingischen Acker-Hofe angeleget gewesen, solche auch nicht einst in dem contract an. 1714. von dem Kauf ausgeschlossen, vielmehr also darinnen bestätiget worden, ja bey der alten matricul von den Hertzogen von Pommern dem Rathe selbst zu Gemüthe geführet, daß sie bey einigen angeführten Beschwerden, bedencken möchten, daß sie eine neue Schäfferey vor ihren Acker-Hof angeleget, und dadurch solcher Beschwerde wohl vergessen könten. Ausserdem aber 11) Beklagte hiebey mit der præscriptione über 150 Jahren gehöret werden müssen, da auf eine Schäferey Gerechtigkeit in aliorum fundis ad instar seruitutum mit einem geringern Zeitlauf von 10 oder 20 Jahren acquiriret werden können, oder, wenn es an Titel ermangeln solte, dennoch die scientia et patientia aduersariorum post 30. annos den völligen Ausschlag geben müsse,

COCCEII *de præscr. anomala.*

BOEHMER *ad pand. tit. de seruitut. §. 8.*

gestalt denn bey denen iuribus discontinuis zwar viele ein tempus immemoriale erfordern, solches aber per errorem geschehen und nicht zu attendiren sey,

l. 39. ff. de legibus.

allenfals auch ein tempus immemoriale in 150 Jahren stecken müste, nicht zu gedencken, daß sie iure dominii et proprietatis fundorum die Schäferey wohl anlegen können, sie von vielen Jahren bereits 600 Schaffe gehalten, und nunmehro solche auf dem Unterfelde mit Bewilligung der colonorum und anderer priuatorum hüten lassen, so Klägern nichts angehe, und ob diese gleich dawider allerhand contradictiones opponiret, dennoch solche in facto non probato bestehen sollen, Beklagte sich auch daran nicht gekehret, sondern nach wie vor die Hütung continuiret, quo continuato exercitio, non obstante prohibitione, hoc ius acquiri potest,

CARPZ. *P. II. const. 4. def. 15.*

prohibens enim non acquirit possessionem prohibendo, nisi etiam prohibitioni paritum sit.

Ad Lib. XXII. T. IV.

1

2

3

Ad Lib. XXII. T. IV.

MEV. P. III. dec. 93. n. 4.

Endlich was 12) wegen des iuris compatronatus denen Beklagten gestritten werden wollen, seine Erledigung abermahl aus der alten matricul de an. 1563. zu nehmen scheinet, da fol. 5, 6, 7, wie auch 60. et seqq. vielfältig gedacht wird, daß der Rath Patronus von gewissen beneficiis sey, zumahl derselbe auch so gar die pia corpora dotiret, und aus einer Zuneigung gegen dieselbe sich entschlossen, alle dessen geistliche Lehen in den Kasten desselbigen fliessen zu lassen, wodurch abermahl das ius compatronatus noch mehr bestätiget worden, wie denn derselbige darneben alle effectus iuris compatronatus sich dabey bedienet, daß sie zu der lustration der Zeit an. 1698. gehaltenen Register mitgezogen worden, die inspection in Kirchen-Sachen mit exerciret, alle Kauff- und Miethscontracte, so die Kirche angehen, ausgestellet und subscribiret, und andere actus, iuri patronatus proprios, exerciret, welchem Rechte in matricula de an. 1563. fundato die matricula de an. 1698. in keinem Stücke derogiren könne, sondern aus jener erkläret werden müsse. Letzlich wegen der Cramer-Förde 13) der klagende Probst bereits so viel attestata produciret, daß dadurch des Raths Beschuldigung völlig elidiret worden, welche bloß eine animosität zu seyn scheinet.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) in Ansehen der Termins-Kosten, in welche fol. 262. b Beklagter Rath condemniret worden, derselbe kein erheblich grauamen angeführet, noch einigen Schein Rechtens vor sich hat, angesehen er durch das fol. 261. befindliche Schreiben das angefangene Behör nicht absoluiret, vielmehr abrumpiret, ohngeachtet er selbsten agnosciret, daß das Verfahren noch nicht völlig absoluiret gewesen, und deswegen dazu dilation gesuchet, mithin der Vorwand, daß duplicando das Verfahren absoluiret gewesen, ungegründet ist, so, daß des interponirten remedii ohngehindert es billig bey dem decreto a quo gelassen werden müssen, zumahl wir nicht finden, daß, ohngeachtet darüber mit verfahren, darin erkant sey. Hiernechst ad 2) der punctus cautionis, welchen Beklagte vrgiret, nicht zu attendiren gewesen, da Klägere nicht
4 nomine proprio, sed intuitu officii, der Kirchen und des Hospitals wegen geklaget, und ad agendum necessitiret worden, dessen vormahlige Unterlassung zu der itzigen confusion und Unrichtigkeit grosse Ursache gegeben, welche Beklagte und deren Vorfahren selbsten verursachet, und wofern diesem Unternehmen Kläger nicht endlich widerstanden, das geistliche Vermögen noch leicht mehr Schaden gelitten haben würde, so, daß sie iustam litigandi causam vor sich haben, und wegen der Unkosten nichts zu befürchten stehet, bekant aber ist, quod nemo
5 superuacua cautione onerandus sit.

MEV. P. II. dec. 26.

So viel aber ad 3) die Hauptsache betrifft, solche vornemlich aus vier Puncten bestehet, worüber mit unnöthiger Weitläuftigkeit und Verzögerung, absonderlich von Seiten der Beklagten verfahren worden, als (a) wegen der Wendfelder: (b) Schäferey: (c) iuris compatronatus: und endlich (d) wegen der so genannten Crämer-Förde oder Wörde; bey dem ersten Punct aber in Ansehen der Wendfelder abermahl zwey Fragen vorkommen, erstlich ob dem Hospital das Eigenthum daran zustehe? und zum andern: ob solche in dem so genannten Verwalter-Lande anzutreffen? Da denn bey der ersten Frage die fünf Wendfelder, welche nach der alten matricul iure crediti der Kirchen und Hospital zugestanden und sie die Zinsen davon genossen, zwar bey dem ersten Verfahren, daß die Beklagte solche inne haben und besitzen, nicht dargethan werden können, sondern deswegen nur allerhand Muthmassungen angeführet sind, gleichwol aus denen in vol. II. ad acta gebrachten Kirchen-Registern von an. 1626. bis 1656. so zugleich mit überschicket, und davon extractus fol. 550. befindlich, sich nunmehr klar befindet, daß vier Wendfelder vor diesem, welche von denen debitoribus bey denen Krieges-Läuften nicht abgelöset, sondern an die Kirche verfallen sind, der Rath zu Paserwalck an sich genommen, die Zinse, so vormahls die debitores in an. 1563. entrichtet, davon in anno 1626. bezahlet, damit in den folgenden Jahren continuiret, und in denen gedachten Registern verrechnen lassen, endlich in denen nach 1656. geführten Registern mit zu denen andern Schulden, womit der Rath der Kirchen verhafftet, geschlagen, und die Zinse davon derselben entrichtet, woraus denn sich hervorthut, daß das ius crediti an denen vier Wendefeldern der Kirchen primordialiter zugestanden, welches auch die matricula de an. 1563. bekräfftiget, und nachdem solche unabgelöset seint der Zeit geblieben, und der Rath in dieser qualität und nach diesem Fuß, bey der vormahligen administration, dabey er das Meiste zu sagen gehabt, nachdem die prouisores aus ihren membris bestellet worden, sie unter seine cultur genommen, und die alten Zinsen a 3 Mk. von iedem davon gezahlet, das Eigenthum davon gleichwol nunmehro der Kirchen zustehen müsse, die Beklagte hergegen solche nomine der Kirchen innen gehabt, als welche kein Recht sich daran anmassen, noch einiges ius reluendi attribuiren können, nachdem sie weder denen debitoribus succediret, noch ein ius cessum von ihnen erhalten, darneben in der matricul de an. 1563. fol. 28. klar versehen, daß die Kirchen-Vorsteher und inspectores die Länderey an den meistbietenden austhun, und weder sich, noch ihren Erben einige Gerechtigkeit, noch *præscription* daran anmassen sollen, prohibita autem omni præ-

præscriptione exceptio præscriptionis cessat, welche hier ohnedem nicht statt finden kan, da sie die quæstionirte Länderey nicht anders als Namens der Kirchen, die allein ein Recht, und nicht der Rath zu Pasewalck, daran gehabt, besessen, und schlimm genug ist, daß der Rath solche nicht der cultur und disposition der Kirchen überlassen, sondern dieselbe bloß mit denen 3 Mk. Zinsen von iedem Wendfelde abgespeiset, den grösseren Vortheil aber sich angemasset, wovor sie vielleicht suo tempore responsabel werden müssen, dergestalt sie also umsonst deren possession geleugnet, deren sie aus Bezahlung der Zinsen wegen der Wendfelder überzeuget worden, so wol das Vorgeben, daß solche von denen debitoribus wieder reluiret seyn müssen, offenbahr falsch ist, welches ehender bey dem fünften Wendfeld seine application haben möchte, von dem kein Beweis, daß Beklagte solches besitzen, sich findet, und aus blossen coniecturis solches nicht zu erweisen stehet, derowegen vor der Hand die Beklagte dieserwegen absoluiret werden müssen, hiernechst so viel des Hospitals S. Spiritus an den vier Wendfeldern, wovon Senatus zwey Winspel Korn jährlich giebt, zustehendes Recht betrifft, und davon ad rat. dubit. quintam gehandelt worden, zwar nicht ohne ist, daß in der matricul de an. 1563. fol. 6. nur zwey Wendfelder gedacht werden, iedoch der Rath selbsten darüber fol. 30. die Erklärung gethan, daß es nicht zwey, sondern vier Wendfelder seyn, und von iedem sechs Schfl. Rocken und sechs Schfl. Haber gelieffert werden, welche annotation zwar Senatus pro authentica nicht annehmen will, gleichwol solches aus der gantzen suite der Sache sich zu Tage leget, nachdem aus dem fol. 22. befindlichen rescript de dato Wolgast vom 16. Decembr. 1562. zu ersehen, daß die matricul dem Rath zu Pasewalck um ihre Anmerckungen darüber zu machen, communiciret worden, welcher darauf am 6. Febr. an. 1563. solche eingeschickt, und vorgedachte Anmerckungen über die zwey Wendfelder verfertiget, die Hertzoge von Pommern aber ihre Erklärung sub dato den 12. Febr. eiusd. anni dabey gethan, welche copeyen mit denen in alten Fürstlich-Wolgastischen archiuo vorhandenen Urkunden von Wort zu Wort gleichlautend übereinstimmen, und zu der alten matricul ex post facto als eine nothwendige Erklärung mit guten Recht gebracht sind, wie solches der Registrator archiui regii in an. 1700. attestiret hat, dabey aber bekant ist, daß dergleichen documenta ex archiuo regio desumta, maxime, quæ principum facta concernunt, vollkommenen Glauben meritiren.

6

MVLLER *ad* STRVV. *exerc. 28. th. 31. lit. y.*

SCHWEDER *in iure publ. P. spec. sect. 2. §. 15. in f.*

MYLER *ab* EHRENB. *de princ. et stat. imper. P. II. c. 48. §. 3. et 4.*

dabey denn wenig Achtung verdienet, was wegen der diuersitate linguæ unter der matricul und diesen schrifftlichen Urkunden angemercket worden, da man aus der matricul leicht erkennet, daß der Concipiente derselben sich öfters der gemischten Sprache, vielleicht nach dem model der vorhergehenden ältern matricul, hin und wieder bedienet, öfters aber dieselbige geändert, und seine Worte nach dem Hochteutschen accommodiret, dahingegen man bey Hofe und in denen Cantzeleyen dieser alleine nachgegangen, und der Rath also auch billig in gleichen idiomate antworten müssen, wiewol es ohnedem genug seyn kan, daß diese Urkunden in archiuio regio befindlich sind, und dergleichen Kleinigkeiten dessen fidem nicht schwächen können, nicht weniger die beygelegte matricul de an. 1563. in Ermangelung des originals, so im Feuer aufgegangen, billig pro basi et fundamento anzunehmen, tum propter antiquitatem, tum etiam propter publicum locum, in quo asseruata fuit, quæque aliunde non est suspecta, 7

Ad Lib. XXII. T. IV.

c. 13. X. de præscript.

welches Beklagte selber agnosciren, und nicht leugnen können, daß solche bishero vim decidendi in controuersiis gehabt habe, da hergegen sie die neuere matricul de an. 1698. ob defectum confirmationis noch ehender zu agnosciren Bedencken tragen können, ob sie wol auctoritate publica præsentibus Senatus deputatis verfertiget ist, und also einige Krafft gegen denselbigen haben muß, absonderlich in Sachen, worinnen sie dem Sinn der alten matricul nahe beytritt, und dessen nähere Erklärung thut, gestalt denn, wenn man die alte matricul fol. 6. b. worin das patrimonium des Hospitals registriret, ansiehet, dessen Worte des Hospitals Eigenthum deutlich genug an den Tag legen, als welche also lauten:

II. Winspel Korn gewen Burgermeister und Rath an statt des Meyemanns vor II. Wendfelde up dem Pasewalckischen Felde so se for nygen Scheperie gebrucken,

angesehen (a) in der matricul das patrimonium des Hospitals überhaupt verfasset, und also auch wohl zu glauben ist, daß die zwey oder vier Wendfelder nicht dem Rathe, sondern dem Hospitale zustehen: (b) daselbsten angezeiget wird, daß Burgermeister und Rath, *an statt* des *Meyermanns* zwey Winspel davon gebe, welches keine andere Bedeutung haben kan, als daß sie in der qualität der colonorum die gedachte præstation davon thun, wie dann das Wort *Meyermann* gar vielfältig pro simplici colono genommen wird, und auch hier muß genommen werden, da sich befindet, daß die übrige Ländereyen der Kirche und Hospitäler denen colonis in cultur gegeben, und davon jährlichen Pacht an Korn oder an Gelde gereichet worden: (c) solche zwey oder vier Wendfelder der Rath um deswillen unter seine cultur an statt der colonorum genommen, weil

Ad Lib. XXII. T. IV.

er eine neue Schäferey bey seinem Acker-Hofe angeleget, und dazu dieselbige gebrauche, welcher Bewegungs-Grund inconuenient und umsonst gewesen seyn würde, wenn gedachte Wendfelder des Raths Eigenthum gewesen, zumahl sie alsdann ohne diesem Anhang sich auf derselben der Schäferey bedienen können, allhier also dieser Zusatz gantz impertinent zu achten seyn würde, da hergegen aus dessen wahrem Verstande der Grund herzunehmen, warum der Rath die gedachten Wendfelder um die damahls bestimmte zwey Winspel Korn an sich genommen, und nicht vielmehr unter den Händen der ordentlichen colonorum gelassen, weil sie nemlich deren wegen ihrer Schäferey bedürftig gewesen, welche ohne genugsame Ländereÿ nicht angeleget werden mögen, wie unten soll gezeiget werden, dahero dann ohne Zweiffel auch geschehen, daß die andern vier Wendfelder, so das Hospital iure crediti besessen, ebenfals Senatus deswegen zu sich genommen, und nur den alten Zinß dem Hospital davon gegeben, damit er sein Acker-Werck und darauf haltende Schäferey dadurch vermehren möchte, als welche zur Zeit der alten matricul wol noch sehr geringe gewesen: (d) Senatus zwar die fol. 30. dictæ matriculæ befindliche annotation gegen Klägere gebrauchen und das Eigenthum davon der Stadt zueignen wollen, weil er daselbsten saget:

Die Stadt hat zu Bellinge nicht zwey, sondern vier Wendfelde ꝛc.

gleichwol solche Worte nicht eben den modum habendi designiren, sondern nur dessen Besitzung in genere anzeigen, jener aber in der matricul bestimmet und dargethan wird, daß Burgermeister und Rath *an statt des Meyermanns* oder coloni solchen inne habe, davon zwey Winspel jährlich abtrage und zur Schäferey gebrauche, und ob zwar ad 7) der Rath nicht an sich kommen lassen will, daß solche zwey Winspel Korn als ein Pacht oder wahres locarium zu achten, dennoch er selbsten nicht einsten bestimmen kan, was es sonsten seyn soll, zumahl er es auch nicht pro canone emphyteutico hält, sondern endlich dahin fällt, daß er meinet, es sey eine præstatio perpetua, wodurch aber nichts bestimmet, noch etwas gesaget wird, oder aber pro censu simplici zu achten, qui salua proprietate ex bonis percipitur, welches aber unmöglich zu concipiren ist, nachdem eines Theils solche starcke census simplices nicht auf die Güther vordem geleget sind, andern Theils in der matricul die Worte:

an statt des Meyermanns

höchst inconuenable und falsch seyn würden, dieweil bekant, daß nicht der Meyermann, sondern ein ieder Eigenthümer von seinen eigenen fundis dergleichen Zinß zahlet, also posito censu, es vielmehr heissen müsse:

zwey Winspel Korn geben Burgermeister und Rath von ihren zwey Wendfeldern.

da hergegen stehet:

an statt des Meyermanns vor Y Wendfelder,

dergestalt, daß die particula: vor bestimme und anzeige, daß solche vor den Gebrauch und cultur der Wendfelder gezahlet werde, quod merces reuera nihil aliud sit, quam pretium, quod soluitur pro vsu fundorum, dieserwegen da kein ander Recht bestimmet werden kan, nichts mehr übrig bleibet, als daß es ein wahrer Pacht sey, welcher keiner Verjährung unterworffen, sondern zu iederzeit denen Inhabern wieder genommen und andern eingethan werden mag, gleich wie vormahls diese Wendfelder der Meyermann oder colonus solche unter der cultur gehabt, der Rath aber, der damahls die administratores nach seinem Gefallen haben und regieren können, solche Felder denenselben abgenommen und solche zu der neuen Schäferey unter dem gedachten *Pacht* gebrauchet hat, dahero auch ohne Zweiffel geschehen, daß in der gedachten alten matricul fol. 10. b bemercket ist, daß die Armen im Hospital Sontags und Donnerstages Kohl und Speck kriegten, wozu ihnen auf dem Herbst sechs Schweine gekauffet würden, hoc addito:

Dartho brucken se de *Pacht* von Wentfelde to mesten,

weil eben das gelieferte Getreyde guten Theils dazu mit employret seyn mag, und ob wol solche præstatio bishero nicht gesteigert worden, dennoch die Beklagte und ihre Vorfahren allein solches verhindert, auch hiebey eben so verfahren, als sie bey denen ersten vier Wendfeldern verfahren, und nur ihren eigenen Nutzen mit Hindansetzung des Hospitals Besten gesuchet, und deswegen in fine schwerer Verantwortung unterworffen seyn werden. Daß aber das Gegentheil in contractu de an. 1714. f. 599. agnociret und daselbsten abgeredet sey, daß es bey dem zwey Winspel Rocken, so der Verwalter des Stadt-Ackerhofes in Bellingen dem Hospital von den vier Wendfeldern jährlich geben müsse, sein Verbleiben behalten solle, wie von Seiten der Beklagten fol. 378. b seq. angegeben worden, sich daselbsten gar nicht findet, vielmehr gegen dieselbe ist, daß expresse von dem damahls geschehenen Verkauff die zwey Winspel Rocken, so der Verwalter des Stadt-Ackerhofes in Bellingen von denen in cultur habenden vier Wendfeldern, welche auf dem Stadt-Felde belegen, und deren Eigenthum das *Hospital prætendiret*, (welche Worte notanter dabey stehen) an die Armen in Hospital jährlich bezahlen muß, ausgenommen sind, keinesweges aber dabey gedacht ist, daß es bey denen zwey Winspel Korn sein Verbleiben behalten solle, da ja mit klaren Worten des Hospitals prætension dabey gedacht ist, und nach derselben, wofern es solche erstritten, wohl befugt ist, das Wendfeld wieder an sich zu nehmen und höher auszuthun. Uebrigens

wenn

wenn gleich ad 8) der Rath in anno 1716. befehliget seyn sollte, die beyden Wendfelder wieder an die Stadt zu bringen, so vor Alters bey der Stadt gewesen, solches dennoch dem Hospital nicht præiudiciren kan, zumal ohne Anführung aller vorhergehenden Umstände, und ins besondere der Gelegenheit, und ob nicht solches ad nuda narrata senatus erfolget, man davon nicht iudiciren, noch ob darunter die quæstionirte Wendfelder verstanden worden sind, urtheilen kan, allermassen dieselbe ja die Stadt oder der Rath daselbst besitzet, und solche wieder an die Stadt zu bringen nicht nöthig ist, nächstdem mit keinem iota dargethan ist, daß solche dem Hospital unterpfändlich verschrieben worden und der reluition unterworffen, davon in der alten matricul nichts, vielmehr das Gegentheil, wie dargethan ist, gemeldet worden, daß auch dieser Grund von schlechter Erheblichkeit, und allenfalls dieses mandatum conditionale zu verstehen: wenn sie der Stadt zugehören, als welches angegebener massen præsupponiret worden.

c. 25. X. de V. signif.

Sodann ad 9) die præsumtio pro antiquissima possessione nach der Beschaffenheit der possession zu beurtheilen, und da die Beklagte nach der alten matricul solche nicht proprio, sondern alieno nomine gehabt, oder wenigstens solches daraus wahrnehmen und erkennen müssen, ihnen solche nicht zu statten kommen kan, nachdem selbsten die gedachte matricul sie dahin angewiesen, und besonders præcauiret, daß niemand durch die erlangte und lange innen gehabte possession ein Recht, noch præscription an denen Kirchen- und Hospital Güthern erlangen solle, wie denn aus denen acten die Spuren sich deutlich finden, daß senatus Vorfahren nicht geringen Unterschleif hieben gebrauchet, und nur gesuchet, ihren Ackerhof zu Beüngen zu meliorren, und alles dahin anzuwenden, damit sie die Wendfelder wegen ihrer angelegten Schäferey beybehalten möchten. So viel aber den eigentlichen situm der Wendfelder betrifft, und ob nach der Kläger Angeben solche in dem Verwalter-Lande zu befinden, oder wenigstens unter demselben anzutreffen sey, zwar noch zur Zeit nicht erweislich gemachet, jedoch das letztere dadurch sehr probabel gemachet wird, weil sie vornemlich ihre Schäferey-Gerechtigkeit darauf gründen und behaupten, daß jeden nach proportion seines Landes auf einer Fluhr Schaafe zu hüten erlaubet sey, so auch seinen Grund hat, aus der alten matricul aber die Ursache, warum sie an statt des Meyermanns des Hospitals Wendefelder an sich genommen, abzunehmen, weil sie nemlich solche zu ihrer neuen Schäferey gebrauchten, weswegen auch ohne Zweifel geschehen, daß sie die andere vier Wendfelder, von welchem jeden das Hospital 3. Mt. Zinse genossen, an sich genommen, und den alten Zins bezahlet, woraus dann mit der Zeit dieser tractus entstanden, welchen man das Verwalter-Land nachgehends genant, und dadurch der alte Name verlohren gegangen, wie dann des Küsters zu Beüngen fol. 293. befindliche Aussage dieses bekräfftiget, welche zwar noch indefinita und ohnbeeydiget ist, dennoch wenn er darüber eydlich und umständlicher, absonderlich aber super ratione scientiæ und also seruato iuris ordine befraget werden sollte, sich alsdann finden wird, wie viel auf seine Aussage zu bauen; da hergegen des von Beklagten angegebenen ersten und dritten Zeugens fol. 364. befindliche Aussage, daß das Wendefeld jenseits dem Dorfe über den Mühlenbecke liege, und des heil. Geistes Land genannt werde, um desto verdächtiger wird, als solches Land der Verwalter nicht unter seiner cultur hat, sondern andere coloni solches inne haben, und davon ihm jährlich Korn geben, da doch senatus dieses Land wegen seiner neuen Schäferey nach der alten matricul gebrauchet haben soll, und also unter seiner eigenen cultur wegen der Schäferey gehabt haben muß, ja, wenn auch dieses sich bey fernerer Untersuchung finden sollte, alsdenn die Beklagte auf eine unverantwortliche Weise das Eigenthum an demselben dem Hospital gestritten haben würden, weil selbst den Namen nach, da es des heil. Geistes Land genannt werde, ihm das Eigenthum davon zustehen muß, welches alles aber noch zur Zeit auf ungewisse coniecturas sich gründet, und dannenhero um desto nöthiger seyn will, zuförderst dabey die gesuchte inspectionem ocularem legitimo modo und erkanter massen vorzunehmen, und einen genauen Abriß von denen streitigen Oertern zu nehmen, zuvor aber Zeugen, so viel man deren beyderseits haben kan, und die etwa davon Nachricht geben können, eydlich und ordentlich darüber abhören zu lassen, solche bey angestelleter Besichtigung nachhero mit in rem præsentem zu führen, um ihre gethane eydliche Aussage daselbsten deutlich zu declariren und die streitigen Oerter anzuzeigen, wie denn denen Commissariis mit aufzugeben, daß sie ex officio von der Lage der alten Wendfelder genaue Erkundigung einziehen und ihren abzustattenden Bericht beyfügen sollen, dazu die Kläger auch von ihrer Seite alles beyzutragen haben, was zu deren Ausfindung ersprieslich seyn kan, absonderlich aber darzuthun wissen werden, was eigentlich ein Wendfeld und wie starck solches sey, als wovon noch keine Spuren in den acten befindlich, als was man aus dem alten Pacht von ½ Wimpel Korn vor jedes Wendfeld muthmaslich etwa schliessen möchte, wenn solches nach dem itzigen Preiß gesetzet wird. Woraus denn ad 10) der Grund wegen der angelegten Schäferey zu ermessen, zumal jemanden eine Schäferey exerciren kan, entweder in fundis propriis, vel quos ad minimum possidet et colit: vel in fundis alie-

Ad Lib. XXII. T. IV.

Ad Lib. XXII. T. IV.

nis, da denn jenes iure dominii vel iure illius geschiehet, quorum agros colit; dieses aber, woferne er die possessores agrorum gar ausschliessen, und also ein ius prohibendi erhalten will, solches iure seruitutis erhalten muß. Und obwol im ersten Fall billig ein jeder, wenn es möglich wäre, mit seiner Schäferey auf seinen unter der cultur habenden Aeckern bleiben müste, dennoch die Erfahrung in Pommern und anderswo lehret, daß die Aecker eines jeden nicht beysammen in einer Suite liegen, sondern mit fremden untermischet sind, daher denn einem jeden zwar nach proportion seiner unter der cultur habenden Länderey Schaafe zu halten und zu hüten erlaubet ist, auch damit den fremden Acker betreiben, diesem aber eben das Recht in tali commixtione agrorum, auf jenes seine Aecker mit zu hüten zustehet, jedoch daß solches nur nach proportion seiner Länderey geschehe, vt optime de Pomeraniæ vsu obseruat

MEV. *P. I. decis. 28.*

additque moris Pomeraniæ esse, vt vnicuique, qui quatuor mansos agri, vier Hufen satiges Land in pago habet, oule in eodem et in hoc tot oues habere et in agris commixtis pascere possit, quot per hyemem ex stramine et fœno in agro natis alere licet, woraus denn gantz natürlich folget, vt aucto agrorum numero, etiam numerus ouium augeri debeat, diminutis vero agris, diminui quoque debeat,

MEV. *P. VII. decis. 319.*

welches auch mit der alten matricul überein kommt, worin die vier Wendfelder der Rath zu Pasewalck eben um deswillen unter seine cultur, als ein Meyermann und colonus, genommen, weil er solche zu seiner Meyerey gebrauchet, ja, weil damahls dieselbe erst angeleget gewesen, es sehr wahrscheinlich ist, daß der Rath daselbst wenig oder kein Land gehabt haben müsse, und dannenhero die Schäferey erst angeleget, nachdem er die vier Wendfelder, die wol vier Hufen gewesen seyn müssen, unter seine cultur genommen, weil eben darin die causa der angelegten Schäferey geleget wird, welche mit der Zeit dadurch vermehret worden, daß sie die vier andere Wendfelder auch an sich gezogen, so leicht geschehen mögen, nachdem sie die inspection über die geistlichen Güther gehabt, die prouisores, so aus ihrem Mittel bestanden, nach ihrem Gefallen regieret, und diese erfolgte Einrichtunge gemachet haben, dahero hiedurch der Satz, daß das Verwalter-Land aus denen Wendfeldern zusammen gesetzet, um desto mehr Glauben meritiret, als sonsten der Rath zu Pasewalck nicht damahls erst, sondern schon vorlängsten die Schäferey angeleget haben würde, wenigstens wenn er gleich einiges eigene Land besessen haben sollte, solches nicht zureichend gewesen seyn muß, eine Schäferey anzulegen, welches aber erst geschehen, nachdem sie denen colonis die quæstionirten Wendfelder ab- und unter ihre cultur genommen, und aus solcher Absicht in dem rescripto, in der alten matricul befindlich, die Herzoge von Pommern dem gedachten Rath bey einigen angebrachten Beschwerden zu Gemüthe geführet, daß sie eine neue Schäferey für ihren Acker-Hof oder zu dessen Behuf angeleget, woraus denn gantz natürlich folget, daß, weil sie die acht Wendfelder nach dem Urthel zurucke geben müssen, ihre darauf exercirte Schäferey entweder gantz aufhören, oder nach proportion dieser Wendfelder, so sie zur Schäferey gebrauchet, sehr vermindert werden müsse, weil sie die cultur eines grossen Stück Landes, welches sie zu der Schäferey gebrauchet, verlieren, darin doch der Grund derselben gesetzet ist. Dagegen denn ad 11) keine præscription statt finden kan, weil nach der alten matricul keine præscription gegen die Kirchen-Länderey statt finden soll, Beklagte darneben iure locati die vier Wendefelder besessen, die andern auch nomine ecclesiæ besitzen müssen, nachdem sie denen alten debitoribus nicht succediret, kein ius reluendi daran gehabt, auch bis dato nicht exerciret, sondern solches dem creditori, als der Kirchen, heim gefallen, ja ihnen auch hierin die alte matricul offenbar entgegen stehet, und nicht einsten die vetustas immemorialis hierbey zu statten kommt, anerwogen obwol in einer Zeit von 150. Jahren eine possessio temporis immemorialis stecken kan, si prætærea initii memoria deficit, dennoch hieran allhier es nicht fehlet, nachdem man aus denen Urkunden der alten matricul so gar deutlich den Anfang und den Grund der angelegten neuen Schäferey findet, welche in denen unter der cultur genommenen Wendfeldern bestehet, und dahero sich, quo iure sie solche besessen und die Schäferey exerciret, klar ergiebet, hierüber obwol der fol. 290. lq. befindliche Abriß zeiget, daß ausser dem Verwalter-Lande noch viele eigenthümliche Kirchen- und Hospital-Hufen zu befinden, und wir nicht anders glauben können, als daß sie auch daselbst ihr ius pascendi oues bishero exerciret haben, zumal es ohne Zweifel zum Niederfelde gehöret, worüber der Rath bishero 600. Schaafe gehütet, dennoch eines Theils auch respectu dererselben die præscription unstatthafft ist, weil eines Theils die Hütung der 300. Schaafe, so sie von dem Oberfelde auf das Unterfeld genommen, von denen Kirchen- und Hospital-colonis zwar gegen Erlegung einer gewissen jährlichen pension, aber nur auf eine gewisse Zeit, verwilliget, jedoch solches ohne des ministerii und prouisorum consens nicht geschehen mögen, und keinem Pachter zustehet, conditionem agrorum zu beschweren, die coloni auch solches nicht länger dulden können und wollen. Gleichwol die Beklagte ihnen nach wie vor noch ferner widerrechtlich solche 300. Schaafe aufdringen wollen,

wollen, andern Theils ihnen als coinſpectoribus nach der alten matricul kein Recht oder præſcription an das gedachte Land ſich anzumaſſen frey geſtanden, theils auch die Schäferey derer übrigen 300. Schafe ſehr verringert werden wird, wenn nach Abgang der Wendfelder ſie ihre Schäferey einziehen und ſolche nach proportion ihrer eigenen Länderey, wenn ſie daſelbſten eigenes Land haben ſollten, einrichten müſſen, ſo dann wenn gleich an demſelben Ort auch andere Bürger Acker beſitzen, und ſie reſpectu derer mit der præſcription fortkommen könten, dennoch auch der numerus der Schaafe in Anſehen dererſelben einzurichten ſeyn wird, daß dadurch die intermixti agri eccleſiarum et hoſpitalis nicht in Anſehen der Uebermaſſe beſchweret werden, welches alles aus der erkanten oculari inſpectione ſich ergeben wird, nach welcher ſuo tempore der numerus ouium Landüblich zu beſtimmen ſeyn wird. Uebrigens ratione des erlittenen Schadens wegen der entzogenen Wendfelder noch nichts erkant werden mögen, weil man den eigentlichen Grund davon noch nicht ſehen kan, zumal Beklagte doch die præſtanda davon præſtiret, nicht weniger derſelbe zuförderſt liquidiret werden muß, bis dahin dieſer Punct auszuſetzen. Endlich ad 12) nach der alten matricul dem Rath zwar, qua magiſtratui, die
12 coinſpection, keinesweges aber das ius compatronatus zuſtehet, vielmehr ſolches nach denen klaren Buchſtaben der alten matricul, davon extractus fol. 601. befindlich, Seiner Königlichen Majeſtät allein zukommt, und was aus derſelben §. 6. bey einigen geringen Stifftungen oder beneficiis, ſo der Rath als patronus zu verleihen gehabt, und in wenig Fl. oder Gr. beſtanden, angeführet iſt, ihnen kein ius compatronatus über die Kirchen und Hoſpitäler zueignen kan, ſondern ſolche beneficia per ſuppreſſionem aufgehoben und zu denen Kirchen-Revenüen geſchlagen, quo caſu ius patronatus antiquum peremtum eſt, quod exſtincto beneficio ſaluum eſſe non potuit, *Ad Lib. XXII. T. IV.* 13

BÖHMER *in inſtit. iur. can. tit. de præbend. et dign. §. 29. in f.*

auch dabey nicht anzuſehen, was ſie dabey von der dotatione nach der alten matricul fol. 26. anführen, in keine Achtung zu ziehen, weil daſelbſt aller und jeder patronorum und nicht des Raths allein gedacht wird, und wenn ihr argumentum ſchlieſſen ſollte, alle und jede patroni derer geringern beneficiorum ſich des iuris compatronatus anmaſſen könten, welches doch der Rath ſchwerlich zulaſſen wird, vielmehr durch dieſe Verfaſſung das ius patronatus priſtinum per ſuppreſſionem aufgehoben, und an deſſen ſtatt ihnen das beneficium als ein ſurrogatum zugetheilet iſt, daß ſie die zu ihrem Lehn gehörige Huſen Acker und Gärten unter ihrem Pflug behalten, und davon dem Caſten jährlich geben ſollten, was andere davon thun und geben möchten, daß ſie alsdann die nächſten dazu ſeyn ſollten, wie denn auch nicht eine jede dotatio ſofort ein ius compatronatus würcket. Letztlich ad 13) wegen der ſogenannten Crämer-Förde im letzten Behörs-Beſcheide erſt interloquiret worden, welchem man zuförderſt nachkommen muß, ehe dieſerwegen definitiue erkant werden kan.

So ſind wir geſchehener maſſen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOVEMB. MDCCXLV.

RESPONSVM CCCLXXXII.

THEMATA.

I. Inſtrumentum fide notarii ſuſtinetur, licet imbecillitas memoriæ teſtium concurrat.

II. *Quo tempore adhæſio appellationis fiat?*

III. *Iudex appellationis ſuper omnibus punctis cum gravamine connexis iudicat.*

IV. *Poſſeſſor hereditatis debita hereditaria exigit, ipſe vero ad inuentarium faciendum obſtringitur.*

V. *Arreſtum ob debitum illiquidum non decernitur.*

Ad Lib. XXII. T. IV.

SVMMARIA.

Vxor, nomine mariti subscribens, eius consensum non supplet n. 1.
Facti alieni iusta est ignorantia n. 2.
Possessio instrumenti possessori non præiudicat, nisi eius ratificatio aliunde appareat n. 3.
Subscriptio vxoris, nomine mariti, convalidatur per attestatum notarii de actu legitime suscepto n. 4.
Vel si testes adhibiti hoc asseruerint n. 5.
Infirmitas memoriæ testium notarii fide supletur n. 6.
Pro notario optima militat præsumtio n. 7.
Revocatio pacti successorii expressa, eius existentiam arguit n. 8.
Documentum, quod quis dissiteri nequit, efficax est n. 9.
Adhæsio, nisi a tota sententia appellatum, intra decendium fieri debet n. 10.
Differentia inter adhæsionem intervenientis et appellati n. 11.
Appellatio communionem inter litigantes inducit ibid.
Restitutio minorennium in causa indiuidua maiorennibus prodest n. 12.
Iudicati autoritas insignis est n. 13.
Iudici appellationis statim post deuolutionem incumbit officium rerum omnium, quæcunque in iudicio versantur n. 14.
Remoto vitio visibili immissio decernenda n. 15.
Possessor hereditatis actiones hereditarias mouere et pro herede se gerere potest n. 16.
Heres socii non prohibetur exigere, quæ ex societate debentur n. 17.
Possessor hereditatis ad edendum inuentarium obligatur n. 18.
Contra magistratum datur actio subsidiaria, si eius negligentia pars litigans læsa n. 19.
Nisi causam communi probabilem habuerit n. 20.
Si causa arresti adest, hoc decernitur n. 21.
Ob debitum illiquidum arrestum cessat n. 22.
Quod facto vnius coheredis deperditum, creditoribus agentibus nocere nequit n. 23.

Bey denen mir zugeschickten actis, so zwischen der K. Wittwe und cons. Klägerin an einem, und I. B. Beklagten am andern Theil ergangen, sind mir folgende Fragen vorgeleget worden:

Quæstio I. et II.

Ob vermöge derer acten der consensus des modo abgelebten I. B. in das pactum successorium von 19. April 1730. mithin dessen Verbindlichkeit nach Eigenschafft des in libello ergriffenen remedii probiret sey? und ob die in testamento reciproco enthaltene cassation des pacti successorii vernünfftiger und ungezwungener Weise nur von der Frauen, exclusomarito, verstanden werden könne?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol im Bescheid der ersten instanz Klägern der Beweis auferleget ist, daß I. B. in das pactum successorium consentiret, zumal er 1) dasselbe nicht unterschrieben, und ob solches gleich in seinem Namen von dessen seligen Frauen unterschrieben, dennoch daraus noch nicht folgen will, daß solches mit seinem Willen und auf sein Verlangen geschehen, als welches zuförderst dargethan werden muß, bevorab da 2) der Beklagte, als er in erster Instanz darüber ad protocollum constituiret worden, zur Antwort ertheilet, er sey zwar bey dessen Verfertigung zu Hause gewesen, sein seliger Bruder aber, nemlich I. B. hätte von dergleichen Sachen ihm wegen seiner Jugend nichts eröffnet; er auch dasselbe nicht verstanden, woraus man denn schliessen möchte, daß er das pactum successorium zwar nicht dissitiren, aber auch propter ignorantiam nicht agnosciren können, dieweil es blos eine quæstio facti alieni ist, ob sein seliger Bruder seinen consens dazu gegeben, so erwiesen werden muß, cum facti alieni sit iusta ignorantia,

l. 23. C. de probat.

es auch 3) nicht so fort folgen will, daß, weil sein seliger Bruder davon ein exemplar in Händen gehabt, und solches in dem mit seiner seligen Frauen gemachten testamento reciproco ausdrücklich reuociret, hiedurch auch dessen Richtigkeit von ihm agnosciret worden, zumal quoad prius die blosse possessio eines instrumenti, worin seiner gedacht worden, dem possessori nicht anders præiudiciren möchte, als wenn ausserdem ein actus, woraus dessen ratihabitio zu schliessen, hinzu gekommen, cum ratificatio non præsumatur, nisi constet, ratificantem habuisse perfectam negotii scientiam,

CRAVETTA *cons. 197. in f.*

quoad posterius aber 4) die von dem notario dem Testament einverleibte clausul mehr vor eine überflüßige cautel zu halten, auch nicht weiter, als pro subßtrata materia von

der

der Frauen zu verstehen, als welche ihren consens in das pactum successorium ertheilet, und es dahero reuociret.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) ich bereits in meinem ersten responso davor gehalten, daß die subscriptio vxoris, nomine mariti, dadurch ihre vollkommene Krafft erreichet, und mariti
4 consensum inuoluiret, daß sowol die beyden Zeugen als der notarius solches in vim probationis unterschrieben, und des notarii attestatum, daß alles referirter massen geschehen sey, völlig Glauben haben müsse, dabey ich dann nur maioris certitudinis gratia angemercket, daß, wenn noch einiges dubium übrig seyn, man ohne Zeitverlust den notarium und die beyden Zeugen darüber eydlich vernehmen könne, welches zwar 2) bey vorkommenden andern momentis, so damahls, wie ich das erste Gutachten verfertiget, nicht
5 bey denen acten gewesen, nicht weiter nöthig, jedoch da solche Abhörung der beyden Zeugen summarie dennoch geschehen, der consensus von Seiten des I. B. noch mehr bestärcket worden, angesehen, der erste Zeuge Peter Ungemach deponiret, daß I. B. anwesend gewesen, und ob er zwar sich nicht mehr erinnern könte, ob die Vorlesung des pacti successorii geschehen, doch alles richtig gewesen seyn müste, weil er es sonsten nicht unterschrieben haben würde. Der andere Zeuge A. O. ebenfalls gestehet, daß I. B. anwesend gewesen, ob er gleich von der Vorlesung auch nichts mehr wissen will, woraus denn wenigstens so viel erhellet, daß beyde Zeugen die Sache nicht difficiliren können, und vermuthlich nicht unterschrieben haben würden, wenn die Sache nicht ihre Richtigkeit gehabt, infirmitas autem memoriæ tertio damnum adferre nequit,

l. 44. pr. de acquir. vel amitt. possess.

6 præsertim cum fides publica notarii hanc testium imbecillitatem memoriæ suppleat, sicut nequidem testamenta adhibito notario confecta publicari debent, sed fide notarii subsistunt,

DAVTH *de testam. n. 454.*

LAVTERBACH *ad tit. testam. quemadm. aper. §. 8.*

diesemnach gnug seyn kan, daß die Zeugen das Gegentheil nicht aussagen können, vor einem notario aber die starcke præsumtion mi-
7 litiret, daß er dabey nach seiner Pflicht gehandelt, und nichts attestiret und vollenzogen haben werde, so denen interessenten nicht vorgelesen, unter welchen ja namentlich I. B. mit gewesen; welchen allen noch 3) hinzutritt, daß beyde Eheleuthe, I. B. und seine Ehe-Frau, ein exemplar davon bey sich und in Händen gehabt, solches in ihrem testamento reciproco *Ad Lib. XXII. t. IV.* gantz deutlich zu verstehen gegeben, und beyde dessen Inhalt nothwendig gewust und agnosciret haben müssen, weil sie vorher leicht wahrgenommen, daß daraus dem testamento reciproco kein geringes obstaculum gemachet werden dürffte, und da sie 4) in §. 8. solches beyderseits wiederrufen, annulliren und krafftlos machen wollen, solches ein unleugbares argumentum ist, daß das pactum successorium von Seiten I. B. kein non ens, son-
8 dern ein solches negotium gewesen, und von ihm agnosciret worden, dessen Bündigkeit beyde Eheleuthe durch den geschehenen Wiederruf zu inualidiren vermeinet, dadurch aber offenbar gemachet, daß sie an dessen Inhalt verbunden gewesen, zu dem Ende auch den Mütter- und respect. Schwiegermütterlichen consens dazu erfordert, welche sich erklären müssen, wegen Abwesenheit ihrer Tochter A. L. alles zu übernehmen, welche cautel überflüßig und unvorsichtig, ja thöricht gewesen, wenn das pactum von Seiten I. B. als unverbindlich angesehen worden, dagegen denn was in rationibus prima et secunda angeführet ist, wenig verfangen will, vielmehr da Beklagter das pactum successorium nicht difficiliren können, solches seine force, so es ex fide
9 notarii ohnedem hat, behalten müsse; die dritte ratio aber alsdenn nur angehet, wenn in dem documento des possessoris nicht principaliter gedacht, auch sonsten keine argumenta in contrarium angeführet worden, so hier nicht ermangeln, die letzte ratio aber, so aus denen acten gezogen, sehr captiosa, und denen verbis testamenti reciproci e diametro zuwider ist, als welche auf beyde Eheleuthe expresse eingerichtet sind:

> Wollen beyde Eheleuthe, daß alle vorgegangene Eheberedung contractus de inuicem succedendo etc.
> wie sie dann solches vom 19. April des 1730. Jahrs in specie wiederrufen, annulliren und krafftlos machen,

und, ohne offenbare Sophisterey zu begehen, nicht restrictiue und allein von der testatrici verstanden werden können, bevorab, da in vorhergehenden §§. ein jeder vor sich allein disponiret, in diesem §. 8. aber sie nunmehro beyde coniunctim wegen vermeintlicher reuocirung des quæstionirten pacti successorii Verordnung gethan, darin auch in folgenden continuiret, und also coniunctim ihr Testament beschlossen.

> So bin ich der rechtlichen Meinung, daß der consensus des I. B. nunmehr in actis a n. 1. bis 9. zur Gnüge dargethan, und die in testamento reciproco enthaltene cassation des pacti successorii nicht von der Frauen allein, sondern als von beyden geschehen, anzusehen sey.

Ad Lib. XXII. T. IV.

Quæstio III.

Ob die geschehene adhæsio appellationis bestehe, da absonderlich einer aus denen adhærentibus ein pupillus ist?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob nun wol gegen die adhæsion eingewandt ist, daß das conclusum a quo in dreyen membris bestehe, und von dem andern und dritten membro allein von dem Beklagten appelliret worden, ratione des ersten aber die adhæsio erfolget sey, so dahero binnen zehen Tagen geschehen müssen, weil sonsten dasselbe membrum rechtskräfftig worden.

STRYK *in introd. in pr. for. c. 23. §. 19.*

IDEM *de commun. appell. c. III. n. 28. sq.*

Weil aber dennoch ein grosser Unterschied inter tertium adhærentem et appellatum ist, da erster zwar intra decendium expresse der appellation adhæriren muß, der appellat aber solches nicht eben nöthig hat, quatenus a tota sententia appellatum est, cum appellatio communionem inter litigantes introducat,
11 adeoque a reo interposita appellatio actori prosit,

l. f. pr. C. de appell.

CARPZ. *in proc. tit. 4. art. 2. n. 29. sqq.*

IDEM *P. I. c. 19. def. 7.*

in rei veritate aber die appellatio a tota sententia interponiret, da die decisio membri primi von dem membro tertio, wovon appelliret ist, dependiret, und deswegen noch zur Zeit die Erkäntniß super immissione ex *l. f. C. de Edict. D.* HADR. *toll.* suspendiret ist, weil man in præcedente instantia davor gehalten, daß Beklagter mit seiner Duplic-Schrifft noch zuvor gehöret werden müsse, welches doch unnöthig ist, da die Sache, quæ summariissime et leuato velo zu tractiren, genugsam untersuchet, und numehr das prætensum vitium visibile, als wenn Iacob Braga nicht consentiret, aus dem Wege geräumet, ja nunmehr alles auf eine quæstionem iuris, non facti, ankommet, ob dergleichen pacta nicht bündig und unwiederruflich zu halten; inzwischen die retardirte immission ein grosses præiudicium in sich hält, und dem Beklagten Gelegenheit giebet, in der Verlassenschafft, so er besitzet, noch weitere Unrichtigkeiten anzurichten, so daß die læsio dabey gantz offenbahr
12 ist, und allenfalls, wenn die adhæsio de stricto iure nicht statt finden solte, dennoch dem pupill, so unter denen Klägern ist, contra lapsum fatalium die restitutio in integrum angedeyen, und denen maiorennibus per indirectum in causa hac individua zu statten kommen müste.

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß die adhæsio appellationis bewandten Umständen nach, allenfals aber die restitutio in integrum statt finden müsse.

Quæstio IV. et V.

Ob nicht allenfals, wenn die adhæsio aberkant werden solte, dennoch der iudex appellationis wider das membrum primum conclusionis grauatorialis zu erkennen befugt sey, und wie allenfals zu erkennen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob nun wol reiecta adhæsione et restitutione das erste membrum concluſi pro iudicato gehalten werden müsse, cuius tanta est autoritas, vt nulla contra illud sententia sine 13
nullitate ferri queat,

l. 1. C. quand. prov. non est necesse.

cum iudex non possit iudicare, nisi quod in contestationem est deductum.

l. 4. §. 8. D. damni infect.
l. 1. C. vt quæ des. aduoc. part. iudex suppl.

Weil aber dennoch die clauſula membri primi concluſi grauatorialis: noch zur Zeit, anzeiget, daß super immissione decernenda noch nicht erkant, sondern solches decisum nur suspendiret und ausgesetzet, bis, nach dem membro 3. der Beklagte seine duplicam in causa principali ad acta gebracht, wovon aber derselbe ebenfals appelliret, und also darüber mit erkant werden muß, der iudex appellationis aber nicht allein ex actis wahrnehmen wird, daß Beklagter alles, was ad decisionem causæ gehöret, bereits angeführet, und nichts weiter als die quæstio iuris zu erörtern übrig bleibet, ob ex pacto succeſſoris irreuocabili die gesuchte immission, cessante omni vitio visibili, zu erkennen sey? welche der Partheyen Ausführung nicht bedarff, cum curia nouerit iura, sondern auch aus denen Rechten bekant, quod iudici appellationis statim atque causa ad eum deuoluta est, incumbat officium rerum 14
omnium, quæcunque in iudicio versantur,

STRYK *de commun. appellat. c. III. n. 47.*

endlich auch dergleichen Weitläuftigkeiten, mit vollkommener Absetzung der Schrifften, im Fall über

über dergleichen remedia possessoria zu erkennen, nicht nöthig ist, vielmehr da nach dem
15 membro secundo concluso aller Zweiffel de obiecto vitio visibili aus dem Wege geräumet, billig über die immission so wol, als über die andern puncte ratione inuentarii conficiendi erkant werden müssen, zumahl die immission in dem Mitgenuß der halben Erbschafft ohnmöglich geschehen kan, als bis vorher ein legitimum inuentarium gemachet, und ediret, und von denen gehobenen fructibus Rechnung abgeleget sey, dergestalt, daß nach meiner Einsicht das künftige Urthel ratione materialium also abgefasset werden müsse:

Daß ratione membri secundi wohl gesprochen, übel appelliret, und die sententia a qua hierin schlechterdings zu confirmiren, und dahero, gestalten Sachen und Umständen nach, des Beklagten duplicam ad acta zu erwarten, unvonnöthen sey, vielmehr sind die Klägere nunmehro in die possess und den Mitgenuß der halben Erbschafft des I. B. zu immittiren und zu setzen, zu welchem Ende Beklagter schuldig, ein ordentliches inuentarium nebst andern Erbschaffts-Urkunden an Klägern zu ediren, und von denen bishero genossenen und zu geniessenden Nutzungen Rechnung abzulegen, in dessen Ermangelung zu Verfertigung eines legalen inuentarii und Untersuchung der massæ hereditariæ eine commission anzuordnen, und solche so wol dazu, als zu Abnahme der Rechnung zu instruiren, und Kläger darbey so wol mit ihren monitis, als Beklagter mit deren Beantwortung kurtz zu hören, worauf alsdann ferner ergehet, was Recht ist:

welches letztere nur euentualiter zu erkennen, weil ex actis noch nicht klar ist, ob und wie weit der Beklagte an Errichtung eines legalen inventarii es habe ermangeln lassen, wie denn nach der praxi quotidiana iudiciorum nicht anders, als zuforderst auf editionem inuentarii erkant zu werden pfleget.

So halte ich davor, daß in dieser höheren instantz nunmehr super immissione und sonsten, wie angezeiget, zu erkennen sey.

Quæstio VI.

Wie auf dem Fall, wenn der curator B. zu Bruchsall mit dem verstorbenen I. B. in Ansehen eines Ladens zu gedachten Bruchsall socius gewesen, und dieser allein oder mit Wissen und Willen und in Beyseyn des concuratoris O. gleich nach Ableben des I. B. ein priuat-inuentarium errichtet, Geld und Geldes werth sub prætextu: er wäre creditor, oder aus andern Ursachen, an sich genommen, ausser Landes gebracht, und weder bis dato das inuentarium ediret, noch von der societät Red und Antwort gegeben, gegen denselben sowol, als euentualiter gegen den concuratorem zu verfahren sey? *Ad Lib. XXII. T. IV.*

Rationes dubitandi et decidendi.

Bey dieser Frage ist anfänglich ausser Zweifel, daß der curator B. von denen Klägern, so bald sie in die B. Verlassenschafft pro dimidia immittiret worden, actione pro socio belanget werden können, so wol deswegen, weil ein possessor hereditatis inzwischen alle actiones hereditarias exerciret, die einem ieden Erben zukommen, adeoque interim omnia debita exigere potest, ex quocunque contractu ortum traxerunt, 16

l. 49. de hered. petit.

als auch weil ein heres socii gegen den socium defuncti auf die Ablegung der Rechnung und edirung eines inuentarii dicta actione wohl dringen kan; quamuis enim heres socii non sit socius, non tamen prohibetur exigere, quæ ex societate debentur, 17

l. 63. §. 8. pro soc.

vors andere ist auch mehr als zu bekant, daß ein ieder possessor hereditatis, der etwas aus der Erbschafft besitzet, aut inuentarium, aut iuratam specificationem zu ediren schuldig sey, 18

MEVIVS *de iurat. specif. c. 4. §. 1.*

modo probabiliter probatum fuerit, eum bona hereditaria possidere vel accepisse, quo facto reo iniungendum, vt vel bona designet, quæ olim accepisse aut habuisse probabile est, aut iuret, nihil eorum in sua potestate esse, aut in suam vtilitatem peruenisse,

MEV. *P. VI. decis. 150.*

woraus denn von selbsten folget, daß, wenn B. in dergleichen Umständen gestanden, welche in der Frage angegeben sind, derselbe zuforderst als socius zu edirung eines inuentarii oder eydlichen specification, auch Ablegung der Rechnung angehalten seyn wird; wegen des concuratoris aber bin ich noch zur Zeit zu antworten nicht im Stande, weil ich nicht wahrnehmen können, wessen curatel derselbe geführet, und welchen respectum die vier Heymanns Kinder bey der Erbschafft gehabt haben,

Ad Lib. XXII. t. IV.

oder was es sonsten vor eine Beschaffenheit mit denselben haben möchte, es wäre denn Sache, daß er des Beklagten concurator gewesen, in welchem Fall er nebst den vorigen vor alles zu stehen schuldig.

INSERAT.

Nachdem bey denen mir zugeschickten acten noch ein und andere Fragen aufgeworffen, so habe dieserwegen mein rechtlich Gutachten besonders abzufassen vor nöthig erachtet.

Quæstio I.

Ob nicht der Richter erster instanz wegen der unterlassenen Besorgung der inventirung actione in factum in subsidium belanget werden könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob nun wol die actio subsidiaria contra magistratum negligentem allerdings gegründet ist, indem derselbe aller interpellation ohngeachtet vor die integrität und Beybehaltung der massæ hereditariæ, wie auch vor die Richtigkeit des inuentarii nicht besorget gewesen, sondern geschehen lassen, daß der Beklagte mit der Erbschafft schalten und walten können, wodurch aber denen Klägern in casu victoriæ ein grosser Schaden zuwachsen kan. 19

Weil aber dennoch anfänglich der Klägere angestellete Klage nicht so liquide gewesen, als nachgehends erst sich ereuget, vielmehr da I. B. das pactum successorium nicht selbst unterschrieben, sich dabey kein geringer Zweiffel ereuget, inzwischen der Beklagte das Testament vor sich gehabt, in possessione der Erbschafft gewesen, und regulariter einem ieden possessori die Vorsorge pro inuentario conficiendo überlassen ist, auch kein periculum dissipationis in actis dargethan, quod allegasse non sufficit, sed probandum, dahero auch der iudex appellationis nicht einsten darauf erkant und die gebethene commission angeordnet, allenfals es besser gewesen, diesen Punct gleich anfangs von der Hauptsache zu separiren, das periculum dissipationis darzuthun, und prouisionaliter die sequestration probato periculo auszubitten, und in casu denegationis von diesem Punct zu prouociren. 20

So sehe ich nicht ab, wie Klägere mit dieser Klage fortkommen werden.

Quæstio II.

Ob, da B. auf den K. Hause 2000 Fl. hypothecarie zu fordern hat, diese nicht mit arrest beschlagen werden können, bis er wegen der Erbschaffts-Forderung, Red und Antwort gegeben.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob nun wol 1) er von der massa hereditatis so, wie solche tempore mortis gewesen, das iuramentum manifestationis abzustatten schuldig; 2) er ebenfals das priuat-inuentarium, nebst dem Societäts-contract und sämtlichen Handelungs-Büchern und gemeinschafftlichen Briefschafften denen Klägern zu ediren pflichtig. Endlich 3) er nach dem Tode des Erblassers unter allerhand prætext Geld und Geldes werth an sich genommen, und davon denen Klägeren Red und Antwort geben muß, und es also an einer causa arresti nicht mangeln möchte. 21

Weil aber dennoch noch gar nicht zu finden, daß B. in der Erbschafft was schuldig sey, sondern alles noch in illiquido beruhet, weswegen kein arrest zu verhengen, 22

MEV. *de arrest. c. 10. n. 35.*

vielmehr die Absicht der Klägere bloß dahin gehet, daß sie denselben a foro ordinario abziehen und ihn per indirectum zwingen wollen, daß er sich in denen an ihn gemachten Forderungen bey denen dasigen Gerichten einlassen solle, da er doch zu Bruchsall sein forum hat, und daselbst beleget werden kan, noch zur Zeit auch kein periculum angeführet ist, dergleichen euocationes aber als unzuläßlich zu halten.

So halte ich den arrest vor unzuläßlich.

Quæstio III.

Wenn sich bey genauer Untersuchung annoch äussern solte, daß die massa tempore mortis weit mehr gewesen, mithin ein und anders verbracht, so gar, daß des Erblassers creditores, die anfänglich füglich bezablet werden können, von Beklagten nicht abgeführet worden, ob Klägere gedachten debitoribus pro rata des I. B. vorzuziehen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol die Klägere die passiua nur pro rata

zu bezahlen schuldig, cum debita ipso iure inter heredes sint diuisa.

Dieweil aber dennoch alhier die Frage von denen creditoribus defuncti ist, die vor allen andern aus der massa hereditaria zu befriedigen, und dazu die Klägere selbsten contribuiren müssen, die nicht eher an die Erbschafft kommen können, als wenn was übrig bleibet, und was facto vnius coheredis geschehen und dissipiret worden, ohnstreitig von demselben gefordert werden muß, darunter aber die creditores hereditarii nicht leiden können. *Ad Lib. XXII. T. IV.*

So haben sich die Klägere vor denen creditoribus hereditariis keines Vorrechts zu erfreuen. V. R. W.

NOMINE PRIVATO.

MENSE MAIO MDCCXXXVII.

DECISIO CCCLXXXIII.

THEMATA.

I. Qui notario instrumentum scribenti quæstionem status mouet, onus probandi habet.

II. *Codicilli falsi in dubio non præsumuntur.*

SVMMARIA.

Notarius in casu dubio se legitimare debet n. 1.

Ab eo testes legitime sunt requirendi n. 2.

Virum testes de contentis codicilli deponere debeant? n. 3. 6.

Pro qualitate notarii, qui documentum publicum conscripsit, in dubio præsumitur n. 4.

Testium, rogatio in codicillis non necessaria est n. 5.

Codicillus a testibus recognitus præsumitur verus, donec euidenter falsitas probetur n. 7.

Imbecillitas memoriæ testium codicillo non præiudicat n. 8.

Auf eingewandte Leuterung und erfolgte Gesetze, in Sachen der H. legatarien, Klägern an einem, und der B. Kinder Beklagten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preussen ꝛc. auf vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert, bey dem fol. 90. befindlichen und den 18. Dec. 1734. eröffneten Abschied billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Klägere gegen den fol. 90. befindlichen Abschied, worin Beklagte absoluiret worden, Leuterung eingewandt, und vornemlich angeführet, 1) daß des notarii S. legitimation, so das quæstionirte codicill verfertiget, niemahls in actis beygebracht worden, welcher defectus doch beständig in actis vrgiret, und in der Proceß-Ordnung *c. 17. §. 1.* dabey versehen sey, daß alle offene instrumenta weder gebrauchet, noch kräfftig erachtet werden sollen, wenn nicht derjenige, der solch instrument gemachet, des Orts Obrigkeit, da das instrument verfertiget, zuvor genugsamen Schein seines notariats vorgeleget, gleichwol dergleichen habilitations-Schein in actis nirgends zu befinden, worum doch Beklagte sich billig bekümmern und solches beybringen sollen, cum affirmanti incumbat probatio, hiernechst 2) das quæstionirte codicill ex causa falsi höchst verdächtig sey, da die Zeugen nicht angeben können, daß ihnen die Ursache, warum sie zur P. gefordert, laut art. 1. int. 11. nicht entdecket sey, so doch als ein höchstnöthiges requisitum zu achten; hiernechst 3) die Zeugen sich nicht zu bejahen getrauen, daß die P. sich temahls declariret, daß dasjenige, was in codicill niedergeschrieben, ihr Wille sey, das thema probandum aber 4) hauptsächlich darin bestehe: ob die P. seel. das von ihr gemachte gerichtliche Testament quoad legatum der 400 Thlr. hinwieder in dem gedachten codicill cassiren wollen? gleichwol die Zeugen fol. 48. b aussagen, daß sie vom Testament nichts gedacht, noch die P. iuxta art. 15. und 21. fol. 49. und 51. b sich gegen Zeugen declariret, daß das im Testament vermachte legatum von 400 Thlr. cassiret seyn solle, also hier eine offenbahre incertitudo voluntatis, vielmehr 5) zu vermuthen

Ad Lib. XXII. T. IV.

then sey, daß entweder vom notario die Sache anders, als die P. gewollt, niedergeschrieben, und ihr nicht recht vorgelesen, oder aber ein ander codicill, als ihr vorgelesen, untergeschoben, und den Zeugen zur Unterschrifft übergeben sey, zumahl sonsten die Zeugen dessen Inhalt nothwendig wissen müssen, und ob gleich
3 6) ad art. 23. die Zeugen deponiret, daß es wol mit dem codicill seine Richtigkeit haben müsse, dennoch keine positive Bejahung daraus herzunehmen, und a posse ad esse kein richtiger Schluß gemachet werden könne, wie denn auch 7) auf einen Widerspruch es hinauslauffen möchte, daß das codicill seine Richtigkeit haben, und die P. doch nichts vom Testament und cassation des legati gedacht haben solle, und wenn ja noch 8) ein Zweiffel übrig seyn solte, es nöthig gewesen wäre, daß auf das iuramentum suppletorium credulitatis erkant werden müssen, da Klägere wenigstens semiplenam probationem vor sich hätten, und in denen festen Gedancken stünden, daß die P. das quæstionirte legatum nicht cassiret, es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn der fol. 90. befindliche Abschied reformiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch quoad rat. primam der notarius S. bey seinem Lebezeiten als notarius überall gebrauchet worden, laut test. 1. ad art. 27. interr. 2. deposition, und denen Rechten nach, daß er habilis und legitime constitutus gewesen, so lange præsumiret wird, donec contrarium probatum fuerit; quando enim instrumentum producitur contra aduersarium, hic vero negat, scriptorem fuisse notarium vel legitime constitutum, ex quasi possessione præsumitur quis
4 tabellio ad transferendum onus probandi in aduersarium,

PACIANVS *de probat. lib. 2. c. 21. n. 47.*

quod adhuc magis locum habet in notario mortuo, cuius instrumenta solenniter confecta tamdiu vim probandi obtinent, donec ea impugnans defectum probauerit in notario,

IDEM *cit. l. n. 2. 4. et 8.*

dagegen aber Klägere nichts anführen, noch ausbringen können, ohngeachtet die præsumtio das onus probandi auf sie deuoluiret, sie sich in nullitate gegründet, und deswegen den Beweiß übernommen, hiernechst quoad secundum die exceptio falsi, so dem codicill opponiret worden, nicht hinlänglich dargethan, anerwogen, daß die Zeugen gefordert, und von der P. so wol als notario ihnen eröffnet worden, zu was Ende sie erfordert, aus deren deposition ad art. 6. 8. et 11. int. 2. erhellet, wiewol nicht einsten eine besondere rogatio testium in codicillis nöthig ist, cum etiam fortuita præsentia eorum sufficiat; 5

l. vlt. in f. C. de codicill.

übrigens die Zeugen sie zwar kranck, doch nach dem int. 6. art. 11. bey guter Vernunfft angetroffen, und das codicill in Gegenwart der fünf Zeugen so wol sich vorlesen lassen, wie Zeugen ad art. 19. deponiren, als test. 1. et 3. solches selber gelesen, und die testatrix solches approbiret, worin eben der modus nuncupative disponendi bestanden, und nicht nöthig gewesen, daß sie selber alles mündlich vor denen Zeugen ausgesaget, dahero die rat. dubit. tertia irrig ist, und was in rat. quarta angeführet ist, vornemlich dahin rouliret, ob die P. sich gegen die Zeugen mündlich declariret, daß sie ein Testament gemachet, darinnen denen Klägeren 400 Thlr. vermachet, und solches wieder cassiren wollen? Da denn die Zeugen ad art. 12. seqq. deponiren, daß sie mit ihnen nichts geredet und vom Testament nichts gedacht, auch gegen Zeugen nicht gemeldet, daß das legatum cassiret seyn solle, welches alles wahr ist, weil sie auf diese Weise ihren Willen nicht mündlich declariret, sondern ihre mündliche disposition per æquipollens verrichtet, indem sie selbige von dem notario entwerffen, und sich in der Zeugen Gegenwart vorlesen lassen, darauf aber solches approbiret; übrigens, daß die Zeugen, nachdem sie acht Jahr darnach erst darüber examiniret worden, sich nicht alles, was ihnen vorgelesen worden, mehr besinnen können, sondern den Inhalt guten Theils ver- 6
gessen, dem codicill kein vitium falsi zuziehen kan, vielmehr dasselbe in dubio vor gültig gehalten werden muß, bevorab da testis 4. ad int. 2. art. 15. deponiret, daß er zwar aus ihrem Munde den Inhalt nicht gehöret, aber wie ihr das codicill und die clausul wegen der beyden legatarien vorgelesen, sie dazu ja gesaget, welcher sich also noch dessen, was ihr vorgelesen, erinnert, und solches bestätiget, also aller Verdacht gegen das codicill und was in rat. quarta dagegen angeführet, hinwegfället, vielmehr die Zeugen ad art. 22. seqq. declariren, daß es mit dem codicill seine Richtigkeit habe, und solcher nicht falsch sey, wie sie dann ad int. 4. art. 26. das codicill und ihre Unterschrifft re- 7
cognosciret, und dessen Richtigkeit agnoscirt, dergestalt daß, wenn Klägere das falsum erweisen wollen, solches euidentissimis probationibus geschehen seyn müsse, zumahl ein instrumentum publicum notarii alhier vorhanden, dagegen die exceptio falsi mit weit anderen argumentis beygebracht werden müsse, hierüber die imbecillitas memoriæ testium diesem nicht præiudiciren mag, dabey auch 8
der in rat. septima angeführte Widerspruch sich nicht finden will, indem es wahr ist, daß die P. vom Testament gegen die Zeugen nichts gedacht, und doch solches in dem codicill gemeldet habe, welches sie sich vorlesen lassen,

und

und solches eben so viel ist, als wenn sie alles mündlich selber ausgesaget, indem sie alles, was ihr vorgelesen, bejahet, hergegen mit nichts erwiesen, daß es ihr anders, als niedergeschrieben, vorgelesen sey, und bey solchen Umständen quoad rat. octauam kein suppletorium contra instrumentum notarii statt finden mögen, vielmehr die Leuterung überall ungegründet ist. *Ad L. XXII. T. IV.*

So ist, geschehener massen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBR. MDCCXXXVI.

DECISIO CCCLXXXIV.

THEMA.

Cambium recognitum omnes omnino etiam imperitos obligat, reiectis in reconuentionem exceptionibus.

SVMMARIA.

Contenta cambii, facta subscriptionis recognitione, num quis diffiteri possit n. 1.

Imprimis si possessor cambii subleſtæ fidei est n. 2.

Ex subscriptione nominis non consummata fides cambii vacillat n. 3.

Imperiti litterarum de contentis cambii certiorandi n. 4.

Recognitio ad contenta et subscriptionem pertinet n. 5.

Suspectum est documentum, si is, cuius nomine id confectum, non subscripsit n. 6.

Exceptio pendentis conditionis cambio obstat n. 7.

Ex cambio etiam imperiti, facta recognitione, obligantur n. 8.

In cambio subscriptionem quis recognoscere et contenta diffiteri nequit n. 9.

Male scribens pro imperito litterarum non habendus n. 10.

Cambia plerumque non indigent certioratione n. 11.

Vtile per inutile non vitiatur n. 12.

Modus cambio adiectus non suspendit obligationem aut recognitionem, operatur tamen, ne reus ante cautionem præstitam soluere teneatur n. 13.

Auf interponirte supplication und erfolgte Gesetze in Sachen des Secretarii I. C. D. Klägers und Appellatens an einem, und I. B. D. Beklagten und Appellanten am andern Theil, erkennen Fürstlich-Braunschweig-Lüneburgische Vice-Cantzler und Räthe, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Nunmehr aus denen acten so viel zu befinden, daß Beklagter und Appellant zur endlichen dissession der contentorum des Wechselbriefes, daß er von dem Inhalt des quæstionirten Wechselbriefes nicht gewust, noch er in selbigen gewilliget, nicht zu zulassen, sondern es bey dem n. act. appell. 43. befindlichen Urthel zu lassen sey, iedoch mit der Erklärung, daß nunmehro Beklagter die Unkosten zu erstatten nicht schuldig, sondern selbige zu compensiren, Kläger auch wegen der dem Wechselbrieff angehengten clausul, daß er alenfals seiner darin befindlichen Verbindlichkeit nachkommen wolle, gebührende caution zuforderst zu bestellen schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter 1) den producirten Wechsel quoad subscriptionem recognosciret, dabey aber beständig vorgegeben, daß er die contenta nicht verstanden, noch er als imperitus litterarum darin consentiret, zumahl ob gleich sonsten ein ieder, der einen Wechsel unterschreibet, aus seiner Unterschrifft sich nach Wechselrecht verbunden zu haben præsumiret werde, dennoch solches seinen Abfall leide, wenn der Wechsel-Inhaber subleſtæ fidei und gegen denselben die præsumtion sey, daß er ein falsum begangen, welches er gegen Klägern mit mehrern in denen actis dargethan, und daraus erfindlich sey, daß er dergleichen demarchen zu begehen, und iemanden, einen solchen falschen Wechselbrieff zu unterschreiben, zu induciren leicht capable sey, bevorab da 2) aus der subscription erhelle, daß Beklagter seinem

Ad Lib. XXII. T. IV.

Nahmen nicht einsten recht ausgeschrieben, und
also wohl zu glauben sey, daß er den Wechsel
nicht verstanden oder lesen können, sondern es
3) sich gebühret hätte, daß ein notarius und
3 Zeugen darzu adhibiret worden wäre, der ihm
die contenta vorgelesen und erkläret, welches
zwar in der Braunschweig-Lüneburgischen
Wechsel-Ordnung nicht vorgeschrieben worden,
4 iedoch ex iure communi suppliret werden
müsse,

ordin. MAXIMIL. *de an.* 1512. von *Notarien.*

dahero auch 4) in gedachter Wechsel-Ordnung
§. 2. gar nachdrücklich versehen, daß, wenn der
Beklagte den Wechsel und seine Hand recog-
noscviret, er alsdenn zu dessen Bezahlung nach
5 Wechsel-Recht erst condemniret werden solte,
welches so wol auf die Unterschrifft als die con-
tenta desselben ginge, so daß, wenn ein debitor
gleich seine Hand recognoscivet, dennoch den
Wechsel selbsten oder dessen contenta eydlich
zu diffitiren befugt wäre, wozu er 5) um de-
stomehr zu zulassen, als derselbe mit auf seine
6 Frau gerichtet sey, dieselbe aber den Wechsel
nicht mit unterschrieben, und also derselbe su-
spicione falsi laborire, ausserdem er auch ex-
ceptionem non numeratæ pecuniæ et plus
petitionis, absonderlich aber 6) conditionis
adhuc pendentis demselben entgegen setzen kön-
te, welches aus dem Anhange desselben zu er-
sehen, und Kläger allenfals mit des Wechsels
Einclassirung so lange warten müsse, bis erst
7 gewiß sey, daß die Wernerschen creditores sich
mit ihrer Anforderung nicht melden werden, zu-
mahl wenn solche sich noch melden und obti-
niren solten, alsdann Kläger zu deren Be-
friedigung laut seiner Verbindlichkeit pro rata
von dem im Wechsel befindlichen 100 Thlr. mit
beytragen müsse, so, daß es scheinen will, als
wenn diese clausul die Krafft des Wechsels dem
ausgestelleten Briefe ganz entzogen, daß nicht
einsten darauf cambialiter geklaget werden
mögen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) der n. 42. befind-
liche Wechselbrieff die form eines ordentlichen
Wechselbrieffes hat, und darneben die Wech-
sel-Ordnung art. 2. alle und iede, gelehrte und
ungelehrte, Bürger oder Bauren, ohne einzi-
gen Unterscheid, wenn sie Wechsel ausgestellet,
auf dieselbige verbindet, und verordnet, daß ob-
ne eintziges Ansehen der Personn nach strengen
Wechsel-Rechte verfahren werden solle, welches
8 auch, nachdem Beklagter seine Unterschrifft re-
cognoscivet, nothwendig geschehen müssen, und
auch in sententia n. act. 43. geschehen ist, zu-
mahl was gegen Klägern, daß er subsectæ fidei
und eine solche Personn sey, zu der man sich der-
gleichen falschliches Unternehmen versehen kön-
ne, in altiore indagine beruhet, und gegen
keinen Wechselbrief zulässlich ist, anderer Ge-
stalt der rigor cambii seine Krafft verliehren,
und per indirectum die verworffene und ad
separatum verwiesene exceptiones non nu-
meratæ pecuniæ, plus petitionis et falsi zuge-
lassen werden würden, wenn man post reco- 9
gnitionem subscriptionis die eydliche diffes-
sion der contentorum zulassen wolte, als wel-
che nicht einmahl gegen schlechte Handschrifft-
ten, wenn nicht sehr wichtige und überzeugende
Ursachen vorhanden, statt findet, gegen einen
recognoscirten Wechsel aber um desto weniger
zulässlich, als nach der wahren Absicht der Wech-
sel-Ordnung die recognoscirte Wechsel schlech-
terdings zu bezahlen, Beklagter aber mit seinen
exceptionibus, durch die er doch alhier die eyd-
liche diffession der contentorum in dem Wech-
sel-Proceß einführen will, in die recognen-
tion zu verweisen ist, so dann ad 2) nicht gesa-
get werden kan, daß er ein imperitus litera-
rum sey, ob er wol schlecht schreibet, zumahl
er doch seine Unterschrifft recognoscivet, wel-
ches auch bey einem imperito literarum, der
nur ein Zeichen bey seinem von andern geschrie-
benen Nahmen gemahlet, genug ist, so nicht
einsten hierzu zu befinden, und Beklagter also nicht
unter die wahren imperitos literarum, sondern 10
nur inter male scribentes zu rechnen, da er
seinen Vornahmen deutlich unterschrieben
und nur in dem Zunahmen einen errorem in
scribendo begangen, daraus post recogni-
tionem nichts weiter zu machen, noch ad 3)
nöthig gewesen, daß ein notarius cum testi-
bus dabey gebrauchet worden, der ihm die con-
tenta vorher erkläret, weil er dieselbe zu lesen
und zu verstehen bestand gewesen, wenigsten
ex subscriptione solches zu præsumiren, und
bey Wechseln um destomehr anzunehmen ist,
als solche in wenig Worten bestehen, dazu kei- 11
ne grosse Erklärung nöthig, und ein ieder, der
eben nicht viel schreiben kan, lesen und begrei-
fen könne, dagegen dann ad 4) die angeführte
Worte der Wechsel-Ordnung nicht zu capti-
ren und daraus gegen deren Absicht zu schlies-
sen ist, als wenn man die Hand zwar recogno-
sciren, die contenta aber eydlich diffitiren
könne, zumahl solches aus den folgenden Wor-
ten:

wenn sie dieselbe aber vor die ihre er-
kennet,

ihre deutliche Erklärung nehmen, und anzeigen,
daß solche Worte von der Unterschrifft, oder
wenn der Wechsel von dem subscribente gantz
geschrieben, von ihrem selbst geschriebenen
Wechsel zu verstehen seyn, und deren recogni-
tion oder eydliche diffession erfordert werde,
keinesweges aber die eydliche diffession ratione
contentorum zugelassen sey, wie denn auch
dadurch ad 5) daß der Wechsel mit auf seine
Frau gerichtet, dieselbe aber nicht unterschrie-
ben, derselbe keinen Anstoß leidet, da Beklag-
ter allein daraus belanget worden, und nur dis 12
daraus folget, daß seine Frau nicht mit daraus
obligiret worden sey, ob gleich Kläger solches

eb

ab initio intendiret haben mag, endlich ad 6) die angehengte clausul keine eigentliche condition, sub qua eiusdem obligatio et solutio in incertum euentum suspendi debeat, in sich hält, sondern einen gewissen modum anzeiget, den Kläger auch facta solutione erfüllen muß, weil sonsten der Wechsel nicht auf Michaelis 1739. als zahlbar gesetzet werden können, iedoch aber dieses würcket, daß Kläger den modum zu erfüllen schuldig sey, wenn die
13 Wernerschen creditores sich melden und obtiniren solten, und deswegen caution vor Abtrag des Wechsels bestellen müsse, dadurch aber der Wechsel selbsten seine Krafft nicht verlieret, als dessen obligatio nicht conditionata ist, dahero wir sowol dieserwegen, als wegen der zuerkanten Unkosten, weil doch Beklagter das letzte Urthel vor sich hat, und als temerarius litigator nicht anzusehen, eine declaration anhengen müssen. *Ad Lib. XXII. T. IV.*

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE, MENSE OCTOBR. MDCCXLIII.

DECISIO CCCLXXXV.

THEMATA.

I. Ob reperta nouiter instrumenta post præstitum iuramentum legale, probatio admittitur.

II. Post diffessionem cambii processus ordinarius adhuc locum habet.

SVMMARIA.

Post diffessionem iuratam actor ad probationem per sententiam reiectam admitti nequit n. 1.

Terminus probatorius est peremtorius n. 2.

Vt nequidem refusis expensis causa denuo inchoanda n. 3.

Repeti examen testium, propter vitium, post rem iudicatam nequit n. 4.

Iuramento legali præstito probatio denuo admittitur n. 5.

Modo instrumenta sint nouiter reperta n. 6.

Contra rem iudicatam ob læsionem manifestam restitutio breui manu locum habet n. 7.

Facta diffessione documenti in processu cambiali ad processum ordinarium adhuc patet recursus n. 8.

Siue de actore, siue de reo quæstio sit n. 9.

Auf eingewandte supplication, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen I. E. Beklagten und supplicanten an einem, und I. W. F. Klägern und supplicaten am andern Theil, erkennen regis nomine ꝛc.

Daß es der eingewandten supplication ohngehindert bey dem fol. 205. befindlichen und den 18. Octobr. 1732. eröffneten Urthel billig verbleibet, iedoch mit der Erklärung, daß vorkommenden Umständen nach Kläger gegen den fol. 102. befindlichen und den 10. Iul. 1731. eröffneten Bescheid in integrum zu restituiren, und vor Antretung des ordentlichen Beweises in separato eine ordentliche Klage von Klägern zu übergeben, und der Beweiß und referürte Gegenbeweiß dahin zu verweisen sey. V. R. W.

Bohm. Conf. T. III. P. II.

Rationes dubitandi.

Ob wol der Beklagte sehr erhebliche grauamina supplicationis zu haben scheinet, angesehen 1) in dem letzten Urthel dem Kläger nochmahls derjenige Beweiß auferleget ist, welchen er bereits geführet, aber darin succumbiret, zumahl 2) fol. 52. rechtskräfftig erkant ist, daß Kläger binnen legaler Frist darthun solle, daß der Beklagte den quæstionirten Wechsel würcklich ausgestellet, und solcher seine Hand sey, welchen Beweiß er auch angetreten, dennoch fol. 102. den 10. Iul. 1731. rechtskräfftig erkant worden, daß Kläger dasjenige, was ihm zu erweisen obgelegen, nicht erwiesen, mithin 1
es also scheinen will, als wenn post diffessionem Kläger zu eben dem vorhin aberkanten Beweiß nicht abermal zugelassen werden können, da eines Theils fol. 52. ihm ein terminus probatorius anberahmet gewesen, welcher so

Ad Lib. XXII. T. IV.

wol nach denen gemeinen Rechten, als nach dem Iustiz-reglement §. 40. præclusiuus ist, vt post illum nulla superſit probatio,

2 *l. 13. §. 4. de excuſ. tut.*

et nequidem refusis expensis ac præstita 3 cautione de lite prosequenda ad nouam actionem actori pateat aditus,

RAVCHBAR *P. II. qu. 24. n. 23.*

CARPZ. *in proc. tit. 13. art. 1. n. 48.*

andern Theils 3) Beklagter fol. 113. den diffessions-Eyd abgeschworen, dabey auch keine nullität vorgegangen, angesehen derselbe fol. 202. sqq. anberahmet und Klägern bekannt gewesen, mithin das fol. 20. b befindliche Urtheil, worin Beklagter euentualiter absoluiret, purificiret und auch solches in rem iudicatam ergangen, dieſemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn duplici respectu contra iudicatum im letzten Urthel erkant sey, man auch 4) nicht sagen mag, daß in solchen Fällen, wenn ein Mangel in exa- 4 mine testium vorgegangen, die repetitio testium noch allemal geschehen könne;

GAIL *I. obs. 105. n. 12. sqq.*

als welches wol re integra, aber nicht post iudicatum, wie hier zu finden, geschehen mag, wie denn auch 5) hier nicht applicabel 5 zu seyn scheinet, quod iuramento legali praestito probatio adhuc admitti queat,

l. 31. D. iurei.

zumal solches eines Theils alsdann, si iusta restitutionis causa ist, geschehen kan, quia per eam demum iudicatum rescinditur, andern Theils solches nur statt findet ob in- 6 strumenta nouiter reperta, quibus nunc solis vsurus est actor,

cit. l. 31. STRYK *de probat. post præstitum iuram. legale.*

dergleichen Kläger nicht vor sich hat, ausser solchen aber 6) post diffessionem iuratam keine Klage und ordinaria probatio weiter statt findet,

RIVIN. *ad tit. 25. ord. proceſſ. elect. Saxon. enunc. 27.*

BERGER *P. II. supplement. ad elect. proceſſ. tit. 25. p. 549. sqq.*

endlich 7) auf den l. 20. C. de fide instrum. hier nicht zu reflectiren, als welcher textus blos de simplici, nicht iurata diffessione redet, dergestalt es scheinen möchte, als wenn das vorige Urthel reformiret werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die ersten drey rationes zwar sehr wichtig sind, und pondere suo verhindern, daß der Kläger ad probationem ordinariam erkanter massen nicht directo zugelassen werden kan, vielmehr ihm die exceptio rei iudicatæ entgegen stehet, indem er nunmehro wieder zu dem Beweis admittiret worden ist, womit er bereits rechtskräfftig abgewiesen worden, gleichwol nicht zu leugnen, daß der Kläger durch den fol. 102. befindlichen Bescheid, und fol. 104. b und 105. erfolgte doppelte reiection des beneficii supplicationis, nicht weniger durch die sehr frühzeitige admittirung des Beklagten zum diffessions-Eyd, da den 10. Iul. der Bescheid publiciret und intra decendium den 19. eiusd. der diffessions-Eyd fol. 113. bereits abgeleget ist, sehr lædiret worden, bevorab da er nicht wenig vor sich hat, und gantz wahrscheinlich ist, daß der Wechsel von dem Beklagten ausgestellet, und er solchen geschrieben, man auch wohl siehet, daß er vormahls in 7 der persuasion (dazu er einigen Grund gehabt) gestanden, als wenn die fol. 75. übergebene summarische Bescheinigung in processu hoc cambiali genugsam wäre, dergestalt daß, weil der Verlust des Wechsels nebst andern incommodis davon dependiret, er billig contra iudicatum in integrum, auch breui manu, in læsione tam aperta, restituiret werden muß, darauf allenfalls auch der Beklagte fol. 299. prouociret, und wir darnach die Erklärung des letztern Urthels thun müssen, mithin es hier auf die rationem 4tam nicht weiter ankommt, und was in denen dreyen letztern rationibus angeführet ist, abermahl hieher nicht zu ziehen, da man nicht eben auf den l. 31. de iurei. und dessen decision zu sehen hat, sondern eines Theils nach der Kön. Preußischen Cammer Gerichts-Ordnung tit. 36. §. 5. der Beweis post diffessionem iuratam schlechterdings zugelassen, andern Theils aber zu erwegen ist, daß hier fol. 17. auf recognition oder eydliche diffession, und also nach Wechsel-Recht und executiue geklaget, mithin durch die eydliche diffession nichts mehr als dieses effectuiret, daß die Wechsel- und executiuische Klage weggefallen, und Beklagter davon allein, mithin nur secundum quid, nicht aber absolute absoluiret worden, vielmehr, weil post recognitionem die 8 condemnatoria ad soluendum zwar erfolget, dennoch aber dem soluenti die repetitio soluti per condictionem indebiti zu statten kommt, und er mit der exceptione rei iudicatæ nicht repelliret werden mag, also auch die absolutio nur secundum quid in casu diffessionis geschehen, so doch aber nicht verhindert, daß nicht via ordinaria noch geklaget werden sollte, wie die præiudicia

apud RIVINVM *cit. l. p. 991.*

solches erläutern, und die rationes iuris bestätigen,

MEV. *P. III. decis. 172.* et *P. VI. dec. 278.*

auch kein Unterscheid inter actorem et reum hieben

hiebey nach des seligen Herrn von Bergers Meinung zu machen, als wenn ein Kläger die 9 freye Wahl, wie er klagen wolle, habe, der Beklagte aber sich, wie er belanget werde, erwarten und gefallen lassen müste, diesem also mehr nachzusehen sey, zumal wenn einer ex duplici causa klagen kan, und ex alterutra, veluti ex cambio ob diffessionem iuratam sachfällig wird, dennoch nicht sofort ex diuersa agens causa exceptione rei iudicatæ repelliret werden kan, allermassen der debitor nicht absolute, sondern nur secundum quid, absoluiret wird, diese Meinung auch bey dem processu subtili exemtionis et executiuo billig anzunehmen ist, welches jedoch dergestalt zu verstehen, daß Kläger billig eine neue Klage hiebey übergeben, und per processum ordinarium die Sache zum Beweis bringen muß. *Ad Lib. XXII. T. IV.*

So ist geschehenet massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPT. MDCCXXXIII.

DECISIO CCCLXXXVI.

THEMATA.

I. Ex documento referente aliquando executiue agi potest.

II. Exceptio N. N. P. vtrum post biennium opponi possit?

SVMMARIA.

Instrumentum referens processum executiuum non admittit n. 1.
Sed potius probatio exceptionum iniungenda ibid.
Imprimis si verisimiles fuerint n. 2.
Iuramenti delatio est species probationis n. 3.
Post biennium exceptio N. N. P. prorsus reiicitur n. 4.
Instrumentum referens est guarentigiatum, si tenor relati eidem plene insertus n. 5.
Facta recognitione reus in processu ordinario exceptionem adhuc proponere potest n. 6.
Exceptio N. N. P. ad instar doli post biennium adhuc locum habet n. 7.
Dilatio tollit desertionem n. 8.
Nisi iure Guelferbytano circa notificationem peccatum n. 9.

Auf interponirte supplicationes und erfolgtes Verfahren in Sachen derer Anwälde des würcklichen Geheimden Raths und Reichs-Hof-Raths-Vice-Præsidenten, Herrn Grafens I. A. von M. Klägers und Interuentens an einem, H. von St. Beklagtens am andern, und des Königl. Grosbritannischen Kriges-Raths F. von St. Interuenienten am dritten Theil, erkennen Fürstl. Braunschweig-Lüneburgische Vice-Cantzler und Räthe, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß vor allen Dingen sowol des Beklagten, als Interuenientens Anwald binnen 14. Tagen bey 10. Thlr. Strafe sich ad acta zu legitimiren schuldig, und ist nunmehr, so viel Herrn Klägers Supplication betrifft, aus denen acten so viel zu befinden, daß Beklagter mit einem bessern Beweis seiner vorgeschützten exceptionis non numeratæ pecuniæ gestalten Sachen und Umständen nach nicht weiter zuzulassen, sondern das quæstionirte Capital der 3000. Thaler und gefälligen Zinsen bey Vermeidung der Hülfe zu bezahlen schuldig, der Beklagte aber mit seiner exception in die reconuention zu verweisen; nicht weniger interuenient seinen declarations-Gesuch des interuentens Anwalden binnen vier Wochen sub pœna desertionis zu communiciren, darauf alsdann dieser dem n. 63. befindlichen Urthel mit Einlassung auf dieselbe gebührend Folge zu leisten gehalten. So viel hingegen des Beklagten supplication betrifft, so ist dieselbe vor erloschen und desert zu halten, und Herrn Klägers Anwald sich darauf einzulassen nicht verbunden. V. R. W.

Ad Lib. XXII. T. IV.

Rationes dubitandi.

Nachdem Herrn Klägers Anwald sich n. 86. gebührend legitimiret, so hätte Beklagten und interuenientens Anwald obgelegen, sich ebenfalls zu legitimiren, welches aber nicht geschehen, und dahero solches nunmehro ihm sub pœna um desto mehr auferleget werden müssen, als die omissio legitimationis sonsten einen substantialem defectum processus ausmachet. So viel aber die Haupt-Sache und des Herrn Klägers supplication betrifft, obwol gegen desselben grauamina Beklagter eingewandt, daß die sub n. 2. producirte und recognoscirte obligatio, sich auf Wechsel-Briefe, so durch die eingeklagte Post bezahlet
1 seyn sollen, beziehet, mithin kein instrumentum guarentigionatum, woraus executiue geklaget werden könne, sey,

arg. auth. si quis C. de edend.

B. de BERGER *elect. proc. execut. §. 10.*

dahero ein ordentlicher Beweis ratione exceptionis, worauf auch erkant ist, statt haben müsse, und weil in des Hertzogs Friedrich Ulrichs constitution, so n. act. 65. angeführet, dieses casus wegen nichts anders disponiret, billig solche nach den gemeinen Rechten erkläret werden müsse, welches hier um desto mehr zu statuiren, als n. act. 34. Beklagtem seine exceptiones zu opponiren vorbehalten, solche auch bereits aus denen producirten und cassirten Wechsel-Briefen ziemlich hervor zu leuchten scheinen, als aus welchen erhellet, daß solche 2150. Thlr. nur betragen, und doch gleichwol mit dem Anlehn der 3000. Thlr. die-
2 se Wechsel, so auch Beklagter retradiret, eingelöset seyn sollen, dahero ein illiquidum sich hier finden will, Beklagter nicht weniger dabey beständig bleibet, daß er auch nicht einsten diese 2150. Thlr. eingestanden, noch erhalten, nicht zu gedencken, daß wegen Ausschneidung des Namens der creditorum in denen Wechseln die Sache noch verdächtiger seyn möchte, allenfalls Beklagter die exceptionem non numeratæ pecuniæ dadurch in continenti klar gemachet, daß er den Eyd darüber deferiret, die ICti Ienenses auch in ihren rationibus der Meinung gewesen, daß post biennium, wann der Beklagte den Beweis seiner exceptionum führen wolle, er noch damit zu hören, mithin auch die Eydes-dela-
3 tio, quæ species probationis esse dicitur,

l. 30. de iurei.

statt finden müsse; im Gegentheil Herrn Klägers Anwald vermeinen will, daß post biennium diese exceptio gar nicht mehr zulässlich und dahero auch die reconuentio dem Beklagten nicht einsten reseruiret werden mögen.
4

de BERGER *elect. proc. execut. §. 44.*

WERNHER *P. I. obs. 6.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch auch ein instrumentum referens gar wohl guarentigionatum seyn kan, wenn der gantze tenor des relati daraus 5
zu ersehen,

de BERGER *cit. l. §. 10.*

hier aber darneben das chirographum ein gantz neues debitum concerniret, so zwischen dem Herrn Klägern und Beklagten contrahiret, dabey man auf die vorige causam debendi, quæ per nouationem exstincta, nicht weiter zu sehen, vielmehr die n. 2. befindliche obligatio klar ist, nachdem sowol daraus zu ersehen, quid? quale? quantum? a quo? 6
et cui debeatur? als auch die causa debendi specialis daraus am Tage lieget, dergestalt, daß nichts derselben entgegen stehet, warum nicht executiue geklaget werden können, so auch würcklich geschehen, und die recognition erfolget ist, bey solchen Umständen aber auf einen ordentlichen Beweis der exceptionis non numeratæ pecuniæ nicht erkant werden mögen, vielmehr da Beklagter diese exception nicht in continenti klar gemachet, die Eydes-delation aber aberkant ist, nichts mehr als condemnatoria übrig gewesen, dabey jedoch dem Beklagten die reconuention vorbehalten werden müssen, nachdem eines Theils hier blos die probatio ordinaria prædictæ exceptionis wegen des processus executiui verworffen, andern Theils n. act. 64. gar wohl dargethan, daß der debitor post biennium mit dieser exceptione, quatenus ad 7
instar doli exceptionis opponitur,

l. 3. C. de non num. pec.

noch zu hören, welche sententia humanior dem rigori opinionis dissentientium billig vorzuziehen,

l. 8. C. de iudic.

mithin Beklagtem die reconuention, worin er sich der Eydes-delation bedienen kan, billig vorzubehalten gewesen, endlich wegen des von dem interuenienten geschehenen declarations-Gesuch des Herrn Klägers Anwald dabey beständig bleibet, daß solcher ihm nicht communiciret worden, so doch vor allen Dingen geschehen muß, zumal ex actis davon keine Nachricht zu befinden.

So hat geschehener massen wegen des Hrn. Klägers supplication erkant werden müssen.

Rationes dubitandi et decidendi.

Anlangend des Beklagten interponirte supplication, obwol Herrn Klägers Anwald sich auf dessen grauamina nicht eingelassen, sondern

sondern denselben allein exceptionem desertionis opponiret, welche dennoch in actis sich so klar nicht finden will, angesehen Beklagter 8 n. act. 72. dilation gebethen, und ob solche gleich nur zur Nachricht dem klagenden Anwald communiciret, dennoch dadurch die dilation nicht abgeschlagen, sondern vielmehr pro tacite concessa anzusehen, hiernächst als er solche zum andernmal gesuchet, n. act. 75. dieselbe auch expresse indulgiret worden, dergestalt, daß an denen formalibus nichts ermangeln, sondern vielmehr des Herrn Klägers Anwald schuldig erkant werden möchte, sich auf die grauamina des Beklagten einzulassen.

Dieweil aber dennoch expresse in der Fürstlichen Cantzley-Ordnung §. 59. et 60. verse- 9hen, daß nicht allein die supplication intra decendium interponiret, und solche interposition bey der notification dociret sondern auch die notification binnen denen nächsten vier Wochen eingebracht, und solches ohne einzige dilation geschehen müsse, gleichwol Beklagter bey der n. act. 67. geschehenen notification die coram notario et testibus interponirte supplication mit nichts dociret, *Ad Lit.* vielmehr solches documentum erst bey der n. *XXII.* 79. übergebenen iustifications Schrifft subn. *T. IV.* 80. und also lange nach denen gesetzten vier Wochen ad acta gebracht, endlich die notification davon nicht einsten binnen vier Wochen geschehen, zumal den 6. Oct. a. p. das n. act. 63. befindliche Urthel publiciret, im Gegentheil den 16. Nov. eiusd. anni n. act. 67. und also lange nach dem Ablauf der vier Wochen die notification der supplication, wiewol ohne solche zu documentiren, übergeben, dergestalt, daß da bereits die supplication desert und erloschen gewesen, ihm die indulgirte dilationes nicht weiter zu statten kommen können, des Herrn Klägers Anwald also sich darauf einzulassen nicht schuldig gewesen.

So hat auch dieser supplication wegen Inhalts der Urthel erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE OCTOBR. MDCCXXXIII.

RESPONSVM CCCLXXXVII.

THEMATA.

I. Litteræ habent vim chirographi, si causſa debendi munitæ sunt.

II. Cancellatio chirographi adhuc legibilis non absolute nocet.

III. Ex illo tamen executiue agi nequit.

IV. *Vsuræ non obstante interpellatione vltra alterum tantum vix extenduntur.*

V. *Sola declaratio heredis de debito defuncti soluendo nouationem non constituit.*

SVMMARIA.

Chirographum solemni scriptura constat n. 1.
Chirographum medium probandi debitum est n. 2.
Sufficit, si chirographum causſam debendi et confessionem acceptæ pecuniæ continet n. 3.
Epistola habet vim chirographi n. 4.
Et contra scribentem probat n. 5.
Deletio et rasura falsitatem arguunt n. 6.
Modo in loco suspecto facta n. 7.
Si deletione non obstante instrumentum legi potest, vim probandi retinet n. 8.
Instrumentum contra producentem probat n. 9.
Annotatio pro scribente nil probat n. 10.
Reus exceptionem suam probare debet n. 11.
Heres defuncti ex alienum non obstante pacto contrario soluit n. 12.
Vsuræ ex mutuo non debentur, nisi promissæ n. 13.
Vsuræ in mutuo ex mora debentur n. 14.
Vsuræ ob solam extraiudicialem interpellationem vltra alterum tantum non soluuntur n. 15.

Ex

Ad Lib. XXII. T. IV.

Ex instrumento in loco suspecto cancellato exercitiue agi potest n. 16.
Quod a quibusdam negatur n. 17.
Ex constituto debiti alieni proprio nomine quis conuenitur n. 18.
Sola heredis declaratio de soluendo debito defuncti, si liquidum fuerit, non constituit nouationem n. 19.

Als uns derselbe priuat-acta nebst einer facti specie und verschiedenen Fragen zugesendet.

Hat der weyland Obriste von G. von dem weyland Obristen C. anno 1710. zu Anschaffung einiger Pferde 715. Thlr. erborget, und gezahlet empfangen; hiernächst obgedachter Obrister C. dem Herrn von G. und dessen Brüdern an. 1709. 538. Pattacons vorgeschossen, wovon nach der unter denen Gebrüdern von G. gemachten, und von dem seligen Obristen fol. 6. act. agnoscirten repartition derselbe noch 70. Pistolen schuldig geblieben, jener auch an einen Fuhrmann Venlo vor einige an den Obristen von G. abgesendete Regiments-Montirungs-Fracht 40. Pattac. 30. Stl. bezahlet. Nachdem nun der Obriste C. sub dato Lille den 4. Sept. 1711. jenem hierüber eine Abrechnung zugesendet, nach welcher er nach dem fol. 55. act. sub 7 gestellten conto 758. Thlr. 16. Gr. worunter obgedachte erste Post a 715. Thlr. mit begriffen, und nach dem conto sub ⊙ 249. Pattacons 23. Stl. worunter die obige 70. Pistolen enthalten, schuldig verblieben, hat dieser in dem darauf an den Obristen C. ergangenen fol. act. 12. befindlichen Antwort-Schreiben sub dato Mons den 3. Iul. 1712. gedachte Abrechnung vor richtig angenommen, und sich darin ausdrücklich zu der Summe der 758. Thlr. 16. Gr. und 249. Patt. und 23. Stl. schuldig erkant, und selbige mit ehesten zu zahlen versprochen, dabey auch berichtet, daß Herr Miehe auf die letzte Summe 278. Holländische Gulden zahlen würde, und also nach deren und der vor das Elsische Zelt gezahlten 42. Thlr. er noch 142. Patt. 35. Stl. schuldig sey. Ist aber hierauf der Herr Obriste von G. vor Bezahlung dieser Schulden an. 1713. verstorben, weshalb der Herr Obriste C. sich dieserwegen bey seinen hinterlassenen Herren Brüdern als Erben gemeldet, welche aber gedachte Summen zu bezahlen sich aus dieser Ursach geweigert, weil über selbige keine förmliche Handschrifft ausgestellet worden, hingegen der fol. 12. act. producirte Brief an einem Ort zerrissen und darinnen einige Zeilen ausgestrichen, und daher eine so ansehnliche Post nicht erweisen könne; bey welchen Umständen nunmehr nach des Obristen C. anno 1734. erfolgten Absterben desselben Erben hierüber in Rechten belehret zu werden verlanget, und dabey erstlich gefraget wird:

Quæstio I.

Ob nicht das fol. act. 12. befindliche Schreiben des weyland Obristen von G. de dato den 3. Ian. 1712. pro chirographo zu halten, oder vim chirographi habe?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob nun wol eingewandt werden möchte, daß zu einem chirographo solennis scriptura erfordert werde, und in dessen Ermangelung keine Verbindlichkeit vorhanden sey,

l. 40. D. de reb. crèd. 1

mithin auch der quæstionirte Brief vim chirographi nicht haben könne.

Dieweil aber dennoch 1) ein chirographum nicht sowol ein medium obligandi, als ein medium probandi debitum anzusehen ist, 2

§. vn. Inst. de lit. obl.
l. 4. D. de fide instr.

zu solchem Ende also genug seyn kan, wenn selbiges causam debendi und confessionem acceptæ pecuniæ cum promissione restituendi enthält. 3

STRYK *de caut. contract. sect. IV. c. 3. §. 4.*

solchergestalt auch 2) ein blosser Brief, in welchem die genannte requisita zu finden, von gleicher Krafft und Würckung ist, cum etiam mutuum per epistolam contrahi queat, 4

LAVTERBACHII *diss. de epistola th. 18.*

und folglich gegen denjenigen, welcher sich darinnen zu einer genannten Schuld bekennet, und solche dem Gläubiger zu erstatten verspricht, genugsam beweiset, cum epistola contra scribentem plene probet, 5

l. 26. §. fin. D. depositi
c. 14. X. de fide instrum.

MASCARD. *de probat. vol. II. concl. 627.*
CARPZOV. *P. I. const. 17. def. 34. n. 1.*

generaliter enim sancitum, vt, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis, exanteecedente caussa descendentibus, eamque caussam specialiter promissor edixerit, ei iam licentia esse non debeat, caussæ probationem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat,

l. 13. C. de non num. pec.

dieselbe nach da 3) der Obriste von G. in dem quæstionirten Briefe die schuldige Summe der

der 758. Thlr. und 249. Patt. speciatim nahmhafft gemachet, und dabey bekannt, daß er solche aus Abrechnung schuldig geblieben, und also die von Obristen C. überschickte Abrechnung und darin enthaltene caussam debendi nochmahls völlig agnosciret, hiernächst nicht allein von solcher Summe die von ihm auf ein Zelt baar vorgestreckte 42. Thlr. abgezogen, und Herrn M. darauf 278. Thlr. zu bezahlen aufgetragen, sondern auch die rückständige Summe mit nächsten zu bezahlen versprochen; hieraus sich nunmehr von selbst ergiebet, daß der quæstionirte Brief gegen des Herrn Obristen von G. Erben die Schuld bündig und hinlänglich erweise, übrigens gegen denselben nach Verlauf so vieler Jahre von Zeit, da die Schuld aufgenommen worden, die exceptio non numeratæ pecuniæ bekannten Rechten nach nicht mehr opponiret werden kan.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß das quæstionirte Schreiben des Obristen von G. vim chirographi habe, folglich vor eine bündige Verschreibung, dergleichen die Erben des Herrn Obristen von G. in ihren Schreiben fol. 40. et 46. act. verlanget, anzusehen, und dessen effect habe, und dahero eine andere förmliche ausgestellte oder versionem debiti enthaltende Quittung unnöthig, diesemnächst der heres debitoris defuncti mit der exceptione non numeratæ pecuniæ nicht mehr zu hören.

Betreffend die andere Frage:

Quæstio II.

Ob nicht diesem Briefe ohnschädlich, und er nichts desto weniger gültig sey, wenn gleich darin etwas deliret, und ein Stück davon abgerissen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol in den quæstionirten Briefen nicht allein einige Zeilen ausgestrichen, sondern auch an demjenigen Ort, wo die restitutio debiti 6 versprochen, ein Theil abgerissen worden, und hieraus eine præsumtio falsitatis entstehen, oder wenigsten derselbe verdächtig werden möchte.

Dieweil aber dennoch 1) alle deletio und cancellatio, welche nicht in loco suspecto et in parte essentiali instrumenti geschehen, 7 der Gültigkeit desselben unschadhafft ist,

c. 3. X. de fide instrum.

die in dem quæstionirten Briefe ausgestrichene Zeilen aber 2) dem klaren Augenscheln nach nicht die Schuld, sondern eine andere berichtete Sache betreffen, indem erst darnach in einem neuen periodo der von dem Obristen C. überschickten Abrechnung Meldung gethan wird, hiernächst 3) die cancellatio epistolæ sich nicht an demjenigen Theil desselben befindet, worin der Herr Obriste von G. sich zu der quæstionirten Schuld bekant, welches doch hier dasjenige ist, worauf es bey dem Beweis hauptsächlich ankommt, in alia autem parte, quæ ad rem non facit, rasura non attenditur, *Ad Lib. XXII. T. IV.*

LEYSER *in medit. ad pand. spec. 245. n. 4.*

und obgleich 4) derjenige Theil des Briefes cancelliret worden, wo er sich zu der Erstattung der Schuld verpflichtet, dennoch dieses einen Punct betrifft, wozu der debitor ohnedem ipso iure verbunden, überdiß man auch in loco cancellato des quæstionirten Briefes noch hinlänglich lesen und erkennen kan, daß der Herr Obriste von G. daselbst die restitutionem debiti versprochen, si autem per coniecturas sufficientes lectio in loco cancellato suppleri potest, instrumentum adhuc probat.

STRYKII *diss. de rasura cap. 2. n. 10.*

So erhellet hieraus, daß es dem quæstionirten Brief unschadhafft, und er dennoch gültig sey, obgleich darin etwas ausgestrichen, und ein Stück davon abgerissen worden.

Was die dritte Frage anlanget:

Quæstio III.

Ob die in dem Briefe sub n. 12. angeführte 278. Fl. d' Hollande, welche des seligen Obristen von G. Anführen nach, Mr. M. bezahlet haben oder noch bezahlen soll, jedoch des Obristen C. seinem eigenhändigen fol. 43. act. gemachten notato nach, solche Post nicht erhalten, an der Summe der geständigen 249. Patt. könne decourtiret werden, oder ob nicht vielmehr dem Gegentheil obliege, die durch Herrn M. geschehene solutionem darzuthun?

Ad Lib. XXII. T. IV.

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol des Herrn Obristen von G. Anführen, daß er 278. Holl. Fl. an den Obristen C. durch Herrn M. zahlen lassen, durch den quæstionirten Brief fol. 12. act. desto gewisser erwiesen zu werden scheinen möchte, da des Obristen C. Erben solchen Brief zum Beweis ihrer Schuldforderung gebrauchen, folglich sie denselben auch gegen sich als einen hinlänglichen Beweis gelten lassen müssen, instrumentum enim, quod quis pro se produxit, etiam
9 contra eundem valet, hiernächst 2) des Obristen C. eigenhändiges fol. 43. gemachtes notatum, daß er die quæstionirte 278. Fl. nicht empfangen, keinen Beweis ausmachen
10 will, cum privata adnotatio pro scribente nihil probet,

l. 6. 7. C. de probat.

mithin klar zu seyn scheinen möchte, daß die 278. Fl. von der Summe der geständigen 249. Patr. decourtiret werden müsten.

Dieweil aber dennoch 1) der Obriste von G. in dem quæstionirten Schreiben fol. 12. act. die Summe der 249. Patr. als eine dem Obristen C. rückständige Schuld eingestanden, die Erben des Obristen C. aber sich bey ihrer Anforderung in solchen Geständniß des debitoris gründen, mithin wenn 2) des debitoris Erben dagegen excipiren, daß 278. Fl. auf solche Summe gezahlet worden, solche exceptio solutionis in facto beruhet, und von des debitoris Erben den Rechten nach dargethan werden muß, cum reus excipiens actoris partibus fungatur, ideoque exceptionem
11 suam docere debeat,

l. 9. l. 19. pr. D. de probat.

und obgleich 3) wie in rat. dub. angeführet worden, aus dem quæstionirten Briefe zu erhellen scheinet, daß die Bezahlung durch Herr M. geschehen sollen, dennoch die daselbst befindliche Worte:

welche Herr *M.* bezahlet hat, oder noch bezahlen soll.

solches nicht erhärten, vielmehr daraus nur so viel zu erkennen, daß der Herr Obriste von G. Herrn M. aufgetragen, solche Gelder an Hrn. Obristen C. zu bezahlen, ob aber dieser die Bezahlung würcklich gethan, annoch in facto bestehet, und dieses factum noch erwiesen werden muß, zumal, wenn gleich die privata adnotatio des seligen Obristen C. keinen Beweis ausmachet, dennoch daraus einige præsumtio entstehet, daß er die Gelder von Herr M. nicht gezahlt empfangen, überhaupt aber dem debitori die probatio exceptionis solutionis oblieget.

So erhellet hieraus so viel, daß, dafern des seligen Obristen G. Erben die exceptionem solutionis, und daß die quæstionirte 278. Fl. von Herrn M. an den Obristen C. würcklich gezahlet worden, nicht beweisen sollten, solche Gelder an der Summe der geständigen 249. Patr. nicht abgezogen werden können.

Die vierdte Frage anlangend:

Quæstio IV.

Ob ein angeblich von ihnen gemachtes pactum, so fol. 16. angeführet wird, alle diejenigen nur zu contentiren, so mit einer völligen obligation versehen und klärlich erweisen könten, daß sie mit Recht an deren verstorbenen Bruder, dem Herrn Obristen etwas zu fordern hätten, was aber geführte Rechnungen und dergleichen anlange, sie zu bezahlen sich auf keine Weise engagirten, einem tertio creditori, mithin denen C. Erben præiudiciren könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol eingewandt werden möchte, daß die Herren Gebrüdere von G. ihres verstorbenen Bruders Schulden zu bezahlen nicht weiter verbunden, als in soferne sie sich darzu nach seinem Tode durch gedachtes pactum anheischig gemacht.

Dieweil aber dennoch die Herren Gebrüdere von G. ihres Herrn Bruders, des seligen Obristens, Erben sind, und vermöge der angetrete- 12
nen Erbschafft alle wahre Schulden des defuncti, sie mögen aus geführten Rechnungen oder förmlichen obligationen herrühren, oder nicht, zu entrichten schuldig sind, mithin dieselben in præiudicium tertii dergleichen pactum, worin sie sich nur zur Bezahlung gewisser Schulden verpflichten, nicht eingehen können, und wenn sie solches geschlossen, desselben tertio creditori, mithin auch denen C. Erben nicht præiudiciren kan, cum per pactum inter alios initum, tertio nullum ius adimi possit.

l. 19. D. de pactis.

So erhellet hieraus, daß das angeblich von den G. Erben gemachte pactum denen C. Erben nicht præiudiciren könne.

Was

Was die fünfte Frage betrifft:

Quæstio V.

Ob nicht des Obrist G. Erben so wol die 715 Thlr. welche fol. act. 9. **um Ostern 1710. wiederum zu bezahlen versprochen worden, von solcher Zeit an Landüblich mit** 5 pro cent **zu verzinsen schuldig, als auch ob von den übrigen in dem Schreiben** fol. 12. agnoscirten **Schulden, desgleichen von denen vor Frachten dem Fuhrmann H. von S. bezahleten** 14. Pattac. 3 Ort. **seit dessen Tode, oder wenigstens** a die interpellationis **derer Herren Erben, welcher besage** fol. 40. act. **den** 31. Decemb. 1714. **ist, die Landübliche** interesse **zu bonificiren schuldig, von beyden Posten auch** vltra alterum tantum, **weil** creditor **keine** negligentiam in exigendo **begangen, C. Erben solche zu fordern befugt seyn?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol in dem fol. act. 12. befindlichen Briefe keine Meldung von Zinsen geschehen, auch sonst nicht zu befinden, daß von den quæstionirten Posten jährliche Zinsen versprochen worden, woraus zu erfolgen scheinen möchte, daß auch die Erben des Obristen von G. zu derselben Bezahlung nicht gehalten wären, da nach denen Römischen Rechten bekant, quod vsuræ ex mutuo nequidem ex mora debeantur, nisi promissæ.

l. 3. C. de vsur.

Dieweil aber dennoch 1) in recessu imperii
f4 de an. 1600. §. so viel nun 178. ausdrücklich versehen, daß, wenn ein Schuldner in mora restituendi pecuniam ist, er seinem Gläubiger von derselben Zeit an das interesse zu entrichten und zu vergütigen schuldig seyn solle, wornach heut zu Tage in praxi allein verfahren wird,

STRYK *in vsu mod. tit. de vsur. §. 5.*

LAVTERBACH *ad tit. de vsur. §. 18. in f.*

dem zufolge also, da 2) die 715. Thlr. welche *Bæhm. Conf. T. III. P. II.* um Ostern 1710. wiederum zu bezahlen versprochen worden, iedennoch nicht abgetragen worden, der Hr. von G. und dessen Erben, a tempore præterlapso obligationi præfixo in mora restituendi gewesen, ferner die G. Erben in Ansehung der übrigen Posten durch die an. 1714. geschehene interpellationem in mora constituiret worden, dieselben nunmehro die 5 Zinsen a tempore moræ, iedoch nur vsque ad alterum tantum zu entrichten verbunden sind, und ob wol 3) da der creditor keine negligentiam in exigendo begangen, die debitores ob moram diuturnam die Zinsen vltra alterum tantum zu bezahlen gehalten zu seyn scheinen möchten, dennoch die debitores bishero nur extraiudicialiter interpelliret worden, wobey Rechtens, quod ob solam interpellationem extraiudicialem vsuræ vltra alterum tantum non debeantur:

Ad Lit. XXII. T. IV.

l. 19 C. de mandat.

BRVNNEMANNVS *ad cit. l.*

So sind, bemeldeten Umständen nach, die Erben des Hrn. Obristen von G. die Zinsen von dem quæstionirten capitalien a tempore moræ angezeigter massen, doch nur vsque ad alterum tantum abzutragen verbunden.

So viel die sechste Frage anlanget:

Quæstio VI.

Was für eine actio **wider des weyland Obristen von G. Hrn. Erben anzustellen am rathsamsten und vortheiligsten sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol bey der ersten Frage dargethan worden, daß der quæstionirte Brief fol. act. 12. vim chirographi habe, mithin es das Ansehen gewinnen möchte, daß aus gedachtem Schreiben, als aus klaren Brief und Siegel, executive geklaget werden könte, cum etiam ex in-
16 strumento quoad partem in loco non suspecto cancellato executiue agi queat.

STRYK. *diss. de rasura c. 2. §. 14.*

Dieweil aber dennoch gedachtem Briefe die exceptio deleti et quoad partem cancellati instrumenti entgegen gesetzet werden kan, welche zwar, wie ad quæst. II. gezeiget worden, desselben Gültigkeit unschadhafft ist, dennoch wenn daraus executiue geklaget werden sollte, solches zu vielen Weitläuftigkeiten und Streitigkeiten ratione competentiæ processus Anlaß geben, und dabey mehr über den angestellten Proceß, als über die Hauptsache selbst ge-

Ad Lib. XXII. t. IV.

stritten werden könte, welches zu verhüten, rathsamer gehandelt ist, so fort actionem ordinariam, nemlich condictionem ex mutuo anzustellen, immassen unterschiedliche Rechts-Lehrer der Meinung sind, quod instrumentum, in quo aliquid deletum, vel quod quoad partem cancellatum, paratam executionem impediat, ideoque ex processu executiuo reiiciatur, et in ordinarium reseruetur. 17

LEYSER *in medit. ad Pand. spec. 245. n. 4.*

MENOCH *de præsumt. qu. 99. n. 6.*

So halten wir davor, daß es gestalten Umständen nach am rathsamsten sey, actionem ordinariam, nemlich condictionem ex mutuo gegen des Obristen von G. Herren Erben anzustellen. V. R. W.

INSERAT.

Will derselbe auch ferner belehret seyn:

Quæstio.

Ob nicht des Obristen G. Herren Gebrüdere so wol als Erben, als auch ex promisso, da sie in ihren fol. 40. und 46. befindlichen Schreiben declariren, die Forderung, wenn sie genauer belehret würden, daß die geforderten Gelder nicht abgetragen, oder solche auf bündige Verschreibungen gegründet wären, abführen zu wollen, die in dem Schreiben fol. 12. act. agnoscirte Schuld zu bezahlen schuldig?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol in der fol. 40. und 46. geschehenen Erklärung der Hrn. Brüder des Obristen G. eine nouatio debiti prioris, vel ad minimum constitutum enthalten zu seyn scheinen möchte, daß, in dem Fall die quæstionirte Anforderungen durch hinlängliche Verschreibungen dargethan werden könten, der Abtrag der schuldigen Gelder erfolgen solle, mithin da der quæstionirte Brief fol. 12. act. vim chirographi hat, die Erben nunmehro ex proprio constituto die rückständigen Schulden ihres Bruders abzutragen schuldig wären. 18

Dieweil aber dennoch gedachte declaratio nur conditionata ist, und unter der Bedingung geschehen, wenn die quæstionirte Anforderungen hinlänglich dargethan werden solten, dieselbe also nichts mehr enthält, als worzu die Herren Gebrüder von G. ohnedem als Erben des seel. Obristen verbunden, da in denen Rechten bekant, quod heres pro viribus hereditatis debita defuncti vera et liquida soluere teneatur, mithin obgedachte declaratio pro novatione debiti prioris nicht zu achten, zumahl da solche nicht animo nouandi, sondern bloß in der Absicht geschehen, sich zu erklären, wie sie sich zu Bezahlung ihres Hrn. Bruders Schulden verstünden, beborab da sie anitzo vermeinen, daß solche nicht genugsam liquid sey, und sie solche zu bezahlen nicht schuldig, unter welcher Bedingung sie allein ihre declaration gethan. 19

So erhellet hieraus, daß die Hrn. Gebrüdere von G. wohl als Erben des seel. Obristen, nicht aber aus gemeldeter declaratione, die in dem Schreiben fol. 12. act. agnoscirten Schulden zu bezahlen verbunden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MARTIO MDCCXXXVIII.

DECISIO CCCLXXXVIII.

THEMATA.

I. *Cautio pro reconuentione temere non exigenda.*

II. Caussam debendi implicite documento inesse sufficit.

SVMMARIA.

Cautio pro reconuentione quantitati reconuentionis respondere non debet n. 1. 6.

Hereditatis aditio facti est, nec præsumitur n. 2.

Ex

Ex documento causſa debendi deſtituto executiue agi nequit n. 3.

In dubio pro liberatione contra obligationem pronunciandum n. 4.

Cautione ſuperuacua nemo onerandus n. 5.

Hereditatis poſſeſſor pendente lite ſuper hereditate nomina exigere poteſt n. 7.

Cauſſa debendi implicita in documento admittitur n. 8.

Erroribus rerum veritas non vitiatur n. 9.

Ad Lib. XXII. T. IV.

Auf eingewandte appellation, deren iuſtification und erfolgte Geſetze in Sachen A. I. S. verehligt geweſener N. nachgelaſſener Erben, Appellanten an einem, und A. S. H. verehligter U. Appellaten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich Wilhelm, König in Preuſſen ꝛc. nach vorgehabten Rath unſerer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß die appellatio in ihren formalien zu Recht beſtändig, und die Sache zu deren Rechtfertigung an uns 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, und alſo die ſententia a qua von 31. Jan. 1739. ſchlechterdings zu confirmiren, mithin die Sache an Richter voriger inſtantz zu remittiren ſey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem die formalia ihre Richtigkeit haben, ſo kommt es vorizo auf die materialia, oder grauamina appellationis ſelbſten an.

Ob nun wol das erſte grauamen darin geſetzet worden, daß an ſtatt der in prima inſtantia auf 200 Thlr. erkanten caution pro reconventione et expenſis nur 50 Thlr. beſtimmet
1 worden, da doch gantz natürlich ſey, daß, weil die Poſt 200 Thlr. betreffe, das quantum cautionis ſo hoch geſetzet werden müſſe, als der Endzweck derſelben, nemlich die Sicherheit desjenigen, was bey dem Proceß zu riſquiren, erfordere, dem zu folge dann die Unkoſten des proceſſus allein auf 200 Thlr. leicht anlauffen könten, ehe der Proceß geendiget würde, und wenn Appellatin, als eine extranea perſona, darin condemniret werden ſolte, ohne genugſame caution der regreſſus ſchwer ſeyn würde, bevorab da Appellanten auch pro reconuentione, die ſie beyzubringen ſich referuiret haben wollen, Sicherheit haben müſſen, alſo 200 Thlr. loco cautionis nicht zu hoch zu achten; hiernechſt 2) Appellatin als Erbin ihres Mannes geklaget, und zu ihrer legitimation zwar ein teſtamentum produciret, gleichwol nicht dargethan, daß das Teſtament von denen Erben ab inteſtato agnoſciret worden, und ſie die Erbſchafft angetreten, cum tamen non ſufficiat, aliquem ſcriptum eſſe heredem, ſed etiam aditio deſideretur, ja auch bekant ſey, daß teſtamenta mehrentheils angefochten werden, und dahero von der Appellatinnen erwieſen werden müſſen, daß die Erben ab inteſtato es bey demſelben gelaſſen, nicht aber denen Appellanten der Beweiß, daß ſolches teſtamentum impugniret worden, auferieget werden ſollen, nachdem dieſer punct ad legitimationem der Appellatinnen gehöret, und ſie dieſe exception in allen puncten und circumſtantien erweiſen müſſe, præſertim cum aditio
2 hereditatis facti ſit, et ſic probari debeat; und ſo viel 3) die Hauptſache betrifft, die appellatin die recognition oder eydliche diffeſſion des producirten Schuldſcheins geſuchet, appellanten aber dazu ſich nicht verbunden zu ſeyn geachtet, ſondern denſelben vor irrecognoſcibel gehalten, dieweil in demſelben keine cauſa debendi enthalten, ohne welche doch kein inſtrumentum einigen effect erreichen, am wenigſten darauf executiue verfahren werden könne,
3

l. 25. in f. de probat.

l. 14. de fide inſtrum.

ja man ſolches nicht einſten pro chirographo achten möchte, weil keine reſtitutio pecuniæ darin verſprochen, auch keine præſumtio mutui hiebey zu faſſen ſey, quin potius magis contra obligationem in dubio pronunciandum,
4

l. 47. D. de obl. et act.

in mehrerer Erwegung der Appellanten Mutter niemahls Geld von der Appellatinnen geborget, ihr erſter Mann G. eigentlich das Geld aufgenommen, und alſo laut Beylage act. pr. inſt. fol. 5. der Schein irrig auf Appellanten Mutter gerichtet geweſen, hierüber ihres erſten Mannes Papiermühle in an. 1723. ad haſtam gebracht, und alle creditores, ſo etwas daran zu fordern gehabt, laut beygehenden acten citiret worden, gleichwol Appellatinne damahls ſich nicht gemeldet, ſondern præcludiret ſey, woraus denn 4) folget, daß Appellanten billig ſchlechterdings abiouiret, nicht aber 5) die Unkoſten beyder inſtantien, wie doch geſchehen, compenſiret werden ſollen, da Appellatinne kein fundamentum agendi gehabt, auch die recognitio ohne allen effect ſeyn würde, weil die dagegen referirte exceptiones derſelben ſofort alle Kräffte benehmen müſten.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) die gantze Forderung nur auf 200 Thlr. gehet, und obngeachtet die Appellatinne eine fremde Perſohn und zur caution alſo verbunden iſt, dennoch dieſelbe ſo hoch nicht, als das gantze capital reichet,

Ad Lib. XXII. T. IV.

pro reconuentione et expensis gesetzet werden kan, in mehrerer Erwegung die Appellatinne allerdings ein fundamentum aus dem producirten Schein hat, wie hiernechst darzuthun und nicht zu glauben, daß sie in expensas werde condemniret werden, und wenn auch solches geschehen solte, dennoch 50 Thlr. dazu zureichend sind, nachdem im letzten Urthel die expensæ beyder instantien bereits compensiret, und es dabey auch nochmahls gelassen worden, auch die Appellanten die Unkosten dieser instantz bezahlen müsten, wenn sie nicht in prima instantia ein Urthel vor sich gehabt, in welchem regard sie übergangen sind; pro reconuentione aber keine caution zu bestellen ist, da noch nicht einmahl ein caput reconuentionis angegeben werden können, cum tamen nemo onerandus cautione superuacua,

MEV. *P. II. dec. 26.*

auch allenfals dazu die cautio von 50 Thlr. mit zureichend zu achten, als durch welche nur Klägerin gezwungen werden soll, in reconuentione sich bey dasigen Gerichten einzulassen, sonsten aber von der cautione iudicatum solui allerdings zu distinguiren; ad 2) aber zur legitimatione ad causam die productio testamenti in forma probante vor zureichend zu achten, und an der aditione um destoweniger zu zweifflen, als die Appellatinne qua heres klaget, und dadurch sich pro herede geriret, im übrigen valor testamenti so lange vor gültig zu achten, donec eius rescissio vel impugnatio probata fuerit, da so gar genug sonst ist, wenn nur ein heres testamentarius possessionem hereditatis erweiset, cum possessor hereditatis, quæstione super ea mota, lite pendente exigere nomina possit.

l. 49. D. de hered. petit.

Diesemnach die legitimatio ad causam, nisi contrarium probatum fuerit, in so weit vor zureichend zu achten. Hiernechst ad 3) in dem fol. 3. act. pr. inst. befindlichen Schuldschein die causa debendi nicht gäntzlich ermangelt, weil darin der Appellantinnen Mutter bekant, daß sie 200. Thlr. baar von I. C. empfangen, welche sie zu ihrem Bau angewendet, also solches nothwendig ex causa geschehen seyn muß, welches auch die in act. pr. inst. f. 5. befindlichen Umstände an den Tag legen, und wenn gleich G. solches Geld aufgenommen, dennoch der Appellanten Mutter, als dessen Erbin, dergleichen Schein wohl ausstellen können, nicht zu gedencken, daß die recognitio saluis exceptionibus erkant sey, so daß, wenn auch die causa debendi nicht allzudeutlich darin expriniret seyn sollte, post recognitionem diese exceptio denen Beklagten zustehen würde, wiewol sie denen Beklagten wenig nutzen wird, weil die causa debendi implicite in dem Scheine enthalten, und man wohl siehet, woher diese Schuld eigentlich gerühret, und so viel die exceptionem præclusionis betrifft, die beygehende acta und der daraus formirte extractus darlegen, daß eigentlich gegen G. Schwieger-Vater M. S. der concurs mouiret und die subhastation dessen Papiermühle geschehen sey, und ob wol anfänglich die G. Papiermühle mit darunter gezogen werden wollen, und dahero einige G. creditores bey dem concursu sich gemeldet, dennoch cognito errore die subhastatio cassiret, und M. S. Papiermühle ohne die G. von neuen ad hastam gebracht, mithin also Appellatin nicht schuldig gewesen ist, bey einem in rei veritate ihr nicht angehenden concurs sich zu melden, cum veritas rerum erroribus gestarum non vitietur, sed iudex sequi debeat id, quod conuenit eum ex fide eorum, quæ probabuntur,

l. 6. §. 1. D. de offic. præs.

also ihr die sententia præclusionis, wenn solche gleich erfolget seyn sollte, nichts angegangen, dieserwegen dann auch ad 4) weder sententia absolutoria, noch ad 5) condemnatio in expensas erfolgen können, vielmehr im letzteren Urthel expensæ vtriusque instantiæ compensiret werden müssen.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IANVAR. MDCCXL.

DECISIO CCCLXXXIX.

THEMA.

Diffessio instrumenti tamdiu suspendenda, donec caussa periurii tanquam præiudicialis decisa.

SVMMARIA.

Caussa periurii in casu diffessionis est præiudicialis et ante omnia decidenda n. 1.

Nemo ex suo delicto excipere potest n. 2.

Quæstio periurii non ex institura actione, sed facto

facto illicito diuerso orta, cum caussa principali simul tractanda n. 3.

Documenta iudicialia dissessionem iuratam non admittunt n. 4.

Caussa criminalis non suspendit caussam ciuilem executiuam n. 5.

Sub recognitione inuncta tacite latet dissessio iurata n. 6.

A veritate vel falsitate periurii obiecti pendet admissio dissessionis n. 7. *Ad Tit. XXII.*

Si caussa criminalis est præiudicialis, ciuilis interim suspendenda n. 8. *T. IV.*

Copia vidimata secretarii non est documentum publicum n. 9.

Etiam executiuus processus ex accidente ob exceptionem criminis præiudicialem suspenditur n. 10.

Als dieselbe uns interponirte Leuterung und dabey übergebene Vor- und Gegenvorstellungen in Sachen D. I. C. E. Klägern an einem, und den Aduocaten I. F. T. Beklagten am andern Theil, in XI. zurück kommenden vol. zugeschicket ꝛc.

Daß zuförderst die Untersuchung des angeschuldigten periurii auszumachen, und der terminus zur prosecution der Leuterung so lange, bis jene abgethan, zu suspendiren sey, die fol. 202. liquidirte Gerichts-Kosten sub n. 1. werden auf 3. Thlr. und die sub n. 2. auf 9. Thlr. gemäßiget. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Als Beklagter sich zur eydlichen dissession derer beyden documentorum sub C et D, woraus executiue geklaget worden, offeriret, solche aber vol. IV. fol. 208. aberkant, und die documenta pro recognitis gehalten worden, so hat Beklagter davon Leuterung interponiret, anbey aber, weil Kläger vormahls Beklagten in puncto periurii denunciiret, und daher die Untersuchung desselben veranlasset hat, auch die ICti Helmstadienses guten Theils aus dieser Beschuldigung und dabey concurrirenden grossen Verdachts, ihn zur eydlichen dissession nicht zulassen wollen, vol. V. fol. 11. vorgestellet, daß der prosecutionstermin so lang, bis die Untersuchungs-Sache erörtert, ausgesetzet werden möchte, welcher Vorstellung aber Kläger hefftig widersprochen, und dahero darüber Erkäntniß einzuholen, per rescriptum f. 163. anbefohlen ist. Ob nun wol Kläger vermeinen wollen, daß 1) die suspendirung der Leuterungs-prosecution zu seinem præiudiz, und zwar ex facto ipsius rei, gegen alle Billigkeit gereichen würde, zumal er bereits die definitiuam sententiam vor sich habe, und da Beklagter sich nicht weiter zu helffen wisse, er 2) zu diesem prætext seine
3 Zuflucht genommen, quod caussa periurii præiudicialis sit, quæ ante omnia decidenda,

c. 1. et 3. de ord. cognit.

c. 19. X. de iudic.

welches principium doch vielen limitationibus unterworffen, noch hier 3) die decis. elect. Sax. LXXXVIII. zu appliciren sey, welche præsupponire, daß der Beklagte dem Kläger die exceptionem falsi opponiret, und solche erwiesen, in welchem Fall dieselbe zuerst tractiret werden solle, so hier cessire, da er, 2
Kläger, dem Beklagten exceptionem periurii opponiret, und dieser sich solcher gegen ihn nunmehr bedienen, und ex suo delicto profitiren wolle, cum tamen nemo ex suo facto illicito excipere, nec hoc alteri nocere queat, hierüber 4) die quæstio periurii hier nicht ex instituta actione, sondern ex facto illicito aduersarii diuerso herrühre, so mit 3
des Klägers Forderung keine connexion habe, sondern mit der interponirten Leuterung zugleich tractiret werden müsse. Ausserdem 5) er documenta iudicialia, worauf die executiuische Klage gegründet, vor sich habe, die wol recognoscíret, aber nicht eydlich diffitiret werden mögen, und weiln 6) Beklagter negiret, daß er kein periurium begangen, 4
solches auf einer weiteren Ausführung beruhe, so allenfalls in reconuentionem gehöre, und diese exception den processum executiuum nicht retardiren könne, bevorab da 7) Beklagtem exceptio rei iudicatæ entgegen stehe, weil eines Theils vermöge rescripti in actis sub ☞ fol. 12. die causa periurii criminalis a ciuili debiti bereits separiret, und alle suspension verworffen sey, wie denn in der causa debiti der process bishero continuiret und Beklagter condemniret worden, andern Theils, obwol Beklagtens Eheweib gleich anfänglich das crimen falsi gegen Klägern denunciiret, und Beklagter sich hierunter verstecken und meinen wollen, daß causa criminis, vtpote maior, vorher abgethan werden müsse, dennoch vol. I. f. 127. solches Rechtskräfftig per quatuor sententias verworffen, und die causa ciuilis continuiret sey, dabey man 8) leicht wahrnehmen könne, daß dieses Ausfluchts blos Beklagter sich bediene, den effectum processus executiui zu verhindern, 5
zumal er die Untersuchungs-Sache in puncto periurii beständig trainire, und ohngeachtet in act. sub ☞ fol. 190. erkant sey, daß er sub pœna contumaciæ zur Vernehmung zu citiren sey, er dennoch binnen den gesetzten vier Wochen seine defension pro auertenda nicht eingegeben, und sich aller appellation ohngehindert daran versäumet. Endlich wenn auch 9) Beklagter in puncto periurii völlig absoluiret werden sollte, dennoch er zur eydlichen dissession derer documentorum sub C et D

nicht

Ad Lib. XXII. T. IV.

nicht gelangen könne, da vol. IV. fol. 65. Beklagtens Bekäntniß vorhanden, daß er die quæstionirte obligationes ihm überschicket, und fol. 33. b act. sub ℔ beschworen, daß er Geld von ihm erborget habe, überhaupt auch 10) Beklagter nicht grauiret werde, wenn über die Leuterung verfahren, und erkant werde, ob er zur eydlichen diffession zugelassen werden solle, es also das Ansehen gewinnen will, als wenn Beklagter mit seiner vol. V. f. 10. befindlichen Vorstellung gäntzlich abzuweisen sey.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch aus denen acten erhellet, daß Kläger aus denen vol. I. befindlichen documentis sub C, D executiue geklaget, und Beklagter aller Einwendung ohngehindert endlich condemniret worden solche zu recognosciren, gleichwol dergleichen Urtheil die eydliche diffession nicht aufhebet, und dahero Beklagter vol. IV. f. 41. sich zu deren eydlichen diffession offeriret, wozu aber Kläger denselben nicht zulassen wollen, und unter andern vol. IV. fol. 61. auf die Untersuchungs-acta in puncto periurii sich bezogen, anbey daraus darthun wollen, daß er de periurio suspectus sey, und also zur eydlichen diffession nicht zugelassen werden könne, worauf auch vol. IV. f. 213. b die ICti Helmstadienses in ihrem Urthel reflectiret, und deswegen ihn zur eydlichen diffession nicht zulassen wollen, gleichwol diese Sache noch nicht erörtert, sondern noch zur Untersuchung stehet, davon aber die quæstio: ob Beklagter zur eydlichen diffession zu admittiren sey? lediglich dependiret, da, wenn er als periurus condemniret werden sollte, er zur eydlichen diffession nicht zugelassen werden kan, im Gegentheil, wenn er absoluiret werden würde, ihm nichts weiter im Wege stehen würde die eydliche diffession zu thun, dahero die grauamina leuterationis hievon lediglich dependiren, und dagegen nichts irret, was in rat. dubit. angebracht worden, angesehen ad 1) die suspendirung der Leuterungs-prosecution mehr von des Klägers eigenem facto dependiret, welcher das crimen periurii zur Untersuchung denunciiret, und also Gelegenheit gegeben, daß sich Beklagter nunmehro bey denegirter eydlichen diffession darunter verstecken kan, zumal ad 2) solche Untersuchung allerdings nunmehr hier pro præiudiciali zu achten, und der Ausschlag der Leuterung davon dependiret, mithin ad 3) wenn es darauf ankommen sollte, auch die decisio electoralis Saxon. 88. hier statt finden würde, als welche in iure communi gegründet, und præsupponiret, daß gnügliche Vermuthung des Betrugs vorhanden und also zur inquisition die Sache fundiret sey, hier auch ebenfalls ein grosser Verdacht des commissi periurii anzutreffen, und dadurch noch überdem dieser punctus præiudicialis wird, a quo quæstio ciuilis dependet: vtrum reus ad iuratam diffessionem admitti debeat, adeoque eam necessario suspendit, 8

HERTIVS *de ord. cauf. in iudic. pertract. §. 11.*

et ita causa criminalis prius decidenda

l. 14. C. de testib. l. 2. et 3. C. de ord. cognit.

und obwol nicht der Beklagte, sondern Kläger selbsten die denunciationem criminis periurii gethan, er dennoch gegen die offerirte eydliche diffession sich der exceptionis metuendi periurii bedienet, welches Beklagter dadurch abzukehren gesuchet, daß solche quæstio als præiudicialis zuforderst abgethan werden müsse, damit seine Leuterung dadurch keinen Anstoß bekomme, daher Kläger sich selbsten zu imputiren, daß er Beklagten Gelegenheit gegeben, sich unter dieser exception zu verstecken, welche, ob sie wol ad 5) ex facto illicito rei entspringet, dennoch solches noch zur Untersuchung stehet, und in so weit in diese Sache mit einschläget, daß sie hier, als præiudicialis zu achten, irrig aber ad 6) ist, daß hier iudicialia documenta vorhanden, die 9 nicht eydlich diffitiret werden können, da das blosse vidimus, so von dem Stadt-Schreiber non audito aduersario et sine iudiciali cognitione geschehen, kein documentum iudiciale machet, darneben ad 7) die quæstio periurii als præiudicialis nicht in die reconventionem verwiesen werden mag, sondern zuförderst abzuthun ist,

BÖHMER *tom. I. iur. eccl. prot. tit. de ord. cognit. §. 3.*

wie denn auch ad 7) die exceptio rei iudicatæ gantz unstatthafft ist, allermassen zu der Zeit des ergangenen Rescripts Beklagter sich noch nicht zur eydlichen diffession offeriret, und dahero an diesen Punct noch nicht gedacht, und also beyde Sachen zugleich bishero tractiret worden, das vol. I. f. 127. befindliche Urthel zwar die quæstionem criminis falsi als altioris indaginis verworfen, gleichwol hieher nicht gezogen werden mag, da es hier auf die Frage ankommt, ob Beklagter zur eydlichen diffession zu admittiren? welche lediglich von der quæstione periurii denunciati dependiret, und allerdings intime præiudicialis zu achten, obwol ad 8) ex accidente geschiehet, daß dadurch der executiuische proceß sehr aufgehalten werde, und weil sich würcklich be- 10 funden, daß Beklagter alle Mittel hervor suche, den criminal-proceß zu traniren, es auf den iudicem inquirentem ankommen wird, diesen chicanen durch alle Rechts-Mittel vorzubeugen, ja autoritate adhibita principis denselben auf das schleunigste zu befordern, nemalitiis indulgeatur, und wenn sich dem ohngeachtet finden sollte, daß Beklagter sich nicht zum Zweck legen wolle, er ohne alle Weitläufftig-

läufftigkeit als periurus in contumaciam pro confesso et convicto gehalten, und wohl condemniret werden kan, welches auf die Anordnung des Durchlauchtigen Landes-Herrn guten Theils mit ankommen wird, damit unter diesem Schein Rechtens Beklagter nicht profitiren möge. Endlich ad 9) wenn Beklagter in puncto periurii absoluiret werden sollte, alsdann ihm die eydliche diffessio nicht benommen werden kan, da in dem billet der obligationum sub C et D nicht nominatim gedacht ist, und ob er gleich iurato bekannt, daß er von Klägern Geld geborget, dennoch es anitzo auf die documenta sub C et D ankommet, ob solche liquid sind, daß daraus executiue geklaget werden könne, welches ohne recognition nicht geschehen kan, mithin ad 10) das Verfahren über die Leute-rung umsonst seyn wird, weil kein ander Urthel darüber zu hoffen ist, als daß die Erkäntniß über die grauamina so lange auszusetzen, bis über die Untersuchung in puncto periurii erkant worden. *Ad Lib. XXII. T. IV.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IANVAR. MDCCXLII.

RESPONSVM CCCXC.

THEMATA.

I. Suspectus de periurio ad diffessionem cambii non admittitur, creditor vero in supplementum iurare, probabili caussa concurrente iubetur.

II. *Indossatarius facta diffessione cambii ob pactum de non præstanda euictione aduersus indossantem non habet regressum.*

III. *Tale pactum etiam secundo indossatario nocet.*

SVMMARIA.

Probatio dubia et generalis non releuat n. 1.
Iure Saxonico imminente diffessione, recognitio per testes sit sublata comparatione literarum n. 2.
Suspectus de periurio ad iuratam diffessionem non admittitur n. 3.
Qualis est falsarius et bonorum decoctor n. 4.
Talis ab omni iuramento legali arcetur n. 5.
Recognitio documenti per testes facienda aliquando suppletorium iuramentum exigit n. 6.
Illustres pro se fidei præsumtionem habent n. 7.
Summus minister principis plene probat n. 8.
Agonizantis effatum momentosum est n. 9.
Lex, per quam comparatio litterarum in Saxonia sublata, ad chirographa ante conscripta non trahenda n. 10.
Iuramentum suppletorium ob tales præsumtiones locum habet, quæ non sinunt contrarium verosimile n. 11.
Iuramentum in dubio vtrum ab actore, an a reo exigendum, ab arbitrio iudicis pendet n. 12.
Remissa euictio pretium rei non comprehendit n. 13.
Cedens veritatem, non bonitatem nominis præstat n. 14.
Pactum ita accipiendum, vt aliquid operetur n. 15.
In euictione spei euictio non præstatur n. 16.
Diffessio chirographi est instar litis contestationis negatiuæ n. 17.
Non obstante diffessione chirographi probatio debiti ordinaria admittitur n. 18. 20.
Contra iuramentum legale noua probatio admittitur n. 19.
Remissa euictio etiam casum diffessionis comprehendit n. 20.
Ob diffessionem cambii ad indemnitatem agi nequit, quoties creditor per recognitionem nil obtinere potuisset n. 21.

Ad Lib. XXII. T. IV.

Als Ew. Hochgräfliche Gnaden uns eine facti speciem nebst drey Fragen zugeschicket.

Hat Ew. Hochgräfliche Gnaden wohlseliger Herr Vater, der weyland Kön. Pohln. und Churfürstl. Sächs. geheimde Rath und Etats-minister, Herr Graf von H. mit einem andern geheimden Rathe an dasigen Hofe R. sich in verschiedene considerable Geld-negotia eingelassen, auch starcke Wechsel von demselben erhalten, welcher aber einige Zeit darauf disgratiiret, in Arrest auf die Vestung K. darin er sich noch bis dato befindet, gebracht, und verschiedener falsorum, und daß er wider seinen geleisteten Eyd und Pflicht gehandelt, überführet worden, auch mit einer solchen Schulden-Last beschweret ist, daß keiner seiner creditorum ihre Befriedigung von ihm erhalten können, dahero dann der wohlselige Herr Graf von H. wie durch seines Secretarii eydliche Aussage dargethan werden kan, in seiner letzten Kranckheit sich dessen an ihn ausgestelleten Wechsel vorlesen, und sich hernach folgender Gestalt vernehmen lassen: GOtt hat diesen Mann ausgerüstet, mich zu betrügen. Haben nun Ew. Hochgräfliche Gnaden nach dessen Absterben mit dero Herren Brüdern seinen Nachlaß getheilet, und unter andern sothane in der Verlassenschafft befindliche R. Wechsel, und zwar unter denen bösen Schulden dergestalt, daß jeder einen bekommen, vertheilet, und zur legitimation auf einander reciproce indossiret, jedoch mit der Clausul: ohne einige Gewehrs-Leistung, dabey es dann nachhero geschehen, daß einer von Ew. Hochgräfl. Gnaden Herren Brüdern, so aber immittelst auch selig verstorben, den auf ihn gekommenen Wechsel an einen Juden ebenfalls mit der ausdrücklich beygelegten protestation, demselben vor keine Zahlung zu stehen, cediret, dieser Jude auch wider den debitorem, den geheimden Rath R. aus solchem Wechsel geklaget, derselbe aber wider alles Vermuthen zu dessen eydlichen diffession sich offeriret, wozu er auch per sententiam admittiret werden wollen, dadurch dann insonderheit Ew. Hochgräfliche Gnaden, weil dieselbe diesen Wechsel nebst dero übrigen Herren Brüdern an den cedenten als coheredem indossiret gehabt, bey sothanen Processe zu interveniren veranlasset worden, um den geheimden Rath R. von der anerbothenen diffession abzuhalten, und dabey nunmehro erstlich gefraget wird:

Quæstio I.

Ob nicht der debitor, obbenandter geheimde Rath R. gestalten Sachen nach von der diffession abzuhalten, und nach der erläuterten Chur-Sächsischen process-Ordnung tit. XXV. §. 5. der an den Juden indossirte Wechsel pro recognito anzunehmen, oder allenfalls auf ein suppletorium zu erkennen?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol per testes dargethan werden kan, daß der wohlselige Herr Graf von H. mit dem geheimden Rath R. grosse Geld-negotia gehabt habe, dennoch daraus zu Behauptung der Richtigkeit des Wechsels nichts beständiges geschlossen werden mag, da die daraus fliessende præsumtio gar zu general ist, und nichts mehr als dieses daraus fliesset, daß es wohl möglich sey, daß der Wechsel seine Richtigkeit habe, welche præsumtio aber durch die offerirung zur eydlichen diffession, worauf auch bereits erkant, gäntzlich hinweg fället, dabey auch bekant, quod probatio dubia et generalis in iudicio non releuet, 1

l. 10. C. de probat. ibique BRVNNEM.

bevorab da in casu diffessionis declinandæ so gar die comparatio litterarum aufgehoben, und in der erläuterten Chur-Sächsischen process-Ordnung tit. XXV. §. 5. versehen, daß die recognitio per testes anderer Gestalt nicht zugelassen, als wenn wenigstens zwey Zeugen, so omni exceptione maiores, bey subscription des documenti mit gegenwärtig gewesen, oder, daß der product sich zu solchen document bekant habe, von ihm selbst gehöret, woran es aber allhier gäntzlich ermangelt, und es dahero das Ansehen gewinnet, daß die eydliche diffession nicht decliniret werden könne. 2

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die eydliche diffession eines Wechsels nothwendig voraus setzet, daß derjenige, der sich ad iuratam diffessionem offeriret, zu Ablegung eines Eydes capabel sey, quales non sunt suspecti de periurio, cum fides iuramenti dependeat a fide iurantis, 3

c. 5. C. 22. qu. 3.

MEV. *P. V. decis. 47. n. 4.*

BERGER *in œconom. iur. lib. 4. tit. 25. §. 1. not. 6.*

adeoque qui semel periurium vel falsum commisit, nec in sua causa, nec in alterius iurator existere potest,

c. 14. C. 22. qu. 5. iuncto c. 26. X. de iurei.

l. 2. C. in f. de ind. viduit. toll.

dem zufolge dann der geheimde Rath R. zu der

der eydlichen diffession um desto weniger zuzulassen, als derselbe wegen unterschiedlicher falsorum, und daß er wider Eyd und Pflicht gehandelt, überführet, und in Arrest auf die Festung K. auf seine Lebens-Zeit gebracht worden, dazu auch noch mit einer solchen Schulden-Last beschweret ist, daß keiner seiner creditorum von ihm befriediget werden wird,
4 welche drey Gründe, nemlich falsa, periuria, et bonorum dilapidatio die rechten Haupt-Quellen sind, aus welchen eines Theils der stärckeste Verdacht eines committendi periurii bey der zuerkanten eydlichen diffession herfliesset, und jedermann überredet, daß er bey der diffession eben so leichtsinnig seyn werde, als er sein Amt geführet, andern Theils ihn deswegen alle Rechte nunmehro von aller Eydes-Leistung ausschliessen, und als inhabilem repelliren, bevorab wenn das iuramentum legale ist, so nicht voluntate aduersarii
6 deferiret worden,

MENOCH *de A. I. Q. cas. 192. n. 2. sqq.*

LYNCKER *resp. 30. n. 27.*

vielmehr nunmehro darauf zu gedencken, wie der Mangel der recognition auf andere Weise ersetzet werden könne, als welches die erläuterte Chur-Sächsische Processs-Ordnung ad tit. XXV. §. 5. selbsten zulässet, und im Fall, da man die recognition durch zwey Zeugen
6 zu thun nicht bestand ist, das suppletorium nach Befinden und auf vorgehendes rechtliches Erkäntniß wohl admittiret werden kan, welches allhier bey so starcken vorwaltenden præsumtionibus, quæ semiplenam probationem efficiunt, um desto leichter statt finden muß, als a) die qualitas des creditoris, auf den der Wechsel gestellet, von solcher Treu und Glauben ist, daß die Richtigkeit der Wechsel-Schuld daraus billig abzunehmen, indem der wohlselige Herr Graf ein hoch characterisirter ministe, und so begütert gewesen, daß er völligen Glauben vor sich hat, fides enim cunctis ordinibus, illustri præsertim et nobili viro necessaria est, quippe qui ciuiles
7 societatis et communionis regit habenas,

MYLER ab EHRENBACH *de nomol. c. 1. n. 2.*

dahero auch vormahls die Römischen Käyser von einem solchen hoch characterisirten ministe, qui ob singularem industriam, explorata eius fide et grauitate, ad officii magnitudinem adhibetur, die allerstärckeste præsumtion gesetzet, und demselbigen allen Glauben beygeleget,

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

welches von dem fide des wohlseligen Herrn Grafen von H. ebenfalls zu behaupten, dabey b) auch leicht darzuthun, daß er mit dem debitore starcke Geld-negotia gehabt habe, mithin wol zu vermuthen, daß der Wechsel von diesem an denselben ausgestellet sey, bevorab da c) der wohlselige Herr Graf noch auf seinem Tod-Bette die Richtigkeit des Wechsels agnosciret, und, wie sein Secretarius eydlich erhalten kan, gesaget: Gott hat diesen Mann ausgerüstet, mich zu betrügen, welches er nicht sagen können, wenn der Wechsel nicht richtig gewesen, ein solches effatum aber agonizantis et viri fide dignissimi in iure ein
9 grosses pondus hat,

STRYK *de effatis agoniz.*

welchem hier d) noch wohl die comparatio literarum hinzu gethan werden könte, zumal obgleich dieselbe in der erleuterten Processs-Ordnung cit. l. gäntzlich aufgehoben, dennoch dieselbe bios bey denen künfftig auszustellenden Wechseln und obligationen allein anzunehmen, als bey welchen sich nunmehro, lege hac lata, ein jeder desto mehr vorsehen und besorget seyn muß, daß er bey der Unterschrifft Zeugen nehme, gleichwol auf vorhergehende Wechsel und chirographa um desto weniger
10 zu appliciren, als solches niemand vorher sehen, und sich deswegen mit keiner sattsamen præcaution dabey versehen können, da, wenn bey Ausstellung des Wechsels bereits die comparatio literarum wäre aufgehoben gewesen, der wohlselige Herr Graf von H. so schlechterdings denselben nicht annehmen, sondern auf grössere Vorsichtigkeit dabey bedacht gewesen seyn würde, welche præsumtiones, wenn sie coniunctim zusammen gehalten und da e) der Wechsel ohnedem præsumtionem integritatis vor sich hat, hergegen keine eydliche diffession zulässet, mit denselben zusammen genommen werden, so viel allerdings würcken müssen, daß man einen halben Beweiß daraus inferiren und das suppletorium zuerkennen kan, iuramento enim suppletorio locus est, quoties iudici fit verosimilis litigantium intentio, quod etiam fit per præsumtiones non leues, præsertim tales, quæ non sinunt contrarium verosimile,
11

MEV. *P. VII. decis. 375.*

dergleichen hier vorhanden, welche nicht erlauben, daß man das Gegentheil, oder die Unrichtigkeit des Wechsels glauben kan, endlich bey solchen Umständen es auf das arbitrium iudicis vornemlich ankommt, ob das iuramentum legale dem reo oder actori zuerkant werden müsse, und da es jenem ob ad-
12 ductas rationes nicht geschehen kan, denen Klägern und interuenienten nothwendig solches deferiret werden muß, wodurch dann die rationes dubitandi hinweg fallen, da auch die erleuterte processs-Ordnung in Mangel zweyer Zeugen, bey vorkommenden besondern Umständen das suppletorium zulässet.

Ad Lib. XXII. T. IV.

So erhellet hieraus so viel, daß der debitor gestalten Sachen und Umständen nach zur eydlichen diffession nicht zuzu-

Buhm. Conf. T. III. P. II.

Ad Lib. XXII. T. IV.

lassen, sondern auf ein suppletorium vielmehr zur Behauptung der Richtigkeit des Wechsels zu erkennen sey.

Bey der andern Frage:

Quæstio II.

Ob, wenn wider Verhoffen der debitor zur eydlichen diffessionzugelassen werden sollte, solche auch würcklich erfolget, sodann Ew. Hochgräfliche Gnaden Bruders Erben an seine Herren Brüder wegen des indossements einigen Anspruch zu nehmen befugt zu achten?

halten wir vor Recht,

Rationes dubitandi.

Obwol die indossirung einen indossanten nach dem bekanten Wechsel-Recht verbindet, daß er vor sein indossement stehen, und in Mangel der nicht erfolgten Bezahlung alle satisfaction dem indossatario geben muß, und obwol bey der indossirung allhier einer dem andern die Gewehrs-Leistung remittiret, und diese Wechsel-Schulden als ungewisse Schulden gehalten, dennoch solches nur de bonitate, nicht aber zugleich de veritate nominis verstanden werden möchte, da eines Theils die remissio præstandæ euictionis stricti iuris,
13 und nicht auszudehnen ist, adeoque qui remittit præstationem euictionis in re vendita, nihilominus pretium petere potest;

l. 1. §. 18. de act. emt. vend.

andern Theils man die R. Wechsel vor keine gute Schulden gehalten, und in dem regard allein, weil der debitor non soluendo gewesen, die Gewehrs-Leistung remittiret, an den casum aber, daß die Wechsel so beschaffen, daß sie auch diffitiret werden könten, wol nicht gedacht, und dahero auch ad non cogitata dieses pactum nicht zu extendiren.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) das pactum de non præstanda euictione in cessione nominum etwas mehres in sich halten muß, als sonsten ohnedem et abstrahendo ab omni pacto Rechtens, und dabey bekant ist, daß ein jeder ce-
14 dens nur veritatem, nicht bonitatem nominis ohnedem præstiren muß, mithin dieses pactum otiosum seyn würde, wenn nicht auch dieser casus factæ diffessionis mit darunter begriffen seyn sollte, cum tamen omnis conventio ita capienda, vt aliquid operetur, et ne fiat elusoria, 15

l. 109. de leg. 1.

MANTIC. *de tac. et amb. conuent. lib. 2. tit. 12. n. 30.*

hiernächst 2) die Clausul: ohne einige Gewehrs-Leistung sich weiter, als in rat. dub. angeführet ist, erstrecket, und in der That und Warheit emtionem spei, welche alle Gewehrs-Leistung aufhebt, si modo bona fide actum sit, in sich hält, wie der Iulianus in cit. l. 11. §. 18. sich endlich selbsten erkläret, Vlpianus aber in verbis finalibus die erste Meinung des Iuliani gäntzlich verwirfft, die andere aber de emtione spei annimmt,

BÖHMER *in vindic. pacti de non præ-* 16
standa euict. §. 14. sqq.

überhaupt auch 3) man wohl asseriren kan, daß die Herren Grafen einander die Wechsel als einen iactum reis abgetreten, und alle Gefahr denen Inhabern derselben überlassen, ja, wenn man auch 4) bey dergleichen pacto annoch die veritatem zu præstiren schuldig seyn sollte, dennoch daraus, daß der debitor leichtsinnig die Wechsel diffitiret, die veritas debiti keinesweges, sondern nur die obligatio cambialis wegfällt, da sie als coheredes versichert seyn müssen, daß ihr wohlseliger Herr Vater keine falsche Schulden gehabt haben werde, und von der Richtigkeit der Wechsel, non obstante diffessione, dennoch überzeuget bleiben müssen, zumal 5) die diffessio nur instar litis contestationis negatiuæ ist, 17

CRRPZ. *lib. 4. resp. 9. n. 9.*

und daher 6) auch noch zugelassen, post iuratam diffessionem ordinaria actione zu klagen, 18
und alio modo die Schuld zu erweisen,

MEV. *P. VI. decis. 278.*

RIVIN. *in enunc. iur. ad tit. 25. p. 991. sqq.*

endlich 7) bekant ist, quod post iuramentum legale præstitum adhuc nouæ probationes admittantur, quibus debitor de periurio 19
conuinci queat,

l. 31. D. de iurei.

zu welchen Eyden auch das iuramentum diffessionis gehöret. 20

BERLICH *P. I. concl. 34. n. 55.*

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß, wenn die eydliche diffession gleich erfolgen sollte, dennoch des Wechsel-Inhabers oder indossatarii Erben an die hochgräflichen Herren Gebrüdere als indossanten keinen regress nehmen mögen.

Endlich bey der dritten Frage:

Quæstio

Quæstio III.

Ob auf dem Fall der eydlichen diffession **der Jude, als itziger** secundus indossatarius, **an die Erben des** primi indossatarii, **als seines** cedentis, **einen** regress **und Anspruch nehmen könne?**

halten wir vor Recht,

Rationes dubitandi.

Obwol, wenn gleich die vorige decisio ihre Richtigkeit unter denen coheredibus haben sollte, dennoch ratione tertii, der kein coheres mit ist, es das Ansehen gewinnen will, als wenn dieses gegen ihn nicht angeführet werden könne, als welcher nicht anders glauben und davor halten kan, als daß, facta a debitore diffessione, der Wechsel unrichtig, und bey Erlassung der Gewehrs-Leistung auf den casum nicht gedacht, vielmehr also blos die bonitas nominis, weil der debitor mit grosser Schulden-Last zu der Zeit des indossements beschweret gewesen, in dem pacto verstanden worden sey.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) die argumenta, so bey der vorigen Frage angeführet sind, sich auch auf diesen casum allerdings schicken, indem das pactum de non præstanda euictione seine völlige Krafft nicht erreichen würde, wenn es nicht auch auf diesen casum mit gienge, da ein jeder wohl gewust, daß er mit einem debitore zu thun hätte, der, weil er unterschiedlicher falsorum, und daß er gegen Eyd und Pflicht gehandelt, überführet worden, zu der eydlichen diffession capable sey, daraus aber 2) noch lange nicht folgen will, daß es der Schuld-Forderung an der veritate nominis ermangele, als welche auch facta diffessione ihre Richtigkeit haben kan, und das pactum also de non facta euictionis præstatione auch auf solchen casum mit gehen muß, weil durch dasselbe aller hazard mit übernommen, *Ad Lib. XXII. t. IV.*

l. 11. §. 18. de A. E. V. vers. nisi quis forte hierüber 3) noch nicht einsten ausgemachet, daß der Jude, an den der Wechsel indossiret, des wohlseligen Herrn Grafen als indossanten davor die valutam würcklich gezahlet, welches nicht zu vermuthen, da er eben zu dem Ende der Gewehrs-Leistung renunciiren müssen, damit auf den Fall der nicht Zahlung er einigen regress nicht befugt sey, dahero er dann 4) den Empfang der valutæ, und das quantum derselben zuförderst erweisen muß, zumal allenfalls, wenn er vor den Wechsel etwas gezahlet haben sollte, solches ein geringes gewesen seyn wird, und also die exceptio L. Anastasianæ hier statt finden kan, allenfalls er 5) nicht weiter als ad indemnitatem klagen könte, und also, daß er durch die eydliche diffession würcklich Schaden genommen, zuvor beweisen müste, so aber wol nicht möglich seyn wird, da der Zustand des debitoris ausweiset, daß, wenn der Wechsel auch recognoscieret worden, er doch nichts bekommen haben würde, in welchem regard auch das gedachte pactum mit dabey angehenget worden, und wie er also aus der recognition keinen Vortheil zu hoffen gehabt, er also auch keinen reellen Schaden von der eydlichen diffession beybringen kan. 12

So halten wir davor, daß auf den Fall der eydlichen diffession der Jude, als itziger Inhaber des Wechsels, an die Erben seines cedenten, daß sie ihm veritatem nominis gewehren sollen, den regress zu nehmen nicht befugt ist. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MAIO MDCCXXXVI.

DECISIO CCCXCI.

THEMA.

Subscriptionem recognoscere et contenta diffiteri nemo regulariter potest.

Vid. T. IV. Dec. XXXII. Them. 5.

Ad Lib. XXII. T. IV.

DECISIO CCCXCII.

THEMA.

Contra documenta liquida exceptio nouationis locum non habet.

Vid. T. IV. Decis. DCCLXXX.

RESPONSVM CCCXCIII.

THEMA.

Comparatio litterarum ordinatione processus Saxonici sublata in documentis antea conscriptis locum habet.

Vid. T. IV. Resp. CCCXXXVIII. Them. 2.

DECISIO CCCXCIV.

THEMA.

Recognitio documenti per testes quomodo fiat?

SVMMARIA.

Testes, per quos scriptura recognoscenda, nosse debent manum subscribentis n. 1. 3.

Recognitio scripturæ etiam per litterarum comparationem fit n. 2. 4.

Facta tali recognitione alter ad diffessionem non admittitur, sed actor ad suppletorium n. 5.

Als die Herren uns Vorbringen und erfolgte Gesetze in Sachen actorn Vormunden M. S. verwittibten G. und cons. Beklagten an einem, und I. G. G. und cons. Klägern am andern Theil, nebst denen übrigen acten zugeschicket ꝛc.

Daß M. O. ihres Einwendens ohngehindert, auf einem anderweit dazu anzuberahmenden termino zu erscheinen, und dem rechtskräfftigen fol. 304. befindlichen iudicato sub pœna recogniti ein Gnügen zu thun, und weil sie solches in termino nicht gethan, die Unkosten denen Beklagten zu erstatten schuldig, es sind auch Beklagte alles Einwendens ohngehindert, zu der fol. 311. gesuchten recognition durch die vorgeschlagene drey Zeugen allerdings zuzulassen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) M. O. in termino dem rechtskräfftigen Urthel fol. 304. satisfaction zu thun, um deswillen sich geweigert, weil sie dazu nicht gebührend citiret sey, und ihr in der fol. 309. befindlichen citation dazu ins besondere keine Auflage geschehen, sondern der Termin nur zur erkanten recognition per testes angesetzet gewesen, die Klägere aber 2) überhaupt gegen die unternommene recognition per testes vorgeschützet, daß die beyden ersten Zeugen, da sie extranei, und dasiges Orts nicht gebohren, noch erzogen worden, von allen nicht die

die mindeste Nachricht haben können, gleichwol die Meinung der fol. 321. b sq. befindlichen und extratirten Proceß-Ordnung dahin gehe, daß zwar die recognitio per testes nachgelassen, iedoch solche Zeugen dazu gebrauchet werden müssen, welchen die documenta recognoscenda wohl bekant sind, und ihnen eine gute Wissenschafft von selbigen beywohnet,

CARPZ. *P. I. c. 17. def. 17.*

dergleichen recognition aber 3) Beklagte vorzunehmen nicht vermeinen, sondern die Absicht führen, eine comparationem literarum per testes anzustellen, deren doch die Proceß-Ordnung cit. l. nicht Meldung thue; so auch 4) nichts helffen würde, weil dem ohngeachtet Klägere dennoch zur eydlichen diffession zugelassen werden müssen, und dergleichen actus fruſtratorii billig zu præcauiren.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die Beklagten in ihrem fol. 307. befindlichen Vorbringen gebethen, daß die O. dem iudicato ein Gnügen zu thun, auf einem dazu anzuberahmenden Termin vorgeladen werden möchte, solche Schrifft auch denen Klägern nebst der citation mit communiciret worden, und da diese ein referens gewesen, aus jener ihre Erklärung nehmen müssen, bevorab da der Termin ad satisfaciendum iudicato überhaupt angesetzet, mithin nicht nöthig gewesen, der O. dieserwegen besondere Auflage zu thun, so daß, da alle Klägere ad satisfaciendum iudicato citiret worden, die O. auch mit citiret ist, und was bey der ersten citation sorgfältig in acht zu nehmen, bey denen folgenden nicht eben erfordert wird, die O. auch dergleichen subterfugia, da sie iura pauperum genieſſet, vermeiden sollen; ad 2) aber die recognitio per testes gebethener massen wohl geschehen mag, da nach der allegirten Proceß-Ordnung nichts weiter erfordert wird, als daß denen Zeugen die producirten documenta vorgeleget, welche darauf nach genauer Durchsehung derselben sich erklären sollen, ob sie für dessen Hand und Siegel, wofür producent solche ausgegeben, selbige gewiß halten, welches auf zweyerley Weise geschehen kan, als erstlich, daß die Zeugen die Hand und Siegel dessen, der das documentum geschrieben oder unterschrieben, wohl kennen, und für dessen Hand recognosciren:

Ad Lib. XXII. T. IV.

CARPZ. *P. I. c. 17. def. 14.*

oder zum andern, daß die Zeugen nach Zusammenhaltung der scripturæ dubiæ cum scriptura indubia beydes für einerley Hand halten, und auf solche Weise die scripturam dubiam recognosciren, welcher modus durch den ersten nicht aufgehoben,

CARPZ. *cit. l. def. 15.*

auch ad 3) am gedachten Ort der Proceß-Ordnung nicht verbothen ist, dieserwegen solche aus den gemeinen Rechten, den auch das Sächsische beytritt, erkläret werden muß, Klägere aber ad 4) darin sehr irren, daß sie meinen, als ob, non obstante tali comparatione literarum, sie noch zur eydlichen diffession zugelassen werden müssen, da vielmehr Beklagte, facta tali recognitione, zum suppletorio zu admittiren sind.

So sind wir, geschehener massen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOV. MDCCXLI.

DECISIO CCCXCV.

THEMA.

Simulatio contra documentum etiam ex coniecturis probatur.

SVMMARIA.

Simulatio in dubio non præsumitur n. 1.

Pro omni instrumento militat præsumtio n. 2.

Geminata confessio magnum pondus habet n. 3.

Qui solutionem opponit, non fatetur debitum n. 4.

Simulatio ex nexu variarum circumstantiarum probata n. 5.

Simulatio etiam ex coniecturis probari potest n. 6.

Interlocutoria mixta in rem iudicatam transit n. 7.

Auf

Ad XXII. T. IV.

Auf gesuchte restitution in integrum und erfolgte Gesetze in Sachen des Hauptmann von L. und cons. Impetranten an einem, und des seel. F. E. von R. nachgelassener Witwe und Söhne, Impetraten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich der andere, König in Preussen ꝛc. auf eingeholten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Nunmehr aus denen acten so viel zu befinden, daß das vol. III. fol. 23. befindliche document vor richtig nicht anzunehmen, noch Impetranten die exceptionem simulationis zu erweisen schuldig, sondern dieselbe bereits in actis zur Nothdurfft erwiesen sey, dannenhero Impetraten von dem vormahls aufgenommenen Capital der 18000 Thlr. die Impetranten nach angelegter liquidation zu befriedigen schuldig, sie könten und wolten dann besser, als geschehen, und anders, als durch die vol. III. fol. 24. befindliche Quittung binnen vier Wochen, die vormahls von ihrem Vater vorgegebene Bezahlung des Capitals und Zinsen beweisen, der Impetranten Gegenbeweiß, Eydes-delation und andere Rechts-Wohlthat vorbehaltlich, dessen genössen sie billig, und ergehet in der Sache alsdann ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

1 Ob wol 1) in dubio die simulatio nicht præsumiret wird,

l. 14. §. f. qui et a quib. manum.

l. 17. D. si certum pet.

und dannenhero ab allegante erwiesen werden muß,

B. a COCCEII *de simulat. §. 72.*

bevorab da 2) die Impetraten die Bekäntniß ihres Vaters beyder jüngsten Brüder vor sich haben, daß ihr Vater die gemeinschafftlich aufgenommene 18000 Thlr. nicht bekommen, sondern dessen beyde Brüder solches nach dem revers vol. III. fol. 23. zu sich genommen, und ihn davon losgesprochen, dabey aber die Rechte ver-
2 ordnen, quod pro omni instrumento militet præsumtio veritatis,

l. 18. C. de probat. l. 7. C. depos.

c. 9. X. de probat.

welchem noch 3) hinzutritt, daß sechs Jahr nach der ausgestelleten obligation, nemlich in anno 1726. den 6. Nov. vol. III. fol. 24. die beyden jüngsten Brüder vom neuen bekant, daß, ob sie wol mit ihrem ältesten Bruder in einiger Abrechnung gestanden, sie doch nichts mehr an
3 demselben zu fordern hätten, quæ geminata confessio magnum pondus habet,

l. 22. ad SC. Trebell.

l. 22. ad SC. Vellej.

und ob wol 4) in der vol. I. f. 77. befindlichen obligation, daß das Capital zu Bezahlung des Guths Plötze, so Impetraten würcklich besitzen, angewandt werden solle, enthalten, dennoch daraus nicht folgen wolle, daß solches geschehen sey, da Impetraten ihrer Vettern Bekäntniß, daß sie selbst das Geld empfangen, vor sich haben, als welches sie damahls höchst benöthiget gewesen, und dahero auch deren mit verpfändete Güther in an. 1726. angegriffen und distrahiret worden, welches nicht leicht geschehen seyn würde, wenn man nicht versichert gewesen, daß die beyden jüngsten Brüder dieses Capital zu sich genommen, so auch 5) daraus zu ersehen, weil der jüngste Bruder Adolph Christoph damahls in dem miserabelsten Stand gewesen, daraus er sich doch guten Theils retten können, wenn der ausgestellete revers unrichtig gewesen seyn sollte, diesemnach 6) von selbsten daraus folgen möchte, daß, weil ihr seel. Vater die quæstionirten Gelder nicht empfangen, sie solutionem zu erweisen nicht schuldig zu achten, sie auch 7) nicht nöthig haben möchten darzuthun, woher ihr Vater sonsten die P. Güther bezahlet, als wozu er leicht bey seinem credit anderswo Gelder aufbringen können, und ob gleich 8) einige creditores ihrer Vettern auf die Kaufgelder des Wolterstorffischen Guths, so ihr Vater verkauffet, Arrest gesuchet, in der Meinung, daß ihr Vater ihnen noch das quæstionirte Capital schuldig sey, ja er deswegen gegen sie Quittungen, daß sie ihm noch über 1260 Thlr. schuldig wären, produciret, dennoch solches nur in der Absicht geschehen, um ihnen zu zeigen, daß er ihnen nichts mehr schuldig gewesen, sondern von ihnen zu fordern habe,
4 neque enim, qui exceptionem solutionis opponit, fatetur debitum, cum hoc hypothetice faciat,

l. 9. C. de obl. et act.

l. 9. D. et C. de except.

hierüber damahls 9) ihres Vaters Kaufgelder mit Arrest beleget gewesen, deren relaxation er einzig und allein gesuchet, und also zeigen müssen, daß, wenn er auch seinen Brüdern schuldig gewesen, dennoch alles bezahlet worden, so, daß sie nunmehr nicht schuldig mehr wären, die fol. 131. formirte Rechnung zu iustificiren, wie denn auch 10) der ausgestellete Wechsel längst seine Krafft verlohren, und 11) der fol. 279. angeführte Bescheid sich lediglich in der obligation über die 18000 Thlr. gründet, aber nach vorgedachten principiis irrig sey, zu geschweigen, daß dieser Bescheid vor ein blosses decretum zu achten, so niemahls vim rei iudicatæ erhalten mag, ihr seel. Vater aber auch sich niemahls darüber eingelassen, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn es bey dem vorigen Behörs-Bescheid lediglich sein Bewenden haben müsse.

Ratio-

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch der gantze status controversiæ darauf ankommt: ob der Impetraten Vater die quæstionirten 18000 Thlr. Anlehn empfangen, und weil seiner beyden jüngsten Brüder Güther deswegen distrahiret, und sie also bezahlen müssen, er nicht noch ihnen dieselbe schuldig sey, daß seine Erben von denen creditoribus der beyden jüngsten Brüder dieserwegen in Anspruch genommen werden können, und also das instrumentum, vol. III. fol. 23. befindlich, blos in fraudem creditorum fabriciret und simuliret sey? welches wir nicht anders als affirmative behaupten können, angesehen 1) in der obligation vol. I. fol. 79. mit klaren Worten befindlich, daß das Darlehn zu Bezahlung des Guths Plötze angewandt worden, welches Guth 2) der Impetraten Vater auch würcklich eingelöset oder bezahlet, und dieselbe solches noch würcklich besitzen, mithin wohl zu vermuthen, daß der Impetraten Vater die Gelder darzu aufgenommen und empfangen, so dann 3) die zwey jüngsten Brüder den Revers vol. III. fol. 23. den 7. Septemb. 1720. ausgestellet, darin sie bekennet, daß nicht ihr ältester Bruder, sondern sie die 18000 Thlr. empfangen, gleichwol jener an eben demselben Tage und Jahr den vol. III. fol. 74. befindlichen Wechsel auf 18000 Thlr. an seine beyden Brüder ausgestellet, so, daß niemand vernünftig anders wird statuiren können, als daß in Ansehen des reuerfus der Wechsel ausgestellet sey, und der Impetraten Vater die 18000 Thlr. würcklich empfangen, hergegen das quæstionirte documentum blos in fraudem creditorum fratrum simuliret sey, weil darin das Gegentheil behauptet werden wollen, darneben 4) der Impetraten Vater in der vol. I. fol. 130. übergebenen liquidation die 18000 Thlr. seinen Brüdern mit klaren Worten ins debet gebracht, und sich dazu pure, nicht hypothetice verstanden, und deren Wiederbezahlung zu beweisen sich schuldig erachtet, worauf auch 5) in dem attestato der hochlöblichen Krieges- und domainen-Cammer vol. I. fol. 82. reflectiret, und fol. 279. vol. II. decretiret worden, ja 6) in an. 1726. und 1727. die beyden jüngsten Brüder laut derer vol. III. fol. 73. befindlichen Beylagen sich sehr beschweret, daß, da ihr ältester Bruder die 18000 Thlr. empfangen, und zu Erkauffung des Guths Plötze angewendet, ihre Güther deswegen ad hastam gebracht worden, mithin daraus wahrzunehmen, daß die vol. III. f. 24. befindliche Quittung vom 6. Novemb. 1726. ebenfals mit dem vitio simulationis, und in fraudem creditorum, damit diese an die 18000 Thlr. nicht kommen möchten, behafftet seyn müsse, welche ohnedem 7) da sie, moto jam concursu, ausgestellet, von keiner Krafft seyn, und ein ieder leicht begreiffen kan, daß die beyden jüngsten Brüder alles zum faveur des ältesten Bruders sich gefallen lassen müssen, nachdem einmahl ihre Güther in ruin und concurs gebracht, und sie dessen Gnade zu leben schuldig gewesen, so, daß die simulatio bereits in actis völlig erwiesen gewesen, dagegen dann die rationes dubitandi nichts verfangen können, angesehen ad 1) der Satz in thesi richtig, in hypothesi aber schon aus denen angeführten momentis euident ist, daß die simulatio vollkommen erwiesen sey, quamuis etiam, cum simulatio occulta sit, et in animo consistat, hæc solis coniecturis probabilibus probari queat, *Ad Lit. XXII. T. IV.* 6

B. a COCCEII *de simulat. §. 72.*

wobey man doch nicht einmahl hier bestehen bleiben darff, da die simulatio aus dem Zusammenhang der Sache euident ist, so, daß ad 2) das instrumentum vol. III. f. 23. nunmehr allen fidem sowol als 3) die vol. III. fol. 24. befindliche Quittung verliehret, und nunmehr ad 4) rebus sic stantibus, allerdings folget, daß nach der obligation vol. I. fol. 77. er die 18000 Thlr. zu Bezahlung des Guths Plötze erhalten haben müsse, als welches ihr Vater würcklich bezahlet, und die Impetraten solches besitzen, so dann, daß der jüngsten Brüder Güther deswegen in Anschlag gebracht worden, nicht deswegen, weil sie die 18000 Thlr. würcklich empfangen, sondern weil ihre Güther davor in solidum mit verschrieben worden, und davor gehafftet, geschehen ist, ob wol ad 5) des jüngsten Bruders Sachen damahls nicht gar zu gut mehr gestanden seyn müssen, dennoch dagegen der älteste denen beyden jüngsten Brüdern den Wechsel auf 18000 Thlr. ausgestellet, die Impetraten daher ad 6) allerdings solutionem beybringen, und ad 7) bey solchen Umständen darthun müssen, woher denn ihr Vater das Guth Plötze sonsten bezahlet, wiewol es genug ist, daß er durch den Wechsel sich als ihren debitorem auf 18000 Thlr. bekennet, und ad 8) in der vol. I. fol. 130. befindlichen liquidation die Schuld der 18000 Thlr. eingestanden, und seinen Brüdern pure, nicht hypothetice ins debet gebracht, ja sich zum Beweiß der Bezahlung vor schuldig gehalten, und ad 9) bey solchen Umständen man nicht sagen kan, daß er nur sub conditione die exceptionem solutionis opponiret, nachdem der Wechsel das Gegentheil dargethan, und ad 10) auf den itzigen valeur des Wechsels es nicht ankommt, als welcher wenigstens vim simplicis probationis hat, und man aus demselben vorjetzo nicht cambialiter zu klagen gemeinet ist, nicht weniger ad 11) das decretum vol. II. f. 279. cum causæ cognitione erfolget, und nicht pro mera interlocutione, sondern pro mixta geachtet werden muß, welchem die Rechts- 7 Krafft nicht abzuschneiden, wiewol es darauf vorjetzo wenig ankommt, sondern gnug ist, daß der Impetraten Vater wegen der 18000 Thlr. würcklich debitor seiner beyden jüngsten Brü-

Ad Lib. XXII. T. IV.

der nach wie vor geblieben, und dahero die Impetraten anders als durch die vol. III. fol. 24. befindliche Quittung die solutionem erweisen, oder Impetranten bezahlen müssen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVNIO MDCCXLII.

RESPONSVM CCCXCVI.

THEMA.

Documenta lacerata in causſis antiquis obſeruantia corroboratis probant.

SVMMARIA.

Documenta cancellata vim probandi non habent n. 1.

Niſi ſuſpicio ex laceratione orta per fortiores probationes elidatur n. 2.

Erroribus rerum geſtarum veritas non vitiatur n. 3.

Obſeruantia præſtationibus inſigne pondus addit n. 4.

Denegatio præſtationis ſpolium conſtituit n. 5.

Als derſelbe uns eine facti ſpeciem nebſt extracten einiger Briefe und zwey Fragen zugeſchicket ꝛc.

Hat ein appanagirter Fürſt, Edmundus Felix, welcher auch, als ſein Herr Bruder Friedrich Anton iun. in an. 1735. zur Regierung gelanget, die andere Halbſcheid des appanagii überkommen, aus des regierenden Herrn Fürſten auſſerordentlich noch 10 Stück Wildpret zu Dero deputat nebſt Dero verſtorbenen Hrn. Bruder Friderico Antonio iunioꝛe, mit welchem er ſolche 10 Stücke getheilet, erhalten, wie dann in dem receſs de a. 1667. einige Hoffnung zur Zulage dem damahligen appanagirten Herrn gemachet, und zu dem Ende ohne Zweiffel geſchehen iſt, daß in an. 1686. auf geſchehenes Anhalten von dem damahls regierenden Herrn Renato Amando die reſolution, ſo in dem archiv zu Benedetto, wo der appanagirte Fürſt, Friedrich Anton ſenior reſidiret, gefunden worden, ertheilet iſt, daß 10 Stücke Wildpret zugeleget, und an Dero Ober-Jägermeiſter deswegen Verordnung ergehen ſolle, welche auch bis an. 1735. gelieffert worden ſind. Hat aber Fürſt Caius, als er im gedachten Jahr zur Regierung an ſtatt ſeines Hrn. Vaters, Friedrich Anton iunioris, welcher kurtze Zeit regieret, gekommen, die gedachten 10 Stücke Wildpret nicht mehr wollen abfolgen laſſen, deswegen Vorſtellung vom Edmundo Felice geſchehen, und die beygefügte correſpondence darauf erfolget, nach welcher man nunmehro belehret ſeyn will.

Quæſtio I.

Ob der Fürſt Caius dem Fürſten Edmundo Felici, die noch vom letztern prætendirten 10 Stück Wildpret von rechtswegen geben müſſe, oder nicht, und wenn der Fürſt Edmundus Felix fundatam intentionem wider den Fürſten Caium haben ſolte?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol bey der erſten Frage Fürſt Caius 1) ſich darüber beſchweret, daß es bishero wegen Liefferung des Wildprets ſehr unordentlich zugegangen, indem in einem Jahr wenig, im anderen Jahre viel gelieffert worden, wodurch ſeines ſeel. Vaters Gnaden bewogen worden, dieſe Sache auf den Fuß des receſſus vom 23. May 1667. zu ſetzen, und die Liefferung darnach verrichten zu laſſen, und da in dem gedachten receſſu ſolche Liefferung klar beſtimmet iſt, es das Anſehen gewinnen will, als ob derſelbe zu weiters nicht verbunden ſey, und ob ſich wol 2) Fürſt Edmundus Felix auf eine in an. 1686. ohngefehr ergangene reſolution gründet, nach welcher von dem damahligen Landesherrn 10 Stück Wildpret zu denen per receſſum beſtimmten zugeleget ſeyn ſollten, dennoch der regierende Fürſt Caius ſolches vor ein ſolches Stück in ſeinem Schreiben vom 8. April 1742. gehalten, ſo nichts verbindliches in ſich halte, zumahl auch Fürſt Edmundus Felix in ſeinem Schreiben vom 9. Mart. 1742. geſtehet, daß ein Blat davon abgeriſſen, und daſſelbe alſo unvollkommen ſey, dergleichen can-

cancellata et lacerata documenta keine vim probandi haben.

l. 24. D. de probat.

l. 47. §. 1. D. de pact.

c. 6. X. de instrum.

Endlich dabey 3) nicht hinlänglich seyn möchte, daß die Liefferung der 20 Stucke Wildpret bis ad an. 1735. geschehen, als welches ohne Zweifel aus Irrthum geschehen, bevorab da die Liefferung in vorigen Zeiten sehr unrichtig gegangen, daß dergleichen Irrthum leicht erfolgen mögen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) aus der geführten correspondentz erhellet, daß selbst des Fürst Caii Herr Vater, Friedrich Anton iun. wie er noch mit dem Fürsten Edmundo Felice in apanagio gelebet, diese 10 Stücke gehoben, und solche mit diesem getheilet, mithin schon zu Zeiten des Renati Edmundi und dessen Nachfolgern ein richtiges fundamentum davon muß befindlich gewesen seyn, anderer Gestalt, wenn der Oberjägermeister dazu keine ordre gehabt, die Liefferung der 20 Stücke über die in dem recess de an. 1667. bestimmte Zahl nicht erfolgen, noch über 30, 40 und mehr Jahren erfolgen können, wie sich dann 2) dazu ein guter Grund zu Benedetto aufgefunden, und sich geäussert hat, daß, wie in dem recess de anno 1667. bereits zu einem augmento Hoffnung gemachet, also auch circa an. 1687. darum bey dem regierenden Landesherrn angehalten, und eben die resolution auf die 10 Stücke ertheilet worden, welches darüber aufgefundene documentum, weil ein Blat davon abgerissen, zwar dabey einigen Zweiffel erwecket, und man es als ein lacerarum, concellatum et nullius fidei halten wollen, dennoch wohl zu erwegen, daß nur einige præsumtio inualiditatis daraus flieſſe, welche aber per fortiorem probationem in contrarium elidiret werden mag,

l. 24. D. de probat.

wie es denn leicht geschehen seyn kan, daß man vormahls dieses Blat aus besondern Ursachen, damit man den Inhalt davon denen posteris nicht gemein und bekant machen möchte, oder aus andern Zufällen abgerissen, inzwischen gleichwol 3) die noch daselbst zu lesende resolution in die Erfüllung von langen Zeiten gebracht ist, welches nicht anders geschehen mögen, als daß es mit der resolution ad punct. 14. seine Richtigkeit gehabt, und zu dem Ende dem Oberjägermeister ordre ertheilet worden, die 10 Stücke, dem apanagirten Herrn insküntige über die gesetzte Zahl abfolgen zu lassen, wie auch von so vielen Jahren geschehen, und durch die tot annorum insecutam obseruantiam erhärtet wird, daß die producirte resolution ihre Richtigkeit und wahren Grund gehabt, auch was dabey casu vel alio facto geschehen, der veritati rei gestæ keinen Abbruch thun könne, cum veritas rerum erroribus gestarum non vitietur, et ideo iudex id sequi debeat, quod conuenit eum ex fide eorum, quæ probabuntur, 3

Ad Lib. XXII. l. XV.

l. 6. §. 1. D. de offic. præs.

welcher Beweiß 4) im gegenwärtigen Fall ex tot annorum obseruantia constante herzunehmen ist, da wir als richtig annehmen, daß solche 10 Stück Wildpret von der Zeit an beständig geliefert sind, zumahl bekant ist, quod obseruantia talis omne dubium tollat et pro iure habenda sit, 4

SVRDVS *cons. 140. n. 43.*

KLOCK. *tom. IV. cons. 78. n. 58.*

ideoque argumentum ab obseruantia secuta primas tenet, omniumque optimum habetur, quod ab effectu desumitur.

HARPRECHT *vol. nov. cons. IV. n. 559.*

Inciuile itaque censetur, de eo, quod tam diuturna obseruantia dilucidum fuit, tunc demum dubitare vel eidem contraeuire velle.

CRAVETTA *cons. 495. n. 21.*

BRVCKMANN. *cons. 27. n. 42. inf.*

Hierüber 5) diese resolution bey des Fürsten Caii Großvaters, des Friderici Antonii senioris Zeiten ertheilet worden, welcher darneben in seinem codicill verordnet, daß Fürst Edmundo Felici so viel Wildpret, als er bekommen, auch zugetheilet werden solle, wogegen dann die rationes dubitandi nichts verfangen, indem zwar wahr ist, daß in an. 1667. die Liefferung des Wildprets in recessu bestimmet, dabey aber die Hoffnung zu einer Zulage gemachet ist, so auch circa an. 1687. erfolget, ad 2) aber bereits dargethan ist, daß der Gültigkeit der gedachten resolution dadurch, daß ein Blat davon abgerissen, kein Abbruch geschehen sey, auch ad 3, mit nichts dargethan worden, daß ein Irrthum bey der so vieljährigen Liefferung vorgegangen, als welche nicht erfolgen, und in denen Rechnungen nicht passiret seyn würde, wenn der Herr Oberjägermeister keine ordre dazu empfangen, womit er solche legitimiren müssen.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß der Fürst Carus dem Fürsten Edmundo Felici die prætendirte 10 Stück Wildpret liefern müsse.

So viel die andere Frage betrifft:

Quæstio II.

Ob alsdann Fürst Edmundus Felix die seit an. 1735. ihm jährlich

Ad Lit. XXII. T. IV.

zu præstirende 10 Stück Wildpret annoch von dem Fürsten Caio mit Bestande Rechtens fordern könne oder nicht?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol bishero noch streitig gewesen, ob die quæstionirten 10 Stücke zu liessern gewesen, da man dazu den Grund nicht agnosciren wollen, und dahero Fürst Caius gegründete Ursache gehabt zu haben scheinen möchte, die Liefferung der 20 Stück Wildpret seit an. 1735. zu verweigern, so, daß nicht ehender solche als von der Zeit an, da solche præstatio in liquidum gebracht werden kan, weiter geschehen können.

Dieweil aber dennoch Fürst Edmundus Felix genugsamen Grund gehabt hat, post denegationem solche Liefferung zu prætendiren, in deren possessione vel quasi er ohnedem gewesen, und daraus per iniquam denegationem nicht gesetzet werden mögen, als welches die Rechte einem spolio gleich halten,

c. 9. X. de restit. spoliat.

darneben aus der vorigen Frage erhellet, daß ihm solche Liefferung, so er und des Fürsten Can. Herr Vater genossen, indebite sey denegiret worden, also nichts mehr als billig ist, daß derselbe auch ratione prætériti indemnisiret werden müsse, wodurch denn die rationes dubitandi hinwegfallen.

So kan der Fürst Edmundus Felix die seit an. 1735. ihm entzogene 10 Stück Wildpret von dem Fürst Caio mit Bestande Rechtens fordern. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IANVAR. MDCCXLIII.

DECISIO CCCXCVII.

THEMA.

Super amissione instrumenti ex probabili caussa quis ad iuramentum admittitur.

SVMMARIA.

Status caussæ n. 1.
Amisso documento etiam caussa et occasio amissionis docenda n. 2.
Copia, licet in archiuo reperta, fidem non habet plenam n. 3.
In defectu semiplenæ probationis reus ad iuramentum purgatorium admittitur n. 4.
Qui casum amissi documenti probare nequit, si integræ fidei est, ad iuramentum admittitur n. 5.
In dubio pro reo pronunciandum n. 6.
Copiæ probabili caussa munitæ fidem habent n. 7.
Imprimis si in archiuo publice repertæ n. 8.

Auf gesuchte restitution und erfolgte Gesetze in Sachen M. M. von W. auf B. Impetranten an einem, und unsers Maiors A. G. von M. Impetraten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich, König in Preussen ꝛc. nach vorgehabten Rath unserer Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es der gesuchten restitution ohngehindert bey dem fol. 105. befindlichen und den 5. Febr. 1742. eröffneten Behörs-Bescheid billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es ist in der angestelleten actione feudi revocatoria wegen eines Guths in Uchtenhagen dem Impetraten der Beweiß, daß Impetrant von denen alienanten, oder die in die alienation consentiret, abstamme, referuiret worden, welchen er per documenta, deren originalia verlohren gangen, geführet, worauf diesem fol. 105. der Eyd so wol, daß er das original nicht habe, noch gefährlicher Weise von Handen kommen lassen, als das suppletorium credulitatis ratione der Unterschrifften und deren Richtigkeit deferiret worden, wodurch Impetrant sich grauiret zu seyn vermeinet, und deswegen restitutionem in integrum gegen gedachten Behörs-Bescheid gesuchet.

Ob nun wol Impetrant angeführet, 1) daß Impetrat sich auf den casum amissionis documentorum gründe, doch die Art und Weise, wie solche von Handen kommen und verlohren gegangen, nicht klar anzeigen und beybringen kön-

können, so doch die Rechte allerdings erfordern; neque enim statim casum amissionis conquerentibus facile credendum, sed hic
2 ante omnia probandus est cum causa et occasione amissionis,

l. 18. in f. C. de testib.

l. 5. et 13. C. de fide instrum.

dieserwegen Impetrat nicht so fort zum iuramente, daß er die originalia weder besitze, noch gefährlicher Weise von Handen kommen lassen, zuzulassen gewesen, da er den casum amissionis nicht erwiesen. Und wenn auch 2) solcher Eyd statt finden sollte, deannoch es hiebey darauf ankäme, ob sein Vater und Großvater das quæstionirte f. 10. b sqq. befindliche document unterschrieben und die Hand richtig sey, deswegen Impetrat nicht ad iuramentum credulitatis suppletorium zugelassen werden mögen, weil das fol. 10. befindliche documentum eine blosse copey sey, so seine Vorfahren unterschrieben haben sollen, so aber bekanter massen nichts erweise, und ob wol 3) solche in dem Regierungs-archiv befindlich, und vormahls darauf der fol. 9. befindliche consens ertheilet worden, dennoch dadurch eine copey keinen grösseren fi-
3 dem erlange, zumahl bekant sey, daß, wenn ein original zu Erlangung des lehnherrlichen consensus produciret werde, diejenigen, welche solches unterschrieben, zur recognition ihrer Hand nicht citiret, sondern solcher consens saluo iure cuiuscunque ausgefertiget würde, ohne welche doch das original selbsten nicht einsten fidem erlangen könne, geschweige denn, daß eine davon genommene copey etwas erweise, wozu noch komme, daß 4) seine Vorfahren damahls, als das instrumentum ausgefertiget, noch nicht einsten consentiret gehabt, sondern er vielmehr in dem Kaufbrief sich anheischig gemachet, den consens anzuschaffen, dahero, wenn seine Vorfahren ex post facto consentiret haben sollten, sie entweder in einem besondern instrument solches verrichtet, oder das datum wenigstens dabey gesetzet haben würden, so gleichwol nicht geschehen, und daher 5) an der Richtigkeit derer Unterschrifften um desto mehr zu zweiffeln, als des Impetraten Vater in der fol. 2. befindlichen clausula concernente selbsten agnosciret, daß das quæstionirte Guth Uchtenhagen sub reluitione stehe, welches solche Umstände seyn möchten, die keinen halben Beweiß ausmachen könten, vielmehr 6) bey dergleichen zweiffelhafften Fällen Impetrant zum iuramento credulitatis purgatorio, daß er nicht wisse, noch glaube, daß seine Vorfahren den contract unterschrieben und darein
4 consentiret, zu zulassen und das vorige Urthel dahin zu reformiren sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) alhier ausgemachet ist, daß das original des quæstionirten verlohrnen documenti vorhanden gewesen, als welches die Lehns-acta bezeugen und darthun, daß solches original zur Erhaltung des lehnherrlichen consensus laut fol. 131. befindlichen memoriæ bey der Lehns-Cantzeley übergeben, und darauf der fol. 9. befindliche Lehnsherrliche consens ausgefertiget sey, mithin, da anitzo solches nicht produciret werden kan, von demjenigen, der sich darin gründet, um desto wahrscheinlicher angeführet ist, daß solches verlohren gegangen seyn müsse, wie denn Impetrat davon einige Gelegenheit angeführet, die gantz wahrscheinlich ist und keine gegründete Ursache auszufinden, warum der Impetrat das original, so würcklich da gewesen und mit Lehnsherrlichen consens versehen worden, cachiren sollte, wenn solches nicht verlohren gegangen, beyorab da zwey exemplaria davon gemachet, und das eine bey des Verkauffers successoribus vorhanden seyn muß, worauf Impetrat sich iederzeit in actis bezogen, quando autem is, qui in amissione instrumenti se fundat, est persona honesta et verosimilia allegat, pro arbitrio iudicis ad iuramentum super amissione admitti potest, 5

GAIL. *lib. II. obs. 37. n. 2. sqq.*

STRYK *de instrum. amiss. c. II. n. 18.*

quippe quod in subsidium defertur, aliis probandi amissionem mediis deficientibus,

STRYK *cit. l. n. 18.*

zumahl wenn Impetrat den casum amissionis völlig beybringen könte, alsdann es keines Eydes bedürffen würde, hier gleichwol sehr wichtige Umstände vorkommen, als daß an der Glaubwürdigkeit des Impetraten nichts auszusetzen: daß das original würcklich bey der Lehns-Cantzley an. 1671. produciret, und davon die in actis befindliche copey genommen: daß in an. 1686. solches noch vorhanden gewesen, und auf Impetraten Vater nebst dem quæstionirten Guth laut fol. 35. befindlichen documenti transferiret worden: daß Impetrat dabey anführet, daß er solches nebst andern Lehns-documentis seinem aduocato zu dessen Gebrauch übergeben, und nicht wieder bekommen, solches also entweder bey denen Gerichten verleget, oder bey seinem aduocato unter andere Schrifften, wie leicht geschehen seyn kan, gekommen seyn müsse: daß keine Ursache, das original, wenn es vorhanden wäre, zu occultiren, angeführet werden könne, und Impetrat als Beklagter zu seiner defension dieses documenti sich bedienet, dessen causa dergestalt fauorabilis ist, daß in dubio billig vor 6
denselben zu sprechen,

l. 47. D. de obl. et act.

welche Umstände wohl bestand sind, daß dem Impetraten der Eyd geschehener massen deferiret werden können, daß er solches weder habe, noch gefährlicher Weise von Handen kommen lassen, und wann solches præstiret worden,

Ad Lib. XXII. T. IV.

Ad Lib. XXII. T. IV.

alsdann 2) wenigstens halb erwiesen, daß des Impetranten Vater und Großvater consentiret haben, weil (a) aus der in archivo cancellariæ feudalis befindlichen copey, die per personam iuratam vormahls von dem original genommen, erhellet, daß das original da gewesen und mit der Vettern consens bestärcket gewesen. (b) Der Verkäuffer in seinem memorial anno 1671. bekant, daß nunmehr die Lehns-Vettern consentiret, und daher (c) der Lehnsherrliche consens ausgebethen worden: 7 (d) nicht præsumiret wird, daß I. B. von W. als Verkäuffer, ein falsum begangen: (e) über 70 Jahr daher das Lehn in fremden Händen gewesen, dazu man so lange Zeit nicht still schweigen würde, wenn dabey ein falsum vorgegangen: (f) kein einziges solidum fundamentum gegen die Richtigkeit der Unterschrifft angeführet werden können, so, daß ad 3) diese copey dadurch eine grosse Wahrscheinlichkeit, ratione subscriptionis erlanget, ob wol bey der Lehns-Cantzley die recognition der Unterschrifften nicht erfordert ist, als welche damahls von niemand bestritten und begehret worden, inzwischen doch die præsumtio veritatis pro instrumento hoc militiret, da so gar in archiv dessen Abschrifft und confirmation, so 8 nicht im Winckel, sondern öffentlich geschehen, befindlich, welches wiederum denen documentis keinen geringen Beyfall beygeleget. Uebrigens ad 4) der contract zwar an. 1669. geschlossen, und zu der Zeit noch der Lehns-Vettern consens nicht da gewesen, gleichwol nachgehends erfolget, wie der Verkäuffer an. 1671. an den Durchlauchtigsten Lehn-Herrn laut fol. 131. befindlichen Beylageberichtet, und zu dessen Ueberzeugung das original übergeben, sonsten auch gantz ungewöhnlich ist, daß einer bey der Unterschrifft das datum setzet, sondern das Wort: consentio, schon genug gewesen. Endlich ad 5) aus der fol. 2. befindlichen Beylage um destoweniger etwas Widriges, oder einiger Verdacht gegen die Richtigkeit der Unterschrifften, gezogen werden mag, als leicht zu begreiffen, daß der Obriste von Blanckensee, dem die benante Wiese abgetreten und von dem zu Uchtenhagen, als vormahligen W. Lehn, gehöret, die clausul wegen der zu befürchtenden reluition dem Vergleich zu inseriren verlanget, woraus aber nicht folget, daß der Maior von M. damahls agnoscirt, daß das quæstionirte Guth Uchtenhagen noch der reluition würcklich unterworffen sey, als worüber er mit dem Obristen von Blanckensee sich zu meliren nicht nöthig gehabt. Dahero ad 6) es sehr bedencklich fallen würde, den Impetranten zu dem offerirten iuramento purgatorio zuzulassen, als welches er bey solchen notablen und wichtigen Umständen nicht sicher, ob es wol nur de credulitate seyn sollte, abschweren kan, vielmehr es bey dem Behörs-Bescheid billig, iedoch mit Uebergehung der Unkosten, zu lassen, weil doch Impetrat bey solchem zweiffelhafften Fall probabilem contradicendi causam gehabt.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVGVSTO MDCCXLII.

DECISIO CCCXCVIII.

THEMA.

Amissio chirographi veritati debiti non præiudicat.

SVMMARIA.

Documento amisso casus amissionis docendus n. 1.

Copia non probat n. 2.

In concursu hypothecæ generalis et specialis hæc prius excutienda n. 3.

Sententia secundum id, quod possibile, est accipienda n. 4.

Amissio chirographi veritati non præiudicat n. 5. 8.

Ex solutione vsurarum arguitur debitum n. 6.

Amissis recenti tempore documentis casus amissionis docendus, non si ante longum tempus amissio contigit n. 7.

Qui ob specialem hypothecam exceptionem ordinis opponit, illam creditori indicare debet n. 9.

Als der Herr uns interponirte remedia nullitatis und revisionis in Sachen des Iesuiter-Collegii zu O. Klägern an einem, und des Land-Raths von G. Beklagten am andern Theil, in dem zurückkommenden fasciculo act. etc.

Daß es der eingewandten remediorum ohngehindert bey dem fol. 114. befindlichen

chen und den 10. Ian. 1743. eröffneten Urthel billig verbleibet, iedoch mit dieser Erklärung, daß der abzuschwerende Eyd also einzurichten, daß Klägere die original-obligation nicht hätten, noch gefährlicher Weise von Handen kommen lassen, inzwischen doch glaubten und nicht anders wüsten, als daß solche original-obligation vorhanden gewesen, und noch bis dato unbezahlet sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol anfänglich von Beklagten gegen das f. 114. befindliche Urthel eingewandt worden, daß 1) per iudicatum fol. 55. b fest gesetzet sey, daß das original zur recognition oder eydlichen diffession produciret werden solle, davon man propter autoritatem rei iudicatæ nicht wieder abgehen können, bevorab da 2) es nicht gnug sey, generaliter amissionem zu beschweren, sondern der casus amissionis zuförderst specifice angegeben werden müsse,

l. 5. C. de fide instr.

so aber nicht geschehen, inzwischen 3) Klägere dadurch sich nicht wenig verdächtig gemachet, daß sie ein original zu haben beständig vorgegeben, und dennoch in termino productionis bekennen müssen, daß keines mehr vorhanden sey, gleichwol 4) absque productione originalis die recognitio nicht geschehen möchte, und auf eine Copey nicht zu bauen sey.

l. 2. de fid. instrum.

c. 1. X. eod.

Sodann 5) in der ad acta gegebenen Copey eine hypotheca specialis anzutreffen, welche erst anzugreiffen und auszuklagen sey, ehe man zu der generalen hypothec kommen könne,

STRYK *de caut. contr. sect. 2. c. 4. §. 17.*

dabey gleichwol 6) die Kläger nicht einsten die specialem hypothecam angeben können, daraus also zu schliessen, daß die Schuld getilget seyn müsse, also die Zinsen, so bishero gezahlet, indebite gezahlet worden, zumal 7) nicht zu glauben, daß Klägere die hypothecam specialem, so in territorio Osnabrugensi gelegen, ohne Zahlung werden fahren gelassen und die Zahlung extra territorium gesuchet haben sollten, vielmehr daraus zu schliessen, daß die obligation retradiret seyn müsse, zumal wo 8) kein original ist, man noch billig an der existentia debiti zu zweiffeln habe. Und so viel der Klägere interpositionem reuisionis betrifft, dieselbe pro grauamine 9) angeführet, daß zuförderst das possessorium; nach Massgebung der bereits ergangenen Urthel fol. 85. und 100. erst euacuiret werden müssen, ehe in der Haupt-Sache erkant werden können, zumal aus denen producirten Beylagen fol. 127. ersichtlich, daß sich Beklagter pro debitore ausgegeben, die Zinsen nebst Unkosten zu bezahlen versprochen, auch davon etwas abgetragen, also zuförderst auf die rückständigen Zinsen und Unkosten erkant werden müssen, da sie in possessione percipiendi vsuras von langen Zeiten gewesen. *Ad Lib. XXII. t. IV.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) die productio originalis zwar rechtskräfftig erkant, gleichwol solches iudicatum in sensu iuris anzunehmen ist, so weit solches möglich ist, cum ad impossibilia nemo obligetur, nunmehro sich aber befunden, daß das originale, davon in dem copiario die Abschrifft befindlich erfunden worden, nicht mehr vorhanden sey, auch eben darüber denen Klägern der Eyd imponiret worden, inzwischen aus denen Rechten doch bekant ist, quod amissio instrumenti veritati non præiudicet, 4

l. 1. 5. 7. 8. C. de fide instrum. 5

und in dieser Absicht der Eyd mit auf die existentiam originalis gerichtet worden, welches propitio iure um destomehr geschehen mögen, als die Zinsen bishero von dem quæstionirten Capital von so viel Jahren richtig abgetragen, woraus die existentia ipsius debiti ohnedem præsumiret und also der Beweiß erfüllet wird, wenn die Kläger das suppletorium credulitatis, wegen der existenz des originals, ablegen, hergegen der Umstand, daß die rechtskräfftig erkante productio originalis nicht weiter geschehen könne, nur dieses würcket, daß der processus executiuus gestalten Sachen wegfalle, und die Schuld auf andere Art erweislich gemachet werden müsse, welches accedente iuramento suppletorio nunmehro vor geschehen zu achten, und dadurch dem iudicato per indirectum ein Gnügen geschehen, als welches veritatem debiti zum Grunde gehabt, so durch den Eyd bey denen übrigen Umständen völlig heraus zu bringen. So dann weil ad 2) die obligation noch aus den 15ten Seculo und sehr alt ist, es leicht geschehen können, daß dasselbe verlohren gegangen, und man den eigentlichen casum amissionis so genau nicht bestimmen möge, 7 welches ehe geschehen und erfolgen kan, wenn es recentiora documenta sind, darauf die interpretes vornemlich reflectiren, so, daß es bewanten Umständen nach zulänglich ist, wenn Klägere deswegen den erkanten Eyd abschweren, da man in antiquis ohnedem nicht alles so genau wissen kan, wodurch denn ad 3) aller Verdacht gegen dieselbe zugleich gehoben wird, da es wohl seyn kan, daß sie noch Hoffnung gehabt, das documentum unter ihren vielen scripturen aufzufinden, und dahero zur production desselben Mine gemachet, so aber nachgehends gefehlet, und obwol ad 4) nunmehr die recognition nicht geschehen kan,

Ad Lib. XXII. T. IV.

kan, dennoch dadurch veritas debiti nicht aufgehoben wird, si modo aliunde hæc probari possit,

8 *l. 1. l. 4. 5. 7. C. de fid. instrum.*

an dessen Berichtigung es, vorwaltenden Umständen nach, und bey denen so viele Jahre gezahlten Zinsen nicht fehlet. Uebrigens ad 5) da der Beklagte die exceptionem excussionis specialis hypothecæ opponiret, er auch billig, wo solche anzutreffen, anzeigen sollen,

9 weil sonsten seine exceptio inefficax bleibet, wiewol auch, da die possessores des Guths, so der Beklagte von seiner Gemahlin bekommen, so lange Jahre die Zinsen gezahlet, und sich dadurch, bey denselben die Schuld zu lassen, ipso facto engagiret, an diese exception nunmehr nicht weiter zu gedencken ist, und dahero ad 6) dieses nur daraus zu schliessen ist, daß man sein ius ratione specialis hypothecæ fahren zu lassen gemeinet gewesen, nicht aber daß die Schuld getilget sey, wiewol auch diesen Verdacht zu heben, das iuramentum erweitert worden, und dadurch ad 7) der widrige Verdacht völlig zu heben ist, endlich ad 8) von dem Verlust des originals kein argument auf die Tilgung der Schuld bey solchen Umständen, da so lange Zeit dieselbe verzinset worden, und Beklagter sich pro debitore agnosciret, gezogen werden kan. Und so viel ad 9) das Haupt-grauamen der Klägere betrifft, nunmehro solches hinweg fällt, da zugleich die Haupt-Sache mit decidiret ist, so, daß die execution beydes auf capital und Zinsen geschehen kan, und besonders das possessorium zur execution zu bringen so wenig nöthig, als Klägern vortheilhafftig ist, zumal es blos an der Ablegung des Eydes noch lieget, und die gantze Sache dadurch ausgemachet werden wird, und was wegen der vormahligen Unkosten der Herr Kläger versprochen haben mag, auf die itzige Process-Kosten nicht zu ziehen, noch darin Beklagter zu vertheilen, da selbsten Klägere Ursache gewesen, daß sie ratione productionis originalis, darauf doch rechtskräfftig erkant ist, nicht behutsamer verfahren, und gegen das fol. 55. befindliche decretum nicht gehörige remedia interponiret, anbey ihr Unvermögen, solche production zu leisten, bey Zeiten vorgestellet, wodurch sie selbsten zur Weitläufftigkeit Gelegenheit gegeben.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE SEPT. MDCCXLIII.

DECISIO CCCXCIX.

THEMA.

Vtrum tutor iuramentum editionis declinare possit?

Vid. T. IV. Dec. CCCLXXV. Them. 2.

Tit. V. De testibus.

DECISIO CCCC.

THEMATA.

I. Habilitas et inhabilitas testium ab arbitrio iudicis pendet.

II. Aduocatus a testimonio in caussa clientis sui non absolute arcetur.

SVMMARIA.

SVMMARIA.

Ad Lib. XXII. T. V.

Variæ exceptiones testibus obiectæ n. 1.
Aduocatus in caussa clientis sui testis esse nequit n. 2.
Testes instructi non probant n. 3.
Testes dissentientes fidem amittunt n. 4.
Aduocatus non absolute a testimonio reiiciendus n. 5.
Non quælibet consanguinitas a testimonio arcet n. 6.
Mulier sponte et præuia renunciatione beneficiorum intercedens obligatur n. 7.
Conspiratio testium inhabilium in circumstantiis essentialibus fidem facit n. 8.

Als dieselbe uns geführten Beweis und erfolgtes Verfahren in Sachen I. M. B. Klägern an einem, I. O. und dessen Eheweib, Beklagten am andern, und I. B. F. interuenienten am dritten Theil zugeschicket ꝛc.

Daß Kläger dasjenige, was ihm wegen der von Beklagten Eheweib geschehenen Rechtsbeständigen Verbürg- und Verschreibung der R. Gelder zu erweisen obgelegen, nach Nothdurfft erwiesen, und dahero in denen R. Geldern interuenienten vorzuziehen, auch solche diesem sub cautione nicht abzufolgen; würde nun zuförderst Beklagter auf die n. act. 48. übergebene liquidation sich einlassen, wozu er sub pœna liquidi verbunden, nicht weniger Klägers aduocato angezeiget werden, worin seine bey diesem proceß verübte Ungebühren eigentlich bestehen, und er darüber zuförderst gehöret seyn, so ergehet alsdann dieserwegen ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem in dem n. 28. befindlichen Leipziger Urthel der Beweis Klägern dahin auferleget, daß 1) des debitoris, des O. Ehe Frau Rechtsverbindlich vor die Schuld ihres Mannes sich verbürget; 2) wie viel der debitor O. ihm eigentlich schuldig, so hat er solchen Beweis angetreten, und seine Deduction-Schrifft dabey übergeben. Ob nun wol Klägers Beweis 1) einen grossen Mangel ex defectu ipsorum testium zu haben scheinet, indem testis 2. mit des Klägers Mutter Geschwister Kind, und mit demselben ziemlich nahe
1 verwandt, auch daher nicht omni exceptione maior ist; testis primus aber noch ein weit mehres, und zwar dieses wider sich hat, daß er dem Beklagten vormahls aduocando bedient gewesen, nunmehr aber dem Kläger bedienet sey, diese Sache anizo führe, und die articulos probatoriales selbst abgefasset, testis 4tus aber solche abgeschrieben, dieserwegen vor der Abhörung von dem tenore articulorum völlig informiret gewesen, aduocatus autem in causa clientis sui testis produci non potest,

l. f. D. de testib.
Bæhm. Conf. T. III. P. II.
c. si testes C. 4. qu. 3.
CARPZ. *P. I. c. 16. def. 59.* 2

non tantum quod affectionem ad causam habeat, sed etiam quod commodum ex victoria litis speret,

c. f. de testib. in 6.

præterea vero etiam testes instructi parum 3 probant,

COTHMAN. *vol. I. conf. 32. n. 26.*

hiernächst 2) die Zeugen auch nicht durchgehends mit einander übereinstimmen, allermassen ad art. prob. 3. int. 1. testis 1. negiret, daß Kläger bey Errichtung des ersten Bürg-Scheins sub n. 42. selbst gegenwärtig gewesen, welches aber testis 2dus und quartus affirmiren, nicht weniger 3) bey Ausstellung des an- 4
dern und dritten Bürgscheins Kläger abermal als die Haupt-Person nicht gegenwärtig gewesen, wie testes ad inter. 4. art. prob. 9. aussagen, und dahero die Sache um desto verdächtiger wird, daß testis 1. die Sache vor sich allein getrieben, und die Beklagtinne ad fideiubendum induciret, bevorab da 4) er keine Vollmacht dazu produciret, der Beklagtinne Ehemann aber in grosser Bedrängniße gesteckt, und seine Frau daher um desto leichter intimidiret werden können, in alles zu consentiren, wie sie denn auch 5) niemand von ihren Bluts-Freunden nach dem statuto loci bey diesen Handlungen adhibiret, so ihr Bestes besorgen können, welches gleichwol die Absicht des statuti gewesen, auch wohl zu glauben, daß fremde Beystände ihr nicht so gut als ihre Bluts-Freunde angerathen haben werden, und obwol 6) die Zeugen aussagen, daß sie vorgegeben, wie sie keine Bluts-Freunde hätte, dennoch diesem so schlechterdings kein Glaube beyzumessen seyn möchte, die Zeugen auch, daß solches wahr sey, nicht positiue sagen können, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn die Beklagtinne sich nicht rechts beständig verbürget habe, wie denn auch 7) nicht zu befinden, daß sie mit ihrem Mann communem negotiationem geführet, zumal was n. 47. am Ende aus der Beylage angeführet wird, nichts mehr darthut, als daß sie mit ihrem Mann die Höbelsche Schuld übernommen, hiernächst so viel 8) das andere membrum betrifft, die sub n. 48. producirte specificirte Rechnung noch zur Zeit kein liquidum debitum ausmachen kan,

Ad Lib. XXII. T. V.

als worüber der debitor noch nicht gehöret, und es erst auf die Berechnung ankommt, dieserwegen die oblatio ad iuramentum nicht schlechterdings statt finden kan, endlich 9) testis 1. sich billig sowol des aduocirens in dieser Sache, als des testimonii enthalten sollen, da er vorher dem Beklagten in seiner Schuld-Sache bedient gewesen, auch nicht zugleich advocatus und testis seyn können, mithin billig einige Strafe verdienet.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad rat. imam aus denen acten erhellet, daß testis imus non obstante contradictione ad testimonium dicendum zugelassen, er auch blos über ausser gerichtliche Handlungen, worin er als Beystand gebrauchet worden, zum Zeugniß nicht absolute verwerflich gewesen,

MASCARD *de probat. concl. 66. n. 9.*

zumal da diese Sachen passiret, ehe er noch dem Kläger aduocando bedienet gewesen, und ob er wol sich billig von der Entwerffung derer articulorum enthalten sollen, testis 4tus auch durch Abschreibung derer articulorum von dem tenore dererselben völlige information bekommen, dennoch allhier zwey contestes vorhanden, ausserdem dieselbe wohl harmoniren, und von dem, was vorgegangen, richtige Nachricht ertheilet, dahero auch bey solchem Umstande die consanguinitas des testis secundi, welche ohnedem in tertio gradu lineæ inæqualis ist, nicht sonderlich zu consideriren ist,

6 cum non quælibet consanguinitas testimonio dicendo obsit,

HARPRECHT *resp. 89. n. 109.*

sondern es bey allen dergleichen exceptionibus auf das arbitrium iudicis ankommt, wie viel Glaube denen Zeugen vorkommenden Umständen nach beyzulegen, cum iudicem ex animi sui sententia æstimare oporteat, quid aut credat, aut parum probatum sibi opinetur,

l. 3. §. 2. in f. de testib.

dieserwegen zuförderst auf die Aussage der Zeugen selbsten zu sehen, da sich denn befindet, daß iuxta depositiones aller vier Zeugen ad art. 3. des Beklagten Ehe-Frau sich im ersten Bürg-Schein vor 500. Thlr. verbürget, und Kläger selber laut test. 2. et 4. Aussage ad interr. 1. art. 3. dabey gegenwärtig gewesen, und sie solches freywillig, und aus guter raison gethan, davon test. 2. ad int. 3. d. art. ins besondere zeuget, alle vier aber ad art. 4. hinzu thun, daß sie solches gethan, ihres Mannes credit zu retten, welches denn auch bey dem andern und dritten Bürg-Schein sie ebenfalls bekräfftigen, übrigens es vornemlich allhier darauf ankommt, ob sie Rechtsbeständig vor ihren Mann ihren credit interponiret, welches daraus offenbar ist, daß sie a) solches freywillig gethan,

test. ad int. 1. art. 4. 7

ja so gar laut test. 4. ad art. 5. Aussage Kläger selbst zu ihr zum öfftern gesprochen, es wäre ihm indifferent, ob sie es thäte, oder nicht, so wollte er seine Sachen weiter suchen, damit er nachmahls keine Ungelegenheit davon hätte, dergestalt, daß gar keine concussion dabey zu finden: b) daß sie bey allen dreyen Bürg-scheinen ihrer weiblichen Gerechtigkeiten zur Gnüge erinnert,

test. ad art. 5. 12. 16.

wie dann in dem letzten Schein, worauf vorizo am meisten zu reflectiren, die contenta dieses beneficii mit teutschen und deutlichen Worten ausgedrucket, und um desto mehr daher zu glauben, daß sie völlig von ihrem beneficio instruiret gewesen: c) daß Kläger begehret, die Beklagte sollte einige Verwandte zu dieser Sache ziehen, dieselbe dennoch gesprochen, daß sie keine hätte, auch Bedencken trüge, einem Unbekanten dieses zu offenbaren, damit sie ihres Mannes credit nicht verletzete, deswegen sie testem 1. et 2dum als gute Bekante zu diesem Geschäffte gezogen,

test. ad art. 7. 8. 13. 18. 19.

und dadurch dem statuto ein Gnügen gethan, sich aber vor ihren Mann valide engagiret, und die quæstionirten Reinhardtischen Gelder zur Sicherheit eingesetzet, dergestalt, daß sie nicht mehr im Stande gewesen, solche dem interuenienten ex post facto zu cediren, bevorab da bereits darüber lis pendens gewesen, und auch dieserwegen die cessio nulliter geschehen, im Gegentheil durch diese einhellige deposition der vier Zeugen und deren harmonirung in denen Haupt-Puncten die exceptiones, so ein und andern Zeugen entgegen gestanden, sehr geschwächet worden, dagegen auch die ratio dub. 2da nichts verfangen kan, zumal test. 1. ad art. prob. 3. nebst dem dritten 8 nur ihre Unwissenheit dabey anzeigen, das Gegentheil aber nicht deponiren; nicht weniger ad rat. 3tiam wohl zu glauben, daß test. 1. die Berichtigung des andern und dritten Scheins ohne Vollmacht nicht gethan haben werde, davon auch test. 1. et 2dus ad int. 3. art. 9. Nachricht ertheilen, allenfalls auch die ratihabitio einer Vollmacht gleich zu achten, welche nicht in Zweiffel zu ziehen, im Gegentheil was in rat. 4ta von intimidiren angeführet worden, abermahls durch die Zeugen abgelehnet, vielmehr contestiret wird, daß sie solches freywillig gethan, ferner was in rat. 5ta und 6ta angeführet worden, dadurch eliditet, daß sie auf Befragen iederzeit vorgegeben, daß sie keine Bluts-Freunde habe, und dabey bey allen dreyen Bürg-Scheinen beständig geblieben, und wann das Gegentheil wahr seyn sollte, sie solches dolose verneinet haben müste,

se, und den Kläger betriegen wollen, und sich daher ihres weiblichen priuilegii denen bekanten Rechten nach unwürdig gemachet, bey solchen Umständen also nicht einsten auf die rat. 7mam sonderlich zu reflectiren; und so viel den andern Punct, so erwiesen werden sollen, betrifft, solcher vornemlich den Beklagten, mit welchem der proceß anno 1728. angegangen, betrifft, mit welchem die liquidatio anzulegen, und er daher zuförderst auf die übergebene Rechnung sich einlassen und mit Klägern liquidiren muß, damit man daraus abnehmen könne, wie viel eigentlich Beklagter noch schuldig sey, wozu ihm ein terminus sub pœna liquidi nicht unbillig anzuberahmen, inzwischen aber gestalten Sachen und Umständen nach das in depositum gelegte Geld interuenienten nicht abgefolget werden kan, letztlich was in rat. vlt. wegen des Klägers aduocati angeführet, zuförderst nöthig seyn will, daß ihm specifice die bey dieser Sache verübte Ungebühren angezeiget, und er darüber gehöret werde, weil alsdann erst darüber mit guten Grund erkant werden kan. *Ad L. X. XII. T. V.*

So ist überall, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ, MENSE APRIL. MDCCXXXIII.

DECISIO CCCCI.

THEMATA.

I. Ante L. C. testes recipi nequeunt.
II. *Transactio super dolosa interceptione valet.*

SVMMARIA.

Oppositio exceptionis non inducit litis contestationem n. 1.
Litis contestatio est de substantia iudicii n. 2.
Publicato votulo testes amplius produci nequeunt n. 3.
Argumenta ad thema probandum pertinentia n. 4.
Si aduersarius in processum inordinatum consentit, exceptio nullitatis corruit n. 5.
Testes noui super aliis articulis produci possunt n. 6.
Si transactio plura capita continet, pro parte approbari et reprobari potest n. 7.
Super dolo præterito transigi potest n. 8.
Responsio ad rat. dub. n. 9.
Læsio ex diuisione hereditatis redundans reparanda n. 10.
Testis produci nequit reus ab actore n. 11.
Correi contra se testes esse nequeunt n. 12.

Als derselbe uns angebrachte Beschwerde, geführten Beweis und Gegenbeweis, auch erfolgtes Verfahren in Sachen der S. Erben erster Ehe, Klägern an einem, und M. C. S. gebohrner S. anderer Ehe, Beklagten am andern Theil, in zwey zurück kommenden fasciculis zugeschicket ꝛc.

Daß klagender aduocat sich zuförderst durch eine richtige Vollmacht zu legitimiren schuldig, und erhellet hiernächst aus denen acten so viel, daß es alles Einwendens ohngehindert bey dem den 11. Dec. 1730. getroffenen und sub n. act. 21. befindlichen Vergleich sein Bewenden habe, auch Beklagtin Suchen wegen reiection des sub n. 27. befindlichen anderweitigen Beweises ab actis nicht statt finde. Würde nun darneben Beklagtinne sich vermittels Eydes reinigen, und daß sie bey der letzten Theilung dem Schulmeister I. T. G. in einem leinen Säcklein kein Geld in Verwahrung gegeben, und nach geendigter Theilung von ihm solches nicht wieder bekommen, auch dem Steuer-Schreiber F. zu gleicher Zeit 30. Ducaten ebenfalls in Verwahrung nicht gegeben, und solches an eben demselben Tage nicht wieder zurücke erhalten, also beyde Posten nicht unterschlagen, und in der Theilung nicht verschwiegen, schweren, so ist sie dieserwegen nichts weiter in die gemeine Theilung zu bringen schuldig, so ferne sie aber solchen Eyd abzuschweren nicht bestand seyn sollte, so ist sie beyde Posten, wenn zuförderst, wie viel in dem dem Schulmeister gegebenen Säcklein Geld gewesen, ad liquidum gebracht worden, worüber allenfalls Klägere ad iuramentum in litem zuzulassen, noch in die Theilung zu bringen gehalten, beyderseits aufgewandte Unkosten aber sind aus bewegenden

Ad Lib. XXII. T. V.

Ursachen gegen einander zu compensiren und aufzuheben. Wenn nun auch Beklagter S. zuförderst über die in n. 69. der Regierungs-acten befindlichen iniuriösen Worte specialiter vernommen, und mit seiner Verantwortung gehöret, so ergehet auch dieserwegen was recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) in dem gantzen processs nicht legaliter verfahren, sondern da Klägere ihre Beschwerde gegen den Vergleich n. act. 37. vorgebracht, und n. act. 39. mündlich darüber verfahren, Beklagte aber denenselben exceptionem transactionis in vim litis ingressum impediendi opponiret, es sich gebühret hätte,
1 daß die Beklagtinne nach Maasgebung des jüngern Reichs-Abschiedes auf alle und jede Beschwerde sich eingelassen hätte, cum exceptionis oppositio non inducat litis contestationem,

c. 2. de lit. contest. in 6.

welches doch alles hindan gesetzet und sofort n. act. 39. auf die Abhörung der Zeugen decretiret, ja als n. 56. Beklagte wegen der opponirten exception litem zu contestiren sich
2 nicht schuldig erachtet, derselben solche zuförderst per decretum auferleget werden müssen, cum tamen de substantia iudicii sit litis contestatio et ad testium receptionem, ea non facta, procedi nequeat,

t. t. X. vt lite non contest.

gleichwol aber Einwendens ohngehindert auf die Abhörung der Zeugen interloquiret ist, hierüber nicht einsten, wie gewöhnlich, articuli übergeben, sondern gantz ungewöhnlicher Weise interrogationes formiret sind, darneben 2) nach absoluirten Beweis Kläger von neuen Zeugen abhören lassen, welches widerrechtlich
3 zu seyn scheinet, cum publicato testium rotulo testes amplius produci nequeant,

c. 17. 19. 46. X. de testibus.

mithin daß solcher rotulus ab actis remouiret werden müsse, es das Ansehen gewinnen will; übrigens wenn 3) auf den Beweis und Gegenbeweis zu erkennen, Kläger vermeinet, daß er
4 völlig erwiesen, indem G. P. C. ad int. spec. 9. deponiret, daß er 100. Fl. Anlehnsweise erhalten, dagegen nur 50. Fl. in die Theilung nach dem Vergleich gekommen, ferner ad art. 13. deponiret, daß ihm seine Schwester ½ Dutzend Teller von Englischen Zinn aufzuheben gegeben habe, welche die Beklagte nach geschehener Theilung wieder zurück bekommen; 4) der andere Zeuge R. ad int. 17. dabey bleibet, daß er von G. P. C. nicht 600. Fl. wie dieser angegeben, sondern 800. Fl. abgeholet, und der Beklagtinnen gebracht, dahero denn abermal 200. Fl. in der Theilung unterschlagen sind, welches er auch im andern rotulo n. 127. ad art. 19. bekräfftiget, und aussaget, daß gedachter C. zu ihm gesaget: er mögte einstweilen 800. Fl. von ihm holen, woraus zu schliessen seyn möchte, daß er noch wol mehr in Verwahrung gehabt haben müsse; 5) der dritte Zeuge I. St. ebenfalls nicht in Abrede seyn kan, daß sie 200. bis 300. Fl. vor der Theilung bey ihm deponiret, und ob sie gleich solche von ihm vor der Theilung wieder abgefordert haben will, dennoch ungewiß bleibet, ob sie solches in die Theilung nachgehends gebracht, da sie doch animo expilandæ hereditatis dieses Geld bey ihm ohne Zweiffel deponiret, und mutatio consilii so wenig vermuthet, als bekant ist, quod semel malus semper præsumatur talis in eodem genere delicti, 6) welchem der Schulmeister I. T. G. beytritt und deponiret, daß sie bey der letzten Theilung ihm ein Päckgen Geld in Verwahrung gegeben, welches er, so lange die Beamten zugegen gewesen, an einen verdächtigen Ort versteckt gehabt, und solches nach der Theilung erst ihr wieder gegeben, dem er noch beyfüget, daß sie zu gleicher Zeit dem Steuer-Schreiber F. 30. Ducaten in seiner Gegenwart zu verwahren gegeben, welches abermals animo intercipiendi geschehen seyn muß, und wenigstens semiplene erwiesen; ferner 7) testis 5. P. C. ad art. 49. von Wegfahrung des Getreydes was gehöret haben will, welches der 6ste Zeuge R. ad art. 53. sqq. bekräfftiget und anzeiget, daß ihm solches der alte S. zugeschicket; im Gegentheil 8) der Beklagtin Ehemann die Mitklägerin, die A. darüber abhören lassen, daß sie einen alten Calender, worin annotiret gewesen seyn soll, daß sie 100. Fl. als ein Anlehn bekommen, weggenommen, welches Anlehn sie bey ihrer anderweitigen Abhörung gestanden, dabey aber vorgegeben, daß ihr Vater ihr solche geschencket, so doch nicht zu vermuthen, und es dahero das Ansehen gewinnet, als wenn der Vergleich wegen allerhand dabey verübten Unterschleiffe und Betrug ungültig, und von keinen Kräfften sey, cum dolus etiam annullet transactionem.

l. 19. l. 29. C. de transact.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) bey denen vorkommenden nullitäten es bedencklich gefallen, nach dem rigore iuris hiebey zu verfahren, und das gantze Verfahren zu cassiren, zumal obgleich Beklagte exceptionem transactionis opponiret, und dabey angeführet, daß sie litem zu contestiren nicht schuldig sey, und darauf auf die Abhörung der Zeugen interloquiret worden, Beklagte solches geschehen lassen, und ihr Einwenden nicht weiter vrgiret, vielmehr in solches procedere consentiret, und die exceptionem nullitatis fahren lassen, ja dadurch per

per indirectum der Klägere Beschwerden contradiciret, nicht weniger, daß interrogatoria anstatt gewöhnlicher articul übergeben, sie sich ebenfalls gefallen lassen, und reprobatorialia interrogatoria übergeben, wiewol doch ad officium iudicis gehöret, künfftig genauer proceß-mäßig zu verfahren,

l. 4. C. de sentent. et interl.

und wenn gleich das Herrschafftliche interesse hiebey verliret, dennoch dabey zu erwegen gewesen, daß kein processus inquisitorius, sondern ciuilis allhier geführet worden, wobey die regulæ processus ordinarii nicht hindan zu setzen; im Gegentheil ad 2) die anderweitige Abhörung zweyer Zeugen passiren kan, als welches keine neue Zeugen gewesen, und nur über ein und ander neue Umstände abgehöret worden, super aliis vero articulis etiam alios testes producere licet,

c. 19. X. de testib.

und so viel ad 3) der Zeugen Aussage betrifft, anfänglich allhier zu bemercken, daß, wenn gleich eines Theils ein und anders bey dem Vergleich verschwiegen, ja dolose unterschlagen seyn sollte, dennoch der gantze Vergleich dadurch nicht rescindiret werden könne, cum si transactio plura habeat capitula, pro parte approbari et pro parte reprobari queat;

VRCEOLVS *de transact. 97.*

andern Theils auch die meisten puncta bereits vor dem Vergleich vorgekommen, und Zeugen summarisch darüber vernommen sind, welche schon damahls dasjenige, was sie nunmehr eydlich bestärcket, ausgesaget, dem ohngeachtet doch der Vergleich getroffen, und allenfalls, si quid dolo factum fuerit, darüber transigiret haben, quando enim super ipso dolo, seu quod dolose interceptum esse dicitur, transactum est, valet transactio,

l. 4. in f. C. de transact.

wie denn G. P. C. damahls schon angegeben, daß er 100. Fl. Anlehnsweise erhalten, wie n. act. 19. zu ersehen, und deswegen noch 50. Fl. in die Theilung gebracht, und dahero das völlige quantum getheilet, allenfalls aber darüber transigiret ist, und was dabey von Zinn vorgekommen, der gedachte Zeuge damahls selbst angegeben, und dahero post transactionem nicht weiter gerüget werden kan; nicht weniger ad 4) R. was er deponiret, solches bereits n. 19. circumstantialiter ausgesaget, und C. zwar nicht mehr als 600. Fl. empfangen haben wollen, R. aber von 800. Fl. gesaget, und dennoch der Vergleich über dieses quantum getroffen ist, wiewol R. ad int. 22. et 27. nicht einmal gewiß sagen kan, daß es 800. Fl. Fr. gewesen, dahero es dieses Puncts wegen billig bey dem Vergleich zu lassen, hiebey auch keinen Verdacht bringet, daß C. zu ihm gesaget, er möchte einstweilen 800. Fl. abholen, zumal solches in Ansehen des Kauf-pretii, wozu das Geld bestimmet gewesen, geschehen seyn kan, wozu einstweilen das Geld abgeholet werden sollen; wie denn auch ad 5) I. St. zwar angebet, daß die Beklagte wol ein viertel Jahr vor der Theilung bey ihm einige Gelder deponiret, gleichwol ad int. 38. meldet, daß sie sechs Wochen vor der Theilung solches wieder abgeholet, mit dem Vermelden, daß sie solches mit in die Theilung werffen wolle, dahero alle suspicio doli wegfällt, weil sie sonsten nicht so offenhertzig gegen Zeugen verfahren haben würde; im Gegentheil ad 6) Kläger S. zwar n. act. 19. im dritten Punct bereits dasjenige, was Zeuge ausgesaget, angegeben, sich aber nicht besinnet, daß in dem Vergleich darüber transigiret, noch vorhero dieser Unterschleiff untersuchet worden, dieserwegen, wenn solcher heraus kommen, und Beklagte das iuramentum purgatorium zu schweren nicht bestand seyn sollte, solches alsdann noch mit in die Theilung zu bringen seyn wird, cum quod in diuisione perperam factum, in melius reformandum sit. *Ad Lit. XXI T. V.*

l. 3. C. commun. vtr. iudic.

Hergegen ad 7) daß der alte S. vor der Theilung Getreyde in die Mühle fahren lassen, keinen Unterschleiff anzeiget, als welches ohne Zweifel zur Haushaltung geschehen, und er solches zu thun befugt gewesen, wie denn in den gantzen acten keine Spur zu finden, daß hierunter eine expilatio hereditatis begangen, im Gegentheil ad 8) was die Aussage der Klägere und der Beklagten betrifft, es überhaupt ein gantz illegales procedere gewesen, daß Klägere die Beklagtinne als Zeugen abhören lassen, cum tamen nemo possit esse reus et testis, welche illegalität auch von Seiten der Beklagtin erfolget, als welche die beyden Klägere als reprobatorial Zeugen abhören lassen, so allen Rechten zuwider, und künfftig ex officio nicht zu gestatten, zumal, wenn Klägere der Beklagtinne den Eyd über einige puncta deferiren, und die Beklagtinne sich dieses Mittels ebenfalls bedienen wollen, sie nach Vorschrifft der Gesetze solches thun, nicht aber vice versa einander als Zeugen abhören lassen müssen, cum nequidem correi contra se testimonium dicere possint,

CARPZ. *lib. III. resp. 8.*

also auf deren Aussage um desto weniger zu reflectiren, als sie auch ausserdem nichts ausgesaget, dadurch der Vergleich einen Anstoß bekommen möchte, angesehen was die A. wegen der 100. Fl. befraget worden, in den Vergleich schon gebracht, und abgethan ist, und was I. S. ad int. spec. 4tum aussaget, dem Vergleich keinen Anstoß giebet, den die Beklagte nicht impugniren, sondern vielmehr zu defendiren gedencket, auch nicht heraus kömt, daß er vor der Theilung etwas unterschlagen, wovon allhier die Frage ist, darneben der alte

Ad Lib. XXII. T. V.

S. ohne Zweiffel von dessen demarche gewust haben muß, welches er doch hingehen lassen, und keine Ersetzung von demselben begehret, wie denn Eltern dergleichen Kleinigkeiten mehr disciplina domestica zu ahnden, als klagbar zu machen pflegen, endlich die iniurien betreffend, so der Vogt S. gegen das Ober-Amt heraus gestossen haben soll, nöthig seyn will, daß er darüber specialiter vernommen werde, und dabey seine Verantwortung thue, weil die generalis contradictio nicht gnug ist, dahero dieserwegen noch nichts beständiges erkant werden mögen.

So hat, wie geschehen, erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ. MENSE AVGVSTO MDCCXXXVI.

RESPONSVM CCCCII.

THEMATA.

I. Termino probatorio non præfixo, noua testium productio admittitur.

II. *Si alter de veritate, alter de credulitate iuraturus est, prior præfertur.*

SVMMARIA.

Super iisdem vel directo contrariis articulis noua testium productio non admittitur n. 1.

Nequidem in secunda instantia n. 2.

Termino probatorio non præfixo, in secunda instantia testes produci possunt n. 3.

Super nouis circumstantiis, non obstante testium productione iam facta, denuo testes recte producuntur n. 4.

Licet noui articuli dependeant a prioribus n. 5.

Si lis absque iuramento decidi nequit, id ei deferendum, qui minus de periurio suspectus est n. 6.

Reus exceptionem suam semiplene probans ad suppletorium iuramentum admittitur n. 7.

Si vnus litigantium de veritate, alter de credulitate iurare potest, prior præferendus n. 8.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst zwey Fragen und einem fasciculo priuat-acten zugeschicket, und ꝛc.

Hat dessen Dienstmagd E. C. W. seinen Sohn A. W. wegen Schwängerung bey dasigen löblichen Krieges-Gerichte belanget, und, weil er die fleischliche Vermischung eingestanden, solches ihn den 2. Aug. 1746. in die alimentation des Kindes und andere Unkosten condemniret, sie aber mit ihrem Gesuch ratione dotationis abgewiesen. Hat sie aber sich wegen ihrer liederlichen Lebens-Art, und absonderlich wegen des verdächtigen Umgangs mit dem Grenadier E. sehr verdächtig gemachet, daß man nicht ohne Grund vermuthet, daß wol mehr dieser, als dessen Sohn von 16. Jahren und der dazu gebrechlichen Körpers ist, solche geschwängert habe, und zu dem Ende zwar der vorige aduocatus zu dessen Erweisung den Musquetirer K. über gewisse articul vernehmen lassen, jedoch, ohngeachtet die eydliche Bestärckung der gethanen Aussage des Musquetirers M. Frauen den 14. April a. p. erkant ist, selbige hindan gesetzt geblieben. Hat nun der neue aduocatus nach publication der gedachten Urtheil vom 2. Aug. zu Eruirung der Wahrheit einige neue articul übergeben, und darüber die gedachte M. Ehe-Frau nebst M. selbsten, und die G. abzuhören gebethen, worauf auch das Krieges-Gerichte zweymal erkant, hergegen post interpositam appellationem ad Serenissimum solches, als widerrechtlich, aberkant worden, daher erstlich gefraget ist:

Quæstio I.

Ob das de nouo gebethene Zeugen-Verhör über die anderweit übergebene articulos de iure zuläslich sey?

Rationes

Rationes dubitandi.

Ob nun wol in dem appellations-Urthel vom 12. Mart. 1747. die Fürstliche Hof-Gerichts-Ordnung tit. 59. §. 1. zum Gründe geleget ist, in welcher verordnet worden, daß, wenn die Eröffnung der Zeugen-Aussage geschehen, alsdenn zur Verhutung der subornation weiter keine persönliche Kundschafften auf
1 die vorigen Beweis-articul, oder auf solche articul, die denselben stracks zuwider sind, zugelassen werden sollten, welches auch den gemeinen Rechten gantz gemäß sich befindet,

auth. qui semel C. de probat.

c. 17. et 25. X de testibus.

2 adeo vt nequidem in secunda appellationis instantia super iisdem articulis noui testes produci queant, quamuis alias noua adhuc probatio in ea admissa sit,

c. 17. cit. clem. 2. de testibus.

in facto aber es scheinen will, als wenn die neuen articul von denen vorigen, worüber der Musquetirer K. bereits abgehöret worden, in essentialibus nicht different seyn, wie absonderlich aus dem art. 10. sqq. erhellet, und obwol des Musquetirers M. Ehe-Frau ihre Aussage nach der geschehenen Erkäntniß nicht eydlich bestärcket, dennoch dem aduocato causæ beyzumessen ist, daß er solches nicht ernstlich gesuchet, und diese Zeugin mit aufgeführet, nicht zu gedencken, daß der terminus probatorius bereits verflossen, qui sua natura peremtorius est, und dahero an keinen weitern Beweis zu gedencken seyn möchte.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in dem decreto vom 24. Mart. 1746. kein terminus probatorius anberahmet, und darin der Beweis eingeschräncket worden, und also derselbe noch
3 wohl, maxime in secunda instantia, admittiret werden kan,

l. 4. C. de tempor. appell.

hiernächst die neuen articul in den meisten Puncten von den vorigen, die sehr superficiarie abgefasset, different sind, und weit näher das thema probandum als die ersten in sich halten, wie aus dem 6. 7. 8. 9. 16. 17. und 18. gantz klar erhellet, die erste fünf articul auch deswegen zuläßig zu achten, weil man die folgenden special-articul ohne dieselbe nicht wohl verstehen mag, auf welche special Umstände
4 neue articuli bekanter massen zugelassen werden müssen,

c. 17. X. de testibus: ibi: *eos credimus super nouis duntaxat capitulis fraternitatem tuam posse recipere.*

5 adeo vt si vel maxime noui articuli dependeant ab antiquis, admitti tamen queant,

BERLICH *P. I. concl. 51. n. 16.* *Ad Lib. XXII. T. V.*

also so viel hieraus zu befinden, daß wenigstens über die itztgemeldte articul die neue Zeugen abgehöret werden müssen, das Zeugen-Verhör aber nicht schlechterdings verwerflich sey, bevorab da auf die Aussage der Zeugen über diese special Umstände es viel ankommen wird, wenn solche zu erweisen stunden, weil alsdenn ungewiß bleiben würde, wer Vater zum Kinde sey.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß wenigstens über die bezeichneten articul die Abhörung der Zeugen zuzulassen sey.

So viel die andere Frage betrifft:

Quæstio II.

Ob, wenn der Zeugen zu thuende Aussage dergestalt beschaffen, daß dahero ein halber Beweis genommen werden kan, daß der Grenadier E. währender Zeit, daß die W bey demselben gedienet, und sein Sohn sich mit derselben gemein gemachet, mit solcher auch fleischlich zugehalten habe, derselbe sodann mit dem iuramento purgatorio **zu belegen sey, daß er die W. nicht geschwängert habe?**

Rationes dubitandi.

Obwol dabey zum voraus gesetzet werden möchte, daß auf den gesetzten Fall ohne Eyd nicht heraus zu kommen sey, in solchem Fall aber demjenigen zu deferiren sey, qui minus suspectus de periurio est, welches allhier dessen Sohn seyn möchte, anerwogen die Klägerinne gar zu sehr hiebey interessiret ist, quia lucrum non contemnendum ex suo iuramento sperat, graue damnum autem sen-
6 tit, si non iurat.

FINCKELTHAVS *obs. 22. n. 10.*

LESSER *de iuram. lib. X. c. 14. n. 1.*

Ausserdem aber auch bekant ist, daß derjenige, der semiplene erwiesen, welches wir hier voraus setzen, zum Ende um destomehr zugelassen werden müsse, weil derselbe anstatt des Beweises dienen kan.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch anfänglich derjenige, der den Beweis zu führen schuldig ist, die Haupt-

Absicht

Ad Lib. XXII. T. V.

Absicht führet, daß er die Wahrheit des angegebenen facti heraus bringen will, welches nicht per iuramentum purgatorium ab eo, qui semiplene probauit, sondern allein per suppletorium geschehen muß, da hergegen, wenn das suppletorium nicht statt finden solte, alsdann der Gegentheil per purgatorium von dem widrigen Verdacht, so übrig bleibet, sich reinigen muß; etenim si reus actoris intentionem per exceptionem eliderе conatur, eamque semiplene probauit, ipsi reo 7 suppletorium deferendum est,

l. 31. de iurei.

SCHWENDEND. *ad Proc.* FIBIG. *P. I. c. 2. m. 3. §. 15. n. 284.*

und dieweil nun dessen Sohn zu behaupten vermeinet, daß er nicht Vater zum Kinde sey, weil zu gleicher Zeit der Grenadier E. mit ihr fleißig zugehalten, derselbe solches auch durch die Aussage der Zeugen zu beweisen vermeinet, und hoffet, daß er solches halb erweisen werde, nothwendig daraus folgen muß, daß dessen Sohn dieses in supplementum beschweren müsse, so er aber nicht thun kan, weil es fremde facta betrifft, dabey er nicht gewesen, und keine Wissenschafft davon haben kan; im Gegentheil, wenn das purgatorium hier statt finden sollte, solches vielmehr der Klägerin aufzutragen seyn würde, als welche sich verdächtig gemachet, daß sie mit E. zu gleicher Zeit zugehalten haben soll, davon sie allein die Wissenschafft, dessen Sohn aber nur blos credulitatem haben kan, in solchen aber denen Rechten und gesunden Vernunfft gantz gemäß, daß, wenn unter denen streitenden Partheyen einer de veritate, der andere de credulitate schweren kan, jener jederzeit vorgezogen werden müsse, und das iuramentum de credulitate nicht zu admittiren sey,

BERGER *in resolut. ad* LAVTERB. *p. 503.*

IDEM *in œconom. iur. p. 1064. sq.*

und obgleich die W. sich hat schwängern lassen, dennoch gleicher Vorwurf dessen Sohn gemachet werden kan, daß er sich mit ihr öfters fleischlich vermischet, woraus die stärckeste præsumtion wider ihn bleibet, daß er sie geschwängert habe, bis er, daß sie mit andern auch zu der Zeit zugehalten, beweiset, welches aber per iuramentum purgatorium de credulitate nicht geschehen kan, sondern die stupratа allein in diesem Fall diesen Eyd de veritate ablegen muß.

So halten wir davor, daß, wenn desselben Sohn gleich semiplene erweisen sollte, er doch ad purgatorium de credulitate nicht zugelassen werden könne.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE APRIL MDCCXLVII.

DECISIO CCCCIII.

THEMA.

In demonstratione interrogatoria in termino, sed non communicatis articulis, iure Gothano admittuntur.

SVMMARIA.

Interrogatoria supponunt communicationem articulorum n. 1.
Interrogatoriis generalibus reprobatis specialia tamen admitti possunt n. 2.
In demonstratione admittuntur sine communicatione articulorum n. 3.

Als Ew. Hochfürstliche Durchlaucht uns ferneres Vorbringen und erfolgte Gesetze in Sachen C. von H. und Frauen M. C. von H. zu T. producenten und Beklagten an einem, und des Haus-Marschalls zu S. C. C. von B. producten und Klägern am andern Theil, in sieben zurück kommenden vol. zugeschicket ꝛc.

Daß des productens vol. VII. fol. 29. b befindliches Suchen wegen communication der Bescheinigungs-articul ante terminum ad formanda interrogatoria generalia et specialia nicht statt finde, es sind aber demselben nach Maasgebung der proceß-Ordnung in termino die Bescheinigungs-articul ad danda generalia interrogatoria vorzulegen, darneben ihm auch frey zu lassen, in continenti anzuzeigen, ob er wegen eines und andern

und andern Puncts und Articuls auf ein mehres, als producent angegeben, aus erheblichen Ursachen die Zeugen gefraget wissen wolle. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol producēt vermeinen wollen, daß ihm ante terminum die Bescheinigungs-articul communiciret, und er mit seinen interrogatoriis speci libus gehöret werden müsse, angesehen die Fürstliche *Proceß*-Ordnung
1 *P. II. c. 1. §. 4.* das letzte allerdings zulasse, darneben obwol producent sich auf die contrariam observantiam gründe, und die Fürstliche Regierung vol. VII. fol. 31. b producten deßwegen remonstration gethan, und nur generalia interrogatoria zulassen wollen, dennoch solche unmöglich vorhanden seyn könne, nachdem aus dem vol. III. fol. 53. sqq. befindlichen præiudicio sich das Gegentheil und so viel hervor thue, daß damahls die daselbst benante Beklagte mit ihren interrogatoriis specialibus Rechtskräfftig zugelassen seyn, im Gegentheil producenten vermeinen, daß es hier auf die Gerichts-Gewohnheit ankomme, nach welcher die interrogatoria specialia gar nicht zugelassen werden können, und bekant sey, quod etiam consuetudo legem tollere possit.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch eines Theils die itzt angeführte Gewohnheit in contrarium mit
2 nichts beygebracht, und obwol vol. VII. fol. 31. b die Hochfürstliche Regierung nur blos der general-interrogatorien Meldung thue, und so viel anzeige, daß ordinario modo keine interrogatoria specialia zugelassen würden, dennoch dadurch nicht ausgeschlossen *Ad Lib. XXII. T. V.* wird, daß nicht in ipso termino bey ein und anderm articul special-interrogatoria in continenti und extra ordinem zugelassen werden sollten, hergegen producēt ebenfalls zu weit gehet, und begehren wollen, daß ihm die Bescheinigungs-articul vorher, wie man nicht anders schliessen kan, zu formirung derselben, communiciret werden müssen, wogegen billig die hochlöbliche Regierung ihm remonstration gethan, und das angeführte præiudicium nich s weiter anzeiget, als daß ein producēt mit seinen special interrogatoriis suo modo zu hören sey, gleichwol solches nach Maasgebung der Proceß Ord- 3
nung cit. l. nur in so weit zu verstehen, daß, ohne communication der Bescheinigungs-articul, der producēt in termino nach Vorlegung derselben in continenti nur bey ein und anderm articul und punct anzeigen könne, ob er auf ein mehres, als der Zeugenführer angegeben, die Zeugen gefraget wissen wolle, welches auf die allernöthigsten interrogatoria specialia nothwendig zu appliciren, und insonderheit auf die rationem scientiæ ohne Zweiffel dabey reflectiret worden, jedoch daß das arbitrium iudicis, welche vor nöthig zu achten, oder hergegen als überflüßig abzuschneiden, ohne alles darüber anzuordnende Verfahren nicht ausgeschlossen werde.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXLII.

DECISIO CCCCIV.

THEMA.

Vtrum ad iuratam confirmationem attestati extraiudicialis aduersarius citandus sit?

SVMMARIA.

Ad videndum iurare testes aduersarius citandus est n. 1.
An idem dicendum, si alter testimonium suum iurato confirmat n. 2.
Quod negatur n. 6.
Testis non distincte deponens fidem haud habet n. 3.
Reuocatio non præsumitur n. 4.
Decretum per remedium suspensiuum vim Bœhm. Conf. T. III. P. II. suam amittit n. 5.
Ratio, cur testis in præsentia alterius iurare debeat? n. 7. 9.
Iuramentum testis ex fide protocolli pendet n. 8.
Interrogatoria cessant, vbi attestatum iurato confirmatur n 10.
Sufficit, si testis mentem loquentis referat, licet verba ignoret n. 11.

Ad Lib. XXII. T. V.

Als dieselbe uns fernere Vorstellung und geschehene prouocation ad transmissionem actorum in Sachen A. B. S. Klägerinnen an einem, und G. K. Beklagten am andern Theil, in dem zurück kommenden volum. act. zugeschicket ꝛc.

Daß der Klägerin fol. 199. gethanes Suchen nicht statt finde, sondern da nunmehro das fol. 189. befindliche attestatum eydlich bestärcket worden, und dem fol. 133. befindlichen iudicato ein Gnügen geschehen, es bey dem fol. 47. befindlichen, und den 31. Octob. 1739. ertheilten Bescheide, und der sich darauf gründenden Verordnung vom 10. Mart. 1741. lediglich sein Verbleiben habe. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Klägerin, nachdem der Pfarrer R. fol. 189. sein ausgestelletes attestatum beschworen, dagegen fol. 195. und den folgenden Schrifften vorgestellet, 1) daß die Beendigung desselben in ihrer Gegenwart nicht geschehen, sie nicht ad videndum iurare testem citiret worden, ohngeachtet sie solches
1 gesuchet, mithin die Aussage null und nichtig sey, wie die iura klar versehen,

c. 2. X. de testibus.

hiebey auch 2) kein Unterschied zu machen, ob die Zeugen ad articulos abgehöret, oder nur ihre schrifftliche ausgestellete attestata beschweren sollen, da die eydliche Bestärckung doch
2 testimonii dicendi causa geschehe, und eadem ratio iuris vorhanden sey, darneben sie 3) dabey nicht mit ihren interrogatoriis gehöret, vornemlich aber 4) dieses vrgiret, daß der Zeuge selber declariret, daß er in seinem ausgestelleten attestato die eigentliche Worte der defunctæ und Erblasserin nicht
3 gebrauchet hätte, also nicht wahr sey, daß diese gesaget:

Was sie denn machen wollte? ohne ihres Mannes Willen könte sie ja nichts thun.

ingleichen folgende Worte unerwiesen:

Weil ihre Schwester ihr angelegen, so hätte sie gedacht, sie wollte ihr was vermachen.

dieserwegen er kein constans testimonium ablegen können, vielmehr also 5) es bey dem fol. 22. b befindlichen Bekäntniß des Beklagten, daß ihm aus des Pfarrers Munde seiner Frauen Willens Meinung in deren Gegenwart eröffnet worden, zu lassen, und nach derselben Beklagter zu condemniren sey, das quæstionirte legatum abzustatten, zumal er 6) bey seinem Bekäntniß nichts von der reuocation gedacht, und wann gleich 7) der Beklagte in seiner Frauen dispositions nicht gehelen und consentiren wollen, dennoch solches nicht zu regardiren gewesen, und sie ohne ihres Mannes Willen wohl disponiren können, ohngeachtet sie gesaget haben solle, als wenn sie ohne ihres Mannes Willen nicht disponiren könte, worin sie aber geirret, und daraus nicht eben folgen wollte, daß sie ihre einmal geäusserte Willens Meinung wieder-4 ruffen, oder solche nicht zur consistens gekommen sey.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die fol. 205. ergangene Verordnung denen vorigen Urtheln gemäß ergangen, und vim definitiuæ hat, so daß, wenn Klägerinne dagegen etwas vor-5 stellen wollen, solches durch ein suspensivum remedium geschehen müssen, so doch nicht geschehen, und wenn gleich noch res integra und keine res iudicata vorhanden wäre, dennoch dem letzten Göttingischen Rechtskräfftigen Urthel nunmehr ein Gnügen geschehen, und daher keine andere resolution, als fol. 205. ertheilet, erfolgen können, und die dagegen vorgebrachte neue dubia von schlechter Erheblichkeit sind, angesehen ad 1) was bey einer ordentlichen Abhörung der Zeugen die Rechte erfordern, bey einem schrifftlichen ausgestelleten attestato und dessen eydlichen Bestärckung die Rechte nir-6 gends erfordern, noch wollen, daß solche eydliche Bestärckung in præsentia aduersarii geschehe, zumal aus fol. 32. befindlichen Anzeige erhellet, daß des Pfarrers Röders attestatum schon damahls bey denen acten gewesen, solches die folia selber anzeigen, und das fol. 47. befindliche Erkäntniß sich darauf gründet, so daß Klägerin bereits lange vorher die Aussage des gedachten Pfarrers gewust haben muß, also unnöthig gewesen, daß sie ad videndum iurare testem citiret worden wäre, nachdem die Absicht der Gesetze

in Nou. 90. c. 9.

vormahls dahin gegangen, daß des Gegentheils Anwesenheit um deswillen erfordert werden solle, damit derselbe die attestationes testium selbsten anhören, und observiren solle, was die Zeugen aussageten, welches auch in canonischen Rechten wiederholet ist,

c. 2. X. de testibus ibi: *ad audiendos testes*

welche Absicht dadurch vollkommen erreichet ist, wenn ein schrifftliches attestatum ausgestellet, ad acta gebracht, darauf zweymal erkant, und endlich eydlich, absente aduersario, bestätiget ist, anerwogen nunmehro die citatio ad videndum iurare testem nach Absicht der Gesetze unnöthig ist, und dessen

Gegen-

Gegenwart um desto weniger dabey erfordert wird, als eines Theils die Ablegung des Eydes ex fide protocolli ohnedem gewiß ist, andern Theils Klägerin bey der eydlichen Bestärckung nichts mehr zu thun 8 gehabt, keine interrogatoria übergeben, noch sonsten gegen den Zeugen und dessen eydliche Bestärckung etwas vorstellen können, als welches alles Rechtskräfftig einmal abgethan, und sonsten keine Ursache anzuzeigen, zu welchem Ende Klägerin bey Ablegung des Eydes gegenwärtig seyn sollen, und obwol heute zu Tage die Zeugen, remotis partibus, abgehöret, und diejenigen, 9 gegen welche das Zeugniß geführet wird, allein ad videndum iurare citiret werden, dennoch solches vornemlich zu dem Ende geschiehet, daß sie ante iuramentum præstitum ihre interrogatoria in termino exhibiren, gegen die Abhörung selbsten nöthige Vorstellung thun, oder wenigstens sich quæcunque competentia reseruiren können, welches alles sich hieher nicht schicket, noch appliciret werden mag, danach dem Rechtskräftigen Urthel nichts mehr als die eydliche Bestärckung übrig gewesen, an deren Wahrheit nicht zu zweiffeln, also ad 1) die ratio diuersitatis hier offenbar vorhanden, und ad 2) was von interrogatoriis angeführet, of- 10 fenbar illegal ist, welche bey keiner eydlichen Bestärckung der schrifftlichen Zeugnissen zulässlich sind, darneben ad 3) daraus nichts widriges zu schliessen ist, daß der gedachte Pfarrer die eigentlichen Worte der testatricin in seinem attestato nicht gesetzet, da genug ist, *Ad Lit.* daß er deren mentem exprimiret und erhär- *X XII.* tet, daß die Erblasserin ihre letzte Willens *I. V.* Meinung nicht zum Stande gebracht, und 11 wider ihres Mannes Willen nicht disponiren wollen, also es ad 4) bey dem fol. 22. b befindlichen Bekäntniß nicht bleiben können, als welches noch unvollkommen, und keinesweges ad 5) daraus folgen will, daß die testatricin bey ihrer ersten Willens Meinung geblieben, wiewol auch solches per rem iudicatam dadurch abgethan, daß auf die eydliche Bestärckung des Pfarrers und euentuale absolution bereits erkant worden, hierüber ad 6) nicht weiter zu untersuchen, ob sie ohne ihres Mannes Willen wol disponiren können, sondern ob sie solches thun wollen und gethan habe, da man leicht siehet, daß, weil der Mann contradiciret, die Frau von ihrem Vornehmen abgestanden, welches auch per rem iudicatam einmal abgethan, und Beklagter euentualiter absoluiret worden, wenn der Pfarrer Röder sein attestatum beschweren sollte, so daß zu verwundern, daß gegen die offenbare Rechts-Krafft noch dergleichen touren gespielet werden, die gantz illegal sind.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXLI.

DECISIO CCCCV.

THEMA.

In collisione testium, quorum depositio verisimilior et negotio aptior, examinandum.

SVMMARIA.

Possessio vitiosa non prodest n. 1.
Imprimis si de pignoratione constat n. 2.
Testis probat contra producentem n. 3.
Testibus affirmantibus magis quam negantibus credendum n. 4.
Sine scientia et patientia aduersæ partis seruitus in alienis agris non acquiritur n. 5.
Probata antiquiori possessione pignoratio perturbatione habetur n. 6.
Testibus vtrinque receptis iudex arbitrabitur, quibus magis fides habenda n. 7.
Pignoratio quasi possessionem iuris prohibendi nemini tribuit, nisi alter postea acquiescat n. 8.
Ex omissa iudiciali denunciatione colligitur possessio quieta n. 9.
Finita probatione iuramentum deferri nequit n. 10.
Pro eo, qui colorem possessionis allegat, pronuntiandum n. 11.

Auf eingewandte Leuterung und erfolgte Gesetze in Sachen der Gemeinde des Dorffs H. Beklagten an einem, und Bürgermeister und Rath der Stadt H. Klägern am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden Wir Friedrich, König in Preussen ꝛc.

Daß es der eingewandten Leuterung ohn-

Ad Lib. XXII. T. V.

hindert bey dem vol. der Beweiß-art. f. 258. befindlichen, und den 28. Nov. 1739. eröffneten Urtheil billig verbleibet, und werden die fol. 286. liquidirte Gebühren zu 4. Thlr. 10. Gr. die fol. sq. aber zu 5. Thlr. 12. Gr. gemäßiget. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagte gegen die zuerkante manutenenz in ordinario possessorio vornemlich dieses angeführet, daß 1) Klägers possessio keine assistentiam iuris vor sich habe,
1 darneben nicht quieta continua, sondern vitiosa sey, auch die Zeugen der Klägere pro habilibus nicht anzusehen, da sie theils Kinder und Verwandte in der Stadt haben, und theils von dem Allmosen der Stadt leben, welcher zu Liebe sie von einer alten possession des iuris pascendi der Schweine auf dem Sieckfelde deponiret haben, dagegen doch 2) der Beklagten Zeugen attestiret, daß stets wegen der Huth und Weide zwischen der Stadt und der Beklagten Gemeinde Streit gewesen, diese die Stadt Hirten
2 mit Prügeln aus dem Sieckfeld weggejaget, auch 6. Zeugen von der Pfändung attestiret, dahero auch die Gemeinde in summario wider die Stadt geschützet worden, welchen aber absonderlich 3) beytritt, daß der Klägere eigener Zeuge, der Kuh-Hirte K. ad art. prob. 11. ausaget: daß, so viel er sich erinnern könne, kein Jahr ohne Streit gewesen: ingleichen daß die Stadt-Hirten wegen des Hütens auf dem Sieckfelde schon
3 Schläge gekriegt hätten, wie denn auch test. 3. und 6. deponiret, daß schon vor 10. oder 15. Jahren der Streit angegangen, und kein Jahr ohne Streit gewesen, welche Aussage denen Klägern am meisten præiudiciren möchte, als solche von ihren eigenen Zeugen herkommt, welches auch 4) die in act. pr. inst. abgehörte sechs Zeugen einmüthig bestätiget und ausgesaget, daß, wenn die Bürger zu H. sich unterstanden, den Sieck mit ihrem Vieh zu betreiben, sie jederzeit ge-
4 pfändet worden, welchen Zeugen mehr als denen gegenseitigen negantibus zu glauben stehet, woraus denn 5) folgen möchte, daß, obgleich keine Klage vorhero dieserwegen angestellet worden, dennoch die contradictio realis et verbalis ad interrumpendam præscriptionem gnugsam sey, und Kläger dadurch in malam fidem versetzet worden, daß sie wider Wissen und Willen der Gemeinde zu H. sich des iuris pascendi auf dem Sieckfelde anmassen wollen, wie sie dann 6) sci-
5 entiam et patientiam aduerſæ partis nicht docuiret, ohne welche doch seruitus iuris pascendi in alienis agris nicht acquiriret werden könne.

Ord. Magd. Polit. c. 31. §. 2.

hingegen 7) Kläger salua conscientia nicht leugnen können, daß sie von demjenigen, was mit ihrem Hirten passiret, nicht gewust haben sollten, als welches gegen alle Wahrscheinlichkeit sey, solches auch durch den darüber deferirten Eyd leicht heraus zu bringen seyn würde, endlich 8) was zwischen den Amtmann H. und Dom-Capitul vormahls vorgegangen, Beklagten tanquam res inter alios acta nicht præiudiciren, und sie also daraus ihr possessorium zu coloriren nicht bestand seyn möchten.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) man allhier in possessorio ordinario versiret, in quo anti-
6 quior possessio docenda, qua probata, die geschehene Pfändung nebst andern Thätlichkeiten mehr pro turbatione anzunehmen ist, wie denn auch, vtrinque receptis testibus, vornemlich darauf zu sehen, quinam testes aptiora negotio et vero proximiora in suis testimoniis exposuerint,

c. 9. X. de probat.

und dann so wenig denen Zeugen der Klägere einige vera inhabilitas mit Grunde opponiret als dargethan werden können, daß sie keine assistentiam iuris vor sich haben soll-
7 ten, indem zwar einige Zeugen Verwandte in der Stadt wohnen haben, gleichwol unter der Beklagten Zeugen ebenfalls dergleichen Verwandte bey der Gemeinde zu H. nach dem interr. gener. 4. reprob. sich befinden, so daß beyderseits Zeugen von gleicher calibre sind, auch die blosse Anverwandschafft keine gäntzliche inhabilitatem würcket, wenn deren Aussage durch andere unterstützet wird, und dabey mit besonderer Glaubwürdigkeit versehen ist, welche sich hier vor Klägere befindet, indem aus dem art. prob. 28. erhellet, daß die Beklagte nicht viel Acker auf dem Sieckfelde, hergegen das Amt H. so doch denen Klägern keinen Streit mouiret, verschiedene Breiten daselbst nach dem art. prob. 26. besitzet, und die Stadt ebenfalls, und zwar mehr Acker als Beklagte, nach dieser eigenen reprobatorial-Zeugen Aussage f. 148. daselbsten habe, dergestalt daß die Aecker nach dem inter. 3. ad art. prob. 31. durch einander liegen, und die Hirten durch einander hertrieben, bey solchen Umständen also nicht zu begreiffen stehet, quo iure die Beklagte sich ein ius contradicendi anmassen, und denen Klägern das Hüten verhindern wollen, welche gleichwol eben so viel Befugniß wegen ihrer Aecker daselbsten, als die Beklagte zu hüten haben, und man nicht sagen kan, daß sie sich seruitutem in alieno asseriret, als welches sonsten die Beklagte, die noch dazu weniger Aecker daselbst haben, ebenfalls thun würden, als welche nothwendig zugleich mit auf der Kläger

Acker

Acker hüten müssen, woraus denn so viel vorläufig klar ist, daß der Klägere Zeugen allerdings assistentiam iuris vor sich haben, und aptiora negotio et verosimiliora in ihren Aussagen deponiret, da zwar ad 2) in denen letztern Jahren kurtz vor und nach der geschehenen Pfändung, quæ iti causam præbent, einige Thätlichkeiten passiret, vor diesem aber von Beklagten darüber kein Streit mouiret sey, sondern nach fol. 80. über 30. und mehr Jahre die Kläger daselbst gehütet, und wenn zwischen denen Hirten Streit entstanden, dennoch so wenig solches die Hütung aufgehoben, als erwiesen worden ist, daß die Klägere von denen Thätlichkeiten Wissenschafft gehabt, ja die nachgehends erfolgte Thätlichkeiten mehr pro turbationibus, bewandten Umständen nach, anzusehen sind, da Kläger so viel Warscheinlichkeit vor sich haben, auch die Pfändung an und vor sich selbsten niemanden eine quasi
8 possessionem iuris prohibendi attribuiret, wenn der gepfändete nach geschehener Pfändung der Huth und Weide sich nicht enthält,

Magd. Pol. Ord. *c. 31. §. 4.*

wie in casu præsenti sich befindet, so daß das possessorium summarium, in welchem Beklagte geschützet worden, ihnen nunmehro wenig, noch ad 3) dieses zu statten kommet, daß der Klägere testis 5tus aussaget, es sey nach fol. 71. von seiner Kindheit an immer Streit darüber gewesen, indem doch gedachter Zeuge zugleich fol. 72. deponiret, daß Klägere darauf getrieben: daß iuxta fol. 73. b um das Sieckfeld noch niemahls Processe geführet, wol aber um das andere Feld und den Anger: daß sie nach fol. 74. niemahls heimlich und auf den Raub gehütet: daß auf dem Anger vor dem Sieckfelde es iuxta fol. 74. b wol Schläge gegeben, aber in dem Sieckfelde sie nur zweymal gepfändet worden, welches aber iuxta f. 75. b und 77. von denen neuern Zeiten zu verstehen, und der Zeuge also nicht positive von dem Sieckfelde verstanden werden mag: daß ihm nicht bewust sey, daß vor anno 1730. da die Pfändung geschehen, die Stadt-Hirten gepfändet, weggejaget, oder mit Schlägen tractiret worden, wie er fol. 77. deponiret, und also man wohl siehet, daß seine vorige Aussage von Sieckfelde nicht so klar oder deutlich sey. Ferner daß sie iuxta f. 78. vor diesem nicht grosse Acht darauf gegeben, wodurch er also einräumet, daß die turbation erst in neuern Zeiten geschehen, und nach f. 79. erst von 9. Jahren gepfändet, vor diesem aber nach fol. 80. b dahin gehütet hätten, und zwar nach fol. 81. öffentlich und am Tage, so lange er dencken könne, wie er fol. 82. b deponiret, so daß dieser testis quintus mit denen andern Zeugen nicht eben discrepant ist, und Beklagte also wenig Ursache haben, *Ad Lib.* dessen Aussage vor sich anzuführen, noch ad *XXII.* 4) auf ihre in prima instantia abgehörte sechs *T. V.* Zeugen zu prouociren, als welche nur summariter abgehöret sind, welchen aber Klägers Zeugen, absonderlich aber Matthias Gebbert, der vor 22. Jahr daselbst 7. Jahr lang gehütet, specialiter widersprochen, und circumstantialiter deponiret, daß vor diesem die Klägere daselbst sicher und ruhig hüten können, welches um desto glaublicher ist, weil ad 5) eines Theils niemahls darüber 9
Klage geführet worden, so nicht nachgeblieben seyn würde, wenn die Beklagte der Klägere Hirten nicht hätten dulden wollen, die doch neben denen andern Hirten beständig da gehütet, andern Theils iuxta f. 169. b et 175. der Klägere Hirten durch das Dorf nach dem Sieckfelde treiben müssen, so daß die Beklagte es täglich gesehen, und weder dagegen etwas vorgenommen, noch geklaget, und dahero bey solchen Umständen, da der Klägere und Beklagte Zeugen einander widersprechen, man billig darauf sehen müsse, quænam depositio aptior negotio et vero proximior fuerit,

iuxta *c. 9. X. de probat.*

diesemnach ad 6) scientia et patientia reorum zur Gnüge daraus erhellet, und die quæstio præscriptionis nicht hieher gehöret, sondern in dem petitorio erst auszuführen seyn wird; im Gegentheil ad 7) wenn ja zwischen denen Hirten was passiret seyn sollte, doch nicht dabey dargethan ist, daß die Klägere davon Wissenschafft bekommen, und nunmehro nach vollführten Beweis und 10
Gegenbeweiß den Eyd zu deferiren, nicht mehr erlaubet ist; endlich ad 8) aus dem 11
Vergleich fol. 16. wenigsten so viel ersichtlich, daß in anno 1640. von dem Dom-Capitul denen Klägern das ius compascui eingeräumet worden, ja, welches remarquabel ist, sowol Bürgermeister und Rath als die Geschworne im Dorffe, und also mutuo consensu, gebethen, daß ihnen das ius compascui nicht disputiret werden möchte, welches ein grosses ad colorandum possessorium et ad antiquissimam possessionem demonstrandam beyträget, und also vor die Klägere abermahls erkant werden müssen, obwol ob collisionem testium inter se die Beklagte pro temerariis litigatoribus nicht zu achten, und dahero die Unkosten übergangen sind.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVNIO MDCCXLIV.

Ad Lib. XXII. t. V.

DECISIO CCCCVI.

THEMA.

In dubio pro admissione testium et articulorum pronunciandum.

Vid. T. IV. Dec. XXXVII. Them. 2.

DECISIO CCCCVII.

THEMA.

Quilibet in caussa propria inhabilis testis est.

Vid. T. IV. Dec. XLIV. Them. 2.

DECISIO CCCCVIII.

THEMA.

Iudex de lite penes se mota testari potest.

Vid. T. IV. Dec. CVI. Th. 2.

DECISIO CCCCIX.

THEMA.

Aduocatus ad testimonium ratione eius, quod inter partes litigantes publice gestum, cogi potest.

Vid. T. IV. Dec. CCXXVII. Th. 3.

DECISIO CCCCX.

THEMA.

I. Aduocatus pro cliente in caussa extraiudiciali testimonium præstat.

II. *Ex cancellatione chirographi solutio præsumitur.*

SVMMARIA.

SVMMARIA.

Ad Lit. XXII. T. V.

Aduocatus a cliente ad ferendum teſtimonium produci nequit n. 1.
Inſtrumentum cancellatum apud debitorem repertum ſolutionem arguit n. 2.
In dubio pro liberatione pronuntiandum n. 3.
Teſtis de auditu non grauat in denunciatione n. 4.
Sola iurata denunciatio ad purgatorium non ſufficit n. 5.
Aduocatus in ea tantum cauſſa tanquam teſtis repellitur, in qua patrocinium præſtitit n. 6.
Ceſſante aduocati nexu, habilis eſt teſtis n. 7.
Audiendus eſt creditor, qui cauſſas, cur cambium debitori redditum, allegare contra ſolutionem poteſt n. 8.
Si probatio vtriusque partis æqualis eſt, iudex æſtimare debet, num ſuppletorium, an purgatorium iuramentum locum habeat? n. 9.
In formula iuramenti ſuppletorii multum arbitrio iudicis relinquendum n. 10.

Als die Herren uns Leuterungs-Schrift und erfolgte Geſetze in Sachen G. A. G. Beklagten an einem, und M. W. zu R. Klägern am andern Theil, nebſt denen übrigen in drey vol. zurückkommenden ꝛc.

Nunmehro was das letzte grauamen wegen Beklagtens Beſtraffung betrifft, aus denen acten ſo viel zu befinden, daß Beklagter geſtalten Sachen und Umſtänden nach, nur mit vierzehentägiger Gefängniß, oder zwey Neuſchock zu beſtraffen, der übrigen grauaminum wegen aber es lediglich Einwendens ohngehindert bey dem fol. act. 225. befindlichen, den 30. May 1741. eröffneten Urtheil billig zu laſſen ſey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter in der Hauptſache loco grauaminis angeführet, daß auf das ſuppletorium nicht erkant werden mögen, ſondern in Mangel des Beweiſes er zu abſoluiren geweſen, allermaſſen 1) der abgehörte Zeuge als Klägers vormahliger aduocatus ad teſtimonium dicendum inhabilis geweſen,
1
c. f. de teſtib. in 6.

und auf deſſen Auſſage um deſtoweniger zu bauen, als ſolche bloß auf des Klägers relation ſich gründe, und er bey dem, was zwiſchen Klägern und Beklagten vorgefallen, nicht geweſen, ſo, daß 2) deſſen Auſſage gar keinen Beweiß mache und zum ſuppletorio nicht beſtand ſey. Uebrigens, ob er wol 3) in der litis conteſtation guten Theils die Schuld der 127 Thlr. eingeſtanden, dennoch deſſen Inhalt ein gantz anders zeige, da er zwar n. 1. affirmiret, daß er Klägern vor empfangenes Holtz 141 Thlr. 6 Gr. ſchuldig geweſen, dagegen aber n. 2. geleugnet, daß er ſolches Geld annoch ſchuldig ſey, welchen Klagepunct Kläger nicht erwieſen, da vielmehr 4) Kläger nicht mehr von Beklagten als 63 Thlr. 12 Gr. aus einem Wechſel gefordert, deſſen caſſirung aber anzeige, daß er bezahlet ſeyn
2 müſſe, cum inſtrumentum cancellatum apud creditorem repertum ſolutionem arguat,
l. 24. de probat
CARPZ. *P. II. c. 29. def. 12.*
ANTON FABER. *lib. VIII. tit. 29. def. 28. n. 12.*

alſo Kläger 5) keinen halben Beweiß vor ſich habe, bevorab da dergleichen Begünſtigung, daß Kläger de facto, ohne die Bezahlung zu thun, den Wechſel zerriſſen haben ſolte, nicht zu præſumiren, und er alſo in Mangel eines Beweiſes billig abſoluiret werden ſollen, cum 3
in dubio pro liberatione pronunciandum,
l. 47. de obl. et act.

am allerwenigſten aber 6) das ſuppletorium capable ſeyn könne, ihn in ohnverdiente Straffe ohne allen Beweiß zu bringen, da er in ſolchem Eyd als teſtis in propria cauſa anzuſehen, und dem modo procedendi die einverleibte denunciation zuwider ſey, cum nec teſtis de auditu alieno reum grauet in denun- 4
ciatione,
de WERNHER *P. IV. obſ. 144.*

geſchweige dann, daß die beſchworne denunciation ihn in Straffe bringen könne, da ſolche nicht einmahl zur Erkäntniß des purgatorii zulangen würde, nachdem ſonſten aller Verdacht gegen den Beklagten ermangele, 5
de WERNHER *P. IX obſerv. 221.*

nicht zu gedencken, daß 7) reus ſuſpectus de periurio ſey, und wol nicht einſten vim iuramenti, und was es auf ſich habe, einen Eyd zu ſchweren, verſtehen möge, vielmehr bloß, um ihm vexas zu machen, dieſen Proceß angeſponnen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) zwar in confeſſo iſt, daß der abgehörte Zeuge vormahls des Klägers aduocat geweſen, gleichwol dabey auſſer Streit iſt, daß er in dieſer Sache ſo wenig ſein aduocat ſey, als über die beyden Wechſelbriefe kein Streit vormahls erreget worden, noch er ihm darin bedienet geweſen, vielmehr dieſe affaire reſpectu des Zeugen als eine extraiudicial-Sache anzuſe- 6
hen, in welcher er wohl Zeuge ſeyn kan,

MA-

Ad Lib. XXII. T.V.

MASCARD *de prob. concl. 66. n. 9.*

quin quod aduocati in iis causis et articulis, in quibus patrocinium non præstiterunt, admittantur,

ANTON FABER *lib. IV. tit. 13. def. 19.*

er auch, depositо aduocati officio, weder Gewinst, noch sonsten honneur zu erwarten hat, darneben seine Aussage so behutsam eingerichtet, daß solche keine suspicionem falsi wider sich hat, tunc autem aduocatum in
7 testimonium admittendum esse, recte interpretes asserunt,

CARPZ. *P. I. c. 16. def. 59. n. 3.*

quia patroni demum in causa, in qua patrocinium præstiterunt, testimonium dicere prohibentur,

l. f. D. de testib.

übrigens dessen Aussage zum wenigsten dasjenige, was vor und nach der angegebenen Zerreissung des Wechsels passiret, temiplene bestärcket, und die meisten übrigen puncte der Klage aus der litis contestation erhellen, als worin Beklagter zugestanden, daß er zwey Wechsel, und zwar einen ieden auf 63 Thlr. 12 Gr. schuldig gewesen, und daß Kläger den 25. Ian. 1732. sich bey ihm wegen der Zahlung des letzteren Wechsels angegeben, ja bey der litis contestation ferner zugestanden, daß Kläger den quæstionirten Wechsel ihm eingehändiget, welches zwar Beklagter als ein argumentum solutionis angeben will, iedoch gleichwohl der notable Umstand sich dabey ereiget, daß Kläger gleich nach dem, was zwischen ihm und Beklagten passiret, zu dem vorgedachten Zeugen gekommen, den angegebenen Verlauff der Sache erzehlet, und den zerrissenen Wechsel ihm eingelieffert, dahero auch derselbe mit Klägern dieserhalb bey dem Beklagten gewesen, und ihn darüber zur Rede gesetzet, ob gleich Zeuge die eigentlichen Worte, die sie mit einander damahls gewechselt, nicht mehr gewust, als worauf es nicht eigentlich ankommt, dieses wenigstens ad 2) keinen geringen Verdacht bringet, daß die Zerreissung des Wechsels wider
8 Willen des Beklagten geschehen, zumahl er sich gleich bey dem Zeugen beschweret, und bey ihm darüber sich Raths erholet, in dergleichen factis occultis aber dergleichen verdächtige Umstände ein grosses momentum geben, und wahrscheinlich machen, daß Kläger ihm bloß den Wechsel, um die zu zahlende 30 Thlr. darauf abzuschreiben, eingelieffert, welchen er aber ohne Zahlung sogleich zerrissen, ob wol ad 3) Beklagter geleugnet haben will, daß er, Beklagter, noch etwas schuldig sey, dennoch dieser punct nicht zur Klage, sondern zu Beklagtens exception gehöret, und also nicht von Klägern, sondern von Beklagten erwiesen werden sollen, cum solutionem allegans incumbat probatio, worauf aber Beklagter in seinem Gegenbeweiß nicht einsten articuliret, und bey solch n Umständen ad 4) es dem arbitrio iudicis pro personarum et circumstantiarum varietate zu überlassen, wem er den Eyd, als ohn welchem hier nicht herauszukommen, deferiren, 9

CARPZ. *P. II. c. 29. def. 12. n. 6.*

und dadurch die Wahrheit heraus bringen wolle, es aber sehr bedencklich seyn wurde, bey solchen schweren Umständen, den Beklagten zum purgatorio zu admittiren, als wodurch er sich von der Schuld leicht losschweren, und sein factum beschönigen könte, vielmehr wir es bey dem supplectorio erkanter massen lassen müssen, und keinesweges an eine absolutoriam dencken können, da Kläger bey seinem Beweise vieles vor sich hat, hergegen Beklagter in seinem Gegenbeweise, den starcken Verdacht der Zerreissung des Wechsels ohne Bezahlung, mit nichts abgelehnet. Uebrigens ad 5) die im letzten Urthel abgefaßete formula iuramenti dergestalt behutsam eingerichtet ist, daß er nicht allein die causam, daß Beklagter die 63 Thlr. 12 Gr. noch würcklich schuldig sey, in supplementum beschweren, sondern auch die dabey geschehene 10
denunciation, so gestalten Sachen nach in causa ciuili accessorie wohl geschehen kan, mit dem iuramento bestärcken solle, welche ihn eigentlich nicht angehet, und er also dabey pro teste in propria causa nicht zu halten ist, gleichwol, weil diese Begünstigung also nur durch des denunciantis Eyd bestärcket wird, wir nöthig befunden, die Straffe auf die Helffte herunter zu setzen, zumahl der Beweiß dabey nicht allzustarck ist, Beklagter aber zum purgatorio, bey den angeführten Umständen, nicht gelassen werden mögen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IANVAR. MDCCXLII.

DECI-

DECISIO CCCCXI.

Ad Lib. XXII. T. r.

THEMATA.

I. Membra vniuerſitatis in cauſſa vniuerſitatis teſtes eſſe poſſunt.

II. Aduocatus in cauſſis cum cliente publice actis teſtimonium ferre poteſt.

III. Interrogatoria iudex ſupplet.

SVMMARIA.

Teſtes ſunt inhabiles, in quos commodum vel incommodum litis redundat n. 1.
Officialis ad detegenda arcana officii teſtis eſſe non cogitur n. 2.
Teſtes, quibus imperari poteſt, ſunt inhabiles n. 3.
Rationes nondum conſummatæ non recognoſcendæ n. 4.
Referens documentum non recognoſcendum n. 5.
Rationes non ſubſcriptæ haud probant n. 6.
Iuramentum in forma, in qua delatum, præſtandum eſt n. 7.
Deſerta iure Saxonico reprobatio, ſi intra terminum legalem a die communicationis articulorum probatorialium haud oblata n. 8.
Interrogatoria, facta ſemel renunciatione, non admittuntur n. 9.
In cauſſa vniuerſitatis, qua talis, ſinguli teſtes eſſe poſſunt n. 10.
Aduocatus in cauſſa extraiudiciali teſtis produci poteſt n. 11.
Si affectionis vtrinque eadem ratio eſt, teſtes repelli nequeunt n. 12.
Ad eruendam confeſſionem etiam imperfectæ rationes ſufficiunt n. 13.
Reſponſionem ad articulos teſtis declinare nequit, qui ignorantia ſe tuetur n. 14.
Forma, in qua iuramentum delatum præſtandum, ab arbitrio iudicis pendet n. 15.
Dilatio petita et non reiecta tacite cenſetur conceſſa n. 16.
Iudex ex officio interrogatoria exigere poteſt n. 17.

Als Ew. Hochfürſtliche Durchlaucht uns geſchehene production und reproduction, wie auch erfolgtes Verfahren, in Sachen der Fürſtlichen Rentkammer daſelbſten, Klägern und reproducenten an einem, der Fürſtlichen Sächſiſchen Landſchaffts-Caſſe daſelbſt, Beklagten und reproducten am andern Theil, in vier zurückkommenden vol. zugeſchicket ꝛc.

Daß die Zeugen ſo wol von Seiten des producenten, als reproducenten, iedoch ſaluis exceptionibus, wie auch dieſes letztens vol. III. fol. 49. ſqq. übergebene interrogatoria, alles Einwendens ohngehindert, vor zuläßlich zu halten, und reproducent am Gegenbeweiß ſich nicht verſäumet, es hat auch product das documentum ſub ⊙⊙ und reproduct die documenta ſub A, B, C, D, E, F, zur Nothdurfft recognoſciret, und werden ihm die dagegen habende exceptiones, ſo vielen deren erheblich, bey künftigen diſputir-Geſetzen vorbehalten, es iſt aber product auch die übrigen documenta ſub ☽☽, ☌☌, †† n. 1. 2. 3. 4. ♄♄ alles Einwendens ohngehindert, ſub pœna editorum et recognitorum reſpect. zu ediren und zu recognoſciren, nicht weniger auf den 40. und 41. probatorial-articul, ſub pœna confeſſi ſich einzulaſſen ſchuldig, und weil derſelbe auf den 42. und 43. artic. ſich eingelaſſen, des letzten auch geſtändig, hergegen den 42. art. ſecundum quid abgeleugnet, ſo iſt die Fürſtliche Rentcammer durch einige ihres Mittels, nach vorgehenden der producenten Eyd vor Gefehrde, über den vol. II. fol. 131. b befindlichen Anhang den deferirten Eyd abzuſtatten, oder ihr Gewiſſen mit Beweiß zu vertreten ſchuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Kläger und product 1) gegen den erſten und dritten Zeugen eingewandt, daß beyde membra der Landſchafft wären, und alſo als teſtes domeſtici und in propria cauſa zu achten, aus denen Rechten aber bekant ſey, quod membra vniuerſitatis in cauſa eius teſtes

Ad Lib. XXII. Z. V.

testes esse non possint, quod commodum, vel incommodum ex causa habeant.

1 *c.5. de testib.*

l.10. D. et l.10. C. eod.

FARIN. *de test. qu.60.n.450.sq.*

Ferner 2) derselbe gegen den test. 2. und 3tum opponiret, daß sie bey der Fürstlichen Cammer in Pflichten stünden, kein Diener 2 auch verbunden sey, seines Herrn arcana, qualia sunt, quæ non nisi ex tabulis eius elucent, zu verrathen, und dasjenige anzuzeigen, was sie allein aus denen Cammeractis haben müssen, auch sie nicht einmahl vltro eydlich, nisi principe consentiente, sich abhören zu lassen befugt, welche Beschaffenheit es auch 3) mit dem sechsten Zeugen habe, als welcher in Ansehen derer ordinair- und Cammer-Steuren, so er einCassiret, ebenfals in Fürstlichen Pflichten, ja auch als extraordinair-Steuer-Einnehmer in producenten Pflichten und Diensten stehe, und wie testis domesticus zu achten, ja 4) eben so wenig als testis 4. zu admittiren, quod testes, qui- 3 bus imperari possit, vt testes fiant, non sint habiles testes.

l.6. D. et l.5. C. de testib.

Hiernechst 5) bey denen documenten Kläger erinnert, daß die sub ☽☽, ☌☌ und †† so beschaffen, daß sie keine vim probandi hätten, und dahero so wenig ediret, als recognosciret werden dürften, da die beyden letzten corrigiret, allerseits aber Rechnungs-projecte wären, welche niemahls vollenzogen und un- 4 terschrieben worden, und dahero deren edition und recognition sine effectu seyn würde, wenn gleich die concepte des Cammer-Rath Vogts eigene Hand seyn solten, cum actus imperfectus pro nullo habeatur omnique careat effectu, dahero auch das documentum sub ♄♄, welches mit vorigen in gleicher calibre zu setzen, zum Beweiß nichts thun könte, vielmehr mit vorigen in gleicher connexion stünde. Ferner 6) denen documentis sub n. 1. 3. et 4. opponiret worden, 5 daß solche referentia wären, und absque relatis wiederum keine vim probandi hätten, anerwogen die ersten beyden auf einen Schein n. 5. sich beziehen, so aber nicht da sey, der letzte aber eines Wechsels Meldung thue, so ebenfals nicht vorhanden, nicht weniger 7) das documentum sub n. 2. von niemand unter- 6 schrieben sey, man also nicht wisse, wer die defecte gezogen, dergestalt, daß product und Kläger sich nicht schuldig erachtet, diese documenta respect. zu ediren und zu recognosciren. Endlich 8) Beklagter zwar über den art.40. und 41. den Eyd deferiren wollen, dennoch solche eine Sache betraffen, welche die Fürstliche Cammer nicht wissen könne, zumahl die Wochen-Rechnungen derer Cammer-Schreiber priuat-Wercke wären, welche ordentlicher Weise nicht ad cameram kämen, vielweniger dabey blieben, sondern von jenen deswegen geführet würden, damit sie auf erfordernden Fall alle Tage dem collegio ihren Vorrath zeigen, und am Ende daraus die Jahrs-Rechnung formiren könten, dieserwegen es nicht möglich sey zu wissen, ob diese Post mit darin gestanden; 9) bey dem 42. art. aber product die Einlassung affirmatiue zwar gethan, gleichwol einen Anhang dabey gesetzet, gegen welchen producent protestiret, weil der Eyd in forma, in qua 7 delatum, præstiret werden müste. Und so viel 10) den Gegenbeweiß betrifft, reproduct demselben exceptionem desertionis opponiret, indem solcher nach der Proceß-Ordnung binnen Sächsischer Frist, a die communicationis articulorum probatorialium hätte überreichet werden müssen, so aber nicht geschehen, deswegen er des procuratoris cameræ contumaciam vol. III. fol. 6. accusiret, zumahl reproducent gethan, als ob er des Gegenbeweises nicht bedürftig wäre, indem er vol. II. fol. 49. vermeinet, daß vorher erst müsse ausgemachet werden, ob der Beweiß den Beklagten releuire, und ehe solches nicht ausgemachet, er nicht wissen könne, ob er eines Beweises bedürffe; und ob er wol um prorogation dabey angehalten, dennoch keine resolution darauf ertheilet, noch solche concediret sey. Hiernechst 11) ob wol reproduct interrogatoria bey denen reprobatorial-articuln übergeben, dennoch dem reproducenten entgegen stehe, daß er sich in dem aufgenommenen termino unterm 6. Iul. 1741. heraus gelassen, daß er sich keiner interroga- 9 toriorum bedienen wolle, welches reproduct in dem beyliegenden fasciculo vtiliter acceptiret, diesem ohngeachtet derselbe doch nachgehends dieselben übergeben, worin ihm nicht gefuget werden könne. Letzlich 12) der reproduct gegen die reprobatorial-Zeugen opponiret, daß solche vor admissibel nicht zu achten, als welche ihren eigenen Pflichten nach vor die Fürstliche Cammer portiret, und voritzo das Gegentheil dessen auffagen sollen, worüber sie bey dem Beweise produciret sind, darneben 13) derselbe bey denen reproducirten documentis vermeinet, daß solche testimonium in causa propria in sich hielten, er dahero solche zu recognosciren, nicht gehalten.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil ad 1) der erste und dritte Zeuge um deswegen nicht absolute inhabiles sind, weil die Sache die Landschafft, qua vniuersitatem, und nicht singulos de vniuersitate angehet, und sie dabey kein eigentliches interesse haben, in welchem 10 Fall dergleichen Zeugen admissibel sind.

MEV. *P. II. dec. 86. n. 1.*

BRVNNEM. *in proc. civ. c. XX. n. 20.*

CARPZ.

CARPZ. *P. I. c. 16. def. 65.*

Hiernechst ad 2) testis 2. und 5tus über keine arcana principis deponiren, sondern über eine extraiudicial-Handlung, so zwischen der Fürstlichen Cammer und Landschafft vorgegangen, examiniret werden sollen, welches eine solche Handelung ist, die bloß privat-Geld-Sachen betrifft, dahero auch ein aduocat, ob er wol eben so wenig die ihm von seinem clienten anvertraute arcana reueliren darff, in dergleichen Handelungen, so zwi-
11 schen denen litigirenden Partheyen öffentlich vorgegangen, Zeugniß ablegen kan und muß,

MARTINI *ad proc. Sax. tit. 20. §. 2. n. 220. sqq.*

BOEHMER *vol. II. P. I. conf. et decis. arg. 79. n. 13.*

welches auch ad 3) bey dem sechsten Zeugen gelten muß, beyorab da derselbe zugleich in den Landschaffts-Pflichten stehet, und dahero um destoweniger verdächtig ist, cum etiam,
12 si affectionis vtrinque eadem ratio, testes eo minus repelli queant,

MERCKELBACH apud KLOCK. *vol. IV. conf. 4. n. 27.*

und ad 4) auch wol einer, der in Pflichten stehet, zum Zeugniß zugelassen werden kan, wenn ihm quoad eam causam dieselbe, wie hier geschehen, erlassen ist, und dergleichen Zeugniß pro domestico nicht zu halten. Ueberhaupt aber bey allen sechs Zeugen es nur bloß voritzo darauf ankommt, ob dieselbe absolute inhabiles sind, vt simpliciter repelli debeant? welches niemand sagen wird, obwol bey denen künfftigen disputir-Gesetzen producten frey bleibet, sich dieser exceptionum zu bedienen, da sich dann finden wird, quanta fides illis tribui debeat. Hiernechst ad 5) bey denen documentis sub ☽☽, ☌☌ und †† die Absicht des producenten vornemlich zu bemercken, zu welchem Ende sie pro-
13 ducirt worden, weil derselbe daraus eine confessionem extraiudicialem cameræ behaupten will, welches suo modo geschehen kan, wenn solche gleich unvollenzogen, beyorab, wenn man den Zusammenhang der in articulis entworffenen Umstände, zu deren Bestärckung sie produciret sind, dabey consideriret, und das documentum sub ♄♄ fol. 32. vol. II. so von der Fürstlichen Cammer ausgefertiget, recht erweget, als worin derer zwey Rechnungen sub ☽☽ und ☌☌ erwehnet, und von Seiten der Fürstlichen Cammer gemeldet wird, daß solche würcklich nach dem dabey von der Landschafft gemachten monitis adiouſtiret, und auf die Vollenziehung gedrungen worden, woraus gewiß kein geringes pondus probationis herfliesset, und solche also billig ediret und recognoscirt werden müssen, wie denn auch ad 6) die documenta sub n. 1. 2. 3. und 4. vieles zur illustration der Sachen beytragen, und an den

Tag legen, daß der Post wegen der quæstionirten 1000 Thlr. bey denen Berechnungen wohl erwogen und darüber monita gemachet und beantwortet worden, ohngeachtet sie inzwischen instrumenta referentia sind und die relata fehlen, zumahl sie doch nur, saluis exceptionibus, recognosciret werden müssen, welche künftig producten auszuführen unbenommen bleibet. Uebrigens so viel 8) die Einlassung über den 40. und 41. probatorial-articul, so producten ins Gewissen geschoben, betrifft, deren Hindansetzung um deswillen denselben nicht exculiren kan, weil, wenn die Fürstliche Cammer von dem angegebenen Umstand nicht weiß, sie nur mit nescit antworten, und alsdann darüber den Eyd ablegen kan, beyorab da product selber nicht in Abrede seyn kan, daß die Fürstliche Cammer alle Tage, wenn es ihr beliebte, solche Wochen-Rechnung fordern, und 14
daraus den Vorrath erlernen könne, mithin es nicht absolute unmöglich, daß sie von dem angegebenen Umstand nicht einige Nachricht haben könne, und ob wol ad 9) bey dem 42. art. indefinite articuliret worden, daß alle und iede Quittung und Belege zuforderst autorisiret werden müssen, wenn solche bey Fürstlicher Rentcammer in Einnahme passiren sollen, dennoch producten nicht verwehret gewesen, sub distinctione darauf zu antworten, da es ja nicht darauf ankommt, ob vor itzo diese autorisirung nöthig sey, als welches product eingestehet, sondern ob vormahls und vornemlich zu der Zeit, da das quæstionirte Capital der 1000 Thlr. bezahlet worden, solches nöthig gewesen? welches product leugnet, und dahero der Eyd darüber præsituret werden muß, und weil bekant, quod iudici fiat fides, also derselbe bey sol- 15
chen indefinitis articulis billig das arbitrium haben muß, in qua forma præstari debeat. Uebrigens ad 10) die exceptio deferrionis bey dem Gegenbeweiß ohngegründet, und genug ist, daß vol. II. fol. 49. Kläger prorogationem termini gesuchet, und was er sonst dabey erwehnet, wenig zu attendiren, cum vtile per inutile vitiari non debeat, und ob wol keine resolution darauf ertheilet worden, dennoch vol. III. fol. 8. bereits a parte regiminis angezeiget ist, daß solches wegen einiger vorkommenen Hindernissen nicht geschehen, ausserdem auch bekant, quod prorogatio petita, et non reiecta, pro concessa haberi debeat. Ferner ad 11) die interrogatoria 16
billig zu admittiren sind, wenn gleich in dem aufgenommenen termino reproduct keine intention gehabt haben mag, interrogatoria zu übergeben, zumahl der Termin damahls nicht vor sich gegangen, und die interrogatoria ad eruendam veritatem gehören, pro qua iudex sollicitus esse debeat, adeo vt 17
etiam ex officio illa facere teneatur.

BOEHMER *tom. I. iur. eccl. prot. tit. de testib. §. 38.*

Ad Lib. XXII. T. V.

Ad Lib. XXII. T. V.

wovon die geschehene acceptation des reproducenten den iudicem nicht declviren kan. Und was ad 12) gegen die reprobatorial-Zeugen opponiret ist, um destoweniger eine Aufmercksamkeit meritiret, da reproducent solche vor sich angeführet, und sie bey ihrer Aussage schon ihr Gewissen bedencken werden, daß sie sich nicht widersprechen, endlich ad 13) reproducent wohl gethan, daß er die documenta recognoscivet, zumahl ihm ohnedem dagegen seine exceptiones bevor bleiben.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE OCTOBR. MDCCXLI.

RESPONSVM CCCCXII.

THEMATA.

I. In cauſſis criminalibus vxor et affinis teſtimonium præſtant.

II. *Ex indiciis criminum nemo condemnandus.*

III. *Stellionatus ob qualitatem facti pœna corporis afflictiua coërceri poteſt.*

SVMMARIA.

Conſanguinei et coniuges ne volentes quidem aduerſus ſe inuicem ad teſtimonium admittuntur n. 1. 5.

Inimicitia et vindictæ ſtudium a teſtimonio repellit n. 2.

Inhabiles teſtes in criminalibus omnium minime admittuntur n. 3.

Inhabiles in cauſis occultis admittendi n. 4.

Inimicus abſolute a teſtimonio repelli nequit n. 6.

Mulier in cauſſa criminali teſtis eſſe poteſt n. 7.

Varia argumenta fraudis præſumtiua n. 8.

Ex indiciis etiam quis criminaliter condemnari poteſt de iure ciuili n. 9.

Secus de iure Carolino n. 10.

Condemnatio ad pœnam criminalem non fit, niſi probationes luce meridiana clariores fuerint n. 11.

Probatio criminum tantum per confeſſionem rei, teſtes et documenta fit n. 12.

Ob indicia proxima tortura decernitur n. 13.

In caſu fuſtentorum tormentorum reus nihilominus ad cuſtodiam condemnari poteſt n. 14.

In criminalibus extraordinariis arbitraria pœna locum habet n. 15.

Stellionatus pro gradu doli et damni dati coërcetur n. 16.

Aliquando fuſtigatione n. 17.

In grauioribus delictis rigor adhibendus n. 18.

Als derſelbe uns eine facti ſpeciem nebſt drey Fragen zugeſchicket ꝛc. Hat Johann Friederich M. an. 1717. bey einem Kaufmann in D. nahmentlich Z. als Handlungs-factor geſtanden, und dieſem ſeinem Principal nicht nur verſchiedene Waaren diebiſch entwendet, ſondern auch nach erhaltener dimiſſion auf ſeines ehemahligen Herrn credit von dem daſigen Geh. Secretario C. 400 Ducaten ſpecies aufgenommen, womit derſelbe durchgegangen, dennoch zur Hafft gebracht worden, aber nicht mehr als 269 ſpecies Ducaten zu erſetzen vermocht, das übrige aber nebſt denen aufgewandten inquiſitions-Koſten mit der Zeit zu bezahlen verſprochen, worauf derſelbe an. 1722. in Danzig eine zu falle gebrachte Weibes-Perſohn, mittelſt aufgeborgter Kleider, da er ſelbſt in der gröſten Armuth gelebet, hinterliſtiger Weiſe zu einer mit ihr würcklich getroffenen Heyrath verführet, nachher mit derſelben in keiner Eintracht gelebet, ſondern dieſelbe aufs ſchändlichſte tractiret, kurtz darauf vor 15 Fl. Polniſch eine blaue Farbe zu verfertigen gelernet, welche er wider die angeſtellete Proben vor Berliner-Blau ausgegeben, ſo doch die Probe nicht gehalten, inzwiſchen damit ſowol, als mit ſeinem angeblichen Florentiner-Lack ſolche Summen Gelder erworben zu haben debitiret, daß er einem Dantziger Handlungs-Diener, Namens N. E. K. 30000 Fl. Polniſch

ge-

gegen einen blossen Wechsel vorgeschossen haben wollen. Hat nun besagter M. sich nachhero auf das Goldmachen geleget, und besagten K. dabey um viele 1000 Thlr. dessen creditoren Vorgeben nach, gebracht, von demselben mittler Zeit auf viele Beredung einen Wechsel auf 3000 Fl. Polnisch erhalten, dabey aber so gottloß gehandelt, daß, weilen die Nullen in solchem Wechsel weit aus einander gesetzet worden, er eine Null darzwischen gesetzet, und noch darzu diesen falsificirten Wechsel am Fenster abgeschrieben und nachgemahlet, doch in solcher Nachschrifft nur 3000 Fl. gesetzet, und als er nachhero gegen empfangene 800 Thlr. den am Fenster nachgemahlten Wechsel dem K. extradirt, den falsificirten an sich behalten, und damit jenen hernachmahls dergestalt in die Enge getrieben, daß dieser ihm einen richtig geschriebenen Wechsel mit Verlängerung des Zahlungs-termini auf 30000 Fl. einhändigen müssen, wozu noch endlich gekommen, daß er den obgenanten K. mit allem seinem baaren Gelde von Danzig durch zu gehen 1735. persuadiret, und als sie beyde nach Berlin gekommen, jenem, so bald er ihm 8000 Fl. zahlen würde, nicht allein daselbst alle Sicherheit, sondern auch den in Händen habenden Wechsel von 30000 Fl. zu extradiren, versprochen, so auch, ohngeachtet M. nach empfangenen 8000 Fl. den effect seiner gethanen promessen nicht geleistet, hernachmahls erfolget. Damit er aber auch von dem zurücke gelassenen Waaren-Lager etwas an sich ziehen möchte, hat er sich von ihm einen Schein-Wechsel von 30000 Fl. ausstellen lassen, und darauf durch einen Brief den K. als ob er noch in Danzig wäre, gemahnet, auch nachdem er hierauf zu Berlin zur Hafft gebracht worden, obgedachten fingirten Wechsel vor wahrhafftig ausgegeben, worauf die special-inquisition gegen ihn erkant, dabey er sich anfangs verwirret angestellet, nicht weniger obigen Wechsel, den er einem Mitgefangenen zugesteckt, nach Rußland geschickt zu haben vorgegeben, die articulos inquisitionales meistentheils negative beantwortet, solchergestalt also die inquisition anitzo in den Stand gerathen, daß solche auf einer hinlänglichen Ueberzeugung beruhet, welche iedoch, nachdem er alle seine Briefschafften verbrennet, gleichwol durch die tortur von ihm wenig oder nichts heraus gebracht werden möchte, sehr schwer fallen will, und solchemnach voritzo annoch auf ziemlich starcken Muthmassungen beruhet, wannenhero folgende Fragen erwachsen:

Quæstio I.

Ob inquisiti Frau und deren zu selbigen gebrachte Tochter wider ihn Zeugniß ablegen könne?

Rationes dubitandi.

Ad Lib. XXII. T. V.

Ob nun wol, so viel die erste Frage betrifft, bedencklich fallen will, des M. Eheweib und Stieftochter wider ihn zum Zeugniß zu admittiren, gestalten die nahe Verwandtschafft und die daraus entstehende Vermuthung, daß sie beyderseits die wahrhafftigen Umstände derer unternommenen Betriegereyen verbergen, und zurück halten werden, deren Aussage entgegen zu stehen scheinet, und was in denen Rechten in Absicht derer Eltern und Kinder versehen, quod ne volentes quidem aduersus se inuicem ad testimonium admittantur, 1

l. 6. C. de test.

ob rationis paritatem auf die Eheleute und andere Verwandte gezogen werden möchte, wozu bey des M. Eheweibes noch dieses kommt, daß dieselbe laut der beygelegten specie facti von ihm ehedem sehr übel tractiret, und ihr so gar nach dem Leben gestanden sey, woraus eine nicht geringe suspicio inimicitiarum et vindictæ entstehet, daß derselben wenig in ihrer deposition getrauet werden möchte, quum inimici in totum repellantur a testimonio, 2

l. 23. ff. h. t.

DONELL. *L. 25. c. 4. de testib.*

am allerwenigsten aber in peinlichen Fällen dergleichen Unternehmen vor zulässig zu achten, in welchen der Beweiß sonnenklar seyn muß, mithin um desto eher wegen einer und der anderen übelen Vermuthung angefochten werden kan, wannenhero so gar verschiedene Rechtsgelehrte in criminalibus das weibliche Geschlecht gäntzlich a testimonio excludiren. 3

BLVM. *ad art. 23. n. 23.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bemeldter M. bey der mit K. von Dantzig vorgenommenen Abreise alle Anstalten dahin gerichtet, daß seine Betriegereyen in Verborgenen bleiben und auf keine Weise kund werden möchten, zu welchem Ende er diesen dahin vermocht, daß er alle seine mit ihm gewechselte Briefschafften, daraus man in der Sache ein Licht bekommen können, verbrennet, und solchergestalt es an denen ordentlichen mediis probandi ermangelt, dergleichen hinterlistige Betriegereyen auch an und vor sich selbst heimlich und remotis arbitris gemeiniglich unternommen werden, in solchen Fällen aber et vbi veritas aliter haberi non potest, die obangeführte regul nicht Platz finden kan, 4

GRATIAN. *discept. forens. c. 374. n. 12.*

STRYK *V. M. tit. de testib. §. 11.*

auch was in l. 6. cit. verordnet, vltra parentes ac liberos nicht zu extendiren ist, 5

Ad Lib. XXII. T. V.

FAB. *in C. L. IV. tit. 15. def. 1. n. 3.*

CARPZ. *L. 3. Resp. 89. n. 20.*

desgleichen ob solam inimicitiæ suspicionem die Aussage eines Zeugen nicht schlechterdings zu verwerffen, sondern dabey alles auf die
6 deposition und deren Wahrscheinlichkeit ankommt,

LEVS. *ad ff. medit. 283. n. 25.*

zugeschweigen, daß des M. Frau bey dessen Inhafftirung von dem K. den letztern Schein-Wechsel zurück verlanget, und dadurch ihren Mann los zu bringen vermeinet, mithin allen Vermuthungen nach sich mit ihm wieder vertragen, und alle præsumtionem inimicitiarum von sich abgewältzet, endlich secundum praxin hodiernam in peinlichen Fällen eine Weibes-Persohn pro teste inhabili
7 nicht gehalten wird,

CARPZ. *pr. crim. q. 114. n. 40.*

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß bewandten Umständen nach, des M. resp. Ehefrau und Stieftochter zum Zeugniß allerdings zu zulassen.

Die andere Frage betreffend:

Quæstio II.

Ob durch solches Zeugniß und des K. geschehene eydliche Entdeckung der M. Betriegereyen, auch andere dazu kommende rechtliche Vermuthungen er völlig conuinciret werden möge.

Rationes dubitandi.

Ob wol des Inquisiten Haupt-exception gegen den ihm zur Last gelegten falschen
8 Wechsel darinnen bestehet, daß er ehedem dem K. würcklich 30000 Fl. vorgeschossen, und alle seine prætensiones von diesem Anlehn herrühreten, gleichwolen sowol seine eigne Frau als andre Zeugen summarisch ausgesaget, daß er ehedem niemahls bey Gelde gewesen, sondern durch information in Dantzig sich kümmerlich ernähret, ja selbsten durch den Stettinischen Intelligentz-Zettel, daß seine Frau mit allen dem Seinigen ehemahls durchgegangen, kund gemacht, also nicht im Stande gewesen seyn kan, dergleichen Summe auf einem Brete herzuleihen, so gar anno 1732. am 5. Sept. und also drey Tage vorher, als er die quæstionirte Summe ausgezahlet haben will, nicht einmahl aus der Hafft, darinnen er damahls sich befunden, durch caution in Mangel einiger Mittel sich zu befreyen vermocht, am allerwenigsten die vorgegebene Erfindung der blauen Farbe, so bey der Untersuchung fälschlich befunden worden, ihn in den Stand, so viel Geld vorzuschiessen gesetzt haben kan, allenfalls, daß er solches dem K. daher, weil dieser damahls noch nicht sui iuris gewesen, auf einem blossen Wechsel geliehen haben solte, nicht zu glauben, vielmehr diese und dergleichen Umstände denselben wegen eines groben doli höchst verdächtig machen, wo nicht dessen völlig überzeugen, in Betrachtung daß er ehedem sowol gestohlen, und auf seines Herrn credit eine Summe von 400 Ducaten betrieglicher Weise aufgenommen, sondern auch seine eigene Frau durch allerhand Betrug zu der erfolgten Heyrath gebracht, mithin seinem Leben und Wandel nach ohnedem eine Persohn ist, zu der man sich dergleichen Missethat gar wohl versehen mag, wozu ihn noch 9
mehr die simulatio furoris, vielfältig begangene variationes, und andre dergleichen höchst verdächtige und zu offenbahren Betriegereyen abzielende Umstände nicht wenig grauiren, auch im Mangel anderer Beweißthümer und da durch die tortur bey diesem höchst desperaten subiecto allen menschlichen Vermuthungen nach nichts auszurichten seyn möchte, zu einer vollkommenen conuiction hinlänglich zu seyn scheinen; nam etiam ex indiciis certis ac indubitatis condemnationem, in criminibus sequi posse patet ex

l. 23. C. de rei vindicat.

l. fin. C. de probat.

MATTHAEI *de crim. tit. XV. c. 6.*

SARMIENTO *L. I. interpret. §. 1.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch alle diese beygebrachten argumenta zwar unstreitige Kennzeichen eines ruchlosen und durchaus bösen Gemüthes abgeben, und dadurch zu der höchsten Wahrscheinlichkeit des dem M. vorgeworffenen Wechsel-Verfälschung gedeyen, gleichwol aber diese als eine nothwendige und untriegliche Folge aus jenen nicht gezogen, vielweniger daraus argumenta apodictica et sufficientia genommen werden können, wohlerwogen das Gegentheil bey allen diesen Umständen nicht unmöglich ist, vielmehr solche desto leichter fehlen können, ie häufiger die Art und Weise vieles Geld im Kurtzen zu erwerben, durch die tägliche Erfahrung bestärcket wird; in denen peinlichen Rechten aber in Teutschland ausdrücklich versehen, daß aus blossen Vermuthungen niemand pro conuicto gehalten, und mit denen gebührenden Strafen beleget werden könne,

art. 16. 22. C. C. C. 10

was aber hiervon im Gegentheil in denen ob allegirten legibus ciuilibus enthalten, in foro, da

da des Käyser Carl des Vten peinliche Hals-Gerichts-Ordnung die einzige Richtschnur bey Bestraffung derer Missethaten ist, nach bewährter Rechtsgelehrten Zeugniß keinesweges attendiret, sondern bloß allein nach ob-allegirten articulis iudiciret wird, quia ad
11 reum condemnandum ex ipsis iuris Romani principiis probationes luce meridiana clariores requiruntur,

l. f. C. de probat.

indicia vero et præsumtiones circa factum occurrentes tam variæ sæpe sint, intricatæ, difficiles et non raro collidentes, vt ad liquidum vix deduci queant,

BARTH *de conuict. non confess. c. 2. §. 6.*

FARINAC. *pr. crim. q. 86. n. 78.*

wannenhero kein anderer Beweiß als per con-
12 fessionem rei, vel testes et documenta, in peinlichen Fällen zuläßig ist,

LVDOV. *pr. crim. c. VI. §. 5.*

deren keines allhier sich finden will, massen die Briefschafften des K. verbrannt, dessen endliche Eröffnung derer unternommenen Betriegereyen als eines socii criminis, und da er den letzten Schein-Wechsel seine creditores zu betriegen, selbst geschrieben, kaum ad medium veritatem eruendi an und vor sich, geschweige ad condemnandum zulänglich, desgleichen auf des inquisiten Eheweibes deposition, da sie von allen Unterschleiffen, so zwischen Inquisiten und dem K. allein vorgegangen, allem Ansehen nach keine hinlängliche und gründliche Nachricht geben können wird, allenfals auch ob vinculum matrimoniale pro teste absolute habili et omni exceptione maiori nicht zu halten, so schlechterdings nicht zu sehen ist, wann es also hoch kommen
13 solte, Inquisit mit der scharffen Frage wegen derer impurirten Verfälschungen zu Bekäntniß der Wahrheit gebracht, noch zur Zeit aber auf keine Bestraffung gedacht werden möchte, auf welchem Fall, wenn derselbe gleich die Marter aushalten solte, dennoch man Mittel und Wege haben würde, statt ihn auf freyen Fuß zu stellen, zur allgemeinen Sicherheit und Verhütung fernerweiten Betriegereyen in ewiger öffentlichen Hafft zu behalten, quippe quod analogiæ legum criminalium in
14 casu grauissimorum indiciorum non aduersari docet

HEILS *de proc. inquisit. c. V. n. 48.*

GRANZ *de defens. reor. P. II. p. 11.*

da dann sich niemand den geringsten Verdruß seiner Person wegen zu besorgen hat, sondern iedermann ohne Anstoß geschehen lassen kan, daß man bey dem ordentlichen Wege in peinlichen Sachen contra contumaces per torturam zu verfahren verbleibe.

So halten wir davor, daß so wenig die angeführten Umstände, als des Inquisiti Ehe-Frauen Zeugniß zu einer vollkommenen Ueberzeugung derer verfälschten Wechsel hinreichend sind. *Ad Lit. XXII. T. V.*

Quæstio III.

Ob er nicht deswegen mit dem Staupenschlage, oder ewigen Festungs-Bau zu belegen, und der K. Schein-Wechsel solchergestalt zu cassiren sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Bey der dritten Frage möchte zwar eingewendet werden, daß auf das crimen stellionatus, worinnen sich Inquisit so trefflich geübet, keine pœna legitima gesetzet worden, quum hæc sit potissimum qualitas criminum 15
extraordinariorum, quæ arbitrarie coërcentur,

Dd. ad tit. de extraord. crim.

gleichwolen die regulæ iuris wollen, vt in dubio mitior pœna imponenda sit,

l. 155. §. f. de R. I.

die angefragte pœna fustigationis aut carceris perpetui aber eher denen scharffen, als gelinden Bestraffungen zuzurechnen, wiewol ohnedem nach Anleitung der vorigen Frage Inquisit noch zur Zeit mit keiner Straffe überhaupt zu belegen.

Dieweil aber dennoch, so lange Inquisit die zugemessenen maluersationes noch nicht gestehet, oder deren, wie recht, überführet wird, zwar keiner Strafe sich zu befürchten hat; inzwischen auf dem Fall des erfolgten Geständnisses nicht unbillig seyn kan, wenn er entweder mit dem Staubbesen, oder ewigen Ge- 16
fängniß belegt wird, allermassen per

l. 3. §. 2. de stellionat.

in diesem Verbrechen nach dem gradu doli mali die pœna zu determiniren, dessen Grobheit aus denen mannigfaltigen gespielten intriguen und auf viele 1000 Fl. zum gäntzlichen ruin des K. verfälschte Wechsel von sich selbsten hervor leuchtet, und also eine scharffe Ahndung erfordert, welche in dergleichen Fällen von denen Rechtsgelehrten ad corpo- 17
ris coërcitionem extendiret wird, wie solches aus einem casu simili

apud BOEHMERVM *T. 2. Consult. 1107.*

klärlich erhellet, und von andern Rechtsgelehrten behauptet worden,

CARPZ. *q. 133. n. 25.*

HERT. *Resp. 81. n. 3.*

endlich, die in rat. dub. angeführte regul bloß

ad

Ad Lit. XXII. T.V.

ad leuiora delicta gehöret, mithin bey dergleichen groben Vergehen als dem Inquisito Schuld gegeben wird, nicht statt finden kan,
18 in quibus potius, vt pœna augeatur, æquitas postulat.

l. 11. ff. de pœn.
MATH. *de crim. L. 48. tit. 18. c. 4. n. 4.*

So erhellet hieraus so viel, daß auf erfolgte Geständniß oder Ueberzeugung derer von M. begangenen Verfälschungen derselbe wenigstens mit dem Staubbesen oder ewigen Gefängniß beleget werden müsse. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXXXVII.

DECISIO CCCCXIII.

THEMA.

In processu executiuo aliquando recognitio per testes admittitur pro euitanda diffessione.

SVMMARIA.

Diffiteri num quis documentum possit, quoties scribere nescius, manum ducente notario, subscripsit n. 1.

Recognitione per testes declinari potest diffessio n. 2.

Etiam in processu executiuo n. 4.

Quomodo fiat recognitio ab eo, qui litterarum imperitus est n. 3.

Recognitione per testes in executiuo facta processus in summarium degenerat n. 5.

Noua redemonstratio contra exceptiones improuisas datur n. 6.

Auf übergebene imploration, gesuchte recognition und erfolgte Gesetze in Sachen der Burgermeisterin S. M. verwittibten B. Implorantinnen an einem, I. C. B. Imploraten am andern Theil, erkennen Burgermeister und Rath der Kayserlichen Freyen Reichs-Stadt Nordhaussen, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß Implorat zu der eydlichen diffession gestalten Sachen und Umständen nach, nicht zuzulassen, sondern die Schuld vor bescheiniget, und das documentum sub A pro recognito anzunehmen, iedoch bleiben ihm seine exceptiones in der Gegenbescheinigung, so viel deren erheblich, binnen vier Wochen præclusiuischer Frist auszuführen unbenommen, und wenn Kläger mit seiner Rechts-Nothdurfft darüber gehöret, so ergehet alsdann ferner was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Implorantin executiue geklaget, terminus zur recognition anberahmet, daneben dieselbe in termino das documentum sub A in originali fol. 6. b produciret, Implorat gleichwol dessen recognition sich gewegert und zur eydlichen diffession sich offeriret, und schweren wollen, daß er den Wechsel weder geschrieben, noch untergeschrieben, zumahl ex ipsa subscriptione erhellet, daß er weder schreiben, noch lesen können, sondern ein tertius, der notarius S. in seiner 1
Unterschrifft selbst bekant, daß er dem Imploraten auf sein Ansuchen die Hand geführet, und dieser dahero sich einbilden wollen, daß er solches mit guten Recht eydlich diffitiren können, gleichwol weil darinnen eine Gefehrde gestecket, Implorantinne wohl gethan, daß sie pro declinanda iurata diffessione so 2
fort den gedachten notarium über die Wahrheit der Umstände seiner regiftratur, so unter dem documento sub A befindlich, eydlich abhören lassen, darneben auch fol. 17. noch eines Zeugen eydliche Aussage produciret, daraus erhellet, daß Implorat nach der Zeit sich zu dieser Schuld bekant, dergestalt, daß nunmehro es das Ansehen gewinnet, als ob bey der recognition es sein Verbleiben haben, und weil solche nunmehro schlechterdings geschehen muß, auch die condemnatio auf Capital, Zinsen und Unkosten erfolgen müsse, nachdem Implorat in manifesta mora soluendi sich befindet.

Ratio-

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch zwar executiue aus dem documento sub A geklaget, und dessen recognition gefordert worden, implorat aber ohne Zweifel unter dem prætext, daß er nicht schreiben, noch lesen können, und doch sein Name unter dem document gestanden, solches temere eydlich zu diffitiren sich offeriret, ob er wol, wenn es dazu gekommen, nicht allein schweren müssen, daß mit seinem Wissen und Willen er das gedachte document nicht ausstellen, sondern auch zu dessen Unterschrifft von dem notario Sieckel die Hand sich nicht führen lassen, gleichwol, da implorantinne es auf diesen hazard nicht wollen ankommen lassen, sondern sofort zwey rotulos fol. 10. und 17. produciret, und daraus dargethan, daß das documentum sub A mit imploratens Wissen und Willen ausgestellet, und der gemeldte notarius ihm zu der Unterschrifft seines Namens willig und wissentlich die Hand geführet, sondern auch ex post facto sich zu der Wechsel-Schuld gegen C. R. D. bekant, nunmehro implorat ob euidentissimum periurii metum zum iuramento diffessionis nicht weiter gelassen werden kan, dergestalt, daß in solchem Fall auch wohl ausserordentlich in processu executiue ab initio instituto die recognitio per testes zugelassen werden kan, satius enim est prætermitti et negligi tantisper regulas processus, quam iisdem rigide et tenaciter insisti, quo tutæ et illæsæ seruentur hominum conscientiæ, et auertantur potius periuria, quam admissa pandantur,

BERGER *in elect. proceſſ. executiv. §. 26. et in ſubi. programm. in f. p. 68.*

welches hier auch beobachtet, und das documentum als durch Zeugen recognoſciret angenommen ist, wiewol dadurch der status processus nunmehro geändert und in mere summarium dergestalt verwandelt ist, daß die Schuld als bescheiniget angenommen werden müssen, da in executiuo processu keine Aufnahme der Zeugen in Ansehen der Schuld statt findet, sondern dieselbe allein klar und euident aus dem document seyn muß, wir aber über die Berichtigung dieser Bescheinigung um desto mehr zu sprechen, berechtiget gewesen, weil dadurch auch der summarische Schuld-proceſs matur. ret und beschleuniget, nichts mehr also dabey übrig gewesen, als dem Gegentheil die Gegenbescheinigung seiner etwa habenden exceptionum vorzubehalten, und obwol bey dieser Beschaffenheit der Sache, dieselbe noch nicht benant sind, und die imploratinne also nicht bestand gewesen, solche in der Bescheinigung, weil solche wider Verhoffen auf angezeigte Art erfolget, in anteceſſum zu elidiren, dennoch derselben solches zu keinem Schaden gereichen kan, sondern ihr ohnedem bey so bewandten Sachen unbenommen bleiben muß, zu begehren, nouam redemonstrationem contra exceptiones has improviſas sibi dari, wie in solchem caſu extraordinario erlaubet ist.

AA Lib. XXII. T. V.

GRIBNER *in princip. proc. iudic. lib. 1. c. 2. ſect. 6. §. 8. p. 135.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE NOVEMBR. MDCCXLVIII.

DECISIO CCCCXIV.

THEMA.

Inimicus teſtis habilis non eſt.

SVMMARIA.

Capitalis inimicitia demum teſtem repellit n. 1.

Vtrum teſtis inhabilis ſaluis exceptionibus ſit admittendus ab arbitrio iudicis pendet n. 2. 4.

Contra erroneam conſcientiam nemo quid agere cogendus n. 3.

Ad teſtimonium ferendum contumax cogi poteſt n. 5.

Recognitio fit ſaluis exceptionibus n. 6.

Als die Herren uns angetretenen Beweiß und darüber erfolgtes Verfahren in Sachen des Cammer-procuratoris E. G. B. imploranten an einem, und des Hauptmanns H. S. von W. imploraten am andern Theil, in zwey vol. zugeschicket ꝛc.

Bohm. Conſ. T. III. P. II.

Daß A. K. gestalten Sachen und Umständen nach, zum Zeugniß nicht zulässlich,

 sondern

Ad Lib. XXII. T.V.

sondern in dieser Sache vor verwerflich zu halten; A. C. G. abe zu A. schwerung des Zeugen-Eydes und Erstattung ihrer Aussage durch zulängliche Straf-Befehle anzuhalten, und weil Beklagter die producirte documenta sub sign. ⊙ n. 1. 3. 4. 5. ingleichen sub lit. A, B, D, E, F, G, H, I n. 5. 6. 7. recognoscíret, so hat es dabey sein Bewenden; er ist aber auch, seines Einwendens ohngehindert, das documentum sub C schlechterdings, wie auch die sub n. 1. 2. 3. und 4. wenn nochmahls die Original-Concepte davon produciret werden, sub pœna recogniti zu recognoscíren schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) von Seiten Imploraten eingeräumet worden, daß zwischen ihm und dem Zeugen A. K. keine Todt-Feindschafft anzutreffen, quæ tantum repellit absolute testem, 1 zumal eine schlechte Feindschafft zwar fidem testis in etwas vermindert, aber nicht gantz aufhebet, inzwischen derselbe doch mit einem Eyde beleget wird, und nicht zu vermuthen ist, daß er wegen dieser passion ein periurium begehen werde, als wodurch er sich selbsten im Zeitlichen und Ewigen den grössesten Schaden zuziehen würde, dabey auch 2 bekant ist, quod testis in dubio admittendus, saluis exceptionibus, sit; hiernächst 2) A. M. G. sich ein Gewissen zu schweren machet, bey welchem regulariter kein Zwang vorzunehmen, dahero es das Ansehen gewinnen will, daß sie mit dem Eyde zu verschonen sey, cum etiam contra erroneam 3 conscientiam agere nemo cogatur; und so viel 3) die recognitiones documentorum betrifft, das documentum sub C, nemlich der Wund-Zettul, um deswillen nicht zu recognoscíren seyn möchte, weil der Concipient in dessen Abfassung sehr variiret, wie aus der Zusammenhaltung derer Wund-Zettul fol. 10. derer Cantzley-acten sub ⊙ und fol. 2. derer Land-Gerichts-acten sub B mit dem quæstionirten documento sub C sich befinden wird, welche variation zuförderst aus dem Wege zu räumen ist; ferner 4) die documenta sub n. 1. 2. 3. et 4. nur blos bey der Cantzley befindliche Abschrifften sind, dieselbe auch nicht völlig extrahiret, sondern was dem producten daraus zu statten kommen möchte, weggelassen worden, dergleichen unvollkommene Copeyen keinen fidem haben und nicht recognoscíret werden dürffen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) der Zeuge A. K. sein feindseliges Gemüth gegen den Herrn imploraten nicht allein an den Tag geleget, wie solches fol. 83. sqq. sattsam zu ersehen, implorant auch solches selber einräumet, und nur dabey defectum inimicitiæ capitalis erwehnet, welches aber bey einem solchen unruhigen und feindseligen Menschen nicht so genau zu regardiren, quin potius iudicis arbitrio relinquitur, vt perpendat, vtrum testis inimicus sit repellendus, an saluis exceptionibus admittendus, 4 sondern auch bey demselben sich dieser Umstand hervor gethan, daß nach Anleitung der Amts-acten sub A derselbe fax et tuba dieser gantzen Sache guten Theils mit gewesen, und aus rachgierigem Gemüth vieles gegen imploraten angebracht, dadurch aber per indirectum causam suam gemachet, sich unruhig aufgeführet, und dahero das vinculum iuramenti bey solchem Zeugen keinen fidem machen kan, vielmehr derjenige billig zu verwerffen ist, von dem man kein wahrhafftiges Zeugniß zu vermuthen hat; hiernächst ad 2) die G. keine erhebliche Ursache, warum sie nicht schweren wolle, angeführet, und der Wahn, daß sie noch niemahls geschworen, sie von Ablegung des Eydes nicht befreyen kan, als wozu denen Rechten nach ein jeder Zeuge gezwungen werden mag,

t. t. X. de testib. cog.

sonsten ein jeder Zeuge unter diesem elenden Vorwand sich von Ablegung des Eydes losmachen könte; ad 3) aber das documentum sub C keine in substantialibus befindliche variation in sich hält, vielmehr mit denen übrigen beyden, so angeführet sind, in denenselben harmoniret, allenfalls auch imploraten die recognition nur saluis exceptionibus auferleget wird, endlich ad 4) zwar blosse Abschrifften von denen documentis sub n. 1. 2. 3. und 4. ad acta gebracht, gleichwol aus der fol. 110. sub ℏ befindlichen registratura marginali erhellet, daß des imploraten mandatario die Original-Concepte aus denen bey dasigen archiv aufbehaltenen deputations-actis vorgeleget sind, und derselbe, wenn solche nochmahls in einem anderweitig dazu anzuberahmenden termino ihm vorgeleget 6 werden, er sich nicht entbrechen kan, solche zu recognoscíren, und ihm bevor bleibet, suo tempore daraus dasjenige, was etwa zu seiner exception gereichen möchte, anzuführen, als welches ihm durch die geschehene recognition nicht abgeschnitten wird, sondern vielmehr ausgemachet ist, daß implorant die documenta gegen sich gelten lassen müsse, die er vor sich angeführet.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen, bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXL.

DECISIO

DECISIO CCCCXV.[a]

Ad Lib. XXII. T. V.

THEMA.

In cauſſis domeſticis pater habilis teſtis eſt.

Vid. T. IV. Dec. CCCLV. Them. 2.

RESPONSVM CCCCXV.[b]

THEMA.

In cauſſa natiuitatis parentes habiles teſtes ſunt.

Vid. Reſp. CCCCXXXIV. Th. 3.

DECISIO CCCCXVI.

THEMA.

In cauſſa dotis etiam domeſtici teſtes admittuntur.

SVMMARIA.

Suppletorium iuramentum ſemiplenam probationem requirit n. 1. 5.
Parentes in cauſſis liberorum non ſunt teſtes idonei n. 2.
Teſtis ſine ratione ſcientiæ deponens non habet fidem n. 3.
Referens non probat n. 4.
Niſi alia adſint adminicula n. 7.
In cauſſa dotis parentes ſunt teſtes habiles n. 6.

Als dieſelbe uns eingewandte appellation, deren iuſtification und erfolgte Geſetze in Sachen Herrn C. L. G. appellanten an einem, und A. M. C. H. M. K. Ehe-Frau, appellatin am andern Theil, in drey voluminibus zugeſchicket ꝛc.

Daß die appellation in ihren formalibus richtig, und daher zu gebührender Rechtfertigung an die Herren erwachſen, der materialien halber erhellet aus denen acten und der Partheyen Einbringen ſo viel, daß in voriger Inſtanz wohl geſprochen und übel appelliret, dannenhero die ſententia a qua billig zu confirmiren; es werden aber die expenſæ huius inſtantiæ aus bewegenden Urſachen compenſiret. V. R. W.

Bæhm. Conſ. T. III. P. II.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) appellant pro grauamine angeführet, daß in ſententia a qua der appellatin das iuramentum ſuppletorium wider die Verordnung der Magdeburgiſchen Rechte auferleget worden, da doch Inhalt der

Magdeburgiſchen *Proceſs-Ordnung t. c. 49. claſſ. 2. §. 25.*

ohne eines beglaubten Zeugens eydliche Ausſage auf den Erfüllungs-Eyd nicht erkant werden ſoll, im gegenwärtigen Fall aber 2) dergleichen unverwerfliches Zeugniß ermangle, und der appellatin Mutter nicht pro teſte omni exceptione maiori anzuſehen ſey, da in den Rechten bekant, daß Eltern pro idoneis teſtibus in cauſſis liberorum nicht zu halten,

l. 6. et 9. D. de teſtibus

Ad Lib. XXII. T. V.

auſſerdem 3) das abgelegte Zeugniß noch mehrern Verdacht unterworffen, da Zeugin ſelbſt

ad interrog. 17. fol. 47. vol. II. act.

wie ſie es gerne ſehe, daß ihre Tochter in dieſer Sache gewinne, ausgeſaget, hier-
3 nächſt 4) Zeugin nur blos de facto deponiret, nicht aber rationem ſcientiæ angegeben, ſondern ſich auf relationem aliorum beruffen,

ad interrog. 26. fol. 48. vol. II.

quales teſtes nihil probant,

HAHN *ad* WESENBEC. *de teſt. n. 6.*

endlich 5) der unternommene Beweis durch das documentum ſub A wenig adminiculi-
4 ret zu werden ſcheinet, indem ſolches als ein referens anzuſehen, welches ſich auf den Erb-Vergleich de anno 1725. ſo aber nicht produciret worden, beziehet, ſolchergeſtalt aber dieſe geführte Beſcheinigungen pro ſemiplena probatione nicht zu achten, noch auf das ſuppletorium erkant werden mögen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) das iuramentum ſuppletorium nach den gemeinen und Magdeburgiſchen Rechten wohl auferleget werden kan, wenn durch eines beglaubten Zeugens eydliche Ausſage die illatio dotis
5 halb erwieſen worden,

LVDOVICI *de probat. illationis dotis §. 25.*

FINCKELTHAVS *obſerv. pract. 22.*

mithin es ad 2) hauptſächlich darauf ankömmt, ob appellatin Mutter vor eine beglaubte Zeugin zu halten, welches allerdings im gegenwärtigen caſu aus genugſamen Gründen zu behaupten, indem illatio dotis ein ſolch negotium iſt, von deſſen wahren Umſtänden Eltern nicht nur allein, ſondern auch am beſten einige Wiſſenſchafft zu haben pflegen, folglich darin allerdings zeugen können: nulli enim melius in teſtes recipi poſſunt, quam qui melius ſciunt, et qui intereſſe iſtis negotiis ſoleant,

c. 3. X. qui matrim. accuſar. poſſ.

6 adeoque parentes hoc caſu teſtimonium ferunt de re ſibi melius quam aliis cognita,

CARPZ. *P. I. c. 16. def. 49.*

PETR. HEIGIVS *P. II. qu. 16. n. 33.*

LAVTERBACH *ad tit. de teſt. §. 39.*

MEVIVS *P. IV. dec. 258.*

überdem cauſſa dotis admodum favorabilis iſt, und daher per conſanguineos füglich bewieſen werden kan,

arg. cit. c. 3.

auch dieſem das documentum ſub B fol. 38. nicht wenig adminiculiret, ſonſten aber der ad 3) angegebene Verdacht von keiner Erheblichkeit iſt, nachdem die Ausſage ad interrog. 17. eine general-declaration in ſich faſſet, welche die Zeugin durch die Ausſage

ad interr. 18. fol. 47. vol. II.

genugſam limitiret, daß ſie der appellatin zu Gewinnung dieſes proceſſes in ſo weit, als es die Warheit leidet, behülfflich zu ſeyn ſich erkläret; hiernächſt ohnerachtet ad 4) Zeugin bey der Ausſage

ad int. 26. fol. 48. vol. II.

ſich blos auf die relation anderer berufft, dennoch ſie auſſer dieſem generalen fundamento noch eine ſpeciatiorem rationem ſcientiæ angeführet, wann ſie ad interr. 17. deponiret, daß die Mitgifft in ihrem Hauſe zu Beſenſtädt gezahlet worden, übrigens ad
5) das documentum ſub B blos pro refe-
7 rente nicht anzuſehen, da es eine gerichtliche Haupt-Quittung iſt, welche appellatin und ihr Ehemann an ihren Stief-Bruder wegen gehobener Erb-portion a 250. Fl. und 20. Fl. Ausſtattung ausgeſtellet, und blos ratione cauſſæ debendi, woher der Stief-Bruder beſagte Summe ſchuldig geweſen, ſich auf den Erb-Vergleich beruffet, worauf es hier aber nicht ſowol, als vielmehr darauf: ob die Frau dergleichen quantum ihrem Manne würcklich inferirt, ankommt, welches aus dem documento allerdings erhellet, und zu dem auferlegten Beweis nicht wenig adminiculiret. Bey ſo bewandten Umſtänden die angeführten grauamina zwar ad reformatoriam ſententiam obtinendam nicht hinlänglich, gleichwol nicht von aller Warſcheinlichkeit entfernet geweſen, und alſo den appellanten von einer vermeintlichen temeritate litigandi befreyen, in welcher Abſicht wir die expenſas huius inſtantiæ zu compenſiren, ſo recht als billig erachten.

So hat, wie geſchehen, erkannt werden müſſen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXXXIX.

RESPONSVM

RESPONSVM CCCCXVII.

Ad Lib. XXII. T. V.

THEMA.

Vitricus a testimonio simpliciter non arcendus.

SVMMARIA.

Parentes in caussa liberorum sunt inhabiles testes n. 1.

Testis inhabilis est, qui in negotio proxenetam egit n. 2. 3.

Vitricus non absolute a testimonio repellitur n. 4.

Reprobatio est frustranea, si actor non probavit n. 5.

Rationes decidendi vim sententiæ non habent n. 6.

Als dieselbe uns eine facti speciem und dabey gefügte drey Fragen zugeschicket ꝛc.

Hat der Forst-Secretarius M. gegen die Jungfer H. eine Ehe-Klage angestellet, über die meisten Puncte den Eyd deferiret, über einige aber Zeugen angegeben, und nur incidenter den receß sub B fol. 7. sqq. induciret, welchen deren Eltern mit ihrem Vormund errichtet, und obwol sie litem negatiue contestiret, und also über Beweiß und Gegenbeweiß interloquiret werden sollen, dennoch die Juristen-Facultät zu Rintheln über der recognition oder endlichen dissession des gedachten recessus vornemlich erkant, nach interponirter Leuterung aber die Tubingenses auf die Vollenziehung der Ehe præpostere gesprochen, welches dennoch die Giessenses reformiret, und, daß die Beklagtinne mit ihren exceptionibus gegen das documentum zu hören sey, erkant, welches Urthel auch Krafft Rechtens ergriffen, und obgleich die Beklagte gebethen, das Urthel dahin zu declariren, daß sie alsenfalls ad juramentum dissessionis contentorum gelassen werden möchte, auch darauf suo modo vol. II. fol. 171. erkant worden, dennoch endlich es bey dem Giessischen Urthel gelassen ist, worauf Kläger das gedachte documentum produciret, die Beklagte solches quoad subscriptionem, jedoch saluis exceptionibus recognosciret, und ihr auferleget ist, binnen Ordnungs-Frist ihren Beweiß der exceptionum einzubringen, vor deren Führung sie begehret, daß Kläger sich erklären solle, ob er sein fundamentum agendi vor erwiesen halten, oder noch weitern Beweiß führen wolle, und auf den letztern Fall gebethen, Klägern aufzulegen, daß er, um den proceß nicht zu verwirren, den Beweiß führen solle, worauf er aber keine deutliche Antwort gethan, der Beklagten also nochmahls der Beweiß auferleget, und es dabey, non obstantibus remediis interpositis, gelassen worden, inzwischen es geschehen, daß der Beklagtin vornehmster Zeuge, nemlich ihr Vormund, verstorben, und sie keinen andern anitzo weiter als ihren Stief-Vater D. S. übrig hat, daher belehret seyn will:

Quæstio I.

Ob nicht in diesem Fall, da der Beklagtin Vormund verstorben, und niemand mehr vorhanden, der gegenwärtig bey Unterschreibung des documenti als ihr Stief-Vater gewesen, dieser nicht ad testimonium ferendum, und sie darauf ad suppletorium dahin zu admittiren sey, daß er sich von ihrem verstorbenen Vormund bereden lassen, das documentum, als ob es ein blosser Vergleich über ihre Väter- und Grosväterliche Erbschafft sey, ihr zur Unterschrifft vorzulegen, und daß sie, ohne es zu lesen, solches würcklich unterschrieben?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob nun wol bey der ersten Frage, denen Rechten nach, die Eltern vor ihre Kinder nicht zeugen können,

l. 6. l. 9. de testibus

c. 3. X. qui matrim. accus. poss.

mithin auch diese exception dem Herrn D. S. entgegen stehen möchte, bevorab da er anfänglich die sponsalia zu befördern sich bemühet,

Ad Lib. XXII. T. V.

mühet, und einiger massen Unterhändler gewesen, dergleichen Zeugen pro habilibus nicht zu achten sind,

2 *l. 6. de testibus*
c. 1. de testibus in 6.

allenfalls wenn er auch saluis exceptionibus zugelassen werden sollte, dennoch dessen Aussage keinen halben Beweiß auszumachen scheinet, daß die Beklagte ad iuramentum suppletorium zugelassen werden möchte, als welches voraus setzet, daß an solchem halben Beweiß kein Mangel sey, an welchem es hier doch nicht fehlen will.

Dieweil aber dennoch wir bereits in unserm anno 1725. ertheilten responso ad quæst. 2tiam klärlich behauptet, daß in Ehe-Sachen auch wohl Eltern vor ihre Kinder als habiles testes zugelassen werden mögen, sodann wir es nochmahls bewenden lassen, und nur noch dieses beyfügen, daß um so
3 vielmehr ein Stief-Vater in causa sponsaliorum seiner Stief-Tochter admittiret werden könne, da dergleichen connexion, als zwischen leiblichen Eltern und Kindern, hier nicht existiren vorhanden, das dubium auch, daß er sich von Seiten des Klägers bearbeitet,
4 diese sponsalia zum Stande zu bringen, bereits daselbsten aus dem Wege geräumet, und der Beklagtin, die ihr zu ihrem Unterhändler nicht gebrauchet, solches nicht opponiret werden kan, nicht zu gedencken, daß durch die langwierige fatalität dieses processus es geschehen, daß ihr Vormund, der am meisten Wissenschafft von der gantzen demarche, so dabey gebrauchet ist, gehabt, inzwischen verstorben, und es nunmehro unmöglich fällt, einen andern Zeugen als ihren leiblichen Stief-Vater aufzubringen, quo casu etiam inhabiles admittuntur, welches nur zum Ueberfluß und blos dahin angeführet wird, daß, wenn er auch gleich nicht omni exceptione maior seyn sollte, dennoch bewandten Umständen nach zugelassen werden müsse, wiewol, wie schon gezeiget, derselbe ex natura negotii einen vollkommenen Zeugen abgiebet, und also semiplenam fidem haben muß, dergestalt die Beklagte zum iuramento suppletorio in diesem incidentpunct, in welchem ohnedem nur eine summarische Bescheinigung nöthig ist, wohl zugelassen werden kan.

So ist der Herr D.S. gestalten Sachen und Umständen nach zum Zeugniß, die Beklagte aber, wenn er nach ihrer intention deponiren sollte, zum suppletorio zuzulassen.

So viel die andere Frage betrifft:

Quæstio II.

Ob Beklagte nicht besser thäte, pro nunc sich des Beweises gar zu begeben, und darauf zu bestehen, daß Kläger zuförderst den Grund der Klage erweisen, und Kläger solches in conformität derer rationum decidendi ICtorum Giessensium et Lipsiensium **alle Wege zu thun schuldig sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol die ICti Giessenses in ihren rationibus decidendi klärlich dargethan, daß, wenn es gleich mit dem documento sub B seine Richtigkeit haben sollte, dennoch daraus kein richtiger Beweiß ad sponsalia probanda hergenommen, also von der Richtig- 5
keit des gedachten documenti auf die Gültigkeit der sponsaliorum noch kein richtiger Schluß gemachet werden könne, welches auch die ICti in ihren ration. decid. vol. III. fol. 67. bestätiget, und hinzu gethan, daß, wenn Beklagte gleich nichts erweisen sollte, dennoch sie dabey nicht periclitiren würde, sondern Kläger dennoch den Grund seiner Klage zuförderst erweisen müsse, und ihr der Gegenbeweiß offen bliebe, bey solchen Umständen aber es überflüßig seyn möchte, den Beweiß über die nachgelassene exception gegen das documentum sub B anzutreten, als welcher ihr wenig helffen, noch deren Abgang schaden wird, da, wenn sie auch zum suppletorio zugelassen, und solches abschweren sollte, dennoch Kläger den Beweiß antreten, und also die Sache ab ouo gleichsam anfangen wird.

Dieweil aber dennoch 1) wir hiebey über dasjenige, was sicherer und rathsamer sey, gefraget worden, und dahero die rationes iuris mit denen rationibus consilii nicht zu vermengen sind, wir aber den sichersten Weg dabey erachten, wenn die Sache in dem tramite, in welchem sie anitzo stehet, continuiret, und also der Beweiß angetreten wird, anerwogen 2) dasjenige, was die rationes decidendi Giessensium et Lipsiensium ICtorum in sich halten, positive in keinem Urthel erkant, noch Rechtskräfftig ausgemachet ist, daß, remoto hoc puncto incidente, der Haupt-Beweiß und Gegenbeweiß erst geführet werden sollte, die rationes decidendi aber denen Partheyen in forma sententiæ niemahls publiciret werden, 6
und also vim rei iudicatæ bekanter massen nicht haben, mithin 3) zu befürchten stehet, daß, wenn die Beklagte ihren Beweis der exceptionum gegen das documentum fallen lassen sollte, der Kläger dieses zu seinem

Vor-

Vortheil ergreiffen, und nunmehro daraus einen vollkommenen Beweiß derer sponsaliorum rite initorum erzwingen, auch sich sub clypeo Tubingensium ICtorum bedecken würde, als welche aus diesem einzigen documento auf die Vollenziehung der Ehe erkant, und das darauf erfolgte Gießische Urthel solches nur in so weit reformiret, daß die Beklagte zuförderst mit ihren exceptionibus dagegen gehöret werden sollte, also 4) leicht der künfftige Urtheils-Fasser auf die Gedancken fallen könte, daß, wenn die Beklagte ihre exceptiones fallen lassen sollte, dadurch die sententia Tubingensis nunmehro purificiret worden, allenfalls 5) die Giessenses besser gethan hätten, entweder sofort auf Beweiß und Gegenbeweiß zu erkennen, oder solchen beyden zu reseruiren, so doch nicht geschehen; endlich 6) man auch schon vorher siehet, was Kläger im Schilde führet, da er über die geschehene Anfrage sich so zweydeutig erkläret, und schlechterdings auf diesem Beweiß der exceptionum bestanden. *Ad tit. XXI. T. V.*

So erhellet hieraus so viel, daß es sicherer sey, den Beweiß anzutreten, als in conformität der gedachten rationum decidendi sofort auf Beweiß und Gegenbeweiß zu dringen. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MARTIO MDCCXXXV.

Tit. VI. De iuris et facti ignorantia.

DECISIO CCCCXVIII.

THEMA.

Ob rusticitatem ignorantiæ exceptio et restitutio admittenda.

SVMMARIA.

Non facile concedenda restitutio contra desertam probationem, quoties ad rescindendam transactionem agitur n. 1.
Maiores ob culpam difficilius restituuntur n. 2.
Contumacia eorum, qui non obtemperant, litis damno coërcenda n. 3.
Restitutio sine læsione locum non habet n. 4.
Transactionis favor non obest impugnationi ex probabili caussa susceptæ n. 5.
Rusticitas ignorantiam iuris admittit n. 6.
Et excusat a neglectorum fatalium pœna n. 7.
Fatalium rigor odiosus n. 8.
Senili etati venia danda n. 9.
Indebitum quoad rusticos vel homines simplices præsumitur n. 10.

Als dieselbe uns imploration und erfolgte Gesetze in Sachen H. H. und cons. Imploranten an einem, und I. K. Imploraten am andern Theil, in sieben zurück kommenden volum. zugeschicket ꝛc.

Daß gestalten Sachen und Umständen nach imploranten gegen den Verlust der vol. V. fol. 120. erkanten und nachgelassenen Bescheinigung in integrum zu restituiren, diesemnach nunmehr mit recognition der documenten und Abhörung der vol. VII. fol. 15. denominirten Zeugen, und sonsten wie Rechtens über die ad acta bereits gegebene Bescheinigung zu verfahren sey, jedoch sind imploranten die durch dieses restitutions-Gesuch verursachte Unkosten nach vorgehender deren liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung imploraten zu erstatten schuldig.

Rationes dubitandi.

Es ist vol. V. fol. 120. denen imploranten nachgelassen, die Bescheinigung ihrer impugnation des Vergleichs binnen drey Wochen zu führen, an welcher sie sich versäumet, wie vol. VI. fol. 1. erkant, dagegen sie nunmehr restitutionem in integrum gesuchet, und vol. VII. fol. 27. b sqq. bereits zu solchem Ende articulos übergeben, über welches Gesuch aber zuförderst verfahren ist. Ob nun wol 1) andem ist, daß sich imploranten vol. V. fol. 25. mit imploraten gerichtlich und endlich verglichen, dennoch solchen Vergleich angefochten, dergestalt, daß auf Einlassung und nachdem solche erfolget, auf Bescheinigung und Gegenbescheinigung binnen drey Wochen

Ad Lib. XXII. T. VI.

Wochen vol. V. fol. 120. erkant, gleichwol solche nicht erfolget ist, deswegen, daß implorantes sich an der nachgelassenen Bescheinigung versäumet, und mit ihrer impugnatione transactionis abzuweisen, Rechtskräftig erkant werden müssen, gegen welche 1 Versäumniß 2) imploranten um desto weniger in integrum zu restituiren seyn möchten, als die Sache einen gerichtlichen und endlichen Vergleich betrifft, der ohnedem grossen fauorem vor sich hat, und in dubio zu souteniren ist, beyorab da 3) aus vol. V. fol. 125. befindlicher Vorstellung und der erfolgten resolution zu ersehen, daß der advocatus sowol als die Gerichte besorget gewesen, daß imploranten sich an der Bescheinigung nicht versäumen möchten, dem zu wider sie doch stille gesessen, alles vernachläßiget, und denen gethanen Erinnerungen kein Gehör gegeben, aus denen Rechten aber bekant ist, quod maioribus XXV. annis 2 non ex errore, sed ex negligentia lapsis haud succurrendum sit per restitutionem in integrum,

l. 16. D. ex quib. cauſ. mai.

welches auch denen local-Gesetzen tit. XXV. §. 4. gantz conform, als woselbst der Verlust der Bescheinigung auf die Verabsäumung expresse gesetzet, anbey sonsten die gemeinen Rechte verordnet, quod contumacia 3 eorum, qui ius dicenti non obtemperarunt, litis damno coërceri debeat;

l. 53. pr. D. de re iudic.

hierüber 4) die vol. VII. fol. 83. befindliche Beylage mit mehren bestärcket, daß das beneficium restitutionis in integrum nicht weiter als ein remedium ordinarium nachgelassen seyn solle, endlich auch 5) implorat vermeinen wollen, daß es allhier an einer wah- 4 ren læsion ermangele, ohne welche keine restitutio in integrum statt finden könne, solches auch um desto weniger zu vermuthen sey, als laut vol. V. fol. 24. imploranten selbst um einen Vergleich nachgesuchet, nicht weniger implorat sich ad totam hereditatem der Reginen legitimiret, indem ihm $\frac{1}{2}$ zuerkant, die andern $\frac{1}{2}$ aber denen Mit-Erben cediret worden, mithin der Vergleich auch wohl über die gantze Erbschafft geschehen mögen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) die impugnatio transactionis, obgleich solche gerichtlich und endlich geschlossen ist, angenommen, und so wahrscheinlich und wichtig angesehen worden, daß die Einlassung sowol als Bescheinigung darauf erkant ist, und dahero 5 allhier ad 2) um desto weniger auf den fauorem transactionis iuratæ zu sehen, als sich ein grosser Zweiffel bey demselben hervorthut, und die Umstände es geben, daß die implorantes dabey von ihrem Rechte wenig informiret gewesen, vielmehr sich zu etwas, so bishero nicht in lite gewesen, in Einfalt bereden lassen, so daß sie, wenn sie ihre Bescheinigung zu rechter Zeit geführet, ohne Zweiffel ein obsiegliches Urthel zu erwarten gehabt haben würden, in übrigen da sie sich ad 3) offenbar daran versäumet, es anitzo auf das restitutions-Gesuch ankommt, dabey denn der angeführte Umstand, daß magistratus selbsten dieserwegen vor imploranten besorget gewesen, ihnen mehr fauorabel als zuwider ist, indem derselbe aus der geschehenen Vorstellung leicht wahrnehmen können, daß bey ihnen eine simplicitas rustica et senilis anzutreffen sey, welche dergleichen veralteten und bäurischen Gemüthern alle wahre Erkäntnisse ihres eigenen Besten und Heils benehme, (vt magis ex simplicitate quam dolo res suas negligere videantur, wie denn aus denen acten ersichtlich, daß beyde implorantes über 70. und 80jährige Leute sind, welchen man bey solchem hohen Alter vieles zu gute halten muß, und nach dem rigore iuris mit ihnen nicht verfahren kan, cum propter rusticitatem ius suum ignorare 6 præsumantur:

l. 2. in f. de iur. fiſci

l. 3. §. 22. de SCt. Silan.

vnde etiam ob rusticitatem lapsi circa ea, quæ processum tangunt, multo magis ergo, quæ ad fatalia pertinent, restituuntur 7 in integrum,

l. 1. in f. D. de edend.

quin et ab antiquis legibus et a principibus semper rusticitati consultum est, et in multis legum subtilitatibus stricta obseruatio eis remissa,

l. 31. pr. C. de teſtam.

wohin die obseruatio fatalium vor andern zu referiren, als welche überdem bey dem zu führenden Beweiß den grössesten rigorem iuris bey sich führen, und würcken, daß jemand seines Beweises und Rechtes per lapsum termini probatorii verlustig gehen solle, welches von vielen ICtis bereits als eine sanctio durissima, et quæ merito emendari debeat, angesehen worden, dahero, so viel möglich, zu verhüten, ne summum ius fiat summa iniuria, welches absonderlich bey einfältigen Bauern, die wegen ihres Alters 9 als Kinder anzusehen, zu beobachten ist,

MASCARD *de probat. concl. 1285. n. 6. 7.*

TIRAQVELL *de pœn. temp. cauſ. 11. n. 17.*

REYHER *in theſ. iur.* voce: *ruſticus n. 11. 12.*

dagegen denn ad 4) die angeführte Beylage nichts

nichts vermag, als welche nicht in genere das beneficium restitutionis, in so ferne es, wie hier, als ein remedium extraordinarium angesehen wird, aufhebet, sondern nur nicht zulassen will, daß man selbiges als ein remedium suspensiuum ordinarium contra sententias gebrauchen solle, endlich ad 5) an der læsion es hier nicht ermangelt, da man aus dem Vergleich selbsten so fort wahrnimmt, daß dem Imploraten nur $\frac{1}{3}$ von der Reginen Erbschafft zuerkant, darüber allein gestritten, und doch gleichwol Imploranten über die gantze Erbschafft und derer genossenen Revenüen, mithin vltra limites iudicatorum, transigiret haben, welches als ein indebitum anzusehen, auch bey solchen einfältigen Bauren, die leicht zu bereden sind, zu præsumiren ist.

l. 25. §. 1. de probat.

Hierüber die articuli probatoriales probabiliter darthun, daß die Implorantes dabey überteubet worden, und was von deren $\frac{2}{3}$, die Implorat ex cessione coheredum behaupten will, dabey erwehnet ist, bishero nicht in lite gewesen, vielmehr altioris indaginis und zuvor zu untersuchen ist, ob die cedentes zu der Zeit noch ein Recht gehabt, oder per præscriptionem bereits verlohren haben, imgleichen ob die cession in allem ihre Nichtigkeit habe, dergestalt, daß wegen solcher hervorscheinenden læsione enormissima um destomehr die restitution denen Imploranten angedeyen müssen, wiewol da sie durch dieses Gesuch dem Imploraten Unkosten, gegen dessen Verschulden verursachet, sie solche billig zuforderst refundiren müssen. *Ad Lib. XXII. T. VI.*

PETR. BARBOSA *ad l. 79. pr. de iudic. n. 192. sq.*

So hat geschehener massen erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXXXVII.

LIB. XXIII.

Ad Lib. XXIII. T. I.

Tit. I. De sponsalibus.

DECISIO CCCCXIX.

THEMATA.

I. Sponsalia non perfunctorie, sed rite probanda.

II. *Confessio qualificata est, si reus de sponsalibus conventus illa conditionata fuisse asserit.*

SVMMARIA.

Nemo ad procuratorem iudicialem constituendum cogi potest n. 1.

Nisi protractio litis id suadeat n. 8.

Actor cautionem pro reconuentione et expensis præstat n. 2.

Nisi lis fuerit probabilis n. 9.

Solus consensus constituit sponsalia n. 3.

Arrha an inferat sponsalia n. 4.

Curator in sponsalia consentire non tenetur n. 5.

Quid iure Baruthensi ea in re obtineat n. 6. 12.

Militia repudii caussam non constituit n. 7. 13.

Testes in caussa sponsaliorum seruato iuris ordine examinandi n. 10.

Confessio qualificata adesse dicitur, si reus negotium conditionate gestum esse asserit n. 11.

Als derselbe uns angebrachte Ehe-Klage und erfolgte Gesetze in Sachen L.L. aus Emskirchen, Klägern an einem, K.M.F. Beklagtinne am andern Theil, in dem zurückkommenden fasciculo actor. zugeschicket ꝛc.

Daß Kläger zu mehrerer Beschleunigung dieser Sache zuforderst einen procuratorem ad acta zu bestellen schuldig, mit der angesonnenen cautione pro reconventione et expensis aber, gestalten Sachen und Umständen, noch zu verschonen, und weil die Beklagtinne der Klage nicht allerdings geständig, so ist Kläger den Grund derselben, und so viel

Ad Lib. XXIII. T. I.

ihm daran verneinet, binnen vier Wochen zu beweisen gehalten, wobey so wol denselben des Zeugens Friedrich Berthold Aussage, wenn derselbe legaliter et seruato iuris ordine abgehöret seyn wird, sich zu gebrauchen, als Beklagtem den Gegenbeweiß, Eydes-delation und andere Rechts-Wohlthaten binnen eben derselben Frist zu führen unbenommen bleibet, ferner darauf zu beschehen, was Recht ist.

Rationes dubitandi.

Ob wol anfänglich niemand, vt per procuratorem agat, gezwungen werden kan, sondern solches lediglich in der Freyheit stehet, welcher sich Kläger bedienet, und theils in Person erschienen, wie das protocollum introlationis sub n. 58. anzeiget, theils die schrifftlichen Sätze unterschrieben, hergegen die von ihm geforderte cautio pro reconuentione et expensis nöthig seyn will, nachdem ex actis nicht ersichtlich, daß er angesessen, in welchem Fall denen bekanten Rechten ein ieder Kläger dazu verbunden ist. Die Haupt-Sache aber betreffend, Kläger vermeinen will, daß er den Grund seiner Klage, welcher in dem ordentlichen Ehe-Verlöbnisse mit der Beklagtinnen bestehe, durch das protocollum iudiciale sub n. act. 4. dargethan, und wenn solches eydlich von dem Zeugen Bertholden bestärcket werden solte, er zum wenigsten zum iuramento suppletorio gelassen werden müsse, zumahl der daselbst abgehörte Zeuge den 6. Mart. 1747. deponiret, daß ohngefehr vor sieben Wochen vorher er mit Klägern und dessen Vater ad instantiam der Beklagtinnen Vater und dessen Tochter-Manns von Nürnberg, zu gedachter Beklagtin Vater kommen müssen, und nachdem allerseits interessenten wegen der künftigen Versorgung der beyden Hauptpersonen Abrede genommen, Klägers Vater die Beklagtinne in seiner und ihrer Eltern Gegenwart gefraget, ob sie seinen gegenwärtigen Sohn heyrathen wolle, sie darauf geantwortet:

Ja, ich will ihn.

nach welcher gethanen Erklärung denen beyden Verlobten so wol von allerseits Eltern als von dem Zeugen und ihrem Schwager die Glückwünschung geschehen und von ihnen angenommen worden, sie darneben einander die Hände gegeben, Zeuge auch gehöret, daß die Beklagtinne das Ehe-Pfand vorher schon empfangen haben solle, woraus denn erhellen möchte, daß das Eheverlöbniß ohne alle condition geschlossen und ihr Vater pure darin consentiret, welches alles denen gemeinen Rechten nach genug ist ad sponsalia valide contrahenda, zumahl beyderseits Eltern consens dabey gewesen, sie auch in Gegenwart zweyer Zeugen, als des abgehörten Bertholden und der Beklagtin Schwagers, der hauptsächlich das gantze Werck getrieben, sich ordentlich verlobet, dergestalt die exceptio clandestinorum sponsaliorum et non competentis actionis hier gäntzlich cessiren will, allermassen, ob gleich der Beklagtin Vater n. act. 12. vorgeben wollen, daß er nicht anders, als auf den Fall consentiret, wenn seiner Tochter Vormund in Nürnberg consentiren würde, dessen consens, weil seine Tochter von ihm gantz abgesondert sey, zuforderst seiner Meinung nach eingeholet werden müssen; dennoch bey dem actu der Verlobung davon nichts vorgekommen, auch jonsten die Rechte eines curatoris consentium nicht erfordern, qui tantum administrationis bonorum causa datur,

l. 20. D. de rit. nupt.

also auf den Mangel dessen consensus wenig zu sehen, ohngeachtet derselbe nunmehro n. act. 28. den consens zu dieser vorseyenden Ehe nicht zu ertheilen sich declariret, sondern genug ist, daß ihr Vater consentiret, welcher sein Recht über sie dadurch nicht verohren, daß sie in Ansehen der maternorum, wie er ad secunda vota getreten, von ihm abgesondert ist, welcher actus bloß ihre Güther, nicht aber ihre Person angehet. Ferner ob gleich der Eltern und Vormünder consens in dem *corp. constit. Baruth.* nach n. act. 53. erfordert wird, dennoch billig zu glauben, daß solches in sensu diuiso, und also zu verstehen, daß der Vormünder consens nur alsdann, wenn der Vater todt ist, erfordert werde. Endlich nicht hindern möchte, daß Kläger inzwischen ein Soldate geworden, weil solches keine iusta causa repudii ist, er auch nicht freywillig diesen Stand angenommen, noch er wegen eines liederlichen Lebens, nach dem atteftato n. act. 59. dazu weggenommen sey, woraus so viel erhellen möchte, daß so fort in der Hauptsache erkant werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die acta ergeben, daß Kläger, weil er auf commando gewesen, viele Monat den Proceß aufgehalten, und dessen Sachwalter aus Mangel einer Vollmacht denselben zu prosequiren bedencklich gehalten, dieserwegen, weil dem publico viel daran gelegen, vt lites citius finiantur, wozu vornemlich die Bestellung eines Anwaldes viel mit beyträget, ein iudex ex officio auch auf dessen constitution dringen und sprechen muß, weil dem Kläger nach seinem itzigen Zustande mehr dergleichen Verhinderniße zustossen können, so daß billig alhier auf Bestellung eines Anwaldes ad acta erkant werden müssen; da hergegen die abgeforderte caution vor überflüßig zu achten, zumahl das protocoll sub n. act. 4. darthut, daß Kläger kein

kein actor temerarius und wohl schwerlich an einige refusionem expensarum zu gedencken
9 sey, bevorab da allenfalls die Beklagtinne laut n. act. 50. eine gute Post von Klägern in Händen hat, die sie nicht gäntzlich abgeleugnet, und daran sie allenfalls sich halten kan. Uebrigens die Hauptsache betreffend, die Beklagtin vornemlich exceptionem non competentis actionis opponiret, daß die sponsalia nicht zu Stande kommen seyn sollen beständig asseriret, und zu dem Ende leugnet, daß sie den empfangenen Ducaten und harten Thaler zum Ehe-Pfand empfangen habe, wie Kläger laut act. n. 1. vorgegeben, vielmehr sie solches Geld nur zum Einwechseln erhalten zu haben vermeinet, ferner auch sie an sich nicht kommen lassen will, daß sie pure sich mit ihm verlobet, also der Grund der Klage noch ungewiß und unerwiesen ist, allermassen dazu das sub n. 4. ad acta gegebene protocollum nicht zureichend ist, als welches unbeschworen und keine vim probandi, nequidem semiplenam, hat, auch nicht ein-
10 sten zureichen will, wenn solches gleich von dem Zeugen beschworen werden solte, weil derselbe nicht seruato iuris ordine, sondern nur summarie seine Aussage gethan, Beklagtinne mit ihren interrogatoriis nicht darüber gehöret, und dahero zuforderst der Beweiß ordentlich zu führen ist, welcher in causis sponsalium tanquam causis arduis billig und nicht so obenhin geführet werden muß, Kläger auch von dessen Führung sich dadurch nicht los machen kan, daß die Beklagte per indirectum die sponsalia eingestanden, indem sie sowol als ihr Vater beständig dabey geblieben, daß dieselbe sub conditione eingegangen worden, quia hæc implicita confessio qualitatem ad-
11 iectam dubiam habet, qua in effectu negatur actoris intentio, quam ideo probare debet,

LAVTERBACH *de confess. §. 55.* *Ad Lib.*
TRENTACINQ. *lib. II. tit. de confess. XXIII.*
vers. 1. n. 19. *F. 1.*
FABER *in C. lib. VII. tit. 24. def. 1.*

daß es also noch zur Zeit auf den Beweiß und Gegenbeweiß ankommet, und sich suo tempore finden wird, ob Kläger so viel und zwar dieses darthun werde, daß er sich pure mit der Beklagtinnen in Gegenwart ihrer Eltern verlobet, daß er allenfals ad iuramentum suppletorium, als welches nicht gäntzlich in sponsalium causis verwerflich, gelassen werden könne, wenn er ausser Bertholden keine mehrere Zeugen auffinden solte, daran es doch nicht ermangelt, indem der Beklagtinnen Schwager aus Nürnberg ja mit dabey gewesen, der pro re nata in hac sponsalium causa in subsidium iuris vor seiner ordentlichen Obrigkeit wohl abgehöret werden kan. Sonsten aber und wenn die sponsalia pure geschlossen seyn solten, man auf den Mangel des consensus curatoris nicht viel zu reflectiren haben wird, da der Beklagtinnen Eltern dabey gewesen, darin consentiret, und allenfals in Mangel derselben der consensus curatorum nur nöthig ist, wie die constitutio 12
Baruthensis ohne Zweiffel zu verstehen ist. Endlich die exceptio iusti repudii ob præsentem statum militarem actoris in keine Achtung zu ziehen ist, als welcher kein impedimentum denen nuptiis machen, und allenfals 13
wieder geändert werden kan, wenn dazu Ernst gebrauchet werden solte, vor der Hand aber darauf noch nicht zu reflectiren, vielmehr als res altioris indaginis anzusehen.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen, veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE AVG. MDCCXLVIII.

RESPONSVM CCCCXX.

THEMA.

Sponsalia concubitu firmata præferuntur coniugio subsequenti etiam inter catholicos, quoties concilium Tridentinum alicubi non receptum.

SVMMARIA.

Matrimonium ob interesse priuatum post copulam sacerdotalem impugnari nequit n. 1.
Exceptio de iure tertii cessat n. 2.
Sponsalia concubitu firmata matrimonium ratum inferunt n. 3.
Non secundum concilium Tridentinum n. 4.
Sponsalia de præsenti hodie exulant n. 5.
Mutatio religionis non dissoluit coniugia n. 6.
Mutatio religionis in fraudem legis non admittitur n. 7.

Ad Lib XXIII. T. I.

Sponsalia concubitu firmata inter protestantes ratum matrimonium constituunt n. 8.

Adeo vt refractarius absolute ad consummationem cogi possit n. 9.

Et filius, benedictione sacerdotali ob mortem non accidente, natus sit legitimus n. 10.

Matrimonium inter protestantes ratum ob religionem mutatam apud catholicos irritari nequit n. 11.

Missio in bona refractarii ob sponsalia concubitu firmata decerni potest n. 12.

Nullitas matrimonii absoluta etiam post benedictionem sacerdotalem allegari potest n. 13.

Subdole extorta confessio non nocet n. 14.

In foro contractus seu sponsaliorum initorum ad consummationem matrimonii agitur n. 15.

Als dieselbe uns eine facti speciem nebst drey Fragen ꝛc.

Hat C. L. ein dasiger Tagelöhner, welcher von Evangelischen Eltern gebohren, und von selbigen in der Evangelischen Religion auferzogen worden ist, mit M. M. N. unter Bewilligung seiner Mutter und der N. Anverwandten sich ehelich versprochen, solches Versprechen aber, weil ihm die zeitliche Mittel zu deren Versorgung ermangelt, durch priesterliche copulation nicht so fort vollenziehen können, indessen doch mit dieser seiner Braut sich fleischlich vermischet und sie geschwängert, wie solches die N. bey dero ministerio bereits angebracht und er eingestanden hat, diesem ohngeachtet, gedachter L. hierauf durch einen seiner Bekanten, mit Nahmen E. T. in der Trunckenheit sich verleiten lassen, das vorgegangene eheliche Versprechen mit der N. und deren Schwängerung leicht zu achten, und, da ihm von gedachten T. die Versicherung gegeben worden, daß man vor ihn zu Erlangung eines eigenen Hauses und des Bürger-Rechts sorgen würde, er überdieses ein Viertel Malter Korn, eine Clafter Holtz, und ein neues Kleid bekommen, und von der N. ihrem Anspruch frey gemachet werden solte, sich ohne diese Sache vorher in einige Ueberlegung zu ziehen, eine ihm vorgeschlagene Heyrath mit einem andern Weibes-Mensch Catholischer Religion, die schon von einem andern imprægniret gewesen, und die ihm zugestellete 12 Gr. zu Erkauffung eines Ringes, um sich mit selbiger zu verloben, anzunehmen, auch würcklich ohne Anstand diese Verlobung zu vollbringen. Hat ferner gedachter L. bey ihrem ministerio angebracht, daß, ob ihm gleich dem andern Tag die Reue dieserwegen angekommen, dennoch E. T. ihn von neuen zu bereden gewust, sich mit der Catholischen von einem andern imprægnirten Weibes-Person priesterlich nach denen ritibus der Catholischen religion, copuliren zu lassen, sich selbsten zu dieser religion zu wenden, und so gar auf die an ihn gethane Frage öffentlich zu bekennen, daß er Vater zum Kinde wäre, mit welchem die an ihn getrauete schwanger gienge, ob er wol nunmehr versichert, daß er weder vor, noch nach der copulation diese Catholische ihm angetraute fleischlich erkant, und dahero die von ihm geschehene Aussage, als wenn er Vater zu deren tragenden Kinde wäre, wiederuffen hätte. Hat nun die schon vorher in seinem Gemüthe entstandene Reue, daß er die N. durch sein unbedächtliches Verfahren betriebet und verlassen, darneben seine religion geändert, von neuen sein Gemüthe, wie er dem dasigen ministerio angezeiget, also eingenommen, daß er dasselbe auf keine Art zu beruhigen vermeinet, als wenn er das der N. gethane eheliche Versprechen erfüllete, und sich zu der von ihm verlassenen Evangelischen religion wiederum bekennete, und deswegen bey ihrem ministerio ihn als ein Glied ihrer Kirchen wieder aufzunehmen und alsdann die priesterliche Einsegnung mit der N. ihm zu ertheilen inständigst angesuchet, deswegen auch dieselbige, wenn er vorhero seine übereilte religions-Veränderung wieder bußfertig erkennet, und den ernstlichen Vorsatz, einen nach unserer heiligen religion, insonderheit tugendhafften christlichen Lebenswandel künftig iederzeit zu führen, gefasset haben solte, kein Bedencken getragen, demselben die gesuchte Aufnehmung in unserer Evangelischen Kirchen zu zusagen, wie wol denenselben dabey bedencklich gefallen, ihn nach seinem Verlangen mit der N. zu copuliren, und dahero bey solchen critischen Umständen erstlich belehret seyn wollen:

Quæstio I.

Ob des L. sein mit der N. vorgegangenes eheliches und durch deren Schwängerung noch mehr bekräfftigtes Ehe-Versprechen der andern mit dem Catholischen Weibes-Menschen geschehenen ehelichen Verlobung und erfolgter priesterlicher copulation vorzuziehen sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol hierbey angeführet werden möchte, daß 1) L. einmahl mit der Catholischen Weibes-Person die Ehe öffentlich vollzogen, und ohne Zweiffel sich vermöge des concilii Tridentini öffentlich aufbiethen lassen, gleichwol nicht zu befinden, daß sich die N. dabey gemel-

gemeldet und Einspruch gethan, so ihr doch obgelegen, dieserwegen sie sich nunmehro an ihrer contradiction verspätet, und deswegen abzuweisen sey,

c. fin. X. qui matrim. accus. poss.

bevorab, da 2) wenn diese getroffene Ehe angefochten werden solte, nicht L. sondern sie allein dazu berechtiget seyn würde, cum nemo suum proprium factum impugnare queat, vielmehr sein Anführen eine exceptionem iuris tertii betrifft, so sich aber, wie wir aus der facti specie wahrgenommen, bey deren 2 ministerio nicht, sondern allein L. gemeldet, und diese Ehe nunmehr anzufechten intendiret. Vornemlich aber 3) hiebey in Erwegung zu ziehen seyn möchte, daß L. zur Catholischen religion einmahl übergetreten, und also die zwischen ihm und der Catholischen Weibes-Person geschlossene Ehe, durch ordentliche priesterliche copulation nach dem Rechte der Catholischen Kirchen nunmehro beurtheilet werden müsse, nach solchem aber

per *concil. Trident. sess. XXIV. de reform. c. 1.*

fest gesetzet ist, daß, ob zwar clandestina matrimonia libero consensu contrahentium facta pro ratis et veris matrimoniis zu achten, quamdiu ea ecclesia irrita non fecit, quorsum etiam sponsalia de futuro pertinent, ad quæ accessit concubitus, per quem transeunt in matrimonium, licet clandestinum, 3 adeoque semper præferri debeant,

c. 30. X. de sponsal.

dem ohngeachtet doch nunmehro solche clandestina matrimonia alle ihre Krafft verlohren, nachdem in concilio Tridentino verordnet, daß dergleichen clandestina matrimonia pro irritis und krafftloß geachtet werden sollen, prout verba concilii Tridentini habent: qui aliter quam præsente parocho 4 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 præsente decreto irritos facit et annullat, woraus denn 4) wahrzunehmen, daß, ob zwar vor dem und nach dem iure canonico, sponsalia concubitu confirmata pro matrimonio indissolubili geachtet sind, iedoch solches nicht weiter in foris catholicorum angehe, vt sponsalia concubitu confirmata pro matrimonio habeantur,

FAGNANVS *ad c. 30. X. de sponsal. n. 8.*

et in effectu hodie cessant antiquæ contentiones de formularum diuersitate circa sponsalia inita,

ENGEL *in colleg. iur. can. tit. de sponsal. §. 1. n. 2.*

5 imo reuera sponsalia de præsenti, quæ matrimonium verum et ratum olim inducebant, *Ad Lib. XXIII. T. I.* hodie exulant,

ESPEN *in iure eccl. P. II. tit. 12. c. 5. n. 29. sq.*

BARBOSA *ad c. 30. X. de sponsal. n. 11.*

ZOES. *ad tit. de sponsal. n. 22.*

nach solchen suppositis principiis also von der geschlossenen Ehe zwischen zween der Catholischen religion zugethanen zu iudiciren, was vorher geschehen, nicht zu attendiren, vielmehr es das Ansehen gewinnen will, als wenn statu ita mutato, da der L. sich zu der Catholischen religion gewendet, und sich mit der Catholischen Weibes-Person ordentlich copuliren lassen, die mit der N. geschehene Verbindung pro irrita, die letzte Verbindung aber allein nach dem concilio Tridentino vor die rechte wahre Ehe zu halten, und solche der mit der N. vorher getroffenen Verlobung und darauf erfolgten Schwängerung, als welche nicht mehr pro matrimonio zu halten, zu præferiren, dabey auch 5) in keine consideration zu ziehen sey, wann er nunmehr vorgeben will, daß er mit seiner angetraueten vorher sich nicht fleischlich vermischet, indem er sich einmahl zu dem Vater des Kindes, womit sie schwanger gehet, bekant, und die abermahls von ihm intendirte religions- 6 Veränderung ihn von dem vinculo matrimonialii, welches zu der Zeit der copulirung seine validität und Richtigkeit gehabt, nicht losmachen kan, cum mutatio religionis non dissoluat coniugia.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die letzte angeführte ratio hier zuforderst in Erwegung zu ziehen, nach welcher auf den originem negotii et eius validitatem zu sehen, und wenn solches seine Gültigkeit und vollkommenes vinculum gehabt, niemand davon weiter abgehen kan, welches nicht einmahl per voluntariam religionis mutationem geschehen mag, als welche zwar nach dem **Osnabrückischen Friedensschluß** libera ist, iedoch citra præiudicium tertii, nec in fraudem legis geschehen muß, welches beydes der gesunden Vernunfft so wol, als denen gemeinen Rechten gemäß ist, quæcunque enim in fraudem legis fiunt, pro infectis habenda, 7

l. 5. C. de LL.

nec vlla pacta valent in præiudicium tertii et contra publicas leges inita,

c. 7. X. de pact. c. 12. X. de foro compet. ibi: *pacto priuatorum iuri publico minime derogari,*

welches hier seine gute application findet, da er bloß seine religion changiret, und sich mit der Catholischen Weibes-Person trauen lassen, damit man ihn von der N. frey und los

Ad Lib. XXIII. T. I.

machen, und er wider alle Rechte diejenige verlassen möchte, mit der er bereits auf das kräfftigste vinculo indissolubili verbunden gewesen, anerwogen alhier vor allen Dingen fest zu setzen ist, daß beyde damahls, wie sie sich verlobet, und solche Verlöbniß mit consens derer interessenten ordentlich vorgenommen, zu der Evangelischen Kirchen gehöret, zumahl sie beyde in derselben erzogen und gebohren, und wie nun L. seine Braut in solchem Zustand und ante mutationem religionis geschwängert, so, daß die vorhergehende sponsalia, licet de futuro fuerint, per concubitum subsequentem bestätiget worden, sich dabey ohnstreitig hervorthut, daß dieses vinculum blos allein nach denen principiis protestantium, welche hierin bey dem iure canonico geblieben sind, erörtert, und davon nach diesem allein, da es inter protestantes getroffen, iudiciret werden muß, allermassen ohnstreitig ist, daß das concilium Tridentinum die protestanten nicht verbinde, und dahero nach diesem von denen sponsalibus protestantium copula carnali confirma-
8 tis nicht geurtheilet werden könne, welches der bekante und gelehrte Iesuit

P. IACOB WIESTNER *in institut. canon. ad tit. de sponsal. art. VI. n. 147. sq.*

selbsten bekennet, und angezeiget, daß an denen Orten, wo das concilium Tridentinum nicht angenommen sey, es bey dem principio sein Verbleiben habe, vt in his locis hodie quoque consensus de præsenti, adeoque matrimonialis ex copula voluntarie habita præsumatur, vt probatio in contrarium non admittatur. Ratio præsumtionis a Dd. ea redditur, quod illam ex affectu coniugali processisse præsumendo excludatur peccatum, cuius reos sponsos de futuro facit, qui carnalem eorum coniunctionem non ex coniugali, sed fornicario affectu iudicat processisse, welches dieser gelehrte Iesuit

cit. tr. tit. de clandest. desponsat. art. 2. n. 22.

abermahls wiederholet, dieserwegen unter denen Evangelischen blos es bey der alten Lehre geblieben, quod sponsalia etiam de futuro in verum et ratum matrimonium per copulam carnalem subsequentem transeant,

CARPZOV *in iurispr. conf. lib. II. def. 135.*

wie denn dieses der eintzige casus ist, in welchem man nach den wahren Verstande des iuris canonici die sponsalia de præsenti in-
9 ter protestantes dergestalt admittiret, ita vt refractarius absolute cogi possit, vt matrimonium etiam per solennitates ecclesiasticas consummet,

BOEHMER *tom. III. iur. eccles. ad tit. de sponsal. §. 56.*

STRYK *de diss. sponsal. sect. II. §. 49.*

adeoque si mors interuenerit, vt copula sacerdotalis ex accidente accedere non possit, infans ex sponsa natus legitimus habetur, 10
vt patri suo succedere possit,

BRVNNER *in decis. matrim. c. 2. n. 17.*

COTHMAN. *vol. I. resp. 10. et 78.*

CARPZ. *P. III. const. 14. def. 12.*

STRVV. *exer. 29. §. 26. in f.*

wie unsere facultät in simili casu noch vor weniger Zeit erkant hat, dergestalt wir also bey der decisione Gregorii IX.

in c. 30. X. de sponsal.

stricte geblieben sind: is, qui fidem dedit M. mulieri super matrimonio contrahendo, carnali copula subsecuta, etsi in facie ecclesiæ ducat aliam et cognoscat, ad primam redire tenetur, quia licet præsumtum primum matrimonium videatur, contra præsumtionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda. Ex quo sequitur, quod nec verum, nec aliquod censetur matrimonium, quod de facto est postmodum subsecutum. Dem zu folge dann auch von dem gegenwärtigen casu zu iudiciren und zu constituiren ist, daß die erfolgte copulation mit der Catholischen Weibes-Person null und nichtig sey, L. wieder zu N. als seiner Frauen kehren, und derjenige Geistliche es schwer zu verantworten hat, daß er diesen actum fustraneum in fraudem legis et præiudicium sponsæ prioris defloratæ, an welche er vinculo indissolubili verbunden gewesen und davon er Wissenschafft gehabt haben muß, vorgenommen, und blos, weil L. die religion zu changiren sich bereden lassen, diesen actum vorgenommen, nicht zu gedencken, daß es bey der letztern Verlobung gantz illegal und unordentlich zugegangen, man ihm versprochen, ihn von dem vinculo mit seiner geschwängerten Braut los zu machen, welches doch nicht möglich gewesen, ja man ihn recht listiger Weise ein von einem andern impregnirtes Mensch zu heyrathen, und sich per mendacium vor des Kindes, damit sie schwanger gehet, Vater auszugeben beredet, welche Umstände die gantze Trauungs-Handelung desto abscheulicher machen, und man zu der æquanimität der Herren catholicorum das Vertrauen fasset, daß sie solche offenbahre illegale und nulliter geschehene Trauung nicht approbiren, noch zugeben werden, daß dasjenige vinculum, welches inter euangelicos pro vero et rato matrimonio gehalten, und 11
nach dem iure canonico selbsten davor angesehen wird, per mutationem religionis aufgehoben werden könne, welches doch geschehen würde, wenn man die de facto getroffene copulation cum catholica femina soutenirten, und dadurch die in instrumento pacis so sehr etablirte æqualitatem inter vtri-

usque

usque religionis consortes, vi cuius, quod vni iustum, alteri quoque iustum esse debet, aufheben wollte. Dagegen denn nunmehro die rationes dubitandi wenig verfangen, anerwogen ad 1) ob eine Aufbietung vor der copulation geschehen, oder solche von dem Ertzbischoff-Geistlichen Gerichte erlassen sey, wir aus der facti specie nicht wahrnehmen können, und wenn solche, wie wir wegen der præcipitanter geschlossenen Ehe præsumiren, nicht geschehen seyn sollte, alsdann die ratio dubitandi von selbsten hinweg fällt, welche aber auch nichts zu operiren vermag, wenn die tria banna ecclesiastica geschehen seyn sollten, zumal hier nicht blos mera causa priuati impedimenti, so die copulation durch die contradiction der N. suspendiren können, sondern vielmehr causa publici impedimenti vorhanden, welches die nachgehends geschlossene Ehe schlechterdings, wegen der mit der N. vorher nach

c.30. X. de sponsi.

vollenzogenen Ehe verhindert, vorhanden, und das daraus erfolgte vinculum vor indissolubel zu achten, vt talis sponsus, qui
12 sponsalia per copulam carnalem in matrimonium transire fecit, non potuerit aliam in facie ecclesiæ ducere, quod adeo verum est, vt si refractarius ad copulam sacerdotalem ob fugam vel aliam contumaciam cogi non possit, sponsa imprægnata iudicis ecclesiastici auxilium implorans per sententiam pro eius vxore legitima tandem haberi et declarari queat,

BÖHMER *tom. III. iur. eccl. protest. tit. de sponsal. §. 56. in f.*

auf dergleichen publica impedimenta aber, quæ nullitatem absolutam matrimonii postea de facto contracti inducunt, bekanter
13 massen die dispositio c. f. qui accus. matrim. poss. nicht zu ziehen, sondern solche noch allemal und von beyden interessenten angeführet werden kan, beyorab da die gantz illegale Verführung und subdola persuasio hinzu gekommen, daß L. ein fremdes factum über sich nehmen, und vorgeben müssen, als wenn die Catholische Weibes-Person von ihm geschwängert worden, wovon er sich allenfalls vermittelst Eydes bey solchen bedencklichen Umständen reinigen kan und muß, und alsdann dergleichen subdolis machinationibus von keinem vernünfftigen Richter nachgesehen werden kan, wozu doch absonderlich der Priester, der die copulation verrichtet, und welcher diese impedimenta publice nota, so sich bey L. befunden, vorher dem geistlichen Gericht anzeigen sollen, ein grosses beygetragen, dahero denn ad 2) nicht allein die N. sondern L. selber dabey interessiret ist, vt non de iure tertiæ, sed de iure suo, seu de impedimento publico, quod matrimonio de facto contracto obstat, agere queat, die N. auch sich allenfalls nicht entbrechen wird, ihr Recht hiebey principaliter zu beobachten. Uebrigens ad 3) wir schon vorhin ausgeführet haben, daß diese Sache nicht nach dem concilio Tridentino, sondern bloß nach dem *c. 30. X. de sponsal.* zu decidiren sey, und also ad 4) die im Gegentheil formirte conclusio hinweg falle, am allerwenigsten aber ad 5) die von L. als einem einfältigen armen Tagelöhner, subdolis artibus extorquirte confession ihm præiudiciren mag, vielmehr wenn man die geschwängerte Weibes-Person darüber gerichtlich mit nachdrucklichen Ernst constituiren wird, sich alsdann ohne Zweiffel leicht offenbaren wird, wer Vater zu ihrem Kinde sey, welches auf die kluge Veranstaltung eines mit Weisheit von Gott begabten Richters, der ohne Ansehen der Person richtet, vornemlich ankommen, und demselben zeigen
14 wird, was von dergleichen moderatæ et illegaliter getroffenen copulationen, wie mit L. geschehen, zu halten sey.

Ad Lib. XXIII. T. I.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß das mit der N. ehelich geschehene und durch die Schwängerung bestärckte Versprechen der mit einer Catholischen Weibes-Person erfolgten copulation vorzuziehen sey.

Betreffend die andere Frage:

Quæstio II.

Ob dieselbe, wenn die N. Ehe-Versprechung vor der andern geschehenen copulation einen Vorzug habe, den L. mit der N. priesterlich trauen zu lassen befugt seyn?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol die anderweit intendirte Trauung von der quæstione præiudiciali dependiret, ob die geschehene copulation mit der von einem andern geschwängerten Catholischen Weibes-Person pro non facta zu achten? welches nicht anders als per sententiam iudicis declaratoriam vorher geschehen mag.

Weil aber dennoch man diese billig voraus setzet und nicht ausschliesset, jedoch dabey in Erwegung zu ziehen hat, daß, wenn die N. auf die Vollenziehung der Ehe dringen sollte, sie nothwendig in foro ecclesiastico euangelico solches thun müsse, angesehen diese Ehe inter protestantes zu der Zeit, wie sie noch Protestanten gewesen, getroffen,
15

Ad Lib. XXIII. T.I.

troffen, und L. noch damahls sub foro ecclesiastico protestantium gestanden, als er seine Braut geschwängert, und dadurch die Ehe nach dem *c. 30. X. de sponsal.* mit ihr vollenzogen, also daselbst forum contractus ist, ja er nunmehro wieder zu der Evangelischen Religion, wie ihm vermöge des Oßnabrückischen Friedens-Schlusses frey stehet, getreten, dabey aber die ihm per copulam sacerdotalem de facto angetrauete interueniren, und ihre iura, wenn sie will, ausführen kan, und da die Sache liquida blos auf eine quæstionem iuris ankommt und keiner altiori indagini unterworffen, die Sache bald zum Schluß gebracht, und die transmissio actorum geschehen kan.

So ist vorher die sententia declaratoria nullitatis abzuwarten, und nach deren Erfolg alsdann die Trauung mit der N. zu vollstrecken.

Endlich so viel die dritte Frage betrifft:

Quæstio III.

Wie dieselbe diese Sache klüglich einzurichten, daß sie dieserwegen mit dem dasigen Ertzbischöflich geistlichen Catholischen Gericht in keine collision gerathen möchten?

So gehet unsere rechtliche Meinung dahin, daß, weil diese Sache per indirectum causam religionis et ecclesiæ betrifft, vornemlich denenselben zu recommendiren sey, mit dem Ertzbischöflichen geistlichen Gerichte sub directione des dasigen preißwürdigen Stadthalters Hochwürdigen Gnaden hierüber in vertrauliche conferenz per deputatos zu treten, solche sich deswegen auszubitten, und sich zu aller möglichen Gefälligkeit zu offeriren, dabey auch allenfalls, wenn es beliebet werden sollte, unser Gutachten demselben communiciret und also versuchet werden kan, ob, inspecta manifesta iustitia causæ, nicht ohne grosse Widerrede und weitläufftiges processiren die Abthuung dieser Sache und die cassation der letzten Ehe erhalten werden könne. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXLVII.

DECISIO CCCCXXI.

THEMATA.

I. Seriæ declarationes de futuris nuptiis constituunt sponsalia.

II. Matris consensum ad nuptias requirere non tenetur, qui extra eius conuictum degit.

III. Sponsalia concubitu firmata absolute sunt consummanda.

SVMMARIA.

Simulata promissio vitiat sponsalia n. 1.
Sponsalia sine testibus inita in ducatu Gothano non obligant n. 2.
Nec sine matris consensu n. 3.
Dolosa inductio vitiat sponsalia n. 4.
Seriæ contestationes simulationem excludunt n. 5. 7.
Subscribere ac consentire sunt paria n. 6.
Mater, sub cuius directione filius non amplius est, in nuptias consentire non tenetur n. 8.
Sponsalia concubitu, licet sine matris consensu, firmata consummari debent n. 9.
Conditio a desponsatis per concubitum remissa censetur n. 10.

Auf

Auf angebrachte Ehe-Klage und erfolgtes Verfahren in Ehe-Sachen A. C. W. G. von E. Klägerin an einem, und des Laquayen C. W. S. Beklagten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden ꝛc. nach vorgehabten Rath auswärtiger Gottes- und Rechts-Gelehrten in Gottes Wort und denen Rechten gegründet zu seyn ꝛc.

Daß Beklagter Einwendens ohngehindert die Ehe durch priesterliche copulation zu vollenziehen schuldig, und durch gebührende Zwang-Mittel billig darzu angehalten werde, daneben auch die verursachte Unkosten nach deren vorgehender liquidation und erfolgter Mäßigung der Klägerin zu erstatten pflichtig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Klägerin 1) nicht leugnen mögen, daß das attestatum sub A dem Beklagten nach den fol. 26. sq. befindlichen Copeyen von ihrer Mutter vorgeschrieben, und er also dazu verleitet worden, damit sie nur ohne grossen Widerspruch an fremden Orte das Kind, womit sie schwanger gegangen, gebehren, zur Taufe bringen, und er diese Schwängerungs-Sache vor seinem Herrn verbergen möchte, sonsten aber 2) kein Ehe-Versprechen unter ihnen vorgegangen, so auch aus denen ad acta gebrachten nicht erhellen wolle, vielmehr das testimonium sub A nur simulatum sey, quales simulatæ pro-
1 missiones matrimonii nullam obligationem inducunt, si vel maxime instrumenta de matrimonio inito interuenerint;

l. 30. D. de nupt. l. 13. C. eod.

bevorab da man ihn listiglich zu deren Unterschrifft verleitet, und also das vermeintliche Ehe-Versprechen so wenig dem göttlichen Worte, als dem geistlichen Rechte gemäß zu achten. Darneben 3) durch das daselbst be-
2 findliche Ehe-mandat dergleichen heimliche Ehe-Versprechen, so ohne der Freunde oder zweyer Zeugen Gegenwart, wie hier geschehen, vollenzogen worden, gäntzlich cassiret und vor unkräfftig erkläret sind, wie f. 68. a gezeiget ist, ja 4) laut f. 49. es hier an des Beklagten Mutter consens gäntzlich ermangelt, indem, da sie darüber vernommen worden, sie contestiret, daß sie davon nicht gewust, auch ihren consens dazu nicht
3 geben könne, ohn deren consens kein Ehe-Versprechen gültig geschlossen werden mag. So dann 5) ob sie gleich von ihm geschwängert seyn möchte, dennoch die Beklagte, deren Mutter und Muhme ihn dazu alle Gelegenheit gegeben und verführet, allermassen sie selber eingestanden, daß an einem Abend,

da er bey ihr gewesen, und in seines Herrn Hauß nicht mehr kommen können, er bey ihr geblieben, und sie eine allgemeine Streu gemachet, auf welche die Klägerin bey ihm nebst ihrer Mutter und Muhme gelegen, und er sie damahls, da Mutter und Muhme geschlaffen, fleischlich erkant, welches die Mutter und Muhme billig verhüten sollen, so, daß man daraus schliessen möchte, als wenn sie ihn listig fangen wollen, wie sie dann 6) dadurch immer mehr und mehr ihn an sich gezogen, daß er so bald nicht von ihnen loskommen können, sondern wie bestrickt gehal-4 ten, und es endlich auf eine Geldschneiderey angesehen gewesen sey, also in allen so viel daraus erhellen möchte, daß sehr listig und unordentlich gegen das heilige Wort Gottes und allen Rechten hiebey verfahren, und daraus keine wahre Ehe zu schliessen, sondern vielmehr die Klägerin nach dem Ehe-mandat zu bestraffen sey, so dann er auch zwar von seiner Seite wegen seines Vergehen der Strafe nicht entgehen, jedoch von der Klage zu entbinden seyn möchte.

Ad Lib. XXIII. T. I.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) in dem attestato sub A und denen andern ad acta gebrachten Briefen des Beklagtens klares Bekäntniß zu befinden, daß er sich mit der Klägerin in Gegenwart ihrer Mutter und Mut-5 ter-Schwester verlobet, und festiglich versichert, daß er sich mit ihr copuliren zu lassen gemeinet gewesen, aber wegen der Reise seines Herrn nach Wien daran verhindert worden, darneben er Gott zum Zeugen darüber angeruffen, dergleichen betheurte Bekäntniß und Versicherungen vor kein simulirtes Werck und Kinder-Spiel zu halten sind, zumal obgleich der Klägerin Mutter diesen Entwurff ihm zugeschicket, er dennoch damit zufrieden gewesen, und sich durch seine Unterschrifft dazu bekennet, deswegen auch an den Herrn von W. geschrieben, cum sub-6 scribere idem sit ac consentire,

l. 18. de adopt. l. u. D. de except.

quia subscribens ea, quæ scripto comprehensa sunt, approbasse, confirmasse ac ratificasse censetur,

BARDILI *de subscript. c. VIII. n. 22.*
CARPZ. *P. II. dec. 121. n. 14.*

zumal da zu der Zeit, wie er zu Wien gewesen, er in völliger Freyheit gelebet, und wenn er sich nicht mit ihr verlobet und darauf geschwängert gehabt hätte, ihn niemand dazu zwingen mögen, sondern er mit gutem Bedacht, völligen Vorsatz, die Ehe mit der Klägerin zu vollenziehen, und also mit seiner Einwilligung dieses Bekäntniß unterschrieben haben muß, welches auch ad 2) die darauf abgelassene übrige Schreiben, die von

Ad Lib. XXIII. T. I.

niemand ihm vorgeschrieben sind, bekräfftigen, in welchen er seine eheliche affection gegen die Klägerin sowol, als sein kindliches
7 Bezeigen gegen deren Mutter gar zu klar darleget, und in dem fol. 32. befindlichen Briefe sich so gar der Klägerin Mutter, **als ein treuer aufrichtiger Schwieger-Sohn** recommendiret, welches er in Ansehen, daß er der Klägerin als seiner verlobten ehelich bereits beygewohnet, gethan haben muß, dergestalt hier an nichts weniger als eine simulation zu gedencken, noch einige Verführung oder listige Verleitung zu statuiren, vielmehr sein beharrlicher Vorsatz aus der gantzen correspondenz und Länge der Zeit erhellet, da die Verlobung bereits in anno 1744. geschehen, sie in anno 1745. von ihm ein Kind gehabt, er solches vor das seinige agnoscivet, nach der Zeit ferner mit ihr die correspondenz gepflogen, bis er erst im Anfang dieses Jahrs zuruck zu kehren den Schluß gefasset. Bey dergleichen besondern Umständen aber ad 3) die Sache nicht blos in dem Ehe-Versprechen stehen geblieben, sondern bereits die Ehe, inordinato licet more, unter ihnen vollenzogen, wiewol auch die Verlobung in der Klägerin Mutter und deren Schwester Gegenwart, und also nicht schlechterdings heimlich geschehen, noch ad 4) auf den detectum consensus materni von Seiten des Beklagten zu reflectiren, angesehen eines Theils solcher nicht gäntzlich manquiret, da des Beklagten Mutter fol. 49. b bereits so viel eingeräumet, daß die Klägerin sie öffters besuchet, und **Mutter** genant, woraus vernünfftig geschlossen werden muß, daß sie darum gewust, und tacite darin consentiret haben müsse, weil sonsten Klägerin dergleichen Benennung ohnmöglich thun können, obwol nunmehr des Beklagten Mutter leugnen will, daß sie ihren consens dazu gegeben, so, daß sine metu periurii sie nicht einsten ad iuramentum
8 purgatorium gelassen werden kan, andern Theils dieses letzte auch nicht nöthig ist, da Beklagter nicht mehr sub directione matris stehet, in Ansehen ihrer sich separiret, und in fremder Herren Dienste als Laquaye getreten, alsdann aber nur præcise der mütterliche consensus nöthig ist, wenn Söhne und Töchter noch unter der mütterlichen direction und deren Versorgung stehen, so in Ansehen des Beklagten nicht zu befinden, bevorab da res nicht mehr integra, sondern die copula carnalis hinzu gekommen ist, quo casu etiam inscia matre sponsalia contracta
9 consummanda sunt,

CARPZ. *lib. II. iurispr. consist. def. 60.*
BÖHMER *tom. I. P. I. conf. et decis. arg. 133. n. 7. sq.*

obwol sonsten ex regulis honestatis Beklagter billig seine Mutter mit zur Berathschlagung zu ziehen schuldig gewesen. Daß aber ad 5) der Klägerin Mutter und deren Schwester zur copula carnali Gelegenheit gegeben, und ihn dazu angereitzet haben solten, von ihm so wenig erwiesen, als es aus dem angeführten Umstand der gemeinen Streue zu schliessen ist, zumal Beklagter nicht leugnen mögen, daß schon die copula carnalis vorher geschehen, und nicht erst daselbst angefangen, die Mutter auch und deren Schwester wol nicht weniger vermuthet, als daß sie keinen Scheu tragen würden, sich fleischlich zu vermischen, da jene mit auf einer Streu gelegen, und endlich ad 6) Beklagter kein Kind mehr gewesen, so sich von der Klägerin und deren Mutter und Muhme lediglich führen und leiten lassen müsse, vielmehr seine eheliche und beharrliche affection aus allen Briefen hervor leuchtet, daß, ob er gleich den Vorsatz gehabt haben mag, die Ehe nicht eher, als bis er zu einem Dienst gelanget, zu vollenziehen, dennoch solches nunmehr, secuto concubitu, nicht weiter
10 in einige Achtung zu ziehen, cum ipso concubitu conditio etiam expresse adiecta sponsalibus remissa censeatur,

c. 30. X. de sponf.
c. 6. X. de condit. appos.

quin potius talia sponsalia copula carnali confirmata secundum quid pro matrimonio habenda sunt, et simpliciter consummanda.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE AVGVSTO MDCCXLVI.

DECISIO CCCCXXII.

THEMA.

De sponsalibus ex capite minorennitatis non rescindendis.

SVMMARIA.

SVMMARIA.

Ad Lib. XXIII. T. I.

Inordinata promissio non constituit sponsalia n. 1.
Sponsalia ex capite ætatis restitutionem in integrum admittunt n. 2.
Si onus graue ex illis imminet n. 3. 5.
Non ob solam minorennitatem n. 6.
Testes ad actum desponsationis speciatim non sunt inuitandi n. 4.
Minorennibus deceptis, non decipientibus restitutio in integrum datur n. 7.

Auf interponirte supplication und resp. gesuchte restitution in integrum nebst erfolgten gerichtlichen Einbringen in Sachen I. I. S. Beklagten und Supplicanten an einem, und A. C. F. Klägerinne und Supplicatinnen am andern Theil, erkennen Königl. Grosbritannische zum Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen consistorio verordnete Director, Consistorial- und Kirchen-Räthe, nach eingeholten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der eingewandten supplication und gebethenen restitution in integrum ohngehindert bey dem n. act. 45. befindlichen und den 8. Octob. 1741. eröffneten Urthel billig verbleibet, Beklagter auch die Unkosten des verzögerten processus nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung der Klägerin zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter sich durch das n. act. 45. befindliche Urthel grauiret zu seyn vermeinet, in welchem er condemniret worden, das mit der Klägerin getroffene Ehe-Verlöbniß zu vollenziehen, da doch eines Theils solches nicht constitutions-mäßig nach dem edict von 7ber Jan. 1733. vollenzogen, andern Theils er als minorennis dagegen allenfalls in integrum restituiret werden müsse, allermassen quoad prius aus denen vor und bey der Verlobung vorgefallenen Umständen ein ziemlicher dolus sich hervor thue, und dieselbe darzulegen scheinen, daß der Klägerinnen Brodtherr, der Ober-commissarius Hahn, ein Sauf-Gelag, wozu er interessirte Freunde gebethen, angestellet, und seine 2 Gäste dazu, nicht aber zur Verlöbniß, inviriret,

test. ad art. 9.

solches aber zu dem Ende gethan, damit er inordinato more auf hinterlistige Weise dem Beklagten die Klägerinne, als seine Köchin, unter dem Versprechen, daß er ein Compagnie-Backen erhalten solle, anschmieren,

test. 5. ad art. 29.

und bey dem übermäßigen Trunck das Ehe-Versprechen von ihm ablocken möchte, be-

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

vorab da er, als er zu des Ober-commissarii Behausung beruffen worden, nicht gewust, was daselbst vorgehen solle, sondern er würcklich übereilet, und auf solche Weise gefangen werden wollen. Darneben auch vorgewendet, daß die Klägerinne keines unberüchtigten Lebens und Wandels sey, sondern mit in der Campagne zu Hameln als Köchin sich aufgehalten, und man leicht urtheilen könne, was von dergleichen Weibes-Personen zu halten sey; allenfalls er nach dem attestato sub-A n. act. 65. noch zur Zeit der Verlöbniß minorennis gewesen, und dahero, wenn die sponsalia gleich keinen Mangel haben sollten, dagegen in integrum restituiret werden müsse, welches beneficium auch gegen sponsalia pure contracta sowol, als gegen andere negotia bewehrter Rechts-Lehrer Meinung nach statt finden müsse, si maius et grauius damnum et præiudicium 2 ex futuro matrimonio imminet; nam minores sua facilitate decepti tunc restituuntur, si se oneri, quod suscipere non licuit, obligauerunt,

l. 44. de minor.

zu welchem onere auch übereilte sponsalia zu referiren, wodurch der Beklagte nicht gebunden werden sollen, weil die Klägerinne eine arme Dienstmagd, nichts in Vermögen hat, und über 10. Jahr älter als der Beklagte, und also die Parthie gantz inegal 3 sey,

BROUWERVS *de iure connub. lib. 1. c. 15.*

BÖHMER *tom. III. iur. eccl. tit. de sponsal. §. 87. seqq.*

dabey auch zu bedencken seyn möchte, daß nicht mehr res integra sey, sondern Beklagter sich bereits mit einer andern habe trauen lassen, wie aus der accusat. contumaciæ sub n. act. 82. erhellen will, dergestalt nunmehro die geschehene Verlobung ihren Endzweck nicht mehr erreichen könne.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus des test. 1. ad art. 1. seqq. Aussage deutlich erhellet, daß Beklagter die Klägerinne zur Ehe verlanget, und deswegen nach test. 1. et 2. Aussage ad art. 6. des Beklagten Vater allein, und wiederum derselbe mit Beklagten zu der Klägerin

Ad Lib. XXIII. T. I.

Brodt-Herrn, den Ober-Commissarium Hahn, gekommen, und um dessen consens zur Ehe mit seiner Köchin angehalten, welchen derselbe nach dem 7. art. ertheilet, und hinzu gefüget habe: sie sollten sich wohl bedencken und wiederkommen, worauf sie auch
4 wieder gekommen wären, testis 2. aber bald darauf die Zeugen zu Gaste geladen,

test. 3. et 4. ad art. 10.

und ihn vor dem Essen oder Trincken eröffnet, daß Beklagter die Klägerin seine Köchin heyrathen wolle, welches schon zureichend gewesen, ohngeachtet er sie nicht zum Ehe-Verlöbniß specialiter inuitiren lassen, als welches keine Gesetze erfordern, worauf denn nach test. 2. 3. 4. ad art. 16. Aussage Klägerin nebst Beklagten und dessen Vater in des Ober-Commissarii Vorsaal erschienen, und dieser laut art. 17. angezeiget:

Weil die Winckel-Ehen verbothen, so sollte anitzo Kläger und Beklagte sich öffentlich verloben,

worauf denn nach der Zeugen deposition ad art. 19. sqq. der Beklagte, dessen Vater und die Klägerinne ihren consens von sich gegeben, die Verlobung würcklich geschehen, sie einander die Hände darauf gegeben, und sich geküsset, die Zeugen aber nach dem art. 23. und 29. ihnen gratuliret, die Verlobung also geschlossen, und sie sich also darauf erst zu Tische gesetzet, woraus denn offenbar ist, daß es falsch und erdichtet sey, daß Beklagter übereilet, listiglich zu solchem Verlöbniß inducirt, und bey dem Trunck dazu gebracht sey, da die Verlobung vorher ordentlich und constitutions-mäßig geschehen, dieserwegen es ein purer Muthwille des Beklagten ist, daß er nunmehr nach geschehener ordentlichen Verlobung wieder zurücke zu treten gedencket, dazu er doch keine gegründete Ursache anzeigen können, zumal er mit nichts dargethan, daß Klägerinne eines berüchteten Lebens und Wandels sey, sie vielmehr sub n. act. 71. und 72. die besten attestata vor sich hat, und die Hauptmannin von Dreues n. 72. bezeuget, daß sie dieselbe als Köchin mit ins Lager vor Hameln auf ihre persuasion genommen, welches bey so gestallten Sachen ihren guten Leumuth nicht beflecken mögen. Uebrigens obwol Beklagter dargethan, daß er tempore sponsalium noch minorennis gewesen, und in thesi es seine Richtigkeit hat, quod minores etiam contra sponsalia restitui in integrum queant, dennoch in hypothesi dieses beneficium dem Beklagten nicht angedeyen kan;
5 neque enim semper ea, quæ cum minoribus geruntur, rescindenda, sed ad æquum et bonum redigenda sunt, itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sint, prætor se interponere non debet,

l. 24. §. 1. de minor. l. 12. §. 1. de admin. et peric. tutor.

anerwogen, wenn man pro lubitu die minores ex capite ætatis dagegen restituiren wolte, sich jedermann scheuen würde, mit minoribus Ehe-Verlöbniß einzugehen, da doch mehrentheils eine Person unter den Verlobten in minorenni ætate zu seyn pfleget, dahero dazu magna et probabilis læsio erfor-6 dert wird, die Beklagter nicht anführen können, zumal ob Klägerinne gleich nichts in Vermögen hat, dennoch er solches vorher gar wohl gewust, sein Vater der Verlobung beygewohnet, er mit demselben alles überlegen können, und dazu Zeit gnug gehabt, auch gnug ist, daß sie nach ihrem metier als Köchin die præsumtion, daß sie seinem Hauswesen wohl vorstehen und seinen Verdienst zu Rathe halten würde, vor sich hat, wodurch ihm ohne Zweiffel besser gerathen seyn würde, als daß er sich bald darauf an des Pedellen in Göttingen Tochter gehenget, durch dessen bishero gespielte intriquen von der Klägerin gäntzlich abgezogen, seinen äussersten Ungehorsam gegen alle inhibitiones und gerichtliche Verordnungen bezeuget, und dadurch das iudicium eludiren wollen, welches Verfahren ihn dieses beneficii gantz unwürdig machet, als welches ein beneficium iuris, kein instrumentum nequitiæ seyn muß; deceptis enim duntaxat iura succur-7 runt, non decipientibus. Dahero wofern das Anführen wahr seyn sollte, daß Beklagter auf eine unerlaubte und nichtige Weise sich mit des Pedellen Tochter sollte haben trauen lassen, solches, nachdem ihm aller Umgang mit derselben bey harter Geld-Buse verbothen worden, das Königl. und Churfürstliche consistorium zu ahnden nicht ermangeln wird, und nicht allein læsam autoritatem magistratus zu vindiciren, und an dem Geistlichen, so sie getrauet, zu ahnden, sondern auch dem iudicato seine gebührende Krafft zu geben,

STRYK *de dissens. sponsal. sect. IV. c. 2. §. 5.*

woraus denn zugleich abzunehmen, daß, weil es dem Beklagten an allem Schein Rechtens bey diesen interponirten remediis gefehlet, derselbe billig in die expensas retardati processus condemniret werden müssen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE SEPT. MDCCXLVI.

DECISIO

DECISIO CCCCXXIII.

Ad Lib. XXIII. T. I.

THEMA.

De consensu parentum in nuptias negato per consistorium supplendo.

SVMMARIA.

Post celebrata sponsalia consensum parentum contrahentes requisiuisse non sufficit n. 1.

Eo casu iuste parentes consensum denegant n. 2.

Sufficit tamen hoc casu desponsatos sibi consensum parentum reseruasse n. 3.

Desponsatio filiarum apud Romanos a patris mero arbitrio pendebat n. 4.

Hodie denegatum consensum consistorium supplet n. 5.

Etiam tunc, si sub conditione impetrandi consensus paterni desponsatio inita n. 6.

Sequestrum iniustum puella licite eludere potest n. 7.

Qui matrimonium extra parochiam ordinariam consummat, arbitrarie coërcendus n. 8.

Als die Herren uns das verstattete beneficium nondum deducta deducendi, und darüber erfolgtes Verfahren in Sachen G. D. H. vor sich und seiner Ehe-Frauen, imploranten an einem, und des Doctoris I. W. E. imploraten am andern Theil, nebst denen übrigen in dem zurück gehenden fasciculo befindlichen acten zugeschicket, und unseres in denen Rechten und protestantischen Religionsprincipiis gegründetes Urthel darüber gebethen ꝛc.

Daß es des eingewandten und verstatteten beneficii ohngehindert bey dem n. act. 73. befindlichen, und den 6. Iul. 1745. eröffneten Urthel billig verbleibet, jedoch ist implorat, daß er die Heyrath mit seiner Frauen nach denen protestantischen Kirchen-Rechten nicht Ordnungsmäßig vollenzogen, in 20. Thlr. Strafe billig zu nehmen, implorant aber schuldig seiner Tochter Kleider abfolgen zu lassen, da hergegen implorat mit seinem Suchen wegen seiner Frauen Ausstatt- und dotirung ad separatum zu verweisen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem itziger implorat, weil imploranten in die Ehe mit ihrer Tochter nicht consentiren wollen, ad supplendum consensum bey der Churfürstlichen Hof-Cantzley geklaget, und er ein bepfälliges Urthel den 6. Iul. 1745. erhalten, so hat implorant das beneficium non deducta deducendi dagegen interponiret, auch erhalten, da hingegen implorat, ohne Auswartung dieser neuen Untersuchung, den 24. Iul. ausser seiner ordentlichen Pfarr-Kirchen sich mit des imploranten Tochter trauen lassen. Ob nun wol dieses remedium in dem Religions-Vergleich art. 9. davon n. act. 99. extractus befindlich, gegründet, und implorant auf seine imploration dazu gelassen worden, auch zu dessen Behuf anführet, daß implorat sich mit seiner Tochter irrequisito patris et matris consensu in ein Verlöbniß eingelassen, solches selbsten den 1. Iun. 1744. angezeiget, vorstellend, daß er eine eheliche affection auf ihre Jungfer M. A. H. geworffen, und selbiger solches bedeutet, worauf dieselbe sich so fort erkläret, daß sie darin vollkommentlich consentirte, welches er nochmahls den 6. Iun. wiederholet, und dadurch sich selbsten verrathen, daß er mit seiner itzigen Frauen sich vorher ehelich verlobet, ehe er bey ihren Eltern um ihren consens angehalten, sonsten auch in actis nicht erwiesen, daß dieser consensus vorgänglich, und zwar ab initio, requiriret worden sey, vielmehr die n. act. 17. producirte attestata darzulegen scheinen, daß die Anwerbung um den elterlichen consens erst eo tempore geschehen, da schon die Eltern mit ihrer Tochter wegen dieser Heyrath in Mißhelligkeit gerathen, wie implorat selbsten n. act. 27. anzuzeigen scheinet, also zu der Zeit nicht mehr res integra gewesen, vielmehr das eheliche Versprechen zwischen imploraten und implorantens Tochter hinterrücklich geschehen, dieser also mit seiner Frauen, spreto eorum consensu, so wenig zu consentiren schuldig gewesen, als implorat pro supplendo consensu anhalten mögen, quin potius parentes ob neglectum eorum consensum et inde ortum contemtum recte dissentiunt,

BÖHMER *tom. III. iur. eccl. prot. lib. IV. tit. 2. §. 18.*

gestalt denn dieser contractus dadurch vermehret worden, daß seine Tochter den 30.

Ad Lib. XXIII. T. I.

May 1744. sich auf Anstiftung und Verführung des Imploraten heimlich aus ihres Vaters Hauß selbsten begeben, das sequestrum ergriffen, widerrechtlich Schutz gefunden, und dadurch ihnen, denen Eltern, ihre Tochter verweigert worden, welchem noch hinzutritt, daß Implorat, als Imploratens Tochter zu ihrer Mutter gekommen, um einige Kleider abzuholen, und die Mutter sie, dazu bleiben, inuitiret, Implorat veranlasset haben soll, daß sie coadunatis hominibus von da mit Gewalt wieder abgeholet und dergestalt von seinen subordinirten Leuten bestricket worden, daß sie dadurch, ohngeachtet sie noch nicht maioremus, in ihrem Ungehorsam verharret, und der elterlichen Zucht gänzlich entzogen worden, da doch in göttlichen und weltlichen Rechten der Gehorsam denen Kindern so theuer anbefohlen, auch seine Tochter sich schrifftlich zu allem Gehorsam, und daß sie wider der Eltern Willen nicht heyrathen wolle, erkläret, dem sie doch auf Imploratens Verhetzen entgegen gehandelt. Uebrigens, ob wol Implorat sich mit Imploratens Tochter den 24. Iul. nachdem das Urthel den 6. Iul. publiciret worden, trauen lassen, dennoch derselbe dadurch nichts widerrechtliches gehandelt zu haben vermeinen will, da Implorant ihm nicht notificiren lassen, daß er gegen das publicirte Urthel das beneficium nondum deducta deducendi ergriffen, er nochmahls um der Eltern consens anhalten lassen, und da er abermahls abschlägige Antwort bekommen, er dem Urthel gemäß sich trauen lassen, und ob wol solches ohne vorhergehende Aufbiethung geschehen, dennoch solche im gegenwärtigen casu unvonnöthen gewesen, nachdem ihm die Heyrath zu vollenziehen durch Urthel und Recht erlaubet worden, endlich wegen der Trauung ausser der Pfarre er nichts versehen zu haben glaubet, weil er sich deswegen mit dem Pfarrer leicht abfinden könne.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch in dem religions-Vergleich art. IX. §. 3. deutlich versehen, daß, was in dergleichen Sachen zwischen protestanten erkant, von der hochlöblichen Regierung zur execution gebracht und davon keine appellation, noch reuision verstattet, und nur alsdann die Verschickung der acten zugelassen werden solle, wenn einer oder andere sich beschweret finden solte, und etwas, so in vorigen actis nicht gewesen, oder nicht recht ausgeführet, nochmahls ausführen wolte, welches doch so wenig in hac causa vom Imploranten H. geschehen, daß keine bessere Ausführung irgendwo zu finden, noch etwas neues in der Hauptsache ad acta gebracht, sondern nur bloß eine superficiaria recapitulatio geschehen, so, daß mit allem Recht dieses gemißbrauchte und nachgelassene remedium verworffen werden können, wenn nicht die hochlöbliche Hof-Cantzley ex superabundanti das Verfahren verstattet und die transmission geschehen lassen, allermassen alles lediglich darauf in dieser Sache ankommt: ob Implorat mit Imploratens Tochter sich vorher heimlich verlobet, den väterlichen consens hindangesetzet, nachgehends re non amplius integra solchen erst gesuchet, so, daß die H. Eltern ob spretum eorum consensum mit Recht dissentiren können, auch nunmehr nicht mehr schuldig gewesen, causas, quare non, anzugeben? welches zwar Implorat behaupten, ja selbsten aus Imploratens Schreiben sub n. act. 1. und 6. erzwingen wollen, gleichwol beyde Schreiben vielmehr das Gegentheil anzeigen, indem darin gedacht worden, daß Imploratens Tochter auf geschehenen Antrag des Imploratens den consens der Eltern gleich vorgeschützet, sonsten aber von ihrer Seite ihn der Gegenliebe versichert habe, welche mutua declaratio mit negligirung und Verachtung des elterlichen consensus nicht geschehen, sondern expresse deren Bewerbung referiret worden, welches Implorant gegen sich gelten lassen muß, weil er vornemlich sein fundamentum agendi daraus genommen, ja auch abermahl seine deduction darauf gesetzet, gleichwol nichts ungebührliches und widerrechtliches darin vorgenommen ist, angesehen gantz vernünfftig und denen principiis iuris gemäß ist, daß, wenn iemand eine Person heyrathen will, er zuvorderst dieselbe londiren müsse, ob sie wol gesinnet sey, mit ihm, nachdem er eine eheliche affection auf sie geworffen, in den Ehestand zu treten, und wenn sie ihn bis auf elterlichen consens dessen versichert, alsdann der Eltern consens gehöriger massen requiriret werden müsse, bevorab da die Römische väterliche Gewalt, nach welcher die Väter über ihre Töchter frey disponirten, und es auf deren consens allein ankam, 4

l. 19. D. de ritu nupt.

in christlichen republiquen niemahls angenommen, sondern nach alten Kirchen-Rechten die Eltern ohne erhebliche Ursachen, wenn die Hauptpersonen eine eheliche affection gegen einander hegen, nicht dissentiren und die Kinder von der Ehe abhalten können, vielmehr gedachte Rechte deswegen dem magistratui competenti erlauben, den ungebührlichen denegirten consens zu supplyren, und 5 die Heyrath, non obstante parentum dissensu, zu verstatten, woraus denn von selbsten gantz natürlich folget, daß die Verehligung der Töchter nicht mehr, wie bey denen Römern, lediglich ab imperio patris absoluto dependiret, vielmehr nach denen geistlichen Rechten nur allein ein vernünfftiger und gegründeter dissensus parentum in Achtung gezogen, sonsten aber mit Recht hindan gesetzet wird, dem zufolge dann des Imploranten

Toch-

Tochter gegen ihre Pflicht nicht gehandelt, daß, da sie von Imploraten wegen der auf sie geworffenen ehelichen Liebe sondiret worden, sie ihm bis auf elterlichen consens die Gegen-Versicherung ihrer affection gegeben, weil sonsten alle Anwerbung und Bemühung um den elterlichen consens vergebens gewesen seyn würde, wenn die Hauptperson keine eheliche affection zu ihm fassen können, wie
6 dann nach dem commissarischen protocoll fol. 6. des Imploranten Tochter selbsten angezeiget, daß, nachdem derselbe erfahren, daß sie mit Imploraten zu schaffen habe, sich gegen ihren Vater auf Befragen erkläret, daß Implorat ihr seine affection zu erkennen gegeben, und sie gegen ihn desgleichen, wenn ihre Eltern consentiren würden, versichert, und auf ferneres Befragen, ob sie den D. E. heyrathen wolle, solches, wenn ihre Eltern consentiren wolten, bejahet, anbey daraus keine heimliche Verlobung zu schliessen, weil alles auf der Eltern consens ausgesetzet geblieben, und die ordentliche Verlobung auf vorgehende Anwerbung erst geschehen solen. Gleichwol da Implorat auf geschehene Anwerbung einen repuls von denen Eltern unterschiedliche mahl bekommen, er endlich gemüßiget worden, deswegen gerichtlich sich zu beschweren, und mit Genehmhaltung Imploranten Tochter um supplirung des elterlichen consensus anzuhalten, welches ohnmöglich anders concipiret werden kan, als wenn die Tochter vorher zu dem Anwerber eine eheliche affection gefasset, die Eltern aber ohne erhebliche Ursache dissentiren, und die Hauptpersonen also pro supplendo consensu anzuhalten genüßiget werden. So dann nicht gesaget werden kan, daß Implorat erst die Anwerbung, causa iam vulnerata, und da schon grosse troublen in Imploratens Hause darüber sich ereuget, gethan habe, indem solche bloß aus Widerwillen der Eltern gegen diese Heyrath entsprungen, die Tochter laut ihres Schreibens sub n. 18. ihren Vater zu beruhigen gesuchet, endlich da ihr Vater sie heimlich wegbringen lassen wollen, sie gezwungen, ihres Vaters Haus zu verlassen, und sich ins sequester zu stellen, so gestalten Sachen nach von hochlöblicher Hof-Cantzley approbiret worden, nicht weniger die von ihrer Mutter unternommene violirung des sequestri mit Gegengewalt redressiret, und dadurch die eingesperrete Tochter liberiret werden müssen, welches alles Imploranten bey solcher Beschaffenheit keinen Vorwand geben können, seinen consens noch weiter zu
7 denegiren, nachdem solches Verfahren suadente necessitate et propitio iure gegen das ungebührliche Verfahren des Imploranten, und da er seiner Tochter einen illegalen Zwang anlegen wollen, wohl vorgenommen werden mögen,

Ad Lib. XXIII. T. I.

c. 14. X. de sponsal.

COCCEII *de sequestro feminar. c. 2, §. 2.*

wie denn seiner Tochter Schreiben, so bey n. act. 19. befindlich, davon deutliche Spuhren anzeiget, und darthut, wie ungebührlich Implorant mit ihr umgegangen und seine Gewalt über sie gemißbrauchet, daß wir es bey dem vorigen Urthel lassen müssen. Weil aber übrigens Implorat nach eröffneten Urthel darin excediret, daß er sich ausser seiner Pfarre und ohne Aufgeboth trauen lassen, welches sich nicht gebühret, und denen Kirchen-Rechten und guter Ordnung zuwider ist, er deswegen billig in eine Geld-Busse genommen, hergegen die dotis petitio, so nur in-
8 cedenter bey diesem remedio vorgekommen und hieher noch nicht gehöret, ausgesetzet werden müssen..

So sind wir geschehen massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MART. MDCCXLVI.

DECISIO CCCCXXIV.

THEMA.

Sponsalia rite contracta media cogendi iudicialia admittunt.

SVMMARIA.

Sponsalia ex moribus plerorumque locorum coram duobus testibus ineunda n. 1.
Matrimonia non debent esse coacta n. 2.
Nec copulanda, vbi de animorum dissensu constat n. 3.
Restitutio in integrum contra sponsalia locum habet n. 4.
Sponsalia decenter et deliberato inita obligant n. 5.
Secundum praxin ecclesiarum protestantium præ-

Ad Lib. XXIII. T. I.

præsentiam honestarum personarum desiderant n. 6.
Obstinatus animus solus non tollit vinculum sponsalitium n. 7.
Contra quem iura aliquam coactionem admittunt n. 8.
Non tamen absolutam n. 9.
Aversio, nulla iusta caussa subnixa, sponsalia haud tollit n. 10.
Restitutio contra sponsalia iustam caussam et lesionem requirit n. 11.
Restitutio ne quidem minoribus extra-grauem caussam concedenda n. 12.

Auf eingewandte Leuterung, deren prosecution und erfolgte Sätze in Sachen D. W. Imploratin und Leuterantin an einem, C. L. S. Imploranten und Leuteraten am andern Theil, erkennen von GOttes Gnaden, Wir Friedrich, Hertzog zu Sachsen ꝛc. nach eingeholten Rath auswärtiger GOttes- und Rechtsgelehrten in GOttes Wort gegründet zu seyn und vor Recht:

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem vol. I. fol. 66. befindlichen und den 13. May 1748. eröffneten Urthel billig verbleibet, Leuterantinne auch die Unkosten des verzögerten processus nach deren vorgehender liquidation und erfolgter unserer Mäßigung Leuteraten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes decidendi.

Ob wol Leuterantinne gegen das vol. I. f. 66. befindliche Urthel eingewandt, daß das zwischen ihr und Leuteraten getroffene Ehe-Verlöbniß unordentlich, und also GOttes Worte und dem Landes-Gesetze zuwider getroffen sey, nach welchem

P. I. c. VIII. tit. I.

mit Zuziehung beyderseits Eltern oder nechsten Freunde und anderer ehrlichen Leute die Ehe-Versprechungen geschehen sollen, so hier nicht befindlich, wie in act. pr. inst. f. 6. zu sehen, es also an öffentlicher Verlobunge nach dem gemeinen Gebrauch der protestantischen Kirchen ermangeln möchte. Hiernechst sie vrgiret, daß ihr freyer consens nicht dabey gewesen, da ihr Vater sie dazu gezwungen, ohngeachtet sie gesaget, daß sie keine Liebe zu ihm habe, 1

vol. I. f. 14. 15. et 17. b.

und er also sie zum Jawort induciret, aus solcher gezwungenen Ehe aber keine andere, als die traurigsten fuiten erfolgen müssen, so billig zu verhüten, cum matrimonia libera esse debeant, 2

c. 29. X. de sponsal.

atque inde sponsa monenda potius quam cogenda, quod coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere;

c. 17. X. de sponsal.

bevorab da sie bey dem abermahl mit beyden Personen angestelleten Verhör vol. II. f. 12. bey ihrem hefftigen dissensu unter vielen Weinen geblieben, anbey sich erkläret, daß sie ihn nicht heyrathen könne, es möchte gehen wie es wolle, zumahl Leuterant selbsten ihr gar schlechte Kennzeichen seiner Liebe gebe, ihr nicht einmahl dancke, wenn sie ihm zuspräche, ja sich öffentlich verlauten lassen, daß er sie nicht verlange, noch begehre, bey solchen Umständen also sie allenfals in integrum gegen diese sponsalia restituiret werden müsse, so propitio iure geschehen könne. 3 4

BOEHMER *de restit. in integr. contra sponsal. pura minor. per tot.*

Dabey ihr auch ihrer Eltern in act. pr. inst. fol. 6. b und sonsten hin und wieder gethanes Bekäntniß nicht entgegen stehe, anerwogen sie als einfältige Bauers-Leute ohne rechtlichen Beystand gewesen, solches nicht verstanden, und dahero die causa restitutionis um destomehr gegründet sey, man auch leicht begreiffen könne, daß er in seiner vorgegebenen Liebe sehr wanckelmüthig und unbeständig gewesen, indem er nach der ersten im Jahr 1746. geschehenen Anwerbung binnen der Zeit, da ihn ihre Eltern zur Gedult auf ein Jahr verwiesen, um die Ladensackin geheyrathet, nachdem er aber daselbst nicht ankommen können, er wieder zu ihr gekehret, dadurch aber geschehen, daß sie keine Liebe zu ihm fassen können, nunmehro eine gäntzliche auersion vor ihm habe, und vol. II. f. 57. sich erkläret, lieber den Tod zu leiden, als sich mit ihm zu verbinden, woraus denn geschlossen werden möchte, daß bey so bewandten Umständen das vorige Urthel nicht confirmiret werden mögen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch aus denen actis pr. inst. f. 6. klar erhellet, daß Leuterantin mit Leuteraten in Gegenwart ihrer Eltern das Ehe-Verlöbniß vollenzogen, und sie Zeit genug sich zu bedencken gehabt, nachdem er bereits in an. 1746. um Himmelfahrt um sie geworben, weil aber ihre Eltern ihre Jugend vorgeschützet, und ihn auf ein Jahr zur Gedult verwiesen, er um Ostern das folgende Jahr sich wieder gemeldet, Anwerbung gethan, die Eltern darauf acht Tage Bedenckzeit genommen, nach deren Verlauff pure nebst der Leuterantinnen consentiret, und Leuterat sie darauf mit einer silbernen Halß-Kette und Halßtuch beschencket, wie denn auch vol. I. f. 14. sie so wol, daß sie unter Verwilligung ihrer Eltern sich mit Leuteraten versprochen, und die gedachten 5

dachten Sachen von ihm angenommen, als ihre Eltern eingestehen, daß das Ehe-Versprechen zur Richtigkeit gekommen sey, mithin weil solche also ordinate et præuia sufficiente deliberatione, in Gegenwart der Eltern getroffen, nach der dasigen Landes-Ordnung keine andere Freunde oder Zeugen nöthig gewesen, allermassen dann das Ehemandat in der Fürstlichen Landes-Ordnung cit. l. laut fol. 34. vol. II befindlichen Worten nur dieses verordnet, daß die Ehe-Versprechungen ordentlich mit Zuziehung der Eltern 6
oder nächsten Freunde und andern ehrlichen Leuten gehalten werden sollen, und wie nun diese dispositio alternativa ist, also es sich von selbsten verstehet, daß der nächsten Freunde, oder anderer ehrlicher Leute Gegenwart alsdann nur nöthig sey, wenn die desponsandi keine Eltern mehr haben, welches auch der allgemeine vsus derer Evangelischen Kirchen bezeuget. Wodurch denn zugleich hinwegfällt, was sie von dem Zwang ihrer Eltern angegeben, da nichts weniger als solcher hier zu befinden, und aus des Vaters Vorgeben, daß er sie laut vol. I. f. 14. et 17. b dazu beredet, kein solcher Zwang, welcher ihren freyen Willen ausgeschlossen, zu schliessen, vielmehr 7
aus denen acten wahrzunehmen ist, daß sie erst einige Zeit darnach und gegen Pfingsten in einen Widersinn gerathen, und die von ihm empfangenen Sachen ihm illegali more wieder obtrudiren lassen, in welchem Widerwillen und Hartnäckigkeit sie auch, aller des Ober-consistorii geschehenen Vorstellung ohngehindert, noch bis dato verblieben, und vermeinen wollen, daß sie mit ihrem harten Sinn hiebey durchbrechen wolle, so aber so wenig Gottes Wort als die gemeinen Rechte erlauben, als welche mit denen Ehe-Versprechen so liederlich umzugehen nicht verstatten, sondern einen billig mäßigen und vernünfftigen Zwang des Gerichts allerdings dabey zulassen, weil 8
sonsten alle Verbindung bey denen ehelichen Versprechen ohne effect seyn würde;

STRYK *de diss. sponsal. sect. II. §. 4. sq.*
MEV. *P. III. decis. 382.*
FINKELTHAVS *obs. 42.*

dem den das ius canonicum nicht zuwider ist, als welches nur einen absoluten Zwang et ne quis obtorto collo ad matrimonium contrahendum rapiatur, verbietet, einen gerichtlichen Zwang aber, so weit solcher in denen vorgeschriebenen Schrancken geschiehet, *Ad Lib. XXIII. T. I.* 9

MEV. *cit. l.*

STRVK *cit. l. §. 49.*

nicht schlechterdings ausschliesset, wie das vol. I. fol. 66. befindliche Urthel, und die darin befindlichen Worte: **durch gebührliche Zwangs-Mittel** zu verstehen, sich auch tuo tempore finden wird, wie weit diese bey ihr anschlagen werden. Wogegen dann ihr Vorgeben, daß Leuterat selbst keine Liebe zu ihr habe, in keine Achtung zu ziehen, da das Gegentheil ex actis erhellet, ihre nunmehro vorgegebene auersion aber keinen Grund haben muß, weil sie dazu keine iustam causam angeben kan, gestalten, daß er vorher um die 10
Ladensackin gefreyet haben mag, ihr zum prætext nicht dienen mag, da solches zu der Zeit geschehen, da von ihrem Vater die erste Anwerbung noch nicht angenommen, er ungebunden, und also damahls res noch integra gewesen; vermuthlich also eine Verhetzung von gottlosen Leuten, oder ein anderer, zu dem sie sich Hoffnung machen mag, dahinter stecken muß. Endlich die restitutio in integrum dagegen zum Hülffsmittel nicht dienen 11
kan, dazu keine iusta causa vorhanden, noch einige læsion beygebracht worden, cum tamen iudex non debeat esse facilis ad restitutionem faciendam, quæ magnam et gravem causam desiderat, vt ne quidem facile 12
minoribus sit indulgenda,

l. 24. §. 1. de minor.

l. 12. §. 1. de admin. et peric. tut.

und weil also die grauamina gantz unerheblich, sie billig in die expensas retardati processus zu condemniren gewesen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOBR. MDCCXLVIII.

DECISIO CCCCXXV.

THEMATA.

I. Sponsalia quatenus inter adulterantes valeant?
II. Declaratio vaga non inducit sponsalia.

SVMMARIA.

Adulterium cum promissione futuri matrimonii coniunctum vitiat sponsalia n. 1. 6. *Buchm. Cons. T. III. P. II.*

Ad Lib. XXIII. T. I.

Matrimonium inter adulterantes iure ciuili nullum n. 2.

Matrimonium cum persona ad concubitum idonea cessantibus querelis effectus ciuiles habet n. 3.

Sola confessio fœminæ adulterium cum promissione futuri matrimonii coniunctum haud probat n. 4.

Verba vaga aut sermones vulgares non inducunt sponsalia n. 5.

Als Ew. Hochfürstliche Durchlaucht die bey Dero Obervormundschaftlichen Ober-consistorio daselbst, in Sachen, I. C. Z. welchen seine Nemens-Verwandtinnen S. Z. so er wehrenden Ehestandes geschwängert, zu eheligen willens ist, ergangene Ober-consistorial- und inquisitions-acta, und in jenen angebrachtes Suchen uns zugeschicket, und ꝛc.

Daß gestalten Sachen und Umständen nach, I. C. Z. die mit seiner Namens-Verwandtinnen S. Z. gesuchte Ehelichung zu gestatten sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol gegen diese gesuchte Verehlichung angeführet werden möchte, daß 1) I. C. Z. nicht allein mit S. Z. in anno 1736. Ehebruch getrieben, wovon diese schwanger geworden, sondern dieser ihr darneben versprochen, sie, wenn seine Frau sterben würde, zu heyrathen, wie sie ad art. inq. 80. f. 156. act. crimin. ausgesaget, und ad art. 83. noch beygefüget, daß er auf seiner Frauen Todt gehoffet, ingleichen ad art. 134.

daß er ihr versprochen, er wolle mit ihr fortgehen, und sein Weib verlassen,

und ferner ad art. 136.

Z. habe vorgegeben, er wolle sie zum Weibe annehmen;

1 zu dessen mehreren Bekräfftigung sie noch ad art. addit. art. 6. sqq. ausgesaget, daß ihr Z. versprochen, daß er ihr eine Handschrifft geben wolle, daß er sie nimmer verlassen, sondern sich in seinen Finger schneiden und solches mit seinem Blute unterschreiben wolle, ingleichen bey der confrontation fol. 229. b ihm in das Gesicht gesaget, daß er ihr einen Ring und ein Buch, worauf sein und ihr Name gestanden, so beydes auch fol. 288. sqq. ad acta geliefert, gegeben und mit ihr fortgehen wollen, wohin auch ihre fol. 271. befindliche Aussage rouliret, und ob er wol alles anfänglich geleugnet, er doch endlich fol. 323. daß er sich mit ihr fleischlich vermischet, gestanden, dergestalt wohl zu glauben, daß dasjenige, was sie dabey ausgesaget, wahr, und also hier ein adulterium coniunctum cum promissione futuri matrimonii vorhanden sey, welches dergleichen Ehe nach denen canonischen Rechten verhindert, quando enim, viuente vxore, adulterantes sibi fidem dederunt, de matrimonio contrahendo, postea, illa mortua, illud contrahere nequeunt,

c. 4. C. 31. q. 1.

c. 6. X. de eo, qui duxit in matrim. etc.

so auch bey denen protestanten bekantermassen beybehalten,

BRVNNEMAN. *in iur. eccl. lib. II. c. 16. §. 16.*

CARPZ. *lib. II. iur. consist. def. 16.*

STRYK. *in not.* ad BRVNNEM. *cit. l.*

und um destomehr in obseruantz geblieben 2
ist, als nach Römischen Rechten die Ehe inter adulterantes gäntzlich verbothen gewesen. Uebrigens Z. hiebey nicht zu statten kommen kan, daß er seinem Vorgeben nach eine Frau, welche ob vitium corporis ad concubitum inepta, ja nach des Hrn. Superintendenten D. R. Vorgeben in Ober-cons. act. f. 13. ein Zwitter gewesen, im Ehebette gehabt, zumahl solches so wenig erwiesen, als auch, wenn es wahr seyn solte, zu dieser Sache etwas beytragen möchte, zumahl die Ehe niemahls d swegen angefochten worden, vielmehr Z. sein Eheweib in der Ehe behalten und niemahls darüber geklaget, also unter ihnen die Ehe gültig gewesen, daß alle effectus matrimonii statt finden müssen.

c. 5. X. de frigid. et malef.

BASIL PONCE *de matrim. lib. VII. c. 55.*

Endlich die übrigen angeführten rationes des Superintendenten D. R. von keiner Erheb- 3
lichkeit sind.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch Z in denen actis criminalibus beständig so wol den Ehebruch selbsten, als die dabey vorkommende Umstände ratione promissi matrimonii, und wegen des geschenckten Rings und Buchs geleugnet, vielmehr alles vormahls auf der relation der damahligen coinquisitinnen allein beruhet, und ob er wol endlich zugestanden, daß er sich mit ihr fleischlich vermischet, dennoch man daraus nicht folgern kan, daß er dadurch auch fidem datam de futuro matrimonio eingestanden, welches auch nicht einsten aus denen Ober-consistorial-acten erhellet, also dieser 4
Umstand, woraus das impedimentum matrimonii hergenommen wird, noch nicht einsten in völliger Gewißheit beruhet. Darneben aber die in actis criminalibus befindli-

Aussa-

Aussage der S. Z. ebenfals nicht so beschaffen ist, daß daraus geschlossen werden können, adulterantes tempore commissi adulterii sibimet fidem dedisse de matrimonio contrahendo, oder, daß Z. damahls sich mit ihr würcklich verlobet, da eines Theils solches vnius confessione nicht erwiesen werden kan, andern Theils auch der S. Z. Aussage vor nichts weiter als einen leeren discours und Gewäsche, so bey solcher Gelegenheit vorzufallen pfleget, und nicht vor eine beständige und angenommene Versprechung ausgegeben und gehalten werden kan; angesehen sie ad art. 80. nichts mehr als die verba gebrauchet:

Z. habe ihr dieses weißgemachet.

daher als I. R. sie wegen des Umgangs mit Z. zur Rede gesetzet, und ihr vorgehalten, daß sie gesaget haben soll: Z. wolle sie heyrathen, sie sorge vor keinen Mann, sie solches ad art. 82. nicht bejahen können, sondern ihre Unwissenheit vorgeschützet. Ins besondere aber, nachdem sie ad art. 136. angezeiget: Z. habe vorgegeben, daß er sie zum Weibe nehmen wolle, und ihr dabey in art. 138. vorgestellet worden, daß ein Mann ja nicht zwey Weiber haben könne, sie sich dabey folgendergestalt erkläret:

Ja, es habe ihr aber der Z. allerhand vorgeschwatzet, daß sie es nicht verstanden.

woraus denn wahrzunehmen, daß es ein leeres, aber unzureichendes Geschwätze gewesen, so er bey der damahligen fleischlichen Vermischung ihr vorgesaget, sich aber nicht befindet, daß sie sich solches zu Nutze gemachet, solches angenommen, und ihn wieder ihre Treue versichert, welches auch bey der fol. 223. angegebenen neuen declaration wegen des Scheins zu erinnern, welches entweder sein Ernst nicht gewesen, oder sie solchem albernen Beginnen widersprochen haben muß, weil er sonsten solches zu bewerckstelligen nicht unterlassen haben würde, woraus denn erhellet, daß man daraus nicht folgern könne, quod adulterio sese maculantes sibimet invicem fidem de matrimonio futuro dederint, welches doch die Rechte erforden, *Ad Lib. XXIII. T. I.*

c. 6. X. de eo, qui duxit in matrim. ex edit. GONZAL. ibi: vel ea viuente, *sibi fidem dederint de matrimonio contrahendo.* 6

wie dann die Rechte aus dergleichen Geschwätze und sermonibus vagis et vulgaribus nichts beständiges ohnedem schliessen,

§. 1. I. de milit. testam.

welchem noch hinzutritt, daß seine vorige Frau wol an einem vitio concubitum impedierte laboriret haben müsse, wie er solches in seiner defension angeführet, auch bekant ist, daß sie mit einander keine Kinder gezeuget, der Hr. Superintendens D. R. auch attestiret, daß sie solches gegen ihn gestanden, und damahls bekant habe, woraus wenigstens so viel abzunehmen, daß er weder mit der S. Z. ihrem Vorgeben nach durchgehen wollen, noch damahls, sie zu heyrathen, intendiret haben müsse, weil er sonsten nur ad nullitatem matrimonii prouociren, und seinen Endzweck ohne Weitläufftigkeit erhalten können, welches alles sich aber nicht befindet, und dahero dieses alles anzeiget, daß man nichts beständiges aus der S. Z. Aussage schliessen könne, das die mit ihr zu treffende Ehe verhindern solle, wir auch bey angeführten Umständen vor bedencklich gehalten, Z. das iuramentum purgatorium zu deferiren, da aus denen angeführten vagis et incertis locutionibus nichts gewisses zu schliessen, so ihn sonderlich und cum effectu iuris grauiren möchte.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen, veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE AVGVSTO MDCCXLII.

DECISIO CCCCXXVI.

THEMATA.

I. Sponsalia ob dissidium animorum dissolui possunt.

II. Puella, quæ caussam discidii præbet, satisfactionem petere nequit.

SVMMARIA.

Sponsalia de præsenti ex mente quorundam ne quidem mutuo dissensu tolluntur n. 1.

Ob leue iurgium dissolui nequeunt n. 2.

Refractarius ad satisfactionem tenetur n. 3.

Ad Lib. XXIII. t. I.

Nec non ad congruam satisfactionem n. 4.
Sponsalia para ob animorum discidium dissolui possunt n. 5.
Puella causſum dans discidio satisfactionem petere nequit n. 6.

Als Ew. Hochfürstliche Durchlaucht uns interponirte Leuterungen, deren prosecutiones und erfolgte Gesetze in Sachen I. C. M. imploraten an einem, M. E. L. implorantinnen am andern Theil, beyderseits Leuteranten und Leuteraten, in denen drey zurück kommenden volum. zugeschicket ꝛc.

Nunmehro, was des imploraten Leuterung betrifft, aus den acten so viel zu befinden, daß derselbe der implorantinnen M. E. L. 40. Thlr. zur Abfindung zu geben, auch die Unkosten dieses processus zu bezahlen nicht schuldig, sondern damit billig zu verschonen, und die Unkosten aus bewegenden Ursachen gegen einander zu compensiren und aufzuheben; da hergegen der implorantinnen prætension, der eingewandten Leuterung ohngehindert, billig zu verwerffen, und es wegen Aufhebung des Ehe-Geldbnisses bey dem vol. I. f. 85. befindlichen, den 24. Nov. anno 1747. eröffneten Urtheil billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol implorantinne bey denen grauaminibus des imploraten erinnert, daß die rationes dubitandi des vorigen Urtheils durch die rationes decidendi nicht eneuriret worden, zumal wenn sie gleich dem imploraten in ihren vol. I. f. 9. befindlichen Schreiben den Dienst aufkündigen wollen, und er solches acceptiret, dennoch sie solches nicht thun mögen, weil bekanten Rechtens, daß dergleichen sponsalia pura, quæ sunt de præsenti, nach der Lehre des Carpzouii,
1 ne quidem mutuo consensu wieder aufgehoben werden können, sondern schlechterdings ihre Verbindlichkeit behalten, dahero implorantinne auch anders Sinnes geworden, und vol. I. f. 24. sich erkläret, ihr Versprechen noch zu halten, und bey dieser resolution beständig geblieben ist, zumal imploraat keine eintzige ration, woher er ihr abgeneigt seyn wollen, anzugeben gewust, zumal er selbsten den Anfang, auf die Hinterbeine zu treten, gemachet, wie sein vol. III. f. 22. befindliches Schreiben sub † worauf ihre vol. I. f. 9. befindliche Antwort so gleich erfolget, an den Tag leget, worin er mit dürren Worten anzeiget:

denn man nicht wissen kan, wie es kommen möchte wegen der Heyrath.

wodurch er ohne Zweiffel angezeiget, daß es mit der würcklichen Heyrath noch in weiten Felde stehe, und man nicht wissen könne, wie es noch wegen der Heyrath kommen möchte. Daß aber in den Worten: wegen der Heyrath ein falsum stecken solle, von ihr beständig geleugnet, und so wenig erwiesen, als prætumirlich ist, wie mehr zu glauben, daß er auf die Hinterfüsse zu treten bereits vorher den Vorsatz geführet, dergestalt ihr nicht verdacht werden mögen, ihm in continenti in einer v. weißlichen Antwort solches vorzustellen, und ob sie gleich ihm ebenfalls darin den Dienst aufgekündiget, jedoch in 2
termino f. 24. dabey erinnert, daß es imploraat an sie gebracht, jedoch sie bereit sey ihr Versprechen zu halten, woraus man denn schliessen möchte, daß imploraat ohne zureichenden Grund, sie zu heyrathen, sich wegere, und dahero dazu durch gebührende Zwang-Mittel wohl angehalten werden könne, ob leue enim iurgium vel friguſculum non ſtatim diſſoluenda ſponſalia, quod facile ceſſare ſolet,

l. 32. §. 12. de donat. inter vir. et vxor.

l. 31. de iur. dot.

CARPZ. *lib. II. iurispr. consist. def. 176. n. 6.*

oder wenn allenfalls eine unglückliche Ehe daraus erfolgen sollte, die dissolutio sponsalium alsdann zwar zuzulassen,

PETR. MÜLLER *de friguſc. c. IV. th. 2.*

gleichwol alsdann auch der refractarius, der sich am meisten widersetzet, zur satisfaction, sowol als zu Tragung der process-Kosten schuldig ist, und weil solche culpa hier auf 3
den imploraten fällt, dessen grauamina ungegründet; hergegen der implorantinnen grauamina desto gegründeter zu seyn scheinen, da die Lipsienses selbst ihm eine Abfindung zugebilliget, welche aber nach ihrem Zustand nicht eingerichtet, und nur auf 40. 4
Thlr. bestimmet, da sie doch von honetten Eltern gebohren, daß sie mit Recht wohl 200. Thlr. zu ihrer Abfindung fordern zu können vermeinen wollen, beworab nachdem sie vol. III. f. 22. des imploraten Brief produciret, welcher ihre etwas harte Antwort veranlasset.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch, so viel des imploraten Leuterung betrifft, beyde grauamina sehr erheblich, und so beschaffen sind, daß, wenn man die Umstände genaue einsiehet, alle Schuld des erfolgten dissidii mehr auf der implorantinnen Seiten, als des imploraten lieget,

lieget, angesehen aus seinen vol. I. f. 41. sqq. ad acta gegebenen Briefen erhellet, daß er sie herzlich und rechtschaffen geliebet, und wann sie gleiche Gegen-Liebe vor ihn gehabt hätte, alsdann eine gute Ehe zu hoffen gewesen, welche aber gleich anfangs bey der geschehenen Verlobung sehr geringe und kaltsinnig gewesen, wie absonderlich das fol. 26. vol. I. befindliche Schreiben anzeiget, darin sie nicht leugnen können, daß sie sich nicht recht freundlich gegen ihn aufgeführet, und solches laut der kahlen excuse nur beschönigen wollen, daß der Baum von einem Hiebe nicht falle, und er der Zeit erwarten sollen, so daß es gar wahrscheinlich ist, was die Zeugin fol. 19. vol. I. ausgesaget, welche Aussage wenigsten mit diesem Briefe sehr wohl harmoniret, und in so weit nicht ohne allen Glauben ist, aus solcher liebelosen Aufführung der imploratinnen aber kein ander effect, als das animorum discidium erfolgen mögen, da sie endlich auf seinen am 28. May 1746. geschriebenen Brief die vol. I. f. 9. allerschändlichste Antwort ertheilet, darin sie a) ihm den Dienst aufkündiget, mit diesen Worten:

ich bleibe, wer ich bin, und er kan auch bleiben, wer er ist:

b) ihm dabey die schändlichsten Dinge vorwirfft, daß er sie besudeln wollen, sie dahero Gott tausendmahl dancket, daß er sie nicht in seinen geilen unkeuschen Willen habe fallen lassen, davon sie ein Brandmahl in ihrem Gewissen gehabt hätte, sich endlich c) vor seine Haushaltung bedancket, der er sich immer hin ferner fort bedienen könte, cum addito:

denn es sind mir so Dinge vor die Augen gekommen, welche mir nicht gefallen haben,

welchem die Aussage der Zeugin f. 19. b vol. I. beytritt, daß sie zu ihr gesaget:

sie hätte gedacht, es wäre viel Reichthum bey M. es befinde sich aber nicht so, zu dem so hätte sie ihre Magd nicht mit herin nehmen sollen, da sie doch ohne dieselbe nichts nütze wäre, und mit andern nicht haushalten könne, weil sie dieser gewohnt, und wolle sie lieber sehen, daß die Heyrath zurück gienge.

welches mit des imploraten Schreiben vol. III. fol. 22. abermal harmoniret, und ihre Gemüths-Verfassung bey dieser Verlobung vollkommen zu Tage leget, anbey zugleich anzeiget, daß ihre vol. I. f. 24. in termino gethane Erklärung, daß sie ihr Versprechen halten wolle, blos verstellet, und dahin angesehen sey, Geld zu schneiden, und sich diese Verlobung zu Nutze zu machen, dahero auch das Ober-consistorium ihr deswegen gebührenden Vorhalt gethan:

durch solche infame Briefe würde sie keinen Mann bekommen; dieserwegen wir nicht finden können, wie man ihr einige, auch nur geringe Abfindung zubilligen, und imploraten in die Unkosten des processus condemniren können, ob sie gleich auf eine listige Art ihr Versprechen zu halten sich erkläret, ja ihre Leuterung deswegen mit interponiret, als welches ihr ohnmöglich bey dergleichen heßlichen conduite, bezeigten Widerwillen und gäntzlicher Abneigung ihres Gemüthes kein Ernst seyn mögen, anbey sie die Haupt-Ursache des erfolgten discidii ist, dagegen denn die rationes dubitandi wenig verlangen, nachdem irrig ist, daß dergleichen Verlobung, woraus eine offenbare unglückliche Ehe erfolgen sollte, nicht aufgehoben werden könte, cum etiam sponsalia pura sine omni conditione contracta, ob animorum discidium dissolui queant, *Lib. XXIII. T. I.*

c. 2. X. de sponsal.

BÖHMER *tom. III. iur. eccles. lib. IV. tit. I. §. 167.*

diejenige aber keinen Abtrag fordern kan, die dazu das meiste beygetragen, am ersten davon abgetreten, und durch ihre schändliche Vorwürfe sich alles ehelichen Versprechens unwürdig gemachet. Am allerwenigsten also ihre Leuterung, darin sie 200. Thlr. Abtrag begehret, einigen ingress finden können, da sie, um solche zu beschönen, den vol. III. f. 22. b befindlichen Brief wahrscheinlich verfälschet hat, und die überschriebene Worte:

wegen der Heyrath

mehr ihrer Hand, als des imploraten ähnlich sind, wie alle Buchstaben, Züge darzulegen zeigen, sonsten aber in dem Schreiben nicht zu finden, daß er ihr am ersten den Dienst aufgekündiget, sie möchte denn dahin ziehen wollen, daß er ihre Magd nicht mit in seinem Hause haben wolle, auch ihr remonstration gethan, daß die grossen Reiffröcke und Andriennen bey seinem Stand sich nicht schicken wolten, welche drey Stücke ihr aber so am Hertzen gelegen, daß sie darauf mit den infamesten Vorrückungen ihm den Dienst aufgekündiget, und dadurch gezeiget, was vor unglückliche Suiten aus diesem Ehe-Versprechen, so bey ihr keinen wahren Grund in der rechtschaffenen Gegen-Liebe gehabt, erfolgen würden, dergestalt sie so wenig 40. Thlr. als 200. Thlr. bekommen, noch die Ehe zum Stande gebracht werden können.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL MDCCXLVIII.

Ad Lib. XXIII. T. I.

DECISIO CCCCXXVII.

THEMA.

Sponsalia ob inimicitias dissoluuntur, et nocens ad interesse condemnatur.

SVMMARIA.

Status causæ n. 1.
Ad sponsalia magna cum deliberatione accedendum n. 2.
Ad officium sacrum sub conditione nuptiarum salua conscientia nemo vocandus n. 3.
Super obiecto litis primario sententia ferenda n. 4.
Valent sponsalia sub conditione diuidendorum commodorum ab officio pendentium n. 5.
Scriptura, vi officii concepta, plenam fidem habet n. 6.
Sponsalia bis repetita n. 7.
Exceptio deficientis animi deliberati in sponsalibus ad sucum plerumque pertinet n. 8.
Sponsalia intelliguntur sub clausula: rebus sic stantibus n. 9.
Sponsalia absolutam coactionem non admittunt n. 10.
Cuius culpa sponsalia ob inimicitias soluta, ad pœnam et satisfactionem tenetur n. 11.
Qui dolo se intrusit officio sacro, eodem merito priuandus n. 12.
Ministris ecclesiæ, ne quidem infirmis, pars salarii subtrahenda n. 13.
Ministri merito a parochianis alendi n. 14.

Als die Herren uns übergebene Klage, Vernehmung und erfolgte Gesetze in Sachen des Pfarrers zu H. P. R. B. vor sich und im Namen seiner Tochter M. C. Klägern an einem, des andern Pfarrers daselbst I. W. H. Beklagten am andern Theil, in dem zurück komenden fasciculo act. etc. in Gottes Wort und Rechten gegründet zu seyn:

Daß zwar bewandten Umständen nach das getroffene Ehe-Gelöbniß zwischen Klägers Tochter und Beklagten wieder aufzuheben, jedoch Beklagter seiner Leichtsinnigkeit halber 50. Thlr. Geld-Busse zu erlegen, und Klägers Tochter mit 150. Thlr. Abtrag zu thun, nicht weniger alle auf diesen procels verwandte Unkosten nach deren geschehenen liquidation und erfolgter richterlicher Mäßigung, Klägern zu erstatten schuldig. Es ist auch Kläger in den vorigen Stand seiner Revenüen und salarii zwar wieder zu setzen, jedoch demselben seine unchristliche Hefftigkeit, so in actis passiue anzutreffen, sowol als die mit der Pfarr-Bestellung verbundene Heyraths-conditio sine qua non nicht unbillig zu verweisen, Beklagter aber seines Pfarr-Dienstes zu entsetzen. Daferne auch der Rath und die Gemeinde daselbst wegen Berufung eines andern Mitpfarrers sich melden und gebührende Vorstellung thun sollten, sind sie damit billig zu hören, jedoch auch vor dessen interims-Erhaltung, so lange der Kläger noch lebet, billig zu sorgen gehalten, allenfalls bleibet dessen Bestimmung dem Hochfürstlichen consistorio billig bevor. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol 1) Beklagter n. act. 42. auch sonsten bey dem mit Klägers Tochter getroffenen Ehe-Gelöbniß und der geschehenen vocation nach H. angeführet, daß der Herr Superintendens expresse erinnert, daß seine translocation nicht wegen der Heyrath, sondern damit denen H. geholffen würde, geschehen solle, zumal die H. ein Verlangen nach ihm trügen, deßwegen auch in des consistorii Bericht von der quæstionirten Heyrath mit des Klägers Tochter keine Meldung geschehen, dasselbe davon auch nichts gewust, vielmehr alles priuatim von Herrn D. R. zwischen Klägern und Beklagten getrieben seyn mag, deswegen er pure ohne alle Bedingung zu dem andern Pfarr-Amt berufen, und dabey die halbe accidentien und übrige vtilia, mit Genehmhaltung des Klägers, ihm conferiret, und er darauf introduciret worden. Und obwol 2) Beklagter nicht leugnen können, daß er den n. act. 5. befindlichen Brief, woraus die sponsalia erweislich gemachet werden sollen, unterschrieben, und ihn deswegen recognosciret, dennoch solche Unterschrifft ungelesen geschehen seyn soll, da er würcklich mit Klägers Tochter keine Ehe-Handlung getroffen habe, und man ihn dabey übereilen wollen; nicht zu gedencken, daß das Ehe-Versprechen nicht

nach

nach dem edicto sub n. 41. geschlossen und also unverbindlich sey, nachdem es vor blosse tractaten zu achten; cum tamen ad obligationem tanti momenti summa cum deliberatione et electione, quæ sit cum recta
2 ratione, accedendum sit, et hic, si vnquam alias, adhibendum sit illud: σπεῦδε βραδέως,

CYPRAEVS *de iur. connub. c. 1. §. 1.*

allenfalls wenn gleich 3) die sponsalia propter superuenientem inimicitiam aufzuheben seyn möchten, dennoch es scheinen will, als wenn Kläger mit seinem Gesuch, daß er wieder in den völligen Genuß seiner Revenüen gesetzet werden möchte, abzuweisen, nachdem er einmal in die Abtretung der Halbscheid der Revenüen pure bey dem consistorio consentiret, und Beklagter pure darauf introduciret ist, niemand auch sub conditione nuptiarum zu einem Kirchen-Amt, salua conscientia, zu vociren ist.

3 BÖHMER *in iure paroch. sect. III. c. 1. §. 24.*

Endlich 4) nach dem Hochfürstlichen rescripto act. 20. die quæstio sponsalium als eine priuat-Sache angesehen und zu fernerer discussion an das Hochfürstliche consistorium allein remittiret worden, darin auch fast allein verfahren, und es das Ansehen
4 gewinnen will, als wenn auch darin allein erkant werden sollen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) aus des Hrn. Superintendenten D. R. ad acta n. 8. gegebenen facti specie gantz ein anders und dieses erhellet, daß, weil die H. auf Beklagten translocation reflectiret, solche aber ohne assignirung einiger Einkünffte, da er schon
5 in S. im Amte gestanden, nicht bewerckstelliget werden mögen, der Herr D. R. die Unterhandlung zwischen Klägern und Beklagten gepflogen, die Heyrath mit des Klägers jüngsten Tochter vorgeschlagen, jedoch mit der Bedingung, daß Kläger dagegen die halbe Revenüen an Beklagten abtreten solle, welches beyde schlechterdings als eine condition sine qua non der Abtretung der halben Revenüen bewilliget, auch wol leicht zu erachten ist, daß Kläger ohne wichtige Ursache sich der Halbscheid der Revenüen nicht werde entschlagen können, welcher Bericht oder facti species nicht pro scriptura priuata zu achten, sondern da Beklagter unter dem Herrn D. R. gestanden, und er vi
6 officii alles gethan, billig plenam fidem meritiret,

HORN. *de plena probat. per vnum test. c. 2.*

und ob er wol von dieser condition keine Meldung an das consistorium gethan, dennoch solches zwischen ihnen, da es die Abtretung der halben Revenüen des Klägers Amts betroffen, als eine condition sine qua non allerdings seine Verbindlichkeit haben müssen, dem zuwider er doch bald auf erhaltene vocation auf die Hinterfüsse zu treten gewillet gewesen, deswegen der Herr Superintendens bey dem examine definitionali dem Beklagten noch vor dessen introduction darüber constituiret, und es abermal so weit gebracht, daß er dasjenige, was er wegen der Heyrath mit des Klägers Tochter versprochen, heilig zu halten von neuem zugesagt, dabey es noch ad 2) nicht einsten geblieben, sondern als inzwischen Kläger wegen seiner Tochter Klage erhoben, und ein Termin zum Verhör ante introductionem angesetzet gewesen, Beklagter seiner Sache nicht getrauet, sondern, wiewol animo decipiendi, wie der euentus gewiesen, ante terminum sponsalia publica in Gegenwart des D. und Diaconi R. und eines andern 7
Zeugen laut seiner eigenen Unterschrifft n. act. 5. vollenzogen, welche er nicht allein recognoscret, sondern auch die Schrifft selbst nach ihrem Inhalt agnosciret, mithin veritas rei aus seiner eigenen confession vorhanden, welche er damahls zu Abwendung des Termins und Beförderung der introduction, die inzwischen suspendiret gewesen, bey dem consistorio per Superintendentem zu übergeben bewilliget, mithin dadurch das consistorium bereits vor der introduction völlige information von der Sache erhalten, und dieselbe tacite ratihabiret. So dann ad 3) die dagegen formirte exceptio minus deliberati animi ein blosser fucus ist, da er Zeit gnug gehabt, die Sache zu überlegen, und seine Vorstellung dabey so weit gegangen, daß er nichts anders gesuchet, als auf einelistige Weise et more vulpinantis sich in die 8
Pfarre und dessen Revenüen einzuschleichen, und den Kläger mit seiner Tochter, ja das consistorium selbst, zu betriegen, angesehen er wiederum auf die Hinterfüsse getreten, sich mit einer Person, nach seiner eigenen n. act. 7. befindlichen confession, eingelassen, und bey der vom hochlöblichen consistorio dem Herrn Superintendenten D. Bennern aufgetragenen commission sich so unbändig und unchristlich aufgeführet, daß ihm ein Grauen darüber angekommen, welche gottlose Gemüths-Beschaffenheit auch nicht allein aus des Herrn D. R. specie facti, sondern auch aus andern heßlichen und ärgerlichen specimibus, so in denen Beylagen anzutreffen, zu ersehen, daß dahero nicht zu verwundern ist, daß er den Kläger und dessen Tochter so aufgeführet, nachhero aber dieses Ehewerck gar ableugnen, und endlich aus dem n. act. 42. befindlichen edicto anfechten wollen, da doch Zeugen bey dem Verlöbniß, ja der damahlige Diaconus R. dabey

Ad Lib. XXIII. t. 1.

Ad Lib. XXIII. T. I.

dabey gewesen, und solches dem consistorio kund gethan, dergestalt an den sponsalien nicht zu zweiffeln, und Beklagter solche zu vollenziehen ohne Zweiffel schuldig wäre, wenn die Sache in vorigen statu geblieben, nam etiam obligatio sponsalitia intelligitur 9 facta sub clausula subintellecta: rebus sic stantibus;

c. 23. X. de iurei.

welcher status unter Klägern und Beklagten nunmehro dadurch sehr geändert worden, daß die grösseste Feindschafft zwischen Klägern, dessen Tochter, und Beklagten entstanden, da er auf eine arglistige Weise treuloß geworden, sie des Volltrinckens im Brandwein beschuldiget, ihrer in der Schule bey denen ungezogenen Knaben gespottet, und Gelegenheit gegeben, daß auch Kläger hart gegen ihn geredet, ihn vor einen Brod-Dieb angegeben, und ihre Gemüther durch die Leichtsinnigkeit des Beklagten und der so offt von ihm gebrochenen Treue dergestalt erbittert und getrennet sind, daß keine wahre Vereinigung zu hoffen, und aus der Zwang-Heyrath die unglücklichsten Suiten erfolgen würden, libera enim debent esse matrimo- 10 nia, coactiones vero tristes difficilesque habent exitus.

c. 17. X. de sponsal.

Bey solchen Umständen wir vor billiger gehalten, dieses Ehe-Versprechen, welches Beklagter niemahls zu halten intendiret, wieder aufzuheben, jedoch daß er, weil er allein an dieser Zerrüttung der Gemüther Schuld ist, und einen groben Betrug und Arglistigkeit zu Schulden kommen lassen, billig ob fractam fidem sponsalitiam mit einer empfindlichen Geld-Buse sowol zu belegen, als 11 des Klägers Tochter Abtrag thun, nicht weniger ad 3) ob er wol per rescriptum sub n. 20. bey der perceptione redituum pendente lite geschützet worden, dennoch denen Rechten nach solche nicht behalten, noch bey seinem Amte bleiben kan, da er die Helffte davon dem Kläger improbo dolo abgelistiget, daher des Klägers Versprechen keine Krafft haben kan, Beklagter aber ohne Revenüen ohne Zweiffel sein Amt nicht behalten will, aber auch dessen sich unwürdig gemachet, weil er in dieses Kirchen-Amt, gegen Gottes Wort und allen Rechten durch Betrug, List und heimtückische Bosheit sich eingeschlichen, und ohne offenbares Aergerniß ein solcher treuloser Mann bey einem 12 geistlichen Amte nicht gelassen, noch zu einem andern befördert werden kan, darüber wir mit zu erkennen höchst befugt gewesen, weil solches als eine nothwendige Folge aus den vorhergehenden offenbaren Wercken des Beklagten folget, wir auch in der Urthels-Frage

in puncto promissi matrimonii, auch sonsten

zu erkennen gebethen sind. Endlich ad 4) wir zwar nicht leugnen können, daß die H. Gemeinde abermahl dadurch in einen betrübten Zustand gesetzet, und einen Mit-Pfarren, bewandten Umständen nach, wohl begehren kan, gleichwol aber, weil Kläger nicht schuldig ist, partem talarii einem andern abzutreten, welches ohnedem sehr gering 13 seyn muß, et nequidem infirmo subtrahendum sit,

c. 1. et 4. X. de cler. ægrot. et debilit.

die Gemeinde aber schuldig ist, ihre Lehrer zu unterhalten, welche Schuldigkeit die heilige Schrifft selbst bestätiget,

1 Cor. IX, 7. sqq.

die geistlichen Rechte aber hin und wieder 14 verordnen, derowegen auch der Rath und Gemeinde zu H. auf die interims-Versorgung des anzunehmenden Mitpfarrers besorget, das directorium aber dabey das hochfürstliche consistorium führen muß.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXLVIII.

Tit. II. De ritu nuptiarum.

RESPONSVM CCCCXXVIII.

THEMATA.

I. Specimen matrimonii dolo initi.
II. Tale matrimonium pro nullo habendum.
III. Vnde dolo deceptus ante sententiam cum extraneo concumbens mitius punitur.

IV. *Iura-*

IV. *Iuramentum suppletorium locum habet, licet ad dissoluendum matrimonium dolo initum agatur.*

Ad Lib. XXIII. t. ii.

SVMMARIA.

Si vel maxime matrimonium nulliter contractum, adulterium committitur n. 1.
Bigamia perpetratur, licet matrimonium antecedens nullum sit n. 2.
Bona fides matrimonium putatiuum constituit n. 3.
Simul ac de dolo constat, matrimonium est nullum, et sententia postea accedens est tantum declaratoria n. 4.
Matrimonium pactum commissorium non admittit n. 5.
Vitæ dissolutæ specimina dubia n. 6.
Iuramentum suppletorium nec contra sponsalia, nec contra matrimonium locum habet n. 7.
Specimen matrimonii manifesto dolo initi n. 8.
Iuramentum delatum contra matrimonium locum non habet n. 9.
Facilius suppletorium n. 10.
In casu impotentiæ iuramentum contra matrimonium præstatur n. 11.
Quod reuera suppletorium est n. 12.
A delato ad legale iuramentum non valet consequentia n. 13.
Maritus ante dissolutionem concumbens adulterium committere videtur n. 14.
Qui post compertum vxoris dolum, quo matrimonium initum, cum alia concumbit, adulterium proprie non committit n. 15.
Adulterium a malitiose deserto commissum mitius punitur n. 16.

Als uns ein Bericht nebst unterschiedlichen Beylagen und vier Fragen zugeschicket ꝛc.

Ist der Herr Land-Cammer-Rath von R. mit einer Weibes-Person, der S. in anno 1723. bekant worden, und ob er wol anfänglich nicht Willens gewesen, sie zu heyrathen, sondern nur zu verpflegen, seine Frau Mutter auch in die Heyrath in Anfang nicht consentiren wollen, dennoch, nachdem dessen Frau Mutter in genere consentiret, er auf vieles Zureden ihres Beicht-Vaters und Herrn D. L. genöthiget worden, mit ihr zuförderst einen gewissen Vergleich in anno 1726. einzugehen, und darauf die priesterliche Trauung, wiewol heimlich, vor sich gehen zu lassen, worauf die S. bald die Larve abgezogen, sehr hautain, unruhig und widerspenstig sich aufgeführet, daß endlich der Herr Land-Cammer-Rath sich entschliessen müssen, sich von ihr zu separiren, sie auch bald darauf in furorem gefallen, und in diesem Zustand sich noch befindet. Hat sich ferner in anno 1733. zugetragen, daß der Herr Land-Cammer-Rath von R. da schon die S. vier Monath in furore, er aber am Michaelis etwas truncken gewesen, er mit der K. so bey seiner Frau Mutter gedienet, fleischlich sich vermischet, wovon sie schwanger worden, und die Untersuchung gegen ihn vorgenommen, laut derer weitläufftigen mit überschickten specierum facti, dabey denn gefraget wird:

Quæstio I.

Ob nicht mit fernerer Untersuchung, bis der procels wegen gesuchter annullation der vermeinten Ehe zum Stande, anzustehen?

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, so viel die erste Frage betrifft, eingewandt werden möchte, daß die Ehe mit der S. zur Zeit der geschehenen Schwängerung noch nicht dissoluiret gewesen, und dahero daraus solen möchte, daß die angefangene Untersuchung dieserwegen nicht auszusetzen, weil doch tempore concubitus mit der K. die gedachte S. seine Ehe-Frau oder Ehe-Wirthin noch gewesen, und dabey wenig in consideration zu ziehen, daß der Herr Land-Cammer-Rath mit ihr vor der Trauung gewisse Verträge gemachet, als welche nur die accidentia matrimonii angehen, ja, wenn er auch gleich von ihr, wie er vorgiebet, betrogen gewesen seyn solte, dennoch dieser Beyschlaf ein adulterium zu bleiben scheinet, quod etiam, si matrimonium nulliter contractum, committi potest,

arg. l. 13. §. 4. ad L. Iul. de adult.

adeo vt etiam bigamiæ crimen hoc casu perpetrari queat,

c. 4. X. de bigam. non ord.

HERT. *de matrim. putat. §. 33.* 2

et si vel maxime ex post facto declaretur nullum, non tamen retro in irritum deducitur, quia talia matrimonia effectus suos nihilominus retinent,

HERTIVS *§. 22. sqq. et cit. §. 33.*

Ad Lib. XXIII. T. II.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch, so lange der Herr Land-Cammer-Rath von R. in iusta ignorantia doli gewesen, die Ehe zwar von seiner Seite ein matrimonium putatiuum et bona fide contractum gewesen, und er also damahls ein adulterium begehen können, wovon die angeführten principia iuris zu verstehen, dieser casus aber sich hier gar nicht befindet, vielmehr in facto richtig ist, daß lange vor dem geschehenen Beyschlaff mit der K. er in Erfahrung gebracht, daß er von der S. betrogen worden, worauf er sich ihrer gänzlich enthalten, sich von ihr getrennet, und sie nicht mehr als seine Frau agnosciret, sie auch bereits damahls ein Viertel-Jahr in furore gewesen, zum wenigsten also von der Zeit an, da er den Betrug erfahren, und sich ihrer enthalten, die Ehe von seiner Seite ipso iure null zu achten, und obgleich noch nicht darüber erkant, und noch zur Zeit die Ehe nicht null und nichtig declariret ist, dennoch die Ehe nicht sowol ex sententia, quæ tantum declaratoria, als ex antea commisso et postea comperto dolo vor null und nichtig zu halten,

c. 2. X. de secund. nupt.

l. 4. C. de incest. et inutil. nupt.

æque vt adulterium compertum soluit matrimonium, si vel maxime per sententiam nondum dissolutum est,

c. 4. X. de donat. inter vir. et vxor.

woraus dann von selbsten natürlicher Weise folget, daß, wenn die Ehe per sententiam null und nichtig erkläret werden sollte, der Herr Land-Cammer-Rath von R. kein adulterium durch den mit der K. geschehenen Beyschlaf, sondern ein simplex stuprum begangen, mithin ante sententiam super annullatione matrimonii keine pœna dictiret werden mag, als welche von dessen Endigung und Ausgang lediglich dependiret.

So ist mit fernerer Untersuchung so lange, bis über der annullatione matrimonii erkant, billig anzusehen.

So viel die andere und dritte Frage betrifft:

Quæstio II. et III.

Ob nicht, wenn der dolus nicht völlig dargethan, solches doch semiplene geschehen, und der Herr Land-Cammer-Rath von R. ad suppletorium zu lassen;

Ob nicht solcher gestalt das vermeinte matrimonium pro nullo zu halten?

Rationes dubitandi.

Obwol die mit der S. vollenzogene Ehe aus zweyen defectibus impugniret wird, deren erster 1) in defectu affectionis coniugalis gesetzet und aus dem vorher mit ihr getroffenen Vergleich hergenommen wird, gleichwol solcher keinen gnugsamen Grund hat, da er sich würcklich mit ihr trauen lassen, und ob er sie gleich als seine ächte Frau nicht halten wollen, dennoch solches nach der Trauung in seinen Mächten nicht gestanden, noch weniger aber erlaubet gewesen, sub clausula commissoria die Ehe zu vollenziehen, cuius vinculum ex lege diuina est indissolubile; der andere allegirte defectus aber, 2) so in dolo bestehen, und daraus hergenommen werden soll, daß die S. in Leipzig und Halle sich in denen Bordellen aufgehalten, nicht erwiesen ist, zumal des A. G. Aussage sub E zwar von einem verdächtigen Umgang mit einem Laquyen etwas anführet, gleichwol keine würckliche Hurerey, so er mit der S. begangen, daraus inferiret werden mag, ferner die E. S. sub G zwar von einer S. aussaget, die in Leipzig in denen Bordels Hurerey getrieben, und an der lue venerea laboriret haben soll, dennoch dieselbe eines Theils gestehet, daß sie nicht wüste, ob solche des Herrn Land-Cammer-Raths Ehe-Wirthin, oder eine andere gewesen, diese auch gestanden, daß sie eine Mühme gleiches Namens gehabt, welche in Leipzig öffentlich Hurerey getrieben, andern Theils die Zeugin nur vom Hörsagen deponiret, darauf wenig zu bauen, ferner die Zeugin E. I. S. P. ihre Aussage lediglich auf der E. relation gründet, und ebenfalls ein testis de auditu alieno ist, qui nullam fidem facit, die E. aber sub rotulo I ad art. 16. von ihrem unkeuschen Wandel in Leipzig und Halle nichts wissen, und nur in genere von ihrer Schwester gehöret haben will, daß sie sich nicht wohl aufführete, desgleichen auch die R. nichts weiter, als was sie von andern gehöret, anführen kan, also aus diesen depositionibus nicht einsten semiplene erhellen will, daß sie vorher liederlich gelebet, eine Bordels Hure gewesen, und ihn also listiglich betrogen, und wenn auch 3) die semiplena probatio ihre gute Richtigkeit haben sollte, dennoch nicht unbillig gezweiffelt werden möchte, ob dieserwegen der Herr Land-Cammer-Rath ad suppletorium zuzulassen sey, als welches ad matrimonium dissolvendum gehen würde, so aber in Rechten nicht erlaubet, adeo vt nequidem iuramentum suppletorium contra sponsalia, et sic multo

multo minus contra matrimonium admittendum esse censeant

CARPZ. *lib. 3. resp. 57. n. 18. et P. I. c. 23. def. 10. n. 9.*

BESOLD. *cons. 26. n. 29.*

FABER *in C. Sabaud. lib. 4. tit. 1. def. 44. n. 5.*

RICHTER *P. I. decis. 8. n. 38. sq.*

LYNCKER *decis. 1400.*

zu geschweigen, daß derselbe nicht einsten de veritate meretriciæ vitæ schweren, de credulitate aber in hac causa ardua et maiori zu schweren, nicht einsten zugelassen, mithin also in defectu probationis die Ehe vor null und nichtig keinesweges gehalten werden mag.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) die S. vor der Trauung sich keusch, erbar, und sehr bescheiden aufgeführet, und viele Jahr, bis sie ihren Zweck erreichet, geheuchelt, um nur den Herrn Land-Cammer-Rath von R. dadurch zu verleiten, daß er sich mit ihr trauen lassen solle, weil er ihr vormahls versprochen, sie niemahls zu verlassen, noch sie unglücklich zu machen, zu dem Ende sie unterschiedene Jahr ihm so lange nachgegangen, und so gar der geistlichen Beyhülfe dazu gebrauchet, daß endlich seine Frau Mutter ad declarandum consensum generalem, er aber, die Trauung einzugehen sich bewegen lassen, welche Heucheley aber sie bald nach der Trauung abgeleget, und die Larve abgezogen, und nunmehr an den Tag geleget, daß sie von Bosheit, Rachgier, Zanckſucht, Hochmuth und Eigennutz gantz angefüllet gewesen, und den Herrn Land-Cammer-Rath dergestalt gequälet, daß er fast keine ruhige Stunde vor ihr haben können, davon die specimina specialia in rotulo textium sub L und N anzutreffen, und nicht ohne Erstaunen zu lesen, woraus denn 2) zu schlieſſen, daß sie eines Theils ein liederlich naturell und gottloses abgeseimtes Gemüthe habe, und zu allen Bosheiten aufgelegen gewesen, also das Gerüchte, so von ihr fast in omnium ore gewesen, gantz wahrscheinlich sey, andern Theils, daß sie eine solche Person sey, zu der man sich dergleichen Betrug und Verstellung wohl versehen mag, indem ihre gantze Ausführung und demarche dahin gerichtet gewesen, daß sie den Herrn Land-Cammer-Rath von R. zu der Trauung induciren mögen, wie dann M. E. M. in rotulo sub A ad art. 12. ausſaget:

> dieses müste sie der S. nachsagen, daß dieselbe sich recht stille, sittsam und douce stellen könne, so, daß man auch nicht eine unrechte Mine von derselben

Buhm. Conſ. T. III. P. II. gesehen habe, sondern immer höflich und freundlich gewesen wäre, *Ad Lib. XXIII. T. II.* da doch alles bey ihr verstellet gewesen, und also leicht zu glauben, daß, um den Betrug fortzusetzen, sie ihre vorige garstige Lebens-Art aufs äuſerste cachiret haben werde, wohin 3) unter andern gehört, daß sie nach schon geschehener Trauung, ohne Zweifel, weil sie befürchtet, daß ihr unkeuscher Wandel ausbrechen möchte, von freyen Stücken zu erzehlen angefangen, daß sie eine Muhme in Merseburg, mit Namen S. habe, die eine rechte jedermanns Hure gewesen, und niemand wüste, wo sie hinkommen wäre, welche Erzehlung sie offte wiederholet, gleichwol auf eingezogene Erkundigung keine andere S. als diese berüchtigte Person sich finden wollen, welcher man dergleichen Schand-Thaten nachsagen können, welches also von neuem 4) dem Herrn Land-Cammer-Rath von R. Gelegenheit gegeben, der Sachen reiffer nachzudencken und genauere Erkundigung einzuziehen, da er denn endlich in dem Verdacht gegen sie dergestalt bestätiget worden, daß, da sie auf eine Zeit ihm freundlich begegnen wollen, er ex abrupto gegen sie angefangen: canaille, du hast mich betrogen und belogen, und bist in Halle und Leipzig eine öffentliche Hure gewesen, worauf sie zwar im Zorn damahls aus seiner Studier-Stube gegangen, einige Tage aber darnach von freyen Stücken mit weinen und lamentiren angefangen: ach, das Gott erbarme, meine Schande ist heraus! welches sie einige Zeit wiederholet, und hinzu gesüget: andere hätten wohl ärger als sie gehuret, was denn dieses wohl wäre? wäre es doch vor der Zeit geschehen, ehe sie mit dem Herrn Land-Cammer-Rath bekant worden, sie wäre ein unverständig Mägdgen gewesen; wiederum auf eine andere Zeit sie von freyen Stücken zu ihm kommen und gesaget: ich sehe gar wohl, daß es Gott so geschicket, daß er meine Ehre und Schande in ihre Hände geleget, ich will mich Gott und sie lediglich überlassen, nach welcher einmahligen Bekäntniß dieses ihr Gemüth so eingenommen, daß sie beständig von ihrer Schande geredet, und solche beklaget, anbey gegen ihre Freundinnen queruliret, daß der Herr Land-Cammer-Rath sie vor der gantzen Welt zu schanden machen und alles entdecken wolte, was sie von Mutterleibe begangen; übrigens sie zwar 5) auf Anrathen ihrer confidenten auf die Hinterfüsse nachgehends getreten, und öffentlich gesaget, sie wollte denjenigen sehen, der ihr von ihrer Hurerey etwas beweisen sollte, dennoch ihr so offtmahliges freyes Bekäntniß kein geringes momentum zum Ausschlag dieser Sache geben, und den gespielten Betrug entdecken muß, wenn nur solche extraiudicialis confessio, toties repetita, quæ magnam arguit animi deliberationem, gebührend beyge-

Ad Lib. XXIII. T. II.

bracht werden könte, davon aber in denen rotulis testium nichts enthalten, und also wohl zu glauben, daß sie solche Bekäntniß dem Hrn. Land-Cammerrath allein gethan haben werde, gleichwol 6) die in rationibus dubitandi angeführten Umstände, das allgemeine Gerüchte, und iedermanns Meinung, daß sie in Leipzig und Halle eine öffentliche Hure gewesen, wovon die Zeugen gnugsam deponiren; der verdächtige Umgang mit einem Laqueyen, der unanständiger Weise ihre pudenda begriffen; die cachir- und Verheelung, daß sie niemahls den Ort anzeigen wollen, wo sie in Halle und Leipzig sich aufgehalten, nebst der freywilligen Entdeckung von einer angegebenen Mahme gleiches Nahmens mit ihr, die eine bordel-Hure gewesen seyn solle; davon aber niemand etwas wissen will, (welcher Umstand zuforderst durch Zeugen genugsam dargethan werden muß,) so stärcke Vermuthung und Verdacht gegen sie machen, daß solche mehr als einen halben Beweiß in sich halten, und wenn ihre gethane oftmahlige Bekäntniß durch des Hrn. Land-Cammerraths von R. iuramentum suppletorium hinzukommt, der geschehene Betrug und die schändliche Hintergehung desselben bey der Trauung völlig erwiesen seyn wird, dagegen dann 7) was in rat. dubit. tertia angeführet ist, daß nemlich kein iuramentum contra matrimonium statt finde, zwar von vielen behauptet wird, gleichwol solches vornemlich de iuramento delato, anzunehmen, dergestalt, daß, wie keine transactio contra matrimonium statt findet,

9 *c. vlt. X. de transact.*

also auch keine Eydes-delation admittiret werden kan, quæ instar transactionis est,

l. 31. D. de iurei.

welche ratio aber offenbahr in iuramento suppletorio, vtpote quod a iudice defertur, 10 cessiret, und dahero solches um desto ehender pro re nata statt finden kan,

CASPAR MATTHAEVS MVLLER *de iuram. contra matrim. c. II. §. 5. in f.*

als selbsten in canonischen Rechten versehen, quod in casu impotentiæ a marito negatæ, ab vxore vero assertæ, si frigiditas per inspectionem probari non potest, et cohabitatio per triennium absoluta, mulier per iustum 11 iudicium de viro probare queat, quod cum ea coire non potuerit,

c. 5. X. de frigid. et malef.

da dann eines Theils mehr als zu bekant ist, daß iustum iudicium das iuramentum legale siue purgatorium siue suppletorium denotire,

LINCK. *de iusto iuris canon. iudicio,*

andern Theils in dem angeführten textu kein purgatorium verstanden werden kan, sondern der deferirte Eyd ein suppletorium seyn muß, weil das Eheweib daselbst Klägerin Stelle vertreten, und die impotentiam mariti, so er leugnete, beweisen müssen, so aber ex inspectione nicht vollkommen geschehen mögen, dahero post triennii cohabitationem frustraneam, woraus ein halber Beweiß der impo- 12 tentiæ gezogen wird, sie per iuramentum dieselbe zu erweisen zugelassen wird, welches kein anderer Eyd, als das suppletorium seyn kan, quo præstito matrimonium dissolui debet.

c. 5. cit.

Diesemnach gantz unerheblich und irrig ist, daß pro re nata der Eyd ad dissoluendum matrimonium ex officio a iudice nicht deferiret werden solte, absonderlich, wenn eine solche Sache beyzubringen, die schwer zu erweisen stehet, wohin auch billig von denen Rechtsgelehrten dergleichen grobe Betrügereyen gehören. Endlich nicht so fort folget, was denen priuatis nicht erlaubet ist, daß solches auch dem Richter verbothen sey, cum a iuramento delato a partibus non valeat con- 13 sequentia ad legale iuramentum, a iudice ex officio delatum.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß der Hr. Cammer-Rath von R. zu dem Erfüdungs-Eyd ratione ihrer so oft wiederholten Bekäntniß billig zu zulassen, und alsdann, wenn er solches eydlich bestärcket, das matrimonium zu annulliren sey.

So viel die letzte Frage betrifft:

Quæstio IV.

Wie hernach das gestandene stuprum in Ansehung der concurrirten Umstände zu bestraffen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol der Hr. Land-Cammerrath von R. den Beyschlaf mit der K. nicht in Abrede seyn kan, und solcher nicht sowol pro stupro als adulterio simplici zu halten seyn möchte, da er zu der Zeit des Beyschlafs noch maritatus, und von der S. noch nicht dissoluret gewesen, 14 auch nicht zu regardiren, daß er mit der S. vor der Trauung einen Vergleich errichtet, als welcher der würcklich getroffenen Ehe nicht zuwider, auch nur einige accidentia matrimonii betrifft, quæ saluo matrimonio abesse possunt, also an der Ehe selbsten kein substantialis defectus vorhanden, so lange der dolus noch nicht erwiesen ist.

Weil aber dennoch 1) die quæstion, vtrum stuprum, an adulterium commissum, von der Er-

Erledigung der andern und dritten Frage dependiret, wobey wir dargethan, daß diese Ehe wegen des verübten doli, præstito iuramento suppletorio, zu annulliren sey, und wenn solches erfolgen solte, alsdann der Beyschlaf mit der K. pro simplici stupro zu achten, zumahl solcher geschehen, nachdem der Hr. Land-Cammerrath von R. ob comper-
15 tum dolum sich der S. enthalten, und sich von ihr separiret, ja sie damahls schon in furore gewesen; 2) hiernechst, wenn auch die Ehe nicht zu annulliren seyn solte, dennoch als dem Zeugniß-rotulo zu ersehen, wie unleidlich sich die S. gegen ihn aufgeführet, daß er nicht länger mit ihr leben, und, ohne sich zu separiren keine ruhige Stunde haben können, welche doch billig ihm so wol in Ansehen seiner studiorum, als characteris höchstnöthig gewesen, sie also zu solcher Zerrüttung des Ehestandes die eintzige Ursache gewesen, *Ad Lib. XXIII. T. II.* ja 3) endlich gar in furorem gefallen, daß er also, qua destitutus, variis malis domesticis afflictus, atque vxore furiosa destitutus desto leichter in dieses Unglück fallen können, so allerdings bey solchen sehr remarquablen Umständen eine grosse mitigationem pœnæ me- 16
ritiret.

CARPZ. *pr. crim. qu. 58. n. 24. sqq. qu. 61. n. 36. sqq.*

So erhellet hieraus so viel, daß allenfals nicht höher, als mit einiger mäßigen Geld-Busse der Hr. Land-Cammerrath von R. zu bestraffen sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXXXV.

RESPONSVM CCCCXXIX.

THEMA.

Matrimonium cum defunctæ vxoris sororis filia non prohibitum.

SVMMARIA.

Matrimonium cum defunctæ vxoris sorore prohibitum n. 1.
Quoto gradu in consanguinitate matrimonium interdictum, eodem quoque in affinitate reprobatur n. 2.
Patrui viduam ducere prohibitum n. 3.
Idem de materteræ viduo dicendum videtur n. 4.
Ex sententia quorundam gradus iure diuino prohibiti n. 5.
Vxoris sorori nubere prohibitum, quamdiu vxor viuit n. 6.
Post eius mortem matrimonium cum hac permittitur n. 7.
Multo magis cum eius filia n. 8.
Cur in affinitate graduum prohibitio locum non habeat n. 9.
Cum mariti fratre matrimonium in certo casu præceptum n. 10.
Matrimonio cum patrui vidua respectus parentelæ resistit n. 11.
Matrimonium cum defunctæ vxoris sororis filia est dispensabile n. 12.
Imprimis si specialis caussa concurrit n. 13.

Quæstio.

Ob die Ehe mit der verstorbenen Frauen Schwester-Tochter dispenlabel sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol 1) die Ehe mit der Mutter-Schwester in göttlichen Gesetzen verbothen,

Levit. XVIII, 13.

mithin es auch scheinen will, als wenn in affinitate in diesem Grad auch die Ehe mit der Mutterschwester-Mann verbothen sey, zu- 1

Ad Lib. XXIII. T. II.

mahl es eben derselbe gradus in affinitate ist, und die ratio, daß Mann und Frau ein Fleisch werden, dabey dergestalt eintreffen will, daß,
2 in welchem Grad die verstorbene Frau nach dem göttlichen Gesetze nicht heyrathen kan, auch ihrem nachgelassenen Manne nicht erlaubet sey, zu heyrathen, aus welcher Absicht
3 2) GOtt ohne Zweiffel verbothen, seines Vatern Brudern Weib zu heyrathen,

Levit. XVIII, 14.

mit welchem casu der gegenwärtige gantz genau übereinkommen möchte, da eben der gradus und respectus mit des Vatern Brudern Weib, und mit der Mutter-Schwester-
4 Mann ist, mithin ob eandem rationem auch gleiches Verboth sich finden will; bevorab da 3) vieler ICtorum und Theologorum Meinung nach im gedachtem Capite XVIII. des dritten Buch Mosis nicht bloß auf die
5 erzehlten Personen, sondern vielmehr vornemlich auf die gradus und deren priorität gesehen werden müsse.

STRYK ad BRVNNEM. *ius eccl. lib. 2. c. 16. §. 26.*

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) die Ehe mit der verstorbenen Frauen Schwester nicht absolute, sondern nur secundum quid und dergestalt
6 verbothen, daß bey Lebzeiten der ersten Frauen, und derselben zum Tort solche Ehe nicht zugelassen werden solle,

Levit. XVIII, 18.

im Gegentheil nach deren Tode weder verbothen, noch die ratio prohibitionis limitatæ dahin zu ziehen, wie mit vielen rationibus und
7 Beyfall so wol Theologorum als ICtorum ausgeführet hat

BOEHMER *tom. I. P. I. consult. n. 160.*

Daraus denn 2) gantz natürlich fliesset, daß, wenn mit der Mutter die Ehe nicht verbothen, auch mit deren Tochter solche nicht verbothen
8 zu halten, da noch mehr ratio dubitandi bey der Frauen Schwester, als bey deren Tochter sich finden möchte, man dahero 3) was de paritate gradus in prohibitionibus coniugiorum attendenda angeführet wird, eines Theils ad affinitatem in linea collaterali nicht
9 wol extendiren kan, weil daselbsten nur ein eintziger casus prohibitus referiret worden, also nicht glaublich, daß GOtt nicht alle übrige in simili gradu befindliche casus mit referiret haben solte, wenn er das Verboth so weit extendiren wollen,

STRVV *in iurispr. priv. lib. I. tit. 6. §. 17. in f.*

zumahl dieses Verboth an die Israëliten, ein sehr hartes und ungezähmtes Volck, ergangen, welchem man auch so gar die communissima iuris naturæ præcepta erklären und vortragen müssen, andern Theils 4) man auch auf solches argumentum um deswillen hier nicht prouociren darf, weil die Ehe mit der Frauen Schwester, und mit des
10 Mannes Bruder in gleichem gradu sich befinden, und doch jene zugelassen, diese aber verbothen; wiederum diese in certo casu gebothen, jene aber niemahls,

Deut. XXV, 5. Gen. XXXVIII, 8.

dieserwegen man daraus klar abnehmen kan, daß, ob paritatem gradus nicht so fort in affinitate gleiche prohibitio anzutreffen, absonderlich wenn 5) noch einige ratio diuerlitatis, wie alhier, sich befindet, allermassen patrui viduam zu heyrathen, dem respect entgegen zu
11 lauffen scheinet, weil sie, wie der patruus, filiali obsequio von ihres Mannes Brudern-Sohn tractiret werden müste; da im Gegentheil, so ferne sie seine Frau würde, sie ihm qua vxor alle veneration und obsequium schuldig wäre, dergleichen ratio sich in dem casu quæst. nicht findet, zumahl derjenige, der seiner Frauen Schwester-Tochter heyrathet, im vorigen regard, eben wie sie, bleibet, und wie sie, vorher, allen respect vor ihrer Mutter Schwester-Mann haben müssen, also auch dieser respect, contracto etiam matrimonio, ungekräncket bleibet, aus welcher consideration 6) diesen casum als dispen-
12 sabilem viele bewerthe Rechtslehrer defendiren,

STRYK ad BRVNNEM. *ius eccl. lib. 2. c. 16. §. 26.*

RICHTER *P. I. decis. 11. n. 13.*

BOEHMER *tom. I. P. I. consult. n. 162.*

BRÜCKNER *in decis. matrim. c. 5. p. 270. et 299.*

welche dispensatio 7) dem vorgemeldten Z. um destomehr angedeyen muß, da er selbst von hohen Alter und 68 Jahren ist, und der Handreichung, und Pflege, die er eher von einer nahen Anverwandtinnen als fremden zu
13 erwarten, sehr bedürftig, sie aber in nicht geringen Schulden sitzet, drey Kinder hat, und aus ihren betrübten Umständen vermittelst dieser Heyrath gerettet werden kan, mithin vtrinque iusta causa dispensationis vorhanden.

So erhellet hieraus so viel, daß diese quæstionirte Ehe in göttlichen Gesetzen nicht verbothen, und dahero darin wohl dispensiret werden könne.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE OCTOB. MDCCXXXIII.

DECI-

DECISIO CCCCXXX.

Ad Lib. XXIII. T. II.

THEMA.

Statutum communionem æris alieni inter coniuges probans, vtrum ad debita post finitum matrimonium contracta in dubio pertineat?

SVMMARIA.

Bona dotalia omnibus creditoribus hypothecariis præferuntur n. 1.
Illatio bonorum dotalium sola mariti confessione non probatur n. 2.
In concursu non sufficit dotem esse cautam, nisi quoque soluta n. 3.
Maritus tanquam nudus vsufructuarius bona vxoris oppignorare nequit n. 4.
Iure Brunsuicensi vxoris illata omni æri alieno etiam ante matrimonium contracto præferuntur n. 5.
In plerisque locis communionem pater cum liberis continuat vsque ad secutam diuisionem n. 6.
De prioritate queri non potest, cui ante omnia liquidatio iniuncta n. 7.
Rerum dotalium mobilium consumtarum æstimationem maritus reddit n. 8.
Mulier omnia bona in dotem dare potest n. 9.
Nomina in dotem data per negligentiam mariti non exacta eius periculo sunt n. 10.
Communio æris alieni ex communione antiqua bonorum fluit n. 11.
Promissa dote et donatione propter nuptias in iis locis, vbi communio bonorum obtinet, ab hac tacite receditur n. 12.
Communio æris alieni ad debita ante matrimonium, non post eius dissolutionem a superstite contracta pertinet secundum ius Brunsuicense n. 13.
Soluto matrimonio dirimitur, quæ inter coniuges obtinuit, communio n. 14.
Communionis continuatio cum liberis, alterutro parentum mortuo, in dubio et citra expressam statuti sanctionem locum non habet n. 15.

Auf eingewandte supplicationes und erfolgte Gesetze in Sachen G. M. E. Kinder Vormünder an einem, und R. A. M. zweyter Ehe Sohns Vormünder am andern Theil, beyderseits supplicanten und supplicaten, erkennen Burgermeister und Rath der Stadt Braunschweig auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß es beyderseits supplicationen ohngehindert bey dem vol. II. n. 82. befindlich, und den 2. Sept. 1740. eröffneten Urtheil lediglich zu lassen sey, jedoch so viel R. A. M. Sohn, anderer Ehe, supplication betrifft, mit dieser Erklärung, daß, so weit derselbe seiner Mutter dotalia gebührend künftig liquidiren wird, er mit denselben denen E. Kindern vorzuziehen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es hat zwar der des liquidati Sohn zweyter Ehe seine supplication nicht allein gegen die E. Kinder, sondern auch gegen den curatorem bonorum und übrige creditores eingerichtet, welche letztere aber dagegen sich nicht gemeldet, noch darauf eingelassen, weil aber dessen grauamen vornemlich die E. Kinder betrifft, so hat man es dabey bewenden lassen, wie denn die übrigen creditores, his victis, dagegen nichts anführen mögen, der curator bonorum auch nicht so wol die priorität, als den liquidations punct zu besorgen hat. Ob nun wol 1) des liquidati Sohn anderer Ehe sich grauiret zu seyn erachtet, daß die Iurisconsulti Giessenses ratione maternorum ihn nicht auch denen E. Kindern vorgesetzet, da doch, was seine Mutter eingebracht, lauter bona dotalia nach der Beylage vol. I. n. 60. lit. K. zu achten, die E. Schuld nicht, constante matrimonio, sondern einige Jahre nach seiner Mutter Tode contrahiret, und also nicht nach dem statuto de an. 1579. welches bloß von denen constante matrimonio contractis debitis zu verstehen, sondern nach dem iure communi zu beurtheilen sey, nach welchem eine Frau und ihre Kinder allen creditoribus hypothecariis vorzuziehen sey.

l. 12. C. qui pot. in pign. hab.

Hiernechst der E. Kinder Vormündere dieses 2) pro grauamine anführen, daß sie auf des liquidati Sohns anderer Ehe adacta gebrachte liquidation sich einzulassen schuldig, und nicht

Ad Lib. XXIII. T. II.

nicht vielmehr definitiue so fort hierin erkant worden, da sie sich doch bereits eingelassen, ihre exceptiones dagegen opponiret, und vrgiret, daß die würckliche illatio in domum mariti nicht probiret sey, noch per solam confessionem debitoris erwiesen werden könne, wie das statutum vol. II. n. 95. darleget, auch iuris communis ist,

2

LVDOVICI *de probat. illat. dot.*

bevorab da des liquidati Quittungen anzeigen, daß er kein baar Geld, sondern an statt dessen blosse obligationes und Papier erhalten, welche Gelder, als besonders die 500 Thlr. an dem Weinkeller zu Celle, ob exercitatum concursum nicht bezahlet worden, daneben nach denen Ehe-pacten seine Großmutter an solchen Geldern ihrer Tochter sich den vsumfructum reseruiret, und also mehr pro dote

3

cauta quam soluta zu halten, so, daß gegen den Sohn anderer Ehe, daß er seine materna nicht beygebracht, billig erkant werden sollen. Hiernechst 3) sie sich auch dadurch grauiret gehalten, daß ihr anderes grauamen im letzten Urtheil, so die M. Kinder überhaupt angehet, vor unerheblich gehalten und zum Grunde gesetzet worden, als wann sie ihre Bezahlung aus jener maternis gesuchet hätten, welches irrig und aus ihrem chirographo zu ersehen sey, daß dem seel. M. das Capital von 400 Thlr. auf sein Hauß geliehen sey, und sie also aus dem väterlichen Vermögen die Bezahlung prætendirten, zumahl nach dem n. 97. sub C befindlichem rescripto der Frauen Güther nur in subsidium davor hafften, und also diese allen creditoribus nachgesetzet werden müsse, allenfalls aber 4) das statutum nur von denen creditoribus, so ex bonis defunctæ vxoris befriediget seyn wollen, zu verstehen und die Kinder denenselben vorzuziehen seyn möchten, weil der Vater nur

4

nudus vsufructuarius und administrator bonorum maternorum und nicht befugt gewesen, ihre Güther zu versetzen, so auf diesen casum nicht zu ziehen sey. Ausserdem aber 5) aus denen verbis statuti de an. 1579. sub n. 118. vol. II. und dessen introitu zu ersehen, daß kein Unterscheid, ob die Schulden constante matrimonio gemachet worden, oder nicht, dabey zu obseruiren, sondern die Weiber schlechterdings mit ihren illatis nachzusetzen seyn, weil darin gedacht worden, daß eine zeithero vordem gebräuchlich gewesen, daß die Frauens allen Gläubigern, welche keine ältere ausdrückliche Verpfändung gehabt, vorgezogen

5

worden, welches nothwendig von denen ante matrimonium contractum datis hypothecis verstanden werden müsse, gleichwol solches schädlich befunden, und also verordnet sey, daß hinführo kein Weib mit ihrer fräulichen Gerechtigkeit zugelassen, noch sich derselben in dem wenigsten gegen den Gläubiger zu behelffen haben, sondern solche fräuliche Gerechtigkeit in allen denen Güthern, die sie dem Manne einbracht, und in seine Verwahrung, Nahrung und Handthierung gethan, gäntzlich davon abgethan und aufgehoben seyn solle, woraus denn erhellen möchte, daß des liquidati Kinder sich damit, daß die E. Schuld nicht in der Ehe gemachet sey, nicht behelffen könten, sondern sie, wie ihre Mutter selbsten, die letzten in dem concurs seyn müsten, anerwogen auch 6) das statutum nicht distinguire, auch nicht wohl distinguiren könne, weil sonsten daraus folgen würde, daß, wenn der Vater in matrimonio alles verzehret, co finito aber Schulden gemachet, die Kinder auf solche Weise ihre materna saluiret, dadurch aber contra mentem statuti der credit nicht conseruiret werden würde, zumahl wenn man 7) die dispositionem statuti ex communione antiqua bonorum herleiten wolte, es das Ansehen gewinnen will, daß solche zwischen dem überlebenden Vater und 6

dessen Kinder continuiret werde, bis die Theilung erfolge, wie dieses an vielen Orten Rechtens ist,

VOET. *ad tit. solut. matrim. quemadm. dos restit.* §. 28.

und also daraus geschlossen werden möchte, daß auch die Kinder mit in communionem æris alieni post mortem matris contracti treten, und allen creditoren nachgesetzet werden müssen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) des liquidati Sohns anderer Ehe grauamen in sententia Gœttingensi nicht befindlich, als worin die priorität demselben nicht aberkant, sondern vornemlich wegen dessen Zulassung ad liquidandum gesprochen, der punctus prioritatis aber, facta prius liquidatione, ausgesetzet worden, in clausula:

worauf dann hiernechst in dem Fall, i. e. post liquidationem factam, ferner ergehen soll, was Rechtens ist.

Uebrigens leicht zu erachten, daß die Giessenses keine andere Gedancken ratione prioritatis bey supplicanten führen können, als sie bereits bey denen Kindern erster Ehe geführet, solches auch klärlich genug dadurch angezeiget, daß sie denen E. Kindern die Einlassung auf des supplicanten liquidation vol. III. n. 30. iniungiret, welches nicht geschehen mögen, wenn sie nicht davor gehalten, daß, wenn der punctus liquidationis berichtiget werden solte, sie alsdenn dem supplicanten weichen 7

müsten, so, daß derselbe gar nicht grauiret zu achten, iedoch zu dessen Beruhigunge die declaration dem Urthel nur hinzugethan, nicht aber das Giessensche Urthel reformiret oder suppliret worden. Da hergegen ad 2) so viel der E. Kinder supplication betrifft, deren erstes grauamen billig unstatthafft geachtet wor-

worden, zumahl vorhin vornemlich darüber, ob der Sohn anderer Ehe noch beym concursu mit seiner liquidation gehöret werden solle, gestritten, und ob gleich von derer E. Kinder Vormündern einige exceptiones dagegen vorgebracht sind, dennoch darin die Einlassung nicht vollkommen bestehet, sondern cum effectu zu verstehen, daß des liquidati Sohn anderer Ehe die documenta sub A bis K inclusiue in originali producire, die E. Vormündere nebst dem curatore solche, wie jener bereits vol. II. n. 93. gebethen, in einem anzuberahmenden termino recognosciren, und alles Nöthige ferner dabey vorgestellet werde, zumahl bey der liquidation noch vieles fehlet, sowol ratione quantitatis, als probationis, allermassen von denen angegebenen Meublen noch vielleicht etwas in natura vorhanden seyn kan, bey denen consumtis aber der liquidatus die æstimation præstiren muß, quia maritus res mobiles dotales libere alienare potest, præstita tamen æstimatione,

8

l. 42. de iur. dot. l. 3. C. eod. l. 21. de manumiss.

welches absonderlich zu beobachten ist, wenn
9 eine Frau das gantze Vermögen, als welches erlaubet ist,

l. 4. C. de iur. dot.

in dotem ihrem Manne giebet, wie hier geschehen, dabey auch keine Hinderung geben kan, wenn gleich die nomina nicht eingegangen, deren chirographa ihm doch ausgeantwortet worden, weil solche periculo mariti sind, bey denen Kindern aber sich finden wird, ob er solche einzutreiben negligiret, also vornemlich es auf den punctum probationis
10 ankommen wird, ob solcher gebührend vordem zum Stande gebracht worden, worin er nicht zu übereilen gewesen, so, daß nicht so fort definitiue erkant werden mögen. Hiernechst bey dem andern grauamine zuforderst zu erinnern, daß alhier supplicatio supplicationis ist, so nicht zuläßig, weil bereits in diesem puncl, prævia restitutione in integrum, suppliciret worden, und wenn auch dieses nicht wäre, dennoch die dabey vorgebrachte rationes von keiner Erheblichkeit sind, anerwogen ob wol die E. Vormünder ihre Bezahlung aus dem Väterlichen suchen, dennoch auch die Meyerschen Kinder das Ihrige daraus suchen, und es auf die prioricät hiebey lediglich ankommt, da sie eine ältere hypothecam cum prioritate haben, und dabey nur ad 4) et 5) zu untersuchen ist, ob nach dem statuto de a. 1579. hiebey verfahren werden könne? wir aber dabey, wie schon die Giessenses ICti angezeiget, wahrgenommen, daß solches aus der communione coniugum antiqua hergeflossen, aus welcher auch die communio æris
11 alieni folget,

Bæhm. Conf. T. II. P. III.

BOEHMER *de commun. æris alieni inter coniuges.* *Ad Lib. XXIII. T. II.*

gleichwol an denen Orten, wo solche statt findet, denen Eheleuten erlaubet ist, derselben sich zu begeben, und in dieselbe nicht zu treten, welches geschiehet, wenn eine bedungene Ehe geschlossen wird, so, daß die Frau einen dotem, der Mann aber donationem propter nuptias seiner Frau, wie hier geschehen, verschreibet, und also secundum morem Romani iuris die Ehe vollenzogen, da hergen bey unbedungener Ehe die communio 12
bonorum und æris alieni allein induciret wird, und wenn auch die communion statt gefunden hätte, was dagegen erinnert worden, allein auf die ante matrimonium gemachte Schulden gezogen werden muß, daraus aber nicht folgen will, daß dieses auch bey denen Schulden, so soluto matrimonio 13
von dem überlebenden Manne contrahiret sind, verstanden, und das statutum darauf gezogen werden müsse, zumahl ad 6) ob gleich das statutum nicht wörtlich distinguiret, dennoch ex ratione eiusdem billig zu schliessen, daß solche Schulden nicht ad communionem æris alieni gehören, vielmehr bekant ist, quod 14
soluto matrimonio dirimatur ea, quæ inter coniuges obtinuit, communio,

§. f. I. de societ. l. 4. §. 1. l. 59. l. 65. §. 9. D. pro soc.

und ob gleich ad 7) an einigen Orten unter dem Vater und Kindern solche continuiret wird, dennoch solches in dubio nicht zu statuiren, quin potius sine statuto aut consuetudine manifesta communionis huius prorogatio, tanquam a iure communi societatis recedens admittenda non est, 15

IO. VOETIVS *ad tit. solut. matrim. §. 28.*

SANDE *lib. 2. decis. Fris. tit. 5. def. 9.*

bevorab da dergleichen extensio communionis ad liberos auch dieserwegen hier nicht angehet, weil die Kinder erster Ehe per secundas patris nuptias ausser derselben getreten seyn würden, bey dem Sohn anderer Ehe aber zu erwegen ist, daß diese andere Ehe kurtze Zeit gedauret, und ihr in die Ehe zu bringendes Vermögen nicht in der Ehe dem liquidato, sondern erst mehrentheils, soluto matrimonio, ausgelieffert ist, und also absonderlich bey dieser bedungenen Ehe nicht mehr in communionem fallen können, sondern der liquidatus solches als Kindes Guth annehmen müssen, wie denn auch der M. Sohn solches als materna prætendiret, und wir billig deswegen ihm den Vorzug vor den E. Kindern gegeben. Endlich bey der dotis constitutione nicht hindert, daß des liquidati Frau certo modo ihrer Mutter den vsumfructum derer Capitalien reseruiret, als welches sub conditione geschehen, wenn sie vor ihrem

Ad Lib. XXIII. T. II. Manne ohne Kinder versterben würde, und also erst derselbe nach ihrem Tode angehen solle, welcher casus aber nicht erfolget, vielmehr hieraus von neuem zu schliessen, daß diese Eheleute in keine Gemeinschafftlichkeit der Güther treten wollen, also das statutum auch aus dieser Ursache hieher nicht zu ziehen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE SEPT. MDCCXLIV.

DECISIO CCCCXXXI.

THEMA.

In ciuitate Hildesiensi, non extra eius muros, communio bonorum inter coniuges obtinet.

Vid. T. IV. Decis. DLXXXII. Them. 2.

DECISIO CCCCXXXII.

THEMA.

Quatenus vxor superstes iure Hamburgensi teneatur ad æs alienum pro marito soluendum?

SVMMARIA.

Vxor Hamburgi bona mortuo marito creditoribus cedens a solutione æris alieni liberatur n. 1.

Interim vxor ipso iure mariti heres est n. 2.

Et bona defuncti mariti occupans ad eius æs alienum soluendum tenetur n. 3.

Probatio rei iudicatæ repugnans non admittenda n. 4.

Coniuges, vbi communio bonorum obtinet, non iure hereditario ad æs alienum defuncti solvendum tenentur n. 5.

Vxor mariti heres facta eius creditoribus inuitis bona defuncti cedere nequit n. 6.

Als dieselbe uns gesuchte reuision in Sachen M. V. modo I. R. Klägers an einem, und der Gebrüdere B. modo D. V. vxorio nomine Beklagten am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Daß es der gesuchten reuision ohngehindert bey dem den 28. Sept. a. c. eröffneten Urthel billig verbleibet, Kläger auch die expensas retardati processus nach deren vorhergehender liquidation und erfolgter richterlichen Mäßigung Beklagten zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem Klägern der Beweiß, daß Beklagtens Ehefrau ihres ersten Mannes Erbe geworden, rechtskräftig auferleget worden, so hat solchen Kläger per delationem iuramenti sub præt. d. 4. May 1740. angetreten.

Ob nun wol Kläger vermeinen wollen, daß er durch den deferirten Eyd das probandum wohl bewerckstelligen können, als nach welchem des Beklagten Ehefrau schweren solle:

Daß sie nach Absterben ihres ersten Ehe-Manns, A. B. das Sterbe-Hauß und der nachgelassenen Güther sich nicht angemasset, sondern denen creditoribus ihres verstorbenen Ehemanns dasselbe nachgelassenen und die am Sterbe-Tage vorhanden gewesene Güther würcklich und aufrichtig abgetreten, einfolglich sie ihres ersten Ehemanns A. B. Erbe nicht geworden,

und

und hierauf eben der neruus controuersiæ ankommen möchte, angesehen in denen

Statut. Hamb. P. II. tit. u. §. 15.

1 mit klaren Worten versehen, daß, wenn die Witwe nach ihres Ehemanns Absterben, wegen der auf dem Sterbe-Hause befindlichen beschwerlichen Schulden das Sterbe-Hauß und der nachgelassenen Güther sich nicht anmassen, sondern denen creditoren des verstorbenen Ehemanns die nachgelassene und am Sterbe-Tage vorhandene Güther würcklich und aufrichtig abtreten und auftragen würde, alsdann die Witwe durch solche beständige cession von ihres verstorbenen Ehemannes creditoren sich loß würcken und entfreyen solle, woraus dann von selbsten folgen möchte, daß eine Ehefrau ipso iure ihres Mannes Erbe sey, die Schulden bezahlen müsse, und das eintzige Mittel, sich von der Bezahlung der Schulden loß zu machen, in der cessione bonorum anzutreffen sey, dahero dann in den statut. cit. l. art. 16. dieses in contrarium hinzugethan ist, daß, da die Witwe und ihr anderer Ehemann sich des ersten Ehemanns Güther, es sey viel oder wenig, beweißlich angemasset hätte, sie alsdann auch auf solchem Fall zu denen nachstehenden Schulden des ersten verstorbenen Ehemanns creditoren zur Antwort verbunden seyn sollen, zumahl die Schulden auf
2 den Güthern hafften, und also von denenselben abgetragen werden müssen, und daher es das Ansehen gewinnet, als wenn es bey der geschehenen Eydes-delation bloß darauf ankäme, und der auferlegte Beweiß dadurch effectuiret werden könne.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Klage auf den punct, daß Beklagtens Ehefrau ihres ersten Mannes Erbe worden sey und dahero bezahlen müsse, gerichtet, und Klägerin aus solchem Grunde dieselbe ad reassumtionem litis, wie bey Erben gewöhnlich, vorladen lassen, diese aber solches beständig geleugnet, und dahin dem Kläger der Beweiß rechtskräfftig auferleget worden, wowider derselbe zwar restitutionem in integrum gesuchet, und vermeinen wollen, daß solches probandum schon ad acta gebracht und erwiesen sey, auch zu dem Ende sich so wol auf die Hamburg. Statuta und die daraus angeführte Oerter bezogen, auch dabey allerhand Urkunden ad acta gebracht, dennoch es in dem den 18. Mart. a. c. ertheilten Bescheide schlechterdings bey dem Beweise gelassen, mithin bereits per indirectum rechtskräfftig erkant worden, daß es in casu præsenti auf dieses, was aus den Statutis genommen, nicht ankomme, noch der Beweiß des iuris hereditarii præ tensi daraus geführet werden könne, dem ohngeachtet dennoch der Kläger sich solches bereits verworffenen Beweises wieder anmassen, und contra rem iudicatam denselben ex principiis reiectis führen wollen, so 4 der auctoritati rei iudicatæ nicht allein zuwider läuffet, sondern auch ohnedem denen Rechten nach nicht geschehen kan, da an den Orten, wo die communio bonorum ex iure Germanico, wie in Hamburg, noch beybehalten, die Frau zwar vor den Mann, nisi omnia bona creditoribus cesserit, bezahlen muß, solches aber nicht ex iure hereditario, sondern bloß ex communione bono- 5 rum herzuleithen,

Ad Lib. XXIII. T. II.

Diss. sub præs. BOEHMERI *habita de commun. æris alien. inter coni. Hamburg.*

also wenn Kläger den Grund der Klage darauf gesetzet, er vielleicht ehender reüssiren können, und dahero in sententia vom 28. Sept. die Beklagtinne auch nur von der Klage, immassen sie angebracht, refusis expensis, absoluiret worden, wobey es schlechterdings zu lassen gewesen, nachdem aus der geschehenen Eydes-delation kein ius hereditarium, wie irrig in derselben angeführet werden wollen, herfliesset, sondern solches vielmehr ex testamento vel pacto coniugum successorio hergeleitet werden muß, und wenn gleich einige interpretes dieses, was ex communione bonorum herfliesset, vor ein Erb-Recht ansehen wollen, dennoch solches irrig geschiehet, und aus der confusione iuris domestici et peregrini herfliesset, immassen nach dem Römischen Rechte, wenn eine Frau ihres Mannes Erbe geworden, sie inuitis creditoribus ihres Mannes Güther nicht einsten abtreten, und sich von der Schulden-Last befreyen kan, ja nach diesem aus ihren eigenen Güthern zu bezahlen nicht schul- 6 dig ist, wenn sie cum beneficio inuentarii die Erbschafft ihres Mannes angetreten, welches alles mit der communione bonorum und denen daraus fliessenden effectis offenbahr streitet, das übrige Anführen aber, und ob des Beklagten Ehefrau noch etwas von ihres Mannes Güthern sich angemasset, hieher noch zur Zeit nicht gehörig, und darauf nicht reflectiret werden mögen.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen, bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMB. MDCCXL.

Ad Lib. XXIII. T. II.

DECISIO CCCCXXXIII.

THEMA.

Communio bonorum inter coniuges non tollitur per mutationem domicilii.

SVMMARIA.

Communio bonorum per domicilii mutationem videtur sublata n. 1.
Quod reiicitur n. 6.
Successio fit secundum iura domicilii n. 2.
Domicilium per census præstationem annalem conseruatur n. 3. 8.
Communio bonorum etiam pacto constituitur n. 4.
Vbi communio bonorum obtinet, ibi non tam succeditur, quam iure communionis res retinetur n. 5.
Pactitia communio per mutationem domicilii non tollitur n. 7.
Rationes ex facto desumtæ n. 9.

Auf interponirte remedia respect. leuterationis, querelæ nullitatis und restitutionis in integrum, deren iustification und erfolgten Schrifft-Wechsel in M. Sachen des regiſtratoris N. Beklagten an einem, A. E. R. Klägerin am andern Theil, erkennet das Thumprobſtiſche und Thum-capitulariſche Ober- und hohe Meyerdings-Gericht zu Hildesheim, nach vorgehabten Rath auswartiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Nunmehro, ſo viel die 21. Morgen nebſt 1½ Wörling Henningiſche Länderey betrifft, aus denen acten ſo viel zu befinden, daß es bey dem an 2. May 1743. eröffneten, ſub n. act. 93. befindlichen Urtheil nicht zu laſſen, ſondern bewandten Umſtänden nach Beklagter von der angeſtelleten Klage zu entbinden und loszuſprechen, es könte und wolte dann Klägerin ihr n. act. 21. befindliches Vorgeben, daß ihr verſtorbener Vater ihr dasjenige, was nach Abzug des Pfand-Schillings das Land an Werthe träget, dotis nomine, vor der anno 1719. geſchehenen ceſſion an Beklagtens Schwiegervater, aſſigniret habe, durch production ihrer Ehe-pacten oder ſonſten rechtlicher Art nach binnen vier Wochen præcluſiuiſcher Friſt erweiſen, damit würde ſie noch billig gehöret, und ergehet alsdann in der Sachen ferner was recht iſt; da hergegen wegen des P. Antheils an der verſetzten Länderey es derer eingewandten remediorum ohngehindert bey dem den 8. Ian. 1746. eröffneten, n. 109. befindlichen Urthel lediglich verbleibet, jedoch mit der Erklärung, daß Klägerin bey deren reluition nach abgelegtem Ende die bey dem erſten Umſatz von 19. Iul. 1702. bezahlte iura und Koſten nebſt denen in dem Lande erweislichen meliorationen auſſer dem daſelbſt beſtimten Pfand-Schilling pro rata noch abtragen müſſe. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol ſo viel die Henningiſche 21. Morgen 1½ Wörling betrifft, es zwar wohl ſeyn kan, daß der Klägerin Mutter ſolche nach dem ſtatuto Hildeſienſi laut doc. des Meyerdings n. 117. ihrem Mann, der Klägerin Vater, zugefreyet, ſolche vor dem Meyerding in ſeinen Anſatz gebracht, und ſo lange er in Hildesheim geblieben und gewohnet, die Eheleuthe mit einander in communione bonorum geſtanden, und wenn derſelben Mutter daſelbſt verſtorben, ihr Mann ohnſtreitig ihr Erbe geworden ſeyn würde; nachdem aber ſtatus rerum in anno 1703. ſich geändert, der Klägerin Vater von Hildesheim nach Hannover ſich gewendet und daſelbſt præciſiret, man nicht anders glauben kan, als daß er animum domicilium mutandi gegehabt, zumal er auch daſelbſt ſich wieder verheyrathet, beſtändig bis an ſein Ende geblieben, daſelbſt auch über ſeine Güther nach ſeinem Tode ein concurs erreget und ausgemacht worden, daß alſo an der mutatione domicilii wol nicht zu zweiffeln, dem zufolge denn es das Anſehen gewinnen will, welches auch in vorhergehenden beyden Urtheln zum Grunde geleget, daß, weil der Klägerin Mutter in anno 1705. mutato iam domicilio, verſtorben, die communio bonorum eo ipſo aufgehöret, und nach dieſem letztern foro, in deſſen iura Mann und Frau getreten, die ſucceſſion beurtheilet werden müſſe,

l. 65.

l. 65. D. de iudic.

nach welchen bekanter massen, wie öffters in actis angeführet ist, die Eheleuthe einander nicht succediren, sondern in Hannover es lediglich bey dem iure ciuili gelassen ist, woraus denn folgen möchte, daß der Klägerin Vater kein Recht mehr an den quæstionirten 21. Morgen gehabt, und also keinen Vergleich darüber zum præiuditz der Klägerin, in anno 1719. mit Beklagtens Schwiegervater treffen können, zumal Klägerin ihres Vaters Erbe nicht werden mögen, da sein Nachlaß in concurs gefallen, ihr Vater auch nach der Beylage sub n. 120. durch die dritte Heyrath in Hannover sein Bürgerrecht in Hildesheim allenfalls verheyrathet und vor seine Person keinen Vorschoß mehr entrichtet, als welchen er nach der
3 Beylage sub n. 125. blos seiner Kinder wegen abgetragen, welches der Klägerin zu statten kommen möchte, weil ihr Vater dadurch zu verstehen gegeben, daß die materna seinen Kindern, und also ihr mit gehöreten, und sie solche von der Mutter geerbet, bey welcher Beschaffenheit es gantz vergebens ist, auf die documenta und deren edition zu prouociren, so in dem Meyerdings-protocoll sub n. 117. angeführet, welche nunmehr keinen effect mehr haben möchten, noch weniger auf edition der n. act. 21. incidenter angeführten Ehe-pacten der Klägerin zu erkennen, sondern gnug ist, daß von ihren Miterben sich niemand melder, die in anno 1719. geschehene völlige Uebergebung der quæstionirten verpfändeten Güter an Beklagten nulliter geschehen, und die Klägerinne als mütterliche Erbin solche reuiren, und dem Beklagten die exceptio de iure tertii nicht zu statten kommen möchte; da hergegen, woferne es erkanter massen bey unserm Urtheil verbleiben sollte, es das Ansehen gewinnen will, als wenn wegen der P. Güther gleiches Urtheil gefället, und die beyde letzten Urtheil ebenfalls hierin geändert werden müssen, zumal das protocoll sub n. act. 9. besaget, daß Klägerinne selbst darin behauptet, daß auch diese 18. Morgen von Henningio herrühreten, und der P. Name nur deswegen gemeldet wäre, weil ihre Grosmutter den seligen P. in der zweyten Ehe gehabt hätte, dem zufolge dann denenselben paria iura mit den vorigen zustehen, und Beklagter davon ex concessis ebenfalls absoluiret werden müste.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus denen acten klar erhellet, daß der Klägerinnen Eltern nach denen statutis Hildesiensibus, unter welchen sie ihre Ehe geschlossen, in communionem bonorum getreten, solches auch nunmehro durch das documentum sub n. 117. noch mehr bestätiget ist, als woraus erhellet, daß Klägerin Mutter ihrem Mann, der Klägerinnen Vater, 21. Morgen und 1½ Vörling, von ihrem Vater herrührend unterpfändetes Erb-Guth zugefreyet, sie solches anno 1692. den 20. Sept. ihrem Mann vor dem Meyerding Hasede erb- und eigenthümlich aufgetragen und verlassen, und sich dabey auf eine unter ihnen errichtete Ehe-Stifftung von 11. Dec. 1691. diese aber auf einen den 9. Febr. 1680. ausgestelleten Ablages-Brief, worinnen sie mit dieser Länderey 4 von ihren Eltern abgeleget worden, bezogen, daraus also klar beygebracht ist, daß die gedachte Eheleuthe statutariam communionem nicht allein, sondern auch sogar pacticiam, da sie ihm durch die Ehe-pacta die quæstionirte Länderey zugefreyet, und darüber solche errichtet, eingegangen, und vermöge derselben ihm das Eigenthum nach dem communions-Recht aufgetragen sey, wodurch er also ein wahres ius in re erworben, und die quæstionirte Länderey nach ihrem Tode nicht sowol geerbet, als iure communionis behalten; talia enim bona magis ex 5 iure communionis, quam iure successionis proprie dictæ debentur,

BÖHMER *de action. sect. II. c. 3. §. 52. in not. lit. h.*

woraus denn gantz natürlich ferner folget, daß, wenngleich ihre Eltern in anno 1703. ihr forum domicilii geändert und nach Hannover transferiret haben sollten, ihr Vater doch dadurch sein an den quæstionirten Morgen erlangtes Recht nicht verlohren, noch aus der so gar per pacta dotalia bestätigten communione bonorum getreten, vielmehr nachdem seine Frau zwey Jahr darnach in Hannover verstorben, er solche aufgetragene Länderey erb- und eigenthümlich behalten müssen, wie denn auch die Rechtslehrer solches gar recht bemercket und gelehret, per mutationem prioris domicilii, in quo contractum matrimonium et communio bonorum inita, maxime si per pactum confirmata, non censeri illam sublatam, 6 sed potius iura prioris domicilii inspicienda esse,

HERTIVS *de collis. legum sect. IV. §. 43.*

SANDE *lib. II. decis. Fris. tit. 5. def. 10.*

ABRAHAM *a* WESEL *de societ. bonor. commub. tr. 1. n. 104.*

HEESER *de bonor. et acq. coniug. commun. P. II. loc. 18. n. 251.*

LAVTERBACH *de societ. bonor. coniug. c. II. §. 17.*

und ob zwar MEVIVS

ad ius Lubec. P. II. lib. II. art. 12. n. 401.

diese doctrin als erroneam ansiehet, und

Ad Lib. XXIII. T. II.

Ad Lib. XXIII. T. II.

das Gegentheil vor richtiger halten will, dennoch er solches blos ex suggestione et amore iuris Lubecensis art. 10. cit. l. gethan, und gar zu sehr dem iuri ciuili bekanter massen ergeben gewesen, wiewol dessen Meinung allhier um desto weniger application findet, da eines Theils allhier auch communio bonorum per pacta dotalia corroborata vorhanden, welche vernünfftiger Weise per
7 mutationem domicilii nicht aufgehoben werden können, quia pacta derogant iuribus loci, andern Theils allhier eine dimissio prioris domicilii nicht einmahl zu concipiren ist, da der Klägerin Vater, ob er gleich in anno 1703. nach Hannover gezogen, dennoch die iura ciuitatis Hildesiensis durch Berichtigung des jährlichen Vor- und Nachschosses nebst contributionen und continuir-
8 ten Brauens conseruiret, dergestalt also noch in anno 1705. da Klägerinnen Mutter verstorben, er noch sein forum domicilii pristinum und Bürgerrecht zu Hildesheim gehabt, und damahls wol noch an keine translationem perpetuam domicilii nach Hannover gedacht haben mag, dahero nach denen statutis Hildesiensibus succediren müssen, bis er erst nach der Zeit laut Beylage sub n. 120. sein Bürgerrecht verheyrathet, da er schon seiner Frauen succediret, und sein Recht an den quæstionirten 21. Morgen Landes gehabt, dahero es dann erfolget, daß er seit an. 1709. nach der Beylage sub n. 125. den Vorschoß wegen der Kinder erster Ehe nur entrichtet, weil solche noch nicht abgeleget, und von denen Häusern abzulegen gewesen, wie aus n. act. 72. und 73. zu ersehen, dem zufolge dann der Klägerin Vater wohl befugt gewesen, in anno 1719. die quæstionirte Länderey an Beklagtens Schwieger-Vater zu cediren. Uebrigens ob sich zwar Klägerin n. act. 21. auf ihre Ehe-pacta beruffen, und daraus zu erhärten vermeinet, daß ihr Vater dasjenige, was nach Abzug des Pfand-Schillings das Land am Werthe mehr tragen möchte, dotis nomine ihr assigniret, und per consequentiam ihr das ius reluendi angedeyen lassen, dennoch sie die pacta dotalia niemahls produciret, und sich noch nicht einsten, daß sie allein zum iure reluendi befugt sey, legitimiret, womit sie doch noch billig zu hören, weil alsdann dieses als ein Theil ihrer Ablage zu considériren seyn würde, und wenn solches ante cessionem geschehen, sie alsdann das ius reluendi zu exerciren allerdings berechtiget seyn würde, nachdem ihr Vater zum præiuditz der Ehe-pacten dergleichen plenariam cessionem an Beklagtens Schwieger-Vater in anno 1719. nicht mehr thun können, und aus diesem Grunde solche alsdann angefochten werden müssen, deswegen die Ausführung dieses Puncts der Klägerinnen noch frey gelassen ist, woraus dann auch erhellen wird, ob des B. Unterschrifft der Klägerin præiudiciren, wie auch; ob es bey der absolutoria sententia schlechterdings bleiben könne, oder nicht? welchem 9
denn nicht entgegen stehet, daß der Klägerin Vater in anno 1718. seine beyden Töchter durch Abtretung des Hauses abgeleget, anerwogen viel mehr zu glauben ist, daß die Klägerin, welche nur nach der Beylage sub n. act. 72. von dem an B. abgetretenen Hause 200. Thlr. Ablage-Gelder erhalten, wol in ihren Ehe-pacten ein mehres, oder eine Zugabe von ihrem Vater überkommen, und solche in dem iure reluendi bestanden haben möge, so weit solches noch vor der in anno 1719. vollenzogenen cession geschehen. Endlich so viel die P. Länderey betrifft, zwar andem ist, daß Klägerin in dem protocollo sub n. act. 9. vermeinet haben mag, daß beyderley Güther von einerley qualität und Beschaffenheit wären, worin sie aber damals sehr geirret, nachdem nicht allein aus dem Meyerdings-Ansatz sub n. act. 13. wahrzunehmen, daß von der Länderey 18. Morgen und ein halber Vörling den P. Erben, hergegen 21. Morgen und 1½ Vörling der Klägerin Vater zugestanden, sondern auch aus denen Beylagen sub n. act. 29. und 37. befindlich, daß I. C. P. dabey interessiret gewesen, und dahero dessen Unterschrifft in die in anno 1719. geschehene völlige Abtretung der quæstionirten 40. Morgen nöthig befunden worden, er aber gleichwol sein Recht an seine Schwester, die Klägerin, cediret, sie dahero sich aus solcher cession zu dieser Klage legitimiren kan, woferne, wie es das Ansehen gewinnet, der gedachte P. solches documentum plenariæ cessionis nicht unterschrieben haben sollte, anerwogen, nachdem n. act. 78. wegen der von I. C. P. zu geschehenen recognition, oder eydlichen diffession erkant worden, er aber wegen seiner Unpäßlichkeit in termino præfixo in Hildesheim nicht erscheinen können, derselbe n. act. 85. an dessen statt in Amte Gandersheim erschienen, und seine deposition, welche er mittelst Eydes zu bestätigen sich erkläret, wegen der streitigen und angefochtenen Handschrifft dahin gethan, daß die in anno 1719. geschehene cession gegen einen Nachschuß von 250. Thlr. ohne sein Wissen und Einwilligung geschehen, er solche cession niemahls gesehen, vielweniger unterschrieben, oder untersiegelt, auch niemand solche zu unterschreiben, oder zu untersiegeln Vollmacht ertheilet, welche Aussage er wegen seines erfolgten Todes mit dem solenni iuramento zwar nicht bestätigen können, jedoch morte confirmiret, und dessen Aussage dadurch so glaubwürdig geworden, daß Klägerin wol ad iuramentum diffessionis de credulitate erkanter massen zugelassen werden kan, und keine Ursache zu finden, warum vielmehr des P. Kinder ihre eydliche Aussage de credulitate darüber thun sollen, als welche gar keine Wissenschafft von diesem

Handel

Handel haben, nachdem in anno 1719. da die plenaria cessio geschrieben, und von I. C. P. unterschrieben seyn soll, er noch nicht einsten sich verheyrathet gehabt, und um desto weniger also seine Kinder davon einige Nachricht ertheilen, oder etwas aussagen können, sondern alles auf ein nescit hinaus lauffen würde, damit die Sache nicht gehoben, vielmehr nunmehr kein ander Mittel übrig ist, als daß die Klägerin zu dem gedachten Eyde zugelassen werde. Uebrigens es gantz natürlich ist, daß bey der reluition die Klägerin nicht allein die in anno 1701. auf die P. Länderey hergegebene Gelder in debita qualitate pro rata bezahlen, sondern auch darneben alle übrige etwa noch angewandte Unkosten bey dem ersten Umsatz de anno 1702. wieder gut thun müsse, wie solches in dem documento sub n. act. 37. die damahligen contrahentes selbst agnosciret, welche Erklärung wir dabey zu fügen kein Bedencken gefunden, sie aber von denen in anno 1719. aufgewandten neuen Umsatz-Geldern und dabey gezahlten Nachschuß-Geldern frey gesprochen, weil sie wegen dieser Länderey an den Vergleich nicht schlechterdings gebunden. *Ad Lib. XXIII. T. II.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMB. MDCCXLVII.

RESPONSVM CCCCXXXIV.

THEMATA.

I. *Partus septimestris vixisse præsumitur.*
II. Vbi communio bonorum obtinet, ibi legitima et Gerada cessat.
III. *In caussa natiuitatis parentes habiles sunt testes.*

SVMMARIA.

Doctrina de partu septimestri dicitur erronea n. 1.
Nihilominus legibus probata n. 2.
Iure Saxonico marito succedenti matri defunctæ debetur Gerada n. 3.
Legitima est debitum naturale n. 4.
Partus septimestris vixisse præsumitur n. 5.
Monstrum liberorum nomine non venit n. 6.
Ex statuto Sorauiensi communio bonorum effectum ex natiuitate liberorum procuratorum consequitur n. 7.
Vbi communio bonorum obtinet, proprie non succeditur n. 8.
Communionis bonorum natura describitur n. 9.
Communio bonorum tollit Geradam n. 10.
Vt ex variis statutis apparet n. 11.
Parentes in caussa liberorum sunt inhabiles testes n. 12.
Pater in caussa natiuitatis habilis testis est n. 13.
Vbi veritas aliter haberi nequit, inhabiles testes admittuntur n. 14.
In Lusatia ius Saxonicum est commune n. 15.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst drey Fragen ꝛc.

Hat Herr I. G. P. Bürger und Tuchhändler zu S. in Marggrafthum Nieder-Lausitz gelegen, den 26. Octob. anno 1745. damahls Jungfer I. D. M. geheyrathet, welche aber den 23. May 1746. verstorben, nachdem sie drey Stunden vor ihrem Ableben mit einem lebendigen Töchterlein entbunden worden und das Kind die Noth-Taufe erhalten, anerwogen man dieses Kind nach der Geburth auf einen Tisch geleget, auf welchem Lager es sich hin und wieder beweget, die Augen auf und zugethan, ingleichen mit dem Munde Bewegung gemachet, wie solches des medici attestatum sub A bezeuget, dabey auch des Herrn P. Frau Mutter und die Wehmutter observiret, daß nach der seligen P. Tode es noch gelebet, aber bald hernach ebenfalls verstorben. Hat nun die Frau P. ihren Ehemann und annoch lebende Eltern nachgelassen, unter welchen wegen der succession dieser Verlassenschafft, so allein in Mobilien bestehet, Streit entstanden, und also erstlich gefraget worden ist:

Quæstio I.

Ob das Kind, wie es in beykommenden attestato sub A beschrieben

Ad Lib. XXIII. T. II.

ben ist, vor eine lebendige Leibes-Frucht nach Vorschrifft der dasigen statuten §. 18. zu achten, und in solchem Fall dem Wittwer die Verlassenschafft quæstion. gantz alleine zugehöre?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol in dem Sorauischen statuto §. 18. welches auch in vielen andern versehen, ad effectum, daß der hinterbliebene Ehe-Gatte erben könne, erfordert wird, daß aus solcher Ehe ein Kind gezeuget sey, ohnerachtet es bald wiederum verstorben, jedoch in facto gezweiffelt werden möchte, ob diese causa sine qua allhier vorhanden, angesehen die Worte des statuti:

> kommt die wohlgestallte Leibes-Frucht lebendig auf die Welt, stirbet aber auch bald darnach

ein vollkommenes Kind anzuzeigen scheinen, welches erst mit Ausgang des 9ten Monats seine richtige Vollkommenheit erhalten, so, daß einige Medici sich gefunden, welche statuiret haben, ex intentione naturæ septimestrem partum non dari, nec datum fuis-
1 se vnquam, sed magis a constituto hominum, ab aliis deceptorum vel adhuc hodie sese ex præconceptis opinionibus decipientium,

LEYSER *in medit. ad D. spec. 15. medit. 2.*

und obwol in gemeinen Rechten nach der Lehre des Hippocratis angenommen ist, par-
2 tum septimestrem legitimum nasci posse,

l. 12. de stat. hom. l. 3. §. 12. de suis et legit. hered.

dennoch es fast das Ansehen gewinnen will, als wenn die statuti conditores davon abgehen, und deswegen nach der vorgedachten medicorum Meinung einer **wohlgestalten Leibes-Frucht** gedacht haben, daß das Kind ordinario tempore gebohren sey, weil es alsdann in seiner vollkommenen Gestalt ist, ausserdem auch, wenn gleich nach dem statuto der Ehemann seiner verstorbenen Frau völlig erben sollte, dennoch nach dem Sachsen-Rechte, welches in denen nicht specificirten Fällen nach dem statuto §. 20. zum Grunde zu legen, davon die Gerade billig zu decourtiren seyn möchte, als welche in
3 diesem Fall auf der Verstorbenen Mutter fället, und derselben in dem statuto nicht benommen ist, mithin in dubio vor dieselbe zu erkennen seyn will. Endlich wenn auch alles unter dem Nahmen des Erbes dem nachgelassenen Ehemann zufallen sollte, dennoch aus der Frauen Verlassenschafft deren Eltern die legitima nicht versaget werden könne, als welches ein debitum naturale ist,

Nouell. 1. præf. §. 2. 4
c. 1. de testam. in 6.

so nach den gemeinen Rechten in Mangel der Kinder denen Eltern gebühret, und daraus dieses statutum billig suppliret werden muß.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch es eine sowol bey denen medicis als ICtis ausgemachte, und durch die Erfahrung bewährte Sache ist, daß bey dergleichen Umständen, welche in dem testimonio des Herrn medici sub A befindlich, gar wohl ein lebendiges Kind in siebenden Monathe gebohren, ja auch bey dem 5 Leben erhalten werden könne,

LEYSER *cit. l.*

CARPZ. *P. III. c. 17. def. 18. et 19.*

IDEM *P. IV. c. 27. def. 13. n. 4.*

STRYK *in vs. mod. ad tit. de statu hom. §. 13.*

auch nirgends erfordert wird, daß das gebohrne Kind die Stimme von sich gegeben haben müsse, zumal das Leben desselben alsunde, wie das testimonium darthut, gnügsam erkant werden kan, welches die in dem statuto gesetzte condition zu erfüllen allerdings zureichend, als welches nur erfordert, daß die wohlgestallte Leibes-Frucht **lebendig** auf die Welt kommen, wie hier geschehen, jedermann auch leicht wahrnehmen wird, daß durch die **wohlgestallte Leibes-Frucht** kein partus immaturus, sondern nur monstrosus ausgeschlossen werde, qui contra 6 formam hominis procreatus est, nec liberorum nomine venit, nec successionis capax est,

l. 14. D. de stat. hom.

l. 3. C. de posth. hered. instit.

da hergegen nach dem attestato medici der Frau P. Kind so viel Leben von sich spühren lassen, daß es die Noth-Taufe noch bekommen können, welches zu Befestigung der in Sorau noch ex iure Germanico üblichen communionis bonorum inter coniuges, vermöge dessen Eheleuthe kein gezweytes Guth haben, zureichend seyn muß, bevorab da sonsten nur ad hunc effectum sola con- 7 scensio thalami nöthig ist, hier aber noch dazu per statutum der würckliche effect von der consensione thalami hinzugethan ist, vt partus ex illa viuus editus, licet mox mortuus sit, nach welchem die communio bonorum ihre völlige Krafft erreichet, und würcket, daß das ungezweyete Guth beyder Eheleuthe, was sie zusammen gebracht, mit einander erworben, oder ererbet haben, demjenigen

jenigen Ehe-Gatten vor allen Bluts-Freunden **verbleiben solle**, welcher den andern überlebet, wie verba statuti sehr bedencklich lauten und anzeigen, daß in diesem casu eigentlich keine vera successio, qua bona de-
8 functi quis acquirit, sondern ein solches Recht sey, dadurch der überbleibende Ehe-Gatte dasjenige Guth, was bereits in solidum vorhin ihm zugehöret, behält, und **ihm verbleibet**, und zwar **vor allen Blut-Freunden**, certo indicio, daß hier keine Erbschafft sey, woran einige Bluts-Freunde, sie mögen so nahe seyn als sie wollen, einiges Erb-Recht sich anmassen können, per communionem enim bonorum sic vtriusque coniugis bona confunduntur, vt quiuis eorum totius patrimonii in solidum dominus sit, et quæ vxoris fuerunt, iam et eiusdem et mariti sint; viciſſim, quæ maritus habuerit,
9 iam sua et vxoris suæ sint. Vno verbo: et maritus et vxor iure dicere potest, totum patrimonium meum est,

IVSTVS VERACIVS *in libell. consuetud. princip. Bamberg. editus inter scriptor. Bamberg.* DE LVDEWIG *vol. I. p. 958.*

dagegen dann nicht anzusehen, daß die rubric des §. 18. also lautet: **wie es mit den Erb-Fällen zwischen Eheleuthen gehalten werden solle**, als woraus bekanter massen kein Gesetze zu erklären, noch dergleichen rubricen als Gesetze anzusehen, bevorab wenn das nigrum mit denselben nicht accurat harmoniret, man auch endlich diesen casum in sensu vulgari wohl einen **Erb-Fall** nennen kan, weil er nach dem Tode eines Ehe-Gatten sich erst ereuget, so aber nicht in sensu iuridico verstanden werden muß, so, daß hier weder an eine legitimam, noch Gerade, wel-
10 che casus *ordinariæ successionis* voraus setzen, zu gedencken ist, da jene ohnedem keinesweges iuris naturæ ist,

LEYSER *spec. 91. medit. ad Pand. 3.*

STRYK *in vs. mod. ad tit. de inoff. testam. §. 17.*

und blos auf römische ordentliche succeſſions-Fälle, so hier nicht vorhanden, gehet, obwol die ICti Germaniæ solche allerwege mit in die teutschen Rechte einzuflicken suchen,

BARTH. **von der Gerade** *c. II. §. 27.*

diese aber, die Gerade nemlich, bey der communione bonorum in casu præsenti, da dem Manne alles verbleibet, ebenfalls nicht bestehen kan, nachdem keine vorhanden ist, wo kein wahrer Erb-Fall ist, welches eben die wahre Ursache ist, daß deswegen in vielen statutis solches expresse verord-
11 net, und alles als einerley Guth angesehen ist,

BARTH. *cit. loc.*
Bohm. Conf. T. III. P. II.

so daß, wenn auch daselbsten unter bürgerlichen die Gerade eingeführet seyn sollte, so nach teutschen Rechten allein denen von Adel eigen ist, doch solche von der verstorbenen P. Mutter nicht gefordert werden könte. *Ad Lib. XXIII. T. II.*

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß das Kind, so die selige P. gebohren, vor eine wohlgestallte lebendige Leibes-Frucht nach Vorschrifft der Sorauischen Statuten §. 18. zu achten, und dannenhero dem Wittwer alle zusammen gebrachte, gewonnene und ererbte Güther allein verbleiben müssen.

So viel die andere Frage betrifft:

Quæstio II.

Ob, soferne in diesem Fall die Güther nicht allein dem Manne zugehören sollten, sondern die Eltern legitimam prætendiren könten, es zu gäntzlicher Ausschliessung der Eltern hinlänglich, wenn des Wittwers Mutter und die Wehmutter eydlich bekräfftigen, daß an dem Kinde nach der Mutter Tode noch ein Leben zu spühren gewesen?

Rationes dubitandi.

Obwol bey dieser Frage es vornemlich auf den Beweiß des puncti temporis mortis ankommt, und dargethan werden muß, daß das Kind nach der Mutter Tode noch gelebet habe, welches zwar des Herrn P. Mutter bezeugen will, dennoch dieselbe um desto weniger vor zuläßig zu halten ist, je bekanter ist, quod consanguineorum testimonium vtplurimum suspectum sit, 12

CARPZ. *in proc. tit. 13. art. 6.*

nec parentes pro liberis et vice versa admittantur,

l. 6. l. 9. de testib.

CARPZ. *P. I. c. 16. def. 48.*

et sic nec mater pro filio admitti debet,

MEV. *P. IV. dec. 258.*

RICHTER *P. I. dec. 51. n. 16.*

die Wehmutter aber allein davon kein Zeugniß ablegen kan, so daß es hier nicht sowol am Rechte, als am Beweiß zu ermangeln scheinet.

Ad Lib. XXIII. T. II.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch das angeführte zwar zu der Regul gehöret, gleichwol aber dabey es Fälle giebet, da man von wegen besonderer Beschaffenheit der Sache und Umstände auch ein mütterlich Zeugniß gelten lassen
13 muß, veluti si agitur de probanda natiuitate, vita et morte liberorum, quia vix alia persona melius de his causis, quam mater informata esse censetur,

MARTINI *ad proc. Saxon. tit. 20. §. 2. n. 143. sq.*

nicht zu gedencken, daß hier eine res occulta et difficilis probationis vorkommt, nachdem die Wöchnerin so geschwinde verstorben gewesen, alles darüber in Trauer und consternation gerathen, und um desto schwerer
14 anitzo der Beweißthum, ob nach dem Tode der Mutter man noch ein Leben am Kinde verspühret, zu bewerckstelligen ist, bey welchen Umständen auch inhabiles zulässlich sind. Uebrigens wenn sie nebst der Wehmutter solches eydlich bestärcken könte, alsdann ohnstreitig die Verlassenschafft zum Theil auf das Kind und von demselben auf seinen Vater gefallen ist, welches in statuto §. 20. mit diesen Worten:

> Stirbet aber eines (der Kinder) vor der Zeit, so ist sein Antheil dem Vater oder Mutter in den Schooß gefallen,

bestätiget und dadurch des Kindes Groß-Eltern ausgeschlossen werden.

> So halten wir davor, daß allenfalls zu gäntzlicher Ausschliessung der Eltern der seligen P. hinlänglich sey, wenn des P. Mutter und die Wehmutter eydlich bekräfftigen, daß sie an dem Kinde nach dessen Mutter Tode noch ein Leben gespühret.

Quæstio III.

Ob, wenn auch das Kind nicht vor eine statutenmäßige Leibes-Frucht passiren sollte, nicht dem Witwer als heredi mobiliari nach den Sächsischen Rechten $\frac{1}{3}$ und denen Eltern ein dritter Theil tanquam legitima gebühre?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol in den statutis von diesem casu nichts disponiret ist, und es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn es bey dem iure communi sein Bewenden haben 15
müsse, nach welchem dergleichen Vererbung der Eheleuthe unbekant ist.

Dieweil aber dennoch zuförderst zu untersuchen ist, welches Recht in Sorau pro iure communi et regula in successione anzunehmen, und ob darunter das römische oder Sachsen-Recht zu verstehen sey? da denn wol ausser Streit das gemeine Sachsen-Recht pro principio regulativo fest zu setzen ist, nachdem in denen dasigen statutis §. 20. solches davor erkant und verordnet ist, daß, weil die Erb-Fälle unterschiedlich, und wie es damit zu halten, nicht gnugsam specificiret werden könne, solches **alles beym Sächsischen Recht** und des Marggrafthums Nieder-Lausitz Brauch und Gewohnheit verbleiben solle, wie denn sonst ohnedem bekant, daß in der Nieder-Lausitz das Sächsische Recht seinen Brauch behalten, wornach auch hier allenfalls verfahren werden muß.

> Als erhellet hieraus so viel, daß in dem gesetzten Falle dem Witwer als heredi mobiliari $\frac{1}{3}$ und der seligen P. Eltern eine tertia loco legitimæ zukomme. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXLVII.

DECISIO CCCCXXXV.

THEMA.

Pœna priuationis hereditatis ob transitum ad secunda vota hodie cessat.

Vid. T. IV. Dec. DXXXIV. Th. 2.

RESPON-

RESPONSVM CCCCXXXVI.

Ad Lib. XXIII. T. II.

THEMATA.

I. *Testamentum inter liberos priuilegiatum intuitu extranei non valet.*

II. De Vsu l. 6. C. de secund. nupt.

III. Hæc sanctio vnice in fauorem liberorum prioris matrimonii confecta.

IV. *Prohibitio inuentarii in præiudicium legitimæ non valet.*

V. *Vitricus a matre non potest tutor dari.*

VI. *Qui alumnum suscepit, eundem heredem instituere non tenetur.*

VII. *Est grauamen legitimæ alterutri liberorum assignatæ, si pater diuisionem ad tempus prohibet.*

SVMMARIA.

Mater liberos vltra legitimam instituere non tenetur n. 1.
Enixa declaratio clausulam codicillarem implicitam continet n. 2.
Codicilli iure digestorum sine testibus valebant n. 3.
Iure nouo testes requirunt n. 4.
In testamento inter liberos extraneus vocari nequit n. 5.
Et liberi nominatim instituendi n. 6.
Æqualitati liberorum instituendorum iura fauent n. 7. 14.
Contradictio in testamento vitanda n. 8.
Coniuges sibi non plus, quam liberis prioris matrimonii relinquere possunt n. 9.
Siue id factum titulo donationis, dotis, vel institutionis n. 10. 13.
Alioquin excessus liberis accrescit n. 11.
Ne quidem liberis secundi thori plus relinquendum, quam ii, qui ex priori matrimonio nati, acceperunt n. 12.
Olim ab excessu liberi secundi thori participabant n. 14.
Licet Iustinianus aliud constituerit n. 15.
Tamen postea ius vetus denuo reuocauit n. 16.
Et ad solum liberorum prioris thori fauorem respexit n. 17.
Confectio inuentarii ex regulis prudentiæ sæpe prohibetur n. 18.
Sed non in præiudicium legitimæ n. 19.
Legitima secundum tempus mortis æstimanda n. 20.
Vitricus olim tutor esse poterat n. 21.
Non iure nouo n. 22.
Mater liberis tunc tutorem dat, si eos vltra legitimam instituit n. 23.
Si in sola legitima instituit, confirmatio est mere arbitraria n. 24.
Creditor pupilli tutor dari nequit n. 25.
Alumna præteriri potest, nec pro adoptiua habetur n. 26.
Affines ab intestato non succedunt n. 27.
Inuentarium tutori a testatore remitti potest n. 28.
Diuisio ad tempus prohiberi potest n. 29.
Legitima differri nequit n. 30.
Nec diuisio in eius præiudicium ad tempus prohiberi n. 31.
Nec loco eius vsusfructus liberis assignari potest n. 32.
Valet renunciatio l. 6. C. de secund. nupt. post mortem testatoris n. 33.
Pacta inter patrem et filium de non impugnando testamento huic non præiudicant n. 34.

Ad Lib. XXIII T. II.

Als derselbe uns abermahl ein anderweit von der Meuia verfertigtes und nach denen monitis unseres vorigen mense Nov. 1746. ertheilten responsi einiger massen eingerichtetes formulare testamenti nebst dabey gefügten 11. Fragen zugeschicket ꝛc. als erkennen wir ordinarius &c. und zwar bey der ersten Frage vor Recht:

Quæstio I.

Ob das sub lit. A beyliegende testamentum Meuianum quoad formalia et materialia zu Recht beständig und keiner Anfechtung mit Grund Rechtens unterwürfig zu achten sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol die Kinder beyder Ehen nunmehro directo zum Erben, ob schon nur in legitima, eingesetzet sind, und dadurch unserm in vorigen responso gemachten monito

ex l. 36. §. 1. C. de inoffic. testam.

abgeholffen ist, darneben eine Mutter nicht schuldig ist, die Kinder vltra legitimam zum Erben einzusetzen, sondern sie damit allerdings zufrieden seyn müssen; quoad formalia auch kein defectus dabey sich finden will,
1 zumal absonderlich Meuia verordnet, daß man bey ihrem Testament auf keine formalitates iuris, sondern lediglich auf ihren Willen sehen, und das testamentum allenfalls als ein codicill oder testamentum inter liberos gelten solle, welche Erklärung von grosser Wichtigkeit ist, daß es auch ohne alle fernere solennitäten ex sola subscriptio-
2 ne testatricis, dessen am Ende auch Meldung geschehen, gelten kan.

l. 88. §. 17. de legat. 2.

Dieweil aber dennoch wir aus den letzten Worten des testamenti nicht anders schliessen können, als daß Meuia ihr Testament weder gerichtlich übergeben, noch ausser gerichtlich mit gewöhnlichen solennitäten vollenziehen, sondern allein unter ihres Namens Unterschrifft und beygedruckten Siegel disponiren will, welches so schlechterdings nicht angehet, zumal es weder als ein codi-
3 cill bestehen kan, als welches zwar iure digestorum keine Zeugen erfordert, woraus die decisio l. 88. cit. gestossen, wohl aber iure nouo vor fünff Zeugen errichtet werden
4 muß:

l. vlt. in f. C. de codicill.

noch weniger aber als ein testamentum inter liberos in Ansehen des mit instituirten mariti einigen Bestand hat, nisi septem adhibiti testes vel iudicialiter conditum fue-5 rit,

Nou. 107. c. 1.

so daß die annectirte clausula codicillaris allhier nichts operiren wird, sondern bewandten Umständen nach nöthig ist, daß solches testamentum die Meuia nach unserm vorigen responso entweder gerichtlich, oder ausser gerichtlich vor 7. Zeugen solenniter vollenziehen muß, gestalt denn, wenn sie vor 5. Zeugen solches vollenziehen würde, solche disposition zwar alsdann als ein codicill gelten, jedoch nur dergestalt anzusehen seyn müste, daß die Kinder ab intestato succediren, und detracta legitima et Trebellianica nach unserm vorigen responso die Erbschafft an der Meuiæ Ehe-Gemahl ex fideicommisso abzutreten schuldig seyn würden, welches aber der Absicht der Meuiæ nicht gemäß zu achten, zu geschweigen, daß die Kinder nicht einmahl mit ihrem Namen benennt sind, so doch, wo nicht absolute nöthig, wenigstens doch sicherer ist,

pr. I. de exhered. liber. 6

Nou. 107. c. 1.

und so viel die materialia betrifft, bey denen folgenden Fragen, was dabey zu erinnern, angezeiget werden soll.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß der Meuiæ Testament nicht dergestalt, wie es entworffen, sondern vorgeschriebener massen vollenzogen werden muß.

Die andere und dritte Frage betreffend:

Quæstio II. et III.

Ob in ermeldten Meuianischen testament die institutio directa liberorum in legitima also geschehen, daß das testamentum quæst. darüber im geringsten nicht impugniret werden könne?

oder

Wo und wie allenfalls hiebey noch etwas zu bessern und beyzufügen, damit mehrere und die vollkommenste Sicherheit vor allen künfftigen besorglichen Verdruß und Anspruch zu erzielen und respective auch abzuwenden sey?

Rationes

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol die Meuia Mutter zu beyderley Kindern erster und anderer Ehe ist, und dahero billig gleiches Recht unter ihnen statt finden müsse, cum iura faueant maxime æqualitati liberorum, welches auch Meuia in ihrem Testament wohl beobachtet zu haben scheinet, da sie ihre Kinder nebst ihrem Ehe-Gemahl zu 7 vniuersal-Erben instituiret und ernennet, hiernächst in legitima keinen Unterschied unter ihnen gemachet.

Dieweil aber dennoch wir bemercket, daß Meuia zwar ihre drey Kinder erster und anderer Ehe nebst ihrem Ehe-Gemahl zu vniversal-Erben benennt und ihnen insgesamt ihr gantzes Vermögen, es habe Namen wie es wolle, anfänglich assigniret hat, jedoch solches nur, dem Namen nach, blos geschehen, indem sie gleich darauf die Kinder nur in legitima zum Erben ernennet, ihren Ehe-Gemahl aber allein zum vniuersal-Erben instituiret, welches einen Widerspruch in sich hält, also es am sichersten ist, daß anfänglich die Worte:

8 zu meinem rechten und wahren, auch einigen vniuersal-Erben

indefinite abgefasset werden: **zu meinem rechten wahren und einigen Erben**, nebst Weglassung der folgenden Clausul: **daß diese meine** sub expresso titulo &c. bis: **begehren sollen**, damit aus solchem Widerspruch kein Anstoß gemachet werde, zumal die Kinder zwar als Erben, aber nicht als vniuersal-Erben, so allein der Ehemann ist, in der Wahrheit anzusehen sind. Hiernächst bey der Tochter erster Ehe in diesem Testament dem monito und obstaculo, so in unserm vorigen responso angezeiget, nicht abgeholffen ist, wie bey der vierten Frage auszuführen, also das Testament zwar dadurch nicht umgestossen wird, jedoch die Absicht der Meuiæ, daß ihr Ehe-Gemahl vniversal-Erbe seyn soll, dabey nicht erreichet werden kan, woferne nicht die Tochter erster Ehe mit dem Stief-Vater völlig egalisiret wird, wie die gemeinen Rechte verordnen.

9 *l. 6. pr. l. 9. C. de secund. nupt.* ibique BRVNNEM.

So ist zwar bey der institutione der Kinder anderer Ehe in Ansehen ihres leiblichen Vaters nichts weiter zu erinnern, wol aber bey der Tochter erster Ehe dasjenige, was in decisione quæstionis seq. wir angeführet, zu beobachten.

Anlangend die vierdte Frage:

Quæstio IV.

Ob nach angezogenem Meuiani-

schen Testament der Meuiæ *Ad Lib. XXIII. T. II.* **Tochter erster Ehe** Iulia **ausser der ihr nebst ihren andern Geschwister zweyter Ehe gelassenen** legitima, **und was ihr etwa noch an ihrem Väterlichen und Grosväterlichen zukomt, weiter nichts besonders vor ihren Geschwister zu fordern übrig und Recht habe, und ob sie folglich mit der ihr gegebenen** legitima, **dann ihrem väterlichen und Grosväterlichen Erbtheil vielmehr zufrieden seyn müsse?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol nunmehr die Iulia directo zum Erben instituiret, anbey versehen ist, daß sie ihren väterlichen und Grosväterlichen Erbtheil vorweg nehmen solle, dergestalt es scheinen will, daß dieselbe als Tochter erster Ehe nunmehr nichts weiter und mehreres begehren könne, als ihre Geschwister zu prætendiren befugt sind, zumal sie auf solche Weise am Väterlichen und Mütterlichen völlig abgefunden worden ist.

Weil aber dennoch in gemeinen Rechten deutlich versehen, wie wir schon in unserm vorigen responso erinnert, daß, wenn ein oder mehr Kinder erster Ehe vorhanden, die Mutter nicht befugt seyn solle, ihres Kindes erster Ehe Stief-Vater ein mehreres siue in testamento, siue inter viuos per donationem aut titulo dotis zu verschaffen und zu verlassen, als was das Kind erster Ehe von ihrer Mutter per testamentum erhalten, dergestalt, da Iulia allein nur in legitima Erbin seyn soll, deren Stief-Vater auch nicht mehr, als die legitima der Iuliæ austragen wird, so wenig titulo dotis, oder ex pactis dotalibus, als ex testamento titulo institutionis heredis vniuersalis erhalten kan;

l. 6. pr. l. 9. C. de secund. nupt.

CARPZ. *P. II. c. 43. def. 17.*

dem zuwider gleichwol Meuia in dem uns zugeschickten formular des Testaments ihrem Gemahl nicht allein anfänglich alle puncta und Bedingnisse, die in denen Ehe-pactis von 2. Sept. 1738. enthalten, unverändert vorbehalten und verordnet hat, daß solche nicht aufgehoben seyn sollen, sondern auch ausserdem denselben zum vniuersal-Erben, die Tochter Iuliam aber nur in legitima zum Erben instituiret und dadurch eine ecla-

Ad Lib. XXIII. T. II.

tante Ungleichheit zwischen dieser und deren Stiefvater gemachet hat, welches doch die Gesetze verbothen, vt plus, quod datum, pro non scripto habendum sit, et ad liberos primi
11 thori reuerti debeat,

l. 6. pr. vers. si vero plus C. de secund. nupt.

und ob gleich die Kinder anderer Ehe ebenfalls nur legitimam überkommen, iedoch solches in Ansehen ihres leiblichen Vaters leichter geschehen mögen, da die Gesetze nur die Kinder erster Ehe in Ansehen ihres Stiefvaters, der leicht seiner Frauen Gemüthe von ihnen abwendig machen kan, bedencken wollen, adeoque nequidem mater liberis secundi thori plus relinquere potest, quam liberis primi connubii datum, wie die interpretes aus denen letzten Worten des gedach-
12 ten l. 6. pr. cit. schliessen.

KOHL. *vol. II. cons. 63. n. 20.*

Quocirca tempus mortis principaliter est inspiciendum, an plus maritus fuerit consecutus, quam liberi primi matrimonii,

IDEM *cit. l. n. 21.*

also kein ander Mittel vorhanden, als mit Aufhebung der Ehe-pacten entweder alle Kinder mit ihrem respective Stief- und Vater, oder doch wenigstens die Juliam mit ihrem Stiefvater in æquales prorsus portiones einzusetzen, wenn das testamentum unangefochten bleiben soll, anerwogen, ob gleich die Julia mit ihrem Stiefvater und anderen Schwestern als *vniuersal*-Erben benant sind, dennoch solches nur pro forma und nicht in rei veritate geschehen, auch genug ist, daß der vitricus ex testamento vxoris et pactis dotalibus weit was mehr, als die Julia bekommt.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß die Julia, als Tochter erster Ehe, bey solcher dispositon zu acquiesciren nicht verbunden, sondern dasjenige fordern könne, was ihr Stiefvater mehr, als sie bekommen.

So viel die fünfte Frage betrifft:

Quæstio V.

Ob dann die in dem vorigen ertheilten rechtlichen responso ad quæst. tertiam in verbis circa finem:

Alsdann keine Hoffnung mehr auf das fideicommissum **machen könne, welches aber bey der Stieftochter keine** application **findet, wenn** Mevia **vorher sterben solte, als welcher dasjenige, was ihr Stiefvater mehr, als sie bekommt, restituiret werden muß,**

vorkommende hypotheses **und darauf gemachte** decision **bey gegenwärtigem** Mevianischen Testament **im geringsten nicht mehr** applicabel **sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol die decisio quæst. III. unsers vorigen responsi von dem casu, da die Kinder und also auch die Tochter erster Ehe Julia nur fideicommissarie substituiret worden, zu verstehen, so nicht geschehen mögen,

l. 36. §. 1. C. de inoff. testam.

welchem defectui aber nunmehro abgeholffen, nachdem in dem uns zugeschickten neuen formular die Kinder insgesamt von der Mevia verbis directis zum Erben instituiret sind, und kein fideicommissum weiter beliebet worden.

Weil aber dennoch wir nur bloß damahls angezeiget, was vor difficultäten und obstacula bey dem testamento Meviæ, und wenn solche vorher sterben solte, wegen der Tochter erster Ehe sich hervorthun würden, und unsere rechtliche Meinung dahin erstattet, daß, wenn es bey dem Testament verbleiben würde, die Kinder letzter Ehe zwar vor der Hand mit der legitima zufrieden seyn müsten, solches aber bey der Tochter erster Ehe gar nicht appliciret werden könte, als welcher alles dasjenige, was ihr Hr. Stiefvater mehr als sie bekommen, zufallen, und also das fidei- 13
commissum vom selbsten hinwegfallen müste, welches aber auf den damahligen uns vorgelegten casum nicht allein zu restringiren, sondern, quia l. 6. pr. in f. de secund. nupt. generaliter loquitur, von allen und ieden Fällen, siue per testamentum et institutionem heredis, siue per legati aut dotis titulum plus quam filia prioris thori vitricus acceperit, verstanden werden muß, wie die verba cit. l. 6. gar deutlich anzeigen, dieserwegen auch in dem anderweitig gemachten Testament, ohngeachtet die Julia verbis directis in legitima instituiret ist, dennoch es wahr bleibet, daß ihr Hr. Stiefvater weit mehr, als sie nach der Meviæ Tode bekommen werde, welches die leges schlechterdings nicht zulassen wollen, vielmehr das plus, so der vitricus bekommt, der Tochter erster Ehe ohne Unterschied beygeleget haben.

l. 6. pr. in f. C. de secund. nupt.

So

So erhellet hieraus so viel, daß aus diesen veränderten Umständen, auch nach denen von uns im ersten responso gesetzten Worten keine andere decision zu machen sey.

Die sechste Frage betreffend:

Quæstio VI.

Ob dann nicht nach der vorigen rechtlichen decision ad quæst. tertiam in priori responso **die Kinder der** Meviæ **zweyter Ehe damit offenbahr verkürtzet werden würden, wenn der Tochter erster Ehe nach der** Meviæ **Tode dasjenige** priuatiue restituiret **werden solle, was ihr Stifvater und** respectiue **der leibliche Vater von denen Kindern anderer Ehe mehr als jene, oder die Tochter erster Ehe, bekommen hätte.**

Rationes dubitandi.

Ob wol nicht zu leugnen, daß dadurch denen Kindern anderer Ehe ein grosses præiudicium zuwachsen würde, wenn der Stief-Vater dasjenige, was er mehr als seine Stieftochter bekommen, ihr herausgeben müsse, weil sie auf solche Weise gegen die mütterliche Absicht in rei veritate vniuersal-Erbin ihrer Mutter, jener aber nur so viel, als des Stiefvaters legitima ausmachet, mit seinen leiblichen Kindern überkommen, und dadurch eine grosse Ungleichheit unter denen Kindern der Meviæ eingeführet werden würde, welches die Gesetze ungerne
14 zulassen, vnde semper in dubio ea tenenda est opinio, quæ inter liberos æqualitatem obseruat,

CARPZ. *lib. VI. resp. 44. n. 6.*

aus welcher Absicht auch ohne Zweiffel geschehen, daß der Käyser Iustinianus dasjenige, was die Käyser Leo und Anthemius in an. 469. in l. 6. pr. C. de secund. nupt. dem Kinde oder Kindern erster Ehe beygeleget, und dem Stiefvater entzogen, nachgehends in an. 486. allen Kindern erster und anderer Ehe ex æquo attribuiret und gewolt, daß, was dem Stiefvater in Ansehen der Stieftochter entzogen wird, inter liberos vtriusque ma-
15 trimonii in capita gleich getheilet werden solle, vt hoc modo inæqualitas inter liberos præcaueatur.

l. 9. pr. C. de secund. nupt.

Rationes decidendi.

Ad Lib. XXIII. T. II.

Weil aber dennoch zwar dieses seine gute Richtigkeit haben würde, wenn der Iustinianus bey der decisione l. 9. pr. C. de secund. nupt. geblieben, und nachgehends davon nicht wieder abgegangen wäre, welches er doch 16 würcklich

in Nov. 22. c. 27. et inde desumta AVTH. *ad eos solos. C. de secund. nupt.*

gethan, seine vorige constitution reuociret, und verordnet, daß dieses plus, so dem marito secundi thori in testamento vxoris vel alio quouis titulo in Ansehen des Kindes oder der Kinder erster Ehe assigniret worden, allein diesen, nicht aber auch zugleich denen Kindern anderer Ehe, oder seinen eigenen Kindern mit zufallen solle, weilen solches bloß zum Besten und faveur der Kinder erster Ehe 17 verordnet sey, dadurch zwar ex accidente eine grosse Ungleichheit unter denen Kindern beyder Ehe eingeführet wird, iedoch die Kinder anderer Ehe noch ihre legitimam ungeschmälert behalten, vltra quam his nihil iure perfecto debetur, dieses aber ohne Zweiffel von dem Käyser beliebet worden, damit die Eltern abgeschrecket werden mögen, die Ehegatten anderer Ehe denen Kindern erster Ehe vorzuziehen. Nunmehro aber solches nicht anders verhütet werden kan, als wenn die Mevia ihre Kinder allerseits mit ihrem Gemahl in æquales partes instituiret, und der institutionis in legitima sich gäntzlich entschläget.

So werden zwar dadurch die Kinder letzter Ehe nicht wenig ratione æqualitatis verkürtzet, wenn der Tochter erster Ehe dasjenige, was ihr Herr Stiefvater mehr als sie bekommen, zufället, iedoch kan solches gestalten Sachen nach verhütet werden, und müssen die Kinder anderer Ehe zufrieden seyn, wenn sie nur in legitima nicht lædiret sind, so dadurch nicht geschiehet.

So viel ferner die siebende Frage betrifft:

Quæstio VII.

Ob in dem sub lit. A **beyliegenden Testament die** remissio inuentarii iudicialis **bloß** respectu **derer Miterben und Kinder in der Masse geschehen können, daß sie mit des Vaters verfertigten** iurata specificatione **zufrieden seyn müssen, und wie man allenfalls dieses noch bündiger ausdrücken können, oder sollen?**

Ratio-

Ad Lib. XXIII. T. II.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol so wol für eine Mutter als auch für alle leibliche Eltern die præsumtion militiret, daß sie zu ihrer Kinder Schaden nichts verhänget haben werden, cum potius optimum cepisse consilium pro liberis credantur, wie dann die Mutter ihrem Gemahl die confectionem inuentarii nur zu dem Ende remittiret, ne secreta patrimonii pandantur, welches mehrentheils die Regeln der Klugheit erfordern, auch sonsten bekant ist,
18 quod testator heredi remittere possit confectionem inuentarii.

Weil aber dennoch hiebey zu bedencken, daß die Kinder allerseits nur in legitima instituiret sind, zu deren Berichtigung allerdings die confectio inuentarii præmissa obsignatione nöthig ist, weil solche nach dem statu bonorum, qui fuit tempore mortis,
19 reguliret werden muß, worin die Eltern ihren Kindern nicht præiudiciren mögen,

FABER *in C. lib. III. tit. 19. def. 27.*

MERLIN. *de legitim. lib. III. tit. 2. q. 17. n. 3.*

welches aber durch dergleichen Verboth zu befürchten ist, qua de causa intuitu legitimæ
20 talis remissio confectionis inuentarii valide fieri nequit,

MERLIN. *cit. l. n. 7.*

bevorab da alhier die Stieftochter erster Ehe dabey vornemlich, wie ex antecedentibus erhellet, interessiret ist, in deren regard noch weniger solches geschehen, auch durch keinerley Ausdruck verhindert, noch verhütet werden kan, daß nicht nachgehends die schweresten Processe darüber entstehen solten, wenn die editio iuratæ specificationis gefordert wird, da alsdann die interessenten mit ihren monitis gehöret werden müssen, welches mehrentheils, teste experientia, die grössesten difficultäten in Berichtigung einer solchen specification erreget.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß die inuentarii confectio gestalten Sachen nach dem instituirten Ehegemahl nicht remittiret werden mögen, mit was nachdrücklichen Worten auch die remissio geschehen seyn solte.

Die achte Frage betreffend:

Quæstio VIII.

Ob nicht in der Meviæ sub lit. A beykommenden geänderten Testament ihr Herr Gemahl Titius entweder zu dem alleinigen, oder wenigstens zum Mitvormund der Tochter erster Ehe Juliæ annoch ernennet und gesetzet werden könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob gleich ein vitricus seiner Kinder Vormund wohl seyn kan, dergleichen constitution auch in Rechten hin und wieder appro- 21
biret,

l. 32. §. 1. de adopt.

l. 2. C. de interd. matrim.

l. 3. C. de contrar. iudic. tut.

und durch den vsum forensem bestätiget ist.

GYLMAN. *lib. III. symphor. verb. tutela.*

MYLER *ab* EHRENB. *de princ. et stat. imper. c. 29. §. 11.*

Weil aber dennoch eines Theils dasjenige, was iure antiquo dem Stiefvater zugelassen, dadurch aufgehoben ist, daß einer Mutter per constitutionem Valentiniani in l. 2. 22
C. quando mul. offic. tut. fungi potest, nur die Vormundschafft so lange zugelassen ist, so lange sie nicht ad secunda vota schreitet, quo facto, sie dieselbe propter vitricum verliehret, also derselbe nicht mehr Vormund seyn kan, andern Theils im angeregten Testament sub A die Mutter ihren Gemahl zum Vormund entweder allein, oder zum Mit-Vormund der Juliæ, dessen Stieftochter, zu bestellen intendiret, welches einer Mutter regulariter nicht erlaubet ist, ausser wenn sie 23
die Kinder zum vniuersal-Erben, et quidem vltra legitimam eingesetzet,

l. 4. D. l. 4. C. de testam. tutel.

zumahl man alsdann leicht wahrnimmt, daß der Mutter das Heil und Wohlseyn ihrer Kinder am Hertzen gelegen, welches man aber nicht sagen kan, wenn sie ihre Kinder nur zum Erben in legitima eingesetzet, weil sie alsdann ihnen nichts giebet, als was sie ihnen nach Vorschrifft der Gesetze aus Noth geben muß, auf welchem Fall es in mero iudicis arbitrio beruhet, ob er denselben confirmiren wolle, neque enim præcise illum 24
confirmare tenetur,

LAVTERBACH *ad tit. de testam. tut. §. 5.*

bevorab da die Julia den grössesten Anspruch an ihrem Hrn. Stiefvater haben wird, quales tutores penitus repelluntur, nec confirmandi sunt,

Nov. 72. c. 6. seq.

so,

25 so, daß wir der Meviæ aus diesen und mehreren Ursachen nicht rathen können, ihren Gemahl der Juliæ zum Vormund zu geben, weil er aus diesen Ursachen auch nicht einsten Mitvormund seyn kan.

So mag Mevia ihren Gemahl so wenig zum Vormund als Mitvormund ihrer Tochter Juliæ denen Rechten nach bestellen.

Bey der neunten Frage:

Quæstio IX.

Ob Titius eben in der Masse, wie itzo Mevia zu testiren gemeinet, seinen letzten Willen aufsetzen, seine mit ihr erzeugten Kinder in legitima instituiren und seine Stieftochter Juliam præteriren könne, daß dabey kein Anspruch des Titii testaments zu befürchten?

erachten wir vor Recht:

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol aus dem testamento der Meviæ zu ersehen, daß Titius seine Stieftochter, wie seine rechte Tochter iederzeit gehalten, und also fast wie eine vnio prolium hier anzutretren seyn möchte, dadurch die Kinder erster und anderer Ehe parificiret werden.

Dennoch aber und dieweil wir bereits in unserm vorigen responso dieses abgelehnet, und davor gehalten, daß keine wahre vnio prolium hier vorhanden sey, welche auch sonsten dem Titio in testamenti factione ein grosses obstaculum geben würde. Hiernechst aber die Julia in Ansehen des Titii, wie wir ebenfalls im vorigen responso angezeiget, als eine extranea persona anzusehen, welche keine legitimam fordern, sondern nach Gutbefinden wol præteriret werden kan, ob er solche wol als seine Tochter gehalten, welches auch wol bey einer alumna geschehen mag, die aber deswegen pro adoptiua nicht gehalten
26 wird, sondern nach wie vor extranea bleibet, und nicht nothwendig zu instituiren ist,

l. 132. pr. in f. de V. obl.

wie dann auch eine Stieftochter bekanter massen nicht einsten ihrem Stiefvater ab intestato succediret,

l. 3. C. commun. de succeſſ.

27 quia tantum affinitatis vinculo iuncta est vitrico, affinium vero nulla datur successio.

Bœhm. Conſ. T III. P. II.

l. 7. C. commun. de succeſſ. *Ad Lib. XXIII. T. II.*

Im übrigen was seine eigene Kinder betrifft, dieselbe zufrieden seyn müssen, wenn sie in legitima gehöriger massen instituiret sind, wie hier geschehen wird.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß Titius berechtiget sey, seine Kinder allein in legitima zu instituiren und die Juliam zu præteriren, ohne einen Anspruch des Testaments zu befahren.

Anlangend die zehente Frage:

Quæstio X.

Ob der testator seiner Frau Gemahlin und respective künftigen Miterbin ebenfals ratione tutelæ et curæ, nec non respectu iuratæ specificationis loco inuentarii iudicialis et solennis einige prærogativ oder Freyheit geben und disponiren könne und dürffe?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol bekanten Rechtens, daß ein testator auch wegen seiner Kinder die confectionem inuentarii denen Vormündern verbiethen könne, so, daß die Vormünder, und also auch eine Mutter nur ad iuratam specificationem verbunden seyn.

l. f. C. in f. arbitr. tut.

Weil aber dennoch wegen der Meviæ Vormundschafft über ihre Kinder gar keine disposition von Seiten Titii nöthig ist, als welche ohne dieselbe tutrix ex lege, wenn sie will, so wol der Tochter erster als anderer Ehe seyn kan, dergestalt die dispositio Titiana hier überflüßig ist, und so viel die remissionem confectionis inuentarii betrifft, solche zwar in regard der mit Titio erzeugten Kinder Vormundschafft wohl bestehen könte, wenn nur nicht Titius seine eigene Kinder zum Erben in legitima eingesetzet, zu deren præuditz ein Vater die confectionem inventarii, ohne welches solche nicht vollkommen und ohne læsion heraus zubringen ist, nicht verbiethen kan, wie wir bey der siebenten Frage dargethan, wenn sich nicht die Kinder freywillig submittiren: da hergegen in regard der Stieftochter, als welche respectu seiner als extranea anzusehen, und er sie gar zu præteriren gedencket, solches ohnmöglich einen effectum haben kan, als welcher, da er sie nicht zum Erben einsetzet, er dieses onus, daß sie von ihrer Mutter als Vormunderin keine confectionem 28

Ad Lib. XXIII. T. II.

inuentarii fordern solle, nicht aufbürden mag.

So ist im gegenwärtigen Fall der Meviæ in Ansehen des inuentarii und dessen remission kein Vorrecht zu zueignen.

Endlich so viel die eilfte und letzte Frage betrifft:

Quæstio XI.

Ob nicht zu besserer Aufrechthaltung und Nutzungen des hinterbliebenen Vermögens, auch zu mehrer conseruation **und lustre der Familie die Kinder beyder Ehen entweder** per adhortationem vel aliqualem obligationem **vermocht werden können, ihre zu empfangen habende** legitimam sub directione et administratione parentum **bis zu erlangter** maiorennität **zu lassen, und bis dahin, gesetzt auch, daß deren eines** separatam œconomiam **anstellete und** extra familiam **käme, sich dennoch nur mit einem leidlichen** vsufructu **begnügen lassen müsse?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol sonsten die diuisio bonorum communium pacto vel dispositione testatoris
29 ad certum tempus, e. g. bis alle Kinder zu ihren vogtbaren Jahren kommen sind, verbothen werden kan,

l. 14. §. 2. D. commun. diuid.

welches, wenn es hier in testamento beyder Eheleute geschehen solte, diese Würckung haben möchte, daß sie ante maiorennitatem auf die Theilung nicht dringen, sondern mit dem zufrieden seyn müsten, was ihnen jährlich als eine Abnützung ihrer legitimæ zugewendet wird.

Weil aber dennoch allhier der casus vorhanden, da die Kinder bloß in legitima instituiret sind, deren Abstattung bekanter
30 massen nulla dilatione aufgehalten werden kan,

l. 36. §. 1. C. de inoff. testam.

wie schon in unserm vorigen responso deutlich gewiesen, zumahl es ein geringes grauamen legitimæ seyn würde, wenn die Kinder mit Auslieferung der legitimæ bis auf die 31
Zeit der maiorennität warten und inzwischen mit assignation einiger Nutzungen pro lubitu sich abspeissen lassen solten, cum nequidem liberis vsusfructus loco legitimæ assignari queat, 32

STRVK *de caut. testam. c. XVII. m. 2. §. 8.*

sed hæc potius relinquenda ex ipsa substantia bonorum defuncti, non eius fructibus,

l. 36. pr. C. de inoff. testam.

welches bey der Julia am meisten noch zu observiren, welcher, wenn Mevia vorher sterben solte, nicht auferleget werden kan, ihre Ansprüche an ihrem Hrn. Stiefvater in suspenso zu lassen, dazu auch keine adhortationes zureichend seyn mögen, dergleichen schon genug in dem Testament der Meviæ anzutref- 33
fen, die aber nicht necessiren, wenn Julia sich ihres Rechtes bedienen solte, es wäre dann, daß sie nach ihrer Mutter Tode ohne Zwang und alle auch moralische concussion, freywillig, adhibito consensu curatorum extraneorum, wenn sie vorher gantz specifice von ihren Rechten durch unverdächtige Personen, absonderlich aber gerichtlich, zur Gnüge informiret worden, ihren Ansprüchen ex l. 6. pr. C. de secund. nupt. sich begeben, und solche renunciation mit einem Eyde bekräfftigen, anbey bey dem testamento materno zu verbleiben sich erklären und solchergestalt mit ihrem Hrn. Stiefvater darüber pacisciren würde, weil alsdann dergleichen spontanea et iurata renunciatio, non obstante minorennitate, ihr allen regress ad iura remissa benehmen würde, so ferne nur alle gehörige Behutsamkeit dabey beobachtet worden, weiln nimiæ et repetitæ adhortationes bey vorkommenden besondern Umständen, absonderlich bey insteheuden Verheyrathungen, leicht einen moralischen Zwang würcken und zu grossen weitläuftigen Processen Gelegenheit geben können, deswegen dergleichen pacta zwischen einem Vater und leiblichen Kin- 34
dern gar verbothen sind.

l. 35. §. 1. C. de inoffic. testam.

So mögen die Kinder beyder Ehe zu agnoscirung des Testaments und des dabey intendirten grauaminis nicht leicht angehalten werden, es wäre dann, daß dergleichen pactum iuratum mit der Julia gebührender massen zum Stande gebracht werden könte. Und solches alles

V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBR. MDCCXLVII.

RESPON-

RESPONSVM CCCCXXXVII.

Ad Lib. XXIII. T. II.

THEMATA.

I. *Valet inter coniuges teſtamentum reciprocum, etſi liberi adfuerint.*

II. Diſpoſitio l. 6. C. de ſecund. nupt. non eſt in vſu, vbi communio bonorum vel portio ſtatutaria obtinet.

III. *Legitima liberis iure fideicommiſſi relinqui nequit.*

IV. *Liberi duplicem quartam in fideicommiſſo puro detrahunt.*

Teſtamenta coniugum reciproca potiſſimum hunc, ſi liberi deſunt, vſum habent n. 1.
Liberi ſeparati non ſuccedunt n. 2.
Teſtamenta reciproca ſunt odioſa n. 3.
Quod tamen reprobatur n. 4.
Si liberi adſunt, teſtamenta reciproca quoad partem hereditatis reprobari nequeunt n. 5.
Coniuges ſibi plus, quam liberis prioris matrimonii relinquere nequeunt n. 6.
Niſi, vbi communio bonorum obtinet n. 7.
Subſtitutio eſt vera inſtitutio n. 8.
Legitima per cautelam Socini non grauatur n. 9.
Legitima nullam dilationem admittit n. 10.
Ergo grauamen legitimæ eſt, ſi liberi aliis heredibus ſubſtituti n. 11.
Et inſtitutus tantum, quod deducta legitima ſupereſt, accipit n. 12.
Vnio prolium cauſæ cognitionem et decretum iudicis deſiderat n. 13.
Valet teſtamentum reciprocum, ſi liberi ſubſtituti ob clauſulam codicillarem n. 14.
Duplex quarta a quibusdam ad fideicommiſſum conditionatum reſtringitur n. 15.
Rectius etiam in puro locum habet n. 16.
Regulæ prudentiæ temperant impugnationem teſtamentorum n. 17.
Vnio prolium teſtamenti factionem tollit n. 18.

Als derſelbe uns eine facti ſpeciem nebſt zwo Beylagen und ſechs Fragen zugeſchicket, und ꝛc.

Hat Mevia, eine ſehr bemittelte Dame, ſich an Sempronium vermählet, welcher ſeiner Gemahlin 1000 Fl. Heyraths-Guth zugebracht, inzwiſchen ſich währender Ehe dergeſtalt mit Meviæ und ihrer Familie Vermögen gebahret, daß er zwar an character und Ehren ſich ſehr verbeſſert, durch ſothane diſpoſitiones hingegen den Grund geleget, daß nicht nur der angehoffte Nutzen gäntzlich verſchwunden, ſondern auch ſeiner Gemahlin und ihrer Familie Vermögen um ein nahmhafftes gelitten und derangiret worden. Iſt aber Sempronius nach drey Jahren mit Hinterlaſſung dreyer Kinder verſtorben, darauf ſich Mevia mit Titio hinwieder vermählet, welcher zwar kein ſonderliches Vermögen gehabt, iedoch bereits bey der Vermählung in den conſiderabelſten und honorabelſten Poſten geſtanden, nachgehends auch nahmhaffte acquiſitiones gemachet, und dadurch des verſtorbenen Sempronii nachtheiliges Verfahren wieder retabliret. Sind nun von des Sempronii dreyen nachgelaſſenen Kindern zwey verſtorben, daß alſo eines davon noch bis dato am Leben geblieben, hergegen in der Ehe mit Titio fünf Kinder gezeuget worden, wovon noch zwey Töchter leben, beyde Eheleute aber annoch bey ihrem blühenden Alter den Schluß gefaſſet, per teſtamenta reciproca zu teſtiren, und haben ſolche würcklich auch verfertiget und iudicialiter hinterleget, dabey aber nunmehr zum erſten belehret ſeyn wollen:

Bachm. Conſ. T. III. P. II.

Quæſtio I.

Ob bey vorhandenen Kindern zweyer Ehen dieſelbe in ſecundo matrimonio **reciproce teſtiren können?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol die teſtamenta coniugum reciproca, darin ſie ſich vice mutua zum vniuerſal-Erben ernennen, alsdann vornemlich ihre

Ad Lib. XXIII. T. II.

application finden, wenn Eheleute unbeerbet sind, oder zwar von einem oder andern Ehegatten Kinder vorhanden, welche doch abgesondert und völlig abgefunden sind, qui non
2 amplius ius succedendi habent, nec necessario instituendi;

MEV. *ad ius Lubec. lib. 2. tit. 2. art. 33. n. 55.*

allermassen, wenn Kinder vorhanden, diese nicht hindangesetzet oder præteriret werden können, sondern als necessarii heredes instituiret werden, dergestalt die reciproca institutio coniugum zu cessiren scheinet, bevorab da die testamenta coniugum reciproca ohnedem sehr odiös zu achten, quod pro captatoriis iure reprobatis haberi debeant.
3

FABER *in C. lib. 6. tit. 5. def. 18. in f.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch keinesweges dergleichen institutiones coniugum reciprocæ pro veris captatoriis zu achten, cum permissum sit, mutuis affectionibus iudicia prouocare,
4

l. 70. D. de hered. instit.

bevorab, wenn beyde Eheleute seorsim zu gleicher Zeit disponiret, und nicht einmahl einer den andern sub conditione, sondern vielmehr pure instituiret. So dann, in thesi davon zu reden, nicht eben nöthig ist, daß die Eheleute einander zum vniuersal-Erben einsetzen, quin potius maritus vxori, et hæc illi iterum alium adiungere heredem potest; imo dubium haud est, quin disparitas hoc casu quoad heredis institutionem admittatur, imo quandoque etiam alii heredes simul instituendi sint, vtpote si liberi
5 adsunt,

IO. SAM. STRYK *de testam. coniug. recipr. §. 31. et 32.*

dahero in diesem letzten Fall die Eheleute wohl einander reciproce, aber nicht zum vniversal-Erben einsetzen können, weil sonsten das testamentum ob præteritonem liberorum gar leicht angefochten werden könte.

So erhellet hieraus so viel, daß Eheleute, wenn auch Kinder von zweyen Ehen da sind, in secundo matrimonio wohl reciproce testiren, aber keiner den andern liberis propriis præteritis zum vniversal-Erben instituiren könne.

Die andere Frage anlangend:

Quæstio II.

Ob die heredis institutio in marito geschehen könne, wo heredes necessarii und zwar aus zweyen Ehen vorhanden?

Rationes dubitandi.

Ob wol ein maritus, der eine Witwe mit Kindern beyrathet, von seiner Frauen zum vniuersal-Erben, zum præiuditz der Kinder erster Ehe nicht eingesetzet werden kan, angesehen in gemeinen Rechten klar versehen, quod vxor in maritum secundum quocunque modo non possit plus transferre, quam singulis ex liberis prioris matrimonii inæqualiter forsan institutis, minimum datum vel assignatum est,
6

l. 6. C. de secund. nupt.

adeo, vt quod plus marito datum, hoc lucro cedat liberorum prioris matrimonii, nec liberi secundi thori inde participent,

AVTH. *ad eos solos C. eod.*

BRVNNEM. *ad l. 9. C. eod. ab init.*

quam legis obseruantiam adhuc hodie agnoscunt interpretes.

WERNHER *P. III. obs. 55. et 120.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch dieses zwar nach dem iure communi richtig, und wo das ius ciuile schlechterdings pro norma et regula decidendi angenommen wird, es dabey bleiben muß, da im Gegentheil in Sachsen, und an denen Orten, wo die communio bonorum noch statt findet, oder wenigstens der Mann eine gewisse portionem statutariam ex bonis vxoris ab intestato zu prætendiren hat, die obseruantia cit. l. 6. nothwendig um deswillen cessiren muß, weil der Mann allemahl daselbsten mehr als die Kinder ab intestato bekommen, und also die Eheleute an solchen Orten freyere Hände zu disponiren haben.
7 8

STRYK *in vs. mod. tit. de hered. instit. §. 3.*

WERNHER *P. VIII. obs. 280.*

BOEHMER *in introd. ad ff. tit. de vit. nupt. §. 15.*

So kan zwar nach dem iure ciuili dergleichen institutio nicht geschehen, iedoch ist die obseruantia desselben nicht auf alle Oerter zu appliciren.

So viel die dritte Frage betrifft:

Quæstio III.

Ob nicht die reciproca institutio beyder Eheleute pro heredibus vniuersalibus so gültig und beständig

ständig geschehen könne, da die heredes sui et necessarii ex duobus matrimoniis zugleich in iisdem testamentis titulo honorabili ebenfals instituiret und respective vniuersaliter substituiret worden?

Rationes dubitandi.

Ob wol bey Kindern nichts weiter in testamentis parentum erfordert wird, als daß sie wenigstens in legitima zum Erben instituiret worden, welches in beyden testamentis geschehen, und ob sie wol nur eigentlich dem instituirten Vater oder Mutter substituiret sind, dennoch dieses denen Rechten nicht zuwider seyn möchte, cum substitutio etiam sit institutio, bevorab da die Kinder über kein grauamen klagen können, allermassen, ob sie gleich nicht so fort dem Verstorbenen erben, doch dagegen ex substitutione nicht nur legitimam, sondern zu ihrer völligen Erb-portion und zwar beyderley Eltern Hoffnung haben. Da hergegen wenn ein oder ander das testamentum ex hoc capite anfechten wolte, er billig zu befürchten hat, daß er nach der in beyden testamentis befindlichen clausul, quæ cautelam Socini continet, mit der legitima zu frieden seyn müste, da solche erlaubet, und kein grauamen legitimæ in sich hält;

9

STRYK *de caut. testam. c. 17. m. 3. §. 15. sqq.*

welchem noch beyzutreten möchte, daß respectu Titii eine vnio prolium geschehen, und die Tochter erster Ehe mit dessen eigenen Kindern völlig vereiniget, und ihrem Stiefvater ebenfals substituiret ist, also keinen Schaden oder præiuditz aus dieser substitutione zu befürchten, noch die dispositio l. 6. C. de secund. nupt. hier statt finde.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch denen Rechten nach die Kinder in der legitima principaliter instituiret, darneben dieselbe sine vllo onere verlassen werden muß, dahero dieselbe keine moram et dilationem admittiret, quæ in tali substitutione, quæ pro fideicommissaria habenda, semper occurrit, quod demum portio hereditaria post mortem instituti restituenda sit.

10

l. 30. C. ibi: *sine vllo grauamine vel mora de inoffic. testam.*

l. 32. C. eod. ibi: *ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio, vel quodcunque onus introducens, tollatur.*

l. 36. §. 1. C. eod. ibi: *omnem dilationem omnemque moram censuit esse subtrahendam.*

Dieserwegen da in beyden Testamenten die Eheleute einander vniuersaliter zum Erben instituiret, die Kinder aber dem Ueberlebenden fideicommissarie substituiret, vordem zwar darüber unter denen forensibus ICtis disputiret worden, ob dergleichen dispositiones nicht gäntzlich zu annulliren? nunmehro aber die allerklärste decisio Iustianini davon vorhanden, daß gar kein Zweiffel dabey übrig bleiben kan, allermassen dieselbe auf den itzigen casum

Ad Lib. XXIII. T. II.

11

in l. 36. §. 1. C. de inoff. testam.

gerichtet, und folgendergestalt der casus daselbsten bestimmet ist: cum quis, extraneo herede instituto, (dahin auch Eheleute zu referiren, und alle pro extraneis bekanter massen gehalten werden, qui non sunt ex liberis) restituere eum filio hereditatem suam, cum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum (veluti post decennium) restitutionem distulerit; worauf er folgende decision machet: sancimus itaque, quarræ quidem partis restitutionem iam nunc (statim) celebrari, non exspectata nec morte heredis (instituti,) nec temporis interuallo; reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuerit, durch welches temperament der Käyser Justinianus die dabey vorgefallene difficultäten gehoben, da ohne Zweiffel einige gewesen, die ein solches testamentum als ungültig gehalten, weil die Kinder darin nicht principaliter eingesetzet, und also mehr pro præteritis zu halten gewesen, welchen der Käyser keinen Beyfall gegeben, sondern gewollt, daß die Kinder als instituti in legitima anzusehen, und in dem übrigen nur das fideicommissum gelte, 12
wobey er gar merckwürdig hinzusetzet: sic etenim filius suam habebit portionem integram, et qualem leges et nostra constitutio definivit et scriptus heres commodum, quod ei testator dereliquit, cum legitimo moderamine sentiet, dergestalt also, wenn Titius versterben solte, dessen eigene Kinder mit exclusion der Stieftochter, (in deren regard die dispositio Titiana schlechterdings gilt und sie keine legitimam fordern kan) Erben in legitima zu achten, deren Mutter aber das übrige erbet: da hergegen, wenn diese vorher sterben solte, die sämtlichen Kinder anderer Ehe, wenn sie nicht bey dem Testament freywillig acquiesciren wollen, die legitimam prætendiren, das übrige aber Titio als instituto heredi zwar gelassen, iedoch der Tochter erster Ehe er ihr Väterliches sowol, als auch dasjenige, was er über der Stieftochter legitimam mehr bekommen, abfolgen lassen muß, wenn die observantia

legis 6. C. de sec. nupt.

daselbsten vorhanden

per AVTH. *ad eos solos C. eod.*

zumahl ein irriges præsuppositum ist, als wenn alhier eine vnio prolium anzutreffen,

Ad Lib. XXIII. T. II. welche bekanter massen sine causæ cognitione et decreto magistratus, so hier fehlet, nicht geschehen kan,

13 STRYK *de succeſſ. ab int. diſſ. VIII. c. 6. §. 7.*

HAHN *de iur. rer. concl. 74. ſqq.*

dabey jedoch in beyden Fällen denen Kindern vorzustellen, daß sie nicht wohl thun würden, wenn sie sich dieses Rechts bedienten, indem sie auf solchen Fall nach dem Absterben des letztlebenden die gantze Erbschafft ex fideicommisso zu hoffen hätten, da hergegen, wenn sie etwas wider dieses Testament einwenden wollten, zu dem fideicommisso alle Hoffnung verliehren, und mit der begehrten legitima zufrieden seyn müssen, weil solches beyde Eltern in ihrem Testament verordnet, und gewollt, daß, wenn ein oder das andere ihrer Kinder wider Vermuthen etwas wider das Testament einzuwenden gedächten, sie solches lediglich auf den Pflicht-Theil verwiesen haben wollen, dadurch sie aber von der künfftigen successione fideicommissaria ausgeschlossen sind, und dieselbe als aufgehoben zu achten, worin eben die Würckung der cautelæ Socini bestehet, welches doch gedachter massen, wenn Titius überleben sollte, die Stief-Tochter nicht binden würde.

So erhellet hieraus so viel, daß die reciproca institutio coniugum, liberis existentibus, geschehener massen nicht bewerckstelliget werden mögen, sondern diesem ohngeachtet, die Kinder, wenn sie wollen, ihre legitimam fordern, und hac deducta nur in dem übrigen die institutio reciproca statt finden werde; jedoch, in hypothesi, wer von den Kindern die legitimam gleich verlangen sollte, alsdann keine Hoffnung mehr auf das fideicommissum machen könne, welches aber bey der Stief-Tochter keine application findet, wenn Mevia vorher sterben sollte, als welcher dasjenige, was ihr Stief-Vater mehr, als sie, bekommet, restituiret werden muß.

Woraus dann die decisio der vierdten Frage fliesset:

Quæstio IV.

Ob von denen beyliegenden testamentis zu besorgen, daß nach ein oder anders Absterben von den Eltern von den zurück bleibenden Kindern Anspruch und zwar aus was für einem Grunde gemachet werden könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

Allermassen bey denen vorigen Fragen der Grund des Anspruchs sowol aus dem

l. 36. §. 1. C. de inoff. teſtam.

als

l. 6. C. de ſecund. nupt.

angezeiget, und daraus gewiesen, daß, weil die Kinder dadurch in legitima propter dilationem grauiret, in so weit solche dispositio nicht statt finde, sondern denen Kindern die legitimam gleich zu begehren nachgelassen, mit dem Stief-Vater auch es eine besondere Bewandniß habe, wiewol in solchem Fall 1) sie auch zu befürchten haben, daß sie von dem fideicommisso in reliqua parte hereditatis fundato keinen Antheil haben werden: 2) wenn auch die decisio Iustiniani nicht vorhanden seyn sollte, dennoch die gedachten beyden dispositiones auf andere Weise salviret werden könten, zumal in beyden die clausula codicillaris zu befinden, nach welcher allenfalls beyde dispositiones dergestalt 14
gelten müsten, daß die Kinder die Erbschafft ab intestato antreten, und detracta legitima et Trebellianica das übrige dem überbleibenden von denen Eltern restituiren müsten, welches aber dem überlebenden von denen beyden Eheleuthen propter Trebellianicam nicht profitabel seyn würde, allermassen obwol viele Rechts-Gelehrte solche nicht
statt finden lassen wollen, si statim hereditas 15
ex fideicommisso restituenda est, wie

HARPRECHT *de duplici quarta*

mit mehren dargeleget, dennoch wir solche Meinung vor ungegründet halten, da der Grund von der deduction sowol legitimæ als Trebellianæ

in c. 16. et 18. X. de teſtam.

darin gesetzet ist, quod legitimam iure suo liberi capiant, in qua grauari non potuerunt, Trebellianicam vero ideo, quod eam quilibet extraneus deducere potuisset, welche ratio sowol bey denen fideicommissis in diem delatis, als puris statt findet, wie
unser werther Herr collega 16

BÖHMER *in not. ad c. 18. X. de teſtam. not. 7.*

in seinem von ihm neu edirten Corpore iur. canon. klar dargethan hat, und niemand sich heute zu Tage bey aufgeklärter iurisprudenz auf gemeine Meinungen mehr gründen und verlassen kan, daher am sichersten ist, daß bey gemachten Anspruch der überlebende sich in der decisione l. 36. §. 1. C. de inoff. test. schlechterdings gründe, und nach dieser die gantze Sache zu reguliren verlange, weil alsdann kein Anspruch wegen der Trebellianicæ

nicæ zu befürchten ist. Endlich 3) wenn Mevia den Todes-Fall Titii erleben sollte, zwar ihre Tochter erster Ehe mit dem Testament ihres Stief-Vaters zufrieden seyn muß, cum legitimam petere non possit, jedoch in casu inuerso der Stief-Vater zu befürchten haben wird, daß sie

ex *l. 6. C. de secund. nupt. et auth. ad eos solos C. eod.*

einen wichtigen Anspruch an ihn machen möchte, es wäre dann, daß sie das testamentum maternum freywillig post mortem matris agnoscirte.

WERNHER *P. III. obs. 55.*

So ist nach diesem angeführten Grund-Satze die Sache zu erörtern.

Endlich so viel die fünffte und sechste Frage betrifft:

Quæstio V. et VI.

Wie man sich desfalls in formalibus et solennibus testamentorum reciprocorum quæst. vorzusehen hätte und actualiter vorgesehen werden müsse?

oder

Ob die beyliegende zwey testamentorum formularia bestehen können, oder mögen?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol bishero gezeiget ist, daß die quæstionirten beyden testamenta, ausser was die legitimam der Kinder und die Tochter erster Ehe betrifft, bestehen und keinen Mangel haben, und durch die adhibirte cautelam Socini beyde testatores sich gnugsam vorgesehen haben, daß nicht leicht zu befürchten, daß die Kinder solche in Anspruch nehmen, oder anfechten werden.

Weil aber dennoch aus den bishero angeführten Gründen dargethan ist, daß beyde testamenta nach dem iure communi nur secundum quid bestehen, und die institutio reciproca nur in demjenigen, was, deducta liberorum legitima, übrig bleibet, statt findet; bey der Stief-Tochter aber, wenn Titius vorher sterben sollte, zwar keine deductio legitimæ statt findet, sondern sie zum höchsten ihre paterna zu fordern berechtiget seyn würde, und das testamentum Titianum selbsten anzufechten kein Recht hat, hergegen an ihrer Mutter testamento, wenn dieselbe vorher sterben sollte, einen grossen Anspruch machen könte, wie bishero gezeiget worden, also man wohl siehet, daß es nicht ohne allen Widerspruch abgehen möchte, bevorab da, wenn Mevia vorher stirbet, die Tochter erster Ehe ohne Zweiffel ihre legitimam ex matris hereditate, und ihre paterna nebst demjenigen, was ihr Stief-Vater mehr, als sie bekommen, fordern wird, da, ob sie gleich die Hoffnung zum künfftigen fideicommisso, nach ihres Stief-Vaters Tode, vermöge der clausulæ testamento adiectæ verliehret, sie doch auch wenig darauf bauen kan, wenn sie gleich voritzo bey ihrer Frau Mutter letzten Willen acquiesciren wolle, zumal ihm, Titio, in dem Testament noch die freye Hand, sowol inter vivos als mortis causa zu disponiren, gelassen, und verordnet ist, daß nur die legitima ohnbeschädiget bleiben sollte, sie dahero, wenn solches geschehen sollte, vielleicht nach langen Jahren erst ihre legitimam überkommen, und dadurch ihre condition verschlimmern möchte, absonderlich, wenn Titius wieder heyrathen, und abermal Kinder zeugen würde, wodurch auch seine eigene Kinder die Gefahr lauffen würden, daß sie hiernechst mit der legitima dennoch hinspringen müsten, wenn sie gleich bey dem Testament acquiesciren sollten, also, wenn Mevia vorher sterben sollte, die Kinder überhaupt, absonderlich wenn sie verheyrathet seyn sollten, deren Männer bey dem testamento Meuiæ schwerlich acquiesciren werden, wenigsten künfftig zu vielem Streit Gelegenheit geben könten, so, daß man leicht siehet, daß nicht alle Vorsicht bey denen testamentis beobachtet worden, wir auch nicht wissen können, ob bey der insinuatione iudicii alle nöthige Vorsicht gebrauchet sey, so gehet unsere unvorgreifliche Meinung dahin: *Ad Lib. XXIII. T. II.* 17

Daß beyde Eheleuthe Titius und Meuia am besten thun, wenn sie anderweitig ihre dispositiones verfertigen, solche denen Gerichten in eigener Person übergeben, oder durch beyderseitige requisition die Gerichte dahin vermögen, daß sie per deputatos dasselbe von ihnen zu Hause aufnehmen, und ein recepisse super facta insinuatione dabey suchen; in denen testamentis aber selbsten einen Unterschied machen, daß Titius zwar seine eigene Kinder, und, wenn er will, auch die Stief-Tochter nebst seiner Frauen zum Erben einsetze, jedoch dergestalt, daß die Kinder nur in legitima, in dem übrigen aber dessen Gemahlin Erbe sey: Meuia aber nicht sicher anders disponiren könne, als daß sie ihre Kinder anderer Ehe zum Erben in legitima, ihren Mann aber nebst der Tochter erster Ehe zu Erben in dem übrigen ernenne, und der

DECISIO CCCCXLI.

Ad Lib. XXIII. T. III.

THEMA.

Dotem filia a superstite parente petere nequit, vbi communio bonorum obtinet.

SVMMARIA.

De turbata possessione queri non potest, de cuius possessione non constat n. 1.
Pro actu possessorio haberi nequit, quod iure familiaritatis concessum n. 2.
Parentes liberis ad donationem propter nuptias obligantur n. 3.
Possessio animo retineri potest n. 4.
Vsufructuarius non possidet n. 5.
Libellus clare ac neruose concipiendus n. 6.
Vbi communio bonorum hodienum obtinet, ibi liberi prioris thori dotem ex communibus bonis non petere possunt n. 7.
Aut si acceperunt, post matris obitum vitrico conferre tenentur illam n. 8.
Dolo agit, qui petit, quod mox redditurus est n. 9.
Curator per confirmationem se legitimare debet n. 10.

Als derselbe uns Vorbringen und erfolgte Gesetze, auch respective interuention in Sachen des Medic. Doct. P. Klägers an einem, T. V. nachgelassener Erben, Beklagten am andern, und des aduocati F. curatorio nomine der P. Kinder erster Ehe, interuenienten am dritten Theil, in drey zurück kommenden fasciculis &c.

Daß Kläger in der compossess des Hauses quæst. bis zum Austrag der Sachen billig zu schützen, und nunmehro das inzwischen erkante remedium prouisionale dahin zu extendiren, hingegen derselbige mit dem Gesuch wegen eines zu constituirenden Braut-Schatzes oder Ausstattung, nicht weniger wegen einer zwischen ihm und denen Beklagten ex æquis partibus anzustellenden Theilung aller Revenüen, so der verstorbene V. aus denen gemeinschafftlichen Güthern bey seinem Leben genossen, ausgenommen, was nach dessen Tode noch davon übrig gewesen, abzuweisen, nicht weniger alles Einwendens ohngehindert auf die angelegte liquidation sub pœna liquidi auf einen anderweit anzuberahmenden Termin sich einzulassen schuldig, mithin die Berichtigung dessen, was er in die Erbschafft schuldig ist, zuförderst zum Stande zu bringen, und mit dahin die 500. Thlr. womit der verstorbene V. das Hauß pro æstimato an sich gebracht haben soll, zu referiren, worauf alsdann nach dem Vergleich de anno 1722. die Vertheilung zwischen allerseits interessenten vorzunehmen, und dem Kläger dasjenige, was er schuldig befunden werden sollte, an seinem Antheil abzukürtzen. Würde nun interuenient zuförderst als curator der P. Kinder erster Ehe denen Reichs-Gesetzen gemäß sich gerichtlich bestätigen lassen, hiernächst den Eyd vor Gefehrde schweren, daß er nicht aus böser Absicht und collusion mit dem Kläger die interuention angestellet, und darauf nochmahls seine intervention kurtz, neruös und deutlich, daß man daraus das wahre interesse der P. Kinder, und den Grund der interuention sehen könne, wiederholen, oder vielmehr von neuem ad acta bringen, so sind alsdann Beklagte und interuente sich ebenfalls darauf specifice und ordentlich mit Hindansetzung alles unordentlichen Verfahrens sub pœna contumaciæ einzulassen gehalten, worauf alsdann, wenn über die geleugneten puncta mit Beweiß und Gegenbeweiß processmäßig verfahren, auch in dieser Sache ferner ergehet was recht ist. Uebrigens ist auf ferneres Anrufen denen Beklagten zu demjenigen, was in dem Reichs-Hofräthlichen concluso, wenn solches in originali ad acta gebracht, erkant, nicht unbillig zu verhelffen, und alles erkanter massen wieder in den vorigen Stand zu setzen, nicht weniger der interuenient F. wegen seiner iniuriösen Schreib-Art in 5. Thlr. Strafe zu nehmen, der donations-punct aber ad separatum zu verweisen. V. R. W.

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

DECISIO CCCCXLI.

Ad Lib. XXIII. T. III.

THEMA.

Dotem filia a superstite parente petere nequit, vbi communio bonorum obtinet.

SVMMARIA.

De turbata possessione queri non potest, de cuius possessione non constat n. 1.
Pro actu possessorio haberi nequit, quod iure familiaritatis concessum n. 2.
Parentes liberis ad donationem propter nuptias obligantur n. 3.
Possessio animo retineri potest n. 4.
Vsufructuarius non possidet n. 5.
Libellus clare ac neruose concipiendus n. 6.
Vbi communio bonorum hodienum obtinet, ibi liberi prioris thori dotem ex communibus bonis non petere possunt n. 7.
Aut si acceperunt, post matris obitum vitrico conferre tenentur illam n. 8.
Dolo agit, qui petit, quod mox redditurus est n. 9.
Curator per confirmationem se legitimare debet n. 10.

Als derselbe uns Vorbringen und erfolgte Gesetze, auch respective interuention in Sachen des Medic. Doct. P. Klägers an einem, T. V. nachgelassener Erben, Beklagten am andern, und des aduocati F. curatorio nomine der P. Kinder erster Ehe, interuenienten am dritten Theil, in drey zurück kommenden fasciculis &c.

Daß Kläger in der compossess des Hauses quæst. bis zum Austrag der Sachen billig zu schützen, und nunmehro das inzwischen erkante remedium prouisionale dahin zu extendiren, hingegen derselbige mit dem Gesuch wegen eines zu constituirenden Braut-Schatzes oder Ausstattung, nicht weniger wegen einer zwischen ihm und denen Beklagten ex æquis partibus anzustellenden Theilung aller Revenüen, so der verstorbene V. aus denen gemeinschafftlichen Güthern bey seinem Leben genossen, ausgenommen, was nach dessen Tode noch davon übrig gewesen, abzuweisen, nicht weniger alles Einwendens ohngehindert auf die angelegte liquidation sub pœna liquidi auf einen anderweit anzuberahmenden Termin sich einzulassen schuldig, mithin die Berichtigung dessen, was er in die Erbschafft schuldig ist, zuförderst zum Stande zu bringen, und mit dahin die 500. Thlr. womit der verstorbene V. das Hauß pro æstimato an sich gebracht haben soll, zu referiren, worauf alsdann nach dem Vergleich de anno 1722. die Vertheilung zwischen allerseits interessenten vorzunehmen, und dem Kläger dasjenige, was er schuldig befunden werden sollte, an seinem Antheil abzukürtzen. Würde nun interuenient zuförderst als curator der P. Kinder erster Ehe denen Reichs-Gesetzen gemäß sich gerichtlich bestätigen lassen, hiernächst den Eyd vor Gefehrde schweren, daß er nicht aus böser Absicht und collusion mit dem Kläger die interuention angestellet, und darauf nochmahls seine intervention kurtz, neruös und deutlich, daß man daraus das wahre interesse der P. Kinder, und den Grund der interuention sehen könne, wiederholen, oder vielmehr von neuem ad acta bringen, so sind alsdann Beklagte und interuente sich ebenfalls darauf specifice und ordentlich mit Hindansetzung alles unordentlichen Verfahrens sub pœna contumaciæ einzulassen gehalten, worauf alsdann, wenn über die geleugneten puncta mit Beweiß und Gegenbeweiß processmäßig verfahren, auch in dieser Sache ferner ergehet was recht ist. Uebrigens ist auf ferneres Anrufen denen Beklagten zu demjenigen, was in dem Reichs-Hofräthlichen concluso, wenn solches in originali ad acta gebracht, erkant, nicht unbillig zu verhelffen, und alles erkanter massen wieder in den vorigen Stand zu setzen, nicht weniger der interuenient F. wegen seiner iniuriösen Schreib-Art in 5. Thlr. Strafe zu nehmen, der donations-punct aber ad separatum zu verweisen. V. R. W.

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

Ad Lib. XXIII. T. III.

Rationes dubitandi.

Obwol die Partheyen und deren aduocati mit Hindansetzung aller Reguln des processus verfahren, alles durch einander geworffen, und es fast schwer fallen möchte, eine Regulmäßige Urtheil abzufassen, da Kläger 1) anfänglich ratione possessionis turbatæ et ereptæ geklaget, und die compossession beständig, und noch f. 178. b vrgiret, gleichwol Kläger nicht erwiesen, daß
1 er noch am Hause, so der selige V. bewohnet, einige possession gehabt, sondern vielmehr schon viele Jahre und zwar von anno 1726. von E. weg gewesen, und die possession, welche durch den Todt des T. V. vacua geworden, von Beklagten in solidum ergriffen worden, und obgleich Kläger bey der Begräbniß sich eingefunden, und man als einem Gast ihm eine Cammer eingeräu-
2 met, dennoch solches iure familiaritatis, vnde actus possessorius non nascitur, geschehen, so, daß es das Ansehen gewinnet, als wenn das decretum prouisionale aufzuheben gewesen, hiernächst 2) Kläger eine gründliche deduction fol 67. b sqq. übergeben, und darin seine prætensiones vorgestellet, und alle paterna und materna immobilia, auch die Helffte von denen acquisitis aus der andern Ehe seiner seligen Mutter, nach dem in anno 1722. getroffenen Vergleich prætendiret, dergestallt, daß derselbe dahin erkläret werde, daß alle Revenüen, so V. ex rebus communibus gehoben, wenigstens ex æquis partibus unter ihn und Beklagte nach dem Vergleich getheilet werden müssen, beyorab da eine communio bonorum inter coniuges daselbst vorhanden, und die regulæ derselben solches mit sich zu bringen scheinen, 3) und ob er wol nach seiner Scheidung einige 1000. Thlr. erhalten, jedoch er vermeinen will, daß ihm solche Gelder nicht animo mutuandi, sondern vielmehr in der Absicht guten Theils gereichet worden, daß er zum wenigsten 2000. Thlr. davon als eine donationem propter nuptias haben solle, als wozu seine Eltern
3 de iure verbunden gewesen, er auch, nach dem gedachten Vergleich ex communibus bonis seint anno 1726. keine sustentation genossen, hierüber 4) ihm das Seinige aus der Erbschafft sub prætextu crediti nicht vorenthalten werden können, sondern zuförderst abgefolget werden müssen,

l. 13. quod met. causa

zumal die Schulden mit ihm qua viduo et binubo contrahiret, so nach denen statutis nicht geschehen können, deswegen auch 5) der curator seiner Kinder erster Ehe sich gemeldet, und derselben Anspruch dabey interueniendo hin und wieder angebracht, worauf Beklagte noch zur Zeit sich nicht ordentlich eingelassen, ob er wol 6) curator legitimus sey, und also zur curatel gnugsam sich legitimiret haben will, 7) das iuramentum calumniæ aber von ihm nicht abgefordert, und er bereits das interesse seiner curandorum ad acta gebracht, und es nur darauf ankomme, daß Beklagte sich darauf gebührend einlassen müssen, endlich 8) die liquidatio noch zu früh angeleget seyn möchte, weil die vorhin angeführte momenta erst mit Klägern auszumachen gewesen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) nach dem Vergleich de anno 1722. dem Kläger mit seiner Frau und Kindern die Wohnung und also auch die compossess von Hause quæst. zugestanden, solches ihm auch iure proprietatis ohnedem gebühret, und er dadurch, daß er anno 1726. sich von seinen Eltern wegen Pachtung gewendet, die compossess nicht 4
verlohren, quæ etiam animo retineri potest, und der Stief-Vater dasselbe nur qua vsufructuarius besessen, qui reuera ciuiliter 5
non possidet,

§. 4. I. per quas pers. cuique acquir.

bey solchen Umständen also die Beklagte die solidariam possessionem nicht ergreiffen mögen, vielmehr das decretum prouisionale nunmehr dahin zu extendiren, daß Kläger bey der compossess zu schützen sey; hiernechst ad 2) es sich gebühret hätte, daß anstatt einer deduction Kläger zuförderst eine kurtze, 6
neuöse und deutliche Klage nach denen Reichs-Gesetzen übergeben,

R. I. de anno 1654. §. 34.

und obwol f. 136. darauf die Einlassung erkant ist, dennoch das vornemste auf die beyden in dem Urthel gemeldete puncta ankomt, und Beklagte denenselben hin und wieder contradiciret, auch aus dem Vergleich de anno 1722. sofort erörtert werden können, zumal solches præiudicial puncte sind, und die Berichtigung solcher Theilung aufhalten würden, wenn man nicht hierdurch greiffen sollte, wie in solchen iudiciis diuisoriis, quæ sua natura arbitraria sunt, wohl erlaubet ist, und dann der erste Punct ratione donationis propter nuptias gantz ohne allen Grund ist, da er zur Zeit des Vergleichs bereits Frau und Kinder gehabt, dennoch diesem ohngeachtet davon in dem Vergleich nichts gedacht, noch etwas bestimmet worden, und er sich beyzumessen hat, daß er sich wegen dieses Puncts nichts ausbedungen, und nun zu spät ist dieserwegen etwas zu fordern, wie denn auch an denen Orten, wo nach denen teutschen Rechten die communio bonorum inter coniuges statt findet, dergleichen necessitas dotandi vel donationem propter 7
nuptias faciendi sich nicht findet,

VOET. *in comm. ad Pand. tit. de iur. dotium §. 16.*

ja,

ja, wenn auch Kläger damahls loco donationis propter nuptias ex bonis communibus etwas erhalten hätte, er doch ex natura communionis schuldig gewesen seyn würde, solches bey der mit seinem Stief-Vater vorgenommenen Theilung zu conferiren, oder zu leiden, vt superstes vitricus vel parens tantundem ex massa communi præcipiat, an-
8 tequam ad rerum communium diuisionem procedatur,

IDEM *cit. l. §. 15.*

also ein solches auch bey der Theilung mit des vitrici Erben hätte geschehen müssen, solchergestalt nunmehro es hier auch billig heisset, quod dolo faciat, qui id petit, quod statim reddere debet,

9 *c. 59. X. de R. I. in 6. l. 6. l. 137. §. vel D. de R. I.*

und so viel den andern Punct betrifft, der gedachte Vergleich deutlich anweiset, daß dem Stief-Vater der vsusfructus aller Güther gelassen, und nur, was ex communibus bonis sonst acquiriret, zur gemeinschafftlichen Theilung ausgesetzet ist, anderer Gestalt er den Genuß der gemeinschafftlichen Güther nicht gehabt haben würde, wenn er solche nicht verbrauchen können, davon doch dasjenige auszunehmen, was von solchen Revenüen noch übrig ist, sicut fructus etiam augent hereditatem, dieserwegen was er ad 3) bereits erhalten, allerdings als ein Vorschuß, so er zu conferiren hat, anzusehen, und ad 4) wenn dieses reguliret, auch alsdann nach dem Vergleich, was ihm ex massa bonorum proprio iure gehöret, ihm billig abgefolget werden muß, inzwischen doch denen Beklagten das ius retentionis an denen immobilibus, und also die compossess zukommet; und so viel ad 5) et 6) die intervention betrifft, noch zur Zeit der curator interueniens sich nicht legitimiret, wozu vor allen Dingen confirmatio iudicialis erfordert wird, also sein bisheriges Vorbringen in keine consideration zu ziehen, und Beklagte nicht schuldig gewesen, sich darauf einzulassen, mithin ihm obliegt, nach geschehener confirmation eine ordentliche intervention-Klage nach dem Reichs-Abschiede de anno 1654. cit. l. zu übergeben, und nicht so confuse ohne einem richtigen medio concludendi in den Tag hinein zu schreiben, dabey aber ad 7) sich zuförderst, præstito iuramento calumniæ, ausser Verdacht setzen muß, daß er nicht mit dem Kläger colludire, wozu hier anugsame subçon vorhanden, da er ohne alle confirmation sich zum curatore angegeben, und Kläger auch seiner Kinder interesse mit angeführet, und sich damit von Berichtigung dessen, was er in denen gemeinschafftlichen Güthern schuldig, losmachen wollen, so doch respectu seiner nicht angehet, und was seiner Kinder erster Ehe prætension betrifft, sich suo tempore finden wird, so bey ihm als exceptio de iure tertii anzusehen, dahero er ad 8) sich allerdings auf die liquidation einlassen muß; der punctus donationis aber billig ad separatum zu verweisen ist, weil dadurch diese Theilungs-Sache sonsten in grössere confusion gesetzet werden würde, endlich auch der interuenient ehrenrührige expressiones f. 160. b gebrauchet, und deswegen billig angesehen werden müssen. *Ad Lib. XXIII. T. III.* 10

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ. MENSE MARTIO MDCCXL.

DECISIO CCCCXLII.

THEMA.

Dotis constitutio ab allegante probanda.

SVMMARIA.

Dos tacite constitui potest n. 1.

Cessante certa dotis constitutione omnia bona dotalia censentur n. 2.

Pro sustinendis oneribus matrimonii sit dotatio n. 3.

Bona in dubio de iure romano censentur paraphernalia n. 4.

Vbi pacta dotalia inita, ibi ab allegante specialis constitutio dotis probanda n. 5.

Vbi acquæstus coniugalis obtinet, ibi deficientibus pactis dotalibus bona ad dotalia inclinant n. 6.

Acquæstus coniugalis ex iure G. repetendus n. 7.

Dos constante matrimonio ob metum dissipationis a muliere repeti potest n. 8.

Vbi acquæstus coniugalis obtinet, bona ob dissipationem, salvo marito vsu, separanda n. 9.

Ad Lib. XXIII. T. III.

Als die Herren uns interponirte appellation, deren iustification und erfolgte Gesetze in Sachen des Handelsmanns I. I. S. appellanten an einem, und dessen Ehe-Frauen A. C. S. appellatinnen am andern Theil, in zwey zuruck kommenden vol. original-acten ꝛc.

Daß die appellatio in ihren formalien zu Recht beständig und die Sache zu deren Rechtfertigung an die Herren erwachsen; der materialien halber aber erscheinet aus denen acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß zum Theil wohl appelliret, und die sententia a qua dahin zu reformiren, daß appellant den constante matrimonio errungenen Erwerb zu specificiren und der appellatinnen davon die Halbscheid zu extradiren nicht schuldig, sondern appellatinne damit währender Ehe abzuweisen, nicht weniger ihr zwar zur Sicherheit das Ihrige in Beschluß und administration zu behalten nachzulassen, jedennoch die davon abfallende Nutzungen, so weit solche ihrer Natur und Eigenschafft nach davon gehoben werden können, ihrem Manne, dem appellanten, auszuliefern gehalten; in übrigen Puncten aber ist wohl gesprochen und übel appelliret, und dahero sententia a qua in denenselben zu confirmiren. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol appellant loco grauaminis angeführet, 1) daß ihm der Beweiß dahin auferleget worden, daß ihm ein gewisser dos con-
1 stituiret sey, da doch subsecutis nuptiis die appellatin ihm ihr gantzes Vermögen inferiret, und sie die gantze Zeit der Ehe ihn solche Güther als dotalia administriren lassen, dahero ipso facto sie ihr gantzes Vermögen ihm loco dotis constituiret, nachdem er zu ihr eingefreyet, und Rechtens sey, quod, cum
2 certa dotis constitutio haud apparet, omnia vxoris bona, vt dotalia ad maritum peruenisse præsumendum sit,

MEV. *P. VI. decis. 66. in not. n. 2.*

SCHILTER *ex. 36. th. 80.*

LEYSER *in meditat. ad Pandect. specim. 302. n. 5.*

COLER *P. I. dec. 57.*

es dahero das Ansehen gewinnen will, als wenn solcher Beweiß ihm nicht iniungiret werden mögen; nächstdem 2) die caution wegen der Z. obligation nunmehro nicht mehr nöthig sey, da appellatinne nicht leugnen mögen, daß sie durante lite von solcher obligation die Zinsen gehoben, mithin dieselbe vor gut agnosciret, und obwol 3) Bürgermeistern und Rath anbefohlen worden über den statum bonorum zu halten, dennoch die appellatinne den Schlüssel zu denen versiegelten Kuffern, welche der Commissarius D. S. in Verwahrung genommen, durante lite sich angemasset, mithin über den statum bonorum nicht gehalten worden, noch der Commissarius D. S. sich deswegen iustificiret, nicht weniger 4) weil appellanten auferleget ist, ihr die alimenta zu reichen, es auch billig seyn möchte, daß ihm der appellatinnen Vermögen wieder in die Hände gegeben würde, als welches sie pro sustinendis oneribus matrimonii ihm inferiret, auch
3 anderer Gestalt ein gemeinschafftlicher acquæstus nicht concipiret werden könne, allermassen zwar auf Verlangen der appellatinnen ihre illata designiret und darüber eine richtige specification verfertiget worden, daraus aber nicht folgen wolle, daß sie solche in Händen behalten, und sie ihm dessen administration vorenthalten könne, allenfalls aber wenn 5) daraus eine völlige Absonderung der Güther geschlossen werden sollte, es das Ansehen gewinnen will, als wenn auch ratione acquæstus coniugalis es bey dem commissions-Bescheide zu lassen sey, zumal der appellatinne die Halbscheid davon ohnstreitig gehöret, und die n. 22. erfolgte declaration selbsten anzeiget, daß die würckliche diuision des acquæstus nicht aufgehoben, sondern dem appellanten nur auferleget sey, bis zu dessen Erfolg ihr daraus die alimenta zu reichen, endlich 6) die Abnutzung der der appellatinnen ausgelieferten Gelder und andern meublen ihm um deswillen nicht zustehen möchte, da er nicht dargethan, daß solche pro dotalibus zu halten, vielmehr pro paraphernalibus in dubio gehalten werden müssen, deren Abnutzung der Mann suo iure nach dem römischen Rechte nicht begehren
4 kan.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) nach der heutigen praxi Germaniæ zweyerley Ehen, bedungene, und unbedungene, vollenzogen werden, da bey jenen ein gewisser dos durch Ehe-pacte, oder sonsten constituiret wird, cuius constitutio in facto consistit, et sic
5 ab allegante probari debet,

l. 23. de R. I.

STRYK *de caut. contr. sect. 3. c. 5. §. 6.*

HVBER *ad tit. de iur. dot. n. 18.*

dieses aber alsdann zu geschehen pfleget, wenn der Mann zu der Frauen einfreyet, ohne daß einige Ehe-pacta gemachet werden, in welchem casu eigentlich der Frauen Güther so wenig dotalia als paraphernalia in sensu iuris Romani genannt werden können, jedoch

mehr

mehr ad dotalia in so weit incliniren, quod ob finem, dori præpositum, et acquæstum coniugalem bona coniugum communicata
6 censeantur, welches ius von denen interpretibus ex diuersis principiis mixtum genant wird,

SCHILTER *ex. 36. th. 80.*

indem auch bey unbedungenen Ehen die onera matrimonii vorkommen, worauf allein das Römische Recht siehet, nicht weniger aber auch unter denen Eheleuthen der acquæstus coniugalis, so beyden gemein ist, in-
7 tendiret wird, welcher ex antiquis Germaniæ moribus seinen Ursprung hat,

L. B. de LYNCKER *de acquæst. coniug.*

und ohne die Zusammenbringung der Güther und gemeine Bemühung der Eheleuthe nicht wohl begriffen werden kan, und da daselbst der acquæstus coniugalis noch in vsu ist, gar leicht zu begreiffen ist, daß mehr nach dessen Beschaffenheit davon geurtheilet werden muß, nach welchem sine probatione dotis constitutæ die Ehen durchgehends unbedungen gehalten werden, und appellanten nicht unrecht geschehen, daß ihm der Beweiß, weil er in dote proprie sic dicta sich gegründet, deswegen auferleget ist; ferner ad 2) appellant sich einmal zur euictionis præstatione der Zahnischen Schuld verbunden, welche obligatio dadurch nicht aufgehoben ist, daß sie die Zinsen davon eingenommen, wiewol ihr obliegen will, vor deren Eintreibung bey Zeiten zu sorgen, damit ihr ex post facto keine culpa dabey imputiret werden könne; nicht weniger ad 2) der status bonorum dadurch nicht aufgehoben oder verändert ist, daß die appellatinne die Schlüssel zu ihren Coffern erhalten, indem die Absicht dieses gantzen processus dahin gegangen, daß die appellatinne ihre illata in Sicherheit bringen möchte, welches auch der unter beyden Eheleuthen getroffene Vergleich, so zugleich auf die extradition gegangen, anzeiget, und darleget, daß die appellatinne das Ihrige in Verwahrung zur Sicherheit haben wolle, deswegen ihr auch die Zahnische obligation ausgelieffert ist, woraus aber ad 4) nicht folget, daß ihm das Vermögen seiner Frauen in die Hände wieder gelieffert werden müsse, da sie zu ihrer Sicherheit diese Absonderung verlanget, und auch wol bey dem dote stricte dicta sich zutragen kan, vt dos constante matrimonio vxori tradatur, si eius amittendæ periculum imminet, vel etiam sequestretur, *Ad Lib. XXIII. T. III.*

l. 22. §. 8. l. 24. pr. solut. matrim. 8

jedoch aber aus der Beschaffenheit der unbedungenen Ehen und des acquæstus coniugalis von selbsten fliesset, daß ihm die commoda illatorum deswegen nicht entzogen werden können, so weit solche salua rei substantia ihre Revenüen tragen, angesehen die Ehe unter beyden Eheleuthen dauret, der appellant ad alimenta vxori præstanda verbunden, sie auch beyde ad acquæstum augendum cooperiren müssen, so ohne Abnutzung der Frauen Güther nicht zu concipiren ist, in welchem regard die interpretes dergleichen illata secundum quid ad dotalia referiren; 9
übrigens ad 5) in dem letzten Urthel nicht deutlich bestimmet ist, ob und wie weit die diuisio acquæstus coniugalis geschehen könne, welches auch in der gesuchten declaration nicht klar enthalten, also nöthig gewesen, diesen articul voritzo dergestalt zu decidiren, daß durante adhuc matrimonio an keine Theilung zu gedencken, als welche erst finito matrimonio erfolgen kan, und da die causa der Errungenschafft noch in saluo ist, auch solche in commun inzwischen verbleiben muß, da ihm sogar die alimentation seiner Frauen aus dem acquæstu auferleget ist, endlich ad 6) schon vorhin dargethan, daß die Abnutzung derer illatorum dem appellanten nicht entzogen werden könne.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVLIO MDCCXXXVIII.

DECISIO CCCCXLIII.

THEMA.

Maritus ob dotem promissam contra socerum recte agit.

SVMMARIA.

Dotis dominium vxori tribuitur n. 1.
Filia, quæ bona propria habet, non dotanda a patre n. 2.
Filia patri iuramentum deferre potest, licet iuratam specificationem ab eo non exigat n. 3. 8.

Ad Lib. XXIII. T. III. *Cessat cautio pro expensis, vbi iuramentum delatum* n. 4.

Nemo temere cautione onerandus n. 5.

Auf erhobene Klage ꝛc. erkennen wir vor Recht:

Daß Beklagter Einwendens ungehindert auf die Klage sich einzulassen schuldig, und weil er solches euentualiter gethan, und derselben nicht geständig, auf solchem Fall aber dieselbe in sein Gewissen, Wissenschafft und Wohlbewust geschoben, so ist Beklagter den ihm deferirten Eyd nach Klägers vorgehenden Eyd vor Gefehrde zu acceptiren oder zu referiren, oder auch sein Gewissen mit Beweiß zu vertreten schuldig, worauf alsdann ferner ergehet was recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagter 1) Klägern exceptionem nondum præstitæ guarandæ opponiret, anbey 2) da er mit immobilibus nicht angesessen, cautionem pro reconuentione et expensis auf 50 Fl. hoch gefordert, darneben 3) opponiret, daß der libellus obscur und darin 600 Fl. die er ihm dotis nomine versprochen haben soll, erwehnet, aber dabey nicht ausgedrücket, ob es Meißnische oder Käyserliche Gülden seyn sollen. Besonders
1 aber Beklagter 4) die exceptionem non competentis actionis opponiret, weil er proprio nomine dotem promissam fordere, welcher aber der Tochter und nicht dem Schwieger-Sohn gehörete, und das dominium dotis der Tochter gebührete,

l. 75. de iur. dot.

ausserdem aber 5) die Tochter selber nicht klagen könne, weil sie gute bona materna habe,
2 und er sie also zu dotiren nicht schuldig, und ob gleich 6) der Eyd super dote promissa deferiret werden wollen, dennoch bekant sey, daß
3 keine Tochter ihrem Vater den Eyd deferiren könne, wie sie denn deswegen keine eydliche specificationem maternorum von ihm zu fordern berechtiget sey, dahero er vermeynen wollen, daß er auf die Klage sich einzulassen nicht schuldig gewesen, ob er gleich solches euentualiter gethan.

Rationes decidendi.

Dieweil aber denno ad 1) der ersten exceptioni fol. 15. b laut registraturæ marginalis abgeholffen, und ad 2) die exceptio cautionis um desto ungegründeter ist, als bey der delatione iuramenti über der Hauptsache an 4
keine refusionem expensarum zu gedencken, darneben kein caput reconuentionis, weswegen die cautio nöthig sey, angegeben, Kläger aber in öffentlicher Bedienung und guten Verdienst stehet, daß keine suspicio vorhanden, ohne welche keine cautio, diese aber sine causa nicht statt findet, cum nemo cautione 5
superflua onerandus sit.

MEV. *P. II. decis. 26.*

So dann ad 3) die obscuritas libelli unerfindlich, nachdem ex loco leicht zu begreiffen, daß Kläger nicht Käyserliche, sondern Meißnische in loco gewöhnliche Gülden verstanden, ferner ad 4) die exceptio non competentis actionis widerrechtlich ist, nachdem der dos vornemlich dem Manne ad onera matrimonii versprochen wird, und derselbe constante 6
matrimonio das dominium desselben hat,

l. 75. de iure dot.

adeoque etiam constante matrimonio maritus dotem vindicat,

l. 9. C. de R. V.

wie denn auch bekanter massen alle Ehe-pacta mit dem Manne getroffen werden, und da es ad 5) hier auf promissam dotem, den der Beklagte ex propriis bonis versprochen haben soll, ankommt, hier nicht darauf zu sehen ist, ob die Tochter gute materna habe, oder nicht, wiewol auch sonsten in thesi ein Vater seine Tochter zu dotiren schuldig, 7
wenn sie gleich eigene Güther hat, welches doch hier zum fundamento decisionis zu setzen unnöthig, da der Beklagte ex suo promisso belanget wird, worüber ihm der Eyd nicht von seiner Tochter, sondern von dem Schwiegersohne deferiret, und dabey ad 6) ohnstreitig ist, daß dieser jenem den Eyd wohl deferiren könne, ob wol auch einer Tochter den Haupt-Eyd ihrem Vater zu deferiren nicht verbothen ist, und von der iurata specificatione, davon ein Vater pro re nata be- 8
freyet ist, kein argumentum ad delationem iuramenti zu machen ist, dahero billig auf die Eydes-delation erkant werden müssen.

So sind wir geschehener massen allenthalben zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE DECEMBR. MDCCXLVI.

DECI-

DECISIO CCCCXLIV.

Ad Lib. XXIII. T. III.

THEMATA.

I. Constitutio dotis per pactum negotium irreuocabile est.

II. Ea ne quidem ex capite ingratitudinis reuocari potest.

SVMMARIA.

Donatio ob superuenientiam liberorum reuocari potest n. 1.

Donatarius ad æs alienum soluendum non tenetur n. 2.

Cessante litis temeritate expensæ compensantur n. 3.

Pacta dotalia censentur irreuocabilia, si pater vsumfructum rerum donatarum sibi reservauit n. 4.

Dotis datio cum donatione m. c. non conferenda n. 5.

Dotis datio ob superuenientiam liberorum reuocari nequit n. 6.

Dos non nisi deducto ære alieno ex bonis debetur n. 7.

Sequestratio est odiosa n. 8.

Dotis datio titulum oneroſum infert n. 9.

Et speciem donationis sub modo constituit n. 10.

Als die Herren uns eingewandte Leuterung und erfolgte Gesetze in Sachen S. E. K. weyland F. G. nachgelassener Witwen, Beklagtin an einem, und I. H. S. und dessen Ehefrau A. C. G. Klägeren am andern Theil, beyderseits Leuteranten und Leuteraten, zugeschicket ꝛc.

Daß, soviel der Witwen H. Leuterung betrifft, es derselben ohngehindert, bey dem n. act. 14. befindlichen und den 14. April 1736. eröffneten Urtheil billig verbleibet, iedoch mit der Erklärung, daß, wenn dieselbe die læsionem in legitima ihres Kindes zuforderst gebührend beybringen wird, alsdann solche billig von Klägern zu ergäntzen sey. So viel aber I. F. S. und dessen Ehefrau Leuterung und deren erstes und drittes grauamen betrifft, ist nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß der in dem letzten Urtheil der Beklagtinne reservirte Beweiß nicht statt finde, vielmehr dieselbe eine specification aller zum dote gehörigen und in Ehe-pacten mit verschriebenen meublen und pertinentien, wie sie solche eydlich zu bestärcken gedencket, Klägern zu ediren schuldig, ratione der übrigen grauaminum aber bleibet es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem vorgedachten Urtheil nicht unbillig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol die Witwe G. ihr Haupt-grauamen darin gesetzet, daß 1) die denen Ehepacten einverleibte väterliche donation unwiederruflich geachtet worden, da doch die denen Ehe-pacten angehengte clausula irrevocabilitatis bloß die succession angienge, wie die particula relativa: welches, mit deutlichen Worten anzuzeigen scheinet; im Gegentheil, wo von der donatione paterna disponiret worden, solches in vim mortis geschehen, bevorab der Vater, so lange er noch gelebet, sich das dominium noch reserviret, dabey auch verordnet worden, daß nach dessen Todt ihn die Jungfer Braut begraben lassen solle, also ihr Vater wohl befugt gewesen, dagegen ein Testament aufzurichten, und solche disposition zu revociren, welches 2) um destomehr geschehen können, als der seelige testator nachgehends sich wieder verheyrathet, ein Kind gezeuget, und auch dieserwegen die reuocatio wohl erlaubet gewesen,

l. 8. C. de reuoc. donat.

da sonsten 3) das Kind an seiner legitima geschmählert seyn würde, als welches nur 105 Thlr. bekommen solle, und so viel 4) der Kläger I. H. S. und seiner Ehefrauen Leuterung betrifft, dieselbe sich dadurch grauiret befunden, daß ihnen in sententia primæ instantiæ angemuthet werden wollen, die väterliche passiua und angebliche illata der Stiefmutter und Beklagtinnen zu zahlen, da sie doch nur als successores singulares und nicht als Erben anzusehen, und keinem donatario, des defuncti Schulden zu bezahlen, auferleget werden möchte; übrigens 5) lite pendente das seque-

Ad Lib. XXIII. T. III.

sequestrum billig zu erkennen gewesen, nachdem die Witwe im Hause übel haushielte, wie auch 6) die condemnatio in expensas nicht übergangen werden mögen, da die Beklagte ihre temeritatem litigandi genugsam
3 an dem Tag geleget; so viel aber 7) deren erstes grauamen betrifft, solches dahero ohne Grund zu seyn scheinen will, weil, wenn gleich die Ehe-pacten in vim contractus oder inter viuos gemachet, dennoch solche, wie eine donatio, ex capite ingratitudinis wol reuociret werden möchten, man auch nicht sagen kan, daß dieser punct, als worüber vormahls noch nicht principaliter verfahren, rechtskräfftig aberkant, sondern genug sey, daß der Vater die causas ingratitudinis selbsten in seinem Testament angeführet, nicht aber eben nöthig gehabt, solches in seinem Leben zu ressentiren. Endlich 8) das dritte grauamen, die edition der geforderten specification betreffend, in dem letztern Urthel sich nicht finden will, als worin solche edition nicht expresse aberkant, und zuvor die quæstio præiudicialis: ob es beym testamento oder Ehepacto bleiben solle, auszumachen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) aus denen
4 Ehe-pacten klar zu ersehen, daß F. G. seiner Tochter in dotem sein Haus mit allen meublen gegeben, und ob er sich wol daran das dominium bey seinem Lebzeiten reseruiret, dennoch eben daraus, daß er inter viuos habe pacisciren und sich verbinden wollen, zu schliessen, weil sonsten diese præcaution und reseruation unnöthig und überflüßig gewesen, ausserdem der gantze context darleget, daß solches alles unwiederruflich geschehen, als welche clausul denen Ehe-pacten angehenget, und solche nicht allein von dem daselbsten befindlichen pacto successorio zu verstehen ist, zumahl überhaupt der contrahentium Meldung daselbsten geschehen, unter welchen der Vater die Hauptperson gewesen, nicht weniger in solchen Ehe-pacten der Bräutigam eine donationem propter nuptias constituiret, und wie diese als irreuocabel zu achten, auch die dotis constitutio von gleicher qualität seyn muß, als welche ohnedem iederzeit ein negotium inter viuos ist, und mit der
5 donatione m. c. nicht wohl en parallel gesetzet werden kan,

l. 6. C. de dot. promiss.

6 dahero auch 2) was in casu donationis, si liberi post eam nascuntur, disponiret ist, ad casum dotis, quæ magis in patre necessitatis est, nicht wohl zu ziehen, zumahl hier keine donatio in extraneum geschehen, sondern der Vater vielmehr hierin seine Obliegenheit beobachtet,

l. vlt. C. de dote prom.

CARPZ. *P. II. c. 12. def. 33.*

und nur ad 3) es darauf ankommt, ob das nachhero gebohrne Kind in legitima lædiret sey, als welches erst auszumachen, und aus dem Anschlag der gantzen Verlassenschafft, computata dote, cuius dominium defunctus vsque ad mortem sibi reseruauit, leicht herauszubringen seyn wird, und so viel der Klägere Leuterung betrifft, der titulus dotis zwar ad 4) singularis, iedoch auch dabey bekant ist, quod bona non intelligantur, nisi deducto ære alieno, dieserwegen dann nothwendig, was ad passiua und zu der Beklagtin Eingebrachtem gehöret, vorhero abgezogen werden muß, da sich dann finden wird, 7
ob und wie weit integra dos noch præstiret werden könne, bevorab da der defunctus doch noch das dominium am Hause und meublen bis an sein Ende behalten, und sich inzwischen die diminutio patrimonii zugetragen haben kan, welches zum præiuditz der creditorum nicht gereichen kan, wenn auch die Klägere gleich dem defuncto nicht erben wollen, das sequestrum aber ad 5) alhier nicht nöthig gewesen, sondern der Sicherheit der Klägere auf andere Weise per sententiam vorgebauet worden, dergestalt, daß von 8
diesem remedio admodum odioso billig abstrahiret, und ad 6) die Unkosten übergangen werden müssen, da gleichwol Klägere nicht in allen puncten victricem sententiam erhalten, vielmehr in puncto æris alieni soluendi pro rata succumbiret, ja so gar im letzten Urtheil der Beklagtin noch zugelassen worden, causas ingratitudinis zu erweisen, welches abermahl secundum quid wider die Klägere ist, übrigens ad 7) hierin das vorige Urthel billig geändert werden müssen, weil in denen quæstionirten Ehe-pacten keine donatio, sondern vielmehr ein pactum dotis et donationis propter nuptias ist, welches eines Theils correspectiuum und mutuum ist, auf dergleichen promissa aber die reuocatio ex capite ingra- 9
titudinis nicht extendiret werden mag, andern Theils aber dotis datio mehr ad titulum one- 10
rosum gehöret, quod ob onera matrimonii serenda constituatur,

l. 76. in f. de iur. dot.

und also mit einer donation sub modo in Vergleichung zu setzen, welche dergleichen reuocation nicht unterworffen,

STRVV. *ex. 40. th. 17.*

FABER *in C. lib. 9. tit. 36. def. 3.*

mithin die übergebene articul gar nicht relevant zu achten, dem zufolge dann ad 8) vor allen Dingen nöthig, daß die Beklagte eine specification von allen zum dote gehörigen meublen ad acta gebe, und solche, wenn Klägere zuforderst darüber gehöret, endlich bestärcke, wie bey allen dergleichen vniuersitatibus gebräuchlich ist, quæ ex variis rebus et corporibus constant; tenentur enim ad specifica-

cificationis iuratæ editionem omnes, qui se immiscent hereditati, vel bonis alienis incumbunt.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

CARPZ. *P. 3. c. 33. def. 6. sq.*
MEVIVS *de specif. iur. c. 1. §. 4.*

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVL. MDCCXXXVII.

DECISIO CCCCXLV.

THEMA.

Illatio dotis an ex confessione mariti contra creditores vel agnatos feudales probari possit?

SVMMARIA.

Confessio mariti dotis illatæ contra agnatos feudales non probat n. 1.
Dotis in feudum versio iustis concurrentibus circumstantiis non præsumitur n. 2.
Confessio mariti illatæ dotis aliquid probat n. 3.
Imprimis si non mulieri, sed tertio facta n. 4.
Nonnulli eidem plenam probationem tribuunt n. 5.
Summaria testium depositio in processu ordinario locum non habet n. 6.
Concurrentibus adminiculis ob confessionem mariti illatæ dotis iuramentum suppletorium locum habet n. 7.
Quoties vnus litigantium de veritate, alter de credulitate iurare potest, posterior præfertur n. 8.
Testis de ignorantia facti deponens non nocet n. 9.
Versio dotis illatæ in feudum præsumitur n. 10.

Als Ew. Hochfürstliche Durchlaucht uns interponirte Leuterung, deren prosecution und erfolgte Sätze in Sachen des Lieutenants L. E. von W. und cons. Leuteranten und Beklagten an einem, M. C. M. verwittibter Hauptmannin von W. Leuteratinnen und Klägerin am andern Theil, nebst denen übrigen in VIII. volum. bestehenden und zurück kommenden acten ꝛc.

Daß die von der Leuteratinne opponirte exceptio illegitimationis als unerheblich zu verwerffen, hiernechst die von Beklagten interponirte Leuterung betreffend, es derselben ohngeachtet, bey dem vol. II. fol. 156. sqq. befindlichen und den 10. April. 1749. eröffneten Urthel lediglich zu lassen sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Weil bereits in vol. II. der punctus legitimationis berichtiget, so wol die Vollmacht von Seiten des Beklagten nebst dem curatorio ad acta gebracht, so ist unnöthiger Weise abermahls die exceptio illegitimationis vorgebracht und in disput gezogen worden. So viel aber die interponirte Leuterung betrifft, ob wol dessen Haupt-grauamen darin gesetzet ist, daß auf das suppletorium in Ansehen dotis illatæ erkant, und, hoc præstito, das gesuchte dotalitium der Frau Klägerin adiudiciret worden, da doch dieser Eyd einen halben Beweiß bekanter massen voraussetze, woran es hier ermangele, vielmehr die illatio dotis mit nichts erwiesen sey, nachdem die confessio mariti sola respectu der Lehns-Vettern, die in die Ehe-pacten nicht consentiret, keine vim probandi habe, 1

CARPZOV. *P. II. c. 44. def. 10.*
LVDOVICI *de probat. illat. dotis §. 30.*

und also das documentum sub Aa vol. II. fol. 14. keine Achtung verdiene, worauf es doch allein hier ankomme, nachdem die recognitio des documenti sub B aberkant, ja der Zeugen rotulus vol. II. f. III. sq. der producentinne intention selbsten widerspräche. Uebrigens ob wol versio in vtilitatem feudi præsumiret werde, dennoch auch solche præsumtion hier wegfalle, da das feudum in wenig Lehns-pertinentien bestehe, die noch gemein sind, und Zeuge bekennet, daß man von denen Ehe-pacten nichts gewust, und nicht zu begreiffen sey, auf was Weise solche dotis constitutio denen Lehns-pertinentien zu gute kommen sey und einige versio in feudum daraus erfolgen könne, so, daß es das Ansehen gewinnen will, als ob eine reformatio 2

Ad Lib. XXIII. T. III.

sententiæ erfolgen, und die Klägerinne mit ihrem Suchen abgewiesen werden müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Beklagte die documenta sub A und A a recognoscíret, und dadurch vim probandi suo modo conseruiret, nechstdem zwar bekant ist, quod sola
3 confessione mariti illatio dotis respectu creditorum et agnatorum feudalium nicht völlig erwiesen werde, dennoch daraus nicht folgen will, daß dergleichen Quittungen gar nichts erweisen solten, welchen Schluß beständig Leuterant aus denen bekanten Rechts-Sätzen irrig behauptet, und alle vim probandi denen documentis sub A et A a denegiren wollen, da doch vol. II. f. 14. auf deren recognition sub pœna recogniti erkant, und solche auch geschehen, also von einigen Kräfften gewesen seyn müssen. Darneben auch besonders zu erwegen, daß die Quittung sub A a nicht an die Frau Klägerin, sondern von ihrem Ehemann an dessen Schwieger-Mama, welche den dotem der versprochenen 500. Thlr. den 8. Dec. 1739. ausgezahlet, ausgestellet, in welchem Fall, quia non vxori, sed
4 tertio facta confessio, weniger Verdacht bey dergleichen Quittung vorkommet, daß solche wenigstens semiplene erweisen muß, da so gar nicht wenige interpretes vim plenæ probationis derselben, auch contra creditores et agnatos feudales zuschreiben, vt ne quidem distinguendum sit, an quis dotem se
5 recepisse fateatur a socero vel ab extraneo,

BRVNNEM. *ad l. 2. C. de dot. caut. non mumer. in f.*

LVDOVICI *cit. l. §. 19 sqq. vbi præiudicia adducta.*

welchem noch das documentum sub B fol. 17. vol. II. als ein adminiculans beytritt, mit dessen recognition zwar Beklagte und Leuteranten fol. 80. sqq. verschonet worden, iedoch bloß
6 aus der Ursache, weil in demselben eine summarische depositio des Zeugens Zahn, in dessen Gegenwart diese 500 Thlr. dotal-Gelder ausgezahlet, enthalten, welche aber in processu ordinario keinen Beweiß gebe, noch durch die recognition eine mehrere Gültigkeit solchen beygeleget werde, dahero diese nicht vonnöthen zu achten, wie die ratio decidendi fol. 83. mit klaren Worten anzeiget, daß solcher summarischer und eydlich bestärckter rotulus als ein momentum adminiculans denen übrigen argumentis probandi wohl beytreten können, so daß, wenn man alles zusammen nimmt, es an einem halben Beweiß nicht ermangelt, quæ ad decernendum suppletorium iuramentum proficit. Nicht zu gedencken, daß ohne Eyd diese Sache nicht zu heben ist, mithin Leuterant entweder das purgatorium de credulitate ablegen müste, wenn so wenig, als von Leuteranten angegeben worden, erwiesen seyn solte, oder die Leuteratin ad suppletorium zu zulassen ist, worin sie zugleich de ipsa veritate schweren muß, die Rechts-Lehrer aber dabey wohl erinnern, daß, wenn einer von denen litigantibus nur de credulitate, der andere de veritate schweren kan, dieses letztern Eyd iedesmahl vorgezogen werden müsse, welches nur zum Ueberfluß angeführet ist, nachdem wenigstens halb, wo nicht mehr als halb erwiesen. Welchem dann der rotulus vol. II. fol. III. nicht zuwider ist, zumahl Zeuge nur von seiner Unwissenheit deponiret, deren ohngeachtet die würckliche illatio dotis wohl geschehen seyn kan, dem zu folge dann die probatio verfionis nicht zu begehren, als solche præsumiret wird, welche præsumtio auch nicht aus dem Wege geräumet worden, da sowol in denen Ehe-pacten, als in der Quittung sub A a enthalten, daß solche 500 Thlr. zu des seel. Hauptmanns von W. fernern avancement und fortun ausgezahlet worden, solches auch wohl zu glauben, da er Hauptmann gewesen, ohne guten Aufwand aber sein fortun nicht wohl machen mögen, sonsten aber, wenn dieser Brautschatz ihm nicht geliefert worden, er seinen Antheil des Lehns nothwendig mit Schulden beschweren müssen, wozu die agnati feudales ihren consens ihm nicht denegiren können.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVL. MDCCXLIX.

DECISIO CCCCXLVI.

THEMATA.

I. Renunciatio prioritatis a muliere magna cum circumspectione exigenda.

II. *Sum-*

II. *Sumtus concursus singulis creditoribus pro rata deducuntur.*

Ad Lib. XXIII. T. III.

SVMMARIA.

Renunciatio mulieris iudicialiter facta præsumitur valida n. 1.
Per pactum tertio hodie acquiritur n. 2.
Correus testis inhabilis n. 3.
In causis magni præiudicii lente et circumspecte procedendum n. 4.
Inductio mulieris stupidæ ad intercessionem pro marito n. 5.
Si statutum iuratam renunciationem desiderat, corporale iuramentum necessarium est n. 6.
Certioratio sine spatio deliberandi suspecta est n. 7.
Qualitate dotis probata, æstimatio iuramento erui potest n. 8.
Constitutum est, quoties animus nouandi non expressus n. 9.
Variæ rationes facto propriæ n. 10.
Sumtus in concursum factos creditores pro rata soluunt n. 11.
Exemplo iactus, laborante naui, facti n. 12.
Creditu in concursu specifice liquidanda n. 13.
Annotatio priuata non probat n. 14.
Solutio vsurarum a debitore probanda n. 15.

Als uns derselbe eingewandte Leuterung, deren prosecutiones und erfolgte Gesetze nebst geführten Beweiß und geschehener recognition in H. N. K. zu S. Schuld- und prioritäts-Sachen, Herr I. S. G. D. medicinæ doctoris, an einem, A. M. K. am andern, der Kirchen zu S. procuratoris und Regierungs-aduocati I. G. M. am dritten, M. B. aus S. am vierten, I. G. G. im Vormundschafft E. S. G. Kinder am fünften, und des Hof-Secretarii I. W. T. als curatoris litis am sechsten Theil, in vier zurückkommenden vol. zugeschicket ꝛc.

Nunmehro, was die D. Leuterung in Ansehen der 85. Fl. betrifft, aus denen acten so viel zu befinden, daß Leuterant ein besser Recht ausgeführet, diesemnach mit den ihtgemeldten 85. Fl. noch vor n. II. iedoch nur aus der Wiese am Bache in dem Singer-Fluhr, so ferne selbige noch in der massa concursus zu befinden, welches zuforderst Leuterant rechtlich zu bescheinigen schuldig, zu befriedigen, da hergegen, der übrigen grauaminum und anderer Leuterungen ohngehindert, es bey dem vol. II. fol. 89. sqq. befindlichen Urtheil billig verbleibet, und weil übrigens das K. Eheweib dargethan, daß sie die 177. Fl. Großmütterliches um Johannis 1727. ihrem verstorbenen Manne inferiret, der procurator der S. Kirchen auch die erkante separation ziemlich bewerckstelliget, so ist die K. Witwe nunmehr an dem gesetzten Ort, iedoch nach den nunmehr besser locirten D. 85. Fl. zu befriedigen, das Kirchen-ærarium zu S. aber mit dem Erb-Kuh- und Wachß-Zinß gleich nach denen concurs-Kosten, so dann mit 10 Fl. 6 Gr. Capital von 6. Aug. 1729. vor n. IV. oder den R. Post, mit 2 Fl. 6 Gr. 11 Pf. Capital-Zinß von an 1734. vor n. IX. mit 50 Fl. vor Lætare 1735. vor n. X. oder die B. mit 3 Fl. von an. 1736. vor n. XII. ferner mit 25 Fl. 8 Gr. 4 Pf. de anno 1737. mit 30 Fl. laut consensus von 15. Mart. 1738. imgleichen mit 4 Fl. 9 Gr. ½ Pf. und 1 Fl. 5 Gr. 7½ Pf. Capital Zinsen von an. 1738. vor n. XIII. wiederum mit 4 Fl. 9 Gr. 3½ Pf. und 1 Fl. 5 Gr. 7½ Pf. Capital-Zinß von a. 1739. vor n. XIV. und endlich mit 70 Fl. 6 Gr. 10½ Pf. aus der geführten administration de anno 1740. wie auch mit 4 Fl. 9 Gr. 3½ Pf. und 1 Fl. 5 Gr. 7½ Pf. de a. 1740. nicht weniger mit 4 Fl. 9 Gr. 3½ Pf. und 1 Fl. 5 Gr. 7½ Pf. de an. 1741. Capital-Zinsen unmittelbahr nach n. XV. zu lociren, wenn zuforderst der procurator ærarii der gedachten Kirche die angegebenen Capitalien von 10 Fl. 6 Gr. 50 Fl. 3 Fl. 25 Fl. und 8 Gr. 4 Pf. besser, als geschehen, bescheinigen wird. Endlich hat der Vormund Meister I. G. G. von wegen der G. Kinder die originalia von denen vol. I. fol. 196. befindlichen documentis zur Nothdurft recognosciret und sind die vol. IV. f. 233. sqq. liquidirte expensæ iudiciales auf 67 Fl. 18 Gr. zu mäßigen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol bey der W. Leuterung gegen die classification des K. Eheweibes angeführet ist, 1) daß solche vor ihren Mann gebürget, und ihren weiblichen Gerechtigkeiten und der priorität vol. I. fol. 12. eydlich und gerichtlich renunciiret, sie deren nebst ihrem curatore wohl verständiget, auch wohl gewust, daß ihr Mann in vielen Schulden stecke, ob sie gleich das eigentliche quantum nicht gewust haben mag, darneben in der Proceß-Ordnung nichts weiter als eine eydlich Verzicht,

Ad Lib. XXIII. T. III.

nicht aber præcise ein iuramentum corporale erfordert werde, jene auch hier befindlich, und wenn gleich die Leuteratinne ein einfältiges Weib seyn sollte, sie dennoch ihrer weiblichen Gerechtigkeit vorher genugsam verständiget worden, absonderlich da solches gerichtlich geschehen und pro omni iudice die præsumtion militiret, daß er hiebey sein Amt wohl in Acht genommen habe, so dann derselbe wohl befugt gewesen, pro auertendo concursu zum Besten der creditorum die renunciation gerichtlich aufzunehmen, und denselben dadurch ein Recht zu acquiriren,

2 quod hodie facilius ex pacto tertii aliis acquiri potest,

BOEHMER *de iure ex pact. tert. quæst. c. 2.*

wozu 2) noch kommt, daß sie nicht einsten ihren dotem sub n. II. völlig erwiesen, sondern dabey ihr noch das iuramentum in supplementum auferleget ist, welches auch bey n. VII. geschehen, in der Proceß-Ordnung aber P. IV. tit. 3. §. 2. klar befindlich, daß, wenn ein Eheweib nur semiplene ihre illata erweisen würde, sie unter die chirographarios zu rechnen, und dahero mit diesen beyden Posten unmöglich einen Vorzug haben

3 könte. So viel aber 3) die D. Post sub n. XI. betrifft, derselben entgegen gesetzet ist, daß der Herr Doct. D. aus der vol. I. fol. 19. befindlichen obligation kein ius potius sich anmassen könne, immassen nicht erhelle, daß solche mit der obligation vol. I. fol. 17. einerley Schuld betreffe, und ob wol des debitoris Bruder vol. IV. fol. 220. solches eydlich ausgesaget, dennoch solche deposition keinen Glauben meritire, weil er ein correus und bey dem concurs interessiret sey, also ad testimonium inhabilis zu achten, allenfalls aber, wenn derselbe ein potius ius in dieser Post beygebracht haben sollte, es scheinen will, als wenn solches auch bey dem Post sub n. IX. statt finden müsse, weil die obligation vol. I. fol. 21. mit der fol. 23. befindlichen ebenfalls vor eine gehalten werden möchte, welche bereits den 3. Iul. 1726. ausgestellet, mit einer hypothec versehen, und mit derselben auf den debitorem transferiret worden.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) die rationes decidendi des vorigen Urthels in Ansehen der nulliter geschehenen renunciation noch feste stehen und nicht abgelehnet worden, sondern dieses dabey voraus zu setzen, quod renunciatio iurium et beneficiorum sit magni præiudicii, bey welchen niemand übereilet, sondern gehörige Ueberlegung adhibiret werden muß, bevorab da des debitoris Ehe-Weib den Verlust ihres gantzen Vermögens aus dieser renunciation zu befürchten gehabt, wie auch der euentus gewiesen,

SICHARD *ad l. 3. C. de reb. cred. n. 53.*

MENOCH *lib. II. de arbitr. I. qu. cas. 110. n. 5.*

vnde in eiusmodi causis magni præiudicii 4
circumspecte agendum et lente festinandum est,

COTHMAN. *vol. II. resp. 86. n. 16.*

IDEM *vol. III. resp. 15. n. 71.*

absonderlich, da das K. Eheweib nach der Zeugen vol. III. f. 98. befindlichen Aussage sehr einfältig ist, niemand gewesen, der vor sie geforget, und ob man ihr gleich einen curatorem zugeordnet, doch derselbe eben so wenig von dem Verstande gewesen, daß er 5
ihr rathen können, der Mann hergegen ihr immer zugeredet, Ja zu sagen, ja der iudex ex officio die Frau fordern lassen, und sie, wo möglich, zu induciren getrachtet, die intendirte renunciation zu thun, welches gantz unförmlich geschehen und schwerlich zu hoffen gewesen, daß, da die Sache bereits in solcher crisi gestanden, dadurch der concurs euitiret werden können, inzwischen sie nicht einsten förmlich und mit einem cörperlichen Eyde renunciiret, da doch die Proceß-Ordnung eine eydliche Verzicht erfordert, vbi autem iuramentum ad validitatem negotii desideratur, iuramentum corporale necessarium est, aus der Zeugen Aussage aber 6
nichts weiter erhellet, als daß sie zu allem ja gesaget, der Mann auch ihr iederzeit zugeredet, daß sie solches thun solle, welches sie dahero ohne Zweiffel aus Furcht vor dem Mann gethan, dabey auch die certioratio a iudice nicht zureichen wollen, da man ihr keine Zeit zur Ueberlegung gelassen, und ihr allenfalls ein aduocatus zugeordnet werden sollen, mit dem sie ausser Gericht diese præ- 7
iudicirliche Handlung überlegen und nachgehends ihre resolution darüber ertheilen müssen. Hiernechst ad 2) so wol ihr dos als paraphernalia nicht semiplene, sondern plene erwiesen, und nur der Anstoß noch ratione æstimationis übrig gewesen ist, welcher vermittels Eydes ordentlich gehoben werden muß,

c. 32. X. de iureiur.

und auf diesen casum die gedachte proceß-Ordnung, die ohnedem von dem iure communi sehr abgehet, nicht zu ziehen, sondern stricte bey dem casu, wenn die illata selbsten nur semiplene erwiesen worden, zu verbleiben ist, cum in dubio iuri insistendum sit. Und was ad 3) die D. Post der 85. Fl. selbst betrifft, Leuterant nunmehr ein besser Recht dabey ausgeführet, nachdem des debitoris Bruder eydlich bestärcket, daß solche einerley mit der gerichtlichen in anno 1724. verconsentirten Post gewesen, welches auch ohnedem

nedem zu præsumiren, da der creditor beyde obligationes in Händen hat, solche einerley quantum betreffen, und daraus am Tage lieget, daß in der letzten ein wahres constitutum sey, in welcher der animus novandi nicht exprimiret ist, auch nicht hindern will, daß der Bruder correus und bey dem 9 concurs interessiret sey, anerwogen er hiebey nicht frey ausgehen wird, sondern denen creditoribus frey stehet, sich quoad dimidiam iura cessa von dem creditore gegen ihn geben zu lassen, und er also die Helffte ad concursum wird zahlen müssen, also unverdächtig ist; da hergegen bey der andern Post der 50. Fl. die nuda conuentionalis hypotheca diesen effect in concursu creditorum nicht hat, und dem creditori gegen die concreditores nicht zu statten kommen kan. Endlich in beyden Posten zu erwegen, daß die hypothecæ nicht generales, sondern speciales seyn, dieserwegen dem Leuteranten dieses besser beygebrachte Recht nicht anders zu statten kommen kan, als wenn die vorgeschriebene Wiese am Bache noch in bonis debitoris tempore moti concursus gewesen, daß er aus dessen Kauf-Gelde befriediget werden könne, sonsten er sich actione hypothecaria an dessen itzigen Besitzer halten muß.

So ist dieser Leuterung wegen billig geschehener massen zu erkennen gewesen.

So viel hiernechst des Kirchen-ærarii zu S. und M. B. Leuterungen betrifft, die Kirche 10 sich anfänglich 1) dadurch grauiret befunden, daß sie nach n. 1. mit zu denen concurs-Unkosten contribuiren solle, da doch in der proceß-Ordnung *P. IV. tit. 2. §. 5.* versehen, daß dieselbe in classe 1. locirt werden sollen, mithin wie andere Schulden, aus der massa bonorum zu bezahlen wäre, hiernechst 2) dieselbe vermeinen will, daß die erkante separation unnöthig und ohne effect sey, nachdem in der proceß-Ordnung *cit. l. §. 4.* Kirchen und andere milde Sachen ihrer Forderung wegen in die erste classe mit zu lociren, und kein Unterschied unter denselben zu machen sey; allenfalls aber 3) wenn eine separation zu machen, solche zwar taliter qualiter in der prosecutione leuterationis bewerckstelliget, aber dadurch dem classifications-Urtheil kein Gnüge geschehen, als welche billig ordinate und legaliter vorgenommen und die capital Zinsen von den andern Zinsen separiret, nicht weniger die übrige Forderung wieder a part gesetzet und die Zeit der geführten administration bestimmet werden sollen, so aber nicht geschehen; sonsten aber 4) keine Bescheinigung mehr nöthig seyn möchte, nachdem solche aus denen ad acta gebrachten Rechnungen erhellet, so, daß es das Ansehen gewinnen will, als wenn nur deren recognition dem curatori litis auferleget werden müssen. So dann 5) auch dieselbe eben hiebey dasjenige anführet, was wegen der renunciation und unbescheinigten illatorum des K. Eheweibs bey der Leuterung, nicht weniger was daselbst gegen die D. Forderung selbst angebracht ist, welches auch 6) in der Bachsteinischen Leuterung abermal wiederholet, und geglaubet werden wollen, als wenn dem Herrn Doct. D. ein besser Recht auszuführen nicht zu verstatten gewesen. *AA. Lib. XXIII. T. III.*

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil ad 1) es zwar seine Richtigkeit hat, daß, wenn wider Vermuthen die massa bonorum zu aller und jeder Befriedigung hinreichet, alsdann die capitalia gantz bezahlet und die concurs-Unkosten der debitor aus seinen Güthern 11 tragen muß, da hergegen es eine gantz andere Bewandniß hat, wenn, wie hier, der debitor nicht soluendo ist und ohne Zweifel viele ausfallen werden, in welchem Fall ein concurs dem naufragio zu vergleichen, in quo si pro conseruandis rebus iactus factus est, omnium contributione sarciendum, quod pro conseruandis rebus datum est, 12 welche ratio naturalis so general ist, daß sie auf viele andere ähnliche Fälle billig appliciret und darnach nothwendig die proceß-Ordnung erkläret werden muß, nachdem die interpretatio per æquitatem alle iura scripta billig limitiret, und die Kirche hiebey keine Ausnahme machen kan. So dann ad 2) bey denen Kirchen-Forderungen auf die separation billig erkant werden müssen, nachdem nur in classem 1. die iura realia und besondere Gefälle der Kirchen gehören, hergegen die ex administratione herrührende Schulden und capitalia nur hypothecam tacitam haben, und nach der eigentlichen Zeit zu lociren sind,

Proceß-Ordn. P. IV. tit. 5. §. 2.

dieserwegen nicht untereinander gemenget werden können, so auch von den Capital-Zinsen, welche bey Kirchen nach der proceß-Ordnung P. IV. tit. 10. §. 3. mit dem capital zugleich zu befriedigen, zu statuiren. Und ob zwar ad 3) eine förmlichere separation billig geschehen sollen, dennoch Leuterant so viel zum wenigsten ad acta angegeben, daß man zur classificirung wohl kommen mögen, und da sie den administrations-Rest von anno 1740. angegeben und keine genauere Zeit bestimmet, sie auch zufrieden seyn muß, daß solche nach dieser Zeit lociret worden, welches auch bey den Capital-Zinsen erfolget, nachdem man nur das Jahr in solle angegeben und den eigentlichen Verfall-Tag derselben nicht gemeldet. Uebrigens ad 4) bey den meisten die nöthige Bescheinigung fehlet, da capitalia aus Rechnungen nicht bescheiniget werden können, als welche nur annotationes privatæ der Kir- 15

Ad Lib. XXIII. T. III.

chen-Vorsteher sind, welche keine vim probandi haben,

14 *l. 7. C. de probat.*

darneben man aus denen Rechnungen nicht einsten die causam debendi bey allen Posten finden kan, da hergegen bey denen Capital-Zinsen und administrations-Resten die Rechnungen noch leichter beweisen, weil es da

15 auf die exceptionem solutionis ankommt, so der debitor oder curator litis erweisen muß, wenn deren capitalia zuvor bescheiniget sind, vnde tales vsuræ debitæ, so daß es auf die blosse recognition derer Rechnungen nicht ankommen wird, auch wegen der Richtigkeit dieser bemerckten Posten noch nichts erkant worden. Uebrigens ad 5) et 6) man nicht nöthig findet, dasjenige hier wieder zu recoquiren, wie sowol bey der K. als D. Forderung ausgeführet worden, als welches auch sowol der Kirchen als B. Leuterungen entgegen zu setzen ist.

So sind wir dieser beyden Leuterungen wegen, und sonsten, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE IANVAR. MDCCXLVI.

RESPONSVM CCCCXLVII.

THEMA.

Dos filiabus in subsidium ex feudo debetur.

Vid. T. IV. Resp. CCXIV. Th. 4.

RESPONSVM CCCCXLVIII.

THEMATA.

I. Quoties dos ex feudo constituenda, vnice ad quantitatem feudi et pacta familiæ, non dignitatem sponsi respiciendum.

II. Dos per legem domus ex feudo simpliciter soluenda, non ex allodio petenda.

SVMMARIA.

Dos secundum dignitatem mariti constituenda n. 1.

Debita intuitu dignitatis contracta in successores feudales transeunt n. 2.

Dos, a patre soluenda, æstimanda ex dignitate mariti n. 3.

Non, quæ ex feudo a successoribus singularibus debetur n. 4. 12.

Quia hæc iure prorsus singulari obtinet n. 5.

Maxime si per legem domus definita n. 6.

Tertio nemo suo facto præiudicare potest n. 7.

Dos ex feudo, deficiente allodio, tantum debetur n. 8.

Nisi inter illustres simpliciter ex feudo assignata n. 9.

Pactum inter alios initum aliis non prodest n. 10.

Dos ex feudo debetur filiæ, etsi propria bona habeat n. 11.

Satisfactio, die Abfindung, *filiabus præstanda, est onus feudale* n. 12.

Bis idem peti nequit n. 13.

Quomodo hoc intelligendum sit? n. 14.

Agnatus quatenus in æs alienum pro feudi vilitate contractum consentire debeat? n. 15. —

Duplici præstatione nemo onerandus n. 16.

Mobilia et res ad inuentarium pertinentes non ad feudum, sed allodium pertinent n. 17.

Als

Als derselbe uns eine facti speciem nebst zwey Fragen und einigen Beylagen zugeschicket ꝛc.

Ist Primus, ein regierender Reichs-Graf in anno 1744. verstorben, und demselben in feudo dessen eintziger Bruder Secundus, in allodio aber dessen eintzige an einen Printzen vermählte Tochter Ludouica succediret, und wie nun dieser Vermählung halber von Primo 10285. Fl. 18. Gr. aufgenommen und als eine Schuld hinterlassen worden, hiernechst aber Secundus bey geschehener separation des feudi ab allodio der hochgedachten Printzeßin zu ihrer Abfindung 22734. Fl. 1. Gr. zugestanden, also hat nunmehr Secundus, der noch zur Zeit mit männlicher posteritat nicht gesegnet, begehret, daß der nächste Lehns-agnat Tertius die vorerwehnte beyde Posten Lehn-Schulden erkennen und zu deren Erborgung seinen consens ertheilen sollte, welchen er doch aus unterschiedlichen Gründen theils difficultiret, theils nicht absolute geben will, dahero hiebey uns folgende Fragen vorgeleget sind, und erstlich gefraget worden:

Quæstio I.

Ob Tertius, im Fall die Land-Stände keine Fräulein-Steuer bewilliget hätten, zu Ausstattung der Printzeßinn Ludouica höher, als auf 5000. Fl. zu consentiren schuldig gewesen wäre?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol in den Geschlechts-Verein de anno 1668. sub lit. A und B versehen, daß einer jeden Tochter nicht mehr und höher, als 5000. Fl. Meißn. Wehrung aus dem Lehn gezahlet werden sollen, dennoch dieses nur pro regula, und nach Beschaffenheit der damahligen Zeiten, die sich doch nach der Zeit sehr geändert, versehen worden, gleichwol dabey in dotis constitutione mit auf andere Umstände mehr zu sehen, wohin vornemlich dignitas singularis et illustris mariti gehöret, quæ suadet, vt maior dos, quam quæ alias solui solet, filiæ debeatur,

1 *arg. l. 60. de iur. dot.* ibi: *ex qualitate mulieris maritique*

l. 69. §. 4. eod. ibi: *pro dignitate mariti.*

dahero obgleich allhier keine obligatio ex pacto vorhanden, jedoch ein debitum dignitatis seyn möchte, nach welchem, da die Grässin Ludouica an einen Fürsten verheyrathet worden, kein so geringer dos von 5000. Fl. statt finden können, sondern dos congrua ex feudo billig constituiret werden müssen, anerwogen dergleichen debita intuitu dignitatis contracta ex sententia interpretum die successores in feudis et principatibus Germaniæ verbinden sollen, deren sententias mit mehren anführet 2

Ad Lib. XXIII. t. III.

de LVDEWIG *de oblig. successf. in princip. et clientel. S. R. Imp. ex facto decessor. c. 1. §. 8. lit. qq in not.*

aus welcher consideration es auch ohne Zweiffel geschehen, daß, da Primus den dotem vltra quantitatem ordinariam seiner Frau Tochter, der vermählten Fürstin, constituiret, der Secundus, als itziger successor darin ohne Bedencken consentiret, so, daß eadem æquitatis ratio den Tertium, als künfftigen successorem præsumtiuum, zu Ertheilung des consensus verbinden möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ein grosser Unterschied unter einem Vater in Ansehen seiner allodial-Güther, woraus ein dos congrua constituiret werden soll, und unter einem Lehns-Vetter in Ansehen des feudi regalis, in quo iure proprio succedit, zu machen, 3 dergestalt daß zwar einem Vater die regula vorgeschrieben ist, vt filiæ dotem congruam secundum facultates et dignitatem mariti, cui filia nupsit, constituat, da hergegen bey der obligatione successorum feudalium ad dotem ex feudo soluendam nach dieser Regul nicht verfahren werden kan, sondern lediglich auf die pacta familiæ, die Beschaffenheit, Grösse, Werth und Ertrag der Lehn-Güther nebst der bisherigen observanz gesehen werden muß; neque enim in dote ex 4 feudo soluenda dignitas mariti spectanda, sed tantum feudi quantitas, conditio, pretium, vt dos feudo congrua, non simpliciter pro conditione personarum, debeatur,

MEV. *P. III. decis. 364.*

bevorab da die dotis constitutio ex feudo ein ius prorsus singulare in Ansehen der naturæ ordinariæ feudorum ist, die Lehn-Güther sehr beschweret, die Lehn-Vettern aber, die doch iure proprio succediren, ad hoc 5 onus ferendum verbinden soll, welches ohne zureichenden Grund nicht geschehen kan; dahero

HARPRECHT *vol. nou. consil. 62. n. 12.*

gar bedencklich und gründlich schreibet:

Daß, ob auch gleich die conditio mariti, und was sonsten in congruæ dotis affignatione angesehen werden solle, wohl ein stärcker und reicheres Heyrath-Guth erforderten, jedennoch aus Lehn-Güthern regulariter mehr nicht, als derselben

Ad Lib. XXIII. T. III.

selben Kräffte zureichen und zulassen, prætendiret werden könne,

worauf auch selbsten in der Geschlechts-Verein de an. 1668. §. 53. in f. sub lit. B reflectiret worden, vornemlich aber solches alsdenn zu statuiren, wenn einmahl nach denen pactis familiæ, quæ legem domus illustris constituunt, die dotis constitutio ex feudo bestimmet ist, und die successores feudales ad dandum consensum dazu verbunden sind, in welchem Fall ein successor feudalis etiam in feudis illustribus zu nichts weiter, als die leges domus bestimmen, verbunden werden kan, welches hier sowol in dem gedachten Verein, als auch in dem Geschlechts-recels de an. 1681. §. 16. geschehen, und darin die 6 Lehns-Vettern zwar ad consentiendum, jedoch höher nicht, als in denen pactis bestimmet ist, verbunden worden, wie aus dem Verein de anno 1668. §. 37. zu ersehen, expeditum autem est, quod, vbi in aliqua illustri familia quantitas dotis consuetudine, vel peculiari illius statuto siue pacto definita, tunc illa pro sufficiente habeatur, 7 et quamlibet filiam, ea sibi soluta, acquiescere eademque contentam esse oporteat,

HARPRECHT *vol. nou. conf. 16. n. 376.*

VULTEIVS *vol. II. conf. Marpurg. 29. n. 40.*

dahero, wenn auch gleich die Zeiten sich verändert haben sollten, doch in feudis illustribus ohne ein neues pactum man von den alten pactis nicht abgehen und die Lehns-Vettern zu etwas mehres verbinden kan. Uebrigens obgleich der itzige successor Secundus in die vormahls solcher Vermählung halber aufgenommene 10285. Fl. 18. Gr. consentiret und also vor sich dadurch verbunden worden, dennoch solches den Tertium ad consentiendum nicht obstringiren kan, cum nemo facto suo alteri præiudicare queat, adeo vt si pater maiorem ex feudo dotem, quam eius conditio patitur, vel pacta permittunt, vni filiæ dederit, successor in dotanda altera filia eius exemplum sequi haud teneatur,

MEV. *P. III. decis. 366. n. 1.*

dergestalt also in diesem debito feudali, quod reale est, auf kein fundamentum dignitatis reflectiret werden mag, welches einen Vater wohl bewegen kan, einen höhern dotem ex propriis zu constituiren, keinesweges aber befugt ist, ein grösseres onus auf ein Lehn, als die leges domus vergönnen, zu bringen.

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß Tertius zur Ausstattung der Prinzessin Ludouicæ höher, als auf 5000. Fl. zu consentiren, nicht schuldig sey.

So viel die andere Frage betrifft:

Quæstio II.

Ob nach der vom Lande bewilligten und bezahlten Fräulein-Steuer an 6000. Fl. nichts destoweniger die Verconsentirung derer gedachten 5000. Fl. oder wol gar des begehrten weit grössern quanti dem Tertio mit Recht zugemuthet werden könne?

Rationes dubitandi.

Ob es wol das Ansehen gewinnen will, als wenn nunmehr der Tertius auch nicht einsten zu Verconsentirung der 5000. Fl. so sonsten einer Gräflichen Tochter ex feudo gebühren, verbunden sey, nachdem der besondere Umstand bey dieser Vermählung sich befindet, daß die Landes-Stände ihrem ehemaligen Landes-Herrn Primo zu der Prinzessinn Ausstattung 6000. Fl. bewilliget, solche verwilligte Steuer auch von denen Steuerbaren Landes-Einwohnern würcklich eingebracht, mithin von Tertii Unterthanen ebenmassen ihre rata beygetragen worden, allermassen aus den Lehn-Rechten bekant ist, quod debitum dotis feudale mere subsidiarium sit, et si allodium deficit, demum debeatur, adeoque si aliunde dos constituta fuit, ex feudo non sit præstanda, 8

MARTMANN. PISTORIS *lib. II. qu. 33.*

GAIL. *I. obs. 117.*

CARPZ. *P. II. const. 46. def. 16.*

bevorab da die Prinzessinn Ludouica aus dieser Fräulein-Steuer schon 1000. Fl. mehr bekommen, als nach denen Geschlechts-pactis ihr zukommen.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch nicht in vniuersum anzunehmen ist, quod dos ex feudo illustri præstanda sit debitum subsidiarium,

STRYK *de feud. Pomer. §. 17.* 9

absonderlich, wenn per legem domus illustris die constitutio dotis ex feudo, wie allhier, schlechterdings ohne einige restriction bestimmet und auf ein gewisses beständiges quantum gesetzet worden, und wie darin mit keiner Sylbe gedacht ist, daß solche Ausstattung einer Gräflichen Tochter aus dem altväterlichen Stamm-Lehn nur in subsidium die successores feudales verbinden soll, also solches allhier um destoweniger zu behaupten, als

als die ausserordentliche liberalitas der Land-Stände, als tertiorum, durch Bewilligung der gedachten Fräulein-Steuer denen agnatis feudalibus nicht zum Vortheil gereichen und sie von ihrer obligation ad consentiendum per pactum constituta nicht losmachen kan,
10 quod pactum inter alios initum aliis nec prodesse, nec nocere queat,

l. 3. pr. D. l. 1. C. de transact.

tot. tit. C. res inter alios act.

adeoque dos ex feudo etiam debetur filiæ,
11 licet vel maxime bona propria aliunde habeat,

CARPZOV. *decis. 137. n. 12. sqq.*

und ob zwar Carpzovius n. 22. cit. l. bey denen geringen Lehn eine limitation machet, dennoch bey denen feudis illustribus et maioris momenti er billig bey der vorhin angeführten vernünfftigen Meinung verharret, beyorab wenn die liberalitas aliunde profecta in Ansehen einer vermählten Fürstin pro modica zu achten, und sonsten dabey besondere Umstände und æquitatis rationes concurriren,

STRVV. *Synt. iur. feud. c. XIV. aph. 17. n. 2.*

woran es hier gar nicht fehlet, wenn man erweget, daß des Grafen Primi Tochter an einen Fürsten eines alten Herzoglichen Hauses vermählet worden, und aus dieser consideration auch ohne Zweifel damahls die Land-Stände etwas ausserordentliches gethan, und in diese Fräulein-Steuer als ein donum gratuit consentiret, auch solche vitro und aus freyen Willen aufgebracht, damit die Prinzeßinne Ludouica desto besser Standesmäßig ausgestattet werden möchte, da die quantitas dotis pactis familiæ determinata vor eine vermählte Prinzeßinne ziemlich modica zu achten und weil die Lehns-Vettern zu keinem höhern quanto wider Willen nicht verbunden werden mögen, sed filiæ illustres ea quantitate ex feudo præstanda acquiescere debent,

BETSIVS *de pact. famil. illustr. c. 8. p. 360.*

STRVK *de success. ab int. diss. VIII. c. 10. §. 25.*

es damahls nöthig gewesen, aliunde der vermählten Prinzeßinnen einen zureichenden dotem auszuwürcken, so denen Lehns-Vettern nichts angegangen, die aus denen pactis domus vor sich verbunden gewesen, und billig bedencken müssen, daß die Prinzeßin Ludouica die einzige Tochter von dieser branche, auch in anno 1668. und 1681. da diese pacta errichtet, die Umstände der Zeit gantz anders beschaffen gewesen, daß der damahls bestimmte dos heute zu Tage vor *Buhm. Conf. T. III. P. II.* sehr geringe zu achten, und ob diese consideration zwar die Lehns-Vettern zu nichts weiter verbindet, weil es hier auf die Beschwerung des Lehns ankommt, sie auch dagegen einen Vater nicht verdencken und dieses nunmehr zu einem Schutz-Wehr gegen ihre Verbindlichkeit gebrauchen können, wenn er aliunde eine Zulage des dotis, ohne ihr Beschwerde, veranstaltet hat. *Ad Liv. XXIII. T. III.*

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß ohngeachtet solcher von Lande bewilligten und bezahlten Fräulein-Steuer der 6000. Fl. die Verconsentirung der 5000. Fl. dem Tertio wohl zugemuthet werden könne. V. R. W.

INSERAT.

Ist ferner zu Erborgung der in facti specie gemeldten Post an 22737. Fl. 1 Gr. aufs Lehn des Tertii consens ebenermassen erfordert worden, worunter vornemlich dasjenige mit begriffen ist, was der Lehns-Folger Secundus von denen ad allodium gerechneten inuentariis und Vorräthen zu Aufrecht-Erhaltung derer Vorwercks-Wirthschafften und zu seiner Einrichtunge der Prinzeßinnen Ludouica abgekaufft. Und da es nun wider Tertii Hoffen und Wünschen geschehen könte, daß Secundus ohne männliche Erben, auch ohne solche Schuld-Post wieder abgeführet zu haben, mit Tode abgienge, und denn auf solchen Fall dessen etwa hinterbleibende Land-Erben die inuentaria oder deren Wehrt von dem alsdann succedirenden Tertio oder seinen männlichen Erben, ebener massen begehren dürfften, und also nur besagte Lehns-Folger eine Sache zweymal bezahlen müsten, so hat Tertius zu Ertheilung des agnatischen consensus in diese Post zwar willfährig, jedoch unter dieser Bedingung sich erkläret, wenn Secundus eine Versicherung des Inhalts ausstellete:

Daß auf den vorbemeldten sich ereugenden unverhofften Fall denen Lehns-Folgern dasjenige zu gute gehen und hergegen Secundi Land-Erben an ihren Forderungen abgekürtzet werden solle, was anitzo vor die bey der Herrschafft behaltene Inuentarien-Stücke und Vorräthe an die Prinzeßinnen Ludouicam bezahlet und mit agnatischen consens aufgenommen werden muß.

Dannenhero gefraget ist:

Quæstio.

Ob der ratione dieser andern Post bey Secundo gesuchte reuers denen Rechten und der Billigkeit gemäß, mithin auch im Fall

Ad Lib. XXIII. T. III.

er ausgestellet würde, gültig sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol hiebey diese Zweiffels-Gründe angeführet werden möchten, daß die Abfindung der Land-Erben ein ohnstreitiges onus feudale sey, und da durch die geschehene Bezahlung der offt hochgedachten Prinzeßinnen sonst in natura abzufolgen gewesenen Mobilien, Mouentien ꝛc. das Lehn in guten Stande erhalten worden, der Lehns-agnat consens mit dergleichen reuers zu limitiren keinen Grund habe. Hierüber wenn ja der gesetzte Fall sich zutragen und Tertius bey der künfftigen successiõn gemüßiget werden sollte, die Land-Erben des Secundi in Ansehen des allodii abzufinden, und ihnen solches zu bezahlen, solches doch blos ex accidente geschehen, dabey aber gegen die Regul der natürlichen Billigkeit:

12

13 quod bona fides non patiatur, vt bis idem exigatur,

l. 57. D. de R. I.

nicht gehandelt werde, angesehen solche zwar ihre Richtigkeit hat, wenn idem creditor eine Forderung doppelt und zwar ex eadem causa begehret, da hergegen, wenn zwey diversi creditores sind, wohl geschehen kan, vt bis idem ex diuerso fundamento ab vtroque petatur,

14 *l. 3. §. 15. D. de tabul. exhib.*

welches hier seine application finden möchte, nachdem Tertius aus seinem consens zu Bezahlung der Schuld an den creditorem, so die quæstionirten Gelder vorgeschossen, verbunden, zugleich aber auch denen Land-Erben des Secundi, denen das allodium sonsten abgetreten werden müste, zu dessen Bezahlung verpflichtet seyn würde, weil hier diuersa causa debendi bey unterschiedenen creditoribus vorhanden. Uebrigens es auch scheinen will, als wenn der reuers dem Tertio wenig helffen und gegen die Land-Erben des Secundi ihn nicht bedecken möchte, da ihnen die Land-Erbschafft nicht ex beneficio parentum, sondern ex dispositione pactorum familiæ, tanquam ex lege domestica fundamentali gebühre, und sie also ex facto Secundi nicht verbunden werden möchten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch dasjenige, was zuletzt angeführet und behauptet worden, daß ex accidente wol geschehen könne, vt bis idem diuersis creditoribus ex diuersa causa gezahlet würde, alsdann allhier seine application ohnstreitig finden würde, wenn der consens in die quæstionirte Schuld bereits ertheilet worden, und der gesetzte Fall sich zutragen sollte, weil alsdann Tertius von der præstatione duplici unter dem prætext, quod bis idem solui nequeat, nicht loskommen würde; da es hergegen in gegenwärtigem casu eine andere Beschaffenheit hat, nachdem Tertius noch nicht consentiret hat, und nicht pure, sondern conditionate consentiren will, zumal er den gesetzten Fall leicht vorher siehet, daß er auf solche Weise, wenn er pure consentirte, das allodium doppelt bezahlen müste, bey solcher Beschaffenheit aber nunmehro die Frage entspringet, ob er schlechterdings in die Aufnahme des quæstionirten capitals nach denen pactis domus zu consentiren verbunden sey? worzu wir vor uns keinen zureichenden Grund finden, noch behaupten können, daß er dazu 15 so schlechterdings, re adhuc integra, zu consentiren schuldig sey, allermassen obwol ein Lehns-agnat alsdann zu consentiren schuldig ist, wenn nach dem Geschlechts-Verein de anno 1668. §. 53. zu vorträglicher Erkaufung eines ansehnlichen Lehn-Stückes und Schaffung seines mercklichen Nutzens ein Besitzer des Lehns ein wichtiges Anlehn aufzunehmen sich gemüßiget befindet, dennoch solches nicht anders verstanden werden kan, als wenn es ihm auch künfftig, wenn er succediren sollte, mit zu gute kommen, und die Revenüen des feudi dadurch verbessert werden würden, welches aber nicht anders zu concipiren stehet, als wenn die inuentarien-Stücke nebst übrigen allodio auch künfftig hin ohne bezahlt auf ihn fallen, gleichwol die Lehns-Schuld unbezahlt noch stehen solte; zumal dieses der Grund der obligationis ad consentiendum ist, weil Tertius bey künfftigem successions-Fall diese allodial-Stücke bey dem Lehn behalten werde, und dagegen die deswegen contrahirte Schuld bezahlen müsse, als wohin die Absicht der pactorum gentilitiorum gehet. Neque enim est verosimile, paciscentes duplici præstatione semet et posteros suos onerare voluisse, wie der ICtus in einem andern ähnlichen casu vernünfftig raisonniret, 16

in l. 34. §. 5. D. de legat. 2.

cum ab eiusmodi præstationibus duplicibus leges abhorreant,

l. 51. in f. D. de re iudic.

also niemande zu verdencken, wenn er sich davor nach Vermögen in acht nimmt, auch nicht zu vermuthen, daß die agnati sich dazu verbunden, wozu niemand sich zu verbinden schuldig ist. Sodann obwol die Abfindung der Töchter ein unstreitiges onus feudale ist, doch solches blos von denenjenigen præstandis zu verstehen, welche ex feudo, qua tali, vt sunt dotes, herrühren, da hergegen die Bezahlung der allodial-meublen und inuentarien-Stücke kein debitum feudale, qua tale,

le, ist, sondern solches vor der Hand blos zu des Secundi eigenen priuat-Nutzen und commodität aus Freyheit geschehen, davon der künfftige successor agnatus nichts profitiret, als welcher alsdann ebenfalls des Secundi Land-Erben befriedigen und ihnen dieses allodium bezahlen oder zulassen muß, daß sie alle solche inuentarien-Stücke, meublen und andere Vorräthe von denen Vorwergen und
17 Güthern in natura wegnehmen, solcher gestalt also offenbar ist, daß Tertius nicht anders zu Ertheilung seines consensus in das Anlehn, als unter der verlangten und bündig ausgestelleten Versicherung zu geben schuldig sey, und was Secundus gegen die Bündigkeit dieses reuersus angeführet, demselben mehr schädlich als vortheilhafftig seyn möchte, wenn er solches dem Tertio vorlegen sollte, weil solches ihn abschrecken könte, seinen consens auch unter solchem reuers zu ertheilen, da Secundus nicht bündige Sicherheit ihm verschaffen könte, wiewol wir nicht absehen könten, woher die Land-Erben aus solchem reuers nicht sollten verbunden werden können, weil sie doch deswegen Land-Erben sind und heissen, daß sie das allodium erben, und wir nicht anders uns persuadiren können, als daß in denen pactis domus dasjenige, was ohnedem iuris communis ist, nur ausgedrucket sey, welches wir aber voritzo ausgesetzet seyn lassen, und nur so viel anmercken, daß, weil Tertius mit solchem reuers zufrieden zu seyn scheinet, ihm wol darunter gefüget werden könne, welcher aber auch durch Vorstellung dieses Bewegungs-Grundes ad pure consentiendum gebracht werden möchte, wenn er bedencket, daß Secundi seliger Vater, Tertii Bruder, gewisse vor 62304. Fl. 16. Gr. Ritter-Güther gekaufft, der altväterlichen Stamm-Herrschafft incorporiret, mithin Tertius existente casu successionis davon ein grosses commodum zu erwarten habe, wenn er gleich die noch darauf hafftende unbezahlte 25901. Fl. bezahlen müste, in dessen Ansehen er desto leichter es verschmertzen kan, wenn er auch bey ereugetem Fall das allodium doppelt bezahlen müste, tum, quia in hoc debitum consensit, tum, quia heredibus allodialibus allodium simpliciter debetur.

Ad Lib. XXIII. T. III

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß zwar ohne dergleichen bündigen reuers Tertius zu der Ertheilung des verlangten consensus in das quæstionirte Anlehn nicht verbunden, doch zu hoffen sey, daß, wenn die künfftige auantage aus denen incorporirten Ritter-Güthern ihm dabey zu Gemüthe geführet werde, er vielleicht zu Ertheilung eines puri consensus zu bewegen sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE IANVAR. MDCCXLVII.

DECISIO CCCCXLIX.

THEMA.

I. De fide testium domesticorum in caussa dotis.

II. Dotalitium pactis dotalibus promissum, an ex feudo debeatur, si dote illata maritus ante impetratum consensum moritur.

SVMMARIA.

Defectus formalium in examine testium fidem minuit n. 1. 4.

Donatio propter nuptias iure Magdeburgico consensum domini feudi requirit n. 2.

In dubio quis vt testis subscripsisse censetur n. 3.

Propinquitas testium fidem non tollit, sed minuit n. 5.

Consanguinei in caussa dotis sunt habiles testes n. 6.

Probatio a demonstratione non in substantialibus, sed formalibus differt n. 7.

Ob semiplenam probationem iuramentum suppletorium locum habet n. 8.

Dotalitium in pactis dotalibus promissum et a simultanee inuestitis corroboratum debitum feudale constituit n. 9.

Demonstratio ad solennia non adstringitur n. 10.

Dotalitium sub reseruatione consensus domini directi constitutum ex feudo debetur, licet maritus ante impetrationem eius moriatur n. 11.

Ad Lib. XXIII. T. III. *Virum quis vt testis, an vt consentiens subscripserit ex præsumtionibus iudicandum* n. 12.

In dubio id, quod fieri solitum est, præsumendum n. 13.

Als die Herren uns geführte Bescheinigung und erfolgte Gesetze in Sachen Frauen C. E. I. von W. gebohrnen von B. Klägerin an einem, und G. E. von W. und consorten Beklagten am andern Theil, zugeschicket ꝛc.

Würde Klägerin vermittels Eydes erhalten, und, daß sie die versprochenen 1000. Thlr. Ehe-Gelder ihrem Mann ins Lehn würcklich inferiret, in supplementum schweren, so hat sie dasjenige, was ihr zu bescheinigen obgelegen, nach Nothdurfft dargethan; dannenhero Beklagte so wol die 1000 Thlr. Ehe-Gelder, als 1000 Thlr. Gegenvermächtniß, nicht weniger gedoppelte Zinsen von dem dote, so lange Klägerin solchen nicht erhält, zusamt der Einwohnung und alimentation nach Inhalt des sechsten §. der Ehe-Stifftung der Klägerin ex feudo zu bezahlen schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagte die von Klägerin geführte Bescheinigung aus folgenden Ursachen umzustossen vermeinet, weil 1) bey Ablhörung der Zeugen nicht die gesetzlichen formalia beobachtet, und Beklagte weder ad videndum iurare testes, noch auch ad danda interrogatoria citiret worden, welches doch denen Rechten nach erfordert würde; hiernechst 2) die abgehörten Zeugen theils testes non omni exceptione maiores wären, indem der erste der Klägerin leiblicher Bruder, der andere aber viele Jahre Verwalter bey der Bülauischen Familie gewesen, theils auch ihre Aussage an sich nichts erwiese, indem sie sich darin meistentheils auf den Inhalt der Ehe-Stifftung bezogen, diese aber 3) gleichfalls nicht zu Recht-beständig sey, immassen selbige nicht einmahl von Klägerin unterschrieben worden, und also deren gäntzliche Vollenziehung ermangle, überdem auch 4) zu dem darin verschriebenen Gegenvermächtniß der lehnsherrliche consens nicht erlanget sey, ohne welchem doch nach der

Magdeb. Policey-Ordn. cap. 8. §. 28. und 38.

wie auch nach der

declarat. der *Magdeb. Polic. Ordn. de dato d. 11. Febr. 1706.* apud MYLIVM *in corp. const. Magdeb. P. III. n. 183. p. 578.*

kein Gegenvermächtniß oder Leibgeding vor bündig oder kräfftig erkant würde; hiernechst auch 5) der Mitbelehnten Bewilligung fehle, indem die bey der Ehe-Stifftung befindliche Unterschrift des Mitbelehnten seel. Hrn. C. H. von W. nicht als ein ertheilter consens, sondern als eine Unterschrift eines Zeugens anzusehen sey, cum magis vt testis subscripsisse præsumatur agnatus,

l. 6. C. de fideiuſſor.

wie denn auch 6) keine beglaubte Urkund ihres Einbringens vorhanden, und solches aus denen producirten Quittungen ihres Ehe-Manns sub C et D fol. 53. et 54. act. nicht dargethan werden könte, indem solche durch zweyer unverwerflichen Zeugen Unterschrift nicht bekräftiget worden, wie nach Magdeburgischen Recht erfordert würde,

Polic. Ordn. c. 8. §. 38.

endlich aber 7) der dos so wenig ins Lehn verwandt werden, als ein bündiges Gegenvermächtniß auf das Bendorfische Lehn verschrieben werden können, indem Klägerin Ehemann besage des documenti sub ⊙ fol. 183. act. erst einige Jahre nach errichteter Ehe-Stifftung das Bendorfische Lehn eigenthümlich überkommen, derselbe folglich vor erlangten Eigenthum keinem andern ein bündiges Recht darauf geben können; diesemnach also Beklagte von Klägerins Anforderung wegen des dotis, Gegenvermächtnisses und andern in der Ehe-Stifftung verschriebenen commodorum frey zu sprechen zu seyn scheinen möchten.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) die eingewandten exceptiones denen demonstrationis loco vorgebrachten Zeugen und documentis nicht gäntzlich allen fidem benehmen, sondern nur so viel vermögen, daß denenselben plena probandi vis nicht beygeleget werden kan, und es demnach auf das arbitrium iudicis ankommt, quanta eis fides haberi debeat ad effectum sententiæ ferendæ,

l. 3. §. 1. et 2. D. de teſtib.

BOEHMER *in iure eccleſ. proteſt. lib. II. tit. de teſtib. §. 2.*

hiernechst 2) die exceptiones propinquitatis, sanguinis et testis domestici bloß fidem testium minuiren, cum propinquitas testium saltem suspectum reddat testimonium, vt plena probandi vi careat,

MEVIVS *P. VIII. dec. 212. n. 3. 4.*

solcher Zeugen Aussage aber in materia dotis denen bekanten Rechten nach, einen genugsamen Beweiß ausmachet, vt testimonium consanguineorum non reprobetur,

LAVTERB. *ad tit. de teſt. §. 31.*

bevorab da 3) beyde Zeugen

ad

ad *art. 17. fol. 220. et fol. 235. act.*

6 vnanimiter aussagen, daß der seel. Hr. von W. 900 Thlr. von wegen der Frau Klägerin bezahlet bekommen, und insbesondere testis II. umständlich deponiret, von wem die Zahlung geschehen, und daß er die darüber ertheilte Quittung selbst in Verwahrung gehabt, desgleichen auch beyde Zeugen

ad *art. 18. 19. 20. fol. 220. 221. et fol. 235. sq.*

bejahen, daß Klägerin auch die übrigen 100 Thlr. noch an ihren Ehemann entrichten lassen, und obwol des andern Zeugens Aussage hiebey nicht categorisch, sondern in etwas zweiffelhaft ist, dennoch testis I. ad art. 18. 19. 20. bezeuget, daß er selbst diese 100 Thlr. an den seel. Hrn. von W. von wegen der Klägerin gezahlet; dieses alles aber 5) durch die fol. 53. et 54. act. beygebrachte Quittungen bekräftiget wird, obgleich selbige nicht vollkommen beweisen, indem sie nicht, wie doch in der Magdeburgischen Policey-Ordnung cap. 8. §. 38. ausdrücklich versehen, mit zweyer unverwerflichen Zeugen Unterschrift bestätiget worden, und obwol 6) der beyden abgehörten Zeugen Aussage dessen Mangel hier zu ersetzen scheinen möchte, dennoch selbige theils als unverfliche Zeugen nicht schlechterdings angesehen werden können, theils auch die Gesetze zu constituirung eines vollkommenen Beweises der Zeugen Unterschrift bey der Quittung des Mannes ausdrücklich erfordern, wiewol dadurch, daß der Zeugen Aussage dem Inhalt der Quittungen beytritt, und beyde mit einander übereinstimmen, wenigstens eine semiplena, wo nicht gar plus quam semiplena probatio constituiret wird, dem auch übrigens 7) nicht entgegen stehen mag, daß von der Klägerin blos eine Bescheinigung geführet worden, und also der Zeugen Aussage nebst dem documentis eine vollkommene Bescheinigung auszumachen scheinen möchte; denn Beweiß und Bescheinigung nicht in substantialibus differiren, sondern ihr Unterscheid sich bloß ratione formalium probationis äussert,

7

Magdeb. Proceß-Ordn. *c. 30. §. 10.*

und demnach auch zu einer plena demonstratione zweyer unverwerflicher Zeugen ungezweifelte Aussage gehöret, welche hier ermangelt, und da nun Klägerin 8) den Grund ihrer Anforderung nur semiplene dargethan, ihr mit Recht das iuramentum suppletorium zuerkant worden, quod ei, qui semiplene,

8 vel plus quam semiplene probauit, ad supplementum probationis iniungitur,

MEVIVS *P. III. dec. 402.*

Magdeb. Proceß-Ordn. *c. 39. §. 1.*

und wann nun 9) Klägerin durch Ablegung des Erfüllungs-Eydes die illationem dotis zur Gnüge beygebracht hat, sie gleichfalls das ihr in der Ehestiftung auf das Lehn versicherte Gegenvermächtnis nebst denen übrigen §. 6. versprochenen commodis ex feudo zu fordern berechtiget ist, indem ihr ratione dessen in der Ehestiftung eine ausdrückliche hypothec von ihrem Ehemann verschrieben, und von Mitbelehnten verwilliget, wodurch dotalitium, dotis illatione probata, ein debitum feudale worden, 9

Ad Lib. XXIII. T. III.

STRVVIVS *in syntagm. iur. feud. c. XII. aph. 9.*

HORN. *iurispr. feudal. c. 21. §. 7.*

übrigens demjenigen, was von Beklagten dagegen eingewandt worden, leichtlich abzuhelfen, indem quoad 1) Klägerin dem fol. 36. befindlichen Bescheid zu folge keinen Beweiß, sondern eine Bescheinigung geführet, bey welcher die ordentlichen solennia des Beweises nicht beobachtet, und keine interrogatoria erfordert werden, und darin eigentlich nach der 10

Magdeb. Proceß-Ordn. *c. 30. §. 10.*

der Unterscheid zwischen Beweiß und Bescheinigung gesetzet wird. Hingegen was 2) angeführet worden, nur so viel würckt, daß die Zeugen nicht plenam probationem ausmachen können, quoad 3) aber kein Zweiffel an der Vollziehung der Ehestiftung vorhanden, indem das exemplar von sechs Personen unterschrieben und untersiegelt, ja auch von ihrem eigenen Ehemann unterschrieben worden, daß aber der Klägerin Unterschrift ermangelt, daraus documenti fides noch nicht umgestossen wird, indem bey dergleichen negotiis mehrere instrumenta aufgerichtet, und jedem Ehegatten eines zugestellt zu werden pfleget, da es denn nicht hauptsächlich nöthig gewesen, daß Klägerin dasjenige, welches sie mit ihres Mannes Unterschrift zu ihrer Nachricht bekommen, von ihr unterschrieben werden müssen, hiernechst, obzwar ad 4) bey der Ehestiftung der lehnsherrliche consens ermangelt, dennoch hiebey in Erwegung zu ziehen, daß in dessen §. vlt. ausdrücklich enthalten, daß selbige dem Königlich-Preußischen Oberaufseher-Amt zu Mansfeld, zu Ertheilung des consensus und der confirmation vorgetragen, und dasselbe um dessen Ertheilung Krafft dessen bittlich ersucher seyn solte, bey welchen Umständen

in der **Magdeb. Policey-Ordn. *c. 8. §. 38. in f.***

expreſs versehen worden, daß falls eine Frau 11
die Mitgifft würcklich eingebracht, und ihr dagegen ein gleichmäßig Leibgeding auf die Lehn-Güther verschrieben worden, der Mann aber vor erlangten lehnsherrlichen consens verstorben, die Mitbelehnten, wenn sie gleich nicht consentiret, zu Bezahlung des dotalitii verbunden seyn solten, und dieses demnach um desto mehr statt finden muß, wann agnati und Mitbelehnte, wie im gegenwärtigen Fall geschehen, in das Gegenvermächtniß gewilliget, und da nun Klägerins Ehemann vor er-

Ad Lib. XXIII. T. III.

langten, iedoch in der Ehestifftstifftung selbst erbethenen lehnsherrlichen consens verstorben, sie annechst ihre Mitgifft würcklich inferiret, ihr daher auch das versprochene Gegenvermächtniß nicht vorenthalten werden kan; sonsten aber quoad 5) die blosse Unterschrifft an sich ein factum dubium ist, und solches bisweilen bloß in qualitate testis, bisweilen aber ad effectum consensus impertiendi geschiehet, und es daher dabey in dubio auf
12 præsumtiones ankommt, dergleichen hier nicht fehlen, indem da C. H. von W. ein Mitbelehnter gewesen, wenn aber Mitbelehnte zu Vollziehung einer Ehestifftung, und eines auf Lehn-Güther zu verschreibenden Gegenvermächtnisses gezogen werden, solches in der Absicht zu geschehen pfleget, daß sie in die zu Behuf des dotis und dotalitii geschehene Verschreibung des Lehn-Guthes, darauf sie Mitbelehnte seyn, consentiren, und wenn daher derselben Unterschrifft bey Ehestifftungen gefunden wird, ex ipsa rei natura et ex eo, quod
13 vt plurimum fit, zu schliessen, daß die Mitbelehnte in Absicht des zuertheilenden consensus unterschrieben, cum præsumatur factum, prout solitum est fieri;

CYRIACVS *controv. forens. 637. n. 81.*

welche an sich gegründete præsumtion im gegenwärtigen casu noch dadurch mehr befestiget und vergewissert wird, daß testis I. ad art. 11. fol. 211. act. ausdrücklich ausgesaget, daß C. H. von W. in das in der Ehestifftung geschehene Versprechen consentiret, sonsten ad 6) die producirten Quittungen wegen Mangel zweyer Zeugen zwar nicht plenam probandi vim haben, aber doch aliqualem probationem ausmachen, zumahl da selbige durch beyder abgehörter Zeugen Aussage unterstützet wird, nechstdem ad 7) auf das fol. 183. befindliche documentum gar nicht zu reflectiren, inmassen Beklagte dem fol. 206. befindlichen Bescheid zu folge sich an der Gegenbescheinigung versaumet, und daher unerwiesen, daß der Klägerin Ehemann das Lehn-Guth B. damahls nicht gehabt haben solle, diesemnach das auf die Lehn-Güther verschriebene Gegenvermächtniß zu Recht beständig zu halten.

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE AVGVSTO MDCCXXXVII.

RESPONSVM CCCCL.

THEMATA.

I. Dos filiabus in testamento assignata nuptiis non secutis haud debetur.

II. Dotatio ad feudum restricta simpliciter a successore feudali est præstanda.

SVMMARIA.

Dos pro exæquandis liberis assignata pleno iure filiabus debetur n. 1.
Et debitum purum constituit n. 2.
Debitum conditionale ante existentem conditionem non cadit n. 3.
Dos nuptiis non secutis ordinarie haud debetur n. 4.
De dote ex feudo soluenda filiæ non maritatæ haud testantur n. 5.
Sub sororibus in testamentis sororum liberi comprehenduntur n. 6.
Vox Kinder *nepotes comprehendit* n. 7.
Cessante matrimonio cessat dos n. 8.
Interpretatio ita facienda, ne feudum nimis grauetur n. 9.
Dos augeri potest n. 10.
Quod de fratribus dispositum ad sorores trahendum n. 11.
Fructus feudi sunt allodiales n. 12.
Debitum, feudo simpliciter impositum, non ab heredibus allodialibus petendum n. 13.
Vsuræ sunt accessorium sortis n. 14.
Vsuræ ex feudo debitæ ad debitum feudale pertinent n. 15.

Die mir überschickte facti species bestehet in folgenden Umständen:

Es ist ein gewisser von Adel A mit Hinterlassung zehen Kinder, davon B ein Sohn, C, D, E, F vier Töchter, hingegen G, H zwey Söhne, I, K, L drey Töchter anderer Ehe sind, verstorben, hat aber ratione successionis verordnet, daß die Lehn

Lehn beständig bey dem Manns-Stamm verbleiben, denen Töchtern aber einer iedem bey erfolgter Verheyrathung 1000 Thlr. aus dem Lehn gezahlet, und überdem, da ein oder die andere Tochter, es sey aus der ersteren oder der andern Ehe unverehligt sterben würde, alsdann in der Verstorbenen *dotem* die vollbürtige Brüder und Schwestern *succediren*, und folglich der überlebenden Schwester Braut-Schatz nach *proportion* der *succession* verbessert werden solle, wie die Worte der Anlage sub B im Munde führen, worauf dann geschehen, daß unter denen drey Söhnen H. unverheyrathet, B. mit Hinterlassung eines Enckels P. als ietzigen einzigen Lehnerben, endlich G. mit Hinterlassung zwey Töchter N, O und von einem Sohne M. einer Enckelin S. verstorben, unter denen Töchtern erster Ehe aber E. unverehligt, und ohne vollbürtige Schwestern, sondern bloß Schwester-Kinder zu hinterlassen verschieden, iedoch vor ihrem Ende den ihr zukommenden Braut-Schatz an iemand Fremdes vermacht, bey denen Schwestern andrer Ehe hingegen sich zugetragen, daß zwar K. bereits von vierzig Jahren ihres Brautschatzes wegen abgefunden, auch nunmehro schon lange Jahr sich in dem Witwenstande befunden, L. aber unverehligt verstorben, diesemnach gefraget wird:

Quæstio I.

Ob die unverheyrathet verstorbene Tochter E. von dem ihr verschriebenen Brautschatz rechtsbeständiger Weise disponiren **können, oder ob solcher nicht vielmehr bey denen Güthern verbleiben müsse?**

Rationes dubitandi.

Ob nun wol, so viel die erstere Frage betrifft, der quæstionirte Brautschatz 1) in der That ein Stück von derer Töchter Erb-portion, damit sie von wegen ihres Vatern A Verlassenschafft abgefunden worden, austräget, indem zu solchem Ende denen drey Söhnen die Lehn-Güther priuatiue zugeschlagen, daß sie dagegen ihre Schwestern alimentiren und in casu 1
ihrer Verehligung dotiren, folglich diese damit völlig abgefunden seyn solten, gleichwol aber alles dasjenige, so durch die Erbfolge auf iemand fällt, dessen Eigenthum und freyen disposition unterworffen wird, daß er davon valide tum inter viuos, tum mortis causa disponiren könne, nam sicuti ius hereditarium tribuit dominium in vniuersitate bonorum, si quis ex asse heres fit, ita etiam in certa re, si pro parte succedit,

STRVV. *iurisprud. forens. l. 2. tit. 15. n. 1.* *Ad Lit. XXIII. T. III.*

und obwohl 2) die solutio des dotis bis auf die erfolgte Verehligung ausgesetzet worden, dennoch das ius in dote pro puro, cuius dies cessit, licet nondum venerit, billig zu halten, sicuti in dote legata aliquando iuris est, vt, licet legatum purum sit, solutio tantum in 2
diem differri possit,

l. 44. in f. ad SCt. Trebell.

STRVV. *cit. l. tit. 24. §. 9.*

solchemnach nicht zu zweiffelen, daß die Töchter von einer ihnen eigenthümlich zustehenden Sache rechtsgültiger Weise disponiren können, bevorab da die Verstorbene ohnedem keine vollbürtige Geschwister hinterlassen, mithin der casus, da der ihr zugeschriebene dos denen substitutis nach der väterlichen Verordnung sub B anheimfallen sollen, nicht existiret, mithin ex defuncti voluntate præsumta zu ihrer freyen disposition verblieben, und es dahero scheinen will, als ob die dißfalls verfertigte dispositio testamentaria gültig sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus der väterlichen disposition sub B deutlich erhellet, daß denen Töchtern der denenselben verschriebene Braut-Schatz nicht eher, als bey der Verehligung ausgezahlet werden solle, solchergestalt aber obige dispositio nicht schlechterdings pura ist, sondern die tacitam conditionem in sich begreiffet, si nuptiæ fuerint secutæ, der daraus also gebührende Brautschatz nicht eher 3
als eueniente ista conditione für gefällig zu halten, quum hæc non tantum sit natura debiti conditionalis, vt demum existente conditione dies cedat,

l. 44. §. f. de condit. et demonstrat.

l. 15. l. 42. de V. O.

verum etiam in debito dotis idem obtineat, vt nempe non ante, quam secutis nuptiis plene acquiratur, 4

l. 41. pr. ff. de iur. dot.

gleichwolen die Tochter E. ohnverheyrathet verstorben, und dadurch des Eigenthums vom besagten Geldern nicht fähig geworden, folglich nicht abzusehen, wie und auf was Art dieselbe von einer ihr nicht zustehenden Geld-Summe valide disponiren können, nach welchen principiis die Rechtsgelehrten diesen casum auf solche Art in terminis decidiren, quod nimirum filiæ dotes ex feudo paterno debitas non transmittant ad heredes, nec de eo valide disponant, si nondum maritatæ decesserint, 5

CARPZ. *P. II. c. 46. def. 20.*

STRVV. *synt. iur. feudal. c. 14. §. 17. n. 6.*

wozu

Ad Lib. XXIII. T. III.

wozu in dem gegenwärtigen Fall noch kommt, daß nach der väterlichen disposition, in Fall eine und die andere sich nicht verheyrathen solte, deren Brautschatz bey der Familie bleiben und ihrem Geschwister accresciren solle, welches aber mit einer eingeräumten facultate testandi, besonders in dem gegenwärtigen Fall, da die Verstorbene einem extraneo per testamentum solchen dotem zugewandt, nicht bestehen kan, sondern des Stiffters Willens-Meinung schnurstracks zuwiderläuft, quæ tamen liberis instar legis esse debet, und obgleich, wie in rat. dubit. erinnert, kein vollbürtiges Geschwister, sondern nur Schwester-Kinder vorhanden, dennoch allhier nicht sowol auf die blosse Worte und deren significatum strictum, als vielmehr wohin die Absicht des testatoris abgezielet, zu sehen, da sich dann nach genauer Erwegung obiger väterlichen disposition äusert, daß auf dergleichen vacanten dotem ein fideicommissum geleget, und dabey verordnet worden, daß die vollbürtigen Brüder und Schwestern succediren solten, wodurch nicht sowol denen Geschwistern allein, als vielmehr der **vollen Geburth** prospiciret, und welche sich hier von Schwester oder Bruder nennen, das commodum succedendi zugeschrieben worden, diesemnach wann gleich E. kein Geschwister mehr hat, dennoch deren dispositio in præiudicium derer vollbürtigen Schwester-Kinder, als welche in sensu iuris unter denen Schwestern mit verstanden werden, nicht bestehen kan, gegen welche der Stiffter eine gleiche Liebe, wie gegen seine Kinder, ohne allen Zweiffel getragen, mithin solche unter dem Wort Schwester und Bruder aus gleichem Grunde mit verstanden haben muß, zumahl, wann er bloß seiner Kinder Meldung gethan hätte, diese seine disposition auf seine Kindes-Kinder ohnstreitig gezogen werden müste, quum vox Kinder a patre vsurpata nepotes ex liberis comprehendat,

WEHNER *in obseruat. pract. voce:* **Kinder.**

MAVRIT. *consil. Chilonens. XII. n. 4.*

expedit enim verba semper pro subiecta materia accipere, etsi a significatu proprio tunc recedere necesse sit.

l. 17. pr. locat.

SOCIN. *vol. 1. cons. 1. n. 120.*

Solchem nach halte ich davor, daß die Tochter E. von dem ihr verschriebenen Brautschatz nicht disponiren können.

Die andere Frage anlangend:

Quæstio II.

Ob die noch lebende eine Schwester, so schon vor mehr dann vierzig Jahren mit ihrem Braut-Schatz ad 1000 Rthlr. würcklich abgefunden und viele Jahre im Witwen-Stande gelebet, die 1000 Thlr. der letzt verstorbenen Schwester zu ihrer Verbesserung prætendiren könne?

Rationes dubitandi.

Ob wol die Tochter anderer Ehr K. bereits vor vierzig Jahren sich verheyrathet, und damahls mit dem ihr gehörigen dote abgefunden worden, mithin nunmehro da sie in Witwen-Stande lebet, und vermuthlich nicht wieder heyrathen wird, sub titulo dotis von denen ihrer verstorbenen Schwester zugedachten 1000 Thlrn. nichts zu fordern berechtiget zu seyn scheinet, quum, vbi nullum matrimonium initur, dos peti nequeat, 8

l. 9. pr. de iur. dot.

l. 48. ff. eod.

diese Meinung auch zu desto mehrerer Aufnahme des Lehnes, woraus alle dotes nach der väterlichen Verordnung gezahlet werden müssen, gereichet, und die sonst aus dem Lehne schuldige 1000 Thlr. in demselbigen solchergestalt verbleiben, die Rechtsgelehrten aber darinnen einig sind, quod omnis interpretatio circa debita feudalia ita sit facienda, vt quam minimum feudum oneretur. 9

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die vorberührte Meinung bloß in zweiffelhafften Fällen statt findet, allhier aber, da des Stiffters ausdrückliche Willens-Meinung nach der Anlage sub B vorhanden, darauf nicht gesehen werden kan, wohlerwogen daselbsten verordnet, daß, wann eine Tochter unverehligt verstürbe, alsdann der verstorbenen Brüder und Schwestern in deren dotem succediren sollten, gleichwolen die K. der letztverstorbenen L. einzige annoch lebende Schwester, mithin der casus, wovon der Vater verordnet, allhier in terminis vorhanden, und also kein Zweiffel ist, daß gedachter dos der überlebenden zufalle, und dagegen ihr Witwen-Stand und bereits vor 40. Jahren erhaltener Braut-Schatz nicht in consideration zu ziehen, wohl erwogen zwar dieses commodum eines Theils mit dem Namen eines Brautschatzes beleget worden, gleichwol aber in allen nach denen iuribus dotalibus nicht schlechterdinges zu æstimiren, sondern vielmehr als ein Theil der auf den casum matrimonii gesetzten und geschehenen Abfindung anzusehen, immassen dann der Stiffter selbst solches in der Anlage sub B eine Abfindung derer Töchter benennet, der Natur aber eines solchen dotis

gar

gar nicht zuwider, daß, wann jemand seinen Theil würcklich bekommen, aber zu noch weitern Zuschuß per substitutionem Hoffnung erhalten, und also seine Abfindung nach und nach immer verbessert werden solle, er quocunque tempore solche Verbesserung zu forderen berechtiget sey, andern Theils dergleichen Verbesserung mit dem bereits empfangenen dote gar wohl bestehen kan, quum dos vera etiam postea accipere possit incrementum,

§. 3. I. de donat.

wie dann auch selbst der testator das quæstionirte emolumentum mit deutlichen Worten **zu Verbesserung des Brautschatzes** denen überlebenden Geschwister angedeyen lassen, dieses aber keinen andern Verstand haben kan, als daß der durch den Todt einer und der andern Tochter erledigte dos denenjenigen, so ihren Brautschatz entweder würcklich erhalten, oder noch bey erfolgter Verehligung zu hoffen haben, accresciren und als ein fideicommissum bey der vollen Geburth verbleiben solle. Endlich solches auch so wenig auf den casum, so lange die Töchter noch unverheyrathet sind, restringiret, als davon der casus, wenn schon einige verheyrathet, ausgenommen, vielmehr sowol der vollbürtigen Schwester als Bruder die succession darin expresse vorbehalten ist, und was, wenn ein Bruder vorhanden, Rechtens seyn würde, auch bey der vollbürtigen Schwester Rechtens seyn muß.

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß die Tochter K. in ihrer Forderung gegründet sey.

Die dritte Frage betreffend:

Quæstio III.

Ob der denen beyden Töchtern N. O. verschriebene Brautschatz nebst denen Zinsen von dem successore feudali **oder nicht vielmehr von dem** allodial-**Erben abzutragen sey?**

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol nach Inhalt der väterlichen disposition derer Geschwister erster und anderer Ehe eine iede von ihren vollbürtigen Brüdern aus den Lehn-Güthern dotiret werden soll, gleichwohlen in der andern Ehe, woraus die beyden Töchter N. O. gezeuget, der Mannsstamm durch den letzten Lehnfolger M. ausgegangen, und dadurch die ihm obliegende Pflicht ad dotandum auf dessen allodial-Erben gefallen, dergestalt, daß, ob gleich P. das Lehn bekommen, dennoch da er von der erstern Ehe herstammet, von der quæstionirten dotation allem Ansehen nach frey zu sprechen seyn möchte, ins besondere aber die rückständigen Zinsen als eine blosse allodial-Schuld anzusehen, da nach denen Lehn-Rechten die fructus feudi die qualitatem allodialem haben, 12

Ad Lib. XXIII. T. III.

STRVV *synt. iur. feud. C. XV. aph. 16.*

dergleichen vsuræ aber denen fructibus eines Capitals ähnlich sind, mithin von jenen auf diese füglich geschlossen werden möchte.

Dieweil aber dennoch die obligatio ad dotandum nach Inhalt der väterlichen Verordnung eine ohnstreitige und absolute Lehn-Schuld ist, dergleichen von keinem allodial-Erben, soferne er nicht in feudo succediret, gefordert werden kan, und dann P. der einzige successor feudalis unter allen Brüdern noch übrig ist, der, ob er gleich nicht duplici vinculo denen beyden N. O. sondern vnilaterali verwandt, dennoch in diejenigen Lehnstücken, woraus, wann die vollbürtigen Brüder annoch am Leben wären, sie dotiret werden müssen, succediret, und dadurch das darauf gelegte onus mit auf ihn transferiret worden, was aber bey der Lehns-Schuld selbst Rechtens, gleichfalls auf die bisher a tempore, da sich N. und O. verheyrathet, schuldige Zinsen zu adpliciren ist, quia vsuræ sunt accessorium sortis et sic cum sorte ex feudo petendæ. 13 14

CARPZ. *P. II. c. 47. def. 32.*

IDEM *diss. de onerib. vasall. post. fin.*

Dahingegen, was in rat. dubit. von denen fructibus ex feudo perceptis angeführet, auf die vsuras adhuc debitas nicht zu ziehen, allermassen jene post separationem mit dem feudo nichts mehr zu thun haben und dadurch allodial werden, quia vasallus hos perceptione suos fecit, dahingegen die rückständigen Zinsen deswegen, weil sie noch schuldig, als eine Lehns-Schuld anzusehen sind, und annoch würcklich auf dem Lehne hafften, mithin unter beyden eine grosse ratio diuersitatis sich äussert. 15

So bin ich der Meinung, daß zu Abführung des quæstionirten dotis und denen desfals verfallenen Zinsen der heres feudalis P. einzig und alleine verbunden sey.

NOMINE PRIVATO.
MENSE AVGVSTO MDCCXXXVI.

Ad Lib. XXIII. T. III.

RESPONSVM CCCCLI.

THEMATA.

I. Donatio propter nuptias sæpe dotalitium, *die Haus-Gelder* vero pecuniam ad habitationis vsum destitam notant.

II. Vtriusque merus vsusfructus mulieri competit.

III. *Nouatio in dubio non præsumitur.*

IV. *Donatio simplex non confertur.*

V. *Testamentum ob defectum insinuationis inualidum velut priuilegiatum inter liberos valet.*

SVMMARIA.

Dotalitium datur in dotis compensationem n. 1.

Cum donatione propter nuptias sæpe confunditur n. 2.

Dotalitium, si in solatium viduitatis constituitur, morte vxoris vel nuptiis secundis finitur n. 3.

Si in compensationem dotis, ad heredes quidem non transit, nuptiis secutis tamen extinguitur n. 4.

Pecunia ad habitationem viduæ destinata morte eius cessat n. 5.

Quod compensationis nomine solutum, in alterius dominio est n. 6.

Vsuræ arguunt dominium creditoris in nominibus n. 7.

Sors, vnde duplicatæ vsuræ dotalitii nomine solvendæ, non pertinet ad mulierem n. 8.

Dotalitium feudale vxori ad secundum maritum transfert n. 9.

Et ad cautionem vsufructuariam obligatur n. 10.

Vsusfructus nominum datur n. 11.

Nouatio est, quoties creditori plus iuris, quam antea habuit, in sortem conceditur n. 12.

Nouatio in dubio non præsumitur n. 13.

Restitutio datur minori, licet tutor consenserit n. 14.

Filius contra factum patris, cuius heres est, non restituitur n. 15.

Referens ex relato explicandum n. 16.

Non confertur, quod ad æqualitatem inducendam filiæ donatum n. 17.

Donatio simplex confertur n. 18.

Idem de accessoriis dotis dicendum n. 19.

Legitima fideicommisso grauari nequit n. 20.

Si insinuatio testamenti non est legitima, vt iudiciale hoc non valet n. 21.

Qui modum iudicialiter testandi inter liberos elegit, non censetur modo priuilegiato renunciasse n. 22.

Als uns eine facti species nebst neun Fragen und einigen Beylagen zugeschicket und ꝛc.

Hat weyland Hr. C. S. von K. in a. 1688. mit seiner damahligen Fräulein Braut Ehe-pacta errichtet, vermöge dessen er gegen die inferirten Ehe-Gelder der 2000 Thlr. ihr hinwiederum 4000 Thlr. Gegenvermächtniß und 500 Thlr. Hauß-Gelder und zwar dergestalt versprochen, daß, wenn er nach GOttes Willen vor ihr mit Tode abgehen und Kinder hinterlassen würde, sie die 4000 Thr. Gegen-Vermächtniß alsdann, wenn sie ihren Witwen-Stuhl verändern würde, haben sollte, und inzwischen von 100 Thlr. 6 pro cent genieſſen, die 2000 Thlr. Ehe-Gelder aber nach ihrem Tode denen Kindern zur rechtlichen Theilung verbleiben sollten, imgleichen es auch, wie bey dem Gegenvermächtniß exprimiret, mit denen 500 Thlr. Hauß-Geldern gehalten und bis zu ihrer Veränderung verzinset, darnach aber Capital und Interesse wegfallen sollte. Ist nun gedachter Herr von K. in an. 1720. vor seiner Gemahlin mit Hinterlassung zweyer Töchter und eines Sohns, verstorben, und hat dieser in dem errichteten Erb-recess sub B §. 1. die zu fordern gehabte Gegenvermächtniß und Hauß-Gelder, auch übrige daselbst specificirte capitalia ihr eingeräumet, und zwar dergestalt, daß sie nach Vorschrifft erregter Ehestifftung deren sich bedienen, und darüber zu disponiren freye

Macht

Macht und Gewalt, auch auf ihr Verlangen nach halbjähriger Loßkündigung bezahlet werden sollen, und nachdem der Herr Sohn anno 1733. ebenfalls verstorben, sie, die Groß-Mutter, dem hinterbliebenen Enckel die unabgeführten Zinsen von denen auf dem Guthe B. stehenden Capitalien a 1560 Thlr. mit dem Vorbehalt geschencket, daß, wenn er vor und nach ihr ohne Leibes-Erben versterben solte, sie und ihre Erben nach Bezahlung der passivorum von dem residuo der Verlassenschafft pro quota zu repetiren berechtiget seyn wolle und solle, der Vormund aber laut Recessi sub C die Ehe-Gegenvermächtniß, Hauß-Gelder und übrige capitalia, nach Maaßgebung des mit ihrem Herrn Sohn errichteten Erb-Vergleichs agnosciret, ihr die hypothec zugestanden, auch gedachtes Guth nochmahls citra novationem pro hypotheca verschrieben und dabey versprochen, die capitalia mit 5 pro cent zu verzinsen, auch das Capital selbsten, nach vorher gegangener halbjähriger Loßkündigung, welche auch ebenfalls dem pupillen frey bleiben solle, an sie zu bezahlen. Ist nun die Frau Großmutter ohne Veränderung ihres Witwenstandes ebenfals mit Hinterlassung eines Testaments sub D verstorben, worin sie ihrem Enckel überhaupt 2000 Thlr. aus ihrer Verlassenschafft assigniret, und an dem reserviten Rückfall wegen der 1560 Thlr. geschenckten Zinsen nicht gedacht, vielmehr das Gegenvermächtniß und Hauß-Gelder als ihr eigenthümlich Guth zu ihrer disposition gezogen, so ihr doch in denen Ehe-pactis nirgends zugestanden, und dahero gefraget wird:

Quæstio I.

Ob das Gegenvermächtniß und Hauß-Gelder diese Natur- und Eigenschafft haben, daß solche bey Absterben der Witwen oder Veränderung des Witwen-Stuhls an des præmortui mariti **Erben, als deren wahres Eigenthum zurücke fallen, auch darüber** inter vivos **und** m. c. **nicht** disponiret **werden könne?**

Rationes dubitandi et decidendi.

1 Ob nun wol das Gegenvermächtniß ein wahres dotalitium, quod in compensationem dotis datur, zu seyn scheinet,

MYLER *ab* EHRENB. *in gamol. c. 10. §. 2. et 5.*

de LVDEWIG *de dote mariti. p. 26.*

Bœhm. Conf. T. III. P. II.

und gleich wie der dos dadurch absorbiret wird, und in des Mannes Güthern bleibet, es auch die Billigkeit erfordert, daß das Gegen-Vermächtniß, quod in compensationem dotis datum est, der Frauen post mortem mariti eigenthümlich zugehöre, und sie davon so wol inter vivos als mortis causa disponiren könne, bevorab da auch unter dieser Benennung eine donatio propter nuptias stecken 2 kan, quam expacto vxor lucratur. *Ad Lit. XXIII. T. III.*

l. vlt. pr. C. de donat. ante nupt.

Weil aber dennoch das Wort Gegenvermächtniß so wol eine Leibzucht, oder Leibgeding, quod viduæ in solatium viduitatis constituitur, adeoque per secundas nuptias finitur, 3

de LVDEWIG *de differ. iur. Rom. et Germ. in dote et donat. propt. nupt. diff. 6. lit. b. p. 19.*

et sic multo magis morte vxoris,

Spec. Suev. c. 303.

als auch das eigentliche dotalitium bedeuten kan, welches vornemlich alsdenn geschiehet, wenn die Frau einen gewissen dotem eingebracht, und der Mann dagegen ihr ein gewisses quantum constituiret, davon sie nach dem Todt ihres Mannes duplicatas vel quadruplicatas vsuras genieſſen solle, quod quidem per secundas nuptias non finitur, sicut 4 nec vsusfructus,

STRYK *de succeſſ. ab int. diſſ. IV. c. 2. §. 18.*

interim tamen ius vsufructui simile tantum in eo habet, quod morte vxoris finitur, et ad heredes mariti deuoluitur, adeoque heredes viduæ nihil ex dotalitio petere possunt,

MYLER *ab* EHRENBACH *in gamol. c. 14. §. 1.*

COLER. *deciſ. 57. n. 61. ſqq.*

HENEL *de dotal. c. 10. §. 25.*

STRYK. *in vſ. mod. tit. de iur. dot. §. 24.*

zumahl ob gleich der dos dadurch absorbiret wird, sie dennoch dagegen duplicatas vel quadruplicatas vsuras auf ihre Leb-zeiten genossen, und dadurch ihre Mitgifft gnugsam 5 compensiret ist, übrigens die Hauß-Gelder nicht anders als ein Recht, so der Witwen zu ihrer Wohnung bestimmet, anzusehen, so nicht länger dauren kan, als der Witwenstand dauret, und mit dessen Aenderung hinwegfällt, sonsten aber mit dem Tode aufhöret.

So halten wir davor, daß das Gegen-Vermächtniß und Hauß-Gelder ihrer Natur und Eigenschafft nach, auf das præmortui mariti heredes nach ihrem Tode zurück falle, und sie davon nicht disponiren könne.

Ad Lib. XXIII. T. III.

Auf die andere und dritte Frage:

Quæstio II. et III.

Ob nicht daher bey gegenwärtigem Fall das quæstionirte Gegenvermächtniß und Hausgelder unter der Frau von K. Verlassenschafft keinesweges zu rechnen, sondern solche denen resp. Sohne und Enckeln als ein väterliches anererbetes Vermögen zu gleichen Theilen verbleiben, mithin die testamentarische disposition auf solche nicht gezogen werden könne?

oder:

Ob, weil das Testament in faveur der beyden Töchter errichtet, und ihnen das meiste Vermögen durch solches zugewendet worden, und sie das Gegenvermächtniß und Hausgelder als der Frau Mutter Eigenthum ansehen wollen, sie solches im Stande Rechtens und aus welchen rationibus auszuführen und zu behaupten vermögend sind?

erachten wir vor Recht:

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol aus denen Ehe-pacten zu ersehen, daß 1) gegen die 2000 Thlr. Brautschatz-Gelder und also zu deren compensation das Gegenvermächtniß constituiret sey; quod autem compensationis nomine accipitur, solutum censetur, et in eius dominio est, cui
6 soluitur, quia solutio est titulus ad transferendum dominium habilis;

t. t. D. pro solut.

2) solches darneben auf den Fall, wenn er nach GOttes Willen vor ihr mit Tode abgehen und Kinder hinterlassen würde, gerichtet und dabey expresse bedungen worden, daß, wenn sie ihren Witwenstand verändern würde, sie alsdann solches haben solte, id quod cum effectu intelligendum, vt in perpetuum et irreuocabiliter habeat, bevorab da 3) inzwischen mit 6 pro cent dieses Capital der 4000 Thlr. ihr verzinset werden solle, woraus man schliessen möchte, daß das Capital ihr
7 eigenthümlich zugestanden, quia perceptio vsurarum est argumentum dominii, quod creditor in nominibus habet,

AVERAN. *lib. 2. interpret. iur. c. 16. n. 12.*

und so viel 4) die Hauß-Gelder betrifft, expresse dabey abgeredet worden, daß auf eben die Art, wie bey dem Gegenvermächtniß exprimiret, solches verwilliget seyn soll, und es dahero das Ansehen gewinnen will, daß, was in jenem verwilliget, auch in diesen statt finden müsse, und hieraus die Töchter behaupten könten, daß beydes zu ihrer seel. Frau Mutter Verlassenschafft gehöret.

Weil aber dennoch bereits bey der vorigen Frage ausgeführet, daß eine Witwe an dem Gegenvermächtniß oder dotalitio kein wahres Eigenthum habe, sondern aus demselben die jährliche assignirte reditus, so lange sie lebet, geniesset, diesemnach man auch dabey im gegenwärtigen Fall billig verbleiben muß, da diesem zuwider in denen Ehe-pacten nichts anzutreffen, angesehen ad 1) ex natura compensationis nichts weiter, als die 8
Ursache, warum eine Witwe duplicatas vel quadruplicatas vsuras genieſſe, herzunehmen, zu welchem Ende das Capital dazu bestimmet wird, wornach die Gefälle der Zinsen zu reguliren, nicht aber daß das Capital ihr Eigenthum seyn solle, als welches der Natur des Gegenvermächtniß heute zu Tage zuwider, und dahero die Frau Witwe mit denen Zinsen zufrieden seyn müssen, und in denen Ehe-pacten nicht zu finden, daß ein anders davon verordnet sey, als nur in dem casu, wenn der Mann ohne Kinder vor ihr verstorben solle, daß ihr alsdann sowol die 2000 Thlr. Ehegelder, als die 4000 Thlr. Gegen-Vermächtniß, also zusammen 6000 Thlr. nach seines Vatern Tode, ohnfehlbar ausgezahlet werden sollen, im Gegentheil ad 2) zwar in casu secundarum nuptiarum, und wenn Kinder aus der Ehe vorhanden, auch versehen, daß die 4000 Thlr. Gegenvermächtniß sie haben solle, iedoch solches in sensu legali zu verstehen, nach welchem aus denen Rechten bekant, quod per secundas nuptias non 9
tollatur dotalitium,

Sächs. Landr. *lib. 3. art. 76.*

quin potius illud ad secundum maritum vxor adfert, qui eo ad vitam vxoris vsque vtitur fruitur, cum iure vsufructus dotalitium et præterea titulo oneroso habeat,

STRYK. *de Succeſſ. ab int. disp. 4. c. 2. §. 18.*

CARPZ. *lib. 6. resp. 55.*

und ob es ihr wol alsdann ausgezahlet werden kan, dennoch solches bloß secundi mariti gratia geschiehet, daß sie solches ihm zubringen könne, quamuis eo casu ad cautio- 10
nem vsufructuariam obligata sit mulier,

CARPZ. *cit. l. n. 10.*

mithin

mithin ad 3) die Erhebung der Zinsen hier blos als die Revenüen des Capitals anzusehen, welches sie iure vsufructus hat, cum
11 etiam nominum detur vsufructus,

l. 3. de vsufr. ear. rer. quæ vsu cons.

und was ad 4) die Hauß-Gelder betrifft, nicht allein ebenfalls dieses darin statt finden muß, daß sie nur die Zinsen währendes Witwen-Standes davon genieſſet, sondern noch dieses dabey expreſſe versehen, daß, wenn sie ihren Witwen-Stand verändern würde, alsdenn solches capital und Zinsen wegfallen sollen, woraus mehr als zu klar ist, daß sie nur den vsumfructum davon, und zwar tempore viduitatis haben sollen, übrigens sonsten einerley Recht sowol in diesen, als Gegenvermächtniß per verba:

auf Art und Weise, wie bey dem Gegenvermächtniß exprimiret,

der Witwen assigniret ist, und wie in denen Hauß-Geldern offenbar nur der bloſſe vsufructus ihr zugeeignet ist, also auch ihr im Gegenvermächtniß kein pinguius ius zukommen mögen.

So halten wir davor, daß so wenig das Gegenvermächtniß, als die Hauß-Gelder nach denen Ehe-pacten zu der Frau von K. Verlassenschafft gehöret, noch sie davon per testamentum disponiren können, sondern vielmehr denen Töchtern und Enckeln als ein väterlich anererbetes Vermögen zu gleichen Theilen verblieben, das Gegentheil auch aus keinen Gründen behauptet werden könne.

Bey der vierdten Frage:

Quæstio IV.

Ob aus dem recessu sub B et C **eine** nouation, cassation **und Aufhebung der Ehe-Beredung zu** inferiren sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Halten wir davor, obwol aus dem recessu sub B erhellet, daß der Witwen aus dem Guthe Leippe unterschiedliche eigenthümliche capitalia, und unter denenselben auch 4000. Thlr. Gegenvermächtniß, 500. Thlr. Ehe-Gelder ꝛc. nicht allein zuerkant, und mit denen andern eigenthümlichen capitalien in eine Summe geschlagen, und dabey verordnet worden, daß sie deren sich bedienen und davon zu disponiren freye Macht und Ge-
12 walt haben solle, sondern auch dabey abgeredet worden, daß ihr solche capitalia auf halbjährige vorhergehende Loskündigung ausgezahlet werden solten, welches ein argumentum zu seyn scheinet, daß diese capitalia zu ihrem völligen Eigenthum gezogen und ihr also mehr Recht darin, als in Ehe-pactis verschrieben, assigniret, und in so weit also dieselbe geändert und nouiret, solches auch in recessu sub C agnoſciret und wiederholet, dabey aber noch hinzu gethan ist, daß auch dem Enckel die Loskündigung des capitals frey bleiben solle, woraus man inferiren möchte, daß daſſelbe ihr erb- und eigenthümlich zugeeignet sey. *Ad Lib. XXIII. T. III.*

Weil aber dennoch sowol aus dem recessu sub B als C gantz deutlich erhellet, daß man bey denenselben keine Veränderung vornehmen, sondern alles nach Maasgebung der Ehe-pacten einrichten wollen, diesemnach mit dürren Worten dabey in Rec. sub B geſetzet:

Daß sie derer capitalien **nach Vorschrifft angeregter Ehe-Stifftung sich zu bedienen und darüber zu** disponiren **freye Macht und Gewalt haben solle,**

da denn solches nach Vorschrifft der Ehepacten nicht anders, als iure vsufructuario verstanden werden mag, zumal auch die 500. Thlr. Ehe-Gelder, welche doch nur bis zum veränderten Witwen-Stande iure vsufructuario ihr verschrieben gewesen, mit darunter begriffen worden, so doch in casu secundarum nuptiarum, also viel mehr per mortem gantz wegfallen müssen, darneben auch die Loskündigung der capitalien ebenfalls, nach Inhalt der obangeregten Ehe-Stifftung, auf ihr Verlangen ihr zwar verwilliget, gleichwol solches nicht anders, als in casu secundarum nuptiarum geschehen mögen, cum referens ex suo relato inter- 13
pretandum sit, welches auch so gar auf die 2000. Thlr. Brautschatz-Gelder mitgezogen, die doch nach der Mutter Tode denen Kindern heimfallen sollen, daraus denn abzunehmen, daß die accordirte Loskündigung kein neues Recht der Frau Witwen attribuiren sollen, allenfalls, wenn man damahls einen andern Begriff von denen Ehe-pactis gehabt, solches per errorem et ex falsa opinione geschehen, so denen Enckeln nicht præiudiciren mag,

l. 19. in f. D. de inoff. testam.

welches auch von dem recessu sub C zu sagen, als welcher sich auf den sub B beziehet, und nach diesem zu erklären, mithin auch die dem Enckel reſerurte reſignation nach Maasgebung der Ehe-pacten in casu secundarum nuptiarum anzunehmen ist, weil kein ander casus in denen Ehe-pactis, da das capital gefordert werden können, als der angezeigte enthalten ist.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß in denen recessen sub B et C keine

Ad Lib. XXIII. T. III.

nouation oder Veränderung der Ehepacten vorgenommen sey.

Die fünffte Frage:

Quæstio V.

Ob nicht, wenn etwa aus dem letzten recessu sub C eine nouation und renunciation der Eheberedung, durch das factum des Herrn Vormundes asseriret werden könte, dem Unmündigen das beneficium restitutionis in integrum zu statten kommen müsse?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol, wenn dasjenige, was in der Frage angeführet, geschehen seyn sollte, der minderjährige allerdings lædiret seyn würde, mithin das beneficium restitutionis in integrum ihm nicht verweigert werden könte, 14 nam etiam minor restitui potest, si vel maxime facto tutorum læsus est.

l. 2. 3. C. si tut. vel cur. interu.

Weil aber dennoch 1) der recess sub C sich lediglich auf den recessum sub B gründet, und wenn also darin etwas mehres, als in Ehe-pactis geschehen, verordnet worden, der Enckel nicht sowol facto suo, als patris, 15 cuius heres factus est, lædiret seyn würde, dessen factum er præstiren müssen, und ihm dagegen keine restitutio zu statten kommen mögen; in der That aber 2) in beyden recessen nichts neues versehen, sondern alles nach Maasgebung der Ehe-pacten anzunehmen und zu verstehen ist, und wenn 3) aus dem einigen, daß dem Enckel ebenfalls die halbjährige Loskündigung vorbehalten, etwas widriges geschlossen werden könte, dagegen der Enckel mit der restitution zu hören seyn würde, zumal 4) davon in dem recessu sub B nichts gedacht, und also als was neues anzusehen ist.

So hat gestalten Sachen die restitutio in integrum nicht, als nur gegen die referuirte Loskündigung des capitals, soferne etwas widriges daraus gefolgert werden sollte, statt.

Bey der sechsten Frage:

Quæstio VI.

Ob nicht wenigstens die 2000. Thlr. Ehe-Gelder und 500. Thl. Hauß-Gelder, wenn ja das Eigenthum in dem Gegenvermächtniß behauptet werden könte, als ein Grosmütterlich Vermögen in regard des Enckels keinesweges anzusehen, sondern als ein Grosväterlicher Rückfall zu halten sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol sowol die 2000. Thlr. Ehe-Gelder, als 500. Thlr. Hauß-Gelder in gleichem Rechte mit dem Gegenvermächtniß in recessu sub B et C gesetzet worden, und wenn diesemnach das Gegenvermächtniß der Frau Grosmutter als Eigenthum zugesprochen werden sollte, auch solches von denen beyden capitalien gesaget werden muß, zumal darin in denen recessen kein Unterschied gemachet, sondern æquali alle Posten der Frau Grosmutter æquali iure angewiesen und zugeeignet sind.

Dieweil aber dennoch sowol die 2000. Thlr. Ehe-Gelder, als die 500. Thlr. Hauß-Gelder in denen recessen sub B et C nicht anders, als 16 nach Vorschrifft und Maasgebung der Ehepacten assigniret sind, und dahero blos nach diesem, was die Witwe vor Recht daran gehabt, oder etwa denen Kindern zugestanden, erkläret werden muß, von denen 2000. Thlr. Ehe-Geldern aber expresse in denen Ehepactis dieses versehen:

> **Die andern 2000. Thlr. zugebrachtes Ehe-Geld bleibt nach der Mutter Tode denen Kindern zur rechtlichen Eintheilung,**

woraus denn wahrzunehmen, daß durch das Gegenvermächtniß, nach Vorschrifft der bekanten heutigen Rechten, der dos absorbiret, und zu dem Grosväterlichen Vermögen gezogen worden, und dahero als Grosväterlich Guth, quod pater ex pactis dotalibus acquisiuit, denen Kindern und also auch dem Enckel pro rata zufallen müsse, nicht weniger die Hauß-Gelder blos in sustentationem viduæ ihr zugeschrieben und dabey abermahl verordnet ist, daß, wenn sie den Witwen-Stand verändern sollte, alsdann dieselbe hinweg fallen sollen, welches ein offenbares Kennzeichen ist, daß sie solches nur blos iure vsufructuario gehabt, davon die proprietät bey denen Kindern geblieben, nicht aber zu dem Grosmütterlichen geschlagen werden mag.

So erhellet hieraus so viel, daß, wenn gleich das Gegenvermächtniß zu dem Gros-

Grosmütterlichen zu referiren seyn solte, dennoch die 2000. Thlr. Ehe- und 500. Thlr. Hauß-Gelder davon abzusondern, und zum Grosväterlichen Vermögen zu rechnen seyn.

Die siebende Frage:

Quæstio VII.

Ob nicht, da die Frau Grosmutter ihren Töchtern 3000. Thlr. geschencket, und bey ihrer Verheyrathung Ausstattung gegeben, dieselbe solches zu conferiren schuldig sind?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob der Enckel zwar nicht in Abrede seyn kan, daß die Frau Grosmutter ihm 1560. Thlr. restirende Zinsen erlassen oder geschencket, dahero leicht zu erachten, daß sie zu dessen compensation, und ad exæquandas filias cum nepote, denen beyden Töchtern
17 3000. Thlr. und also jeder 1500. Thlr. geschencket, mithin die ratio collationis hier zu cessiren scheinet, vielmehr sie dadurch eine Gleichheit unter ihren Kindern eingeführet.

Weil aber dennoch 1) die geschenckte Zinsen a 1560. Thlr. mit dem Rückfall dergestalt beschweret sind, daß, wenn der Enckel vor oder nach der Grosmutter ohne Leibes-Erben versterben sollte, sie oder ihre Erben berechtiget seyn sollen, solche zu repetiren, wodurch demselben die freye Hand und disposition von diesem capital genommen, im Gegentheil die Frau Tochter ihre donation gantz frey ohne Rückfall haben, also 2) keine Gleichheit hiebey zu befinden, sonsten aber Rechtens ist, quod etiam simpliciter donata conferri debeant,

l. 13. C. de collat.

18 *Nou. 18. c. 9.*

und obwol 3) auf solche Weise der Enckel auch dagegen die geschenckten Zinsen conferiren muß, dennoch solches besser vor ihn ist, weil alsdann der Rückfall wegfällt, indem sonsten durch den Rückfall er zweymal solche in decourt bringen müste; hiernechst 4) die von der Frau Grosmutter in ihrem Witwen-Stande geschehene Ausstattung ebenfalls inter conferenda mit gehöret, da dieselbe in-
19 ter accessoria dotis zu referiren.

l. 19. C. de collat.

LAVTERBACH *ad tit. de collat. bon. §. 6.*

So halten wir davor, daß die Frau Tochter sowol die geschenckten 3000. Thlr. als ihre Ausstattung zu conferiren, hergegen aber auch der Enckel in solchem Fall die 1560. Thlr. geschenckte Zinsen inter conferenda zu bringen schuldig. *Ad Lib. XXIII. T. III.*

Auf die achte Frage:

Quæstio VIII.

Ob die beyden Töchter, da der junge von K. ohne Leibes-Erben versterben sollte, die auf diesen Fall nach den Erb-recess sub C §. 6 zum Rückfall reservirte 1560. Thlr. in Anspruch nehmen könne, oder, ob nicht vielmehr, weil ihnen eben auch von der Frau Mutter so viel und zwar pure dagegen geschencket, der Rückfall exspiriren müsse?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol in dem recess sub C nicht allein der Frau Grosmutter auf den gesetzten Fall, sondern auch deren Erben, welches die Töchter sind, der Rückfall reseruiret ist, und ohngeachtet dieselbe ihren Töchtern eben so viel geschencket, dennoch dabey geblieben, und also gewollt hat, daß solcher dem ohngeachtet statt finden solle, der Vormund auch darin consentiret, und wenn darin eine læsio in legitima stecken sollte, solches pro grauamine voluntario angenommen werden müste.

Weil aber dennoch bereits bey der vorigen Frage dargethan, daß von beyden Seiten eine mutuelle collation geschehen müsse, und wenn solches geschehen, der Rückfall nicht weiter geschehen kan, weil, facta collatione, ihm bereits eben so, wie denen beyden Töchtern, die donata in decourt gebracht werden, und damit der Rückfall nicht weiter bestehen mag, weil sonsten des Enckels 20
legitima in effectu mit einem fideicommisso beschweret werden würde, welches die Rechte nicht zulassen, dem Vormund auch nicht zugestanden in dieses grauamen zu consentiren, allenfalls, da hieraus eine grosse læsio erwächset, derselbe dagegen billig in integrum zu restituiren seyn würde.

So kan, bewandten Umständen nach, der Rückfall nicht weiter statt finden, sondern, es ist allenfalls der junge Herr von

Ad Lib. XXIII. T. III.

von K. gegen das von seinem Vormund accordirte grauamen in integrum zu restituiren.

Endlich die letzte:

Quæstio IX.

Ob die dispositio materna sub D vor beständig, oder unbeständig zu halten?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol das gedachte testamentum bey E. E. Rath des Städtgens M. versiegelt befunden worden, dennoch solches weder gebührlich præsentiret, noch gewöhnlich und erforderlicher massen, wenn, und von wem solches übergeben worden, überschrieben, also es an einer legitima insinuatione ermangelt, es auch das Ansehen hat, als wenn die Frau testatricin solches nicht einmal in Person übergeben, so doch die Rechte zu erfordern scheinen, überhaupt auch der Enckel darin in legitima lædiret worden. 21

Weil aber dennoch, wenn gleich bey der insinuation ein Mangel sich finden sollte, daß es als ein iudiciale nicht gelten könte, dennoch solches als ein maternum bestehen kan, cum testatrix, quæ modum iudicialiter testamentum conficiendi elegit, non censeatur renunciasse modo testandi priuilegiato, 22

l. 3. D. de testam. milit.

sie auch solches sogar in der clausula codicillari declariret, also solches allenfalls als ein maternum, quod nulla solennia desiderat, gelten kan, und nichts dabey sich findet, das dem testamento materno entgegen wäre, endlich ob læsionem in legitima kein Testament ungültig wird, sondern dem læso nur die actio ad supplementum übrig bleibet.

So halten wir davor, daß das quæstionirte Testament vor gültig zu halten. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVLIO MDCCXXXVI.

DECISIO CCCCLII.

THEMATA.

I. In possessorio summariissimo iuris percipiendi reditus dotalitii omnes exceptiones reiiciuntur.

II. *Pendente concursu nemo possessione priuandus.*

SVMMARIA.

Cautio pro expensis soluitur ab eo, qui immobilia non possidet n. 1.
Ad informationem iudicis plura etiam in executiuo allegare licet n. 2.
Si petitorium liquidum, in possessorio non pronunciatur n. 3.
Moto concursu bona omnibus creditoribus fiunt communia n. 4.
In possessorio summariissimo de sola turbatione reparanda agitur n. 5.
Nec cautio præstatur ab actore n. 6.
Spoliatus ante omnia restituendus n. 7.
Reditus dotalitii ad ius vsurarum non exigendi n. 8.
Dotalitium absorbet dotem n. 9.
Pendente concursu nemo possessione priuandus n. 10.

Auf übergebene imploration und erfolgtes mündliches Verfahren in Sachen des Cammer-Herrn de la C. Ehe-Frau implorantinnen an einem, und des H. curatoris Ober-Amtmanns T. itzo des H. contradictoris, aduocati P. imploraten am andern Theil, erkennen Fürstl. Braunschweig-Lüneburgische Vice-Cantzler und Räthe, nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß gestalten Sachen und Umständen nach Beklagtens Einwenden nicht statt finde, sondern dessen ohngeachtet implorantinne bey der possess derer wegen des

des dotalitii ihr zuerkanten jährlichen Revenüen so lang zu schützen, bis der von neuem über das dotalitium erhobene proceſs seine völlige Endschafft erreichet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol implorat 1) zuförderſt von der implorantinnen cautionem pro expensis et reconuentione gefordert, weil eines Theils dieſelbe in daſigen Landen mit keinen immobilibus angeſeſſen, andern Theils der con-
1 curs ratione futuri seine Sicherheit haben müſſe, damit, wenn der implorantinnen die Revenüen des dotalitii weiter gereichet werden, und der Haupt-proceſs ratione ipſius dotalitii gegen sie fallen ſollte, alsdann wegen reſtituirung der indebite genoſſenen redituum die creditores alle Sicherheit haben mögen, daher auch 2) bey dem mündlichen Verfahren der implorant es dabey bewenden laſſen und sich auf das Geſuch in poſſeſſorio bisher nicht eingelaſſen, alſo daraus folgen möchte, daß noch zur Zeit darüber nicht erkant werden können, anerwogen
2 was 3) er ſub n. 3. deswegen angeführet, blos pro informatione referentis und zu dem Ende geſchehen, damit die iuſtitia cautionis, als welche auch in proceſſu ſummario et executiuo gefordert werden könne,

NICOLAI *ad proc.* FIBIG. *P. I. c. 36. n. 10.*

RIVINVS *in ſpecim. except. dilat. c. 22. n. 16.*

daraus wahrzunehmen ſey, in mehrer Erwegung 4) die gedachten Revenüen reuera pro vſuris quadruplicatis zu halten, welche, moto concurſu, ceſſiren, darneben 5) implorat ſich auch erbothen zu zeigen, daß ihre poſſeſſio vitioſa, wie auch ſub- et obreptie impetrata ſey, welche keinen effect haben
3 könne, ja 6) das petitorium ſelbſt pro liquido zu achten, nachdem die angeſtellete nullitäten-Klage gegründet ſey, in welchem Fall das poſſeſſorium wegfalle; endlich auch 7) kein creditor bey entſtandenen concurs ſich mit der poſſeſſion ſchützen könne, nach-
4 dem bekant ſey, quod liquidati bona omnibus creditoribus fiant communia,

MEV. *P. V. deciſ. 124. et P. II. dec. 345.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey der erſten und dritten ration zu erwegen, daß die implorantinne allhier in poſſeſſorio ſummariiſſimo
5 klaget, in welchem blos prouiſionaliter de reparanda turbatione gehandelt, und daher remotis omnibus ambagibus blos auf præſentem poſſeſſionem geſehen wird, quam ſequitur, ſi de ea non dubitatur,

Böhm. Conſ. T. III. P. II.

MEV. *P. II. deciſ. 236. n. 34.* *Ad Lib. XXIII. T. III.*

vt a cautionis præſtatione actor immunis ſit. 6

GASSER *in poſit. practi. ad proceſſ. c. 6. poſit. 17.*

wie dann Beklagter nicht ableugnen können, daß die implorantinne zur Hebung der zuerkanten redituum des dotalitii von an. 1731. bis 1732. gekommen, ſo auch die Rechnung offenbar an den Tag lege, gleichwol da ſolche von anno 1732. bis 1733. und das folgende Jahr ihr nicht geliefert worden, nicht allein die Sache in ſola turbatione, ſondern auch in manifeſto ſpolio verſiren würde, wenn, wie der Augenſchein es giebet, der Beklagte ihr ſolche ferner denegiren wollte, und dahero auf dieſe exception dabey um deſto weniger vorizo zu reflectiren, da bekant, quod ſpoliatus ante omnia 7
ſit reſtituendus, omni remota exceptione, bey welchen Umſtänden Beklagtens Einwenden billig abgeſchlagen werden müſſen, er aber zur Einlaſſung um deſto mehr verbunden, als dieſe Sache dergleichen moroſas vexationes nicht leidet, man auch aus denen gantzen actis wahrnimmt, daß Beklagtens Abſehen blos dahin gerichtet ſey, daß er die iudicata per indirectum fruſtriren wolle, wiewol er auch quoad rat. ſecundam ſich in effectu eingelaſſen, und was pro informatione referentis nuda angeführet iſt, ſchon darleget, daß er gegen die poſſeſſionem vel quaſi percipiendi reditus dotalitii nichts gegründetes einwenden können, zumal was in rat. 4ta von denen vſuris angeführet iſt, hieher gar nicht gehöret, und die reditus dotalitii eigentlich keine vſuræ ſind, weil ſie ſonſten offenbar das vitium vſurariæ prauitatis 8
bey ſich führen würden, wenn man die reditus dotalitii als proprie dictas vſuras halten und agnoſciren wollte, obwol die gedachten Revenüen intuitu dotis ſo hoch, als ſonſten vierfache Zinſen austragen, angeſchlagen zu werden pflegen, quin potius dotalitium fruitur iuribus dotis, et vice dotis atque in eius compenſationem vxori conſtituitur, præſertim vbi dotem abſorbet, 9

MEV. *P. I. dec. 173.*

dahero was de vſuris pendente concurſu non ſoluendis, nec currentibus angeführet iſt, zur Sache nichts thut, noch mit einigem Schein Rechtens quoad ſtam das vitium poſſeſſionis beyzubringen ſtehet, da die implorantinne per iudicata ſolches dotalitium erſtritten, und die neue nullitäten-Klage abgewieſen iſt, dergeſtalt daß die ratio 6ta offenbar gegen die acta lauffet, und endlich bey der letzten ration ebenfalls ungegründet iſt, daß jemand ob motum concurſum ſeiner poſſeſs entſetzet werden ſollte,

MEV. *P. VII. deciſ. 40. n. 2. in not.*

Ad Lib. XXIII. T. III.

cum lite pendente nihil sit innouandum, *l. 1. C. vt lit. pend.* mithin man bey so klarem und liquiden possessorio wohl berechtiget gewesen, darin so fort zu erkennen.

So sind wir geschehener massen zusprechen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE IANVAR. MDCCXXXV.

DECISIO CCCCLIII.

THEMATA.

I. Vidua habet ius optandi dotem vel dotalitium.
II. De vsu Geradæ, morgengabæ et comestibilium.

SVMMARIA.

In alternatiuis debitor eligit n. 1.
Obseruantia probanda n. 2.
Obseruantia ex eo, quod libero arbitrio factum, non inducitur n. 3.
Obseruantia ciuium ad nobiles non extendenda n. 4.
Vidua optat dotem vel dotalitium n. 5.
Vsus Geradæ, morgengabæ et comestibilium in Saxonia est notissimus n. 6.
Interpretatio ita facienda, ne clausula quædam sit otiosa n. 7.

Als derselbe uns Leuterungs-Schrifft und erfolgte Gesetze in Sachen C. E. von D. implorantinnen an einem, und des Hof-aduocati I. S. S. als Vormund des Unmündigen von D. imploraten am andern Theil, in vier zurück kommenden volum. zugeschicket ꝛc.

Nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß der implorantinnen nicht allein die bereits zuerkante 1000. Thlr. Ehe-Gelder und 1000. Thlr. paraphernalia, sondern auch alle übrige Posten, wie solche vol. IV. f. 15. specificiret, jedoch nach Abzug der 1000. Thlr. paraphernalien von der specification sub B f. 15. b, und nach production der noch mangelnden Quittungen, nicht weniger alle übrige Schulden, so sie lite pendente bezahlet und erweislich machen wird, zu entrichten, auch ihr frey zu lassen sey, ob sie die 1000. Thlr. Ehe-Gelder und 1000. Thlr. paraphernalia aus denen Güthern zurück fordern, oder wegen der ersten ein dotalitium begehren will, ausserdem hat sie dasjenige, was ihr zu bescheinigen obgelegen und sie sich angemasset, nach Nothdurfft bescheiniget, daher ihr sowol die Gerade, als Morgen-Gabe und Mußtheil nach Maasgebung der Sächsischen Rechte nicht unbillig abzufolgen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol implorat vermeinen will, 1) daß implorantinne die 1000. Thlr. Ehe-Gelder und Gegenvermächtniß nicht schlechterdings zurück fordern, sondern solche nebst denen paraphernalien in den Güthern lassen und mit denen Zinsen zufrieden seyn müsse, weil regulariter in alternatiuis debitis die electio dem debitori, so hier der Leuterat ist, zustehet,

HERT. *de elect. ex oblig. altern. debitori debita.*

2) wegen der übrigen Posten aber der implorat mit der implorantinnen fast gantz einig ist, wegen der Begräbniß-Kosten jedoch erinnert, daß nicht bey allen Ausgaben Belege vorhanden, übrigens Leuterantinne selber anzeiget, daß die zuerkante 1000. Thlr. paraphernalia von der specification vol. IV. f. 15. b sub B decourtiret werden müssen, endlich auch dieselbe eingestehen müssen, daß die beyden Posten der bezahlten Pacht-Gelder an den Herrn Rittmeister von der D. noch nicht quittiret wären, und dahero die Quittungen zuförderst anzuschaffen; die gröstesten dubia aber 3) wegen der Gerade, Mußtheil und Morgen-Gabe sich hervor thun wollen, da nicht gnug ist, daß solche in Sächsischen Rechten gegründet, und in dem vol. I. f. 14. b befindlichen documento sub A einigermassen versprochen, allermassen das ius Saxonicum commune nicht weiter, als so weit es angenommen, gilt, und das documen-

cumentum sub A auf die Sächsische und allgemeine übliche Landes-Rechte prouociret, und verordnet, daß es dabey ungeändert verbleiben solle, gleichwol in facto beruhet, ob daselbst unter denen adelichen das ius commune Saxonicum in diesem Punct in Schwange sey? woran man gezweiffelt, und dahero vol. II. fol. 73. der implorantinne
2 die Bescheinigung auferleget, so sie auch vol. II. fol. 130. sqq. angetreten, und es dahero darauf ankommt, ob die obseruantia dieser weiblichen Gerechtigkeiten in loco erwiesen sey? welches das rescriptum decisiuum vol. II. fol. 162. nicht vermeinet, bey der Gerade 4) auch keine exception zu machen, zumal der gantze contextus rescripti darleget, daß das decisum überhaupt die streitige obseruanz der weiblichen Gerechtigkeit, worunter die Gerade mit gehöret, concerniret und von allen dreyen speciebus zu verstehen sey, obwol der Gerade in specie und ausdrücklich nicht gedacht worden, nächstdem auch 5) die demonstratio obseruantiæ, so vol. II. fol. 130. sqq. befindlich, nicht zulänglich seyn möchte, zumal das documentum sub n. 1. 2. nichts mehr erweiset, als daß die Fr. von D. mit ihres Mannes Willen die Gerade erhalten, und an dessen Kinder geschencket, welches keine obseruantiam, sondern liberam conuentionem darthut, ex eo
3 autem, quod priuato arbitrio factum, non inducitur obseruantia,

Tom. I. conf. Marp. 3. et IV. conf. 6. n. 10. sqq.

wie dann das documentum sub n. 3. ebenfalls auf einen Vergleich sich gründet, welches abermal ad docendam obseruantiam nicht zureichen will, ein gleiches auch von dem Erb-recess sub n. 4. zu sagen, cum actus per transactionem et amicabilem compositionem gesti non sint consuetudinarii, und so viel 6) der Zeugen deposition betrifft, solche ebenfalls wenig ad obseruantiam probandam beytragen, da test. 1. vom Hörsagen deponiret, ad art. 14. aber nicht wissen will, ob die Gerade, Morgen-Gabe und Mußtheil daselbst im Fürstlichen Amte in obseruanz sey? worauf es gleichwol ankommt, ferner test. 3. ad art. 15. zwar ausfaget, daß unter den Bauers-Leuten die Gerade zu
4 Mittelhausen eingeführet sey, dennoch davon kein argumentum auf adeliche Domes zu machen, wovon allein die Frage sey; endlich die andere Zeugin ad art. 13. zwar deponiret, daß sie aus ihres seligen Ehe-Herrn Verlassenschafft die Gerade, Morgen-Gabe und Mußtheil erhalten, dennoch daraus nicht folgen will, daß sie solche ex obseruantia erhalten, als welche sie ex dispositione mariti wohl erhalten mögen, diesemnach es das Ansehen gewinnen will, als wenn die quæstionirte obseruantia nicht bewiesen sey.

Bachm. Conf. T. III. P. II.

Rationes decidendi.

Ad Lib. XXIII. T. III.

Weil aber dennoch wegen der vol. IV. fol. 15. sub A liquidirten Posten unter implorantinnen und imploraten keine sonderliche differenz ist, dieselbe auch aus denen documentis sub A bis I inclusiue mehrentheils liquid sind, hierüber implorantinne sich erkläret, wegen der Pachtungs-Posten, so an den Rittmeister von der D. bezahlet sind, bey künfftiger Anlegung des liquidi die Quittungen zu produciren, die Begräbniß-Kosten auch über die Gebühr nicht angesetzet, und mehrentheils beleget, die unbelegten aber keinen Zweiffel haben, bevorab da wohl zu glauben, daß implorantinne als Mutter ihrem leiblichen Sohn in solchen Kleinigkeiten nicht præiudiciren werde, wodurch was in rat. 2da angeführet, abgelehnet ist, bey der rat. 1ma aber zu erinnern, daß die Regul de electione in alternatiuis debitori competente hier nicht applicabel sey, zumal bekanter massen dieses ein beneficium viduæ ist, daß, wenn sie will ihren dotem nebst Gegenvermächtniß in denen Lehn-Güthern lassen, sie alsdann an dessen statt ein dotalitium zu
5 fordern berechtiget sey, so ihr aber nicht aufgedrungen werden kan, ne, quod in viduarum fauorem introductum, in earum odium vergat,

BERLICH *P. II. concl. 52. n. 9.*

GEORG SCHVLZ *Synopf. feud. c. 8. n. 229.*

wie wir anno 1719. auch würcklich also gesprochen, davon das responsum anführet

HOFFMANN *de Gerada P. II. p. 257. sq. n. 3.*

so viel aber das in rat. 3tia sqq. angeführte Mußtheil, Morgen-Gabe und Gerade betrifft, zwar nicht ohne ist, daß der implorantinnen per rescriptum decisiuum die obseruanz des Sachsen-Rechts in loco quæst. beyzubringen auferleget sey, sie auch zu dessen Behuf die Bescheinigung vol. II. fol. 129. angetreten, dennoch hierbey zuförderst voraus zu setzen, daß diese drey Stücke in Sächsischen Rechten gegründet, und mehrentheils in Sachsen noch bis dato in Gebrauch sind,
6

CARPZ. *P. III. c. 33. def. 20. sqq. et constit. 34.*

dahero dann keine geringe præsumtion daraus fliesset, daß solche auch in Fürstlichen Ämte daselbst in obseruanz seyn müssen, alermassen auch in denen mit Lehnsherrlichen consens bestätigten Ehe-pacts sub A vol. I. fol. 9. expresse versehen:

Was sonsten die Gerade, Mußtheil und andere weibliche Gerechtigkeiten betreffen kan, so bleibet es hierunter durchgehends nach der dispositi on der

Ad Lib. XXIII. T. III.

Sächsischen und denen üblichen Landes-Rechten ungeändert ꝛc.

welche clausul wenigstens anzeiget, daß man an diese weibliche Gerechtigkeit damahls gedacht und solche mit ausbedungen, und ohngeachtet der üblichen Landes-Rechte dabey gedacht ist, dennoch wohl zu glauben, daß man an der observanz derselben damahls wenig gezweiffelt, weil sonsten die gantze clausul, die doch ein pactum in sich hält, ohne allen effect seyn würde, quod interpretatio sana non admittit, und wenn zu diesem noch hinzu gethan wird, was in der geführten Bescheinigung angeführet, alsdann hieran um desto weniger zu zweiffeln, zumal was die in rat. 5ta angeführte documenta sub n. 1. 2. 3. 4. betrifft, die Erb-recesse und Vergleiche über die Gerade nothwendig einen Grund haben müssen, welche sonsten, wenn die observanz dieses iuris antiquissimi nicht vorhanden, solche denen Witwen nicht eingeräumet haben würden, wie denn auch unter denen Bauers-Leuten die Gerade aus eben dem Grunde üblich ist, wie die Zeugen darthun, ins besondere aber quoad rat. 6tam die Frau Witwe von T. vol. II. f. 143. deponiret, daß sie aus ihres Mannes Verlassenschafft diese Stücke sämtlich bekommen, sie auch von ihrem seligen Manne und andern gehöret, daß ihr seliger Vater ihrer seligen Frau Mutter diese weibliche Gerechtigkeiten abgekaufft, wohin auch vol. II. f. 132. test. imi Aussage wegen der Frau von D. rouliret, und ob auch dieser Zeuge gleich ex relatione aliorum deponiret, dennoch wenn solche Aussage mit denen vorher angeführten notablen momentis combiniret worden, um desto weniger an der Warheit der observanz daselbst zu zweiffeln, cum plura cum aliis iuncta probent, quæ seorsim posita parum vel nihil probant.

So hat, wie geschehen, erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBRVAR. MDCCXXXV.

Tit. IV. De pactis dotalibus.

RESPONSVM CCCCLIV.

THEMA.

Pactum dotale simplex colligitur ex verbis *Verabredung*, contract.

Vid. T. IV. Resp. LXI. Th. 2.

DECISIO CCCCLV.

THEMA.

Contra pacta dotalia simplicia neuter pacisentium in præiudicium alterius quid donare potest.

SVMMARIA.

Status causæ n. 1.

Pacta dotalia coram V. testibus confecta sunt mixta n. 2.

Pacta dotalia simplicia modum transferendi hereditatem constituunt n. 3.

Heres præstare factum defuncti debet n. 4.

Sub bonis vel hereditate cambium non comprehenditur n. 5.

Promissio in pactis dotalibus ius in re non transfert n. 6.

Promissio in pactis dotalibus per modum donationis propter nuptias, dominium non concedit n. 7.

Pacta dotalia simplicia sunt irreuocabilia n. 8. 13.

Sola conuentione ius perfectum alteri in alterius bonis conferri potest n. 9.

Donatio propter nuptias substantia non differt a dote n. 10.

Pacta dotalia censentur simplicia, quoties per illa plenum dominium transfertur n. 11.

Solus numerus V. testium non constituit pacta dotalia mixta n. 12.

Vnio prolium facultatem bona alienandi aufert n. 14.

Qui

Qui ex pacto dotali bona occupat, ad facta defuncti non obligatur n. 15.
Etiam solo pacto ius in re transferri potest n. 16.

Ad Lib. XXIII. t. IV.
Donatio propter nuptias transfert ius in re in vxorem n. 17.

Als derselbe uns eingewandte supplication und erfolgtes Verfahren in Sachen des Obrist-Lieutenants D. nachgelassener Witwen A. C. S. gebohrner S. itzo Bürgermeisters S. Ehe-Frau, Klägerin und appellantinnen an einem, und des Corporals unter dem ersten Bataillon Fürstlichen Leib-Regiments des Herrn Obristen und General-adiutanten von H. compagnie A. C. M. G. Beklagten und appellaten am andern Theil, in denen zurück kommenden acten ꝛc.

Nunmehr aus denen acten so viel zu befinden, daß der dem Beklagten auferlegte Beweiß, daß der selige Obrist-Lieutenant D. den quæstionirten Wechsel a 500. Thlr. ihm geschencket, nicht statt finde, sondern vielmehr die Schenckung, wenn solche gleich geschehen seyn sollte, als null und nichtig zu achten, und dannenhero Beklagter den quæstionirten Wechsel a 500. Thlr. an die Klägerin, als desselben Eigenthümerin, auszuliefern gehalten. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es ist zwar ratione formalium anfänglich erinnert worden, daß noch zuförderst zu erörtern sey, ob gegen dergleichen von gnädigsten Landes-Fürsten ertheilte rescripta einiges remedium suspensiuum statt finde, gleichwie aber das Verfahren über die supplication zugelassen ist, ausserdem auch das gedachte rescriptum nichts anders als pro sententia in instantia appellationis ad dominum territorii immediate interpositæ lata anzusehen, von welcher dasigen Gerichts-Brauch nach die supplicationes statt finden, so haben wir um desto weniger Ursache gefunden, an dieses remedii Richtigkeit zu zweiflen. So viel nun die materialia betrifft, so ist aus denen acten ersichtlich, daß per rescriptum decisiuum p. 94. erkant worden, daß Beklagter binnen Ordnungs-Frist, daß ihm der quæstionirte Wechsel von dem seligen Obrist-Lieutenant D. geschencket sey, erweisen solle, welchen Klägerin aber aus der Ursache nicht zulassen wollen, weil solcher Beweiß nicht releuiren werde, sondern allenfalls die Schenckung null und nichtig seyn müsse, dahero sie das remedium supplicationis ergriffen. Ob nun wol von Seiten des Beklagten vor die Richtigkeit dieser Schenckung, als worin quæstio præiudicialis allhier bestehet, angeführet worden, daß 1) Klägerin gegen dieselbe sich auf die zwischen ihr und ihrem seligen Ehemann getroffene Ehe-pacta bezogen, und solche zwar der äusserlichen apparence nach ein contractus und negotium inter viuos zu seyn schiene, dennoch man dabey nicht sowol auf die flosculos Notariorum, als probabilem agentium mentem zu sehen habe, nach welchem es mehr vor ein Geschäffte von Todes wegen, zumal in casum mortis darin disponiret ist, und dabey fünf Zeugen adhibiret worden, zu halten sey, cum plus valere debeat, quod reuera actum, quam quod simulate conceptum sit, und wenn auch 2) die pacta dotalia in vim contractus gelten sollten, dennoch daraus nicht folgen wolle, daß die geschehene Schenckung des quæstionirten Wechsels von 500. Thlr. nicht bestehen könne, angesehen dergleichen pacta potestatem contrahendi inter viuos niemand benehmen könten, sondern nur pro modo transferendi hereditatem post mortem zu achten, und da also 3) daraus die Beklagte ihrem seligen Mann zu erben verlange, sie auch dessen factum zu præstiren schuldig sey, cum quilibet heres teneatur præstare factum defuncti,

l. 14. C. de R. V.

so, daß nunmehro auch die Klägerin die von ihrem seligen Ehemann angeblich geschehene Schenckung als Erbin, eben so, als wenn sie solche selber gethan, zu halten schuldig sey,

l. 5. C. de serv. pign. dat. manumiss.

bevorab da 4) dieser Wechsel tempore mortis mariti nicht mehr in dessen Güthern, sondern vielmehr schon auf Beklagten transferiret gewesen, sie also, ob sie gleich ihres Mannes Erbin sey, sich dazu nicht legitimiren könne, da 5) nur blos der **Nachlaß**, dessen in Ehe-pactis mit klaren Worten gedacht ist, auf sie gefallen, darunter aber der quæstionirte Wechsel nicht mit begriffen sey, darneben sie ad 6) bey Lebzeiten ihres Mannes kein Recht an dessen Güthern, und nomina gehabt, sondern er nur, wie die formula pactorum dotalium lautet, er **versprochen** und **zugesaget**, daß sie künfftig ihm erben solle, ex qua promissione nullum ius in re transferri, certi iuris est, sodann wenn sie intendiret hätten, daß keiner ohne des andern Willen von dem Seinigen disponiren solle, sie solches wohl deutlicher ausgedrücket haben würden, so doch nicht geschehen, wie denn auch 7) der selige Obrist-Lieutenant zwar sein gantzes Vermögen per modum donationis propter nuptias ihr in denen Ehe-pactis versprochen, dennoch auch diese donatio kein modus transferendi dominium rei donatæ in alterum sey, allenfalls auch solches nur von denen immobilibus verstanden werden müsse, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn das re-

Ad Lib. XXIII. T. IV.

scriptum decisiuum schlechterdings bestätiget werden sollen.

Rationes decidendi.

Dennoch aber und dieweil die quæstio præiudicialis zuforderst hier auszumachen ist, ob, wenn gleich die Schenckung des quæstionirten Wechsels a 500 Thlr. von dem sel. Obrist-Lieutenant geschehen seyn solte, solche vor gültig, oder vielmehr ungültig zu achten, da, wenn das Letzte sich befinden sollte, alsdann der Beweiß würcklich umsonst seyn würde, diesennach, weil wir nach denen Ehe-pactis die quæstionirte Schenckung vor null und nichtig halten müssen, wir bey dem iniungirten Beweise nicht stehen bleiben können, angesehen die gantze Absicht der beyden Eheleute in denen Ehe-pactis, die unwiederruflich, wie ein contractus gemachet sind, und nach den alten Teutschen Rechten auch ihrer
8 Natur nach keiner reuocationi vnilaterali unterworffen,

CAROL. *de* MEAN *in iur. ciuil. Leod. obs. 520. n. 2. in f.*

LAMBERT. GORIS *in aduers. iur. tr. III. P. II. c. 2.*

HARPRECHT *de pign. in pact. dotal. constit. th. 17. n. 6. sqq.*

gäntzlich dahin gegangen, daß (a) bey beyder Lebezeiten einer auf des andern Güthern ein beständiges Recht erlangen: (b) dem überbleibenden dahero das gesamte Vermögen völlig eigen verbleiben und er solches behalten solte, wie solches die Ehe-pacta mit so deutlichen Worten, als in diesem negotio immer geschehen kan, klar vor Augen legen und das erste dadurch erhärten, daß die beyde Eheleute alle ihre gegenwärtige und zukünftige Güther, auch so gar die ausstehende Forderungen (dahin der itzige casus gehöret) einander zum respectiue Brautschatz und Gegenlage in Krafft und Gültigkeit *eines mit ihrer beyden expressen consens unwiederruflichen contractus* zugesaget und versprochen, und dadurch einer auf des andern Güther etiam sola
9 conuentione ein beständiges Recht so fort erhalten,

l. 1. in f. l. 2. D. pro soc.

zumahl gleich wie per dotis constitutionem von Seiten des Mannes ein dominium transferiret wird, also auch von Seiten des Mannes die Absicht gewesen, zugleich ein unwiederrufliches Recht an seinem Vermögen auf seine Frauen zu transferiren, cum donatio
10 propter nuptias nomine vel substantia non differat a dote,

l. 20. in med. C. de donat. ant. nupt.

adeo, vt etiam actio in rem pro tali donatione mulieri aduersus omnes possessores competat,

AVTH. *permissa C. eod.*

welches man zwar mit formulis iuris Romani ausgedrucket, dabey aber nach denen Teutschen Rechten bedungen, daß keines ohne des andern expressen Willen solchen contract wiederruffen solle, welches sowol de toto, als de parte zu verstehen, und dahero niemand ohne des andern Willen etwas davon verschencken und veräussern können, als wodurch pro parte ohne des andern consens eine Aenderung und reuocation der Ehe-pacten geschehen seyn würde; das andere aber ebenfals in denen Ehe-pactis genugsam bestimmet und dahin declariret ist, daß auf eines oder andern Todt alle des Verstorbenen gesamtes Vermögen der überlebende als sein **wohlgewonnenes Eigenthum**, haben, eigenthümlich behalten und frey darüber zu disponiren 11
Macht haben solle, und dadurch die alte Teutsche Art ex pacto ein beständiges Recht in vita et post mortem auf des andern Ehegatten Güther zu transferiren ausgedrucket ist, so, daß der sel. Hr. Obrist-Lieutenant, wenn er die quæstionirte Schenckung des Wechsels a 500 Thlr. gethan haben solte, nicht befugt gewesen ist, ohne der Klägerin Bewilligung solches zu thun, wie er solches selbsten auch wahrgenommen haben muß, und deswegen, dem Anführen nach, in grosser Geheim solche bewerckstelligen wollen, dagegen denn die rationes dubitandi nichts verfangen, da ad 1) die Worte gar zu klar sind, daß man daraus, wenn gleich 100 Zeugen 12
dabey gewesen, kein negotium m. c. machen, noch weniger ad 2) daraus schliessen kan, als wenn die freye dispositio von solchen Güthern einem ieden gelassen worden, als dessen Gegentheil aus denen rationibus decidendi vielmehr zu befinden, auch sonsten Rechtens ist, quod in præiudicium superstitis contra hæc pacta disponi non possit, cum certissimi iuris sit, ius illud, quod ex pacto duorum vni semel quæsitum est, eidem dissentienti et inuito ab altero pacisentium per pœniten- 13
tiam aufferri et reuocari non posse,

VOET. *in comm. ad tit. de pact. dotal. n. 62.*

RINGLER *de pact. illustr. success. p. 42.*

welches dann nicht allein auf die testamenta, sondern auch auf dergleichen Schenckungen, wie hier geschehen, zu appliciren, da sonsten, wenn diese, non obstante pacto, einem Ehegatten erlaubet seyn solten, nichts leichter seyn würde, als per donationes diese pacta zu eludiren, vnde etiam pacta vnionis proiium auferunt facultatem bona illa alienandi, de 14
quibus vnio facta est,

STRYK *de success. ab int. disp. VIII. c. 6. §. 29.*

und weil also ad 3) der überlebende Ehegatte nicht ex beneficio defuncti, sondern proprio iure, alle Güther bekommt, er das factum

ctum defuncti eben so wenig, als in Lehn-
15 güthern, quæ successione pactitia vnice deferuntur, præstiren darf, sodann ad 4) der quæstionirte Wechsel noch allerdings zu dem Vermögen des defuncti gehöret, da dessen Schenckung nulliter geschehen, und darauf kein Recht an dem Beklagten ohne der Klägerin Bewilligung, transferiret werden mögen, auch ad 5) bekant, daß das Wort Nachlaß, das gantze Vermögen bedeutet, darüber auch dem Ehemann, in vita zu disponiren, nicht erlaubet gewesen, das Gegentheil aber ad 6) aus dem Worte ver-
16 sprechen, nicht herzunehmen, da man wohl weiß, quod ius in re etiam solo consensu, ex voluntate pacisentium, transferri queat, *Ad Lib. XXIII. T. IV. l. 1. in f. et 2. D. pro soc.* welches absonderlich nach denen Teutschen Rechten unwidersprechlich, und ad 7) das 17 Gegentheil vorhin selbsten ex iure Romano dargethan und gezeiget ist, daß per donationem propter nuptias ein ius in re auf den andern transferiret werde.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE. MENSE IAN. MDCCXLI.

DECISIO CCCCLVI.

THEMATA.

I. Exceptio implementi non secuti ei non prodest, per quem stat, quominus hoc sequatur.

II. *Vtrum maritus ob desertionem indignus fiat successione ex pactis dotalibus.*

SVMMARIA.

In negotiis bilateralibus implementum ante omnia probandum n. 1.
Testamentum visibili vitio carens ius succedendi confert n. 2.
Hereditate indignus est, qui coniugem morbo oppressum negligit n. 3.
Desertor coniugi succedere nequit n. 4.
Animus deserendi ex vita et moribus colligitur n. 5.
Exceptio implementi non secuti ab eo opponi nequit, per quem stat, quominus implementum sequatur n. 6.
Mulier a domicilio mariti temere recedens desertrix est n. 7.
Contra pacta dotalia testamentum non valet n. 8.
Mulier, quæ se pro vidua alibi gerit, animum deserendi habet n. 9.
Maritus vxorem sequi non tenetur n. 10.
In iudicium vniuersale hereditatis etiam expensæ a reo factæ veniunt n. 11.
Desertio variis modis a malitia purgari potest n. 12.

Als derselbe uns geführten Beweiß und Gegenbeweiß, auch erfolgte Gesetze in Sachen I. E. S. verbligte D. Klägerinnen an einen, und E. S. und cons. wie auch I. C. N. und cons. Beklagte am andern Theil, nebst denen übrigen acten in dem zurück kommenden vol. act. ꝛc.

Daß Klägerinne dasjenige, was ihr zu beweisen obgelegen und sie sich angemasset, nach Nothdurft erwiesen, dahero Beklagte die quæstionirte Erbschafft alles Einwendens ohngehindert, nach einem inuentario, in dessen Ermangelung nach einer eydlichen specificatione, worin sie auch die Begräbniß-Kosten, und was sie sonsten erweißlich zu Behuff der verstorbenen S. ausgegeben und vorgeschossen, zu bringen wohl befugt sind, nach Abzug 10 Thlr. so denen Erben in Ehepacten ausgesetzet, abzutreten schuldig, iedoch werden die Unkosten aus bewegenden Ursachen gegen einander compensiret und aufgehoben. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Beklagte gegen den geführten Beweiß angeführet, daß 1) in denen Ehepacten, worauf Klägerinne das fundamentum ihrer Klage gesetzet, ein negotium bilaterale sey, und also dieselbe erweisen sollen, daß

Ad Lib. XXIII. t. IV.

daß ihr Vater von seiner Seite die Ehe-pacta erfüllet, welches implementum darin bestehet, daß er seiner Frauen versprochen, ihr bis
1 in den Tode alle eheliche Liebe und Freundschafft zu erweisen, imgleichen 1000 Thlr. am Gegenvermächtniß zu fuhren, worauf er doch nicht einsten articuliret, vielmehr 2) aus dem Gegenbeweiß sich veroffenbaret, daß er seit 20. Jahren ihr alle eheliche Liebe und Freundschafft denegiret und sie deseriret, binnen solcher Zeit auch ihr alle Nutzungen von dem Gegenvermächtniß entzogen, ihm dahero die exceptio non secuti implementi entgegen stehe.

MEV. *P. V. decis. 135.*

So dann 3) Beklagte ein testamentum visibili vitio carens vor sich hätten, nach welchem sie billig succediren müsten, bevorab da die verstorbene S. von denen Ehe-pacten abzugehen, gegründete Uhrsache gehabt, indem
2 4) aus dem Gegenbeweiß zu ersehen, daß der Klägerinne Vater seine Frau vor 20. Jahren verlassen, und die gantze Zeit, daß sie in M. gewohnet, sich nicht bey ihr eingefunden, sie bey ihrer einigen Wochen anhaltenden Kranckheit nicht besuchet, noch sich als einem Ehemann gebühret, ihrer angenommen, sondern dieselbe von gantz fremden Pfleg- und Wartung annehmen müssen, wie dann 5) die Beklagte, als der Rector N. dessen Ehe-leute und Frau Schwester, wie die Zeugen ad art. reprobat. 16. sqq. deponiren, die testatricinne in ihrer Kranckheit gewartet und gepfleget, gantzer vierzehen Tage in solcher Pflege nebst noch zwey Personen continuiret, auf die 12 Wochen mit Essen und Trincken unterhalten und selbige in der Kranckheit mit Artzeney versehen, wodurch sie sich der Erbschafft der defunctæ würdig, hergegen der Klägerin Va-
3 ter derselben unwürdig gemachet haben möchte,

Nov. 115. c. 3. §. 12.

wie denn auch einer von denen coheredibus dieselbe begraben lassen.

test. reprob. ad art. 23. et 24.

Absonderlich aber 6) zu erwegen, daß Klägerinnen Vater vor 20. Jahren bereits die defunctam verlassen, und so viel an ihm gewesen, diese Ehe aufgehoben, dahero, ob gleich die defuncta keinen desertions-proceß gegen ihn angestellet, und die Ehe iure gedau-
4 ret, er doch nicht succediren könne,

l. vn. §. 1. D. vnde vir et vx.

quod interpretes ad desertionis malitiosæ casum applicant, licet diuortium iudiciale secutum non fuerit,

CARPZ. *P. III. c. 26. def. 1. sq.*

STRYK *de success. ab int. diss. XII. c. 4. §. 10.*

bevorab da 7) die testatrix eo ipso an die Ehe-pacta nicht verbunden zu seyn sich erklä-ret, indem sie gegen die Ehe-pacta ihr Testament errichtet und dadurch solche reuociren wollen, ob sie gleich der reuocation nicht expresse gedacht, sie auch wol nicht einsten gewust haben mag, daß ihr Mann noch gelebet, da sie sich für eine Witwe ausgegeben. Im Gegentheil 8) Beklagte anführen, daß ihr Mann, nachdem er das zugefreyete Haus verkauffet, sich absentiret, daß die defuncta sich genöthiget gesehen, ihre Zuflucht zu ihrer Vater-Stadt nach M. zu nehmen, von ihr aber 9) animus deserendi nicht zu 5
præsumiren, weil sie nach der Zeugen Aussage das Lob gehabt, daß sie sich stille iederzeit aufgeführet, der Beklagten Vater hergegen 10) in der Welt herum vagiret, daß wenige ihn mehr gekant haben, und er so gar von denen Zeugen recognoscirt werden müssen, dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn Kläger sein fundamentum agendi nicht erwiesen habe, und Beklagte von angestelleter Klage zu entbinden.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) unter Ehe-Leuten die obligatio ad amorem mutuum et cohabitationem reciproca ist, und so wol der Mann der Frauen, als diese ihm alle eheliche Liebe und Freundschafft schuldig ist, und also beyde sowol ad implementum pactorum dotalium, als contractus matrimonialis verbunden gewesen, dagegen aber die Zeugen ad art. 4. prob. fol. 188. deponiren, daß zwar beyde Eheleute einige Zeit mit einander gelebet, aber die Frau der Beklagten Vater als ihren Ehe-Mann nicht mehr leiden wollen, sie also selbsten schuld daran gewesen, daß von seiner Seite das implementum nicht erfolget, bevorab da sie so gar von Magdeburg, als dem foro mariti vor 20. Jahren weg und nach M. gezogen, ihren Mann aber nicht obligiren können, daß er ihr gefolget, vielmehr dieser befugt gewesen, dieserwegen, wenn er gewollt, sich zu beschweren, mithin die exceptio implementi non secuti von demjenigen nicht opponiret werden kan, per quem stat, quo- 6
minus implementum sequatur,

l. 85. §. 7. de verb. obl.

l. 161. de R. I. c. 66. eod. in 6.

dahero Kläger von seiner Seite den Beweiß allerdings erfüllet, und ad 2) der defunctæ am meisten zu imputiren, daß sie von dem foro domicilii mariti entwichen, das Ihrige mit nach M. genommen, ihrem Mann den vsumfructum, ipsi iure debitum entzogen, und ihm Gelegenheit gegeben, daß er sich um sie wenig bekümmert, zumahl sie auch nach der Aussage ad art. reprob. 5. int. 5. f. 197. aus ihres Man-
nes Abwesenheit sich nichts gemachet, weil, wie 7
selbst die reprobatorial-Zeugen aussagen, sie beyde einander nicht leiden können, dabey gleichwol der Frauen weit mehr zu verdencken, daß

sie

sie von Magdeburg weg nach M. gezogen, und sie also mehr pro parte deserente zu achten, sie auch viuente marito von dem Gegenvermächtniß keine Nutzunge haben mögen. Und so viel 3) das testamentum derselben betrifft, solches denen Ehe-pactis, in vim contractus irreuocabiliter confectis, gantz zuwider und in so weit ungültig ist, daß die eingesetzte Erben nichts mehr als 10 Thlr. so ihnen in Ehepactis reseruiret, bekommen können, sie auch, wie es das Ansehen gewinnet, gemeinet haben muß, als wenn ihr Mann todt gewesen, weil sie sich vor eine Witwe ausgegeben, und also mehr ex errore als vera destinatione animi ihr Testament errichtet und solches auch dahero nicht bestehen mag; ausser diesem aber ad 4) dazu keine Befugniß gehabt, da vielmehr aus denen acten zu ersehen, daß sie nicht sowol deserta, als desertrix gewesen, und dahero ihr Mann sich über sie zu beschweren, mehr Ursache als sie gehabt, wie sie denn 9 auch in M. ihres Mannes nicht erwehret, vielmehr sich vor eine Witwe ausgegeben, und dahero animum rumpendi connubium, quantum in ipsa fuit, zu erkennen gegeben. So dann ad 5) nach der reprobatorial-Zeugen Aussage sie in M. keinen Mangel gehabt, wohl gelebet, und selbsten schuld daran gewesen, daß ihr Mann in ihrem Krancken-Bette keine hülffreiche Hand ihr leisten können, da sie von ihm in patriam gezogen, nach ihm kein Verlangen bezeuget, er aber denen bekanten 10 Rechten nach ihr zu folgen nicht schuldig gewesen, also um desto weniger alhier an einer priuatione hereditatis nach der Nov. 115. c. 3. §. 12. zu gedencken, als sie a marito nicht deserta et neglecta gewesen, sondern sie ihre eheliche Pflicht vielmehr, weil sie ihren Mann nicht leiden können, hindangesetzet und von ihm gewichen, und dahero aus ihrer eigenen Schuld geschehen, daß ihr Mann sie nicht begraben lassen, sondern die Beklagte dieses officium übernehmen müssen, weswegen sie so wol ratione expensarum funebrium, als anderen Aufwandt ihre Gegenrechnung führen und solche der eydlichen specification in- *Ad Lib. XXIII. T. IV.* seriren können, nicht aber damit, wie Klägerinne vermeinet, ad separatum zu verweisen sind, weil hier ein iudicium vniuersale ist, worin auch die expensæ mit hineingebracht werden müssen. Bey solchen Umständen also ad 6) der Beklagten Haupt-exception hinwegfällt, und dasjenige, was in thesi hier angeführet ist, in hypothesi keine application findet, wie dann auch selbsten in casu desertionis, nullo secuto diuortio, die Umstände wohl untersuchet werden müssen, cum multis modis desertio a malitia purgari possit, et præterea ante omnia constare debeat, quis 12 desertor fuerit, 11

CARPZ. *P. III. c. 76. def. 10.*

so, daß ad 7) es nicht einsten hier darauf ankommt, an voluerit, sed an potuerit pacta dotalia per testamentum reuocare, wie wol auch das erste, da sie sich pro vidua gehalten, selbsten noch zweiffelhaftig ist. Uebrigens ad 8) daß der Klägerinnen Vater nach dem Verkauff des Hauses sich gleich abtenret, mit nichts erwiesen, hergegen ad 9) völlig erwiesen ist, daß die S. ihren Mann nicht leiden können, und von Magdeburg nach M. gezogen, also alle præsumtion contra deserendi animum hinwegfällt. Endlich ad 10) abermahls nicht erwiesen, daß der Klägerin Vater in der Welt herum vagiret, zumahl, daß er sich von denen Zeugen recognosciren lassen, die Beklagte schuld sind, als welche wider besser Wissen ihn vor der testatricinnen Mann nicht halten wollen, und ihm exceptionem legitimationis ad causam opponiret. Uebrigens doch Beklagte einige causam defensionis vor sich gehabt, weswegen die Unkosten zu compensiren gewesen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVG. MDCCXLIII.

RESPONSVM CCCCLVII.

THEMATA.

I. Pacta dotalia ab vno coniugum reuocari nequeunt.

II. *Conditio:* SI SINE LIBERIS, *extitisse censetur, quoties liberi quidem nati, sed ab hereditate abstinuerint.*

III. *Inops coniux quartam iure proprietatis consequitur,*

Ad Lib. XXIII. T. IV.

tur, si filia in legitima instituta, reliqua bona vero extraneo relicta.

SVMMARIA.

Pacta dotalia mixta colliguntur ex numero 5 testium n. 1.

Vel ex formulis successionem hereditariam designantibus n. 2.

Vltima voluntas reuocabilis est n. 3.

Mortis caussa donatio reuocari potest n. 4.

Pacta dotalia sub conditione: si sine liberis, *corruunt, quoties liberi nati* n. 5.

Successio iuris communis reseruata, simul testamentariam comprehendit n. 6.

Conditio: si sine liberis, *defecisse videtur, si liberi patrem superuixerint* n. 7.

Siue heredes facti fuerint, siue non n. 8.

Successio pactitia iure Romano incognita n. 9.

Non iure Germanico n. 10.

Institutæ Germaniæ ex iure Romano non explicanda n. 11.

Successio pactitia ex iure Germanico explicanda n. 12.

Pacta successoria irreuocabilia n. 13.

Licet futuræ hereditatis mentionem faciant n. 14.

Verbum contraxerunt, gesserunt *ad vltimas voluntates non pertinet* n. 15.

Pacta dotalia reciproca reuocari nequeunt ab vno citra manifestam fraudem n. 16.

Conditio: si sine liberis, *non deficit, si* 1) *tales existunt et* 2) *simul heredes facti* n. 17.

Non si repudiarunt n. 19.

In pactis dotalibus alienæ successiones propriis coniugum successionibus postponendæ n. 18.

Ex coheredibus inuicem substitutis non alii admittuntur, quam qui heredes extiterunt n. 20.

Conditio: si sine liberis et heredibus, *pro existente habetur, quoties repudiarunt* n. 21.

Fideicommissa tanquam odiosa restringenda n. 22.

Pacta dotalia successoria sub conditione: si liberi non nati, *Germanicam veterem coniugum successionem firmant* n. 23.

Pacta successoria sub tali conditione facta non expirant, nisi liberi etiam heredes facti n. 24.

Repudiatio in fraudem fideicommissi vel substitutionis non valet n. 25.

Repudiatione a liberis facta, pacta dotalia sub conditione: si sine liberis, *confecta plenum vigorem consequuntur* n. 26.

Liberi instituti morte testatoris existere debent, quoties pro valore dispositionis pugnatur n. 27.

Cautio ab eo caute non exigitur, cuius successio speratur n. 28.

Vidua vsumfructum quartæ ex auth. præterea consequitur, si cum filia concurrit n. 29.

Et quidem ex sententia quorundam in tota hereditate concurrere debet n. 30.

Vsusfructus in quarta coniugi fauore liberorum assignatus n. 31.

Si filia in legitima, in reliquis extraneus institutus, quarta inopi debetur iure proprietatis n. 32.

Extraneus de proprietate quartæ nil participat n. 33.

Die facti species, worüber mein rechtliches Gutachten verlanget worden, verhält sich folgendergestalt.

Es hat der verstorbene camerarius D. C. ehedessen in anno 1704. mit seiner verlobten Braut T. Ehe-pacta errichtet, worin verabredet worden, daß beyde Theile gleich nach beschrittenen Ehe-Bette in allen Stücken und Posten völlige Erben seyn und bleiben sollen und wollen. Wenn aber bey entstehenden Todes-Fall ein oder mehrere in dieser Ehe mit einander gezeugete Leibes-Erben annoch im Leben, alsdann es lediglich bey denen Landesconstitutionen und Statuten, und in deren Ermangelung bey denen allgemeinen Kayserlichen Rechten verbleiben, auch solche Ehepacta stet und feste gehalten werden sollten. Nachhero und zwar am 12. May 1726. hat der sel. Hr. camerarius D. ein testamentum iudiciale errichtet, worin er 1) seine einzige Tochter Catharinen Dorotheen in $\frac{1}{3}$ als in legitima instituiret, 2) in denen übrigen $\frac{2}{3}$ seiner Tochter künftige eheliche Kinder zu Erben eingesetzet und deren Vater, dem Hrn. G. den vsumfructum und die administration entzogen: ferner 3) seine Kindes-Kinder, wenn eines vor dem andern mit Tode abgehen würde, einander mit Ausschliessung der Eltern in infinitum substituiret: 4) so ferne aber seine Tochter entweder gar keine eheliche Leibes-Erben nachliesse, oder diese vor ihr mit Tode abgehen würden, so dann im gedachten $\frac{2}{3}$ seinen Bruder Curd Burchard D. und dessen ehel. Leibeserben, ferner seine älteste Schwester Annen Lucien und deren eheliche Leibes-Erben, und endlich seine jüngste Schwester Catharinen Magdalenen und deren Leibes-Erben solchergestalt substituiret, daß dieselbe sämmt und sonders so dann ihm oder seinen instituirten Kindes-Kindern nach Anleitung der allgemeinen Erbschaffts-Rechte iuxta proximitatem gradus succediren, seinen Kindes-Kindern aber der Cammer-secretarius

rius P. zum curatore gesetzet seyn solte; übrigens aber hat er seiner Frauen die freye Wohnung mit dem Genuß der Braugerechtigkeit und des Gartens, auch jährlich am baaren Gelde 150 Thlr. legiret. Nachdem nun der Cämmerer D. den 29. Decembr. 1734. dieses Zeitliche gesegnet, und eine Frau, eine einzige Tochter, des G. Ehefrau, einen Bruder, und zwey Schwestern verlassen, so entstehen hierbey folgende Fragen:

Quæstio I.

Ob der Cämmerer D. befugt gewesen die Ehe-pacta von 11ten April 1714. per testamentum zu ändern?

So viel nun die erste Frage betrifft:

Rationes dubitandi et decidendi.

So sind vornemlich zwey momenta anzutreffen, welche die Befugniß, die Ehe-pacta per testamentum ändern zu können, unterstützen möchten, deren erstes darin bestehet, daß allhier pacta dotalia de futura successione coniugum vniuersali vorhanden, und also mixta seyn, welche liberæ mutationi testamentariæ unterwürffig geachtet werden, angesehen nicht allein 1) die Ehe-pacta coram
1 testibus verfertiget, welche ad pacta dotalia mixta ex communi interpretum sententia erfordert werden, quod in quauis vltima voluntate, quæ formale testamentum non constituit, ad minimum quinque testes requirantur,

l. f. §. 3. C. de codic. l. f. C. de m. c. donat.

LAVTERB. *ad tit. de pact. dotal. §. 14.*

STRYK. *in vs. mod. tit. de pact. dot. §. 3.*

sondern auch 2) expresse formulæ successionem hereditariam designantes darin gebrauchet sind:

2 so wollen und sollen beyde Theile nach beschrittenen Ehe-Bette in allen Stücken und Posten völlige Erben seyn und bleiben,

welche formula nach ihrem eigentlichen Ausdruck und Absicht pacta dotalia mixta anzeiget,

STRYK *de caut. contr. sect. 3. c. 8. §. 21.*

CARPZ. *P. II. c. 43. def. 5. et 6.*

in iure communi aber 3) ausgemachet ist,
3 quod vltima voluntas reuocabilis sit vsque ad extremum vitæ halitum,

l. 4. D. de adim. legat.

wie denn aus solchem Grunde auch eine do-
Bæhm. Conf. T. III. P. II. natio m. c. einseitig jederzeit reuociret werden mag, ob solche gleich mutuo consensu beyder Partheyen vollenzogen ist, welchem noch viele andere bekante rationes beygefüget werden, welche anzuführen überflüßig ist. 4

Ad Lib. XXIII. T. IV.

HEESER *de commun. bonor. diuis. P. II. loc. II. n. 127.*

STRYK *de success. ab int. diss. 8. c. 5. §. 41. et de caut. contr. sect. 3. c. 8. §. 18.*

KOHL *de pact. dotal. P. II. n. 59.*

Diesem tritt 4) noch das andere momentum hinzu, zumahl, wenn gleich die Ehe-pacta ratione dieser etablirten successionirreuocabel seyn sollten, dennoch solche nicht pure, sondern 5
sub conditione:

wenn sie ohne Leibes-Erben mit Tode abgehen würden,

abgefasset, und in casu existentium liberorum es lediglich bey denen Landes-constitutionen und Statuten, oder in Ermangelung derer bey den allgemeinen Käyserlichen Rechte gelassen ist, und da nun dieser casus hier würcklich vorhanden, zumahl der sel. Cämmerer D. eine einzige Tochter, die Fr. G. nach sich gelassen, und solche zum Erben in legitima instituiret, will es das Ansehen gewinnen, daß es dabey zu lassen sey, bevorab da 5) eines Theils nunmehr ohnedem die successio reciproca coniugum wegfällt; andern Theils in denen letzten Worten der einzigen Tochter kein ius succedendi ab intestato zugeeignet, noch sie daraus ein ius succedendi conuentionale sich attribuiren kan, sondern nur das ius prouinciale et commune in solchem regard reseruiret worden, 6
welches sowol testamentariam als legitimam successionem zum Endzwecke hat, man also nicht sagen kan, daß durch das testamentum gegen die Ehe-pacta gehandelt sey. Endlich so ferne auch 6) die Frau G. die väterliche Erbschafft repudiiren und dadurch zu erhalten vermeinen sollte, daß die successio coniugum, in casu deficientium liberorum, wieder statt finden müsse, so will dennoch solches nicht allein daher mißlich seyn, weil, wie schon gedacht, die pacta dotalia an und vor sich selbst pro reuocabilibus zu halten, ja, wenn auch solche irreuocabel seyn sollten, dennoch der casus successionis vniuersalis um deswillen nicht statt finden mag, weil die conditio: si sine liberis, hier nicht existiret, etenim si patrem superuixerint liberi ex eo nati, conditio, si sine liberis decesserit, defecisse videbitur, nec quæritur, an heredes extiterint? 7

l. 114. §. 13. D. de leg. 1.

welche letzte Worte der Sache den klaren Ausschlag zu geben scheinen, und absonderlich von dem casu gelten müssen, wenn die Kinder Erben seyn können, aber nicht wollen, wie die interpretes iuris mit mehrern ausführen.

Ad Lib. XXIII. T. IV.

IOSEPHVS *de* RVSTICIS *in comment. ad l. cum anus 102. de condit. et demonstr. lib. III. c. 2. n. 10. sqq.*

8 BRVNNEM. *ad cit. l. 114. n. 9.*

SANDE *lib. 4. tit. 5. def. 9. vers. pro rea etc.*

GAIL. *lib. 2. obs. 136. n. 1. sqq.*

MANTICA *de coniect. vlt. vol. lib. XI. tit. 6. n. 14. et 15.*

GRAEVE *ad* GAIL. *cit. l. n. 4.*

Diesem allen aber ungeachtet finde ich die angeführten momenta nicht zureichend, die successionem aus denen Ehe-pacten aufzuheben. Denn so viel den ersten, andern und dritten Grund betrifft, so ist zuforderst voraus zu setzen, 1) daß die successio pactitia nach denen Römischen Rechten offenbahr unerfindlich, und dergleichen pacta dotalia als null und nich-
9 tig anzusehen, vt inde nulla potuerit institui actio,

l. 5. C. de pact. conuent. tam super dote.

l. 15. C. de pact.

l. 3. C. de collat. l. f. D. de suis et legit.

dahero wenn nach denen Römischen Rechten die gegenwärtigen pacta beurtheilet werden sollten, so würd alles, was davon angeführet worden, auf eine leere dispute hinaus lauffen, und ex iure Romano contra huius iuris principia, wie bey denen mixtis in rei veritate geschiehet, disputiret werden. Da aber dieses höchst ungereimt und ohne offenbaren Widerspruch nicht kan angenommen werden, gleichwol die Rechtslehrer in Teutschland dar-
10 in übereinkommen, daß dergleichen pacta successoria durch gantz Deutschland gelten, so muß wol deren validität und Gültigkeit aus einem andern Grund, nemlich aus denen alten Teutschen in beständigen Flohr gebliebenen Rechten und Gesetzen hergeholet werden, davon ich die rudera mit mehren in einer eigenen dissertation ausgeführet,

diss. de success. heredit. coniug. ex pact. dotal. c. 1. §. 8.

und den consensum vieler tapffern Rechtsgelehrten dabey angefüget habe, wohin absonderlich auch abzielen

STRYKIVS *in vs. mod. ad tit. de pact. dotal. §. 3. et 10. in f. et de success. A. l. diss. 8. c. 5. §. 15.*

SCHILTER *ex. 36. §. 93. in f.*

11 Gleichwie es aber unvernünftig ist, dergleichen instituta iuris Germanici, die wider das Römische Recht sind, nach dem Maaßstab des Römischen Rechtes abmessen und argumenta von der m. c. donatione et de quinario testium numero machen wollen, also weiset vielmehr die gesunde Vernunft, daß diese successiones pactitiæ, ohne welche das gantze Lehn-Recht hinwegfallen würde, bloß aus denen principiis der allgemeinen Teutschen Rechte, woraus auch die Lehn-Rechte entspringen, beurtheilet, und deren efficacia daraus muß hergenommen werden, wie ich mit 12
mehrern in der angeführten *dissert. c. 2. §. 5.* dargethan. Weil nun solche pacta successoria weder m. c. donationes sind, noch mit denenselben auf einige Weise conferiret werden können, da sonsten die Römer solche nicht absolute verwerffen, sondern solche nothwendig secundum quid gelten lassen müssen; also kan auch die einseitige facultas reuocandi talia pacta aus denen Römischen Rechten um deswoweniger behauptet werden, da nach den 13
Teutschen Rechten alle pacta bekanter massen eine grosse Krafft et sanctitatem haben, und irreuocabel, auch nirgends dergleichen pacta successoria von dergleichen generali obligatione ausgenommen sind, als welche iederzeit mutuo consensu et per modum contractus gemachet werden, und deswegen mehrentheils von steter und fester Haltung derselben darin Verordnung geschiehet. Und da nun 2) diese clausul mit dürren Worten sich in gegenwärtigen Ehe-pactis befindet, so erinnert HARPRECHT davon gar wohl, pacta eiusmodi successoria irreuocabilia effici posse, ex quo in huiusmodi pactionibus talia haud raro verba non tam ex imperitia Notariorum, istas tabulas scribentium, quam ex seria et enixa pacisentium voluntate, inser-
ta occurrant, quæ tametsi de futura hereditaria atque vniuersali successione sint concepta, tamen talem pacisentium voluntatem, quod hæc ipsa conuentio de successione nulli reuocationi obnoxia esse debeat, haud obscure ad oculos iudicantium ponant, 14

HARPRECHT *de pign. in pact. dotal. consilt. §. 17. n. 6.*

welches er daselbsten mit der Uebereinstimmung vieler Rechtsgelehrten behauptet, und ohngeachtet, daß er in dem irrigen Wahn noch stecket, hanc successionem pactitiam iure m. c. donationis fere censeri, dennoch dafür hält, quod ob adiectionem talis clausulæ naturam m. c. donationis prorsus deponat, wiewol solche clausul ohnedem allemahl darunter billig zu verstehen ist. Eben dieses hat er abermahl *cit. l. §. 34. n. 10. sqq.* behauptet, welchem ich noch vieler anderen ICtorum allensum *cit. l. §. 7.* hinzugethan, aus denen alten Teutschen Rechten §. 8. bekräfftiget, und die Uebereinstimmung der statutorum, welche wahre riuuli aus denen alten Teutschen Rechten sind, beygefüget, dem zufolge denn dieses pactum in vim contractus irreuocabilis gelten muß, cum etiam verba: 15
CONTRAXERVNT, GESSERVNT ad vltimas voluntates non pertinent,

l. 20. de V. S.

welches ich durch viele præiudicia unserer Facultät bestätiget,

tem.

tom. II. P. I. consult. et decis. arg. 560. n. 10. sqq. 561. n. 9. sqq. 562. 564. n. 6. sqq. etc.

die diesen pactis dotalibus gantz gleich kommen. Hieraus folget nun 3) von selbsten, daß der Cämmerer D. von solchen Ehe-pacten einseitig so wenig in seinem Testament abgehen können, als andere Verträge, pacta und contractus zu reuociren nicht erlaubet ist, bevorab da hier die successio reciproca unter beyden Eheleuthen bestätiget, und man wohl weiß, wie bündig dergleichen dispositiones zu achten, in welchen sich des einen Versprechen in des andern seiner reciproquen Zusage gründet, und wer solche einseitig und heimlich bricht, den andern offenbar betrieget, fraudibus hoc modo optime occurritur, ne vnus coniugum vana promissione alterum decipere ac promissa pro lubitu reuocatione sine vllo eius merito deludere possit. Et licet rationem vltimæ voluntatis quoad effectum deferendæ
16 hereditatis sortiantur, sunt tamen eadem pacta, et modus ex his succedendi conuentionalis et sic ex natura conuentionum irrruocabilis.

HAHN *de iur. rer. concl. 72. n. 12.*

MVSCVL. *de success. conuent. m. 1. n. 34. sqq.*

Accedit etiam non contemnenda ratio, quod concessa hac libertate reuocandi in testamentis nemo fere certus esse possit de iis, quæ conciliando matrimonio promissa fuerunt; aperta ita via se inuicem decipiendi speciosis illectamentis,

LAMBERT. GORIS *tr. III. aduersar. iur. P. II. c. 2.*

VOETIVS *ad tit. de pact. dotal. n. 59.*

So viel aber nun 4) nach der bestätigten irreuocabilität derer Ehe-pacten das andere momentum betrifft, so ist zwar andem, daß in casu existentium liberorum die successio coniugum pactitia hinweg fallen und aufhören könne, und es gedachter massen bey denen Landes-Ordnungen und Kayserlichen Rechten sein Verbleiben haben müsse; gleichwie aber solche Verfassung blos in regard derer gebohrnen Kinder, vtpote qui potentius ius succedendi habent, versehen; also ist leicht zu begreiffen, daß die in Ehe-pactis gesetzte condition:

Wann sie ohne Leibes-Erben mit Tode abgehen würden,

nicht blos existentiam qualemcunque liberorum, sondern vielmehr auch dieses zum Grunde habe, wenn auch die Kinder würck-
17 lich ihren verstorbenen Eltern erben würden, als worauf die gantze Verfassung der Ehepacten abgezielet, mithin wenn 5) die Frau G. ihrer conuenientz gemässer befinden sollte, der successioni testamentariæ in legitima sich gäntzlich zu begeben, so würde alsdann nach der wahren Absicht derer Ehe-pacten der casus, daß der selige Cämmerer D. ohne Leibes-Erben verstorben, würcklich vorhanden seyn, und es nach denen Ehe-pactis gehen müssen, welche auf solchen Fall die successionem coniugum reciprocam fest gesetzet, und solche allen fremden successionibus, die nunmehro im Testament deficientibus nepotibus angeordnet, vorgezogen ist, dergestalt, daß man hier des Iustiniani effatum wohl herziehen kan, in pactis dotalibus 18
alienas successiones propriis coniugum successionibus postpositas fuisse,

Ad Lib. XXIII. T. IV.

l. 30. C. de fideicomm. in f.

ex qua lege infertur, quod cum conditio: si sine liberis, quasi hi potentius ius ex con- 19
iecturata mente habeant, apponitur, ita demum dispositio in hunc casum facta deficit, si succedant; secus si repudient.

IOSEPHVS *de* RVSTICIS *in comment. ad l. 102. D. de condit. et demonstrat. lib. III. c. 14. n. 6.*

Hæc enim conditio non solum formaliter, sed etiam finaliter fuit adiecta, h. e. fauore liberorum, si cum effectu succedant; requiritur itaque qualitas hereditaria in effectu, cumque non entium non sint qualitates, ipsorum vacua existentia substituto (vel hoc casu, heredi pactitio) negotium facere non debet; actus namque agentium iuxta intentionem ipsorum operari non debent vltra propositum, quod mente concipiunt,

IDEM *cit. l. lib. III. c. 2. n. 22.*

dieses alles bestätiget auch der Ausdruck der condition in denen Ehe-pacten, in welchen zweymahl der Leibes-Erben sehr nachdrücklich gedacht wird, welches einen doppelten Begriff in sich hält: a) daß sie natürlich gebohrne Kinder und b) zugleich Erben sind, als welche natiua significatio der intentioni paciscentium gantz gemäß ist, welche die succession der gebohrnen Kinder zum Grunde gehabt; quoniam, si liberi sibimet inuicem sub nomine coheredum substituti sunt, non alii vocantur, quam qui et scripti sunt heredes et extiterunt,

§. 7. I. de pupill. substit. 20

l. 8. §. 1. de vulg. et pupill. substit.

atque adeo, si clausula: si sine liberis heredibus, adiecta, conditio extitisse intelligitur, si nolint vel non possint esse heredes,

IOSEPHVS *de* RVSTICIS *cit. l. lib. 3. c. 2. n. 1.*

IO. DEL CASTILLO *lib. 5. coniect. et interpr. vlt. vol. c. 136. n. 57.*

übrigens obwol 6) bey der conditione: si sine liberis, die interpretes aus dem l. 114.

Ad Lib. XXIII. T. IV.

§ 13. D. de leg. 1. generaliter davor halten, daß man nicht eben darauf sehen müsse, an heredes extiterint, so ist doch solche interpretatio sehr behutsam und cum grano salis
21 billig zu verstehen. Denn a) kommen die Rechts-Gelehrten durchgehends darin überein, daß, wenn der testator die formulam also abgefasset, si sine filiis et heredibus, alsdann die condition pro existente zu halten, si nolint vel non possint esse heredes,

IOSEPHVS *de* RVSTICIS *cit. tr. lib. 3. c. 2. n. 1.*

IOH. DEL CASTILLO *lib. 5. de coniect. et interpr. vlt. vol. c. 136. n. 57.*

mit welchem die Formul: wenn sie ohne Leibes-Erben mit Tode abgehen würden, ganz genau überein kommt. b) So ist auch bey der ratione cit. l. 114. wohl zu mercken, daß die decision auf den casum fideicommissi gehet: cum erit rogatus, si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere, welche eine grosse Bestrickung der Güther und gewöhnlicher massen einen pomum Eridos, wie die Erfahrung lehret, in sich halten, und deswegen mehr zu restringiren, als zu extendiren sind,

22 PEREGRIN *de fideic. art. 1. n. 23.*

HARPRECHT *vol. nou. conf. 48. n. 256. sqq.*

und obwol die fideicommissa familiæ einigen favorem in sich halten, so kan doch solches nicht in genere auf alle fideicommissa gezogen werden, aus welcher Absicht der ICtus in cit. l. 114. geschlossen, daß nicht eben darauf zu sehen, ob die Kinder Erben worden sind, sondern schlechterdings das fideicommissum, wenn Kinder vorhanden, hinweg falle. Dieses lässet sich aber c) auf diesen casum nicht applicíren, da die successio pactitia zwischen zween Eheleuthen auf den Fall fest gesetzet, wenn sie ohne Leibes-Erben versterben würden, weil darin offenbar die Absicht auf den casum successionis liberorum gerichtet gewesen, und von denen ältesten Zeiten her in dergleichen successionibus coniugum pactitiis diese condition cum effectu zum Grunde gesetzet ist, wie die alten formulæ bey dem Marculfo, Bignonio und Sirmondo, so der berühmte Baluzius tom. II. capitular. ediret, solches klar an den Tag le-
23 gen, zumal in solchen Ehe-pactis das alte Recht, nach welchem, in casu deficientium liberorum heredum, die Eheleuthe einander succediret, und noch an vielen Orten solches auch citra pacta iuris ist, repetiret oder vielmehr conseruiret worden. Solches ist an denen Orten vornemlich nöthig befunden worden, wo man das Römische Recht zur Universal-Regul geleget, weil man daselbst durch kein ander Mittel die alten teutschen Gewohnheiten als durch Verträge und pacta conseruiren können, also auch billig ist, daß solche nach denen alten moribus, nach welchen Eheleuthe einander succediret, erkläret werden. Dieses alles ist d) um desto mehr zu statuiren, da allhier die successio pactitia irreuocabilis vorhanden, die nicht blos a testatoris arbitrio, wie etwa die testamentariæ dispositiones, dependiren, sondern da es bey der interpretatione der gesetzten condition: wenn sie ohne Leibes-Erben mit Tode abgehen würden, auf den Verstand beyder contrahirenden Eheleuthe ankommt, 24
welche primario intendiret, daß ihre Kinder erben, im Fall aber entweder keine vorhanden, oder nicht erben würden, alsdann die Eheleuthe einander zu succediren befugt seyn sollten, welches also per testamentum nicht geändert werden mögen. Soferne man aber 7) hiebey auf die Gedancken kommen sollte, daß solche repudiatio in fraudem fideicommissi et substitutionum geschehen, mithin also hier der titulus D. si quis omissa testamenti causa ab intest. vel al. modo hered. possid. einschlagen und dennoch die si 25
deicommissa ihren effect erreichen würden, so wird ein jeder gar bald begreiffen, daß solches bey solchen Erbschafften, die mit fideicommissis beschweret werden können, allein angehet, aber auf successiones pactitias, quæ fideicommissis et substitutionibus gravari non possunt, nicht gezogen werden möge, weil sonsten contra fidem datam die nachgelassene Witwe, die nach denen Ehepactis succediret, diese fideicommissa zu præstiren schuldig seyn würde. Ein anders ist, wenn die repudiatio in favorem substituti vel heredis ab intestato geschiehet, welche um deswillen die legata und fideicommissa zu præstiren schuldig sind, weil sie mit sol- 26
chen grauiret werden mögen, so sich aber auf die hinterlassene Witwe nicht applicíren lässet, die ein ius succedendi quæsitum ex pactis dotalibus hat, im Fall ihre Frau Tochter nicht succediren sollte, so ihr durch dergleichen fideicommissa nicht geschmälert werden mögen. Endlich ist zwar 8) nicht zu leugnen, daß der testator seine Kindes-Kinder in denen übrigen $\frac{2}{3}$ zum Erben instituiret, und also die condition: si sine liberis, nicht ermangelt sey,

l. 30. C. de fideicomm.

gleichwol ist zu bemercken, daß a) der testator solches Testament anno 1726. gemachet, zu welcher Zeit er Hoffnung gehabt, daß er tempore mortis von seiner Tochter nepotes vel neptes haben würde; weil aber es b) sich gefüget, daß die Tochter-Kinder ante auum maternum vorweg gestorben, und tempore mortis testatoris keine nepotes sich befunden, so kan auf diese nicht weiter reflc- 27
ctiret

Ad Lib. XXIII. T. IV.

ßiret werden, cum hereditas per mortem deferatur, und da keine Tochter-Kinder sind, auch ich dabey voraus setze, daß die Frau G. nicht gesegnet sey, (quod alioquin posthumus pro iam nato habendus esset) so kommt allerdings es auf die Frage an: wem nunmehr, wenn die Frau G. nicht erben will, die Erbschafft zufalle? welches nach dem vorhergehenden zu decidiren, und wenn gleich noch ungewiß ist, ob nicht noch Tochter-Kinder gebohren werden können, so wird dennoch der Frau Witwen die succession nicht benommen werden können, wenn sie zur caution de restituenda hereditate sich offeriren und verbinden sollte, daß, auf den Fall die Enckel die Erbschafft von ihr begehren würden und sie dazu condemniret werden sollte, sie solche ihnen cum fructibus abtreten wollte, so aber 9) vielleicht ihnen mehr schädlich als vortheilhafftig seyn dürffte, zumal sie eines Theils doch der Grosmutter mediate zu erben, Hoffnung haben, und dermahleinsten ihnen der Genuß der Erbschafft
28 nicht entstehen kan, andern Theils sofort sie sich, oder ein ander in ihrem Namen, hierin opiniatriren sollte, sie sich befürchten müssen, daß, nach dem Exempel ihres mütterlichen Grosvaters, sie auch die Grosmutter, ja die Eltern selbsten in legitima nur zu Erben einsetzen können, und es ihnen also ergehen würde, wie in denen fabulis Æsopi es dem Hunde ergangen, der nach dem Schatten des Stück Fleisches, so er bereits in Munde gehabt, in Wasser geschnappet, und darüber das wahre commodum verlohren.

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß der Cämmerer D. nicht befugt gewesen, die mit seiner nachgelassenen Witwe getroffenen Ehe-pacta zu ändern, sondern wenn die Tochter die Erbschafft ihres Vaters repudiiren sollte, die Witwe ex pactis dotalibus völlige Erbin sey.

Quæstio II.

Ob allenfalls, wenn gleich die pacta dotalia testamento geändert oder aufgehoben werden mögen, dennoch der nachgelassenen Witwen ihre quarta ex Nou. 53. et 117. gebühre, und deren Frau Tochter præter legitimam die proprietas singulari iuris beneficio conferuiret bleibe?

Rationes dubitandi.

Hiebey ist nun allenfalls voraus zu setzen, daß die nachgelassene Witwe indotata, oder ihrem Vermögen nach in dem Stande sey, daß sie zu dieser successione singulari in quartam sich legitimiren könne, und weil sie nach der Nou. 115. nur den vsumfructum davon geniesset, quoniam cum filia concurrit, 29 so ist sie nicht einsten dasjenige, was ihr im Testament vermachet, sich daran anrechnen zu lassen schuldig, als welche Anrechnung nur geschiehet, si in proprietatem succedit,

STRYK *de succeſſ. ab int. diſſ. IV. c.1. §.35.*

übrigens aber, ob ihrer Frau Tochter ausser der legitima noch die proprietas dieser quartæ zustehe, will dahero gezweiffelt werden, weil in der Nou. 115. von dem casu disponiret wird, cum liberi succedunt in tota hereditate,

KOHL *de ſucceſſ. conjug. P. poſter. n. 88.*

in welchem Fall denen Kindern die proprietät allerdings zustehet; im Gegentheil die ratio 30 cessiren möchte, wenn sie allein in legitima zum Erben instituiret, in welchem Fall sie vltra legitimam nichts bekommen, vielmehr damit vergnüget seyn müssen, auch nicht zu befinden, daß in solchem Fall ausserdem die proprietät ihnen gebühre.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch offenbar ist, daß der Kayser der Mutter nur blos den vsumfructum in der quarta fauore liberorum assigniret, ne nimis lædantur in successione, wohin die Worte der Nou. 117. c. 5. abzielen: 31 dominium autem illis filiis seruetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit, woraus denn nothwendig folget, daß, wenn der Vater seine einzige Tochter in legitima, in dem übrigen Vermögen aber extraneos zum Erben einsetzet, die nachgelassene Witwe entweder ihre quartam iure proprietatis plenæ haben müs- 32 se, weil der Tochter legitima mit dem vsufructu materno nicht grauiret werden mag, und es also in effectu auf den casum hinaus laufft, si cum extraneis succedit, als welchen die proprietät nicht gebühret; oder aber præter legitimam der nachgelassenen Tochter die proprietät an der quarta zustehen müsse, welche nach der Mutter Tode ihr auf solche Weise duplici iure gebühret: a) per successionem in bona materna, wenn die Mutter die proprietät an der quarta gehabt haben sollte: oder b) iure singulari et proprio, soferne die Witwe nur den vsumfructum behaupten möchte, weil ihr, als Tochter, die proprietät beneficio legis allein assigniret ist, allenfalls solche contra intentionem legislatoris auch denen heredibus extraneis zu gu- 33 te kommen würde, cum tamen vxori vsumfructum tantum assignauerit legislator in favorem liberorum, vt tanto plenius ipsis consulatur,

STEPHA-

Ad Lib. XXIII. T. IV.

STEPHANI *ad Nov. 53. n. 36. in f.*

welches letztere um desto mehr anzunehmen, weil der gantze contextus darleget, daß der legislator mehr denen Kindern, als der Witwen prospiciren wollen, dahero auch der Tochter zuförderst ihre legitima gebühret, und nach derselben erst die quarta coniugalis der Witwen zuzueignen.

MERLIN *de legit. lib. II. tit. 1. qu. 23. n. 6. sqq.*

So erhellet hieraus so viel, daß der Frau Consistorial-Räthin G. præter legitimam auch die proprietas quartæ gebühre. V. R. W.

NOMINE PRIVATO.
MENSE FEBRVAR. MDCCXXXV.

RESPONSVM CCCCLVIII.

THEMATA.

I. Pacta dotalia intuitu mariti vltra 500. solidos absque insinuatione nomine vxoris impetrata non valent.

II. *Trebellianica in pactis dotalibus simplicibus locum non habet.*

III. *Legitima, quæ matri, exclusa sorore, in pactis dotalibus assignatur, est tertia totius hereditatis.*

SVMMARIA.

Ad pacta dotalia scriptura præcise non requiritur n. 1.
Consanguinei in caussis domesticis sunt habiles testes n. 2.
Pacta dotalia mixta insinuatione non indigent n. 3.
Pacta dotalia iure Germanico coram duobus testibus condi possunt n. 4.
A parte viri insinuationem tantum desiderant n. 5. 6. 7.
Insinuatio tamen a muliere in iudicio petenda n. 8.
Sola confirmatio non constituit insinuationem n. 9.
Donatio insinuata in iudicio deponenda n. 10.
Trebellianica in successione pactitia cessat n. 11.
Legitima est tertia portionis intestatæ n. 12.
Legitima matri, exclusis sororibus, relicta est tertia totius hereditatis n. 13.

Als derselbe uns eine facti speciem nebst zwey Beylagen und vier Fragen zugeschicket ꝛc.

Hat der Frau quærentin erster Ehemann H. S. S. in anno 1723. nach seinem Tode aus der mit ihr geführten Ehe zwey Töchter hinterlassen, und eine von derselben M. C. A. S. in anno 1740. an Herrn I. H. K. sich verehliget, gleichwol damahls keine schrifftliche pacta dotalia errichtet, ist aber die Zeit ihrer Ehe sehr kränklich gewesen, endlich bettlägerig geworden, und im vorigen Jahre ohne Leibes-Erben verstorben. Sollen aber zwischen ihr und ihrem Manne auf ihrem Krancken-Bette noch die sub n. 1. befindliche Ehe-pacta in vim contractus errichtet seyn, in welchen mit Ausschliessung ihrer vollbürtigen noch lebenden Schwester I. H. S. der Frau quærentin nur die legitima verschrieben, und detractio Trebellianicæ verbothen ist, gleichwol bey dieser Ehe-Stifftung zu bemercken, daß dasjenige, was die gedachte verstorbene M. C. A. S. ihrem Ehemann zugebracht, einige 1000. Thlr. beträget, daneben die Ehe-pacta nur schlecht weg confirmiret und zwar solches allein auf Suchen des Mannes nach dem protocollo sub n. 2. geschehen, bey welchen Umständen also gefraget wird:

Quæstio I.

Ob die Zeugen, da der Herr Doctor I. D. S. ein Schwager und Schwester-Mann von Herrn I. H. K. und Herrn I. C. W. der defunctæ

functæ Mutter Bruder ist, als testes habiles bey diesem negotio zu achten sind?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob nun wol hiebey dieser Zweiffel entstehen möchte, daß die Ehe-pacten von beyden Seiten in vim contractus vel donationis inter viuos errichtet worden, dieses also ein negotium merum inter viuos sey, wozu 2 Zeugen zwar genug sind, quia tantum probationis gratia adhibentur, gleichwol solche nahe verschwägert und Bluts-Freunde bekandter massen keinen plenam fidem haben, und also denen gedachten Ehe-pacten keinen Beweiß beylegen können.

Weil aber dennoch die beyden pacisirende Eheleuthe in ihren Ehe-pacten bekannt, daß sie gleich anfangs nach vollzogener Ehe dieselbe festbündig beschlossen, welches sie nach der Zeit schrifftlich entworffen und unterschrieben, jedoch darzu nur blos um mehren Beweiß willen bewogen worden, ita vt tantum scriptura melioris probationis gratia pactis his postea accesserit, quæ alias nequidem necessaria fuit,

1 *l. 6. C. de dote promissa.*

l. 15. C. de iure dotium.

und da nun solche förmlich hinzu getreten, von beyden Personen sowol als dem notario immatriculato unterschrieben, von diesem auch die Ehe-pacta vorher denen contrahentibus vorgelesen, erkläret, und sie sich darauf zu deren Festhaltung declariret, mithin durch solche glaubwürdige Unterschrifft die Ehe-pacta an und vor sich selbsten schon plenam fidem erhalten, gantz begreiflich ist, daß die Zeugen nur in superfluum adhibiret worden und nicht einsten nöthig gewesen, so daß auf deren habilität es hier gar nicht ankommet, wiewol auch in dergleichen negotiis domesticis, als Ehe-pacten sind, dergleichen Anverwandte und verschwiegerte Personen zum Zeugnisse wohl zugelassen werden können.

2

So halten wir davor, daß die gedachte Zeugen bey diesem negotio als testes habiles wohl zu achten sind.

So viel die zweyte Frage betrifft:

Quæstio II.

Ob nicht diese Ehe-Stiffrung, da eine blosse confirmation von marito alleine gesuchet, und dessen Ehe-Frau keine Vollmacht dar-

Buhm. Conf. T. III. P. II.

zu ertheilet, nur alleine auf 1000. Thlr. und weiter nicht gültig sey?

Ad Lib. XXIII. T. IV.

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol hiebey eingewandt werden möchte, daß diese Ehe-pacten mehr nach ihrem wahren Verstande als den Worten nach beurtheilet werden müssen, aus denselbigen aber zu ersehen sey, daß beyde Eheleuthe einander all das ihrige verschrieben, dahero in effectu einander zum Erben eingesetzet, vt magis videantur in vim vltimæ voluntatis contracta, quæ insinuationem non desiderant,

3

HAHN *ad* WESENBEC. *tit. de pactis dotal. n. 4.*

in welcher Absicht auch die detractio Trebellianicæ et Falcidiæ verbothen, und obwol nur zwey Zeugen dabey adhibiret sind, dennoch nach denen teutschen Rechten dergleichen Verordnung auch vor zwey Zeugen wohl geschehen kan,

4

BÖHMER *de succeff. coniug. ex pactis dotal.*

so, daß die authentica, *eo decursum est C. de donat. ante nupt.*

hieher nicht appliciret werden möchte, allenfalls aber dieselbe nur a parte viri die insinuation erfordert und nicht zu finden ist, daß solche von beyderseits Eheleuthen gesuchet werden müssen. Endlich die confirmatio iudicis fast mehr als eine simplex insinuatio ad acta zu gelten scheinet.

5

Weil aber dennoch aus denen Ehe-pacten deutlich zu ersehen, daß die pacisirende Personen expresse sich declariret, wie solche Ehe-pacten nicht anders als vermittelst eines fest geschlossenen contracts und per modum donationis inter viuos gelten sollen, und also billig davor ex intentione pacisicentium angesehen werden müssen, cum omnia negotia æstimanda sint ex intentione agentium. De iure ciuili aber, nach welchem alleine in Goslar in dieser Sache geurtheilet werden muß, in solchen Ehe-pacten, worinnen das geschenckte Vermögen über 500. solidos oder Ducaten ist, von Seiten des Ehemannes die gerichtliche insinuatio, wie in andern donationibus, absolute nöthig ist, adeo vt ea non accedente, hæc pacta a parte viri vltra quingentos solidos non valeant, so aber nicht 1000. Thlr. sondern wenigstens sich auf 500. Ducaten erstrecket,

6

Nou. 127. c. 2.

Authent. eo decursum est C. de donat. ante nupt.

CARPZ. *lib. 3. resp. 56. n. 24.*

Ad Lib. XXIII. T. IV.

und wie nun aus dem extract sub n. 2. zu ersehen, daß die Ehe-pacten nur von dem Ehemann K. zur blossen confirmation eingeschicket worden, solche aber desselben Ehe-Frau nicht mit begehret oder gesuchet, auf deren Schenckung und valore es doch vornemlich angekommen, gantz natürlich daraus folget, daß von seiner Seite solche keinen Bestand haben können, sondern nur bis auf 500. Ducaten ihre Gültigkeit haben, anerwogen 7 zwar in der *Nou. 127. c. 2. et Auth. 20. eo decurſum cit.* blos nur des Mannes gedacht worden, daß er die insinuation, wenn er aus dem Vermächtniß vltra 500. solidos profitiren wolle, bewerckstelligen solle, dennoch dieses nothwendig dahin verstanden werden muß, daß er wegen der insinuation besonders und allein besorget seyn müsse, weil in Ansehen der Frauen solche unvonnöthen, auf was Weise aber solche zu geschehen sey, daselbst nicht ausgedrucket worden, gleichwol gar leicht begreiflich ist, daß, weil die Frau allhier die donationem desjenigen, was in Ehe-pacten versprochen, dem Manne, und zwar cum plena efficacia thun und dessen 8 execution auf den Todes-Fall differiren wollen, sie auch nothwendig die gerichtliche insinuation bey dem magistrat vornemlich suchen und verrichten müssen, welches auch wol per procuratorem vel per ſcripturam geschehen können, dahero die interpretes iuris beyder contrahenten bey solcher insinuation mehrentheils Meldung thun,

apud CARPZOV. *l. s. reſp. 56. n. 24.*

allwo die Worte des responsi sehr notabel sind:

> Da aber dennoch das Insinuations-Schreiben von beyden contrahenten und der donatricin Kriegischen Vormund eigenhändig unterschrieben und besiegelt, das inſtrumentum donationis ad acta gebracht ꝛc.

9 zu geschweigen, daß nur eine blosse confirmation denen Ehe-pacten beygefüget ist, welche keine insinuatio ad acta ist, sondern gleich wieder zurück gegeben wird; da hergegen eine formalis insinuatio ad acta ordentlich so lange bey den Gerichten verbleibet, bis dergleichen Verordnung in ihr implementum ergehen soll, wie solches bey denen teſtamentis iudicialibus wahrzunehmen, 10 also auch hier bey diesen Ehe-pacten dergleichen insinuation, die erst nach dem Tode eines von beyden zur execution gebracht werden sollen, statt finden muß, ja die insinuation eben zu dem Ende von der Frauen den Gerichten vorgetragen werden soll, damit man daraus wahrnehme, daß solche aus freyen Willen derselben geflossen, und nunmehro durch die gerichtliche auctorität, da solche Schenckung zu den acten geleget, ausser allem Verdacht sey.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß I.H.K. aus seiner seligen Frauen Ehe-pacten nicht über 500. Ducaten zu fordern berechtiget sey.

Anlangend die dritte Frage:

Quæſtio III.

Ob in dergleichen Ehe-pacten inhibitio Trebellianicæ statt habe, und ob nicht zugleich solche nebst der legitima die Frau quærentin, wie auch derselben noch lebende Tochter, als der defunctæ vollbürtige Schwester, auch vor sich die Trebellianicam abzuziehen und zu fordern befugt sey?

Rationes dubitandi et decidendi.

Obwol sonsten die deductio Trebellianicæ in vltimis voluntatibus statt findet, und in solchen auch verbothen werden kan, der defunctæ Schwester auch zugleich mit ihrer Mutter ab inteſtato ſuccederet.

Dieweil aber dennoch hier kein letzterer Wille vorhanden, sondern wie die Ehe-pacten mit klaren Worten besagen, unter den beyden Eheleuthen ein negotium inter vivos errichtet ist, worin die deductio Trebellia- 11 nicæ gar nicht platzgreiflich ist,

HARPRECHT *de fideic. comm. §. 41.*

dergestalt die inhibitio Trebellianicæ et Falcidiæ allhier otiosa und impertinent ist; übrigens aber da die Ehe-pacten in Ansehung des Mannes nur auf 500. Ducaten gelten, er ohnedem nicht einsten seiner Frauen gantzes Vermögen bekommt, sondern was über 500. Ducaten ist, zur ſucceſſion ab inteſtato gehöret, und Mutter und Tochter angefallen, also auch aus dieser Ursache nicht einsten an die Trebellianicam vel Falcidiam zu gedencken ist.

So ist die inhibitio Trebellianicæ in diesen Ehe-pacten zwar otiosa und impertinent, kan aber auch wegen der decision der andern Frage ohnedem hier nicht statt finden.

Endlich so viel die letzte Frage betrifft:

Quæſtio IV.

Ob nicht der Frau quærentin legi-

tima

tima in diesem casu der dritte Theil desjenigen sey, was der Frau quærentin selige Tochter zu ihrem Ehemann, Herrn I. H. K. ein- und zugebracht hat?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob es wol das Ansehen gewinnen will, als wenn diese Frage bey der decision der andern Frage nunmehro überflüßig sey, nach welcher der quærentin Schwieger-Sohn nur 500. Ducaten von seiner Frauen Verlassenschafft zufället, und sie also weit mehr als legitimam überkommt, allenfalls aber, wenn ja die legitima statt finden solle, es scheinen will, daß, weil die Frau quærentinne mit ihrer Tochter ab intestato succedire, dahero sie nicht tertiam totius hereditatis, sondern nur die Helffte davon überkommen, die andere Helffte aber auf ihre noch lebende Tochter fallen müsse, quod legitima non sit præcise tertia hereditatis totius, sed portio portionis ab intestato debitæ,

BARTOLVS *ad l. 14. D. de inoffic. test. n. 8.*

welche Meinung unterschiedene andere bewährte Rechts-Lehrer mit noch andern argumentis ausschmücken. 12

apud MESLINVM *de legit. lib. I. tit. 4. qu. 7. n. 3. et seqq.*

Dieweil aber dennoch man noch nicht wissen kan, was der künfftige referente bey der andern Frage vor ein Urthel fällen werde, dergestalt auf den Fall, wenn die Ehe-pacten schlechterdings vor gültig erkant werden sollten, alsdann diese Frage aufs Tapet kommen dürffte, welche deswegen billig auch hie mit zu decidiren gewesen. Da dann erstlich voraus zu setzen ist, daß allhier des I. H. K. Ehe-Frau von ihren Güthern in faueur ihres Mannes disponiret, und denen bekanten Rechten nach in solchem Fall die Schwester die legitimam gar nicht erbet, sondern solche allein der Mutter gebühret, welche auch alleine, wenn die Ehe-pacten ihre völlige Gültigkeit behalten sollten, ab intestato succediret, zumal eine Tochter mit ihrer Mutter nur alsdenn zur succession kommt, wenn keine Verordnung pro excludenda sorore vorhanden, welche sich doch hier findet, und aus denen Ehe-pacten wahrzunehmen, daß die verstorbene Frau K. nur allein ihrer Mutter, exclusa sorore, die legitimam verlassen wollen, das übrige aber alles ihrem Ehemanne zugetheilet, vnde, quia soror hoc casu ab intestato non succedit et nihil petere potest, habetur, ac si in rerum natura non existeret, *Ad Lib. XXIII. T. IV.* 13

MESLINVS *cit. l. de legit. n. 9. et seqq.*

proinde si vel maxime extranei a sorore instituti matrique legitima relicta, exclusis fratribus et sororibus, legitima matris erit tertia totius hereditatis.

MESLINVS *cit. l. n. 17.*

So sind wir der rechtlichen Meinung, daß im gegenwärtigen Fall, wenn die Ehe-pacten ihre völlige Gültigkeit behalten sollten, die legitima der Mutter in dem dritten Theil des gantzen Vermögens der verstorbenen Tochter zu setzen sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE, MENSE NOVEMBR. MDCCXLVII.

LIB. XXIV.

Tit. II. De diuortiis et repudiis. *Ad Lib. XXIV. T. II.*

DECISIO CCCCLIX.

THEMA.

Impotentia solo iuramento non probatur, nisi inspectio corporis præcedat.

SVMMARIA.

Qui ob impotentiam matrimonium impugnat, in casu negationis probare debet n. 1. *Bœhm. Cons. T. III. P. II.*

Impotentiam neganti iuramentum deferri potest n. 2.

Ad Lib. XXIV. T. II.

Inspectio in casu impotentiæ ex quorundam sententia magis consilii, quam necessitatis n. 3.

Et cessat, facta iuramenti delatione ibid.

Causa sevitiarum et nullitatis cumulari nequit n. 4.

Unde hæc tanquam præiudicialis præmittenda ibid.

Iuramenti delatio in impotentiæ casu cessat, quia inspectio tanquam remedium ordinarium nota n. 5.

Inspectio in casu impotentiæ absolute necessaria est n. 6.

Quæ personæ ad inspectionem deputandæ, non a partibus, sed iudice dependet n. 7.

Ante effluxum triennium ob impotentiam iuramentum locum non habet n. 8.

Triennio opus non est, si impotentia moraliter certa ibid.

Post triennium iuramentum suppletorium plerumque locum habet n. 9.

Tenor iuramenti de impotentia præstandi n. 10.

Auf übergebene imploration, geschehene Einlassung und erfolgte fernere Sätze in Sachen A. L. O. gebornen R. Imploratinnen an einem, des Fürstlichen Lauffers I. G. A. Imploraten am andern Theil, erkennen zum Hochfürstlichen vormundschafftlichen consistorio zu Z. verordnete Præsident, Räthe und Assessores nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten vor Recht:

Daß die in der Klage sub n. 1. 2. 3. 4. 5. und 6. enthaltene causa sævitiarum und dabey gebrauchte Eydes-delation noch zur Zeit auszusetzen, und Imploratvor der Hand allein auf die angegebene causam frigiditatis et impotentiæ sich einzulassen schuldig, und weil er solches bereits gethan und derselben nicht allenthalben geständig, auf solchem Fall aber Implorantinne ihm den Eyd deferiret, anbey auf eine unpartheyische Besichtigung zweyer medicorum prouociret, so ist zuforderst die vrgirte Besichtigung zweyer zu diesem actu verpflichter medicorum, welche ex officio vom Hochfürstlichen consistorio zu benennen, mit dem Imploraten zu verfügen, und dieselbe dahin zu instruiren, daß sie über die in libello angegebene Beschaffenheit des Imploraten ihre Untersuch- und Besichtigung bewerckstelligen und darüber sowol ihren umständlichen Bericht als Gutachten ad acta abstatten, dabey auch allenfals, wie viel Zeit beyde Eheleute miteinander in der Ehe gelebet und bey einander gewohnet, auf geschehene Erforschung, eine regiſtratur ad acta zu bringen, worauf alsdann ferner ergehet was Recht ist; die über die Umstände der impotentz und frigidität geschehene Eydes-delation aber noch zur Zeit nicht statt finde. Würde nun zuforderst Imploratüber die von der Implorantinnen mitgebethene und pendente lite verlangte alimentation sich ebenfals einlassen und seine Erklärung thun, und beyde Partheyen darüber gehöret seyn, so ergehet auch dieses Puncts wegen was sich zu Recht gebühret. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Klägerinne so wol ex capite sævitiarum maritalium, als impotentiæ und frigiditatis gegen ihren Mann geklaget, derselbe sich auf beyde puncte specifice und pure eingelassen, und die dabey angegebene Umstände mehrentheils negative beantwortet, auf solchem Fall aber Implorantinne über die abgeleugnete puncta dem Imploraten den Eyd deferiret, es scheinen will, als wenn zuforderst über die Eydes-Ablegung erkant werden müste, als welches der nechste und kürtzeste Weg ist, dergleichen Streitigkeiten, absonderlich unter Eheleuten, so fort auszumachen, damit sie, so viel möglich, weil sie sich priuato ausu getrennet, bald wieder zusammen gebracht, oder in casu impotentiæ sofort auf die nullitatem erkant werden möge, anerwogen, ob wol contra matrimonium seu ad eius dissolutionem bekanter massen die Eydes-delation nicht statt findet, dennoch solches hier bey imploraten, dem der Eyd deferiret ist, keine application findet, weil, wenn er den Eyd acceptiren und schweren solte, er alsdann pro conseruando matrimonio schweren würde, welches die Rechte erlauben, und nur die Eydes-relation in diesem Fall nicht verstatten, als welche ad matrimonium dissoluendum abzielet. So dann, wenn eine Besichtigung von zweyen medicis vorgenommen werden sollte, der Klägerin nicht verwehret werden möchte einen dazu vorzuschlagen, weil sie am meisten dabey interessiret ist, daß legaliter hierin verfahren, und also ein geschickter medicus, zu dem sie das Vertrauen fassen kan, dabey gebrauchet werden möge; wiewol da die Eydes-delation über die Haupt-Umstände geschehen ist, die Besichtigung nicht einsten nöthig zu seyn scheinet, quam magis consilii, quam necessitatis esse plurimi asserunt, quod eam non desideret pontifex

in *c. 5. X. de frigid. et malef.*

LINCKIVS *de iusto iudicio c. III. n. 26.*

SPERELLVS *decis. for. 141. n. 12. sqq.*

letzlich, da noch zur Zeit die Ehe bey Kräfften bleibet, das petitum pro alimentis prouisionaliter decernendis nicht ausser Augen zu setzen seyn will, als worzu der Mann, pendente lite, bekanter massen verbunden.

Ratio-

Rationes decidendi.

4 Dieweil aber dennoch die sævitien- und nullitäten-Klage in diesem Fall nicht wohl compatibel sind, sondern wenn diese fundiret, an jene nicht weiter zu gedencken, weil alsdann die gantze Ehe in perpetuum aufzuheben, da ex causa sævitiarum nur eine Ehescheidung vom Tisch und Bette auf eine Zeitlang erkant werden mag, nach dessen Verstiessung die Ehe-Leute wiederum einander ehelich beywohnen müssen, dergestalt also die causa nullitatis matrimonii ex capite impotentiæ vel frigiditatis als præiudicialis alhier zu consideriten, und wenn solche ungegründet erfunden werden solte, alsdann die causa sævitiarum erst vorzunehmen, und wie weit die Ehescheidung vom Tisch und Bette statt finden könne, zu untersuchen und alsdann auch auf die geschehene Eydes-delation erst zu reflectiren ist, inzwischen aber solche noch zur Zeit auszusetzen. Uebrigens ob gleich Implorat auch die angegebene Beschaffenheit der ihm beygemessenen impotentiæ geleugnet, auf solchem Fall aber die Implorantinne ihm den Eyd deferiret, dennoch nach besonderer Beschaffenheit dieser Sache mit der Eydes-delation hier nicht zu eilen, quippe quæ est medium subsidiarium probandi, ad quod, alio deficiente ordinario, demum recurrendum, gleichwol hier das ordinarium noch nicht adhibiret worden, welches in inspectione oculari bestehet, worauf auch zugleich Implorantinne sich mit beruffen, und solche zuforderst geschehen muß; hæc enim non consilii, sed necessitatis, imo

6 adeo necessaria est, vt si vel maxime vtriusque partis confessio adsit, quæ optimam probationem constituit et qua melior vix datur, nihilominus tamen adhuc inspectio necessaria sit, quia causa matrimonii non est priuati arbitrii, sed publici præiudicii;

c. 6. et 7. X. de frigid. et malef.

BOEHMER *tom. IV. iur. eccl. tit. de frigid. et malef. §. 21.*

dabey denn die Rechte zweyer verpflichteten medicorum inspection genugsam erachten,

SPERELLVS *cit. decis. 141 n. 69.*

deren Erwählung auf des hochlöblichen consistorii arbitrio beruhet, nicht aber auf die Willkühr der Partheyen ankommet, zumahl hier

7 keine causa priuati arbitrii et iuris ist, und ein hochlöblich consistorium billig alle zu besorgende Unterschleiffe zu verhüten hat, dergestalt, daß der Implorantinnen fol. 8. befindliche expressa reseruatio, einen von denen beyden medicis zu erwählen, in keine Achtung kommen mögen. Endlich wenn der verpflichteten medicorum umständlicher Bericht und beygefügtes Gutachten ad acta gebracht und die Partheyen darüber gehöret seyn werden, alsdann sich finden wird, wie weiter zu verfahren, beyorab wenn keine absoluta certitudo impotentiæ vel frigiditatis sich finden solte, in welchem Fall es viel darauf ankommen wird, in welchem Jahr sie copuliret worden, und wie lange sie in der Ehe bey einander gewohnet, weil ante triennalem cohabitationem in casu dubiæ impotentiæ, quæ forsan ex inspectione haberi nequit, auf 8 keinen Eyd zu reflectiren ist;

Ad. Lib. XXIV. t. II.

Nov. 22. c. 6.

c. f. X. de frig. et malef.

quod si enim grauissima et vrgentia signa frigiditatis in marito deprehensa fuerint, quæ moralem certitudinem inuoluunt, tunc demum non est exspectandum triennium,

c. 1. X. de frig. et malef.

weil man aber davon noch zur Zeit keine Gewißheit haben kan, eine registratur inzwischen ad acta zu bringen, nöthig befunden worden, sich auch künftig, inspectione facta, geben wird, ob und wie weit noch ein Eyd nöthig sey; und ob nicht vielmehr, wie Rechtens, an statt des deferirten Eydes die Klägerinne zum iuramento legali zu zulassen, 9

c. 5. X. de frigid. et malef. ibi: *si mulier per iustum iudicium de viro probare,* (h. e. mediante iuramento asserere) *potuerit, quod cum ea coire non possit,*

darin sie unter andern mit schweren muß: daß ohngeachtet ihr Mann es öffters mit ihr versuchet, sie auch ihm solches nicht versaget, noch 10 daran hinderlich gewesen, er dennoch das eheliche Werck nicht vollbringen können,

BERGER *P. II. resol. 57.*

dadurch denn zugleich mit ausfündig gemachet werden wird, wie weit des Mannes Vorgeben: daß sie ihm öffters das debitum coniugale denegiret, auf alle Art und Weise an dessen Vollbringung ihm hinderlich gewesen, auch sonsten feminis immissionem præcauiret, in rei veritate gegründet sey, welches alles aber erst zur künftigen decision auszusetzen. Letzlich der punctus alimentorum zwar iuris ist, dennoch Implorat sich dabey noch nicht erkläret, und was er etwa dabey zu erinnern haben möchte, an und vorgebracht, welches doch nothwendig geschehen muß, zumahl man nicht weiß, ob Implorantinne und wie viel sie ihrem Manne inferiret, was dessen Vermögen und Verdienst sey, als wornach dieser Punct zu bestimmen ist, so ein Hochfürstlich consistorium auch ex officio ohne grosse Weitläuftigkeit bestimmen kan.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE MARTIO MDCCXLVIII.

Ad Lib. XXIV. T. II.

RESPONSVM CCCCLX.

THEMATA.

I. Quatenus matrimonium ob metum a patre illatum nullum sit?

II. De deuortio ob sæuitias qualificatas.

SVMMARIA.

Sponsalia non valent, si per talem metum inita, qui in constantem hominem cadit n. 1.
Metus reuerentialis non nocet sponsalibus n. 2.
Sponsalia non censentur metu inita, si de querelis post longum tempus non constat n. 3.
Copula sacerdotalis purgat metum n. 4.
Metus a tertio illatus conuentionem non tollit n. 5.
Post concubitum cum marito ne quidem testes super metu admittuntur n. 6.
Facilius, si accepta benedictione sacerdotali re integra aufugit n. 7.
Diuortium ob sæuitias vix locum habet n. 8.
Ne quidem ob insidias vitæ structas plures id admittunt n. 9.
Ob duas causas tantum diuortium probatur n. 10.
Concussio a sponsalibus abesse debet n. 11.
Concussiones paternæ ad sponsalia contrahenda n. 12.
Cuius varia argumenta ex facto præsente adferuntur ibid.
Concussio etiam a priuatis committi potest n. 13.
Diuturna demum cohabitatio, non vero quæ cum perpetua reuitentia coniuncta est, vitium metus purgat n. 14.
Ob qualificatas sæuitias diuortium decerni potest n. 15. 17.
Cautio de non offendendo hoc casu non sufficiens est n. 16.

Als sie uns einen kleinen fasciculum zwischen ihr und ihrem Mann C. K. ergangener priuat-acten nebst einer Frage:

Quæstio.

Ob nicht aus denen angeführten Ursachen die geklagte Ehe vor null und nichtig zu erkennen sey? oder auf was Weise der Sache zu helffen, daß allenfals divortium leicht erlanget werden könne?

zugeschicket ꝛc.

Rationes dubitandi.

Ob wol der Frau quærentinnen entgegen stehen möchte, daß 1) bey der Verlobung sie zwar einigen Widerwillen durch Weinen zu erkennen gegeben, dennoch sich nicht finde, daß sie durch ungebührlichen Zwang ihres verstorbenen Vaters dazu genöthiget sey, als wozu talis metus, qui in constantem feminam cadit, erfordert werde,

c. 6. X. de sponsal.

dergleichen hier nicht angeführet werden mag, vielmehr es das Ansehen gewinnet, daß hier nur bloß metus reuerentialis vorhanden gewesen, weil sie doch auf ihres Vaters Veranstaltung die öffentliche Ehe-Verlobung vor sich gehen lassen, dabey auch kein äusserlicher Zwang sich creuget; siautem deest graue patris imperium: si desunt minæ, quæ puellam possent mouere, vt inuita consentiret: si pater tantum persuadet adhortaturque filiam, et hæc patri ob reuerentiam contradicere non audet, sponsalia subsistunt. 2

THESAVR. *lib. 1. quæst. for. 51. n. 4.*

Und obgleich 2) sie damahls erst sechzehen Jahr alt gewesen und einiger Zwang, weil sie keine affection zu ihrem itzigen Mann gehabt hat, dabey vorgegangen seyn möchte, dennoch sie nicht leugnen mögen, daß nach der Verlobung sie 3½ Jahr verstiessen lassen, ehe sie die Ehe vollenzogen, sie also immer älter geworden, ja inzwischen ihr Vater verstorben, daß, wenn sie auch durch denselben ad sponsalia contrahenda gezwungen worden, sie nunmehro ihren dissensum frey declariren, und ad nullitatem sponsalium klagen können, welches sie aber nicht gethan, sondern auch nach des Vaters Tode bey der Ehe-Verlöbniß es gelassen, auch endlich 3) so gar in die Trauung consentiret, und sich mit ihrem itzigen Ehemann copuliren lassen, wodurch von 3 4

selb-

selbsten alle vitia coacti consensus purgiret und gehoben worden, da, wenn auch ihre Mutter und Bruder durch allerhand Vorstellungen sie, zur Vollenziehung der Ehe durch die priesterliche copulation gebracht haben solten, dieses dennoch kein solcher Zwang gewesen, welcher die Ehe annuliren könte, da eines Theils ihr itziger Mann nichts dazu contribuiret, und allenfals als metus a tertio illatus anzusehen seyn würde, so sie ihrem Manne nicht opponiren möchte,

l. 6. quod met. caus.

andern Theils sie nicht verlassen, sondern in dem Stande gewesen, daß sie reclamiren und die Obrigkeit imploriren, ja vor dem Prediger, der sie getrauet, ihren Widerwillen declariren können,

c. 25. X. de sponsal.

BROVWERVS *de iur. connub. c. 17. in f.*

dadurch aber 4) wiederum alle defectus, die ex deficiente consensu et coactione hergenommen, aufgehoben sind, bevorab da sie einige Monat bereits mit ihrem Ehemann in der Ehe gelebet, in welchem Fall nicht einmahl Zeugen super coactione facta weiter zulässlich zu achten, cum mora tanti temporis probationem talem excludat;

c. 21. X. de sponsal.

hergegen es ein anders seyn würde, wenn sie, accepta benedictione sacerdotali, so fort ihren angetrauten Ehemann verlassen, und also, re adhuc integra, den angethanen Zwang, weswegen sie nicht reclamiren können, dadurch an den Tag geleget, wodurch sie erst alsdann zum Beweiß billig zu zulassen seyn würde,

c. 28. X. de sponsal.

welches also hier nicht applicabel, und also die von der Frau quærentinnen angefochtene Ehe nicht null und nichtig zu seyn scheinet. Am wenigsten aber 5) eine iusta diuortii causa sich alhier finden will, angesehen eines Theils das übele an ihr ausgeübte tractament, davon sie einige Wochen kranck gelegen, sie selber durch ihre Widersetzlichkeit verursachet, andern Theils ihr Mann bloß in modo coërcendi pecciret, woraus keine insidiæ vitæ structæ, quæ dolum et propositum necandi præsupponunt, geschlossen werden mögen, dritten Theils in thesi noch nicht einsten ausgemachet ist, quod ob tales insidias et qualificatas sæuitias totali diuortio penes protestantes locus sit, quin potius plurimi tantum separationem quoad thorum et mensam hoc casu admittunt,

NICOLAI *de diuort. c. 5. n. 30. sq.*

CARPZ. *in iurisprud. consist. lib. 2. def. 217. n. 2.*

GERHARD *in loc. Theol. de coniug. §. 683.*

weil 6) absonderlich in der heiligen Schrifft Neues Testaments, nach der Lehre unsers Heylandes und des heil. Apostels Pauli, nur 2 causæ ad dissoluendum penitus matrimonium zugelassen sind, welche nicht zu extendiren, nachdem bey denen Christen die Ehe ein vinculum indissolubile, nach der Lehre unsers Heylandes bey sich führet, es dahero das Ansehen gewinnet, als ob der Frau quærentinne nicht zu helfen, sondern sie mit ihrem Suchen abzuweisen sey. *Ad Lib. XXIV. T. II.*

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus der Zeugen Aussage sowol, als aus denen übrigen actis sich veroffenbaret, daß das getroffene Ehewerck zwischen der Frau quærentinne und ihrem Manne nicht mit GOtt, wie sich gebühret, sondern gantz unvernünftig per varias concussiones und widerrechtlich more reprobato angefangen, continuiret und endlich vollendet worden, dahero denn nichts anders als die traurigen Suiten, davon die attestata medici et chirurgi vollkommenen Beweiß ablegen, erfolgen mögen, und wenig gefehlet, daß die Frau quærentinne ihr Leben nicht darüber einbüssen müssen, cum tamen libera debeant esse matrimonia, et quidem eo magis, quod præ ceteris negotiis et pactis vinculum indissolubile constituere et omne vitæ commercium in pace et vnione corporum et animorum peragendum inducere debeant, vt nulli extorsioni locus relinquendus sit,

c. 9. X. de sponsal. c. 29. X. eod.

dahero auf solche Ehen, wie hier vorhanden, das effatum Saluatoris: quos vel quod DEVS coniunxit, homo non separet, nicht appliciret werden mag, welches am besten per remotionem rationum dubitandi behauptet werden wird, allermassen ad 1) diese Ehe sehr inordinate sich angefangen, der Bräutigam nicht einsten zu der quærentinnen gekommen und keine affection selbsten bezeuget, bis die öffentliche Verlobung geschehen, wozu der Vater dennoch durch unerlaubte Dreuungen im Zorn dieselbe in ihrem zarten Alter von sechzehen Jahren, da dergleichen minæ noch leichter Platz finden, nach der Zeugen und ihrer leiblichen Mutter eydlichen Aussage, gezwungen, dergestalt, daß dergleichen concussiones a patre factæ keinen blossen metum reuerentialem in sich halten, sondern die Frau quærentinne ohne alle eheliche affection unter vielen Weinen die öffentliche sponsalia vor sich gehen lassen müssen, wie der traurige Ausgang gewiesen, dergestalt, daß hier wohl das bekante effatum Leonis I. pontificis zu appliciren: difficile est, vt bono peragantur exitu, quæ malo inchoata sunt principio,

c. 5. vers. principatus Dist. 61.

sie keine caution de non offendendo schützen, noch iemand ihr die Gewehre leisten kan, daß ihr Mann sich bessern werde, bevorab da beyder Eheleute Feindseligkeit durch diese ausgeübte Gewalt dergestalt zugenommen, daß keine Vereinigung und eheliche Liebe, die bey beyden gleich im Anfang der Ehe gefehlet, unter ihnen zu hoffen, und wol niemand zweifseln wird, daß ob eiusmodi sæuitias qualificatas, cum periculo vitæ coniunctas, das
17 totale diuortium statt finden werde, wie der sel. ICtus

STRYK *de diuortio totali ob insid. vitæ structas per tot.*

imgleichen *in vs. mod. ad tit. de diuort.* nebst andern plena manu ausgeführet. *Ad Lib. XXIV. T. II.*

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß diese Ehe ex capite nullitatis wieder aufzuheben; allenfals aber ex prægnante causa diuortii seu ob attentatum vxoricidium, dagegen keine caution de non offendendo sie schützen kan, zu rescindiren, und in diesem tramite ferner zu continuiren sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IAN. MDCCXLIX.

RESPONSVM CCCCLXI.

THEMA.

Annullatio matrimonii per prouocationem ex L. diffamari quæsita.

SVMMARIA.

Intercedente protestatione copulatio sacerdotalis nihilominus peracta nulla est n. 1.

Minister publicus in causis officium suum concernentibus plene probat n. 2.

Matrimonium nullum sententiam declaratoriam requirit n. 3.

Prouocari sub pœna perpetui silentii potest, quocum nulliter matrimonium initum n. 4.

In eodem foro ad nullitatem agi et prouocatio iungi potest n. 5.

Als derselbe uns eine speciem facti in Ehe- und Schwängerungs-Sachen C. L. und M. M. N. nebst einigen Beylagen und einer Frage zugeschicket ꝛc.

Haben die zu denen Ehe- und Gewissens-Sachen verordnete Herren Raths-commissarii daselbsten auf fernere instantz des L. und N. wegen Beförderung ihrer copulation, den in unserm m. Mart. 1747. abgefasseten responso ertheilten Rath gefolget, und nun die vorgeschlagene conferenz unter direction des Hrn. Stadthalters Hochwürden und Hochwohlgebohrnen Gnaden in geziemender submission den 17. Iun. 1747. anzuhalten nicht ermangelt, sind aber mit keiner resolution versehen worden; deswegen bey solcher Beschaffenheit die N. bey dem Hochgedachten Hrn. Stadthalter, nach ihrer von 7. Dec. 1747. gethanen imploration, sich supplicando zu melden erkühnet, und darauf, ihrem Vorgeben nach, von dem Hrn. Regierungssecretario H. die Antwort erhalten, daferne L. sie zu ernähren bestand sey, sie sich mit ihm trauen lassen könte, worauf sie abermahl um die copulation angehalten, man aber um desto sicherer zu gehen, vor nöthig befunden, so wol L. als die N. eydlich über die angegebene Umstände zu vernehmen, die sie auch den 20. Febr. 1748. beschworen, diesemnach dieselbe belehret seyn wollen:

Quæstio.

Ob nunmehro die vorgegangene priesterliche copulation L. mit der der Catholischen religion zugethanen Dirne, aufzuheben und zu annulliren und alsdann L. mit der N. priesterlich zu trauen?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol eingewandt werden möchte, daß die von L. unternommene copulation mit der Catholischen Weibesperson, in Ansehen der N. null und nichtig sey;
1 *c. 30. X. de sponsal.*

bevorab da die N. eydlich bestärcket, daß sie bey dem damahligen Herrn Weyh-Bischoff

sie keine caution de non offendendo schützen, noch iemand ihr die Gewehre leisten kan, daß ihr Mann sich bessern werde, bevorab da beyder Eheleute Feindseligkeit durch diese ausgeübte Gewalt dergestalt zugenommen, daß keine Vereinigung und eheliche Liebe, die bey beyden gleich im Anfang der Ehe gefehlet, unter ihnen zu hoffen, und wol niemand zweifseln wird, daß ob eiusmodi sæuitias qualificatas, cum periculo vitæ coniunctas, das
17 totale diuortium statt finden werde, wie der sel. ICtus

STRYK *de diuortio totali ob insid. vitæ structas per tot.*

imgleichen

in vs. mod. ad tit. de diuort. Ad Lib. XXIV. T. II.

nebst andern plena manu ausgeführet.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß diese Ehe ex capite nullitatis wieder aufzuheben; allenfals aber ex prægnante causa diuortii seu ob attentatum vxoricidium, dagegen keine caution de non offendendo sie schützen kan, zu rescindiren, und in diesem tramite ferner zu continuiren sey. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IAN. MDCCXLIX.

RESPONSVM CCCCLXI.

THEMA.

Annullatio matrimonii per prouocationem ex L. diffamari quæsita.

SVMMARIA.

Intercedente protestatione copulatio sacerdotalis nihilominus peracta nulla est n. 1.

Minister publicus in causis officium suum concernentibus plene probat n. 2.

Matrimonium nullum sententiam declaratoriam requirit n. 3.

Prouocari sub pœna perpetui silentii potest, quocum nulliter matrimonium initum n. 4.

In eodem foro ad nullitatem agi et prouocatio iungi potest n. 5.

Als derselbe uns eine speciem facti in Ehe- und Schwängerungs-Sachen C. L. und M. M. N. nebst einigen Beylagen und einer Frage zugeschicket ꝛc.

Haben die zu denen Ehe- und Gewissens-Sachen verordnete Herren Raths-commissarii daselbsten auf fernere instantz des L. und N. wegen Beförderung ihrer copulation, den in unserm m. Mart. 1747. abgefasseten responso ertheilten Rath gefolget, und nun die vorgeschlagene conferenz unter direction des Hrn. Stadthalters Hochwürden und Hochwohlgebohrnen Gnaden in geziemender submission den 17. Iun. 1747. anzuhalten nicht ermangelt, sind aber mit keiner resolution versehen worden; deswegen bey solcher Beschaffenheit die N. bey dem Hochgedachten Hrn. Stadthalter, nach ihrer von 7. Dec. 1747. gethanen imploration, sich supplicando zu melden erkühnet, und darauf, ihrem Vorgeben nach, von dem Hrn. Regierungssecretario H. die Antwort erhalten, daferne L. sie zu ernähren bestand sey, sie sich mit ihm trauen lassen könte, worauf sie abermahl um die copulation angehalten, man aber um desto sicherer zu gehen, vor nöthig befunden, so wol L. als die N. eydlich über die angegebene Umstände zu vernehmen, die sie auch den 20. Febr. 1748. beschworen, diesemnach dieselbe belehret seyn wollen:

Quæstio.

Ob nunmehro die vorgegangene priesterliche copulation L. mit der der Catholischen religion zugethanen Dirne, aufzuheben und zu annulliren und alsdann L. mit der N. priesterlich zu trauen?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol eingewandt werden möchte, daß die von L. unternommene copulation mit der Catholischen Weibesperson, in Ansehen 1
der N. null und nichtig sey;

c. 30. X. de sponsal.

bevorab da die N. eydlich bestärcket, daß sie bey dem damahligen Herrn Weyh-Bischoff

Ad Lib. XXIV. T. II.

daselbst, ehe und bevor L. mit der Catholischen Weibesperson copuliret worden, wider die anverlangte Trauung protestiret, und Einspruch gethan, dem ohngeachtet man dennoch, ohne vorgehendes Aufgeboth, auf eine heimliche Art die Trauung vollenzogen, nicht weniger die angetrauete Weibes-Person sich von ihm wieder getrennet und ausgetreten, und dadurch aus Trieb ihres Gewissens angezeiget, daß die unordentlich und nulliter geschehene Trauung wahn- und unverbindlich sey. Endlich auch die N. eydlich bestärcket, daß sie die angezeigte Antwort von dem Regierungs-secretario H. erhalten, an welchen sie durch den Regierungs-Pedellen auf Befehl Sr. Hochwürden und Hochwohlgebohrnen Gnaden verwiesen worden, welchem als
2 einer in Eyd und Pflichten stehenden Person völliger Glauben beyzumessen seyn möchte, daß dannenhero es das Ansehen gewinnet, als wenn nunmehro mit der copulation verfahren werden möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch offenbahr, daß, ob zwar die von L. mit der Catholischen Weibes-Person getroffene Ehe null und nichtig,
3 dennoch dabey iudicis sententia declaratoria præsupponiret werden müsse, welche aber nicht anders als post causæ cognitionem, und wenn die angetrauete Catholische Weibesperson darüber vorher gehöret, erfolgen kan, zu welchem Ende dann die N. in foro ecclesiastico protestantium gegen L. ad consummandum matrimonium Klage anstellen muß, diesem aber alsdann in termino zu-
4 kommen wird, die ihm angetrauete Weibes-Person per modum prouocationis, und da sie abwesend ist, auch wol edictaliter, wie in concursu creditorum, adcitiren zu lassen, daß sie sub pœna perpetui silentii ihre an ihm habende Ansprüche daselbsten an- und ausführen solle, zumahl auch super prioritate iuris hier erkant werden muß, ohngeachter bereits deduciret worden, daß nach denen protestantischen principiis die N. mit L. in einem matrimonio bereits gestanden, als er sich mit der Catholischen Weibesperson de facto trauen lassen, dabey auch bekant ist, dari etiam concursus extra concursum creditorum, wovon viele exempla, und unter andern auch dieses, si super prioritate intuitu coniugii litigatur, anführet

BOEHMER *de concursu extra concursum creditor. per tot.*

und wie in foro debitoris der concursus moviret werden muß, also auch hier L. als communis debitor et reus anzusehen, in dessen foro so wol die N. klagen, als die Catholische Weibesperson ihre Ansprüche sub pœna perpetui silentii ausführen muß, und ohngeachtet wir einen kürtzeren modum der anzustellenden conferentz vorgeschlagen, dennoch solcher bishero nicht angenommen worden, man auch der eydlichen Aussage der N. als testi in propria causa nicht trauen kan, ja wenn auch solche wahr seyn solte, man so schlechterdings des Regierungs-secretarii H. Antwort, die an ihr mündlich nur geschehen seyn soll, zum Augenmerck nicht legen kan, da es alhier auf des Herrn Stadthalters Hochwürden und Hochwohlgebornen Gnaden selbst eigne schriftliche declaration ankommt, und man nicht gewiß wissen kan, ob der Herr Regierungs-secretarius H. solche Antwort ertheilet, und er solches auf specialen Befehl Sr. Hochwürden und Hochwohlgebohrnen Gnaden gethan, ihre eydliche Aussage aber dazu nicht hinlänglich ist.

l. 1. C. de mandat. princip.

So ist noch zur Zeit die priesterliche copulation L. mit der Catholischen Weibes-Person nicht zu annulliren und aufzuheben, noch derselbe mit der N. zu trauen, sondern vorgeschriebener massen zu verfahren. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXLVIII.

DECISIO CCCCLXII.

THEMA.

Diuortium non nisi ob violenta indicia adulterii vel insidiarum decerni potest.

SVMMARIA.

Cum metu continuato ratihabitio subsistere nequit n. 1.

Coactionem absolutam ad consummandum matrimonium reprobat ius canonicum n. 2.

Sæui-

Sæuitiæ grauiores vinculum matrimonii rumpunt n. 3.
Secessus ad loca secreta, nec non amplexus præsumtum adulterium inferunt n. 4.
Et ad diuortium sufficiunt n. 5.
Disciplina patris domestica erga filiam, nullo modo renitentem, coacta haud facit sponsalia n. 6.
Cohabitatio vltra annum vltroneum consensum in matrimonium infert n. 7.
Diuortium ex capite præsumti adulterii violenta indicia supponit n. 8.

Als die Herren uns interponirte appellation, deren adhæsion, und geschehene submissiones ad acta priora in Sachen I. M. G. von K. imploraten, modo adhærenten an einem, dessen Eheweib M. E. L. R. F. Tochter von G. imploratinnen, modo appellantinnen, am andern Theil, in denen zurückkommenden fasc. act. zugeschicket ꝛc.

Daß die appellation und deren adhæsion in ihren formalibus zu Recht beständig; der materialien halben aber so viel aus denen acten zu befinden, daß in voriger instantz wohl gesprochen, übel davon appelliret, dannenhero die am 26ten Jan. 1747. publicirte sententz zu confirmiren sey, iedoch mit dieser Erklärung, daß vor der Hand beyde Ehe-Leute zur würcklichen cohabitation noch zur Zeit nicht zu zwingen, sondern bewandten Umständen nach auf zwey Jahr von Tisch und Bette zu scheiden, und inzwischen beyderseits Verwandten und dem Priester zu K. die gerichtliche Auflage dahin zu geschehen sey, daß sie sich alle Mühe, unter der direction des gedachten Priesters, geben sollen, die beyden Eheleute durch zureichende Vorstellung mit einander zu versöhnen und in Güte wieder zusammen zu bringen, unter der Verwarnung, daß nach der verflossenen Zeit sonsten die sententia a qua durch richterlichen Zwang zur execution gebracht werden solle. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol die Appellantinne durch das letzte Urtheil grauiret zu seyn vermeinen und dabey vorgeben will, daß, ohngeachtet sie die Ehe zwischen ihr und ihrem Mann ebenfals angefochten und derselben exceptionem coactionis iniustæ opponiret, ja so gar den Beweiß darüber geführet, man dennoch darauf im letzten Urthel gar nicht reflectiret, sondern mit gäntzlicher Hindansetzung desselben, allein über ihres Mannes Beweiß ratione imputati adulterii et insidiarum vitæ structarum erkant, da doch gleich anfangs darüber n. act. 10.

Bæhm. Conf. T. III. P. II.

Non vero remota n. 9. *Ad Lib. XXIV. T. II.*
Adeo vt nequidem amplexus semper sufficiant n. 10.
Ob totalem mentis alienationem separatio quoad thorum et mensam locum habet n. 11.
Licet ad totale diuortium actum sit n. 12.
Illud facilius, quam hoc locum habet ibid.
Si separatio quoad thorum, ob vtriusque negatam cohabitationem decreta, mulieri alimenta non decernuntur n. 13.

der Beweiß zugelassen, sie solchen geführet, und so viel angeblich ausgeführet haben will, daß ihr Vater sie zu der Heyrath mit Stockschlägen gezwungen, wie er ad art. 10. ac 11. et interrog. subiecta nicht gäntzlich in Abrede seyn können, und ob sie sich wol mit Appellaten copuliren lassen und demselben einige Zeit beygewohnet, dennoch sie beydes aus Zwang bloß gethan, niemahls in die Ehe consentiret, sondern vielmehr aus Furcht eines härtern tractaments sie in alles willigen müssen, ita vt continuato metu, ratihabitio concipi nulla queat, wie solches auch der euentus erwiesen, da bald nach vollzogener Ehe die traurigen Suiten, so aus dergleichen Zwang-Heyrathen erfolgen, sich hervorgethan, weswegen auch der Pabst Lucius III. allen gerichtlichen Zwang so gar widerrathen, 1 2

c. 17. X. de sponsal.

wie vielweniger dann dergleichen unerlaubter Zwang eines harten Vaters einigen effectum haben, noch man sagen kan, daß durch die erfolgte widersinnige cohabitation die Ehe convalidiret worden, quæ ab initio non subsistit; nicht zu gedencken des barbarischen tractaments, mit welchem ihr von ihrem Mann begegnet worden, der nach der Zeugen Aussage wehrender Ehe sie blutrünstig geschlagen, so daß, wenn sie nach dem letzten Urthel wieder zu ihrem Manne kehren solte, sie noch ärgere Zufälle zu befürchten habe. So viel aber des Klägers adhæsion betrifft, nach dem Verfolg der acten sich befindet, daß derselbe ad diuortium ex causa adulterii præsumti et insidiarum vitæ structarum geklaget, und durch seinen geführten Beweiß so viel beygebracht zu haben glaubet, daß seine Frau nach der probatorial-Zeugen eydlichen Aussage einen verdächtigen Umgang mit einem Soldaten auf einer Kirchweyhe gepflogen, mit demselben beständig mehrentheils getantzet, so dann darauf in einen an dem Tantz-Platz belegenen Stall, worin die Gäste ihr Getränck gehabt, sich mit ihm verfüget und neben ihm eine ziemliche Zeit auf das Stroh gesetzet, wie testes ad art. probat. 3. deponiren, und dabey gesehen zu haben angeben, daß er sie laut der Zeugen Aussage ad art. prob. 5. daselbst umfasset und geküsset, welches 3 4

Ad Lib. XXIV. T. II.

auch ihr eigener dritter reprobatorial-Zeuge ad art. reprobat. 4. int. 2. nicht in Abrede gewesen; dem noch hinzukommt, daß der gedachte Soldat, wenn iemand die Thür aufgestossen, solche mit bezeugten Unmuth wieder zugemachet, ja so gar gegen einen von denen Zeugen, als er die Thür aufgestossen, aufgesprungen, und demselben mit dem Sebel gedrohet, woraus man wahrnehmen kan, daß er mit derselben in loco abscondito allein seyn und keinen Zuschauer dulden wollen, wie bey solchem höchst verdächtigen Umgang zu geschehen pfleget, so, daß die zugegen gewesene sich daran geärgert und übel davon geredet, also wohl zu vermuthen, daß, da solus cum sola allein zu seyn quouis modo gesuchet, sie eines begangenen adulterii sehr verdächtig sind, zumahl beydes solche Personen sind, zu denen man sich dergleichen Missethat wohl versehen mag, welches daraus abzunehmen, daß nach des test. 2. deposition ad art. prob. 8. sie in keinem guten Ruff gewesen, vielmehr man ihr schuld gegeben, daß sie sich mit Mannspersonen liederlich aufgeführet, so daß, wenn diese Umstände zusammen genommen werden, daraus eine zureichende Vermuthung commissi adulterii entstehen möchte, quæ ad diuortium decernendum sufficit,

c. 12. X. de præsumt.

wornach auch in Evangelischen Kirchen man zu sprechen pfleget. Endlich die appellantinne auch nicht ausser Verdacht ist, daß sie ihrem Manne nach dem Leben gestanden, wovon test. 4. ad art. probat. 10. wahrscheinliche indicia an die Hand giebet, so appellantinne nicht schlechterdings leugnen mögen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch eines Theils, so viel der appellantinnen grauamen betrifft, gantz inconuenabel gewesen seyn würde, über die die nullitatem matrimonii ex capite coactionis zu erkennen, nachdem dieser Punct bereits tacite rechtskräfftig verworffen und per decretum vom 7. Iul. 1746. aberkant ist, durch welches die Sache bloß auf den punctum diuortii, so von Klägern gesuchet, gebracht worden, andern Theils der vorgegebene Zwang unerfindlich, da appellantinne sich mit ihrem Manne ordentlich verlobet, sie solches nicht abredig gewesen, und als sie auf die Hinter-Füsse treten wollen, ihr Vater sie zwar und
6 weil sie gegen ihn deswegen ein losses Maul gehabt, gezüchtiget, gleichwol aus solcher disciplina domestica kein solcher Zwang herzuziehen, welches die Ehe annulliren solte, zumahl, als ihr vor der copulation ad instantiam sponsi vom consistorio remonstration geschehen, sie keinen zureichenden Grund ihres Widerwillens gegen ihren damahligen Bräutigam angeben können, deswegen man ihr zugeredet und Bedenck-Zeit gegeben, dagegen sie sich weiter nicht gemeldet, vielmehr sich zu der Heyrath bequemet, sich mit ihm trauen lassen und etliche Jahre ihm ehelich beygewohnet, wodurch alles fundamentum eines angethanen Zwangs völlig gehoben ist, so, daß nicht einmahl Zeugen darüber abzuhören, weiter zugelassen gewesen, quia enim vltra annum et dimidium, imo ad quatuor annos sibi cohabitari consensisse videtur, ad maritum cogenda est redire, nec de cetero recipiendi sunt testes, si quos mulier ad probandum, quod non consenserit in eun-
dem, nominauerit producendos, cum mo- 7
ra tanti temporis huiusmodi probationem excludat.

c. 21. X. de sponsal.

Dahero es auch geschehen, daß man bey Abfassung des decreti von 7. Iul. 1746. auf die abgehörten Zeugen gar nicht reflectiret, sondern lediglich dem appellaten und adhærenten den Beweiß des adulterii præsumti et insidiarum vitæ structarum aufferleget, in welchem Beweiß aber derselbe ebenfals succumbiren müssen, nachdem ad diuortium decernendum ex capite præsumti adulterii,
violenta et certa indicia, eaque proxima, er- 8
fordert werden,

c. 12. X. de præsumt.

vt non sufficiant remota, nequidem oscula 9
et amplexus,

SANCHEZ *de sacram. matrim. lib. X. disp. 4. n. 11. sq.*

dergleichen sich allein hier befinden, wobey alles auf dem verdächtigen und eine Zeit lang gedaurten Auffenthalt des Soldaten mit der appellantinnen in dem Nebenstalle, wo das Getränck verwahret gewesen, vornemlich ankommt, dabey doch zu bemercken, daß nach der reprobatorial-Zeugen Aussage a) beständig ein Licht in demselben gebrant, daß er davon gantz helle gewesen: b) die jungen Pursche daselbst öffters aus- und eingegangen, um ihr Bier zu holen: c) auch wol andere sich bisweilen daselbst aufgehalten und auf das Stroh gesetzet, weil zu diesem Ort ein freyer Zutritt gewesen: d) kein Zeuge etwas mehrerers als bloß de amplexu et osculis aussagen können: e) ihr Mann selbsten gegenwärtig gewesen und nicht zu befinden, daß er deswegen einigen Verdacht auf sie geworffen, also f) bey solchen Umständen, da adhærent keine proxima ad adulterium indicia angeben können, auf kein adulterium eo tempore commissum einiger Schluß gemachet werden kan, vielmehr alle angeführte coniecturæ nichts weiter als re- 10
mota argumenta sind, quæ non sufficiunt ad diuortium decernendum, dergestalt, daß nicht anders, als geschehen, in sententia a qua erkant werden mögen, bevorab da auch die insidiæ vitæ structæ nicht hinlänglich dar-

gethan

gethan sind, noch der von ihr gekaufte Mercurius unter die species veneni gehöret und man also nicht sagen, noch wahrscheinlich darthun kan, daß appellantinne dadurch ihrem Mann nach dem Leben gestanden. Uebrigens da sich diesem ohngeachtet, nach publication der letzten Urthel n. act. 8. befunden, daß beyderseits Eheleute noch zur Zeit in grossen Widerwillen und totali mentis alienatione stehen und durchaus nicht wieder zusammen wollen, so, daß aus einem vorzunehmenden Zwang schlimmere Folgen entstehen möchten, mithin vor der Hand solchen auszusetzen, nöthig seyn will, wir dazu kein bequemer Mittel, als die separationem quoad thorum et mensam ad biennium, erachtet, worauf zwar nicht geklaget, iedoch da es eine species diuortii secundum quid ist, auch unter der diuortien-Klage wohl mit begriffen, und leichter darauf erkant werden kan, vt hoc medio interimistico coniuges eo facilius inducantur, ad matrimonium interruptum, ex tædio vitæ solitariæ, redintegrandum,

BARDILI *de separat. cohab.* §. 13. *sqq.* *Ad Lib. XXIV. T. II.*

wobey denn der Priester des Orts sowol als ihre Bluts-Freunde binnen der gesetzten Zeit das Ihrige beytragen und beyden vorstellen müssen, in was für Unglück im Fall, da sie in ihrem Widerwillen und Unversöhnlichkeit pertinaciter verharren solten, sie sich stürtzen würden, da doch der appellantinne schon gnugsame Sicherheit contra fæuitias maritales verschaffet werden kan, inzwischen sie nicht zu hoffen hat, von ihrem Mann die alimenta zu erhalten, da sie durchaus ebenfals nicht wieder zu ihm kehren will, sie also durch deren Zuerkennung in ihrer Halßstarrigkeit nur gestärcket werden würde.

So sind wir, geschehener massen zu erkennen, veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE AVG. MDCCXLVII.

DECISIO CCCCLXIII.

THEMA.

De diuortio ex præsumto adulterio.

SVMMARIA.

Examen testium coram alio iudice suspectum n. 1.

Rotuli testium coram notario in Saxonia nihil probant n. 2.

Prostibula in caussa adulterii non probant n. 3. 7.

Societas cum personis infamibus suspectos testes facit n. 4.

Ad periurium alios inducens inhabilis est n. 5.

Testes non verisimilia deponentes vix audiendi n. 6.

Corrupti testes nil probant n. 8.

Nec propriam turpitudinem allegantes n. 9.

Ex præsumto adulterio diuortium decerni potest n. 10.

Suspecta conuersatio inhabilem testem facit n. 11.

Lasciui tactus adulterii suspicionem inferunt n. 12.

Singularitas testium accumulatiua plene probat n. 13.

Imprimis in adulterio cum pluribus diuerso tempore commisso n. 14.

Doctrina de inhabilitate testium non aregulis vulgaribus, sed arbitrio prudentis iudicis pendet n. 15.

Domesticus in facto domestico habilis testis est n. 16.

Imprimis in adulterio probando n. 17.

Officiales dimissi in caussa pristini domini non sunt inhabiles testes n. 18.

In rebus in sensus incurrentibus ætas testimonium non impedit n. 19.

Ad effectum diuortii ob adulterium probandum concubitum præcise probare necesse non est n. 20.

Quo illustrior persona, eo maior integritatis præsumtio pro illa militat n. 21.

Quod testi post examen datur, nullam corruptionem inuoluit n. 22.

Persuadere ad veritatem dicendam non est corrumpere testem n. 23.

Occulta et suspecta conuersatio adulterium arguit, non publica, solita et indifferens n. 24.

Proxima, non remota indicia adulterii ad diuortium requiruntur n. 25.

Ad Lib. XXIV. T. II.

Als die Herren uns übergebene divortien-Klage, dagegen opponirte exceptiones, geführte Bescheinigung und Gegenbescheinigung, und erfolgtes Verfahren in Sachen Klägerinnen an einem, deren Ehe-consorten, Beklagtens am andern Theil, in den zurück kommenden zwey volum. zugeschicket ꝛc.

Daß Klägerin dasjenige, was sie eingeklaget und zu bescheinigen sich angemasset, nach Nothdurfft, hergegen Beklagter seine exceptionem adulterii nicht bescheiniget, derowegen Klägerinne von dem Beklagten, alles dessen Einwendens ohngeachtet, der Ehe halber geschieden, das Eheband unter ihnen beyden hiemit wieder aufgelöset, der Klägerin auch die anderweitige Verehligung verstattet, und Beklagter die verursachte Unkosten dieses processus nach deren liquidation und erfolgter gerichtlicher Mäßigung der Klägerin zu erstatten schuldig erkant wird. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem anfänglich zwischen Frau Klägerinnen und Herrn Beklagten die separatio quoad thorum et mensam erkant, so hat dieselbe bald darauf die diuortien-Klage ex causa adulterii ad totale vinculum matrimonii dissoluendum angestellet, hingegen Beklagter per modum exceptionis ex capite adulterii mutua vice die Ehescheidigung gesuchet, beyde aber zu Erreichung ihrer Absicht sofort die Bescheinigung und Gegenbescheinigung durch Uebergebung vieler rotulorum angetreten, darüber verfahren, und es also nunmehro hauptsächlich auf diese beyde puncta ankommen wird: (I) ob die Klägerin den Grund ihrer Klage bescheiniget? (II) ob der Beklagte seine exceptionem in seiner Gegenbescheinigung dargethan und dadurch die Klage eliminet, anbey seine exceptionem perpetrati adulterii bescheiniget? Ob nun wol anfänglich bey dem ersten Punct gegen die ersten 6. von der Klägerinnen übergebene rotulos angeführet werden wollen, 1) daß die meisten Zeugen coram subspecto iudice von dem dasigen directore abgehöret worden,
1 welcher doch vormahliger Gerichts-Verwalter bey der Klägerinnen Vater gewesen, und dahero diese Abhörung, die doch leicht coram alio iudice geschehen können, sehr bedencklich sey; daneben aber 2) zwey rotuli, als fol. 48. und fol. 149. von einem notario verfertiget, und ein Zeuge vor demselben abgehöret
2 worden, welche vollends bey Bescheinigungen, absonderlich in Chur-Sachsen gar keinen fidem haben und nicht zu attendiren sind. Ferner 3) gegen die Klägerin vieles und zwar vornenlich dieses opponiret ist, daß einige aus denen Bordellen zusammen gelesen und genommen, die darin gewohnet, ihre eigene Schande nicht verschweigen können, und also als prostibula zu keinem Zeugniß zulässlich sind, wohin die Aussage der berüchtigten H. fol. 136. zu referiren, die sich in
3 Huren-Winckel versiecket gehabt, und die vorgegebene Hurerey des Beklagten mit derselben obseruiret haben will, welches 4) auch der K. vorgeworffen, so nur erst 18. Jahr alt seyn soll, und schwerlich von dem Schnieben und Krächzen, welches sie in der Neben-Cammer gehöret haben will, etwas anführen und dessen causam anzeigen können, wenn sie selbsten nicht bereits Erfahrung davon gehabt, und dessen causam gewust hätte; so dann sie in dem Hause, wo die H. Hurerey getrieben haben soll, nicht logiret haben würde, wenn sie nicht mit ihr von gleicher calibre gewesen, mithin zu præsumiren, daß sie falsch fol. 12. deponiret, zumal sie den Beklagten wol nicht einsten gekant, noch, daß er es sey, im Finstern gesehen haben werde, zumal daß sie ihn auf sein Bitten hinunter geleuchtet haben will, als ein figmentum ausgegeben wird, ja aus der fol. 14. art. 27. gethanen Anfrage zu erkennen sey, daß sie, da sie sich um den Huren-Lohn bekümmert, von gleichem Schrott und Korn, und mit der H. sehr confident gewesen sey. Wiederum 5) bey der Zeugin L. erinnert worden, daß, wenn man nur ihre Aussage durchsehen würde, alsdann sofort sich befinden würde, daß sie selbst dasjenige gewesen, wofür sie die D. ausgegeben, mit der sie einen vertrauten Umgang gehabt habe, und es also hier heis-
4 se, noscitur ex socia, quæ non cognoscitur ex se. Gleicher massen 6) die Zeugin F. diejenige seyn soll, welche der Klägerinnen die Zeugen aus dem Bordell zusammen gelesen und noch als derselben belohnte Dienerin anzusehen, wie denn auch 7) deren Mann ein unzüchtiger Zeuge sey, weil er Beklagten verlassen und bey der Klägerin in Diensten nach der separatione quoad thorum et mensam geblieben, und sie ihn von dem Hrn. Beklagten abgelocket, weil er ihren verdächtigen Umgang mit dem A. eingesehen, da er doch ein Unterthan von dem Beklagten sey, und also verdächtig ist, daß er ein interesse pecuniarium dabey habe, da er in der Klägerinnen Diensten geblieben; allermassen er dann den Brandweinbrenner F. zu Ablegung eines falschen Zeugnisses mit Versprechung sechs Ducaten verleiten wollen, wie gedachter F. fol. 107. ad art. 20. sqq. deponiret, und
5 also da er andere zu falschem Zeugnisse erkauffen wolle, er unzüchtig selbsten sey, ein Zeugniß abzulegen, absonderlich aber 8) der n. 3. bereits gedachten G. dieses vorgeworffen ist, daß sie sich nicht geschämet, dasjenige so frech zu erzehlen, was sie im Huren-

Winckel

Winckel observiret, ja mit Fingern lasciuo more betastet haben will, welches anzeiget, was Geistes Kind sie sey, ja niemand anders urtheilen könne, als daß sie eine Ertz-Canaille seyn müsse, die sich nicht scheuet, dergleichen garstige Sache so naif zu erzehlen, und also nicht leugnen mögen, daß sie damahls in einem Bordell, wo Huren ihr Quartier haben, logiret, und von gleichen calibre mit den Huren gewesen seyn müsse. So dann 9) der S. untüchtig ad testimonium gehalten werden will, weil er die B. laut f. 84. sq. f. 96. sqq. f. 104. sqq. auf eine unzulässige Art, vor die Klägerin zu zeugen, induciren wollen, dagegen seine eydliche Aussage, welche fast wie ein purgatorium anzusehen, nichts vermögen könne; sonsten 10) bey des Thor-Schreibers R. Aussage sich aufzuhalten unnöthig gewesen, und es gewiß sey, daß die Klägerin von Sabor aus Schlesien gekommen. Nicht weniger 11) der S. Aussage fol. 90. und 161. im Haupt-Wercke überein käme, keinesweges aber das gerade Gegentheil geschworen, woraus denn 12) an des Beklagten Seite man schliessen wollen, daß das verübte adulterium nicht gebührend erwiesen sey, da eines Theils derer Zeugen, die davon etwas aussagen wollen, inhabilität beygebracht, die depositiones keinen fidem meritiren, und also eben so viel sey, als wenn kein Beweiß vorhanden, andern
6 Theils einige Zeugen incredibilia ausgesaget, da nicht zu glauben sey, daß ein solcher vornehmer Cavalier, als Beklagter ist, die Bordell besuchen, und bey öffentlichen Huren seine honneur und Wohlfarth risquiren sollte, zumal auch 13) vor falsch angegeben wird, daß hier zwey Zeugen de ipso adulterio, *per visum* probato, vorhanden seyn sollten, allermassen die K. nur deponiret, daß sie Hrn. Beklagten die Treppe hinunter geleuchtet, woraus kein mit Augen bemerktes adulterium zu erzwingen; die H. aber fol. 140. da sie de actu venereo perpetrato deponiret, nicht sagen kan, daß die D. ein Licht in der Cammer gehabt, also sie sich auch nicht im Stande befunden, gewiß anzumercken, daß es der Beklagte gewesen, da es eben so leicht der Kaufmanns-Diener gewesen seyn könne, der zu der D. damahls kommen wollen, dergestalt es hier an der plena probatione adulterii zu ermangeln scheinet, wenn man der Zeugen Beschaffenheit, die vorhin referiret, in rechtliche Erwe-
7 gung ziehet, quæ enim quæstum corpore faciunt, inhabiles prorsus sunt ad testimonium ferendum

l. 3. §. 5. D. de testib.

quod etiam ad lenocinium facientes recte extenditur,

arg. l. 4. §. 3. D. de his, qui not. inf.

MEIER *in colleg. Argent. ad tit. de testib. th. 6.*

dieses alles aber 14) noch mehr bestärcket werden möchte, wenn man dasjenige, was Beklagter in der Gegenbescheinigung ausgeführet zu haben vermeinet, in Erwegung ziehet, dahin zuförderst gehöret die exceptio attentatæ corruptionis testium, welche, ob sie wol keinen effect gehabt hat, dennoch so viel würcket, daß man daraus schliessen möchte, daß es mit der Abhörung derer Zeugen von Seiten der Klägerin ebenfalls an corruptionen und Erkauffung derselben nicht gefehlet haben müsse; inhabiles autem prorsus sunt testes, qui ad testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse convicti sunt, 8

Ad Lib. XXIV. T. II.

l. 3. §. 5. D. de testib. l. 17. C. eod.

wohin 15) gehöret, daß a) D. fol. 85. b sqq. eydlich deponiret, daß von dem Lieutenant von S. ihr Geld angebothen worden, auszusagen, daß sie den Beklagten bey der F. die damahls bey ihrer Frauen logiret, durch das Schlüssel-Loch auf dem Bette wahrgenommen, da sie doch ihn niemahls bey der D. gesehen haben will: b) die B. f. 96. deponiret, daß der gedachte Lieutenant sie zu sich kommen lassen und ihr angezeiget, daß er auf des K. ordre von ihr unter Versprechung eines wichtigen Geschenckes zu sagen verlange, daß sie einen verdächtigen Umgang des Beklagten mit der D. gesehen, und diese sie, wenn er bey ihr gewesen, weggeschicket, welches sie aber laut fol. 99. zu thun sich geweigert, weil es wider die Wahrheit sey: c) F. bey dem die D. ein Paar Monat logiret, ebenfalls nebst seiner Frau von dem Laquay L. unter Versprechungen sechs Ducaten fol. 107. b sollicitiret werden wollen, auszusagen, daß der Beklagte zu der K. gekommen, so sie aber, weil es falsch sey, laut f. 109. nicht thun wollen: d) daß dieser Laquey Zeugen F. unter Vorstellung, daß die Klägerin eine Liebhaberin von K. sey, ihn inducirt, mit einer Bouteige zu ihr zu gehen, wie er denn auch durch den Laquayen zu ihr geführet worden, und bey solcher Gelegenheit die Klägerin ihn gefraget fol. 112.: ob die K. bey ihm logiret, und ob der Beklagte bey ihr gewesen, und als er solches geleugnet, sie ihn mit vielen Dräuen, wie auch sub comminatione torturæ bereden wollen, solches auszusagen; dagegen denn 16) des Hrn. Lieutenant L. fol. 311. sqq. gethane eydliche Aussage keine Würckung haben könne, als welche auf seine eigene exculpation abziele, und auf ein unerlaubtes selbst erwehltes purgatorium hinaus liesse, man auch dabey nicht einwenden möge, daß der Klägerin das factum des Lieutenants nicht præiudiciren möchte, anerwogen aus der Klägerin Zeugen fol. 166. befindlichen Aussage erhelle, daß die Klägerin mit dem Lieutenant L. in einiger connexion wegen Anschaffung der Zeugen gestanden, sodann obgleich 9

17) der

Ad Lib. XXIV. T. II.

17) der Laquay F. eines und das andere wider F. Zeugniß deponiren wollen, dessen Zeugniß als eines testis plane inhabilis billig zu verwerffen sey; anerwogen wenn sie den Laquay F. und den Lieutenant L. zu Anschaffung der Zeugen nicht gebrauchet hätte, und sich deswegen justificiren wollen, es sich gebühret haben würde, daß sie diesen Laquayen sogleich fort gesaget, den Lieutenant L. aber zur Vernehmung ziehen lassen, dagegen sie gleichwol vielmehr beyde vor sich als Zeugen vorgeschlagen und abhören lassen, als ein klares Kennzeichen, daß ihr an dieser beyden Zeugnisse viel gelegen, welches auch daraus zu erkennen, daß F. der Brandweinbrenner durch F. Vorschub selbsten bey der Klägerin gewesen, und sie ihn zu Ablegung seines Zeugnisses gegen den Beklagten induciren wollen; absonderlich aber 18) Beklagter in seiner Gegenbescheinigung die exceptionem adulterii von Seiten der Klägerin ausgeführet zu haben vermeinen will, zu dem Ende er fol. 56. excipiendo actor geworden zu seyn anzeiget, seine Klage per modum exceptionis zum Verhör und Erörterung zu bringen gesuchet, und selbsten auf die Ehescheidung respectu seiner zu erkennen, anbey die anderweitige Verehligung von seiner Seite zu verstatten gebethen, zu dessen Behauptung seine Zeugen überhaupt gegen die Klägerin angezeiget, daß sie einen familiairen und verdächtigen vielfältigen Umgang mit dem A. gehabt, ins besondere aber 19) der Laquay P. fol. 60. seqq. deponiret, daß mehrentheils der A. bey ihr seine Visite abgestattet, wenn ihr Gemahl abwesend gewesen, öffters des Abends ohne dessen Beyseyn bey ihr souppiret, und mannichmal bis um 11. 12. auch 1. Uhr bey ihr geblieben, absonderlich einsmahls bey Abend-Zeit es sich zugetragen, daß er C. in das Tafel-Gemach, in der Meinung, die Klägerin würde sich allda befinden, gegangen, und weil er an sie was zu bestellen gehabt, sie daselbst gesuchet, aber nicht angetroffen, dahero er an die Thüre des Seiten Zimmers gegangen, durch die Ritze, so in der Thüre gewesen, hinein, und die Frau Klägerin darinnen auf dem Canapée liegend, den A. aber vor ihr stehen gesehen, und wie bald darauf Klägerin mit dem A. heraus gekommen, er mit seinen Cammer-Räthen in das gedachte Zimmer gegangen, da sie beyde das Canapée annoch so beschaffen gefunden, wie es vorher bemeldten Tages aptiret gewesen, man auch noch den poudre gesehen, wo sie mit dem Kopffe gelegen, dergestalt, daß nach seiner fol. 65. befindlichen Aussage der Laquay P. sich darüber erschrocken, und daß solches wahr sey, gesehen zu haben angezeiget, woraus denn eine starcke præsumtion eines adulterii commissi geschlossen werden möchte,

10 quæ ad decernendum, diuortium zureichend ist,

c. 12. X. de præsumt.

welchem noch 20) mehrere verdächtige indicia hinzu treten, als daß a) die Frau Klägerin in ihrer kleinen guarde robbe oder Cabinetgen öffters Zusammenkunfft gehabt, das Schloß aber an demselbigen ändern lassen, damit der Haupt-Schlüssel nicht schliessen könne; wie denn Zeuge wahrgenommen, daß sie einmal darin gearbeitet und Bewegung gemachet und er die Kleider rauschen und die Personen schnauben gehöret: b) daß die Frau Klägerin laut fol. 66. mit dem A. öffters spatzieren gefahren, und sich an dem bestimmten Ort zu Fuße alleine mit Zurückbleibung der Laquayen promeniret: c) daß, wie sie auf ihres Vatern Garten logiret, der A. daselbst fast täglich sie besuchet, Mittags und Abends bey ihr nach f. 122. b gespeiset, und des Abends späte wieder weggegangen: d) daß nach fol. 68. seq. in anno 1747. der A. fast alle Abend die Klägerin abgeholet, und mit ihr auf die Redoute bey Monſ. X. sich begeben: e) daß diese Abend-visiten auch nach der Scheidung von Tische und Bette continuiret: f) daß sie nach fol. 72. zu ihrem Vater nach G. gereiset, der A. nachgekommen, einige Tage da geblieben, und auf der Rückreise sich die Klägerin zu dem A. in seine Gutsche gesetzet, die Bediente indessen sich in einen andern Wagen setzen müssen: g) daß laut fol. 79. seqq. Klägerin im Martio dieses Jahres bey dem A. auf seinem Guthe zu S. gewesen und sich einige Zeit daselbst aufgehalten: h) daß nach des Kochs M. Aussage fol. 120. seqq. der Beklagte einsmahls von P. frühe herein nach B. gekommen, und zu seiner Gemahlin in das Schlaf-Zimmer gehen wollen, solches aber verschlossen gefunden, darauf zwar er Klägerinnen Mägdgen befohlen, daß sie aufmachen und ihn zur Gemahlin lassen sollte, sie sich aber dessen gewegert und vorgewendet, daß Klägerin noch schlieffe, daher er damahls zu seiner Gemahlin nicht kommen können, sondern aus Ungedult und Verdruß wieder nach P. geritten: i) daß, als Beklagter mit der Klägerinne in dero Vaters logis gezogen, es sich einsmahls zugetragen, daß, da Beklagter zu Hause gekommen, er die Vorderthür zugeschlossen gefunden, der A. aber bey ihr gewesen, und als er einigemal angeklinget und nicht hinein gekont, er hinten herum durch den finstern Gang gegangen, gleichwol über das allda vor dem Ofen gelegene Holtz ziemlich schlimm gefallen, daher er wieder zurück gekehret, und die vorher verschlossene Thür offen gefunden: k) daß nach fol. 126. seqq. als sie mit einer jungen Tochter darnieder gekommen und einige Tage aus den Wochen gewesen, sie der A. in Abwesenheit ihres Gemahls besuchet, doch weil eben damahls die Frau E. ihren Besuch gemachet, der A. aus der Wochen-Stube sich geschwinde in das dabey befindliche Cabinet

retiriret

retiriret, und sich darin so lang, bis sich die gedachte Frau wieder weg begeben, verborgen gehalten, darauf er noch eine gute Weile bey der Klägerin geblieben: l) daß der Beklagte nach Aussage des Kochs fol. 128. einsmahls in dem G. Hause Gäste gehabt, die Gäste zwar da geblieben und gespielet, aber die Klägerin auf die Wiese gefahren, wohin zugleich der A. gekommen, beyde aus dem Wagen gestiegen, und über zwey Stunden ohne Bedienten spatzieret, Klägerin auch erst mit dem Thor-Schluß nach Hause gefahren: m) daß endlich die Klägerin nach gedachter Zeugen Aussage f. 130. mit A. in Sommer in dem Garten gewesen, und mit demselben im Lust-Hause Kuchen gegessen und Wein getruncken, aus welchen allen n) gegen die Klägerin man schliessen wollen, daß sie keinen unschuldigen, sondern verdächtigen Umgang, auch so gar nach der Scheidung von Tisch und Bette geführet und continuiret, ohne Zweifel in der Hoffnung nach der entamirten Ehe-Scheidung mit dem A. eine Heyrath zu treffen, wie sie solches selbsten gegen den Beklagten, laut dessen öfterer Anführung in actis, geäussert haben soll, dahero es auch gekommen, daß sie so wenig Liebe gegen Beklagten währenden Ehestandes bezeiget, darüber recht ungedultig geworden, und manchmahl einige broullerie unter ihnen entstanden, wovon das I. vol. actorum nebst dem, was fol. 371. sqq. angeführet, bezeugen, er ihr dennoch jederzeit alle Gefälligkeit erwiesen und aus dem fleissigen Umgang des A. keine Jalousie, so lange es möglich gewesen, geschöpffet, so, daß er sogar, wie sie mit dem A. zerfallen gewesen, ihre Versöhnung mit demselben gestiftet, wie sie fol. 267. b seq. zu ihrem faveur angeführet, dahero er in solchem regard vol. I. fol. 21. b alle Versöhnung mit ihr aufs eifrigste gesuchet, folglich es das Ansehen gewinnet, als wenn die Klägerin dasjenige, was sie bescheinigen wollen, nicht, Beklagter hingegen den Grund seiner exception nothdürfftig bescheiniget, und vor ihm erkant werden müsse.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus denen vielen rotulis rectium, so Klägerin angeführet, zu ersehen, daß Beklagter nicht allein mit verdächtigen und berüchtigten Weibes-Personen auf höchst verdächtige Art und Weise einen unerlaubten Umgang gepflogen, sondern auch so gar einige Zeugen de ipso adulterio commisso ex tali scientia, quæ in tali crimine occulto haberi potest, ihr Zeugniß abgeleget, zumal 1) die K. so bereits 18. Jahr und in dem Alter ist, daß sie ein eydliches Zeugniß ablegen können, eydlich ausgesaget, daß, wie in anno 1745. H. in dem dasigen Hause gewohnet, und Zeugin auch daselbst ein logis gehabt, sie wahrgenommen, daß der Beklagte im Winter desselbigen Jahres einsmahls um 8. Uhr zu dieser Weibes-Person, die nur von galanterie mit Mannes-Personen lebe, gekommen, und bis um 10. Uhr laut fol. 12. bey ihr geblieben, und gantz alleine in ihrer Stube gewesen, wie er denn einsmahls, als er von der H. im Finstern wieder weggegangen, sich die Treppe nicht wieder herunter finden können, sondern in Zeugin Vorhause gekommen und dieselbige gebethen, daß sie ihn doch herunter leuchten möchte, welches sie auch gethan, und weil nur eine breterne Wand zwischen der H. und Zeugin Stube gewesen, sie eigentlich wahrgenommen, daß Beklagter ihr und sie ihme laut fol. 17. b mit carefianten Worten begegnet, das in der H. Stube stehende Bette öffters sehr geknacket, und ein Schnieben und Krächzen zu hören gewesen, wenn Beklagter sich daselbst befunden, auch einsmahls die fol. 13. b befindliche garstige Reden wahrgenommen. Sodann 2. die L. von welcher fol. 349. et seqq. gute attestata beygebracht, von dem Umgang mit der Paulin einer Putzmacherin fol. 18. eydlich ausgesaget, daß, da dieselbige in dem F. Hause unten bey der Treppe und Küche eine Cammer nebst Bette gehabt, sie in anno 1744. gesehen, daß die P. den Beklagten daselbsten hinein geführet, es in der Cammer finster gewesen, und er eine halbe viertel-Stunde bey ihr drinne geblieben, und weil eben Zeugin, wie er fort gegangen, im Hause nicht weit von der Cammer gestanden, er der Zeugin einen Gulden, ohne Zweifel als tesseram silentii, in die Hand gedrucket und kein Wort darzu gesaget, die P. aber einen Ducaten vorgewiesen, und, daß sie solchen von demselben bekommen, angezeiget; absonderlich aber 3) von dem öffern und genauen Umgang des Beklagten mit der berüchtigten D. die von Galanterie gelebet, wovon gedachte Zeugin fol. 20. b deponiret, sehr viel besondere höchst beschwerliche Umstände in actis vorkommen, wohin unter andern nach dem Zeugniß der Zeugin L. fol. 27. b. seq. zu referiren, 2) daß in anno 1745. einsmahls des Abends der Beklagte bey der verdächtigen D. in der Cammer, wovon n. 2. gedacht worden, im Finstern auf eine verdächtige Art gewesen, und sonsten mit derselbigen einen öffern und verdächtigen Umgang gepflogen, auch die D. selbsten ohne Scheu sich einer öffern fleischlichen Vermischung mit demselben laut fol. 11 29. berühmet, welches zwar den Beklagten nicht grauiren könte, wenn er sonsten keinen öfferen Umgang mit derselbigen gehabt, welcher der D. Berühmung, so sie fol. 30. seq. ingleichen fol. 51. et seqq. gethan haben soll, bestätiget: b) daß nach R. fol. 22. befindlichen eydlichen Aussage die gedachte D. den Beklagten öffters in seinem Quartier besuchet,

Ad Lib. XXIV. T. II.

Ad Lib. XXIV. T. II.

er sich allein mit ihr in ein Zimmer verschlossen, eine halbe Stunde bey ihm geblieben, freche Reden laut fol. 43. gegen ihn geführet, und Zeuge von ihr an Beklagten Briefe übergeben müssen: c) daß nach der H. fol. 136. seq. eydlichen Aussage in anno 1744. in dem K. Hause einsmahls bey Nacht-Zeit Beklagter mit der D. eine viertel Stunde lang hinter der Haußthüre laut articuli 6. gestecket, und nach dessen Weggang die D. einen Louis d'or und einen Ducaten vorgewiesen und gesaget, daß sie dieses Geld von Beklagten bekommen, sie ferner auch gesehen, daß in anno 1744. et 1745. derselbe wenigstens 5. bis 6mal des Abends zwischen 8. und 10. Uhr nach dem artic. 8. zu der D. gekommen, absonderlich aber einsmahls in an. 1744. der Beklagte des Abends zu der D. gekommen, und weil dieselbe in der Cammer bey der Treppe den Schlüssel stecken lassen, Zeugin sich der Gelegenheit bedienet und aus Neugierigkeit nach dem artic. 14. sich hinter das Bette versteckt, und wahrgenommen, daß Beklagter mit der D. in ermeldter Cammer, weil die Laterne auf der Gasse in das Hauß an der Thüre derselbigen geleuchtet, hinein gekommen, hierauf die Cammer-Thüre zugeschlossen, sie mit dem Beklagten sich geherzet und geküsset, sich
12 mit demselbigen auf das Bette geleget, solche Bewegungen, daraus die fleischliche Vermischung zu schliessen, gemacht, Zeugin daneben durch Betastung wahrgenommen, daß sie beyderseits entblösset gewesen, und in solcher Arbeit eine viertel Stunde zugebracht, da Zeugin bey dem Herausgehen abermahls deutlich wahrgenommen, daß es Beklagter gewesen, der sich bey der D. gefunden, wie dann derselbige gar öffters laut fol. 144. in gedachter Cammer bey der D. sich eingefunden, und gantze, auch wohl 2. Stunden drinne zusammen verblieben: d) daß nach des Laquay B. fol. 44. befindlichen Aussage Beklagter in anno 1744. in P. und nachher in B. eine Weibes-Person R. zu seinem Gebrauch gehabt, und Zeugens Camerad der Laquay W. gegen ihme gestanden, daß er auch ebenfalls diese Weibes-Person zur Unzucht gebraucht, davon beyde kranck geworden und sich curiren lassen: e) daß Beklagter auch dergleichen Unzucht bey unterschiedenen Personen attentiret, als bey B. welcher er einsmahls 6. Ducaten laut ihrer fol. 35. et seqq. eydlichen Aussage, ein andermal 12. Ducaten angebothen, wenn sie seinen Willen thun würde; Zeugin aber sich dessen beständig geweigert, wie er denn auch laut fol. 35. b bey des B. Magd und eines Uhrmachers Tochter eben dergleichen attentiret haben soll, welches zwar Zeugen ex relatione aliorum deponiret, und an und vor sich selbsten wenig machen würde, wenn nicht so viele andere wichtige argumenta vorhanden, welche diesen relationibus einige Krafft beylegten, überhaupt aber 4) dahin alle depositiones roulliren, daß, obgleich dieselbe von unterschiedenen actibus remotis et proximis reden, dennoch, weil sie alle auf einen Endzweck, nemlich ad probandum adulterium gehen, sie, coniunctim sumta, einen völligen Beweis ausmachen; quam- 13
vis enim testes de diuersis factis et actibus inter se deponant, et ita singulares esse videantur, quia tamen ad vnum eundemque finem tendunt, plenam efficiunt probationem, præsertim si factum in genere tantum probandum,

GAIL. *lib. II. obs. 66. n. 12.*

STRUV. *ex. 27. th. 48. in f.*

RAVCHBAR *P. II. qu. 5. n. 6.*

FARINAC. *de testibus qu. 64. n. 78.*

vt contingit in probatione adulterii cum 14
pluribus diuerso tempore commissi, in cuius probatione stringentes coniecturæ gravesque præsumtiones etiam sufficiunt,

c. 12. X. de præsumtion.

cum in occulto committatur, et rarius testes admittat,

l. 8. C. de repud.

BROUWER *de iure connub. l. 2. c. 31. p. 687.*

NICOLAI *de diuort. P. II. c. 1. n. 53.*

BÖHMER *tom. IV. iur. eccl. protest. lib. IV. tit. 19. §. 28. sqq.*

und obgleich bey dergleichen Beweiß einige Rechts-Lehrer unterschiedliche dubia machen, dennoch dieselbe ungegründet und dem allgemeinen Besten der Menschen zuwider sind, vt publice potius intersit, horum sententiam non admittere. Durissimum enim et morte ipsa atrocius supplicium foret, cum coniuge de adulterio publice suspecto, et maximis onerato indiciis, sed quem plene consummati concubitus conuincere nequit, viuere. Et viuendum tamen fere semper esset, cum plena probatio vix vnquam haberi queat, vt optime ait

LEYSERVS *med. specim. ad Dig. 313. medit. 1. 2. 3.*

Bey solcher Beschaffenheit der Sachen aber 5) um desto weniger dasjenige, was in rationibus dubitandi dagegen angebracht werden wollen, einige Achtung verdienet, weil dieser Beweiß vornemlich und allein ex inhabilitate testium hat destruiret werden wollen, da doch keinem von allen Zeugen in einer solchen Bescheinigung, die hier blos nöthig ist, eine absoluta inhabilitas beylieget, auch bekant ist, daß in der doctrina de fide testium es primario auf ein vernünfftiges Gutachten eines gewissenhafften Richters 15
ankommt,

15 ankommt, der nach Beschaffenheit der Sachen und Umstände, so zu erweisen, von der Zeugen Aussage iudiciren und nicht an den gemeinen Regeln und Meinungen, die etwa FARINACIVS *de testibus* aufführet, hängen muß, wie solches der Kayser HADRIANVS gar recht verordnet,

recte CALLISTRATO *in l. 3. §. 2. D. de testib.*

und dieses principium zuförderst bewehrteste Rechts-Gelehrte anrathen,

BÖHMER *in introd. ad D. tit. de test. §. 9.*

LEYSER *specim. ad Dig. 83. medit. 1.*

dabey auch anzeigen, quod testes inhabiles secundum quid admitti possint, si veritas ex natura rei aliter haberi non potest, adeo
16 vt etiam testis domesticus admitti possit, cum aliter veritas haberi non possit in re occulta vel etiam domestica,

l. 7. ff. de testibus.

welches hier um desto mehr zu observiren, da der Beweiß de re veneria in occulto, et latebris alienarum ædium commissa die Rede ist, in welchem Fall keine andere Zeugen, als die in solchen Häusern mit wohnen, von
17 dergleichen unzüchtigen Umständen aussagen können,

STRYK *ad* LAVTERBACH *in not. de testibus.*

wiewol auch demjenigen, was in rat. dubit. dawider angeführet ist, auch sonsten gar leicht abgeholffen werden kan, allermassen was in ima et 2da ratione gegen die rotulos angeführet werden wollen, dadurch hinweg fällt, daß hier nur eine Bescheinigung geführet worden, in welcher auch die Zeugen coram quocunque iudice abgehöret werden können, und der Herr L. dadurch nicht verdächtig wird, daß er vormahls bey der Klägerin Vater Gerichts-Verwalter gewesen, indem er seiner Pflicht schon längst erlassen, und bey den itzigen Gerichten in neuen Pflichten stehet, daneben die beyden fol. 48. und 149. befindlichen rotuli zwar coram notario aufgenommen, aber diesem Mangel dadurch abgeholffen, daß beyde ro-
18 tuli von dem L. vor dem dasigen Kriegs-Gerichte fol. 300. sqq. mit dem fol. 316. befindlichen Eyde sind bestätiget und also von neuen aufgenommen worden. Hiernächst ad 3) sich in actis nicht finden will, daß die Zeugen aus dem öffentlichen Bordell genommen und zusammen gelesen sind, oder daß die Häuser, worinnen die D. und andere prostibula ihr logis gehabt, öffentliche Bordelle gewesen, zumal von der D. sich absonderlich befindet, daß sie ædes ambulatorias gehabt, und ein Paar Monathe sich bald hier, bald da aufgehalten, bald aber von den Wirthen nach vermerckten Unrath laut fol. 191. ausgebothen, wie dann N. fol. 27. b ausaget, daß sie bald hier, bald dort gewohnet; dahero denn diejenigen, die in solchen Häusern mit ihr gewohnet, deswegen nicht sofort verdächtig sind, daß sie eiusdem farinæ mit dergleichen Personen seyn müsten, wenn solches nicht aliunde erwiesen werden kan, welches hier nicht befindlich. Wiederum ad 4) die K. weil sie mit der R. in einem Hause gewohnet, und von solchen Umständen ausgesaget, die da actus venereos proximos anzeigen, nicht sofort zu einer dergleichen liederlichen Person gemachet werden kan, zumal die gethane Anzeige des Schnieben und Krächzen, welches sie genau in ihrer Stube durch die breterne Wand gehöret, dessen eigentliche Bedeutung sie wohl durch anderer älterer Weibes-Personen information und nicht eben aus eigener Erfahrung haben können, da sie bereits 18. Jahr alt gewesen, und die verliebten Worte, **mein Engel, mein Herzgen** dabey observiret, also leicht die Auslegung, was das Bette-Knacken, Schnieben und Krächzen, wenn der Beklagte daselbst gegenwärtig gewesen, bedeutet habe, dabey noch andere fol. 13. b befindliche garstige Ausdrückungen vorgefallen, die sie doch zum wenigsten hören und aussagen können, sie mag nun einen Begriff sich davon gemachet haben, welchen sie will: genug, daß sie diese Worte observiret, wie sie denn auch davon wohl aussagen können, daß der Beklagte bey der H. öffters seine nächtliche visiten von 8. bis 10. Uhr abgeleget, als welches auch ein Kind begreiffen und aussagen kan, sie auch den Beklagten eigentlich kennen müsse, weil sie einstmahls laut fol. 11. b seq. ihn die Treppe hinunter geleuchtet. Ferner ad 5) die Zeugin P. eine Ehe-Frau eines Bedienten bey dem Herrn 19
L. und nicht zu vermuthen ist, daß sie in einem öffentlichen Bordell gewohnet habe, obgleich die D. in eben dem Hause sich ein Paar Monathe aufgehalten, dergestalt ihr durch dergleichen Beymessung ohnstreitig zu viel geschehen. Noch weniger ad 6) die B. vor verwerflich zu halten, da nicht befindlich, daß sie der Klägerin belohnte Dienerin sey, weil ihr Mann bey ihr in Diensten ist, ihr Mann aber ad 7) da er bey der Klägerin als Laquay geblieben, und solchen also der Beklagte nach der Scheidung von Tische und Bette ihr überlassen haben muß, pro inhabili in hac causa domestica, de qua deponit, nicht zu achten, wohin vornemlich causa adulterii gehöret, worin auch bekanter massen das Gesinde idoneum testimonium, absonderlich was zu Hause passiret, wie hier fol. 42. geschehen, ablegen kan; von dem Umstande aber, daß er F. laut fol. 107. zu Ablegung eines falschen Zeugnisses mit Gelde induciren wollen, hiernechst geredet werden soll; ferner ad 8) die H. welche fol. 349.

Ad Lit. XXIV. T. II.

Ad Lib. XXIV. T. II.

seq. gute Zeugnisse vor sich hat, dadurch nicht verwerflich wird, daß sie so curieux gewesen, und dasjenige, was in der D. Cammer passiret, genau beobachtet, und also wieder referiret, zumahl diese curiositas nimis intempestiua an ihr eben nicht zu loben, sie aber dadurch zu einer socia criminis eiusdem nicht machet, als welches nirgends, noch dadurch erweißlich ist, daß sie umständlich und genau die begangene garstige affaire referiret, weil solche nicht anders deponiret werden können, deren garstige Umstände vieles ad veritatem dicendam in solchem Fall beytragen. Endlich was ad 9) 10) und 11) erinnert worden, hiernechst bey der exceptione attentatæ corruptionis untersuchet und abgelehnet werden wird, also der daraus ad 12) und 13) gemachte Schluß von selbsten hinweg fället, auch bereits im Anfange der rationum decidendi gezeiget ist, daß in dieser das adulte-
20 rium betreffenden Bescheinigung nicht einmal der concubitus illicitus cum aliena muliere zu bescheinigen nöthig sey, weil sonsten niemahls ad effectum divortii der Ehebruch erweißlich gemachet werden könte, und alle Ehescheidungs-Klagen vergeblich seyn würden. Diesemnechst ad 14) zu untersuchen übrig ist, ob der Beklagte die exceptionem attentatæ corruptionis testium dergestalt bescheiniget, daß dadurch der Klägerinnen geführte Bescheinigung einigermassen geschwächet werden, oder ihre Krafft gantz verliehren könne, wobey denn anfänglich zu mercken, daß der Beklagte eines Theils sich selbsten der corruptionis attentatæ testium sehr verdächtig gemachet, nach dem die H. fol. 21. b eydlich deponiret, wie er sie mit Versprechung 12 Ducaten und noch mehr bereden wollen, reinen Mund zu halten, und laut fol. 22. b allen denenjenigen, so wider ihn zeugen würden, starck gedrohet. So dann der S. fol. 170. sqq. eydlich bestärcket, daß, wie Klägerin im September. anno 1747. von einer Reise zurück gekommen und im schwartzen Thore, daß sie aus S. käme, angegeben und einschreiben lassen, ein im Beklagtens Liverey fol. 71. beschriebener Laquay, so G. gewesen seyn soll, demselben von dem Beklagten ein compliment gemacht und gebethen, daß er als Thorschreiber anfänglich gegen offerirung eines Ducaten, nachgehends eines Louis d'or das Einschreiben ändern und annotiren möchte, als wenn die Klägerin von der X. käme, welche Verfälschung er aber, und wenn er ihm 100 Louis d'or geben wolte, laut fol. 175. gäntzlich abgeschlagen. Woraus denn zu ersehen, daß Beklagter selber von dieser attentirten Beschuldigung nicht frey sey, andern Theils die attentirte corruption auf ein factum tertii, des Lieutenants L. und des Laquay B. ankommen soll, mit nichts aber dargethan, daß weder die Klägerin, noch dero Vater, welche man mit in dieses Werck gerne einmischen und einigen Beytrag beymessen wollen, so doch von der integrität und grauität eines solchen ansehnlichen nur zu gedencken, die Rechte 21
nicht einsten erlauben,

l. vn. §. 1. in f. de offic. præfecti prætorio.

diese benannte Personen dazu bestellet, oder ihnen ordre ertheilet, Zeugen zu der Klägerin faveur zu dingen; im Gegentheil der Lieutenant L. ad art. 23. f. 314. sq. eydlich bey seiner Seelen Seligkeit ausgesaget, daß weder er, noch sie, oder sonst iemand von nur gedachten beyden Personen i. m. aufgetragen, der B. oder deren Dienstmagd K. oder sonst iemand vor das in dieser Ehe-Sache, und besonders wegen der D. zu erstattenden Zeugniß Geld, oder sonsten etwas vom Geschencke anzubiethen, oder zu verlangen, daß sie wider die Wahrheit darin Zeugniß ablegen sollten, wie denn auch, nach K. des Brandwein-Brenners fol. 112. sqq. eydlichen deposition die Klägerin nichts weiter von ihr als genaue und umständliche Nachricht von des Beklagten Umgang mit der D. verlanget, weil sie bey ihr logiret, und es gantz glaublich gewesen, daß er, wer zu dieser verdächtigen Person gegangen, wissen müssen, dabey er dann mit keiner Sylbe angezeiget, daß dieselbe von ihm vor Geld und Gaben ein falsch Zeugniß verlanget; nicht weniger, die S. ein Mägdgen von 16. Jahren zwar f. 90. sqq. deponiret, daß der L. zu ihr gesaget, er habe von einem Lieutenant vernommen, daß sie Zeugniß ablegen wolte, und gegen ihr erwehnet, daß sie durch das Schlüssel-Loch gekucket, und also ihr zugeredet, sie solle es immer sagen, was sie durch das Schlüssel-Loch gesehen, der Lieutenant es auch beschweren wollen, was sie ihm von dem Beklagten und der C. erzehlet, woraus dann erhellet, daß er nichts weiter verlanget, als daß sie von ihrer Wissenschafft die Wahrheit sagen solte, und weil sie hinter dem Berge gehalten, ihr zugeredet, und ob er wol nach ihrer ad art. 42. erstatteten deposition, ihr nach gethaner Aussage, was zu geben versprochen haben soll, sie sich dennoch gegen den L. nachgehends entschuldiget, daß die Beschuldigung, als ob er ihr 30. Ducaten versprochen, falsch sey, worunter abermahl keine corruptio attentata stecken kan, cum, quod testi post testimonium datur, nullam corruptionis causam 22
habeat,

MARTINI *in proceſſ. contin. tit. 20. §. 2. n. 205. ſq.*

welches absonderlich dann statt findet, wenn nur ein Zeuge, der Wissenschafft von der Sache hat und sich dessen verlauten lassen, aber mit der Sprache nicht heraus will die reine Wahrheit zu sagen, dadurch bewogen werden soll, welches dann alhier mit grosser Behutsamkeit von L. geschehen, wie der S. eigener Vater und der Mitzeuge, Meister Chri-

Christian R. fol. 164. b sqq. mit mehrern bezeugen und ausgesaget:

Daß auf Ansuchung L. sie von ihm wegen der beschuldigten 30. Ducaten in andern Umständen befraget sey und sie darauf f. 165. b geantwortet, daß sie zwar in dieser Ehe-Sache befraget, hergegen ihr dafür kein Heller, geschweige 30. Ducaten, angebothen seyn, wenn sie in gemeldter Sache Zeugniß ablegen würde, ja gedachter L. ihr nicht einmahl angesonnen, in der Sache ein Zeugniß abzulegen, sondern nur zu ihr, der S. gesaget, daß, wenn der Lieutenant P. den mit ihr gehabten discours beschweren solte, sie ihr Gewissen bedencken möchte, indem sie vielleicht alsdann dasjenige, was sie wüste, auch würde beschweren müssen, welches alles sie selbsten den 29. Martii h. a. gegen L. auf vielfältig wiederholtes Befragen, sie nochmahls bestättiget, und bekannt, daß L. ihr überhaupt wegen dieser Sache, oder auch auf die angegebene Weise zu erstattenden Zeugniß halber niemahls einen Creutzer, geschweige 30. Ducaten zu geben, angebothen, immassen so gar nicht einmahl auch nur an eine Ueberredung zu so thanen Zeugnisse, geschweige an eine Geld-Gabe davor von L. gegen sie, die S. gedacht worden wäre.

welches alles beyde Zeugen, in deren Gegenwart es geschehen, fol. 167. eydlich ausgesaget. Endlich dritten Theils, der gantze Zusammenhang der dem Lieutenant P. und dem Laquay B. beygemessenen attentirten corruption beyder Zeugen in ein helles Licht gesetzet wird, wenn man darzu die vorhergegangene Gelegenheit, welche beyde Zeugen eydlich angezeiget, in Achtung ziehet, und daraus wahrnimmt, daß nach des gedachten Lieutenants fol. 309. b sqq. befindlichen Aussage er von ohngefehr im Januario h. a. in der B. logis gekommen, sie ihm die mit dem Beklagten und D. in ihrem Hause vorgefallene avanturen erzehlet, woraus der Wirth des Hauses wahrgenommen, daß er keine ehrliche Leute im Hause habe, sie, die D. deswegen nicht dulden wollen, sie aber dabey sich heraus gelassen, daß sie nichts verrathen würde, weil ihr der Beklagte gar zu lieb darzu wäre; imgleichen, daß bey Gelegenheit, da die Feldscherin N. ihre Magd, die S. wegen eines zu vermiethenden Quartiers zu des gedachten Lieutenants Ehefrau geschicket, und bey dieser Gelegenheit erzehlet, daß die Catharine D. bey ihrer Frau noch logire, und was sie, die S. laut fol. 312. b sqq. dabey wahrgenommen, welches zu der Bestärckung des Beweises vieles beytragen können, wenn die Zeugin nicht vermuthlich zurücke gehalten worden wäre, imgleichen, daß der Laquay B. im Anfang dieses Jahres, weil die D. laut fol. 104. ein Paar Monate bey R. logiret, er ihrentwegen Erkundigung eingezogen, und sie zu ihrer Aussage, laut fol. 7. b bereden wollen, welches alles anzeiget, daß der Lieutenant L. weil die B. und S. ihm sehr verdächtige Dinge vom Beklagten erzehlet, er aber wahrgenommen, daß sie solches nicht aussagen würden, er sich alle Mühe gegeben haben müsse, sie zur Bestärckung desjenigen, was sie ihm erzehlet, und nicht zu Ablegung eines falschen Zeugnisses zu bereden, dahero wenn er dabey von Versprechung einiger Ducaten was erwehnet haben solte, dessen Gegentheil er aber eydlich bestärcket, er solches nothwendig vor sich ohne alle ordre gethan, anbey doch den Vorsatz gehabt haben muß, sie nur zur Bekäntniß der Wahrheit, worzu er aus ihren Erzehlungen einigen Grund gehabt, und nicht zu Ablegung eines falschen Zeugnisses zu inauciren; nicht weniger der Laquay B. weil die D. bey F. logiret gewesen, ebenfals verhoffet, daß er von ihm und dessen Eheweib verdächtige Umstände vernehmen würde, welches ihme aber damahls nicht gelungen, wodurch denn aller Verdacht, als wenn Klägerin ihre in dieser Sache abgehörte Zeugen erkaufft oder sonsten corrumpiret, wie in rat. dubit. 14. angedeutet werden wollen, gäntzlich hinweg fället, zugleich auch ad 15) was mit der S. aj laut fol. 86. et sqq. passiret seyn soll, auseinander gewickelt, und dabey aus der fol. 91. b gethanen Aussage wahrgenommen wird, wie verfänglich man dieses junge Mägdgen von 16. Jahren, so noch nicht einst zum Abendmahl gewesen, befraget, dabey sie doch ad artic. additional. 4. nicht gehöret haben will, daß der L. zu ihrem Vater gesaget: er reise in 14. Tagen auf die Güther, da solte sie und der Vater auch hin kommen, er wolte ihnen Brodt geben; gleichwol doch bejahet, daß, nachdem sie weg gewesen, der L. dieses zu ihrem Vater gesaget habe, dessen Gegentheil der Zeuge Schmid, so bey der letztern Unterredung mit Meister S. und dessen Tochter laut fol. 179. sqq. gegenwärtig gewesen, ja deren leiblicher Vater laut fol. 187. eydlich deponiret, und dieser letzte ins besondere ad art. 4. hinzu gesetzet: daß er auch gegen seine Tochter nicht vorgegeben, als ob der L. solches zu Zeugen gesaget habe, woraus ein nicht geringer Verdacht entspringen will, als ob dieses junge Mägdgen selbst zu Ablegung eines falschen Zeugnisses induciret worden, da ihre gethane Aussage, durch ihres leiblichen Vaters und dessen Mitzeugen erfolgte eydliche deposition, unrichtig und falsch befunden wird; nichtweniger b. was der Lieutenant L. gegen die B. gesaget haben mag, zwar der Klägerin nicht præjudiciren kan, dennoch nach des gedachten Lieutenants gemachten Erklärung fol. 311. wenn er der B. ein Versprechen gethan, solches auf derselbigen verweigerten Bekäntniß geschehen, als

Ad Lit. XXIV. T. II.

23

Ad Lib. XXIV. T. II.

welche sich herausgelassen, daß, wenn auch was von Beklagten mit der D. geschehen wäre, sie es doch nicht sagen wolle, falls ihr auch iemand 50. Ducaten gebe. Ferner was c) und d) von R. angeführet worden, wiederum das factum des Laquayens B. betrifft, und der Klägerin nichts angehet, wiewol auch gedachter B. fol. 325. ad artic. II. eydlich ausgesaget, daß R. Vorgeben von offerirten 6 Ducaten falsch sey, und der F. darzu Auftrag gehabt, imgleichen, daß, was R. von Ratafias und dabey vorgefallenen Umständen eingezeuget, abermahl unrichtig sey; gedachter R. vielmehr von freyen Stücken mit einer Boutelge Ratafias zur Klägerin gekommen, B. ihn anfänglich zu melden difficultiret, solches doch endlich auf vieles Bitten gethan, bey diesen Umständen also die exceptio attentatæ corruptionis in keine consideration kommet, noch die geschehene Bescheinigung schwächen kan. Uebrigens was ad 16) wegen des Lieutenants L. deduciret worden, zu der Klägerin Verantwortung nicht gehöret, und es ein irriges Vorgeben ist, als wenn sein Zeugniß auf ein selbst erwähltes purgatorium hinaus liesse, da er doch nicht dasjenige, was er referiret, als Beklagter, sondern als ein von der Klägerin producirter Zeuge deponiret, als welches sein eigen factum betroffen, er auch dabey so viel Glauben als des Beklagten abgehörte Zeugen haben wird, ja es nunmehro dahin stehet, auf welcher Seite die offenbare periuria finalier roulliren würden, wenn solche in Untersuchung kommen solten, und wie ad 17) unerwiesen, und nicht befindlich ist, daß die Klägerin den Laquay B. und den Lieutenant L. zu Anschaffung falscher Zeugen gebrauchet habe; also es ein wunderliches Ansinnen gewesen, daß, da des Beklagten Zeugen einige Umstände von beyden deponiret, die Klägerin um sich zu iustificiren den Laquay so fort fortjagen und den Lieutenant L. zur Vernehmung ziehen lassen solle, welches eben so viel ist, als daß sie dasjenige, was Beklagtens Zeugen ausgesaget, ohn untersucht vor wahr annehmen, ihren Laquay als corruptorem wegjagen und den gedachten Lieutenant denunciiren solle, dagegen sie weit vernünftiger gehandelt, daß sie vorher beyde über diese gegen sie gethane Aussage befraget, und als sie von ihnen das Gegentheil vernommen, und, daß der Zeugen Aussage guten Theils falsch sey, wahrgenommen, sie also besser gethan, daß sie diese beyde darüber ehender eydlich abhören, als die vorgeschlagene execution vor eilig und ohn überlegt ergehen lassen. Endlich so viel ad 18) die exceptionem adulterii, so Beklagter der Klägerin nicht per modum compensationis, sondern principaliter opponiret, und auch von seiner Seite, als Kläger, quod reus excipiendo actor fiat, die Ehescheidung von der Frau Klägerin gesuchet, anbelanget, ein ieder, der die acta gelesen, gar leicht einsiehet, daß der Beklagte nunmehro nur aus einen wegen der gegen ihn entamirten Klage empfundenen aigreur auf diese Beymessungen gefallen, und sich zuforderst auf einen **verdächtigen Umgang** der Klägerin mit dem A. so wol vor, als nach der Scheidung vom Tisch und Bette gründen, und dahero guten Theils seine exceptionem behaupten wollen, da dann zwar andem ist, daß der A. viel und öffters bey der Klägerin zur visite gewesen, Abends, auch wol Mittags mit ihr soupiret, wenn gleich Beklagter nicht zu Hause gewesen, und des Abends bis 12, auch wol 1 Uhr bey ihr geblieben, mit ihr ausgefahren, spatziren gegangen, sie auf ihres Vatern Garten besuchet, auf der redoute mit ihr gewesen, ja sie sogar in ihren Wochen besuchet, und also einen öfftern Umgang mit ihr gepflogen, daraus aber anfänglich (a) nichts mehr als eine besondere Freundschafft des A. mit des Beklagten Hause und ins besondere eine Hochachtung vor die Klägerin zu schliessen, nicht aber so fort ein argumentum adulterii commissi hergenommen werden kan, bevorab da (b) der A. auch dergleichen freundschaftlichen Umgang mit dem Beklagten gepflogen, ja derselbige den A. bey seiner Gemahlin am ersten introduciret und recht bestissen gewesen, die Freundschafft mit dem Herrn Grafen zu unterhalten und alle obstacula zu hemmen, gestalt denn nach der Zeugin Z. fol. 333. b lqq. gethanen eydlichen Aussage, als die Klägerin in anno 1716. sich mit dem A. veruneiniget gehabt, und er einige Zeitlang dieselbe nicht besuchet, die Zeugin mit angehöret, wie Beklagter damahls den A. so lange genöthiget, bis dieser endlich seinen Besuch bey der Klägerin wieder abgestattet, ob gleich der A. weil die Klägerin auf ihn böse gewesen, lange sich widersetzet, so, daß endlich auf vieles Zureden, ob es gleich schon späthe gewesen und die Klägerin sich zur Ruhe begeben wollen, Beklagter dennoch den A. zu ihr ins Zimmer geführet, und ob wol (c) nunmehro von Seiten des Beklagten vorgegeben werden wollen, daß er endlich aus dem öfftern Umgang in eine jalousie gerathen, und vielleicht diese die unglückliche Suiten der Uneinigkeit unter ihnen zu Wege gebracht, dennoch solches in dem vol. I. sich gar nicht finden will, sondern die causæ diffidii domestici von andern Dingen hergeleitet worden, welche iedoch Beklagter fol. 21. b negiret und bey GOtt contestiret, daß ihm dergleichen, als ihm in der ersten Klage schuld gegeben, nie in den Sinn gekommen, mit dem Beysatz:

indem er an seiner Frau Gemahlin niemahls etwas zu defideriren gehabt.

Dieserwegen er die separation aufs äusserste depreciret, sie also dadurch selbsten iustificiret, wie denn (d) ein anders ist, mit einer honnetten Dame auf unverdächtige Art und Weise öfftern Umgang im Beyseyn ihres Ge-

Gemahls und dessen Abwesenheit zu pflegen, ein anders aber, mit einer Weibesperson, zu der man sich Hurerey und Ehebruch versehen mag, auf verdächtige Art und Weise, in heimlichen Winckeln und verstohlner Weise bey Abend- und Nachtzeit zu conversiren, und öfftern Umgang zu haben, da das letzte zwar ohnstreitig einen grossen Verdacht inter personas diuersi sexus bringet; das erste aber vernünfftiger Weise dahin nicht gezogen werden mag, weil sonsten unter vornehmen Personen beyderley Geschlechts, absonderlich aber bey grossen Höfen alle dergleichen sehr gewöhnliche visiten, conversationen und Umgang entweder nachbleiben, oder so fort suspicionem
24 adulterii operiren müsten, so, daß (e) es lediglich hiebey drauf ankommt, zu welcher Classe die gepflogene conversation zwischen der Klägerin und dem A. eigentlich gehöre? da denn anfänglich laut der acten vol. I. der Beklagte selbsten an seiner Frau Gemahlin niemahls etwas zu desideriren gehabt, und demnach sie unstreitig vor eine honnette Dame, zu der man sich keines Ehebruchs versehen mag, gehalten haben muß, ins besondere aber die Klägerin in ihren fol. 299. sqq. befindlichen rotulis ausführlich dargethan, daß der Umgang mit gedachtem A. gantz unverdächtig gewesen, wie denn die Zeugen, so beständig um und bey der Frau Klägerin zur Aufwartung gewesen, überhaupt fol. 336. 342. b und 346. b endlich ausgesaget, daß sie bey dem offtmahligen Besuch des A. niemahls das allergeringste verdächtige oder unanständige von ihme und der Klägerin gesehen oder gehöret, in specie aber fol. 329. 335. b 341. b und 346. vier Zeugen deponiren, daß sie, wenn der A. bey der Klägerin gewesen, sie öfters in dem Zimmer ab- und zugegangen: die Klägerin nie befohlen, daß, wenn gedachter A. da wäre, sie vorher anklopffen solten, sondern sie allezeit frey hinein gehen dürffen: bey solcher Gelegenheit sie niemahls die Thüre verschlossen gefunden, auch wol andere domestiquen ausser ihnen ab- und zugegangen, also dieser Umgang öffentlich in Gegenwart derer domestiquen und deren freyen Zutritt unverstohlner Weise geschehen, bey solchen Umständen also ad 19) keinen Verdacht bringet, daß, wenn der A. bey der Klägerin soupiret, er bis um Mitternacht da geblieben, als welches an grossen Höfen und unter denen, die dazu gehören, gar nichts neues, sondern was gewöhnliches ist, daß sie spath soupiren und also spath von einander gehen; dasjenige aber, was die Klägerin am meisten graviren könte, und woraus man ein præsumtum adulterium hernehmen will, am wenigsten erweisen, oder auch an und vor sich selbsten zureichen kan ad diuortium decernendum, anerwogen, was K. fol. 62. seq. von dem Lager auf dem Cannapée aussaget, derselbe ad art. 19. dabey anfänglich negiret, daß sich der A. niedergeleget, sondern nur vor dem Cannapée gestanden, bey dem Lager auf dem Cannapée aber er sich auf dem Laquay beruffen, welcher dasselbe und daß noch pouder darauf gewesen, wahrgenommen, und darüber erschrocken seyn soll, dennoch gedachter B. da er darüber befraget worden, endlich das Gegentheil und dieses fol. 323. ausgesaget: *Ad Lib. XXIV. T. II.*

> des K. Anführen sey im Grunde falsch, indem er davon nichts gesehen, weniger die angegebene Antwort, die in art. 4. ihm vorgehalten, ertheilet,

so, daß diese Aussage selbsten durch denjenigen, auf welchen sich K. beruffen, elidiret und als falsch befunden worden. Nicht weniger, was ad 20) von Aenderung des Schlosses a) in der guarde robben-Thür, so ins Hauß gehet, angezeiget ist, alle Krafft eines Verdachts verlieret, wenn dagegen gehalten wird, was B. fol. 339. b sqq. dagegen zur Erleuterung ausgesaget, und angezeiget, daß solche zur Sicherheit verschlossen werden müssen, hergegen die andere Thür, durch welche man aus der Klägerin Wohnzimmer in die guarde robbe gehet, nach fol. 341. niemahls verschlossen, sondern allen domestiquen der freye Zugang, und also kein dergleichen verdächtiger Winckel oder geheimer Ort gewesen, der ad perpetranda crimina carnis insgemein erfordert wird. Dahero was K. fol. 65. b anzeiget, daß, wie die Klägerin mit dem A. sich darin befunden, er einmal bey dem Horchen an der Thür Bewegungen wahr genommen, und vermeinet, ein Rauschen und Schnauben gehöret zu haben, wie geschehen, wenn eine Mannsperson arbeitete, ein sehr ungewisses und ein solches indicium ist, worauf man nicht fussen kan, da in dem guarde robben das Rauschen von den Kleidern, die daselbst befindlich, nicht ungewöhnlich, wenn mehrere Personen darinnen sind, und das vermeinte Schnauben an und vor sich selbsten sehr beträglich ist, absonderlich, da von einem Menschen solches bemercket werden wollen, der nullius fidei ist, weil er den Thorschreiber, wie oben gedacht, zu committirung eines falsi mit Gelde induciren und erkauffen wollen; nicht weniger b) von gleichem calibre ist, was von den Spatzierfahrten und promenaden die Zeugen ausgesaget, wie denn c) auch ebenfalls dahin zu rechnen, was von dem vielfältigen Besuch, als die Klägerin in ihres Vatern Garten logiret, imgleichen was d) von der Abholung der Klägerin von dem A. auf der Redouten angeführet ist, da dergleichen Dinge unter denen vornehmen Hofleuten nichts ungewöhnliches in sich halten, und wenn e) die Abend-visiten auch nach der Scheidung vom Esche und Bette noch continuiret, nichts anders daraus zu schliessen, als daß die Freundschafft mit dem A. nicht aufgehoben. Nicht weniger was f) von der Rückreise der Klägerin in

Gesell-

Ad Lib. XXIV. T. II.

Gesellschafft A. von ihres Vatern Guthe die Zeugen ausgesaget, solches fol. 323.b von dem Zeugen B. also erläutert wird, daß beyde in einer offenen Chaise gefahren, und daß Zeuge mit einem Laquay auf dem Bock der offenen Chaise gesessen, wie denn auch selbsten K. fol. 72.b deponiret, daß des A. Bediente bey seinem Wagen, worin sie gefahren, geblieben: ferner g) bey der angegebenen Reise nach Z. zu erinnern, daß Beklagter solche gerne gewiß machen, und deswegen den Thorschreiber mit Gelde bestechen wollen, so ihm aber nicht gelungen, dessen Wahrheit auch nicht einst aus der fol. 71. befindlichen deposition erhellet, am allerwenigsten aber was der Koch h) referiret, einigen Verdacht wircken kan, da mit nichts dargethan ist, daß in der Klägerin Schlafkammer eine verdächtige Person gewesen, vielmehr das Mägdgen, so nicht aufschliessen wollen, angezeiget, daß die Klägerin noch schliefe, und deswegen sie nicht aufwecken wollen, welche Beschaffenheit es auch mit der avanture, so i) angeführet, hat, daraus nichts gewisses genommen werden kan, eben wie aus der visite, so k) bey der Klägerin, wiefie einige Tage in Wochen gewesen, nichts sonderliches zu machen, auch der Umstand, so l) als verdächtig angegeben, wiederum nichts ungewöhnliches in sich enthält, noch was m) in dem R. Garten passiret, hiebey etwas contribuiret. Aus welchen allen denn zwar ad 21) Beklagter schliessen wollen, als wenn die Klägerin bloß diese Ehescheidungs-Klage entamiret, damit sie von dem Ehe-Band loß kommen und den A. mit dem sie einigen verdächtigen Umgang gehabt haben soll, wieder heyrathen möchte; gleichwol, daß Klägerin gegen Beklagten solches selber geäussert, etwas unwahrscheinliches in sich hält, dazu mit nichtes erwiesen, und was der Brandweinbrenner K. fol. 108.b ad art. 28. davon erwehnet, von dem Laquay B. endlich fol. 326. ad art. 14. abgeleugnet und deponiret worden, daß damahls an den A. gar nicht gedacht sey, man auch dergleichen verwegenes raisonnement sich nicht wohl concipiren, oder wenn es wahr seyn solte, solches der Klägerin nicht præiudiciren kan, dergestalt, daß nunmehro, nachdem die Cannapée-historie, (deren Angeber über dis allen fidem verlohren, da er den Thorschreiber mit Gelde corrumpiren wollen) völlig auch elidiret ist, nichts mehr als die referirten argumenta eines verdächtigen Umganges mit dem A. übrig bleiben, welche aber nicht allein nach dem, was ad rat. dubit. 18. præmittiret worden, zu beurtheilen, sondern daneben anzumercken ist, daß, wenn gleich solche in einer connexion mehrentheils wahr seyn solten, sie doch nichts weiter als remotissima indicia ausmachen würden, woraus kein adulterium zu schliessen ist, ad cuius probationem violenta et vrgentissima indicia desiderantur, quia, vt pontifex ait

in c. 12. X. de præsumt.

tantum ex violenta et certa suspicione divortii sententia pronuntiari potest, welches mit mehrern erleutern,

STRYK *in vsu mod. ad tit. de diuortiis §. 13.*

BOEHMER *T. IV. iur. eccles. protest. tit. de diuortiis §. 17. 18. et 19.*

Diesemnach Beklagter in seiner Gegenbescheinigung so viel keinesweges bescheiniget, daß auf seine fol. 57. sich geäusserte Absicht und petitum reflectiret und erkant werden können, vielmehr solches in sententionando hindangesetzet werden müssen.

So sind wir geschehener massen sowol in causa principali, als in Ansehen der Unkosten, weil die Klägerin fundatam agendi causam gehabt, worzu Beklagter Ursache und Gelegenheit gegeben, zu erkennen gemüßiget worden. V. R. W.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE NOVEMBR. MDCCXLVIII.

DECISIO CCCCLXIV.

THEMA.

Maritus ad diuortium agens sumtus litis vxori inopi subministrare debet.

SVMMARIA.

Contra tres conformes nulla prouocatio admittitur n. 1.

Rationes ex facto desumtæ n. 2.

Maritus vxori inopi sumtus litis subministrare debet n. 3.

Indi-

Indivecta responsio ad articulos in demonstratione sufficit n. 4.

Sententia ad id, quod actis comprehenditur, dirigenda n. 5.

Als Ew. Hochfürstliche Durchlaucht uns interponirte Oberleuterung und erfolgte submission nebst fernern Vorbringen und darüber geführten Verfahren in Sachen Ew. Hochfürstlichen Durchlaucht Cammer-Verwalters C. F. R. Oberleuterantens und Klägers an einem, und dessen Ehefrau A. R. R. gebornen R. Oberleuteratinnen und Beklagtin am andern Theil, in IX. vol. zugeschicket ꝛc.

Daß es der interponirten Oberleuterung ohngehindert bey dem vol. VIII. fol. 63. befindlichen und den 28. Aug. 1742. eröffneten Urthel billig verbleibet, und weil übrigens Kläger auf den 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17 und 18. Bescheinigungs-articul dem itzgedachten Urthel zu folge sich eingelassen, und die Bescheinigungs-articul entweder in totum, oder secundum quid abgeleugnet, nicht weniger über den 20. 21. 23 und 24. Bescheinigungs-articul, wie auch über den 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 23. 24. 25. 26. 27. 34. 35 und 36. Gegenbeweiß-articul eine declaration vol. VIII. fol. 69. sqq. ad acta gebracht, und den 20. 21. und 23sten Bescheinigungs-articul, wie auch den 14. 15. 16. 23. 24. 25. 26. 35. und 36sten Gegenbeweiß-articul eingeräumet, so hat es dabey sein Bewenden, und ist er nunmehr sein Gewissen, Wissenschafft und Wohlbewust, dahin es ihm auf dem Leugnungs-Fall gestellet, über den 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. und 24. Bescheinigungs-articul, wie auch über den 10. 11. 12. 13. 27. und 34. Gegenbeweiß-articul, so weit er solche abgeleugnet, nach der Beklagtinnen vorgehenden Eyd vor Gefehrde zu eröffnen, oder über die Bescheinigungs-articul, ausgenommen den 24sten, dasselbe binnen vier Wochen zu vertreten schuldig, hergegen Beklagtinne auf des Klägers vol. VIII. fol. 86. dagegen geforderte Posten sich einzulassen nicht gehalten. Uebrigens hat Klägers vol. VIII. fol. 96. befindliches Suchen nicht statt, sondern es sind die beyden Eyde über den Gegenbeweiß und Bescheinigung zu separiren und besonders abzulegen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Ob wol Kläger wegen der erkanten vorzuschiessenden processKosten Oberleuterung eingewandt, und dagegen vorgestellet, daß 1) bereits gleich im Anfang vol. I. fol. 24. der Oberleuteratinnen zu ihrer und ihres Kindes alimentation 1 Thlr. auf iede Woche Rechtskräfftig zuerkant, worunter die processKosten mit begriffen, dem zwey gleichförmige Urthel gefolget, und also tres conformes sententiæ, quæ vim rei iudicatæ habent, vorhanden, gegen welche kein weiteres remedium statt gefunden, und doch gleichwol in der Oberleuterung erst die reformatio sententiæ erfolget, auch 2) hier der casus nicht vorhanden, da der Kläger von Beklagten, qui bona possidet, die vorzuschiessende Unkosten fordern kan, si grauis pro eo præsumtio militat, iedoch hier dergleichen Umstände nicht zu finden, ja wenn solches 3) angehen solte, der Beklagtinnen aduocatus trefliche Gelegenheit finden würde, die Sache ins Weite zu spielen und immer auf Klägers conto loß zu arbeiten, bevorab da 4) seine Frau Beklagtinne wäre, welche ad protrahendam litem gewigt zu seyn pflegen. Hiernechst 5) bessere Einlassung auf den 4. 6. 12. 16. und 17ten Bescheinigungs-articul fordert, zumahl Kläger darauf sich positiue nicht erkläret, darneben 6) auf Klägers Gegen-prætensiones vol. VIII. fol. 86. um desto mehr zu reflectiren, und bessere Einlassung gefordert werden möchte, weil Beklagte dasjenige, was sie ihm vorgeschossen, und eingebracht, specifice liquidiret, ihm also erlauben seyn müsse, auch seine Gegenforderung zu specificiren, bevorab da 7) Beklagte auf zwey Posten sich bereits eingelassen, und warum sie sich auf die übrigen nicht einzulassen schuldig sey, keine Ursache angeführet. Ferner 8) Kläger zwar vol. VIII. fol. 70. über den 20. 21. 23. und 24. Bescheinigungs-articul, wie auch f. 70. b über einige Gegenbeweiß-articul nochmahls eine declaration gethan, solche aber mit allerhand Anhängen verknüpffet, auch darüber bereits die Ablegung des Eydes erkant ist. Endlich derselbe 9) vol. eod. fol. 96. vermeinen wollen, daß alle puncta zugleich, pro multiplicatione iuramentorum præcauenda, in eine formulam billig gebracht werden müssen.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ad 1) der Beklagtin zwar die alimenta vor sich und ihr Kind gleich im Anfang zuerkant, iedoch an die sumtus litis damahls, da man einen so weitläuftigen processs noch nicht vermuthet, nicht gedacht worden, man also nicht sagen kan, daß solche sub determinatione alimentorum mit zuerkant und bestimmet sind, so, daß die exceptio rei iudicatæ hier cessiret, und ob wol nachhero ihr petitum ratione expensarum in zwey Urthelu ihr aberkant, dennoch in der Oberleuterung solches wieder geändert ist, so, daß auch tres conformes hier ermangeln, so

Ad Lib. XXIV. T. II.

dann ad 2) marito ad diuortium vel totale, vel partiale agente, überhaupt die Billigkeit pro arbitrio iudicis erfordert, daß der Mann seiner Frauen, wenn sie auſſer denen ihr zuerkanten alimentis wenig oder nichts im Vermögen hat, ihr litis expensas reichen muß, und man nicht eben alhier auf die Umstände, welche bey andern Fällen, vbi de bonis restituendis agitur, attendiret werden, zu sehen hat, da Kläger noch in gutem Verdienst sitzet, und Beklagte hergegen nichts auſſer ihren ali-
3 mentis in Händen hat, wovon sie die sumtus litis tragen könne,

STRYK *de decret. interim. c. II. n. 121.*

CHOPPIN. *lib. 2. consuet. Paris. tit. 7.*

LEYSER *in medit. ad D. spec. 313. n. 6.*

und obwol der Kläger ihr vieles beygemessen, auch so gar, daß sie an ihm Untreu ausgeübet, vermeinen wollen, dennoch solches alles noch unerwiesen, und noch alles in Beweiß- und Gegenbeweiß begriffen ist, dessen Ausschlag erst künftig zu erwarten stehet, inzwischen vor die Beklagtinne so lange die gute præsumtion militiret, bis das Gegentheil beygebracht ist, so wol Kläger ad 3) selbsten nur dahin bedacht seyn muß, daß er selbst nicht so viele Neben-puncta excitire, und der Beklagtin alle Mittel benehme, auszuschweiffen, damit die Hauptsache nicht aufgehalten werde, davon selbsten er in diesen actis unterschiedliche specimina abgeleget, und die Erkäntniß darüber geschehen müssen, der Richter auch ad 4) Mittel finden wird, dem bekanten Satze: reorum est fugere, vorzubeugen, so, daß wir keine Ursache gefunden, von vorigen Urthel in diesem punct abzugehen. Uebrigens ad 5) auf den 4. 6. 12. 16. und 17ten 4
Bescheinigungs-articul keine weitere Einlassung nöthig ist, nachdem Kläger bereits nachgehends solche geleugnet, auch hier keine solennis litis contestatio anzutreffen, so dann ad 6) die Gegen-prætensiones des Klägers nicht anders als solche puncta anzusehen, die gegen die geführte Bescheinigung aufgeführet sind, und also allenfals in die Gegenbescheinigung gehören, wenn Kläger sich deren bedienen wollen, welche er aber vol. VIII. f. 38. fallen lassen, worauf billig zu erkennen gewesen, weil solches ex actis so fort einem jeden in die Augen fället, und deswegen ad 7) die 5
Beklagte nunmehr bewandten Umständen nach nicht schuldig, sich darauf einzulassen, wie sie auch specifice nicht gethan hat, sondern nur etwas gegen zwey Posten regeriret, und von denen übrigen abstrahiret. Hiernechst ad 8) bey der geschehenen declaration über einige Bescheinigungs- und Gegenbeweiß-articul es billig zu lassen, als welche er eingeräumet, und der geschehene Anhang bey dergleichen declaration nicht auſſer Augen zu setzen. Endlich ad 9) die beyden Eyde, so in der Hauptsache und Neben-puncten, worüber Bescheinigung geführet worden, abzustatten, billig zu separiren, und in zwey aparte Eydes-Formulen, alle confusion zu præcauiren, zu bringen sind, zumahl es auch gantz besondere themata probanda betroffen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE APRIL. MDCCXLIII.

DECISIO CCCCLXV.

THEMA.

Diuortium in casu extremæ cohabitandi contumaciæ decretum.

SVMMARIA.

Causse diuortii sunt arduæ n. 1.
Diuortium ob denegatam cohabitationem decerni nequit, nisi præmissis cogendi gradibus n. 2.
Gradus in præsenti casu adhibiti n. 3.
Contumacia non cohabitantis extrema carcere coërceri potest n. 4.
Imo ob eam lucra dotalia amittuntur n. 5.

Auf geschehene Ungehorsams-Beschuldigung und ferneres Einbringen in Sachen C. F. B. imploranten an einem, und dessen Ehefrau M. E. B. imploratinnen am andern Theil, erkennen zum Consistorio der Kayserlichen freyen Reichs-Stadt Goßlar verordnete Senior und consistoriales nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß

Daß nunmehr die imploratinne pro malitiosa desertrice in contumaciam zu halten und der implorant der Ehe halber von ihr zu scheiden, ihm auch sich anderwerts wieder zu verheyrathen zu verstatten, der imploratinne aber zu untersagen, darneben sie alle durch diesen processus verursachte Unkosten nach deren vorgehender liquidation und erfolgter Mäßigung dem imploranten zu erstatten schuldig, sie wird auch darneben wegen ihrer beharrlichen Halsstarrigkeit mit sechs wöchentlicher Gefängniß nicht unbillig bestraffet, dem imploranten auch ad priuationem illatorum in foro competente zu klagen vorbehalten. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol das in sententia Helmstadiensi rechtskräfftige erkante Zwang-Mittel f. 46. an der Beklagten nicht exequiret worden, da doch alle Urtheile genau zu beobachten, daß man nicht leicht ad vlteriora fortgehen kan, welches absonderlich in causa diuortii ob malitiosam desertionem in acht zu nehmen, welche Sache inter arduas et maiores
1 zu referiren und dahero darin das festina lente, in acht zu nehmen,

BÖHMER *in diss. de caus. ard. et maior. c. 2. §. 14.*

COTHMANN *vol. II. resp. 86. n. 16.*

dergestalt, daß man zur würcklichen Ehe-Scheidung in casu denegatæ cohabitationis nicht kommen kan, als wenn alle gradus, die halsstarrige Person zur raison zu bringen, jedoch vergebens, adhibiret sind. Etenim antequam ad dissolutionem deueniatur, gradatim et circumspecte est procedendum, et probe obseruandum, vt denegatio cum proposito continuationis siat, et
2 constet, pertinacem esse incorrigibilem, adeoque contumax coniux pastorum ecclesiæ et inprimis confessionarii seueris et seriis adhortationibus ad cohabitandum inducatur, iis vero posthabitis, magistratus secularis officium imploretur et omnibus modis tentetur, an pœnis ciuilibus pars refractaria ad officium deduci possit, et tandem post frustra tentatæ coactionis media sententia diuortii feratur,

NICOLAI *de repud. et diuort. P. I. c. 3. n. 59. sqq.*

welche gradus allhier noch nicht völlig adhibiret zu seyn scheinen, da nicht allein das erkante Mittel nicht vorher adhibiret, sondern auch ihr Beichtvater fol. 38. angegeben, daß sie bereit wäre wieder zu ihrem Mann zu gehen, dergestalt es das Ansehen gewinnet, als wenn noch zur Zeit auf die Ehescheidung nicht erkant werden mögen.

Bæhm. Conf. T III. P. II.

Rationes decidendi.

Ad Lib. XXIV. T. II.

Weil aber dennoch die Halsstarrigkeit und der beharrliche Widerwille der imploratinnen gegen ihren Mann dergestalt groß und excessiv ist, daß man keine Hoffnung hat, 3
die imploratinne wieder zu ihrer Schuldigkeit bringen zu können, angesehen anfänglich man laut denen registraturen bedencklich gehalten, den modum compellendi per carcerem cum carena auf etliche Wochen zu exequiren, als wodurch doch der Endzweck nicht erreichet, sondern zu mehrerer Verbitterung nur Anlaß gegeben seyn würde, man dahero und da die imploratinne vor dem consistorio zu erscheinen, sich nicht allein geweigert, sondern sogar gegen den Herrn Seniorem, ein Gelübde gethan zu haben, nicht zu erscheinen, vorgegeben, ein ander medium compellendi resoluiret, und sie sub denegatione alimentorum a marito præstandorum citiren zu lassen, auch würcklich bey continuirter Halsstarrigkeit an ihr exequiret, welches aber nichts bey ihr gefruchtet, ohngeachtet ihr etliche Monat solche entzogen, ja sie so gar sich gewegert, ihres gewesenen Anwalds, der sich bishero noch nicht legitimiret gehabt, ihrentwegen gethane Vorstellung zu ratihabiren, und demselben eine Vollmacht zu ertheilen, dahero er fol. 55. sich von ihr losgesaget. Endlich der Herr Senior in anberahmten letzten termino den 15. Febr. a. c. attestiret, daß er sich alle Mühe gegeben, die imploratinne dahin zu bringen, dem Urtheil ein Gnügen zu leisten, aber alle Vorstellungen vergeblich gewesen, davon er auch ein attestatum ad acta gegeben; nicht weniger der Hr. pastor H. und die beyden Diaconi T. und R. dieses bezeugen, und ins besondere angezeiget, daß sie sich hautement erkläret, in Unterschreibung des fol. 3. befindlichen reuersus dem rechtskräfftigen Urthel kein Gnügen zu leisten, und im consistorio nicht zu erscheinen, ohngeachtet der angesetzte Termin *pro omni* nochmahls anberahmet, und also peremtorisch gewesen, welches eben so viel gelten muß, als wenn sie, wie an andern Orten geschiehet, sub pœna confessæ et conuictæ citiret worden wäre, dergestalt da man ihr so viel Zeit nachgesehen, keine Vorstellung und Zwang-Mittel sie dahin bringen können, dem reuers erkanter massen zu unterschreiben, sondern sie vielmehr in beharrlicher Halsstarrigkeit continuiret, ja ihres Beichtvaters fol. 58. gethanen Anzeige kein Gnügen geleistet, und von 3. Aug. 1745. da solche præsentiret, bis den 17. Febr. 1746. da der letzte Termin gewesen, in ihrem Ungehorsam beständig continuiret, nunmehr nichts anders, als die völlige Ehescheidung übrig gewesen, darauf wir auch vorwaltenden Umständen nach erkant, danebst aber ihre extremam pertinaciam mit einer conuenablen Strafe beleget,

Ad Lib. XXIV. T. II.

get, cum talis pertinacia summa pœna relegationis vel carceris puniri debeat,

4 NICOLAI *cit. l. n. 66.*

und ob zwar das consistorium auch incidenter mit auf priuationem dotis ceterorumque lucrorum dotalium erkennen kan, welche auf solche hartnäckige denegationem cohabitationis gesetzet,

5 IDEM *cit. l. n. 69.*

dennoch solches von imploranten nicht mit gesuchet worden, auch eigentlich und principaliter ad cognitionem magistratus seculari gehöret.

So sind wir geschehener massen zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXLVI.

DECISIO CCCCLXVI.

THEMA.

Diuortium quoad thorum et mensam non propter quamcunque inimicitiam decerni potest.

SVMMARIA.

Quod mutuum adiutorium impedit, ad diuortium quoad thorum et mensam sufficere videtur n. 1.

Facilius tamen, si de capitali inimicitia constat n. 2.

Modo culpa implorantis non caussata n. 4.

Nemo priuata autoritate a coniuge se separare potest n. 3.

Fideiussor dotium non admittendus n. 5.

Ob leuiorem inimicitiam diuortium non decernitur n. 6.

Auf übergebene imploration und erfolgtes Verfahren in Sachen I. W. S. imploranten an einem, und dessen Ehe-Frauen S. A. S. ehemahls verwittibten R. imploratinne am andern Theil, erkennen zum Hochfürstlichen consistorio zu Zerbst verordnete Præsident, Räthe und assessores auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß implorantens Suchen noch zur Zeit nicht statt finde, sondern es ist derselbe wieder zu seiner Frauen Hause zu kehren, und verträglich und vernünftig, als einem Ehemann gebühret, sich gegen sie aufzuführen, diese aber ihrem Mann nach den Ehe-pacten die Abnutzunge von ihrem ihm zugefreyeten Vermögen zu verstatten schuldig, wozu beyde durch gebührende Zwang-Mittel anzuhalten, dagegen auch die von der imploratinnen opponirte exceptio cautionis noch zur Zeit nicht statt findet, sie könte und wollte dann binnen vier Wochen des implorantens Gegenbescheinigung binnen eben derselben Frist, auch beyden die Eydes-delation vorbehältlich, den angegebenen metum dissipationis bonorum bescheinigen, worauf alsdann ferner ergehet, was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Kläger zum Grunde seiner gesuchten Ehe-Scheidung von Tisch und Bette gesetzet, daß seine Ehe-Frau wenig Liebe vor ihn habe, ihn auch einmahl aus dem Hauß geschlossen und nicht einlassen wollen, ja ihm, hin zu gehen, wo er wollte, zugemuthet. So dann in Ansehen des mutui adiutorii er sich beschweret, daß sie vor den Tisch so wenig als vor die reine Wäsche besorget sey, sondern ihn in Stancke und Unflat umkommen lasse, darneben ihn abhalten wollen, mit seiner Mutter und Schwester zu reden, sie auch nach denen Ehe-pacten ihm von dem ihrigen nichts in die Hände gegeben, sondern im Geitze gantz ersoffen sey, so ihn genöthiget, sich von ihr zu wenden und die separation von Tische und Bette zu suchen, welche auch in denen angegebenen factis gnugsamen Grund haben möchte, angesehen sowol der finis primarius als secundarius bey dieser Ehe in Ansehen der imploratinnen aus Widerwillen gegen ihren Mann, zu ermangeln scheinet und einem Ehemann nicht zugemuthet werden möchte, mit einer solchen feindseligen

seligen Frauen seine Lebens-Zeit zuzubringen,
2 qua de causa ob eiusmodi capitalem inimicitiam et implacabilem separatio quoad thorum et mensam locum habere asserunt interpretes,

apud NICOLAI *de diuort. c. 5. n. 29.*

und ob zwar die dabey vorkommende und angegebene Umstände noch nicht klar sind, sondern bey der erfolgten litis-contestation von der Beklagten abgeleugnet worden, dennoch, da diese einmahl geschehen, nichts mehr übrig seyn möchte, als daß auf Beweiß und Gegenbeweiß erkant werde, bevorab da die imploratin in Ansehen ihres zugefreyeten Guths bereit ist, ihr Versprechen zu erfüllen, wenn implorant ihr nur caution, in Ansehen, daß er sehr verschwendrisch lebe, bestellen wolle, worin sie fundatam intentionem haben möchte.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch wir aus denen actis wahrgenommen, daß implorat eigenmächtig sich von seiner Frauen getrennet und
3 aus ihrem Hause sich begeben, welches aber keinem Ehemann nicht erlaubet ist,

CARPZ. *in iurispr. consist. lib. II. def. 211. n. 1. sqq.*

und da gleichwol solches geschehen, die præsumtion gegen ihn erwächset, daß er an den Mißhelligkeiten, so zwischen ihm und seiner Frauen erwachsen, guten Theils schuld sey, und er sie mehr wegen ihres Vermögens, als aus wahrer affection zu ihr, geheyra-
4 thet, und da sie ihm bishero dasselbe in die Hände zu geben, aus diffidence sich geweigert, die angegebene Zwistigkeit daraus ohne Zweifel entsprungen, welcher aber dadurch abgeholffen werden kan, wenn die imploratinne dazu angehalten wird, daß sie ihrer Schuldigkeit ein Gnüge thue, er aber dagegen auch angewiesen werde, sich vernünfftig gegen seine Frau aufzuführen, und dadurch ihre Liebe zu gewinnen, dahero wir zuförderst auf beydes erkant, die von Seiten der imploratinnen geforderte caution aber noch zur Zeit abgeschlagen, als welche denen Rechten nicht allein zuwider lauffet, *Ad Lib. XXIV. T. II.*

l. 1. C. ne fideiuss. dot. dent.

sondern auch der metus dilapidationis noch zur Zeit mit nichts bescheiniget ist, dabey wir ihr doch, denen Rechten nach, den Beweiß offen gelassen, er auch allenfalls durch Bürgen caution zu bestellen erböthig ist, wenn künfftig darüber erkant werden sollte. Uebrigens die andern in libello angeführte causæ nicht zureichend sind, sofort die Ehescheidungs-Klage von Tisch und Bette, ad quam lento gradu deueniendum, zuzulassen, zumal wenn auch dieselbe, nachdem die imploratinne in ihrer euentualen litis-contestation solche nicht an sich kommen lassen wollen, erwiesen werden sollten, daraus nichts mehr als einige Zwistigkeit und Uneinigkeit, quæ tamen nec capitalis, nec implacabilis est, qualem iura desiderant,

c. 8. X. de restit. spoliat.

6 zu schliessen seyn würde, weswegen doch nicht sofort die Ehescheidungs-Klage quoad thorum et mensam zuzulassen ist, als woraus noch weit tristiores effectus erfolgen, als vielleicht implorant nicht vermeinet, nunmehro aber zu hoffen stehet, daß, wenn sie, wie billig, ihm die Abnutzung ihres Vermögens einräumet, aller Mißverstand unter ihnen werde gehoben werden.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ
MENSE IVLIO MDCCXLVI.

Tit. III. Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur

DECISIO CCCCLXVII.

THEMA.

Iure Lubecensi vxor, quæ tempore cessionis bonorum a marito factæ liberos saltim in vtero gerit, illata repetere nequit.

Ad Lib. XXIV. T. III.

SVMMARIA.

Non omnes ciuitates Megapolitanæ iure Lubecensi vtuntur n. 1.
Cuius contrarium asseritur n. 7.
Societas tollitur cessione bonorum n. 2.
Communionem bonorum Lubecensem induci non per matrimonium, sed vteri gestationem n. 3.
Cessione bonorum a marito ante hanc facta, vxori dotis repetitionem saluam esse n. 4.
Cessio bonorum a momento oblationis effectum habet n. 5.
In dubio pro dote pronunciandum n. 6.
Secundum communionem Germanicam vxor pro marito soluit æs alienum n. 7.
Viuentibus coniugibus secundum ius Lubecense communio bonorum incipit n. 8.
Quum vxor illata repetit, oportet cessionem bonorum legaliter citatis creditoribus esse factam n. 9.
Cessio bonorum legalis quæ? ibid.

Auf gesuchte restitution in integrum und erfolgte Gesetze in Sachen I. R. Ehe-Frau implorantin an einem, und der R. creditorum curatoris imploraten am andern Theil, erkennen von Gottes Gnaden, Wir Carl Leopold ꝛc. auf vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß es der gesuchten restitution ohngehindert bey dem n. 64. befindlichen und den 21. Sept. 1730. eröffneten Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem des debitoris Ehe-Frau in dem n. 64. befindlichen Urthel nach Maasgebung des Lübschen Rechtes mit ihrer Anforderung derer illatorum abgewiesen, so hat sie dagegen restitutionem in integrum gesuchet, ist auch contra lapsum fatalium breui manu in integrum restituiret worden. Ob nun wol loco grauaminum angeführet ist, daß 1) es noch nicht ausgemachet, ob das Lübsche Recht quoad hunc passum angenommen
1 und darnach zu erkennen sey, allermassen Sibrandus, auf welchen Meuius in seinem comment. sich beziehet, angemercket, daß comitatus Suerinensis eiusque metropolis ein eigenes Recht gehabt, also Meuius nicht behaupten könne, daß alle Städte in Mecklenburg das ius Lubecense angenommen, auch die angeführten præiudicia das Gegentheil nicht behaupten möchten, als welche vltra causam, worin sie gefället, nicht zu ziehen, also zuförderst darzuthun sey, daß secundum ius Lubec. hier zu sprechen sey, und wenn gleich 2) eine communio bonorum inter coniuges vorhanden, dennoch ex iure
2 communi ausgemachet, quod societas solvatur, si socius mole debiti prægrauatus bonis cesserit,

§. 8. I. de societ.

bevorab da 3) das ius Lubecense nur alsdann einer Frau das beneficium repetendi illata denegiret, wenn sie beerbet oder schwan-
3 ger ist, gleichwol es sich finden soll, daß der debitor communis bereits den 27. May 1726. in actis contra Paul Stern sich zur cessione bonorum offeriret, die implorantinne aber nach dem Kirchen-attestato den 8. Iun. 1727. erst ihr erstes Kind tauffen lassen, also damahls, da die cessio bonorum offeriret, noch nicht schwanger, deren Mann aber nicht schuldig gewesen, die edictal-citation an die gesamte creditores auszuwürcken, diesemnach tempore oblatæ cessionis 4
noch nicht einsten eine vera communio bonorum, qualis iure Lubecensi efformata est, inter coniuges sich befunden, als welche erst angehet, wenn die Frau beerbet oder schwanger ist, im Gegentheil a tempore matrimonii nur eine solche societas inter coniuges constituiret werde, welche den gemeinen Rechten gemäß sey, so aber per cessionem bonorum sich endige, diese aber 4) ab oblatione seinen Anfang nehme, quomodocunque hæc declaratio fuerit facta, 5

l. 9. D. de cess. bonor.

und obgleich den 28. Febr. 1727. der debitor sich von neuem dazu offeriret haben mag, dennoch dieses vor nichts anders als eine Bestätigung der vorhin geschehenen oblation anzusehen, und 5) dasjenige, was moriente marito iuris ist, auch facta cessione bonorum Rechtens seyn muß, endlich auch 6) in dubio billig zu pronunciiren, da bekant ist, was causa dotis für einen grossen fauorem in iure habe, und dahero auch in hac causa dubia nicht unbillig darauf zu reflecti- 6
ren sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch bey der rat. dub. 1ma wol unstreitig ist, daß das ius Lubec. in den Mecklenburgischen Städten pro norma angenommen sey, als welches nicht allein Meuius und Sibrandus, und die sub n. act. 61. befindliche attestata sub A, B et C bezeugen, sondern auch die angeführten præiudi- 7
cia darthun, die implorantinne auch solches dadurch agnosciret, daß sie nach der Beylage sub n. act. 48. die Erbtheilung nach Lübschen Recht geschehen lassen, auch selbsten in Schwerin solche reception von derselben nicht abgeleugnet, sondern nur gezweiffelt werden wollen, ob auch in diesem passu solches

ches Recht angenommen sey, gleichwol die implorantinne keinen genugsamen Grund daran zu zweiffeln angeführet, vielmehr agnosciret, daß Christian Höwisch in anno 1593. eine sogenante Beytreibung des Schwerinischen Rechts ediret, worin ein epitome ex iure Lubecensi et Saxonico collectum zu befinden, also leicht zu erachten, daß allhier nicht secundum ius ciuile zu sprechen, und ad societatem coniugalem iuris Germanici nicht zu appliciren sey, was in rat. 2da ex iure ciuili entlehnet, vielmehr die natura communionis bonorum inter coniuges nach den teutschen Rechten dieses mit sich bringet, daß die Frau vor den Mann mit bezahlen muß, wie aus eben dem principio
7 auch andere statuta diese conclusion herleiten,

BÖHMER *de commun. æris alieni inter coniug.*

und dahero quoad rat. 3tiam nicht unbillig davor zu halten, daß bey Lebzeiten der beyden Eheleuthe, als welche durch Beschlagung der Decke in communionem treten, und solches durch gantz Teutschland an denen meisten Orten noch vsuel ist,

8 teste MEVIO *in comm. ad ius Lub. lib. I. tit. 5. art. 5. n. 14.*

eine solche communio inter coniuges secundum ius Lubec. anzutreffen, und nur der Umstand wegen Vererbung, oder ob die Frau Kinder habe oder schwanger sey, sowol in art. 5. als 7. iur. Lub. hinzu gethan, und in casu negatiuo allein die Frau das beneficium repetendi illata erhalten, dahero es lediglich darauf allhier ankommt, ob tempore cessionis die implorantinne würcklich schwanger gewesen oder Kinder gehabt, da dann ex actis klar, daß die cessio bonorum erst würcklich den 13. Decemb. 1727. erkant und effectuiret sey, da die implorantinne schon den 8. Iun. 1727. vorher ein Kind zur 9
Welt gebohren, keinesweges aber darauf zu sehen, daß in actis particularibus contra Paul Stern der debitor sich euentualiter ad cessionem offeriret, auch in actis specialibus contra Schradern den 28. Febr. 1727. solches oblatum wiederholet, zumal solche oblatio legaliter et citatis creditoribus geschehen, nicht aber ein und anderm creditori in besondern processen zu deren intimidirung vorgeworffen werden müssen, als welches noch keine cessio, sondern nur ein propositum euentuale de cedendo gewesen, wenn die beyden creditores nicht warten wollen, sondern erst würcklich und pure den 13. Dec. 1727. erfolget und daher das initium cessionis zu nehmen, cum propositum in effectum non deductum nihil operetur, wodurch denn die ratio 4ta abgelehnet, und bey der ratione 5ta ebenfalls kein dubium übrig bleibet; endlich die ratio vltima bey so klaren Rechten und befundenen Umständen nicht zu attendiren, jedoch da die implorantinne noch etwas vor sich gehabt, mit denen expensis retardati processus zu verschonen gewesen.

Ad Lib. XXIV. T. III.

So hat geschehener massen erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXXXIII.

DECISIO CCCCLXVIII.

THEMATA.

I. Acquæstus coniugalis ex statuto Hennebergico superstiti iure proprietatis, non hereditario debetur.

II. *Trebellianica implicite prohiberi potest.*

SVMMARIA.

Illatione non probata omnia mariti esse præsumuntur n. 1.

In fideicommissis puris duplex quarta detrahitur n. 2.

Trebellianica non, nisi expresse, prohiberi potest n. 3.

Sufficit tamen indirecta, si ex verbis per consequentiam fluit n. 8.

Acquæstus coniugalis communis ex iure germanico repetendus n. 4.

Communio bonorum inter coniuges describitur n. 5.

Inde

Ad Lib. XXIV. T. III.

Inde quilibet partem suam iure proprietatis, non hereditario retinet n. 6.

Als derselbe uns interponirte Leuterung und erfolgte Gesetze in Sachen A.M.L. Beklagtin an einem, und P. wie auch I.L. Klägern am andern Theil zugeschicket ꝛc.

Weil Klägere fol. 97. bereits litem reassumiret, so hat es dabey sein Bewenden, und erhellet übrigens aus denen acten nunmehro so viel, daß die Beklagte die quæstionirte legitimam von ihres Mannes gantzen Verlassenschafft cum fructibus perceptis nebst der quarta Trebellianica denen Klägern auszuantworten nicht schuldig, sondern die Beklagtin zuförderst ihre Helffte von der Verlassenschafft abzuziehen, und zu separiren, und von der andern Helffte alleine die Ausantwortung der legitimæ cum fructibus perceptis zu bewerckstelligen befugt, auch der Klägere eigenes Gesuch wegen Abzug der quartæ Trebellianicæ nicht statt finde, es könten dieselbe dann binnen vier Wochen, wie sich gebühret, beybringen, daß ausser der ehelichen Errungenschafft der Beklagtinnen verstorbener Ehemann etwas in die Ehe gebracht, so wäre alsdann auch davon die legitima abzuziehen. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol die Klägere gegen die Leuterung anführen, daß 1) aus den Worten des Hennenbergischen Land-Rechtes:

Und aber viel oder wenig Guth mit einander in währender Ehe überkommen würden,

kein acquæstus coniugalis bey Lebezeiten der Eheleuthe zu erzwingen, sondern nur der Fall dadurch angedeutet werde, wann der hinterbliebene Ehe-Gatte die Helffte als portionem statutariam bekommen könne, welche derselbe nicht anders als iure hereditario zu prætendiren befugt sey, mithin also der Mutter legitima zuförderst von des Mannes gantzen Verlassenschafft decourtiret
1 werden müsse, cum omnia præsumantur mariti esse, nisi illatione probata,

l. 51. D. l. 6. C. de donat. int. vir. et vxor.

welches auch 2) mit dem Hennenbergischen Land-Rechte lib. 3. tit. 3. c. 1. davon fol. 90. der extract befindlich, überein kommen möchte, als woraus erhellet, daß der Kinder legitima von der gantzen Verlassenschafft zuförderst abgezogen werden müsse, zumal solches dem iuri communi ebenfalls gemäß, und daraus das ius Hennebergicum zu erklären sey, mithin also nicht zu statuiren,

Lites de acquæstu coniugali non ex iure Romano decidendæ n. 7.

daß die Witwe die quæstionirte Helffte iure acquæstus coniugalis, sondern allein ex singulari iuris dispositione überkomme, ausserdem 3) die quarta Trebellianica denen Klägern gebühren möchte, da, obgleich sonsten regulariter in puris fideicommissis die legitima und Trebellianica nicht zugleich abgezogen werden kan,
2

c. 16. et 18. X. de testam.

dennoch dieses allein von dem casu anzunehmen, wenn beydes vni eidemque heredi gebühret, so sich hier nicht findet, da der verstorbenen Mutter allein die legitima, denen Klägern aber die Trebellianica und also diuersis personis gebühret, allenfalls auch nur der Mutter Antheil an der Trebellianica wegfallen würde, dabey auch 4) der casus indignitatis in l. 59. ad L. Falcid. nicht zu befinden, nachdem die Kläger des verstorbenen Bruders dispositionem ohne Eyd eingeräumet, auch 5) aus dessen fol. 7. sqq. angeführten Worten keine prohibitio huius quartæ zu ziehen, quæ non aliter quam expresse facta intelligitur, übrigens 6) weil
3 ratione vsusfructus sowol als auch der legitimæ es noch darauf ankommt, ob die zwischen der Beklagtin und ihrem Mann getroffene Ehe aus rauher Wurtzel geschehen, oder dieser etwas in die Ehe gebracht, jenes aber die Beklagte per modum exceptionis vorgiebet, ihr auch der Beweiß zustehen möchte, cum excipiens exceptionem suam probare teneatur.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch quoad vnam rat. aus denen angeführten Worten des Hennebergischen Land-Rechts deutlich gnug erhellet, daß der acquæstus coniugalis beyden Eheleuthen gemein sey, so auch mit denen
4 alten teutschen institutis genau überein kommet,

LYNCKER *de acquæst. coniug. §. 3.*

dergestalt, daß die Frau bey Lebezeiten ihres Mannes an der Helffte des Gewinstes allerdings ein beständiges Recht hat, ius enim communionis est mera societas inter coniuges, quæ superstite vtroque coniuge subsistit in habitu siue acquisitione faciendi, non aliter ac si dies cederet adhuc in communione; alterutrius vero morte in actum exit, siue communicatio portionis debitæ incipit, quasi dies venerit, et habitus in exercitium deduci possit,
5

BVRGVND. *tr. 1. ad consuet. Flandr. n. 16.*

woraus dann von selbsten folget, daß der hinter-

hinterlassenen Witwen die Halbschied des mit einander erzeugten und gewonnenen Guths nicht iure hereditario, sondern iure
6 proprio als ihr Eigenthum zustehe, die andere Helffte aber allein des Mannes Verlassenschafft ausmache, und davon der Mutter die legitima gebühre, man dahero auf das ius ciuile hiebey nicht sehen kan, hodie enim propter communia lucra sunt prorsus aliter vxores in domo mariti constitutæ, ex consuetudine patria, ex ordinationibus et statutis: non propter solam prolem siue generationem liberorum, sed mutuum quoque auxilium in acquisitione coniugali.
7 Romani solam restituebant dotem, ad onera sustinendi matrimonii concessam: Germani præter dotem ex matrimonio quæstum vxori tribuunt propter communia onera et commoda,

LYNCKER *cit. l. §. 12. in f.*

vnde quod de acquæstu iure ciuili traditur, ad ius Hennebergicum applicari nequit,

SCHILT. *ex. 41. §. 79. concl. 9.*

zumal es sich keinesweges schicken will, die instituta iuris Germanici aus dem römischen Rechte und dessen gantz diuersis principiis zu erklären, welchen dann das in rat. 2da angeführte Hennebergische Land-Recht nicht entgegen stehet, als welches von dem Fall, wenn ein Vater von seinem freyen eigenen Guth disponiret, verstanden werden muß, wie die Worte es klar geben, dergestalt, daß allhier das freye eigene Guth des Mannes nicht anders als von der Helffte verstanden werden kan, und so viel die in rat. 3tia 4ta et 5ta bemeldte Trebellianicam betrifft, es zwar seine Richtigkeit hat, daß solche von dem fideicommisso, so allhier vorhanden, abgezogen werden könne, dennoch wenn man die fol. 9. befindliche Worte des defuncti ansiehet, solche mehr als zu klar zu verstehen geben, daß der verstorbene ohne allen Abzug, es möge Namen haben wie es wolle, sein Vermögen seiner Frauen gönnen wollen, da er die gar bedencklichen Worte, quæ enixissimam voluntatem denotant, gebrauchet:

Hört ihrs, ich bitte euch um das jüngste Gericht willen, ich bitte euch um die heilige Dreyfaltigkeit willen, nehmet meiner Frauen nichts, sondern lasset ihr, was da ist. *Ad Lib. XXIV. T. III.*

welche declaration er auch gegen seine Mutter und Bruder gethan, und also nichts anders intendiret, als daß ihr alles ohne einigen Abzug verbleiben solle, adeoque sufficit 8 prohibitionem per indirectum factam fuisse;

Nou. 119. c. 11.

cum testatoris verba verificari et exitum habere nequeant salua Trebellianica, et sic etiam verba æquipollentia admittantur,

IO. DE CARVATHO *de quart. P. II. n. 71.*

veluti si totum et integrum fideicommissum præstari voluit,

MANT. *de coniect. vlt. vol. lib. 9. tit. 14. n. 17.*

nicht zu gedencken, daß in fideicommisso puro, wie hier, præter legitimam die Trebellianica nicht abgezogen werden könne, diesemnach da diese wegfällt, auch quoad 6tam rat. über den Beweiß, ob der verstorbene etwas in die Ehe gebracht, nicht sonderlich mehr zu disputiren ist, als welches hauptsächlich ratione vsusfructus in Trebellianica viduæ competentis nöthig seyn würde, jedennoch derselbe annoch wegen Abzug der legitimæ einigen effectum haben könte, zumal wenn erwiesen werden mag, daß der verstorbene Ehemann etwas in die Ehe gebracht, die legitima ebenfalls davon abgezogen werden muß, deren Beweiß doch von denen Klägern, als welche die legitimam fordern, geführet werden muß, cum actor fundamentum intentionis suæ probare debeat, auch die fol. 8. befindliche declaration des defuncti das Gegentheil klar anzeiget, mithin also das vorige Urthel überall reformiret werden müssen.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MARTIO MDCCXXXIV.

DECISIO CCCCLXIX.

THEMA.

Specificationi ab vxore edendæ omnia, quæ in domo mortuo marito fuerunt, inserenda.

Ad Lib. XXIV T. III.

SVMMARIA.

Supplicatio intra fatalia haud interposita deserta est n. 1.
Sententia contra rem iudicatam viribus caret n. 3.
In dubio supplicatio rite interposita præsumitur n. 4.
Mulier, quæ specificationem edere iubetur, eidem omnia, quæ in domo mariti fuerunt, inferre debet n. 2. 5.
Quia omnia illa censentur ad maritum pertinere n. 6.
Vt mulieri probatio contraria incumbat n. 7.

Auf interponirte supplication und erfolgtes Verfahren in Sachen des weyland, Predigers zu E. I. A. F. nachgelassener Wittwen, Beklagter und Supplicantinnen an einem, und C. F. des erlassenen Sergeant B. Ehe-Frau, Klägerin und Supplicatinne am andern Theil, erkennen Königl. Grosbritannische zum Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Consistorio verordnete Director, Consistorial- und Kirchen-Räthe nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht:

Daß Beklagte zuförderst der n. 68. befindlichen Verordnung binnen 14. Tagen bey Vermeidung anderweitiger 6. Thlr. Strafe durch Bestellung eines Bevollmächtigten ad acta Folge zu leisten, und weil sie solches bishero nicht gethan, die n. act. 68. angedräuete Strafe der 6. Thlr. nunmehro sub pœna executionis binnen eben derselben Frist zu bezahlen schuldig sey, und erhellet übrigens aus denen acten so viel, daß es der eingewandten supplication ohngehindert bey denen n. act. 40. und 42. befindlichen decretis schlechterdings zu lassen, Beklagte auch die expensas retardati processus nach deren vorgehender designation und erfolgter unserer Mäßigung der Klägerinnen zu erstatten gehalten. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Dieweil der Beklagten bereits sub n. 42. 49. 59. 61. und 68. bey unterschiedlichen Strafen anbefohlen worden, einen procuratorem ad acta zu bestellen, sie aber, ohngeachtet sub n. 68. ihr nochmahls sub pœna 6. Thlr. solches iniungiret ist, diesem nicht nachgekommen, so hat solcher Befehl nochmahls wiederholet, und auf die bereits verwürckte Strafe erkant werden müssen. So viel nun die supplication selbsten betrifft, obwol 1) ratione formalium angeführet ist, daß solche nicht iustificiret worden, angesehen das decretum n. 40. den 7. Sept. 1730. ertheilet, welches ihr erst den 21. Sept. soll 1 insinuiret seyn, so doch mit nichts dargethan, und als sie den 30. Sept. davon declaration gesuchet, darauf aber das decretum sub n. 42. den 13. Octob. 1730. ertheilet, sie erst den 6. Nov. davon die supplication interponiret, und vorgeben wollen, daß ihr solches erst vier Tage vorher zur Wissenschafft gekommen, welches gleichwol abermal nicht dargethan, und dahero es das Ansehen gewinnen will, als wenn die supplication pro deserta zu halten, da im Gegentheil 2) die grauamina erheblich zu seyn scheinen, angesehen Beklagte angegeben, daß sie ihres Mannes Erbin nicht geworden, und dahero dessen Schulden blos aus seinem Nachlaß befriediget werden müssen, wovon sie bereits eine specification ad acta gegeben, und solche eydlich zu bestärcken erbötig gewesen, ihr aber nicht angemuthet werden mögen, zugleich das Ihrige mit zu melden und solches in die specification zu bringen, so doch ihr in decretis sub n. 40. et 42. angemuthet, und darin erkant werden wollen, daß sie eine 2 vollständige Verzeichniß alles dessen, was beym tödtlichen Hintritt ihres Mannes in dem Sterbe-Hause an Gelde, pretiosis, Vieh, Hausgeräth, Schuld-Verschreibung oder sonst sich gefunden habe, einbringen solle, worunter das Ihrige mit begriffen seyn müsse, indem tempore mortis im Sterbe-Hause nichts, als was ihr und ihrem Manne zugehöret, gewesen, überdem 3) in decreto von 12. Mart. 1728. von ihr nichts mehr begehret sey, als eine ordentliche und richtige specification alles desjenigen, so ihr abgelebter Ehemann von dem Seinen hinterlassen, ad acta zu geben, welches auch abermahl in decreto von 5. May 1730. bestätiget und in rem iudicatam ergangen, dem zuwider die decreta sub n. 40. und 42. nicht bestehen könten, quod decretum contra rem iudicatam prolatum viribus careat,

l. 1. C. quando prov. non est nec. 3

ausserdem 4) die Beklagte solche specification mit einem Eyde bestärcken soll, welches aber gantz vergeblich und unnütze seyn würde, weil das Ihrige vor ihres seligen Mannes Schulden nicht verhafftet, vergebliche Eyde aber zu schweren nicht erlaubet sey.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch ad 1) in actis keine registratur oder recepisse ratione termini insinuationis anzutreffen, ohne welche keine accusatio contumaciæ vel exceptio desertæ

supplica-

supplicationis statt finden kan, vielmehr die Sache zweiffelhaft bleibet, in dubio aber
4 die supplicatio pro rite interposita zu halten, bis das Gegentheil, so nicht geschehen, dargethan: die grauamina selbsten abergantz unerheblich sind, anerwogen ad 2) die Beklagte allerdings schuldig ist, von ihres Mannes Vermögen eine richtige Verzeichniß ad acta zu geben, welches sie aber durch die ad acta sub n. 29. gegebene specification nicht bewerckstelliget, wie sofort jedem in die Augen fället, zumal die Beklagte sich einfallen
5 lassen, von dem Nachlaß, was tempore mortis im Sterbe-Hauß gewesen, das allerwenigste ihres Mannes Vermögen, sich aber das meiste nach ihrem eigenen Gutdünken zuzuschreiben, so doch auf ihr Gutachten nicht ankommt, vielmehr sie schuldig ist, von allem, was im Sterbe-Hause tempore mortis befindlich gewesen, eine richtige Ver-
6 zeichniß ad acta zu bringen, cum, quæ in domo mariti tempore mortis reperiantur, ad maritum pertinere præsumantur,

l. 51. D. de donat. int. vir. et vxor.

l. 6. C. eod.

MENOCH *lib. 3. præs. 51. n. 21. sqq.*

quæ præsumtio id operatur, vt vxori contrarium alleganti probatio incumbat,

7 BERLICH *P. II. dec. 224. n. 23.*

STRYK *in vs. mod. tit. de donat. inter vir. et vx. §. 19.*

diesemnach, obgleich die Beklagte aus dem Ihrigen vor ihren Mann nicht bezahlen darf, dennoch nöthig ist, daß sie erkanter massen zuförderst eine vollständige Verzeichniß alles dessen, was sich im Sterbe-Hause tempore mortis befunden, heraus gebe, da denn, wenn solches geschehen, sie, was darunter das Ihrige sey, angeben, und gehörig darthun, nicht aber priuato arbitrio determiniren muß, was sie zu ihres Mannes Vermögen referiren wolle, als worin sie nicht Richter seyn kan, diesem auch ad 3) die vorigen decreta nicht entgegen, da die Rechte præsumiren, daß alles zu des Mannes Vermögen gehöre, was tempore mortis im Sterbe-Hause befindlich gewesen, dergestalt, daß die letzte decreta sub n. 40. und 42. die ersten nur erklären, endlich auch ad 4 der Eyd nicht vergeblich seyn wird, als welcher die vollkommene Gewißheit des gantzen Nachlasses nur bestätiget und anbey manifestiret, daß davon nichts verschwiegen sey, dabey ihr doch unbenommen bleibet, nachgehends das Ihrige davon zu separiren, und den titulum davon, wie sich gebühret, darzuthun. *Ad Lib. XXIV. T. III.*

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE MAIO MDCCXXXVII.

DECISIO CCCCLXX.

THEMA.

Ius retentionis mulieri in feudo propter dotem competit.

SVMMARIA.

Mulier ex solo iure retentionis possessionem et manutenentiam non consequi potest n. 1.
Maritus in præiudicium agnatorum possessionem feudi cedere nequit n. 2.
In possessorio mixto color tituli requiritur n. 3.
Ius retentionis debitum liquidum supponit n. 4.
Mulier sine solutione et versione dotis in feudo retentione non gaudet n. 5.
Agnatis feudalibus sub prætextu illiquidi debiti possessio feudi denegari nequit n. 6.
Appellatio in causis possessoriis ad effectum deuolutiuum admittitur n. 7.
Possessionis non vacuæ apprehensio in turbationem incidit n. 8.
Alterius nomine quis possidere potest n. 9.
Heredes allodiales ius retentionis in feudo habent n. 10.
Possessio, in qua quis non est, morte desinere nequit n. 11.
Color possessorii sola demonstratione absoluitur n. 12.
Etiam litigiosum debitum liquidum esse potest ad effectum retentionis n. 13.
Possessio per cautionem non auferenda n. 14.

Ad Lib. XXIV. T. III.

Als die Herren uns interponirte appellation und erfolgte Gesetze in Sachen des Obrist-Lieutenant V. F. von B. genant von H. curat. et mandat. nomine des General-Majors L. W. von B. hinterlassener Kinder zu E. appellanten und Beklagten an einem, und C. E. des gewesenen General-Lieutenant, Ober-Jägermeisters und Ober-Cammerherrns C. von B. genant von H. hinterlassener Witwen und deren Tochter C. S. von L. appellaten und Klägern am andern Theil, in zwey zurück kommenden volum. etc.

Daß die appellatio in ihren formalien zu Recht beständig und die Sache zu deren Rechtfertigung an die Herren erwachsen; materialia belangend, erhellet aus denen acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß in erster instanz wohl gesprochen, übel davon appelliret, dannenhero die sententia a qua schlechterdings zu confirmiren und an Richter voriger instanz die Sache zu fernerer Ausübung zu remittiren, appellant auch die Unkosten dieser instanz nach deren vorgehender liquidation und erfolgter Mäßigung denen appellaten zu erstatten schuldig sey. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Als zwischen Klägern und Beklagten das ad n. 2. sub lit. B der appell. acten befindliche Urthel den 22. Nov. 1738. eröffnet worden, hat Beklagter davon appelliret. Ob nun wol ratione formalium die causa possessorii inapplicabel zu seyn scheinet, ratione materialium aber appellant angeführet, 1) daß er nach Absterben des seligen General-Lieutenants, Ober-Cammerherrns und Ober-Jägermeisters von B. ohne Hinterlassung einiger ehelichen Leibes-Lehns-Erben in Namen seiner curanden, als nächsten Lehns-Folgern das Ritter-Guth N. cum pertinentiis in Besitz genommen, gleichwol sich bald
1 darauf geäussert, daß die hinterlassene Witwe und Tochter sich vermöge einer in anno 1724. beschehenen cession und Uebergabe des Guths N. und dessen possess um ein conservatorium angehalten, und das ius retentionis feudi wegen allerhand illiquiden Posten sich anmassen wollen und es so weit gebracht, daß vorgedachte Urthel vor sie ertheilet und sie bey der possess geschützet worden, da doch 2) sie in vera et naturali possessione niemahls gewesen, sondern die Uebergabe blos in einer simulirten apprehension verfangen geblieben, der selige Herr General aber bis an sein Ende sich vor den wahren Besitzer geriret habe, allenfals dabey 3) die præiudicial-Frage auszumachen sey, ob der selige Herr General die possessionem feudi cediren, und dadurch seine Lehns-agnaten grauiren können, da appellantens curanden in diese cession nicht consentiret, und sie dennoch in dem Urthel an dessen factum verbunden werden wollen, gleichwol sie 4) ihre causam succedendi nicht ex beneficio des seligen Generals, sondern iure proprio et ex pacto primi acquirentis
2 offenbar hätten und desselben Recht mit seinem Tode erloschen sey, er also auf appellaten kein mehr und länger Recht transferiren können, als er gehabt, mithin die an dieselbe geschehene Lehns-Uebergabe ebenfalls nicht länger als ad vitam des seligen Herrn Generals dauren können, bevorab da 5) die manutenenz, bis appellaten wegen ihrer Forderung befriediget worden, restringiret worden, und also hier ein possessorium mixtum, quod colorem tituli præsupponit, vorhanden sey,
3

MENOCH *remed. 3. ret. poss. n. 588. sqq.*

dennoch dieser titulus gar zu generalis und vagus sey, im Gegentheil ein certum et liquidum debitum erfordert werde, die appellaten aber noch kein debitum liquidum und certum ad cognitionem gebracht, ohne welchem kein ius retentionis statt finden, noch sich die appellaten zum iure retentionis ha-
4 bilitiren können, zumal 6) nicht erwiesen, daß a) der Witwen auf dem Ritter-Guth N. ein Witthum constituiret sey, ihr Eheherr auch nicht befugt gewesen, in præiudicium domini feudi et agnatorum, solches vltra modum zu constituiren, demnechst solches nicht anders als solutione dotis et in feudum versæ probata statt finden könne, so
5 daß, so lange es hieran ermangele, das fundamentum iuris retentionis ermangele: b) die Mit-appellatinne keinen dotem ex feudo, als in defectu allodii, prætendiren könne, sie auch schon ihren dotem empfangen: c) die meliorationes feudi annoch illiquid, und ein jeder vasall ohnedem ex fructibus feudi solche zu thun verbunden sey: d) die Forderungen aus dem Theilungs-receß de anno 1720. annoch sehr vielen dubiis unterworfen, da die 4000. Thlr. parifications-Gelder von dem seligen General niemahls gezahlet und der Vergleich also nicht erfüllet worden, ingleichen die 8500. Thlr. zwar vor bezahlte Lehn-Schulden ausgegeben worden, allein da solutio sowol als das præsuppositum, daß es ein debitum feudale sey, facti sey und beydes vorher beygebracht werden müsse, zumal solches per sententiam iudicis noch nicht ausgemachet, also 7) alles höchst illiquid und altioris indaginis sey, so billig ad ordinarium processum auszusetzen, im Gegentheil sie denen Lehns-agnaten sub horum
6 prætextu die possession nicht vorenthalten, noch daran ein ius retentionis prætendiren können, vielmehr 8) sub cautione ihnen die

possession

possession restituiret werden müsse, zumal man auch hiebey leicht liquidum ab illiquido zu separiren im Stande seyn werde.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch die appellation in cau-
7 sis possessoriis wenigstens quoad effectum devolutivum statt findet, cessante suspensivo, vt possit interim fieri executio,

BÖHMER *de execut. pend. appellat. fac. c. 2.*

dahero auch n. act. app. 4. die appellation zwar, aber sine inhibitione erkant. Und so viel die materialia betrifft, ad 1) zwar das ius succedendi in feudo nicht, sondern nur das possessorium bestritten, und klar ist, daß tempore mortis vltimi vasalli die pos-
8 sessio nicht vacua gewesen, und also Kläger re nicht sowol die possession apprehendiret, als eine turbation committiret, anerwogen ad 2) in anno 1724. nicht per simulationem, sondern die possession in rei veritate übergeben worden, wie die klaren documenta so wol, als die Beylage ad n. act. 15. n. 4. darleget, obwol der selige General zugleich mit in der possession tum ex lege matrimonii,
9 tum familiaritatis geblieben, cum certum sit, posse etiam nomine alterius quid possideri,

l. 1. §. 4. D. de acquir. vel amitt. poss.

und da ad 3) der selige General anno 1724. in der possession gewesen, ausser allem Zweifel ist, daß er dieselbe an seine Gemahlin und Tochter, und zwar ex iusta causa, wegen deren eclatanten und wichtigen Forderungen ex feudo, weswegen denen Land-
10 Erben das ius retentionis zustehet,

CARPZ. *P. II. c. 25. def. 8.*

IDEM *lib. IV. resp. 20. n. 1.*

wohl abtreten können, und darzu der consens der Lehns-Vettern nicht nöthig gewesen, wiewol es an demselben hier nicht einsten ermangelt, da derer appellanten Vater in dem Vergleich de anno 1720. wegen der 4000. Thlr. parifications-Gelder und 8500. Thlr. agnoscirte Lehn-Schulden der Witwen und Land-Erben solches ius retentionis anerkant und bewilliget, dem zufolge auch die Uebergebung der possess gerichtlich nach der Zeit bestätiget, und das conseruatorium jederzeit darüber zu ertheilen versprochen worden, appellanten dahero ad 4) allerdings ex transactione patris de anno 1720. verbunden, sie auch ohnedem ex lege schuldig sind, das ius retentionis denen appellaten einzuräumen, und da der selige General tempore mortis keine possession mehr an dem Ritter-Guth
11 N. gehabt, solche auch per mortem eius nicht aufhören können, so dann ad 5) wenn gleich ein possessorium quodammodo mixtum hier vorhanden seyn sollte, dennoch es an dem colore possessionis, als welcher hier nur erfordert wird, nicht ermangelt, sondern die causa possidendi zulänglich, durch viele documenta ad n. act. 15. n. 5. lit. A sqq. sofort bescheiniget worden, als welche in causa possessorii pro eius coloratione gnug, 12
mit nichten aber appellaten schuldig gewesen, auf die bereits gemachten exceptiones gegen die documenta sich einzulassen, als welche zum petitorio gehören, welches appellant selbsten ohne Noth aufhält und dadurch verursachet, daß seine curanden nicht zum würcklichen Genuß und possess des ihnen angefallenen Ritter-Guths kommen können, zu welchem sie ohne Vergnügung der appellaten unmöglich gelangen werden, da dieselbe mehr als zu sehr sich zum iure retentionis habilitiret, darneben ad n. act. XV. n. 5. ihre Forderung alle profitiret, und darüber documenta ad acta gebracht, welche zwar appellant bereits zu bestreiten und deren qualität als Lehn-Schulden contra documenta zu leugnen angefangen, ja deswegen als illiquid ausgeben wollen, so doch nicht folgen will, cum etiam nomen litigiosum possit esse liquidum, adeo vt nequidem a compen- 13
satione excludatur,

l. 8. D. de compens.

vielmehr ad victoriam in possessorio obtinendam die angeführte causa possidendi et retinendi, als welche von der appellanten Vater in Vergleich de anno 1720. selbst davor erkant, zureichend ist; die speciales exceptiones aber gegen die aufgeführte Posten sich in petitorio finden werden, hieher aber nicht gehören, vielmehr es vor appellanten am besten ist, aller attentatorum sich zu enthalten, statum possessionis erkanter massen in seinem vigore zu lassen, und zum petitorio zu schreiten, zumal ad 7) et 8) was durch klare documenta in continenti vor Augen geleget ist, pro illiquido nicht geachtet, noch appellaten angemuthet werden kan, sub prætextu illiquidi sich ihres aus der possess des feudi erlangten Vortheils zu begeben, und mit der offerirten caution zufrieden zu seyn, als welche dem appellanten Gelegenheit geben würde, noch mehre Schwürigkeiten bey denen Lehns-prætensionen zu machen, da er post apprehensam ab appellatis 14
possessionem schon dieselbe denen Land-Erben schwer zu machen intendiret.

STRVK *de possessione per caut. non amis.*

So sind wir geschehener massen zu erkennen veranlasset worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL. MDCCXLI.

Ad Lib. XXIV. t. III.

Ad Lib. XXV. T. III.

LIB. XXV.

Tit. III. De agnoscendis vel alendis liberis.

RESPONSVM CCCCLXXI.

THEMATA.

I. Alimenta prouisione iuris debita educationem comprehendunt.

II. Determinatio alimentorum ab arbitrio iudicis pendet.

III. *Matri non competit vsusfructus in bonis liberorum.*

IV. *Educatio liberorum matri tutrici extra domicilium mariti non est prohibita.*

V. *Tutori de perfidia non suspecto haud potest administrator adiungi.*

VI. *Mater a rationum redditione quoad bona aduentitia non est immunis.*

SVMMARIA.

Alimenta educationem non continent n. 1.
Sed tantum, quæ ad necessariam subsistentiam pertinent n. 2.
Alia sunt alimenta iure sanguinis, alia officio iudicis debita n. 3.
In legatis plerumque stricte sumuntur alimenta n. 4.
Alimenta ex dispositione iuris adiudicanda expensas omnes comprehendunt n. 5.
Alimenta pupillis præstanda, sumtus in disciplinam continent n. 6.
Alimenta quomodo moderanda? n. 7.
Determinatio fit pro conditione, facultatibus, et ætate alimentandi n. 8.
Vtiliter tamen a magistratu petitur n. 9.
Vsusfructus patri in aduentitiis bonis competit n. 10.
Imo et matri n. 11.
Saltim de iure Germanico n. 12.
Et Saxonico? n. 13.
Fundamentum vsusfructus est patria potestas n. 14.
Matri nulla potestas competit n. 15.
Nec vsusfructus in aduentitiis liberorum n. 17.
Auo debetur vsusfructus iste n. 16.
Iure tutelæ maternæ matri vsusfructus non proprius n. 18.
Vsusfructus maternus particularis est, non vniuersalis n. 19.
Vbi tutor confirmatus, ibi educatio præcise suscipi non debet n. 20.
Educatio matri debetur n. 21.
Finita tutela olim ratio reddenda n. 22.
Petere tutores mater tenetur n. 23.
Tutores hodie quotannis rationem reddunt n. 24.
Tutorem habenti tutor dari nequit n. 25.
Contutor administratorem negligentem accusare tenetur n. 26.
Tutori non facile alius adiungendus n. 27.
Nisi iusta causa concurrat n. 28.
Pater de bonis aduentitiis rationem non reddit n. 29.
Bene tamen mater n. 30.
Mater alibi quoque ad iuratam specificationem tenetur n. 31.

Die mir zugeschickte facti species, worüber mein rechtliches Gutachten verlanget worden, bestehet in folgenden Umständen:

Es hat weyland Herr Obrister von R. laut testamenti seines seligen Bruders fünf hinterlassene Enckel zu vniuersal-Erben eingesetzet, und zwar unter denselben insbesondre

dre dem ältesten Sohne das Guth Z. vermachet, worauf nach seinem erfolgten Tode seine sämtliche Erben possess von der Erbschafft genommen. Ob nun zwar des testatoris Schwester unter dem Vorgeben, daß das Guth Z. ein väterliches gemeinschafftliches Guth sey, solche dispositionem testamentariam impugniret, und deshalb bey der Königl. Iustiz-Cantzley zu Hannover um ein decretum manutenentiæ bey gedachten Guth imploriret; so ist dennoch derselben solches laut decreti von 18ten Iun. 1735. abgeschlagen, und sind vielmehr sämtliche Erben bey dem erhaltenen Besitz manutenirt, wobey jedoch der R. Erben contutori aufgegeben worden:

Von der gantzen Erbschafft mit dem fordersamsten ein richtiges inuentarium zu verfertigen, und von denen Aufkünfften, so weit sich selbige erstrecken, zwar seinen pupillen die nöthigen alimenta zu reichen, sonsten aber weder der Mutter, noch den legatariis und übrigen interessenten, bis ein anders erkant worden, etwas abfolgen zu lassen.

Bey welchen Umständen, da indessen die Sache mit des testatoris Schwester und denen pupillen als Testaments-Erben annoch in lite ist, gefraget wird:

Quæstio I.

Wie viel man wohl zur education fünf adelicher Kinder, denen ein informator und Frantzösische Mademoiselle gehalten wird, von des ererbten Guths Aufkünfften, so wenigstens auf 1100. Rthl. alljährlich sich betragen, an aliment-Geldern bis zum völligen Austrag der Sache einstweils prætendiren könne?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol unter den alimentis bisweilen nur dasjenige, so zur täglichen Erhaltung und Nahrung gereichet, verstanden, und was zur commoden und vollkommenen Erziehung gehöret, davon ausgeschlossen wird, cum ea, quæ ad disciplinam pertinent, sub alimentorum appellatione non contineantur,

l. 6. D. de aliment. et cibar. legat. 1

und daher auch in iure das legatum educationis a legato alimentorum öffters unterschieden wird,

l. fin. c. l. *Ad Lib. XXV. T. III.*

daraus also in Gegenwart, da nur blos die nöthigen *alimenta* zuerkant sind, erfolgen mögte, als wenn dasjenige, so zu der pupillen Erziehung und information gehöre, alimentorum nomine nicht gefordert werden könne, beyorab da nicht de alimentis iure sanguinis præstandis die Frage ist, sondern blos solche ex officio iudicis denen fünf Kindern zuerkant worden. 2 3

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) der strictior alimentorum significatus gemeiniglich nur bey dem legato alimentorum vorkömmt, immassen die legata vormahls stricte interpretirt zu werden pflegten, jedoch man auch selbst bey den legatis von solchem strictiori sensu abging, vbi aliud sensisse testatorem probari poterat, 4

l. 7. D. de alim. et cib. legat.

hiernechst aber 2) unter denen alimentis, so ex dispositione iuris oder durch Urthel und Recht zuerkant werden, alle Unkosten, so auf Unterweisung und Erziehung der pupillen anzuwenden, billig mit begriffen sind, beyorab da solches die ratio possessionis apprehensæ mit sich bringet, 5

COLERVS *de alimentis lib. II. c. 1. n. 10.*

im gegenwärtigen Fall aber die pupillen dergleichen Urthel und Recht vor sich haben, hierüber 3) ex fauore pupillorum zu deren alimentis alle mercedes, quæ, vt liberalibus artibus instituantur, præceptoribus dantur, gerechnet werden, 6

l. 4. D. vbi pupill. educari debeat.

cum alimenta præstari ita pupillo debeant, vt in studia et alias disciplinas sumtus necessarii erogentur,

l. 6. §. 5. de Carbon. edicto.

insbesondere da 4) gegenwärtige pupilli præsumtiui heredes sind, ex testamento visibili vitio carente, und daher in dem Besitz der sämtlichen Erbschafft, und ins besondere des Guthes Z. geschützet, und aus deren Ausläufften die nöthigen alimenta zuerkant worden, als unter welchen alle nöthige Unkosten, so zur völligen Erziehung gehören, verstanden werden; im übrigen aber 5) die alimenta sowol nach der Grösse des Vermögens, als auch nach dem Stand und Alter der pupillen denen Rechten nach determiniret, 7

COLER *c. l. lib. II. c. 2. n. 14. et 27. sq.*

l. 1. §. 1. l. 3. §. 2. D. vbi pupillus educar. deb.

l. 10. l. 16. §. 2. l. 22. D. de aliment. et cib. legat.

jedoch

Ad Lib. XXV. T. III.

iedoch selbige auch so moderate eingerichtet werden müssen, vt semper aliquid, si potest, ex reditu superlit,

l. 3. §. 1. D. vbi pupill. educ.

HVBER. *in prælect. ad inst. lib. 1. tit. 26. n. 8.*

im gegenwärtigen Fall aber 6) eine hinlängliche Erbschafft vorhanden ist, immassen das eintzige ererbte Guth Z. wenigstens bey 1100. Thlr. an Ausläuften jährlich abwirfft, die pupilli aber zwar adelichen Standes, iedoch zweiffelsohne noch bey gar sehr geringen Alter sind, daß man also ihres Alters halben zur nöthigen Erziehung eines iedweden ins besondere wol nicht über 120. bis 130 Thlr. fordern könne, endlich auch 7) dieß hiebey zu beobachten, daß die determinatio alimentorum ad officium et arbitrium iudicis gehöre, cum ius alimentorum decernendorum prætori competat, vt ipse decernat, quam summam tutores ad alimenta pupillis præstare
8 debeant,

l. 3. pr. D. vbi pupill. educ. deb.

welcher secundum modum patrimonii et secundum conditionem et ætatem pupilli ermessen muß, wie viel denen pupillis an aliment-Geldern jährlich zu verstatten sey, und es derhalb auch im gegenwärtiger Sache am sichersten ist, bey der Hannöverischen Justitz-Cantzley deshalb Ansuchung zu thun, und zu dem Ende das inuentarium der sämtlichen Erbschafft derselben mit zu übergeben, auch
9 obgenannte Summa mit in Vorschlag zu bringen, und zu bitten, daß nach den reuenüen der Erbschafft die Summa der jährlichen alimentorum bis zum vollen Austrag der in lite hangenden Sache determiniret, und solchergestalt die Frau Mutter sowol als legitima tutrix, als auch ihr contutor ausser aller Verantwortung gesetzet werden.

So halte ich dafür, daß zur education eines ieden von denen fünf adelichen pupillen 120. bis 130 Thlr. von der sämtlichen Erbschafft alimentorum nomine gefordert werden könne; iedoch es hiebey am besten gethan sey, die determinationem der aliment-Gelder bey der Hannöverischen Justitz-Cantzley nach dem inuentario der gantzen Erbschafft zu suchen.

Quæstio II.

Ob deren Frau Mutter als tutrix legitima nicht denen bekandten Rechten nach den völligen vsumfructum aller reuenüen des Guthes Z. und derer ererbten aussenstehenden Capitalien bis zur maiorennität ihres ältesten, oder begebenden Falls nach dessen Absterben, ihres jüngsten Sohnes zu genieſſen, oder ob ein ius statutarium, Gewohnheit oder particulair-Landrecht in Hannöverischen a iure communi abweiche?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol denen gemeinen Römischen Rechten zu folge dem Vater der vsusfructus in bonis filiorum aduentitiis zustehet, 10

l. 6. C. de bonis, quæ liber.

und solches Recht auch nicht unbillig einer Mutter zugeeignet werden möchte, zumahl 11 da in

l. 8. pr. C. c. l.

expresse gesaget wird, quod iste vsusfructus patri vel aliis parentibus offeratur, worunter auch die Mutter mit begriffen zu seyn scheinen möchte, als welcher auch überdem 2) in vielen legibus und statutis prouincialibus sol- 12 cher vsusfructus zugeschrieben wird, wie

HARPRECT *in tr. de vsufructu statutario materno §. 7. sq. et §. 20.*

mit mehrern darthut, und daraus also nicht unbillig gefolgert werden könte, daß solches vordem iuris Germanici vniuersalis gewesen sey, wie denn solches auch annoch in den gemei- 13 nen Sächsischen Rechten angenommen ist,

SCHILTER *in pr. I. R. exerc. III. §. 11.*

BECHMANN. *in comment. Pand. ad tit. de vsufr. ex. 13. obs. 55.*

und daraus der Schluß gemacht werden möchte, daß man so lange bey dem alten Teutschen Recht verbleiben müsse, bis dessen abolitio in hoc passu docuret werden könne.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch 1) dasjenige, was 14 in den Römischen Rechten bey dem Vater ins besondre constituiret worden, seinen Grund in patria potestate hat, wie denn in dem angeführten

l. 6. C. de bonis, quæ lib.

de filiofamilias, qui in patris vel aui vel proaui potestate constitutus est, die Rede ist, der Mutter aber nach besagten Rechten keine 15 dergleichen Gewalt zukömmt.

§. 10. Inst. de adoptionib. l. 5. C. eod.

Hiernächst 2) in dem angeführten l. 8. pr. C. de bonis, quæ lib. unter dem Wort parentibus, nicht die Mutter, sondern auus und proauus 16 begriffen werden,

HAR-

HARPRECHT *cit. l. §. 6.*

wie denn solches der vorgehende

l. 6. C. cit. l.

deutlich ausweiset, allwo die parentes genau angezeiget werden: et vsusfructus eorum apud patrem, vel auum, vel proauum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, und überhaupt von solchen parentibus die Rede ist, in deren väterlichen Gewalt der Sohn annoch stehet, dergleichen man von einer Mutter nicht sagen kan, diesemnach 3) der vsusfructus maternus in bonis liberorum aduentitiis in den
17 Römischen Rechten nirgends gegründet ist, und daher

HARPRECHT *cit. l. §. 6.*

mit Recht saget, quod vsumfructum, qualem patri in bonis liberorum aduentitiis iure patriæ potestatis leges Romanæ adsignant, matri nuspiam tribuant; ferner auch 4) die Mutter daraus, daß sie tutrix legitima ihrer Kinder ist, eben so wenig als ein iedweder
18 anderer tutor den vsumfructum der pupillen Güther sich anzumassen vermag; übrigens aber 5) dasjenige, was per statuta in einigen Landen und prouincien angenommen, zwar von dem alten Teutschen Rechte zeuget, aber deswegen nicht so gleich geschlossen wer-
19 den kan, daß solches ebenfalls in andern provincien annoch statt haben müsse,

BERLICH *def. 171. n. 9. sq.*

CARPZ. *lib. 1. resp. 66. n. 21.*

immassen sattsam bekant, wie das Römische Recht dergestalt in Teutschland an vielen Orten eingeschlichen und die Oberhand behalten, daß selbiges pro iure communi et regula angenommen, welches absonderlich in den Hannöverischen geschehen, da das ius Romanum pro regula et iure communi allein angenommen, hingegen das gemeine Sächsische Recht abgeschaffet worden, und keine besondere constitutio zu befinden, worin der Mutter der vsusfructus in bonis aduentitiis liberorum verstattet worden.

So bin ich der rechtlichen Meinung, daß die Frau Mutter der pupillen als tutrix legitima nach dem iure communi Romano den vsumfructum der reuenüen des Guthes Jolstenau und der ererbten aussenstehenden capitalien bis zur maiorennität ihres ältesten, oder bey dessen Ableben, ihres jüngsten Sohnes zu geniessen nicht berechtiget sey, noch ihr solches Recht in den Hannöverischen durch eine besondere constitution zugeschrieben werde.

Quæstio III.

Ob der Frau Mutter ietztbesagte annui reditus zu ihrem und ihrer pupillen bessern Nutzen zu verwenden, in andere Herrschafften verabfolgen zu lassen, die dasigen Landes-Gesetze verbiethen?

Ad Lib. XXV. T. III.

Bahm. Conf. T. III. P. II.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol denen pupillis in den Hannöverischen tutores gesetzet und bestätiget worden, und es also der dasigen Landes-Regierung Krafft habender Ober-Vormundschafft daran gelegen seyn möchte, daß die pupillen in dasigen Landen erzogen würden und sie selbst auf die administration ihrer Güther genauer Acht haben könte. 20

Dieweil aber dennoch 1) der dasigen Landes-Regierung jährliche Vormundschaffts-Rechnung abgeleget werden muß, die pupillen mögen auch erzogen werden, wo sie wollen, und also derselben dadurch genugsam prospiciret ist, auch die education der pupillen ihre Frau Mutter selbst übernimmt, vor welche eine rechtliche præsumtion vorhanden ist, daß 21 sie die Kinder am besten erziehen werde;

Nov. 22. c. 38.

überdiß 2) weder in gemeinen, noch in Hannöverischen Rechten, so viel mir bekant, eine constitutio zu befinden, vermöge welcher die Erziehung der pupillen in fremden Landen verbothen und deshalb die reuenües ihrer Güther vorenthalten werden könten, mithin was 3) durch Gesetze nicht verbothen, denen Rechten nach erlaubet ist, auch 4) tägliche exempel zeugen, daß pupilli ausserhalb Landes auf Schulen erzogen und erhalten werden.

So halte ich dafür, daß solches in den dasigen Landes-Gesetzen angezeigter massen nicht verbothen sey.

Quæstio IV.

Ob der Frau Mutter vigore tutelæ honorariæ nicht zustehe, vor oder nach geendigter Sache ietzigen contutorem zu Ablegung der Rechnung anzuhalten, einen andern constituiren, oder sonsten durch iemand, wen sie hierzu im Vorschlag bringen möchte, das quæstionirte Guth administriren zu lassen?

Ad Lib. XXV. T. III.

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol hierbey eingewandt werden möchte, daß 1) tutores nach den Römischen Rechten allererst nach geendigter Vormundschafft zu Ablegung der Rechnung verbunden sind, 22

l. 9. §. 4. D. de tutel. et rat. distrah.

wie denn in den Hannöverischen das Römische Recht pro norma vnica et iure communi angenommen ist; ferner auch 2) eine Mutter am meisten verbunden sey, vor tüchtige und geschickte Vormünder ihrer pupillen zu sorgen, cum matris præcipua sit sollicitudo in 23 petendis tutoribus,

l. 1. D. qui petant tutores.

sonderlich wenn sie zugleich Mitvormünderin ist, quo casu ad eam quoque tutelæ periculum spectat.

l. 3. §. 1. D. de administr. et peric. tutor.

Dieweil aber dennoch 1) das Römische Recht darin in denen Reichs-Abschieden de anno 1548. und 1577. geändert worden, daß 24 alle und iede Vormünder nunmehr alle Jahr von ihrer geführten administration Rechnung ablegen sollen, das Römische Recht auch nur in so weit angenommen ist, als es nicht durch neuere Reichs-Gesetze abrogiret worden, diesemnach deren pupillen Frau Mutter wohl berechtiget ist, ihren contutorem zu Ablegung der Rechnung jährlich vor- und nach geendigten proceß anzuhalten, im übrigen aber 2) da ihr contutor in den dasigen Landen einmahl constituirt und confirmiret worden, es dabey sein Bewenden haben muß, und kein anderer tutor kan gesetzet werden, da es bekan- 25 ten Rechtens ist, quod tutorem habenti tutor dari non possit,

l. 9. C. qui petant tutores.

l. 27. D. de testament. tutela.

es sey denn in dem Fall, daß derselbe die Vormundschafft nicht getreu und nach der Pflicht eines Vormundes führen solte, und er also aus hinlänglichen Ursachen per suspecti accusationem von der tutela remouiret werden muste, und obzwar 3) eine Mutter verbunden ist, vt filius tutores petat, daraus aber nicht folget, daß, wenn einmahl tutores gerichtlich gesetzet werden, sie wiederum andere constituiren lassen könne, sondern dazu insbesondere erfordert wird, vt eos suspectos reddat, und hierin die Hauptpflicht eines contutoris und tutoris honorarii bestehet, daß er auf die administration des andern acht habe und in casu administrationis non ex fide 26 tutoris gestæ gegen denselben vt suspectum klage.

l. 2. §. 2. de administr. et peric. tutor.

COCCEII *de curiositate legal. proficua c. 2. concl. 8.*

Uebrigens aber 4) so viel die Bestellung eines administratoris des quæstionirten Guths betrifft, einem constituirten tutori regulariter 27 kein administrator oder curator ohne triftige und gegründete Ursachen adiungirt und aufgedrungen werden kan, in Ansehung, daß das Recht der pupillorum-Güther zu administriren eine Hauptpflicht des tutoris ist, tot. tit. de administratione et peric. tutorum, administratio enim præcipua pars et quasi corpus officii tutorii est,

HVBER. *ad Pand. tit. de administr. et per. tutor. n. 1.*

und ihnen solche daher nicht entzogen werden kan, es sey denn 5) daß hinlängliche Ursach angegeben werden könte, warum ihm ein cu- 28 rator adiungirt werden müsse,

l. 13. D. de tutel.

wohin gehöret, wenn derselbe vor sich allein nicht fähig genug ist, der Vormundschafft vorzustehen, und der pupillen-Güther zu verwalten, quo casu iudicis est inquirere, vtrum tutor administrandæ tutelæ sufficiens sit, et pro re nata curatorem adiungere,

l. 3. C. in quibus causs. tutorem vel curator. habenti tut. vel curat. dari possit.

dahin auch zu rechnen ist, si tutor reipublicæ caussa absens est.

l. 1. C. si tut. vel curat. reipubl.

CARPZ. *lib. V. resp. 86. n. 2.*

Diesemnach hieraus so viel erhellet, daß einem constituirten tutori die administratio schlechterdings ohne hinlängliche Ursach nicht entzogen werden kan.

So halte ich dafür, daß der pupillen Frau Mutter den contutorem zu Ablegung der Rechnung jährlich anzuhalten wohl befugt sey, hingegen aber keinen andern tutorem constituiren lassen könne, ohne den einmahl constituirten als suspectum anzugeben, noch ihm auch ohne hinlängliche Ursach einen curatorem zur administration des quæstionirten Guths adiungiren zu lassen berechtiget sey.

Quæstio V.

Ob derselben exspirata tutela legitima der eingehobenen Nutzungen und geführten Vormundschafft halber von dasiger Landes-Regierung krafft habender Obervormundschafft, oder auch ihren Kindern selbst nach zurückgelegter ihrer Minderjährig-

rigkeit Rechnung zu thun angesonnen werden könne?

Rationes dubitandi et decidendi.

Ob wol hiebey dieser Zweiffel entstehen möchte, daß gleichwol einem Vater, welcher den vsumfructum in bonis aduentitiis seiner Kinder hat, die Schuldigkeit Rechnung abzulegen, denen Rechten nach erlassen,

l. vlt. §. 4. C. de bonis, quæ liber.

und der Grund davon in der reuerentia paterna gesetzet sey, und da nun diese ratio ebenfalls bey der Mutter statt finde, eben die dispositio iuris auch hier applicable, und dieselbe gleichfalls von Ablegung der Rechnung frey seyn müsse.

30 Dieweil aber dennoch 1) dieses bey dem Vater ins besondere aus der Ursach constituiret worden, weil der Vater den vsumfructum bonorum aduentitiorum seiner Kinder hat, und vermöge desselben alle reuenües der Güther in seinen eigenen Nutzen verwenden kan, oben aber bereits bey der quæst. II. erwiesen worden, daß der Mutter kein vsusfructus in bonis aduentitiis liberorum zustehe, sondern sie als Vormünderin bloß als administratrix angesehen werden könne, eine iede administratio rei alienæ aber 2) einen iedweden ad rationes reddendas verbindet, auch nirgends zu befinden ist, daß die Mutter davon sollte eximiret seyn,

CARPZ. *P. II. c. 11. def. 5. n. 4. sq.*

31 zumahl da sie auch sonst ad iuratam specificationem denen Rechten nach angehalten werden mag.

MEVIVS *de iurata specificat. c. 4. §. 19.* *Ad Lib. XXV. T. III.*

IDEM *P. VI. dec. 59.*

Ueberdem auch 3) einer Mutter als legitimæ tutrici in der

Hannöverischen Gerichts- und Cantzley-Ordnung *p. 193. und p. 313.*

in ihrem Eyde expresse auferleget wird, gehörige Vormundschaffts-Rechnung abzulegen, wie es denn daselbst heißt:

> Nicht weniger von eurer administration und Handlung, wenn es von euch begehret wird, zu gebührlicher und rechter Zeit Rechnung zu thun und mit vollkommener Ueberliefferung alles dessen, so der Vormundschafft halben zu euren Händen gekommen und euren unmündigen Kindern zustehen würde ꝛc.

diesem zu folge also eine Mutter nicht allein exspirata tutela, sondern auch zu gebührlicher und rechter Zeit, welches nach den Reichs-Abschieden de anno 1548. et 1577. von Jahren zu Jahren geschehen soll, Rechnung der geführten Vormundschafft halben abzulegen schuldig ist.

> So kan der pupillen Frau Mutter, falls sie nicht blos tutrix honoraria ist, sondern zugleich die administration der Vormundschafft mit übernimmt, sowol von der dasigen Landes-Regierung, als auch von den Kindern nach erlangter maiorennität Rechnung der Vormundschafft halben zu thun, mit Recht angesonnen werden. V. R. W.

NOMINE PRIVATO.
MENSE IVN. MDCCXXXVII.

DECISIO CCCCLXXII.

THEMA.

Alimentorum subministratio in dubio animo donandi facta esse non censetur.

SVMMARIA.

Impensas in educationem patruus repetere non posse videtur n. 1.
Nam is ad alimenta obligatur n. 2.
Quod vltro suscipitur, cum animo donandi coniunctum videtur n. 3.
Concurrente potissimum alimentandi indigentia n. 4.
Est quæstio facti: vtrum animo donandi, an repetendi impensas id fecerit? n. 5.
Alimenta credidisse videtur, qui ea in rationes retulit n. 6.
Animus mediante iuramento declarandus n. 7.
Alimenta credita repeti possunt, quoties is, qui ea percepit, ad meliorem fortunam venit n. 8.

Ad Lib. XXV. T. III.

Als dieselbe uns interponirte reuision und dagegen opponirte exceptiones in Sachen des notarii I. H. P. Beklagten und impetranten an einem, I. H. P. Klägern und impetraten am andern Theil, in denen zurück kommenden acten ꝛc.

Daß es der interponirten reuision ohngeachtet bey dem den 24. April 1744. befindlichen Urtheil billig verbleibet, Beklagter und impetrant auch die expensas retardati processus nach deren vorgehender liquidation und erfolgter Mäßigung Klägern zu erstatten schuldig. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Nachdem in secunda instantia die Findung der ersten instantz, nach welcher Kläger und impetrat eydlich erhalten soll, daß er den Beklagten und impetranten nach seines Vatern Tode nicht animo donandi, sondern repetendi expensas in eius alimenta et educationem factas, veralimentiret, und das nöthige zu seiner education geschaffet, schlechterdings confirmiret worden, so hat Beklagter dagegen reuision gesuchet.

Ob nun wol Beklagter und impetrant gegen solchen Eyd vorgestellet, daß solcher gar nicht statt finden könne, vielmehr der animus donandi aus allen Umständen klar und er simpliciter zu absoluiren sey, weil 1) wenn er animum repetendi impensas in eius educationem per aliquot annos factas gehabt hätte, er gewiß solche specifice annotiret haben würde,

1

l. 34. D. negot. gest. ibi: *maxime, si etiam in rationem impensarum ea retuliſſe apparebit.*

so aber Kläger und impetrat nicht gethan, vielmehr seine Forderung in folle eingerichtet, und erst nach vielen Jahren solche zu suchen sich einfallen lassen, mithin animum donandi ohne Zweiffel gehabt haben müsse, bevorab da er 2) ihn als seines verstorbenen
2 Bruders Sohn aus Bremen nach Hamburg zu sich kommen lassen und aus blosser Liebe ihn zu sich genommen, so, daß es hier 3) an dem fundamento obligandi fehlen möchte, als welche weder ex contractu, noch ex lege zu ziehen, allermassen kein Bruder seines verstorbenen Bruders Kinder zu erziehen schuldig, er dahero es vltro citra obligationem gethan haben müsse, woraus animus do-
3 nandi zu præsumiren, bevorab da 4) die educatio a patruo, der damahls in guter Nahrung gestanden, und zwar zu der Zeit an ihm, dem impetranten, als seines Brudern Sohn geschehen, da er nach seines Vatern Tode in summa indigentia gestanden, aus welchem Umstande wiederum animus donandi alimentæ zu colligiren, 4

l. 26. de probat.

STRVV. *ex. ad D. 40. §. 5.*

darneben er noch 5) nicht einsten in dem Stande sey, daß er ad alimenta refundenda etwas erübrigen könne, so, daß der Eyd bey seinem Zustande nichts operiren würde, und dahero vermeinet, daß eine reformatoria erfolgen müsse.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch ausser Streit ist, daß der Kläger und impetrat den Beklagten und impetranten nach seines Vatern Tode zu sich genommen, denselben erzogen, und das Nöthige aus seinem eigenen Mittel einige Jahre 5
verschaffet; dagegen aber streitig ist, ob er solches animo donandi impensas et ex mera liberalitate, oder aber eas repetendi gethan habe, welches in facto beruhet, und so beschaffen ist, daß man ohne den erkanten Eyd nicht heraus kommen kan, bevorab da der Kläger, welcher die Unkosten auf ihn verwendet, anitzo solche selber wieder fordert, und er am besten wissen muß, quo animo eas fecerit, da es hergegen mehr difficultäten geben würde, wenn von dessen Erben nach seinem Tode solche gefordert worden wären, wobey es dennoch auf die Umstände in re facti ankommen seyn würde.

l. 34. D. de negot. gest.

Uebrigens die angeführte argumenta pro animo donandi nunmehr die Sache nicht allein heben wollen, da ad 1) nur einige præsumtion daraus zu schliessen, wenn derjenige, qui alimenta præbuit, solche in Rechnung aufgeschrieben, aber daraus nicht so fort folget, daß, wenn er solches unterlassen, er solche nicht wie- 6
der fordern wolle,

per cit. l. 34. ibi: *maxime, si etiam* etc.

weil es dennoch eine quæstio facti und iuris bleibet, zumahl dergleichen alimenta, wenn sie gleich nicht aufgeschrieben, officio iudicis leicht determiniret werden können, und es nach wie vor auf des Klägers dabey geführte Absicht ankommet, welche am sichersten mit einem Eyde herauszubringen ist. So dann ad 2) wenn Kläger gleich ihn bey seiner Dürftigkeit zu sich von Bremen nach Hamburg kommen lassen sollen, daraus doch nichts widriges gegen Klägern zu schliessen, vielmehr Beklagter und impetrant ihm zu dancken hat, daß er vor seine Erziehung gesorget, und ihn etwas rechtschaffenes erlernen lassen, davon er nunmehr sein Brodt haben kan, anbey es ad 3) irrig ist, daß es an einem fundamento obligandi et agendi fehlen solte, zumahl ob Kläger gleich vorher ex lege nicht verbunden gewesen, dennoch nunmehr, da er solche Un-

Unkosten auf ihn gewendet, es darauf ankommt, ob er solche animo negotia gerendi, oder ex sola liberalitate gethan habe, so nothwendig durch den erkanten Eyd heraus zubringen ist, welches auch ad 4) bey dem angeführten Umstand, daß Kläger mit Beklagten so nahe verwandt gewesen, zu sagen, dabey doch allemahl die damahls gehabte Absicht des Klägers zum Grunde zu legen, da er nicht schuldig gewesen, aus seinen eigenen Mitteln ihn zu versorgen; ad 5) aber in actis primæ instantiæ Beklagter nicht leugnen mögen, daß ihn GOtt in gutem Stande vorizo gesetzet, daß er etwas redliches verdienen kan, und destomehr Fleiß bey seiner Haußhaltung anwenden muß, so viel zu erspahren, oder aliunde anzuschaffen, davon er, præstito iuramento et determinatis alimentis, seine Schuld abtragen kan, woraus denn zugleich auch wahrzunehmen, daß es Beklagtem an einem zureichenden Grunde die reuision zu suchen ermangelt und er die Unkosten des verzögerten processus daher erstatten müsse. *Ad Lib. XXV. T. III.* 7 8

So sind wir, wie geschehen, zu erkennen gemüßiget worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE FEBRVAR. MDCCXLV.

RESPONSVM CCCCLXXIII.

THEMA.

Iure Marchico filiabus ex feudo simpliciter alimenta debentur.

Vid. T. IV. Resp. X. Them. 2.

RESPONSVM CCCCLXXIV.

THEMA.

Num princeps in determinandis alimentis leges domus excedere possit.

Vid. T. III. Resp. II. Them. 5.

DECISIO CCCCLXXV.

THEMA.

De alimentatione partus illegitimi.

SVMMARIA.

Exceptio cautionis pro reconuentione et expensis fundata est, quoties actor immobilia non possidet n. 1.
Quamdiu non constat, quis pater fuerit, super alimentis decerni nequit n. 2.
Documenta in processu summario ante recognitionem communicanda n. 3.
Cautione non quis grauandus, quoties caussa reconuentionis minus probabilis est n. 4.
Ex confessione concubitus sequitur obligatio ad alendum n. 5.
Ab alimentatione liberatur, si constat, puellam cum pluribus concubuisse n. 6.
In iuramento delato indiciis non est opus n. 7.
In caussa summaria quomodo rationes communicari soleant n. 8.

Ad Lib. XXV. T. III.

Als uns dieselbe eingewandte supplication, deren iustification und erfolgtes Verfahren in Sachen D.M.O. Klägerin an einem, und G.F.B. Beklagten am andern Theil zugeschicket, und ꝛc.

Daß, so viel das erste und andere grauamen betrifft, es der eingewandten supplication ohngehindert bey dem am 13. Septembr. 1738. eröffneten und n. act. 21. befindlichen decret billig verbleibet; wegen des dritten und vierdten grauaminis aber nunmehro aus denen acten so viel zu befinden, daß Klägerin den ihr deferirten Eyd zu acceptiren schuldig, desgleichen Beklagter zuförderst über die von Klägerin übergebene Rechnung in einem anderweitigen termino mündlich zu vernehmen, und hat im übrigen das gesuchte Zeugen-Verhör gestalten Sachen und Umständen nach nicht statt. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Beklagter 1) pro grauamine anführet, daß auf die gefoderte cautionem pro reconuentione in dem letztern decret nicht erkant worden, da doch Beklagter das caput reconuentionis deutlich genug angegeben, und vor der litis-contestation sich
1 dieser exception bedienet, in denen Rechten aber, wann, wie sich allhier äusert, Kläger mit liegenden Gründen nicht angesessen, ausdrücklich versehen ist, quod reo vrgente actor pro reconuentione cauere debeat,

STRYK *diss. de reconuent. per tot.*

desgleichen 2) die alimentation ohne hinlängliche Untersuchung zuerkant zu seyn vermeinet, bevorab er beständig, daß er zu der Klägerin unehlichen Kinde Vater sey, geleugnet, noch weniger das Gegentheil von derselben hinlänglich bescheiniget, oder durch einen beglaubten Kirchen-Schein, daß das Kind auf seinen Namen getaufet
2 sey, dargethan worden, so doch, ehe definitiue erkant werden mögen, allem Ansehen nach zu untersuchen gewesen; da hingegen die bey dem dritten grauamine vrgirte Eydes-delation in Mangel hinlänglicher Anzeigung ungegründet und zu blosen Aufenthalt der Sache geschehen zu seyn scheinet, auch was bey grauamine 4to erinnert, in Betrachtung, daß der Klägerin übergebene Rechnung bey den acten befindlich und also von Beklagten nach Belieben durchgesehen werden kan, hingegen deren ordentliche communication der Natur einer summarischen Sa-
3 che schnur stracks zuwider laufen würde, von keiner Erheblichkeit zu seyn scheinet, allenfalls die von Beklagten producirte Zeugen über die ad acta gegebene articulos annoch vernommen, und alsdann erst in der Sache weiter verfahren werden möchte.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch die Klägerin in denen actis, von Beklagten gewaltsamer Weise, wie er vorgiebet, iturpiret zu seyn, nirgend angegeben, mithin die sowol hieraus, als aus der angestelleten alimentations-Klage überhaupt gezogene iniurie, so Beklagter reconueniendo auszuführen vermeinet, nicht den geringsten Schein des Rechten vor sich hat, und also daher in dem vorigen decret die desfalls gefoderte cau-4
tion mit Stillschweigen nicht ohne Grund übergangen worden; nemo enim temere cautione superuacua onerandus,

l. 14. in f. vt leg. nom. cav.

CVIAC. *ad tit. 29. fam. herciſc.*

desgleichen Beklagter in dem Verhörs-termin sub n. 3. den Beyschlaf mit der Klägerin nicht undeutlich eingeräumet, denen Rechten aber gemäß ist, vt is, qui concu-5
bitus fatetur, interim partum alere teneatur, donec alium patrem esse euidenter docuerit,

STRYK *de action. inuest. S. 1. M. 2. §. 9. seq.*

mithin das grauamen 2dum von keiner Erheblichkeit ist, da hingegen was Beklagter in grauamine 3tio vrgiret, allerdings eine Aufmerksamkeit verdienet, gestalten wann vorgegebener massen Klägerin mit andern ausser dem Beklagten in Unzucht gelebet, das
onus alimentationis ferner weit dem Beklag-6
ten nicht auferleget werden kan,

SVRDVS *de aliment. tit. 1. q. 15. n. 11.*

WERNHER *obs. forens. P. VI. obs. 395.*

er also die gröste Ursache gehabt, sich zu beschweren, daß auf die desfalls geschehene Eydes-delation nicht zugleich mit erkant worden, bevorab, obgleich Beklagter keine indicia proxima desfalls anzuführen vermocht, allhier nicht de iuramento purgatorio, sondern delato die Frage ist, quod etiam absque indiciis exigi potest, dummo-7
do deferens de calumnia iurauerit,

LEYS. *Sp. 364. n. 6.*

bey welchen Umständen wir vor nöthig gefunden, diesen Eyd, wann Beklagter zuvor de calumnia geschworen haben wird, allerdings zuzulassen, nicht weniger, um denen in 4ten grauamine gemachten querelis abzuhelffen, gleichwol aber auch allen der Natur dieser Klage zuwider seyenden Weitläuffigkeiten vorzubeugen, auf das Mittel gefal-

len,

len, daß statt einer solennen communication der übergebenen Rechnung, Beklagter vor allen Dingen darüber von Post zu Post mündlich zu vernehmen, damit derselbige solchergestalt zur Wissenschafft derer an ihn gemachten Forderung gelange, und was daraus von ihm abgeleugnet wird, nachhero Inhalt des vorigen decreti mit Quittungen und gehörigen Belegen von Klägerin bescheiniget werden könne, widrigenfalls und wann eine ordentliche Einlassung auf die quæstionirte Rechnung verfüget werden sollen, diese Foderung, so summaria und privilegiata ist, gar leicht in die Weite hinaus gespielet werden könte, im übrigen das gesuchte Zeugen-Verhör, da es erst post conclusionem in causa und also zu pät vrgiret, nunmehro nicht statt finden kan. *Ad Lib. XXV. T. III.*

So hat, wie geschehen, erkant werden müssen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVNIO MDCCXXXIX.

DECISIO CCCCLXXVI.

THEMA.

Reus bona litigiosa possidens num actori ad alimenta obligetur?

Vid. T. IV. Decis. LXII.

LIB. XXVI.

Tit. II. De testamentaria tutela. *Ad Lib. XXVI. Tit. II.*

RESPONSVM CCCCLXXVII.

THEMA.

Vitricus a matre tutor testamento dari nequit.

Vid. T. IV. Resp. CCCCXXXVI. Them. 5.

DECISIO CCCCLXXVIII.

THEMA.

De mutuo pecuniæ pupillaris a tutoribus inconsiderate dato.

SVMMARIA.

Tutor pecuniam pupillarem fœnori dare tenetur n. 1.

Mutuum, per quod priori creditori hypothecario satis fit, impugnari nequit n. 2.

Tutor officium boni patris familias implere debet n. 3.

Casum fortuitum in pecunia mutuo data non subit n. 4.

Non circumspecte tutor agit, qui pro mutuo rem pluribus obligatam sub hypotheca accipit n. 5. 11.

Tutor in culpa est, si iura cessa ab antiquiori credi-

Ad Lib. XXVI. T. II.

creditore, cui is mediante mutuo satisfecit, non exegit n. 6. 10.
Tutor negligens tutelæ iudicio tenetur n. 7.
Tutorem ignorantia iuris non excusat, quoties peritiores consulere potuisset n. 8.
Tutor periculum nominum culposum præstat n. 9.
Verum pretium rerum hypothecæ subiiciendarum a tutore eruendum n. 10.
Minus secura est sæpius iterata subhastatio n. 12.

Als dieselbe uns interponirte Leuterung und darauf erfolgte Sätze in Sachen der Horstmannischen Vormünder, I. F. und conf. Beklagten und Leuteranten an einem, I. C. S. vxor. nom. Klägers und Leuteraten am andern Theil, in dem hiebey zurück kommenden fasciculo actor. etc.

Daß es der eingewandten Leuterung ohngehindert bey dem am 10. Iul. 1747. eröffneten n. act. 34. befindlichen Urthel billig verbleibet. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Obwol Leuteranten anführen, daß sie dadurch nicht wenig grauiret worden, daß sie zu Ersetzung des Schadens, so Leuterat seiner Frauen wegen bey dem O. concurs erlitten, actione tutelæ condemniret worden, da sie doch 1) schuldig gewesen, ihrer pupillen Gelder, die müßig gelegen, auszuthun,
1 wovor sie billig, ihrer Pflicht nach, Sorge getragen, des 2) Leuteraten Frau darum Wissenschafft gehabt und bereits in 18ten Jahr gewesen: 3) von ihrer Mutter seliger auf eben diese hypothec vormahls schon 80. Thlr. ausgeliehen worden, welche in die quæstionirte geliehene 500. Thlr. mit gezogen, und diese Post nicht ad periculum tutorum zu ziehen.

l. 2. C. arbitr. tut.

2 Ferner 4) mit diesem Gelde eine ältere Post des Herrn Bürgermeisters B. abbezahlet, und das O. Hauß dadurch frey gemachet, Leuterat also 5) allenfalls darauf bey dem O. concurs dringen sollen, daß er in locum priorem creditoris, so mit seiner Frauen Gelde befriediget, sich rangiren zu lassen, so er aber nicht gethan. Ausserdem aber 6) die vorhin darauf gestandene hypothequen nicht groß, sondern nur 500. Thlr. ausser der Ablage der Gerckischen Kinder gewesen, und gleichwol zur Zeit der geschehenen Ablage das Hauß gerichtlich auf 1600. Thlr. taxiret worden, worauf sie bey Austheilung der quæstionirten 500. Thlr. sicher sehen, und daß ihre pupillen gnugsam bedecket gewesen, vermeinen können, wie alle gute Haußwirthe zu thun pflegen, deren officio sie dabey ein völliges Gnügen gethan;

l. 10. D. de peric. et admin. tutor.

da hergegen 7), ihnen nicht beygemessen werden könte, daß tempore moti concursus diese hypothec nicht so hoch hinaus gebracht worden, nachdem der Preiß der Häuser nach 4
der Zeit gefallen, welches blos ein casueller Zufall sey, beyorab da Leuterat 8) die subhastation des Hauses übereilet und verursachet, daß selbiges unter dem vormahls gesetzten Preiß losgeschlagen sey, wenigstens 9) die G. Kinder zuvor ad hanc causam nunmehr adciriret, und deren Ablage, da das Hauß nicht so hoch heraus gebracht werden möge, darnach gemäßiget werden müsse, da alsdann des Leuteratens Frau gnugsam gesichert seyn würde; am allerwenigsten aber 10) sie zu Bezahlung der Zinsen condemniret werden mögen, da Leuterat den G. concurs hauptsächlich verursachet, und wenn noch eine neue subhastation geschehen, sich ein pinguior emtor gefunden haben würde.

Rationes decidendi.

Dieweil aber dennoch aus denen acten klar zu ersehen, daß Leuteranten bey Ausleihung des quæstionirten capitals nicht die gehörige diligentiam, so vorsichtige creditores und boni patres-familias zu adhibiren pflegen, in Achtung gezogen, sondern auf ein sehr beschwertes Hauß und das tempore mutui ohnstreitig mit 1350. Thlr. bereits behafftet gewesen, und zwar nicht auf einmal, sondern zu zwey unterschiedenen Zeiten die quæstionirte 500. Thlr. vorgeschossen, und also zwey capitalia nach einander in den grössesten hazard gesetzet, indem sie es bey den in anno 1738. ausgeliehenen 300. Thlrn. nicht gelassen, welche schon unsicher gestanden, sondern noch das Jahr darauf 200. Thlr. auf diese nicht zureichende hypothec gethan, ja da sie selber angeben, daß mit dem geliehenen Gelde ein älterer creditor abgestossen worden, sie nicht einsten iura cessa von gedachten creditore genom- 6
men, und dadurch verhindert haben, daß ihre pupillen nicht in locum prioris creditoris treten mögen, welches eine Sache ist, die gantz inexcusabel zu achten, und Leuteranten sich gratuliren mögen, daß sie in sententia priori nicht mit in die Unkosten vel ex hac sola ratione condemniret worden sind, welches doch verursachet, daß man auch vorizo die Unkosten præteriret, damit Leuteranten, daß man mit ihnen, als Vormündern, zu hart verfahren, sich nicht beschweren mögen, obwol hieraus schon evident ist, daß sie hiebey ihre Vormundschaffts-Pflicht nicht in acht genommen, quia tutores ea fecerunt, quæ 7
facere

facere non debuerunt, et ea omiserunt, quæ facere debuerunt, de quibus tutores iudicio tutelæ rationem reddere debent,

l. 1. pr. de tut. et ration. distrab.

allermassen dann die grauamina, so gegen das Urthel aufgeführet, wenig in recessu haben, angesehen ad 1) sie zwar schuldig gewesen, vor die Austhuung ihrer pupillen Gelder besorget zu seyn, dabey aber solche dergestalt nicht hazardiren dürffen, sondern allenfalls ihnen obgelegen, bey vorkommenden höchst beschwerlichen Umständen des debitoris bey dem magistratu, als Ober-Vormund, anzufragen, ob es consultum sey, zwey capitalia auf das O. Hauß herzuschiessen, welcher solches niemahls bewilligen, wenigstens doch ihnen anzeigen würde, daß sie sich von dem ältern creditore, dessen nomen actiuum mit diesen Geldern bezahlet worden seyn soll, iura cessa geben lassen sollen, wobey sie, daß sie solches nicht verstanden, nicht vorgeben mögen, cum peritiores et ipsum magistratum consulere et potuissent et debuissent, als welches ein jeder imperitus bey dergleichen negotiis, variis periculis expositis, zu thun pfleget, wiewol der eine Mit-Vormund, F. nicht ausser Verdacht ist, daß er dadurch gerne sein capital saluiren wollen, wie denn auch die übrigen Vormünder, wol wegen der Blut-Freundschafft, damit sie O. verwandt sind, vieles hiebey conniuiret und ihrem Verwandten hiebey fauorisiren wollen, welches sie zwar von ihren eigenen, nicht aber von pupillen Geldern thun mögen, man auch dabey versichert ist, daß sie dergleichen mit ihren eigenen Geldern niemahls hazardiren würden, so, daß sie nicht einsten eandem diligentiam, quam suis rebus impenderunt, dabey in acht genommen, so et committendo et omittendo pecciret. Daneben ad 2) es hiebey lediglich auf Leuteranten, nicht aber auf Leuteratens Frauen ankommt, wenn sie gleich darum gewust haben sollte, weil sie noch sub curatela gestanden, die Vormünder also das mutuum selbst contrahiret, mithin davor so wol als ad 3) vor die 80. Thlr. stehen müssen, wenn sie dieses kleine capital mit zu ihrem capital geschlagen, da sie vielmehr besorget gewesen seyn sollten, daß solches abgetragen worden wäre, wiewol noch leichter 80. Thlr. als 500. Thlr. hazardiret werden können, und noch nicht einsten dieser Punct klar, da hergegen ad 4) et 5) desto impertinenter ist, daß man Leuteraten zumuthen wollen, darauf bey dem concursu zu dringen, vt in locum prioris creditoris, cui per pecuniam mutuo datam satisfactum, collocaretur, da doch in denen n. act. 1. befindlichen obligationibus nicht einsten befindlich ist, daß mit diesem Gelde ein älterer creditor abgestossen, und wenn solches würcklich geschehen, der Leuteranten Verantwortung noch dadurch vergrössert wird, daß sie sich nicht einsten von demselben iura cessa geben lassen, weil alsdann ex iure cessio des Leuteratens Ehe-Frau zum wenigsten noch 200. Thlr. mit saluiren können, dagegen aber der eine Mit-Leuterante mit seinen 100. Thlr. ausgegangen seyn würde, aus welcher Ursache auch wol a dessein die cessio hindan gesetzet ist, welche nicht hindan gesetzet seyn würde, wenn mit Obervormündlichen consens das erste capital a 300. Thlr. ausgethan worden wäre. Uebrigens ad 6) wenn der Kinder Ablage mit dazu, wie billig, gerechnet wird, offenbar ist, daß 1350. Thlr. auf dem Hause tempore mutui primi gestanden, und wann auch gleich damit 200. Thlr. abgestossen sind, dennoch dieses keine sichere hypothec gewesen, zumal ob man gleich zur Zeit der G. Kinder Ablage das O. Hauß auf 1600. Thlr. geschätzet haben und die Ablage der Kinder darnach reguliret haben mag, dennoch daraus nicht folget, daß solches das damahlige eigentliche pretium gewesen, pro quo eruendo weit mehr als ein solcher ohngefehrlicher Anschlag, so damahls angenommen seyn mag, gehöret,

MEV. *in discuss. leuam. inop. debit. c. IV. sect. 43.*

COLER. *de proc. execut. P. III. c. 9.*

MANTICA *de tac. et ambig. conv. lib. IV. tit. 20.*

nicht zu gedencken, daß der Preiß der Häuser in den Städten, absonderlich wobey vornemlich auf die Brau-Nahrung zu sehen, steigen und fallen kan, nachdem die Läuffte der Zeiten und die Brau-Nahrung steiget und fällt, so, daß kein kluger Haußwirth auf ein so hoch bereits beschwertes Hauß, da der debitor sonst vor sich nichts, und wenig mehr am Hause hat, noch zwey capitalia nach einander, als erstlich 300. Thlr. und noch nachgehends 200. Thlr. darauf vorstrecken wird, bevorab da man ad 7) schon vorher wissen kan und muß, daß, wenn ein solches Hauß ad hastam necessariam kommt, alsdann gar selten der Preiß, worin es vorher gestanden haben mag, heraus zu kommen pfleget, und also hier kein casus fortuitus, sondern gravis culpa curatorum vorhanden gewesen, daß sie auf ein dergleichen beschwertes Hauß noch zwey capitalia vorgeschossen. Uebrigens ad 8) das Hauß bereits zweymal subhastiret worden, und da es in prima subhastatione der eine Mit-Vormund F. erstanden, er besorget seyn sollen, Gelder anzuschaffen, welches er aber nicht vermocht, und also verursachet, daß es zum andernmahl subhastiret worden, wobey man dem neuen Käuffer sein einmahl erstandenes Recht nicht wieder nehmen, und es zur dritten subhastation bringen können, zumal man nicht einmahl versichert gewesen, ob ein pinguior

Ad Lib. XXVI. T. II.

Ad Lib. XXVI. T. II.

emtor sich finden würde. Und da ad 9) beständig die Leuteranten souteniren, daß das Hauß zur Zeit, da es O. vor 1600. Thlr. angenommen, so viel werth gewesen, es widerrechtlich seyn würde, der G. Kinder Ablage nach dem nachgehends sub hasta erfundenen Preiß zu reduciren und zu moderiren, nachdem einmal das Hauß O. damahls zugeschlagen, und er das Eigenthum davon überkommen, ohne welches er nicht einsten es an die Leuteranten verpfänden können, die G. Kinder auch keine Klage führen, oder propter læsionem aliquam nunmehr führen können, dergestalt diese Zumuthung vor gantz impertinent, nicht weniger ad 10) das neue Vorgeben vor unrichtig zu achten, daß Leuterat den concurs erreget, und, wenn er solches gleich gethan, er doch dazu genöthiget worden, weil seiner Frauen capitalia so unsicher gestanden, daß er bereits, pendente concursu, obwol zu früh, gegen die Vormünder geklaget, wie solches in unserm ersten Urthel dargethan ist, welches er nicht unternommen haben würde, wenn er vermeinet, aus dem concurs das Geld seiner Frauen zu saluiren, so aber, wie der euentus gewiesen, nicht möglich gewesen.

So sind wir geschehener massen zu erkennen bewogen worden.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE APRIL MDCCXLVIII.

DECISIO CCCCLXXIX.

THEMATA.

I. Tutor rationes non rite redditas denuo reddere tenetur.

II. Tutor ex iusta caussa loco inuentarii iuratam specificationem exhibere potest.

SVMMARIA.

Rationes debite examinatæ non denuo reddendæ, licet punctum speciale adhuc sit litigiosum n. 1.

Tutor honorarius a rationum redditione liberatur n. 2.

Patre diuisionem ad tempus prohibente, in vtilitatem singulorum inuentarium confici nequit n. 3.

Tutor de administratione superstiti coniugi a defuncto concredita non tenetur n. 4.

Rationes a curatore in folle non reddendæ n. 5.

Rationes non rite redditæ denuo reddendæ n. 6.

Sine inuentario rationes rite reddi nequeunt n. 7.

Coram commissariis rationes a tutore reddendæ n. 8.

Contutor, qui salarium accipit, pro honorario haberi nequit n. 9.

Ne quidem mater tutrix ab inuentarii confectione liberatur n. 10.

Ex iusta et probabili caussa sufficit tutorem specificationem iuratam exhibere n. 11.

Diuisio bonorum post maiorennitatem tutorem a rationum redditione non liberat n. 12.

Auf angebrachte Klage, geführten Beweiß und erfolgtes Verfahren in Sachen des Hauptmanns H. E. A. von O. Klägers an einem, und I. G. F. von H. zu D. Beklagten am andern Theil, erkennen Königl. Grosbrittannische zur Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Lufts-Cantzley verordnete Director, Vice-Director und Räthe nach vorgehabten Rath auswärtiger Rechts-Gelehrten vor Recht;

Daß Beklagter dasjenige, so er sich zu beweisen angemasset, wie recht, nicht erwiesen, dannenhero derselbe denen vormahls ergangenen decretis sub n. act. 5. 12. und 16. alles Einwendens ohngehindert Folge zu leisten, und zu dem Ende ein inuentarium, oder in dessen Ermangelung, bewandten Umständen nach, eine specification, wie er solche eydlich zu bestärcken sich getrauet, nebst denen curatel-Rechnungen,

gen, original-obligationen und andern zubenöthigten Urkunden binnen vier Wochen zur Königlichen Justiz-Cantzley zu liefern schuldig, worauf alsdann, und wenn Kläger darüber seine monita verfertiget, auch Beklagtem zu deren Beantwortung communiciren lassen, vor gewissen dazu verordneten commissariis die justification der Rechnungen vorzunehmen, und dieselbe dahin zu authorisiren sind, daß sie in Gegenwart der Partheyen die monita kurtz untersuchen, abthun, und so viel möglich, die Berichtigung der Rechnung zum Stande bringen, was aber dabey altioris indaginis sich befinden sollte, und nicht sofort decidiret werden könte, zu fernerer Ausführung der Partheyen aussetzen sollen, worauf alsdann ferner ergehet, was Recht ist. V. R. W.

Rationes dubitandi.

Es hat Kläger actionem tutelæ directam gegen Beklagten als seinen curatorem angestellet, worauf die decreta sub n. act. 5. 12. und 16. an ihn ergangen, wogegen er aber angeführet, daß die Rechnungen bereits abgethan, und sich dabey zum Beweiß offeriret, solchen auch angetreten und Zeugen abhören lassen. Ob nun wol 1) Beklagter seine intention durch den geführten Beweiß erreichet zu haben vermeinet, indem Kläger gegen seinen Bruder nach dem art. 1. 2. 3. sich erkläret, den procels gegen Beklagten liegen zu lassen, ohne Zweiffel in der Hoffnung,
1 daß die Berichtigung der Rechnung extraudicialiter unter ihnen ausgemachet werden sollte, wie denn nach der deposition der Zeugen im Herbste 1733. die Partheyen mit ihren assistenten zu Oldershausen zusammen gekommen, in deren Gegenwart laut test. 1. et 4. ad art. 6. gethaner Aussage die curatel-Rechnungen vorgenommen, durchgesehen, Belege dabey nach dem art. 8. vorgebracht, und Kläger nur nach den interr. spec. 9. ad art. 6. 7. und 8. einen Widerwillen wegen der veränderten obligationen an den Tag geleget, und dahero die general-Quittung vor dessen Abthuung zu unterschreiben sich geweigert, welches aber ein punctus particularis ist, und unter denen Partheyen ausgemachet werden kan, nicht aber nöthig seyn möchte, nochmahls die justification derer Rechnungen vorzunehmen, bevorab da nach dem art. prob. 9. ein defectus von 10. Thlr. gefunden, welcher auch sofort redressiret, nicht weniger monita generalia und specialia über die Rechnung laut test. 3. ad art. prob. 11. gemachet worden, darauf eine bilance gezogen und denen beyden Herren Brüdern ihr Antheil des Ueberschusses nach dem art. 11. interr. sp. 1. und testis 4. darauf gethane deposition, ingleichen nach dem art. 12. ausgezahlet worden, welches nicht geschehen mögen, wenn nicht die Rechnungen berichtiget worden, also Beklagter den angetretenen Beweiß vollführet zu haben scheinen möchte, bevorab da 2) noch in quæstione ist, ob Beklagter zur Ablegung der Rechnung schuldig zu achten, da nach dem Testament des seligen von O. dessen nachgelassene Witwe die administration der Rechnung geführet, der Beklagte aber nur tutor honorarius gewesen seyn will, diesemnach 3) ihm nicht zur Last geleget werden könne, daß kein inuentarium gemachet worden, nachdem eines Theils der selige Herr von Oldershausen in seinem Testament verordnet, daß bis zur erlangten maiorennität der beyden jüngern Söhne die Güther gemeinschafftlich administriret werden sollten, und also nicht möglich gewesen, einem jeden ein inventarium über dem von dem väterlichen Nachlaß zufallenden Antheil zu verfertigen, andern Theils dieserwegen nicht auf ihn die Verantwortung fallen könne, da des Klägers selige Frau Mutter die administration geführet und er dessen factum zu præstiren nicht schuldig sey, wie er dann jährlich die administrations-Rechnungen, wenn er dazu gefordert worden, mit abgenommen und iustificiren lassen, übrigens was 4) wegen der veränderten obligationen angeführet ist, abermal vornemlich auf des Klägers selige Frau Mutter redundiren möchte, da die Eintreibung der capitalien und die Wieder-Unterbringung der Gelder mit ihrem consens geschehen, übrigens 5) die Güther auch bereits unter denen Herren Brüdern getheilet, und einem jeden die dazu gehörige Briefschafften ausgeliefert, nicht weniger 6 Kläger schuldig sey mit der von seiner seligen Frau Mutter geführten administration zufrieden zu seyn, als welche ihm von seinem seligen Vater selbsten dazu bestimmet worden, solches auch seine kindliche Pflicht erfordere.

Ad Lib. I. II. XXVI.

2

3

4

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch 1) es vornemlich darauf ankommt, ob bey der im Herbst 1733. in O. geschehenen Zusammenkunft die curatel-Rechnungen vollkommen, wie sich gebühret, abgeleget, approbiret, und iustificiret worden, wie Beklagter zu erweisen sich unternommen? welches sich aus denen depositionibus testium nicht finden will, zumal testis 3. ad art. 5. als productens assistente, bezeuget, daß ihm damahls keine curatel- vielweniger eine administrations-Rechnung zu Gesichte gekommen,

5

Ad Lib. XXVI. T. II.

sondern nur ein extract aus denen O. Haushalt-Rechnungen, was jeder derer beyden jüngern Herren Brüder zu ihrem Antheil erhoben, ausgelieffert ist, welches ebenfalls test. 2. et 3. ad art. 6. 7. bekräfftigen, mit dem Zusatze, daß man solche zwar zu der Zeit bona fide, jedoch nur in so weit agnosciret, als so weit solche extracte nachgehends mit denen original-Haupt- und administrations-Rechnungen sich richtig befinden werden, keinesweges aber solche extracte Kläger als curatel-Rechnungen annehmen wollen, welche man zwar laut Aussage ad art. 8. durchgegangen, jedoch auch allerhand monita dabey gemachet, und inzwischen, saluis illis, das caput der Ausgabe angenommen, nicht aber der Beklagte eine general-Quittung ausstellen wollen, welches so viel anzeiget, daß damahls die Rechnungen nur in solle haben abgenommen werden wollen, so nicht angehet,

l. 82. D. de condit. et demonstr.

6 adeo vt rationes non legitime redditæ denuo sint reddendæ,

MEV. *P. VIII. decis. 21.*

wie denn auch nach dem interr. spec. 3. ad art. 6. 7. 8. und dabey befindlichen Aussagen kein inuentarium, sine quo rationes reddi nequeunt, produciret worden, ja Beklagter nunmehr selbsten ein-
7 gestanden, daß nicht einsten eines gemachet sey, dergestalt, daß dasjenige, was damahls passiret, in allem mangelhafft und unvollkommen zu achten, und der Punct wegen der veränderten capitalien ebenfalls damahls nicht gehoben worden, diesemnach, daß ein und anderer error in calculo corrigiret sey, die Sache noch nicht heben, sondern vielmehr nöthig seyn will, daß die curatel-Rechnungen mit producirung der general-administrations-Rechnungen und andern zubehörigen documentis, auch original-obligationen ordentlich ausgelieffert und abgenommen werden, so am besten coram commissione
8 geschehen kan, quæ etiam ex officio decerni potest,

MEV. *P. II. decis. 123.*

cum actio tutelæ sit arbitraria, et commodissime arbitri de monitis decernere queant,

l. 5. in f. de manumiss.

zumal das schrifftliche Verfahren über die monita sowol allerhand unnöthigen Weitläufftigkeiten, als vielen Verwirrungen unterworffen ist, welche billig zu præcauiren sind, übrigens ad 2) irrig ist, daß Beklagter nur tutor honorarius gewesen, dessen selige Mutter aber die administration geführet habe, angesehen der extractus testamenti das Gegentheil darleget, und anzeiget, daß er zum Mit-Vormunde constituiret sey, andern Theils er selbst n. act. 6. bekennet, daß er nebst der Mutter die curatel gemeinschafftlich geführet, auch sich damahls erbothen, zu O. die curatel-
9 Rechnung abzulegen, ferner so gar zum Beweiß sich offeriret, daß zu O. dieselbe würcklich abgeleget sey, und sich also selbsten dadurch obligiret erachtet, solche abzulegen, ja diesertwegen in denen beygefügten actis jährlich ein ziemliches salarium gefordert, so dann ad 3) das fundamentum rationum reddendarum allerdings das inuentarium, und dabey kein geringer Verstoß ist, daß solches nicht gemachet worden, da die communio bonorum dessen Errichtung nicht aufhebet, vielmehr zum Besten der Unmündigen von denen gesamten Güthern, mobilibus und immobilibus, auch allen Briefschafften solches errichtet werden sollen und müssen, adeo vt
10 nequidem mater tutrix a confectione inventarii immunis sit,

LAVTERBACH *ad tit. de admin. et pericul. tut. §. 3.*

CARPZ. *P. II. c. 11. def. 7.*

BERLICH *P. II. decis. 160. n. 34. sqq.*

vielmehr die leges überhaupt hart darauf dringen und solches sub graui pœna erfordern,

l. 7. D. l. 24. C. de admin. et per. tutor.

inzwischen da solches nicht verfertiget worden, und doch ein fundamentum rationum reddendarum vorhanden seyn muß, befundenen Umständen nach wenigstens Beklagter eine solche specification ad acta geben muß, welche, wenn Kläger zuförderst darüber gehöret, er mit einem Eyde zu bestärcken sich getrauen möchte, da eines Theils die Mutter als Vormünderin hiebey concurriret, quæ omisso inuentario
11 ad iuratam specificationem adstringitur, andern Theils auch keine præsumtio doli vorhanden ist, da der älteste Bruder, welcher maiorennis tempore delatæ curæ gewesen, selber nicht vrget, daß solches gemachet würde, vielmehr er dessen seligen Frau Mutter nebst denen andern Vormündern die administration der gesamten

Güther

Güther lediglich überlassen, der andere Bruder auch voritzo dabey nichts erinnert, vielmehr den Beklagten so gar gäntzlich zu quittiren erböthig ist, so zwar dem Kläger nicht præiudiciret, gleichwol auch derselbe nichts weiter, als erkant ist, begehren kan, wie er auch in actis ob omissum inuentarium nichts besonders gesuchet, und dahero ex iusta et probabili causa die editio iuratæ specificationis zureichend geachtet wird,

BRVNNEM. *cent. 2. dec. 6.*
MEVIVS *de iurat. specif. c. IV. §. 11. 12.*

zumahl man doch wissen muß, was an meublen, documentis, Schuld-Forderung und sonsten vorhanden gewesen. Endlich 4) bey der Abnahme der Rechnung und denen vorher gemachten monitis sich finden wird, ob und wie weit bey Veränderung der Capitalien etwas versehen sey, oder nicht, und davon noch zur Zeit nicht geurtheilet werden mag, und ob wol ad 5) die Güther selbsten inzwischen unter den Herren Brüdern nach ihrer maiorennität getheilet, nicht weniger zu O. aus denen general-extracten eine bilance gezogen, und einem ieden sein Antheil am Gelde ausgelieffert ist, dennoch das erste den Beklagten von Ablegung der Rechnung nicht liberiret, als welche Theilung allein zwischen denen Herren Brüdern geschehen, das andere aber inzwischen als ein liquidum angenommen, aber dabey wegen derer ausstehenden actiuorum und sonsten die Sache noch in Unrichtigkeit stehet, daß ohne ordentliche Berechnung und iustification nicht heraus zukommen ist, vielmehr bey der damahls tentirten iustification die Sache nicht complete ausgemachet worden, und Kläger keine generale Quittung ausstellen mögen; ad 6) aber es nicht lediglich auf das factum matris, sondern auch des contutoris, als itzigen Beklagten, mit ankommt, und solche exception, die ohnedem nicht gegründet, dem Beklagten nicht zu statten kommet. *Ad Lib. XXVI. T. II. 12*

So ist, geschehener massen, zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICAE.
MENSE IVNIO MDCCXXXVII.

DECISIO CCCCLXXX.

THEMA.

Tutor ordinarie inuentarium conficere tenetur, nec per iuratam specificationem liberatur.

SVMMARIA.

Status causæ n. 1.

Liberis in bonis vitrici hypotheca tacita competit n. 2.

Tutor ad inuentarium conficiendum tenetur n. 3. 6.

Priuata auctoritate rem auferens de spolio tenetur n. 4.

Contra spolium reddere recusantem iuramentum in litem locum habet n. 5.

Ex iusta causa iurata tutoris specificatio admittitur n. 7.

Als die Herren uns interponirte supplication, wie auch respective ferneres Verfahren, in Sachen M. E. L. und cons. Beklagten an einem, und I. C. du F. Klägern am andern Theil, in zwey zurück kommenden volum. zugeschicket ꝛc.

Daß, so viel das erste und andere grauamen betrifft, es der eingewandten supplication ohngehindert bey dem fol. 75. befindlichen und den 5. May a. c. eröffneten Urtheil billig verbleibet; das letzte grauamen aber betreffend, so erhellet nunmehro aus denen acten und der Partheyen Einbringen allenthalben so viel, daß die Beklagte mit dem ihnen zuerkanten Beweiß gestalten Sachen und Umständen nach, billig zu verschonen, vielmehr die ad acta gegebene tol. 16. lqq. befindliche specification, wenn Kläger zuforderst darüber, was er daran, als

Ad Lib. XXVI. T. II.

nicht empfangen, auszusetzen, gehöret, und darauf solche von denen Vormündern beschworen seyn wird, zum Grunde dessen, was Kläger von denen Primaueſischen Waaren erhalten, zu setzen, und hat übrigens Klägers fol. 62. b befindliches Suchen, gestalten Sachen nach, nicht statt. V. R. W.

Rationes dubitandi.

In dem fol. 57. befindlichen Urthel ist in causa spolii erkant worden, daß 1) Beklagter binnen vierzehen Tagen die dem Kläger
1 weggenommene Waaren selbsten von denen Primaueſischen zu separiren und vermittels einer richtigen designation auf Fürstlicher Regierung an Klägern zu restituiren schuldig, oder 2) in Verbleibung dessen zu gewärtigen, daß Kläger zu eydlichen Bestärckung derer von ihm in der am 26. Jan. a. c. übergebenen designation specificirten Waaren admittiret werde: 3) daß Beklagte binnen vierzehen Tagen erweisen sollen, daß Klägern von denen Primaueſischen Waaren einige tradiret und würcklich übergeben worden, wovon Beklagter suppliciret, dabey auch fol. 74. wegen der gebethenen 100 Thlr. aliment-Gelder incidenter ist verfahren worden.

Ob nun wol, so viel das erste und andere grauamen betrifft, Beklagte nicht an sich kommen lassen wollen, daß sie ein spolium begangen, zumahl Kläger zu der Beklagtinnen eingefreyet, und in das grosse, denen Kindern erster Ehe zugehörende Waaren-Lager, getreten, alles also denenselben nach der fol. 16. sqq. befindlichen specification zugehöret, und dahero die beklagte Mutter so wenig als der Kinder Vormünder ein spolium dadurch begehen können, daß sie sich der Waaren angemasset, vielmehr Kläger, als der Kinder Stiefvater, das völlige Waaren-Lager erst wieder herbeyschaffen muß, ehe von der separation angefangen werden kan, da er ohnedem als Stiefvater besoraet seyn sollen, daß seinen Stiefkindern das Ihrige conseruiret wäre, zu welchem Ende die Rechte auf des
2 Stiefvaters Vermögen denen Kindern hypothecam tacitam verliehen,

l. 6. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tac.

bey welcher Beschaffenheit der Sachen Kläger zu der Beendigung seiner specification um destoweniger zugelassen werden könne, als er gar nichts an denen Krahm-Waaren zu prætendiren berechtiget sey; übrigens bey dem dritten grauamine Kläger vor sich anführet, daß die fol. 16. sqq. befindliche specification keinen fidem publicam habe, sondern die
3 Vormünder ein ordentliches inuentarium machen müssen,

l. 7. pr. de admin. et peric. tut.

sie dahero, da solches nicht geschehen, zu der eydlichen Bestärckung der specification nicht gelassen werden könten, vielmehr denen Beklagten zuforderst obliege zu erweisen, daß Klägern von denen Primaueſischen Waaren einige tradiret und würcklich übergeben worden, ohne welchem Beweiß er zur Erstattung derselben nicht anzuhalten sey.

Rationes decidendi.

Weil aber dennoch das erste grauamen durch den fol. 52. befindlichen Bescheid, worin das fol. 13. ergangene decretum confirmiret worden, abgethan und auf die separation denen Klägern zugestandenen und auf 600. Thlr. angegebenen Waaren erkant worden, solcher Bescheid auch die Krafft Rechtens ergriffen, und also die quæstio de restituendo per separationem spolio nicht mehr in lite ist, vielmehr zu derselben bereits die commission verordnet worden, wobey aber die schuldige separation nicht erfolget, und was Beklagte dagegen von derer Kinder paternis, und Eigenthum an dem gantzen Waaren-Lager vorgebracht, hieher nicht gehöret, bevorab es sich nicht gebühret, de facto zu zufahren, und denen Beklagten geständiger massen über 600. Thlr. Waaren, so ihnen zu gehören, weg zunehmen, sondern wenn sie am Klägern wegen 4
der Kinder paternorum eine Forderung gehabt, sie per viam iuris solches suchen und nicht ihr eigen Richter seyn sollen, dahero dann das andere grauamen ebenfals wegfällt, da Beklagten obliget, die weggenommenen Waaren zu specificiren, als wovon sie genaue Wissenschaft haben müssen, wenn sie præcauiren wollen, daß Kläger zu der Beeydigung seiner specification nicht gelassen werden soll, also dieser Punct per restitutionem spolii zuforderst abgethan werden muß, cum spoliatus ante omnia restituendus sit, zu 5
dessen Behuf auch das iuramentum in litem zugelassen ist; übrigens was der Beklagten Forderung bey dem letzten grauamine betrifft, ihnen solche deswegen nicht abgeschnitten wird, wenn nur erstlich, was und wie viel Beklagten eigentlich zukomme, erörtert und ausgemachet ist, dabey sie dann mit dem Beweise billig zu verschonen, daß von denen Primaueſischen Waaren einige Klägern tradiret und würcklich übergeben worden, als welches bereits in dem fol. 13. befindlichen rechtskräftigen decreto voraus und fest gesetzet, worin erkant, daß des implorantens Sachen zuforderst von denen übrigen in der Beklagtinnen Laden vorräthigen Sachen zu separiren, also daraus klar und voraus gesetzet, daß Kläger in dem Laden unter den Primaueſischen Waaren eigene gehabt, solches auch dahero zu schliessen, daß Kläger zu der Beklagtinnen ein-

eingefreyet, und ihre Handelung continuiret, so er nicht in Abrede seyn können, diesemnach es lediglich darauf ankommt, wie groß das Waaren-Lager, als er in die Handelung getreten, gewesen, wozu denn zwar ein ordentlich inuentarium nöthig gewesen wäre, ita, vt regulariter specificatio priuata
6 non sufficiat, si vel maxime tutores eam iuramento confirmare velint,

MEVIVS *de specif. iurat. c. 4. §. 10.*

dennoch bey gegenwärtigem casu zu erwegen, daß eines Theils die fol. 16. sqq. befindliche specification nebst dem Anschlage von denen Vormündern, qua arte peritis, und ehe sie Vormünder geworden, ad instantiam der Beklagtinne gemachet, andern Theils, da sie nachgehends die Vormundschafft überkommen, dieselbe loco inuentarii, weil sie solche als arte periti verfertiget, bona fide davor gehalten und gemeinet, daß solche zulänglich und wohl zum Grunde geleget werden könne, also dabey keinen dolum,
7 welcher in *l. 7. cit.* erfordert wird, begangen, in welchem Fall auch wol Vormünder zur eydlichen Bestärckung gelassen werden können, *Ad Lib. XXVI. T. II.*

MEV. *ad ius Lubec. lib. I. tit. 3. art. 13. n. 9.*

bevorab da man nicht absiehet, wie man sonst heraus kommen, und der Kinder Vermögen, die dabey periclitiren, retten wolle, dabey doch Klägern zuforderst monita zu machen, und was er nicht empfangen, an- und auszuführen, frey bleibet; übrigens bedencklich gefallen, dem Klägern nochmahls 100 Thlr. abfolgen zu lassen, da er vor kurtzen erst 100. Thlr. erhalten, und die separation derer weggenommenen Waaren nunmehro erfolgen und ihm das weggenommene restituiret werden muß, überdem aber denen Kindern erster Ehe zu prospiciren, damit sie dabey nicht gefährdet werden.

So ist geschehener massen zu erkennen gewesen.

NOMINE FACVLTATIS IVRIDICÆ.
MENSE IVLIO MDCCXXXV.

FINIS
TOMI III. PARTIS II.
CONSVLTATIONVM
ET
DECISIONVM
IVRIS PRIVATI.

WD 18

Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-802838-p1009-8

ENNINGII BOEHMERI
ICTI
VLTATIONVM
ET
SIONVM IVRIS
TOMI III.
PARS II.



Farbkarte #13
B.I.G.
Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt
urn:nbn:de:gbv:3:1-802838-p1013-6