



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. XXIII. Testamenti Reciproci, an, & quomodo illud post mortem
Conjugis à superstite mutari possit.

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

sententia possit, prout constat ex Responsionibus ad eorum Argumenta à Num. 31.

Judico 2. Ex Argumentis, quæ ab Irtschenbergenfibus afferuntur, aliqua esse satis infirma, qualis præcipuè est fama, quatenus testes ab ipsis allegati dicunt, communem persuasionem indigenarum semper fuisse, quòd dicta SS. Corpora continuò in Monumento Wiltpartingensi permanferint : quia constat ex Num. 20. communiùs, antequam Corpora, in eodem Wiltpartingensi Sepulchro nuper reperta, detegerentur, ab iisdem indigenis fuisse constanter creditum, ea fuisse translata Rottam: Item, quòd afferunt de spontaneo Campanarum fonitu, prout patet ex Num. 25. Unde his sepositis,

47. Judico 3. Cætera Argumenta, licet sigillatim, & seorsim sumpta rem non evincant, tamen simul sumpta certitudinem moralem facere, ut videre est ex dictis Num. 40. Nam ex his arguere licet in modum sequentem. Sacra hæc Corpora in primævo suo sepulchro mansisse semper dici debent, quamdiu translata alibi esse non probatur: atqui ex una parte per famam communem, Historias, Documenta antiqua, & consensum ipsorum Rottensium constat, primævum Sanctorum istorum sepulchrum fuisse in Wiltparting; ex altera verò parte non est concludenter probata Translatio eorum in alium locum: ergo dici debet, quòd eadem SS. Corpora in eodem Wiltpartingensi sepulchro semper permanferint. Quo posito,

48. Judico 4. Identitatem Corporum nuper repertorum concludenter probari ex reliquis Argumentis. Nam si Sanctorum nostro-

rum ossa ex hoc sepulchro nunquam translata sunt, ea identica erunt cum nuper repertis, præsertim cum ut Num. 10. & duob. seqq. est dictum, ex situ, colore, & aliis circumstantiis pro iisdem Corporibus adfit præsumptio adeò vehemens, ut ea omne Dubium morale videatur tollere, juxta Num. 31. Hinc

Judico 5. Posse à S. Congregatione datam à Celsissimo Frisingensi Sententiam confirmari, & pronuntiari, bene fuisse judicatum, malè appellatum. Ex quo proin sequitur Reliquias, de quibus in casu præsentis est Quæstio, tutò ad Cultum publicum exponi posse. Neque obstat, quòd Argumenta, pro his allata, demonstrativa non sint; nam in hoc negotio non est necessaria certitudo absoluta, & physica (imò hæc fortè est impossibilis) sed sufficit moralis, seu talis, quæ, consideratis omnibus, prudentem assensum mereatur: hujusmodi autem certitudo videtur ex hæcenus dictis certò adesse; ut proinde quale quale periculum erroris, quòd hic versatur, curari non debeat; cum Sancti isti sint in possessione primævi sui sepulchri; ex qua proinde dejiciendi non sunt, donec contrarium Argumentis idoneis comprobetur. Interim tamen

Judico 6. Antequam Reliquiis nuper inventis Cultus publicus indulgeatur, posse concedi Rottensibus terminum aliquem temporis, intra quòd liceat ipsis in Ecclesia sua inquirere, an Sanctorum nostrorum Reliquias, quas penes se existere afferunt, in aliquo istius loco invenire possint.

49.

50.

CONSILIUM XXIII.

In Caufa Testamenti Reciproci inter Conjuges.

SUMMARIUM.

1. 2. 3. Facti Species.
4. Fundamenta Actoris.
5. 6. Testamentum Reciprocum pro duobus Testamentis est habendum.
7. 8. Non habendum est pro pacto inter viros.
9. Pacta inter Conjuges qualia sint, dignoscitur ex verbis.
10. An Testamentum Quæst. habeat rationem Fideicommissi?
11. 12. 13. Substitutio Fideicommissaria liquè probanda est, secus habebitur pro vulgari.
14. & seqq. An Reciprocum Testamentum à Marito supersistere possit revocari?
21. & seqq. Potest revocari à Marito, saltem pro sua parte.
29. 30. 31. An posterius Testamentum, ab

eodem Marito erectum, sit validum, & Testamentum prius Reciprocum per illud fuerit revocatum?

32. & seqq. Resolutio affirmativa. Solutio oppositorum. Ex Renuntiatione de facto non infertur Jus præhabutum.

33. Qualitas, qua naturaliter inest homini, semper adesse præsumitur, nisi probetur contrarium.

34. Defectus causa impulsiva tum demum ultimam defuncti voluntatem facit cessare, si probetur restatorem sine illa non fuisse ita dispositurum.

35. seqq. Liberi Fratrum, & Sororum non possunt conqueri, si à Patre prætereantur in Testamento.

39. Bo.

39. Bona, etiam à Majoribus profecta, in externum transferri possunt.
 40. Promissio de memoria habenda in Testamento, non minus, ac ipsum Testamentum, revocari potest.
 41. Testamentum Reciprocum, si sit merè Reciprocum, & revocetur à Marito superfluo,

te, valet adhuc pro parte uxoris pramortua; secus si sit corresponsivum: tunc enim revocatum ab alterutro testatore, totum concidit.

42. 43. Testamentum Reciprocum Quæstionis, si sit merè Reciprocum, si sit corresponsivum, nihil prodest Actori.

FACTI SPECIES.

I.



hat Herr B. P. Seel. mit seiner Ehe-Consortin Maria Catharina, geborne V. auch Seel. Anno 1684. den 11. August. ein Testamentum Reciprocum aufgerichtet, Besag dessen sie sich gegen einander zu Erben eingesezt, und im Fall, daß beyde sine Liberis solten absterben, verordnet, daß die verlassene Haabschafft in drey Theil abgetheilt, und ein Theil zwar seines des Herrn B. P. Bruders Kinderen, oder dero Erben; der andere an seiner Ehe-Consortin Frau Schwester Anna S. geborne V. oder ihren hinterlassenen Ehelichen Erben; der dritte aber so dann ad pias Causas gefallen seyn solle: mit angeheuckter expresser Clausula, Krafft dero sie ihnen vorbehalten, solches alles (gleichwohl keines ohne des andern Vorwissen) zu minderen / zu mehren / zum Theil / oder gar abzuthuen / und ein anderes Testament aufzurichten.

2.

Nun aber hat sich zugetragen, daß Frau Maria Catharina vor ihrem Herrn Ehe-Gemahl dieses Zeitliche gesegnet hat: auf welches hin dieser Anno 1708. den 25. October ein anderes Testamentum errichtet, in welchem er das vordere erste reciprocum Testamentum revociret, und mit Præterirung seines Bruders seligen Kinderen / auf Ursachen, daß sich von selben niemand mehr angemeldet / und also er auch kein Ursach nemme auf sie weiter zu restituiren / zu einem universal Erben seiner zeitlichen Verlassenschafft ernennet, und eingesezt Gräulen Maria Catharina S. eine Encklin seiner in Gott ruhenden Ehe-Liebsten; addita ratione; weilen von ihr noch in Lebzeiten öffter gedacht seiner Ehe-Liebsten viel Jahr lang / sie beyde eine fleißige Aufwarbung gehabt / und diese in gegenwärtigen Wittib-Stand würcklichen hat / und zu seiner sonderbaren Vergnügung genießet / auch sein noch übrige wenige Lebens-Zeit zu geniessen sich die sichere Hoffnung machen kan ic.

3.

Mit diesem so abgefaßten solemnen Testament ist ernannter Herr Testator Seel. verstorben, auch solches Testamentum öffentlich publiciret, die instituirte Erbin declariret, und in hæreditatem, ejusque possessionem, vel quasi immitiret, auch diese executio Testamenti behörigen Orths in bes-

ster Form rathabiret, und confirmiret worden. Auf welches hin erst zum Ende des verfloßnen 1712. Jahrs, also nach 9. ganzer Jahren nach bemeldten Herrn Erblassers beschenehen zeitlichen Hintritt, Herr J. Sch. solche Erbschafft disputiellisch zu machen, und darum Uxorio nomine seinen Antheil, zu welchem er vi primi Testamenti reciproci seine Eheliebste, beruffen zu seyn vermeynet, zu prætendiren angefangen.

Zu Evincitung diser seiner Intention bringet selber herbey folgende Fundamenta: dann 1. Ist seine Ehe-Consortin eine leibliche Tochter des Herrn Erblassers Bruder, und also das in primo Testamento Reciproco aufgezeigte Drittel relicta hæreditatis auf sie gefallen. Auch 2. Selbiges Testamentum, etiam post secundum conditum in seinen Kräfften gebliben zu seyn von Herrn Beklagten selbst, und in deme erkennet wird, weilen selber eine Renuntiation von Frau Anna S. als an welche das andere Drittel vi primi Testamenti gefallen, procuriret, und hiemit facto ipso valorem ejusdem agnosciret, sonderbar weilen 3. Dieses erste Testamentum Reciprocum nicht pro duobus, sed pro unico, & quidem sub Fidei-commisso errichtet zu halten, als solglicher Herr B. P. tanquam Fiduciarius, de bonis post mortem suam restituendis, per contractum inter vivos celebratum, adeoque irrevocabiliter verobligiret, und verpflichtet; mithin 4. Seine des Herrn Actoris Frau Ehe-Gemahl zu excludiren, oder durch Errichtung einer anderen Disposition, seines Herrn Gegentheils, Frau Ehe-Consortin pro unica ex asse hærede zu instituiren von Rechtswegen nicht bemächtigt gewesen; indeme außdruckentlich 5. Durch beygesetzte Clausulam prohibitoriam de non mutando Testamento sine consensu alterius, einem Theil so wohl, als dem anderen die Vollmacht amplius testandi benommen, und hingegen 6. Diese Bedingnuß Clausul, und Obligation, tanquam pactum reale ob transmissionis ad communem hæredum utilitatem, & piarum causarum commodum factum cum pramortua pacifcente persona nicht expiriret, noch erloschen seye. Und darumben 7. Das vermeynt letzte Testament ex defectu voluntatis, veritatis, & possibilitatis, null, nichtig, und krafftlos, mithin 8. In hoc passu ad casum ab intestato zu schreiten, ubi Jure representationis Uxorem Domini Actoris, tanquam unicam, & solam hæredem ob renuntiationem, à Domina Anna S. factam, ad universam hæreditatem

4. Präsentur Justit. hæredit. tem.

ditatem vocari fas erit; und solches um so vil mehr, weiln 9. Daß meiste Vermögen von ihme Herrn Erblasser pur eingig, und allein erworben worden; darum traurig, und zu beweinen wäre, daß solches in anderen Händen verbleiben solle. Auf welchem dann sich ereignet die Frag.

QUÆRITUR I.

Ob gemeldt Reciprocum Testamentum pro duobus, Mariti scilicet, & Uxoris, oder aber pro uno tantum seye anzusehen?

5. Ratio Duobus.

Dieses letztere will zwar Herr Kläger behaupten ex formalibus Testamenti, §. 17. ibi: Sibenzehenden/und letzrens ist beeder unser der testirenden Personen / endlicher / liebster / und letzter Willen / dafem wir beyde ohne Eheliche Leibs / Erben künfftiges absterben solten / daß das überbleibende völlige Vermögen in drey gleiche Theil gesönderer ic. Auf welchem er schliesset, daß beyde Eheleuth ihr Gut, und Mittel zusammen geschlagen, und als von einem gesamten Gut disponiret, stipaliret, pacificiret, und annoch bey Leibszeiten, tanquam per actum inter vivos doniret, auch denen beederseitigen Befreundten die Auftheilung außgezeigt, jedoch die Execution, und Forderung biss nach ihrem sine Liberis erfolgenden Todt Gall differiret, und außgeschoben haben, also folglich berührtes Testamentum Reciprocum non pro duobus, sondern pro uno unico Testamento zu halten, und aufzunehm men seye.

6. Resolvitur Quæstio.

Nichts desto weniger kan hierinn Intentioni Herrn Klägers Keines Wegs beyhalten; massen unangesehen daß selber malé supponiret, daß allda Pactum inter vivos geschehen, wie unten sub Nam. seq. erwisen wird werden, über das die Rechtslehre dahin einhelliglich stimmen, daß im Gall zwey Eheleuth Reciprocum Testamentum aufrichten, solches nicht pro uno, sondern pro duobus Testamentis zu halten. Ita in terminis

Klock. Conf. 110. n. 21. Consentiant Joan. Andr. ad Specul. de Testam. §. 1. nam. 8. Oldrad. Conf. 174. Petr. Peck. de Testam. Conjug. l. 1. c. 19. per tot. Simon de Præcis l. 2. de interpret. ult. volunt. interpret. 1. solut. 3. num. 4. Valasc. tom. 1. consult. 7. n. 2. dicens, de hoc non posse ambigi. Gaill. l. 2. observ. 117. num. 2. Mynsing. cent. 1. observ. 8. n. 6. Berlich. p. 1. decis. 92. n. 4. Carpzov. Jurispr. for. p. 3. conf. 2. defn. 11. num. 6. & conf. 7. defn. 21. num. 12.

Nec enim duarum personarum, aut una hæreditas esse potest, aut unum Testamentum,

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

nisi cum tractatur de Pupillari substitutione. L. moribus. 2. §. prius autem. 4. ff. de vulg. & pupill. substit. L. patres. 28. ff. de reb. Auth. Jud. possid. Valasc. loc. cit. Carpzov. defn. 11. cit. n. 7.

Cui accedit, quia de Jure Testatores de suis, & non alienis bonis disponere intelliguntur. Decius Conf. 653. num. 4. Simon de Præcis loc. cit. interpr. 2. dub. 2. n. 33. & seqq. Klock. Conf. 104. n. 18.

Nun aber wann Testamentum Quæstionis pro uno solum Testamento zu rechnen wäre, hätte Herr Testator nicht allein de suis, sed etiam de Uxoris bonis, und vicissim ista testiret, und also ihme selbst zu einem Erben worden, utpote ad quem tota hæreditas, quæ objectum Testamenti Reciproci fuit, ad eum tanquam hæredem ab Uxore institutum devolveretur, so mit denen Principis Juris nicht will übereins stimmen, noch auch cum intentione testantium, da sie sich gegeneinander zu Erben eingesezt, und also ihr Meynung gewesen, zwey verschiedene Testamenta zu errichten, Krafft deren eines Uxor Mariti, und Vermögd des anderen Maritus Uxoris Erb in Calum superviventia seyn solle. Auf welchem dann fallt, was Herr Actor pro unitate Testamenti Num. præced. hat eingewendet.

QUÆRITUR II.

Ob Quæstionirtes Testamentum Reciprocum pro Pacto, & Donatione inter vivos, adeoque irrevocabili seye anzusehen?

7. Ratio Duobus.

Es will zwar solches Herr Actor erzwingen auß denen Num. 5. allegirten Worten Testamenti Reciproci, auß welchem, wie er vermeynet, klar erhellen thut, daß beyde Eheleuth nicht de Successione Reciproca, seu daß die Erbennennung auß den überlebenden Theil widerkommen soll, disponiret haben; sonder sie haben per stipulationem, pactum, & contractum sich mutud, und reciprocè obligiret, und verbunden, daß nach ihrem sine Liberis erfolgenden Todt ihr überbleibendes völliges Vermögen denen beederseits benambssten Befreundten gegeben, und in drey Theil solle getheilet werden.

8. Resolvitur Quæstio.

Aber hierinn irret sich Herr Kläger höchlich; dann 1. Solch Reciproca Successio Conjugum inter se in benanntem Testamento Reciproco klar versehen, wie verlauthet §. 2. ibi: So will ich B. P. hiermit zu meiner rechten / wahren / ungezweiffelten Testaments Erbin eingesezt / und ernanne haben obstehende meine Ehe Liebste / Frau Maria Catharina V. ic. Item §. 9. ibi: Ich aber Maria Catharina geborne V. seze Neuntoms ein / und ernenne zu meinem Testamentarischen Universal Erben / obbes

Y

obbesagt meinen Ehe liebsten Herrn B. P. in all meinem verlassenen Saab / und Gut ic. Aus welchem dann ganz heiter, und unverneinlich, daß sie beyde Ehe Consorten sich gegeneinander zu Erben eingesetzt. Fallet also dahin, was Herr Actor eingewendet, als hätten selbe nicht disponiret de Successione Reciproca, seu daß die Erbennennung auf den überlebenden Theil widerkommen solle. Und wann auch gleich

9.

2. Ratione der substituirtten beederseitigs Befreundten, und causarum piarum einiges Pactum in so weit beygerucktet worden, daß in casum mortis sine Liberis das überlebende Vermögen unter selbige nach der in dickernanntem Testamento Reciproco gezeichneten Auftheilung sollte zukommen, so ist doch nicht gleich auß diesem ein Pactum inter vivos zu concludiren; angesehen daß bey denen Rechts Gelehrten zweyerley genera Pactorum, quæ inter Conjuges celebrari solent, zu finden seynd, nemlich Pacta simplicia, quæ manent in terminis contractus, & actus inter vivos; & mixta, quando transeunt in actum ultimæ voluntatis, & futuram Conjugum successionem continent.

Tabor de Pact. dotal. c. 1. th. 6. Carpz. p. 2. const. 43. def. 5. & 6. Struv. ad ff. Exerc. 30. th. 19. Müller *ibid.* Lit. e.

Porro quodnam ex his celebratum censeari debeat, dignoscere

Teste Carpz. def. 5. cit.

difficillimum quidem est, erui tamen ex modo paciscendi potest; nam si paciscentes utantur terminis, qui actibus inter vivos sunt proprii, v. g. contrahere, pacisci, convenire, abhandlen, vergleichen, errichten ic. Pactum censendum est simplex.

Arg. l. verbum. 20. ff. de V. S.

At si addantur termini, qui conveniunt ultimis voluntatibus, v. g. succedere, jure hæreditario capere, hæredem instituere, erben, einsetzen, succediren ic. Pactum habendum est pro mixto.

Stryck. *us. mod. Pandect.* cap. 8. §. 21.

Müller *loc. cit.* Lit. n. & 9. Clariss.

P. Schmier. p. 2. de Matr. c. 4. n. 56.

In gegenwärtigem Casu kan schier kein Zweifel walten; weilen ihre Intention die testirende Ehe Consorten genugsam angedeutet, wie zu ersehen §. 17. ibi: Sibens lebenden / und lebrens ist beeder unser testirenden Personen endlicher / letzter / und liebster Willen: dasern wir beede ohne Ehe liche Leibs Erben künfftig absterben solten / daß das überlebende völlige Vermögen in drey gleiche Theil gesönderet ic. Allwo sie klärllich andeuten, daß solche Theilung ex vi ultimæ suæ voluntatis geschehen solle; welches auch zeigen adhibitæ solennitates, quæ alias in Testamento solenni de Jure intercedere debent, deren es keines Weegs nöthig ware, wann benannte Ehe Consorten einiges Pactum inter vivos hätten errichten wollen: nam & pactis dotali-

bus, in vim contractus coram duobus, vel tribus testibus conceptis, bona univerfa assignari posse Conjugi superstiti, recte arbitrat

Matth. Berlich. p. 2. concl. 51. num. 17.

¶. *secus est in omnibus &c.* modò de hæreditate nihil dictum sit, nec de Jure successionis contrahentes cogitasse ex aliis circumstantiis appareat. Carpz. *defin.* 6. cit. n. 3. & 4.

Weilen dann offgemeldte Ehe Consorten sich bedienet haben verbis ultimam voluntatem significantibus, auch hierüber gebraucht solennitates ad Testamentum solenne requisitas, also kan nicht erachten, mit was Bestand Rechts solche Disposition pro actu inter vivos consideriret will werden.

QUÆRITUR III.

Ob dieses Testamentum Reciprocum wenigstens pro Fideicommissio in casum mortis sine Liberis zu erachten?

Es scheint zwar hierinn vorzutringen pars affirmans, auß Ursachen, weilen in denen Rechten ein schon längst debattirte, und außgemachte Sach ist, quod Testamentum Reciprocum, quo post mortem utriusque Conjugis hæredibus ipsorum bona assignantur, Jure Fideicommissi subsistat: nimirum Conjugis superstitis rogatus censetur post mortem restituere hæreditatem legitimis hæredibus venientibus ab intestato.

Bartol. in l. quories. 9. n. 3. ff. de Hæred. institut. Mantic. de conject. ult. vol. lib. 8. tit. 1. n. 31. Carpz. p. 3. const. 7. *defin.* 18. n. 6. & 7.

Quod procedit, etsi verba deficiant; nam ex conjectura voluntatis Fideicommissum suppleri potest.

L. quidam in Testamento. 30. ff. de legat.

2. L. cum pater. 77. §. imperfecta. 22.

ff. eod. Carpzov. *defin.* 18. cit. n. 9.

Sola namque voluntas spectatur in Fideicommissis, etiamsi ex verbis commodè concipi haud possit, dum tamen ex conjecturis colligatur.

L. quamvis. 15. C. de Fideicommiss. l.

unum ex familia. 67. §. pen. & ult. ff. de

Legat. 2. Mantic. *loc. cit.* num. 25.

Carpz. n. 10. & 11.

Weilen dann in præsentem casu beede testirende Ehe Consorten in ihrem letzten Willen außdruckentlich versehen haben, daß in casum mortis sine Liberis ihr gesamtes Vermögen, unter beyderseitigs consanguineos, und causas pias per tres æquales portiones solle getheilt werden, will klar erhellen, daß hierinn ein Fideicommissum errichtet worden, also zwar, daß, wann beederseitige

Freunde

10.
Ratio
Dubium

Freundschaft gewollt hätte, sie vermög der Rechts- Lehr allegati
Carpzov. *Conf.* 7. *cit. defm.* 19. n. 2. & *seqq.*

post mortem Uxor von Herrn B.P. Seel. die Caution de bonis per Fideicommissum relictis, post mortem suam præstandis, abfordern, und mit rechtlichem Zug hätte begehren können, sive periculum dissipationis fuisset, sive non.

Anton. Peregr. *de Fideicommiss.* art. 40. n. 10. *in fin.*

II.
Resolvitur
Quæstio.

Wann aber diese Sach was reiffers erwege, finde ich in erst proponirten Argument gang kein so grosse Zulängigkeit, als Herr Actor ihme vorbildet; seitmahlen ein in Jure gang richtige Sach ist, quod is, qui ex substitutione fideicommissaria se vocatum, & in ea se comprehensum esse asserit, probare id debeat.

L. non hoc. C. unde legitimi. L. neque naturales. C. de probat. C. cum in presentia. de probat. Menoch. *Conf.* 97. n. 98. Et *Conf.* 22. n. 95. & *seqq.* Klock. *Conf.* 103. n. 122.

Et quidem clarè, ac conclusenter; aliàs ipsi nihil prodest intentionis affectus.

Cephal. *Conf.* 469. n. 6. Et *Conf.* 430. n. 17. & *seqq.* Honded. *Conf.* 51. n. 59. lib. 2. Fusar. *Conf.* 72. n. 6. Klock. *loc. cit.* n. 123.

Et eò usque fideicommissum censetur dubium, & procedet communis doctrina, quod in dubio semper faciendâ sit interpretatio contra fideicommissum.

Cephal. *Conf.* 134. n. 2. Et *Conf.* 379. n. 44. Roland. à Vall. *Conf.* 54. n. 1. & 2. vol. 4. Cravett. *Conf.* 180. *fin.* Surd. *Conf.* 294. n. 30. vol. 2. Peregr. *de fideicommiss.* art. 1. n. 23. Menoch. *Conf.* 85. n. 39. Et latius *Conf.* 150. n. 10. & 11. Et *Conf.* 204. num. 57. Item *Conf.* 220. n. 71. Mantic. *de conject.* ult. vol. l. 7. tit. 1. n. 13. Klock. *Conf.* 102. n. 155.

Nam fideicommissum est servitus, & onus, ideòque odiosum, & substitutio, quæ non legitur, non admittitur.

Riminald. Jun. *Conf.* 457. n. 42. & *seqq.* lib. 4. Klock. *Conf.* 103. num. 107.

Testator enim præsumitur velle minùs gravare hæredem, quàm est possibile.

L. unum de familia. 67. §. si rem. 8. ff. *de legat.* 2. Afflic. *decis.* 44. n. 18. Surd. *tract. de aliment.* tit. 2. q. 15. n. 124. Et *tit.* 9. q. 40. n. 8. Item *Conf.* 7. n. 56. Et *Conf.* 448. n. 34. Menoch. *L. 4. præsumpt.* 10. n. 25. *præsumpt.* 66. n. 4. *præsumpt.* 150. num. 8. *præsumpt.* 132. n. 2. Et *præsumpt.* 106. n. 10. Mantic. *L. 7. cit. tit.* 1. num. 9. Klock. *Conf.* 102. n. 159.

12.

Welches besonders statt findet in casu præsentis, allroo beschehen ist Institutio, & R. P. Schmalzgrueber *Consil.* Tom. I.

Donatio mutua, dergleichen Donationes favorem à lege haben, also, ut etiam inter vivos factæ substantant.

L. quod autem. 7. §. si vir & uxor. 2. ff. *de Donat. int. vir. & uxor.*

Devorab da in bemeldter Institutione, & Testamento reciproco Anregung geschicht, remunerationis obsequiorum, & amoris reciproci; est enim in fideicommissis generalis, & perpetua regula, nunquam debere meliorem esse conditionem ejus personæ, quæ minùs dilecta fuit.

L. Publius. 36. §. 1. ff. *de condit. & demonstr.* Ant. Faber *in Cod. decis. for.* l. 6. tit. 20. *def.* 14. n. 9. Carpzov. *p. 3. conf.* 8. *def.* 9. n. 10. Klock. *Conf.* 103. n. 107.

Ex qua ratione idem

Carpzov. *Constit. cit. def.* 8. n. 5.

in casu, quo liberi post mortem patris ordine successivo à Patruo vocantur, & dubium est, an tanquam in casum fideicommissariæ substitutionis vocati censentur, concludit, in vulgarem duntaxat casum vocatos fuisse liberos.

Decius *Conf.* 205. n. 9. & *Conf.* 248. n. 6. Clar. *L. 3. sentent.* §. *Testamentum.* q. 80. n. 4. Mantic. *De conject.* ult. vol. l. 4. tit. 7. n. 28.

Propterea, quia nimis dura videri posset ea interpretatio, per quam ullo erga proprios liberos fideicommissio pater obstringatur, ut disputat

Anton. Faber *in quest. de liber. in condit. posit.* Decad. 26. *de Error. Pragmat.*

13. Weilen also die zwey contestirende Ehe Leuth dieses ihr Testamentum Reciprocum unter sich errichtet, und sich gegeneinander zu Erben eingesezt zu Bezeigung ihrer gegen sich habender Ehelicher Lieb und Treu, also Præsumptio ist, daß sie sich gegeneinander durch solche Testirung minimo, quo poterant, modo graviren wöllen; wird Herr Kläger zu noch weiterer Prob seines prætendirenden Fideicommissi zuweisen, und bis dahin darvor zu halten seyn, daß Frau Testirerin ihren Herrn Contestirer keines Weegs sub obligatione Fideicommissi habe anhalten wöllen, sein, und ihr Verlassenschaft an die angezeigte Substitutos, nach seinem Hintritt zu überlassen, sonder solche Substitution wird pro vulgari, quæ evanescit, quando hæres, primo gradu institutus, ipsemet hæreditatem acquisivit.

L. quamdiu prior. 3. l. *quamdiu institutus.* 69. ff. *de acquir. vel amit. hæred.* l. *post aditam.* 5. *C. de impub. & al. substitit.*

Diß auf weitere gegenheilische Prob müssen considerirt werden, daß also ihme Herrn Erblasser, und respectivè hæredi die Freyheit gelassen, nach ihrem der Frau Contestirerin Tod in krafft Juris per hæreditatem aditam sibi quæseti darmit schal-

ten, und walten zu können, wie es ihme wurde gefällig seyn; insonderheit weilien das meiste Vermögen von ihme einzig, und allein erworben, was aber sie die Frau Testirerin beygebracht, und noch vil darüber, wie erweislich, per varias Donationes in vita factas, von selber schon insumiret worden.

QUÆRITUR IV.

Ob dick-ernanntes Testamentum Reciprocum von dem überlebenden Herrn B. P. habe können revociret werden?

14.
Rationes
Dubitandi.

Erstem Ansehen nach, will anscheinen, daß pro negativa zu schliessen, also zwar, daß Herrn B. P. nicht in Mächten gestanden auch pro sua parte selbes zu revociren; massen 1. Wie Herr Kläger vermenyt, dieses also genannte Reciprocum Testamentum pro uno unico zu halten, folglich pro parte revocari, & pro parte valere nequeat; quia Uxor Marito testanti consentiens, videtur per modum contractus se obligare.

Bald. in l. Senium. 3. n. 4. C. qui Testam. fac. poss.

Ut adeo consensu semel præstito, & contractu confirmato, mutationi, & penitentia locus non detur.

L. scut. §. C. de O. & A.

Und solches um so vil mehr, weilien

2. Dergleichen Testamenta Reciproca juxta doctrinam Gaillii

L. 2. observ. 126. n. 3.

in die Art Donationis inter vivos fallen, consequenter irrevocabiler obligant, also zwar, daß, wie cit. Gaill. n. 5. meldet, dergleichen Verbündnissen, und Verpflichtungen ne quidem ex causa ingratitudinis mögen widerrufen werden, folglich in des Herrn B. P. Gewalt nicht mehr gestanden ein anderes Testament aufzurichten, und dardurch die erste Disposition, und inter vivos celebrirten Contract, und Verpflichtung wider zuweck zunehmen; oder

3. So man solche Disposition pro Actu inter vivos nicht wolte passiren lassen, so wäre doch oftgemeldtes Testamentum Reciprocum, als ein Fideicommissum anzusehen. Ist also Herr B. P. nur Fiduciarius hæres gewesen. Atqui hæres Fiduciarius liberam potestatem testandi, & revocandi fideicommissum non habet, per nota Jura. Hat also selber kein anderes Testament erigiren, oder das Vordere revociren können, und solches um so vil mehrer, weilien

4. In besagtem Testament durch außdrücklich angeheuckte Clausul klärlich gesehen worden, daß keines ohne des ande-

ren Vorwissen berihytes Testament mutiren, oder anderen solle. Und obwohlen zwar Reus conventus will behaupten, daß non obstante hac clausula prohibitoria, dennoch in des überlebenden Herrn B. P. Vollmacht gestanden, solches Testament nach dem Tod seiner Frau Eheliebsten zu ändern; weilien nach gemeiner Tradition der Rechts-Gelehrten diese Bedingnuß-Clausul allein bey ihrer beyden Lebens-Zeiten, nicht aber post mortem unius, vel alterius Conjugum, da nehmlich kein Vorwissen dem anderen Verstorbnen mehr hat können beygebracht werden, zu verstehen seye, so kan doch solcher Einwurff ihme Beklagten keinen Vortrag geben, angesehen, daß

5. Pacta, quæ sunt jure transmissionis, non moriuntur cum persona paciscente, sed transeunt etiam in Successorem tam universalem, quam particularem.

L. Epistola. §. 2. §. si inter. 1. ff. de Pact.

l. si pactum. 9. ff. de probat.

Dann dergleichen Pacta seynd nicht so vast personal, als real.

Welenbec. Parat. ff. de Pact. n. 3.

Daß aber bemeldte Bedingnuß-Clausul de Jure transmissionis zuverstehen, will auß dem erhellen, weilien in præsentis casu die Paciscentes mutuo sich verpflichtet, in casum, so beyde ohne hinderlassene Leibs- & Erben sollen absterben, das überbleibende Vermögen in drey Theil zu sönderen, und denen benamsten zu kommen zulassen, denen darum ex addita clausula prohibitoria de non mutando Testamento sine alterius consensu wirklich das Recht pro sua quota ist angewachsen; also folglich dieser Pact tanquam Pactum reale cum paciscente præmorta Uxore keines Weegs erloschen, sonder superstes Maritus hat immerdar diese unwiderruffliche Obligation mit sich in dem Buzen herumgetragen, bis nach dessen Hintritt die Zeit sich ereignet, zu welcher benannte Substituti ad hæreditatem vociret, und beruffen worden. Und obwohlen zwar sonst regula universalis ist, quod nemini facultas mutandi Testamentum auferri possit, so ist doch

6. Nach Lehr

Berlich. p. 1. decis. 92. n. 12.

solche regula cum mica falis intelligenda, ita, ut tum solum sibi locum vendicet, ac voluntatem suam quis liberè mutare possit, si de ejus solius interesse tractetur: secus, si alterius interesse, & jus quæsitum concurrat; tunc enim quis consensum, & voluntatem mutare nequit.

Reg. nemo potest. 73. ff. Et reg. mutare. 33. de R. J. in 6.

Mun aber scheint unverneinlich, daß in casu præsentis um das Interesse beyder Seiths Befreunden, & caularum piarum, utpote qui ex Testamento primo reciproco, contingente morte utriusque Conjugis sine Liberis post se relictis vocantur, allerdings

zu thun ist: will also nicht billich seyn, daß zu deren Präjudiz einige Aenderung werde vorgenommen; bevorab weil vi ejusdem Testamenti dem Überlebenden allein bey dem dritten, und causas pias betreffenden Antheil die Disposition, und Gutbeduncken überlassen, also quoad ceteras portiones benommen worden, cum inclusio unius sit exclusio alterius.

L. cum Prator. 12. ff. de Judic. L. cum Maritus. 21. C. de Procurat.

20.

Et ultimò, wie Ant. Faber von dergleichen Testamentis Reciprocis anmercket, In Cod. lib. 6. tit. 5. def. 18. negari sanè nequit, quin alterum alterius Testamenti contemplatione factum fuerit: cui consequens videtur, ut subsistente uno, alterum revocari non debeat; cum hæc sit natura correlative actuum.

L. cum re. 6. C. de Pact. int. empt. & vend. Correlativorum namque est eadem ratio; & unum ex alio interpretationem capit.

L. utrum. 7. §. fin. ff. de reb. dub.

Fortè enim unus alterum non instituisse, si cogitasset, cum mutaturum voluntatem, & alteri, quam determinatam personam, relicturum.

21.
Resolvitur
Quæstio.

Es seynd aber diese Argumenta, so sie bey dem Recht gesehen werden, von keiner so grossen Erheblichkeit, daß darum Herrn Contestirer Beneficium mutandi Testamentum, saltem pro sua parte à Jure indultum, zu verneinen; dann ad 1. Ist schon oben Num. 6. erwiesen worden, daß questionirtes Testamentum Reciprocum nicht pro uno unico, sonder pro duobus distinctis Testamentis zu consideriren. Was Herr Actor hinzusetzet ex doctrina Baldi; ist juxta Berlich. p. 1. decis. 92. n. 6. zu verstehen de casu, ubi Conjuges non Reciprocum, & mutuum Testamentum faciunt, sed solus Maritus tam de suis propriis, quam Uxoris bonis ad communem liberorum utilitatem testatur, & Testamentum facit, illudque ab Uxore approbari, & subscribi curat: quo casu si Uxor Marito ita testanti consentit, Testamentum approbat, & subscribit, NB. potest quidem Maritus Testamentum pro libitu mutare, & revocare non item Uxor; sed quoad Uxorem Testamentum perpetuò manet irrevocabile. Ita ad verbum cit. Berlich. additque Num. 11. rationem à Domino Actore allegatam; quia Uxor Marito testanti contentiens, videtur per modum contractus se obligare. Aus welchem dann vilmehr wider Herrn Actorem zu schliessen; dann in besagtem Casu kan der testirende Theil das Testament revociren, und ändern. Nun aber in casu præsentis haben beyde Ehe-Consorten testiret, ist also beyden frey gestanden das von ihnen errichtete Testament saltem pro sua parte zu revociren, oder zu ändern.

22.

Ad 2. Habe schon Num. 8. & 9. dargethan, daß in Casu præsentis nicht Actus in-

ter vivos, sonder ein wahrhaftes Testament cum omnibus solennitatibus ad Testamentum solenne requisitis errichtet worden. Ist also der von Herrn Actore allegirte Gaillius mehr wider, als für ihne Allegantem; dann selber

Observ. cit. num. 6. expressè distinguiet, utrum fiat promissio mutua de succedendo per Stipulationem causa Donationis inter vivos, an verò simplex promissio per Pactum de successione Reciproca; nam primo casu dicit valere promissionem, & tenere irrevocabiliter, non autem in secundo: imò juxta eundem Gaillum Num. 7. talis promissio, tanquam Pactum futuræ successionis, inter privatos utroque Jure prohibita est; intellige, si non fiat per modum ultimæ voluntatis: quo casu tamen sequetur hujus naturam, & ad ultimum spiritum, etiam invito altero revocari poterit.

23.

Ad 3. Erhellet das Widerspihl ex Num. 11. & duobus seqq. Allwo zeige, daß die in questionirtem Testamento Reciproco bis auf mehrere Prob Herrn Actoris, mehrer pro substitutione vulgari, als Fideicommissaria zu consideriren seye. Und wann gleich auf ungestandenem Fall ein Fideicommissum in benanntem Testamento Reciproco wäre errichtet worden, so hätte doch superstes contestator plenam facultatem Testamentum, saltem pro sua parte, revocandi in Salvo gehabt, nach Lehr

Carpzov. p. 3. Jurispr. for. const. 7. definit. 21. num. 1.

der in eben diesem Casu, quo consanguineis utriusque conjugis Fideicommissum in casum mortis sine Liberis per Reciprocum Testamentum est constitutum, expressè lehret, certum hodie esse, quòd Testamentum reciprocum, inter conjuges factum, ab horum alterutro, invita etiam parte altera, revocari possit: pro qua sua doctrina citat

Petr. Peck. de Testam. Conjug. l. 1. c. 43.

n. 1. & seqq. Petr. Heig. p. 1. q. 23.

n. 37. Andr. Gaill. l. 2. observ. 117.

num. 2.

additque Carpzov. loc. cit. n. 9. rationem: quia sibi imputare debet defunctus, quòd Testamentum, aut Fideicommissum Reciprocum elegerit, nec lege, vel conditione expressa hæredibus suis prospexerit; cum advertere debuisset, hoc (scilicet revocationem) facile evenire posse.

24.

Ad 4. 5. & 6. Ist in dem Jure ein außgemachte Sach, daß in eines jeden Erblassers ohngendthigten Willen stehe, auch bis auf den letzten Athem sein Testamentliche Disposition zuwidereruffen, in tantum, daß selber ne quidem per Juramentum abgehalten werden könne; cum nullo remedio caveri possit, quo Testamentum, ut Testamentum, irrevocabile fiat.

Zaf. in l. Stipulatio hoc modo. num. 51. V.

secunda conclusio. ff. de V. O. Covarr.

ad Rubr. de Testam. p. 2. n. 9. & seqq.

Y 3

Clar.

Clar. §. Testamentum. q. 94. n. 3. Wesenbec. Conf. 71. n. 6. Graff. §. Testamentum. q. 87. num. 1. Klock. Conf. 102. num. 53.

Ut adeo clausula de non revocando Testamento ligare testatorem nequeat: imò planè otiosa videtur clausula reservatoria de revocando, vel mutando Testamentum.

Modestin. Pistor. Conf. 20. num. 21. & seq. lib. 2. Graff. dicto §. Testamentum. q. 88. Dauth. de Testam. n. 88. & seq. Simon de Proctis lib. 4. de interp. ult. vol. interpr. 3. dub. 2. n. 58. Klock. loc. cit. num. 54.

Darumen auch denen substituirten Con sanguineis, und causis piis in Casu præsentis nicht Jus, sed spes quoad bona testatoris in casum mortis sine Liberis inter se dividendis ex hujusmodi Testamento sic clausulato zu wachsen; also folglich von ihnen Herr Contestator nicht hat können verobligiret werden ad Testamentum Reciprocum cum Uxore erectum pro sua parte non immutandum, vel revocandum.

25. Ad 7. Ist hierinn zu hören

Carpov. p. 3. conf. 2. defn. 12. n. 9. dessen ungezweifelte Lehr ist, licere superstiti Conjugi voluntatem præmortui Conjugis circumvenire, revocato Testamento eo tempore, quo suum revocare nequeat is, qui jam est defunctus. Rationem dat Num. 10. & 11. quia id tolerabilius est, quam ut admittatur superstiti libera testandi facultas, quam sibi adimere nemo potest.

L. si quis. 22. ff. de Legat. 3. L. pactum. 15. C. de pact.

ac potius imputandum est præmortuo, cur id Testamenti genus elegerit; potuit enim, & debuit prospicere, posse hoc evenire.

L. 9. §. 1. ff. Locat.

26.

Weilen man also erwisener massen hier nicht in terminis Pactorum de succedendo, sonder vil mehr ultimæ voluntatis verfasst ist, folget nothwendig, daß ungeachtet der gemachten Substitution, und angehenckter Clausula de non revocando in Casu præsentis dem letztlebenden Conjugi, saltem quoad suam partem solch mutuuum Testamentum zu cassiren zugelassen gewesen ist; dann in solche Meynung die Rechtslehrer quasi in terminis terminantibus einstimmen, benanntlich

Joan. Andr. in addit. ad Specul. 12. de Testam. §. 1. Oldrad. Consil. 74. Mich. Graff. §. Testamentum. q. 87. Simon de Proctis l. 2. de interp. ult. vol. Solut. 5. n. 5. Valasc. tom. 1. consult. 7. num. 5. ubi ait, hanc sententiam esse in Jure, & praxi receptam. Valq. de success. resol. l. 1. §. 1. num. 10. 11. 12. Gaill. l. 2. observ. 117. num. 2. Mynsing. cent. 1. obs. 17. n. 5. ubi dicit, ita crebrioribus suffragiis fuisse receptum in Camera. Dauth. de Testam. in princ. n. 84. Et in repet. L. hæredes palam. num. 23. ff. qui

Testam. fac. poss. Dan. Moller lib. 4. Semestr. c. 22. Alvarod. de conject. ment. defunct. ad meth. revoc. l. 2. c. 2. §. 1. num. 97. ¶ quod igitur. Boer. decis. 355. num. 4. Hartman. tit. 44. obs. 2. n. 2. & seqq. Everard. à Middel. Conf. 12. n. 7. Et Conf. 167. num. 1. Et Conf. 213. num. 23. Petr. Peck. de Testam. Conjug. l. 1. c. 43. n. 1. & seqq. Petr. Heig. p. 1. q. 23. n. 37. Klock. Conf. 110. n. 23. Carpvov. p. 3. conf. 2. defn. 11. n. 1. Et conf. 7. defn. 21. n. 1.

Idque procedit, etiamsi unus ex Conjugibus, wie in Casu præsentis geschehen, è vita jam decesserit, & morte Testamentum confirmaverit; nam & tum superstitem penitere, & ex parte sua Testamentum revocare posse ll. citr. docent

Covarruv. p. 2. n. 19. Moller. Semestr. 22. Gaill. obs. 117. n. 1. Petr. Peck. c. 43. num. 1. fin. Carpvov. conf. 2. defn. 12. num. 5. Et conf. 7. defn. 21. num. 2.

quia scilicet ambulatoria est voluntas hominis usque ad mortem.

L. cum hic status. 32. §. penitentiam. 3. ff. de Donat. int. vir. & uxor. L. quodsi. 4. ff. de adim. & transfer. Legat.

Nec morte unius Testamentum, sive Donatio ex parte etiam Conjugis superstitis confirmatur; quia duo censentur Testamenta, quorum unumquodque morte demum sui Testatoris redditur irrevocabile.

Carpz. p. 3. conf. 2. defn. 12. n. 8.

Und ob gleich nach sehr gemeiner Lehr der Rechtsverständigen durch solche von dem überlebenden Theil beschene Revocation Testamento præmortui conjugis mit nichten præjudiciret wird, utpote cujus Testamentum, ac dispositio tali casu firma, ac irrevocata manet.

Petr. Peck. dict. c. 43. num. 2. Et c. 44. num. 1. Carpvov. conf. 2. cit. defn. 11. n. 4. per textum. l. Lucius. 78. §. 7. ff. ad S. C. Trebell.

So gibt doch solches Herrn Actorii causa seiner Frau Ehe-Consortin keinen Bescheff; massen bis auf mehrere Prob die in quæstionirten Testamento Reciproco beschene Substitution, laut Num. 13. nur pro vulgari zu consideriren, so per additionem hæreditatis, à Superstite factam, hoc ipso geschwunden: und so auch erwisen wurde, daß einige Substitutio Fideicommissaria zu erkennen seye, hätte Herr Kläger Uxorio nomine post revocationem Testamenti, pro parte sua à superstite Domino Contestatore factam, allein den Anspruch ad bona Testatrix, nach Lehr

Carpz. p. 3. conf. 7. defn. 21.

So aber um der Ursachen halber unkräftig, weilen wie Num. 13. cit. ad fin. gemeldet worden, all dero zugebrachtes Gut schon bey Lebzeiten in varias Donationes ist insumiret worden. Daß aber beyde Ehe-Consorten

Arten communionem bonorum, wie Gei-
then des Herrn Klägers behauptet will wer-
den, unter sich errichtet haben, ist quæstio
facti, quod non præsumitur, sed liquide pro-
bari debet; und derowegen auch unglaub-
lich ist, weil sie sich gegen einander zu Er-
ben eingesezt; welche Einsezung in casu fa-
ctæ communionis bonorum gang nicht be-
dürftig wäre.

QUÆRITUR V.

Ob das letztere von Herrn B. P.
Anno 1708. errichtete / und mit Auf-
schliessung seines Bruders Kinder
gefertigte Testamentum einigen Be-
stand in Rechten habe / und also durch
selbes Testamentum primum Re-
ciprocum revocari seye
worden?

indem doch er Herr B. P. wie Num. 37.
wird weiters bezeugt werden, seiner des
Herrn Actoris Ehe-Consortin eigenhändig
zugeschrieben, daß er sich in seinem Gewissen
schuldig befinde seinen so nächsten Befreun-
den Liebs, und Guts zu erweisen; auch in
einem anderen Schreiben angemercket, daß
er in seinem Testament ihrer, und dero Kin-
der schon würcklich gedencket habe &c. Ja
sein Sohn dessenthalben ihme zugeschrieben,
und selben seines Versprechens erinneret &c.
daß also dieses anderte Testament ex defectu
veritatis ipso facto, & Jure null, und un-
kräftig seyn muß.

L. Captatorias. 70. ff. de hered. instir.
Testamento autem posteriore imperfecto;
superius non rumpitur, sed prius valebit.

J. ex eo. 7. Inst. quib. mod. Testament.
infirm.

Debilis enim Testamentum cedere debet
validiori, & firmiori.

Doch alles dessen ungeachtet halte noch
ferners pro valore secundi Testamenti, wel-
ches folglich, weil selbes mit all erforderden
Solennitäten begleitet, das erste Recipro-
cum, laltem pro parte revocantis, aufge-
hoben. Das, was primo loco Herr Klä-
ger einwendet, wird auß der von Frau
Anna S. beschehener Renuntiation keine Ag-
nition pro validitate Testamenti post se-
cundum conditum hierauf erzwingen;
dann wie bey denen Rechts-Verständigen
ein allerdings bekannte Sach ist, ein Re-
nuntiation auß zweyerley Weis, und in
zweyerley Casibus beschehen kan; uno, quo
quis renuntiat Juri suo, quod quis revera
non habet, sed habere putat, vel putatur,
quæ dicitur Renuntiatio de facto; altero,
quo quis renuntiat Juri suo, quod quis re-
vera habet, quæ appellatur Renuntiatio de
Jure. Für eine der ersteren Gattung ist
quæstionirte Renuntiation anzusehen, und
muß also lang dafür angesehen werden,
biß Herr Actor auß andere Weeg nullita-
tem secundi Testamenti erweist. Wird
also biß dorthin solche Renuntiation pro
Confessione de validitate primi Testamenti
post Revocationem illius, per secundum
Testamentum factam, mit nichten zu erkens-
nen seyn.

Ad 2. Wird das contrarium durch bey-
handen habende Attestationes des Herrn
Medici, und der Herrn Beicht-Väter
genugsam beleget; massen solche eigenhän-
dig bezeugen, daß sie an Wepl. Herrn B. P.
biß an sein den 14. Febr. 1709. erfolgtes
Ende keinen eingigen defectum rationis,
sonder vilmehr eine zu einem so hohen Al-
ter von 79. Jahren Verwunderens-wür-
dige constantiam, und habilitatem Judici-
i, und Memoria observiret. Und wann schon
auch diese Zeugnisse nicht solten conside-
riert werden, so hafften wir allda in quæ-
stione facti, quod non præsumitur, sed
probari debet: imò magis præsumitur con-
trarium

32.
Deciditur
Quæstio, &
solv. Obje-
ctæ.

33.

29.
Rationes
Dubitandi.

Herr Kläger will sich auß die negativam
halten; dann 1. Will selber dieses
erzwingen auß einer von ihme ver-
meynten quasi confessione Partis sibi adver-
sæ, welche er auß dem zu behaupten sich
bemühet; weiln Frau Anna S. der in se-
cundo Testamento instituirten Frauen uni-
versal-Erbin Frau Mutter, etiam post pu-
blicatum hoc alterum Testamentum, & adi-
tam ex eo hereditatem, dem vi primi Testa-
menti aufgefallnen Drittel renunciret; des-
sen es sonst gar nicht nöthig wäre, wann
solches Testament durch das andere von
Herrn B. P. einseitig errichtete wäre cassirt
worden; privatio enim supponit habitum,
& nemo se privare, aut privari potest, nisi
prius habuerit id, quo se privaverit, aut pri-
vatus fuerit; cum non entis nullæ quoquo
sint partes, aut qualitates.

2. Ist Herr B. P. des Herrn Actoris
Vorgeben nach, zu seinen letzten Zeiten,
wegen auß sich gehalten hoher Alter, die
Bedencknuß und Verstand gewichen, und
er also zu reden ganz kindisch worden,
dergestalten, daß er nicht mehr gewußt, auß
was für einer Schüssel er zum ersten essen
solte; Ja er hat immerdar verlangt, man
solte ihm sein Frau noch einmahl sehen las-
sen; indem sie doch vil Jahr zuvor schon
verstorben wäre. Within dann ist besagt
letzteres Testament ex defectu voluntatis
null, und nichtig. Und dieses um so viel
mehr, weiln

3. In dieß ernannt anderem Testament
enthalten, daß er Herr B. P. zwar neben
seiner Seel. verstorbenen Frau ein Testa-
ment außgerichtet, und darinnen eines
Theils auß seiner Freundschaft, hoc est,
seines Bruders Kinderen gedacht habe;
nachdem aber von derselben Seiten sich nie-
mand mehr angemeldet, so nemme er auch
kein Ursach auß sie weiters zu reflectiren;

31.

trarium ex communi præsumptionum regula, quod qualitas, quæ naturaliter inest homini, semper adesse præsumatur. Et quod facta, de quibus dubitatur, quo animo facta sint, in meliorem partem interpretari debeamus.

C. effote. 2. de R. J.

34.

Ad 3. Von solchem Alter, in dem Herr B. P. gewesen, verlangt man keine Amicos Mensæ, qui solum inhiant hæreditati futuræ, & læto oculo mortem Testatoris aspiciunt, sonder qui senil molestias solentur, & obsequia sua, ut possunt, præstent. Und dieses ist villeicht, was Herr B. P. sub Ternino des nicht anmelden verstanden. Seye ihm aber, wie ihm wölle, müste erst erwiesen werden, daß Herr Erblasser, cessante causa allegata, anderst disponiret hätte; nam defectus causæ supremam defuncti dispositionem tum demum cessare facit, si probetur, testatorem sine illa non fuisse ita dispositurum, prout optimè notat.

Alex. ad l. cum Donationes. n. 7. §. tamen potest responderi. C. de transact. quem citat, & sequitur Ferdinand. Christoph. Harpprecht. rr. de Testam. correspond. §. 7.

QUÆRITUR VI.

Ob billich gewesen / daß Herr B. P. mit Aufrihtung eines anderten Testaments das erstere umgestossen / und hiemit seines Bruders Kinder außgeschlossen?

35.
Rationes
Dubitandi.

35. Vermeynet zwar Herr Kläger, daß hierdurch seiner Frau Ehe-Confortin, und Kinderen höchster Unfug geschehen, welsen 1. Selbe des L. P. so Herrn B. P. Seel. leiblicher Bruder ware, eine Ehelich erzeugte Tochter ist, für welche sie auch von ihm Herr B. P. laut seiner Hand-Brieff erkannt worden. Also

36.

2. Die größte Billichkeit ist, daß welsen fast alles Vermögen von Herrn Constativ pur, einklg, und allein erworben worden, solches seinen Bluts-Verwandten zukomme, nicht aber in frembde Hand gerathe; cum lugubre, & deplorandum sit videre antiqua majorum bona in alias manus transire, atque devenire.

L. in fundum. ff. de R. V.

Und solches um so vil mehr, welsen des Herrn Actoris Frauen Gemahlin Vatter ihm zu solchen Mitteln geholffen, da er ihm mit Aufwendung grosser Unkosten, zu Schaden seiner eignen Kinder bis in die Rhetoricam studiren lassen, und zu der N. angebracht, auch andere vil Gutthaten erwiesen hat, bis er nachgehends zu einer so ansehnlichen Charge promovirt worden, jedoch mit diser Bedingnuß, daß er es seinen Kinderen widerum genießten lassen solle; welches er

3. Wie gemeldte Herrn Actoris Ehe-Confortin sich annoch zu erinnern weiß, ihrem dahin sterbenden Vatter mit Mund und Hand versprochen hat; ja sub dato den 30. August. 1705. selbiger eigenhändig zugeschrieben, daß er in seinem Wissen und Gewissen sich schuldig erkenne, seinen so nächsten Anverwandten, und Bluts-Freunden Liebs, und Guts zu erweisen: überdas selbe in einem andern Schreiben sub dato den 16. Jun. 1705. zuvor schon vergewiset, daß er ihrer, und ihrer Kinder in seinem Testament schon würcklich gedenckt habe, mit Zusetzen, daß, weil seine Wittel (Gott sey lob!) sich dato noch immer vermehren, er noch ein mehrers thun könne. Cum ergo nihil naturali æquitati tam sit contentaneum, quam promissa servare,

L. hujus. 1. ff. de pact. Philipp. Matth. Conf. Marburg. 21. num. 47. Decius. Conf. 2. n. 3.

ist nicht zu ersehen, wie Herr B. P. hierinn eine Aenderung habe machen können; besunders da verlauten will; als hätte der Vatter der Frauen Ehe-Confortin Actoris ihm eine reiche Erbschaft, von welcher Medietas ihm dem Vatter gebühete, völlig in denen Händen gelassen, jedoch mit diser Bedingnuß, daß er es seinen Kinderen widerum genießen solle lassen, worzu er sich dann auch schriftlichen obligiret.

Nichts destoweniger hätte pro affirmativa, und bin der ungezweifleten Meynung, daß Herr Erblasser keinen Torto seinem gegenseitigen Theil hierdurch gethan habe, da er selbe in seinem andern Testamento völlig hat præteriret: massen ein allgemeine, und in Jure bestens fundirte Lehr ist, quod Fratrum Sororumque liberi, si ipsorum Patruus, vel Avunculus, Amita, vel Matertera eosdem planè prætereant in dispositione Testamentaria, non habeant facultatem querelandi, prout in terminis docet

Klock. Conf. 102. num. 48. Et patet ex §. non autem. 1. §. ultra Fratres. Instit. L. sciendum. 1. fin. ff. L. Fratris. 21. C. de inoffic. Testam.

Und macht hierinn nichts zur Sack, daß fast alles Vermögen pur, einklg, und allein von ihm B. P. erworben worden; dann, wie

Klock. loc. cit. n. 50. ex l. si arrha. 19. C. de Donat.

mahnet, nicht weniger einem jeden erlaubt ist, auch die von seinen Vorelteren herrührende Stamm-Güter per Donationem auf frembde Personen zu verwenden. Welsen dann Herr Erblasser weder in auf- noch absteigender Linea Erben verlaßten, gibt sich der Beschluß selbst, daß selber mit dem Selbigen testando, legando, auch donando nach allem Belieben schalten, und walten können juxta eundem Klock. loc. cit.

Seynd

40.

Seynd auch hierzu die Hand ihme gang nicht gebunden worden durch das, daß selber mit Mund und Hand versprochen, seines Bruders Kinder zugebenken, ihnen Guts zu thun, und die von ihme seinem Bruder empfangene Wohlthaten an ihnen zu vergelten; dann neben dem, daß dieses in dessen Lebzeiten hat können geschehen seyn, ist ferners zu bemerken, daß derley Promissiones de Memoria habenda in Testamento nicht mehrer Kräfte in sich begreifen, als ipsæ ultimæ voluntates; derohalben, gleichwie voluntas ultima, also auch promissio de recordando in ultima voluntate de se ambulatoria, und ad ultimum usque halitum widerrufflich ist; cum per neutrum acquiratur Jus, sed spes duntaxat acquirendi bona testantis, vel promittentis, sub conditione, si hanc suam voluntatem non revocaverit. Was ferners noch beygesetzt wird, seyndera Quæstiones facti, so von Herrn Kläger zu beweisen seynd, und auß welchen auch manche mit dem Contrario könnten belegt werden.

QUÆRITUR VII.

Ob in Casu, da überlebender Herr Erblasser Testamentum Reciprocum pro parte sua hat revociren können / und selbiges würcklichen revociret / hierdurch auch Testamentum Contestatricis gefallen / und zernichtet worden / also folglich ex parte ipsius casus intestati sich ereignet / und hæredibus ab intestato dero Erbschafft zugefallen?

41.

Auf welche Frag darvor halte, daß hierinn zu consideriren, ob erlagt Testamentum Reciprocum allein pro Reciproco, seu mutuo, oder auch pro correspondivo zuhalten seye? Ist es allein Reciprocum, hat es den außgewiesnen Weeg, daß facta revocatione ex parte Mariti superstitis, factum ab Uxore præmortua in seinen Kräfften bleibet juxta dicta Num. 28. So es aber für Testamentum correspondivum anzusehen, wird zwar superstiti facultas illud ex parte sua revocandi mit nichten benommen, wie weißlich anmercket

D. Ferdin. Christoph. Harpprecht. de Testam. correspond. §. 14. 21. & 37. ubi dicit, ineptire, qui contrarium sentiunt. Adstipulantur Mevius ad Jus Lubec. p. 2. tit. 1. art. 10. n. 37. Schilterus ad ff. Exerc. 39. §. 59. ibi: Jure tamen Romano in foro nostro utimur, adeo-

que & hoc illius principio, Testamenti factioni regulariter valide renuntiare non posse.

Si tamen Testamentum ejusmodi correspondivum ab alterutro illius conditore verbaliter, vel realiter revocetur, simul etiam alterius Testamentum, seu in totum, seu in quantum illud correspondivum est, pro expressè, vel tacitè revocato habendum est.

Harpp. loc. cit. §. 38. & apud hunc Menoch. Ant. Faber, Franzk. Peck, Mevius, Joan. del Castillo.

Et hoc ex ratione correlativorum, quorum ea natura est, ut sive confirmato uno, sive destructo, etiam alterum confirmari, vel destrui necesse sit.

In gegenwärtigem Casu scheint nach Lehr. cit. Harpp. §. 21. Testamentum correspondivum errichtet zu seyn Krafft der Worten §. 17. ibi: Dafern wir beede ohne Eheliche Leibs-Erben künfftig absterben solten / solle das überbleibende völlige Vermögen in drey gleiche Theil gesönderet / und (beeder Seiths Befreundten, cum causis piis) zufallen. Auß welchen Worten cit. Harpprecht schliesset, Testamentum correspondivum errichtet zu seyn. Doch seye ihme, wie ihm wölle, bekommit hierauf Herr Kläger keinen Vortrag: dann so es correspondivum ist, ist primum Testamentum völlig vernichtet, ex parte Testatoris quidem per revocationem, ex parte Contestatricis præmortuæ autem ob deficientiam conditionis: ist also folglich ex parte diser letzteren ad casum intestati zu schreiten, aber ohne Nutzen des Herrn Actoris, massen dero selbigen nicht seine Ehe-Confortin, sed Testatricis Agnati ab intestato succediren wurden. Hätte also sie weder von diser, noch auch von ihrem Vötter Herrn Erblasser, als der sein Vermögen anders wohin per secundum Testamentum verordnet, zu erben.

Will man aber behaupten, daß quætionirtes Testamentum nur allein Reciprocum sine correspondivitate gewesen, wäre zwar das Testament ex parte Contestatricis post revocationem à Marito factam in seinen Kräfften verbliben, und hätte also die Frau Ehe-Confortin Herrn Actoris das Jus in bona Contestatricis, ex doctrina Carpzov. p. 3. const. 7. defin. 21.

mit anderen Erben zu succediren; weisen aber Contestatricis zugebrachtes ganzes Vermögen in varias Donationes in vita insumiret worden, hat Platz das teutsche Sprichwort: wo nichts ist, hat der Käyser das Recht verlohren.

42.

43.

