



UNIVERSITÄTS-  
BIBLIOTHEK  
PADERBORN

## **Consilia Seu Responsa Juris**

**Schmalzgrueber, Franz**

**Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL**

Cons. XV. Optionis, quæ ex Pactis Dotalibus in Prædio quodam competit  
Uxori, reclamantibûs Liberis primi Matrimonii.

---

[urn:nbn:de:hbz:466:1-72287](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-72287)

## CONSILIUM XV.

## Die Vorwahl auf einen Mayrhoff betreffend.

## SUMMARIUM.

1. Et seqq. Facti Species.
7. seqq. An Leonardus quarta sua conjugii per pacta nuptialia pradium suum Emphyteuticum offerre potuerit? Rationes pro Negativa.
11. Respondetur affirmativè. Habuerunt enim pacta illa rationem emptionis-venditionis, qua per generalem observantiam licita, & valida est.
12. Nec in Casu presenti necessarius ad eam fuit Consensus Domini directi.
13. seqq. Solvuntur opposita. Leonardus non possedit pradium, tanquam rem sibi, & uxori prima quoad dominium communem.
14. Nec promisit filio pradium; & si promississet, voluntas fuisset revocabilis, & ipso facto revocata.
15. Ad dictam venditionem necessarius non fuit liberorum primi Matrimonii consensus.
16. Expressio nominis uxoris in Instrumento emptionis non probat, rem emptam fuisse utrique communem.
17. seqq. Cuius Optionis in pradio defuncti competat? Rationes pro Actore.
23. Deciditur pro Noverca.
24. seqq. Solvuntur opposita. Voluntas patris, filio pradium relinquere volentis (ut praevidetur) fuit infirma, & revocabilis.
25. Jus reclamandi contra pacta dotalia, liberi prioris Matrimonii non habuerunt.
26. In bona immobilia hereditaria liberi praenoverca tunc succedunt, cum aliter non fuit dispositum. Commissio in l. 6. C. de secund. Nupt. est reparabilis, & non irritat dispositionem ex toto.
27. Cum dos soluto Matrimonio ad Novercam redierit, hac de ejus illatione privignis respondere non tenetur.
28. Non posset conqueri Actor, si pater vendidisset pradium extraneo. Noverca ad ulteriora vota ex justa causa post trimestre à morte Mariti transit.
29. Noverca praestabit, qua privignis ex bonis paternis debentur.
30. An Actori competat Jus Retractus?
31. Respondetur negativè. Tum quia pradium Noverca relictum est in favorem liberorum ex ea susceptorum; tum quia in Dispositionibus per ultimam voluntatem factis, Jus Retractus locum non habet.
32. 33. Neque respectu novi Mariti Jus Retractus procedit.
34. 35. Tutorum est, Jus Quasitum pupilli defendere.
36. Usus Juris Retractus non est in casu, quo haeres ultra suam portionem, cohaeredum partes titulo emptionis acquirit.
37. Ex dictis deducuntur sequela.

## FACTI SPECIES.

I.



„ Hat Anno 1637. den 18. Septembr. Jhro Durchl. N.N. Höchst- Seeliger Gedächtnuß dero Kasten zu H. einen damahl od geleghoff zu K. um 900. fl. überlassen, dergestalten, daß selber solchen nutzen, niesen, verkauffen, verlesen, vertauschen, und in allweg damit schalten, und walten könne, und möge/ wie es ihme, und den Seinigen immer nutz, und beförderlich seyn mag, allein mit diesem Vorbehalt, daß solcher Hof ohne Wissen, und Willen Jhro Durchl. und Dero Nachkommen nicht vertheilet, noch etwas davon verwechslet, verlyhen, noch verkaufft werde. Wann aber von ihme Käufer, oder seinen Nachkommen solcher Hof mit Jhro Durchl. oder Dero Erben, Wissen, und Willen verändert, oder verkaufft, oder durch Todtsfall, oder in andere Weeg ledig wurde, bemeldter Durchl. und Erben allweg nach

„ dem Werth, oder Güte des Hofes das gebührende Handlohn zustehen, auch im Fall, da selber von denen Inhaberen nicht baulich erhalten, oder die Gilt nicht zu rechter Zeit bezahlt wurde, Selbe Macht haben solle, mit deme anderwärtsigen Verordnung vorzunehmen, doch aufgenommen, daß Er, und seine Erben ihre Erb- & Gerechtigkeit ihrem besten Nutzen nach verkauffen mögen, &c.

„ Mittler Zeit ist diser Mayrhof samt der darzu gehörigen Gölben an Jacob G. kommen, welcher auch in die 38. Jahr selber innehabt, und hernach seinem Sohn Leonard G. Agatha seiner Eherührin, all ihren Erben, und Nachkommen um 2400. fl. und 30. fl. Leykauff (in welcher Summa auch sein des bemeldten Sohns Heyrathsgut per 600. fl. schon begriffen, also selber diese von dem Kauffschilling zu defalciren gehabt) selbigen käufflich überlassen. In dem zwischen Agatha, und ihme Leonard aufgerichteten Heyrathsbrieff wurde neben anderen Todtsfalls halber versehen, daß wann nach dem Willen des Allerhöchsten der Hochzeiter vor seiner Hochzeiterin „ mit

2.

„ mit Hinterlassung Leibs- Erben, ehe und  
 „ bevor er den Mayrhof beziehet, mit Todt  
 „ abgehen wurde, sie Wittib alsdann so  
 „ wohl, als wann er bey Leben, nicht als  
 „ lein den Zuspruch zu mehr gedachten  
 „ Mayrhof (welcher ihr um einen billichen  
 „ Werth solle angeschlagen, und da sie es  
 „ vermag, überlassen werden) haben, son-  
 „ der auch am übrigen des Hochzeiters Ver-  
 „ mögen neben anderen Erben gleicher Erb-  
 „ seyn, und heissen solle; so vil Mund, so  
 „ vil Pfund; wären aber von dem Hoch-  
 „ zeiter auf den Fall keine Leibs- Erben im  
 „ Leben vorhanden, solle sie alsdann zu  
 „ dem Mayrhof, und Erb keinen Zuspruch  
 „ haben &c.

3. Nun hat sich zugetragen, daß Agatha  
 nach drey auß Leonard erzeugten Kinderen,  
 Namens Jacob, Bernard, und Catharina,  
 dieses Zeitliche geseget, er aber Leonard  
 ad secunda Vota geschritten, und sich mit  
 Maria V. verheyrahet: allwo neben ande-  
 ren in dem zwischen ihnen beyden aufgerich-  
 teten Contract, wie auß dem hierüber ord-  
 entlich verfertigten Heyraths- Brieff zu er-  
 sehen, bedinget worden, daß im Fall,  
 „ da er, der Leonard, vor Maria, seiner  
 „ künftigen Haus- Frauen des Todts ver-  
 „ fahren sollte, und auß ihr Maria von ihm  
 „ ein Leibs- Erb vorhanden, oder einer zu  
 „ hoffen wäre, ihr, und ihrem künftigen  
 „ Kind der Hof von der Herrschaft, und  
 „ denen Befreunden angeschlagen verblei-  
 „ ben, denen Kinderen aber erster Ehe je-  
 „ dem 150. fl. samt etwas Vieh, und  
 „ Jahruß zum Voraus über das Mütter-  
 „ liche außgemacht, und spurlich solle be-  
 „ zahlt werden.

4. Es ist aber auch Maria nach vier auß  
 Leonard erzeugten Kinderen auß diesem Zeit-  
 lichen abgewichen; nach welchem er Leonard  
 das drittemahl sich verheyrahet hat an Ca-  
 tharina, dero er den Hof Quæstionis eben-  
 „ fals angeheyrahet, mit Zuthun, daß de-  
 „ nen drey Kinderen erster Ehe das, was  
 „ ihnen bey sein des Hochzeiters anderten  
 „ Verheyrahung vor Mütterliches in ein-  
 „ so anderen außgemacht worden, unver-  
 „ änderlich verbleiben, denen vier Kinderen  
 „ aber anderter Ehe jedem 250. fl. samt et-  
 „ welcher Jahruß, und Vieh angewiesen  
 „ seyn, der Hochzeiterin hingegen, im Fall,  
 „ so sie ihren Mann Leonard überlebete,  
 „ das völlige Gut mit allen ein- und zuge-  
 „ hörigen verbleiben, jedoch denen Kinde-  
 „ ren, so sowohl von ihrem Leib, als auch  
 „ vorhergehenden zweyen Ehen auß Leo-  
 „ nard erzeugt worden, nach billicher Schät-  
 „ zung ihr Theil hinauß gegeben werden  
 „ solle.

5. Weilen aber der Göttlichen Vorsichtig-  
 keit gefallen, daß auch diese dritte Ehe- Frau  
 vor ihrem Mann Leonard gestorben, ist  
 selber zur vierdten Ehe geschritten mit Wal-  
 burga; dero er abermahl den Hof Quæstio-

„ nis angeheyrahet, dergestalten, daß sie  
 „ nach sein Leonard Ableiben, nach einem  
 „ unpartheyischen Anschlag den Vorpruch/  
 „ oder Vorwahl zu dem Mayrhof, wie  
 „ auch zu ihren hineingebrachten 1000. fl.  
 „ noch 100. fl. Widerlag, also zusammen  
 „ 1100. fl. nebst ihrer Auffertigung, und  
 „ Vieh zum Voraus, und dann hernach  
 „ mit denen verhandenen erst- andert- dritt-  
 „ und vierdten Ehe Kinderen einen gleichen  
 „ Kinds- Theil zu suchen haben solle.

Mit diesem vierdten Weib hat Leonard  
 G. bey zwey Jahr gelebt, nach welchen er  
 des Todts verblieben, und die Wittib Wal-  
 burga samt zweyen Kinderen, mit deren  
 einem sie noch Schwanger gieng, nach sich  
 gelassen, welche auch, ungeachtet, daß Ja-  
 cob G. des Leonard auß erster Ehe erzeugt-  
 ältester Sohn die Vorwahl zu quæstio-  
 niten Mayrhof verlanget, mit der Erklärung,  
 er wolle selber per 9000. fl. dann die Söl-  
 den per 300. fl. taxirter massen übernehmen;  
 Krafft von Lobl. Land- Vogt Ampt ergang-  
 nen Bescheids den Besiz dieses Hofes behal-  
 ten. Mit welchem Bescheid aber er Jacob  
 nicht zu friden, sonder bey Hochfürstl. Hof-  
 Rath seine Appellation darwider interpo-  
 nirt, und so vil außgewürcket, daß durch  
 einen den 20. August vorwährenden Jahrs  
 hierüber ergangenen Sentenz die Einziehung  
 des gemeldt- väterlichen Mayrhofs, und  
 Sölden ihme zugestanden, die beklagte  
 Walburga aber seine Stief- Mutter diesen  
 Hof, und Sölden ihme Kläger gegen den  
 außgeworffnen Kauff- Schilling der 9300. fl.  
 und sonstiger etwann darauf habender hey-  
 rathlicher Spruch, und Forderungen an-  
 zulassen, und einzuraumen verpflichtet wor-  
 den. Über welchen Sentenz aber Walbur-  
 ga per supplicationem ad ipsam Serenissi-  
 mum interpositam ihr außgebetten, noch  
 weiters ihr Nothdurfft vor- und anzubrin-  
 gen.

### QUÆRITUR I.

Ob mit Zug Rechtens Leonard  
 G. seiner vierdten Ehe- Frauen Wal-  
 burga den quæstionirten Mayrhof  
 habe anheyrahten können?

Es will zwar Kläger, und Consorten  
 Negativam behaupten auß nachfolgen-  
 den Argumentis. Dann 1. Solcher  
 Hof seinem Vatter Leonard G. und erster  
 Gemahlin gemeinsam gewesen, als welcher  
 nicht allein auß dem väterlichen, sonder  
 auch auß den Mütterlichen Dotal- und Pa-  
 raphernal- Mittlen käufflich übernommen,  
 und bestritten worden: außdeme dann sol-  
 get, daß er Leonard von selber, als re com-  
 muni, nicht eigenmächtig, und einseitig li-  
 bere disponiren, sonder hierob sein Klägers,  
 und Consorten Consens, und Bewilligung  
 hätte

6.

7.  
Ratione  
Dubitatio

hätte einholten sollen; wessen undisputirlichen Rechts, quod Jura Matris ad filios transeant pro portione hereditatis, quæ ipsos contingit: sonderlich da

8.

2. Er Kläger, und Consorten das meißt Mütterliches darauf stehen gehabt, und also solche Anheyrathung ihnen zum größten Präjudiz gereichet, sonderbar aber ihme Jacob, deme als ältisten Sohn solcher Hof zum meißten gebühret; massen er auf solchem bis zu seiner Verheyrathung in das 30.ste Jahr seines Alters seinem Vatter mit seinem Schweiß getreulichst an die Hand gegangen, und das Haus-Weesen geführt; in Erregung welcher Treu, und Fleiß er der Vatter ihme Actori dieses Hof-Gut, welches schon vor undencklichen Jahren bey der G. Freundschaft gewesen, öftters zugesagt, und versprochen hätte. Und obwohl bey seiner zweyten, und dritten Verheyrathung schon vorher seinen Ehe-Weibern quæstionirter Hof angeheyrathet worden, so hat doch

9.

3. Hierdurch ihme Jacob nicht präjudicirt werden können; indem eines theils obverständner massen sothaner Mayrthof seinem Vatter, und Mutter zugleich gemeinsam überlassen, auch solcher aus denen Mütterlichen Dotal- und Paraphernal-Mitteln bestritten worden; anderen theils aber tempore secundarum Nuptiarum die Kinder erster Ehe annoch impuberes, und unbewormundet, mithin indefens gewesen, und also dero Silentium, und Stillschweigen zu gethaner Anheyrathung keineswegs pro Consensu in ipsorum præjudicium kan ausgedeutet werden; aller massen in allen Rechten versehen, quod in hac ætate constitutus etiam consensus expressus, ab ipsis sine Tutorum autoritate præstitus, præjudicare non possit: einfolglich eben so wenig ihnen präjudiciren mag deren Stillschweigen, obwohl sonst dieses pro Consensu tacito acceptiret wird; cum taciti, & expressi sit eadem vis per Jura vulgata. Und ob zwar Beklagte vorgibet, daß er Jacob G. mit diser zwischen seinem Vatter Leonard, und Walburga beschenehen Verheyrathung zufrieden gewesen, so könnte er doch

10.

4. Solches keineswegs gesehen, sondern thue es also lang verneinen, bis ihme das Contrarium probirt werde; welche Prober der beklagten Walburga zustehet; nam generaliter is probare debet, qui dicit, seu affirmat rem dubiam in judicio in alterius præjudicium, nec habet pro se præsumptionem Juris. Conveniunt in hoc omnes DD. & expressè statutum est

*L. ei incumbit. 2. ff. & l. ut Creditor. 1. C. de probat.*

sine dubio ideò, quia si aliquid petere, & non probare sufficeret, nihil esset tam injustum, quod non peti, nulla innocentia tanta, quæ non opprimi possit.

*R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. 1.*

Obwohlen zwar diese Argumenta einigen Schein der Wahrheit vor sich tragen, so seynd sie doch von solchen Mächten nicht, daß wir darum das Factum Leonard G. unbillichen sollen; sonder seyn ungeachtet selber der besten Meynung, daß selber den Quæstionirten Hof so wohl seinen drey ersten, als der vierdten Ehe-Consortin mit bestem Zug Rechts anheyrathen können. Sondern mahlen das Anheyrathen, vermög Landgebräuchiger Observanz, und Befag vorhandenen Hochlöbl. Hof-Raths-Præjudiz, so mit der Sch. von T. geschehen, pro Contractu Emptionis Venditionis angesehen wird, darinn dem Weib von dem Mann, und hingegen, das ihm zugehörige Prædium als Mercem propositam pro pretio per estimationem liquidando, & post mortem vendentis cæteris hæredibus relictis, deducta sua virili solvendo, zu kauffen erlaubet wird. Wann dann Leonard disen seinen Hof, unbekfragt seiner Kinder, einem Extraneo Zeit seines Lebens hätte verkauffen können, warum sollte solches ihme nicht erlaubt gewesen seyn gegen seinem Ehe-Weib Walburga? cum utique Uxor deterioris conditionis esse, quam Extraneus, nequaquam censeri debeat.

II.  
Rationes  
Decidendi.

12.

Und kan wider solchen Contract der Dominus Directus, oder die Hochlöbl. Hof-Cammer sich nicht beklagen, daß dero Consens hierzu nicht requirirt worden, angesehen selbige dem primo acquirenti gewesenem Kastner zu H. liberam facultatem alienandi gegeben, und nur die Vertheilung des Hofes inhibiret; hiemit pœnam Caducitatis, alias per alienationem Domini utilis absque Consensu Domini Directi, ab Emphyteuta factam, incurrendæ, expressè aufgehoben; wie dann besagter Kastner selbigen Hof bald hernach auf seiner Freundschaft verkaufft. Weilen dann diser mit eben disen Juribus, und Privilegiis, mit welchen ihme gemeldter Kastner besessen, an des verstorbenen Leonard G. Vatter kommen ist, hat selber und sein Sohn Leonard ihme auf gleiche Weiß verkauffen, und folglich auch seiner letzten Ehe-Gattin, nicht minder, als denen vorderen dreyen, anheyrathen können. Verba enim de facultate alienandi concessa, debent aliquid operari. Sed nihil operarentur, si Emphyteusis propter alienationem sine Consensu Domini Directi factam, caduca foret; nam cum Requisitione & Consensu ejusdem etiam alias alienare permissum est.

*Blumlacher tract. de Jur. Emphyteut. 9. 28. princ.*

Die Num. 7. 8. 9. & 10. allegirte Beweisthumen mögen leichtlich beantwortet werden. Ad 1. Daß nemlich der Mayrthof Quæstionis zwischen Leonard G. und seiner ersten Ehe-Consortin gemeinschaftlich gewesen, und also selber die Macht nicht sollte gehabt haben, selbigen Walburgæ seiner vierdten Gemahlin anzuhēyrathen, leget das Contrarium schnur gerad vor Augen der

13.  
Satisfit Ra-  
tionibus  
dubitandi.

N

Tenor

Tenor des Kauff-Briefs de dato 18. May 1689. vermög dessen der Leonard G. nunmehr Seel. allein Käufer benamset, und so folglich in Possession Quæstionirten Mayrhofs gesetzt worden, dergestalten, daß er denselben fürdershin ruhiglich innhaben, bauen, brauchen, nutzen, messen, verleyhen, versetzen, vertauschen, wieder verkaufen, oder sonst in all andere Weeg darmit verfahren, schaffen, handeln, thun, und lassen möge, als mit anderen seinen Haab, und Güteren, ungehinderet 2c. Und dieses ganz billich, und recht; quilibet enim rei lux moderator, & arbiter est.

*L. in re mandata. 21. C. mandati, vel contra.*

Daß aber Leonard bey Uibernemmung dicker genannten Mayrhofs keineswegs im Sinn gehabt, sein erstes Ehe-Weib in communionem desselben zunehmen, erhellet klärllich auß dem zwischen ihr, und ihm aufgerichteten Heyraths-Contract, Krafft dessen zwar er derselben den Hof Quæstionis angeheyrathet, doch also, daß selbe im Fall, so von ihr keine Leibs-Erben im Leben vorhanden, zu dem Mayrhof keinen Zuspruch haben solle; so gewislich nicht hätte können bedungen werden, wann solcher Hof zwischen ihnen beyden gemeinschaftlich gewesen wäre. Hat also sie die erste Gemahlin ihme Jacob G. ihrem Sohn, und Consorten kein anderes Jus, und Recht transmittiren können, und folglich gleichwie Leonard sein Vatter ohne Consens seines Ehe-Weibs solchen Hof zu seinem besseren Nutzen verkaufen, also auch ohne Wissen seines Sohns, und Consorten seiner vierdten Hochzeiterin anheyrathen können.

14.

Ad 2. Daß Leonard G. dem Kläger seinem Sohn in Ansehung seiner kindlichen langwirigen Diensten zum bfteren den Hof Quæstionis solle versprochen, und zugesagt haben, ist ein nudum Assertum, so widerlegt wird ganz deutlich auß dem hierob gehaltenen Protocoll. Protocollis autem vis plena probandi constat,

ut cum Abb. Imol. Felin. docent Mascard. de probat. concl. 712. n. 9. Everhard. de fid. Instrum. c. 3. n. 3. Hiltrop. Process. tit. 10. §. quam fid. fac. Instrum. num. 12. & alii passim. Colligitur ex c. quoniam. 11. de probat. ubi Notarius injungitur, ut sua Originalia, seu Protocolla penes se retineant, ut si super ibidem scriptis eveniat quæstio, per hoc possit veritas declarari: consequenter supponitur, quod vim plene probandi habeant.

Und wann auch im ungestandenen Fall von dem Vatter ihme Kläger solch Versprechen geschehen wäre, wäre solches nur eine voluntas ambulatoria in der Sach gewesen, so ad nutum revocabilis wäre, und in facto ipso hierdurch revociret worden, da Erblasser Quæstionirten Hof, wie denen vorge-

henden, also auch seinem letzten Weib hat angeheyrathet.

Ad 3. Ist oben Num. 13. erwiesen worden, daß der Erblasser Seel. mit dem Mayrhof Quæstionis liberè disponiren können, und folglich der beschenehen Anheyrathung halber ihme weder von denen Kinderen noch von denen Vormunderen, oder von jemand auß der Freundschaft hierinnfals das geringste in den Weeg hat können gelegt werden; mithin dero Consens lediglich nicht vonnöthen gewesen; quia per Emptionem Venditionem, & secutam traditionem ejus Dominus, & quidem cum libera effectus est; sonstn wurden die mit denen vorgehenden zweyen Ehe-Weibern von ihme gepflogne Contractus, und darinn beschenehen Anheyrathungen des Hofes Quæstionis von einem löbl. Land-Vogt-Ampt niemahl approbiret, und gefertiget worden seyn; wie sie dann approbiret, und gefertiget zu seyn ex Authenticis genugsam erwiesen wird.

Ad 4. Ist zwar Rechts-Kündig, quod afferenti incumbat probatio; weilen aber, wie erst erwiesen worden, in casu Quæstionis consensus liberorum zur beschenehen Anheyrathung keineswegs nöthig gewesen, kan Walburga mit dieser Prob also lang innhalten, als lang Kläger nicht wird dargethan haben, daß quæstionirter Hof Leonard seinem Vatter, und der Mutter dessen ersten Ehe-Frau gemeinschaftlich gewesen. Es will zwar solches Kläger auß dem probiren, daß in dem Kauff-Brief auch dessen Mutter gedacht worden; so bringet doch solche expressio Nominis ihme Kläger nichts vor-träglichs bey

per l. multum interest. 6. C. si quis alteri vel sibi &c. ubi Imperatores inquirunt; tu quidem emisti, & tibi tradita est possessio, tantum autem nomen uxoris, quondam tua, instrumento inscriptum est; res gesta potior, quam scriptura habetur.

Weilen dann in dem Ubergabs-Brief Quæstionis weder bey stipulirender Bezahlung, noch bey einraumender Possession von des Klägers Mutter gedacht, sonder all dort alleinig von dem Leonard G. seinem Vatter gemeldet, und ihme die Possession eingehändiget worden; so machet sich der Schluss selbstn, das bemeldte Mutter keine Communione auf den Hof Quæstionis mit dem Vatter gehabt habe; quia in Domini Quæstione ille potior habetur, cui Possessio à Domino tradita est. Welches auch bekräftiget wird auß dem zwischen des Klägers Eltern aufgerichteten Heyraths-Brief, in welchem allein dem Vatter der Hof zu übergeben versprochen, die Mutter aber nur wegen des Hineingebrachten Heyraths-Guts quittiret worden.

15. 16.

QUAE-

QUÆRITUR II.

Ob die Vorwahl zu quæstionirten Hof dem Kläger / oder dessen Stieff-Mutter der beklagten Walburga mit rechten zustehe ?

17. Rationes Dubitandi.

17. **E**s prætendiret zwar solches Recht für sich der Kläger, theils aus obenangeführten Argumentis, theils aber aus nachfolgenden. 1. Quidem, ob zwar sein verstorbner Vatter Leonard G. diesen Hof seiner Stieff-Mutter angeheyrathet, und hierin die Vorwahl auf selbe gemacht hat; so seye doch solcher Hof vorhin allzeit ihme Kläger von dem Vatter vermeynt gewesen; der dann seinen anderen Sohn Bernard der Ursachen studiren lassen, damit sie beyde des Hoffes halber keinen disput bekommen: im übrigen habe ihme Klägere der verstorbene Vatter zu verschidenen mahlen selbst gesagt, er soll den Hof nicht zurück lassen, sondern wolle ihme schon sagen, wo es ihme geholfen werde; welches aber darum nicht geschehen könnte, weilen der Vatter vorher gestorben. Und ob gleich in contrarium aufgewiesen wird der mit Walburga seiner letzten Stieffmutter aufgerichtete Heyraths-Brief, so hätte doch

18.

2. Er Kläger genugsame Ursach, das Er selben nicht gelten ließe, theils weilen solcher Contract ohne Wissen, und Willen der Kinder vorderen Ehen, oder dero Vormunderen, von dem Vatter geschehen; theils weilen der darüber gestellte Brief nicht ordentlich aufgerichtet; massen selber nicht, wie Kraft Tax-Ordnung Art. 1. Verordnet ist, und in so importanten Sach hätte geschehen sollen, von dem Hochfürstl. Oberampt ausgefertigt, noch auch, wie die Sigill-Papier-Ordnung in der 6ten Clafs erfordert, hierzu das Gulden-Papier gebraucht worden. Darum dann solcher Contract in eine offenbare Nichtigkeit verfallen muß; welche auch um so grösser vermehret wird, weilen

19.

3. Inhalt Bayrischen Land-Rechts tit. 21. Art. 22. man sonst den Kindern vor einem Fremden, und vor der Stieffmutter bey denen Erb-Rechten gedencken soll: welches aber in Casu Quæstionis nicht observiret worden, sonder die Kinder von dem Quæstionirten Hof ausgeschlossen, und zu selben die Stieff-Mutter zugelassen worden, und zwar mit sehr nachtheiligen Vortheil; massen selber nebst der Vorwahl, und Rinds-Eheil noch weiters 100. fl. für die Widerlag gemacht worden; in welchem er, des Klägers Vatter, durch solche Pacta in l. hac editali. 6. C. de Secund. Nupt. committiret hat, in qua sancitur; si ex priore Matrimonio procreatis liberis, Pater, Matêre ad secunda,

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

vel tertia, aut ulteriora vota migraverit, ne sit ei licitum, noverca, aut vitrico plus relinquere, aut inter vivos conscribendis donationibus conferre, quam filio, vel filia, si unus, vel una extiterit. Ansonsten, und

20.

4. Ist zwar in allegirten Heyraths-Contract-Protocoll enthalten, das Walburga 1000. fl. nemlich 400. Baar, und die übrige 600. in fristen einzubringen versprochen; weilen aber de actuali illatione Rechtsbegnügig nichts bewisen, ist Kläger besuget von derselben solche Verweisung, wie auch juramentum manifestationis zu fordern. Und solches um so vil mehrer, weilen sich nach der Obrigkeitlichen Obsignation befunden, daß solche von verschidenen Kästen, und Truhen hinweggerissen worden. So wäre es auch

21.

5. Wider alle Billigkeit, das ohngeachtet die Stieff-Mutter kümmerlich zwey Jahr mit dem Vatter gehauset, und also ihme nichts erwerben geholfen, dannoch derselben sothanes fürnehme Hof-Gut zugeeignet, und denen sammentlichen Erben gänzlich entzogen werden solle, also daß selbe nimmermehr einigen Zuspruch darzu haben könnten; zumahlen sie Wittib solchen Hof gleich wiederum ihrem anderen Mann Johann P. angeheyrathet; mithin von dem Erblasser Seel. um so weniger dergleichen Beneficium in præjudicium omnium liberorum verdienet; weilen selbe gleich nach einem Viertel Jahr, und zwar noch schwangeren Leibs cum publico scandalo in contemptum prioris Mariti ad ulteriora Sponsalia geschritten ist. Über das

22.

6. Will allerdings anscheinen, sie Beklagte seye etwan dahin gedacht, der Kinder voriger Ehe Väter- und Mütterliches, so sich auf ein namhaftes belauffet, und der mehrste Kauf-Schilling dafür afficiret verbleibet, auf den Hof zu behalten; so aber weder die Kinder, noch die Vormund- und Freundschaft zuzugeben vermeynet, auch solches ihnen nicht zugemuthet werden kan; weilen solches ganz nicht rechtlich seyn will, und hingegen mercklicher Nutz, und Frommen denenselben anwachssete, wann ihme Kläger, als ältesten Sohn, der Hof Quæstionis wurde zuerkannt; weilen sie, die Kinder, bis selbe ihr Stücklein Brod selbst gewinnen können, bey ihme auferzogen werden, und propter conjunctionem sanguinis desto mehrer Zusucht aus natürlicher Affection haben könnten.

23.

His tamen non obstantibus, seynd wir dieser vesten, zwar unvorgreiflichen Meynung, das der Vorgriff, und die Vorwahl auf Quæstionirten Hof nicht ihme Kläger, sonder der beklagten Wittib Walburga von Rechtswegen gebühre; Welches alles ex Resolutione prioris Quæstionis erhellet; also wo klärlich erwisen worden, das Leonard G. dickernannten Mayr Hof seinem vierten Ehe-Weib nicht minder, als denen dreyen Vordere

deren hat können anheyrathen; welches auch geschehen unter Bedingnuß, daß sie alsdann den Vorgriff auf selben vor ihren Kindern, und Stieff-Kindern haben solle, wann selbe ihren Mann überleben, und aus beeden erzeugte Kinder vorhanden seyn wurden. Nun aber ist diese Condition, und Bedingnuß in Walburga, und zwar mit ihr allein, und keiner anderen aus denen vorderen Eheweibern erfüllt worden; darummen dann folglich Jus Conditionatum des Vorgriffs, impleta omni Conditione, sich in Absolutum verwandelt, und Beklagte bey solch erworbnen Recht allerdings zu behandhaben ist. Allermassen vi plenissima potestatis alienandi, & disponendi, so Leonard G. ihr erster Mann auf dem Hof Quæstionis gehabt, selber befüget gewesen, und befragt seiner Kinder, und Freundschaft, nach seinem Belieben selben Hof, wie ad extraneum, also, und so vil mehrer an seine Haus-Frau Walburga zu alieniren.

24.

Responde-  
tur ad Ar-  
gumenta  
opposita.

Die wider solchen Schluß eingewendete Argumenta seynd ganz nicht also Nothwendig, das darummen das Contrarium zu amplectiren. Massen ad 1. Daß Erblasser gewölet gewesen, ihme Kläger den Hof Quæstionis zu lassen, und darum seinen Bruder Bernard studiren lassen, damit zwischen ihnen deshalb kein Disput sich erzeuge, muß Kläger Recht begnügig erweisen; und wann er schon solches erweisen sollte, wäre doch solch des Vatters Willen instar ultima voluntatis anzusehen, quæ ambulatoria est, und durch die an Walburga geschehene Anheyrathung revociret worden. Vide supra Num. 14.

25.

Ad 2. Hätte der Vatter des Klägers vi plenissima potestatis alienandi Quæstionirten Hof bey Lebszeiten an einen Extraneum verkauffen können, ohne daß seine Kinder hierin ihme einreden könten: gebühret also folglich ihnen Kindern das Jus reclamandi keines Weegs wider den Vatter, da er seinem Ehe-Weib Walburga denselben per Pacta dotalia überlassen; wann nur hierdurch ihnen die Legitima nicht ist geschmäheret worden; so aber selben in Casu Quæstionis ganz unversehrt gebliben ist. Ein anderes wäre es, wann solch vollkommener Gewalt alienationis quomodocunque, & in quemcunque faciendæ ihme des Klägers Vatter nicht wäre zugestanden, und die Kinder vi prima investituræ auf den Hof Quæstionis Jus quæsitum erworben hätten; dann in solchem Casu in allweeg aliorum Consensus erforderet wurde; cum Jure suo nemo invitus privari debeat. Belangend die Obrigkeitliche Ausfertigung, und Abschreibung des Heyrath-Briefs auf erfordereten Sigill-Papier, wird Kläger aperte convinciret durch die Original-Heylag dieser Ehepacten, daß man hierinfalls an denen gewöhnlichen Solennitäten nichts hat erwinden lassen.

Ad 3. Was aus dem Bayrischen Landrecht angereget, versiehet sich nur, wann dergleichen Gut auf einige gewisse Descendenten verlihen, und von dem Vatter derentwegen nichts tractiret, oder disponiret worden ist; nicht aber, wann solche Disposition vorhanden,

teste Carpzov. p. 3. const. 15. defin. 31. ibi: consuetudinaria hac electio saltem in Casu inestati locum habet, nec ad causam restati extendi debet; cum Patrias sit bona sua pro lubitu inter filios etiam inæqualiter dividere.

Weilen also die Wittib Walburga mit ihren Kindern, und Stieff-Kindern ex vi patrum dotialium einen Kinds-Theil hat, hat ihr Mann derselben mit allem Recht den Vorgriff auf Quæstionirten Hof vermachen können, absonderlich indeme, wie oft ermeldet worden, solcher Hof nicht, wie sonst gepflogen wird, auf die Descendenten, sondern cum libera Facultate alienandi verlihen worden. Daß aber in Legem hac Edictali. committiret worden, wann anderst solche zu dato statt findet, ist ein Fehler, so leicht mag verbessert werden, und den Haupt-Puncten von überlassener Vorwahl keines Weegs antriffet; welche dann nichts desto weniger substituiren kan, und soll: quia si plus vitrico sit datum, quam uni Liberos ex primo Matrimonio, illud non irritatur ex toto, sed solum quoad excessum, ne utile per inutile vitiatur.

Contra Reg. 36. in 6.

Und solches in præsentem Casu um so vil mehrer, weilen durch besagte Vorwahl ihr Walburga allein der Gewalt gegeben worden, den Hof Quæstionis um angechlagnen Preis zu kausen, darummen anderen Erb-Interessenten ihr Erbtheil keines Weegs geminderet wird.

Ad 4. Ist Walburga von löbl. Ober-Ampt so wohl wegen Illation der versprochenen Baarschaft, als auch der Jährlichen Fristen ordentlich quittiret, und sonst das Residuum nunmehr, soluto per mortem Matrimonio, auf sie zuruck gefallen, daß also dessenthalben weder ihme Kläger noch jemand anderen darummen mehr Red, und Antwort zu geben schuldig. Die Abweisung der Obsignation ist ein Assertum, so probiret muß werden.

Ad 5. Hätte Kläger es gedulden müssen, wann sein Vatter den Quæstionirten Hof an einen anderen Extraneum verkaufft hätte, wie er vi libera potestatis alienandi dieses zu thun berechtiget gewesen wäre. Daß aber sie Beklagte gleich nach einem viertel Jahr, und zwar noch schwangeren Leibs ad ulteriora vota geschritten, ist hierdurch weder einiges Scandalum gegeben worden, noch solches in contemptum præris Mariti auszudeuten; weilen solches nur darum geschehen, damit der Hof conserviret, und nicht gar zu Schanden gerichtete wurde,

26.

27.

28.

wurde, wie es zum Anschein allerdings schon kommen wolte.

29. Ad 6. Mögen die Kinder erster Ehe wegen ihres Mütterlichen nichts einwenden; weilen sie, und zwar sonderheitlich er Jacob G. bey Lebzeiten des Vatters weit ein mehrers, und noch so vil bekommen, als er des Mütterlichen halber präntendiren können; mithin alleinig ex paterna hereditate noch das Seinige zu suchen gehabt, was er nicht schon zu des Vatters Lebzeiten bey der Verheyathung, und Stands-Veränderung vorhin empfangen; welches dann sie die Stieff-Mutter Pact-mäßig gern abfolgen, und von dem Mayhof auflesen zu lassen urbiethig.

### QUÆRITUR III.

Ob in gestandenen Fall / daß Leonard G. seiner letzten Ehe-Frauen Walburga den Hof Quæstionis anheyrathen / und auf selben die Vorwahl derselben vermög Rechtens hat geben können / auf das wenigste ihme Jacob seinem ältisten Sohn das Jus Retractus, oder Einstand-Recht von Rechts wegen gebühre?

30. Es scheint zwar, daß selber dieses Jus sich prävaliren wölle, und auß dieser Ursach in secunda instantia von einem Hochlöbl. Churfürstl. Hof-Rath sententiam vor sich obtiniret habe.

31. So können wir, doch ihme Kläger hierinn nicht beystimmen: dann entweder will selber dieses Rechts sich bedienen wider seine Stieff-Mutter Walburga, oder wider dero anderen Mann Johann P. deme sie nachgehends den Hof Quæstionis angeheyrathet. Das erste betreffend, weilen die ihr Walburga von ihme Erblasser beschehene Anheyrathung, und Vorwahl zu mehr gedachten Hof, wie auch dessen Übernehmung nach des Manns Todt-Fall nicht so vil in favorem ipsius, als Liberorum, ex ea susceptorum geschehen; dise aber in gleichem gradu consanguinitatis mit dem Actore stehen, können wir nicht begreifen, mit was Recht er Actor wider das noch im Leben stehende Kind bemeldten Einstand-Rechts sich bedienen wölle; massen Jus Retractus Gentilitii, welches in Casu præsentii alleinig präntendiret kan werden, allein in jenem Fall Statt finden kan, da alienatio in extraneum, vel in consanguineum quidem, sed remotiorem geschehen ist,

Struv. Exerc. 23. thes. 59.

besonders in Casu Quæstionis; weilen jederzeit in denen Mächten des Erblassers stehet, seine Güter unter die Erben auftheilen zu können lediglich nach seinem Gefallen, und auch sonst in Actibus ultimæ voluntatis, der-

gleichen solche pacta dotalia circa futuram Successionem seynd, das Einstand-Recht secundum universalissimam simpliciter weder Platz, noch Orth findet, præsertim si cæteris cohæredibus ex reliqua massa hæreditaria compensatio fiat; welches in gegenwärtigem Fall auf zweyerley Weiß geschehen, nemlich da ihme Kläger der verstorbene Vatter auf einen anderen Hof geholfen, und derselbe nebst deme auch seinen gleichen Antheil von der Erbschaft bekommen hat.

Das andere belangend, hat solches dem Schein nach eine grössere Zweiffelhaftigkeit; weilen durch solche Anheyrathung des Hofes Quæstionis an Johann P. der Walburga anderen Ehe-Mann, Gelegenheit gegeben worden, daß solcher Hof von der G. an die P. Familie mit der Zeit transferiret, und also ad extraneos, respectu seines, des Klägers, und Consorten, verwendet werde. Doch ist solcher Einwurff von keiner solcher Erheblichkeit, daß darum der Stieff-Mutter Walburga das Recht zu dem Hof Quæstionis solle abgesprochen werden, und er Kläger des Jus Retractus gegen ihr sich bedienen möge; seytemahlen 1. Weilen die von dem Erblasser beschehene Anheyrathung des Hofes principaliter in bonum prolis ex ea susceptæ intendiret worden; deme sie Walburga facto suo, da sie benannten Hof ihrem anderen Mann hat angeheyrathet, nichts vergeben wollen, noch können; darum solches factum in terminis habilibus zu verstehen, wann es nemlich seiner Zeit dem Kind also beliebig seynt wurde. Zudem

2. Auch dieses zu bedencken ist, daß es erst dahin stehet, ob Walburga vor ihrem anderten Mann des Todts verfahren, oder er vor ihr sterben werde: consequenter weilen bis dorthin die würckliche venditio, & translatio in extraneum respectu Villæ Quæstionis noch nicht geschehen, kan Kläger ex capite Jus Retractus ihme den Hof nicht vindiciren; allermassen solches Recht allein alsdann Statt, und Platz findet, quando Emptio Venditio perfecta, & Conditio, sub qua facta, impleta est. Über das

3. Seynd die Vormunder des auß vierdter Ehe noch lebenden Kinds des Einstand-Rechts halber noch nicht gehöret worden; welche, weilen ihrem Pupillen durch würckliche Übernehmung des Quæstionirten-Hofs Jus actu Quæsitum zustehet, sich opponiren, und für selben bemeldten Hof beybehalten können, ne mortua Matre in vitricum transferatur; dergleichen Recht keineswegs ihme Kläger, und Consorten competiret; weilen bey Lebzeit des Vatters sie zu dem Hof kein Jus Quæsitum hatten, und darum ihrem Vatter nicht einreden könnten, denselbigen, wem es ihme beliebig zu vermachen. Wurde also

4. Dem noch lebenden und auß ihrem ersten Mann erzeugten Kind Walburgæ ein



unwiderbringliches Präjudiz zugefüget, wann ungeachtet, daß dessen Vatter die Anheyrathung des Hofes principaliter in dessen favorem angesehen, selbes auch in eodem gradu mit dem Actore sich befindet, und beynebens durch sein Mutter in Possessione des Quæstionirten Mayrhofs stehet / dann noch von selber removiret, und per Retractum er Actor dessen älterer Bruder denselbigen überkommen wurde. Daß aber von dem Vatter solche Veranheyrathung principaliter in favorem der Kinder vierdter Ehe angesehen gewesen, lautet klärllich auß deme; weilen selber den Quæstionirten Hof seiner vierdten Ehe Frauen nicht anderst hat wöllen zukommen lassen, als sub conditione, wann nach seinem Todt einige von ihme auß ihr erzeugte Kinder bey Leben seyn sollen: denen dann, damit durch letztere von der Mutter an ihren anderen Mann beschehene Anheyrathung nicht zu kurz geschehe, in Allweg die Obrigkeit gehörige Mittel vorsehen mag, und auch soll. Beynebens ist legentlich

36.

5. Gar wohl zu merken, was cum Herman. Pistor. obs. 138. num. 4. gar weißlich anmercket Müller ad Struv. Exercit. 23. thes. 49. Lit. d. ubi hæc verba habet: *habet quis Jus Proximis, si ades Cui vendantur: hic moritur, hæredes dividunt inter se hæreditatem, ac ad Maximum ades hæc veniunt: eo casu hæ-*

*bens Jus Retractus, eo uti nequit, licet hæres ultra portionem suam cohæredum partes titulo Emptionis acquirat: Et ut divisio vicem Emptionis obtineat l. 1. C. comm. utriusq. Judic. nam contrahentes non tam à venditione, quam divisione inceperunt.*

Nun diese Doctrinam ad præsentem Casum zu appliciren, ist Walburga die Beklagte mit Jacob G. und Consorten Krafft pactorum dotialium eine Mit- Erbin des von ihrem Mann hinterlassenen Mayrhofs; diese auß Willen bemeldt ihres Manns kauffet an sich die Antheil, so ihre Stieff- Kinder auß solchen Hof hatten, mit Darzehlung des selbige antreffenden quanti, und portionis: Können also selbe nach Ausweis bemeldter Lehr wider diese ihre Stieff-Mutter sich des Jus Retractus keineswegs prævaliren.

Auß diesem dann allen folget 1. Das Judex primæ Instantiæ mit allem Zug rechtens den quæstionirten Mayrhof der Walburga hat zugesprochen. 2. Daß Kläger mit seiner Appellation nicht anzuhören, als welche in denen Rechten keinen festen Bestand findet. 3. Daß Judex secundæ Instantiæ ihne Actorem ad Judicem à quo pro partitione sententiæ remittiren, und selbigen mit Zug Rechtens confirmiren könne.

NOMINE FACULTATIS JURIDICÆ  
DILINGANÆ.

## CONSILIUM XVI.

## Zehend = Strittigkeit betreffend.

## SUMMARIUM.

1. seqq. Facti Species.
4. Quo Jure Actor petat restitutionem decimarum, & an Reus eam facere teneatur?
5. seqq. Rationes Actoris.
11. Opponitur Actori præscriptio immemorialis.
12. Decima, aliquando allodiales, per præscriptionem fieri possunt feudales, ita, ut ad earum alienationem requiratur consensus Domini directi.
13. Conscripção decimalis ex Archivo publico producta, & munita sigillo publico, vim obtinet plenam, & ratificatur longissimo adversa partis silentio.
14. In Immemoriali præscriptione non requiritur titulus, nec in præsentem Casu probatur bona fidei defectus.
15. Auctoritas Magistratus supplere potest defectum præsentia alterius partis, & fundat præsumptionem, quod in conscripçãoe decimali dolus malus non intercesserit.
16. Acta in conscripçãoe decimali ratificavit diuturnum silentium partis Adversæ.
17. seqq. Annectuntur Reflexiones in Actoris Replicam. Ejus argumenta.
26. seqq. Repelluntur.
27. Probandum est Actori, quod transactio effectum aliquando habuerit.
28. In immemoriali præscriptione non opus est probare titulum. Defectus bona fidei probandus est ab assertente; qui non probatur per hoc, quod pars adversa Instrumentum transactionis penes se habuerit.
29. Possessio temporis immemorialis probatur per testes de visu, & auditu. Facit quidem talis possessio præsumptionem tantum tituli; hac tamen non eliditur per præsumptionem scientia, capta ex Instrumento transactionis. Nec obest Instrumentum Prætorium allegatum.
30. Per transactionis Instrumentum non probatur, decimas Quæstionis esse allodiales.
31. Instrumenta publica faciunt plenam fidem, nec ad ea necessarius est consensus tertii.
32. Scriptura quacunque, ex Archivo publico producta, plenam mereantur fidem,

33. Con-