



Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. XLII. XLIII. XLIV. His tribus Consiliis continentur diffusæ Deductiones,
ac Reflexiones, in quibus Author à Labe usuraria absolvit Contractum,
quem vel Pactum Antichreticu[m], vel Emptionem ...

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

clare, imò evidenter ostendunt, si alio ex capite Jurisdictio controverla Serenissimo non competeret, eam saltem viâ legitimæ Præscriptionis Ipsi, & Serenissimis Antecessoribus fuisse acquisitam, cum omnia ad legitimam Præscriptionem requisita in præsentii Casu concurrant. Nam 1. Ipsa res, seu Jurisdictio est præscribibilis; nam Jurisdictio, ut supra dixi, consuetudine, consequenter etiam Præscriptione acquiri potest. 2. Adest bona fides; quis enim malæ fidei, aut violentiæ inculset possessionem tanto tempore, nemine eorum, ad quos pertinebat, usque ad ultima hæc tempora contradicente continuatam? 3. Non deficit justus Titulus, quippe quem dedit ipsa Bulla Aposto-

lica concedens Serenissimo hodierno, & Serenissimis Antecessoribus plenum Jus in Regimine, & administratione Monasterii, & Præposituræ in spiritualibus, & temporalibus. 4. De tempore legitime continuatæ Possessionis dubitari nequit, cum illud sit plus quam centenarium, nec ostendi usque ad tempus motæ litis possit actus, quo Jurisdictio ista in controversiam tracta, vel aliquid illi contrarium tentatum fuerit. Ut adeo urgentissima Argumenta ostendant, optime fundatam esse Serenissimo Electori Jurisdictionem, & potestatem ingerendi se etiam quoad ea, quæ Disciplinam Regularem concernunt.

* * *

CONSILIUM XLII.

Rechtliches Gutachten den von einer Löbl. Stadt A. an den auch Löbl. Spital H. wegen empfangenen Darlehens per 800. fl. cum pacto Antichretico überlassenen Wiß-Grund betreffend.

SUMMARIUM.

1. seqq. Facti Species.
5. Quæstiones discutienda.
6. seqq. Rationes dubitandi desumpta ex Læsione ultra dimidium per pactum antichreticum.
10. Defenditur aequitas Contractus.
11. Pretia rerum non statuuntur ex singulari unius affectione.
12. In æstimanda Læsione attendendum est pretium, quod erat justum tempore contractus.
13. Ad justum pretium determinandum, attendi debet certitudo, vel incertitudo futuri eventus.
14. Et alia circumstantia:
15. Servata etiam proportione pretii infimi & summi.
16. & seqq. Circumstantia in præsentii casu diminuentis pretium fructuum per pactum Antichreticum concessorum.
21. Renunciare quis potest Remedio Legis ad rescissionem contractus concessio.
22. Præcipue si Renunciatio sit jurata.
23. Nequaquam tamen, si Læsiō sit enormissima.
24. Qualis non datur in subtrato Casu.
25. seqq. In casu Læsionis, electio est Emptionis, utrum malit rescindi contractum; an vero addere supplementum pretii.
28. Conductor pradii Rustici non potest expelli a Locatore ob necessitatem ad usus proprios.
29. Qualis necessitas requiratur ad expellendum Conductorem etiam in pradio urbano.
31. seqq. Responderetur ad opposita argumenta.

FACTI SPECIES.

I.

S haben vor allbereith zwölff Jahren, wie solches der hierüber de dato den 23. Febr. Anno 1708. aufgerichtete Contract-Brieff weiset, die wohlweise Herren Burgermeister, und Rath einer Löbl. Stadt A. von damahligen Herrn Verwalter des Löbl. Spitals H. nach ehevor von Landfürstl. Regierung erhaltenen Gnädigsten Consens, ein Anlehen von 800. fl. paaren Geld empfangen, solches auch zu dalsiger Burgerschaft Wohlfarth, und

Nutzen, wie solches besagte Herren Burgermeister, und Rath in mentionirtem Contract-Brieff ausdrückentlich caviret, vera wendet; hingegen aber ihme Herrn Verwalter und seinen Nachkommen zur Versicherung gedachten Anlehens zehn Tage werck mit Holz angestohenen Wiß-Grund zu W. wie solcher durch die adhibirte Geldmessen bereits gemessen, und vermarktet worden, cum pacto Antichretico, und bestgestalten übergeben, daß Herr Verwalter und Nachkommen solchen Grund und Boden auf eigne Kosten zu zwey mädigen Wiß bereiten, und selbe an statt des Landbräuchlichen Interesse besitzen, auch jährlich ohne andere

andere Beschwerdte an Heu, und Emmet in so lang nützen, niessen, und gebrauchen möge, bisz ihme ermeldte Summa der vorgeliehenen 800. fl. auf vorherig zugelassene Abkündigung eines Jahrs, von obgemeldten Herren Burgermeister, und Rath widerum erstattet, abgerichtet, und bezahlet werde.

2. Damit aber besagter Herr Verwalter, und dessen Nachkommen dero auf Zubereithung, und Melioration des berührten Wisz-Grunds verwendete Kosten sich anwiderum um so besser erholen, wie auch von Frühzeitiger Abkündigung solchen Anlehens um so gesicherter seyn mögen, ist beyderseiths zugesagt worden, daß die Abkündigung solchen Anlehens von keiner Seiten vor 20. Jahren beschehen, sonder selbes, und hingegen die Abnutzung der zehen Tagwerck Wisz-Grunds bisz zu Verfließung der berührten 20. Jahr von Zeit dieses getroffenen Contracts, und des zu niessen kommenden Wisz-Grunds Quæstionis beständig dauern, und continuiren, nach deren Verfließung aber jedem Theil bevorbehalten seyn solle, auf ein Jahrs-Frist die Abkündigung solches Capitals zu thun: wie dann auch auf dessen erfolgter paarer Abzahlung die mehrermeldte zehen Tagwerck, und deren Nutzung der Stadt A. anwiderum frey, und loß heimfallen; da aber besagte Stadt auf die Aufkündigung mit Entrichtung des Anlehens der 800. fl. saumselig seyn würde, solchen Falls ermeldter Herr Verwalter und dessen Nachkommen vollen Gewalt, Macht, und erlangtes Recht haben sollen, die ehgemeldte zehen Tagwerck Wisz-Grunds in Anspruch zunehmen, anzugreifen, säil zu biethen, zuverkauffen, so lang, und vil, bisz selber um die dargeliehene 800. fl. befriediget, und bezahlet seyn wird.

3. Über das wurde von Herren Burgermeister und Rath ihme Verwaltern versprochen, mehregemeldte zehen Tagwerck Wisz-Grunds ihme darleyher, und dessen Nachkommen dergestalten zugewähren, daß wann hieran der anligende Fluß einen mercklichen Theil hinwegnehmen sollte, solchen Abgang jedesmahl mit anderen nächst-anligenden Grund zuersetzen, mithin die verheißene 10. Tagwerck jederzeit vollständig zu Nutzen zuverschaffen. Es haben auch zu noch mehrerer Versicherung bemeldte Herren Burgermeister, und Rath im Namen gemeiner Stadt anbey renunciret, und sich verzyhen allen Exceptionibus, Privilegiis, und Beneficiis, so wider solch getroffenen Contract ihnen zustehen könte, also daß deren keines und in specie l. Civitas. 27. ff. de reb. credit. und darinnen Versionis in rem, Actus non legitime facti, Competentia, Uturæ illicitæ, Lætionis ultra dimidium, oder einige andere Einwendung, so insgemein, sonderlich denen Städten und Gemeinden zu gutem verordnet, und erdacht

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

werden können, ihnen mit nichten zu stattel kommen, oder was fürtragen solle, und solches auß beygefügter Ursach, weilen daß Anlehen Quæstionis zu gemeiner Stadt, und Burgerschaft Nothdurfft, und Nutzen freywillig, und wohlbedachtlich übernommen, und zu keinem anderen End verwendet; hingegen auch von Herrn Verwalter auf die Zubereithung des Grunds Quæstionis merckliche Kosten aufgewendet, und zumahlen die überlassene Nutzung vor ungenutz, und unbeständig gehalten worden.

Auf solche Weiß hat berührtes Hospital disen ihme assignirten Wisz-Grund mit grossen Unkosten, massen hierzu bisz 200. fl. aufgewendet, von angeflohenen Holz außgereithet, ihme mit grosser Mühe zu besten Stand gebracht, auch selben mit guten Vortheil bisz auf dieses vorwährende 1720. Jahr ruhig genossen, da dan die Herren Burgermeister und Rath zu A. dieses ersehend, erstlich den 28. Febr. bey Herrn Verwalter sich schriftlich angemeldet, und begehret, daß selber eintwederß gegen Refusion des empfangenen Anlehens bemeldte Wisz-Mäcker gutwillig anlassen, oder mit ihnen ein neue Convention zutreffen ihme belieben lassen wolle; welches begehren sie auch nachmahlen den 14. dieses laufenden Monaths Octobr. widerholet, und anbey die Abkündigung des dargereichten Capitals in der Sach selbstem bewürcket.

Auf welchem allen dann sich erheben nach folgende Fragen. 1. Ob ein Eöbl. Stadt A. gegen das Hospital H. wegen quæstionirten Contract, und dardurch beschehenen Lætion ultra dimidium sich mit Zug Rechtens beklagen könne? 2. Ob in Casu, da ein solche Lætion sich hervorthut, in eines Wohlweisen Magistrats Mächten siehe, die per Pactum Antichreticum überschribene, und assignirte Wisz-Mäcker zu reclamiren, und das empfangene Capital vor Abfließung der 20. pactirten Jahren aufzukünden? Sodann 3. Ob, da in ungestandenen Fall propter lætionem ultra dimidium Remedium L. rem majoris. 2. C. de rescind. Vendit. wohl erlagter Stadt zustatten kömte, das Hospital getrungen, und verpflichtet seye vor End der eingedungenen 20. Jahren die übernommene Wisz-Mäcker auf beschehene Abkündigung anzulassen, und gegen Heimstellung des dargeliehenen Capitals der Stadt A. heimzustellen?

Daß beschehene Abkündigung auch vor Abfließung der 20. pactirten Jahren mit allem Zug Rechtens habe vorgenommen, und verschribne 10. Tagwerck Wisz-Grunds iustissimo titulo von einem Eöbl. Magistrat haben können reclamiret werden, will auß nachfolgenden Rationibus erzwungen werden, dann 1. Allerdings bekant ist, daß ab dem Tagwerck des Wisz-Grunds Quæstionis die Burger zu A. gleich die erstere

C c c

Jahr

4.

5. Quæstiones discutien- da.

6. Rationes Dubitandi.

Jahr 4. und $4\frac{1}{2}$ fl. Jährlichen Bestands Gelds offeriret; auch ansonsten ab dem Tagwerck zweymädigen Wiß: Grund 6. bis 7. fl. Jährlich verreichet; nicht minder bey deren Alienation wohl 150. fl. zum Kauff: Schilling bezahlet werden: zu welcher Summa daß von dem 800. fl. dargeliehenen Capital abfließende Interesse ganz nicht eintrifft, sonder von der Nutzung quæstionirter Mäder sehr weit übertroffen wird, welches auch ferners

7. 2. Aus dem erhellet, daß die auf gleiche Weiß an den Herrn Sch. übergebne, und voriges Jahr an die Stadt A. widerum zuruck gelassene schlechtere Wiß: Mäder würcklichen um die Helffte höher, als der Zins von angeliehener Summa der 800. fl. sich belauffet, und zwar meistens an die Mit: Rath: Freund, denen doch hierinnen bey dergleichen Casibus etwas mehrers, als einem außwendigen pflegt nachgesehen zu werden, von dem Stadt: Magistrat verstoffet worden: daß also nicht zusehen, wie, und mit was Rechten das Hospital H. einen so grossen Ubergewinn desideriren, und sich weigeren könne entweder gegen Refusion des Anlehens die bemeldte Wiß: Mäder gutwillig zuruckzulassen, oder ein neue Convention um billigeren Preys mit dem Magistrat zu treffen; dann pro

8. 3. Obwohlen man zwar an Seiten des Magistrats sich wohl erinnere, daß der mit dem Hospital errichtete Contract auf 20. Jahr geschlossen worden, so hätte doch ein gemeine Stadt billichste Ursachen hiervon auch vor Verfuß pactirter Zeit abzutreten, angesehen, daß von quæstionirten Wiß: Grund all: jährlich in die 30. oder mehr Tuder Heu, und Emmet heimgeführt werden, deren eines in das andere, wie sie dise 12. Jahr geladen worden, in mittelmäßigen Anschlag angerechnet, auf die 6. fl. æstimiret wird; also all: jährliche Emolumenta bis 180. fl. ausmachen, in deme doch der von 800. fl. Capital fließende Reich: übliche, oder sonst in Recessibus Imperii connivirte Zins, und Interesse nicht über 40. fl. ausmachet. Aus welchem dann folgt, daß solches bey so hoch sich erstrecketen Emolumentis wenigstens um 140. fl. all: jährlich übertroffen, und hiermit ein gemeine Stadt, und Burgererschaft über die Maas, und Billichkeit sich lædirt befindet. Zu deme noch weiters

9. 4. Kommet, daß das bishero nur vor 10. Tagwerck gemessene Spatium, want mans ordentlich, und behörig messen will, in 11. bis 12. Tagwerck bestehet, so daß besagte Herren Burgermeister, und Rath, weilen dasige Burgererschaft, wie auch das gemeine Stadt: Weesen, auch von so übermäßiger LæSION zu abstrahiren, ersagte Wiß: selbst hoch vonnöthen hat, sie vor einen so grossen Genus gegen einem so gerine

gen Capital in frembden Händen ferners zu lassen ihnen nicht unbillig ein Gewissen machen thut, und darum in Hoffnung stehet, daß Löbl. Hospital in Consideration des schon 12. Jahr lang übermäßig aufgehobnen respectivè Zins werde ihnen nicht übel nehmen, wann selbe ob schon die 20. pactirte Jahr noch nicht abgelauffen, berührtes Capital aufzukünden, und die Antichreticè cedirte Wiß: zu reclamiren unumgänglich sich benöthiget finden.

Es seynd aber dise, und etwann andere auf die Ban bringende Argumenta, und Rationes von keinen solchem Nachdruck, und Kräfte, daß darum die vor bestimmter Zeit intendirte Aufkündigung des Capitals, und Unheimruffung auf 20. Jahr Antichreticè überlassenen Wiß: Grund approbiren, und denen Rechten gemäß halten kan. Darumen dann

AD QUÆSTIONEM I.

Ob ein Löbl. Stadt A. gegen das Hospital H. wegen quæstionirten Contracts / und dardurch beschehener LæSIONIS ultra dimidium sich mit Zug Rechtsens beklagen könne?

Antwort, negativè; nam ut sanum iudicium ferri possit, num in Contractu contigerit læsio ultra dimidium, nec ne, plura consideranda sunt. Et 1. Quidem respiciendum non ad singularem unius affectionem, sed ad communem rerum ætimationem.

Arg. 1. si servum. 33. pr. ff. ad Leg. Aquil. l. pretia. 63. ff. ad Leg. Falcid. l. septem. 12. C. de erogar. milit. annon. ibi, ut in foro rerum venalium distrabuntur. Carp. p. 2. Conf. 34. def. 6. n. 6. Lauterb. ad ff. de rescind. vendit. §. 13.

Hinc licet statim post Venditionem peritiam vicinus, vel alius ob singularem commoditatem, vel affectionem plus duplo offerret, Venditor tamen propterea hanc læsionis querelam intentare non possit.

Richter. p. 2. decis. 99. n. 139. Valac. consult. 43. n. 11. ibi: Calor unius, vel alterius plus licitantis non attenditur.

2. In æstimanda læsione ultra dimidium, & decernenda exinde restitutione attendi debet justum pretium, quod res vendita habuit tempore, quo celebratus est Contractus, quanti scilicet res eo tempore valuit, non vero, quanti postea.

c. cum causa. 6. de Empt. & Vendit. ibi, Venditionis tempore, l. non intelligitur. 3. §. Divi Fratres. 5. ff. de Jur. fise. l. si voluntate. 8. fin. C. de rescind. vendit. ibi, Nisi minus dimidia justii pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset. Molin. tract. 2. de J. & J. D. 349. n. 3. Myning. 1771. 4. obs. 73. num. 7. & 11.

Ant. Faber l. 4. tit. 30. def. 9. Richter. decis. 99. cit. n. 147. Carpz. def. 6. cit. Bechman. Observ. pract. ad ff. de rescind. vend. obs. 7. Struv. ad ff. Exerc. 23. thes. 86. Müller ibid. lit. 7. Pirhing. ad tit. de Empt. & Vendit. n. 27. D. Doct. Franz. ad Inst. tit. eod. n. 118. & alii communiter.

Quidquid igitur post Contractum rei pretio accrescit, vel decrefcit, illud ad Emptoris lucrum, vel damnum pertinet.

Arg. §. cum autem. 3. Inst. de Empt. & Vendit. Mevius p. 2. decis. 320. Lauterbach ad ff. de rescind. vend. §. 14.

Ratio est, quia de illa duntaxat læsione quaritur, quæ venit in venditionem; venit autem in venditionem solum illa, quæ facta est in pretio, quod res habebat tempore initi Contractus. Nam si considerari deberet pretium illud, quod in futurum res habitura est, nunquam certo pretio res vendi possent; quia pretia rerum pro diversitate temporum variant, ut modò cariori, modò viliori veneant.

L. pretia 63. §. nonnullam. 2. ff. ad Leg. Falcid. Gabr. Concl. comm. tit. de Empt. concl. 1. n. 47. Mascard. de Probat. concl. 965. n. 7. & seqq. Klock. rom. 2. cons. 51. n. 107. & seqq. Hahn. de las. ultr. dimid. thes. 101.

3. Consideranda certitudo, vel incertitudo futuri eventus; nam ob majorem, vel minorem incertitudinem, à qua dependet læsio, vel lucrum contrahentium, res majori, vel minori pretio venduntur. Nec læsus cenferi debet, qui hac incertitudine æstimatà, tantilli vendidit, licet postea secus evenierit, & emptor lucrum acceperit; cum enim tempus in pejus quoque ruere potuerit, ut adeò læsio dependeat ex incerto futuro eventu, hac dubietate consideratà, res plus non valuit.

Lauterbach l. cit. §. 15.

Hinc si quis in superioribus belli temporibus pretio secundum communem illius temporis æstimationem justò prædium aliquod emit, licet illud hodie duplo, vel triplo plus valeat, propterea tamen Emptio illa rescindi, aut querela super læsione ultra dimidium moveri non potest. Idem dicendum, si quis partes Metallicas, Berg- & Hell, pretio eo tempore secundum communem æstimationem justo emerit, & brevi temporis spatio summam exinde consecutus est triplo majorem. Aut si quis in fundo, justo pretio empto, postea invenerit thesaurum.

Arum. l. 1. decis. 1. Tuld. in C. de rescind. Vend. n. 7. Card. de Lug. de F. & F. D. 6. sect. 11. n. 127. Lauterb. l. cit.

Imò generaliter, quoties læsio dependet ab incerto futuro eventu, toties non est locus Remedio.

L. 2. C. de rescind. vendit. prout cum alijs R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. 1.

is notant Tuld. in Cod. tit. de rescind. vend. n. 2. Richter. decis. 99. cit. n. 39. ibi: Non est consideranda læsio, quæ ex incerto eventu dependet. Maul. de Empt. & Vend. tit. 12. n. 33. fin. Mollenbec. ad ff. de rescind. Vendit. n. 21. Lauterbach. l. cit. & sumitur arg. l. verum. 11. §. item. 4. ibi, Nec enim eventus damni restitutionem indulget, ff. de Minor.

Et ob hanc rationem in Hæreditate vendita non videtur obtinere remedium istud; quia hæc tanquam spes vendita censetur, in qua Emptione nulla consideratur læsio, utpote quæ ab incerto eventu dependet.

Mollenbec. l. cit. n. 69.

Et hoc maxime procedit in Contractu Locationis Conductionis; nam in hac, quia non tam ad rei, quam ad fructuum æstimationem respiciendum est, fructus verò ut plurimum incerti sunt vel ob periculum hostium, vel ob alium casum, & damna obvenientia, illa justa, & æqua dicetur mercès Locationis Conductionis, quæ fructibus probabiliter percipiendis, quantum moraliter fieri potest, absque læsione ultra dimidium correspondent, cum non nisi ratione usus percepti debeatur mercès.

Müller. ad Struv. Exerc. 24. thes. 6. lit. B.

Hinc fit, ut interdum res plus locentur, quam valeant, interdum minoris; quia interdum res minoris pretii plus, quam res majoris pretii fructificat. Exemplum est in Molendino ad flumen publicum constructo, quod licet minus fortasse valeat, quam Palatium, quia tamen major illius, quam hujus utilitas est, quandoque pro majori annua pensione locatur illud, quam istud.

Cæpol. in tract. simul. Contract. n. 32. & seqq. Coler. de Merced. thes. 8. Müller l. cit.

4. Æstimatio rerum, ut cognosci possit, num læsio ultra dimidium in Contractibus circa eas initis contigerit, multum pendet ex alijs circumstantiis.

Mollenbec. ff. de rescind. vend. n. 38.

Possunt enim causæ aliquot concurrere, ex quibus fundorum pretium variatur vel propter periculum hostium, quos proximos habet, vel ob vicinum flumen, & alia plura.

L. non intelligitur. 3. §. Divi Fratres. §. ff. de Jur. fisco.

Hinc si propter ejusmodi causam temporariam, & fortuitam pretia rerum decreverint, non propterea is, qui minoris emit, de læsione ultra dimidium argui potest, etsi postea, causà illà cessante, fundus, quem emit, duplo, aut triplo plus valeat.

Pinell. ad l. 2. C. de rescind. vendit. p. 3. c. ult. n. 8. & 15. Tuld. in Cod. tit. eod. n. 2. Valasc. consult. 43. n. 28. Lauterbach ad ff. de rescind. vendit. §. 15.

Talis circumstantia etiam est industria, ex-

penſa, & labor Conductoris, quo fundum ſibi locatum exercet; neque enim ob multo majorem, & extraordinariam fructuum ubertatem, qui uno, vel pluribus annis ex fundo proveniunt, augeri idcirco penſio debet, quando ubertas hæc ex industria Conductoris provenit, cum ipſi ſua induſtria damnosa eſſe non debeat.

Laym. l. 3. Theol. mor. tract. 4. c. 22. n.

8. Pirhing. ad rit. de Locat. Conduct. n. 8. König *ibid.* n. 22.

Qui DD. hoc ipſum dicunt, quando ubertas provenit ex bonitate fundi; hunc enim Dominus majori, quam potuit, mercede locaſſe cenſetur. Quare ad æſtimandam juſtitiam penſionis, pro fundo, aut alia quavis re locata, non eſt attendendum ad quantitatem extraordinariam fructuum inde ob ſingularem Conductoris induſtriam, laborem, peritiã, expenſas collectorum; ſed æſtimanda juſtitia mercedis eſt ex fructibus, quos hujusmodi fundi, vel res, ordinariã, & communi diligentia, labore, & expenſis culti, proferunt: quod enim excedit, eſt fructus induſtriæ, qui illi cedit, qui induſtriam talem adhibet.

15.

5. Denique cum in rebus, quibus à Legge, vel Magiſtratu certum pretium ſtatutum non eſt, communiter triplex diſtinguatur pretium, ſupremum, medium, & iſſimum, ut læſio dicatur facta ultra dimidium, non ſufficit, læſum eſſe aliquem ultra dimidium cujuſcunque pretii: ſed ut conveniri quidem Emptor poſſit à Venditore, necesse eſt læſionem contigiſſe ultra dimidium juſti pretii iſſimi; ut verò contra ab Emptore conveniri Venditor poſſit, debet conſiderari pretium ſummum.

Covar. l. 2. var. c. 3. n. 3. Palao tract.

32. D. 5. p. 17. §. 1. n. 5. Molin. tr.

2. de J. & J. D. 349. n. 4. & 5. Pirhing. tit. cit. n. 28.

Et hinc ſi pretium rei venditæ medium ſint 100. ſi iſſimum 25. non cenſebitur ultra dimidium læſus Venditor, qui pro ea accepit 45. Similiter neque Emptor cenſebitur læſus ultra dimidium, ſi pro re, cujus pretium medium ſunt 50. ſummum 55. dedit 101. Porro quod ſit pretium juſtum pro annuis redditibus, non conveniunt DD. Quibusdam in Reditibus perpetuis placet, juſtum pretium eſſe 20. pro uno, ea ratione, quod Jure communi juſtum fundi pretium ſit, quantum 20. annorum fructus, deductis expenſis, confecerint.

Gloſſ. in Aush. perpetua, & ibi Salicet.

q. pen. C. de SS. Eccl. Roman. conf. 423.

Jalon in l. ſi fundum. col. 2. ff. de Legar.

1. Guid. Pap. conf. 180.

Alii annum Reditum juſto pretio æſtimari volunt ad rationem unius pro 35. alii ad rationem 25. Fit proinde, in his Reditibus perpetuis conſtituendis, quantum ad juſtam eorum æſtimationem, neceſſariò obſervandam eſſe Conſuetudinem Provinciæ, iplam-

que communem hominum æſtimationem, quæ cujuſlibet rei juſtum pretium definiere ſolet.

L. pretia. 3. ff. ad Leg. Falcid. Covar. l. 3. var. c. 2. n. 6.

Nun aber daß bißhero aus allegirten be-
wehrtiſten Authoribus in Theſi erwieſene ad
präſentem Hypotheſin zu appliciren, iſt
1. Ex Facti Specie præmiſſa Num. 1. & al-
legato ibi Instrumento Contractus inter
Urbem A. & Hospitalē H. initi allzubekant,
daß quaſtionirte von Herren Burgermei-
ſter, und Rath zu A. auf 20. Jahr beſage-
tem Hospital verliehene 10. Tagwerck
vorhin faſt völlig in Abgang kommen, und
darum mit Holz angeflohen geweſen; alſo
ganz nicht um diſen Werth haben können
geſchätzt werden, den ſie jezt durch vil Sei-
then des Hospitals angewendete Mühe, und
Köſten bekommen. Wann dann nach Auf-
weiß Num. 12. pro æſtimanda læſionis
quantitate nicht anzusehen der Werth, wel-
chen die Sach nach der Zeit bekommen,
ſondern jener, den es damahlen gehabt, da
um ſelbe iſt contrahiret worden, iſt nicht
zu erſehen, mit was Billicheit man auß
denen Möglichkeiten, ſo beſagte 10. Tag-
werck Wiß Grund gegenwärtiger Zeit
haben, man einige ſchwere Læſion erzwün-
gen will, anſonſten könnte auch Læſionis
ultra dimidium überwieſen werden, der ei-
nen vorhin völlig abgenutzten Mayr Hoff
um geringen, doch billichen Werth eingek-
kauft, ſelben aber durch vil Mühe, und
Unkōſten ſo weit gebracht, daß ihme
zwey oder drey mahl mehr ſürohin nutzen
kan, als das Intereſſe deß darfür außge-
legten Rauff Schillings anſonſt ausmachete;
welches aber wider all Welt üblichen
Brauch ſtreitete, gemäß deme ein oder ab-
genutzter Grund jeder Zeit um minderen
Werth hingeben wird. Ja dergleichen
Grund und Boden werden offt pro leviſ-
ſimo Canone in Emphyteuſin gegeben, wel-
len jemahl dem Domino directo beſſer einen
ſolch geringen Canonem zu erheben, und
darbey erhalten, daß ſolche Grund zu Nutz
gebracht werden, als daß ſelbe auch ſüro-
hin od, und verlaſſen ſtehen. Über das
2. Haben Herren Burgermeiſter, und
Rath zu A. ſelbſt erkennen, daß ſolcher
Nutzen bey quaſtionirten 10. Tagwerck
Wißmath ungewiß ſeye. Darummen, wie
ex Literis 25. Maj 1708. alſo eodem, quo
Contractus initus eſt, Anno datis lauthet,
ſie ſich erbotten, im Fall, ſo ſich ſolte
äuſſeren, daß in denen erſteren Jahren ab
dem außgereutheten Grund das Hospital
keinen ergiblichen Nutzen haben ſolle, die
bedingte Zeit auf zwey oder drey Jahr zu
prolongiren. Und hatte man wohl billiche
Ursach auf ſolche Ungewißheit zu reflecti-
ren; dann neben deme, daß dergleichen
Mäder einweders wegen gar zu lang an-
haltender Trüekne, durch welche das Graß
verbreit

verbrennet, oder wegen beständig daurenden Regenwetter, dardurch selbes verfaulet wird, zum öfteren den erwünschten Nutzen nicht hervorbringen, ist nebenhin bey gegenwärtigem Fundo billich anzusehen der neben anliegende Fluß, indem bekannt, daß solch an Flüssen ligende Güter wegen Gefahr des Ergüssens jemahlen minder gelten, als von solcher Gefahr befreuete. Und wann schon diese zwölf nächst verfloffene Jahr, da das Hospital Fundum Quæstionis genossen, die Ausflüß des Wassers darauf nicht vil Schaden verurfachet, so hätte es doch machen können, welche Gefahr also mercklich, daß durch selbes das sonst gebräuchliche Pretium Fundorum billichster Massen diminuiret soll werden. Weiters

3. Müssen in Consideration gezogen werden die aufgewendete Mühe, und Kosten, durch welche diser Grund in so guten Stand nunmehr gesetzt worden, welches auch eine Stadt A. nach verfloffenen 20. Jahren Contractus initiu zu genüssen hat, massen als dann billichster Massen solchen Fundum eintrweder selbst genüssen, oder um höhere Pension verleihen kan. Wann jemand ein Lands-Gut durch seinen auffserordentlichen Fleiß verbesseret, und hiemit zu wegen gebracht, daß selbes noch einmahl, oder zwey, dreyemahl sovil bringet, als es sonst, und vorhin utrtragen, wurde gewißlich seine Arbeit übel belohnet seyn, wann darum er sehen müste, daß der mit ihm getroffene Contract umgestossen, und vor verfloffener Zeit gezwungen wolte werden, eine noch so grosse Pension, als vorhin wegen durch seinen sauren Schweiß und Mühe vermehrten Nutzen darauf zureichen. Solche Besserung nun ist in præsentu Casu geschehen, da das angeflöhene Holz mit grossen Unkosten aufgereitet, die Erden mit anderstwoher theur erkauften Saamen besämet, und also zu Nutzen gebracht worden, welches gewiß nicht geschehen wäre, wann diser Grund in andere Hand gekommen wäre. Ist also keines Weegs der Billlichkeit gemäß, wann man besagtes Hospital dessentwegen mit grösseren Canone wolte ansehen, und den vorher getroffenen Contract umstossen, sonder vilmehr ist selbes darum werth höchsten Lob, und Danck propter rem in futuram perpetuam Urbis utilitatem præclare gestam, und solle darum pro aliquo laboris solatio omni Jure bey alten Contract gelassen werden. Und solches um so vil mehrer, weilten

4. Cothane Unkosten, so sich auf die 200. fl. ganz wohl belausfen, ex causa utilitatis perpetuæ, quam exinde in futura tempora Urbis A. percipiet, zum Capital geschlagen, und dafür mit allem Zug Rechts tens eine erklöckliche Ergözung Seithen des Hospitals begehret kan werden. Ja die aus disen Extraordinar-adhibirten Fleiß erzwingene mehrere Nutzbarkeit kan billich-

stens inter fructus industriales gezehlet werden, qui fructus etiam ex re aliena bona fide percepti industriam adhibenti cedunt, & propterea, re Domino restituta, compensari ab isto debent expensæ pro ipsis, & fundi melioratione factæ.

L. utiles. 39. fm. ff. de Hæred. petit. l. Julianus. 37. ff. de R. V.

Also aller Billlichkeit entgegen zu seyn scheinet, daß wegen des Uberschuss der Früchten, so Seithen des Hospitals durch sonderen Fleiß, und Mühewaltung errungen worden, und villeicht, so Fundus Quæstionis in anderen Händen gebliben wäre, niemahl zu hoffen waren, der Contract umgestossen, und etwas mehrers, als vorhin wolte geforderet werden. Welches auch noch ferners

5. Bekräftiget wird aus deme, daß wann alles recht will betrachtet werden, was in Casu præsentu einlauffet, keines Weegs sich zeigen wird einige in pretio geschehene Læssio; dann 1. ist für 20. jährliche Nutznißung Fundi Quæstionis eine Paarschaft von 800. fl. so jährlichen Zins traget 40. fl. 2. Ist solches Anlehen geschehen zu Nutz gemeiner Stadt zu jener Zeit, da solche dessen höchst bedürfftig, und villeicht mit solchen Conditionibus anderwertig nicht hätte erhalten. 3. Ist das dafür assignirte Wismad wegen angeflöhnen Holz in keinen solchen Werth tempore Contractus gestanden, als selbes anjeko sich findet. 4. Ist diser bessere Stand mit Unkosten von 200. fl. erzwungen worden, welche Summa zu einem Capital gerechnet, abermahlen 10. fl. jährlichen Zins, also mit denen vorderen 40. zusammen 50. fl. außwirffet. Nun diese Summa von 50. fl. 5. Wann man sie in die 10. überlassene Tage werck vertheilet, auf jedes Tagwerck jährlich 5. fl. außmachet. Kommet also nur um einen Gulden minder auf jedes Tagwerck, als sonst machet der jährliche Zins, welcher ab dem Tagwerck zweymädigen Wismads nach eigener Beständnuß Herren Burgermeister, und Raths laut primæ Rationis dubitandi Num. 6. ansonst pfleget gereicht zu werden. Daß aber ferners 6. diese 5. fl. jährlichen Zins für ein Tagwerck gerechnet, noch pretium justum Locationis Conductionis seye, erhellet aus deme, weilten laut Num. 6. nach eigener Bekanntnuß eines Wohlweisen Raths allerdings bekannt ist, daß ab den Tagwerck des Wis Grundes Quæstionis die Burger der Stadt

A. die erstere Jahr 4. und $4\frac{1}{2}$ fl. jährlichen Bestand: Gelds offeriret, also pro Pretio justo auch das Mindere haben selbst erkennet. Und obwohlen zwar 7. Dem Seithen der Stadt A. beschehenen Vorschreiben nach von quæstionirten Wis: Grund all: jährlich in die 30. oder noch mehr Tuder, deren eines in das andere gerech-

net auf die 6. fl. estimiret will werden, von Heu, und Emmet soll heimgeführet werden, so befindet sich doch in denen Hospitals Rechnungen ein ganz anderes, massen meisten Theils weniger nach Gestalt des Jahresgangs, ja einmahl nur 12. Fuder in allem genossen worden. Über das 8. Ist das erste Jahr ganz ohne Nutzen abgelassen, weil die Officier ihre Pferd beständig darauf gehabt, ohne daß die Stadt A. solches verhindern wollen, obwohl man wegen Abstellung gebührende Ansuchung gethan. Sollte man also die für selbes Jahr der Stadt A. aufschreibende, und von angerechneten Capital 300. fl. Anlehens, und 200. aufgewendeten Kosten laufende 50. fl. jährlichen Zins-Gelds unter die hernachfolgende Jahr eintheilen, wird sich allerdings zeigen, daß für ein Jahr 60. fl. und also für ein jedes Tagwerk 6. fl. kommen, so eben der Preis ist, in welchem der für jedes Tagwerk von Herren Bürgermeister, und Rath selbst angelegte jährliche Zins ist. Und wann auch 9. Die Sach sich also verhielte, und das Wismad Quæstionis all-jährlich auf die 30. Fuder genossen wurde, so ist doch consideratâ communi Jctorum doctrina, quod fructuum nomine solum id veniat, quod deductis expensis superest, nicht alles dieses für Gewinn zurechnen, massen darvon abzuziehen, was auf das l. v. thungen, mahen, heuen, einführen, und ander gewöhnliche Aufgaaben verwendet muß werden. Nun aber ist erweislich, daß auf Fundum Quæstionis all-jährlich bey 90. oder noch mehr Fuder l. v. Thungen abgeführt worden, aus welchen wann man jedes Fuder, wie wegen Entlegenheit, und starcken Aufladens billich ist, per 1. fl. anschlagen solle, von dem angerechneten Nutzen, allein 90. fl. abgehen, also solcher nicht also hoch, wie von Seithen der Stadt vorgeben wird, kan angegeben werden. Und letztlich 10. Wann auch ein Uberschwang nach allem diesen verbleiben sollte, so ist doch mehr dann billich, daß selber Conductor, præsertim ita utiliter in re locata versato propter incertitudinem annuorum fructuum, & damnorum sæpè contingentium pericula zu Nutzen kommen, wie dann in facto auf quæstionirter Wismad Zeit wehrenden Contractus der anlaufende Fluß zweymahl den l. v. Funget völlig abgeleeret, und hinweggeführt, daß also der Schaden mit neuer Zufuhr, und doppelten Aufkosten hat müssen ersetzt werden. Wolte man auf solche Incertitudinem, und Pericula nicht reflectiren, so wurde der oben angeregte, von Herren Bürgermeister, und Rath selbst für billich, und gebräuchlich gehalten Censur der 6. fl. ab dem Tagwerk zwey-mädigen Wis-Grunds nicht mehr Pretium Justum Locationis Conductionis seyn, weil wohl zuer messen, daß ein Tagwerk zwey-mädiges Wismaths mehr dann

ein Fuder Heu und Emmet zuertragen pflegen.

AD QUÆSTIONEM II.

Ob in Casu, da læsio enormis, & ultra dimidium wider verhoffen sich hervor thäte / in eines Wohlweisen Magistrats Mächten stehe / die per Pactum Antichreticum überschriebene / und assignirte Wismad zu reclamiren / und das empfangene Capital vor Abflüssung der 20. pactirten Jahren aufzukünden?

Set abermahl Negativa Responsio, massen ein allgemeine Lehr der berühmtesten Jctorum ist, quod quando beneficio l. 2. C. de rescind. Vendit. quis renuntiavit, si non generaliter tantum, sed specialiter, & expressè hoc fecerit, præsertim Juramento accedente, Remedium hoc Actionis ad rescissionem Contractus, vel supplementum pretii refundendum ultra dimidium læsis non concedatur.

Covar. l. 2. var. c. 4. n. 1. Molin. tr. 2. de J. & F. D. 349. n. 16. & 17. Palao tr. 32. D. 5. pag. 17. S. 10. num. 2. Guttier. de Juram. pag. 1. c. 26. num. 2. Arum. ad l. 2. C. de rescind. vend. D. 3. thes. 23. Franzk. l. 2. resol. 4. n. 37. Harppr. ad S. fin. Inst. de Empt. & Vend. n. 134. & seqq. Richter part. 2. decif. 99. n. 98. Carpz. p. 2. Const. 34. def. 2. Lauterb. ad ff. de rescind. Vend. §. 57. Struv. ad ff. Exerc. 23. thes. 88. Müller. ibid. Lit. B. Engl. ad tit. de Empt. Vendit. n. 16. Pirhing. ibid. n. 28. König tit. eod. n. 44. Y. verum. Clariff. D. Franz. ad Inst. tit. cit. n. 102. P. Friderich tract. de Empt. & Vendit. num. 952.

Colligitur doctrina ista ad eò communis inter DD.

Arg. l. quaritur. 14. §. si. Venditor. 9. ff. de Edict. Edict.

Ubi Actiones suas remittentibus regressus ad illas expressè negatur. Ratio est, quia

L. rem majoris. 2. C. de rescind. Vendit.

Quæ proditum est Remedium istud, non invito, sed volenti succurrit.

L. invitus. 156. princ. & S. fin. ff. de R. J.

Et quilibet Juri, vel favori pro se principaliter introducto renunciare potest.

L. pactum. 46. ff. & l. siquis. 29. C. de Pact.

Quod maximè verum est, si hujusmodi renuntiatio facta sit cum Juramento; nam servandum est Juramentum, quod in salutis dispendium, & alterius detrimentum non redundat.

c. cum contingat. 28. de Furejur. & c. quamvis. 2. eod. in 6. Mollenbec. ad ff. de rescind. Vend. n. 28.

Hinc

Hinc ne propter magnam læsionem (extra dolum tamen) rescindatur divisio hæreditatis semel facta, Instrumento Divisionis subijci solet renuntiatio beneficii Legis. 2. cit.

Stryck. *de Caute. Contract. sect. 3. c. 3. §. 16.* Müller. *ad Struv. Exerc. 15. thes. 16. Lit. 7.*

23. Excipiunt ab hac communi doctrina DD. cit. si læsio sit enormissima, qualis adesse censetur, si ad triplum, vel quadruplum facta sit; nam si talis contigerit, non obstante Renuntiatione, locus est Remedio Legis cit. Ita cum cit.

Covar. n. 5. Guttier. num. 7. P. Friderich n. 935. expressè sentit Valasc. *consult. 130. n. 23.* & communis DD.

Ratio est, quia talis, & adeo enormis læsio sub renuntiatione etiam specialiter, & jurata non comprehenditur, tum quia Dolus ei causam dedisse censetur, contra quem actioni non præsumitur quis renuntiassè, tum quia cum nemo censeatur res suas adeo jactare velle, de ejusmodi læsione adeo gravi probabiliter non cogitavit renuntians. Ad non cogitata autem renuntiatio extendi nequit.

Mollenbec. *ad ff. de rescind. Vendit. n. 15.*

24. In casu præsentis Controversiæ ist nicht als sein kein so grosse Læsion nicht zu finden, sonder laut deductorum Num. 20. wohl nicht zu probiren Læsio ultra dimidium: herentgegen hat ein Wohlweiser Magistrat zu A. im Namen gemeiner Stadt nach Aufweis Num. 3. und darinn allegirten Contractus Instrumento beneficio l. 2. C. de rescind. vendit. ob læsionem ultra dimidium factam expressè, & specificè renunciret, welche Renuntiation wohl seinen Effectum nach Maßgab der *eribus Num. prac.* deducirten, und communi DD. calculo approbirten doctrinæ haben, und facultatem agendi ex hoc beneficio vel ad refusionem Contractus, vel ad supplementum pretii justii benennen muß, daß also nicht zu sehen, wie, und mit was Zug Rechts post renuntiationem ita factam, etiam stante, non tamen concessa læsione ultra dimidium, si enormissima illa non sit, dieses Beneficium von Herren Burgermeister und Rath abermahl apprehendiret, und bey selben einige Zusucht gemacht kan werden.

AD QUÆSTIONEM III.

Ob/ da in ungestandenen Fall propter læsionem ultra dimidium Remedium Legis secundæ cit. der Stadt A. zustatten kommete/ das Hospital verpflichtet seye/ vor End der eingedungenen 20. Jahren die übernommene Wißnaden auf beschehene Abkündigung gegen Heimstellung des dargeliehenen Capitals heimzustellen?

25. Ist gleichfals die Antwort von Nein; nam casu, quo læsio contingit ultra dimidium justii pretii, electio est Em-

ptoris, utrum malit rescindi Contractum, & recipere pretium, an verò Contractum vale- re, & addere supplementum.

26. Nititur Doctrina ista tum apertis Juris utriusque textibus, præsertim c. cum dilecti. 3. Et c. cum causa. 6. de Empt. & Vendit. l. rem majoris. 2. C. de rescind. Vendit.

tum autoritate DD. omnium, inter quos Pinell. *ad l. 2. cit. p. 3. n. 1. & 9.* Bachov. *vol. 2. D. 2. thes. 10. Lit. B. fin. 7. defendi planè.* Richter. *p. 2. decis. 99. n. 198. & seqq.* Lauterbach *ad ff. de rescind. Vendit. §. 48.* Müller. *ad Struv. Exerc. 23. thes. 85. Lit. d.* Pirhing *ad tit. de Empt. & Vend. n. 22.*

Ratio est, quia Emptor, qui deceptit solvendo minus ultra dimidium, quam res valebat, est debitor. Electio autem in alternativis est debitoris, & sufficit alterutrum adimplere, ut dicitur

Reg. in alternativis. 70. de R. J. in 6.

Sicut è converso electio est Vendoris, si deceptus sit Emptor.

L. rem majoris. cit. junct. Gloss. V. elegerit.

27. Weilen dann ein Wohlweiser Magistrat Namen gemeiner Stadt die Klag stellt, als wäre solche durch quæstionirten Contract ultra dimidium lediret worden, und also des beneficii Legis 2. cit. sich bedienen will, wird solcher allein Libellum alternativum zustellen, und in selben aut rescissionem Contractus, aut supplementum justii pretii zu begehren, das Hospital H. aber, nach er- kennter Læsione allegata, so doch niemahl besag Num. 20. wird können erwisen werden, die Wahl haben, ob selbes den Contract rescindiren lassen, oder aber defectum justii pretii suppliren wolle.

28. Und kan sich wider solches wohlernenneter Magistrat nicht schutzen mit dem Vorgeben, daß quæstionirter Wiß Grund ihme selbst, oder der gemeinen Burger-schafft nothwendig, also wohl vor verlossen bedingten 20. Jahren mit Zug Rechts könne aufgekündet werden, ex communi doctrina, quæ per- mittit expelli Conductorem ex Aedibus, si eas propriis usibus necessarias esse probare Locator; dann solches erstlich allein zuver- stehen de Locatione prædii Urbani; nam prædii Rustici Colonus (welcher Casus mit Casu Quæstionis eintrifft) ob necessitate ad usus proprios à Locatore expelli non potest.

Caroc. p. 4. q. 22. num. 35. Sichard. *ad l. 3. ff. Locat. Conduct.* Hahn. *ad Wesenber. tit. eod. n. 15.* Müller *ad Struv. Exerc. 24. thes. 12. Lit. 5.*

29. Über das ist ad expellendum ante tempus Conductorem ex re conducta nicht genug quæcunque necessitas propria; sed ea debet imprimis esse urgens & vera, qualis non est, si velim expellere Conductorem, ut pro cariori pretio, seu per- mitione illam alteri locare possim, *Item* debet esse talis, quæ non im-

minebat Locationis tempore, nec etiam praevideri potuit, sed post initum demum Contractum inopinatò accidit.

c. propter. 3. de locat. & Conduct. ibi, Quae tamen non imminet Locationis tempore. Müller, thes. cit. Lit. 8.

30.

Weilen dann vorgewendete selbst eigne Nothwendigkeit entweder schon tempore Locationis zu finden wäre, oder leichtlich hätte können vorgesehen werden, auch die Sach allhie haftet circa Locationem praedii Rustici, und über das ein so tringende Nothwendigkeit, als vonnöthen wäre ad expellendum Conductorem, nicht leicht wird können erwisen werden, will sich nicht finden, mit was Recht der also stipuliret, und clausulirte Contract vor der Zeit möge abgekündet, und aufgehoben werden.

31.
Responso
ad rationes
oppositas.

Auf bißhero deducirten bekommt leichtlich seine Abfertigung, was in Rationibus dubitandi hingegen von einem Wohlweisen Magistrat pro legitimatione der von ihme intendirten Abkündigung mehrmahl accusirten Contracts ist eingewendet worden.

Ad 1. Nimmet Herr Verwalter im Namen des ihme anvertrauten Hospitals für bekannt an, was die Herrn Burgermeister und Rath in diesem Argument selbst bestehen, daß ab dem Tagwerck des Wiß-Grunds Quætionis die Burger der Stadt A. gleich die erste Jahr 4. und $4\frac{1}{2}$ fl. jährlichen Bestand-

Gelds offeriret; auch daß ansonsten ab dem Tagwerck zwey-mädigen Wiß-Grunds 6. bis 7. fl. jährlich pflegen gereicht zu werden: in welchem dann freywillig, und ungetrungen bekennet wird, daß wenigst 5. 6. oder 7. fl. justa Pensio annua für ein Tagwerck in das andere seye. Weilen dann Num. 20. erwisen worden, daß einer gemeinen Stadt A. auß denen 800. fl. empfangenen Anlehen, und 200. fl. für gemachte Zurechtung, und auf künftige Jahr hinauß dauernde Verbesserung aufgewendeten Unkosten, 5. fl. ja, wann auch das erst, und zwar nicht sonder Schuld der Stadt, ohne des Hospitals Nutzen abgeloffene Jahr per 50. fl. angeschlagen, und solche Summa in die zehen Tagwerck wolte eingetheilt werden, so gar 6. fl. jährlich für jedes Tagwerck zu Nutzen kommen, fallet hell und klar an den Tag, daß durch quætionirten Contract wohl-erwehnten Stadt A. kein wahrhaffte Lætio, und multo minus ultra dimidium zu kommen.

32.

Ad 2. Daß die noch schlechtere Wiß-Mäder um die Helffte höher, als der Zins von angelyhener Summa der 800. fl. sich bezauffet, von dem Stadt-Magistrat verlyhen worden, probiret noch keine, noch minder ein solche Lætion, wegen welcher Remedium l. 2. C. de rescind. Vendit. competirte; dann 1. Wie Num. 15. beygebracht worden, hat jede Sach, dero kein gewisser Preys à Lege, vel Principe statuiret ist worden,

dreyerley Werth, den höchsten, mittleren, und mindist, oder nächsten, und alsdann erst Lætio ultra dimidium geschehen zu seyn erachtet muß werden, wann der Käufer um die erkauffte Sach dimidio minus justipretii infimi gegeben hat: welches aber in gegenwärtigem Casu nicht findlich ist, und solches auch diser Ursachen halber, weilen 2. Lauth Num. prac. Pensio annua für ein Tagwerck zwey-mädigen Wiß-Mad seynd 5. 6. oder 7. fl. Nun aber, wann zu dem Capital von 800. fl. auch beygefügt werden die 200. fl. so an die Aufstockung, und Zurechtung quætionirten Wiß-Grunds seynd aufgewendet worden, fallet auß diser und vorderer Summa, 50. fl. Jährliches Interesse, kommen also auf jeder auß accusirten zehen Tagwerck 5. fl. consequenter justa, quamvis non summa Pensio annua. Über das 3. Ist schon Num. 11. angemercket worden, quòd ut sanum iudicium ferri possit, num in Contractu contigerit lætio ultra dimidium, necne, non ad singularem ætationem, vel commoditatem unius, sed ad communem rerum æstimationem attendendum sit. Wann dann Pensio justa annua für ein Tagwerck zwey-mädigen Wiß-Grunds 6. fl. aufmachet, und solche Quantität ein gemeine Stadt A. würcklichen gemessen kan, kan nichts hindern, daß andere die noch schlechtere Grund für ein höhere Pension gemiethet haben, weilen villeicht die selbst eigne Commodität sie zu diesem Überschus hat vermögert.

Ad 3. Wann es auch seyn solle, daß von Löbl. Hospital H. auß quætionirten Wiß-Grund in die 30. oder noch mehr Juder all-jährlich heimgeführt werden, also, ein Juder in das andere per 6. fl. gerechnet, die all-jährliche Emolumenta bis 180. fl. aufmachen, so wird doch hier auß nicht probiret, daß hierdurch etwas wider die Recessus Imperii, und Reichs-übliche Gewohnheiten pecciret worden: dann 1. Daß obangefegte nicht alles pro lucro, und fructu zu halten, seyntemahlen schon einmahl oben angedeuteter Massen fructus dicuntur, qui deductis expensis restant. Nun aber ist bekannt, daß auß das Dungen, Mähen, Heuen, Einführen, und anderes, wie Num. 20. angemerckt worden, vil Kösten verwendet müssen werden. 2. Ist ein Überschus über dises alles noch zu finden, ist solcher nicht unbillich ex causa incertitudinis, & periculi, denen dergleichen Emolumenta wegen Dürre, oder allzuvilen anhaltenden Regen, auch Aufglessung des Flusses seynd unterworfen, Conductori zuzueignen. Nun aber muß ad inferendam lætionem in Contractu factam nach Aufweiß Num. 13. auch in Bedacht gezogen werden die Ungewißheit, an welcher dergleichen Emolumenta annua hangen; nam, ut Num. alleg. dictum est, ob majorem, vel minorem certitudinem, à qua dependet lætio

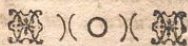
fio, vel luctum contrahentium, res majori, vel minori pretio venduntur. Unde illud tandem pretium justum est, quod hac incertitudine, & aliis omnibus consideratis, pendi communiter pro re aliqua, vel pro fructibus ex hac annuis percipiendis solet. Ein solches Pretium aber seynd 3. Nach Aufweis Num. 31. wenigst 5. fl. für ein Tagwerck zwey-mädigen Wiß-Grunds. Und so vil genießet auß dem Contract ein gemeine Stadt A. Massen, wie Num. 20. erwisen worden, neben denen 800. fl. empfangenen Anlehens auch die 200. fl. so auf den Grund Quæstionis seynd aufgewendet worden, zu einem Capital zuschlagen seynd. Also auß beyden Summen zusammen genommen der Jäheliche Zins auf 50. fl. anfließet, welcher in die zehen Tagwerck eingetheilet, für eines 5. fl. folglich justum, quamvis non summum pretium annuum aufmachet. Solte aber, his omnibus consideratis, noch ein Überschwang zu finden seyn, genießet selben mit allem Zug Rechts das Hospital H. theils weilen solches Jus justo, & comunitur consueto pretio an sich erhandlet, theils weilen solcher Überschwang pro fructibus industrialibus laut Num. 19. anzurechnen, ut proinde excessus iste industriam adhibenti cedat.

34. Ad 4. Daß das vor zehen Tagwerck aufgemessene Spatium in 11. bis 12. Tagwerck betragen soll, hat sich bißhero noch nicht gezeigt, und ist præsumptio in contrarium wegen von denen der Feldmesser Kunst erfahren Meistern, quibus in arte sua credendum est, beschehener, und für zehen Tagwerck erkanten Abmessung. Solte es aber auf etwas mehrers sich belaufen, ist solches billichster massen nachzusehen, theils ob utiliter gestum negotium wegen mercklich künfftiger Zeit der gemeinen Stadt auß solcher Verbesserung zugehender, und villeicht sonst nicht zu hoffen seyender Nutzbarkeit, theils weilen nicht allzeit, wie in facto selbst die Erfahrung gegeben, die Jahr in den fructibus gleich seynd, und geschehen kan, daß villeicht ein Jahr gar wenig, oder auch

gar nichts wegen anlauffendem Wasser, und anderer Gefahren darvon Nutzen ertraget. Daß aber vorgeschriben wird, als hätte die Burgerschaft ersagte Wiß selbst vonnöthen, gibt kein Recht den Contract vor der Zeit aufzukünden, massen solche Nothwendigkeit, wanns eine ist, schon tempore Contractus sich befunden, oder wenigst hätte vorgesehen können werden, quo casu sub pretextu necessitatis propriae ante tempus Conductor ex re conducta expelli non potest juxta dicta Num. 29. Zugeschweigen, daß allhier die Controversia nicht de prædio urbano, sonder Rustico ankomet, ex quo nach Aufweis Num. 28. Conductor ob necessitatem ad usus proprios à Locatore non potest expelli.

Weilen dann in Contractu Quæstionis keine Rechts-vergnügige, noch minder ultra dimidium facta Læsiō sich befindet, sonder vilmehr erwisen kan werden, auch würcklich erwisen worden, quod Locatio pro pretio juxta communem æstimationem, auch propriam der Herren Burgermeister und Rath Confessionem facta sit, will nothwendig folgen, daß Remedium L. 2. C. de rescind. Vendit. hier nicht Statt finde. Und solte auch derley Læsiō würcklich zu weisen seyn, haben die Herren Burgermeister und Rath huic Remedio expresse, & explicitè renunciret, und darneumen ihnen den Gewalt genommen auß selbes zuzurückkehren. Letztlich wann auch wider erwisenes Læsiō ultra dimidium geschehen wäre, und zugleich Remedium indicatum Ploß fundete, stunde doch in Mächten eines Wohlweisen Raths keines Weegs den Contract absolutè aufzukünden, sonder cum per L. 2. cit. lædentis in arbitrio ponatur, an velit supplere pretium, vel pati Contractum rescindi, müßte selber mit dem supplemento pretii, wann solches von Seiten des Hospitals anerbotten wurde, sich befridigen lassen.

35.



CONSILIIUM XLIII.

Anmerkungen über die auf obiges Rechtliches Gutachten von einem Löblichen Magistrat der Stadt A. erfolgte Extrajudicial-Antwort / die Reluicion eines Wiß-Grunds betreffend.

SUMMARIUM.

1. seqq. *Afferuntur Argumenta, qua probant Contractum fuisse usurarium, & consequenter rescindendum.*
17. *Propugnatur aequitas Contractus.*
18. seqq. *Si alius non subsit Titulus accipiendi lucrum ultra sortem, non censetur celebratus Contractus Mutui, sed Emptionis Venditionis,*
21. *Qui cum Contractu Antichretico, & simplici Pignoratitio non est confundendus.*
22. *Loco Censui annui emitur Jus annuorum Redituum:*
23. 24. *In quo Contractu Venditor manet Dominus fundi, ex quo percipiuntur Reditus.*
25. *Emptor tamen non percipit fructus ex re aliena, sed ex Jure à se empto.*
26. seq. *Aliud contingit in Pignore, & Jure Antichretico.*
28. *In expressis Antichresi possunt fructus quantitatem consuetarum usurarum excedere:*
29. seqq. *Præcipue si incertus est eventus fructuum;*
32. *Modo excessus non sit nimius.*
33. *In Summam contrahantur hucusque dicta.*
35. *In Pacto Antichretico deduci possunt expensa in pignus facta.*
36. 37. *Non solum fundus, sed etiam Jus percipiendi fructus emi potest.*
38. 39. *Hinc in præsentis Casu non est verè Mutuum cum Pacto Antichretico.*
40. *Melioratio non potuit exigi gratis.*
41. *Fructus dicuntur, qui supersunt deductis expensis.*
42. *Possunt peti Usura Impendiorum.*
43. *In Stipulationibus dubiis contra Stipulatorem sit Interpretatio.*
44. *Ultra quincunces usuras peti potest, si majus interesse probatur.*
45. *Præsertim si Creditor impensas fecit in excolendo fundo pignorado.*
46. *Excessus annuorum Redituum emptorum non imputatur in sortem, quia particularis solutio non debet admitti.*
47. *Aliud in Mutuo, ubi usura immoderata imputatur in sortem.*
48. 49. *Rationes in hoc casu reddi non debent de Fructibus ex Pacto Antichretico perceptis:*
50. 51. *Et si exhibeantur, non apparebit lacrum usurarium.*
52. *Incertitudo Fructuum attendi debet.*
53. *Melioramenta à Fructibus differunt.*
54. *Emptio Redituum non est confundenda cum Pacto Antichretico.*
55. *Quivis favori suo renuntiare potest.*
56. *Etiam Civitatibus non conceditur Restitutio in integrum ultra quadriennium.*
57. 60. *Ut Civitas obligetur ex Mutuo, debent illi contrahere, qui repræsentant totam Communitatem: talis est Magistratus in loco quaestionis.*
58. *Si constet pecuniam versam esse in utilitatem Communitatis, hac semper tenetur.*
59. *Creditori incumbit probatio Versionis in rem in Mutuo:*
61. *Non autem in Contractu Emptionis.*
62. *Ad probandam versionem in rem debent Creditori exhiberi Rationes Civitatis.*
63. *Si consensum præstat Tribunal Principis, non requiritur Eius Consensus personalis:*
64. *Ille autem præsumitur, si de eo sit mentio in Instrumento Contractus.*
65. *Nisi gravis læsio, vel defectus substantialis ostendatur, non potest ad Rescissionem Contractus procedi, præsertim violenter, & viâ facti.*

Argumenta Adversariorum.

S will ein Wohlweiser Magistrat besagter Stadt A. die Reluicion, und Unheimziehung quaestionirten Wiß-Grunds wider mentionirtes Gutachten noch ferners aus folgenden Fundamentis behaupten. Und zwar

- I. Weilen in ermeldtem Gutachten der zwischen der Stadt A. und dem Hospital H. geschlossene Contract vor einen Kauff-Handel gehalten, vor selben auch durchgehends allegiret, und darauf die Intention

fundiret wird; welches doch ein ganz irrliches Suppositum, müssen das ganze Negotium lediglich, und præcisè in einem Formal-Anlehen bestehen, zu dessen Versicherung die Wissen Quaestionis verpfändet, und an Statt des Land-gebräuchigen Interesse zu genießen, an das Löbl. Hospital Pacto Antichretico überlassen worden, allermaßsen die in der Obligation etlichmal befindliche Termini Vorgelesen / neben anderen Expressionen unwidersprechlich an Tag geben. Nun aber

2. Ist zwischen dergleichen Contract, und dem supponirenden Kauff: *Negotio, in Jure, & Foro* ein sehr grosse, und hauptsächlich zwar diese Differenz, daß nemlich in dem Kauff: Contract dem Käufer das *Dominium rei venditæ* zukommet, mithin dieser aus seinem selbst Eigenthum die Nutzung billich ziehet; hingegen aber der Possessor *Pignoris* genießet eine nicht ihm, sondern einem anderen, nemlich dem Schuldner zuständige Sache, in welchem Fall ein ungezweifelter Lehr: Satz *Doctorum* ist, quod *Fructus pignoris absque Usura non cedant lucro Creditoris, sed imputari debeant in exonerationem fortis, ita, ut minus Capitale restituatur, quo plures Fructus ex pignore Creditor percepit.* Auf welchem dann

3. Folgen will, daß der Hospital H. die *Fructus* quæstionirten *Pignoris*, so vil nemlich diese über Abzug des von vorgeliehenem Capital gebührenden Zins annoch übrig bleibt, nicht behalten, sondern in fortem imputiren müsse. *Quia omne id reputatur ut Usura, quidquid ex mutuo Creditor lucratur.* Ja es will schier scheinen, daß dergleichen Contractus, als wie der in *Quæstione* verfiende ist,

wenigst nach Lehr *Canisii c. 5. n. 14. & seqq. de Usur.*

vor unverlaubt zu halten, indem *loc. alleg.* bemeldter Author den Creditorem, mit welchem solcher Contract ausgerichtet, vil mehr einem Possessori male, quam bonæ fidei vergleichen, und der Meynung seyn will, daß dieser, ob gleich selber zu Anbau und Zurichtung der ihm verpfändten Güter zerschiedene Unkosten gemacht, dannoch ob *Culturam, & curam* ihm keine *Fructus* appropriiren könne, cum sibi imputare debeat, quod *Culturam, & Curam* ex Contractu illicito in rem alienam impenderit, in welchem Fall er auch mit deme sich nicht entschuldigen kan, als ob er nicht gewußt, daß man ex re aliena keinen Gewinn ziehen könne, noch solle, weil solches ein Error *Juris* ist, und denen, so de *lucro captando* certiren, nichts vortraget,

per textum l. 7. ff. de J. & F. J.

So daß man von Seiten gemeiner Stadt A. mit der Zeit, und wann über den bißhero eingehobenen Genuß behörige Abrechnung beschehen solte, wegen der pro *Cultura, & Cura Pignoris* aufgewendten, und auf 200. fl. anschlagenden Unkosten, und den hiervon all-Jährlichen Zins ad 10. fl. nicht unbilllich excipiren wird können. Und zwar um so vil mehr, weisen

4. In der Obligation per expressum aufgetragen worden, daß ein *Löbl. Hospital* die verpfändte Landos auf eignen Unkosten zu zweymädiger Wiesen bereichen solle; daß sich demnach erstersagte 200. fl. zum Capital nicht schlagen lassen, vil

R. P. Schmalzgruber *Consil. Tom. I.*

weniger der Zins hiervon kan pretendiret werden. So ist auch

5. Auf denen dem Contract einverleibten Worten an Statt des Land-gebräuchigen Interesse nicht unfüglich zu eruiren, daß die Intention der Contrahenten nur allein dahin gegangen seye, daß man die Früchten ab denen Wiesen an Statt des Land-gebräuchigen Interesse zwar genießen, nicht aber auch den Überschuß umsonst einziehen, und gewinnen, sondern solchen Genuß Gemeiner Stadt zu gutem eintwe- ders an dem Capital abgeben, oder der Stadt dessentwegen anderwärts Refusion angebeyen lassen solle. Und solches um so vil mehr, weisen

6. Dieses nicht allein die Billigkeit, und Christliche Lieb erforderet, sondern auch *Juri, & communi DD. opinioni* gemäß ist, aus welchem

Carpzov. p. 2. Conf. 30. def. 40. n. 4.

lehret, quod *vulgaris sit opinio, Conventionem Antichreticam non nisi ad legitimum Usurarum modum valere, eò quod proximè accedat ad eam Contractus speciem, quæ fieri solet in fraudem legitimarum Usurarum; ac propterea Creditor ad ratiocinia obstrictus erit, & fructus, ultra Usuras quincunces perceptos, in fortem imputare.* Welches

7. Um so vil mehr Statt findet in *Casu*, da der Creditor solche Pfand hat, auf welchen er ohne sonderbare Mühe, und Gefahr all-Jährlich den Zand absetzen kan, wie dann in præsentî geschieht, indem ab denen verpächten Wiesen ohn sonderbare Kosten, und aufwendende grosse Arbeit das Gras gleichsam von sich selbst an die Sichel wachset, und alle Jahr mehr, dann 30. grosse Fuder Heu, und Grammet importiret, welcher Genuß, wann er unpartheyisch taxiret werden soll, ein vor alle mahl auf 40. fl. Zins vil zu groß ist. *Gerners*

8. So hat man sich auch mit der Unge- wißheit der Früchten nicht zu behelffen, weil die Wiesen Quæstionis in einem so frucht- bahren Grund liegen, allwo nicht bald der Strohm darauf lauffen kan, und daher alle Jahr, auch in denen truckensten Som- mern, überflüssig Heu, und Grammet gewachsen ist, so daß *Incertitudo Fructuum*, wegen welcher *Antichresis* connivret wird, dißfalls auf keine Weiß objiciret kan wer- den, daß also eingreiffet die Lehr *Saliceti & Accursii apud Carpz. p. 2. Conf. 30. def. 42.*

n. 4. qui docent, *Antichresin* procedere, si *dubium sit de Fructibus, quanti nimirum percipi possint; quod si verò in- dubitabiliter fructus crescant, & legitimum Usurarum modum excedant, tale Pactum rescindi debeat.* Gleicher Massen

9. Kan man die Gefahr wegen der ge- ringsten Verminderung, oder Abgang des

D d d z

constituirten Pfands mit nichten allegiren, weil in der Obligation specialiter dem Lößl. Hospital zu fernerer Versicherung versprochen worden, daß wann von der pignorigen Wiesen der anliegende Fluß einen merklichen Theil hinweg nehmen würde, solcher Abgang von gemeiner Stadt wegen jedermahl mit anderen nächst-anliegenden Gründen ersetzt, mithin die verheißene 10. Tagewerck jederzeit vollständig verschafft, und gewähret werden sollen. Und ob schon

10.

10. Circa finem Obligationis verlauthen will, daß die Revenuen von dem Pfand vor ungewiß und unbeständig gehalten worden, so hat doch der von 12. Jahren hero ohn einigen Abgang beständig gezogene große Nutzen das Widerspiel, und sovil gezeigt, daß all-Jährlich noch so vil, das ist, das alterum tantum über das Landgewöhnliche Interesse das eingeferte Heu, und Grammet, wann es zur unpartheyischen Berechnung kommt, aufgeworffen habe, welches aus deme abzunehmen, daß die Burger schafft in A. (die Bethungung, und andere darauff gehende Unkosten, auch der Ungewißheit der Jahr-Gang ohngeachtet) vor jedes Tagwerck all-Jährlich 12. bis 13. fl. Bestand, so von 10. oder 12. Tagwerck wenigst 120. bis 140. fl. liquide ertragt, zu geben schon öfters anerbietlich gewesen; auch, wie wohl zu erweisen, gleich nach dem Contract Quæstionis sich hierüber sonderheitlich, daß man dergleichen Güter an frembde Hand überlassen, zerschidner mahlen beschwehret hat. So ist auch

II.

II. Zu versichern, daß in dem Herzogthum N. sichere Präjudicia vorhanden, Krafft deren dergleichen Pacta Antichretica rescindiret, genaue Rechnung über den Überschuß der genossenen Früchten gepflogen, und dem Debitori das versetzte Guth ohne Zurück-Behaltung des mutuò übernommenen Capitals adjudiciret und restituiret worden; welches eine löbliche Stadt A. im Fall, da wider Verhoffen die Sach ad strepitum Judicalem gelangen solte, in so mehr zu erhalten sich gleicher Massen wohl getrauet, weilen nicht allein selber allegirte Principia, und Leges favorisiren, sondern auch

12.

12. In Hypothesi Causa Civitatis, quæ cum Pupillis pari passu ambulat, interessiret ist, welche ob quamlibet læsionem, & non ita enormem in integrum restituiret werden muß, ungeachtet der in Instrumento Contractus inserirten Clausulen, und Renuntiationen, welche dem lædirten Pupillo, vel Civitati die Restitution, oder Rescissionem Contractus, præsertim illiciti, nicht benennen können, sondern so bald sich die Læsion hervor

thut, die Restitution, etiam post, vel contra lapsum temporis erkennen wird. Und zwar alsdann in so leichter, wann

13. Zu dergleichen wichtigen, und odiosen Handlungen die Zünfft- oder Kerzen-Meister, und Tribuni-plebis nicht gezogen werden, wie diffalls geschehen, da weder Kerzen-Meister, noch sonst ein gemeiner Bürger hiervon nicht das Geringste gewußt hat. Civitas verb ex Mutuo, aliòve Contractu, cum Consulibus, & Senatoribus inito, non obligatur, nisi Civium nomine Tribuni-plebis consenserint, juxta tradita

in l. Civitas. 27. ff. si certum petatur.

Hartm. Pistor. p. 1. q. 37. n. 1.

Anjego zu geschweigen, daß

14. Zu Aufnam eines so namhaften Anlehens, und dargegen auf 20. Jahr antichreticè verpfändter so ansehnlichen Gründen Approbatio Principis, præmissio Decreto, nicht requirirt, oder impetrieret worden, welche doch in Causa Pupillari, vel Civitatis erforderet wird. Welches alles dann

15. Von Seiten des löblichen Hospitals tempore Contractus ante omnia hätte sollen beobachtet werden, sonsten muß der Darleyher, im Fall einige Læsion, oder ein anderer Defectus herauß kommet, ihm selbst solchen imputiren, und gedencken: disce in posterum cautius mercari; cum Civitatibus enim contrahens cautè debet agere, quia quarum plurimæ Controversiæ facile oriri solent de Civitatum obligationibus,

quas videre est apud Coler. de Process.

Execur. p. 2. c. 3. n. 348.

Stehet dahero

16. Gemeiner Stadt nicht im Weeg, ob schon das Pactum auf 20. Jahr gemacht worden, weilen eben durch dieses der größte Nachtheil, und Schaden verursacht worden, so noch größer, und unleydentlicher werden wurde, wann man auf Verfluß der noch übrigen pactirten 8. Jahren ferners hin müste zuwarthen. Darummen dann ein Wohlweiser Magistrat den 14. Januarii dieses laufenden Jahres decerniret, und per Expressum schriftlich an Herrn Verwalter gelangen lassen, die Wisen Quæstionis bis zu Auftrag der Sach in statu quo, und darauff einigen l. v. Zung nicht mehr führen zu lassen, mit Betrohung die Zuhren wieder zurück zu weisen.

Und dieses ist, worauf ein Wohlweiser Magistrat der löblichen Stadt A. sein prætendirende Reluion des eingeebenen Wis-Grunds befestiget; so aber in mehrerer Unberachtung der angeführten Beweißthumen thaus in Jure, theils in facto seelig.

Re.

Responſio ad Argumenta
oppoſita.

18. AD I. Wann ein Edel. Hospital mit ſel-
nem Conſulenten, wie vorgeben wird,
in einem ganz irrigen Suppoſito ſeyn muß,
da ſelbes Contractum Quæſtionis vor einen
Kauffhandel halter, und darauf ſeine In-
tention in abgegebenen Rechtlichen Gutach-
ten fundiret, folget nothwendig darauff,
daß alle diejenige, welche paciſcendo ꝛ.
pro 100. pecunias prorsus otioſas, ſub con-
ſtitutione Pignoris, vel Hypothecæ pro ſe-
curitate Sortis, auſſleyhen, für warhaſſte
Wucherer, und Uſurarios müſſen gehalten
und angeſehen werden; cum enim Mutuum
ſit Pactum ex natura ſua gratuitum juxta
illud: Mutuum date, nihil inde ſperantes,
id, quod accipitur ultra Sortem, cujuſcun-
que ſit quantitatis, Uſura erit, niſi accep-
tionem ejuſmodi excuſet aut periculum
Sortis, aut ratio damni emergentis, vel lu-
cri ceſſantis. In Caſu autem nunc poſito
non invenitur aliquod ex his tribus capiti-
bus; nam ex carentia pecuniæ prorsus otio-
ſa nullum emergit damnum, nec lucrum ali-
quod mutuo danti ceſſat, ac ne ſors peri-
clitetur, ſatis cautum eſt, conſtitutione Pig-
noris, vel Hypothecæ. Es wurde aber der
jenige, ſo all diſe, die auf beſagte Weiße
das bey ihnen müſſig ligende Geld um ꝛ.
per 100. auſſleyhen, deß verdammlichen
Wuchers wolte beſchuldigen, gewißlich gar
wenig Glauben finden/ weiln in unſeren
Teutſchland, und ganzem Reich ein
bekannte Sach, daß auch gelehrte, und
Gottſföchtige Männer, ja auch ganze
nicht allein Weltliche, ſonder auch Weiſſli-
che Communitäten paſſim und ohne Scrupel
derley Contractus celebriren, krafft we-
ſen ſie ꝛ. pro 100. begehren, und anmem-
men, wann gleich das darfür geſchoffene
Capital keines Weegs periclitiret, als we-
ches durch hingegen eingerichtes Unter-
pfand, oder ſub Hypothecâ obligirte Güter
genugsam verſicheret, und zugleich ſolcher
Darlehheren hierauß kein damnum zu-
wachſet, oder einig rechtmäßiges Lucrum
benommen wird, cum, prout ſupponitur,
dederint pecuniam, quæ apud ipſos fuiſſet
prorsus otioſa. Kan alſo in ſolchem Fall keines
Weegs behauptet, noch geſagt werden, daß
hierinn ein Mutuum unterloſſen, quidquid
verba, in Contractu adhibita, in ſenſu ob-
vio ſonent; ſonder es iſt vielmehr darvor
zuhalten, daß ein anderer, und zwar ein
ſolcher Contract eingegangen worden, quem
DD. paſſim Germanicum vocant, quique
alius non eſt, quam Emptionis Venditionis,
quo pro 100. datis emitur Jus percipiendi
ꝛ. annuos, & ſimul convenitur, ut hoc Jus
tamdiu Emptori competat, quamdiu illud
Venditor non redemerit ab Emptore, redi-
to eodem pretio, quod Emptor ipſi pro
Jure hoc dedit.

Porro Contractus hæc Species, ſaltem
ſi pretium juſtum, & à Lege taxatum in-
terveniat, multum diſtinguitur ab Uſurario;
nam moribus, & Jure Canonico receptus,
& per Conſtitutiones Imperii approbatus
eſt, prout declaratur in

Extrav. Regimini. 1. & 2. int. comm. de
Empt. & Vendit. Receſſ. Imp. de An-
no 1548. Von Wucherlichen Con-
tracten / ꝛ. und nach dem / Item Po-
licey-Ordnung zu Franckfurt de An-
no 1577. tit. 17. Struv. ad ff. Exerc.
27. theſ. 58. Et ibi Müller. Lit. 3.

Item eſt vera Emptio Venditio; nam ut
bene

Hahn ad Weſenbec. tit. de Uſur. n. 14.
probat, quodcunque pretio eſt æſtimabile,
& habere, poſſidere, aut perſequi poſſu-
mus, ejus, concurrente voluntate agentiu-
um, vera Emptio Venditio eſt.

l. ſi in emptione. 34. §. omnium. 1. ff. de
contrab. empt.

Atqui Jus percipiendi annuum Cenſum, quod
tali caſu venditur, & à Venditore promit-
titur præſtandum, tale eſt.

Gaill. l. 2. obſ. 7. n. 9.

Neque obſtat, quòd in hujusmodi Con-
tractibus, ubi pecunia prorsus otioſa datur
alteri, paciſcendo cum illo de dandis an-
nuis ꝛ. pro 100. adhibeantur paſſim verba
ſignificantia mutuum; cum enim

Juxta can. humana aures. 12. cauſ. 22.
q. 5.

non debeat intentio verbis deſervire, ſed verba
intentioni, non verba, ſed voluntas, & in-
tentio contrahentium in hoc ſpectanda eſt.
Eſt autem horum præſertim ſi timorati, &
probi ſint, intentio, quòd velint celebrare
contractum, quem licite poſſunt. Cum er-
go non poſſint licite percipere velle ꝛ. pro
100. præciſe vi Mutui, volunt celebrare
Contractum alium à SS. Canonibus, & Im-
perii Conſtitutionibus approbatum, qui eſt
Emptio Venditio Cenſus annui, ubi ꝛ. an-
nui reſpondent 100. datis in Summam Capi-
talem.

Denique hic ipſe Contractus cum Con-
tractu Antichretico, & Simplici Pignoratio-
tis nequaquam eſt confundendus,

ut bene notat Hahn ad Weſenbec.

ff. de Pign. & Hypoth. n. 5.

quamvis enim cum his magnam affinitatem
habere videatur, in pluribus tamen ab iſtis
diſſidet; nam 1. Contractus hic Retroven-
ditionis eſt abſolutus, & per ſe ſtat; Con-
tractus Pignoratitius autem ſe ad alium reſ-
fert, ejuſdemque acceſſio eſt. 2. In Con-
tractu Retrovenditionis pecunia ſubit locum
pretii; at in Contractu Pignoratitio aris
mutui vicem luſtinet. 3. In priori, res, quæ
pro pecunia datur, eſt merx, in poſteriori
Pignus. 4. In iſto comparatur Jus percipi-
endi fructus ex fundo ita conceſſo; in iſto
fructuum lucrum non ſit, ſed iſti debent re-
ſtitui, vel imputari in ſortem.

D d d 3

Videa,

19.

20.

21.

Videatur Mollenbec. *ad ff. tit. de Pignor. Actio. n. 19.* ubi plures adhuc referuntur Differentiæ.

22.

Auß welchem allen dann Nothfolglich von selbst sich schließet, daß weilen eines Theils ja mit Vernunft nicht zu præsumiren, daß das Hospital H. einem Jure utroque reprobatur, & Usurarium Contractum mit löbl. Stadt A. eingehen, oder dise in selben consentiren hab wollen, anderen Theils aber erwiesener massen in mutuo ultra sortem, ubi non adest lucrum cessans, vel damnum emergens, aut periculum Sortis sine labe Usuraria nichts kan begehret, oder angenommen werden, bemeldtes Hospital mit wohl-errenneter Stadt aliud quoddam genus Contractus, de Jure, & moribus permissi in gegenwärtigen Casu hab celebriret. Wann dann dieses Genus Contractus à Mutuo distincti kein anderes seyn mag, als Emptio Venditio annuorum Redituum, locò Censùs pecuniarii aliàs pendi in annos singulos soliti ex fundo concessio percipiendorum, will darauß folgen, daß die ersagtes Hospital keines Weegs, wie man Gegenseiths meynet, auf einem irrigen Supposito, da selbes mit seinem Consulenten den zwischen sich, und der Stadt A. geschlossenen Contract, vor einen Kauffhandel haltet, vor selben auch durchgehends allegiret, und darauff seine Intention fundiret. Mag auch disen Schluß mit nichten hindertreiben, daß in Instrumento Contractus gebrauchet werden die Wörter vorgelieben / darleyher / Anlehen &c. quæ verba per se mutuum tonant; massen, wie Num. 20. erwisen worden, mehr auf die Intention der contrahirenden Personen, als auf die in dem Contract gebrauchte Wort zu mercken; planè enim, si contrahentes utantur verbis, quæ non possint (salvo scilicet valore, & licentiâ Contractus initi) Contractui Pignoratitio quadrare, sed Retrovenditionis Contractum necessariò arguant, contrahentes Mutui, & Pignoris Vocabula magis ex incuria, quàm consultò miscuisse, nec revera alium, quàm Retrovenditionis Contractum iniisse intelliguntur.

Sunt verba Mollenbecii *ad ff. tit. de pign. act. n. 19.*

23.

Ad 2. Will zwar erst allegirter Mollenbecius *l. cit.* behaupten, daß in Contractu Retrovenditionis dem Käufer auch das Dominium rei fructuariæ locò Usurarum cessæ, sed reluibile, eodem pretio reddito, zusommet; darumen er dann denen Num. 21. beygebrachten Differentiis inter Contractum Pignoratitium, & Emptionis annuorum Redituum noch dise drey beyleget; quòd 1. In Emptione annuorum Redituum transferatur Dominium; in Pignoratitio solum constituatur Jus Pignoris. 2. Quòd in priori ad repetendum, competat Actio venditi ex pacto; in posteriori Actio Pignoratitia Directa. 3. Quòd in illo, si nullum adje-

ctum sit tempus, veriùs locum habeat Regula *l. 3. C. de Præscript. 30. vel 40. ann.* Contra verò in isto, quousque non solum sit debitum, Pignoris reluitio non præscribitur: cujus rationem dat, quia Jus retrovendendi perfectè quæsitum est pacto speciali, cui æquè, ac aliis Juribus præscribi potest, maximè cum Possessor animum, titulumque Domini præ se ferat, quod in Pignore secus se habet.

Es will aber, und kan das Hospital einer Stadt A. in Casu præsentis das Dominium, und Eigenthum auf den Fundum Quæstionis keines Weegs anstreitten; dann selbem genug ist, wann es sich behilffet der communiter receptirten Lehr-Doctorum, juxta quam Venditor in Contractu Emptionis Venditionis annuorum Redituum, licet Dominus maneat fundi frugiferi concessi alteri, in istum tamen, tanquam Emptorem pro pretio, atque ita pro summa ab eo solutâ Jus petendi, & percipiendi annuos reditus in re illa transfert, atque consignat: quod nihil novi est; sed simile quid invenitur in constitutione Servitutis in fundo proprio pro soluto pretio: quamvis enim ille, qui Jus Servitutis, e. g. eundi per fundum proprium vendit alteri, maneat fundi Dominus, non tamen manet Dominus Servitutis formalis, per Contractum Emptionis Venditionis in fundo constitutæ, ita, ut Emptorem nullâ viâ impedire ab usu illius possit.

Müller. *ad Struv. Exerc. 27. thes. 88. Lit. 7. Resp. ad 6.*

Neque obest, quòd aliàs res quælibet Domino suo fructificet; nam non est in Jure absurdum, ut pro re certo modo sua quis pensionem solvat. Patet in Bonis Emphyteuticis, de quibus Canonem; Feudalibus, de quibus Servitia; Superficiariis, de quibus Salaria præstamus. Imò in Contractu Censitico tam utile, quàm Directum Dominium, atque adeò omne Jus Censiticum in re transfertur, nihilque apud Dominum priorem manet, & tamen Censita Censum eidem inferre tenetur, prout

post Bartol. *in lib. 1. §. 4. ff. de publ. Vectig. n. 4.* notat Menoch. *l. 3. Præsumpt. 106. n. 1.* Hartm. *Pistor. obs. 95. n. 5.* Müller. *l. cit. Resp. ad 8.*

Hinc dici non potest, quòd qui annuos Reditus, seu Jus illos recipiendi emit, percipiat fructus ex re aliena; percipit enim ex Jure à se empto, quod Jus proprium est: consequenter fructus percipit ex re propria. Proinde,

ut bene advertit Müller. *l. cit. Resp. ad 6. ex Hahn de Ann. Redit. thes. 5.*

licet recipiam multò plus, quàm ego solvi pro tali Jure, non dicor committere Usuram; quia quidquid recipio, ex re mea propria, nempe ex Jure à me empto recipio; sicut non dicor committere Usuram, si ex possessione, vel domo emptâ per lapsum annuorum multò plus, quàm pro illa solvi, recipiam.

26. *piam.* Aus welchem dann von sich selbst sich ergibt die Ursach, quare in Contractu Simplici Pignoratitio fructus Pignoris absque Usura non cedant lucro Creditoris, sed imputari debeant in exonerationem Sortis, ita, ut minus Capitale restituatur, quo plures fructus ex Pignore Creditor percipit; in Contractu retrovenditionis autem, vel Emptionis Annuorum Redituum Capitale integrum maneat, etiamsi fructus percepti alterum tantum excedant. Nam Creditor Pignoratitius Pignus, vel Hypothecam tantum accipit in securitatem Sortis, consequenter nullum per hoc Jus acquirit in fructibus Pignoris; contra Emptor Censuum annuorum sit Dominus Juris percipiendi fructus rei frugiferæ sibi concessæ, usque dum Capitale sibi iterum solvatur, adeoque Jure Domini interim fructus percipit, suosque facit.

l. si res. 4. §. sed & Marcellus. 3. ff. de in diem addition. Lauterb. de Jure Antichr. thes. 28. Müller. ad Struv. Exercit. 19. thes. 52. Lit. 7.

27. Nun also der in Casu præsentii vorgegangene Contract kein Wegs für einen Contractum Pignoratitium simplicem angesehen werden; weilen hierinn expresse pactiret worden, daß das Hospital den eingehändigten Grund / und Boden - - an statt des Landbräuchigen Interesse besitzen / auch Jährlich ohne andere Beschwerde an Heu / und Emmer in so lang nutzen / nießsen / und gebrauchen möge / biß ihm die erlegte Summa der vorgeliehenen 800. fl. in einer unzertheilten Summa (adeoque salva Sorte, & fructibus in eam non imputatis) wider erstattet / und bezahlet werde. Eben so wenig kan questionirter Contract pro Pacto Antichretico geachtet, sonder muß vil mehr, wie schon erwisen, genommen werden pro Emptione Juris utendi, & fructus percipiendi, quod Creditori pro Usuris, sive in compensationem Usurarum, wie eben der Contract lautet, conceditur; dann wie erst ex Instrumento Contractus gemeldet worden, in Contractu Quæstionis die Landbräuchige Usuræ versprochen, und an statt deren die fructus fundi concessi gegeben worden. Nun aber ist, wie gar schon anmercken

Lauterb. *tr. cit. thes. 28. & 29. Müller. l. cit.*

Jus Antichreticum ab illo Jure utendi, & fructus percipiendi, quod Creditori pro Usuris, sive in compensationem Usurarum concessum est, in diesem præcipue unterschieden, quod hoc posterius præsupponat Usuras promissas, & verè debitas, in quas fructus computantur, & cum illis compensantur,

de quo agitur *l. conventio. 1. §. pacto. 3. ff. de Pig.*

At Jus Antichreticum non supponit Usuras promissas, & verè debitas; nec pro Usuris, seu in compensationem Usurarum, sed pro Usura, sive usu æris alieni, vice, sive in vicem Usurarum conceditur.

28. Und wann schon auch auf ungestandenen Fall in præsentii nicht Emptio Venditio annuorum Redituum, sonder Pactum Antichreticum versirte, so folget doch nicht eben darauf, daß die fructus quantitatem Usurarum excedentes, wie man Gegenseitigs behaupten will, in sortem zu computiren seyen; sonder es ist wohl zu observiren, was

Cujac. *ad l. 17. C. de Usur. & l. 8. obser.*

17. anmercket, qui quoad modum perceptionis fructuum distinguit inter Tacitam, & Expressam Antichresin, sic ut Expressa modum Usuris præfinitum excedere possit, nec fructus rei pignoratæ, quantitatem Usurarum excedentes, in sortem Creditori imputentur, sed cedant lucro Creditoris; Tacita verò Antichresis modum Usurarum legitimum excedere non valeat. Quod ipsum etiam statuit

Ant. Faber *de Error. Pragm. 9. Error. 5.*

Estque doctrina ista verissima, saltem, quando incertus est eventus fructuum; nam de his loquitur

l. si ea pactione. 14. & l. si ea lege. 17. C. de Usur.

Hinc cum communi Doctorum in puncto isto

Donell. *in l. 17. cit.*

distinguit inter casum, quo fructus sunt certi, & inter eum, quo incerti illi sunt. Nam si ea est fundi oppignorati conditio, ut communiter certum sit, quod ex eo quot annis, magna etiam sterilitate incidente, plures fructus colligi, ac percipi possint, quàm efficiat Usura legitima, ut si v. g. Usura creditæ pecuniæ sint 10. fl. ex fundo autem pignori dato ad minimum colligantur 20. fl. Conventio Antichretica non est servanda in eo, quod modum legitimum excedit, sed quidquid fructuum ultra 10. percipitur à Creditore, id in sortem imputatur, aut Debitori restituitur; quia tunc fructuum perceptio est in fraudem Usurarum legitimarum, nec ulla incertitudo est, quæ eam Conventionem tueri valeat.

Struv. *ad ff. Exerc. 19. thes. 52. Hahn ad Wesenb. tit. de pign. & Hypoth. n. 5. Mollenbec. ad ff. de pign. act. num. 21. Hagen tract. de Us. Usurar. c. 11. n. 129. Mevius Discuss. 5. de levam. inop. debite. r. 4. n. 14. & seqq. Lauterbach. ad ff. de pign. act. §. 8.*

Contra, si proventus fundi minus certus est, ita, ut facile fieri possit, ut tantum fructuum non proferat, quod legitimas Usuras excedat; nam eo casu æquissimum est, fructus, etsi aliquo, vel aliquot annis plures provenerint, quàm efficit Summa Usurarum, in Sortem non imputari, sed lucro, & emolumento Creditoris cedere: nam unius anni ubertas compensari debet cum alterius anni sterilitate; & naturale est, ut sequantur eum commoda, quem incommoda sequuntur.

L. scz

30.

L. secundum. 10. ff. de R. J. Berlich. p. 2. decis. 170. n. 25. Rauchbahr l. 1. q. 20. Schaeffer. l. 1. q. 17. Hahn n. 5. cit. Hagen l. cit. n. 123. Lauterb. de Jur. Antichr. th. 45. & seqq. Lauterbach, §. 8. cit. Rittershus. conf. Altorff. 4. n. 4. Et Conf. 124. num. 64. & seqq. & sumitur ex l. si ea pactione. 14. Et l. oleo. 23. C. de Usur.

31.

Incertus igitur eventus à Contractibus fœnoris suspicionem excludit tam in foro externo, quàm in interno conscientia. Hinc multa, quæ aliàs iniquiora videntur, ut æqua sustinentur. Et nominatim Antichromenus, deductis expensis, & iustâ mercede parità, interusurium percipiens neutiquam illicitum fœnus contraxit; non enim contrahitur Antichresis, institutâ comparatione inter fructus & Usuras pro pecunia debitas, sed illa tantum ratione, quòd Creditor tanti æstimaverit pecuniâ suâ carere, quanti esset illud, quòd ex incerto fructuum eventu redigi potest: consequenter nuda spes in Contractu subest, quæ certam æstimationem non habet; quòd enim quisque prudentior, eò minoris spem æstimat, & spes prudentibus nihil, aut paulò plus, quàm nihil valeat.

Ant. Faber de Error. Pragm. 9. Error. 5. Mœbius de Jur. Antichr. thes. 7. Hahn ad Wesenbec. de Pign. & Hypoth. num. 5. Müller. ad Struv. Exerc. 19. thes. 52. Lit. 1.

32.

Intelligendum autem hoc est, si excessus Fructuum ultra Usurarum modum non sit nimius. Porro quis excessus pro nimio haberi debeat, didjudicatio relinquenda est arbitrio Judicis.

Menoch. de arbitr. l. 2. cas. 145. n. 2. Müller thes. 52. cit. lit. 2.

Ut autem iustè excessum hunc taxet Judex, non debet tantum respicere, quantum fructuum Creditor Antichreticus perceperit; etenim si singulari diligentia, & prudentia Creditoris, vel speciali, atque extraordinaria unius, vel alterius Anni fertilitate uberiores provenerint Fructus, Creditori desuper nulla moveri quæstio debet.

Arg. l. Jura. 13. & seqq. ff. de Legib.

Nec ipsi propria diligentia, & prudentia fructus, aut singularis DEI Benedictio invideri debet.

Arg. l. si merces. 25. S. vis major. 6. ibi: cui immodicum lucrum non aufertur. ff. locat. conduct.

Sed Judex communem fructuum proventum considerare, & modum non ex eo, quòd raro, sed quòd ut plurimum accidit, constituere debet, nulla ratione habitâ vel insolita sterilitatis, vel raræ fertilitatis.

Mevius discuss. levam. inop. debit. 6. 4. sect. 11. n. 21. & seqq. Lauterb. de Jur. Antichr. thes. 48. Hagen de Us. Usur. c. 11. n. 234. Müller lit. 2. cit. 7. 4.

Quo casu quandoque respici solet ad illam quantitatem, quâ prædium locari potest: item

respectus habetur ad communem valorem, auf die Land-Taxa, ubi media æstimatio assumitur.

Mollenbec. adff. de pign. act. n. 23.

Aus welchem allen dann folget 1. Daß Contractus Quæstionis keines Weegs anzusehen pro Pacto Mutui, sondern pro vera Emptione Venditione annuorum Redituum, in quo Emptor Jure Domini Fructus percipit, consequenter in sortem non imputat. Oder will man auf das Mutuum cum constitutione Pignoris, vel Hypothecæ noch weiters beharren, so ist 2. Accurster Contract nicht Pignoratitius simplex, sondern Antichreticus, ubi inter Pignus simplex, & Antichresin hoc discrimen affertur, quòd in illo Fructus computandi sint in sortem, in hac non sint, sed lucro Creditoris cedant.

Alciat. l. 2. distict. c. 3. Gaill. l. 2. obs.

3. n. 2. Rittershus. Conf. Altorff. 4. n. 4.

Besonders wann 3. Die Fructus ungewiß seyn, und sowohl an dem Werck, als an der Menge fast alle Jahr sich ändern. Wann dann in Casu præsentem, wie unten erwiesen wird werden, die Sach sich also befindet, ist ein Wohlweiser Magistat, oder vilmehr dero Schrifft-Steller, in irrigem Supposito, da selber Contractum Quæstionis Constitutioni simplici Pignoris æquiparirret, und aus diesem Supposito behaupten will, daß die Nutzungen, was Fundus Quæstionis über die Land-bräuchige Usuras etwan bishero ertragen hat, das Hospital H. schuldich seye an der Schuld-Summa abgehen zu lassen; dann wider solches nicht allein streitet, was bishero ad hoc Argumentum secundum deduciret ist worden, sondern auch expressus tenor Instrumenti Contractus, da ein Löbliche gemeine Stadt A. sich verobligiret in unzertheilte Summa das Dargeshossene nach vorherig eines Jahrs Aufkündung heimzuzahlen. Hiemit

Ad 3. Ist der erste Theil dieses Argumenti, da man behaupten will, daß der Hospital die Fructus quæstionirten Fundi, so vil dise über Abzug des von vorgeliebten Capitals gebührenden Zinses amnoch überbleibet, nicht behalten, sondern in sortem imputiren müsse, schon abgefertiget worden; dann entweder ist eingeklagter Contract Emptio Venditio Redituum Annuorum, oder bleibet es ein Mutuum cum Pacto Antichretico percipiendi Fructus ex Fundo oppignorato. Si primum, Emptor, nempe Hospital Fructus percipit ex re propria, nempe ex Jure per Emptionem comparato; consequenter periculum Usuræ non est, quæ solum est lucrum ex re aliena. Si secundum, cum fructus incerti sint, in sortem juxta deducta imputari non debent, sed lucro Creditoris cedunt.

Henricus Canisius in allegirter Stell verewirft

wirffet allein Pactum Antichreticum, und zwar nur in soweit, daß solches zuverstehen, wann der Creditor allein ex vi Mutui, non accedente causâ Lucri cessantis, Damni emergentis, aut periculi Sortis etwas über das aufgeliene Geld gewinnen will. Deswegen obwohlen selber

C. 5. cit. n. 28.

will, daß Creditor Antichreticus die Einnam der auß dem Pignore erheben Nuzungen verpflichtet seye an der Schulds Summa abgehen zulassen, oder wann deren ein Theil noch nicht von ihm Creditore ist consumiret, dem Debitore zu restituiren, so sezet er doch hinzu die Clausulam, salvis ipsi Creditori Expensis in rem factis, & si quid aliud ipsi abesse ratione Interesse. Und dahin deuten nach bemeldten Authore

L. cit. c. 1. n. 9.

Die Recessus Imperii; Nam Reccessus, inquit, non simpliciter quinque pro centum imputat locô Interesse Creditori, sed considerata industriâ personæ tuæ, si tantundem ex Mutuo soluto colligere potuerit, vel ex eo non soluto damnum passus sit: cui consequens est, ut si nihil Lucri, vel Damni causâ absit Creditori, neque quinque, neque aliud quid ipsi debeatur.

Ita Canis. l. cit.

qui proinde, si tanti aestimari possit lucrum Creditori cessans, aut eidem ex Mutuo emergens Damnum, quantum consuevit fructus Antichreticæ eidem concessi à Debitore, Pactum Antichreticum nequaquam improbat.

Noch minder mißbilliget ersagter Canisius Contractum Emptionis Venditionis annuorum Redituum; nam

C. 5. cit. n. 29.

ne in Pactum Ufurarium Antichreseo te-merè incidamus,

cum Dom. Sot. l. 6. de Just. q. 1. art. 2. fin.

monet, ut Creditor rem, quam alioquin Debitore Pignori destinavit, certo pretio emat, cum pacto retrovendendi; hoc enim calu- fructus, aliæque obventiones Lucro Emptoris cedunt, & rectè, cum jam ex re sua Creditor eas percipiat.

L. qui scit. 25. ff. de Usur.

Et hoc Pactum Retrovenditionis esse licitum etiam in foro conscientie, multis Authoritatibus Author cit. probat, allegatque

Tiraquell. de Retract. convent. in praefat. n. 2. & seqq. Navar. Man. c. 17. n. 148. cum aliis.

37. Estque perinde, siue cum tali Retrovenditionis Pacto ematur ipsa res, quam Debitore aliàs Pignori destinavit, siue salvo Debitoris hujus Dominio, ematur Jus percipiendi fructus ex illa; nam etiam Annuorum Redituum Emptiones Venditiones licitas, Jurique conformes esse docent unanimiter DD. atque inter hos

Sot. de J. & J. l. 6. q. 5. Covar. l. R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

3. var. c. 7. n. 2. Decian. conf. 2. n. 70. & seq. vol. 1. Tiraquell. de utroque Retract. tit. 1. §. 1. gloss. 6. num. 15. ubi dicit, nimium jam inculcatam rem esse, & velut transactam in rem judicatam, licitas esse has Emptiones. Molin. de Just. tract. 2. D. 389. Valasc. de Jur. Emphyt. q. 32. n. 8. & 19. Felic. de Solis l. 1. c. 7. de Censib. num. 2. fin. Gaill. l. 2. obs. 7. num. 5. Scaccia de Commerc. & Camb. §. 1. q. 1. sub Rubr. de Censib. & plures alii apud Müller. ad Struv. Exerc. 27. thes. 58. Lit. d. Consonant Reccessus Imperii in Comitibus Augustanis de Anno 1500. sub Titulo von den Wucherischen Contracten/ Item de Anno 1530. tit. eod. §. ult. Reform. Polit. Aug. 1548. tit. eod. §. penult. Reform. Polit. Francof. de Anno 1577. sub dict. tit. Et confirmatur ex Constitutionibus Martini V. & Calixti III. in Extrav. comm. sub tit. de Empt. & Vendit.

Talemque Contractum ab iis, qui pecuniam dantes alteri, paciscuntur cum illo de accipiendis 5. annuis pro 100. communiter iniri, licet verba Mutuum significantia adhibeant, ostensum est supra Num. 20. Welschem nach dann, weilten Besag Num. 19. auch gegenwärtiger Contract einer von dieser Gattung zuseyn billich erachtet muß werden, ist hierinn kein Gefahr einiger Unbillichkeit, kan also auch der Hospital H. nicht malæ, sed bonæ fidei possessori verglichen werden; und dieses desto mehrer, weilten auch Creditor Pignoratitius, so die Fructus Pignoris Jure Dominii ihme nicht eigen machet, ex ratione, quod causam à vero Domino habeat, leichter, als Malæ Fidei Possessor gehalten, und darum ad Fructus, quos Dominus ipse percipere poterat, restituendos nicht, wie diser, verobligiret wird.

Mollenbec. ad ff. de Pign. Act. n. 21.

38. Will man aber an Seiten einer löbl. gemeinen Stadt A. widerum von Contractu Emptionis Venditionis Annuorum Redituum einen Absprung machen, præsentis Casus Negotium als ein Mutuum cum Pacto Antichretico verkauffen, und ex vi mutui, fundamento ex Reccessibus Imperii sumpto, dem Hospital H. die fructus ad quantitatem Interesse 5. pro 100. iisdem Reccessibus taxatam vergünstigen, so weicht man schon ab à doctrina cit. Canisii, weilten diser wie Num. 35. erhellet, auch 5. pro 100. nicht anderst zulasset, als wann Lucrum cessans, oder Damnum emergens so hoch sich belausset. Wird also da wohl statt finden Argumentum ad hominem, und weil man ex allegatis Reccessibus Interesse 5. annuorum pro 100. für zulässig haltet, auch noch ein höheres müssen zugeben, wann man erweisen solle, daß das Interesse noch höher steigt, massen solches zugibet

E e e

R. I.

R. I. Spir. de Anno 1600. §. 152. ibi: da dem Creditori solche fünfß Gulden nicht annemlich / sonder er vermeynen wolte / tam ex lucro cessante, quam damno emergente ein mehrers zu fordern/dasß ihme alsdan sein ganz Interesse zu deduciren / gebühlich zu liquidiren ic. unbenommen seyn solle ic.

40.

Ad 4. Ist zwar laut Instrumenti Contractus dem Hospital H. per expressum aufgetragen worden, daß selber die überlassene Fundos auf eignen Unkosten zu zweymädiger Wißn bereiten solle; aber solches nicht also angesehen worden, als wann man dessen nicht einige Vergütung zuhoffen, oder zu gaudiren hätte, massen in laudato instrumento vorsichtiglich caviret worden, daß die Abnutzung der 10. Tagwerck Wißgrunds bis zu Verflüßung 20. Jahren von Zeit dieses getroffenen Contracts / und desß zuniesßen Kommenden Wißgrunds Quæstionis beständig dauern / und continuiren solle / ex hac ratione specificè adjecta, damit -- Herr Derwalter / und dessen Nachkommen der auf Zubereitung / und Melioration der berührten 10. Tagwerck Wißgrund verwenderer Kösten NB. sich anwiderumen um so besser erhalten -- möge. Hat also ein Wohlweiser Magistrat, unter dessen Namen dasß Instrument gefertigt worden, selbst erkennet, daß aufgerendeter Unkosten halber dem Hospital eine zulängliche Ergökung gebühre.

41.

Und dieses zwar billichster massen; quia fructus tantum dicuntur illi, qui deductis expensis, quibus quærantur, coguntur, & conservantur, supersunt.

L. si à Domino. 36. §. fin. ff. de hered. petit. l. fructus. 7. princ. ff. solur. Matr. l. fundus. § 1. princ. ff. fam. herisc. l. hoc fructuum. 1. C. de fruct. & lit. expens. Duaren. ad tit. Cod. de naut. senor. Gaill. l. 2. de Pac. publ. cap. 17. num. 9. Cöppen decis. 44. n. 33. Colleg. Argent. de Usur. & fruct. thes. § 1. Hahnus Dissert. de fruct. thes. 4. Müller, ad Struv. Exerc. 27. thes. 62. Lit. B.

In qua consideratione rectè Ulpianus

L. quod in fructus. 46. ff. de Usuris. quod in fructus, inquit, redigendos impensum est, non ambigitur, ipsos fructus diminuere debere.

Atque hinc, si Creditor necessaria Impendia in rem Antichreticam erogavit,

juxta l. si necessarias. 8. princ. ff. de Pign. act.

Non tantum retentionem, ut ibi Pomponius, sed etiam contrariam pignoratitiam Actionem habet.

42.

In den übrigen werden Seiten desß Hospitals die auf Zubereitung desß Fundi Quæstionis aufgerendete 200. fl. Unkosten in so weit allein zum Capital geschlagen, daß

man erzeige, daß die über sonst Landbräuchige Zinsen erhebt Nütungen nicht unbilllich dem Hospital zum Genuß zufallen, massen man gang wohl weiß, quod si quando Creditor Impendia fecit, ad quorum restitutionem jure obligatus est Debitor. Creditor Usuras illorum non possit exigere regulariter, so ist man doch auch in dem noch weiters belehret, daß die Usuras Impendiorum dem Creditori zubegehren allein aus dieser Ursach nicht zustehet, quod ex melioratione illa commoda sentiat, eaque una cum re Antichretica utatur, fruatur.

Carpov. p. 2. conf. 37. def. 27. Lauterbach de Jur. Antichret. thes. 54. Müller ad Struv. Exerc. 19. thes. 52. Lit. n. §. 10.

Welcher Lehr dann gemäß das Hospital Ratione Impendiorum billichster massen wenigst sovil von den erhebenden Nütungen auß dem Fundo Quæstionis pretendiret, als selbe dem Landgebräuchigen Interesse von 200. fl. respondiret.

Ad 5. Ist zwar in dem Instrumento Contractus versehen, daß der Hospital den Grund und Boden Quæstionis an statt desß Landbräuchigen Interesse besitzen / auch jährlich an Heu / und Emmet nutzen / niesßen / und gebrauchen solle; aber von solchen Nütungen keine Summa, und Quantitas aufgeworffen, darum de omnibus fructibus zuverstehen, weiln man in Rechten zweiffentliche, und dunkle Reden allezeit wider den zudeuten pfleget, welcher klärer hätte reden sollen.

L. stipulatio ista. 38. §. in stipulationibus. 18. ibi: In stipulationibus, cum quaritur, quid actum sit, verba contra stipulationem interpretanda sunt. ff. de V. O.

Wie auch also, daß der Actus, davon gehandelt wird, möge vil eher erhalten werden, als untergehen.

L. quotiens. 80. ff. eod. Rittersh. Conf. Altorff. 4. n. 10.

Welches besonderlich statt findet, wann Emptio Venditio annuorum Redituum celebretur worden, dann obwohlen

Policey-Ordnung de Anno 1577. tit. 17. §. Und nachdem.

In Emptione Venditione annuorum Redituum ein gewisses Pretium taxiret, und statuiret worden, daß mit 100. fl. Haupte Gelds nicht mehr dann 5. fl. Jährlichen gekauffet werden / ubi pro Usurario Contractu habetur, quando aliquid via Contractus supra eam quantitatem pendendum est: so ist doch solches allein zu verstehen, quando Creditor non majus interesse probat; nam per

Recess. Imp. Spir. de An. 1600. §. 152. Siquis quincuncibus Usuris non velit esse contentus, sed majus Interesse probare, ipsi hoc non denegatur.

Struv. ad ff. Exerc. 27. thes. 49. in fin. Müller. ibid. Lit. n. D. Baro Schmid.

CON-

Controv. 36. n. 13. P. Wiestner *ad tit. de Usur. n. 41.*

45. So meistens eingreiffet, wann Emptor Censuum Annuorum merkliche Unkosten auf den eingehändigten Fundum gemachet hat: welches ganz billich ist; nam si Creditor Usurarum vice à Debitore aliquid exigere non potest, quando, factis fructuum quarrendorum impendiis, vel ob sterilitatem extraordinariam, vel ob incurfiones hostium, aut similem insperatam causam nullos percipit fructus, æquum etiam est, ut vice versa, solitis uberiores Fructus ipsi non extorqueantur.

Mevius *Discuss. Levam. Debit. c. 4. sect. 11. n. 40.* Lauterb. *de Jur. Antichr. thes. 53.* Müller *ad Struv. Exerc. 19. thes. 52. lit. x.* Mollenbec. *ff. de pign. act. n. 23.*

46. Ad 6. Weiset beykommende Specification Jährlicher Unkosten, und Ertrag, daß bey weitem die Nutzungen ex Fundo Quæstionis demptis Expenfis, also weit sich nicht belausfen, als ein Wohlweiser Magistrat ihme einbildet. Und so auch auf ungestandenem Fall selbe Usuras Quincunces merklichen übersteigeten, ist neben dem, quod Excessus iste merito inter Fructus industriales referri possit, auch zu merken, was

Molinæus *tract. de Usur. q. 10. n. 150.* weißlich anmercket, quod in Contractu Emptionis Annuorum Redituum, licet istorum quantitas excedat quinque annuos, tamen ultra legitimum modum soluti non in sortem imputari, sed ad detractionem de futuris redditibus Debitori servare debeant: quam suam Doctrinam idem Author confirmat triplici ratione, inter quas tertia est; quia non potest fieri Redemptio pro parte, nec Sors per partes reddi, cum juxta Principia ordinaria justè in Redemptione Reditus, inde minus debeat servare Creditor.

L. deber. 27. ff. de Edict. Edict. ibi: Indemnitas enim Emptor debet discedere.

Non autem cariturus est periculo Creditor, si Debitor per solutionem partis liberari deberet, cum particularis solutio non minima habeat incommoda.

L. planè. 3. ff. famil. hercisc.

47. Igitur ne injuria fiat Creditori, satis est, quod, ubi deductis expensis, & impendiis, ultra Fructus per pactum concessos, magnus aliquis excessus sese prodit, istum Creditor in pensiones debitas non solutas imputet, & superfluum restituat. Neque obstat

L. cum & sortis. 35. ff. de Pign. act. l. in his. 5. §. Imperator. 2. ff. de Solut.

nam textus isti loquuntur de mutuo, ubi Usuræ immoderate debent imputari in sortem.

L. si non sortem. 26. princ. ff. de condict. indebit.

At diversa est ratio Emptorum Redituum, ubi nec fors propriè adesse censetur, nec pre-

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

tium datum, si Sors appellitur, repeti potest.

Hahn *de Ann. Redit. thes. 19.*

48. Belangend die intendirende Rechnungen über die aus dem Fundo Quæstionis erhobene Nutzungen, scheint, es habe ein Wohlstadt A. vermög Instrumenti Contractus auf selbe renunciiret, ibi: Dargegen sollen uns von Magistrats wegen / oder gemeiner Stadt einige Exception, Privilegium, Beneficium, Geistlicher oder Weltlichen Rechts - - und aller Einwendungen / so ins gemein / sonderlich denen Städten / und Gemäinden zu Gutem verordnet / oder erdacht werden können / vor sezo / und ins künfftig / nicht zu Statten kommen, oder was fürtragen / gestalten denen sambt / und sonderlich wir hiemit wissenschaftlich / und aufruchtentlich - - renunciiret haben wollen. Quæ renuntiatio subsistit, cum quilibet Juri suo renuntiare possit.

L. si quis. 29. C. de Pactis.

Quod saltem verum est, si Fructus sint incerti, & eorum excessus non adeo magnus; nam si Fructus sint certi, vel in fructibus incertis evidens Excessus quotannis appareat, Renuntiatio ista non subsistit; cum Leges Usurarum palliationem damnent.

Stryck. *de cautel. Contract. sect. 2. c. 4. §. 23.* Müller *ad Struv. Exerc. 19. thes. 52. lit. x.*

Es ist aber allda zu merken, was von diesen Berechnungen weißlich annotiret

49. Rittershusius *Cons. Altorff. 4. n. 3.* ubi sic habet: Nun ist unlaugbar, daß solche Conventio Antichreseos, scilicet mutui Pignoris usus pro Credito sowohl in beschriebenen Rechten - - als üblichen Gebrauch dess Teutschlands beständig - - und zwar dergestalten / daß der Creditor die Früchte an statt der Zinsen tanquam Dominus lucraret / - - ob sie gleich legitimum modum Usurarum übertreffen. - - Daher erst erfolgt / daß in Antichresi keiner Rechnung nöthig; quia Rationes reddi solent non à Domino, sed ab Administratore, non in re propria, sed aliena. Ita Rittershusius *loc. cit.* Procedit hoc saltem, quando Creditor vi Pacti lucratur omnes rei Antichreticæ Fructus; tunc enim nullas rationes reddit; secus, si certam tantum fructuum partem; tunc enim Rationes reddere cogitur.

Escobar *tract. de Ration. admin. c. 3. n. 1. & seqq.* Müller *Exercit. 19. thes. 52. lit. d.* & ita in terminis responderunt Lipsientes apud Carpz. *p. 2. const. 30. def. 41.*

50. Ad 7. Wird solches Argument genugsam widerlegt mit Aufweisung der Anfangs Num. 46. allegirten Specification, auß welcher erhellet, daß die Unkosten inner verfloffenen 12. Jahren sich auf 1116. fl. belaufen, da hingegen die Nutzung beyläufig nur 1155. fl. ertragen, daß also, wann an-

E e e a

jezo,

jedo, wie man an Seithen einer löblichen Stadt A. gesinnet, den Contract rescindiren, und quæstionirten Fundum wiederum anheim ziehen wolte, der Hospital so gar nicht die zugesagte 5. fl. per 100. genießen könnte, so doch dem Contract zuwider lauffet, Krafft dessen, damit der Hospital der verwendeten Unkosten sich anwiederum erhalten könne, pactiret worden, daß vor Verlauff 20. Jahr der Contract nicht sollte aufgefunden werden.

51.

Ad 8. Beleget sich aus eben besagter Specification das Widerspil, massen die erste 4. Jahr, da wegen Anfreutung der Stöck, und Baum-Wurken mit grosser Mühe der Boden völlig hat müssen umgerissen werden, also keinen, oder wenig Nutzen gegeben, ausser was man von Haber, und Klee-Saamen darein geworffen, daß also folglich nur 2. Jahr zu rechnen, so einigen Nutzen, und denselben ganz ungleich gegeben, in dem Anno 1714. in allem nicht mehr dann 6. Suder Anno 1718. eyßl Sueder Heu, und 4. Suder Eßet ein gebracht worden, welche dann wann man selbe zu der Nutzung der übrigen 6. Jahren, so auf 27. 28. und auf das Höchste 30. Suder sich beloffen, zusammen werffen, und in gleiche Theil auftheilen sollte, den Ertrag bey weitem nicht auf 5. per 100. aufmachen wird.

52.

Ad 9. Aus eben dem, daß ein Wohlweiser Magistrat dem Hospital zu fernerer Versicherung versprochen, daß wann von der oppignorirten Wäsen der anliegende Fluß einen merklichen Theil hinweg nehmen wurde, solcher Abgang jedesmal mit anderen nächst anliegenden Gründen von gemeiner Stadt ersetzt solle werden, widerleget sich selbst dasjenige, was man Argumento 8. hat herkommen lassen, daß nemlich quæstionirte Grund also gelegen, daß nicht bald der Strom darauf lauffen kan, wie dise Überschwemmung dann schon einstens das l.v. Tunget darvon hinweg geflöget. Uber das wird durch so versprochene Ersetzung allein cavirt de quanto fundi, nicht aber de quanto Fructuum, so auch eadem manente quantitate Fundi, und ohne Aufschaffung des Flusses jedes Jahr nicht gleich, noch einerley seyn kan. Aus welchem dann sich zeigt Responsio

53.

Ad 10. Und beleget solches die mehreremeldte Specification, welche klar am Tag gibet, daß die Rechnung, so man gegen sichs machet, nur gar zu groß, und hoch gespannt. Solte ein mehrerer Nutzen dise verflorrene, oder auch künftige Jahr, sich herauf werffen, ist solches nicht ad Fructus, sondern ad Melioramenta zu zehlen. Melioramenta enim à Fructibus differunt, quod Melioramenta sint facientis bona propria, Fructus verò aliorum veniant.

Klock. Vor. Camer. Relat. 80. n. 2.

Müller ad Struv. Exerc. 27. th. 62. lit.

5. §. 4. Melioramenta.

Daß eine Burgererschaft zu A. anjedo vor jedes Tagwerck all. Jährlich 12. biß 13. fl. Bestand anbietet, lasset man dahin gestellet seyn: wenigstens zeigt sich aus einem an Herrn Verwalter de Dato 22. Dec. 1707. vom Wohlweisen Magistrat erlassenen Brieff, daß dasige Burger die erstere Jahr nur 4. und $\frac{1}{2}$ fl. Jährlichen Bestands Gelds ab dem Tag-Werck des Wäsen Grundis Quæstionis offeriret. Rerum autem pretia à tempore, quo Contractus celebratur, non autem ex pretio, quod futuris temporibus habebunt, desumuntur.

Ad 11. Betreffen die hingegen allegirte, und in dem Herzogthum N. vorhandene Prajudicia allein die Pacta Antichretica; wie man selbst gesehet, nicht aber Emptionem Venditionem Annuorum Redituum, für welche man Contractum præsentem um desto mehr ansehen muß, weisen nach eigener Geständnuß besag Argumenti 3. dergleichen Pacta Antichretica von nicht wenigen Doctoribus pro illicitis gehalten werden, und aber vom gewesten Herrn Verwalter ja nicht præsumiret kan werden, daß selber dergleichen verbottnen Contract habe eingehen wollen.

Ad 12. Hat ein Wohlweiser Rath im Namen der gemeinen Stadt vermög Instrumenti Contractus allen denen Städten und Gemäinden zu Gutem Kommender Einwendungen / also auch Beneficio in integrum Restitutionis renunciiret, daß also vor selbe kein Behülff mehr ex hoc Capite genommen kan werden; nam dimittentibus Jura sua non amplius permissum est ad ea regredi; & quod semel placuit, amplius displicere non potest.

Reg. quod semel. 21. in 6.

Kan auch kein Zweifel walten, ob einer Stadt, oder Gemäinde in ihren Mächten stehe disem Beneficio zu renunciiren, cum & Minores renunciare illi, saltem cum Juramento, possint, & generalis sit Regula, quod favori pro se principaliter introducto cuius renunciare datum sit.

L. si quis. 29. C. de Pact.

Und wann schon auch dise Renunciatio ein oder gar nicht vorgangen, oder ungültig und nulliter geschehen wäre, so hätte te Restitutio in integrum inner der ersten vier Jahr à tempore Contractus müssen begreht werden; nam quadriennium pro in integrum restitutionem indultum Ecclesie, Civitati, & aliis Communitatibus tam piis, quam profanis, incipit à die factæ læsionis, ita ut post hujus lapsum non amplius restituantur, nec possint restitui etiam adversus lapsum illius.

Felin. in c. 1. n. 12. de Praescript. Odd.

de Restit. in integr. p. 1. q. 19. n. 25.

Olymp. Prompt. §. Restitutio. n. 23.

Rationem dat Oddus l. cit. his verbis; quia alias res in infinitum traheretur, & adeo, ut qui cum Ecclesia, vel aliis Universitatibus præ-

prædictis contraxisset, vel aliter Negotium habuisset, nunquam neque ipse, neque Hæredes ejus securi esse possent, cum Ecclesiæ, & Universitates cætera, nunquam moriantur: quod tamen absurdissimum est.

57. Ad 13. Ist zu merken, was aliis citatis anmercket

Carpzovius l. 2. resp. 106. n. 2. ubi dicit, in casu, quando disceptatur, num ex Contractu Mutui teneatur Civitas, bene advertendum esse, an Cives omnes, vel saltem Consilium, Cives omnes repræsentans, mutuo pecuniam acceperit, aut in Contractum Mutui consenserit; an verò solus Magistratus, vel Administratores absque reliquis Civibus, vel Consilio Civitatis, omnes Cives repræsentante, mutuo lumpsierint pecuniam. Si primum, ait obligari Civitatem, etiamsi Creditor non probet, pecuniam in rem, & utilitatem Civitatis veram esse: pro quo citat

Bartol. in l. 27. n. 1. ff. de reb. credit. Jason. ibid. n. 31. Dec. n. 4. Hartm. Pistor. p. 1. q. 37. n. 1. Coler. de Process. Execut. p. 2. c. 3. n. 349. Cöppen decis. 60. n. 23.

Nam quod Proceres Civitatis, quibus Rerump. gubernatio, & administratio est commissa, faciunt, idem est, ac si Cives singuli hoc fecissent:

L. nulli. 3. ff. quod cuiusq. univ. nom. & intelliguntur scire, ac facere id, quod sciunt, ac faciunt ij, quibus perpetua gubernatio Corporis est concedita.

8. L. municipes. 14. ff. ad municip. Si secundum, idem Carpz. l. cit. dicit, non obligari Civitatem contractu Mutui, licet nomine Civitatis contractum fuerit.

Hartm. Pistor. l. cit. num. 23. & seqq. Coler. c. 3. cit. num. 348. Cöppen decis. 60. cit. n. 3.

Nisi constat, pecuniam mutuo sumptam veram fuisse in utilitatem Civitatis; tunc enim ex mutuo ita accepto obligatur Civitas, & ejus Bona pro Credito, licet in mutuum, à Senatoribus, sive Administratoribus contractum, non consenserint Cives, prout constat ex

L. Civitas. 27. ff. de reb. cred. Bartol. ibid. n. 2. Jason n. 4. Goeden. cons. 5. num. 26. 33. & 38. Coler. num. 349. cit.

59. Incumbet autem Creditori onus probandi versionem in rem, nec ab onere isto eum relevabit, quod dicatur in Instrumento, pecuniam in rem veram esse

Bartol. in l. 27. cit. n. 13. Mascard. de Probat. concl. 1161. n. 19. Hartm. Pistor. p. 1. q. 37. n. 31. Coler. c. 3. cit. n. 352. Cöppen decis. 60. cit. n. 7.

Quamvis ad hujus probationem sufficientiam etiam verisimiles Conjecturæ.

Gloss. in Auth. hoc Jus. in fin. C. de SS. Eccl. Ripa in l. 24. §. 3. n. 11. ff. de Privileg. Credit. Menoch. l. 3. praf. 55. num. 4.

Mascard. concl. 1161. cit. n. 1. Hartm. Pistor. l. cit. n. 36.

Cogenturque Administratores, ut Creditor possit probare versionem in rem, Libros Rationum exhibere, & ostendere, quò mutuum pervenerit, si nempe Creditor Officium Judicis desuper imploraverit.

Bartol. l. cit. n. 10. Carpz. l. 2. Resp. 107. n. 17.

In gegenwärtigem Casu ist 1. Contractus Quæstionis getroffen worden mit Gutsheissen eines Wohlweisen Raths gemeiner Stadt A. so die Person gemeiner Bürger schafft in derley Handlungen vertrittet, daß also allda sich findet, was Carpzovius Num. 57. allegatus vomnöthen zu seyn anmercket. Und wann schon auch idem

60. Carpzov. l. 2. cit. Resp. 106. n. 1. von denen Tribunis plebis Meldung thut, als wann auch deren Consens erforderet wäre, so expliciret er sich doch allsdort genugsam, dum addit: Quibus scilicet à Populo libera potestas statuendi de rebus tam maximis, quam minimis data est. Item Num. 10. ibi: Ex Contractu Senatorum, vel Administratorum, qui Cives non ita repræsentant, ut siquid communi omnium horum consensu constituendum sit, id, non vocatis aliis, expedire queant. Dergleichen aber seyn meines Wissens in diser Gegend herum nicht die so genannte Kirchen-Meister, massen selbe nur in jedes Handwerks eigenthumlichen Negotiis, nicht aber in allgemeiner Stadt angehenden Geschäften, wann selbe nicht auch Rathsherrn seynd, gefragt werden. Über das ist

2. Allhier nicht Quæstio de Mutuo, sonder, wie in vorgehenden erwisen worden, de Emptione Venditione Annuorum Redituum. Incumbit autem obligatio probandi versionem tantum in Mutuo; nam in reliquis Contractibus ad hoc, ut inde in Civitatem Actio competat, non est necessario probanda versio pecuniæ in utilitatem ipsius, modò hi alioquin solenniter fuerint celebrati.

Bartol. in l. 1. C. de vendend. reb. Civit. Paul. de Castr. in Auth. hoc Jus. C. de SS. Eccl. Decius Conf. 36. n. 8. Hartm. Pistor. q. 37. cit. n. 51. Cöppen decis. 60. cit. n. 10. Heig. p. 1. q. 34. n. 8. Carpzov. l. 2. cit. Resp. 108. n. 7.

62. Und wann schon auch in Calu præsentir nichts anderes, als Pactum Mutui cum Antichresi, wie man es dann von Seiten einer Pöbl. Stadt A. ansehen will, passiret wäre, so müßte dem Hospital ein Wohlweisen Rath Stadt-Rath juxta deducta Num. 59. ad probandam versionem in rem dienen, editis ipsis Rationibus; keines Weegs aber kan selber diser Exception sich prevaliren; non enim Administratoribus, qui contraxerunt, sed Civitati, vel Civibus saltem Exceptio non versæ pecuniæ in rem Civitatis adversus Creditores competit, quippe cum Exceptio

hæc in favorem solius Civitatis specialiter introducta sit, ne Administratorum culpa damnum Respublica subeat.

L. fin. C. de vendend. Reb. Civit.

63.

Ad 14. Zeiget sich auß dem Instrumento Contractus selbst, daß zu selben, und vor dessen würcklicher Vollziehung der Consensus von Hochfürstl. Regierung eingeholet worden, ibi: Nach ehevor erhalten Landsfürstlicher Regierung Gnädigsten Consensus: welches eben sovil ist, als wann Ihre Durchleucht der Gnädigste Landsfürst selbst hätte Contractum Quæstionis gebilliget, und approbiret: nam in hujusmodi supremis Tribunalibus Imperatoris, & Principum eminere censetur Autoritas ipsorum Principum Supremorum, quorum nomine instituuntur hæc Tribunalia, & proferuntur Sententiæ: & ideo ab his Appellatio non permittitur.

Tholosan. l. 5. Paratit. Jur. Canon. tit. 15. c. 73. Marant. p. 6. tit. de Appellat. n. 251. Haunold. tom. 5. de J. & J. tract. 5. n. 338. Vallens. ad libr. 2. Decret. tit. 28. §. 3. num. 3. Pirhing. ibid. n. 81. Wiestner n. 59.

64.

Und zeiget solches die Experientz, Obervang, und allenthalben übliche Gewohnheit selbst, gemäß welcher, wie pro Contractibus in re Pupillari celebratis per Tutores, also auch in Handlungen de Rebus pertinentibus ad Civitates keines Weegs Consensus personalis ipsius Principis, sonder allein dessen Regierungs Gutheißung, und Approbation geforderet, und eingeholet wird.

Und weilen dergleichen Approbation von Landesfürstl. Regierungen sine Decreto nicht pfelegt gegeben zu werden, wird, und ist auch dieses billichster massen præsumiret, weilen Besag Instrumenti Contractus von solcher Approbation, und Consensus ein Wohlweiser Rath würcklichen attestiret hat, welcher ja Actionem de dolo ihme hierinn nicht wird aufbürden lassen.

Ad 15. Muß von einer Löbl. Stadt vorher, ehe man ad Rescissionem Contractus schreitte, Lætio gravis, oder Defectus aliqujus Substantialis Requisitei gewisen werden, welches aber bißhero noch nicht erhellet. Und biß dahin wird man auch auf Seiten besagter Stadt wider das, was Argumento 16. hervorgegeben wird, gehalten seyn den biß auf 20. Jahr gemachten Contract unzerbrechlich zu observiren, und vor Verfluß dieser Zeit darvon nicht abzusehen. Kan also daß den 14. lauffenden Monats hervorgegebne Verbott, daß man die Waisen Quæstionis biß zu Aufstrag der Sach in statu quo, und darauf einigen l. v. Thung nicht mehr führen lassen solle, mit Betrohung die Fuhren wider zurück zuweisen, den Hospital H. mit nichten binden. Sollte aber wider Verhoffen hierinn die Sach zu einer Thätlichkeit kommen, und mit Pfändung, oder ander dergleichen Gewalt verfahren werden, wird benanntes Hospital sich bemüßiget, und benöthiget finden des Interdicti Unde vi ex Causa spoli, vi cuius spoliatus (etiam Prædo) ante omnia restitui debet, sich zu prævaliren.

CONSILIUM XLIV.

Reflexiones in eadem Causa auf von gemeiner Stadt A. wider den Hospital H. eingegebne Replic, die von besagter Stadt an ernenneten Hospital überlassene zehen Tagwerck Waisen betreffend.

SUMMARIUM.

1. seqq. Argumenta Adversariorum replicando allata.
25. Advocati abstineant à Calumniis.
26. seqq. Conceptio rudis & prima Instrumenti non habet vim probandi.
29. Requisita ut Protocolum probeat.
30. Protocollo legitimo magis creditur, quam Instrumento Exemplificato: nihilominus potest etiam illud impugnari.
31. Si Litera obligationem continentem non respondent Protocollo, extra culpam non est Magistratus, qui Literas tradidit, & Sigillò suo munivit.
32. seqq. Contractui oppugnato non deest legitimus Consensus Civitatis:
34. Præsertim ex multorum annorum silentio,
35. Oppugnando hunc contractum, Magistratus debet allegare turpitudinem suam.
36. 37. Potest Civitas renuntiare Restitutioni ex causa non Verfonis in rem:
38. 39. Item querela de Læstione ultra dimissum:
40. seqq. Etiam sine juramento, si Renuntiatio sit specialis.
43. Sola justitiam valoris scientia excludit querelam de Læstione:
44. Modo hæc non sit enormissima.
45. Renuntiatio hæc non dat causam dolo.
46. seqq. Scriptura Sigillò authentico munita probat.
49. Insolita Clausula reddunt contractum suspectum:

50. Ex consuetis tamen bene adijciuntur neces-
saria & abundantes:
51. Ex quibus non potest presumi dolus.
53. seqq. Quorum Consensus requiratur ad obli-
gandam Civitatem, dependet ex Statutis, &
Consuetudinibus particularibus.
59. Juxta communem Consuetudinem Populus
translulit omne Jus in Consules & Senatum.
60. Versionem in rem non tenetur Creditor
probare, si ipsi Cives in Contractum consen-
serunt.
61. In Emptione annuorum Redituum non de-
bet probari Versio in rem.
62. Licet appositio Sigilli publici non liberet
Creditorem Civitatis à probanda Versione in
rem:
63. Ad hanc tamen probationem adjuvandam
compellitur Civitas exhibere Rationes.
64. Renuntiatio hujus Exceptionis ab Admini-
stratoribus facta non sufficit:
65. 66. Sed in Casu non Versionis ipsi Admini-
stratores obligarentur.
67. Qua obligatio transit ad ipsorum hære-
des.
68. Si plures nomine Civitatis contraxerunt,
omnes & singuli tenebuntur.
69. Ad alienationem rerum Civitatis requiritur
Consensus Principis, & presumitur, si in In-
strumento fiat illius mentio.
70. seqq. Consensus Principis ad pecunias mu-
tuo accipiendas, censetur etiam esse Consensus
ad Censuum annuorum præstandos, vel vendendos
annuos Reditus.
73. Ex clausulis præsentis Contractus non præ-
sumitur dolus.
74. seqq. Expensa in fundo ad culturam redi-
gendo facta:
79. Et majores, quia Venditores non steterunt
promissis suis.
80. Hinc etiam modo sentire debet commodum,
qui antea sensit onus.
81. Utilitas ex oppignorato fundo non fuit tan-
ta, quantam Pars Adversa exaggerat.
82. Unius anni fertilitas debet compensare al-
terius sterilitatem.
83. Inferuntur Confectaria.
84. Prata non indigent tantâ culturâ, quan-
tam desiderant agri, si tamen illa jam sint ad
usum parata.
85. Distantia locorum minuit utilitatem.
86. seqq. Nisi aliud conventum, vel statutum
sit, Tributa præstantur à Locatore.
89. In anno fertili decrescit pretium frugum.
90. Bonum Civitatis in hoc negotio fuit promo-
tum.
91. Utilitas & Impensa eadem mensura aestima-
ri debent:
92. Quæ si comparentur, utilitas vix attingit
usuras consuetas.
93. Utilitas, quam ex frugibus Colonus conse-
qui potest, non debet venire in pretium.
94. 95. Emptio Redituum annuorum ex fundo
habet se, ut jactus Aleæ, vel Retis.
96. seqq. Non debet presumi merns Contractus
Mutui, ubi lucrum ultra sortem accipitur
absque speciali titulo:
99. seqq. Sed est Contractus Germanicus, seu
verè Emptio Venditio.
101. seqq. Bona Civitatis à quibus obligari
possint?
106. seq. Explicatur Emptio Redituum, &
distinguitur à Mutuo.
108. De Causis piis non presumitur animus U-
surarius.
109. seqq. Triplex Doctorum sententia de Pa-
cto Antichretico.
112. seqq. Requisita ad licentiam talis pacti.
117. seqq. Applicantur dicta ad præsentem ca-
sum.
120. Ostenditur disparitas inter hanc & aliam
quandam Causam.
121. seq. Reperitur discrimen inter Pactum An-
tichreticum, & Emptionem Redituum.
123. Consideratis omnibus lucrum hucusque non
fuit immodicum:
124. Si etiam fuisset immodicum, Contractus
non deberet tolli, sed ad æquitatem reduci.
125. seq. Distinctio inter Antichresin tacitam
& expressam, non est reprobanda.
127. Census tam pecuniarius, quam facultuarius
in Bonis alterius constitutus emi potest:
128. Et quidem ultra mensuram præscriptam
5. pro 100. si Census sint incerti:
129. 130. Prout incerti sunt in præsentem casu.
131. Emptio Censuum ex utraque parte redimi-
bilis lege positiva quidem prohibita, sed com-
muni consuetudine apud Germanos in usu est.
132. 133. Quo tempore, & modo Census redi-
matur?
134. Ut possit peti Restitutio in integrum, de-
bet probari gravis læsio:
135. Et quidem intra quadriennium.
136. Ut autem post hoc tempus detur Restitu-
tio, ratio nulla in hoc casu subest.

Argumenta Adversariorum.

1.



Nächstlich wollen sich Bürger-
meister, und Rath befreund-
den, daß ihr bey Händen
habendes, und von ihrem
verstorbenen Syndico eigen-
händig verfaßtes Concept
mit dem Hospitalischen Original sich nicht
allerdings conformiren solle, da sie doch je-
zeit der gänglichen Meynung gewesen,

Das Original seye dem Concept allerdingß
gleichförmig außgefertiget worden. Des
Klagen sich demnach, daß man ihnen auß-
bürden wolle, als hätten sie wegen Aufs-
lassung der in dem Original enthaltenen
Clausulen, und Renuntiationen subdole
hierinn gehandelt, massen selbe nicht meh-
rers einschicken können, als wie ihr Concept
lautet, bey welchem sie dann, cum vim Pro-
tocolli habeat, sich halten, und mehrers
nicht ihnen außbürden wollen lassen, als
was

was in selben begriffen ist, angesehen, daß auch sonst von Rechtswegen per textum

L. si quis ex argentariis. 6. §. pen. & ult. ff. de edend. Mascard. de probat. vol. 3. concl. 1243. ubi plures allegat.

jederzeit dem Protocoll mehr Glauben beizumessen, als dem Instrument selbst. Weiters

2. Wollen sie von einiger Renuntiation Läsionis ultra dimidium nichts wissen; habe auch solche Renuntiation von sich zugeben ihnen mit nichten können zugemuthet werden, cum Civitas Jure Minorum utatur; Tutor autem, vel Curator in rebus Pupilli, aut Minoris hujusmodi Läsioni, & competenti ex hac in integrum restitutioni renuntiare nequeat. Und wann auch

3. Dergleichen Renuntiation vorgangen wäre, so hätte doch selbe nach Zeugniß

Stryck. de cautel. Contract. sect. 2. c. 2. §. 28.

probabiliter absque Juramento etiam inter Majorenes in Contractu Venditionis keine Verbindlichkeit; quia dat causam dolo, & contrahentibus in hoc Contractu tantum modica circumventio permittitur. Haben also Bürgermeister und Rath in solche Renuntiationes niemahlen können verwilligen. Darum

4. Leichtlich zuerachten, wer, wie, und wo, auch wann, und zu was End diese so odiose clausul der Obligation habe inseriren lassen, nemlich derjenige, so das Geld hergeleihen, als welcher ihne schon damahls ratione hujus Exceptionis in futurum schwere Gedancen gemacht, in dem er auß der dem oppignorirten Grund nechst anliegenden Wissen den allzugrossen Profit auf 20. Jahr leichtlich hat verstehen, und dahero die von gemeiner Stadt wegen wohl instruirte Action nicht unbilllich präsumiren können. Darum dann

5. Willmehr Dolus ex parte altera zu präsumiren, theils wegen Ungleichheit des Originals mit dem Protocoll, theils weil die gar zu sehr mit Clausulen, Reservationen, und Renuntiationen gespickte Händel suspect seynd.

Hering. de Fidejuss. c. 17. n. 13.

Quia nimia cautela plus obest, quam prodest; quod plus enim cautela, eo plus fraudis präsumitur, & quod abundantior cautela, eo evidentior fraus.

Tiraquell. de Retract. Convent. in praefat. n. 18. Mascard. de Probat. concl. 532. n. 103. Klock. tom. 2. Conf. 84. num. 9.

In Ansehen dessen dann hätte

6. Das Hospital besser gethan, wann an statt solcher unbilligen, und weit aussehenden Clausulen, andere ad valorem Contractus vil dienlichere, ja fast nöthige Umstand in das Instrument inseriren hätte lassen, wie selbes dann vor allen sich hätte erkundigen sollen, wem der versekte Grund

zugehörig, auch ob und wie die Junft- und Kirchenmeister in Namen gemeiner Bürgerschaft ratione des Anlehens Wissenschaft gehabt, und darcin verwilliget, und also sich auch obligiret, nicht weniger wohin das entlehnte Geld in specie verwendet worden, welches alles dßfals zu einer recht verbindlichen Obligation erforderet wird.

Stryck. Sect. 2. cit. c. 1. §. 4. & 5.

Massen die Billigkeit mit sich bringet, daß diejenige, welche eine Handlung angehet, auch darum wissen, und hierinn einwilligen sollen.

Carpzov. p. 2. const. 6. def. 18.

Es hat aber von dem Handel in Hypothek weder die Bürgerschaft, noch die Junft- und Kirchenmeister etwas gewußt, darum dann gleich, als diser Handel geschlossen, und bekannt worden, uater den Bürgern darwider insgemein das Jammern, und Lamentiren entstanden, welches dann dem Hospital nicht geringen Nachtheil gebähren dürfte. Gleichermassen

7. Ist auch ihnen Bürgermeister, und Rath von einiger Landsfürstl. Ratification, so in specie occasione des Hospitalischen Instruments ertheilet worden, nichts bekannt, ausser eines Gnädigsten Hof-Raths Rescript, in welchem ihnen erlaubet worden hin und wider Capitalia (doch cum granofalis; & solennitatibus requisitis, aufzunehmen. Wäre auch nicht zuvermuthen, daß eine Hochlöbl. Regierung einen mit so gefährlichen, und weit aussehenden Clausulis gefütterten Contract in causa quasi pupillari so leichter Dingen applacidiret habe, als welcher schon vorhin ex natura sua, ohn dergleichen Exorbitantien zu Recht sehr veracht ist; auch die mehrgedachte Renuntiation an sich selber captios, und unbilllich, und contra bonos mores, einfolglich vor nichts an deres zuhalten ist, als ein Vinculum iniquitatis; nam sicut ex enormi læsione dolus präsumitur, & per hujus renuntiationem dolo janua aperitur, ita etiam jurato non obligat.

Gaill. l. 2. observ. 147.

Hat also solcher Contract durch Landsfürstl. Consens nicht können confirmiret werden; quia quod contra formam Juris, vel ipso Jure nullum est, confirmari nequit.

L. 32. §. 24. ff. de Donat. int. vir. & uxor. c. 7. de confirm. util. & inut.

& vulgati Juris est, quod Confirmatio novum Jus non tribuat, aut negotium confirmatum alteret, sed Contractum relinquat, qualis est.

Schrader. vol. 1. Conf. 19. n. 10.

Ebenfals wird

8. Widersprochen, daß der ganze Grund, da er dem Hospital überlassen worden, an noch mit Holz angefoegen gewesen, massen hiervon schon bereits 4. bis 5. Tagwerk aufgereithet waren, mithin der Hospital nicht mehr, als etwann außs höchste annoch sechs

sechs Tagwerck abzuräumen gehabt, folglich nicht, wie Hospitalischer Seiths vorgegeben wird, ein so große, ungemeyne, und langwährende Mühe zu Abraumung quaestionirten Fundi vonnöthen gewesen, indeme ganz bekannt, daß gleich noch das erste Jahr das aufgereithete Spatium mit Heu-Dumen völlig besamet, und noch selbigen Sommer wenigst sibem Fahrten, und das nächste Jahr darauf ein schöne quantität Futter darvon genossen worden. Und seye dem, wie ihm wolle, ist Burgermeister / und Rath die auf 200. fl. ansehende präparations-Kosten schon vor 4. Jahren, als selbe das erstemahl die Aufkündung gethan, deß Erbiethens gewesen, samt dem Capital zubezahlen, so daß man sich nicht zubeklagen hat, man habe den Grund mit Schaden zugerichtet. Es muß auch der dem Vorgeben nach von denen vor etlich Jahren im Quartier gelegenen Soldaten in dem Graß zugefügte Schaden nicht also considerations-würdig gewesen seyn, sonst man die Verderber deswegen wohl belanget hätte. In dem überigen

9. Könnte man zwar nicht in Abred seyn, daß Burgermeister und Rath selbst die Nutzung vor ungewiß gehalten; es hat sich aber bey 12. Jahren her die Gewißheit also gezeiget, daß besagte Nutzungen, deductis deducendis, und einen Jahr-gang in den anderen gerechnet, die im Reich passirliche Christen-Zins 2. bis 3. sach dem Hospital ertragen, massen auf dem Grund Quaestionis, es mag das Wetter seyn, wie es will, all-Jährlich das Futter in der Menge zu wachsen pflegt, wie dann vor dreym Jahren, als schier aller Orthen an der Fütterung sehr grosser Mangel erschienen, und ein mittelmäßig Futter Heu bey 30. fl. gekommen, auf diser Weisen solches in Abundanz gerathen, und über 30. große Futter, deren zwey allhier drey gute Fahrten aufmachen, an Heu, und Gramet darab geführt worden. Kan also so grosse Ungewißheit, oder Gefahr bey denen Weisen Quaestionis nicht seyn, sonst wurden nicht sovil Leuth sich daruin beworben, und Jährlichen aus einem Tagwerck solchen Mads 12. 13. bis 14. fl. geschlagen haben, wie dann Burger seynd, so erstersagten Bestand, neben der Betungung, und andern Unkosten alle Stund auf sich nehmen wollen, ungeachtet der Ungewißheit deß erwachsenden Futters: folglich mag dem Hospital nicht verhilfflich seyn, daß, wie in die Obligation mit einverleibt worden, von Burgermeister und Rath selbst die Nutzung für ungewiß gehalten worden, cum Jura respiciant, quod fit frequentius. So ist auch

10. Eine Ungewißheit grösser, als die andere, und zwischen der Nutzung aus denen Weisen, und jener auf denen Aeckern wohl zu distinguiren, massen dise letztere deß

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

Jahrs etlichmahl umgearbeitet, noch darzu getunget, und mit Unkosten besamet, auch gemeinlich im dritten Jahr in der Brach leer gelassen werden müssen, über das auch das Geträyd allerhand Mißgewächs, und Ungewitter exponiret ist; da hingegen es mit denen Weisen nicht ein vierdel Theil sovil Gefahr, und Mühe hat, teste

Carpzov. p. 2. const. 30. def. 42. n. 5. Ubi habet, quod omnes dicant, in cultura hortorum, & pratorum non magnum laborem, & pluries nullum requiri, quod ipsa Etymologia indicat; quia Pratum quasi Paratum dicitur: dessentwegen cit. Carpzovius darvor haltet, daß die übermäßige Nutzung von denen Weisen-Grunden, tanquam certa, allezeit in Sortem soll computiret werden. Es hat sich auch

11. Der Hospital ab der Entlegenheit, und deß weiten Zu- und Abführens halber nicht im geringsten zubeschweren, oder dessentwegen einigen Unkosten anzusetzen, weil der Grund Quaestionis weiter nicht, als ein halbe Stund von selbigem liget, wohin der Weeg schnur eben, und zu Sommers-Zeiten zum Heu führen drucken, im Winter aber, wann es gefrohren, gar bequem und gut zum Fungführen ist, da hingegen die Burger, und Unterthanen zu A. theils anderthalb-oder wohl gar zwey gancker Stunden weiter zu ihren Heu-Grunden zufahren haben, und noch darzu wegen ihrer Weisen Steuer, und Anlag geben müssen, wogegen der Hospital von einem so stattlichen Grund, und gegen einem so geringen Capital, und aufgehobnen sehr grossen Ertrag schon 12. gancker Jahr hero nicht einen Kreuzer Steuer, oder Anlag erleget hat, sonder Burgermeister und Rath haben die prästanda hiervon unter ihrer Cammer-Steuer bis dato abgeführt: welches fürwahr ein sehr grosser Vortheil vor dem Hospital ist, so von Rechtswegen wenigst die Steuern prästiren solte; nam qui sentit commodum, sentiat & onus: dessentwegen man auch sich bis zur Abrechnung reservanda reserviren wolle. Wann man aber

12. Den vorderes Jährigen Hand consideriret, so hat sich selber, ob gleich die Weisen nur halb getunget worden, doch auf 26. große Futter, welche dahero wohl 30. gute Fahrten aufmachen, an Heu, und Gramet Besag Protocolls von 23. Junii, und 11. Sept. nechsthin ertragen. Und weilen auch vorherige Jahr-Gäng eben sovil, oder mehr rendiret, also ist nochmahls wahr, daß schon bey 12. Jahren her der Hospital, einen Jahr-Gang in den anderen gerechnet, jedesmahl gar wohl 30. Fahrten, deren jede gesicheret auch zu wohlfeilster Zeit leichtesten Preys um 10. bis 12. fl. anzubringen ist, eingeferet, mithin all-Jährlich von quaestionirten Weisen

F f f

sen

II.

12.

sen den Nutzen wenigstens auf 300. fl. geschrieben habe, welches aus der ob schon bey Manns-Gedencken geringsten Schätzung des heurigen Sands abzunehmen, massen das fertige Heu in 16. und das Gramet in 10. grossen Hospital-Zuhren bestanden; wann man also nach heurigen ungemeynen Wohlfeille das Futter-Heu auf 8. und das Gramet auf 7. fl. angesetzt, so kommet doch von dem Heu ein Summa von 128. fl. von dem Gramet aber 70. fl. und insgesamt 198. fl. in der Rechnung heraus, so gewiß ein solcher Profit ist; daß man billich sagen kan, daß das Capital samt Interesse diese zwölff Jahr her nicht nur einmahl genossen worden. Es macht zwar

13.

13. Der Hospital ein sehr schwere Aufrechnung, und pretendiret vor jedes Futter Funget, in welchem die größte Spesen bestehen, 1. fl. so man doch sonst die Fahrt wohl um 45. kr. haben kan: weilen aber das vordere Jahr der Wissen-Grund nur halb betunget, und außs höchste 30. Fahrten darauf gemacht worden, so gebühren vor dieses mahl nicht mehr, als auf das theuriste gerechnet, 30. fl. in Anschlag zu bringen: Item macht das Interesse von 800. fl. Capital 40. fl. ferners möchte sich das Mader- oder Heuer-Lohn erstrecken auf 25. fl. so daß die ganze Aufschlag unum Ufura im höchsten Ansat auf 90. bis 100. fl. sich belauffet. Seynd folglich aus den Num. prac. angerechneten 198. fl. fertiger Nutzung ab der Wissen dem Hospital 100. fl. als ein purer Profit zugegangen, ohne dem jenigen Gewinn, welchen man von der Mastung, so man dem Bernehmen nach meistentheils mit dem Futter der Wissen Quæstionis bestreitet, erobere, welcher Profit sich auch von darauff vergrößeret, weilen auß besagter Mastung die Betungung von selbst wider entsethet, mithin in so hohen Preys, nemlich jede Farth um 1. fl. nicht anzusetzen, oder aufzurechnen ist; sonst wird Burgermeister und Rath man nicht verdencken können, wann selbe auch die Steuer, und Anlagen, so sie bißhero vor das Hospital unter ihrer Cammersteuer entrichtet haben, in Aufrechnung bringen, welche sich all-jährlich wohl gegen 20. bis 30. fl. erstrecken, massen von dergleichen zwey-mädigen Wissen man alle Jahr dritthalb Steuer aufgeschrieben, und ab jedem Tagwerk 2. bis 3. fl. bezahlet werden müssen. Auß disen dann ist ferners

14.

14. Schlußlich, daß weilen andere Jahr der Genuß vil größer gewesen, und das Futter vil mehr gegolten, solche Nutzung ein Jahr in das andere, über Einrechnung des gebührenden Zins, und aufgehende Unkosten sich wenigstens auf 150. fl. pur lauter Profit erstrecket, also von solchen innerhalb 20. Jahr, so lang nemlich das Hospital ex Pacto die Possession pretendi-

ret ein Summa von 3000. fl. sich heraußwirffet, welches für garzuvil scheint auf ein Capital von 800. fl. als welches, well nach 20. Jährigen Genuß die Preparations-Kösten ad 200. fl. den Contract gemäß cessiren, allein in Consideration kommet. Und wann man schon auch den Jährlichen Profit, deductis deducendis, nur auf 100. fl. anschlagen wolte, so kommet doch wenigstens 2000. fl. überschüssig herauß, also zwar, daß auch in diser minderen Rechnung durch die allbereits 12. Jährige Nutzung das Capital samt den pretendirenden 200. fl. Zurichtungs-Kösten würcklich abgedilget, und bezahlet ist, mithin der Hospital Quæstioniren Fundum nunmehr schon bey 2. Jahren sine omni causa, & titulo absolute lucrativo possidiret, und genießet. Es will zwar

15. Der Hospital vorgeben, der accursirte Contract seye kein Antichresis, sondern ein Erkauffung gewisser Jährlichen Einkünften. Doch zeigen das gerade Widerspihl die in dem Instrumento Contractus ein verleibte Termini, da Herr Verwalter ein Darleiber / und Summa Capitalis der 800. fl. ein Vorgeliehenes benamset; von einem Verkauf aber, oder Erhandlung gewisser Jährlichen Einkünften mit keinem Jota gedacht wird, so daß der so gepflogene Contract für ein Formal Antichresi zuhalten, welches auch die Definitio Pacti Antichresici unverneinlich andeutet; nam Pactum Antichreticum est conventio, quâ contraturam Pignoris id agitur, ut Creditori liceat uti re pignoratâ, donec debitum fuerit exsolutum.

Schmier l. 3. tract. 3. c. 3. f. 4. §. 3. de Pignor.

Welche Definition auf gegenwärtigen Contract durchgehends quadriret, massen das Anlehen, oder Mutuum in diesem Negotio, tanquam causa, & basis totius obligationis zuvorderist geseket ist, auch darauff, und zu dessen Versicherung Burgermeister, und Rath den Fundum Quæstionis würcklich dem Darleiber hat einhändigen lassen. Nota autem principalis Contractus Pignoratitii Antichretici hæc esse solet, si primo fiat mentio Mutui, & postea in securitatem hujus Pignus, & ejus usus Creditori traditur.

Stryck. de Cautel. Contract. sect. 4. §. 28.

Dahero wann der Hospital einen Rauff Jährlicher Giltten einzugehen gemeint gewesen wäre, sich der hierzu behörigen Terminorum hätte bedienen sollen, ohne Meldung einiges Mutui. Noch mehrers

16. Bestremden sich Burgermeister und Rath, daß der Hospital in die Obligation auch diese Claufulam hat beyrucken lassen, daß im Fall Burgermeister und Rath nach verfloßnen 20. Jahren mit Heimzahlung der 800. fl. saumseilig erscheinen wurde, dasselbe zu der verfesten Wissen erlangtes Recht,

Recht, darmit nach Belieben zu schalten, und zu walten, haben, also des Eigenthums, und zwar nach einem so fetten Gewinn, sich anzumassen befueget seyn solle: welche Sach für die Stadt A. vil gefährlicher ist, als seyn kan das sogenannte, in Geist- und Weltlichen Rechten verbotene Pactum Legis Commissoriae, massen vermög dessen das Pfand wegen des auf bestimmte Stund und Zeit nicht zuruckgebende Capital versallet, in gegenwärtigem Contract aber Gemeine Stadt, ob schon das Anlehen allbereit sich selbst abgezahlet hat, von ihrem Pfand aufgeschlossen solle werden, welches vor die Stadt A. wie Gegner vorgeben, wegen Ungewisheit, ob nach versloßener Zeit sich im Stand finden werde die 800. fl. refundiren zu können, höchst-gefährlich ist. Weilen dann die ganze Sach auf einer in effectu sub Lege Commissoria stipulirten Antichresi bestehet, solche aber im Geist- Natur- und Göttlichen Rechten verboten ist, so folget

17. Daß Contractus Quæstionis absque labe Usuraria ex parte des Hospitals nicht hat können eingegangen werden, ut patet ex c. 1. & 2. de Usuris.

ubi clarè deciditur, fructus Pignoris absque Usura non cedere Lucro Creditoris, sed debere computari in exonerationem sortis, ita, ut minus Capitale restituitur, si plures fructus Creditor ex Pignore percepit. Ratio est, quia omne id pro Usura habetur, quod ex mutuo lucratur Creditor, atqui Hospitalis in Hypothesi (deducto interesse 5. pro 100. & insuper deductis omnibus deducendis) singulis annis ad minimum lucratur 100. fl. ergo Contractus iste, & Lucrum ab Usuraria labe excusari non potest. Und mag

18. Den Hospital nicht exculpiren die in Teutschland im Schwang gehende Observanz; communissima enim, & certissima est Sententia, quòd nec per Consuetudinem immemoriam effici possit, ut Usura merè lucrativa reddatur licita, quòd hæc Jure Divino prohibita sit, contra quod nec consuetudo, nec Statutum prævalere potest. Darum dann, wann schon der höchste Potentat in seinem Land den Gewinn-Wucher zuliesse, jedoch diejenige, so solchen einnehmen, im Gewissen, und vor Gott nicht sicher stunden.

Covar. var. l. 3. c. 1. n. 8. Pirhing ad tit. de Usur. n. 16. Wiestner ibid. n. 37. Quia mutuum ex natura sua est Pactum gratuitum; consequenter occasione illius nihil accipi ultra sortem potest, nisi ex causa Lucri cessantis, Damni emergentis, aut Periculi sortis. Wohin dann auch die Reichs-Abtschid zu Speyr 1600. zu Regensburg 1654. S. 183. hinzuelen, ibi: Der Vermuthung halber/ daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit/ nemlich des gethanen Vorlebens/ anlegen, und zugelassener Weis zum wenigsten von 100. fl. 5. wohl hat
R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. 1.

ben möge/ ubi Imperator voluit significare, plerumque in Mutuo prætendi, & præsumi aliquod Interesse, proinde ex concessionem publica licere accipere 5. pro 100. aber nicht præcisè lucrative. Mag also dem Hospital die so hoch angerühmte Observanz, daß dergleichen Contract im ganzen Römischen Reich aller Orthen ungeschuehet practiciret werden, nicht zu Statten kommen, weilen das Brocardicum mitbringet, quòd non sit attendendum, quid fiat, sed quid fieri debeat, und wider die Reichs-Satzungen dißfalls kein andere Observanz gültig ist. Ja, es ist

19. Bey denen Doctoribus tam Theologis, quam Juristis, besonders bey

Henr. Canil. de Usur. c. 5. n. 25.

Das Pactum Antichreticum für also verhasst gehalten, daß besagter Canisius l. alleg. den Creditorem, so auf Zurichtung der ihm verletzten Güter Kosten aufgewendet, nicht besser, als einen Possessorem malæ fidei halten will, der Meynung seyend, daß keiner aus beyden diese erhobene Nutzung ihm zueignen könne, sondern einer, wie der andere zur Restitution gehalten seye

per l. certum. 22. C. de R. V.

sibi enim imputare debet talis Creditor, quòd culturam, & curam ex Contractu illicito in rem alienam impenderit. Et deducitur hoc

ex c. plures. 1. de Usur.

ubi Alexander III. Papa, Et si quis, inquit, alicujus Possessionem datâ pecuniâ sub hac specie, vel conditione in pignus acceperit, si sortem suam, deductis expensis, de fructibus jam percepit, absolute Possessionem restituat Debitori; si autem aliquid minus habet, eo recepto, Possessio liberè ad Dominum revertatur. Es hat aber der Hospital, über Abzug aller aufgewendeten Spesen, aus Gemeiner Stadt Gut allbereit so vil, wo nicht mehrers gezogen, als die vorgeliehene 800. fl. und die aufgerechnete 200. fl. Reparations-Kosten miteinander aufmachen, daß also der Hospital schon jetzt zur Abtretung gehalten. Textui allegato concordat

c. quoniam. 2. ibid.

ubi idem Pontifex, Quoniam, ait, non solum Viris Ecclesiasticis, sed etiam quibuscunque aliis periculosum est Usurarum Lucris intendere, autoritate presentium duximus injungendum, ut eos, qui de Possessionibus, vel Arboribus, quas tenere in Pignore noscuntur, sortem (deductis expensis) receperunt, ad eadem pignora restituenda, sine Usurarum exactione, Ecclesiastica districtione compellas. Es findet sich auch diser Casus in terminis bey

Leff. l. 2. de Just. c. 20. dub. 16. n. 137.

Und stimmt disem samt anderen Theologis, und Canonisten bey

Reverendissimus Präpos. Frising. cons. 15. n. 406.

Fff 2

all

19.

17.

18.

16.

altes er auf kurz-erwehnte Textus also schliesset: *Hinc si quis agrum sterilem, quem Debitor non colebat, accipit in pignus, & ex sua diligentia Fructus collegerit, tenetur eos (deductis expensis in colendo factis) in sortem imputare.* Gleicher Meynung seynd auch die Jurisconsulti Civiles, in specie

Carpzov. p. 2. const. 30. def. 40. ubi n. 4.

docet, quod vulgaris sit opinio, Conventionem Antichreticam non tantum tacitam, sed etiam expressam non nisi ad legitimum Usurarum modum valere, eo quod proxime accedat ad eam Contractus speciem, quae fieri solet in fraudem legitimarum Usurarum, ac propterea ajunt, Creditorem esse ad ratiocinia adstrictum, ac Fructus, ultra Usuras quincunces perceptos, in sortem imputari. Dem Carpzovio stimmen bey

Salycetus, und Accursius in l. 17. C. de usur.

juxta quos Antichresis procedit in Oppignoratione Agrorum, si dubium sit de Fructibus, quanti nimirum percipi possint: quod si verò indubitanter, sicut in Pratis Fructus crescant, & legitimum Usurarum modum excedant (prout fit in praesenti Hypothesi) tale Pactum rescindi debeat: ut proinde, sicut idem

Carpzov. l. cit. defn. 42. n. 3.

monet, was zuvil eingangen, der Creditor an dem Haupt-Gut abgehen zu lassen schuldig seyn solle, ne scilicet, wie er sagt, fraus fiat manifesta Legibus, certum Usuris modum imponentibus. Welches dann

20.

20. Gleichfalls von der Antichresi expressa zu verstehen ist, als in welcher dem Feneratori nicht erlaubt seyn kan, nach seinem Belieben die contra Usurariam pravitatem gesetzte Modos, und Limites zu überschreiten, allermassen die contra Antichresin ergangene Leges, und Canones inter Expressam, & tacitam kein Distinction machen, wohl aber alle übermäßige Zins, als Wucherisch bis in den Abgrund verdammen, und verwerffen; wie dann auch in keinem Reichs-Abschid solches approbiret zu finden, hingegen aber wohl ein gewisse Maß, und Anzahl des Interesse angeisset, und in ein sicheres Quantum determiniret ist, wie alle Reichs-Constitutiones ausführlich enthalten. Und obwohlen zwar unter denen Weltlichen Rechts-Gelehrten annoch Zweifel obwaltet, ob und wie nemlich das Pactum Antichreticum gültig seye, so gehet doch der meisten Meynung dahin, daß im Fall ein dergleichen Pact den gebührenden Zins nicht übersteiget, solches gültig; wo aber es excediret, und einen übermäßigen Gewinn noch über den gewöhnlichen Zins, und Auflagen importiret, ein solches zu Recht nicht substituiren können.

Joann. Köppen p. 1. decis. 22. per totam.

Audere lassen einen geringen Excess passi-

ren, hingegen aber verwerffen sie ins gemein die Übermaß, welchem beystimmet

Rauchbar quast. pr. 20. n. 38. p. 1.

welcher auch nach lang, und weitläuffigem Ausführen, endlich also concludiret, daß sowohl Expressa, als tacita Antichresis in geistlichen Rechten verboten, und als ein Wucherischer Handel verwerffen seye, cum hoc Jure omne Pactum, & omnis Contractus Usurariam pravitatem sapere dicatur, quoties hoc agitur, ut ultra sortem, & decens Interesse amplius quid recipiatur. Und wann gleich auch

21. Man von Seiten des Hospitals behaupten wolte, daß dieses Pactum nicht Antichreticum, sondern Emptio Venditio Censuum annuorum seye, so mag doch solches besagtem Hospital nichts vortragen, sondern ist vielmehr im Gegenspil schädlich; daß eben diese Convention der widerkäufflichen Zinsen gar suspect, und gleichsam ein Subrogatum Antichreticum, an sich selbst aber ein bemäntleter Wucher ist, deme von Rechts wegen

Anno 1577. in Ordin. Polit. tit. 17. §. und nachdem.

schon präcaviret, und die Summa §. pro 100. figiret, auch was darüber gegeben, genommen, oder gehandelt, für Wucherisch, und unkräftig gehalten worden. Idem quoque provivum est

in novissimo R. I. de Anno 1654. §. 170.

ubi Usuræ, & Reditus hi planè ad hunc effectum equiparantur. Wann nun in dem gleichen suo modo erlaubten Conventionibus ein gewisse Maß, nemlich §. pro 100. determiniret, und ein mehreres zu nemmen verboten ist, wie vil weniger ist ein über Maß, und zwar ein so grosse, wie dieses practiciret wird, in einem so verhalten, und verbotenen Handel, als da Pactum Antichreticum ist, zu gedulden? Ja

22. Die in Contractu angeissete Wort, an Statt des Land-gebräuchlichen Interesse, streiten vielmehr vor die Gemeine Stadt, als vor das Hospital; kan mithin aus denen selben auf keine Weis erzwingen werden, daß in Krafft dieser Wort die Nutzung von dem versetzten Wiß-Grund nur überhaupt hin, und quasi per pausch eingehoben werden solle, massen oberwehntes Reichs-Gesetz dieser Auslegung entgegen stehet, und wie vil in ziemlich, und erlaubten Handlungen per Interesse zu nemmen erlaubt seye, klarlich determiniret. Haben nun die zulässige Contract ein gewisse Maß, welche man der Zins halber nicht überschreiten solle, wievil weniger wird man in den verbotenen Handeln nach Belieben das Interesse einziehen können. So muß auch das Wort Lands-gebräuchlich sein gewisse Krafft haben, sonstn wäre es nur vergeblich gesetzt; Verba verò frustra non ponuntur, sed cum effectu accipienda sunt. Daß also

also zu vermuthen, es haben die Contrahenten einen so hohen, und das Landgebräuchliche Interesse also sehr übersteigenden Gewinn nicht intendiret; nam ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debemus ad liberandum, quam ad obligandum, & ita interpretatio est facienda, quo minus contra Jura quis gravetur. Gesezt aber, daß

23.

23. Der Contractus Quæstionis in effectu so vil seye, und gelte, als ein Gült-Verkauffung, so kommet doch eben dieses Gemeiner Stadt abermahl wohl zu statten; dann gleichwie in Krafft

Reform. Polit. von wucherlichen Contracten de Anno 1548.

die Aufkündung dergleichen Handlung bey dem Schuldner, oder Verkäufer stehen solle,

Gaill. l. 2. obs. 7. n. 14.

also folget von selbst, daß Burgermeister und Rath mit ihrer schon vor dreyen Jahren gethaner Aufkündung, ohngeachtet der pactirten 20. Jahren, recht daran gewesen seyen, mithin der Hospital den versezten, oder nach dessen Interpretation widerkäufflich überlassenen Wissen-Grund widerrechtlich vorenthalte, besonders da der Hospital das Pfand ohne Steuer, und Anlagen eingethan, und Burgermeister und Rath die Præstanda, samt Entbehrung eines so grossen Nutzen übernommen; welches Pactum aber auch nicht gar rühmlich ist, cum per hoc Pactum fraus legitimo Usurarum modo quaesita sit, wie solches weitläuffig außführet der oballegirte

Rauchbar p. 1. q. 18. Mevius von Wucherischen Contracten p. 1. c. 5. §. 6. in fin.

24.

24. Et ultimo kan auch wohl gemeine Stadt dieses so exosen, beschwerlich, gefährlich, und schädlichen Contracts, mit dem selbe übergangen worden, annulationem, oder Rescissionem, cum restitutione in integrum, sicut & rei vindicationem cumuliren.

Mynsing. l. 2. observ. 25. Ant. Faber Cod. libr. 3. tit. 7. defn. 3.

Wie es dann in des ladirten Willkur stehet, über einen solchen wucherischen Contract die Annulation, oder Rescission zu begehren.

Mevius c. 5. cit. §. 8.

und sobald die Rescission ergeheth, die Restitution eo ipso auf dem Rucken folget, und dessentwegen nicht zwey Actiones außgeföhret müssen werden, sonder in uno Judicio, & una Sententiâ erkennen werden mögen. Welches in Casu præsentii Statt hat, etiam propter non adeo enormem, sed ob quamlibet læsionem notabilem; æquiparatur enim Civitas Pupillo, per

L. 3. C. de Jur. Reip. l. 4. C. ex quib. caus. major.

ungeachtet der in Instrumento Contractus sich befindenden Clausulen, und Renuntiationen, welche dem ladirten Pupillo, vel

quasi die Rescissionem Contractus, vel irrationem illius, præsertim illiciti, aut restitutionem in integrum nicht benennen mögen, sonder sobald sich die Læsion, oder der Schaden hervorthut, in Sachen, pro damnificato erkennen wird per textum

L. ergo sciendum. 22. §. fin. ff. ex quib. caus. major. l. respubl. 4. C. eod. l. illud sciendum. 9. ff. de appellat. l. pen. C. de Jur. Reip.

imò etiam restituitur post, vel contra lapsum temporis.

c. 1. de in integr. restit. in 6.

Woran aber Burgermeister, und Rath nichts verabsaumet haben; dann sobald sie den übermäßigen Gewinn, und Gemeiner Stadt hierdurch entstandenen grossen Abgang vermercket, haben selbe sogleich ihr Pfand reclamiren lassen.

Responsiones ad Argumenta opposita.

25. Dies seynd nun die Argumenta, und Grundveste, auf welche Burgermeister, und Rath ihre Replik gesteuert. Es hätte aber Concipist vor allem, ehe er die Feder hierzu anzusetzen hat angefangen, aufmercksam abzulesen, und wohl bedencken sollen, was Impp. Valent. & Valens

25.

L. quisquis. 6. §. ante omnia. 1. C. de postul.

weißlich haben herkommen lassen, dum, ante omnia, inquit, universi Advocati ita prabeant patrocinia jurgantibus, ut non ultra, quam litium poscit utilitas, in licentiam convitiandi, & maledicendi temeritatem prorumpant; agant, quod causa desiderat; temperent se ab injuria: nam si quis adeo procax fuerit, ut non ratione, sed probris putet esse certandum, opinionis suæ immutationem patietur, nec enim conniventia commodanda est, ut quisquam negotio derelicto, in Adversarii sui contumeliam aut palam pergat, aut subdole. Es ist aber diese Gegnerische Replik dergleichen Dictiorum also strohend, daß kaum ein Blatt hiervon rein, also selbe billichster maßen mehr für ein Schmah als für ein Schutz-Schrifft zu halten, folglich ein Hochfürstl. Hof-Rath genugsame Ursach gehabt hätte, diese Schrifft widerum zuruck zuschicken, und dero Concipisten ad majorem modestiam anzuweisen. Seye aber dem, wie ihm wolle, will hiervon weiters nichts melden/ und schreitte ferners zu Widerlegung hier angesehener gegnerischen Grundvesten.

26.

Ad 1. Möchte wohl wissen, auß welcher Lege, oder Authore Concipist diser Replik genommen, daß von Burgermeister und Rath allegirtes Concept Vim Protocolli erungen, in dem doch ganz bekant, daß solche Concept manchesmahl nur ein Aufsatz seyen, um zu sehen, ob auf solchen die

Partes contrahere, und übereins kommen wollen, da dann vilmahlen geschihet, daß nach der Hand auf Verlangen eines, oder anderen Theils solchem Aufsat was beygefüget, oder in selben was durchgestrichen, und aufgelassen wird. Wann Concipist

Christophorum Ludovicum Dietherum in *Continuat. Thes. Pract. Besold. V. Project.*

gelesen hätte, wurde er auf dises sein Fundament seine Replic niemahlen gebauet haben; nam, ut prædictus Author l. cit. ex

Ant. Fabri in *Cod. l. 4. tit. 26. def. 24. n. 4.* Et Hilcken *ad l. Contract. 17. C. de fid. Instrum. §. 17.*

notat, Instrumentum omne triplicem regulariter Scripturam desiderat, primò Conceptum rudem, seu celeratum, deinde descriptionem in Protocollo, denique Instrumenti omnibus solennitatibus muniti conceptionem.

27. Prima Scriptura, vulgò erstes Project, oder ungefährlicher Entwurff, continet rudem, ac primam Contractus delineationem, quæ additionibus in margine, vel Apostillis plerumque declarari, & sæpius mutari, corrigi, & emendari solet. Hæc sicut, quando circa Ultimam Voluntatem concipitur, vim Testamenti non habet.

Manz. *de testam. valid. & inval. tit. 3. §. 7. n. 11.*

Ita neque de Contractu inter partes inito, aut de ejus modo in Judicio eâ vi probandi, quâ Protocollo pollet.

Olymp. *Promptuar. §. Protocollo. n. 9.* ubi, *Notum enim est, inquit, quod prima Instrumenti conceptio sæpius variari solet, prout contrahentes hoc, vel illud mandatum cupiunt. Et post paulum, Quatenus verò in Protocollo redacta est, hoc jam tum indicio erit, partes ita plenè convenisse, prout in Protocollo inventum, nec amplius velle ab hac voluntate recedere. Proinde magis probabit Protocollo, tanquam confirmata voluntatis indicium, quam Matrix, de qua dubium, an in omnibus punctis à partibus fuerit approbata. Insuper diversa sæpius condantur Matrices, cum si una conceptio non placeat, alia à Notario conscribatur. Incertum ergo erit, quamnam vera Matrix sit. Ergo & Protocollo standum erit, cum qua in Matrice aliter scripta reperiuntur, fortè à partibus mutata, antequam in Protocollo redigerentur. Quodsi Protocollo fortè amissum, ita, ut ad illud recursus non detur, standum quidem erit Matrivi, ita tamen, si appareat, illam non vitiosam esse, & substantialia Instrumenti illibata continere. Ita Olympius, citatque in hanc rem*

Tresch. *de Jur. Protocollo. c. 4. num. 12. 16. & seqq.*

28. Nun für ein solches Project ist allegirtes Concept billichster Massen zu halten, biß Gegentheil Rechtsvergnügig erweist, daß selbes mit allen Requisitis Protocolli versehen ist, an welcher Prob aber es gewißlich

erwinden wird, massen wie ich gleich unten darthun wird, inter cetera requisita Protocolli auch dises ist, ut in eo Substantialia Instrumenti, puta, negotii circumstantia, modus Conventionis, Renuntiationes Jurium, ceteraque, quæ vel partibus prodesset, vel præjudicare possent, describantur. Es will aber in accusirten Concept, nach eigner Zeugnuß Burgermeister, und Rath, allerdings an disem Requisito gebrechen, wollen hierinn weder von Landsfürstl. Consens, weder von hierzu nöthigen Renuntiationen etwas gemeldet. Darum weilen kein anderes Protocollo von Gegentheil kan aufgewisen werden, vilmehr auf das mit allen solennitäten versehen Original zu referiren, besagtes Concept aber nur für ein blosses, nicht zu ständen gekommenen Aufsat zu halten.

Und wann auch besagtes Concept für ein Protocollo passiren solte, so ist doch zu merken, was

Borniz. *de Instrum. l. 3. c. 4.* Besold. *thes. pract. aduult. V. Protocollo.* Tresch. *de Jur. Protocollo. c. 2. per totum.* Olymp. *§. Protocollo. cit. n. 2.* cum aliis

observiren / quod Protocollo in Judiciis nullam fidem faciat, nisi quando habet omnia, quæ Originale requirit. Requisite autem ad Protocollo, ut fidem in judicio faciat, sunt. 1. Ut Notarius ad illum actum, qui in Protocollo est redigendus, fuerit legitime rogatus. 2. Ut ipse Notarius gesta coram se inscribat, non verò per alium, vel saltem, ut ab alio conscripta subscribat, si mulque constet, quod ipse in hac Scriptura de negotio coram se gesto fidem facere voluerit; nam alia Scriptura Notarii, extra Protocollo reperta, fidem Protocolli non habent. 3. Ut postquam conventiones, pactaque contrahentium in Protocollo concepti, à se scripta relegat prius, ac prælegat partibus, ac testibus, ut inde constare possit, an satis mentem contrahentium perceperit. 4. Ut nihil eorum, quæ gesta sunt, & ad substantialia negotii pertinent, sit commissum, qualia sunt negotii circumstantia, modus conventionis, Renuntiationes Jurium, & reliqua, quæ vel partibus prodesset, vel præjudicare possent. 5. Ut Notarius in Protocollo abstineat insolitis abbreviaturis, Cancellationibus, & interlineari, vel Marginali Scriptura.

Dises angemerket ist zwar wahr, quod in dubio magis Protocollo credendum sit, quam Instrumento Exemplificato; quia est Originalis, & matrix Scriptura; doch ist solches juxta cit.

Diether. *§. si Originale.*

zuverstehen, si Protocollo sit legitimum, h. e. dictis requisitis instructum; alias enim non facit fidem. Wird also Burgermeister, und Rath, wann selber disem ihren allegirten Concept fidem Protocolli bestetgen, auf selbes sich wider die Original-Ob-

ligation halten, und mehrers, als was in selben begriffen, ihnen nicht aufbürden wollen lassen, vor allen dieses ihr Concept in Originali zu produciren gehalten seyn, damit man hierauf sehen könne, ob solches mit denen Requisitis ad Protocollum versehen, alldo ererst auch nach erwiesenen solchen Requisitis dem Hospital in Mächten stehen wird, besagtes Concept weiters zu impugniren; nam Protocollum, sicut ipsum Instrumentum Originale, non veritatem, sed præsumptionem solummodo veritatis continet, quæ impugnari potest.

31. Seye aber dem, wie ihm wolle, ist Burgermeister, und Rath wegen der in dem Concept unterlassenen, und in der Original-Obligation expresse beygefügeten Clausulen nicht ohne Schuld; dann entweder haben selbe besagte Original-Obligation, ehe sie dem Hospital außgehändiget worden, ihnen ablesen, und mit ihrem Concept, ob es gleichlautend seye, compariren lassen, oder nicht. Ist das erste geschehen, und nach Erfindung einiger hauptsächlichster Zerfahrenheit, wie da accusirte Clausulen seynd, jedannoch diese Obligation in conceptis terminis von ihnen abgegeben worden, ligt an dem Tag Dolus apertus, da nun besagte Burgermeister, und Rath sich auf das Concept allein halten, und daß von ihnen revidirte, approbirte, und außgehändigte Original verwerffen wollen. Will man aber behaupten, daß bemeldte Clausulæ ohne ihr Wissen, und Willen beygeruckt, und das Original, ohne Revidirung dessen, nulla comparatione cum Conceptu facta, an cum hoc illa concordet, dem Hospital überantwortet worden, können selbe der Supinæ Negligentiæ, in rebus ad communem Civitatem pertinentibus administrandis keines Weegs sich entschütten. Nun aber ist ein, und anderes auß disen zweyen ersagten Defectibus einem Wohl-wissen Rath im mindisten anständig, und verdient desentwegen wohl ein größeres, und schärpferes Einsehen, welchem zuentgehen kein anderes Mittel ist, als daß sie bestehen, daß von ihnen allegirte Concept seye ein blosser Aufsatz, deme nach der Hand auf Begehren Herrn Verwalters, mit ihrer selbst Bewilligung offmentionirte Clausulen beygeruckt, und mit selben die Original-Obligation fertiget, und gefertiget worden.

32. Ad 2. Belehret Burgermeister, und Rath von accusirter Renuntiation die von Handen gegebne, und unter Gemeiner Stadt Secret Insigel zuvor gefertigte Obligation, darinnen ermeldte Burgermeister und Rath für sich, und Gemeine Stadt sich aller denen Städten ansonst zu gutem verordneten Einwendungen expresse verzeihen, ibi: Dagegen sollen uns von Magistrats wegen, oder Gemeinen Stadt einige Exception, Privilegium, Beneficium, Geist- und Weltlichen Rechts in specie aber l. Civitas. 27. ff. de

reb. credit. und darinnen enthaltenen Verfonis in rem, actus non legitime facti, Competentia, Usura illicita, lationis ultra dimidium, und aller anderer Einwendungen; so insgemein / sonderlich denen Städten / und Gemäinden / zu gutem verordnet / oder erdacht werden können / vor jero / und inskünftig nicht zu staten kommen / oder was fürtragen / gestalten deren samit / und sonderlich wir hiemit wissentlich / und außdruckentlich um so mehr renunciret haben ic. Welche Schriftliche Obligation dann, weilen selbe kein sichtbarliches, oder erweisliches Vitium an sich findet, auch das entgegen opponirte Concept, wo solche Clausula nicht enthalten, oben à Num. 26. erwiesener massen, vim Authentica Scripturæ keines Weegs haben kan, seinen vollständigen Effectum erringen muß, besonders da über das

Eben diese Obligation mit fürgedruckten Gemeiner Stadt Insigel gefertiget, und nebst Herrn Syndico seel. von beyden Herren Burgermeistern N.N. eigenhändig unterschriben worden; Nam, ut

Matth. Coler. de Process. Execut. p. 2. c. 3. n. 345.

docet, Tenetur Civitas agnoscere suam bonam fidem, & solutionem facere Creditori, propter Sigilli appositionem, cum sufficiat ipsorum (nempe Consulum, & Senatûs Civitatem repræsentantis) confessio de accepto mutuo, & cautio de reddendo, adeo, ut ex hoc Civitas rectè exigatur, non autem is, ad quem porro pecunia pervenit. Welche seine Doctrinam et sensus bestärket

ex l. eum, cui mutuam. 13. C. de O. & A. l. si adversus. 15. C. si cert. petat. l. eum, à quo. 16. C. de solut. l. si is. 16. ff. deposit. l. bis solis. 44. ff. de Condict. indeb.

Rationem dat idem Colerus; quia intelligitur quasi communicato consilio, & re inter omnes bene deliberatâ, in talem Contractum undequaque consensum, dummodo Administratores perpetui (prout in Casu præsentis sunt Consules, & Magistratus) Civitatem obligarint: & allegat pro se

Abbatem in c. dilectus. 2. n. 13. de Simon.

ubi subjicit, istam Sententiam communiter approbari, daß also wegen erforderter Consens in Contractum Quæstionis, & adjuncta Contractûs kein Mangel sich hervor gibet, und solches vornehmlich, weilen ferner

Burgermeister, und Rath, obwohlen nach dero Vorgeben, gleich nach geschlossener Schuld-Verschreibung, sich etwelch vil auß der Burgerschaft hervor gethan, so noch so vil auf den Genuß Fundi Quæstionis geschlagen, und also wohl wissen können, ob Gemeine Stadt durch besagten Contract gefähret worden, jedannoch biß auf diese vler leztere Jahr bey ruhigen Genuß ermeldten Wiß-Grunds statt des Landgebräuchigen Interesse gelassen, also Contractum,

33.

34.

tractum, & adjuncta Contractus facto ipso approbiret, und sich zu Haltung dessen verbunden hat; nam si Civitas per longum tempus Uluras de pecunia mutuo accepta sine contradictione solvit, tunc propter Interesse solutionem, tanto annorum curriculo continuatam, ad ejus praestationem deinceps obligatur, ut in terminis docet

Heeser. p. 2. Loc. 23. n. 258. & allegat pro se Caspar. Roderic. de ann. reditib. l. 1. q. 17. n. 6. Manz. decis. August. 1. n. 16. Christoph. ab Hagen de Usu Usur. c. 8. n. 140. & seqq.

Es machet zwar ermeldter Heeser l. cit. eine Exception, si constet de initio vitioso; doch muß solch Initium vitiosum Rechtsvergnügig erwisen werden.

35.

Wolte man aber einiges Vitium auf dem erzwingen, daß solche Renuntiation von sich zu geben ihnen Burgermeister, und Rath mit nichten habe zugemuthet können werden, Ursach, weiln jede Stadt, oder Gemäinde nach Anleitung Geist- und Weltlicher Rechten einem Unmindigen, oder Pupillen zuvergleichen, welche sich selbst nicht regieren, noch das Ihrige zu Rath halten, und administriren kan, sonder durch die Stadt-Obrikeit, und dessen Bediente regieret, und administriret werden muß, so muß hierinn ein Wohlweiser Magistrat zu A. turpitudinem suam propriam selbst bekennen, als welcher entweder seinen Gewalt nicht gewußt, oder so ers gewußt, doloso modo die Schriftliche Obligation cum inclusis Renuntiationibus dem Hospital aufgehändiget, und nur also lang dasselbe bey Nutzung quaestionirten Fundi hat lassen wollen, biß selber zu dem Stand vollkommentlich, ihne Nutzen zu können, von mehrermeldtem Hospital gesetzt worden. Weil aber keines aus disen Jhnen Burgermeister, und Rath reputirlich ist, wurd ersagte Parität Civitatis cum Pupillo, vel Minore in so weith Statt finden, wann nicht selbe per Magistratum, so die ganze Stadt repräsentiret, læsioni ultra dimidium, Exceptioni versionis in rem &c. renunciiret hat.

36.

Und ist hierinn kein Zweifel zu machen, daß solche Renuntiation in dero, und derjenigen, so selbe repräsentiren, Mächten siehe; dann wie

Müller ad Struv. Exerc. 16. thes. 19. lit. B. in fin.

anmercket, Civitas renunciare potest futura restitutioni ex causa non versionis in rem; nam & hoc Minoribus permissum est: & allegat pro se

Stryck. de Cautel. Contract. sect. 2. c. 1. §. 12.

Deßgleichen kan auch eine Stadt, oder Gemäinde sich verzeihen wegen der Restitucion in integrum ex causa læsionis, wann anderst die vom Gegentheil selbst gemachte Parität cum Minore in seinen Kräfften bleibt; dann wie kurzallegirter

Müller ad Struv. Exerc. 23. thes. 38. lit. y. in fin. cum Hahn de las. ultr. dimid. thes. 46.

lehret, Cessat Beneficium Restitutionis in integrum ex causa læsionis, quando Minor juravit, se non contraventurum Contractui: quam opinionem in Camera receptam testatur Gaill. l. 2. obs. 41.

Es ist zwar wahr, daß neben disem besagter

Müller ad Struv. thes. 19. cit. lit. B. anfüget, Quod Renuntiationis de versione in rem, ab Administratoribus facta, non noceat Civitati, ceu tertio, in cujus praerudicium facta est. So aber nur zu verstehen, wann solche Administratores die ganze Gemäinde nicht repräsentiren; ansonst, wann auch von disem solches zu verstehen wäre, deverley Renuntiations-Clausulen umsonst in die mit einer Stadt gepflogene Contracts-Obligationen einverleibet wurden, so doch Land-ja Welt-üblich ist. Es solte nur Concipist der Gegnerischen Replie ein wenig hinein gucken in

Guggenbergers Hand und Formular-Buch / allwo diser c. 14. §. 3. in Formula, eine Schuld-Obligation, welche von einer Stadt abzugeben / in fin.

folgende Wort einfließen lassen: Allermaßen wir auch hierauf wohl wissend / mit gutem Bedacht, für uns / unsere Mitschreiber beschribne uns verzichten / und begeben haben aller Geistlichen / und Weltlichen - - Privilegien / Freyheiten / Statuten / Gewohnheiten - - ingleichem NB. der Exceptioni doli mali, metus, fraudulenta persuasionis, rei non sic, vel aliter gesta. Legi Civitas, und anderen Rechten / die da sagen / wie eine Stadt der Schulden halber nicht könne verhaftet werden. Kommet also Concipist vil zu spath, wann er solches in Controversiam zu ziehen trachtet.

Ad 3. Solte Concipist der Gegnerischen Replie gelesen haben, was

Philoparch. flugen Beamten p. 4. cit. 15. §. 64. aus Carpov. p. 2. Conf. 34. def. 2. Richter. decis. 99. n. 85. & seqq. Ziegler select. Dissert. them. 19. §. 37. Franzk. resol. 4. n. 37.

wohlbedencklich anmercket per verba formalia: Ist in Jure gegründet / und bey denen DD. findlich / daß Querela de læsione Enormi (seu ultra dimidium, qua idem Sonant) in dem Weeg stehe die Renuntiation, oder Entsagung diser Querel, wann dise nicht generaliter, sondern specialiter auf besagte Querel gericht worden.

Hat auch solche Clausul schon oben allegirter

Guggenberger l. cit. §. 5. in die Formul von einer Obligation in einem Contractu Commodati eingeführet, in fine ibi:

ibi: Zu welchem Ende ich hiemit allen Rechts Wohlthaten / sie mögen Namen haben / wie sie wollen / insonderheit der Exceptioni simulationis, fraudulenta persuasione, iniqua astimationis, & inde orientis lationis etiam enormissima, - - und allen anderen Rechtlichen Beheffen / hiermit in kräftigster Form Rechts renuncire &c. So auch in anderen Contracten zu geschehen pfliget, besonders in denen Kauffcontracten, von welchen citatus

Guggenberger c. 9. not. 2.

für eine Landübliche Cautelam meldet, Bey den Käuffen soll man sich aller künftigen Beheff / und Exceptionen begeben / in specie aber der Exception non soluti pretii, NB. der Lation ultra dimidium iusti pretii.

40. Da Concipist der Gegnerischen Replie behaubten will, daß probabiliter absque Juramento etiam inter Majorenes die Renuntiatio lationis ultra dimidium in Contractu Venditionis keine Verbindlichkeit habe, hätte selber sich etwas mehrers erkundigen sollen in denen Authoribus, welche ad tit. ff. de rescindend. Vendit.

insgemein für zwey verschiedene Modos, ex quibus Beneficium L. rem majoris, 2. C. de rescind. Vendit. ob lationem ultra dimidium cessat, halten Renuntiationem specialem hujus Beneficii, & Renuntiationem generalem. In ersterer habe in keinem Authore gelesen, daß pro effectu illius inducendo ein Juramentum erforderet werde; wohl aber in der anderen, utpote quæ tum primùm effectum obtinet, quando Juramentum accedit, quo Major juravit, se servaturum Contractum, eundem non impugnaturum, vel ei non contraventurum.

41. Ratio, cur ad Renuntiationem generalem Juramentum requiratur, est, quia renuntians generaliter sine Juramento, in dubio lationem, quam passus est, ignorasse præsumitur.

Tiraquell. ad l. si unquam. num. 123. C. de Revoc. Donat. Covar. l. 2. var. c. 4. num. 1. Lauterbach ad ff. de Rescind. Vendit. §. 57. Widmont. ibid. num. 62.

Contra est, si Juramentum addidit; nam qui jurat, non temerè, & sine matura deliberatione hoc facere, omnèsque circumstantias, & naturam negotii probè considerasse præsumitur, & proinde dum jurat, se Contractum servaturum, & non contraventurum, etiam hoc, quòd secundum naturam hujus Contractus competat Querela Lationis ultra dimidium, considerasse, huicque Remedio, licet pretium eventualiter non sciverit, renuntiasse censetur, ut cum aliis monet Lauterbach l. cit. §. 58.

42. Tali distinctione inter Renuntiationem juratam, & non juratam opus non est, quando Remedio huic, quòd Majori ob lationem ultra dimidium competit, renuntiatum est R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

specialiter. Hinc etiam non jurata Remedium istud tollit.

Arum. D. 3. thes. 23. Franzk. l. 2. res. 4. n. 37. Lauterbach cit. tit. de rescind. vendit. §. 57. Struv. Exerc. 23. thes. 88. Müller. ad eund. ibid. Lit. E.

Neque obstat, quòd qua facilitate quis læditur, eadem etiam induci ad Renuntiationem possit; nam in Majoribus, qui integrò utuntur Judiciò, & maturò consiliò deliberant de rebus suis, hoc non procedit; cum enim quis specialiter renuntiat Beneficio huic, de hoc præmeditatus præsumitur, ut adeò, cum ignorantia, vel error eundem excusare nequeat, à restitutione censeatur esse exclusus.

Lauterbach §. 57. cit. Widmont ad ff. de rescind. Vendit. n. 62.

Non enim Lex invito, sed volenti, & beneficium ejus acceptanti succurrit.

L. invitus. 156. princip. & §. fin. ff. de R. J.

Et quilibet favori pro se introducto renuntiare potest.

L. pactum. 46. ff. Et l. si quis. 29. C. de Pact.

Nam quæ ratio mihi ipsum dominium concedit, eadem similiter liberam usùs facultatem sic tribuit, ut possim id pretio, quo voluero, distrahere,

per textum, & Interpp. in l. si quis cit.

Imò sine expressa Renuntiatione, etiam sola iusti valoris scientia, venditorem ex communi opinione ab hoc Remedio arceat; quia scienti non potest fraus, vel injuria fieri,

L. si fundum. 27. C. de Evict.

unde etiam fit, quòd vitium, vel morbum sciens rei emptæ non utatur Beneficio Ædilitii Edicti

L. quaritur. 14. §. 10. fin. ff. de Ædilit. Edict.

deinde pro hac Sententia fortiter stringit receptum in Jure Axioma

L. cuius. 53. ff. de R. J.

ubi Paulus, Cujus, inquit, per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est. Neque refert, quòd si juxta dictam opinionem solius veri pretii scientia venditorem ab hoc Remedio arceat, consequenter sequi videatur, nunquam ei locum futurum propterea, quòd quilibet merita mercis suæ, & etiam longè diffiti prædii valorem scire præsumatur,

L. quisquis. 15. C. de rescind. vendit.

nam inprimis Lex cit. loquitur de Venditione paulò villiore pretio facta.

Gloss. ibid. ad princ.

Nec dicit præsumi scire, sed debere scire vires, vel merita rei familiaris, quæ in parte ignoscitur ignorantia ejus, qui ultra dimidium læsus est, sive potius enormis illa læsio, velut fortiozem præsumptionem inducens, læsionis scientiam in dubio excludit, ut præter alios tradit

Ggg

Sichard.

43.

Sichard. *ad l. 2. num. 5. C. de rescind. Vendit.*

44.

Communiter enim DD. in casu, ubi læsio est enormissima, seu quæ justum pretium duplo, vel triplo excedit, concedunt, non obstante Renuntiatione sive generali jurata, sive speciali, quæ hanc non expressè comprehendat, Remedio huic locum esse.

Covar. *in cap. quamvis. de pact. in 6. p. 3. §. 4. n. 7. Et l. 2. var. c. 4. num. 5. Gutier. in Auth. Sacramenta puberum. n. 92. & seqq. Et libr. 2. de Juram. confirm. c. 26. n. 7. Ant. de Padilla in l. 2. C. de rescind. Vendit. num. 43. Ludov. Molin. l. 2. de Jur. Primog. c. 3. n. 18. Maurit. tract. de Restit. in integr. c. 123. n. 1. Mynsing. cent. 5. obs. 59. n. 3. Frantzk. l. 2. resol. 4. num. 31.*

Ubi dat rationem; quia quò enormior est læsio, eò etiam minus renuntians de illa cogitasse censetur: quod tamen de illa, quæ paulum ultra dimidium exurgit, dici non potest; tum quia aliàs Renuntiationis nulla esset vis, & efficacia, quæ tamen carere non debet, quippe quæ non est de veno, sed aliquid operari debet.

Azo *in Cod. de non num. pecun. n. 8.* tum quia dum scit, se non deceptum, vel metu adactum, ex nullo alio, quàm beneficio L. 2. C. de rescind. vendit. Contractui contravenire posse, sic renuntians censetur de illo cogitasse, & specificè eidem renuntiassè.

45.

Kan also Burgermeister und Rath nicht vorwenden, als hätten selbe in Namen Gemeiner Stadt nicht renunciren können Beneficio Legis cit. Zumahlen auch die Minder-Jährige sich dessen, saltem juratò begeben mögen; quamvis enim Minoris Juramentum corporale simpliciter factum solum excludat Remedia, ratione ætatis competentia, non verò Querelam istam, tamen & hæc excluditur, si Minor juraverit, quòd nec ratione ætatis, nec alio quocunque modo Contractum impugnare velit, per ea, quæ tradit

Frantzk. *Resol. 4. cit. n. 13. & seqq. Lauterbach ad ff. de rescind. vendit. §. 59.*

Quod additur, quòd Renuntiatio talis det causam dolo, sine causa dicitur; inprimis enim per hoc tantum renuntiatur Læsioni, & dolo, si talis intervenisset, in Contractu iplo Commissio, de futuro autem integrum est cuius, cum novum Contractum inire vult, renuntiare, vel non. Deinde Læsio etiam ultra dimidium fieri aliquando potest sine dolo per ignorantiam justè pretii, ut proin ex illa dolus quidem præsumatur, sed non probetur intervenisse.

46.

Ad 4. Will zwar Concipist der gegnerischen Replik dem Hospital und dessen Herrn Verwalter (weiß nicht, ob vor Odt

wohl verantwortlich) imputiren, als wären diese seinem Sinn nach so odiose Clausulen, ohne Wissen, und Gutheißung Burgermeister, und Rath, inseriret worden; allein redet ein anderes daß in der Obligation fürgedruckte Gemeiner Stadt A. Secret-Insigel, und eigenhändige Unterzeichnung des Herrn Syndici, und beyder Herren Burgermeister, aus welchem, wie Num. 21. gemeldet worden, wann selbe anders nicht propriam, eamque supinam negligentiam in rebus Communitatis administrandis bekennen wollen, mit allem Zueg Rechts zuschliessen ist, daß solche Einrückung accursirten Clausulen mit ihren Wissen, und Willen beschehen seye, also besagte Schriftliche, von ihnen an das Hospital herausgegebene Obligation hierinn kein Vitium leyde, sonder Gemeine Stadt an dieses, was darinn enthalten, unwidersprechlich verbunden seye. Und dieses um sovil mehr, wissen

Communis Sententia DD. ist, quòd Scriptura, si munita sit Sigillo publico, & authentico, & apponens Sigillum se subscripserit, vel in literis expresserit, quòd ipse apposuerit, atque insuper addiderit causam, ex qua Sigillum apposuit, inditinctè faciat plenam fidem quoad illum finem, in quem Sigillum est appressum, non tantum pro tertio, sed etiam contra illum, non tamen pro sigillante, nisi sit Princeps supremus: quæ doctrina sumitur ex

C. scripta. 2. de fide Instrumentorum.

ibi, Nisi per manum publicam facta fuerint, ita, quòd appareant publica, aut authenticum Sigillum habuerint, per quod possint probari. Contentiant

Gloss. *fn. in c. cit. Hiltrop. p. 3. tit.*

10. §. *Vocab. Instrum. & c. n. 11. & tit.*

12. n. 1. & seqq. Welenbec. *ad ff. tit.*

de Fid. Instr. n. 2. Everhard. *cod. n.*

12. n. 25. Pax Jordan. l. 14. tit. 20.

num. 5. Haunold. *rom. §. de J. & J.*

tract. 4. n. 577. Gonzal. *in c. 2. tit.*

n. 6. Barbof. *ibid. num. 15. Vallens.*

tit. *cod. §. 1. n. 3. Pirhing ibid. num.*

36.

Und dieses billichster massen; Contrahentes enim, ubi Clausulas addi sinunt, & subscribunt, per factum illud obligantur actione, vel exceptione adversus ipsos competente.

Henric. Linck. *tom. 2. Conf. Altorf. 22. num. 42.*

Wellen dann mentionirte Obligation mit Hervortruckung des Gemeinen Stadt-Insigel, und unter der Unterschreibung des Herrn Syndici, und beyder Herrn Burgermeister in Namen Gemeiner Stadt, gesetziget worden, muß all Weegs ersagtem Obligations-Instrument mit all seinen Clausulis, und Renuntiationibus fides plena gegeben werden; nam ne verba sint illusoria, & Creditores decipiantur, vis Renuntiationi tribuenda est.

Mevius

Mevius p. 9. decis. 186. n. 11.

Auß welchem dann folget, daß bey so clausulirten Contract der Hospital durch eine von Rechts wegen gebührende Action in der ihme hierinn zugesagten Zugnüssung quæstionirten Fundi mit einigen Fug Rechts nicht könne turbiret werden. Daß aber der Hospital mit Inferirung offermeldten Clausulen bey seinem Contract sich versücherten wollen, ware die Ursach, nicht weil er fürchtete, daß wegen allzu grossen Profit wider selbes einige Action gebührete, sondern weil er schon zuvor wuste, was Concipist in seiner Replic selbst vermeldet, quod cum Civitatibus caute mercandum sit. Und hat das Factum selbst hernach erweisen, daß sothane Sorg nicht umsonst gewesen, da man jetzt sehen muß, daß, non obstantibus dictis Clausulis, das eingestandene Zugnüssungs-Recht widerrechtlich jetzt angefochten wird.

49. Ad 5. Ist ganz wahr, quod Clausulæ insolitæ reddant Instrumentum, & Contractum suspectum de falsitate, fraude, & simulatione, wie dann solches neben denen vom Gegentheil allegirten DD. namhaft bereyhren.

Gloss. in l. si quis sub conditione. ff. de Condit. Instit. Bald. vol. 5. cons. 311. n. 8. & 10. Tusch. Pract. Concl. lit. C. concl. 306. per totam, item concl. 162. Cephal. concl. 718. n. 22. & seqq. vol. 5. Cavalcan. decis. 29. num. 50. p. 2. Molinæ. conf. 30. num. 22. Coler. de Process. Execut. p. 1. c. 10. n. 2. Heeser. p. 1. loc. 8. n. 30. Olymp. §. cautela. n. 29.

50. Entzwischen aber ist auch nicht minder wahr, daß jedermäniglich erlaubet seye, den mit jemand anderen getroffenen Contract mit sonst gewöhnlichen Clausulen für seine Sicherheit zuverwahren; nam ut

Coler. c. 10. cit. n. 1.

notat, Diligenter sibi invigilare, & prospicere in Contractu nemo prohibetur, neque in hac aliqua mala fides, aut fraus præsumitur: pro quo citat

L. non ex eo. 30. C. de Eviction. l. testamentum. 17. C. de testam. l. quinon probasse. 3. C. de Calumniat.

Et Cautelæ, Contractibus addi solitæ, dupliciter sumuntur, videlicet Necessariæ, & Abundantes. Necessariæ sunt, quæ adhibitæ effectum Juris habent; Abundantes verò, quæ præter necessitatem majoris securitatis causâ adjiciuntur, h. e. quæ separatiim effectum non habent, sed illud, quod jam inest Contractui, clarius exponunt: unde hæ Contractui adjectæ non nocent, sed tantum majoris securitatis causâ appositæ sunt.

Stryck. de Cautel. Contract. sect. 1. cap. 1. §. 13. & 14.

Es können aber die in Instrumento Quæstionis einverleibte Clausulen ganz billich R. P. Schmalzgrubeber Consil. Tom. I.

inter necessarias gezehlet werden, welches auch eventus rei selbst gewisen hat. Darum sich derselben das Hospital mit allem Recht gebrauchet hat, damit selbes durch dero Unterlassung kein Præjudicium leyde; nam,

Ut l. Testamentum. cit. Imp. Arcadius, & Honorius inquit;

Necessaria prætermissa imminuunt Contractus, & Testatoris officium voluntati, non abundans Cautela.

Es will zwar Concipist in gegnerischer Replic auß Beysetzung mentionirten Clausulen den Hospital eines Doli bezüchtigen, und hierauß animum Usurarium erzwingen, er solte aber gelesen haben, was

Olymp. Prompt. V. Clausula. num. 21.

51. auß Brunnem. cons. 89. n. 14. & 15. anmercket, dum, ex Clausulis, inquit, insolitis nata Præsumptio non sufficit ad arguendam pravitatem Usurariam, nec hæ sola sufficiunt, nisi alia Conjectura concurrant, und dises besonderlich, quia fraus, & dolus non præsumuntur, ed quod quilibet naturâ suâ bonus præsumatur, ac proinde Dolo proximum non circumvenisse; sed probari is debet, quæ probatio difficillima est, cum ex intentione, & cognitione, quæ DEO cordium Scrutatori sunt cognitæ, desumi debeat. Probatur quidem ille ex Conjecturis, & præsumptionibus; sed istæ ad probandum ed usque vim habent, donec per Conjecturas contrarias elidantur: talis Conjectura præter alias sumitur ex qualitate Personarum, quia v. g. ita contrahens est vir bonæ fidei, & famæ: in welchem Puncto er Concipist Herrn Verwalter, so quæstionirten Contract erstens eingegangen, im geringsten was außsetzen kan. Darum wann Burgermeister, und Rath, da man ihnen in der Hospitalischen Exceptions-Schrift vorgehalten, als wären die in der Original Obligations-Schrift enthaltene Clausulæ bey an Hochlöbl. Hoffrath eingeschickter Copia dolosè unterlassen worden, solches also hart empfunden, wird Herr Verwalter nicht zuverargen seyn, wann selber gleichen Falls solche Inzucht etwas schärpfers anthen wolte.

52. Ad 6. Verlanget Burgermeister, und Rath, und will in dem Instrumento Contractus zu dessen Verbindlichkeit einverleibet zu seyn drey Stuck: und 1. Quidem daß das Hospital sich vor allen hätte erkundigen sollen, wem der verfestete Grund zugehörig: auch 2. Ob und wie die Zunfft- und Kerzenmeister im Namen gemeiner Burgerschaft ratione des Anlehens Wissenschaft gehabt, und darein verwilliget: nicht weniger 3. Wohin das entlehnte Geld in specie verwendet worden. Das erste belangend, waltet kein Zweifel von Wissenschaft des Hospitals, daß Fundus Quæstionis Gemeiner Stadt A. zugehörig, sonst wäre es keine Nothwendigkeit, noch

G g g 2

Ursach

Ursach gewesen, daß Burgermeister und Rath in bemeldtem Instrument der Gemeinen Stadt Insigel vordruckten, und sich der Privilegien, oder Beneficien, so denen Städten, und Gemäinden ansonst zu Gunten verordnet, verzeyhet.

53. Betreffend den von der Gemeinen Stadt, und loco istius von dero Zunfft- und Rerckenmeistern verlangenden Consens, gibt

Hartm. Pistorius l. 1. q. 37. num. 5.

Müller. ad Struv. Exerc. 16. thes. 18.

Lit. 1. Olymp. Prompt. §. Civitas. n. 7.

Die allgemeine Regel, quod hac in re cujuscunque loci Statuta, & Consuetudines consideranda, & diligenter custodienda sint. Teste

Casparo Ziegler in Commun. Concl. ad

Aur. Prax. Nicol. Calvin. §. Civitas.

concl. 1. n. 71.

omne Jus Civitatis generali Consuetudine in Consules, & Senatum à populo est translatum, ita, ut tales Consules, & Civium Magistratus totam Civitatem repræsentent. Et hinc ubi talis Consuetudo viget, si tale Consilium, quod totam repræsentat Universitatem, communi contraxerit suffragio, & mutuam acceperit pecuniam, perinde habetur, acsi ab ipsa Civitate, convocatis, & consentientibus omnibus Civibus, contractum, Mutuumque acceptum fuerit

Arg. l. item Magistro. 14. ff. de Pact.

l. municipes. 14. ff. ad municipalem. ibi:

Municipes intelliguntur scire, quod sciant

hi, quibus summa Reip. commissa est.

Hartm. Pistor. l. 1. q. 37. n. 2. Carpz.

p. 2. const. 6. defin. 18. num. 12. & seqq.

Müller. ad Struv. Exerc. 16. thes. 18.

Lit. 1.

Hinc inferunt DD. tali casu Civitatem statim obligari efficaciter, æquè acsi tota Civitas consensisset, licet non constet, pecuniam mutuò acceptam in illius rem versam esse.

Gratian. Discept. for. 196. n. 19. & seqq.

Ant. Faber in C. de O. & A. def. 5. n. 9.

Coler. de Process. Exec. p. 2. c. 3. num.

366. Befold. de mutuo. c. 20. Brun-

ning de var. Univers. specieb. thes. 77.

Lit. A. Richter. decis. 71. n. 1. & seqq.

54.

Ubi verò Consules, & Senatores curam quidem gubernandæ Reip. habent, non tamen totam Universitatem repræsentant, ut mutui Contractu obligetur Civitas, necesse est, ut vel omnes Cives per vocem Præconis, aut campanam, vel alio usitato modo convocentur, & qui comparuerint, communi consensu in mutuum accipiendum consentiant.

Bachov. ad Trentl. vol. 1. D. 20. Lit. a.

Coler. de Process. Execut. p. 2. c. 3. num.

336. & 337. Losæus p. 3. n. 9. Hartm.

Pistor. l. 1. q. 37. num. 7. Harppr. ad

princ. Inst. quot mod. re contrah. oblig.

n. 46. Carpz. Ayl. Debitor. n. 1. &

2. & l. 2. Resp. 1. Item p. 2. const. 6.

def. 18. n. 10. Struv. ad ff. Execv. 16. thes. 18. Müller. ad eund. ibid. Lit. a.

Vel cum, præsertim in magnis Civitatibus, difficile, imò ferè impossibile sit, ob communia Civitatis negotia semper totam convenire Civitatem, ut mutuum acceperint, aut in hoc accipiendum consenserint præter Consules, & Senatores etiam Tribuni Plebis, & Magistri Collegiorum Opificum, die von der Gemäind verordnete Giltens-Direktel, und Zunfftmeister.

Coler. c. 3. cit. num. 347. Donell. ad

l. 43. ff. de reb. credit. n. 1. Richter.

decis. 71. n. 1. Lindemann de contrah.

mut. c. 1. n. 19. & seqq. Struv. thes. 18.

cit. Müller. ad eund. ibid. Lit. 9.

Et hunc morem in Saxonis Provinciis vigere testantur

Hartm. Pistor. q. 37. cit. n. 5. Coler.

c. 3. cit. n. 350. Carpz. const. 6. cit.

def. 13. num. 6. Et defin. 18. Richter.

l. cit.

ubi soli Consules, & Senatores, quorum Officium temporale est, non totam Civitatem, & Universitatem repræsentant, sed Consules, Senatores, unà cum Tribunis plebis demum tale constituunt Collegium, quod repræsentent populum, & totam Universitatem, & communia negotia communi consensu expedienda perficere possit.

Vel denique ut ipsa Civitas communibus suffragiis ad mutuum accipiendum cum speciali Mandato nominatim Actorem constituat, vel Syndicum; nam quod iste fecerit, tali casu ipsa Civitas fecisse censetur.

Trentacinq. l. 1. var. resol. rubr. quod

cujusque universit. ref. 2. Mantio. de

racir. & ambig. convent. l. 8. tit. 13.

num. 1. Struv. thes. 18. cit. Müller.

ibid. Lit. 7.

Et tunc Syndico mutuum accipiente, versio in rem necessaria non est

Arg. l. libero. 31. ff. de neg. gest. Pinell.

ad l. 2. C. de rescind. vend. p. 2. c. 4. n. 69.

Gaill. de Arrest. c. 9. num. 6. Hartm.

Pistor. q. 37. cit. n. 48. & seqq. Zal.

ad lib. 27. ff. de reb. credit. Müller.

l. cit.

Extra hos casus Civitas ex debito, ab Administratoribus, & Rectoribus solis, qui totam Universitatem non repræsentant, contracto, non tenetur, nisi postea Mutuum, ab iis celebratum, Cives ratum habeant.

Bald. in l. Civitas. ff. de reb. credit. Struv.

thes. 18. cit.

Et hoc verum est, licet Syndicus, vel Magistratus hoc fecerit præsentem, & non contradicente populo, si ab hoc ille expressum Mandatum non habeat,

ut contra Hartm. Pistor. q. 37. cit. n. 50.

docet Stryck. de Causel. Contract. sed. 2.

c. 1. §. 6.

Sola enim patientia, & taciturnitas in Causis onerosis consensum inducere non valet, cum quisque salvo suo Jure tacuisse censetur. Aut

Aut probanda hoc casu à Creditore est versio in rem Civitatis.

L. Civitas. 27. ff. de reb. credit. l. un. C. de sol. & liber. debit. Civit. Hartm. Pistor. q. 37. cit. num. 5. Coler. c. 3. cit. num. 337. & seqq. Carpz. p. 2. const. 6. defn. 19. n. 7. Et Libr. 2. Resp. 106. Struv. Exerc. 16. thes. 19. Müller ad eund. l. cit. Lit. 7.

58. In gegenwärtigen Casu scheint an gehabter Wissenschaft, und eingestandenem Consens von gemeiner Bürgerschaft gang nicht, und um so weniger ein Ursach zu zweifeln, weil es erweislich vor dem mit dem Hospital geschlossenen Contract man in Gemeiner Stadt A. öffentlich hat lassen aufkommen, daß wer auß denen Burgeren Lust hätte den quaestionirten Grund aufzukauften, und zum Nutzen zu bringen, man ihme solches um billichen Preys wolte anlassen, auf welches doch nicht einer gefunden worden, so ihme die Mühe machen, und die erforderliche Unkosten daran wenden wolte. Darum nicht also sich befindet, wie Concipist gegenrithen Replie vorleget, daß gleich so bald als diser Handel mit dem Hospital geschlossen, und solches bekannt worden, unter denen Burgeren darwider ein allgemeines Zammern, und Lamentiren entstanden, seymahlen Anfangs niemand daß wenigste entgegen eingewendet, sonder das Murren, und Schmähen erst alsdann angegangen, da sie ersehen, daß von dem Hospital der Platz so wohl, wie sie vermeynten, zugerichtet worden.

59. Seye es ihme aber, wie es wolle, und habe gemeine Bürgerschaft von dem Contract was gewußt, oder nicht, kan sich der Hospital halten auf die Num. 53. allegirte allgemeine Consuetudinem, juxta quam omne Jus Civitatis in Consulibus, & Senatibus à populo est translatum, ita, ut tales Consules, & Senatores totam Civitatem representent, & quod ipsi communi suffragio fecerint, perinde habeatur, ac si ab ipsa Civitate, convocatis, & consentientibus omnibus Civibus, factum esset. Wird also Burgermeister und Rath erweisen müssen, daß in ihrer Stadt A. von diser allgemeinen Gewohnheit abgewichen, und etwas mehreres erforderlich werde. Wann aber ersagte Burgermeister und Rath sich nicht propria turpitudinis halber accusiren, und beschuldigen wollen, werden sie schwerlich was mehreres, als in Contractus initi Instrumento enthalten, erfordern können. Dann entweder haben sie gewußt, daß auch der Junfft- und Kirchenmeister Verwilligung zu einem Nomine der Gemeinen Stadt schliessenden Contract benöthiget seye, oder haben sie es nicht gewußt. Wann sie es gewußt, und dennoch mit dem hiervon keine Wissenschaft habenden Hospital ohne solchen ihr der Junfft- und Kirchenmeister Consens den Contract eingegangen, will es das

Ansehen gewinnen, als hätten sie den Hospital nur hintergehen, und einführen wollen, mit dem Sinn, Fundum Quaestionis ihme also lang zu überlassen, bis selber zu vollständigen Nutzen mit grosser Mühe und Kosten zugerichtet, von ihnen wegen Ermanglung benöthigter Solennität rescisso Contractu widerum vindiciret, und ihren Burgeren mit dero grossen Vortheil, aber des Hospitals ungemeinen Schaden überlassen könne werden, so ich gar nicht wegen bekannten Justig- Cyffer eines Wohlweisen Rathes von ihnen praesumiren kan. Haben sie es aber nicht gewußt, daß auch die Kirchenmeister hierin consentiren müssen (so doch abermahl nicht gedencen kan, weil das Werck meisten Theils durch Herrn Syndici so gewiß ein in Praxi & Theoria erfahresten Juris-Consultus ware, Hand gegangen) müssen sie bekennen, quod omnino vincibili, & crassa ignorantia circa res Officii sui laboraverint, so abermahl ihnen nicht anständig, und keines Weegs vermuthet kan werden. Darum dann sich selbst beantwortet,

Was tertio loco in diesem 6ten Argument, de Probatione versionis in rem, opponiret wird; dann wie Num. 53. angemerket hab, si tale Concilium, quod totam Civitatem vel Universitatem representat, communi suffragio contraxit, & accepit Mutuum, cum tali casu idem sit, ac si ipsa Civitas Mutuum accepisset, proinde Bona illius firmiter pro tali Mutuo obligentur, versio in rem, ejusque Probatio non requiritur; versio enim in rem Civitatis tunc demum probanda est, quando Administratores sine consensu Civium mutuo acceperunt pecuniam; secus, si in Contractum cum Senatoribus initum contulerint.

Olymp. *Prompt. §. Civitas. n. 6.*

Cum ergo consensus istorum in casu praesenti habeatur, eo quod Consensus Magistratus interpretativè sit Consensus ipsorum Civium, Hospitale à probatione versionis sublevabitur. Weiters

Ist Contractus Quaestionis, wie schon in Responso nuper dato erwiesen worden, kein Mutuum, kan auch ex Momentis, & Rationibus ibi datis für solches keines Weegs angesehen werden, sondern in all Weeg mit allem Zug Rechtens muß man ihne halten pro Emptione Venditione Redituum Annuorum, wie noch unten Num. 96. & seqq. mit mehrerem bestärket wird werden. Nun aber

wie contra Struv. *Exerc. 16. thes. 23. Carpzovius p. 2. Const. 6. def. 20. & Petrus Heigius l. 1. q. 34. per totam cum Alciato, Pinello, Hartm. Pistorio, Köppen, & aliis behaupten will, wird in der Emptione Venditione annuorum Redituum die Probatio versa pecuniae in utilitatem Civitatis nicht erforderlich, Ursach, weissen Emptio Venditio annuorum*

Ggg 3 Redit.

60.

61.

Redituum ein diversus Contractus à Mutuo ist; in vera autem Emptione Venditione cum Civitate celebrata gedachte Probatio nicht nöthig, und also auch nicht in Emptione Venditione annuorum Redituum, cum de similibus idem Judicium sit.

62.

Solte aber besagter Contract, wie Burgermeister und Rath durchauß evinciren wollen, je und alleinig für ein Mutuum (so doch nicht zu behaupten) durchauß passiren, so ist doch dem Instrumento Contractus das gemeine Stadt-Insigel fürgedrucket worden, in welchem Fall

Matth. Coler de Process. Execut. p. 2. c. 3. n. 345.

Den Creditorem Civitatis von der Probationis in rem entlediget, dum asserit propter Sigilli Appositionem firmiter obligari Civitatem, quamvis non probetur versio in Civitatis utilitatem, atque ita à Scabinis Lipsiensibus bis judicatum fuisse: quam Sententiam etiam probat

Mevius de Arrest. c. 8. n. 119. pluresque allegat, & sequitur Theodorus Höping conf. 2. pag. 217.

Und seye es, daß diese Doctrina Coleri in denen Rechten nicht recht gefusstet, wie daß derselben in terminis widerspricht

Caspar. Manz. Decis. August. 1. per rotam,

ubi late probat, Civitatem non teneri ex Mutuo, quod in Civitatis utilitatem conversum non est, wie aus besagtem Manzo anmercket

Heeser p. 2. loc. 23. n. 253.

63.

So wird doch Gemeine Stadt A. dem Hospital ad probationem versionis selbst verhältnüßlich seyn müssen; solet enim Creditor, antequam cum Civitate experiatur, Judicis Officium implorare, ut cogatur Administrator ostendere, quò pervenerit Mutuum.

Arg. l. in creditore. 38. fin. ff. de Evict. l. in summa. 2. §. item Varus. 5. in fin. ff. de aqu. & aqu. plu. arcend. Hartm. Pistor. q. 37. cit. n. 43. Müller ad Struv. Exerc. 16. thes. 22. lit. d.

Neque obstat, aliàs Regulam esse, quòd Actor ipse venire debeat instructus ad Judicium, Reusque Actori Rationes, & Instrumenta edere non teneatur

L. ipse dispice. 1. l. qui accusare. 4. & l. fin. C. de edend.

Dann erstlich ist in Casu præsentis der Hospital Reus conventus. Und wann schon auch selber Personam Actoris allhier vortrettere, so ist obgemeldte Negl zu verstehen sub conditione, nisi causa justa hoc postulet: inter justas causas autem refertur, si Actor petat edi sibi Rationes non quidem ad fundandam suam intentionem, sed tantum ad eam juvandam, & supplendam.

Berlich. p. 1. concl. 43. n. 48. Carpz. l. 2. Resp. 78. Müller ad Struv. lit. d. cit.

Proinde Creditor, contra Civitatem agens, Ratiociniorum editionem, ex quibus ut plurimum versio in utilitatem Civitatis optimè probatur, petere potest.

Lauterbach ad l. 27. ff. de reb. credit. c. 3. §. 6. Müller l. cit.

Welches besonders Statt findet, da das Contract-Instrument selbst die beschene Versionem belehret, ibi: Zu unserm/ und Gemeiner Burger-schafft Wohl-sart/ und Nutzen verwendet haben. Und waß auch schon wahr ist, waß

Müller ad Struv. Exerc. 16. cit. thes. 19. lit. y. §. 2. do.

anmercket, quòd satis non sit, Administratorem pecuniam nominatim in aliquam certam Civitati utilem, & necessariam causam accepisse, quasi statim in illam versurum, ac Creditorem hoc ipsum firmiter credidisse; cum nec Administratoris malitia, nec Creditoris credulitas hoc casu nocere Civitati possit: ut proinde curiosè indagare Creditor debeat, in quem finem impendatur pecunia ab ipso credita.

Arg. l. quodsi servus. 3. §. proinde. ff. de in rem verso. Mevius p. 5. decis. 386.

Müller ad Struv. thes. 19. cit. lit. e.

Et quamvis Confessiones personarum, quæ Actum aliquem liberè expedire nequeunt, nisi certa qualitas, quam accessisse asseverant, interveniat, nullam probationis vim obtineant

Arg. l. qui testamentum. 27. ff. de probat. l. si forte. 8. & ibi Bartol. ff. de Castrens. Pecul. Jason, & Decius in l. si donatione. C. de Collatione.

aded ut neque Renuntiatio hujus Exceptionis, facta ab Administratoribus, Civitati, ceu tertio noceat; sed specificè exprimi necesse sit, cui Civitatis utilitati, vel necessitati impendenda sit illa pecunia.

Mevius, & Müllerus loc. cit.

So sehen wir doch pro primo allhier in solchen terminis, allwo juxta Num. 59. & dnob. seqq. probatio Versionis nicht wird erforderet. Weiters, und pro 2. Ist bekannt, in was für Umständen, und nöthigen Zufällen eine Gemeine Stadt A. sich damahls befunden, und erheller aus dem Instrumento Contractus, auch vorher abgegangenen Briefsen, mit was verbindlichen Terminis sie bey dem Hospital um Darleyhung einer Summa Gelds Ansuchen gethan. Daß also 3. An Probation quæstionirter Versionis in rem es nicht ermanglen sollte.

Solte aber diese, wofern selbe nöthig, gar nicht zu erweisen seyn, wird Burgermeister, und Rath, durch diese ihre Opposition nichts anders gewinnen, als daß sie die Obligation, den Contractum Quæstionis zu halten, zwar von Gemeiner Stadt ab: ihnen aber hingegen selbst aufheilen werden; nam si pecunia non fuerit versa in utilitatem Universitatis, ipsi soli Admini-

strato-

stratores, qui contraxerunt, obligabuntur, non quidem ex vero, sed potius ex quasi Contractu; Creditor enim, qui Civitatis nomine Administratori mutuum dedit, hoc eo animo, eaque lege facere creditur, ut illa pecunia etiam in Civitatis utilitatem convertatur, ac ita Civitas efficaciter obligetur. Si igitur hoc ipsum secutum non fuerit, tacite Administratores ad pecuniæ restitutionem obligare videtur.

Arg. l. cum de indebito. 25. ff. de Probar. tot. tit. de Condict. indeb. tot. tit. de Condict. caus. dat. caus. non secur.

In quod ipsum etiam Administratores tacite consentire præsumuntur, aut potius ob æquitatis rationem Jure finguntur, ne Creditores pecuniæ creditæ jacturam faciant, & Administratores cum Creditorum damno locupletiores fiant.

L. nam hoc. 14. ff. de Condict. indebit. Müller. ad Struv. Exerc. 16. thes. 22. lit. a.

Nam Civitati Exceptio non veræ pecuniæ in rem Civitatis adversus Creditores competit, non verò Administratoribus, qui proinde, si contrahendi Mandatum, ac Potestatem à Civitate non habuerunt, sed negotium suum gesserunt, Privilegio Civitatis se defendere nequeunt.

Carpz. l. 2. resp. 107. n. 1. & seqq. Olymp. §. Civitas. n. 6.

Et hoc ita verum est, ut Administratores nec protestatione, quo minus hoc Casu obligentur, sese præmunire possint; nam Conventiones, ob æquitatem factæ, contrariâ voluntate non tolluntur: Lex enim hic non tantum aliquid præsumit, sed illud tanquam verum propter summam æquitatem approbat. Protestatio autem interposita super eo, quod non dependet à voluntate alicujus, sed ex Legis dispositione, protestantem non relevat.

Guid. Pap. q. 72. n. 2. Roding. 4. obs. 15. n. 3. Carpz. p. 1. Const. 11. def. 11. n. 4. Müller. ad Struv. lit. a. eit.

Imò licet Administrator protestatione factâ ad quasi Contractum respexisset, nihil tamen operaretur hæc Protestatio facto contraria; quia statim doli mali Exceptione repelli potest, cum dolum malum facere videatur, qui ex aliena jactura lucrum quærit.

L. si quis mancipiis. 17. §. Proculus. 4. ff. de Institor. Actio. Hartm. Pistor. q. 37. cit. n. 67. Carpzov. p. 2. Const. 6. def. 21. n. 9. Lauterb. ad l. 27. ff. de reb. credit. c. 3. §. 25.

Transit autem hæc Obligatio etiam ad Hæredes ipsorum.

Arg. l. ex Contractibus. 49. ff. de O. & A. Sicut enim æquitas suadet, ut hoc Casu Administrator obligetur, ita etiam æquum est, ut ipse, & qui illum repræsentant, obligati maneant, donec ipsis Lucrum ademptum, Creditori verò damnnum fuerit restitutum.

Hartm. Pistor. q. 37. cit. n. 66. Carpz. p. 2. const. 6. def. 21. n. 8.

Actio, quæ tali Casu Creditori contra Administratorem Civitatis competit,

juxta Lauterb. *ad l. 27. cit. c. 5. §. 12.* verius est Condictio sine Causâ, vel Causâ datâ, Causâ non secutâ; nam qui Administratori dat pecuniam mutuum nomine, & contemplatione Civitatis, quia scit Civitatem hoc casu tum demum obligari, si pecunia in ejus utilitatem convertatur, propterea hoc eo animo fecisse censetur, ut ipse hoc ipsum præstet, & sic Mutuum absolvat: quo non facto, merito, tanquam causâ cessante, propter quam data est pecunia, Administrator condici poterit. Consentit

Gaill. de Arrest. c. 9. n. 5. Bruning. de Var. Univers. specieb. thes. 79. Müller. ad Struv. thes. 22. cit. lit. B.

Si plures conjunctim Mutuum Civitatis nomine accepissent, omnes, & singuli obligati existunt

Arg. l. tres tutores. §. princ. ff. de admin. & pericul. tutor. l. Curatores. 3. princ. ff. de administ. rer. ad Civit. pertin. Losæus p. 1. de Jur. Univers. c. ult. n. 119. Struv. Exerc. 16. thes. 22. Müller. ibid. lit. y.

Si tamen unus ex illis pecuniam in suum usum converterit, æquum erit, ut ipse, si solvendo sit, prius conveniatur, & reliquis Excussionis beneficium concedatur.

Arg. l. Curatores. cit. princ. l. quid ergo. 13. ff. ad municipal. l. licet. 2. §. sed utrum. 1. ff. si quis omiff. caus. testam. Boër. decis. 60. n. 12. Escobar. de Ratiocin. c. 4. n. 12.

Cæterum si omnes Lucrum inde senserint, DD. inter illos ex æquitate Actionem dividunt, ad Exemplum Tutorum.

Arg. l. si duo Hæredes. 22. ff. deposit. Ant. Faber in C. de P. & A. def. 18.

Solle also Burgermeister und Rath sich hier bedencken, ob nicht selbe ihnen eine Obligation durch derley Opposition aufbürden, von welcher sie hernach wünschen entlediget zu seyn.

Ad 7. Haltet sich der Hospital auf die ihm von Burgermeister und Rath aufgedrängte Obligation-Schriefft, wo Formalia Nach ehevor erhaltenen Lands- Fürstlicher Regierung Gnädigsten Consens, klärsich enthalten, daß also von solchem, welchen bey Schliessung des Contractes denen Worten eines löblichen Magistrats, so in dem Instrumento Contractus einverleibt, und so gar mit allgemeinem Stadt-Justiegel gefertigt worden, billichster Massen aller Glauben müsse beygelegt werden, kein Zweifel beyfallen könnte, ob die Sach sich also befinde. Darumen licet inter Solennitates requisitas ad validam Alienationem, & Obligationem rerum Civitatis requiratur consensus Principis, ita ut huic, & aliis Requisite Civitas renuntiare nequeat;

Stryck.

68.

69.

Stryck. *de cautel. Contract. sect. 1. cap. 2. §. 17.*

ed quod licet Princeps liberam Administrandi potestatem concefferit Senatui Oppidano, administrandi tamen facultas alienandi licentiam non involvat:

Olymp. *Prompt. §. Civitas. n. 7.*

doch man dessenthalben wegen krafft besagter, in die Obligation inserirten Worten keinen Anstand haben könnte.

70.

Es gibet zwar Gegentheil vor, daß ihme von einiger Landsfürstl. Ratification, so in specie occasione des Instruments ertheilet worden, nichts bekannt, auffer eines Hof-Raths-Rescript, in welchem ihnen erlaubt worden hin und wider Capitalia aufzunehmen, so doch cum grano salis zuverstehen, & ita, ut Solemnitates requisita interveniant: auß welchem sie inseriren wollen, daß wann gleich ihnen Burgermeister, und Rath auß besagte Weiß erlaubt worden, dergleichen Capitalia aufzunehmen, darauß doch nicht folge, daß auch hierdurch Gewalt gegeben worden Res Civitatis hiervor zu obligiren; nam ut obligari Bona immobilia Civitatis possint, specialis Principis Consensus requiritur, & quidem, ut

Stryck. *de Cautel. Contract. sect. 2. cap.*

I. §. 4. Müller. ad Struv. Exerc. 16. thes. 18. Lit. 1. in fin.

Notant, per modum Decreti conceptus; sicut enim Minor, ita & Civitas sine Decreto valide immobilia obligare nequit, daß also freilich die Erlaubniß, so ein Hochlöbl. Regierung zu Aufnam etwelcher Capitalien gegeben hat, sich auß Obligirung quaestionirten Weiß Grund, tanquam ad Contractum prorsus diversum, Pignoratitium scilicet, sich keines Weegs extendiren lasse.

71.

Es ist aber Burgermeister, und Rath hierinn in einem Irwohl, da selbe Contractum Controversum bloß für ein Mutuum wollen ansehen; massen, wie unten Num. 96. seqq. erweisen wird, solcher vil mehr pro Contractu Emptionis Venditionis annuorum fructuum, consequenter pro uno unico Contractu zuhalten ist: Weilen dann hodiernis Moribus fast alle Anlehen, und Aufnam der Capitalien unter Pachtung Jährlichen Zins oder Früchten zugeschehen pflegt, und solches einem Hochlöbl. Hof-Rath ganz wissentlich kan kein Zweifel walten, daß solcher unter dem Consens zu Aufnam derley Capitalium auch die Obligation, dardurch ein Gemeine Stadt vicissim denen Darleyheren ad annuos census solvendos, aut fructus ex Fundis suis relinquendos sich obligiret, und verbunden hat, approbiret, und gut geheissen.

72.

Solte aber per inconcessum gegenwärtig mit dem Hospital gepflogner Contract allein pro Mutuo passiren können, so ist doch allhier zu consideriren, daß zwar selber per modum duplicis Contractus consideriret kan werden, nempe per modum Mutui, &

per modum Contractus Pignoratitii, per quem pro Mutuo accepto Bona Civitatis obligentur, jedoch also, ut hic alter Contractus per modum accessorii Contractui Mutuationis tanquam principali, adhaereat. Accessorium autem sequitur principale.

Reg. Accessorium. 42. in. 6.

& Consensus, seu Decretum, super principali datum, etiam de Accessorio datum praesumitur, besonders weilen defacto allenthalben üblich, und gebräuchlich ist, kein Anlehen von sich zu geben, fürnemlich wann solches auß eine considerable Summa hinauß lauffet, es seye dann das vorgeliehene Capital mit einer vergnugsamen Hypothec, daran in Abgang der Bezahlung sich Creditor erholen könne, bestens versichere. Da dann solch passim geübter Brauch dem Hochernannten Hochfürst. Hof-Rath ganz wohl bekannt, so hat schließlich derselbe eben darum sein Decretum, super Mutuo accipiendum datum, auch auß die Obligation, mit dero Fundus Quaestionis dem Hospital haften solte, extendiren wollen.

Was Concipit der Gegnerischen Republic hinzugesetzt, daß Accurirter Contract schon vorhin ex natura sua, ohn dergleichen Exorbitantien, zu Recht sehr verhasst ist, auch die beygesetzte Renuntiation an sich selbst captios, unbillig, und contra bonos mores, einfolglich vor nichts anders zuhalten seyn, als ein Vinculum iniquitatis, also der mit selben gefütterte Contract durch Landsfürstl. Consens nicht hab können confirmiret werden, seynd unstandhafte Scommata, und hat diese Opposition schon seine Rechtsvergnügende Abfertigung ex dictis ad Argumentum 2. besonders Num. 37. wo erweisen worden, daß die in der Schriftlichen Obligation beygesetzte Renuntiationes ganz nichts ungewöhnliches, sonder in fast allen derley Contracten Landsüblich pflegen beygeruckt zu werden; worvon auch so gar Renuntiationis ultra dimidium, wie ad 3. Num. 38. & seqq. erweisen worden, nicht aufgenommen ist. Censetur autem iuste, & bona fide contrahere, qui secundum morem ubivis usitatum contrahit, daß also hierauß wider den Hospital kein praesumptio doli formiret mag werden.

Ad 2. Muß Burgermeister, und Rath Rechtsvergnügig erweisen, daß zur Zeit, da Fundus Quaestionis dem Hospital überlassen worden, hiervon schon bereits 4. bis 5. Tagwerck außgerichtet waren, mithin das Hospital nicht mehr, als etwan auß höchste annoch sechs Tagwerck abzuraumen gehabt. Solches widerspricht der Hospital, und belehret die heraußgegebene Schuldverschreibung ein ganz anders, massen ein Wohlweiser Rath in selbe einfließen lassen die glatte, und generale Terminos, daß selber Herr Darleiber / und dessen Nachkommen zu Versicherung solches

solches Darlehens zehen Tagwerck (ohne Aufsam, und Meldung, daß eines hier von schon vorhin zu Nutz gebracht worden) mit Holz angeflöggenen Wiß-Grund -- übergebe. Kan also der Hospital zu Bekanntnuß solch vorgebner schon vorher beschehener Aufbreitung sich nicht verstehen; wohl aber, weil man selbes durch ungleiches Vorgeben hierzu nöthiget, kan es mit Wahrheit gegen eine löbl. Stadt A. sich beklagen, daß selbe bey ihrem Anfangs gegebenen Versprechen nicht gebliben; massen

75. Nachdem mit dem Hospital wegen des Fundi Quæstionis der Contract mit all erdenklicher Verbindlichkeit geschlossen, und solcher Fundus zu 20. Jähriger Nutznießung überlassen worden, hat zwar besagte Stadt A. zugleich die Vertröstung gegeben in benöthigter Arbeit, und Zurichtung des Platz das ihrige getreulich beizutragen; jedoch ist mehrers nicht erfolget, als daß aufs höchste $\frac{1}{2}$ Tagwerck weit die Stauden aus dem Weeg geraumet worden. Ja so bald nur die verlangte Summa der 200. fl. ohne Abgang entrichtet worden, seynd sie auf Seiten wohl erzagter Gemeiner Stadt gleich von weiterer Arbeit, und Beyhilff abgewichen, und dieses zwar meistens Theils darum, weilten sie wohlsehen, daß weit mehr Mühe, Zeit, und Unkosten, als sie ihnen eingebildet, erforderlich wurde, bis der Grund, und Boden zu einem rechten Nutz, und Wachsthum gebracht werden könnte. Auß welchem dann quantitas Expenstarum, so hierdurch in Zurichtung dieses überlassenen Wiß-Grunds dem Hospital allein zuge wachsen, leicht zuschließen; dann

76. Weilen selbes besagter massen von der Stadt A. wider gegebene Vertröstung in der Arbeit verlassen worden, müste selbes solche Mühe, und Kösten allein auf sich nehmen, und (wann es je aus dem vorgestreckten Geld, und auf 20. Jahr statt des Zins überlassenen Nutznießung wolte einen Nutzen schaffen) mit gangem Ernst sich dahinder machen, und das Werck mit völligen Kräften angreifen. Seynd demnach über 50. Arbeiter dahin abgeordnet, und durch solche das Gesträuß, und Stauden abgehauen, die Stöck, und Wurgen völlig abgegraben worden, welches wie vil es Mühe, und Schwizens gekostet, leichtlich zuerachten ist. Doch wurden auch diese an so mühesamer Arbeit erlegen seyn, wann nicht das Wetter selbiges Jahr absonderlich favorabel, warm, und also leichtlich gewesen wäre, daß man beständig, und ungehinderet dem vorgenommenen Werck hat können abwarten, so den ganzen Winter hindurch, und den darauf folgenden Frühling gedauert.

77. Nach diesem, als der Platz auf besagte mühesame Weiß abgeraumet, und gantz

lich umgerissen worden, hat man selbst drey mahl gestreiffet, vier mahl geegget, die tieffe Gräben, und Gruben aufgefüllt, und endlich mit 5. Schffel Haaber zimlichen Theils besämet, welches doch dem Hospital nicht zu Nutzen kommen, in dem die Officier- und Soldaten-Weeg bis auf das Corporis Christi Fest beständig darauf geweidet, und also die erwachsende Saat, und junge Halmen sauber abgefresset. Das andere, und folgendes Jahr darauf ist widerum gestreiffet, und der Platz mit Klee-Saamen, so man nicht mit geringen Kosten hergeschaffet, überbauet, und beleet worden. Das dritte Jahr hat man 60. Fueder l. v. Fung darauf geführet, welches auch geschehen das vierde Jahr. Weilen sich aber der Graß-Wachs noch schlecht erzeiget, ist der Grund abermahl mit Klee- und Heu-Saamen übergangen, zugleich auch dieses, und nachfolgende Jahr alle in gleicher Anzahl, und auf erst beschriebene Weiß die l. v. Betungung, und wohl nöthige Bonificirung des Grunds vorgenommen worden.

78. Auß welchem dann sich ergibt die Unzufugsamkeit des Gegnerischen Vorgebens, da man herkommen laßt, daß 1. Kein so große, ungemeyne und langwyrige Mühe zu Abraumung quæstionierten Fundi vönd nöthen gewesen. 2. Daß gleich noch das erste Jahr das aufgerietete Spatium mit Heu-Blumen völlig besämet, und noch selbigen Sommer wenigst sibem Jahren, und das nächste Jahr darauff eine schöne Quantität Fuder darvon genossen worden; und 3. Daß von denen vor etlich Jahren im Quartier gelegenen Soldaten in dem Graß zugefügter Schaden nicht also Considerations-würdig gewesen. Es will zwar Burgermeister und Rath in ihrer Replik solchen Schaden dem Hospital selbst beymassen, Ursach daß die Verderber hierum an gehörigen Orthen nicht belanget worden. Es hatte aber auch der Hospital anz hier nicht ermanglet, massen selber hierob seine Beschwerden öftters eingewendet, doch von Gemeiner Stadt A. nicht die geringste Abschaffung, und Remedur erfolget. Es wäre aber dieses endlich noch zuerdulden gewesen, wann nur Burgermeister, und Rath in anderen bey ihren Worten gebliben wären. Dann

79. Vorse erste hat Burgermeister, und Rath dem Hospital versprochen, sie wollen keinen Weeg über das Mad gedulden, haben auch zu diesem End schon ein andere Straß lassen aufspahlen; doch ist solches zu keiner Nichtigkeit kommen, sonder man hat auf Seiten des Hospitals müssen geschehen lassen, daß nicht nur drey Fuß-Weeg, sondern über das ein ganze breite Fuhr- und Land-Straßen durch das völlige Mad, so lang es ist, gemacht worden, welches wohl ein starkes Tagwerck auftraget. Ferners hat



man den Hospital versicheret, daß der übergebene Grund Garten-Recht habe, und also kein Stück Vieh darauf weyden dürffe, aufgenommen eine gewisse Gemäinde, welche das Recht hat nach St. Michaelis Fest ihre Pferd dahin zu treiben: welches aber auch nicht observiret wird, indem die Wirth, und Meßger einen ganzen Herbst ihre Ochsen ungeschehrt darauf halten. Ja es hat sich wohl auch vor wenig Jahren zugetragen, daß man so gar die ganze Stadt-Herd, gegen 1000. Stück groß, im Früher-Jahr biß über S. Georgi hinauß darauf guldten hat müssen, und weiln der Grund zimlich lind, ist das Mad von einer solchen Menge Viehs dermassen verderbt, und durchstriben worden, daß man den Schaden zimlich anziehen, und wenigst drey Zuder Heu in Abgang setzen kan. Zu deme verursachen auch die Weiber, und Vieh-Magd all-jährlich einen grossen Abtrag, da selbe ganze Platz, absonderlich wo das Graß am dicksten, herauß schneiden, daß alles zusamm gar leicht ein ergibiges Zuder aufmachet: so alles Burgermeister und Rath ihrem Versprechen gemäß hätten abstellen sollen.

80.

Es seynd zwar besagte Burgermeister, und Rath schon vor 4. Jahren, als selbe das erste mahl die Aufkündigung gethan, daß Erbierens gewesen die auf 200. fl. von dem Hospital ansehende Preparations-Kosten samt dem Capital abzuführen; allein es hatte der Hospital nur gar billliche Ursach sich diser Offerten zubeanken, massen hierauß schier das Ansehen gewinnete, man wolte bemeldten Hospital fast für einen Tagelöhner ansehen, deme der Lohn allein wegen beschehener, und in Aufreitung quæstionirten Platzes übertragner Mühe und Arbeit gegeben wolte werden, aller Nutz aber Gemeiner Stadt A. zugehen sollte. Es lautet aber

Regul. qui sentit. § 5. in 6.

ganz anderst; nam juxta hanc, qui sentit onus, etiam sentire debet commodum, & e contra. Wann dann durch versparrte Mühe, und Kosten der Fundus Quæstionis so weit endlich gebracht worden, daß selber den erwarteten Nutzen anjeto bringet, ist solcher dem Hospital ganz wohl zuverginnen, damit besagt große Mühe, und Unkosten, wie auch die erstere minders Frucht-bringende Jahr durch jetzt erfolgenden weiters gehenden Nutzen ersetzt, und die hierinn angewendete Arbeit in etwas belohnet werde. Und ist

81.

Ad 9. Wie aus denen Hospital-Rechnungen sich ergibt, der Zand bey offternenneten Wismachs bey weitem nicht also überschwenklich gewesen, als selben Burgermeister und Rath in ihrer Replie ansetzen; dann erstlich, wie Num. 76. gemeldet worden, von Schließung des Contractus so Anno 1702. den 23. Febr. geschehen die Auf-

reitung den ganzen Sommer, und Winter hindurch biß zu End hernachkommenden Frühling folgenden Jahrs angedauert, zu welcher Zeit nichts zu nutzen ware. Hernach wurde zwar der Platz mit Haaber besät, deme aber laut Num. 77. die Officier- und Soldaten-Pferdt sauber abgefresset, das dritte Jahr hat man zwar selbigen zu nutzen angefangen, so doch noch gar gering gewesen; darum der Grund abermahl mit Klee- und Heu-Blumen hat müssen übergangen werden. Es hat sich auch unter diesen Jahren, da der Hospital ersagten Wismachs Grund bisher genossen, ereignet, daß zweymahl das aufstauende Gewässer den 1. v. Tzung völlig hinweg gelößet. Auch da wegen anhaltender grossen Kälte, der nächst stießende Strohm einmahl überfrohren, und im Frühling der Eys-Stoß seinen Lauf haben sollte, hat sich damahlen das Eys dermassen gefroret, ja so dick auf dem Mad zusammen und aufeinander geschoben, daß es biß Pfingsten zu schmelzen gehabt. Dasher dann geschehen, daß wegen allzu grosser Masse, und darauß entstandener Kälte der Klee ganz ersticket, herentgegen aber nur rauhes, hartes, und mageres Holz-Graß erwachsen samt vilen langen Stingeln, welche durch vil abgeschickte Tagelöhner haben müssen aufgerissen werden, damit man das übrige Graß abmähen könnte. Über das hat man innerhalb zweyen truckenen Jahren einmahl nur zwey Zuder Heu, und fünf Zuder Gramet, das anderemahl in allem nur 11. Zuder eingebracht.

Daß aber das nächst-verwichene 1721. Jahr etwas bessers angeschlagen, ist sich desto minder zubefremden, weil allenthalben der Heuwachs selbiges Jahr sich dermassen erwisen, daß man das Zuder um einen billichen, und nicht so hoch (als dem Hospital angesetzt wird) projectirten Preys erhandeln mögen. Wie man dann von einer allhiefigen Hochfürstl. Regierung denen Burgeren das Zuder Heu per 3. fl. an elli-chen Orthen aber nur bey 2. fl. hat abfolgen lassen, daß also von der Mänge, und Quantität des damahligen Sands quantitas pretii mercklich gefallen. Derentwegen sich billich zu verwunderen, daß man dem Hospital den bisherigen Nutzen so groß machen will, indem doch ein Jahr das andere, und die hernachkommende Fruchtbarkeit die vorgehende geringe, und Anfangs gar unnutzbare Jahr-Gang übertragen, und billichster massen ersetzt muß. Ja wann auch ein Überschuß des Gewinns über die sonst Land-gebräuchige Interesse 5. per 100. diese letztere Jahr sich hervor thäte, so müßten, und solten die Herren von A. in Consideration nehmen, und sich reflektiren, wie groß der Nutzen, und wie schätzbar der Grund tempore Contractus, auch die erstere nachkommende Jahr, item, wie mühsam die Arbeit gewesen, mit welcher diser Grund ent-

lich zurecht gebracht worden, daß also auch der per inconcessum sich hervortheuendellberz gewinn jure merito inter fructus industriales zugehlet, besonderlich auch der Ursachen halber, weilen, wie oben Num. 58. gemeldet worden, ob man gleich vor geschlossenen Contract in Gemeiner Stadt A. öffentlich hat lassen aufkommen, daß wer auß denen Burgeren Lust hätte diesen Wiß-Grund außz zureiten, und zum Nutzen zu bringen, man ihm solchen um billichen Preys wolte anlassen, dannoch nicht einer gefunden worden, so sich darum anmelden, oder einig gen Preys darauf schlagen wolte.

Auß welchem dann folglich sich von selbst givet, daß 1. Von Gemeiner Stadt A. die Mühe, Arbeit, und Unkosten, mit welchen der Hospital die vorgenommene Zubereitung bestreiten müssen, gar zu gering, herentgegen aber die Nutzung, und etinges brachte Heuwachs gar zu hoch, und übermäßig angeschlagen wird. 2. Daß Burgermeister und Rath in der von sich gegebenen schriftlichen Obligation ganz billich die überlassene Nutzung vor ungewiß, und unbeständig gehalten; massen solches, wie Num. 81. erwisen worden, der Eventus selbst, nicht aber wie Concipit in seiner Replic herkommen lasset, das Widerspil gezeigt hat: darumen dann angeführtes Axioma, quod Jura respiciant id, quod sit frequentius, ihne Concipiten selber schlaget, weilen zu mehrmahlen erwisener Massen der Sand durch verschiedene Zufall vil geringer, als Gegentheil vorgivet, sich reipia gezeigt hat. Auß welchem dann sich givet 3. Daß ohne Verletzung der lieben Wahrheit keines Weegs behauptet könne werden, daß bey denen 12. verlossenen Jahren die Gewisheit bey dem Fundo Quæstionis sich also gezeigt, daß dessen Nutzungen, deductis deducendis, und einen Jahr- Gang in den anderen gerechnet, die im Reich passirliche Christen-Zins 2. bis 3. mahl dem Hospital ertragen. Daß aber anjeko (welches man doch an seinem Orth gestellet will lassen) so vil Leuth sich um diefermeldten Wiß-Grund bewerben, und Jährlichen auß einem Tagwerck dieses Mads 12. 13. bis 14. fl. schlagen, ist sich nicht zuberwunderen; nam difficilium est laborare, facilius, postquam alii laboraverunt, in labores eorum introire. Es mag Burgermeister, und Rath nach verlossenen dem Hospital zugestanden Jahren den Bestand quæstionirten Fundi so hoch treiben, wie es will, in welchem der Hospital ihnen mit nichten einreden wird; allein begehret derselbe den Frucht seiner Mühe und Arbeit so lang zugenießen, als lang es ihm pactiret worden, in welchem es ganz nicht mag verdencket werden, weilen auch sonst die DD. den jenigen, so Fundum Civitatis brauchen und fruchtbar gemachet, in Ansehung der genommenen Arbeit, und hierauf gewendeten Präparations- Kosten, Belohnungs- würdig

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

achten, und darum lehren, quod finita Locatione, ipsi tantundem offerenti, quantum alii offerunt, fundi ejusmodi relocandi sint, ut cum

Hartm. Pistor. obs. 162. num. 89. & 90. advertit Olymp. Prompt. S. Civitas. num. 11.

qui etiam Rationem dat, quia ratio Juris postulat, eum, qui fundum fructuosorem reddidit, cæteris Conductoribus, eundem Census offerentibus, præferendum esse.

Ad 10. Lasset man die allda gegebne Distinction in seinem Werth, wann der Wiß-Grund schon in seinem Stand ist, also, daß selber ohn grosse Mühe, und Kosten den Desiderirenden Frucht bringen kan. Allein bey dem Fundo Quæstionis, wie Ad 8. erwisen worden, bedarffe es eben so vil, ja noch mehrer Mühe, und Kosten, als ansonst auf einem vorhin vollständig zubereiteten Acker nothwendig muß angewendet werden, seytmahlen besagter Grund erstens mit grosser Mühe, und Kosten aufgereüthet, hernach gleich einem Acker umgerissen, und geegget, nachmahlen erstlich mit Haber: darauff mit Klee: Blumen besäet, und endlich, da der erwünschte Wißwachs sich annoch nicht zeigen wolte, wiederum mit solchem Saamen hat müssen übergangen werden, daß also selber damahls secundum Etymologiam noch nicht Pratum, tanquam Paratum, hat können genennet werden. Es ist zwar wahr, daß anjeko nicht mehr so vil Arbeit, als bey einem Acker, hietauf gewendet muß werden, allein müssen primi Anni steriles durch hernachfolgende fruchtbahre Jahr vergutet werden / ansonsten man wenig findete, so zu Gutem einer Stadt, oder anderen Gemäinden, die Präparations-Mühe, und Unkosten, auf einen Gemäinschaftlichen Fundum solchen zu Nutzen bringen zu können, aufwenden wolte, wann ihm nicht mehr Ergölichkeit hierauf zukame, als ansonst ein jeder anderer durch Aufstehung eines Capitals cum pacto percipiendi 5. pro 100. quasi otando genießen kan. Was die Gefahren, und Ungewisheit der Nutzung belanget, hat quæstionirter Wiß-Grund, wann nicht eben dise, doch fast gleichmäßige; dann neben dem, daß ein jeder Wißwachs entweder wegen grossen Dürre, oder hingegen übermäßiger Nässe, vilen Schaden unterworfen, so ist accurirter Fundus also sicurere, daß der nahe anliegende Fluß dero Aufstiehung allezeit betrosen kan, welches, obwohl es nicht alljährlich geschicht, doch niemahl hiervon sicher stellet: und hat auch die Erfahrung selbst belehret, daß solche Gefahr nicht also weith zu werffen, wie dieses Gegentheil thun will, massen dise bisher verlossene Bestands-Jahre solche Ergießung repetitio sich begeben hat.

Hhh a

Ad

85.

Ad 11. Was der Entlegenheit, und darauffließenden weitem Zu- und Abföhrens halber von dem Hospital gemeldet ist worden, ist nicht Beschränkung Weis, oder aus der Intention geschehen, als wolte man sich hierinn denen Bürgeren zu A. ver gleichen, sondern hierdurch zu beweisen, daß nicht alles, was Gegentheile ansetzet, pur lauter Gewinn, sondern beynebens auch nicht wenig Unkosten aufzuwenden seye, damit man den erwünschten Frucht auß dem Fundo Quæstionis genieße, und anheim bringe, daß also Quantitas Fructus um so vil geminderet werde, um so vil mehrer Unkosten hierauf zu wenden. Daß die Bürger zu A. ihre Wiß Grund in erwelchen Orthen noch weiter entlegen haben, thut die Hospitalische Unkosten nicht kleiner machen, als sie in sich selbst sind. Daß aber ermeldte Bürger von disen ihren, obwohl also weith entlegenen Fundis noch darzu Steuer und Anlag geben müssen, so von dem Fundo Quæstionis Bürgermeister, und Rath bißhero entrichtet, das Hospital aber hiervon befreyet gestanden ist, hat sein Fundament, und richtige Abfertigung in denen Rechten.

86.

Es hätte Concipist der Gegnerischen Replik nur die Authores sollen von diser Sach auffschlagen. Nam hi ad Quæstionem, utrum Locator, vel Conductor Fundi Collectas, & Contributiones præstare debeat, ita discurreunt: Ante omnia, dicunt, in præstatione Tributorum inspicienda est conventio inter ipsos inita, quæ proin, cum Legem det Contractibus, omnino est observanda,

L. Contractus. 23. ibi, hoc servabitur, quod initio convenit. ff. de R. J. & L. semper. 34. ibi, Semper in stipulationibus, & in cæteris Contractibus sequimur, quod actum est. ff. eod. Müller. ad Struv. Exerc. 24. thes. 19. lit. a.

Si hæc non appareat, id, quod in Regione constitutum, vel aliàs consuetum est, spectandum venit.

Mevius de Pension. q. 4. n. 3. & seq. præcipue n. 6. Müller. ad Struv. lit. a. cit. & constat ex l. semper. cit.

Ubi & hoc deficit, tandem secundum Jus Commune facienda est Decisio; juxta hoc autem Collectæ istæ ad Locatorem pertinent, prout notant

Garc. de Expens. c. 14. n. 18. & seq. Klock. de Contrib. c. 11. n. 169. & seqq. Frantzk. tit. loc. conduct. n. 174. Struv. Exerc. 24. thes. 19. Müller. ad eund. lit. a. cit.

87.

Hinc Conductor Tributa, & onera, quæ rei locatæ, licet ratione Fructuum, imponuntur, non tenetur ferre.

L. sine hærede. 32. §. Lucius. 6. ff. de admin. & peric. tutor.

Et si ejusmodi Collectas se præstitisse probaverit, eas à Locatore potest repetere, vel

de mercede Locationis Conductionis deducere.

Hahn. ad Wesenb. ff. locat. conduct. n. 16. cum cit.

Licet enim Fiscus in Tributorum, & Collectarum exactione Possessorem sequatur, & qualemcunque Possessorem, ac per consequens etiam Conductorem convenire possit, *L. Imperatores. 7. ff. de Publ. & Veij. Garc. c. 14. cit. n. 19. Tabor Coñent. de Contrib. & Jur. Colon. thes. 49. & tract. de mercat. p. 2. c. 3. thes. 19. Lauterbach. ad ff. locat. cond. §. 99.*

quia tamen Locator pro Fructibus mercedem accipit, & sic in effectu ipsemet re locatæ uti frui videtur.

L. si usufructus. 3. §. usufructus. 1. l. neque utitur. 38. & l. seq. ff. de Usufr. l. prædiorum. 36. ff. de Usufr.

Colonus verò partem Fructuum accipit tantum pro opera, & expensis.

Felic. de Societ. c. 27. n. 46. & seqq.

Per consequens, & finaliter in effectu etiam Tributa, & Contributiones Locatorem manent, ita, ut ipse eadem Conductori, si illas solverit, refundere teneatur.

Arg. l. neque stipendium. 13. ff. de impen. in res dotal. l. ac quidem. 2. C. de annon. & tribut. Tabor, Hahnus, Lauterbach. cit. quibus consentiunt Caroc. tract. de Locat. p. 4. q. 39. n. 4. & seqq. Garc. c. 14. cit. n. 8. & seqq. Klock. c. 11. cit. n. 169. & seqq. Frantzk. l. cit. n. 171. & seqq.

Excipiuntur Collectæ, quæ rebus, & personæ Coloni impositæ sunt; nam hæc Conductor præstat.

L. rescripto. 6. §. fin. ff. de mun. & honor. Hahn. n. 16. cit. Müller. ad Struv. lit. a. cit.

Es wollen zwar Bürgermeister und Rath behaupten, daß allhier nicht Contractus Locationis Conductionis, sondern allein Mutui cum Jure Pignoris, seu Hypothecæ seye eingegangen worden; aber wann auch disem per concessum also wäre, so würde man das Onus Collectarum solvendarum eben darum desto weniger dem Hospital können auffheilen, weisen in Contractu Mutui cum Jure Pignoris Fructus Pignoris allein dem Mutuatario zugehörig.

Ad 12. Was allda von dem fertigen Sand ab dem Wiß Grund Quæstionis gemeldet worden, hat seine Verantwortung schon Num. 82. überkommen; dann obwohl zwar verfloßenes Jahr besser, als von vielen Jahren her, das Heu, und Gramet allenthalben gerathen ist, so ist doch eben wegen diser Menge auch der Werth um ein Namhaftes gefallen, da, wie Num. cit. gemeldet worden, in manchem Orth das Suder Heu per 3. ja auch 2. fl. verkauft worden. Ist also der Wehrt, da Bürgermeister, und Rath das Suder Heu um 8. und das Gramet um 7. fl. haben ange

geschlagen, gar zu hoch gespannt, folglich in diesem ihrem gemachten Calculo noch viel abzunehmen, also der Gewinn bey dem Hospital nicht also groß, als man denselben machet, so für alle Jahr, durch welche Fundus Quæstionis genossen worden, mit denen Rechnungen wird können bezet werden.

90. Daß aber das Hospital in diesem seinem Contract keinen übermäßigen Gewinn nicht gesucht werden Burgermeister und Rath, wann sie andert der Wahrheit steuern wollen, selbst müssen bekennen, und erhellet aus dem, daß besagtem Hospital wohl erträglichere, mehr sicherere, und gewissere Unterpfand, als benanntlich die Stadt Weyer, der völlige Stadt Zehend, das Stadt-Umgelt, Gült, Unterthanen seynd angetragen worden; da doch selbes sich vergnügen wollen mit einem Plak, so ohne dem Gemeiner Stadt nicht den mindisten Nutzen gabe, und weil um Aufrehtung desselben niemand sich wolte anmelden, noch in dem alten Stand bis anhero wurde geblieben seyn, wann nicht das Hospital wäre entzwischen kommen. Man wäre auch bey Gemeiner Stadt nicht gar ungeneigt, quæstionirten Fundum gar käufflich an den Hospital anzulassen; es hat aber solcher seiner Ursachen halber allein mit dem Bestand sich wollen befriedigen lassen. Geschicht derenthalben demselben ein grosse, und unverantwortliche Unbill, da man es, als Labis Ufuraria aperte reum, in aller Stadt allenthalben außschreyet, so gewislich eine unanständige Verleumdung ist.

91. Ad 13. Nimmet man Burgermeister, und Rath bey ihren eignen Worten. Sie wollen den von dem Hospital ziehenden Gewinn also groß erhöhen, weil die Hospital-Wägen so lang und breith seyen, daß zwey Fuder Heu wohl drey Fahrten außmachen. Wann dem also, weil man eben auch grössere Wägen zu dem l. v. Fung-Führen gebraucht, wird wohl auch ein solches Fuder für höher müssen angeschlagen werden. So also Burgermeister und Rath ihre Fahrten bey 45. Kr. ansetzen, wird wohl der Überschuss der Hospital-Fahrten einen Gulden außmachen. Seye dann per inconcessum, daß färtiges Jahr der Fundus Quæstionis nur halb getunget, und auß höchste 30. Fahrten darauf gemacht worden, so bleibt jedannoch der Werth gemachter Besserung bey 30. fl.

92. Weiters, weil der Anschlag eines Fuders färtigen Heus per 8. fl. vil zu hoch, und erweislich, ein solches anderwärtig um 2. bis 3. fl. zu bekommen wäre, machet die 30. dem Hospital angelegte Fuder Heu und Gramet auß das höchste 90. fl. das Interesse von 300. fl. Capital trifft 40. fl. Mader- und Heuer-Lohn, nach eigner Bekantnuß, erstrecket sich auß 25. fl. der l. v. Fung wird von dem Concipiten selbst auß

30. fl. angerechnet. Ist also der färtigen Jahres 90. fl. Was aber wegen färtlichem Interesse, und besagte Unkosten, das Hospital pretendiret, alles in eine Summa zusamm geschlagen, machet 95. fl. daß also exceptis excipiendis nur 35. fl. dem Hospital verbleiben, welches nicht vollkommen das pactirte Land-gebräuchige Interesse außmachet. Und dieses ist der überschwänckliche Gewinn, so man als Bücherisch allenthalben verschreyet, beynebens nicht bedenkhet, wie wenig die erste Jahr der überlassene Wiß-Grund dem Hospital ertragen, und was Mühe, Arbeit und Kosten darauf gewendet hat müssen werden, damit selber zum Stand endlich gebracht wurde, welches doch billich consideriret muß werden, massen ein Jahr das andere übertragen solle.

93. Da man aber den Gewinn von der Mastung, so Segnerischem Vorgeben nach, das Hospital meisten Theils auß dem Fuder quæstionirten Wiß-Grunds befreit, Ursach, daß auß besagter Mastung die Wertung von selbst wieder entsethet, also groß machen, mithin das Fuder l. v. Fung nicht um einen Gulden, wie das Hospital, außschlag will, scheint, als wolte man die Rechnung mit dopelter Kreiden machen, massen das Heu, und Gramet, so man für die Mastung verbraucht, Contract-mässig erlungen, und also sich eigen gemacht, und dannoch auß dem also eigenthümlich gemachten für Gemeine Stadt A. einen Profit machen, und das hierauf kommende Fung in dem Preys vermindern will. Wann dieses gillet, würde einem Bräuen die Gersten, so er auß dem ihm verpachten Acker-Grund ziehet, und für das Bier-Bräuen versiedet, um dessenthalben fast noch so hoch, als dero gangbarher Werth ist, müssen angeschlagen werden, weil auß dem Bier ein nahmhaffter Gewinn gezogen wird, so doch keines Weegs angehen kan. Wegen der Steuer, so auß quæstionirtem Fundo Burgermeister, und Rath prästiret, ist kein Retorsion zu machen, weil, wie ad 11. erwiesen worden, die Obligation zu solcher allein Locatorem, nicht aber Conductorem, und noch weniger Creditorem Pignoratitium angehet.

94. Ad 14. Brauchet es noch vil, bis die allda geführte Rechnung liquidiret werde. Gegentheil hat schon, wie Num. 92. gewiesen worden, ratione der färtigen Fructuum, in dem Calculo sich getret: machet also die Präsumption, daß solcher in präsent nicht gar zu richtig. Und wann schon ein mehrers, als 5. per 100. sich diese letztere Jahr an denen Früchten von Heu und Gramet herauß werffete, müssen die erstere Jahr, wie mehrmahlen gemeldet worden, in Consideration kommen, deren das Erste, und Andere gar nichts, zwey andere wegen anhaltender Dürre, und Drückne, demptis demendis,

mendis, nicht den halben Theil an Heu, und Gramet getragen hat. Wann dann ein Jahr das andere übertragen muß / wird gar kein, oder ein geringer Überschuß sich hervor thun, so dem Hospital für einen Gewinn könne aufgerechnet werden, welches doch auch wegen allzeit befürchtender Gefahr des Gewitters, und Aufklauffung des anliegenden Flusses, so ebenfals pretio aestimabilis, für compensiret zuschätzen ist.

95. Sollte sich aber jedanoch ein mehrerer Hand über das sich hervor geben, ist solches dem übermäßigem Fleiß, und theils auch dem Glück zuzumessen; massen dergleichen Contractus sich haben, wie Jactus alex. Will einem das Glück, daß er auß dem Glücks-Hafen statt 10. fr. einen Degen von 100. Thaler heraus ziehet, hat ihne der Glücks-Hafner darum nicht anzukommen. Ebenfals befindet es sich in Vermietung der Acker- und Wis-Grunden. Man wird Anfangs eines wegen des pretii Locationis Conductionis, und nimmet auf sich beynebens die Gefahr etwas, oder nichts hier auß zu ziehen. Was über das pactirte pretium hinaus gehet, ist theils das Glück vom Himmel, theils Fructus industriae, um welcher der Locator den Beständner mit Zug nicht soll beschnarchen, noch hiervon einen Profit prætrendiren; nam industria sua cuius hanc adhibenti fructificat.

96. Ad 15. Beziehet man sich auf das, was schon in vorigen Reflexionibus in gegenwärtiger Stritt-Sach à Num. 18. gemeldet worden, wo man erwisen hat, daß præsens Contractus keines Weegs pro Contractu Mutui möge angesehen werden. Es evinciren auch das Widerspil nicht die in der Schriftlich von Handen gegebenen Obligation gebrauchte Termini Darlehen, und Darlehen; massen besagte Termini in dem so genannten Contractu Germanico jederzeit, und Land-üblich adhibiret werden: wie dann

Guggenberger in seinem Hand- oder Formular-Buch c. 14. fol. 269. in Formula einer Obligation eines entlehnten Gelds auf zwey Jahr /

eben dise Terminos darinn einfließen laßt, ibi: Ich N. N. bekenne hiemit vor mich / meine Erben / und Erbenommen / daß der N. N. zu Abführung einiger auf meinem Gut N. haßtenden Schulden / auf zwey Jahr lang mir getreulich NB. vorgeleihen hat N. Gulden 2c. Item paulò inferius: Gelobe demnach / und verspreche hierauf - - ob wohl gemeldten Herrn Glaubiger - - die mir NB. vorgeliehene Gulden - - hinwiderum unfehlbar zubezahlen 2c.

97. Es kan aber diser Contract, dessen Formulam Guggenberger l. cit. gibet, nicht gehalten werden præcisè pro Contractu Mutui; nam Mutuum est natura sua gratuitum, ita, ut Creditor nihil recipiat, quam idem

genus fungibilium, in pondere, mensura, vel numero consistentium, quas ipse dedit.

L. mutuum. 2. ff. de reb. cred. Coler. de Process. Execut. c. 10. n. 42.

98. Bey welcher Obligation es in diesem Contractu, von dem besagte Formula gesetzt ist, nicht verbleibet, massen in selben die Landgebrauchige Interessen, Jährlichen fünf von hundert gerechnet, pactiret seynd: so auch nicht können begehret werden allein ratione periculi fortis, damni emergentis, oder luci cessantis; dann für dise per constitutum sufficientem Hypothecam in ermeldter Formula genugsam caviret wird, ibi: Bey Verpfändung aller meiner Haab / und Gut fahrend / und unfahrender / jeziger / und künfftiger - - insonderheit stelle ich auch zum kräftigsten Unterpand vor obgedeserte Summa - - als auch davon gefallenen Interessen / mein obgedachtes im N. Fürstenthum gelegenes eigenhumliches Gut N. mit allen desselben Recht / und Gerechtigkeiten - - cum expressa Clausula Constituti possessorii, & pacto de ingrediendo &c. Muß es also ein andere Gattung der Contracten seyn. Kein andere aber mag gefunden werden, als jene, so Contractus Germanicus passim apud DD. genennet wird, und reipsa Emptio Venditio annuorum Censuum, oder Redituum ist. Disem Contract nun ist Contractus Quæstionis also gleich, ut nec ovum ovo similis. Wird also diser billichster massen pro Emptione Venditione Redituum annuorum gehalten.

99. Den Unterschied inter hunc Contractum Emptionis Venditionis Redituum annuorum, & inter Contractum Antichreticum, & Simplicem Pignoratitium habe in obangeregten Reflexionibus schon gewisen. Folget also keines Weegs, daß, wann Contractus Quæstionis nicht pro Contractu Mutui, oder Antichretico, sondern pro Germanico müste gehalten werden, hierdurch aller Maß dem Contractui Antichretico benommen, und solcher gar ex rerum natura gehoben wurde, cum tamen ferè omnes Juri de eo tractent, & iniri posse locumque habere confiteantur; dann eben darum, daß Contractus Germanicus, oder Emptio Venditio annuorum Redituum ein von dem Contractu Antichretico zerschiedener Contract ist, wird einer von dem anderen nicht aufgehoben.

Es kan auch dise erst gemachte Replica billichster massen retorquiret werden; dann wann Contractus Quæstionis pro Mutuo cum Pacto Antichretico angesehen muß werden, will gleichfals folgen, daß auf solche Weiß Contractus Germanicus nimmermehr Statt findere, so doch wider alle, besonders teutsche Authores, so hiervon tractiren, streitet, und nothwendig muß zugelassen werden, massen hierdurch allein justificirt kan werden perceptio Usurarum quinquanicium in casu, wo ein sonst müßiges Geld s. per 100. außgegeben, und das Capital mit

mit genugamer Hypothec versicheret, also nec lucrum cessans, nec damnum emergens, nec periculum sortis erlitten wird, ohn welcher eines auch Usuræ quincunces keines Wegs ratione Mutui in foro conscientiae erlaubet seynd.

100. Und machet ad earum licentiam nicht das geringste, daß selbe in dem Römisch Reich per ejusdem Receptus, & Constitutiones zugelassen werden; cum enim Jure naturali prohibitum sit ex mutuo accipere aliquid ultra sortem; ubi danti nec lucrum aliquid cessat, nec damnum emergit, aut periculum sortis est; nec Imperator, nec alius Princeps Lege sua ejusmodi Usuras quincunces, præcisè ex mutuo acceptas, facere licitas potest.

Covar. l. 3. var. c. 1. n. 8. Gibalin. de Usur. l. 1. §. 7. art. 8. à n. 20. Begnudell. V. Usura. n. 6. cum communi.

Aliud proinde debet esse genus Contractus, quam Mutui, quando §. annui pro 100. Summæ Capitalis datæ ex pecunia aliàs otiosa, sorte per Hypothecam sufficientem assicurata, petuntur, & solvuntur. Aliud autem Contractuum genus esse non potest, nisi qui vocatur Germanicus. Ergo &c.

101. Ad 16. Wann Concipist der Gegnerischen Replie aufgeschlagen hätte den Matthiam Colerum de Process. Execut. p. 2. c. 3. n. 369.

wurde solcher im Namen Burgermeister und Rath der Stadt A. sich nicht also bezwunderen über die in dem Instrumento Obligationis beygeruckte Clausulam, Krafft welcher im Fall, da Burgermeister, und Rath nach verflossenen 20. Jahren mit Heimzahlung der 800. fl. saumseelig erschienen wurden, Herr Verwalter / us / dessen Nachkommen vollen Gewalt / Macht / und erlangtes Recht haben sollen / die ehegemeldte sehen Tagwerck Wiß Grund in Anspruch zu nemmen / anzugreifen, feil zu biethen / zuverkauffen / so lang und vil / bis selber um die dargelyhene 800. fl. befridiget / und bezahlet seyn wird. Nam juxta cit. Colerum hic ipse effectus est obligationis, per Administratores generales, & perpetuos nomine communi Civitatis contractæ, ut ex tali mutuo obligentur Civitas, & bona Civitatis communia, adeo, ut ex vi pacti, vel statuti, post mortem, manus in ea recte injiciatur pro tali debito Civitatis. Ita ad verbum Colerus, welcher dann ganz weislich l. cit. num. 361.

102. Distinguiet inter Mutuum acceptum ab Administratoribus temporaneis, & inter Mutuum nomine Civitatis acceptum ab Administratoribus ejus perpetuis. Ex facto priorum dicit Civitatem, & bona illius regulariter non obligari in Mutuo; contra verò quando per Administratores perpetuos facta congregatione omnium, qui sunt de corpore, & consilio Communitatis, & qui de loci consuetudine talibus deliberationibus adhi-

beri solent, nomine Civitatis acceptum est Mutuum; nam quod ita gestum est, ait, communi Civitatis nomine rescindi non debere, juxta

L. quod semel. §. ff. de Decret. ab Ord. faciend.

Ideo, quia ex tali contractu Administratorum firmiter obligatur & ipsa Communitas, prout hoc clarè firmat

L. si is, qui bona. l. 1. ff. de Pign. & Hypoth. ubi dicit, Si is, qui bona Reip. jure administrat, mutuam pecuniam pro ea accipiat, posse illum res ejus obligare. Ex quo idem

Colerus n. 361. cit.

infert, quòd post mortem nihil prohibeat, quin Creditor paratam executionem in bona Civitatis communia, vel etiam adversus ipsam Civitatem intendere possit. citatque pro hac sua doctrina

Jalon. in l. Civitas. 27. n. 3. Paul. de Castro, n. 5. Bartol. n. 2. Dec. n. 4. ff. si cert. petat.

Addit rationem, quia, quod Proceres Civitatis, quibus gubernatio, & omnis administratio rerum publicarum commissa est, faciunt, id pro eo habetur, ac si singuli Cives fecissent.

Gloss. Rubr. C. qua sit long. consuet.

Et hæc sententia communis est, teste

Bolognet, in l. Civitas. cit. n. 15. paula ante finem. Et facit l. nulli. 3. ibi: si ordo decrevit. ff. quod cujusque universitatis nomine &c.

Pacta siquidem eorum, qui præsumt Corporibus, & Collegiis, profunt, & nocent ipsi Collegio.

L. item Magistrum. 14. ff. de Pact.

cum Cives intelligantur scivisse, & scire, item fecisse, & facere, quod sciunt, & faciunt ii, quibus perpetua gubernatio Corporis concessa est.

L. municipales. 14. ff. ad Municipal.

Et hinc optimè ad rem præsentem

Bartol. in l. præses. 12. n. 4. ff. de transact. tradit, Administratores perpetuos Universitatis habere liberam administrationem, & super causis Communitatis, etiam absque speciali mandato, tam pacisci, quam transigere posse; cum enim Consilium totam Congregationem Civitatis representet, ideo Dominorum quasi loco habentur.

104. Ist also die von Concipisten Gegnerischer Replie accusirte Clausula kein so seltsames Meer Wunder, für welches er solche außschreyet: ja er bezeiget sich durch solche Bewunderung in Praxi gar zu frembd, massen selbe in derley Contractibus ganz gemeiniglich inseriret wird, ansonst wird angeregte Clausulam

Guggenberger Formular - Buch c. 14.

Formul. 4.

ist die Formulam einer Schuld Obligation, welche von einer Stadt abzugeben, nicht einfließen haben lassen verbis: Als haben wir ihnen alle unsere / und Gemeiner Stadt

Stadt Güter - - nichts aufgeschlossen/
in specie unser ganzes Gut und Dorff ic.
zu einem rechten Unterpfand / Krafft die-
ses Brieffs würcklich eingefezet und übers-
geben / und zwar cum Clausula constituti pos-
sessorii, und der außstrücklichen Erklärung/
dass die Generalis Hypotheca der Speciali,
und die Specialis der Generali nicht präjudi-
ciren / sonder ihnen frey stehen solle / auf den
Fall der Nichthaltung / von einer zur an-
deren fallen / und unersucht der Obrigkeit/
ihres eignen Gefallens / als wäre es mit
Gerichte / und Rechte erklaget / erstanden /
und ihm darein geholffen worden / einzu-
nehmen / zu besitzen / zu gebrauchen / zu
vermieten / oder ganz / oder zum Theil
zu verkauffen / biß sie auch den letzten
Pfenning ihrer ganzen Forderung erlan-
get haben mögen ic.

105.

Proin doctrina illa, juxta quam in bona
Civitas ex Instrumento Ordinis Senatorii
executio non valet, limitanda est ad casum,
quo Senatus totam Civitatem non repræsen-
tat; tunc enim Senatores Oppidani non pos-
sunt consentire ad obligandam totam Uni-
versitatem, proinde nec Universitas, aut
ejus res ex tali Instrumento obligantur, nec
contra illam, & in illas Actio, multo mi-
nus Executio datur.

Schilter. Prax. Jur. Rom. Exerc. 22.

§. 59. Olymp. Prompt. §. Civitas. n. 12.

Secus est, si consentiant, qui Civitatem re-
præsentant, & ad hujusmodi deliberationes
adhiberi solent; non enim ignorandum est,
Civitates bonis cedere posse.

Menoch. de arbitr. cas. 183. num. 13.

Brunus de Cession. Bonor. q. 2. quæst.

princ. 4. num. 102. SchneideW. §. fin.

Inst. de Action. n. 4.

Consequenter obligare etiam Bona sua pro
Mutuo à se accepto possunt. Consentur
autem in hujusmodi obligationem, & ces-
sionem se obligare, si consentiant, qui ip-
sas repræsentant, cum horum Consensus, ut
suprà dixi, sit ipsius Civitatis Consensus.

106.

Ad 17. Isti forderist allda zubemercken,
ein grosser Unterscheid seye inter Reditus
personales, & reales. Licet enim Reditus
personales ex mente plurimorum DD. in ef-
fectu à Mutuo nihil differant: secus tamen
est in Redibus annuis realibus; nam isti
non Mutuum, neque Pensiones annuæ Usa-
ræ, sed vera Emptio Venditio sunt, ex qua
Emptor, quamdiu causa durat, Census per-
petuum lucratur, licet duplo, triplo, vel
amplius tractu temporis pretium excedat,
non aliter, ac si quis fundum certò pretiò
comparasset, atque ex eo fructus, paucis
annis pretium superantes, percepisset.

Gaill. l. 2. obs. 7. n. 8. Canil. tit. de

Usur. c. 18. Tabör. de pras. debitor.

p. 3. art. 9. n. 10. Carpz. Afl. De-

bitor. p. 28.

Et sic Contractus Emptionis Censuum, seu
Redituum annuorum juxta eundem

Gaill. obs. cit. n. 5. & seqq.

ex communi, & veriore, ut ait, opinione
licitus, & non Usurarius est, sive reditus
constituantur in pecunia, sive in frumento,
vel aliis rebus, cum sit purus, & inculpa-
tus Contractus Emptionis, & Venditionis,
utpote in quo intervenit pretium, scilicet
certa pecuniæ quantitas, & merx, hoc est,
reditus annuus, quæ sunt substantialia ipsius
Contractus Emptionis & Venditionis.

Ex quo sequitur, quòd per ejusmodi Em-
ptionem Venditionem redituum annuorum
Usura non committatur; nam Usura pro-
priè non committitur, nisi in Mutuo, ubi
ex pecunia, re sterili, fructus percipitur.
Atqui inter Contractum Mutui, & Emptio-
nis multum interest quoad sortem: nam in
Mutuo pecunia mutuo data salva manet
Creditori, & repeti potest secundum con-
ventionis Legem; sed celebratà Emptione
Venditione Redituum fors tanquam pretium
in Venditorem illico transfertur, adeò, ut
Emptor eam, quamdiu Reditus solvitur,
revocare, & repetere nequeat. Accedit,
quia ut idem

Gaill. l. cit. n. 8.

advertit, tali casu non ex pecunia, sicut fit
in Contractu Usurario, fructus quaritur,
sed comparatur Jus percipiendi Reditum
annuum, quod Jus legitimo pretio aestima-
ri, & vendi potest, quemadmodum rectè
venditur & emitur Jus eundi per fundum
meum, vel Jus hauriendi aquam ex puteo
meo: ut adeò in hoc Contractu nullum ver-
setur periculum Usuræ illicitæ.

Besonders aber ist dieses den Causis piis
expresse vergunnet per

Extrav. 1. & 2. inter comm. de Empt.
& Vend.

als die in Jure sehr privilegiret, und maxi-
mo favore zu gaudiren haben, von welcher
auch animus tenerandi nicht mag präsumi-
ret werden, sondern vilmehr dieses, daß sie
sothane Pensiones annuas nicht als Usuras,
sondern als ein Interesse forderen, und be-
gehren. Id autem, quod interest, dupli-
cimationem excedere potest.

L. arbitraria. 3. §. nunc de officio. 8. ff.
de eo, quod certo loco &c. Carpz. l.
cit. post. 27.

Neque in hac re Eventus, sed Principium
considerari debet; sufficit enim Contractum
Emptionis Venditionis Redituum initio ne-
que ex forma, neque ex intentione Usura-
rii esse: pro quo facit textus notabilis

L. oleo. 23. C. de Usur. Bald. conf.
292. Gaill. n. 8. cit.

Und wann schon auch hier quæstionirter
Contractus, wie Gegentheil will, auf uns-
gestandenen Fall pro Contractu Mutui cum
Pacto Antichretico müste angesehen wer-
den, so ist doch nicht also gewiß, wie Con-
cipist Gegnerischer Replie, nulla addita ra-
tione, supponiret, daß solch stipulirte An-
tichretis in Geist, Natur, und Göttlichen
Nechan

Rechten ohne Unterscheid verboten seye, massen hierinn die Authores in drey verschiedene Opiniones sich vertheilen; dann I. Etwelche mit

Carpzov. *pract. crim. p. 2. q. 92. n. 68.* für Usuratisch halten wollen, wann derjenige, dem ein Gut Pacto Antichretico verpfändet worden, auf demselben mehr Frucht, und Nutzen ziehet, als er vor sein Anlebenszins fordern könnte; darum besagter Carpozovius cum aliis will, daß der Ueberfluß des Genusses vom Capital abzurechnen seye; weil sonst die Jura per indirectum betrogen, und circumduciret werden könnten, welche die Zins in gewisser Maß vorschreiben.

L. cum non frumentum. 16. C. de Usur. Marta ff. noviss. tom. 3. tit. de Usur. c. 16. Klock, de Errat. l. 2. c. 19. n. 49.

wann besonders dieses Pactum mit dem Contractu Mutui communicire.

II. Herentgegen seynd andere, so dergleichen stipulirte Gegen-Genuß für ein rechtmäßig, und vernünftiges Negotium halten, welches weder der Gottes-Furcht, oder Christlichen Liebe entgegen lauffet, und daher ohne Scrupel sowohl in Italien, und Frankreich, als in Teutschland recipiret ist. Und diesen Sentenz behaupten

Surd. conf. 243. n. 22. Roland. à Vall. vol. 2. conf. 96. n. 28. Guid. Pap. decis. 434. num. 14. Gaill. l. 2. obs. 3. Mynl. cent. 6. obs. 71. n. 2. Wesenbec. conf. 8. n. 44. Cothman. l. 2. Res. 57. n. 17. Grav. l. 2. concl. 3. num. 3. Berlich. p. 2. decis. 120. n. 16. Mevius Levam. Inop. Credit. sect. 11. cap. 4. n. 14. Zepper. de Jur. Antichret. n. 20. Rittershus. de Differ. Jur. Civil. & Can. lib. 3. cap. 7. Rauchbar. l. q. 20. n. 13. Scheffer. p. 1. q. 17.

III. Der dritte Sentenz haltet unter beyden jetzt gemeldten das Mittel, da selber distinguiret unter denen Fundis, wo die einzehende Früchten, ohne eigne sondere Cultur, und Kosten hervorkommen, und ihre gewisse Einkünften haben; und unter den Fundis, wo der Ertrag ungewiß, die Mühe, und Erbauung größer und kostbarer, auch der Werth steigen, und fallen kan. In dem ersten Casu stimmen sie bey der ersten Opinion, in dem letzteren Supposito aber halten sie bey dem anderen.

Ita Negulant. de Pignor. Membr. 5. part. princ. n. 13. Brunnem. ad l. 14. C. de Usur. & ad l. 17. C. eod. Eckolt ad ff. dict. tit. §. 8.

wann nur der etwas Usuratisch mit sich führende Excess, und Proventus des Pignoris gegen die antwendende Bau- und andere Kosten, gegen die Gefahr des Crediti, Ungewißheit der Früchten, und bald auf bald absteigenden Werth derselben auch gegen dem, was man noch vor Einbringung derselben zu besorgen hat, gesetzt, und balanciret werden, welches auch ganz klärllich andeutet

L. si ea lege. 14. & l. oleo. 23. C. de Usur. Zepper. l. cit. n. 24. & seqq. Philoparch. Kluger Beambree p. 4. tit. 10. §. 2. prop. fin. & consentit ipse Carpz. q. 92. cit. n. 73.

Man dann in diesem, zwar von dem Hospital ungestandenen Fall, da quaestionirter Contract nicht anderst, als pro Pacto Antichretico müste angesehen werden, ehe Concipit der Gegnerischen Replie besagtes Hospital ad fructus ultra Usuras quincunces perceptos, in sortem imputandos, condemnirte, hätte er abermahl die hiervon redende AA. aufschlagen sollen, welche hierinn zu distinguiren pflegen, ob die auß der mit der Antichresi beschwerter Sach erhebende Jährliche Früchten gewiß seynd, und ihre gewisse estimation haben, wie bey denen Erb-Zinsen der Canon an Geld, oder Getreid zc. oder ob selbe entweder an sich selbst, oder an ihrer estimation ungewiß, also daß solche zuweilen in dem Pretio steigt, zuweilen aber wegen Wohlfeilheit faller. In dem ersten Casu gestehet man, und ist der Billigkeit ganz gemess, daß der Genuß ad legitimum Usuratum modum restringiret werde, damit nicht denen Wucherischen Betrügereyen, und denen, die davon Profession machen, zu deren Exercirung Thor, und Thor aufgethan, und wider die Leges prohibitivas Imperii gehandelt werde; wird also folglich in solchem Fall, da Creditor mehr Früchten eingezogen, als er Zins hat fordern können, der Ueberfluß von dem Capital müssen abgezogen werden.

Berlich. p. 2. decis. 170. n. 24. Richter. p. 2. decis. 74. n. 13. Hahn. ad Wesenbec. tit. de Pignor. & Hypothec. n. 5. Philoparch. tit. 10. cit. §. 9.

wann schon der Debitor der Exception imputationis fructuum in sortem renunciiret hätte.

Carpzov. Aysl. Debitor. c. 1. thes. 13. n. 107. & seqq. Et p. 2. Const. 30. def. 40. & 41. Philoparch. l. cit.

II. Waren aber die Fructus ungewiß, und varirte deren estimation, und Proventus, ist abermahl in Consideration zu ziehen, sowohl quantitas incertitudinis, als auch quantitas excelsus ultra Usuras quincunces. Ist diese nicht gar zu unmaßig, und die Ungewißheit allzugroß, Kraft welcher geschehen kan, daß wegen Mißwachs, oder wegen allzu grossen Wohlfeilheit die Jährliche Frucht nicht einmahl denen Zinsen gleich kommen, oder des Creditoris Antheil, und Kosten ersetzen, so wird deren Acquisition nicht nach dem Ertrag der Zinsen restringiret, sondern etwas mehrers mit Recht zugelassen.

L. ideo in arbitrium. 3. ff. quod cert. loc. &c.

Wie dann es auch die Natürliche Billigkeit

II2.

II3.

Zeit erforderet, daß derjenige, welcher den Schaden, und Gefahr hat, auch den Nutzen einziehe.

L. secundam naturam. 10. ff. de R. I. l. si ea lege. 17. C. de Usur. Berlich. p. 2. decis. 170. n. 25. Carpz. p. 1. Pract. crim. q. 73. Scheffer. p. 2. q. 17. Hahn. ad Wesenbec. tit. de Pignor. n. 5.

Neque hoc casu Contractus, quo excessus ejusmodi Creditori adjudicatur, pro Usurario habendus, & ipsi fructus, ultra quincunces Usuras percepti, in sortem sunt imputandi, cum excessum ejusmodi justificet tum incertus fructuum eventus, & pretii eorundem inconstantia, ac mutabilitas:

L. oleo. 23. C. de Usur.

Ob quam incertitudinem multa alia sustinentur, quæ illa cessante, nunquam subsisterent, prout in emptione jactis retis, & aucupii demonstrat Jurisconsultus

L. si jactum retis. 12. ff. de act. empt.

tum verò labor notabilis fortè in culturam talis fundi impensus.

Negulant. de Pignor. in §. Membr. 5. part. princ. n. 13. Carpzov. pract. crim. p. 2. q. 92. n. 73. ubi ait, hanc Sententiam in pronuntiando secutos quoque Scabinos.

Und ob schon diese Meynung von einigen auf die Fructus industriales restringiret, und von denen Naturalibus ein anderes statuiret werden will,

Carpz. p. 2. const. 30. def. 42.

so militiret doch die Ratio Legis, nemlich der ungewisse Eventus Fructuum bey beyden Arthen

L. si ea lege. 17. & l. oleo. 23. C. de Usur.

114.

Überschreiten aber die Fructus percepti den Ertrag der Zinsen allzu übermäßig, und excessiv, so siehet man nicht in Abred aller Billigkeit gemäß zu seyn, daß man ein Moderamen vornemme, und eine billige Ausgleichung mache, massen die Leges nur einen mäßigen Excess toleriren.

Carpzov. const. 30. cit. def. 41.

Doch muß hierinn auch ein Aufnam gemacht werden, wann der Creditor durch seinen Fleiß, und Kosten das Pfand-Stück melioriret, der Gestalt, daß es hierdurch mehr, als sonst ertraget; dann in solcher Hypothese der Frucht-Genuß ihm auch allein heimfallet, und ist er nichts zu restituiren schuldig.

Brunnem. ad l. 11. ff. de Pignor. & Hypoth. n. 11. Philoparch. tit. 10. cit. observ. 4.

115.

Obund wann aber der Excess also groß, und excessiv seye, daß hierinn eine Moderation zu machen seye, wird dem Arbitrio Judicis überlassen.

Arg. l. si servus. 1. §. ait Prator. 1. ff. de Jur. deliberand. Menoch. de arbit. cas. 145. n. 2. Et cas. 217. fin. Carpzov. desin. 41. cit. Philoparch. §. 9. cit.

welcher aber nicht eben auf das Quantum Fructuum, so der Creditor erbauet (selten mahlen auß dessen besonderen Fleiß, und Kosten, oder auch durch ungewöhnliche Fruchtbarkeit eines Jahrgangs mehr, als an anderen wachsen kan) sehen, oder dem Creditori darüber ein Quæstion moviren soll; sondern er muß auf den gemeinen Ertrag der Früchten seine Reflexion machen, und die Maß nicht auß deme, was sich selten, sondern was öfters, und gemeinlich zutraget, constituiren, auch weder auf den Mißwachs, noch auf allzu große Fruchtbarkeit sehen.

Mevius Levamen. inop. Debit. c. 4. scilicet. 11. num. 21. & seqq. Zepper. de Jur. Antichret. n. 33. Rauchb. q. 20. num. 28. Philoparch. §. 9. cit. prop. fin.

Es ist auch wohl hierinn zu consideriren, ob Creditor Pignoratitius die Fructus Fundi Antichretici selbst genießet, oder jemand anderen (wie er dann hierzu Macht hat) pro certa mercede elociren will; dann in solch anderen Fällen, cum tali modo tollatur fructuum incertitudo, der Excessus, und Überschuß ultra Usuras quincunces in sortem imputiret muß werden, von welcher Imputation, wann solch Überschuß nicht allzu excessiv, er sonst in Casu, da selber die Einkünften selbst genießet, enthoben ist. Ingleichen da ein Haus dem Creditori sub Pacto Antichretico zubewohnen verpfändet wird, wann schon der Haus-Zins ein weit mehrers, als des Creditoris zurechender habende Zins austragen importiret, so kan doch Creditor deswegen nicht besprochen werden. Locirte er aber das Haus einem anderen, und zohe er einen größeren Bestand auß demselben, als sein Capital interessirte, so muß er das überige am Capital abgehen lassen.

L. si ea pactione. 14. C. de Usur. Philoparch. tit. 10. cit. §. 8.

Auß welchem dann die Application bissher außgeführter Doctrin auß hier im Stritt ligenden Casum, und ad Quæstionem, ob excessus Fructuum ultra Usuras quincunces in sortem zu imputiren, auch in supposito, daß Pactum Antichreticum revera eingegangen wäre worden, Responsio negativa von sich selbst ergibet; dann 1. bekennen Burgermeister, und Rath einer Edl. Stadt A. selbst, daß die Fructus des quæstionirten Fundi ungewiß seynd, massen sie solches in die von Handen gegebene Obligation expressè einfließen lassen, wie erhellet ex Instrumento desuper confecto ad finem ibi, zumahlen die überlassene Nutzung vor ungewiß, und unbeständig gehalten worden. Und thuet solches von selbst an den Tag, geben sowohl die Angesehenheit des Flusses, so maniches mal sich darauf ergießet, und auch schon Zeit wehrender Nutzung ergossen hat, als auch die Natur der hieraus erhebenden Früchten,

ten, welche bald von grosser Sonnen-Hitz aufgedürret, und verbrennet, bald von gar zu beständiger Nässe verfaulet, auch an dem Werth bald höher, bald niederer steigen.

Weiters pro

118.

2. Wann auch ein Überschuss über die Usuras quincunces sich hervor thäte, so ist doch selber nicht also, wie ihne Gegentheil vorspieglet, übermässig, und excessiv, daß hierum eine Moderation vonnöthen wäre, massen in all Weeg zu consideriren fallet, daß die erstere zwey und drey Jahr, nebst denen auf Zurichtung Fundi Quæstionis angewendeten grossen Kosten, hierauf entweder nichts, oder gar wenig genossen worden, daß also, wann gleich andere hernachfolgende Jahr-Gäng was mehrers (von deme doch, damit es nicht gar zu groß seye, eine Stadt A. diese Zeit her, und auch annoch durch per Fundum Quæstionis contra Pacta passirten breiten Weeg, und Straßen, und auch bis heutigen Tags all-täglich durchgetrieben, und treibende Herd Vieh wohl abgeholfen, und abhelfen thut) an dem Genuß dem Hospital gereichet, der hierauf sich gebende Überschuss mit forderen Jahren erlittenen Abgang bestem Zug Rechtens compensiret mag werden. Und solte wohl etwas mehrers, als besagte Compensation erforderet, sich hierinn zeigen, so ist doch

119.

3. Diese grössere Nutzung Industriosæ Curæ des Hospitals meisten Theils zuzuschreiben, darun nach Maßgab dessen, was Num. 114. gemeldet worden, besagter Hospital hierum nicht zu besprechen, sondern selbem billich zu gunnen, als welches durch sonderem Fleiß, und auf die Zurichtung angewendeten Kosten, wie auch durch anderstwoher verschafften Heu- und Klee-Samen, vilfältige Betungung, und anderes, so villeicht jemand anderer, besonders ein Particular-Burger von der Stadt A. nicht gethan, oder auch nicht hätte thun können, Fundum Quæstionis zu solch so schönen Erträglichkeit endlich gebracht hat, daß also besagte Stadt wegen nach geendigten Bestands-Jahren deroelben zugehenden grossen Nutzen dem Hospital vilmehr höchstens dancken, als selbes um den villeicht wenigen sich findenden Überschuss ansprechen, und hiervon Controversiam machen solte. Darumb auch von dem, was zwischen Ihro Durchleucht P. eines, und denen Herren Baronen von R. anderen Theils, wegen des um 60000. fl. Anlehen zur Nutzniessung loco Interesse überlassene Herrschaft B. und verschiedenen anderen liegenden Güteren, in dem Streit schwebenden Nutzniessung keine Parität, noch Gleichheit zu machen, wie dann solch Parität, und Gleichheit sich keines Weegs finden wird, massen der Hospital Fundum concessum erst mit grosser Mühe und Kosten hat zurichten müssen, auch den Nutzen zu vergrösseren, Extraordinariam

R. P. Schmalzgruber Consil. Tom. I.

Industriam angewendet, hingegen aber die Herren Barones von R. gleich Anfangs in völligen, und vollständigen Usurfructum eingesezet, nichts hiervor, als die Ordinari-Expensas, so jederzeit der Bestands-Mass tragen muß, und darun Excessum Fructuum in compensationem nicht aufrechnen kan, zu Vereitung der überlassenen Güter haben aufwenden müssen: daß also, wann gleich ein Hoch-Fürstlicher Hoff-Rath unanimiter ausgesprochen, dictos Dominos Barones ratione Excessus ultra Usuras quincunces ab ipsis percepti conveniri posse, dannoch hierauf dem Hospital in dessen führenden Præsention kein Præjudicium zuwachset, noch Hochbesagter Hoff-Rath ihme selbst contradiciren müste, wann stante hoc ejus iudicio in Causa B. selber dem Hospital die mit gemeiner Stadt A. ventilirende Causam wolte zusprechen, und adjudiciren.

Ad 18. Hätte Concipist der Begnerischen Replic besser zu Sinnen nemmen solten Doctrinam

Hahnii ad Wesenbec. tit. de Pignor. & Hypothec. n. 5.

jam in Reflexionibus nuperis annotatam, ubi cum communi cæterorum notat, Contractum Emptionis Venditionis Redituum cum Contractu Antichretico, & simplici Pignoratitio nequaquam esse confundendum, quippe qui Affinitatem quidem aliquam inter se habeant, in pluribus tamen differant, inter quas differentias etiam est, quod Contractus Emptionis Venditionis Redituum per se stet, contra vero Pactum Antichreticum se ad Contractum Mutui plerumque referat, eisdemque sit accessio: consequenter in hoc Pacto sit periculum Usurariæ pravitatis, quod periculum abest in Contractu Emptionis Venditionis Redituum, quippe cum Usuræ solum nascantur ex Mutuo. Darummen dann billichster Massen das Pactum Antichreticum, wann selbes intra iusti, & æqui limites nicht gehalten wird, von denen Doctores verworffen wird, Da hingegen Contractus Emptionis Venditionis Redituum, der Gültens-Kauff, per unanimum Doctorem consensum, & passim usitatum observantiam seitte Approbation erhalten hat, wie in oballegirten Reflexionibus weitläufig erwiesen worden.

Dessewegen dann der Hospital nicht in observantia permittente Usuras lucratorias, sondern in dem passim in Teutschland, und anderen Provinzen üblichen Gebrauch Emptionis Venditionis Redituum seit Fundament, und Grundfest sezet. Das Usuræ Lucratoriæ durch Göttlich- und Natürliches Recht verbotten seyen, und darun per nullam ullius Principis, vel Magistratus permissionem, aut consuetudinem, etiam immemoriam können erlaubt werden, ist man schon vorhin satzsam belehret, und ist ersagetem Spital niemahl zu Sinnen kommen, dergleichen Contract für gültig zu halten,

lii 2

und

121.

122.

und noch milder solchen mit der Stadt A. einzugehen. Ein andere Beschaffenheit hat es mit dem Contractu Emptionis Venditionis Redituum, welcher an sich selbst, stantibus cæteris ad Emptionem Venditionem requisitis, nichts in sich haltet, so entweder wider das Göttliche, und Natürliche, oder andere Rechten streitet, ja durchgehends auch von Gelehrten, und Gottsfürchtigen Männern, wie imgleichen von gangen nicht allein Weltlich sondern auch Geistlichen Communitäten ohne Scrupel celebrirzet wird. Das zu legt dieses Argumenti beygesetzte Brocardicum, *Quod non sit attendendum, quid fiat, sed quid fieri debeat*, leidet billiche Distinction, wo zu unterscheiden ist, inter quas Personæ vigeat Observantia. Improbiorum illa si sit, Legem non tollit; alias pridem Præcepta Decalogi jam fuissent usu sublata: contra in dubio id permissum censetur, quod in observantia timoratorum, doctorumque hominum viget, adeo ut instar Regulæ istud tam à Theologis quam à Juris-Consultis habeatur.

123. Ad 19. In was Verstand, und mit was Conditionibus das Pactum Antichreticum von etwelchen Doctoribus verworffen, von anderen zugelassen wird, belehret dasjenige, was à Num. 109. gemeldet worden, Kraft dessen dann unterschieden muß werden unter denen Fundis, wo die einziehende Früchten ohne eigne sondere Cultur, und Kosten hervorkömen, und ihre gewisse Einkünfften haben; und unter denen Fundis, wo der Ertrag ungewiß, die Mühe, und Erbauung grösser, und kostbarer, auch der Werth steigen, und fallen kan. Von denen Ersteren seynd zu verstehen die Authores, so Pactum Antichreticum für Usuraris, folglich für verwerflich halten; von denen anderen aber reden die Doctores, so besagtes Pactum für gültig, und zulässig præconisiren. Was von dem allhier im Streit liegendem Contract, und unter solchem von Gemeiner Stadt A. dem Hospital überlassenen Fundo, wie auch von denen darauff erhebenden Früchten zu sprechen seye, gibet das, was Num. 117. & duobus sequentibus erwiesen worden. Es machet zwar Bürgermeister, und Rath der Stadt A. dem Hospital die Rechnung, daß solches über Abzug aller aufgewendeten Spesen, allbereit so vil, wo nicht mehrers genossen, als die vorgeliehene 800. fl. und die aufgerechnete 200. fl. Reparations- & Kosten, cum Usuris Quincuncibus, miteinander aufmachen: allein wird æquissimus Judex auch dem Hospital, so da vil besser wissen kan und soll, was selbes dise Jahr hindurch ab dem Fundo Quæstionis genossen hat, nach dessen Justiz-Esser Hoch-Endligst vergunnen, seine Gegen-Rechnung zu machen, allwo, annis omnibus, quibus Fundum istum possedit, computatis, sich wenig, oder gar nichts ultra Usuras quincunces herauswerffen will,

besonders wann periculum perpetuum, so offerstager Massen allda versiret, justo pretio æstimiret will werden.

Und wann schon auch auf ungestandenem Fall die aus quæstionirtem Fundo erhobene Fructus quantitatem Usurarum quincuncium um ein namhaftes überschreiteten, so solget doch nicht hierauf, wie in diesem Argumento Gegentheil behaupten will, daß der Hospital schon jetzt zu Abtretung desselben gehalten seye. Ehe man dise Folgerung machte, hätte man lesen sollen, was hiervon

Philoparch. Kluger Beambte p. 4. tit. 10. §. 9. prope finem.

anmercket, nach dessen Meynung in dem Casu, da nach Betrachtung des Werths der Sach/ und gemeldet gewöhnlichen/ und mittelmässigen Anschlag der Früchten/ auch aufgesetzten Unkosten, sich besfindere/ daß der Excess allzugroß wäre/ der Richter zwar solchen auf ein billiches Quantum reduciren/ nicht aber den ganzen Contract umstossen könne/ damit das Urtheil durch das Inutile nicht untüchtig gemacht werde: pro qua sua Doctrina allegat

L. pecunia, 9. l. usuras. 20. & l. placuit. 29. ff. item l. cum allegas. 1. §. & l. constitutionibus. 20. C. de Usur. Fabr. in C. l. 8. tit. 22. def. 11. Zepp. tract. de Jur. Antichret. n. 29. & seqq. Richter. p. 2. decis. 74. n. 13. & seqq. Franzk. ad ff. tit. 1. l. 20. n. 49.

Ad 20. Ist die Distinction inter Antichresin tacitam, & expressam nicht also übel in denen Rechten fundiret, wie Conceptor der Gegnerischen Replik vermeynet. Leset er nur hierüber

Philoparch. tit. 10. cit. §. 8.

nach dessen Lehr die Legum dispositio circa hanc materiam, vornehmlich in Antichresi tacita, Statt hat, allwo daher man den Genus der verpfändten Sachen nicht weiter, als die Zins austragen, extendiren kan.

L. cum debitor. 8. ff. in quibus causis pignus tacite & c. l. eos qui. 26. §. super Usurarum. 1. C. de Usur. Scheffer. p. 2. q. 39. Thorbor de altero tanto. p. 3. art. 12. §. 7.

Ein anderes will gemeldter Philoparchus, daß oberviret solle werden in einer freyer und undeterminirten Genießung, welche weder vom Besaz, noch der Contrahenten Convention auf kein gewisse Urth restringiret ist; dann solchen Falls, nach dessen Meynung der Creditor die Antichretische Sach nach freyem Willen nutzen, und gebrauchen, und alle Frucht durch deren Perception sich zueignen kan.

L. si ea lege. 17. C. de Usur. l. si is, qui. 1. §. Antichresis. 1. ff. de Pignor. & Hypoth.

Und dise ohne Unterscheid, ob es Fructus naturales, oder Industriales Civiles, die in Gesällen stehen, seyen.

126. In eundem sensum, & Sententiam etiam consentit

Hahnii ad Wesenbec. tit. de Pignor. & Hypothec. n. 5.

Ubi Tacita, inquit, semper redigi debet ad certum modum Usurarum, & quod excedit, imputandum est sorti.

L. 8. in quib. caus. pign.

Expressa vel est certorum fructuum, vel incertorum. Illo casu, si quis habeat fructus oppignoratos, qui certi quotannis proveniunt, illud, quod excedit, quantitatem Usurarum, quotannis sorti imputandum est juxta formam

L. 2. in fin. C. de Usur.

cum enim ejusmodi conventionis species proximè ascedat ad eam Contractus speciem, qua fieri solet in fraudem legitimarum Usurarum, neque poterit valere, nisi ad legitimum earum modum.

Arg. l. 17. C. de Usur.

Hoc tamen tum demum obtinet, si indubitato, & nimium fructus excedant, ideoque fallit, si modicus sit excessus.

Arg. l. 14. C. de Usur.

Si verò fructus incerti sint, Creditorem ad restitutionem, vel imputationem fructuum non teneri aequius est. 1.

Arg. l. 17. cit. C. de Usur.

2. Propter incertitudinem proventuum, & pretii eorundem inconstantiam, & mutabilitatem,

L. 23. C. eod.

ob quam incertitudinem multa sustinentur

Arg. l. 12. in fin. & l. seq. C. de act. empt.

secundum principia justitiae extraordinaria. 3. Ob laborem notabilem impensum in cultura agrorum. Ita Hahnii.

127. Ad 21. Censum tam pecuniarium, quam fructuarium in bonis alterius constitui, emique absque Usuraria, & omni alia iniquitate posse cum Sylvestro, Navarro, Covarruvia, Feliciano de Solis docent

Azor p. 3. lib. 10. de Censib. c. 4. q. 3.

Molin. tract. 2. de J. & J. D. 385. n. 8.

Less. l. 2. de Just. c. 21. n. 13. Salas de

Censib. dub. 2. n. 3. Laym. l. 3. tract. 4.

c. 18. n. 3. Palao tract. 30. D. 6. p. 10.

n. 2. cum TT. & Jctis modernis ple-

risque, & sumitur ex Constit. Extr. 1. &

2. int. comm. de Empt. & Vendit.

idque verum est non tantum de Censu reali perpetuo, sed etiam de limitato ad certum tempus e. g. ad 10. & 20. annos, prout cum Covarruvia, Cajetano, & aliis notant

Navar. Man. c. 17. num. 230. Et Com-

ment. de Usur. n. 71. Less. c. 22. n. 42.

quia sic vendi, & emi potest Ususfructus, ergo etiam Census, qui est pars quadam Ususfructus.

128. Es wird zwar in denen allegirten Constitutionibus Extravagantibus, wie auch in denen vom Gegentheil citirten Reccessibus Imperii ein gewisse Maß, nemlich 5. pro 100. vorgeschrieben, und ein mehrers zunehmen verboten; so ist aber dieses allein zuverstehen, wann derley erkaupte Censu sowohl in sich, als in dem Pretio jederzeit sicher und

gewiß seynd. Ein anderes befindet sich in dem Fall, daß solche ungewiß, und vilen anderen Gefahren unterworfen seynd, auch in dem Pretio bald auf bald absteigen; dann so in diesem Fall stante Pacto Antichretico, nach Maßgaab dessen, was Num. 125. & 126. wie auch anderen Orthen gegenwärtigen Reflexionum gemeldet worden, alsdann der Überschuß der Früchten ultra Usuras quincunces in sortem nicht zu imputiren ist, so wird noch weniger solch Imputation Statt, und Platz finden in Emptione Reditiuum, allwo der Emptor die Fructus genießet ex re sua, scilicet ex Jure percipiendi fructus ex fundo pro his Censibus obligato, welches Jus durch derley Contractum er an sich erhandlet.

Ad 22. Eben mit dieser Distinction seynd zuverstehen die in der Original - Obligation einverleibte Wort, da Herr Verwalter und dessen Nachkommen bemächtigt werden, quactionirten Grund, und Boden an statt des Lands bräuchigen Interesse zu besitzen / auch Jährlich / ohne anderwärtsige Beschwerde an Heu und Emmet nutzen, niessen / und gebrauchen zu können / bis ihm die Summa der vorgelyhenen 800. fl. an guten Reichs - Sorten in einer unzertheilten Summa auf vorherig zugelassene Abkündigung eines Jahrs wider erstattet / abgerichtet / und bezahlet werde; Dann allda billichster massen die Reflexion gemacht muß werden, ob die auß dem verletzten Fundo erhebende Fructus an sich selbst, und an deren Pretio gewiß, oder ungewiß seyen. Im Fall der Gewißheit ist wahr, und der Gebühr ganz gemäß, daß in deren Genuß die sonst gebräuchig, und auf 5. per cento von denen Reichs - Reccessen determinirte Summa nicht mög überschritten werden, massen alsdann kein Ursach obhanden, durch welche ein mehrers möchte Justificiret werden.

Da aber solche Fructus (wie in gegenwärtigen Casu erwisen worden) ungewiß seynd, streittete wider alle Billichkeit, wann, ohngeachtet der allzeit seyhenden Gefahr, so Emptor Juris ad percipiendos fructus auf sich genommen, nicht was mehrers zu genießten berechtigt wäre, massen besagtes Jus um sovil an seinem Werth verlichret, um sovil mehrer Ungewißheit sich allda befindet; daß wann Antichresis in calu, wo per conventionem, oder certam Legem feitt gewisses Quantum determiniret ist, jedannoch bestehet, wann schon die Fructus den Ordinari - Zins überschreiten,

L. si is, qui bona. 11. §. si Antichresis. 1. ff. de Pignor. & Hypoth. l. si ea lege. 17. C. de Usur. Rittershul. ad Nov. p. 3. c. 10. n. 18. & seqq. Mevius sect. 11. n. 39. Philoparch. §. 9. cit. prop. fin.

wird solches vilmehr Platz finden in Casu praesenti, da auf gut Glück, eo ferè modo, quo jactus alex, aut retis, Jus percipiendi

129.

130.

fructus incertos erhandlet worden. Und behalten alsdann annoch die Verba an statt des Land, bräuchigen Interesse ihre Krafft, massen hierdurch angedeutet wird, daß in Casu Quæstionis nicht præcisè ein blosses Mutuum, utpote in quo nihil ultra sortem, etiam Censuum nomine, begehret kan werden, sonder wenigst Pactum Antichreticum gepflogen worden.

131.

Ad 23. Obwohlen de Jure positivo humano allein zugelassen ist Censuum emptitius redimibilis ex parte Venditoris.

Extr. 1. & 2. int. comm. de Empr. & Vendit. Et Const. S. Pii V. incipit: cum onus. edita 14. Calend. Febr. 1568.

und Emptio Censuum redimibilis ex parte utriusque verworffen wird

per Const. cit. & Const. Caroli V. Imp. editam in Comitibus Augustanis. 1548. & 1550.

So ist doch solch lesterer Contractus dem Göttlich und Natürlichen Recht nicht entgegen, cum Mutuum, & sic Usurariam labem ex natura sua nequaquam contineat. Darauf dann derley Handlung licite, & valide gepflogen kan werden saltem in eo loco, ubi præfata Constitutiones vel non sunt usu receptæ, vel per contrariam Consuetudinem legitime præscriptam quoad hoc abrogatæ, ut cum aliis notat

Reiffenstuel ad tit. de Usur. n. 143.

ubi ait, ita videri rem le habere in Germania, utpote in qua teste

Laym. l. 3. tract. 4. c. 18. n. 6. Pirhing. ad tit. cit. num. 72. Engl tit. eod. §. 2. num. 22.

Consuetudine introductum habetur, quod etiam Censuum ex utraque parte redimibiles emanant, dando pretium 100. fl. pro jure percipiendi singulis annis quinque. Daß also die vom Gegentheile allegirte Reformatio Politica, und andere Textus nicht mehr entgegen stehen, da diese derley Contractus verwerffen; und allein zu consideriren wäre determinatio ad 5. pro 100. so aber für sich selbst fallen in Casu, quo fructus loco Censuum percipiendi incerti sunt.

132.

Wegen der schon vor dreien Jahren beschenehen Aufkündung haben Burgermeister, und Rath nicht fast Ursach sich zu berühren, massen, wie

Philoparch. p. 4. tit. 10. §. 12. mit Carpoz. p. 2. const. 18. def. 2.

anmercket, oblatio pretii gebührender massen geschehen muß, daß nemlich das Geld zu gelegner Zeit, und Art offeriret werde; dann sonst Creditor nicht schuldig ist das offerirte Geld anzunehmen. Und muß notwendig hierinn distinguiret werden, ob ein gewisse, oder kein gewisse Zahlungszeit unter denen Contrahenten pactiret worden. Ist ein gewisse Zeit in Antichresi, und noch mehr in Emptione Censuum abgeredet worden, so ist vor dessen Verlauff der Creditor nicht verbunden, daß offerirte Pretium anzunehmen,

Arg. l. eum, qui. 15. ff. de annuis Legatis. & l. si ita. 43. ff. de Legat. 3.

sondern die Obligation mit offerirten Geld sich befriedigen zu lassen, trifft Creditorem allein, wann die bestimmte Zeit verlossen, und zwar alsdann auch mit diesem merckwürdigen Ausnam, wann zu solcher Zeit das Geld nicht allein offeriret, sonder auch würcklich abgetragen worden; dann biß dahin, wann auch schon die determinirte Zeit verlossen, dannoch das jus Antichreticum, und vilmehr Censiticum mit denen Censibus fortgethet.

Carpz. p. 2. const. 30. def. 5.

Ist aber kein gewisse Zahlungszeit determiniret, so kan der Debitor, wann er will, das Geld bringen, und sich von der Antichresi befreien, wann ers nur nicht zur Unzeit thut, um mit des Creditors Schaden die Frucht-Nutzung zuentziehen; dann, wie besagter Philoparchus mit

Mevio c. 4. sect. 11. n. 36.

bemercket, daß wäre ein unbilliche Sach, und Undanck, wann der Creditor auf seine Kosten, und Arbeit den Fundum bestellet hätte, und der Debitor solchen mit denen fructibus pendentibus reluiren, und mit eines anderen Schaden sich bereicheren wolte: welches Undancks, und Unbilligkeit noch vilmehr in Casu præsentis sich eine Stadt A. schuldig machen wurde, wann selbe (wie sie doch in denen Gedancken führen) des heurigen Sands sich bemächtigen wolten, nachdem, unter der Hoffnung den überlassenen Fundum auf 20. Jahr zugewiesen, der Hospital selben zu jeziger Fruchtbarkeit mit grosser Mühe und Kosten gebracht, auch für heuriges Jahr betrunget hat.

Ad 24. Damit ein Gemeine Stadt A. sich des Privilegii Restitutionis in integrum prævaliren möge, ist allerdings vonnöthen, daß selbe vor allem anderen Læsionem gravem, in hoc Contractu factam Rechtsvergnügig erweisen thue, so aber annoch nicht beschehen, sondern erst der Calculus des jeder-Jährigen Sands auß denen Hospital-Rechnungen gemachet, das all-Jährliche Pretium so auf- und absteiget, consideriret, auch in Bedenckung gezogen werden muß, theils die Unkosten, so auß Bestellung des quaestionirten Fundi von dem Hospital gemacht worden, theils die Gefahren, so derley Früchten zu jeder Zeit unterworfen seynd; nam liquidum est, quod tantum decedat de rei pretio, quantum accedit periculi in ejus fructibus, wie zu sehen in jactu alex, ubi pro denario læpè ex Olla fortunæ extrahitur Vas argenteum 50. fl. æstimatum: nec tamen pretium censetur improporionatum ob periculum, ne nihil repetitis jactibus extrahat fortunam tentans.

Über das, damit eine Stadt des Privilegii Restitutionis in integrum gaudiren könne, muß Querela de læsione in rebus suis facta

Da intra tempus debitum, h. e. quadriennium instituiret werden, quod quadriennium juxta Oddum de Restit. in integr. p. 1. q. 20. n. 31.

incipit currere statim à die perfectæ læsionis; consequenter à die initi Contractûs, daß also, wann schon vor dreien Jahren die Stadt A. ihr Pfand reclamiret haben, dann noch die von denen Legibus, und Canonibus bestimmte Zeit verlossen alsdann gewesen, massen quaestionirter Contractus schon Anno 1708. geschlossen worden, also bis auf würckliche Reclamation ganze 10. Jahr entzwischen gangen. Weiters ist nicht genug, daß intra tempus legitimum die Aufkündigung geschehe, sondern es muß Restitutio in integrum inner solcher Zeit würcklich begehret werden, so abermahl nicht alsdann, sondern ererst vergangenes Jahr geschehen.

36. Es ist zwar wahr, das derley Communitates perfectæ, so durch Administratores regiret werden, auß gewissen Ursachen, auch lapsò quadriennio, ad restitutionem in integrum provociren können; es findet sich aber kein solche legitima Causa, Krafft welcher dieses Beneficium eine Stadt A. genieß-

sen könne. Unter denen Ursachen indulgenti Restitutionem post quadriennium wird von denen DD. gezelet, si damnum eminentissimum, & læsio enormissima sit.

C. ad nostram. 11. de reb. Eccl. non alien. aber solche læsio ist allhier nicht findlich, und so es auch findlich wäre, hätte ein Gemeine Stadt diesem Privilegio schon vor längst renunciiret, nicht allein, da selbe vermög instrumenti Obligationis all ihr zustehenden Privilegien, und expresse læsionis ultra dimidium sich begeben, sondern auch, wann anderst ihr Vorgeben sich also befindet, da gleich nach getroffenen Contract hierwider die Burgerschaft gemurret, und nicht wenig sich hervor gethan, so ein weit mehrers, ja noch sovil pro pretio Locationis Conductionis offeriret haben; dann auf solche Offerten hätte Burgermeister und Rath die befehene LæSIONEM ganz laut vermehren können: da sie also auf dieses wider den Hospital nichts moviret, noch ad Beneficium Restitutionis in integrum provociret haben, kan anderes nicht geschlossen werden, als daß sie den Contract approbiret, und des besagten Beneficii sich haben verzeihen wollen.

CONSILIUM XLV.

In Causa Sponsalium.

SUMMARIUM.

1. seqq. Facti Species.
5. Sponsalia invitis rationabiliter Parentibus illicitè ineuntur.
6. Sunt tamen valida, si promittatur Matrimonium pro illis circumstantiis, in quibus hoc licitè contrahi potest.
7. Sponsalia Quaestionis fuerunt valida, sed implicitè conditionata.
8. 10. Metus magnorum scandalorum est causa resiliendi à Sponsalibus:
9. Si nulla spes sit ejusmodi mala avertendi.
11. seqq. Non tenentur Parentes consensum prestare Matrimonio Filii, quod absque gravi scandalo iniri non potest.
14. seqq. Si tam ex negato, quàm ex praestito consensu timeantur mala, eligendum est malum minus.
17. Sponsus resiliere volens, conveniendus est coram Episcopo loci Contractûs, si ibi inveniat: secus coram Episcopo Domicilii.
19. 28. Parentes non debent impedire Filios à Matrimonio purè promisso: scilicet nisi habeant rationabilem causam.
20. 29. Defectus Nobilitatis, qua ad plerosque Canonatus Cathedrales Germania requiritur, est causa sufficiens resiliendi à Sponsalibus.
21. 30. Licet non inuratur Familia per tales Nuptias macula positiva: tamen Familia privatur ornamento valde estimabili.
22. 31. In ejusmodi Nuptiis Res agitur totius Familiae.
23. 32. Et prudenter inde timentur magna mala.
24. 33. Nuda intentiones in Contractibus non attenduntur, nisi exprimantur: praesumitur quis tamen in intentione sua manere, si absque illa licitè non potest contrahere.
25. 34. Ex negato consensu Matris sequuntur aliqua damna, sed tamen respectivè minima.
26. 35. Tenetur Filius obedire Parentibus etiam quoad Nuptias determinata Personæ, rationabiliter praecipientibus.
27. 36. In dubio Sponsalium de futuro, standum est potius contra Sponsalia.
37. seqq. Afferuntur argumenta pro valore obligatione Sponsalium.
42. Deciditur contra valorem Sponsalium.
43. Incapacitas ad Canonatus Cathedrales est Parentibus causa sufficiens dissentendi.
44. Illicitè contrahit Filius Sponsalia, invitis rationabiliter Parentibus.
45. Promissio Matrimonii illicitè contrahendi, est invalida.