



Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. XXVII. Hæreditatis, quam dubiam facit Dispositio, quæ pro Testamento Militari videtur posse accipi. Ubi etiam examinatur, cui incumbat Alimentatio Pupilli.

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

die Entbürdung von selber, weder ex præscriptione vel consuetudine contraria, noch auch speciali pacto von ihnen ist bishero erworben, und dargethan worden, ja vilmehr erwisen kan werden, daß das exercitium

istius Juris bey den bissheren Herrn Pfarze Verweseren zu OW. noch bis dato in viridi observantia allzeit gewesen seye. Ita Salvo meliore &c.

CONSILIUM XXVII.

In Causa Controversæ Hæreditatis inter Collaterales.

SUMMARIUM.

- 1. 2. 3. Facti Species.
- 4. An verba, de quibus in casu, sint habenda pro Testamento militari? Resolvitur affirmativè, animus testandi asstimandus est ex circumstantiis. n. 7. & 8.
- 5. Privilegium Testamenti militaris limitatur à Maximiliano I. competit tamen militibus per breve tempus ex castris absentibus. n. 9.
- 6. Testamentum militis nuncupativum debet probari per duos testes. Sufficiunt tamen qualescunque, modo de Jure gentium sint habiles ad deponendum Testimonium. n. 10.
- 11. An cum Agnatis etiam Cognatis ejusdem gradus ab intestato succedant?
- 12. 13. 14. Rationes dubitandi.
- 15. 16. 17. Resolvitur affirmativè: ita tamen,

- ut in successione Collateralium fratribus remotiorum e. g. in Patruorum filiis, jus representationis locum non habeat.
- 18. 19. 20. Respondetur ad rationes dubitandi.
- 21. seqq. Alii tenentur ad alimentationem pupilli, quos ordo successionis ab intestato tangit.
- 27. An repeti possint alimenta pupillo præstita?
- 28. Præstatio alimentorum videtur fieri animo donandi, & pietatis causâ.
- 29. seqq. Hic tamen animus non semper, nec in omnibus præsumi potest.
- 33. seqq. Contrahuntur datâ hucusque responsa.

FACTI SPECIES.

1. **E** hat sich vor Jahren Georg mit Barbara, verheyrathet, auß welcher er drey Kinder, Anna Maria, Sabina, und Wolff Philipp Ehelich erzeuget. Auf welches Barbara nach etwelcher Zeit gestorben, Georg aber ad secunda Vota geschritten. Mit seiner anderen Ehe Gemahlin hat selber eine Zeit gehauset, und seine Mittl, so bey erster Ehe zimlich abgegangen, merklich vermehret. Aber ehe selber einige Eheleibliche Erben auß diser seiner anderen Frauen erworben, des Todts verfahren. Dem Vater ist in diesem vorgangen eine auß gemeldet seinen zweyen Töchtern. Die andere hat die fallende Kranckheit bekommen, und ist nach dem Todt des Vatters von Obrigkeit auß der Schwester dises ihres Vatters zugeschaffet worden, welche auch in die zwey Jahr sie sorgfältig versieget, und zwar mit groß ihren Schaden; dann eine auß ihren Töchtern dise Kranckheit ererbet, und daran gestorben.

2. Der Sohn Wolff Philipp ist in den Krieg gangen, und in demselben vor Belgrad umkommen. Ehe diser das letzte mahl in Ungaren abmarschirte, hat er seine Bluts-

Verwandte heimgesuchet, von denen er dan gefragt wurde, weilen er widerum in die Campagne abreisen müste, und vilen Lebens-Gefahren unterworfen wurde seyn, was Disposition von seinen Mittlen, und Haabschafft er machen wolte, wann (welches Gott verhüte) ein wideriger Fall sich ereignen, und er mit Todt abgehen solte. Auf welches er in Deyseyn zweyer Töchter der gemeldet seines Vatters Schwester, wie auch in Gegenwarth zweyer anderer Besfreundten von Seithen seiner Mutter, unverbellen geantwortet, solte er in dem Feld umkommen, wolte er, daß sein Verlassenschafft dahin käme, wo sein mit der fallenden Kranckheit behaffte Schwester verpfleget worden, und auch gestorben: welchen seinen Willen er auch auf dem Weeg nacher Weblingen nicht weit von der Stadt widerhollet, wie mit den gemeldet vier beywesenden Personen, wann anderst sie alle der Wahrheit steuren wollen, könnte Rechtsgnügig beleget werden.

Auß disen drey Kinderen des Georg hat keines einigen Leibs-Erben erzeuget. Seynd also allein überig Seithen des Vatters benannten Georg vier Geschwistrigt, deren drey in Tyrol hausen, die vierdte aber in hiesiger Gegend wohnet. Seithen der Mutter seynd bey Leben zwey ihre Geschwistrigt,

und etwelche auß andern ihren Schwes-
ren, und Brüdern hinterlassene Enckl. Die
Erbshafft wird beyder Seiths, sowohl von
difen obbemeldten Befreundten Vatters
halber, als von den Befreundten Mutters
Seithen præterdiret, kein anderes Testa-
ment von dem lebt in dem Krieg verstorbenen
Sohn Wolff Philipp ist vorhanden, wann
man für solches gemeldet seine das andere
mahl widerholte Red nicht gelten wolte
lassen. Darum fraget sich, und ist

QUÆSTIO I.

Ob angeregt des Wolff Philipp
auf gestellte Frag gegebne / und das
anderemahl widerholte Antwort für
ein Testamentum Nuncupativum Mil-
itare, oder wenigstens pro Donatio-
ne mortis causâ zu halten / daß also
Casus Hæreditatis ab intestato reli-
quæ hierdurch gehoben
seye?

4.
Rationes
Dubitandi.

Dem Ansehen nach scheint Negativa in
Jure, & facto besser gegründet; mas-
sen 1. Auch in Testamento Militari,
wann gleich andere Solennitäten per Jus
Commune seynd nachgelassen, dannoch er-
forderet wird, ut de militis voluntate suffi-
cienter constet, & simul liqueat, quod ani-
mo Testamentum faciendi verba protulerit.

Wesensbec. ad ff. de Testam. milit. n. 2.
Hahn. ibid. §. nuda semper. Carpzov.
l. 6. resp. 14. n. 3. Struv. ad ff. Exerc.
34. thes. 2. Lauterb. ff. de Test. milit.
§. 16.

Neque enim, si sermone familiari alteri di-
cat: Hæredem te facio, statim erit Testa-
mentum, cum nihil frequentius hominibus
esse soleat, quam merito alicujus provocari,
& jactabundo animo hoc vel illud proferre,
& civiliter magis, quam ex animo loqui.

Müller. ad Struv. Exerc. 34. th. 2. Lit. e.

Hinc ex circumstantiis Judex æstimare debet,
quo animo verba Miles protulerit.

Mantic. de conject. ult. vol. l. 6. tit. 1.
n. 6. Menoch. l. 4. præsumpt. 19. n. 10.
Sande Decis. Fris. l. 4. decis. 15. Lau-
terbach. l. cit. §. 17.

Quia non statim pro Testamento habendum,
si milites in quotidiano colloquio, vel inter
pocula promiserint, in casum mortis res suas
fore Titii; promissio enim illa magis ex jo-
co, vel assentatione, quam seria quadam
voluntate videtur esse profecta, ut recte con-
cludit

Joach. Burgers in Observ. milit. cent. 1.
obs. 45. Et adtipulantur Lauterbach.
§. 17. cit. Müller. Lit. e. cit. Hopp.
Disp. de Joco c. 4. th. 5.

Jocosi autem sermones militis non attendun-

tur, nec lubricum linguæ in periculum est
trahendum.

Wissenbach. ad Inst. D. 18. §. 5. Lud-
Well. de ult. vol. p. 2. c. 3. pag. 321.
Lauterb. & Müller. l. cit.

Rationem dat Imperator.

§. plane. 1. Inst. de milit. Testam. ibi:
Nec ullorum magis interest, quam ipsorum
(militum) quibus id privilegium datum
est; ejusmodi exemplum non admitti; alio-
quin non difficulter post mortem alicujus
militis testes existerent, qui affirmarent
se audivisse dicentem aliquem, relinquere
se bona cui visum sit, & per hoc vera ju-
dicia subvertentur.

Über das wann auch

2. Difes gewesen wäre des verstorbenen
Wolff Philipp ernstlicher Willen, und er in
der Sach selbstn kräftig gewolt hätte, daß
sein verlassene Haabschafft seines Vatters
Schwester, so seiner mit fallender Krank-
heit behaftten Schwester also mühsam ge-
wartet, solte zukommen, so ist doch solch sei-
ne Erklärung um der Ursachen halber für
kein Legitimum Testamentum militare zu
erkennen, weilen solche außser des Lagers ge-
schehen; dann ob gleich de Jure Justiniano
Testamentum militare also privilegirt ist,
daß in selbem keine Solennitäten erforderet
werden, sed sufficiat, si quocunque modo,
etiam Literis sanguine proprio inscriptis in
clypeo, vel gladio in arena de ejus volunta-
te constet, so ist doch solches Privilegium al-
lein auf die jenige gegeben, welche in castris,
& expeditione begriffen, ut colligitur ex
pr. & §. plane. 1. Inst. de milit. Testam.
L. militibus. 1. l. Divus. 24. Et l. miles. 35.
ff. eod.

Welches noch mehr limitiret hat Maxi-
milianus I.

Constitutione editâ 1512. tit. de Testam.

§. 2.

Wo zerschiden werden Soldaten und Rit-
ter 1. Die zu Feld, und in Übung des
Streitts seynd. 2. Die zu Feld, und doch
nicht im Streitt. 3. Die nicht in Übung des
Streitts, noch zu Feld. Und von den er-
sten zwar ordiniret wird, ut quolibet mo-
do recte testentur; von den anderen, ut si-
ve nuncupativè, sive in scriptis testari velint,
minimum testes duos adhibeant. Von den
dritten letztlich, ut testentur secundum Jus
commune.

Carpzov. p. 3. const. 4. def. 26. Struv.
ad ff. Exerc. 34. th. 3. Lauterbach. ff.
de Testam. milit. §. 16. & 18. Hahn.
ad Wesens. tit. eod. §. nuda. Ego ad
lib. 3. tit. 26. n. 50.

Weilen dann besagte Erklärung des ver-
storbenen Wolff Philipp außser des Lagers,
und zu Haus geschehen / kan man sich des-
senthalben auf das Privilegium militare sei-
nes Weegs bewerffen, und solche Decla-
ration für ein legitimum Testamentum Mi-
litis passiren lassen. Ja letzgens

3. Wann

6. 3. Wann auch Privilegium hoc militare in gegenwärtigem Fall Statt findete, und also in solennitatibus dispensiret wäre, so ist doch solch letzter Willen noch nicht rechtsergnüßig bißhero probiret worden, scheinet auch, daß solches nicht wird können probiret werden; dann aufgemachten Rechts ist, daß wann ein Ritter, und anderer Soldat seinen letzten Willen nuncupativè declariren will, hierzu vonnöthen, daß solcher, cum alio modo probari nequeat, per duos testes erwisen werde.

S. planè. 1. *Inst. de milit. Testam.* Et ibi Bachovius, cui cum communi consentit Müller *ad Struv. Exerc. 34. thes. 3. Lit. a.*

5. Bey welchen Zeugen zwar nicht vonnöthen, daß sie mit denen sonst de Jure erfordereten qualitatibus versehen seyen; nam esse possunt etiam non rogati, etiam fœminæ, prout colligitur ex

L. Divus. cit. & docent Berlich. p. 3. concl. 5. n. 29. Fromann in Decad. Cas. de Testam. milit. th. 7. per tot. Lauterbach l. cit. §. 15. 16. & 17.

So wird doch solche Prob in Calu præsentium dessentwegen was schwerers fallen, weilten eines Theils für Zeugen wollen produciret werden die zwey Töchter der jentigen, so erben will, und darumb ex causa Domesticitatis, & luci proprii für partial zubalten, anderen Theils aber die zwey übrige, weilten sie auch mitzuerben verlangen, schwerlich die wahre Beschaffenheit der Sachen bekennen werden.

7. *Respo.* Dies ist, was pro Negativa kan bengebracht werden; doch dessen ungeachtet, ist meine, doch unvorgreifliche Meynung, daß im Fall, da durch bemeldte vier Personen, oder auch durch zwey derselben solte erwisen werden, daß in der Sach selbst oft erklärte Bestimmung seines Willens wegen künftiger Erbschafft von dem Wolff Philipp, und zwar iteratò geschehen, solche pro Testamento Militari legitimo zuerkennen seye: und dieses nach Aufweis Privilegii Militaris Jure Justiniano indulti, & per Constitutionem Maximiliani I. denuò confirmati, & declarati: quod proinde etiam in nostri temporis militibus cum limitatione per *Consl. cit. facta locum habet, ut pluribus rationibus propugnat,*

Harpp. pr. num. 5. & seqq. Inst. de milit. test. & consentiunt Scharck. in Rubr. C. de test. milit. num. 9. Bocer. de bell. & duell. l. 1. c. 28. num. 9. Welenb. p. 1. Conf. 17. n. 32. Carpz. l. 6. resp. 14. n. 2. Lauterbach ad ff. de Testam. mil. §. 12.

8. *Responde-* Was in contrarium eingewendet worden, kan ohnbeschwerlich beantwortet werden. Dann ad 1. Wie allorten *Num. 4.* gemeldet worden, Judex ex circumstantiis æstimare debet, seriò, an joco, vel adulatione pronuntiata sint verba ultimæ voluntatis de-

clarationem significantia. Darum allhier Statt findet Argumentum à Præsumptionibus. Talis autem Præsumptio teste

Lauterbach *l. cit. §. 17.* qui pro se allegat Stryckium,

est, si Miles ad interrogationem declarationem suam reiteraverit: So in gegenwärtigem Casu allerdings geschehen; dann wie in Specie Facti *Num. 2.* gemeldet worden, als bey seiner letzten Besuchung der Befreundeten der verstorbne Wolff Philipp gefragt worden, wem er wolte, daß sein Vermögen im Fall, da er in dem Feld umkäme, solte zu guten kommen, hat selber geantwortet, er verlange, daß selbes hinkomme, wo seine Schwester gewesen: welches er auch zum anderenmahl widerhollet, und darum genug angedeutet, daß sein ernstlicher, und letzter Will seye, daß diß sein Vermögen seines Vatters Schwester, welche seiner mit der fallenden Krankheit beschaffen Schwester ganzer zwey Jahr lang sovil Liebes erwisen, solte zukommen. Ist also folglich nichts anderes vonnöthen, als daß solche Declaratio Voluntatis mit genugsamen Zeugen beleget werde, von welchen weiters in Responcione ad 3.

9. Ad 2. Hat nichts ob sich, daß offternennete Wolff Philipp zur Zeit beschehener Declaration sich in dem Lager nicht hat befunden; nam commeatu etiam, seu licentia à Duce aliquantisper abeundi accepta, extra castra in propinquis degentes, eodem gaudent Privilegio, quo alii, si nimirum non diu ab aliis absint, revertendique animum habeant, & Remp. à qua alimenta percipiunt, ab omni bellorum necessitate defendere sint in procinctu,

L. miles. 34. & l. seq. §. fin. ff. quib. ex caus. major. Bocer. de bell. & duell. l. 1. c. 18. n. 6. Bachov. in Comment. ad 1. Inst. de milit. Testament. num. 2. & 3. Welenb. p. 1. Conf. 17. n. 40. Vigiugius in pr. Inst. de milit. test. Thimæus Faber D. 18. th. 14. Obrecht Disp. de Disc. Milit. n. 757. & seqq. Carpzov. l. 6. resp. 14. num. 22. Struv. Disp. de Test. milit. thes. 16. Müller. ad Struv. Exerc. 34. th. 4. Lit. a.

nec enim modicum absentia tempus curatur, *L. qui mittuntur. 35. §. fin. ff. tit. cit.* præsertim quando miles emanet aliquamdiu, detentus valetudine, vel aliâ justâ causâ.

L. desertorem. 3. & l. seq. §. fin. ff. de re milit.

nam præsens esse dicitur, qui justa ex causa abest, dummodo propositum habeat revertendi, aut per eum non stet, quare non maneat.

L. si quis. 41. ff. ex quib. caus. major. L. Seja. 20. §. Pamphila. 6. ff. de instruct. & instrum. leg. & ibi Bartol.

Za es wollen etwelche DD. wahr machen, daß auch Milites Stationarii, und die in den Bestungen zur Guarnison verleget, item die

so in dem Winter Quartiren seynd, eben solches Privilegium testandi sine solemnitate aliàs requisita genießen, wie solches benanntlich lehren,

Cujac. Conf. 49. Connan. 9. Comment. c. 5. n. 6. & 9. Item c. ult. Trentacinq. de subtit. p. 4. c. 8. num. 6. Zael. ad ff. de Test. milit.

Et dant rationem; quia propter subita sæpe discrimina in Expeditione videntur constituti; & aliàs miles nihil distaret à Paganis, quibus in hostico deprehensis, & illic decedentibus, conceditur, quo modo velint, & quo modo possint, testari.

L. fin. ff. de Testam. milit.

Welches ich aber nicht will behaupten, weil eben sovil, oder noch mehr AA. entgegen stehen, und unter disen besonders

Gaill. l. 2. obs. 118. n. 6. & 13. Bocer. de bell. & duell. l. 1. c. 18. n. 5. & seqq. Welenbec. pr. 7. degunt. num. 5. Inst. de milit. Testam. Befold. p. 1. Conf. 6. n. 129. SchneideW. ad Inst. tit. cir. n. 10. welchen eines Theils bestimmet Bachov. ad Treutl. vol. 2. D. 10. th. 6. Lit. C. ubi tum tandem milites stationarios, & in hybernis constitutos Privilegii istius participes dicit, quando excubant in limitibus, nulla facta pace, nullis induciis, vel si excubant tanquam in castris, & in locis hostium invasioni obnoxii: quorum alterum si desit, & ipsi excubent vel tempore induciarum, vel in munitis oppidis, & castellis, contrariam sententiam Gaillii veram putat.

Sehe es ihm, wie es wolle, so ist doch unser Wolff Philipp in dem Marche nacher Ungaren begriffen gewesen: hat also folglich de Privilegio militari billichster massen participiret.

IO.

Ad 3. Weilen in Testamento Militari relaxiret seynd alle Solemnitates aliàs de Jure requisita, und also die zwey zur Nuncupation eines Hæredis in diesem erforderter Zeugen allein ad Probationem, nicht aber ad Solemnitatem erforderet werden, so seynd folglich hierzu tauglich alle und jede Personen, welche ad depositionem Testimonii Jure gentium tauglich seynd. Nun aber wird in diesem Jure kein Aufnahm gemacht, als allein deren, so de non integra fide für suspect zu halten, ita, ut in ipsorum os, & linguam credi securè decisio Causæ nequeat. Dergleichen aber seynd hoffentlich nicht die zwey obenennete Töchter des Erblassers Vatters Schwestern; dann daß sie also nahe an die præterdirende Erbin ihre Mutter verwandt, weil sie immediate auß der Erbschaft nichts bekommen, bringet nicht gleich suspicionem falsitatis, aliàs etiam Legatarii in Testamento, in quo relictum ipsis Legatum est, testes esse non possent, cum etiam ipsorum intersit, Testamentum ejusmodi valorem suum retinere. Cum ergo

Legatarii indubitanter admittantur pro testibus, und solches nach Aufweis

S. Legatariis. 11. Inst. de Testam. ord.

Obwohlen sie nicht geringen Nutzen darauf haben, werden auch vorbenannte zwey Schwestern, und um sovil minder zuverwerffen seyn, weil sie ihnen immediate auß dem Testament nichts zuwachset, und so einige Suspicion ex Causa Domesticitatis, & Cognationis wäre, selbe per Juramentum purgirt wurde, so jedem Zeugen kan auferlegt werden. Zu deme seynd auch zwey auß den Befreunden von Mutters Seiten allda gegenwärtig gewesen, da der Wolff Philipp seine Declaration gethan, welche darum auch zu Red gestellt, und von Obrigkeit auß wohl können bezwungen werden der Wahrheit zu steuren. So fern selbe aber von Mein sollen antworten, wird in arbitrio Judicis hafften, welchem Theil mehr Glauben bezumessen, zu dem ante acta vita, & aliæ Præsumptiones nicht wenig Dehuff bringen.

QUÆSTIO II.

Wem in diesem Casu ab intestato zu succediren gebührete?

Es laffet sich nemlich zweiffeln, wann wider Behoffen besagte von dem Wolff Philipp beschehene Declaration nicht solte pro Testamento militari legitimo passiret werden, und also Casus Hæreditatis ab intestato relictæ sich ereignete, ob alsdann die Erbschaft nur auß die von Vatter her nächste Agnaten, als dessen Brüder und Schwester, oder auch auß die von Seiten der Mutter in gleichem Grad gesippte, das ist, dero Geschwistrig, oder deren, so auß disen schon verstorben, hinterlassene Kinder Jure representationis anfallt? Man will zwar auß Seiten der Väterlichen Freundschaft behaupten / daß solche Erbschaft allein auß sie fallen, die Mütterliche Befreunde aber von selber solten außgeschlossen werden, und zwar dises auß folgenden Rationibus.

1. Weilen die Mutter dem Vatter all ihr Haab, und Gut angeheyrathet, vor dem Vatter verstorben, und also der Vatter dero Erb allein gewesen: auß welchem dann scheint zu folgen, daß, gleichwie dem Vatter im Fall, daß selbe keine Leibs-Erben hinterlassen hätte, und ohne letzten Willen verstorben wäre, allein seine nächst Anverwandte mit Ausschließung der von der Mutter her gesippten, succediret wären, also auch in gegenwärtigem Fall das Recht zur Erbschaft gebühre nicht disen, sonder allein jenen, nachdem die von beiden hinterlassene Kinder alle dises Zeitliche bereit gesegnet. Weiters

2. Hat des Erblassers Vatters Schwester allein die Burd getragen dessen mit der hinter

fallenden Krankheit behaffte Schwester zu versorgen, ihr zu warten, und Nahrung zu reichen, zudem die von der Mutter gesippte nicht einen Heller beygetragen, sonder selber allein solch Onus aufbürden lassen, welsche auch selbe mit grosser Gedult, und beynebens solcher Beschweruß getragen, daß darvon ihr eigne Tochter diese Krankheit hat ererbet, und daran gestorben: daß folglich ganz billich ist, daß sie entweder allein, oder wenigst samt ihren Geschwistrigen das Commodum der Erbschaft habe

14.

juxta Reg. Qui sentit. §. 5. in 6. besonders, weilen leztlich 3. All, oder fast all von dem Vatter hinterlassenes Vermögen erst in secundo Matrimonio von ihm erworben worden, also die Mutter hierzu nichts beygestuere; massen bekannt, daß selber durante primo Matrimonio fast von denen Mitteln kommen: darum das Ansehen gibet; daß auch die noch überige Haabschaft allein des Vatters Befreundten gebühre, keines Weegs aber die Mütterliche hierzu einigen Anspruch haben.

15.

Decisio
Qualio-
nis.

His tamen Rationibus non obstantibus, ist in all Weeg der richtige, und in Jure ganz versicherte Ausspruch zu machen, daß in Gall, da die Sach für einen Casum ab intestato solte erkannt werden, in quæstionirter Erbschaft nicht allein die von dem Vatter, sonder auch der Mutter her Gleich-Gesippte mit allem Zug Rechtens ihren Antheil suchen mögen; massen in Jure ein aufgemachte Sach ist, quod fratribus, vel sororibus, eorumque liberis cum ascendentiis, & descendentiis linea non existentibus, & ab intestato Hæreditas deferatur reliquis omnibus Consanguineis collateralibus, qui æque propinqui sunt gradu, ita, ut in hac successione nulla habeatur ratio sexus, aut Agnationis, vel Cognationis, sed sola consideretur Gradus propinquitatis, ut videre est

16.

Auth. post fratres, fratrumque filios. C. de legit. hered. Novell. 118. c. 3. & 4. Et docent Berlich. p. 3. concl. 24. n. 25. Harpp. ad pr. Inst. de hered. qua ab intest. n. 449. & 451. Carpzov. p. 3. const. 18. defm. 21. & l. 4. resp. 59. num. 19. Struv. ad ff. Exerco. 38. th. 36. Ego ad Libr. 3. tit. 27. n. 48.

Neque refert, utrum ex una solum parte, vel ex utraque conjuncti sint; nam si e.g. Titius ab intestato mortuus, aliis propin- quioribus hæredibus non existentibus, duos reliquit Patruos, unum Patri ejus conjun- ctum ex utraque parte, alterum ex una tan- tum, non minus succedet iste, quam ille, & quidem in omnibus bonis, sive materna illa sint, sive paterna.

Matth. Coler. decis. 49. n. 14. Müller. ad Struv. l. cit. Lit. a. Fitque tali casu successio non in stirpes, sed in capita, ita, ut æqualiter inter ipsos secun- dum numerum personarum dividatur hære- R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

ditas; quia ut dictum supra est, in talibus sola cognatio, & propinquitatis spectatur Gra- dum.

Forster. de Success. l. 8. c. 9. n. 1. & seqq. Coler. p. 1. decis. 49. num. 14. & seqq. SchneideWin. ad pr. Inst. de hered. qua ab intest. n. 31. Carpzov. Resp. 59. cit. quip. num. 16. Lauterbach de Success. Jur. noviss. §. 37.

17.

Weilen dann in Casu presenti die Geschwistrige des Vatters, und die Geschwistrige der Mutter respectu des lezt verstorbenen Wolff Philipp in gleichem Grad gesippt, will folgen, daß beyde im Fall, daß solcher pro Casu ab intestato solte erkannt werden, in Successione ad bona concurriren können, und sollen; doch also, daß deren auß ihren vor verstorbenen Geschwistrigen hinterlassene Enckel hierin Jure repræsentationis keinen Theil pretendiren mögen; nam in Collateralium fratribus remotiorum successione Jus repræsentationis locum non habet, quippe quod Jus Novell. 118. c. 3. §. hujusmodi. conceditur solis fratrum filiis, non verò eorum nepotibus, vel aliis Collateralibus. Hinc si defunctus habeat duos Patruos, & unus horum mortuus reliquerit filios, hi cum altero Patruo mortuo non succedunt. Videantur, quæ dixi ad Libr. 3. tit. 26. n. 50.

18.

Responso-
nes ad Ar-
gumenta
opposita.

Die Num. 12. & duob. seqq. in contrarium vorgebrachte Argumenta seynd leicht zu be- antworten. Ad 1. Ist kein Wunder, daß in Casu, da des Wolff Philipp Vatter ohne Hinterlassung einiger Leibs-Erben ab intestato verstorben wäre, an dessen Erbschaft die von Mutter Seiten Befreundte keinen Antheil hätten suchen können, weilen selbe respectu seiner nicht Consanguinei, sonder allein Affines seynd, und mit Schwagerschaft zugethan. Nun aber da der Vatter zuvor gestorben, nach ihm aber erst der Sohn dieses Zeitliche geseget, hat sich der Fall ereignet, darinn auch die von der Mutter her Gleich-Gesippte Befreundte per tenorem ipsius Juris communis zur Erbschaft beruffen werden können, und sollen, weilen sie ebensals, obwohlen ex diversis stipitibus, dem lezt verstorbenen Wolff Philipp in secundo Gradu seynd an- verwandt.

19.

Ad 2. Hatte wohl ganz glaubwürdig, wie unten ad Quæst. 3. wird erörtert wer- den, die die ernannte Vatters Schwester wegen der mit der fallenden Krankheit be- hafften Bruders Tochter, so sie in die zwey Jahr versorget, billiche Ursach die darauf aufgewendete Unkosten ihr verguten zulass- sen; daß aber darum die ganze Mütterliche Freundschaft von der Succession in die von ihrem Väter hinterlassene Bona solte ausgeschlossen werden, habe bis dato in des- sen Rechten noch nicht gefunden, sonder bilmehr wird auß selben ein Universal-Regl genommen, daß in dergleichen Casibus, da

keine andere nähere Befreundte vorhanden seynd, die Collaterales, so in gleichem Grad stehen, ohne Unterschied succediren.

20. Ad 3. Igt nichts daran, ob die hinderlassene Güter von Vatter, oder Mutter herkommen; neque enim fit differentia bonorum, unde pervenerint, quando Collaterales fratribus remotiores succedunt, quippe cum differentia illa de Jure Civili solum consideretur inter fratres consanguineos, & uterinos, eorumque Liberos, nec ulterius extendatur, ut cum communi docent

Lauterbach de Success. Jur. noviss. §. 36.
Struv. ad ff. Exercit. 38. th. 36. Müller. ad eundem Lit. a.

QUÆSTIO III.

Wem aus den Befreundten de Jure obgelegen gewesen / die mit der fallenden Krankheit behaftt gewesene Schwester zuerhalten / und zuversorgen?

21. Es ist zwar dieses Onus von Obrigkeit aus, ihres Vatters Schwester, wie oft gemeldet, aufgebürdet worden. Aber Vermög gemeinen Kayserslichen Rechten war selbe nicht verbunden solche Bürde allein zutragen; dann krafft deren in casu, da noch Elteren, noch Kinder, auch keine Brüder, und Schwestern, so solche Obligation tragen können, wie in gegenwärtigem Fall geschicht, mehr übrig seynd, diese Obligation die Nahrung, und Unterhalt einem Befreundten zureichen, auf andere Collaterales hinüberfallet.

22. Und dieses zwar aus Ursach, weilten selbe

Auth. post fratres. C. de legit. hered.
in Abgang anderer näherer Anverwandten ad successionem ab intestato admittiret werden. Valet autem argumentum à successionem ad alimenta, ut est textus

L. mutus. 73. §. manente. 1. ff. de Jur. dor. & notant Surd. de Aliment. tit. 1. q. 25. n. 5. Carpzov. l. 4. resp. 59. n. 14. & 15.

23. Doch mag solches Onus nicht allen ohne Unterschied aufgelegt werden, sonder allein denen, so die nächst Verwandte seynd; quia & successio secundum dicta fit secundum Graduum prærogativam, & proximitatem. Igitur & onus alendi, quod regulatur secundum ordinem succedendi.

Alex. in l. 11. fm. C. de negot. gest. Surd. de Aliment. tit. 9. q. 10. pr. Carpzov. l. cit. n. 16. & 17.

24. Muß also hierin consideriret werden proximitas Graduum, in welcher Consideration gleichwie mit denen näher Verwandten keiner kan impliciret werden, so weiter Sippschaft hat, also ist aus denen, so in gleichem Grad stehen, keiner auszunehmen, sonder

müssen alle, welchen es Vermögen halber kan aufgebürdet werden, concurriren sine sexus, aut alio facto discrimine; sicut enim sine differentia sexus, Agnationis, & Cognationis omnes, qui in æquali gradu consistunt, admittuntur ad successionem, ita etiam eadem differentia non observata ii, quos ordo successionis tangit, ad præstationem alimentorum obstructi sunt.

Surd. tit. 1. cit. q. 25. n. 22. & seqq. Carpz. loc. cit. n. 19. & 20.

Excipitur casus, quo Avus maternus cum Avo paterno concurrat; hoc enim existente, Avus maternus onere alendi Nepotes non gravatur: quod inde forsitan accidit; quia cum Jure successionis patria potestas in persona Avi paterni concurrat, ut proinde fortius ad sustentationem Nepotum censetur obligatus.

Carpzov. l. cit. n. 23.
Adæque hic casus censetur esse specialis, & exceptus à communi Regula, quæ æquè propinquis æqualiter onus alimentandi imponitur: qui proinde firmat Regulam in cæteris casibus non exceptis.

Weilten dann gemeldte mit der hinfallenden Krankheit behaftte Tochter nicht allein diese, von welcher sie die Verpflegung in facto ipso genossen, sonder auch dero Brüder, und über das noch Mutters halber dero Geschwistrigt in gleichem Grad angetroffen, hätten solche billichster massen ad concurrendum pro alimentacione illius können, und sollen gezothen werden.

QUÆSTIO IV.

Ob die Verpflegung eines Pupillen von denen Mit- & Erben müsse vergütet werden?

In gegenwärtiger Causa will nemlich gezeufflet werden, ob die offternente des Erblassers Vatters Schwester diese ihrer mit erwenten Krankheit behafteter Baafen geschichte, und fürgestückte Alimenta, oder Verpflegung im Fall, daß sie nicht Universal-Erbin seyn solte, von der Erbschaft könne abziehen, und begehren, daß selbe von denen anderen Mit- & Erben vergütet sollen werden?

Es scheint zwar allda Statt zu haben die Negativa, und zwar ex ratione; quia præstatio alimentorum videtur facta animo donandi, & pietatis causa, wie solches expressè statuiret ist de matre & avia.

L. Alimenta. 11. C. de negot. gest. ibi: Exigente pietate. Et l. Nefennius. 34. ff. eod. ibi: cogente pietate.

Weilten dann auch in præsentem Casu eine sehr nahe Sippschaft, wird gleiche Præsumption zunehmen seyn; folglich cum donans non repetat, wird hierin die desiderirende Vergütung keinen Platz finden.

Nichts

29. *Deciditur Quæstio.* Nichts destoweniger halte pro Affirmativa; Dann nicht jeder Befreundte, so seinen Befreunden die Nahrung, und Verpflegung reichet, eben darum, weil er befreundet ist, zu präsumiren, daß solche Nahrungs-Mittel er gratis hergebe; nam in Vitrico, & Avunculo iste affectus non præsumitur.

L. si paterno. 1 §. C. de negot. gest. Surd. de Aliment. tit. 6. n. 4. Menoch. de arbitr. c. 88. n. 13. Molin. de J. & J. tr. 2. D. § 33. n. 6. Struv. Exerc. 7. th. § 4.

30. Imò & Mater potest repetere alimenta filio suo præstata, si fuerit de hoc protestata, aut impensas in Libro rationum consignaverit.

L. Nefennius. cit. l. cum tutores. 1. & l. aliment. 11. C. de negot. gest. Carpz. p. 2. consl. 10. def. 22. & 23.

Quæ tamen ratio in Librum rationum debilem præsumptionem præstat, quæ facile à pietate materna, & expensarum favore vincitur.

Brunnem. ad l. 34. cit. Müller ad Struv. Exerc. 7. cit. th. § 4. lit. d.

31. Hinc considerandum, quam ex concurrentibus contrariis Præsumptionibus sit fortior, & ex hac qualitate controversia est decidenda. Pro repetendi animo Præsumptio capitur, quando alendi necessitas non spectat ad alentem, vel non spectat ad ipsum solum, sed ad alium potius, alensque scit, creditive istum vivere, & solvendo esse. Et sic filius, qui Patrem inopem aluit, à fratribus suis, eorumque hæredibus pro rata repetit.

Müller. l. cit. lit. n.

32. Weilen dann in Casu præsentem neben der Vatters Schwester, so ihre Baafen verpfleget, noch mehr andere von Vatter, und Mutter gleich Gesippte vorhanden, denen also die Verpflegung diser ihrer Baafen insgesamb wäre obgelegen, folget nochwendig aus dem obigen, daß contra animum donandi Alimenta zu præsumiren. Wird also selbe im Fall, daß sie nicht alleinige Erbin seyn solte, nicht unrecht thuen, wann sie pro rata von allen denen, welchen die

Erbschaft möchte zugesprochen werden, die Vergütung der Alimenta begehret. Wie viel aber zuersetzen ex isto nomine, wird arbitrio Judicis zu überlassen seyn. Meines Geduncfens wurde nicht zuvil geschehen, wann für zwey-Jährige Verpflegung wenigst 100. fl begehret wurden.

Ist also mein zwar unvorgreifliche Meynung, daß 1. Die Anfangs ersagte Declaration, und auf gestellte Frag erstattete, und zum andernmahl wiederholte Antwort, da er Wolff Philipp gesagt, daß sein Vermögen dahin kommen solle, wo seine Schwester gewesen, für ein legitimum Testamentum Militare zuhalten, und also dessen Vatters Schwester, so dise ihre Baaf verpfleget, für völlige Erbin aller Baabschaft zu agnosciren, wann nur, daß solche Declaration von ihme Wolff Philipp gegeben worden, mit tauglichen Zeugen, aus deren Zahl die in Specie Facti benannte Personen keines Weegs auszuschließen, wird können belegt werden.

2. So man mit solcher Zeugnuß nicht könnte aufkommen, oder besagte Declaration pro ultima Voluntate legitima nicht wolte erkennen werden, also ad Calum hæreditatis ab intestato relicte die Sach ankommte, wurde die Verlassenschaft in sovil Portionen zu theilen seyn, als vil von Vatter, und Mutter her noch lebende Geschwistrigte seyn; darvon aber ausgeschloßen werden der schon verstorbenen Schwester und Brüder Kinder, als welche schon in der Sippschaft weiter entlegen. Weilen dann Väterliche Geschwistrigte vier, Mütterliche aber drey annoch bey Leben, müste die Erbschaft in sieben Theil vertheilet werden. Doch aber

3. Der jenigen, so ihre Baaf in der Krankheit mit ihren Mittlen verpfleget, und mit ihrer Mühe gewarhet, für die aufgewendete Kösten, und für aufgestandene Ungemach die Satisfaktion geschaffet, und von deren anderen Antheilen abgezogen werden. Und dises ist was Rechtens zu seyn erachte, hierdurch aber anderer besser gegründten Meynung mit nichten was benennend.

33. Summa ditorum.

34.

35.

