



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.de/urn:nbn:de:hbz:466:1-72287)

clarē, imo evidenter ostendunt, si alio ex capite Jurisdictio controverla Serenissimo non competeteret, eam saltem viā legitimā Præscriptionis Ipsi, & Serenissimis Antecessoribus fuisse acquisitam, cū omnia ad legitimam Præscriptionem requisita in præsenti 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 violentiae incuset possessionem tanto tempore, nemine eorum, ad quos pertinebat, usque ad ultima hæc tempora contradicente continuatam? 3. Non deficit iustus Titulus, quippe quem dedit ipsa Bulla Aposto-

lica concedens Serenissimo hodierno, & Serenissimis Antecessoribus plenum Jus in Regimine, & administratione Monasterii, & Præpositure in spiritualibus, & temporalibus.
4. De tempore legitimo continuatæ Possessionis dubitari nequit, cū 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, optimè fundatam esse Serenissimo Electori Jurisdictionem, & potestatem ingerendi etiam quoad ea, quæ Disciplinam Regularem concernunt.

* * *

CONSILII XLII.

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

SUMMARIUM.

1. seqq. Facti Species.
5. Quæstiones discutienda.
6. seqq. Rationes dubitandi defumpta ex Latione ultra dimidium per pactum antichreticum.
10. Defenditur aequitas Contractus.
11. Pretia rerum non statuuntur ex singulari unius affectione.
12. In estimanda Latione attendendum est premium, quod erat justum tempore contractus.
13. Ad justum premium determinandum, attendi debet certitudo, vel incertitudo futuri eventus.
14. Et alia circumstantia:
15. Servata etiam proportione pretii insimi & summi.
16. & seqq. Circumstantia in præsenti casu diminuentes premium fructuum per pactum Antichreticum concessorum.
21. Renuntiare quis potest Remedio Legis ad rescissionem contractus concesso.
22. Præcipue si Renuntiatio sit jurata.
23. Nequaquam tamen, si Latio sit enormous.
24. Qualis non datur in substrato Casu.
25. seqq. In casu Latonis, electio est Emporis, utrum malit rescindi contractum; an vero addere supplementum pretii.
28. Conductor prædii Rustici non potest expelli a Locatore ne necessitatem ad usum proprios.
29. Qualis necessitas requiratur ad expellendum Conducentem eriam in prædio urbano.
31. seqq. Respondetur ad opposita argumenta.

FACTI SPECIES.

I.


S haben vor allbereith zwölf Jahren, wie solches der hierüber de dato den 23. Febr. Anno 1708. ausgerichtete Contractus-Brief weiset, die wohlweise Herren Bürgermeister, und Rath einer Löbl. Stadt A. von damahlgigen Herrn Verwalter des Löbl. Spitals H. nach ehemal von Landfürstl. Regierung erhaltenen Gnädigsten Consens, ein Anlehen von 800. fl. paaren Geld empfangen, solches auch zu dasiger Bürgerschaft Wohlsarth, und

Nußen, wie solches besagte Herren Bürgermeister, und Rath in mentionirtem Contractus-Brief aufdrücklich caviret, verwendet; hingegen aber ihme Herrn Verwalter und seinen Nachkommen zur Sicherung gedachten Anlehens zehn Tagewerk mit Holz angeflossenen Wiss-Grund zu W. wie solcher durch die admittit Falb-messer bereits gemessen, und vermarktet worden, cum pacto Antichretico, und der gestalten übergeben, daß Herr Verwalter und Nachkommen solchen Gründ und Boden auf eigne Kosten zu zwey-mäddigen Wissen bereiten, und selbe an statt des Landbräuch- gen Interesse besitzen, auch jährlich ohne andere

andere Beschwerde an Heu, und Emmet in so lang nuzen, niessen, und gebrauchen möge, bis ihme ermeldte Summa der vorgethehen 800. fl. auf vorherig zugelassene Abkündigung eines Jahrs, von obgemeldten Herren Bürgermeister, und Rath widerum erstattet, abgerichtet, und bezahlet werde.

2. Damit aber besagter Herr Verwalter, und dessen Nachkommen dero auf Zubereitung, und Melioration des berührten Wiss-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 Abmilderung der zehn Tagwerck Wiss-Grunds bis zu Verschließung der berührten 20. Jahr von Zeit dieses getroffenen Contracts, und des zu niessen kommenden Wiss-Grunds Questionis beständig dauern, und continuiren, nach deren Verschließung aber jedem Theil bevor behalten seyn solle, auf ein Jahrs Frist die Abkündigung solches Capitols zu thun: wie dann auch auf dessen erfolgter paarer Abzahlung die mehrermeldte zehn Tagwerck, und deren Nutzung der Stadt A. anwiderum frey, und los heimfallen; da aber besagte Stadt auf die Auffindung mit Entrichtung des Anlehens der 800. fl. saumäßig seyn würde, solchen Falls ermelder Herr Verwalter und dessen Nachkommen vollen Gewalt, Macht, und erlangtes Recht haben sollen, die ehemeldte zehn Tagwerck Wiss-Grunds in Anspruch zunemmen, anzugreiffen, fäll zu biehen, zuverkauffen, so lang, und vil, bis selber um die dargelyhene 800. fl. befriedigt, und bezahlet seyn wird.

3. Über das wurde von Herren Bürgermeister und Rath ihme Verwaltern versprochen, mehrgemeldte zehn Tagwerck Wiss-Grunds ihme darleyher, und dessen Nachkommen dergestalten zugewähren, daß wann hieran der anligende Fluß einen merclichen Theil hinwegnehmen sollte, solchen Abgang jedesmahl mit anderen nächst anliegenden Grund zuersetzen, mithin die verheisse 10. Tagwerck jederzeit vollständig zu Nutzen zuverschaffen. Es haben auch zu noch mehrerer Versicherung bemeldte Herren Bürgermeister, und Rath im Namen gemeiner Stadt anbey renunciret, und sich verzihen allen Exceptionibus, Privilegiis, und Beneficiis, so wider solch getroffenen Contract ihnen zustehen könnte, also daß deren keines und in specie I. Civitas. 27. ff. de reb. credit, und darinnen Versionis in rem, Actus non legitime facti, Competentia, Uluræ illicitæ, Læsionis ultra dimidium, oder einige andere Einwendung, so insge mein, sonderlich denen Städten und Gemeinden zu gutem verordnet, und erdacht

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

werden können, ihnen mit nichts zu statthalten, oder was fürtragen solle, und solches auf beygefugter Ursach, weilen daß Anlehen Questionis zu gemeiner Stadt, und Bürgerschafft Nothdurft, und Nutzen freiwillig, und wohlbedachtlich übernommen, und zu keinem anderen End verwendet; hingegen auch von Herrn Verwalter auf die Zubereitung des Grunds Questionis mercliche Kosten aufgewendet, und zu mahlen die überlassene Nutzung vor ungeswiss, und unbeständig gehalten werden.

Auf solche Weis hat berührtes Hospital ihme assigirten Wiss-Grund mit grossen Unkosten, massen hierzu bis 200. fl. aufgewendet, von angeflohenen Holz aufbereitet, ihne mit grosser Mühe zu bestien Stand gebracht, auch selber mit guten Vortheil bis auf dieses vorwährende 1720. Jahr ruhig genossen, da dan die Herren Bürgermeister und Rath zu A. dieses ersehend, erstlich den 28. Febr. bey Herrn Verwalter sich schriftlich angemeldet, und begehret, daß selber entwiders gegen Refusion des empfangenen Anlehens bemeldte Wiss-Maß der gutwillig anlassen, oder mit ihnen eine neue Convention zutreffen ihme belieben lassen wolle; welches begehren sie auch nachmahlen den 14. dieses lauffenden Monaths Octöbr. widerholen, und anbey die Abkündigung des dargereichten Capitols in der Sach selbsten bewürfet.

Auf welchem allen dann sich erheben nachfolgende Fragen. 1. Ob ein Löbl. Stadt A. gegen das Hospital H. wegen questionirten Contract, und dadurch beschehenen Læsion ultra dimidium sich mit Fug Rechtens beklagen könne? 2. Ob in Calu, da ein solche Læsion sich hervorhut, in eines Wohlweisen Magistrats Mächten stehe, die per Partium Antichreticum überschribene, und assigirte Wiss-Maß zu reclamiren, und das empfangene Capital vor Abschließung der 20. packirten Jahren aufzufinden? Sodann

3. Ob, da in ungestandenen Fall propter læsionem ultra dimidium Remedium L. rem majoris. 2. C. de rescind. Vendit, wohleragter Stadt zustatten kommete, das Hospital getrungen, und verpflichtet seye vor End der eingedungenen 20. Jahren die übernommene Wiss-Maß auf beschehene Abkündigung anzulassen, und gegen Heimstellung des dargelyhenen Capitols der Stadt A. heimzustellen?

Das beschehene Abkündigung auch vor Abschließung der 20. packirten Jahren mit allem Fug Rechtens habe vorgenommen, und verschribne 10. Tagwerck Wiss-Grunds justissimo titulo von einem Löbl. Magistrat haben können reclamiret werden, will auf nachfolgenden Rationibus erzwungen werden, dann 1. Allerdings bekannt ist, daß ab dem Tagwerck des Wiss-Grunds Questionis die Burger zu A. gleich die erste

4.

5.
Quæstiones
discutien-
da.

6.

Rationes
Dubitandi.

Ccc

Jahr

Jahr 4. und $4\frac{1}{2}$ fl. Jährlichen Bestand-Gelds offeriret; auch ansonsten ab dem Tagwerk zweymäđigen Wiss-Grunds 6. bis 7. fl. Jährlich verreicht; nicht minder bey deren Alienation wohl 150. fl. zum Kauf-Schilling bezahlet werden: zu welcher Summa das von dem 800. fl. dargelähnen Capital abschließende Interesse ganz nicht eintrifft, sonder von der Nutzung questionirter Mäder sehr weit übertroffen wird, welches auch ferners

7. 2. Auf dem erheslet, daß die auf gleiche Weis an den Herrn Sch. übergebne, und voriges Jahr an die Stadt A. wiederum zurück gelassene schlechtere Wiss-Mäder würcklich um die Helfte höher, als der Zins von angelähner Summa der 800. fl. sich belauft, und zwar meistens an die Mitt-Raths-Freund, denen doch hierinnen bey dergleichen Casibus etwas mehrers, als einem aufwendigen pflegt nachgeschenzen zu werden, von dem Stadt-Magistrat verstiftet worden: daß also nicht zusehen, wie, und mit was Rechten das Hospital H. einen so grossen Übergewinn desideriren, und sich weigeren könne entweder gegen Refusion des Anlehens die bemeldte Wiss-Mäder gutwillig zurückzulassen, oder ein neue Convention um billicheren Preys mit dem Magistrat zu treffen; dann pro

8. 3. Obwohlen man zwar an Seithen des Magistrats sich wohl erinneret, daß der mit dem Hospital errichtete Contract auf 20. Jahr geschlossen worden, so hätte doch ein gemeine Stadt billichste Ursachen hiervon auch vor Verlust pactirter Zeit abzutreten, angesehen, daß von quæstionirten Wiss-Grund all-jährlich in die 30. oder mehr Fuder Heu, und Emmet heimgeführet werden, deren eines in das andere, wie sie dise 12. Jahr geladen worden, in mittelmäđigen Anschlag angerechnet, auf die 6. fl. astimiret wird; also all-jährliche Emolumenta bis 180. fl. aufzimachen, in deme doch der von 800. fl. Capital fliessende Reichs-übliche, oder sonstien in Recessibus Imperii connivirte Zins, und Interesse nicht über 40. fl. aufzimachet. Auf welchem dann folget, daß solches bey so hoch sich erstrecketen Emolumentis wenigstens um 140. fl. all-jährlich übertroffen, und hiermit ein gemeine Stadt-, und Bürgerschafft über die Maas, und Billigkeit sich lädiert befindet. Zu deme noch weiters

9. 4. Kommet, daß das bisher nur vor 10. Tagwerk gemessene Spatium, want mans ordentlich, und behörig messen will, in 11. bis 12. Tagwerk besteht, so daß besagte Herren Bürgermeister, und Rath, weilen dasige Bürgerschafft, wie auch das gemeine Stadt-Wesen, auch von so übermäđiger Læsion zu abstrahieren, ersagte Wisen selbst hoch vonnächthen hat, sie vor einen so grossen Gehuß gegen einem so gerin-

gen Capital in frembden Händen ferners zu lassen ihnen nicht unbillich ein Gewissen machen thut, und darum in Hoffnung stehtet, daß Löbl. Hospital in Consideration des schon 12. Jahr lang übermäđig aufgehobnen respective Zins werde ihnen nicht über nemmen, wann selbe ob schon die 20. pactire Jahr noch nicht abgeschlossen, berührtes Capital aufzukünden, und die Antichretice cedirte Wisen zu reclamiren unumgänglich sich benötighen finden.

Es seynd aber diese, und etwann andere auf die Van bringende Argumenta, und Rationes von keinen solchem Nachdruck, und Kräften, daß darum die vor bestimmter Zeit intendierte Außkündung des Capitals, und Anheimruffung auf 20. Jahr Antichretice überlassenen Wiss-Grunds approbiren, und denen Rechten gemäß halten kan. Darum 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 Rechtens beklagen könne?

Anwort, negativē; nam ut sanum judicium ferri possit, num in Contractu contigerit læsio ultra dimidium, nec ne plura consideranda sunt. Et 1. Quidem respiendendum non ad singularem unius affectionem, sed ad communem rerum astimationem.

Arg. 1. si servum. 33. pr. ff. ad Leg. Aquil. & pretia. 63. ff. ad Leg. Falcid. l. septem. 12. C. de erogat. milit. annon. ibi, ut in foro rerum venalium distribuntur. Carp. p. 2. Const. 34. def. 6. n. 6. Lauterb. ad ff. de rescind. vendit. §. 13. Hinc licet statim post Venditionem perficitur vicinus, vel alias ob singularem commoditatem, vel affectionem plus duplo offert, Venditor tamen propterea hanc læsionis querelam intentare non posset.

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

2. In astimanda læsione ultra dimidium, & decernenda exinde restituione 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 Emp. & Vendit. ibi, Venditionis tempore, l. non intelligitur. 3. §. Divi Fratres. 5. ff. de Jur. fisc. l. si voluntate. 8. fin. C. de restring. vendit. ibi. Nisi minus dimidiū justi pretii, quod fuscat tempore venditionis, datum esset. Molin. tract. 2. de J. & J. D. 349. n. 3. Mynsing. cap. 4. ob. 73. num. 7. & 11. Anh.

CONSILIIUM XLII. EMPTIONIS REDITUUM. 387

Ant. Faber l. 4. tit. 30. def. 9. Richter. decis. 99. cit. n. 147. Carpz. def. 6. cit. Bechman. Observ. pratt. ad ff. de rescind. vend. obs. 7. Struv. ad ff. Exerc. 23. thes. 86. Müller ibid. lit. y. Pirthing. 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 decrescit, 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 queritur, 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 modo cariori, modo viliori veneant.

L. pretia 63. § nonnullam. 2. ff. ad Leg. Falcid. Gabr. Concl. comm. tit. de Empt. concl. I. n. 47. Mascal. de Probat. concl. 965. n. 7. & seqq. Klock. tom. 2. cons. 51. n. 107. & seqq. Hahn. de las. ult. 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 læsio censeri debet, qui hac incertitudine æstimata, tantilli vendidit, licet postea secus evenierit, & emptor lucrum acceperit; cùm enim tempus in pejus quoque ruere potuerit, ut adeò læsio dependeat ex incerto futuro eventu, hac dubietate considerata, res pluris non valuit.

Lauterbach l. cit. §. 15.

Hinc si quis in superioribus belli temporibus pretio secundum communem illius temporis æstimationem justo 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-Theil, 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 J. & J. D. 6. sett. 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 ali. R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

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. fm. Mollenbec. ad ff. de rescind. Vendit. n. 21. Lauterbach. l. cit. & sumitur arg. l. verum. II. §. item. 4. ibi, Nec enim eventus danni restitutionem indulget, ff. de Minor.

Et ob hanc rationem in Hereditate 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 maximè procedit in Contractu Locationis Conductionis; nam in hac, quia non tam ad rei, quam ad fructuum æstimationem respiciendum est, fructus vero ut plurimum incerti sunt vel ob periculum hostium, vel ob aliud casum, & damnationem obvenientia, illa justa, & æqua dicetur merces Locationis Conductionis, quæ fructibus probabiliter percipiendis, quantum moraliter fieri potest, absque læsione ultra dimidium correspondent, cùm non nisi ratione usus percepti debeat merces.

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

Hinc fit, ut interdum res pluris 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 Palatum, 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. Æstimatione rerum, ut cognosci possit, num læsio ultra dimidium in Contractibus circa eas initis contigerit, multum pendas ex aliis 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. fisc.

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

Pinell. ad l. 2. C. de rescind. vendit. p. 3.

t. ult. n. 8. & 15. Tuld. in Cod. tit.

ead. n. 2. Valasc. consult. 43. n. 28.

Lauterbach ad ff. de rescind. vendit.

§. 15.

Talis circumstantia etiam industria, ex-

G C C 2 penſe,

14.

pensæ, & labor Conductoris, quo fundum sibi locatum exercet; neque enim ob multo maiorem, & 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 tit. 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 estimationem justitiam pensionis, pro fundo, aut alia quavis re locata, non est attendendum ad quantitatem extraordinariam fructuum inde ob singularem Conductoris industram, laborem, peritiam, expensas collectorum; sed estimanda Justitia mercedis est ex fructibus, quos hujusmodi fundi, vel res, ordinaria, & communis diligentiā, labore, & expensis culti, proferunt: quod enim excedit, est fructus industriae, qui illi cedit, qui industriam talem adhibet.

15. s. Denique cum in rebus, quibus à Legge, vel Magistratu certum pretium statutum non est, communiter triplex distinguitur pretium, supremum, medium, & infimum, ut lesion dicatur facta ultra dimidium, non sufficit, lesum esse aliquem ultra dimidium cuiuscunq; pretii: sed ut conveniri quidem Emptor possit à Venditore, necesse est lesionem contigisse ultra dimidium justi pretii infimi; ut vero contra ab Emptore conveniri Venditor possit, debet considerari pretium sumnum.

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. fl. infimum 25. non censebitur ultra dimidium lesus Venditor, qui pro ea accepit 45. Similiter neque Emptor censembit lesus ultra dimidium, si pro re, cuius pretium medium sunt 50. summum 55. dedit 101. Porro quod sit pretium justum pro annuis redditibus, non convenienti 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 Auth. perpetua, & ibi Salicet. q. pen. C. de SS. Eccl. Roman. cons. 423. Jafon in l. 1. fundum. col. 2. ff. de Legat.

1. Guid. Pap. cons. 180.

Alii annum Reditum justo pretio estimari volunt ad rationem unius pro 35. alii ad rationem 25. Sit proinde, in his Reditibus perpetuis constituendis, quantum ad justam eorum estimationem, necessariò observandam esse Consuetudinem Provinciæ, ipsam-

que communem hominum estimationem, quæ cujuslibet rei justum pretium definire solet.

L. pretia. 3. ff. ad Leg. Falcid. Covar. l. 3. var. c. 9. n. 6.

Nun aber daß bisshero aus allegirten beweiftiften Authoribus in Thesi erwiesene ad præsentem Hypothesin zu appliciren, ist

1. Ex Facti Specie præmissa Num. 1. & allegato ibi Instrumento Contractus inter Urbem A. & Hospital H. init. allzubekant, daß questionirte von Herren Bürgermeister, und Rath zu A. auf 20. Jahr besagtem Hospital verliehene 10. Tagwerk vorhin fast völlig in Abgang kommen, und darum mit Holz angelohnt gewesen; also ganz nicht um diesen Werth haben können geschätz werden, den sie jetzt durch vil Seiten des Hospitals angewendete Mühe, und Kosten bekommen. Wann dann nach Aussweis Num. 12. pro estimatione lesionis quantitate nicht anzusehen der Werth, welchen die Sach nach der Zeit bekommen, sondern jener, den es damals gehabt, da um selbe ist contrahiret worden, ist nicht zu ersehen, mit was Billigkeit man aus denen Möglichkeiten, so besagte 10. Tagwerk Wiss-Grund gegenwärtiger Zeit haben, man einige schwere Læsion erzwungen will, ansonsten könnte auch Læsionis ultra dimidium überwiesen werden, der einen vorhin völlig abgenutzten Mayr-Hof um geringen, doch billichen Werth eingekauft, selben aber durch vil Mühe, und Unkosten so weit gebracht, daß ihm zwey- oder dreymahl mehr furohin nutzen kan, als das Interesse des darfür aufgelegten Kauff-Schillings ansonst ausmagerte; welches aber wider wider all Welt-üblichen Brauch streittet, gemäß dem ein oder ab genuzter Grund jeder Zeit um minderen Werth hingeben wird. Ja dergleichen Grund und Boden werden oft pro levissimo Canone in Emphyteusin gegeben, welchen jemahl dem Domino directo besser einen solch-geringen Canonem zu erheben, und darbei erhalten, daß solche Grund zu Nutz gebracht werden, als daß selbe auch furohit, und verlassen stehen. Über das

2. Haben Herren Bürgermeister, und Rath zu A. selbst erkennet, daß solcher Neugen bey questionirken 10. Tagwerk Wissmath ungewiss seye. Darummen wie ex Literis 25. Maij 1708. also eodem, quo Contractus initus est, Anno datis lauhet, sie sich erbotten, im Fall, so sich sollte äusseren, daß in denen ersten Jahren ab dem aufgereutheten Grund das Hospital keinen ergiblichen Nutzen haben solle, die bedingte Zeit auf zwey- oder drei Jahr zu prolongiren. Und hatte man wohl billiche Ursach auf solche Ungewissheit zu reflectiren; dann neben deme, daß dergleichen Mäder eintrwiders wegen gar zu lang anhaltender Drückne, durch welche das Gras verbren-

CONSLIUM XLII. EMPTIONIS REDITUUM. 382

verbrennet, oder wegen beständig dauren den Regenwetter, dadurch selbes verfaulst wird, zum öffteren den erwünschten Nutzen nicht hervorbringen, ist nebenhin gegenwärtigem Fundo billich anzusehen der neben - anligende Fluß, indem bekannt, daß solch an Flüssen ligende Güter wegen Gefahr des Ergusses jemahlen minder gelten, als von solcher Gefahr befreite. Und wann schon diese zwölf nächst verflossene Jahr, da das Hospital Fundum Quæstionis genossen, die Aufßluß des Wassers darauf nicht vñ Schaden verursachet, so hätte es doch machen können, welche Gefahr also mercklich, daß durch selbes das sonst gebräuchliche Premium Fundorum billichster Massen diminuiret soll werden. Weiters

18. 3. Müssen in Consideration gezogen werden die aufgewendete Mühe, und Kosten, durch welche dixer Grund in so guten Stand nummehr gebracht worden, welches auch eine Stadt A. nach verflossenen 20. Jahren Contractus init zu genüßen hat, massen als dann billichster Massen solchen Fundum entweder selbst genüssen, oder um höhere Pension verleihen kan. Wann jemand ein Land-Gut durch seinen außerordentlichen Fleiß verbessert, und hiemit zu wegen gebracht, daß selbes noch einmahl, oder zwey, dreymahl svol bringet, als es sonst, und vorhin ertragen, wurde gewißlich seine Arbeit übel belohnet seyn, wann darum er sehen müste, daß der mit ihm getroffene Contract umgestossen, und vor verflossener 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 præsenti Casu geschehen, da das angeholtene Holz mit grossen Unkosten aufgeregert, die Erden mit anderstroher theur erkaufsten Saamen besamet, und also zu Nutzen gebracht worden, welches gewiß nicht geschehen wäre, wann dixer Grund in andere Händ gekommen wäre. Ist also keines Weegs der Billigkeit gemäß, wann man besagtes Hospital dessentwegen mit grösseren Canone wolte ansehen, und den vorher getroffenen Contract umgestossen, sonder vilmehr ist selbes darum werth höchsten Lob, und Dank propter rem in futuram perpetuam Urbis utilitatem præclarè gestan, und solle darum pro aliquali laboris solatio omni Jure bei alten Contract gelassen werden. Und solches um so viel mehrer, weilen

19. 4. Sothane Unkosten, so sich auf die 200. fl. ganz wohl belauffen, ex caula utilitatis perpetua, quam exinde in futura tempora Urbs A. percipiet, zum Capital geschlagen, und dafür mit allem Zug Rechthens eine erklöckliche Ergözung Seithen des Hospitals begehet kan werden. Ja die aus diesen Extraordinar-adhibirten Fleiß erzwungene mehrere Nutzbarkeit kan billicht

stens inter fructus industriaes gehellet werden, qui fructus etiam ex re aliena bona si de percepti industriam adhibenti cedunt, & propterea, re Domino restituta, compensari ab isto debent expensæ pro istis, & fundi melioratione factæ.

L. uriles. 39. fin. ff. de Hared. petit.

I. Julianus. 37. ff. de R. V.

Allso aller Billigkeit entgegen zu seyn scheinet, daß wegen des Überschüß der Früchten, so Seithen des Hospitals durch sonderen Fleiß, und Müherhaltung errungen worden, und vielleicht, 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. Bekräfftigt wird aus deme, daß, wann alles recht will betrachtet werden, was in Casu præsenti einlauft, keines Weegs sich zeigen wird einige in pretio geschahene Lexio; dann 1. ist für 20. jährige Nutzung Fundi Quæstionis eine Pauschafft von 800. fl. so jährlichen Zins træget 40. fl. 2. Ist solches Anlehen geschehen zu Nutz gemeiner Stadt zu jener Zeit, da solche dessen höchst bedürftig, und vielleicht mit solchen Conditionibus anderweitig nicht hätte erhalten. 3. Ist das darfür assignierte Wissmad wegen angeholteten Holz in keinen solchen Werth tempore Contractus gestanden, als selbes anjego sich findet. 4. Ist dixer bessere Stand mit Unkosten von 200. fl. erzwungen worden, welche Summa zu einem Capital gerechnet, aber mahlten 10. fl. jährlichen Zins, also mit den vorderen 40. zusammen 50. fl. aufzuwirft. Nun dise Summa von 50. fl. 5. Wann man sie in die 10. überlassene Tagwerck vertheilet, auf jedes Tagwerck jährlich 5. fl. aufzimachet. Kommet also nur um einen Gulden minder auf jedes Tagwerck, als sonst macht der jährliche Zins, welcher ab dem Tagwerck zweymädigem Wissmads nach eigner Beständniß Herrn Bürgermeister, und Raths laut primæ Rationis dubitandi Num. 6. ansonst pfleget gereichtet zu werden. Das aber ferners 6. dise 5. fl. jährlichen Zins für ein Tagwerck gerechnet, noch pretium justum Locationis Conductionis seye, erhellet aus deme, weilen laut Num. 6. nach eigner Bekanntniß eines Wohlweisen Raths allerdings bekannt ist, daß ab den Tagwerck des Wiss-Grunds Quæstionis die Burger der Stadt

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

20.

Ccc 3 net

net auf die 6. fl. astimiret will werden, von Heu, und Emmet soll heimgeführt werden, so befindet sich doch in denen Hospital-Rechnungen ein ganz anderes, massen meistens Theils weniger nach Gestalt des Jahr-gangs, ja einmahl nur 12. Fuder in allem genossen worden. Über daß 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, obwohlen man wegen Abstellung gebührende Ansichtung gethan. Sollte man also die für selbes Jahr der Stadt A. ausschreibende, und von ange-rechneten Capital 800. fl. Anlehens, und 200. aufgewendeten Kosten lauffende 50. fl. jährlichen Zins-Gelds unter die hernach-folgende Jahr eintheilen, wird sich aller-dings zeigen, daß für ein Jahr 60. fl. und also für ein jedes Tagverck 6. fl. kommen, so eben der Preis ist, in welchem der für je-des Tagverck von Herren Burgermeister, und Rath selbst angesezte 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 considerata communis J.Ctorum doctrina, quod fructuum nomine solum id veniat, quod deductis expensis supereft, nicht alles dieses für Gewinn zurech-nen, massen darvon abzuziehen, was auf das s. v. Thungen, mähen, heuen, einführen, und ander gewöhnliche Aufgaaben verwen-det muß werden. Nun aber ist erweislich, daß auf Fundum Quæstionis all-jährlich bei 90. oder noch mehr Fuder s. v. Thunget abgeführt werden, aus welchen wann man jedes Fuder, wie wegen Entlegenheit, und starken 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 Über-schwang nach allem diesen verbleiben sollte, so ist doch mehr dann billich, daß selber Condu-ctor, præsertim ita utiliter in re locata versato propter incertitudinem annuorum fructuum, & damnorum sapienter contingentium pericula zu Nutzen kommen, wie dann in facto auf quæstionirter Wismad Zeit wehrenden Contracts der anlauffende Fluß zwey-mahl den s. v. Thunget völlig abgeleert, und hinweggeführt, daß also der Schaden mit neuer Zufuhr, und doppelten Un-kosten hat müssen ersehen werden. Wolte man auf solche Incertitudinem, und Peri-cula nicht reflectiren, so wurde der oben an-geregte, von Herren Burgermeister, und Rath selbst für billich, und gebräuchig ge-haltene Census der 6. fl. ab dem Tagverck zwey-mädigen Wismads nicht mehr Preium Justum Locationis Conductionis seyn, weilen wohl zuer messen, daß ein Tag-verck zwey-mädigen Wismaths mehr dann

ein Fuder Heu und Emmet zuertragen pfle-get.

AD QUÆSTIONEM II.

Ob in Casu, da læsio enormis, & ultra dimidium wider verhoffen sich hervor thäte / in eines Wohlweisen Magistrats Mächten stehe / die per Pa-ctum Antichreticum überschribene / und assignierte Wismad zu reclami-ren / und das empfangene Capital vor Abflüssung der 20. pactu ten-

Jahren aufzukünden?

St abermahl Negativa Responsio, mas-sen ein allgemeine Lehr der bewehten J.Ctorum ist, quod quando beneficio l. 2. C. de rescind. Vendit. quis renuntiavit, si non generaliter tantum, sed specialiter, & expresse hoc fecerit, præfertim Juramento accedente, Remedium hoc Actionis ad re-scissionem Contractus, vel supplementum pretii refundendum ultra dimidium læsion concedatur.

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

Colligitur doctrina ista adeo communis inter DD.

Arg. l. queritur. 14. §. si. Venditor. 9. ff. de Editit. Editit.

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

L. rem majoris. 2. C. de rescind. Vendit. Quà proditum est Remedium istud, non in-vito, sed volenti succurrit.

L. invit. 156. princ. & §. fin. ff. de R. J.

Et quilibet Juri, vel favori pro se principi-liter introducto renuntiare potest.

L. pactum. 46. ff. & l. si quis. 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 Jurejur. & c. quamvis. 2. eod. in 6. Mollienbec. ad ff. de rescind. Vend. n. 28.

Hinc

CONSILIIUM XLII. EMPTIONIS REDITUUM. 391

Hinc ne propter magnam læsionem (extra dolum tamen) rescindatur divisio Hæreditatis semel facta, Instrumento Divisionis subjici solet renuntiatio beneficij Legis. 2. cit.

Stryck. de Cauel. Contract. sect. 3. c. 3.
§. 16. Müller. ad Struv. Exerc. 15.
thes. 16. Lit. ζ.

Excipiunt ab hac communii 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.

Covat. n. 5. Guttier. num. 7. P. Friderich n. 935. expreſſe ſentit Valasc. consult. 130. n. 23. & communii DD. Ratio eft, quia talis, & adeo enormous læſio ſub renuntiatione etiam ſpeciali, & jurata non comprehenditur, tum quia Dolus ei cauſam dediſſe censetur, contra quem actioni non præſumitur quis renuntiāſſe, tum quia cum nemo ceneſteſt res suas adeo jactare velle, de ejusmodi læſione adeo gravi probabilitate non cogitavit renuntiantis. Ad non cogitata autem renuntiatio extendi nequit.

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

In caſu präſentis Controversiae iſt nicht als ſein kein ſo groſſe Læſion nicht zu findeſt, ſonder laut deductorū Num. 20. wohl nicht zu probiren Læſio ultra dimidium: herentgegen hat ein Wohlweifer Magiſtrat zu A. im Namen gemeiner Stadt nach Ausweiff Num. 3. und darin allegierten Contractis Instrumento beneficij 1. 2. C. de rescind. vendit. ob læſionem ultra dimidium factam expreſſe, & ſpecific rehunciret, welche Renuntiatio wohl ſeinen Effectum nach Maßgab der tribus Num. præc. deducirten, und communii DD. calcuло approbiten doctrina haben, und facultatem agendi ex hoc beneficio vel ad refuſionem Contractū, vel ad ſupplementum pretii justi benemmen muß, daß also nicht zu ſehen, wie, und mit was Tug Rechtens poſt renuntiationem ita factam, etiam ſtante, non tamē confeſſa læſione ultra dimidium, ſi enomißima illa non ſit, diſes Beneficium von Herren Burglemeiſter und Rath abermahl apprehendiret, und beiſelben einige Zuſtucht gemahet kan werden.

AD QUÆSTIONEM III.

Ob/ da in ungestandenen Fall propter læſionē ultra dimidium Remedium Legis ſecunda cit. der Stadt A. zuſtatten kommete / das Hospital verpflichtet ſeyt vor End der eingebungenen 20. Jahren die übernommene Wiſſenſtadt auf beſchēhene Abkündigung gegen Heimſtellung des dargelyhen Capitalis heinzustellen?

Et gleichfalls die Antwort von Meint; nam caſu, quo læſio contigit ultra dimidium justi pretii, electio eft Eme-

ptoris, utrum malit rescindi Contractum, & recipere pretium, an verò Contractum valere, & addere ſupplementum.

Nititur Doctrina iſta tum apertis Juris utriusque textibus, präſertim

c. cum dilecti. 3. Et c. cum cauſa. 6. de Empt. & Vendit. l. rem majoris. 2. C. de rescind. Vendit.

tum authoritate DD. omnium, inter quos Pinell. ad l. 2. cit. p. 3. n. 1. & 9. Bachov. vol. 2. D. 2. theſ. 10. Lit. B. fin. ¶. defendi planè. Richter. p. 2. decif. 99. n. 198. & legg. Lauterbach ad ff. de rescind. Vendit. §. 48. Müller. ad Struv. Exerc. 23. theſ. 85. Lit. 8. Pirhing ad tit. de Empt. & Vend. n. 22.

Ratio eft, quia Emptor, qui decepit ſolvendo minus ultra dimidium, quam rē valebat, eft debitor. Electio autem in alternativis eft debitoris, & huiſſit alterutrum adimplere, ut dicitur

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

Sicut ē converſo electio eft Venditoris, ſi deceptus ſit Emptor.

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

Weilen dann ein Wohlweifer Magiſtrat Namen gemeiner Stadt die Klag ſtelleſt, als wārde ſolche durch quæſtionirten Contract ultra dimidium lädiret worden, und alſo deſſe beneficij Legis 2. cit. ſich bedienen will, wird ſolcher allein Libellum alternativum zufteſſen, und in ſelben aut refuſionem Contractū, aut ſupplementum justi pretii zu begehren, das Hospital H. aber, nach erkenntner Læſione allegata, ſo doch niemahl beſag Num. 20. wird können erwiesen werden, die Wahl haben, ob ſelbes den Contract reſcindiren laſſen, oder aber defectum justi pretii ſuppliren wolle.

Und kan ſich wider ſolches wohlernemiter Magiſtrat nicht ſchuzen mit dem Vorgeben, daß quæſtionirter Wiſſe Grund ihme ſelbst, oder der gemeinen Burgerschafft notwendig, alſo wohl vor verſloffen bedingten 20. Jahren mit Tug Rechtens könne auſgefunden werden, ex communii doctrina, qua permittit expelli Conductorem ex Aedibus, ſi eas proptiis uſibus neceſſarias eſſe probarit Locator; dann ſolches erſtlich allein zuverſtehen de Locatione prædii Urbani; nam prædii Rustici Colonus (welcher Cauſa mit Cauſa Quæſtionis eintrifft) ob neceſſitatem 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. red. n. 15. Müller ad Struv. Exerc. 24. theſ. 12. Lit. s.

Über das iſt ad expellendum ante tempus Conductorem ex re conducta nicht genug quæcunque neceſſitas propria; ſo, ea debet in primis eſſe urgens & vera, qualis non eft, ſi velim expellere Conductorem, ut pro cariori pretio, ſeu per illatione illam alteri locare poſſim. Ita, debet eſſe talis, qua non imminet.

26.

27.

28.

29.

minebat Locationis tempore, nec etiam prævideri potuit, sed post initum demum Contractum inopinatō accidit.

c. propter. 3. de locat. & Conduct. ibi,
Quia tamen non imminebat Locationis
tempore. Müller, thes. cit. Lii. 8.

30.

Weilen dann vorgewendete selbst eigne Nothwendigkeit entweder schon tempore Locationis zu finden ware, oder leichtlich hätte können vorgeschenen werden, auch die Sach allhie haffet circa Locationem prædi Rustici, und über das ein so tringende Nothwendigkeit, als vonnothen wäre ad expellendum Conductorem, nicht leicht wird können erwiesen werden, will sich nicht finden, mit was Recht der also stipularet, und clausulirte Contract vor der Zeit möge abgefündet, und aufgehoben werden.

Auf bisshero deducirten bekommet leichtlich seine Abfertigung, was in Rationibus dubitandi hingegen von einem Wohl-weißen Magistrat pro legitimatione der von ihm intendirten Abkündigung mehrmahl accusirten Contracts ist eingewendet worden.

Ad 1. Nimmet Herr Verwalter im Namen des ihm anvertrauten Hospitals für bekannt an, was die Herrn Bürgermeister, und Rath in diesem Argument selbst bestehen, daß ab dem Tagwerck des Wiss-Grunds Questionis 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-märdigen Wiss-Grunds 6. bis 7. fl. Jährlich pflegen gereicht zu werden: in welchem dann freymüllig, und umgetrungen bekennet wird, daß wenigst $5. 6.$ oder $7. fl.$ justa Pensio annua für ein Tagwerck in das andere seye. Weilen dann Num. 20. erwiesen worden, daß einer gemeinen Stadt A. aus denen 200. fl. empfangenen Anlehen, und 200. fl. für gemachte Zuzrichtung, und auf künftige Jahr hinaus dauernde Verbesserung aufgewendeten Umlosten, $5. fl.$ ja, wann auch das erst, und zwar nicht sonder Schuld der Stadt, ohne des Hospitals Nutzen abgelöffene Jahr per $50. fl.$ angeschlagen, und solche Summa in die zehn Tagwerck wolte eingetheilet werden, so gar $6. fl.$ Jährlich für jedes Tagwerck zu Nutzen kommen, falle hell und klar an den Tag, daß durch questionirten Contract wohl-erwehnten Stadt A. kein wahrhaft Læsio, und multo minus ultra dimidium zu kommen.

32.

Ad 2. Dass die noch schlechtere Wiss-Mäder um die Helfste höher, als der Zins von angelshener Summa der 200. fl. sich be läuffter, von dem Stadt-Magistrat verlöhnen worden, probiret noch keine, noch minder ein solche Læsion, wegen welcher Remedium l. 2. C. de rescind. Vendit. competitre; dann 1. Wie Num. 15. beygebracht worden, hat jede Sach, dero kein gewisser Preys à Lege, vel Principe statuirt ist worden,

dreyerley Werth, den höchsten, mittleren, und mindist, oder nabissten, und alsdann ererst Læsio ultra dimidium geschehen zu seyn erachtet muss werden, wann der Käufer um die erkaufte Sach dimidio minus justi pretii infimi gegeben hat: welches aber in gegenwärtigem Casu nicht findlich ist, und solches auch diser Ursachen halber, weilen 2. Lauth Num. præc. Pensio annua für ein Tagwerck zwey-märdigen Wiss-Mod seyn $5. 6.$ oder $7. fl.$ Nun aber, wann zu dem Capital von 200. fl. auch beygefügt werden die 200. fl. so an die Aufstockung, und Zu richtung questionirten Wiss-Grunds seynd aufgewendet worden, falle auf diser und vorderer Summa, $50. fl.$ Jährliches Interesse, kommen also auf jeder aus accusirten se hen Tagwerck $5. fl.$ consequenter justa, quamvis non summa Pensio annua. Über das 3. Ist schon Num. 11. angemerkt worden, quod ut tanum judicium ferri pos sit, num in Contractu contigerit læsio ultra dimidium, necne, non ad singularem affectionem, vel commoditatatem unius, sed ad communem rerum aestimationem attenden dum sit. Wann dann Pensio justa annua für ein Tagwerck zwey-märdigen Wiss-Mod & fl. aufzimachet, und solche Quantität in gemeine Stadt A. würcklichen geniesen kan, kan nichts hinderen, daß andere die noch schlechtere Grind für ein höhere Pensio gemichet haben, weilen vielleicht the selbst eigne Commodity sie zu disem überschüß hat vermögvet.

Ad 3. Wann es auch seyn solle, daß von Löbl. Hospital H. auf questionirten Wiss-Grund in die 30. oder noch mehr Tüder all-jährlich heimgeführet werden, also, ein Tuder in das andere per $6. fl.$ ge rechnet, die all-jährliche Emolumenta bis $120. fl.$ aufzimachet, so wird doch hierauf nicht probiret, daß hierdurch etwas wider die Recessus Imperii, und Reichs-übliche Gewohnheiten pecciret worden; dann 1. Dass obangesetzte nicht alles pro lucro, und fructu zu haften, septemahlen schon em mahl oben ange deuteter Massen fructus dicuntur, qui deductis expensis restant. Nur aber ist bekannt, daß auf das Thungen, Mähren, Heuen, Einführen, und anderes, wie Num. 20. angemerkt worden, vil Kosten verwendet müssen werden. 2. Ist ein Überschüß über dieses alles noch zu finden, ist solcher nicht umbillich ex causa incertitudinis, & periculi, denen dergleichen Emolumenta wegen Dürre, oder allzuvielen anhaltenden Regen, auch Aufgussung des Flusses seynd unterworffen, Conductori zuzueignen. Nun aber muß ad inferendam laisionem in Contractu factam nach Aufweis Num. 13. auch in Bedacht gezogen werden die Ungewissheit, an welcher dergleichen Emolumenta annua hängen; nam, ut Num. alleg. dictum est, ob maiorem, vel minorem certitudinem, à qua dependet la

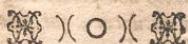
so, vel lucrum contrahentium, res majori, vel minori pretio venduntur. Unde illud tandem pretium justum est, quod hac incertitudine, & alius omnibus consideratis, pendi communiter pro re aliqua, vel pro fructibus ex hac annuis percipiendis solet. Ein solches Premium aber seynd 3. Nach Aufweiss Num. 31. wenigst s. fl. für ein Tagwerk zwey-märdigen Wiss-Grunds. Und so vil geniesset aus dem Contract eine gemeine Stadt A. Massen, wie Num. 20. erwißen worden, neben denen 800. fl. empfangen Anlehens auch die 200. fl. so auf den Grund Questionis seynd aufgewendet worden, zu einem Capital zuschlagen seynd. Also auf beydien Summen zusammen genommen der Jährliche Zins auf 50. fl. anfließet, welcher in die zehn Tagwerk eingetheilet, für eines s. fl. folglich justum, quamvis non summum pretium annum aufzimachet. Solte aber, bis omnibus consideratis, noch ein Überschwang zu finden seyn, geniesset selben mit allem Zug Rechtens das Hospital H. theils weilen solches Jus justo, & communiter 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 zehn Tagwerk aufgemessene Spatium in 11. bis 12. Tagwerk betrügen soll, hat sich bishero noch nicht gezeigt, und ist præsumptio in contrarium wegen von denen der Feldmesser-Kunst erfahrenen Meistern, quibus in arte sua credendum est, beschehler, und für zehn Tagwerk erkanten Abmessung. Solte es aber auf etwas mehrers sich belaufern, ist solches billischer massen nachzusehen, theils ob utiliter gestum negotium wegen mercklich fünftiger Zeit der gemeinen Stadt auf solcher Verbesserung zugehender, und vielleicht sonst nicht zu hoffen seynder Nutzbarkeit, theils weilen nicht allzeit, wie in facto selbst die Erfahrung gegeben, die Jahr in den fructibus gleich seynd, und geschehen kan, dass vielleicht ein Jahr gar wenig, oder auch

gar nichts wegen anlauffendem Wasser, und anderer Gefahren daryon Nutzen ertraget. Dass aber vorgeschrieben wird, als hätte die Bürgerschaft ersagte Wisen selbst vonnothen, gibt kein Recht den Contract vor der Zeit aufzufinden, massen solche Nothwendigkeit, wanns eine ist, schon tempore Contractus sich befunden, oder wenigst hätte vorgesehen können werden, quo casu sub pretextu necessitatis propriæ ante tempus Conductor ex re conducta expelli non potest juxta dicta Num. 29. Zugeschweigen, dass allhier die Controversia nicht de prædio urbano, sonder Rustico ankommet, ex quo nach Aufweiss Num. 28. Conductor ob necessitatem ad usus proprios à Locatore non potest expelli.

Weilen dann in Contractu Questionis keine Rechts-vergnügige, noch minder ultradimidium facta Læsio sich befindet, sonder vilmehr erwißen kan werden, auch würklich erwißen worden, quod Locatio pro pretio juxta communem aestimationem, auch propriam der Herren Burgermeister, und Rath Confessionem facta sit, will nothwendig folgen, das Remedium L. 2. C. derescind. Vendit hier nicht Statt finde. Und solte auch verley Læsio würklich zu weisen seyn, haben die Herren Burgermeister, und Rath huic Remedio expresse, & explicitè renunciaret, und darum ihnen den Gewalt genommen auf selbes zurückzukehren. Letztlich wann auch wider errossenes Læsio ultradimidium geschehen wäre, und zugleich Remedium indicatum Platz findet, stunde doch in Mächtien eines Wohl-weisen Raths keines Weegs den Contract absolute aufzufinden, sonder cum per L. 2. cit. Iudicis in arbitrio ponatur, an velit supplere pretium, vel pati Contractum rescindi, müsste selber mit dem supplemento pretii, wann solches von Seithen des Hospitals anerboten wurde, sich befridigen lassen.

35.



CONCILIUM XLIII.

Wennerungen über die auf obiges Rechtliche Gutachten von einem Löblichen Magistrat der Stadt A. erfolgte Extrajudicial-Antwort / die Relution eines Wiz-Grunds betreffend.

SUMMARIUM.

1. seqq. Afferuntur Argumenta, qua probant Contractum fuisse usurarium, & consequenter rescindendum.
17. Propugnatur aquitas Contractus.
18. seqq. Si alius non subfit Titulus accipiendo lucrum ultra sortem, non censetur celebratus Contractus Mutui, sed Emptionis Venditionis,
21. Qui cum Contractu Antichretico, & simplici Pignoratio non est confundendus.
22. Loco Censū 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 expressa 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 præsenti Casu non est verè Mutuum cum Pacto Antichretico.
40. Melioratio non potuit exigi gratis.
41. Fructus dicuntur, qui superfluit deductis expensis.
42. Possunt peti Usura Impendiorum.
43. In Stipulationibus dubiis contra Stipulatorem fit Interpretatio.
44. Ultra quincunces usuras peti potest, si maius interesse probatur.
45. Præsertim si Creditor impensas fecit in excolendo fundo pignorato.
46. Excessus annuorum Redituum emptorum non imputatur in sortem, quia particulari 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 lucrum 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 representant totam Communiam: talis est Magistratus in loco questionis.
58. Si constet pecuniam versam esse in utilitatem Communiam, hæc semper teneri.
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 Ejus Consensus personalis:
64. Ille autem præsumitur, si de eo sit mentio in Instrumento Contractus.
65. Nisi gravis laiso, vel defectus substantialis offendatur, non potest ad Recisionem Contractus procedi, præsertim violenter, & via facti.

Argumenta Adversariorum.

G Es will ein Wohlweiser Magistrat besagter Stadt A. die Relution, und Anhängerziehung, questionirten Wiz-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 allegirt, und darauf die Intention

fundiret wird; welches doch ein ganz irriges Suppositum, massen das ganze Negotium lediglich, und præcisè in einem Formal-Anlehen bestehet, zu dessen Versicherung die Wisen Questionis verpfändet, und an Statt des Land-gebräuchigen Interesse zu geniessen, an das Löbl. Hospital Pacto Antichretico überlassen worden, allermässen die in der Obligation etlichmal befindliche Termini Vorgeliehen / neben anderen Expressionen unwidersprechlich an Tag gegeben. Nun aber

2. Ist zwischen dergleichen Contract, und dem supponirenden Kaufs-Negotio, in Jure, & Foro ein sehr grosse, und hauptsächlich zwar diese Differenz, daß nemlich in dem Kaufs-Contract dem Käufer das Dominium rei vendita 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 Sach, in welchem Fall ein ungezweifelter Lehr-Satz Doctorum ist, quod Fructus pignoris absque Usura non cedant lucro Creditoris, sed imputari debeat in exonerationem fortis, ita, ut minus Capitale restituatur, quo plures Fructus ex pignore Creditor perceptit. Auf welchem dann

3. Folgen will, daß der Hospital H. die Fructus questionirten Pignoris, so vil nemlich diese über Abzug des von vorgeliehenem Capital gebührenden Zins annoch überbleibt, nicht behalten, sondern in sortem 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 versirende ist,

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

vor unverlaubt zu halten, indem loc. alleg. bemeldter Author den Creditorem, mit welchem solcher Contract aufgerichtet, vil mehr einem Possessor male, quam bonae fidei verglichen, und der Meynung seyn will, daß dieser, ob gleich selber zu Anbau und Zurichtung der ihm verpfändten Güter verschidene Unkosten gemacht, dannoch ob Culturam, & curam ihm keiste Fructus appropriiren könne, cum sibi imputare debeat, quod Culturam, & Curam ex Contractu illico 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 Seithen gemeiner Stadt A. mit der Zeit, und wann über den bishero 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 unhillich excipieren wird können. Und zwar um so vil mehr, weilen

4. In der Obligation per expressum außgetragen worden, daß ein Löbl. Hospital die verpfändte Fundos auf eignen Unkosten zu zweymärdiger Wisen bereithen solle; daß sich demnach erstersagte 200. fl. zum Capital nicht schlagen lassen, vil-

R. P. Schmalzgrueber Consl. Tom. I.

weniger der Zins hiervon kan prætendiret werden. So ist auch

5. Auß denen dem Contract einverleibten Worten an Statt des Land-gebräuchigen Interesse nicht unsüglich zu eruire, 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 Überschüß umsonsten einziehen, und gewinnen, sondern solchen Genuss Gemeiner Stadt zu gutem eintwider an dem Capital abgehen, oder der Stadt dessentwegen anderwärte Refusion angedeyen lassen solle. Und solches um so vil mehr, weilen

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

Carpzov. p. 2. Conf. 30. def. 40. n. 4. lehret, quod vulgaris sit opinio, Conventionem Antichreticam non nisi ad legitimum Usurarum modum valere, eo quod proxime accedit ad eam Contractus speciem, qua fieri solet in fraudem legitimarum Usurarum; ac propterea Creditor ad ratiocinia obstrictus erit, & fructus, ultra Usuras quincunces perceptos, in sortem 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 Hand abscheren kan/ wie dann in presenti geschiehet, indem ab denen versechten Wisen ohn sonderbare Kosten, und aufwendende grosse Arbeit das Gras gleichsam von sich selbsten an die Sichel wachset, und alle Jahr mehr, dann 30. grosse Fuder Heu, und Grammet importiret, welcher Genuss wann er unparthenisch taxiret werden soll, ein vor alle mahl auf 40. fl. Zins vil zu groß ist. Ferners

8. So hat man sich auch mit der Ungewissheit der Früchten nicht zu behelfsen, weil die Wisen Quæstionis in einem so fruchtbahren Grund liegen, allwo nicht bald der Strohm darauf lauffen kan, und dahero alle Jahr, auch in denen trücknisten Sommern, überflüssig Heu, und Grammet gewachsen ist, so daß Incertitudo Fructuum, wegen welcher Antichresis conniviret wird, disfalls auf keine Weise objiciret kan werden, daß also eingreisset die Lehr Saliceti & Accursii apud Carpz. p. 2. Conf. 30. def. 42. n. 4. qui docent, Antichresis procedere, si dubium sit de Fructibus, quanti nimimum percipi possint; quodsi vero indubitabiliter fructus crescant, & legitimum Usurarum modum excedant, tale Pactum rescindi debeat. Gleicher Massen

9. Kan man die Gefahr wegen der geringsten Verminderung, oder Abgang des Ddd 2 consti-

constituirten Pfands mit nichten allegiren, weil in der Obligation specialiter dem Löbl. Hospital zu fernerer Versicherung versprochen worden, daß wann von der pignorirten Wiesen der anliegende Fluß einen mercklichen Theil hinweg nennen würde, solcher Abgang von gemeiner Stadt wegen jedesmahl mit anderen nächst-anliegenden Gründen ersezt, mithin die verheissene 10. Tagwerk jederzeit vollständig verschafft, und gewahrt werden sollen. Und ob schon

IO.

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 soviel gezeigt, daß all-Jährlich noch so vil, das ist, das alterum tantum über das Landgewöhnliche Interesse das eingeferte Heu, und Grammet, wann es zur unpartheischen Berechnung kommt, aufgeworffnen habe, welches aus deme abzunemmen, daß die Bürgerschaft in A. (die Verthezung, und andere darauff gehende Unkosten, auch der Ungewissheit der Jahr-Gang ohngeachtet) vor jedes Tagwerk all-Jährlich 12. bis 13. fl. Bestand, so von 10. oder 12. Tagwerk wenigst 120. bis 140. fl. liquide ertragt, zu geben schon öfters anerbiethig gewesen; auch, wie wohl zu erweisen, gleich nach dem Contract Quæstionis sich hierüber sonderheitlich, daß man dergleichen Güter an fremde Händ überlassen, zerschidner mahlen beschwöhret hat. So ist auch

II.

11. Zu versichern, daß in dem Herzogthum N. sichere Präjudicia vorhanden, Krafft deren i. gleichen Pacta Antichretica rescindiret, genaue Rechnung über den Überschuß der genossenen Früchten gepflogen, und dem Debitori das verfezte Guth ohne Zurück-Bezahlung des mutuo übernommenen Capitals adjudicirer und restituiret worden; welches eine Löbliche Stadt A. im Fall, da wider Verhoffen die Sach ad strepitum Judiciale gelangen sollte, in so mehr zu erhalten sich gleicher Massen wohl getraut, 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 enornem in integrum restituiret werden muß, ungeachtet der in Instrumento Contractus inserirten Clausulen, und Renuntiationen, welche dem kürzten Pupillo, vel Civitati die Restitution, oder Rescissionem Contractus, præsertim illiciti, nicht benemmen können, sondern so bald sich die Læsion hervor

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

13. Zu dergleichen wichtigen, und odiosen Handlungen die Zünft- oder Kerken-Meister, und Tribuni-plebis nicht gezogen werden, wie diffalls geschehen, da weder Kerken-Meister, noch sonst ein gemeiner Burger hieron nicht das Geringste gewußt hat. Civitas vero ex Mutuo, aliōve Contractu, cum Consilibus, & Senatoribus inito, non obligatur, nisi Civium nomine Tribuni-plebis consenserint, juxta tradita

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

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

Anjego zu geschweigen, daß

14. Zu Aufnam eines so namhaften Anlehens, und Dagegen auf 20. Jahr antichretice verpfändter so ansehnlichen Gründen Approbatio Principis, premisso Decreto, nicht requirit, oder impetraret worden, welche doch in Causa Pupillari, vel Civitatis erforderet wird. Welches alles dann

15. Von Seithen des Löblischen Hospitals tempore Contractus ante omnia hätte sollen beobachtet werden, sonthen muß der Darleyher, im Fall einige Læsion, oder ein anderer Defectus heraus kommt, ihm selbst solchen imputiren, und gedenken: disce in posterum cautius mercari; cum Civitatibus enim contrahens caute debet agere, quia quamplurimæ Controversiae facile oriri solent de Civitatum obligationibus,

quas videre est apud Coler. de Proces. Execut. p. 2. c. 3. n. 348.

Stehet dahero

16. Gemeine Stadt nicht im Witz, ob schon das Pactum auf 20. Jahr gemacht worden, weilen eben durch dises der grösste Nachtheil, und Schaden verursachet worden, so noch grösser, und unleydlicher werden wurde, wann man auf Verfluß der noch übrigen partirten 8. Jahren ferners hin müßte zuwarthen. Darummen dann ein Wohlweiser Magistrat den 14. Januarii dises laufenden Jahres decerniret, und per Expressum schriftlich an Herren Verwalter gelangen lassen, die Wisen Quæstionis bis zu Auftrag der Sach in statu quo, und darauff einigen l. v. Eung nicht mehr führen zu lassen, mit Verrohung die Führen wieder zurück zu weisen.

Und dieses ist, worauf ein Wohlweiser Magistrat der Löblichen Stadt A. sein prætendirende Relution des eingegebenen Wis-Grunds befestiget; so aber in mehrerer Anbetrachtung der angeführten Beweishummen thas in Jure, theils in facto fehlig.

Rœ

Responsio ad Argumenta
opposita.

AD 1. Wann ein Löbl. Hospital mit seinem Consulenta, wie vorgeben wird, in einem ganz irrgen Supposito seyn müßt, da selbes Contractum Quæstionis vor einen Kauffhandel hältet, und darauf seine Intention in abgegebenen Rechtlichen Gutachten fundiret, folget nothwendig daraus, daß alle diejenige, welche paciscendo s. pro 100. pecunia prorsus otiosas, sub Constitutione Pignoris, vel Hypothecæ pro securitate Sortis, aufsleyhen, für warhafte 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, cujuscunque sit quantitatis, Usura erit, nisi acceptationem ejusmodi excusat aut periculum Sortis, aut ratio damni emergentis, vel lucri cessantis. In Casu autem nunc posito non inventur aliquid ex his tribus capitibus; nam ex carentia pecunia prorsus otiosa nullum emergit damnum, nec lucrum aliquod mutuo danti cessat, ac ne fors pericitetur, satis cautum est, constitutione Pignoris, vel Hypothecæ. Es wurde aber derjenige, so all dise, die auf besagte Weise das bey ihnen müßig ligende Geld um s. per 100. aufsleyhen, des verdammlichen Wuchers wolte beschuldigen, gewißlich gar wenig Glauben finden/ weisen in unsern Deutschland, und ganzem Reich ein bekannte Sach, daß auch gelehrte, und Gottsfürchtige Männer, ja auch ganze nicht allein Weltliche, sonder auch Geistliche Communitäten passim und ohne Scrupel derley Contractus celebriren, krafft welchen sie s. pro 100. begehren, und annehmen, wann gleich das darfür geschossene Capital keines Weegs periclitaret, als welches durch hingeneg eingehertes Unterpfand, oder sub Hypotheca obligirte Güter genugsam versicheret, und zugleich solchen Darlehener hierauf kein damnum zuwachset, 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 hierum ein Mutuum unterlossen, quidquid verba, in Contractu adhibita, in sensu obvio sonent; sonder es ist vilmehr darvor zuhalten, daß ein anderer, und zwar ein solcher Contract eingegangen worden, quem DD. passim Germanicum vocant, quique alias non est, quam Emptionis Venditionis, quo pro 100. datis emitur Jus percipiendi s. annuos, & simul convenit, ut hoc Jus tamdiu Emptori competat, quamdiu illud Venditor non redemerit ab Emptore, redito eodem pretio, quod Emptor ipsi pro Jure hoc dedit.

Porrò Contractus haec Species, saltem si pretium justum, & à Legi taxatum interveniat, multum distinguitur ab Usurario; nam moribus, & Jure Canonico receptus, & per Constitutiones Imperii approbatus est, prout declaratur in

Extrav. Regimini. I. & 2. int. comm. de Empt. & Vendit. Recess. Imp. de Anno 1548. Von Wucherlichen Contraten/ s. und nach dem / Item Poslicey-Ordnung zu Frankfurt de Anno 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, quocunque pretio est estimabile, & habere, possidere, aut persequi possumus, ejus, concurrente voluntate agentium, vera Emptio Venditio est.

I. si in emptione. 34. S. omnium. 1. ff. de contrab. emr.

Atqui Jus percipiendi annum Censum, quod tali casu venditur, & à Venditore promittitur præstandum, tale est.

Gaill. *I. 2. obs. 7. n. 9.*

Neque obstat, quod in hujusmodi Contractibus, ubi pecunia prorsus otiosa datur alteri, paciscendo cum illo de dandis annuis s. pro 100. adhibeantur passim verba significantia mutuum; cum enim

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

non debeat intentio verbis deservire, sed verba intentioni, non verba, sed voluntas, & intentio contrahentium in hoc spectanda est. Est autem horum prælertim si timorati, & probi sint, intentio, quod velint celebrare contractum, quem licite possunt. Cum ergo non possint licite percipere velle s. pro 100. præcisè vi Mutui, volunt celebrare Contractum aliud à SS. Canonibus, & Imperii Constitutionibus approbatum, qui est Emptio Venditio Census anni, ubi s. anni respondent 100, datis in Summam Capitalem.

Denique hic ipse Contractus cum Contractu Antichretico, & Simplici Pignoratio 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 diffidet; nam 1. Contractus hic Retroventionis est absolutus, & per se stat; Contractus Pignoratius autem se ad alium refert, ejusdemque accessio est. 2. In Contractu Retroventionis pecunia subit locum pretii; at in Contractu Pignoratatio æris mutui vicem lusinet. 3. In priori, res, quæ pro pecunia datur, est merx, in posteriori Pignus. 4. In illo comparatur Jus percipiendi fructus ex fundo ita concessus; in iusto fructuum lucrum non fit, sed isti debent restituiri, vel imputari in sortem.

D d d 3

Videa,

Videatur Mollenbec. ad ff. tit. de Pignor. Action. n. 19. ubi plures adhuc referuntur Differentia.

22.

Auf 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 reprobatum, & Usurarium Contractum mit Ld. Stadt A. eingehen, oder dise in selben consentiren hab. wollen, anderen Theils aber erwisener massen in mutuo ultra sortem, ubi non adeo lucrum cessans, vel damnum emergens, aut periculum Sortis sine labe Usuraria nichts kan begehret, oder angenommen werden, bemeldtes Hospital mit wohlernannter Stadt aliud quoddam genus Contractus, de Jure, & moribus permitti in gegenwärtigen Casu hab. celebriret. Wann dann dise Genus Contractus à Mutuo distincti kein anderes seyn mag, als Emptio Venditionis annuorum Redituum, loco Census pecuniarii alias pendi in annos singulos soliti ex fundo concessi percipiendorum, will daraus folgen, daß dicti ergentes Hospital keines Weegs, wie man Gegenseiths meynt, auf einem irrgen Supposito, da selbes mit seinem Consulanten den zwischen sich, und der Stadt A. geschlossenen Contract, vor einen Kauffhandel hältest, vor selben auch durchgehends allegiret, und darauf seine Intention fundiret. Mag auch disen Schluss mit nächsten hindertreiben, daß in Instrumento Contractus gebrauchet werden die Wörter vorgelyhen / darleyher / Anlehen ic. quæ verba per se mutuum tonant; massen, wie Num. 20. erwiesen worden, mehr auf die Intention der contrahirenden Personen, als auf die in dem Contractus gebrauchte Wort zu merken; planè enim, si contrahentes utantur verbis, quæ non possint (salvo scilicet valore, & licentia Contractus initi) Contractui Pignoratio quadrare, sed Retrovenditionis Contractum necessario arguant, contrahentes Mutui, & Pignoris Vocabula magis ex incuria, quam consulto miscuisse, nec revera alium, quam Retrovenditionis Contractum iniisse intelliguntur.

Sunt verba Mollenbecii ad ff. tit. de pign. att. n. 19.

23.

Ad 2. Will zwar erst allegirter Mollenbeccius l. cit. behaupten, daß in Contractu Retrovenditionis dem Käuffer auch das Dominium rei fructuaria loco Usurarum cessa, sed reliabile, eodem pretio reddito, zukommet; darum er dann denen Num. 21. bengebrachten Differentiis inter Contractum Pignoratitum, & Emptionis annuorum Reditum noch dise drey beyleget; quod 1. In Emptione annuorum reditum transferatur Dominium; in Pignoratitio solum constitutatur Jus Pignoris. 2. Quod in priori ad repetendum competat Actio venditi ex pacto; in posteriori Actio Pignoratitia Directa. 3. Quod in illo, si nullum adje-

ctum sit tempus, verius locum habeat Regula l. 3. C. de Præscript. 30. vel 40. ann. Contra verò in isto, quo usque non solutum sit debitum, Pignoris relutioni non præscribatur: cuius rationem dat, quia Jus retrovendendi perfecte quantum est pacto speciali, cui æquè, ac aliis Juribus præscribi potest, maximè cum Possessor animum, tūlimumque Domini præ se ferat, quod in Pignore fecus se habet.

Es will aber, und kan das Hospital einer Stadt A. in Casu præsenti das Dominium, und Eigenthum auf den Fundum Questionis keines Weegs anstreiten; dann selbem genug ist, wann es sich behilfet der communiter receptirten Lehr Doctorum, juxta quam Vendor in Contractu Emptionis Venditionis annuorum Reditum, licet Dominus maneat fundi frugiferi concessi alteri, insitum tamen, tanquam Emptorem pro pretio, atque ita pro summa ab eo solutum 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 constituta, ita, ut Emptorem nullā viā impediare ab usu illius possit.

Müller. ad Struv. Exerc. 27. thes. 18. Lit. y. Resp. ad 6.

Neque obest, quod alijs res qualibet 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; Superficiaris, de quibus Salaria præstamus. Imò in Contractu Censitico tam utile, quam Directum Dominium, atque adeo omne Jus Censitum in re transfertur, nihilque apud Dominum priorem manet, & tamen Censita Censum eidem inferre tenetur, prout

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

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

ut bene advertit Müller. l. cit. Resp. ad 6. ex Hahn de Ann. Redit. thes. 5. licet recipiam multo plus, quam ego solvi pro tali Jure, non dicor committere Usuram; quia quidquid recipio, ex re mea propria, nempe ex Jure a me empto recipio: sicut non dicor committere Usuram, si ex possessione, vel domo empta per lapsum annorum multo plus, quam pro illa solvi, reci piat.

CONSILIIUM XLIII. EMPTIONIS REDITUUM.

399

26.

piam. Auf 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 percepit; in Contractu retrovenditionis autem, vel Emptionis Annorum Reditum Capitale integrum maneat, etiam si 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; contraria Emptio Centrum annorum sit Dominus Juris percipiendi fructus rei frugiferæ sibi concessæ, usque dum Capitale sibi iterum solvatur, adeoque Jure Dominii interim fructus percipit, suosque facit.

L. si res. 4. S. sed & Marcellus. 3. ff. de in diem addition. Lauterb. de Jure Antichr. thes. 2.8. Müller. ad Struv. Exercit. 19. thes. 5.2. Lit. y.

27.

Kan also der in Casu præsenti vorgegangene Contract keines Weegs für einen Contractum Pignoratitium simplicem angesehen werden; weilen hiermit expreße pactum worden, das das Hospital den eingehändigten Grund und Boden - - an statt des Land-bräuchigen Interesse besitzen / auch Jahrlich ohne andere Beschwerde an Zeu/ und Emmer in so lang nutzen/ niesen, und gebrauchen möge / bis ihme die erlegte Summa der vorgelyhenen 800. fl. in einer unzertheilten Summa (adeoque salvâ Sorte, & fructibus in eam non imputatis) wider erstattet und bezahlt werde. Eben so wenig kan quæstionirter Contract pro Pacto Antichretico geachtet, sonder muß vil mehr, wie schon erwiesen, 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 Questionis die Land-bräuchige Usura versprochen, und an statt deren die fructus fundi concessi gegeben worden. Nun aber ist, wie gar schön anmerken

Lauterb. tr. cit. thes. 2.8. & 2.9. Müller. l. cit.

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

de quo agitur L. convention. 1. S. 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.

Und wann schon auch auf ungestandenen Fall in præsenti nicht Emptio Venditio annorum Reditum, sonder Pactum Antichreticum versirte, so folget doch nicht eben daraus, daß die fructus quantitatem Usurarum excedentes, wie man Gegenseiths 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 pignoratae, quantitatem Usurarum excedentes, in sortem Creditori imputentur, sed cedant lucro Creditoris; Tacita vero 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 passione. 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, quam efficiat Usura legitima, ut si v. g. Usura creditæ pecuniae 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 a 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. 5.2. Hahn ad Wefenb. 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. debit.

c. 4. n. 14. & seqq. Lauterbach. ad ff.

de pign. act. §. 8.

Contrà, si proventus fundi minus certus est, ita, ut facile fieri possit, ut tantum fructuum non proferat, quod legitimas Usuras excedat; nam eo casu æquifissimum est, fructus, et si aliquo, vel aliquot annis plures provenerint, quam efficit Summa Usuratuum, 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, quæna incommoda sequuntur.

L. seq.

28.

29.

30.

L. secundum. 10. ff. de R. J. Berlich.
p. 2. decif. 170. n. 25. Rauchbahr l. 1.
q. 20. Schaeffer. l. 1. q. 17. Hahn
n. 5. cit. Hagen l. cir. n. 123. Lauterb.
de Jur. Antichr. th. 45. & seqq. Lau-
terbach. § 8. cit. Rittershus. cons.
Altorf. 4. n. 4. Et Cons. 124. num. 64.
& seqq. & sumitur ex l. si ea pactione. 14.
Et l. oleo. 23. C. de Usur.

31.

Incertus igitur eventus à Contractibus fœ-
noris suspicionem excludit tam in foro ex-
tero, quam in interno conscientia. Hinc
multa, quæ alias iniquiora videntur, ut æqua
sustinentur. Et nominatim Antichromenus,
deductis expensis, & justa mercede paria-
tæ, inter usurum percipiens neutquam illici-
tum scens contraxit; non enim contrahitur
Antichresis, institutæ comparatione inter
fructus & Usuras pro pecunia debitas, sed
illa tantum ratione, quod Creditor tanti
estimationaverit pecuniæ suæ carere, quanti esset
illud, quod ex incerto fructuum eventu re-
digi potest: consequenter nuda spes in Con-
tractu subest, quæ certam estimationem non
habet; quod enim quisque prudentior, eò
minoris spem estimat, & spes prudentibus
nihil, aut paulo plus, quam nihil valeat.

Ant. Faber de Error. Pragm. 9. Error. 5.
Meobius 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 Usuram modum non sit
nimius. Porro quis excessus pro nimio ha-
beri debeat, dijudicatio relinquenda est ar-
bitrio Judicis.

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

Ut autem justè excessum hunc taxet Judex,
non debet tantum respicere, quantum fru-
ctuum Creditor Antichreticus perceperit;
etenim si singulari diligentia, & prudentia
Creditoris, vel speciali, atque extraordina-
ria unius, vel alterius anni fertilitate uberior-
es provenerint Fructus, Creditori desuper
nulla moveri questio debet.

Arg. l. Jura. 13. & seqq. ff. de Legib.
Nec ipsi propriæ diligentia, & prudentia fru-
ctus, aut singularis DEI Benedictio invi-
deri debet.

Arg. l. si merces. 2. §. vis major. 6. ibi:
cui immodicum lucrum non auferatur. ff.
locat. conduct.

Sed Judex communem fructuum proventum
considerare, & modum non ex eo, quod
raro, sed quod ut plurimum accidit, consti-
tuere debet, nulla ratione habitâ vel insolita
sterilitatis, vel rara 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. x. cit. §. 4.
Quo casu quandoque respici solet ad illam
quantitatem, quæ prædium locari potest: item

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

Mollenbuc. adff. de pign. act. n. 23.

Aus welchem allen dann folget 1. Daß
Contractus Questionis keineswegs anzu-
sehen pro Pacto Mutui, sondern pro vera
Emptione Venditione annuorum Redituum,
in quo Emptor Jure Dominii Fructus perci-
pit, consequenter in sortem non imputat.
Oder will man auf das Mutuum cum con-
stitutione Pignoris, vel Hypothecæ noch
weiter beharren, so ist 2. Accusator
Contract nicht Pignoratus simplex, son-
dern Antichreticus, ubi inter Pignus sim-
plex, & Antichretis in hoc discrimen afferatur,
quod in illo Fructus computandi sint in sortem,
in hac non sint, sed lucro Creditoris
cedant.

Alciat. l. 2. distinct. c. 3. Gaill. l. 2. obf.
3. n. 2. Rittershus. Cons. Altorf. 4.
n. 4.

Besonders wann 3. Die Fructus unge-
wiss seyn, und sowohl an dem Werk, als
an der Menge fast alle Jahr sich ändern.
Wann dann in Casu præsenti, wie unten
erwiesen wird werden, die Sach sich also
befindet, ist ein Wohlweiser Magistrat, der
vilmehr dero Schriftsteller, in irgjem
Supposito, da selber Contractum Questionis
Constitutioni simplici Pignoris æquipa-
rire, und aus disem Supposito behaupten
will, daß die Nutzungen, was Fundus Qua-
stionis über die Land-bräuchige Usuras
etwan bisshero ertragen hat, das Hospital
H. schuldig seye an der Schuldsumma
abgehen zu lassen; dann wider solches nicht
allein streittet, was bisshero ad hoc Argu-
mentum secundum deduciret ist worden,
sondern auch expressus tenor Instrumenti
Contractus, da ein Löbliche gemeine Stadt
A. sich verobligiret in unzertheilter Summa
das Dargeschossene nach vorherig eines
Jahrs Außkündigung heimzuzahlen. Hier
mit

Ad 3. Ist der erste Theil dieses Argu-
menti, da man behaupten will, daß der
Hospital die Fructus questionirten Fundi,
so vil dise über Abzug dess von vorgeliehe-
nen Capitals gebührenden Zinses noch
überbleibet, nicht behalten, sondern in sortem
imputiren müsse, schon abgefertigt
worden; dann entwiders ist eingeflagter
Contract Emptio Vendito Reditum An-
nuorum, oder bleibet es ein Mutuum cum
Pacto Antichretico percipiendi Fructus ex
Fundo oppignorato. Si primum Emptor,
nempe Hospital Fructus percipit ex re pro-
pria, nempe ex Jure per Emptionem compa-
rato; consequenter periculum Usura non est,
quæ solum est lucrum ex re aliena. Si secun-
dum, cum fructus incerti sint, in sortem
juxta deducta imputari non debent, sed lucro
Creditoris cedunt.

Henricus Canisius in allegirter Stell ver-
wirft

CONSILIIUM XLIII. EMPTIONIS REDITUUM. 401

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

C. 5. cit. n. 28.

will, daß Creditor Antichreticus die Einznam der auf dem Pignore erhebten Nutzungen verpflichtet seye an der Schuldsumma abgehen zulassen, oder wann deren ein Theil noch nicht von ihm Creditore ist consumiret, dem Debitori zu restituiren, so setzt er doch hinzu die Clausulam, salvis ipsis Creditori Expensis in rem factis, & si quid aliud ipsis absset ratione Interesse. Und dachin deuten nach bemeldten Authore

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

Die Recessus Imperii; Nam Recessus, inquit, non simpliciter quinque pro centum imputat loco Interesse Creditori, sed considerat industria personae sua, 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 ipsis debeatur.

Ita Canif. l. cit.

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

36. Noch minder missbilliget ersagter Canisius Contractum Emptionis Venditionis annuorum Redituum; nam

C. 5. cit n. 29.

ne in Pactum Usurarium Antichreos temere incidamus,

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

monet, ut Creditor rem, quam alioquin Debitor Pignori destinavit, certo pretio emat, cum pacto retrovendendi; hoc enim calufructus, aliquaque obventiones Lucro Emptoris cedunt, & recte, cum jam ex re sua Creditor eas percipiat.

L. qui scit. 25. ff. de Ufur.

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

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

37. Estque perinde, sive cum tali Retrovenditionis Pacto ematur ipsa res, quam Debitor alias Pignori destinavit, sive salvo Debitoris hujus Dominio, ematur Jus percipiendi fructus ex illa; nam etiam Annuum 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 Confil. Tom. I.

3. var. 6. 7. n. 2. Decian. cons. 2. n. 70. & seq. vol. I. Tiraquell. de uiroq. Retract. tit. I. §. 1. gloss. 6. num. 15. ubi dicit, nimium jam inculcatam rem esse, & velut transactam in rem judicatam, licitas esse has Emptiones. Molin. de Jus. 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. l. 1. q. 1. sub Rubr. de Censib. & plures alii apud Müller. ad Struv. Exerc. 27. thes. 58. Lit. 8. Consonant Recessus Imperii in Comitiis 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 accipiendo s. annuis pro 100. communiter iniri, licet verba Mutuum significantia adhibeant, ostensum est supra Num. 20. Welchem nach dann, weilen Besag Num. 19. auch gegenwärtiger Contract einer von dieser Gattung zuseyn billich erachtet muß werden, ist hierum kein Gefahr einiger Unbilligkeit, kan also auch der Hospital H. nicht malæ, sed bona fidei possessori verglichen werden; und dieses deslo mehrer, weilen auch Creditor Pignoratus, so die Fructus Pignoris Jure Dominii ihm nicht eigen macht, 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. Art. n. 21.

Will man aber an Seithen einer Lobl. 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 Recessibus Imperii sumpto, dem Hospital H. die fructus ad quantitatem Interesse s. pro 100. iisdem Recessibus taxatam vergünsstigen, so weicht man schon ab à doctrina cit. Canissi, weilen diser wie Num. 3. erhellet, auch s. pro 100. nicht anderst zulasset, als wann Lucrum cessans, oder Damnum emergens so hoch sich belauft. Wird also da wohl statt finden Argumentum ad hominem, und weil man ex allegatis Recessibus Interesse s. annuorum pro 100. für zulässig hältet, auch noch ein höheres müssen zugelassen, wann man erweisen sollte, daß das Interesse noch höher steigt, massen solches zugibet

Ecc

R. I.

38.

39.

402 CONSILIIUM XLIII. EMPTIONIS REDITUUM.

R. I. spir. de Anno 1600. §. 152. ibi: da dem Creditori solche fünff Gulden nicht annemlich / sonder er vermeyen wolte / tam ex lucro cessante , quamdamno emergente ein mehrers zu fordern/dass ihme alsdan sein ganz Interesse zu deduciren / gebührlich zu liquidiren ic. unbenommen seyn solle

sc.

40.

Ad 4. Ist zwar laut Instrumenti Contractus dem Hospital h. per expressum aufgefragten worden ; daß selber die überlassene Fundos auf eignen Unkosten zu zweymädriger Wisen bereiten solle ; aber solches nicht also angesehen worden , als wann man dessen nicht einige Vergütung zuhoffen , oder zu gaudire hätte , massen in laudato instrumento vorsichtiglich caviret worden , daß die Abnutzung der 10. Tagwerck Wissgrunds bis zu Verflüssigung 20. Jahren von Zeit dieses getroffenen Contracts / und desz zunieszen kommenden Wissgrunds Quaestions beständig dauen / und continuiren solle / ex hac ratione specificè adjecta , damit -- Herr Verwalter / und dessen Nachkommen der auf Zubereitung / und Melioration der herführten 10. Tagwerck Wissgrund verwendeter Kosten NB. sich anwiderum um so besser erhalten -- möge. Hat also ein Wohlweiser Magistrat , unter dessen Namen daß Instrument gefertiget worden , selbst erkennet , daß aufgewendeter Unkosten halber dem Hospital eine zulängliche Ergözung gehöhre.

41.

Und dieses zwar billichister massen ; quia fructus tantum dicuntur illi , qui deductis expensis , quibus queruntur , coguntur , & conservantur , superfluit.

L. si à Domino. 36. §. fin. ff. de hæred. petit. l. fructus. 7. princ. ff. solut. Mar. l. fundus. 51. princ. ff. fam. hercisc. l. hoc fructuum. 1. C. de fruct. & lit. expens. Duaren. ad tit. Cod. de naut. fænor. Gaill. 1. 2. de Pac. publ. cap. 17. num. 9. Cöppen. decis. 44. n. 33. Colleg. Argent. de Usur. & fruct. thes. 51. Hahn. Dissert. de fruct. thes. 4. Müller. ad Struv. Exerc. 27. thes 62. Lit. B.

In qua consideratione recte 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 Seihen des Hospitalis die auf Zubereitung des Fundi Quaestions aufgewendete 200. fl. Unkosten in so weit allein zum Capital geschlagen , daß

man erzeige , daß die über sonst Landbräuchige Zinsen erhebte Nutzungen nicht umbilich dem Hospital zum Genuss zufallen , massen man ganz wohl weiß , quod si quando Creditor Impendia fecit , ad quorum restitucionem 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 zugehen allein aus dieser Ursach nicht zusteht , quod ex melioratione illa commoda sentiat , eaque una cum re Antichretica utatur , fruatur.

Carpov. p. 2. conf. 37. def. 27. Lau- terbach de Jur. Antichret. thes. 54. Müller ad Struv. Exerc. 19. thes. 52. Lit. u. v. 10.

Welcher Lehr dann gemäß das Hospital Ratione Impendiorum billichister massen wenigst sivil von den erhebenden Nutzungen auf dem Fundo Quaestions prætendit , als selbe dem Landbräuchigen Interesse von 200. fl. respondiret.

Ad 5. Ist zwar in dem Instrumento Contractus versehen , daß der Hospital den Grund und Boden Quaestions an statt des Landbräuchigen Interesse besitzen / auch scheinlich an Heu und Emmet nutzen / niessen / und gebrauchen solle ; aber von solchen Nutzungen keine Summa und Quantitas außgeworfen , darum de omnibus fructibus zuverstehen , weilen man in Recht zweifentliche , und dunkle Reden allezt wider den zudeuten pfleget , welcher klarer hätte reden sollen.

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

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

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

Welches besonderlich statt findet , wann Emptio Venditio annuorum Redituum celebriret werden , dann obwohlen

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

In Emptione Venditione annuorum Redituum ein gewises Pretium taxaret , und statuiret werden , daß mit 100. fl. Haupt Gelds nicht mehr dann 5. fl. Jährlichen gekauft werden / ubi pro Usurario Contractu habetur , quando aliquid via Contractus supra eam quantitatem peridendum 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. A. D. Baro Schmid.

Cox:

CONSLIUM XLIII. EMPTIONIS REDITUUM. 403

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

45. So meistens eingreift, wann Emptor Censuum Annorum mercifiche Unkosten auf den eingehändigten Fundum gemacht hat: welches ganz billich ist; nam si Creditor Usurarum vice à Debitoro aliquid exigere non potest, quando factis fructuum querendorum impendiis, vel ob sterilitatem extraordinariam, vel ob incursiones hostium, aut similem insperatam causam nullos percipit fructus, æquum etiam est, ut vice versa, solitis ubiiores Fructus ipsi non extorqueantur.

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

46. Ad 6. Weiset beykomende Specification Jahrlicher Unkosten, und Ertrag, daß bey weitem die Nutzungen ex Fundo Questionis demptis Expensis, also weit sich nicht beiauffen, als ein Wohlweiser Magistrat theme einbildet. Und so auch auf ungestandenem Fall selbe Usuras Quincunces mercifichen übersteigeten, ist neben dem, quod Excessus iste merito inter Fructus industriales referri possit, auch zu mercken, was

*Molinæus tract. de Usur. q. 10. n. 150.
weislich ammercket, quod in Contractu
Emptionis Annorum Redituum, licet isto-
rum quantitas excedat quinque annuos, tamen
ultra legitimum modum soluti non in for-
tem imputari, sed ad detractionem de fu-
turi reditus Debitori servire debeant:
quam suam Doctrinam idem Author con-
firmat triplici ratione, inter quas tertia est; quia
non potest fieri Redemptio pro parte, nec Sors
per partes reddi, cum juxta Principia ordi-
naria justi in Redemptione Reditus, inde-
mnis debeat servari Creditor.*

*L. debet. 27. ff. de Adil. Edict. ibi: Inde-
mnis enim Emptor debet discedere.*

Non autem caritrus est periculo Creditor,
si Debitor per solutionem partis liberari de-
beret, cum particularis solutio non minima
habeat incommoda.

L. planè. 3. ff. famil. hercise.

47. Igitur ne injuria fiat Creditori, satis est,
quod, ubi deductis expensis, & impendiis,
ultra Fructus per pactum concessos, magnus
aliquis excessus sepe 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
Usura immoderata debent imputari in
fortem.

*L. si non sortem. 26. princ. ff. de condic.
indebit.*

At diversa est ratio Emptorum Redituum,
ubi nec sors propriæ adesse censetur, nec pre-

R. P. Schmalzgruber Consil. Tom. I.

tium datum, si Sors appellitur, repeti potest.

Hahn de Ann. Redit. thes. 19.

Belangend die intendirende Rechnungen über die aus dem Fundo Questionis erhobene Nutzungen, scheinet, es habe ein Edibl. Stadt A. vermög Instrumenti Contractus auf selbe renunciaret, ibi: Dagegen sollen uns von Magistrats wegen / oder gemeiner Stadt einige Exception, Privilegium, Beneficium, Geist- oder Weltlichen Rechtes - - und aller Einwendungen / so ins gemein / sonderlich denen Städten / und Gemeinden zu Gute verordnet / oder erdacht werden können / vor sezo / und ins künftig / nicht zu Statthen kommen, oder was fürtragen / gestalten desen sammt / und sonderlich wie hiemit wissentlich / und aufrückentlichen - - renunciaret haben wollen. Quæ renuntiatione subsistit, cùm quilibet Juri suo renuntiatione possit.

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

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

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

Es ist aber allda zu mercken, was von diesen Berechnungen weislich annotiret

Rittershusius Conf. Alterff. 4. n. 3. ubi sic habet: Nun ist unlängbar, daß solche Conventio Antichrefoes, scilicet mutui Pignoris usus pro Credito sowohl in beschribenen Rechten - - als üblichen Gebrauch des Teutschlands beständig - - und zwar dergestalten/ daß der Creditor die Früchte anstatt der Zinsen tanquam Dominus lucrit - - ob sie gleich legitimum modum Usurarum übertreffen. - - Dahero erst erfolget / daß in Antichrefoe einer 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 Antichrefoe Fructus; tunc enim nullas rationes reddit; secus; si certam tantum fructuum partem; tunc enim Rationes reddere cogitur.

Escobar tract. de Ration. admin. c. 3. m.

1. & seqq. Müller Exercit. 19. thes.
52. lit. 9. & ita in terminis responde-
runt Lipsientes apud Carpz. p. 2. const.
30. def. 41.

Ad 7. Wird solches Argument genugsam widerlegt mit Aufweisung der Anfangs Num. 46. allegirten Specification, aus welcher erhellet, daß die Unkosten immer verfloßenen 12. Jahren sich auf 1116. fl. beloßsen, da hingegen die Nutzung beßräßig nur 1155. fl. ertragen, daß also, wann an-

Ecc. 2

jebo,

48.

49.

50.

404 CONSILII XLIII. EMPTIONIS REDITUUM.

ieso, wie man an Seithen einer Löblichen Stadt A. gesinnet, den Contract rescindieren, und quæstionirten Fundum wiederum anheim ziehen wolte, der Hospital so gar nicht die zugesagte s. fl. per 100. geniessen könnte, so doch dem Contract zuwider lauffet, Kraft dessen, damit der Hospital der verwendeten Untosten sich anwiederum erholen könne, pactaret worden, daß vor Verlauff 20. Jahr der Contract nicht sollte usgefündet werden.

51. Ad 8. Beleget sich aus eben besagter Specification das Widerspiel, massen die erste 4. Jahr, da wegen Aufrerutung der Stock, und Baum-Wurzen mit grosser Mühe der Boden völlig hat müssen umgeissen werden, also keinen, oder wenig Nutzen gegeben, außer was man von Hasber, und Klee-Saamen darein geworffsen, daß also folglich nur 8. Jahr zu rechnen, so einigen Nutzen, und denselben ganz ungleich gegeben, in dem Anno 1714. in allem nicht mehr dann 6. Fuder Anno 1718. eylß Fuder Heu, und 4. Fuder Emet eingebracht worden, welche dann wann man selbe zu der Nutzung der überigen 6. Jahren, so auf 27. 28. und auf das Hochste 30. Fuder sich belassen, zusammen werffen, und in gleiche Theil auftheilen solte, den Ertrag bey weitem nicht auf s. per 100. aufzumachen wird.

52. Ad 9. Aus eben dem, daß ein Wohlweiser Magistrat dem Hospital zu fernerer Versicherung versprochen, daß wann von der oppignorirten Wisen der anliegende Flus einen merklichen Theil hinweg nemmen würde, solcher Abgang jedesmal mit anderen nächst anliegenden Gründen von gemeiner Stadt erseket solle werden, beleget sich selbst dasjenige, was man Argumento 8. hat herkommen lassen, daß nemlich quæstionirte Gründ also gelegen, daß nicht bald der Strom darauf lauffen kan, wie diese Überschwemmung dann schon einstens das s. v. Tungent daryon hinweg geflöget. Über das wird durch se versprochene Ersekzung allein cavit de quanto fundi, nicht aber de quanto Fructuum, so auch eadem manente quantitative Fundi, und ohne Auflauffung des Flusses jedes Jahr nicht gleich, noch einerley seyn kan. Aus welschem dann sich zeiget Responsio

53. Ad 10. Und beleget solches die mehrermeldte Specification, welche klar am Tag gibet, daß die Rechnung, so man gegenseiths macht, nur gar zu groß, und hoch gespannet. Solte ein mehrerer Nutzen diese verflossene, oder auch künftige Jahr, sich herauswerfen, ist solches nicht ad Fructus, sondern ad Melioramenta zu zählen. Melioramenta enim à Fructibus differunt, quod Melioramenta sunt facientis bona propria, fructus vero aliorum veniant.

Klock. Vot. Camer. Relat. 80. n. 2.
Müller ad Strav. Exerc. 27. th. 62. lit.
c. §. 4. Melioramenta.

Dass eine Bürgerschaft zu A. anjego vor jedes Tagwerk all-jährlich 12. bis 13. fl. Bestand anerbietet, lasset man dahin gestellt seyn: wenigstens zeiget sich aus nem an Herrn Verwalter de Dato 22. Dec. 1707. vom Wohlweisen Magistrat erlossem Brief, daß dæsigne Bürger die erste Jahr nur 4. und ½ fl. Jährlichen Bestands-Gelds ab dem Tag-Werk des Wiss. Grunds Quæstionis offeriret. Rerum autem pretia à tempore, quo Contractus celebratur, non autem ex pretio, quod futuris temporibus habebunt, desumuntur.

Ad 11. Betreffen die hingegen allegire, und in dem Herzogthum N. vorhandene Präjudicia allein die Pacta Antichretica, wie man selbst gestehet, nicht aber Emptionera Ventionem Annuorum Redituum, für welche man Contractum præsentem um desto mehr ansehen muß, weilen nach eigner Gesetzdnus besag Argumenti 3. Vergleichchen Pacta Antichretica von nicht wenigen Doctoribus pro illicitis gehalten werden, und aber vom gewesten Herrn Verwalter ja nicht præsumiret kan werden, daß selber dergleichen verbotnen Contract habe einzugehen wollen.

Ad 12. Hat ein Wohlweiser Rath im Namen der gemeinen Stadt vermö Instrumenti Contractus allen denen Städten und Gemeinden zu Gute kommenden Einwendungen / also auch Beneficio integrum Restitutionis renunciret, daß also vor selbe kein Behiff mehr ex hoc Capite genommen kan werden; nam dimittitur Jura sua non amplius permisum 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 Gemeinde in ihren Mächtē siehe disem Beneficio zu renunciren, cum & Minores renuntiare illi, saltem cum Juramento, possint, & generalis sit Regula, quod favori pro se principaliter introducto cuivis renuntiare datum sit.

L. si quis 29. C. de Pact.
Und wann schon auch diese Renuntiation entweder gar nicht vorgenangen, oder ungültig und nulliter geschehen wäre, so hätte Restitutio in integrum inner der ersten vier Jahr à tempore Contractus müssen behobet werden; nam quadriennium pro integrum restitutio indulsum Ecclesia, Civitati, & aliis Communitatibus tam piis, quam profanis, incipit à die factæ lassonis, ita ut post hujus lapsum non amplius restituantur, nec possint restitu etiam adverlus lapsum illius.

Felin. in c. I. n. 12. de Prescript. Odd. de Restit. in integr. p. I. q. 19. n. 25.
Olymp. Prompt. s. Restitutio. n. 23.

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

p. 2.

CONSLIUM XLIII. EMPTIONIS REDITUUM. 405

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

Ad 13. Ist zu mercken, was aliis ci-tatis 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 Contrac-tum Mutui consenserit; an verò solus Magistratus, vel Administratores absque reliquis Civibus, vel Consilio Civitatis, omnes Cives repræsentante, mutuo lumpserint pecuniam. Si primum, ait obligari Civitatem, etiam si Creditor non probet, pecuniam in rem, & utilitatem Civitatis veram esse: pro quo citat

Bartol. in l. 27. n. 1. ff. de reb. credit.

Jafon. ibid. n. 31. Dec. n. 4. Hartm.

Pistor. p. 1. q. 37. n. 1. Coler. de Pro-

cess. Execut. p. 2. c. 3. n. 349. Cöppen

decis. 60. n. 23.

Nam quod Proceres Civitatis, quibus Re-rump. gubernatio, & administratio est com-missa, faciunt, idem est, acsi Cives singuli hoc fecissent:

L. nulli. 3. ff. quod cujusq. univ. nom.

& intelliguntur scire, ac facere id, quod sciunt, ac faciunt ij, quibus perpetua gubernatio Corporis est concreta.

L. municip. 14. ff. ad municip.

Si secundum, idem Carpz. l. cit. dicit, non obligari Civitatem contra-ctu 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 constet, pecuniam mutuo sumptam ver-sam fuisse in utilitatem Civitatis; tunc enim ex mutuo ita accepto obligatur Civitas, & ejus Bona pro Credito, licet in mutuum, à Senatoribus, sive Administratoribus contra-ctum, non consenserint Cives, prout con-stat ex

L. Civitas. 27. ff. de reb. cred. Bartol.

ibid. n. 2. Jafon n. 4. Gæden. cons. 5.

num. 26. 33. & 38. Coler. num. 349.

cit.

Incumbet autem Creditori onus proban-di versionem in rem, nec ab onere isto eum relevabit, quod dicatur in Instrumento, pe-cuniam in rem versam 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 sufficient 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. præf. §§. num. 4.

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

Cogentürque Administratores, ut Creditor possit probare versionem in rem, Libros Ra-tionum exhibere, & ostendere, quo mu-tuum pverenerit, si nempe Creditor Offi-cium Judicis desuper imploraverit.

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

107. n. 17.

In gegenwärtigem Casu ist 1. Contra-ctus Quæstionis getroffen worden mit Gut-heissen eines Wohl-weisen Raths gemeiner Stadt A. so die Person gemeiner Bürger-schaft in derley Handlungen vertrittet, daß also allda sich findet, was Carpzovius Num. 57. allegatus voindthen zu seyn anmercket. Und wann schon auch idem

Carpzov. l. 2. cit. Resp. 106. n. 1.

von denen Tribunis plebis Meldung thut, als wann auch deren Consens erforderet wäre, so explicaret er sich doch alldort ge-nugsam, dum addit: Quibus scilicet à Popu-lo libera potestas statuendi de rebus tam maxi-mis, quam minimis data est. Item Nam. 10. ibi: Ex Contractu Senatorum, vel Adminis-tratorum, qui Cives non ita repræsentant, ut si quid communi omnium horum consensu constituen-dum sit, id, non vocatis aliis, expedire queant. Dergleichen aber seyn meines Wissens in dieser Gegend herum nicht die so genannte Kerken-Meister, massen selbe nur in jedes Handwerks eigenthümlichen Negotiis, nicht aber in allgemeiner Stadt angehenden Ge-schäften, wann selbe nicht auch Raths-Herren seynd, gefragt werden. Über das ist

2. Allhier nicht Quæstio de Mutuo, son-der, wie in vorgehenden erwiesen worden, de Emptione Venditione Annuorum Redi-tuum. Incumbit autem obligatio probandi versionem tantum in Mutuo; nam in reliquis Contractibus ad hoc, ut inde in Civita-tum Actio competit, non est necessariò probanda versio pecunia in utilitatem ipsius, modò hi alioquin solenniter fuerint celebra-ti.

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.

Und wann schon auch in Calu præsenti nichts anderes, als Pactum Mutui cum Antichresi, wie man es dann von Seithen einer Lobl. Stadt A. ansehen will, passiret wäre, so müßte dem Hospital ein Wohl-weiser Stadt-Rath juxta deducta Num. 59. ad probandam versionem in rem dienen, editis ipsis Rationibus; keines Weegs aber kan selber diser Exception sich prævaliren; non enim Administratoribus, qui contrarerunt, sed Civitati, vel Civibus saltem Exceptio non verše pecunia in rem Civitatis adversus Creditores competit, quippe cum Exceptio

Ecc 3 hac

60.

61.

62.

406 CONSILIOUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM.

hæc in favorem solius Civitatis specialiter introducta sit, ne Administratorum culpâ dampnum Republica subeat.

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

63.

Ad 14. Zeiget sich quæß dem Instrumento Contractus selbst, daß zu selben, und vor dessen wûrklicher Vollziehung der Consens von Hochfürstl. Regierung eingeholet worden, ibi: Nach ehevor erhalten Landsfürstlicher Regierung Gnädigsten Consens: welches eben soviel ist, als wann Thro Durchleucht der Gnädigste Lands-Fürst selbst hätte Contractum Questionis gebillichtet, und approbaret: nam in hujusmodi supremis Tribunalibus Imperatoris, & Principum eminere censetur Authoritas ipsorum Principum Supremorum, quorum nomine instituuntur hæc Tribunalia, & proteruntur Sententiae: & 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 Experiens, Observanz, 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 Guttheissung, und Approbation gesforderet, und eingeholet wird.

Und weilen vergleichnen Approbation von Landfürstl. Regierungen sine Decreto nicht pfleget gegeben zu werden, wird, und ist auch dieses billichster massen præsumiret, welchen Besag Instrumenti Contractus von solcher Approbation, und Consens ein Wohlweiser Rath wûrklichen attestiret hat, welcher ja Actionem de dolo ihme hierinn nicht wird aufzûrden lassen.

Ad 15. Muß von einer Löbl. Stadt vorher, ehe man ad Rescissionem Contractus schreitte, Læsio gravis, oder Defectus aliquis Substantialis Requisiti gewisen werden, welches aber bissher noch nicht erhelet. Und bis dahin wird man auch auf Seithen besagter Stadt wider das, was Argumento 16. hervorgegeben wird, gehalten seyn den bis auf 20. Jahr gemachten Contract unzerbrechlich zu observiren, und vor Verfluss dieser Zeit davon nicht abzustehen. Kan also daß den 14. lauffenden Monath hervorgegebne Verbott, daß man die Wissent Questionis bis zu Auftrag der Sach in statu quo, und darauf einigen s.v. Chung nicht mehr führen lassen solle, mit Verthebung die Führen wider zurück zuweisen, den Hospital H. mit nichts binden. Sollte aber wider Verhöffen hierinn die Sach zu einer Thätlichkeit kommen, und mit Prædigung, oder ander dergleichen Gewalt verfahren werden, wird benanntes Hospital sich bemüht, und benötiget finden des Interdicti Unde vi ex Causa spolii, vi cuius spoliatus (etiam Praedo) ante omnia reliqui debet, sich zu prævalire.

CONSILIOUM XLIV.

Reflexiones in eadem Causa auf von gemeiner Stadt A. wider den Hospital H. eingegabeue Replic, die von besagter Stadt an ernenneten Hospital überlassene zehn Tagwerck Wisen 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 Protocollo prober.
30. Protocollo legitimo magis creditur, quam Instrumento Exemplificato: nihilominus potest etiam illud impugnari.
31. Si Literæ obligationem continent non respondent Protocollo, extra culpam non est Magistratus, qui Literas tradidit, & Sigillo suo munivit.
32. seqq. Contractui oppugnato non deest legitimus Consensus Civitatis:
34. Præfertim ex multorum annorum silentio,
35. Oppugnando hunc contractum, Magistratus debet allegare turpitudinem suam.
36. 37. Potest Civitas renuntiare Restitutionem ex causa non Versionis in rem:
38. 39. Item querela de Læsione ultra dimidium:
40. seqq. Etiam sine juramento, si Renuntiatio sit specialis.
43. Sola justi valoris scientia excludit querelam de Læsione:
44. Modo hac non sit enorimissima.
45. Renuntiatio hac non dat causam dolo.
46. seqq. Scriptura Sigillo authenticò munera probat.
49. Insolita Clausula redditum contractum spectum;

50. ER.

CONSLIUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM. 407

50. Ex consuetis tamen bene adiuntur necessaria & abundantes:
 51. Ex quibus non potest presumi dolus.
 52. seqq. Quorum Consensus requiratur ad obligandam Civitatem, dependet ex Statutis, & Consuetudinibus particularibus.
 53. Juxta communem Consuetudinem Populus transulit omne Jus in Confules & Senatum.
 60. Versionem in rem non tenetur Creditor probare, si ipsi Cives in Contractum consenserunt.
 61. In Emptione annuorum Redituum non debet probari Versio in rem.
 62. Licet apposito 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 Administratoribus facta non sufficit:
 65. 66. Sed in Casu non Versionis ipsi Administratores obligarentur.
 67. Quae obligatio transit ad ipsorum habendos.
 68. Si plures nomine Civitatis contraxerunt, omnes & singuli tenebuntur.
 69. Ad alienationem rerum Civitatis requiritur Consensus Principis, & presumitur, si in Instrumento fiat illius mentio.
 70. seqq. Consensus Principis ad pecunias mutuo accipendas, censetur etiam esse Consensus ad Censu annuos praestandos, vel vendendos annuos Reditus.
 73. Ex clausulis presentis Contractus non presumitur dolus.
 74. seqq. Expensa in fundo ad culturam redigendo facta:
 79. Ed majores, quia Venditores non steterunt promissis suis.
 80. Hinc etiam modo sentire debet commodum, qui antea sensi onus.
 81. Utilitas ex oppignorato fundo non sicut tanta, quam tam Pars Adversa exaggerat.
 82. Unius anni fertilitas debet compensare alterius sterilitatem.
 83. Inferuntur Consectaria.
 84. Prata non indigeni tantâ cultura, quantum desiderant agri, si tamen illa jam sint ad usum parata.
 85. Distinctio locorum minuit utilitatem.
 86. seqq. Nisi aliud conventum, vel statutum sit, Tributa praestantur à Locatore.

Argumenta Adversariorum.

Schlich wollen sich Bürgermeister und Rath befremden, daß ihr bey Handen habendes, und von ihrem verstorbenen Syndico eigenhändig verfaßtes Concept mit dem Hospitalischen Original sich nicht allerdings conformiren solle, da sie doch jenseit der gänzlichen Meynung gewesen,

das Original seye dem Concept allerdings gleichförmig aufgesertigt worden. Beklagen sich demnach, daß man ihnen aufzubürden wolle, als hätten sie wegen Auflassung der in dem Original enthaltenen Clausulen, und Renuntiationen subdole hierinn gehandlet, massen selbe nicht mehrers einschicken können, als wie ihr Concept lautet, bey welchem sie dann, cum vim Protocolli habeat, sich halten, und mehrers nicht ihnen aufzürden 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 bezumessen, als dem Instrument selbst. Weiters

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

3. Vergleichen Renuntiation vorgangen wäre, so hätte doch selbe nach Zeugniß Stryck. de cauet. Contract. sect. 2. c. 2. §. 28.

probabiliter absque Juramento etiam inter Majorennes in Contractu Venditionis keine Verbindlichkeit; quia dat causam dolo, & contrahentibus in hoc Contractu tantum modica circumventio permitta est. Haben also Burgermeister und Rath in solche Renuntiations niemahlen können verwilligen. Darum

4. Leichtlich zuerachten, wer, wie, und wo, auch wann, und zu was End dise so odiose clausul der Obligation habe inseriren lassen, nemlich derjenige, so das Geld hergelassen, als welcher ihne schon damahls ratione hujus Exceptionis in futurum schwere Gedanken gemacht, in dem er auf der dem oppignorirten Grund nechst anliegenden Wiesen den allzugroßen Profit auf 20. Jahr leichtlich hat verstehen, und dahero die von gemeiner Stadt wegen wohl instruerte Action nicht unbillich præsumiren können. Darum dann

5. Vilmehr Dolus ex parte altera zu præsumiren, theils wegen Ungleichheit des Originals mit dem Protocoll, theils weilien 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 cautelæ, eo plus fraudis præsumitur, & quod abundantior cautela, eo evidenter fraudis.

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

Zu Ansehen dessen dann hätte

6. Das Hospital besser gethan, wann an statt solcher unbillichen, und weit ausschenden 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 versetzte Grund

zugehörig, auch ob und wie die Zunft- und Kerzenmeister in Namen gemeiner Bürgerschaft ratione des Anlehens Wissenschaft gehabt, und darein verwilligt, und also sich auch obligirt, nicht weniger wohin das entlehnte Geld in specie verrendet worden, welches alles disfals 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 hierim einwilligen sollen.

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

Es hat aber von dem Handel in Hypothesi weder die Bürgerschaft, noch die Zunft- und Kerzenmeister etwas gewußt, darum dann gleich, als dieser Handel geschlossen, und bekannt worden, unter den Bürgern darwoider insgemein das Jammern, und Lamentiren entstanden, welches dann dem Hospital nicht geringen Nachtheil gebären därfste. Gleichermaßen

7. Ist auch ihnen Burgermeistern, und Rath von einiger Landfürstl. Ratification, so in specie occasione des Hospitalischen Instruments ertheilet worden, nichts bekannt, außer eines Gnädigsten Hof-Rathes-Rescript, in welchem ihnen erlaubet worden hin und wider Capitalia (doch cum grano salis, & solennitatibus requisitis, aufzunehmen. Wäre auch nicht zuvermuten, daß eine Hochdbl. Regierung einen mit sogenährlichen, und weit ausschenden Clauses gefüllteren Contract in causa quasi populari so leichter Dingen applacidiret habe, als welcher schon vorhin ex natura sua, ohn den gleichen Exorbitantien zu Recht sehr verhaft ist; auch die mehrgedachte Renuntiation an sich selber captios, und unbillich, und contra bonos mores, einföglich vor nichts anderem zu halten ist, als ein Vinculum iniquitatis; nam sicut ex enormi læsione dolus præsumitur, & per hujus renuntiationem dolo janua aperitur, ita etiam jurato non obligat.

Gaill. l. 2. observ. 147.

Hat also solcher Contract durch Landfürstl. 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.

Ebenfalls wird

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

sechs Tagwerk abzuraumen gehabt, folglich nicht, wie Hospitalischer Seiths vorgegeben wird, ein so grosse, ungemeine, und langwürige Mühe zu Abraumung quæstionirten Fundi vonnöthen gewesen, indemme ganz bekannt, daß gleich noch das erste Jahr das aufgereithete Spatium mit Heu-Blumen völlig besamet, und noch selbigen Sommer wenigst siben Fahrten, und das nächste Jahr darauf ein schöne quantitat Futter darvon genossen worden. Und seye dem, wie ihm wolle, ist Burgermeister / und Rath die auf 200. fl. ansehende præparations-Kosten schon vor 4. Jahren, als selbe das erstemahl die Aufkündung gethan, desß Erbthens gewesen, samt dem Capital zubezahlen, so daß man sich nicht zubeklagen hat, man habe den Grund mit Schäden 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 desßwegen wohl belanget hätte. In dem überigen

9. Könnte man zwar nicht in Abred seyn, daß Burgermeister und Rath selbst die Nutzung vor ungeniß gehalten; es hat sich aber bey 12. Jahren her die Gewissheit also gezeigt, daß besagte Nutzungen, deductis deducendis, und einen Jahrgang in den anderen gerechnet, die im Reich passirliche Christen-Zins 2. bis 3. fach dem Hospital ertragen, massen auf dem Grund Quæstionis, es mag das Wetter seyn, wie es will, all-Jährlich das Futter in der Menge zu wachsen pflegt, wie dann vor dreyen Jahren, als schier aller Orthen an der Fütterung sehr grosser Mangel erschinen, und ein mittelmäßig Futter Heu bey 30. fl. gekommen, auf diesen Wisen solches in Abundance gerathen, und über 30. grosse Futter, deren zwey althier drey gute Fahrten aufzumachen, an Heu, und Gramet darab geführet worden. Kan also so grosse Ungewissheit, oder Gefahr bey denen Wisen Quæstionis nicht seyn, sonst würden nicht soviel Leuth sich darun beworben, und Jährlichen aus einem Tagwerk solchen Mads 12. 13. bis 14. fl. geschlagen haben, wie dann Burger seynd, so erstersagten Be stand, neben der Betungung, und andren Unkosten alle Stund auf sich nemmen wollen, ungeachtet der Ungewissheit desß erwachsenden Futters: folglich mag dem Hospital nicht verhülflich seyn, daß, wie in die Obligation mit einverleibt worden, von Burgermeister und Rath selbst die Nutzung für ungewiß gehalten worden, cum Jura respiciant, quod sit frequentius. So ist auch

10. Eine Ungewissheit grösser, als die andere, und zwischen der Nutzung aus den Wisen, und jener auf denen Aeckeren wohl zu distinguiiren, massen diese letztere desß

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

Jahrs etlichmahl umgearbeitet, noch dar zu getunget, und mit Unkosten besamet, auch gemeinlich im dritten Jahr in der Brach leer gelassen werden müssen, über das auch das Geträyd allerhand Mizgewachs, und Ungeritter exponiret ist; da hingegen es mit denen Wisen nicht ein vier tel Theil soviel 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 labore, & pluries nullum requiri, quod ipsa Etymologia indicat; quia Pratum quasi Paratum dicitur: dessentwegen cit. Carpzovius darvor hältet, daß die übermäßige Nutzung von denen Wiz-Gründen, tanquam certa, allezeit in Sortem soll computiret werden. Es hat sich auch

11. Der Hospital ab der Entlegenheit, und desß weiten Zu- und Abföhrens halber nicht im geringsten zubeschweren, oder desßentwegen einigen Unkosten anzusezen, weil der Grund Quæstionis 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 Eungführen ist, da hingegen die Burger, und Unterthanen zu A. theils anderthalb-oder wohl gar zwey ganzer Stunden weiter zu ihren Heu-Gründen zufahren haben, und noch darzu wegen ihrer Wisen Steur, und Anlag geben müssen, woegen der Hospital von einem so statlichen Grund, und gegen einem so geringen Capital, und aufgehobnen sehr großen Ertrag schon 12. ganzer Jahrhero nicht einen Kreuzer Steur, oder Anlag erleget hat, sonder Burgermeister und Rath haben die præstanta hiervon unter ihrer Cammer-Steur bis dato abgeführt: welches fürwahr ein sehr grosser Vortheil vor den Hospital ist, so von Rechtswegen wenigst die Steuren præstiren solte; nam qui sentit commodum, sentiat & onus: dessentwegen man auch sich bis zur Abrechnung reservanda reservirten wolle. Wann man aber

12. Den vorderes Jährigen Fand consideriret, so hat sich selber, ob gleich die Wisen nur halb getunget worden, doch auf 26. grosse Futter, welche dahero wohl 30. gute Fahrten aufzumachen, an Heu, und Gramet Besag Protocols von 23. Junii, und 11. Sept. nechsthin ertragen. Und weilen auch vorherige Jahr-Gäng eben soviel, oder mehr rendiret, also ist nochmehls 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, eingeferset, mithin all-Jährlich von quæstionirten Wi sen

F ff

II.

12.

sen den Nutzen wenigstens auf 300. fl. getrieben habe, welches aus der obschon bey Manns Gedanken geringsten Schätzung des heurigen Handes abzunehmen, massen das fertige Heu in 16. und das Gramet in 10. grossen Hospital-Fuhrern bestanden; wann man also nach heurigen ungemeinen Wohlfeille das Futter Heu auf 8. und das Gramet auf 7. fl. angesetzt, so kommt 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 zwölf Jahr her nicht nur einmal genossen worden. Es macht zwar

13.

13. Der Hospital ein sehr schwere Aufrechnung, und prætendiret vor jedes Futter Eutget, in welchem die grösste Spesen bestehen, i. fl. so man doch sonst die Fahrt wohl um 45. kr. haben kan: weilen aber das vordere Jahr der Wisen-Grund nur halb betunget, und aufs 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. ferner möchte sich das Mader- oder Heuer-Lohn erstrecken auf 25. fl. so daß die ganze Auftrag unum Usura im höchsten Ansatz auf 90. bis 100. fl. sich belauft. Seynd folglich aus den Num. prac. angerechneten 198. fl. fertiger Nutzung ab der Wisen dem Hospital 100. fl. als ein purer Profit zugegangen, ohne demjenigen Gewinn, welchen man von der Mastung, so man dem Vernehmen nach meistenthils mit dem Futter der Wisen Questionis bestreitet, erobert, welcher Profit sich auch von daraus vergrößert, weilen aufs besagter Mastung die Nutzung von selbst wider entsteht, mit hin in so hohen Preys, nemlich jede Farth um i. fl. nicht anzusegen, oder aufzurechnen ist; sonst wird Burgermeister und Rath man nicht verdenken können, wann selbe auch die Steur, und Anlagen, so sie bisher vor das Hospital unter ihrer Cammersteur entrichtet haben, in Aufrechnung bringen, welche sich all-jährlich wohl gegen 20. bis 30. fl. erstrecken, massen von der gleichen zwey-mädigen Wisen man alle Jahr dritthalb Steur aufgeschrieben, und ab jedem Tagwerk 2. bis 3. fl. bezahlet werden müssen. Auf diesen dann ist ferner

14.

14. Schlüßlich 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 prætendi-

ret ein Summa von 3000. fl. sich herauwfset, welches für garzuwil scheinet auf ein Capital von 800. fl. als welches, well nach 20. Jahrigen Genuss die Præparations-Kosten ad 200. fl. den Contract gemäß esfieren, allein in Consideration kommt. Und wann man schon auch den Jährlichen Profit, deductis deducendis, nur auf 100. fl. anschlagen wolte, so kommen doch wenigstens 2000. fl. überschüffig heraus, also zwar, daß auch in dieser minderen Rechnung durch die allbereits 12. Jährige Nutzung das Capital samt den prætendirenden 200. fl. Zurichtungs-Kosten würcklich abgedilget, und bezahlet ist, mithin der Hospital Questionirten Fundum nunmehr schon bey 2. Jahren sine omni causa, & tulo absolute lucrativo possidiret, und geniesset. Es will zwar

15. Der Hospital vorgeben, der accursive Contract seye kein Antichresis, sonder ein Erkauffung gewisser Jährlichen Einkünften. Doch zeigen das gerade Widerspihl die in dem Instrumento Contractus einverleibte Termeni, da Herr Verwalter ein Darleher / und Summa Capitalis der 800. fl. ein Vorgelihenes benamset; von einem Verkauff 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 Desinitio Pacti Antichretici unverneintlich andeutet; nam Pactum Antichreticum est conventio, quā contra naturam Pignoris id agitur, ut Creditori licet uti re pignorata, donec debitum fuerit exsolutum.

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

Welche Definition auf gegenwärtigen Contract durchgehends quadriret, massen das Anlehen, oder Mutuum in diesem Negotio, tanquam causa, & basis totius obligationis zuvorderst gesetzet ist, auch darauf, und zu dessen Versicherung Burgermeister, und Rath den Fundum Questionis würcklich dem Darleher hat einhändigen lassen. Nota autem principalis Contractus Pignoratus Antichretici haec esse solet, si primò hat mentio Mutui, & postea in securitatem hujus Pignus, & ejus usus Creditori traditur.

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

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

16. Besremden sich Burgermeister und Rath, daß der Hospital in die Obligation auch diese Clausulam hat beyrucken lassen, daß im Fall Burgermeister und Rath nach verflossenem 20. Jahren mit Heimzahlung der 800. fl. saumfeilig erscheinen würde, dasselbe zu der versetzten Wisen erlangtes Recht,

CONSILIIUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM. 411

Recht, darmit nach Besieben 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 verbottene Pactum Legis Commissoriae, massen vermod dessen das Pfand wegen des auf bestimmte Stund und Zeit nicht zurückgebende Capital verfallet, in gegenwärtigem Contract aber Gemeine Stadt, ob schon das Anlehen allbereit sich selbst abgezahlet hat, von ihm rem Pfand aufgeschlossen solle werden, welches vor die Stadt A. wie Gegner vorgeben, wegen Ungewissheit, ob nach versloener 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 stipulierten Antichresi bestehet, solche aber im Geist-Natur- und Göttlichen Rechten verboten ist, so folget

17. Dass Contractus Questionis absque labe Usuraria ex parte des Hospitalis nicht hat können eingegangen werden, ut patet ex c. 1. & 2. de Usuris.

ubi claré deciditur, fructus Pignoris absque Usura non cedere Lucro Creditoris, sed debere computari in exonerationem fortis, ita, ut minus Capitale restituatur, si plures fructus Creditor ex Pignore percepti. Ratio est, quia omne id pro Usura habetur, quod ex mutuo lucrator Creditor, atqui Hospitalis in Hypothesi (deducto intereste s. 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 Deutschland im Schwang gehende Observanz; communissima enim, & certissima est Sententia, quod nec per Consuetudinem immemoriam effici possit, ut Usura mere lucratoria reddatur licita, quod haec 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 stündet.

Covar. var. I. 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 fortem potest, nisi ex causa Lucris tantum, Damni emergentis, aut Periculi fortis. Wohin dann auch die Reichs-Abshid zu Speyr 1600 zu Regensburg 1654. §. 183. hinziehen, ibi: Der Vermuthung halber/ daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit/ nemlich des gehanen Vorlebens/ anlegen, und zugelassener Weise zum wenigsten von 100. fl. s. wohl has

R. P. Schmalzgrueber Confil. Tom. I.

ben möge/ ubi Imperator voluit significare, plerumque in Mutuo prætendi, & præsumi aliquod Interesse, proinde ex concessione publica licere accipere s. pro 100. aber nicht præcise lucrative. Mag also dem Hospital die so hoch angerühmte Observanz, daß dergleichen Contract im ganzen Romischen Reich aller Orthen ungescheuhet practiceret werden, nicht zu Statthen kommen, weilen das Brocardum mitbringen, quod non sit attendendum, quid fiat, sed quid fieri debeat, und wider die Reichs-Satzungen disfalls kein andere Observanz gültig ist. Ja, es ist

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

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

Das Pactum Antichreticum für also verhaft gehalten, daß besagter Canisius l. alleg. den Creditorem, so auf Zurichtung der ihm verseztten Güter Kosten aufgewendet, nicht besser, als einen Possessor mal feide halten will, der Meynung seynd, 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, quod 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 datā pecunia sub hac specie, vel conditione in pignus accepit, si formam suam, deductis expensis, de fructibus jam perceptis, absoluto Possessionem restituat Debitori; si autem aliquid minus habet, eo recepto, Possesso liberè ad Dominum revertatur. Es hat aber der Hospital, über Abzug aller aufgewendeten Spesen aus Gemeiner Stadt Gut allbereit so vil, wo nicht mehrers geslossen, als die vorgeliehene 800. fl. und die aufgerechnete 200. fl. Reparations-Kosten miteinander aufzumachen, 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 quibuscumque aliis periculoso est Usurorum Lucris intendere, autoritate praesentium duximus injungendum, ut eos, qui de Possessionibus, vel Arboribus, quas tenere in Pignore noscuntur, formam (deductis expensis) receperant, ad eadem pignora restituenda, sine Usurorum exactione, Ecclesiastica districione compellas. Es findet sich auch dieser Casus in terminis bey

Less. I. 2. de Just. c. 20. dub. 16.

n. 137.

Und stimmet dissem samt anderen Theologis, und Canonisten bey

Reverendissimus Præpos. Frising. conf.

15. n. 406.

Fff 2.

19.

all:

412 CONSILIIUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM.

allwo er auf kurz-erwehnte Textus also schliesset: *Hinc si quis agrum sterilem, quem Debitor non colebat, accipit in pignus, & ex sua diligentia Fructus collegit, tenerur eos (deductis expensis in colendo factis) in sortem imputare.* Gleicher Meinung seyn 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 accedit ad eam Contractus speciem, quae fieri solet in fraudem legitimarum Usurarum, ac propterea ajunt, Creditorem esse ad ratiocinia adstrictum, ac Fructus, ultra Usuras quintunces perceptos, in sortem imputari. Dem Carpzovio stimmen bey

Salycketus, und Accursius in l. 17. c. de usur.

juxta quos Antichresis procedit in Oppignoratione Agrorum, si dubium sit de Fructibus, quanti nimurum percipi possint: quodsi vero 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. defin. 42. n. 3.

monet, was zuwil 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 Fænematori nicht erlaubet seyn kan, nach seinem Besleben 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 angesetzt, und in ein sicheres Quantum determiniret ist, wie alle Reichs-Constitutiones aufführlich enthalten. Und obwohlen zwar unter denen Westlichen Rechts-Gelehrten annoch Zweifel obvaltet, ob und wie nemlich das Pactum Antichreticum gültig seye, so geht doch der meistern Meinung dahin, daß im Fall ein dergleichen Pact den gebührenden Zins nicht übersteigt, solches gültig; wo aber es excediret, und einen übermässigen Gewinn noch über den gewöhnlichen Zins, und Auflagen importiret, ein solches zu Recht nicht substituire könne.

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

Anderer lassen einen geringen Excess passi-

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

Rauchbar quaest. pr. 20. n. 38. p. 1. welcher auch nach lang, und weitläufigem Aufführen, endlich also concludiret, daß sowohl Expressa, als tacita Antichresis in geistlichen Rechten verbotten, und als ein Wucherischer Handel verworfen 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 Censuus annuorum seye, so mag doch solches besagtem Hospital nichts vortragen, sonden ist vielmehr im Gegenspal schädlich, daß eben diese Convention der widerkäuflichen Zinsen gar suspect, und gleichsam ein Subrogatum Antichreticum, an sich selbst aber ein bemächtelter Wucher ist, deme von Rechts wegen

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

schon præcaviret, und die Summa s. pro 100. figiret, auch was darüber gegeben, genommen, oder gehandlet, für Wucherisch, und unkräfftig gehalten worden. Idem quoque provisum est

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

ubi Usuræ, & Reditus hi planè ad hunc effectum equiparantur. Wann nun in den gleichen suo modo erlaubten Conventionibus ein gewisse Maß, nemlich s. pro 100. determiniret, und ein mehrers zu nemmen verbotten ist, wie vil weniger ist ein Über-Maß, und zwar ein so grosse, wie dißfalls practicirt wird, in einem so verhabten, und verbottenen Handel, als da das Pactum Antichreticum ist, zu gedulden? Ja

22. Die in Contractu angelegte Wort, an Statt des Land-gebräuchigen Interesse, streiten vielmehr vor die Gemeine Stadt, als vor das Hospital; Kan mithin aus denselben auf keine Weise erzwungen werden, daß in Kraft dieser Wort die Nutzung von dem versechten Wiss-Grund nur überhaupt hin, und quasi per pausch eingehoben werden solle, massen oberwehntes Reichs-Gesetz dißer Aufflegung entgegen steht, und wie vil in ziemlich, und erlaubten Handlungen per Interesse zu nemmen erlaubet seye, klarlich determiniret. Haben nun die gußige Contract ein gewisse Maß, welche man der Zins halber nicht überschreiten solle, wievil weniger wird man in den verbottenen Händeln nach Belieben das Interesse einziehen können. So muß auch das Wort Lands-gebräuchig sein gewisse Kraft haben, sonst wäre es nur vergeblich gesetzt; Verba verb frustra non ponuntur, sed cum effectu accipienda sunt. Das also

CONSILIIUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM. 413

also zu vermuten, es haben die Contrahenten einen so hohen, und das Land gebräuchige Interesse also sehr übersteigenden Gewinn nicht intendiret; nam ubi de obligando queritur, propensiones esse debemus ad liberandum, quam ad obligandum, & ita interpretatio est facienda, quo minus contra Jura quis gravetur. Gesetz aber, daß

23. Der Contractus Questionis in effectu si vil sepe, und gelte, als ein Gült-Verkaufung, so kommt doch eben dieses Gemeiner Stadt abermahl wohl zu statthen; dann gleichwie in Kraft

Reform. Polit. von wucherlichen Contracten de Anno 1548.

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

Gaill. l. 2. obs. 7. n. 14. also folget von selbsten, daß Burgermeister und Rath mit ihrer schon vor dreyen Jahren gehaner Auffkündung, ohngeachtet der paetirten 20. Jahren, recht daran gewesen seyen, mithin der Hospital den verseztten, oder nach dessen Interpretation widerkaufflich überlassenen Wisen-Grund widerrechtlich vorenthalten, besonders da der Hospital das Pfand ohne Steur, und Anlagen eingethan, und Burgermeister und Rath die Prästanta, samt Entbehrung eines so grossen Nutzen übernommen; welches Paetum aber auch nicht gar rühmlich ist, cum per hoc Paetum fraus legitimo Usuraram modo quæsita sit, wie solches weitläufig auffführt der ob-allegirte

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

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

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

Wie es dann in desß lärirten Willkür steht, über einen solchen wucherischen Contract die Annulation, oder Rescission zu begehrn.

Mevius c. 5. cit. §. 8. und sobald die Rescission ergehet, die Restitution eo ipso auf dem Rücken folget, und dessentwegen nicht zwey Actiones ausgeführt müssen werden, sonder in uno Judicio, & una Sententiâ erkennet werden mögen. Welches in Casu præsenti Statt hat, etiam propter non adeo enormem, sed ob quamlibet lesionem 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 lärirten Pupillo, vel

quasi die Rescissionem Contractus, vel irritationem illius, præsertim illiciti, aut restitutionem in integrum nicht benennen mögen, sonder sobald sich die Læsion, oder der Schaden hervorthut, in Sachen, pro damnificato erkennet 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 vermerket, haben selbe sogleich ihr Pfand reclamiren lassen.

Responsiones ad Argumenta opposita.

D Ises seynd nun die Argumenta, und Grund-veste, auf welche Burgermeister, und Rath ihre Replie gestiftet. Es hätte aber Concipist vor allem, ehe er die Feder hierzu anzusehen hat angefangen, aufmerksam ablesen, und wohl bedenken sollen, was Impp. Valent. & Vicens

L. quisquis. 6. §. ante omnia. 1. C. de pos. sul.

weislich haben herkommen lassen, dum, ante omnia, inquit, universi Advocati ita præbeant 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, opinio sua immunitioñem patietur, nec enim connivenientia commodanda est, ut quisquam negotio derelicto, in Adversarii sui contumeliam aut palam pergit, aut subdolo. Es ist aber dese Gegnerische Replie dergleichen Dictiorum also strokend, daß kaum ein Blatt hiervon rein, also selbe billichster massen mehr für ein Schmäh-als für ein Schutz-Schrift zu halten, folglich ein Hochfürsil. Hof-Rath genugsame Ursach gehabt hätte, diese Schrift widerum zurück zuschicken, und dero Concipisten ad majorem modestiam anzuweisen. Seye aber dem, wie ihm Wolfe, will hiervon weiters nichts melden/ und schreitte ferners zu Widerlegung hier angesetzten gegnerischen Grund-vesten.

Ad 1. Möchte wohl wissen, auf welcher Legi, oder Authore Concipist deser Replie genommen, daß von Burgermeister und Rath allegirtes Concept Vim Protocilli erungen, in dem doch ganz bekannt, daß selche Concept manchesmahl nur ein Aufsat seyen, um zu sehen, ob auf solchen die

25.

Fff 3

Par-

23.

26.

24.

Partes contrahiren, und übereins kommen wollen, da dann vilmahlen geschihet, daß nach der Hand auf Verlangen eines, oder anderen Theils solchem Auffaz was bengesfüget, oder in selben was durchgestrichen, und aufgelassen wird. Wann Concepit

Christophorum Ludovicum Dietherum in Continuat. Thes. Pract. Besold.

V. Project.

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

Ant. Fabro 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 Conceptrum rudem, seu celeratum, deinde descriptionem in Protocollo, denique Instrumenti omnibus solennitatibus muniti conceptio nem.

27.

Prima Scriptura, vulgo erstes Project, oder ungefährlicher Entwurff, continet rudem, ac primam Contractū delineationem, quæ additionibus in margine, vel Apostillis plerumque declarati, & sibi mutari, corrigi, & emendari solet. Hæc sicut, quando circa Ultimam Voluntatem concipitur, vim Testamento non habet.

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

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

Olymp. Promptuar. §. Protocollum. n. 9. ubi, Notum enim est, inquit, quod prima Instrumenti conceptio sapius variari soleat, 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 sapius conduntur Matrices, cum si una conceptio non placeat, alia à Notario conscribatur. Incertum ergo erit, quanam vera Matrix sit. Ergo & Protocollo standum erit, cum qua in Matrix aliter scripta reperiuntur, forte à partibus mutata, antequam in Protocollo redigerentur. Quodsi Protocollo fortem amissum, ita, ut ad illud recursus non detur, standum quidem erit Matrix, ita tamen, si appareat, illa non vitiosam esse, & substantialia Instrumenti illibata continere. Ita Olympius, ciatque in hanc rem

Tresch. de Jur. Protocoll. c. 4. num. 12. 16. & seqq.

28.

Nun für ein solches Project ist allegirtes Concept billichster Massen zu halten, bis Gegenheil Rechtsvergnügig erweiset, daß selbes mit allen Requisitis Protocolli versetzen ist, an welcher Prob aber es gewißlich

erwinden wird, massen wie ich gleich unten Darthun wird, inter cætera requisita Protocolli auch dises ist, ut in eo Substantialia Instrumenti, pura, negotii circumstantia, modus Conventionis, Renuntiationes Jurium, cæteraque, qua vel partibus prodeat, vel præjudicare possent, describantur. Es will aber in accusirten Concept, nach eigner Zeugnus Burgermeister, und Rath, allerdings an disem Requisito gebrechen, wollen hierinn weder von Landfürstl. Consens, weder von hierzu nothigen Renuntiationen ichtwas gemeldet. Darum weilen kein anderes Protocoll von Gegenheil kan aufgewiesen werden, ylmehr auf das mit allen lennitaten versehene Original zu reflectiren, besagtes Concept aber nur für ein blosen, nicht zu ständen gekommenen Auffaz zu halten.

Und wann auch besagtes Concept für ein Protocoll passiren sollte, so ist doch zu merken, was

Borniz. de Instrum. l. 3. c. 4. Besold. thes. pract. adiust. V. Protocoll. Tresch. de Jur. Protocoll. c. 2. per totum. Olymp.

§. Protocollum. cit. n. 2. cum aliis observirent / quod Protocollo in judicis nullam fidem faciat, nisi quando habet omnia, quæ Originale requirit. Requisita autem ad Protocollo, ut fidem in judicio faciat, sunt. 1. Ut Notarius ad illum actum, qui in Protocollo est redigendus, fuit legitimè rogatus. 2. Ut ipse Notarius gesta coram se inscribat, non vero per alium, vel saltem, ut ab alio conscripta subscriptat, similique constet, quod ipse in hac Scriptura de negotio coram se gesto fidem facere voluerit; nam aliae Scripturæ Notarii, extra Protocollo repertæ, fidem Protocolli non habent. 3. Ut postquam conventiones, pæctaque contrahentium in Protocollo concepit, 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, si omnis, qualia sunt negotii circumstantia, modus conventionis, Renuntiationes Jurium, & reliqua, qua vel partibus prodeat, vel præjudicare possent. 5. Ut Notarius in Protocollo abstineat insolitis abbreviaturis, Cancellationibus, & interlineari, vel Marginali Scriptura.

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

Dieterr. §. 6. Originale. zuverstehen, si Protocollo sit legitimum, h. e. dictis requisitis instructum; alias enim non facit fidem. Wied also Burgermeister, und Rath, wann selber dissem ihren allegirten Concept fidem Protocolli beplegen, auf selbes sich wider die Original Ob-

CONSILIOUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM. 415

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

Seye aber dem, wie ihm wolle, ist Burgermeister, und Rath wegen der in dem Concepte unterlassenen, und in der Original-Obligation expressè beygefügten Clausulen nicht ohne Schuld; dann entweders haben selbe besagte Original-Obligation, ehe sie dem Hospital aufzugehändigt worden, ihnen ablesen, und mit ihrem Concept, ob es gleichlautend seye, compariren lassen, oder nicht. Ist das erste geschehen, und nach Erfindung einiger Hauptfachlicher Zerschidenheit, wie da accusirte Clausulen seynd, jedannoch diese Obligation in conceptis terminis von ihnen abgegeben worden, liget an dem Tag Dolus apertus, da nun besagte Burgermeister, und Rath sich auf das Concept allein halten, und daß von ihnen revidire, approbire, und aufzugehändigte Original verwerfen wollen. Will man aber behaupten, daß bemeldete Clausulae ohne ihr Wissen, und Willen beygerückt, und das Original, ohne Revidirung dessen, nulla comparatione cum Conceptu facta, an cum hoc illa concordet, dem Hospital überantwortet worden, können selbe der Supine Negligentia, in rebus ad communem Civitatem pertinentibus administrantis keines Weegs sich einschütten. Nun aber ist ein, und anderes auf disen zweyern ersetgten Defectibus einem Wohl-weißen Rath im mindesten anständig, und verdienten dessenwegen wohl ein grösseres, und schärfsteres Einsehen, welchem zuentgehen kein anderes Mittel ist, als daß sie bestehen, daß von ihnen allegirte Concept seye ein bloßer Aufsat, deme nach der Hand auf Begehren Herrn Verwalters, mit ihrer selbst Bewilligung oft-mentionirte Clausulen beygerückt, und mit selben die Original-Obligation verfertigt, und gefertigt worden.

Ad 2. Beliebret Burgermeister, und Rath von accusirter Renuntiation die von Händen gegebne, und unter Gemeiner Stadt Secret Insigel zuvor gefertigte Obligation, darinnen ermehrte Burgermeister und Rath für sich, und Gemeine Stadt sich aller denen Städten ansonst zu gutem verordneten Einwendungen expressè verzeihen, ibi: Dargegen sollen uns von Magistrats-wegen, oder Gemeinen Städte einige Exception, Priviliegium, Beneficium, Geist- und Weltlichen Rechtens / in specie aber l. Civitas, 27. ff. de

reb. credit. und darinnen enthaltenen Versionis in rem, actus non legitimè facti, Competentia, Usuræ illicita, laisonis ultra dimidium, und aller anderer Einwendungen/ so insgemein / sonderlich denen Städten / und Gemeinden/ zu gutem verordnet/ oder erdacht werden können/ vor jesso/ und inskünftig nicht zu statten kommen / oder was fürtragen/ gestalten deren sancti und sonderlich wie hiemit wissentlich / und ausdrücklich um so mehr renunciret haben ic. Welche Schrifftliche Obligation dann, weilen selbe kein sichtbarliches, oder erweisliches Vitium an sich findet, auch das entgegen oppónirte Concept, wo solche Clausulae nicht enthalten, oben à Num. 26. erwiesener massen, vim Authentica Scripturae keines Weegs haben kan, seinen vollständigen Effectum erringen muß, besonders da über das

Eben dese Obligation mit fürgedruckten Gemeiner Stadt-Insigel gefertiget, und nebst Herrn Syndico sel. von beyden Herrn Burgermeisteren N.N. eigenhändig unterschrieben 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, & Senatus Civitatem repräsentantis) confessio de accepto mutuo, & cauitio de reddendo, adeo, ut ex hoc Civitas recte exigatur, non autem is, ad quem porrò pecunia pervenit.* Welche seine Doctrinam er ferner bestärcket

*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. depo-
sit. l. bis solis. 44. ff. de Condict. indeb.*

Rationem dat idem Colerus; quia intelligitur quasi communicata consilio, & re inter omnes bene deliberata, in talen Contractum unde quaque consensum, dummodo Administratores perpetui (prout in Cau præsenti sunt Consules, & Magistratus) Civitatem obligant: & allegat pro se

Abbatem in c. dilectus. 2. n. 13. de Si-
mon.

ubi subiect, istam Sententiam communiter approbari, daß also wegen erfordernten Consens in Contractum Questionis, & adjuncta Contractus kein Mangel sich hervor gibet, und solches vornehmlich, weilen ferners

Burgermeister, und Rath, obwohlen nach dero Vorgeben, gleich nach geschlossener Schuld-Verschreibung, sich erweich vil aus der Bürgerschaft hervor gethan, so noch so vil auf den Genuss Fundi Quæstionis geschlagen, und also wohl wissen können, ob Gemeine Stadt durch besagten Contract gefährdet worden, jedannoch biß auf diese vier letztere Jahr bey ruhigen Genuss ermehrten Wiss-Grunds statt des Landes gebräuchigen Interesse gelassen, also Contractum,

33.

34.

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

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

Es macht zwar ermeldter Heeser l. cit. eine Exception, si constet de initio vitioso; doch muss solch Initium vitiosum Rechtsvergnugig erwiesen werden.

35. Wolte man aber einiges Vitium auf dem erzwingen, daß solche Renuntiation von sich zu geben ihnen Bürgermeister, und Rath mit nichten habe zugemutet können werden, Ursach, weilen jede Stadt, oder Gemeinde nach Anleitung Geist- und Weltlicher Rechten einem Unmündigen, oder Pupillen zuvergleichen, welche sich selbst nicht regieren, noch das Ihrige zu Rath halten, und administriren kan, sonder durch die Stadt-Obrigkeit, und dessen Bediente regiert, und administrirt werden muss, so muss hierin ein Wohlweiser Magistrat zu A. turpitudinem suam propriam selbst bekennen, als welcher entwiders seinen Gewalt nicht geruht, oder so ers gewußt, doloso modo die Schriftliche Obligation cum inclusis Renuntiationibus dem Hospital aufgehändigt, und nur also lang dasselbe bey Nutzung quæstionirten Fundi hat lassen wollen, bis selber zu dem Stand vollkommenlich ihne Nutzen zu können, von mehr ermeldtem Hospital gesetzet worden. Weil aber keines aus diesen Ihnen Bürgermeister, und Rath reputirlich ist, wird 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. renunciret hat.

36. Und ist hierin kein Zweifel zu machen, daß solche Renuntiation in dero, und derjenigen, so selbe repräsentiren, Mächten stehe; dann wie

Müller ad Struv. Exerc. 16. thes. 19. lit. C. in fin. ammercket, Civitas renuntiare potest futura restitutioni ex causa non versionis in rem; nam & hoc Minoribus permisum est: & allegat pro se

Stryck. de Caute. Contract. sect. 2. c. 1. §. 12. Desgleichen kan auch eine Stadt, oder Gemeinde sich verzehren wegen der Restitution in integrum ex causa Læsionis, wann anderst die vom Gegenthilf selbst gemachte Parität cum Minore in seinen Kräften bleibet; dann wie kurz-allegirter

Müller ad Struv. Exerc. 23. thes. 88. lit. y. in fin. cum Hahn de laſ. ult. 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. d. anfüget, Quid Renuntatio Beneficii Exceptionis de versione in rem, ab Administratoribus facta, non noceat Civitati, seu tertio, in cuius præjudicium facta est. So aber nur zu verstehen, wann solche Administratores die ganze Gemeinde nicht repräsentiren; ansonst, wann auch von diesen solches zu verstehen wäre, dererley Renuntiations-Clausulen umsonst in die mit einer Stadt gepflogene Contracts-Obligationen einverlebt wurden, so doch Land-ja Weltüblich ist. Es sollte nur Concipist der Gegnerischen Replik ein wenig hinein gucken in

Guggenbergs 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: Allermals folgendes Wort einfliessen lassen: Allermals wir auch hierauf wohl wissen mit gutem Bedacht, für uns/ unsere beschribene uns verzichten / und begeben haben aller Geistlichen/ und Weltlichen - - Privilegien / Freyheiten / Statuten/ Gewohnheiten - - ingleichem NB. der Exceptioni doli mali, metus, fraudulenta persuasione, rei non sic, vel aliter gesta, Legi Civitas. und anderen Rechten/ die da liegen / 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 Replik gelesen haben, was Philoparch. klugen Beambren p. 4. tit. 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.

wohlbedenklich anmercket per verba formula: 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 Enttagung diser Querel, wann diese nicht generaliter, sondern specialiter auf besagte Querel gerichtet worden.

Hat auch solche Clausul schon oben alle-girter

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

ibi: Zu welchem Ende ich hiermit allen Rechts-Wohlthaten/ sie mögen Namen haben/ wie sie wollen/ insonderheit der Exceptioni simulationis, fraudulenta persuasio-
nis, iniqua astimationis, & inde orientis la-
sionis etiam enormissima, - - und allen an-
deren Rechtlichen Behelfen/ hiermit in
kräftigster Form Rechte renuncire &c.
So auch in anderen Contracten zu gesche-
hen pflegen, besonders in denen Kaufs-
Contracten, von welchen citatus

Guggenberger c. 9. not. 2.
für eine Land-übliche Cautelam meldet,
Bey den Kaufen soll man sich aller
künftigen Behelfen/ und Exceptionen be-
geben/ in specie aber der Exception non so-
luti pretii, NB. der Læsion ultra dimidium
iusti pretii.

40. Da Concipist der Gegnerischen Replic
behaupten will, daß probabiliter absque
Juramento etiam inter Majorennes die Re-
nuntiatione læsionis ultra dimidium in Con-
tractu Venditionis keine Verbindlichkeit ha-
be, hätte selber sich etwas mehrvers erkun-
digen 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 læsionem ultra dimidium
cessat, halten Renuntiationem specialem hu-
jus Beneficij, & Renuntiationem generalem.
In ersterer habe in keinem Authore gelesen,
daß pro effectu illius inducendo ein Juramen-
tum erforderet werde; wohl aber in der
anderen, utpote qua tum primum effectum
obtinet, quando Juramentum accedit, quo
Major juravit, le servaturum Contractum,
eundem non impugnaturum, vel ei non con-
traventurum.

41. Ratio, cur ad Renuntiationem generalem
Juramentum requiratur, est, quia renun-
tiants generaliter sine Juramento, in dubio
læsionem, quam passus est, ignorasse præ-
sumitur.

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

Contra est, si Juramentum addidit; nam
qui jurat, non temere, & sine matura deli-
beratione hoc facere, omnésque circumstan-
tias, & naturam negotii probè considerasse
præsumitur, & proinde dum jurat, se Con-
tractum servaturum, & non contraventu-
rum, etiam hoc, quod secundum naturam
hujus Contractus competit Querela Læsio-
nis ultra dimidium, considerasse, huicque Re-
medio, licet premium eventualiter non scive-
rit, renuntiassē censetur, ut cum aliis monet

Lauterbach l. cit. §. 58.

42. Tali distinctione inter Renuntiationemju-
ratam, & non juratam opus non est, quan-
do Remedio huic, quod Majori ob læsionem
ultra dimidium competit, renuntiatum est

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

specialiter. Hinc etiam non jurata Remedi-
dium istud tollit.

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

Neque obstat, quod qua facilitate quis lædi-
tur, eadem etiam induci ad Renuntiationem
possit; nam in Majoribus, qui integrō utun-
tur Judiciō, & maturō consilio deliberant de
rebus suis, hoc non procedit; cum enim quis
specialiter renuntiat Beneficio huic, de hoc
præmeditus præsumitur, ut adeo, cum igno-
rancia, 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, & bene-
ficium ejus acceptanti succurrit.

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

Et quilibet favori pro se introducto renun-
tiare potest.

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

Nam quæ ratio mihi ipsum dominium con-
cedit, eadem similiter liberam usū facultatem
sic tribuit, ut possim id pretio, quo
voluero, distrahere,

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

Imò sine expresa Renuntiatione, etiam so-
la justi valoris scientia, venditorem ex com-
muni opinione ab hoc Remedio arcet; quia
scienti non potest fraus, vel injuria fieri,

L. si fundum. 27. C. de Evit.

unde etiam fit, quod vitium, vel morbum
sciens rei emptæ non utatur Beneficio Ædi-
litii Edicti

L. quaritur. 14. §. 10. fin. ff. de Ædit.

Edict.

deinde pro hac Sententia fortiter stringit re-
ceptum in Jure Axioma

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

ubi Paulus, Cuius, inquit, per errorem dati
reperitio est, ejus consulto dati donatio est.
Neque refert, quod si juxta dictam opinio-
nem solius veri pretii scientia venditorem ab
hoc Remedio arceat, consequenter sequi vi-
deatur, nunquam ei locum futurum propte-
rea, quod quilibet merita mercis sua, &
etiam longè diffiti prædii valorem scire præ-
sumatur,

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

nam in primis Lex cit. loquitur de Venditio-
ne paulò viliore pretio facta.

Gloss. ibid. ad princ.

Nec dicit præsumi scire, sed debere scire vi-
res, vel merita rei familiaris, quæ in parte
ignoscitur ignorantia ejus, qui ultra dimi-
dium læsus est, sive potius enormis illa læ-
sio, velut fortiorum præsumptionem indu-
cens, læsionis scientiam in dubio excludit,
ut præter alios tradit

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 premium 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. Sacraenta 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. Frantz. l. 2. resol. 4. num. 31.

Ubi dat rationem; quia quod enormior est læsio, etd etiam minus renuntians de illa cogitasse censemur: quod tamen de illa, quæ paulum ultra dimidium exurget, dici non potest; tum quia alias Renuntiationis nulla esset vis, & efficacia, quæ tamen carere non debet, quippe quæ non est de vento, sed aliquid operari debet.

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

Kan also Burgermeister und Rath nicht vorwenden, als hätten sie in Namen Gemeiner Stadt nicht renuncieren können Beneficio Legis cit. Zumahlen auch die Minder-Jährige sich dessen, saltem juratō begeben mögen; quamvis enim Minoris Juramentum corporale simpliciter factum solum excludat Remedies, ratione ætatis competentia, non vero Querelam istam, tamen & haec excluditur, si Minor juraverit, quod nec ratione ætatis, nec alio quo-cunque modo Contractum impugnare velit, per ea, quæ tradit

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

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

Ad 4. Will zwar Concipiſt der gegne- rischen Replic dem Hospital und dessen Herrn Verwalter (weiss nicht, ob vor Gott

wohl verantwortlich) imputiren, als to- ren diese seinem Sinn nach so odiose Cla- ſulen, ohne Wissen, und Gutheiffung Bur- germeister, und Rath, inseriert worden; allein redet ein anderes das in der Obliga- tion fürgedruckte Gemeiner Stad A. Se- cret.-Insigel, und eigenhändige Unterzeich- nung des Herrn Syndici, und beyder Her- ren Burgermeister, aus welchem, wie Num. 21. gemeldet worden, wann selbe andest nicht propriam, eamque lupinam negligentiam in rebus Communitatis administrandis bekennen wollen, mit allem Fueg Rechens zuschliessen ist, das solche Einverfung acci- ften Claſulen mit ihnen Wissen, und Willen bescheinhen seye, also besagte Schrif- fliche, von ihnen an das Hospital heraus- gegebene Obligation hierinn kein Vici- um enthalten, unwidersprechlich ver- bunden seye. Und dises um soviel mehr, weilen

Communis Sententia DD. ist, quod Scri- ptura, si munita sit Sigillo publico, & au- thentico, & apponens Sigillum se subscri- pserit, vel in literis expresserit, quod ipse apposuerit, atque insuper addiderit cauſam, ex qua Sigillum apposuit, indistincte facit plenam fidem quoad illum finem, in quem Sigillum est appressum, non tantum pro ter- rito, sed etiam contra illum, non tamen pro sigillante, nisi sit Princeps supremus: quod doctrina sumitur ex

C. scripta. 2. de fide Instrumentorum, ibi, Nisi per manum publicam facta fuerint, ita, quod apparent publica, aut authenticum Sigil- lum habuerint, per quod possint probari. Con- sentiunt

Gloss. fin. 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. tom. 5. de J. & J. tract. 4. n. 577. Gonzal. in c. 2. tit. n. 6. Barbol. ibid. num. 15. Vallen. tit. cod. J. 1. n. 3. Pirhing. ibid. num. 36.

Und dises billichifster massen; Contahentes enim, ubi Claſulas addi finunt, & subcri- bunt, per factum illud obligantur actione, vel exceptione adversus ipsos competente.

Henric. Linck. tom. 2. Conf. Altorff. 22. num. 42.

Weisen dann mentionirte Obligation mit Hervortrückung des Gemeinen Stadt Insigil, und unter der Unterschreibung des Herrn Syndici, und beyder Herrn Burgermeister in Namen Gemeiner Stadt, getestigt werden, muß all Weegs erfragtem Obligations-Instrument mit all seinen Claſulen, und Renuntiationibus fides plena ge- geben werden; nam ne verba sint illusoria, & Creditores decipientur, vis Renuntiatio- ni tribuenda est.

Mevius

46.

Mevius p. 9. decis. 186. n. II.

Auf welchem dann folget, daß bey so clausulirten Contract der Hospital durch eine von Rechtes wegen gebührende Action in der ihm hierum zugesagten Nutznußung quæstionirten Fundi mit einigen Fueg Rechtens nicht könne turbiret werden. Daz aber der Hospital mit Insierung offtermeldten Clausulen bey seinem Contract sich versicheret wollen, ware die Ursach, nicht weilen er fürchtete, daß wegen allzu großen Profit wider selbes einige Action gebührte, sonder weilen er schon zuvor wußte, was Concipist in seiner Replie selbst vermeldet, quod cum Civitatis caute mercandum sit. Und hat das Factum selbst hernach erwiesen, daß sothane Sorg nicht umsonst gewesen, da man jetzt sehen muß, daß, non obstantibus dictis Clausulis, das eingestandene Nutznußungsrecht widerrechtlich jetzt angefochten wird.

49. Ad 5. Ist ganz wahr, quod Clausulae insolite reddant Instrumentum, & Contractum suspectum de falsitate, fraude, & simulatione, wie dann solches neben denen vom Gegenthell allegirten DD. namhaft bewehren.

Gloss. in l. *siquis sub conditione. ff. de Condit. Instit.* Bald. vol. 5. conf. 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 jedermannlich erlaubet seye, den mit jemand anderen getroffenen Contract mit sonst gewöhnlichen Clausulen für seine Sicherheit zuvertrauen; nam ut

Coler. c. 10. cit. n. I.

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

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

Et Cautela, Contractibus addi solite, duplíciter sumuntur, videlicet Necessaria, & Abundantes. Necessaria sunt, quæ adhibitæ effectum Juris habent; Abundantes vero, quæ præter necessitatem majoris securitatis causâ adjiciuntur, h. e. quæ separatum effectum non habent, sed illud, quod jam inest Contractui, clarius exponunt: unde haec Contractui adjectæ non nocent, sed tantum majoris securitatis causâ apposita sunt.

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

Es können aber die in Instrumento Quæstionis einverleibte Clausulen ganz billich

R. P. Schmalzgruber Consil. Tom. I.

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

Ut l. *Testamentum. cit. Impp. Arcadius, & Honorius inquit;*
Necessaria prætermissa immiuunt Contractus, & Testatoris officiunt voluntati, non abundans Cautela.

Es will zwar Concipist in gegnerischer Replie auf Besezung mentionirten Clausulen den Hospital eines Doli bezüglichen, und hierauf animum Usurarium erzwingen, er solte aber gelesen haben, was

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

auf Brunnem. *conf. 89. n. 14. & 15.* anmercket, dum, ex Clausulis, inquit, insolitis nata Præsumptio non sufficit ad arguendam pravitatem Usurariam, nec ha sola sufficient, nisi alia Conjectura concurrent, und disses besonderlich, quia fraus, & dolus non præsumuntur, eò quod quilibet natura sua bonus præsumatur, ac proinde Dolo proximum non circumvenisse; sed probari is debet, quæ probatio difficillima est, cum ex intentione, & cognitione, quæ DEO cor dium Scrutatori sunt cognite, desumi debeat. Probatur quidem ille ex Conjecturis, & præsumptionibus; sed istæ ad probandum eò usque vim habent, donec per Conjecturas contrarias elidantur: talis Conjectura præter alias sumitur ex qualitate Personarum, quia v. g. ita contrahens est vir bona fidei, & fama: in welchem Puncto er Concipist Herrn Verwalter, so quæstionirten Contract erstens eingegangen, im geringsten was ausszen kan. Darum wann Burgermeister, und Rath, da man ihnen in der Hospitalischen Exceptions-Schrift vorgehalten, als wären die in der Original Obligation-Schrift enthaltene Clausulae bey an Hochlobl. Hoffrath eingeschickter Copia dolose unterlassen worden, solches also hart empfunden, wird Herr Verwalter nicht zuverargen seyn, wann selber gleichen Falls solche Inzucht etwas schär pfers anthen wolte.

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 versetzte Grund zugehörig: auch 2. Ob- und wie die Zunft- und Kerzenmeister im Namen gemeiner Bürgerlichkeit ratione des Anlehens Wissenschaft gehabt, und darein verwilligt: nicht weniger 3. Wohin das entlehnte Geld in specie verwendet worden. Das erste belangend, walset kein Zweifel von Wissenschaft des Hospitals, daß Fundus Quæstionis Gemeiner Stadt A. zugehörig, sonst wäre es keine Nothwendigkeit, noch

G g g 2

Ursach

51.

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

53.

Betreffend den von der Gemeinen Stadt, und loco istius von dero Zunft- und Kergenmeisteren verlangenden Consens, gibt

Hartm. Pistorius l. i. 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 cujus-
cunque loci Statuta, & Consuetudines con-
siderandæ, & diligenter custodienda sint.
Teste

Casparo Ziegler in Commun. Concl. ad
Aur. Prax. Nicol. Calvin. §. Civitas.
concl. i. n. 71.

omne Jus Civitatis generali Consuetudine in
Consules, & Senatum à populo est transla-
tum, ita, ut tales Consules, & Civium
Magistratus totam Civitatem repræsentent.
Et hinc ubi talis Consuetudo viget, si tale
Consilium, quod totam repræsentat Universi-
tatem, communis contraxerit suffragio, &
mutuum accepit pecuniam, perinde habe-
tur, acsi ab ipsa Civitate, convocatis, & con-
sentientibus 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
bi, quibus summa Reip. commissa est.
Hartm. Pistor. l. i. 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
conlensisset, licet non constet, pecuniam
mutuò acceptam in illius rem verbam esse.

Gratian. Discept. for. 196. n. 19. & seqq.
Ant. Faber in C. de O. & A. def. 5. n. 9.
Coler. de Process. Execut. p. 2. c. 3. num.
366. Besold. de mutuo. c. 20. Bru-
ning de var. Univers. specieb. thes. 77.
Lit. A. Richter. decis. 71. n. 1. & seqq.

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 Praeonis,
aut campanam, vel alio usitato modo con-
vocentur, & qui comparuerint, communis
consensu in mutuum accipendum consentiant.

Bachov. ad Treutl. vol. I. D. 20. Lit. a.
Coler. de Process. Execut. p. 2. c. 3. num.
336. & 337. Losæus p. 3. n. 9. Hartm.
Pistor. l. i. q. 37. num. 7. Harppr. ad
princ. Inst. quot mod. re contrah. oblig.
n. 46. Carpz. Asyl. Debitor. n. 1. &
2. & l. 2. Rep. 1. Item p. 2. const. 6.

def. 18. n. 10. Struv. ad ff. Exerc. 16.
thes. 18. Müller. ad eund. ibid. Lit. 2.

Vel cum, præterim in magnis Civitatibus,
difficile, imò ferè impossibile sit, ob com-
munia Civitatis negotia semper totam con-
venire Civitatem, ut mutuum acceperint,
aut in hoc accipiendum consenserint præter
Consules, & Senatores etiam Tribuni Ple-
bis, & Magistri Collegiorum Opificum, die
von der Gemäind verordnete Gilten-Vier-
tel, und Zunftmeister.

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 inorem in Saxonis Provinciis vi-
gere 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 Of-
ficiū temporale est, non totam Civitatem,
& Universitatem repræsentant, sed Consu-
les, Senatores, unā cum Tribunis plebis de-
mum tale constituunt Collegium, quod re-
præsentet populum, & totam Universitatem,
& communia negotia communi consenser-
pedienda perficere possit.

Vel denique ut ipsa Civitas communibus
suffragiis ad mutuum accipendum cum spe-
ciali Mandato nominatim Actorem conflu-
tum, vel Syndicum; nam quod iste fecerit,
tali casu ipsa Civitas fecisse censembitur.

Trentacinq. l. i. var. resol. rubr. quod
cujusque universit. res. 2. Mantic. da
tacit. & ambig. convent. l. 8. n. 13.
num. 1. Struv. thes. 18. cit. Müller.
ibid. Lit. 7.

Et tunc Syndico mutuum accipiente, ver-
sio in rem necessaria non est

Arg. l. liberto. 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. Zaf.
ad lib. 27. ff. de reb. credit. Müller.
l. cit.

Extra hos casus Civitas ex debito, ab Ad-
ministratoribus, & Rectoribus solis, qui to-
tam Universitatem non repræsentant, contra-
cto, 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 Ma-
gistratus hoc fecerit præsente, & non con-
tradicente populo, si ab hoc ille expressum
Mandatum non habeat,

ut contra Hartm. Pistor. q. 37. cit. n. 50.
docet Stryck. de Caute. Contratt. sed. 2.
c. 1. §. 6.

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

Aut

54.

CONSLIUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM.

421

Aut probanda hoc casu à Creditore est verio 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. defin. 19. n. 7. Et Libr. 2. Resp. 106. Struv. Exerc. 16. thes. 19. Müller ad eund. l. cit. Lit. y.

58. In gegenwärtigen Casu scheint an gehabter Wissenschaft, und eingestandenen Consens von gemeiner Bürgerschaft ganz nicht, und um so weniger ein Ursach zu zweiflissen, weilen erweislich vor dem mit dem Hospital geschlossenen Contract man in Gemeiner Stadt A. öffentlich hat lassen aufkommen, daß wer aus denen Bürgeren Lust hätte den quæstionirten Grund aufzurichten, und zum Nutzen zu bringen, man ihm solches um billichen Preys wolte anlassen, auf welches doch nicht einer gefunden worden, so ihm die Mühe machen, und die erforderliche Unkosten daran wenden wolte. Darum nicht also sich befindet, wie Concipit gegenrischen Replie vorleget, daß gleich so bald als diser Handel mit dem Hospital geschlossen, und solches bekannt worden, unter denen Bürgeren darwider ein allgemeines Zämmern, und Lamentiren entstanden, seymahlen Anfangs niemand daß wenigste entgegen eingewendet, sonder das Murren, und Schmähen ererst alsdann angegangen, da sie ersehen, daß von dem Hospital der Platz so wohl, wie sie vermeynten, zugereicht worden.

59. Seye es ihm 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 Consules, & Senatum à populo est translatum, ita, ut tales Consules, & Senatores totam Civitatem repræsentent, & quod ipsi communi suffragio fecerint, perinde habeatur, acsi ab ipsa Civitate, convocatis, & consentientibus omnibus Civibus, factum esset. Wird also Bürgermeister und Rath erweisen müssen, daß in ihrer Stadt A. von diser allgemeinen Gewohnheit abgewichen, und etwas mehreres erforderet werde. Wann aber ersagte Bürgermeister und Rath sich nicht propriæ turpidinis halber accusiren, und beschuldigen wollen, werden sie schwerlich was mehreres, als in Contractus initi Instrumento enthalten, erforderen können. Dann entweder haben sie gewußt, daß auch der Zunft- und Kerzenmeister Bevilligung zu einem Nomine der Gemeinen Stadt schließenden Contract benötiget seye, oder haben sie es nicht gewußt. Wann sie es gewußt, und dannoch mit dem hiervon keine Bürgerschaft habenden Hospital ohne solchen ihr der Zunft- und Kerzenmeister Consens den Contract eingangen, will es das

Ansehen gewinnen, als hätten sie den Hospital nur hintergehen, und einführen wollen, mit dem Sinn, Fundum Quæstionis ihm also lang zu überlassen, bis selber zu vollständigen Nutzen mit großer Mühe und Kosten zugericthet, von ihnen wegen Ermanglung benötigter Solemnität rescisso Contractu widerum vindiciret, und ihren Bürgeren mit dero grossen Vortheil, aber des Hospitals ungemeinen Schaden überlassen könne werden, so ich gar nicht wegen bekannten Justiz-Eysser eines Wohlweisen Raths von ihnen præsumiren kan. Haben sie es aber nicht gewußt, daß auch die Kerzenmeister hierin consentiren müssen (so doch abermahl nicht gedenken kan, weil das Werk meisten Theils durch Herrn Syndici so gewiß ein in Praxi & Theoria erfahrener Juris-Contulstus ware, Hand gegangen) müssen sie bekennen, quod omnino vincibili, & cralsa ignorantia circa res Officii sui laboraverint, so abermahl ihnen nicht anständig, und keines Weegs vermutet kan werden. Darum dann sich selbst beantwortet,

Was tertio loco in dissem 6ten Argument, de Probatione versionis in rem, opponiret wird; dann wie Num. 53. angemercket hab, si tale Concilium, quod totam Civitatem vel Universitatem repræsentat, communi suffragio contraxit, & accepit Mutuum, cum tali casu idem sit, acsi 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 mutuò acceperunt pecuniam; secus, si in Contractum cum Senatoribus initum consenserint.

Olymp. Prompt. §. Civitas. n. 6.

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

Ist Contractus Quæstionis, wie schon in Responso nuper dato erwiesen worden, feli Mutuum, kan auch ex Momentis, & Rationibus ibi datis für solches keines Weegs angesehen werden, sondern in all Weeg mit allem Zug Rechtems muß man ihre 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 erforderet, Ursach, weisen Emptio Venditio annuorum Redi-

60.

61.

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

62.

Solte aber besagter Contract, wie Bur-germeister und Rath durchaus evinciren wollen, je und alleinig für ein Mutuum (so doch nicht zu behaupten) durchaus passiren, so ist doch dem Instrumento Contractus das gemeine Stadt-Insiegel fürge-brucket worden, in welchem Fall

Matth. Coler de Process. Execut. p. 2. c.

3. n. 345.

den Creditorem Civitatis von der Prob Versionis in rem entlediget, dum asserit propter Sigilli Appositionem firmiter obligari Civitatem, quamvis non probetur ver-sio in Civitatis utilitatem, atque ita à Scabinis Lipsiensibus bis judicatum fuisse: quam Sententiam etiam probat

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

Und seye es, daß diese Doctrina Coleri in denen Rechten nicht recht gesetzet, wie daß dero selben in terminis widerspricht

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

ubi latè probat, Civitatem non teneri ex Mutuo, quod in Civitatis utilitatem con-versum non est, wie aus besagtem Manzo anmerket.

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

63.

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

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

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

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

Dann erlich ist in Calu præsenti der Hospital Reus conventus. Und wenn schon auch selber Personam Actoris alhier vertretete, so ist obgemeldte Regl zu verstehen sub conditione, nisi causa justa hoc postulet: inter justas causas autem resertur, si Actor petat edi sibi Rationes non quidem ad fundandam suam intentionem, sed tan-tum ad eam juvandam, & supplendam.

Berlich. p. 1. concl. 43. n. 48. Carpz. l. 2. Rep. 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. 6. 3. §. 6. Müller l. cit.

Welches besonders Statt findet, da das Contractus-Instrument selbst die beschobene Versionem belehret, ibi: Zu unserer/ und Gemeiner Burgerschafft Wohlart/ und Nutzen verwender haben. Und was auch schon wahr ist, was

Müller ad Struv. Exerc. 16. cit. thes. 19.

lit. y. §. 250.

anmerket, quod satis non sit, Administratorem pecuniam nominatim in aliquam certam Civitati utillem, & necessariam causam accepisse, quasi statim in illam versum, ac Creditorem hoc ipsum firmiter credidisse; cum nec Administratoris militia, 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. decif. 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 forrè. 8. & ibi Bartol. ff. de Cstrenf. Pecul. Jason, & Decius in l. si donatione. C. de Collation.

adde ut neque Renuntiatio hujus Exceptio-nis, facta ab Administratoribus, Civitati, ceu tertio noceat; sed specificè exprimi ne-cesse sit, cui Civitatis utilitati, vel necessi-tati impendenda sit illa pecunia.

Mevius, & Müllerus loc. cit.
So stehen wir doch pro primo alhier 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 nothigen Zufällen eine Gemeine Stadt A. sich damahls befunden, und erhellet aus dem Instrumento Contractus, auch vorher abgegangenen Briefen, mit was verbündlichen Terminis sie bey dem Hospital um Darleyhung einer Summa Gelds Ansu-chung gethan. Das also 3. An Probation questionirter Versionis in rem es nicht ermanglen sollte.

Solte aber diese, wofern selbe nothig, gar nicht zu erweisen seyn, wird Burger-meister, und Rath, durch diese ihre Oppo-sition nichts anders gewinnen, als daß sic die Obligation, den Contractum Questio-nis zu halten, zwar von Gemeiner Stadt ab, ihnen aber hingegen selbst aufzulie-fern werden; nam si pecunia non fuerit verla-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 converatur, ac ita Civitas efficaciter obligetur. Si igitur hoc ipsum secutum non fuerit, tacite Administratores ad pecuniae restitutionem obligare videtur.

Arg. l. cùm de indebito. 25. ff. de Probat. tot. tit. de Condit. indeb. tot. tit. de Condit. caus. dat. caus. non secut.

In quod ipsum etiam Administratores tacite contentire presumuntur, aut potius ob æquitatis rationem Jure finguntur, ne Creditores pecuniae creditæ jaçtaram faciant, & Administratores cum Creditorum damno locupletiores fiant.

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

Nam Civitati Exceptio non versa pecunias in rem Civitatis adversus Creditores competit, non vero Administratoribus, qui proinde, si contrahendi Mandatum, ac Protestationem 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.

66. Et hoc ita verum est, ut Administratores nec protestatione, quo minus hoc Casu obligentur, sese præmunire possint; nam Conventions, ob æquitatem factæ, contraria 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. obf. 15. n. 3. Carpz. p. 1. Conf. 11. def. 11. n. 4. Müller. ad Struv. lit. a. eit.

Imò licet Administrator Protestatione facta ad quasi Contractum respexisset, nihil tamen operaretur hæc Protestatio facto contraria; quia statim doli mali Exceptione repellit potest, cùm dolum malum facere videatur, qui ex aliena jaçtura lucrum querit.

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

67. Transfuit 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 vero damnum fuerit restitutum.

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

Action, quæ tali Casu Creditori contra Administratorem Civitatis competit,

juxta Lauterb. ad l. 27. cit. c. 5. §. 12. verius est Condictio sine Causâ, vel Causâ data, Causâ non secutâ; nam qui Administratori dat pecuniam mutuam 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 causa 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 tutori. §§. princ. ff. de admin. & pericul. tutor. l. Curatores. 3. princ. ff. de administr. rer. ad Civit. pertin. Loscaus p. 1. de Jur. Univers. cult. 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. l. ff. si quis omis. 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 Bürgermeister und Rath sich hier bedenken, ob nicht selbe ihnen eine Obligation durch derley Opposition aufzubürden, von welcher sie hernach wünschten entlediget zu seyn.

Ad 7. Haltet sich der Hospital auf die ihm von Bürgermeister und Rath aufgeschriebene Obligation-Schrift, wo Formalia: Nach ehevor erhaltenen Lands: Fürstlicher Regierung Gnädigsten Consens, klarlich enthalten, daß also von solchem, weilen bey Schlüssung des Contractus denen Worten eines Läblichen Magistrats, so in dem Instrumento Contractus einverleibt, und so gar mit allgemeinem Stadt-Insiegel gefertiget worden, billichster Massen aller Glauben müsse beygeleget werden, kein Zweifel beyfallen könnte, ob die Sach sich also befindet. Documentum licet inter Solemnitates requisitas ad validam Alienationem, & Obligationem rerum Civitatis requiratur consensus Principis, ita ut huic, & aliis Requisitis Civitas renuntiare nequeat;

Stryck.

68.

69.

Stryck. de cautel. Contract. sect. 1. cap.

2. §. 17.

eo quod licet Princeps liberam Administrandi potestatem concederit Senatui Opidano, 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 könne.

70.

Es gibt zwar Gegenthell vor, daß ihm von einiger Lands-Fürstl. Ratification, so in specie occasione des Instruments ertheilet worden, nichts bekannt, außer eines Hof-Rath's-Rescript, in welchem ihnen erlaubt worden hin- und wider Capitalia aufzunehmen, so doch cum grano salis zuverstehen, & ita, ut Solennitates requisita interveniant: auf welchem sie inferiren wollen, daß wann gleich ihnen Bürgermeister, und Rath auf befragte Weiß erlaubt worden, dergleichen Capitalia aufzunehmen, darauf doch nicht folge, daß auch hierdurch Gewalt geben 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.

1. §. 4. Müller. ad Struv. Exerc. 16.

thes. 18. Lit. 1. in fin.

Notant, per modum Decreti conceptus; si-
cuit enim Minor, ita & Civitas sine Decreto
validē immobilia obligare nequit, daß also
folglich die Erlaubniss, so ein Hochlōbl. Re-
gierung zu Aufnam etwelcher Capitalien ge-
geben hat, sich auf Obligirung quæstionir-
ten Wiss Grund, tanquam ad Contractum
prosperum, Pignoratitum scilicet, sich
keines Weegs extendiren lasse.

71.

Es ist aber Bürgermeister, und Rath
hierinn in einem Jerrwohn, da selbe Con-
tractum Controversum bloß für ein Mutu-
um wollen ansehen; massen, wie unten
Num. 96. seqq. erwiesen wird, solcher vil
mehr pro Contractu Emptionis Venditio-
nis annuorum fructuum, consequenter pro
uno unico Contractu zuhalten ist: Weilen
dann hodiernis Moribus fast alle Anlehen,
und Aufnam der Capitalien unter Pacti-
rung Jährlichen Zins- oder Früchten zuges-
schenen pflegt, und solches einem Hochlōbl.
Hof-Rath ganz wissentlich kan kein Zweif-
sel walten, daß solcher unter dem Consens
zu Aufnam derley Capitalium auch die Ob-
ligation, dardurch ein Gemeine Stadt vi-
cissim denen Darleyheren ad annuos census
solvendos, aut fructus ex Fundis suis relin-
quendos sich obligaret, und verbunden hat,
approbiaret, und gut geheissen.

72.

Solte aber per inconcessum gegenwärtig
mit dem Hospital gepflogner Contract al-
lein pro Mutuo passiren können, so ist doch
allhier zu consideriren, daß zwar selber per
modum duplicitis Contractus consideraret
kan werden, nempe per modum Mutui, &

per modum Contractus Pignoratitii, per
quem pro Mutuo accepto Bona Civitatis
obligentur, jedoch also, ut hic alter Con-
tractus per modum accessorii Contractui
Mutationis tanquam principali, adhæreat,
Accessoriū autem sequitur principale.

Reg. Accessoriū. 42. in. 6.

& Consensus, seu Decretum, super princi-
pali datum, etiam de Accessorio datum præ-
sumitur, besonders weilen defacto allen-
thalben üblich, und gebräuchig ist, kein An-
lehen von sich zu geben, füremlich wann
solches auf eine considerable Summa hinauf-
lauffet, es seye dann das vorgelthene Ca-
pital mit einer vergnügsamen Hypothec,
daran in Abgang der Bezahlung sich Cre-
ditor erholen könne, bestens vertheilert. Da
dann solch passim geübter Brauch dem
Hocherennten Hochfürst. Hof-Rath ganz
wohl bekannt, so hat schließlich dieselbe
eben darum sein Decretum, super Mutuo
accipiendo datum, auch auf die Obligation,
mit dero Fundus Quæstionis dem Hospital
hasten solte, extendiren wollen.

Was Concipist der Gegnerischen Re-
plic hinzugesetzt, das Accusirter Contract
schon vorhin ex natura sua, ohn vergleich
Exorbitantien, zu Recht sehr verhasset ist,
auch die beygezette Renuntiation an sich
selbst captios, unbilllich, und contra bonos
mores, einsöglich vor nichts anders zuhal-
ten seyn, als ein Vinculum iniquitatis, also
der mit selben gefütterte Contract durch
Lands-Fürstl. Consens nicht hab können
confirmirt werden, seynd unstandhaftie
Scommata, und hat die Opposition schon
seine Rechts-vergnügende Absertigung ex
dictis ad Argumentum 2. besonders Num.
37. wo erwiesen worden, daß die in der
Schriftlichen Obligation beygefügte Renun-
tiationes ganz nichts ungewöhnliches, son-
der in fast allen derley Contracten Land-
üblich pflegen bergerückt zu werden; worvon
auch so gar Renuntatio Læsionis ultra di-
midium, wie ad 3. Num. 38. & seqq. erwis-
sen worden, nicht aufgenommen ist. Con-
setur autem justē, & bona fide contrahere,
qui secundum morem ubivis usitatum con-
trahit, daß also hierauf wider den Hospi-
tal kein præsumptio doli formiret mag wer-
den.

Ad 8. Muß Bürgermeister, und Rath
Rechts-vergnügig erweisen, daß zur Zeit,
da Fundus Quæstionis dem Hospital über-
lassen worden, hiervon schon bereits 4. bis
5. Tagwerk aufgeregert waren, mithin
das Hospital nicht mehr, als erwan aufs
höchste annoch sechs Tagwerk abzuraumen
gehadt. Solches widerpricht der Hos-
pital, und belehret die heraufigegebne
Schuld-Verschreibung ein ganz anders,
massen ein Wohlweiser Rath in selbe
einfließen lassen die glatte, und generale Ter-
minos, daß selber Herr Darleiber / und
dessen Nachkommen zu Versicherung solches

CONSILIIUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM. 425

solches Darlehens zehn Tagwerck (ohne Aufnam, und Meldung, daß eines hier von schon vorhin zu Nutz gebracht worden) mit Holz angeflogenen Wiz-Grund -- übergebe. Kan also der Hospital zu Be-kantnuß solch vorgebner schon vorher be-schehler Aufreitung sich nicht verstehen; wohl aber, weil man selbes durch ungleiches Vorgeben hierzu nothiget, kan es mit Wahrheit gegen eine Löbl. Stadt A. sich beklagen, daß selbe bey ihrem Anfangs gegebnen Versprechen nicht geblichen; massen

75. Nachdem mit dem Hospital wegen des Fundi Quæstionis der Contract mit all er-dentlicher Verbindlichkeit geschlossen, und solcher Fundus zu 20. Jähriger Nutznie-
fung überlassen worden, hat zwar besagte Stadt A. zugleich die Vertröstung gege-
ben in benötigter Arbeit, und Zuricht-
ung des Platz das ihrige getreulich beyzu-
tragen; jedoch ist mehrers nicht erfolget,
als daß aufs höchste $1\frac{1}{2}$ Tagwerck weit die

Stauden aus dem Weeg geräumet wor-
den. Ja so bald nur die verlangte Sum-
ma der 800. fl. ohne Abgang entrichtet
worden, seynd sie auf Seithen wohl-
ersagter Gemeiner Stadt gleich von weiterer
Arbeit, und Beyhilff abgewichen, und
dieses zwar meistens Eheils darum, weilten
sie wohl ersehen, daß weit mehr Mühe, Zeit,
und Unkosten, als sie ihnen eingebildet, er-
forderet wurde, bis der Grund, und Boden
zu einem rechten Nutz, und Wach-
thum gebracht werden könnte. Aus wel-
chem dann quantitas Experiarum, so hier-
durch in Zurichtung dieses überlassenem
Wiz-Grunds dem Hospital allein zuge-
wachsen, leicht zuschliessen; dann

76. Weilen selbes besagter massen von der
Stadt A. wider gegebne Vertröstung in
der Arbeit verlassen worden, müste selbes
solche Mühe, und Kosten allein auf sich
nehmen, und (wann es je aus dem vorge-
streckten Geld, und auf 20. Jahr statt des
Zins überlassenen Nutznießung wolte einen
Nutzen schaffen) mit ganzem Ernst sich
dahinder machen, und das Werk mit
völligen Kräften angreissen. Seynd dem-
nach über 50. Arbeiter dahin abgeordnet,
und durch solche das Gefräus, und Stau-
den abgehauen, die Stock, und Wurzen
völlig abgegraben worden, welches wie vil
es Mühe, und Schwitzens gekostet, leich-
lich zuerachtet ist. Doch wurden auch diese
an so mühsamer Arbeit erlegen seyn,
wann nicht das Wetter selbiges Jahr ab-
sonderlich favorabel, warm, und also lei-
diglich geverfen wäre, daß man bestän-
dig, und ungehinderet dem vorgenomme-
nen Werk hat können abwartn, so den
ganzen Winter hindurch, und den darauf
folgenden Frühling gedauert.

77. Nach disem, als der Platz auf besagte
Mühsame Weiß abgeräumet, und gänz-
R. P. Schmalzgruber Consil. Tom. I.

lich umgerissen worden, hat man selben dreymahl gespreift, viermahl geegget, die tiefe Gräben, und Gruben aufgefüllt, und endlich mit s. Scheffel Haaber zimli-
chen Eheils besämet, welches doch dem Hospital nicht zu Nutzen kommen, in dem die Officier- und Soldaten-Pferd bis auf das Corporis Christi Fest beständig darauf gewendet, und also die erwachsende Saat, und junge Halmen sauber abgefresset. Das andere, und folgendes Jahr darauf ist wiederum gespreift, und der Platz mit Klee-Saamen, so man nicht mit geringen Kosten hergeschaffet, überbauet, und belegt worden. Das dritte Jahr hat man 60. Tüder s. v. Tung darauf geführet, welches auch geschehen das vierde Jahr. Weilen sich aber der Gras-Wachs noch schlecht erzeigt, 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 s. v. Betungung, und wohl nothige Bonifizierung des Grunds vorgenom-men worden.

Auß welchem dann sich ergibt die Un-
fugsamkeit des Gegnerischen Vorgebens,
da man herkommen läßt, daß 1. Kein so
große, ungemeine und langwirige Mühe
zu Abraumung quæstionirten Fundi von-
nothen gewesen. 2. Dass gleich noch das
erste Jahr das aufgeregerte Spatium mit
Heu-Blumen völlig besämet, und noch
selbigen Sommer wenigst siben Fahrten,
und das nächste Jahr darauff eine schöne
Quantität Tüder davon genossen worden;
und 3. Dass von denen vor etlich Jahren
im Quartier gelegenen Soldaten in dem Gras
zugefügter Schaden nicht also Considera-tions-würdig gewesen. Es will zwar
Bürgermeister und Rath in ihrer Replie
solchen Schaden dem Hospital selbst bezo-
mäßen, Ursach daß die Verderber hierum
an gehörigen Orthen nicht belanget wor-
den. Es hatte aber auch der Hospital an-
hier nicht er manglet, massen selber hierob
seine Beschädigungen öfters eingewendet, doch
von Gemeiner Stadt A. nicht die geringste
Abschaffung, und Remedur erfolget. Es
wäre aber dieses endlich noch zu er dulden ge-
wesen, wenn nur Bürgermeister, und Rath
in anderen bey ihren Worten geblieben
wären. Dann

Vors erste hat Bürgermeister, und Rath
dem Hospital versprochen, sie wollen keinen
Weeg über das Mad gedulden, haben auch
zu diesem End schon ein andere Straf lassen
aufspfahlen; doch ist solches zu keiner Rich-tigkeit kommen, sonder man hat auf Sei-
then 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
starckes Tagwerk auftraget. Ferners hat
man

78.

79.

man den Hospital versicheret, daß der übergebne Grund Garten-Recht habe, und also kein Stuck Vieh darauf weyden darfse, aufgenommen eine gewisse Gemeinde, welche das Recht hat nach St. Michaëlis Fest ihre Pferdt dahin zu treiben: welches aber auch nicht observiret wird, indem die Wirth, und Mezger einen ganzen Herbst ihre Ochsen ungefuehrt darauf halten. Ja es hat sich wohl auch vor wenig Jahren zugetragen, daß man so gar die ganze Stadt-Herd, gegen 1000. Stuck groß, im Frühjahr bis über S. Georgi hinaus darauf gedulden hat müssen, und weilen der Grund zimlich lind, ist das Mad von einer solchen Menge Viehs dermassen verderbt, und durchtrieben worden, daß man den Schaden zimlich anzilehen, und wenigst drey Tüder Heu in Abgang sezen kan. Zu demey verursachen auch die Weiber, und Vieh-Mägd all-jährlich einen grossen Abtrag, da selbe ganze Platz, absonderlich wo das Gras am dicksten, heraus schneiden, daß alles zusammen gar leicht ein ergibiges Fuder aufmacht: 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, des Erbiethens gewesen die auf 200. fl. von dem Hospital ansehende Präparations-Kosten samt dem Capital abzuzahlen; allein es hatte der Hospital nur gar billiche Ursach sich diser Offerten zubedanken, massen hieraus schier das Ansehen gewinnete, man wolte bemeldten Hospital fast für einen Taglöchner ansehen, deme der Lohn allein wegen beschehener, und in Aufreitung quæstionirten Platzes übertragner Mühe und Arbeit gegeben wolte werden, aller Deut aber Gemeiner Stadt A. zugehen sollte. Es lautet aber

Regul. qui sentit. 55. in 6.
ganz anderst; nam juxta hanc, *qui sentit onus, etiam sentire debet commodum, & e contra.* Wann dann durch versparte Mühe, und Kosten der Fundus Questionis so weit endlich gebracht worden, daß selber den erwarteten Nutzen anjezt bringet, ist solcher dem Hospital ganz wohl zuvergunnen, daß mit besagt grosse Mühe, und Unkosten, wie auch die erstere minders Frucht-bringende Jahr durch jetzt erfolgenden weiters gehenden Nutzen erzeuget, und die hierin angewendete Arbeit in etwas belohnet werde. Und ist

81.

Ad 9. Wie aus denen Hospital-Rechnungen sich ergibet, der Fand bey offternenneten Wirkwachs bey weitem nicht also überschweinchlich gewesen, als selben Burgermeister und Rath in ihrer Replik ansehen; dann erslich, wie Num. 76. gemeldet worden, von Schließung des Contractus so Anno 1708. den 23. Febr. geschehen die Auf-

reitung den ganzen Sommer, und Winter hindurch bis zu End hernachkommenden Frühling folgenden Jahrs andeauret, zu welcher Zeit nichts zu nutzen ware. Herzach wurde zwar der Platz mit Haaber besät, deme aber laut Num. 77. die Officier- und Soldaten-Pferdt sauber abgefretet, 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 Wiss-Grund bisher genossen, ereignet, daß zweymahl das aufslaurende Gewässer den L. r. Eung völlig hinweg geflossen. Auch da wegen anhaltender grossen Kälte, der nächst fliessende Strohm einmahl überfroren, und im Frühling der Eys-Stoß seinen Lauff haben sollte, hat sich damahlen das Eys dermassen gestödet, ja so dick auf dem Mad zusammen und aufeinander geschoben, daß es bis Pfingsten zu schmelzen gehabt. Dero dann geschehen, daß wegen allzu grosser Nässe, und darauf entstandener Kälte der Klee ganz ersticket, herentgegen aber nur rauhes, hartes, und mageres Holz-Gras erwachsen samt vilen langen Stängeln, welche durch vil abgeschickte Taglöchner haben müssen aufgerissen werden, damit man das übrige Gras abmählen könne. Über das hat man innerhalb zweyen trucken Jahren einmahl nur zwei Fuder Heu, und fünf Fuder Gramet, das anderemahl in allen nur 11. Fuder eingebracht.

Das aber das nächst-verwochene 1721. Jahr etwas bessers angeschlagen, ist sich desto minder zufremden, weil allenhalben der Heuwachs selbiges Jahr sich dermassen erwiesen, daß man das Fuder um einen billichen, und nicht so hoch (als dem Hospital angesetzt wird) projectirten Preis erhandlen mögen. Wie man dann von einer allhiesigen Hochfürstl. Regierung denen Burgeren das Fuder Heu per 3. fl. an etlichen Orthen aber nur bey 2. fl. hat abfolgen lassen, daß also von der Mänge, und Quantität des damahlichen Fands quantitas preti мерcklich gefallen. Derentwegen sich blich 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 unmaßbare Jahr-Gang übertragen, und blichster massen ersezten müßt. Ja wannach ein Überschüß 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 nemmen, und sich reflectiren, wie groß der Nutzen, und wie schätzbar der Grund tempore Contractus, auch die erste nachkommende Jahr, item, wie mühesam die Arbeit gewesen, mit welcher diser Grund entst

CONSLIUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM. 427

lich zurecht gebracht worden, daß also auch der per inconcessum sich hervorhuendelber gewinn jure merito inter fructus industriales zu zahlen, 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 außkommen, daß wer auf denen Bürgerenlust hätte diesen Wiss-Grund aufzurichten, und zum Nutzen zu bringen, man ihm solchen um billichen Preys wolte anlassen, dannoch nicht einer gefunden worden, so sich darum anmelden, oder einigen 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 eingehachte Heuwachs gar zu hoch, und übermäßig angeschlagen wird. 2. Dass Bürgermeister und Rath in der von sich gegebenen schriftlichen Obligation ganz billich die überlassene Nutzung vor ungewiß, und unbeständig gehalten; massen solches, wie Num. 81. erwiesen worden, der Eventus selbst, nicht aber wie Concipist in seiner Replie herkommen lässt, das Widerspiel gezeigt hat: darum dann angeführtes Axioma, quod Jura respiciant id, quod sit frequentius, ihne Concipisten selber schlaget, weilen zu mehrmahlen erwiesener Massen der Land durch verschiedene Zufall vil geringer, als Gegentheil vorgivet, sich re ipsa gezeigt hat. Auß welchem dann sich givet 3. Dass ohne Verletzung der lieben Wahrheit keines Weigs behauptet könne werden, daß bey denen 12. verloffenen Jahren die Gewissheit bey dem Fundo Questionis sich also gezeigt, daß dessen Nutzungen, deductis deducendis, und einen Jahr-Gang in den anderen gerechnet, die im Reich pasturliche Christen-Zins 2. bis 3. mahl dem Hospital ertragen. Dass aber anjezo (welches man doch an seinem Orth gestellter will lassen) so vil Leuth sich um dickermeldten Wiss-Grund bewerben, und Jährlichen auf einem Tagwerk dieses Mads 12. 13. bis 14. fl. schlagen, ist sich nicht zu bewundern; nam difficultius est laborare, facilius, postquam alii laboraverunt, in labores eorum introire. Es mag Bürgermeister, und Rath nach verflossenen dem Hospital zugestandenen Jahren den Bestand questionirten Fundi so hoch treiben, wie es will, in welchem der Hospital ihnen mit nichts einnehmen wird; allein begehret der selbe den Frucht seiner Mühe und Arbeit so lang zugemessen, als lang es ihm paretur worden, in welchem es ganz nicht mag verdencet werden, weilen auch sonst die DD. denjenigen, so Fundum Civitatis brauch- und fruchtbar gemacht, 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.
advertis Olymp. Prompt. S. Civitas.
num. 11.

qui etiam Rationem dat, quia ratio Juris postulat, eum, qui fundum fructuosorem reddit, ceteris Conductoribus, eundem Censem offerentibus, praeferendum 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 Questionis, wie Ad 8. erwiesen worden, bedarfte es eben so vil, ja noch mehrer Mühe, und Kosten, als ansonst auf einem vorhin vollständig zu bereiteten Acker nothwendig muß aufgewendet werden, seymahlen besagter Grund erstens mit grosser Mühe, und Kosten aufzgerüthet, hernach gleich einem Acker umgeissen, und gegget, nachmahlen erstlich mit Haber, darauff mit Kleeblumen besät, 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 anjezo nicht mehr so vil Arbeit, als bey einem Acker, hierauf gewendet muß werden, allein müssen primi anni steriles durch hernachfolgende fruchtbahre Jahr verguetet werden / ansonsten man wenig findere, so zu Gutem einer Stadt, oder anderen Gemäinden, die Präparations-Mühe, und Unkosten, auf einen Gemeinschaftlichen Fundum solchen zu Nutzen bringen zu können, aufwenden wolte, wann ihm nicht mehr Ergötzlichkeit hierauf zukäme, als ansonst ein jeder anderer durch Aufleyhung eines Capitals cum pacto percipiendi s. pro 100. quasi oriando geniesen kan. Was die Gefahren, und Ungewissheit der Nutzung belanget, hat questionirter Wiss-Grund, wann nicht eben diese, doch fast gleichmäßige; dann neben dem, daß ein jeder Wisswachs entweder wegen grossen Dürre, oder hingegen übermäßiger Nässe, vilen Schaden unterworfen, so ist accusiter Fundus also siuiret, daß der nahe anliegende Fluss dero Aufgließung allezeit betrohen kan, welches, obwohl es nicht all-jährlich geschieht, doch niemahl hiervon sicher stelle: und hat auch die Erfahrung selbst belehret, daß solche Gefahr nicht also weith zu verffen, wie dieses Gegenthell thun will, massen diese bisher verflossene Bestands-Jahr solche Erieglung repetit sich begeben hat.

Hhh 2

Ad

84.

428 CONSILIOUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM.

85.

Ad 11. Was der Entlegenheit, und daraufstießenden weitem Zu- und Abschreibens halber von dem Hospital gemeldet ist worden, ist nicht Geschwurhruß Weiß, oder aus der Intention geschehen, als wolte man sich hierin denen Bürgeren zu A vergleichen, sondern hierdurch zu beweisen, daß nicht alles, was Gegenthil ansetzt, pur lauter Gewinn, sondern beynebens auch nicht wenig Unkosten aufzuwenden seye, daß mit man den erwünschten Frucht auf dem Fundo Questionis genieße, und anheim bringe, daß also Quantitas Fructus um so vil geminderet werde, um so vil mehrere Unkosten hierauf zu wenden. Dass die Bürger zu A. ihre Wiss- Grund in etlichen Orthen noch weiter entlegen haben, thut die Hospitalische Unkosten nicht kleiner machen, als sie in sich selbst seyn. Dass aber ermehrte Bürger von diesen ihren, obwohl also weit entlegenen Fundis noch darzu Steuer und Anlag geben müssen, so von dem Fundo Questionis Bürgermeister, und Rath bisher entrichtet, das Hospital aber hiervon befreyet gestanden ist, hat sein Fundament, und richtige Absertigung in denen Rechten.

86.

Es hätte Concipiist der Gegnerischen Replic nur die Authores sollen von dieser Sach ausschlagen. Nam hi ad Questionem, utrum Locator, vel Conductor Fundi Collectas, & Contributiones præstare debeat, ita discurrunt: 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 cateris Contractibus sequimur, quod actum est. ff. eod. Müller. ad Struv. Exerc. 24. thes. 19. lit. a.

Si hæc non appetat, id, quod in Regione constitutum, vel alias 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. Frantz. tit. loc. conduct. n. 174. Struv. Exerc. 24. thes. 19. Müller. ad eund. lit. a. cit.

87.

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

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

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

de mercede Locationis Conductionis deducere.

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

Licet enim Fiscus in Tributorum, & Collectarum exactione Possessorem sequatur, & qualemcumque Possessorem, ac per consequens etiam Conductorem convenire possit,

L. Imperatores. 7. ff. de Publ. & Vestig. Garc. c. 14. cit. n. 19. Tabor Coment. de Contrib. & Jur. Colon. thes. 49. & trah. de merat. p. 2. c. 3. thes. 19. Lauterbach. ad ff. locat. cond. s. 99.

quia tamen Locator pro Fructibus mercedem accipit, & sic in effectu ipsem reflocat ut frui videtur.

L. si ususfructus. 35. §. ususfructus. I. l. neque uitur. 38. & L. seq. ff. de Usufr. prædiorum. 36. ff. de Usufr.

Colonius verò partem Fructuum accipitatum pro opera, & expensis.

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

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

Arg. l. neque stipendum. 13. ff. de impens. in res dotal. l. as quidem. 2. C. de amon. & tribut. Tabor, Hahn, Lauterbach. cit. quibus consentiunt Caroc. trah. de Locat. p. 4. q. 39. n. 4. & seqq. Garc. c. 14. cit. n. 3. & seqq. Klock. c. 11. cit. n. 169. & seqq. Franzk. l. cit. n. 171. & seqq.

Excipiuntur Collectæ, quæ rebus, & personæ Coloni impositæ sunt; nam has Conductor prestat.

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 inconcessum also wäre, so würde man das Onus Collectarum solvendarum eben darum desto weniger dem Hospital können auffeilen, weil es in Contractu Mutui cum Jure Pignoris Fructus Pignoris allein dem Mutuatario zugehörig.

Ad 12. Was allda von dem fertigen Ganz ab dem Wiss- Grund Questionis gemeldet worden, hat seine Beantwortung schon Num. 82. überkommen; dann obwohl zwar verslossenes Jahr besser, als von vñzen Jahren her, das Heu, und Gramet allenthalben gerathen ist, so ist doch eben wegen dier Menge auch der Werth um ein Namhaftes gefallen, da, wie Num. cit. gemeldet worden, in manchem Orth das Guder Heu per 3. ja auch 2. fl. verkauft worden. Ist also der Wehr, da Bürgermeister, und Rath das Guder Heu um 3. und das Gramet um 7. fl. haben angeschla-

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

90. Dass aber das Hospital in diesem seinem Contract keinen übermässigen Gewinn nicht gesuchet, werden Burgermeister und Rath, wann sie anderst der Wahrheit steuren wollen, selbst müssen bekennen, und erhelet aus deme, das besagtem Hospital wohl erträglichere, mehr sicherere, und gewissere Unterpfandt, als benanntlich die Stadt-Beyer, der völlige Stadt-Zehend, das Stadt-Umgelt, Gült-Unterthanen seynd angetragen worden; da doch selbes sich vergnügen wollen mit einem Platz, so ohne dem Gemeiner Stadt nicht den mindisten Nutzen gabe, und weil um Aufzreitung desselben niemand sich wolte anmelden, noch in dem alten Stand bis anhero wurde geblieben seyn, wann nicht das Hospital wäre entzweichen kommen. Man ware auch bey Gemeiner Stadt nicht gar ungemein, quæstionirten Fundum gar läufiglich an den Hospital anzulassen; es hat aber solcher seiner Ursachen halber allein mit dem Verstand sich wollen befriedigen lassen. Geschicht derenthalben demselben ein grosse, und unverantwortliche Unbild, da man es, als Labis Usuraria aperit reum, in aller Stadt allenthalben ausschreyet, so gewißlich 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, weilen die Hospital-Wägen so lang und breith seyen, daß zwey Fuder Heu wohl drey Fahrten aufzamachen. Wann deme also, weilen man eben auch grössere Wägen zu dem l. v. Tung-Führern gebrauchet, wird wohl auch ein solches Fuder für höher müssen angeschlagen werden. So also Burgermeister und Rath ihre Fahrten bey 45. Kr. ansehen, wird wohl der Überschuss der Hospital-Führern einen Gulden aufzamachen. Seye dann per inconcessum, daß färtiges Jahr der Fundus Quæstionis nur halb getunget, und aufs höchste 30. Fahrten darauf gemacht worden, so bleibt jednoch der Werth gemachter Desierung bey 30. fl.

92. Weiters, weilen der Anschlag eines Fuders färtigen Heus per 8. fl. vil zu hoch, und erweislich, ein solches andernwärtig um 2. bis 3. fl. zu bekommen ware, machen die 30. dem Hospital angesetzte Fuder Heu und Gramet auf das höchste 90. fl. das Interesse von 800. fl. Capital trifft 40. fl. Mader- und Heuer-Lohn, nach eigner Bekanntnuß, erstrecket sich auf 25. fl. der l. v. Tung wird von dem Concipisten selbst auf

30. fl. angerechnet. Ist also der Handfärigen Jahrs 90. fl. Was aber wegen Jahrlichem Interesse, und besagte Unkosten, das Hospital prætendiret, alles in eine Summa zusamm geschlagen, macht 95. fl. daß also exceptis excipiendis nur 25. fl. dem Hospital verbleiben, welches nicht vollkommen das paetirte Land-gebräuchige Interesse aufmachet. Und dieses ist der überschwängliche Gewinn, so man als Wucherisch allenthalben verschreyet, beynebens nicht bedencket, wie wenig die erste Jahr der überlassene Wiss-Grund dem Hospital ertrag, 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 sollte.

93. Da man aber den Gewinn von der Mastung, so Gegnerischem Vorgeben nach, das Hospital meistens Theils aus dem Fuder quæstionirten Wiss-Grunds bestreitet, Ursach, daß aus besagter Mastung die Beztungung von selbst wieder entsichert, also groß machen, mithin das Fuder l. v. Tung nicht um einen Gulden, wie das Hospital anschlagen will, scheinet, als wolte man die Rechnung mit dopteler Kreiden machen, massen das Heu, und Gramet, so man für die Mastung verbraucht, Contract-mäßig erzungen, und also sich eigen gemacht, und dannoch aus dem also eigenthümlich gemachten für Gemeine Stadt A. einen Proft machen, und das hierauf kommende Tung in dem Preys verminderen will. Wann dieses giltet, würde einem Bräuen die Geisten, so er aus dem ihm verpachten Acker-Grund ziehet, und für das Bier-Bräuern versiedet, um dessenthalben fast noch so hoch, als dero gangbahver Werth ist, müssen angeschlagen werden, weilen aus dem Bier ein nahmhaffter Gewinn gezogen wird, so doch keines Weegs an gehen kan. Wegen der Steur, so aus quæstionirtem Fundo Burgermeister, und Rath præstiret, ist kein Retorsion zu machen, weilen, wie ad 11. erwiesen worden, die Obligation zu solchet allein Locatorem, nicht aber Conductorem, und noch weniger Creditorem Pignoratuum angehet.

94. Brauchet es noch vil, bis die allda geführte Rechnung liquidiret werde. Gegenthil hat schon, wie Num. 92. gewiesen worden, ratione der färtigen Fructuum, in dem Calculo sich getretet: macht also die Præsumption, daß solcher in præsenti nicht gut zu richtig. Und wann schon ein mehrers, als 5. per 100. sich die letztere Jahr an denen Früchten von Heu und Gramet herauswerffete, 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, cemptis de-

Hab 3 mendis,

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 Überschüß sich hervor thun, so dem Hospital für einen Gewinn könne aufgerechnet werden, welches doch auch wegen allzeit befürchtender Gefahr des Gewitters, und Auflaufung des anligenden Flusses, so ebenfalls pretio estimabilis, für compensaret zuschätzen ist.

95. Solte sich aber jedocho ein mehrerer Hand über das sich hervor geben, ist solches dem übermäßigen Fleiß, und theils auch dem Glück zuzumessen; massen dergleichen Contractus sich haben, wie Iactus alex. Will einem das Glück, daß er auf dem Glückshafen statt 10. kr. einen Degen von 100. Thaler heraus ziehet, hat ihner der Glückshofner darum nicht anzukommen. Ebenfalls befindet es sich in Vermischung der Lecker- und Wiss-Gründen. Man wird Anfangs eines wegen des pretii Locationis Conductionis, und nimmet auf sich beynebens die Gefahr etwas, oder nichts hieraus zu ziehen. Was über das pactirte pretium hinaus geht, ist theils das Glück vom Himmel, theils Fructus industriae, um welcher der Locator den Beständner mit Zug nicht soll bescharchen, noch hiervon einen Profit prætendire; nam industria sua cuivis hanc exhibenti fructificat.

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

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

eben diese Terminos darinn einfleissen läßt, ibi: Ich N.N. bekenne hiemit vor mich/ meine Erben/ und Erbnehmen/ daß der N.N. zu Abführung einiger auf meinem Gut N. haftenden Schulden/ auf zwey Jahr lang mit getreulich NB. vorgeleihen hat N. Gulden ic. Item paulo inferius: Gelobe demnach/ und verspreche hierauf -- ob wohl gemeldten Herrn Glaubiger -- die mir NB. vorgelihene Gulden -- hinwiederum unfehlbar zubezahlen ic.

97. Es kan aber dieser Contract, dessen Formular 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.

Bey welcher Obligation es in disem Contratu, von dem besagte Formula gesetzet ist, nicht verbleibet, massen in selben die Länd-gebräuchige Interessen, Jährlichen fünff von hundert gerechnet, pactaret seynd: so auch nicht können begehret werden allein ratione periculi fortis, danni emergentis, oder luci cessantis; dann für disse per constitutam sufficientem Hypothecam in ermeldter Formula genugsam caviret wird, ibi: Bey Verpfändung aller meiner Haab/ und Gut/ fahrend/ und unsfahrender/ zerziger/ und künftiger -- insonderheit stelle ich auch zum kräftigsten Unterpfand vor obgesetzte Summa -- als auch davon gefallenen Interessen/ mein obgedachtes im N. Fürstenthum gelegenes eigenthümliches Gut mit allen desselben Recht/ und Gerechtigkeiten -- cum expressa Clauſula Conſtituti poffessorii, & 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 reipka Emptio Venditio annuorum Centrum, oder Redituum ist. Dissem Contract nun si Contractus Quæſtionis also gleich, ut nec ovum ovo similius. Wird also disse billchifler massen pro Emptione Venditione Redituum annuorum gehalten.

Den Unterschied inter hunc Contractum Emptionis Venditionis Reditum annuorum, & inter Contractum Antichreticum, & Simplicem Pignoratum habe in obangerechten Reflexionibus schon gewisen. Sollt also keines Weegs, daß, wann Contractus Quæſtionis nicht pro Contractu Mutui, oder Antichretico, sondern pro Germanico müſte gehalten werden, hierdurch aller Platz dem Contractui Antichretico benommen, und solcher gar ex rerum natura gehoben wurde, cum tamen ferè omnes JCti de eo tractent, & iniiri posse locumque habere conſteantur; dann eben darum, daß Contractus Germanicus, oder Emptio Venditio annuorum Reditum ein von dem Contractu Antichretico verschidener Contract ist, wird einer von dem anderen nicht aufgehoben.

Es kan auch disse erst gemachte Replica billchifler massen retorquiret werden; dann wann Contractus Quæſtionis pro Mutuo cum Pacto Antichretico angesehen muß werden, will gleichfalls folgen, daß auf solche Weiß Contractus Germanicus nimmermehr Statt finde, so doch wider alle, besonders teutsche Authores, so hiervon tractiren, streitter, und nothwendig muß zugelassen werden, massen hierdurch allein iustificirt kan werden perceptio Usurarum quincuncium in casu, wo ein sonst müßiges Geld s. per 100. ausgegeben, und das Capital mit

CONCILIO XLIV. EMPTIONIS REDITUUM. 431

mit genugſamer Hypothec verſicheret, also nec lucrum cefſans, nec dannoſum emerſens, nec periculum fortis erſitten wird, ohn welcher eines auch Uſuræ quinqueſces keines Weegs ratione Mutui in foro conſcientiae erlaubet ſeynd.

100. Und machet ad earum licentiam nicht das geringſte, daß ſelbe in dem Römis. Reich per ejusdem Receptus, & Conſtitutiones zu gelaffen werden; cum enim Jure naturali prohibitum sit ex mutuo accipere aliquod ultra fortem; ubi danti nec lucrum aliquod cefſat, nec dannoſum emerſit, aut periculum fortis eſt; nec Imperator, nec alius Princeps Lege ſua ejusmodi Uſuras quinqueſces, praeceſe ex mutuo acceptas, facere licitas po- teſt.

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

Aliud proinde debet eſſe genus Contractū, quam Mutui, quando 5. anni pro 100. Summa Capitalis date ex pecunia alijs otioſa, forte per Hypothecam ſufficientem aſſe- curatā, petuntur, & ſolvuntur. Aliud au- tem Contractuum genus eſſe non potest, niſi qui vocatur Germanicus. Ergo &c.

101. Ad 16. Wann Concipist der Gegneriſ- ſchen Replik aufgeſchlagen hätte den Matthiam Colerum de Proceſſ. Execut.

p. 2. c. 3. n. 369.

wurde ſolcher im Namen Bürgermeiſter und Rath der Stadt A. ſich nicht alſo be- wundern über die in dem Instrumento Ob- ligationis begeruckte Clausulam, Kraft welcher im Fall, da Bürgermeiſter, und Rath nach verloſſenen 20. Jahren mit Heimzahlung der 800. fl. ſaumſelig erschei- nen würden, Herr Verwalter / und / deſſen Nachkommen vollen Gewalt / Macht / und erlangtes Recht haben ſollen / die ehegemeldte zehn Tagwerck Wiſſ-Grund in Anspruch zu nehmen / anzugreiffen, ſeit zu biehen / zuverkauffen / ſo lang und vil / biß ſelber um die dargelyhene 800. fl. beſtridiger / und bezahlet ſeyn wird. Nam juxta cit. Colerum hic ipſe effectus eſt obli- gationis, per Administratores generales, & perpetuos nomine communi Civitatis con- tracta, ut ex tali mutuo obligentur Civitas, & bona Civitatis communia, adeo, ut ex vi pacti, vel statuti, poſt moram, manus in ea recte ini- ciatur pro tali debito Civitas. Ita ad verbum Colerus, welcher dann ganz weiflich l. cit. num. 361.

102. Distinguiriſt inter Mutuum acceptum ab Administratoribus temporaneis, & inter Mu- tum nomine Civitatis acceptum ab Admi- nistratoribus ejus perpetuis. Ex facto priorum dicit Civitatem, & bona illius regulari- ter non obligari in Mutuo; contrā vero quan- do per Administratores perpetuos facta con- gregatione omnium, qui ſunt de corpore, & conſilio Communitatis, & qui de loci conſtituendis talibus deliberationibus adhi-

beri ſolent, nomine Civitatis acceptum eſt Mutuum; nam quod ita gestum eſt, ait, com- muni Civitatis nomine relcindi non debere, juxta

L. quod ſemel. ſ. ff. de Decret. ab Ord. fa- ciend.

Ideo, quia ex tali contractu Administra- torum firmiter obligatur & ipsa Communitas, prout hoc clare firmat

L. ſi is, qui bona. 11. ff. de Pign. & Hypoth. ubi dicit, Si is, qui bona Reip. jure adminiſtrat, muſuam pecuniam pro ea accipiat, poſſe illum reſ eius obligare. Ex quo idem

Colerus n. 361. cit.

infert, quod poſt moram nihil prohibeat, quin Creditor paratam executionem in bona Civitatis communia, vel etiam adverſus ip- ſam 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 Ci- vitatis, quibus gubernatio, & omnis admini- stratio rerum publicarum commiſſa eſt, fa- ciunt, id pro eo haſetur, acſi ſinguli Cives feciſſent.

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

Et haec ſententia communis eſt, teſte

Bolognet, in l. Civitas. cit. n. 15. paula ante finem. Et facit l. nulli. 3. ibi: si or- do decreti. ff. quod cuiusque universitatis nomine &c.

Pacta ſiquidem eorum, qui praefunt Cor- poribus, & Collegiis, praefunt, & noſcent iſi Collegio.

L. item Magiftri. 14. ff. de Pact.

cum Cives intelligentur ſciviffe, & ſcire, item feciſſe, & facere, quod ſciunt, & fa- ciunt ii, quibus perpetua gubernatio Corpo- riſ conceſſa eſt.

L. municipes. 14. ff. ad Municipal.

Et hinc optimè ad rem praefentem

Bartol. in l. præſes. 12. n. 4. ff. de transact. tradit, Administratores perpetuos Universi- tatis habere liberam administrationem, & ſuper cauſis Communitatis, etiam absque ſpeciali mandato, tam paciſci, quam tranſige- re poſſe; cum enim Consilium totam Con- gregationem Civitatis repreſentet, ideo Do- minorum quaſi loco haſentur.

Iſt alſo die von Concipiſten Gegneriſcher Replik accuſierte Clausula ſein ſo ſeltsames. Meer Wunder, für welches er ſolche auf- ſchreyet: ja er bezeiget ſich durch ſolche Be- wunderung in Praxi gar zu frembd, maſſen ſelbe in derley Contractibus ganz gemeinig- lich inſeriret wird, anfonſt wird angeregt Clausulam

Guggenberger Formular-Buch c. 14.

Formul. 4.

iſt die Formulam einer Schuld-Obligation, welche von einer Stadt abzugeben, nicht einſließen haſſen laſſen verbis: Als haben wir ihn alle unſere / und Gemeine Städte

103.

104.

Stadt Güter -- nichts aufgeschlossen/
in specie unser ganzes Gut und Dorff ic.
zu einem rechten Unterpfand / Kraft di-
ses Briefs würtlich eingesetzt und über-
geben / und zwar cum Clauſula conſtituti pos-
ſessorii, und der aufrücklichen Erklärung/
dass die Generalis Hypotheca der Speciali,
und die Specialis der Generali nicht präjudi-
ren/ sonder ihnen frey stehen solle/ auf den
Fall der Lichthaltung/ von einer zur an-
deren fallen/ und untersucht der Obrigkeit/
ihres eignen Gefallens / als wäre es mir
Gericht / und Recht erklaget / erstanden /
und ihm darein gehoffen worden / einzu-
nemmen / zu besitzen / zu gebrauchen / zu
vermieten / oder ganz / oder zum Theil
zu verkauffen / bis sie auch den letzten
Pfennig 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 Oppidanii non po-
sunt consentire ad obligandam totam Uni-
versitatem , proinde nec Universitas , aut
eius res ex tali Instrumento obligantur , nec
contra illam , & in illas Actio , multò mi-
nus Executio datur .

Schilter. *Prax. Jur. Rom. Exerc. 22.*
§. 59. Olymp. Prompt. §. Civitas. n. 12.
Secus est , si consentiant , qui Civitatem re-
präsentant , & 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 . Censentur
autem in hujusmodi obligationem , & cel-
litionem se obligare , si consentiant , qui ip-
sas repräsentant , cum horum Consensus , ut
suprà dixi , sit ipsius Civitatis Consensus .

106. Ad 17. Isti forderist allda zubemerken ,
ein grosser Unterschied seye inter Reditus
personales , & reales . Licet enim Reditus
personales ex mente plurimorum DD. in ef-
fectu à Mutuo nihil differant : secus tamen
est in Reditibus annuis realibus ; nam isti
non Mutuum , neque Pensiones annuæ Usu-
ræ , sed vera Emptio Venditio sunt , ex qua
Emptor , quamdiu caula durat , Centum per-
petuum lucratur , licet duplo , triplo , vel
amplius tractu temporis pretium excedat ,
non aliter , acsi quis fundum certo pretio
comparäset , atque ex eo fructus , paucis
annis pretium superantes , perceperiset .

Gaill. *l. 2. obs. 7. n. 8. Canis. tit. de*
Usur. c. 18. Tabor. de praſ. debitor.
p. 3. art. 9. n. 10. Carpz. Asyl. 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 pecunia quantitas , & merx , hoc est ,
reditus annuus , quæ sunt substantialia ipsius
Contractus Emptionis & Venditionis .

Ex quo sequitur , quod per ejusmodi Em-
ptionem Venditionem redituum annuorum
Usura non committatur ; nam Usura pro-
priæ non committitur , nisi in Mutuo , ubi
ex pecunia , re sterili , fructus percipitur .
Atqui inter Contractum Mutui , & Emptionis
multum interest quoad sortem : nam in
Mutuo pecunia mutuò data salva manet
Creditori , & repeti potest secundum con-
ventionis Legem ; sed celebrata Emptione
Venditione Redituum fors tanquam pretium
in Venditorem illico transferratur , adeo , ut
Emptor eam , quamdiu Reditus solvitur ,
revocare , & repetrere nequeat . Acedit ,
quia ut idem

Gaill. *l. cit. n. 8.*

advertisit , tali casu non ex pecunia , sicut it
in Contractu Usurario , fructus queritur ,
sed comparatur Jus percipiendi Reditum
annuum , quod Jus legitimo pretio aesti-
mi , & vendi potest , quemadmodum recte
venditur & emitur Jus eundi per fundum
meum , vel Jus hauriendi aquam ex puto
meo : ut adeo in hoc Contractu nullum ver-
setur periculum Usuræ illicitæ .

Besonders aber ist dises den Causis püs
expressè vergunnet per

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

als die in Jure sehr privilegiert , und maxi-
mo favore zu gaudieren haben , von welchen
auch animus fecerandi nicht mag prelumi-
ret werden , sondern vielmehr dises , dass sie
sothane Pensiones annuas nicht als Usuras ,
sondern als ein Interesse fordern , und be-
gehren . Id autem , quod interest , dupli-
citionem exceedere potest .

L. arbitraria. 3. §. nunc de officio. 8. f.
de eo , quod certo loco &c. Carpz. l.
cit. posit. 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-
rium esse : pro quo facit textus notabilis

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

Und wann schon auch hier quæſtioniter
Contractus , wie Gegenthil will , auf un-
gestandenen Fall pro Contractu Mutui cum
Pacto Antichretico müste angesehen wer-
den , so ist doch nicht also gewiss , wie Con-
cipiist Gegnerischer Replic , nulla addita ra-
tione , supponiret , dass solch stipulante An-
tichretis in Geist - Natur - und Gottlichen
Rechten

Rechten ohne Unterschied verbotten seye, massen hierin die Authores in drey verschidene Opiniones sich vertheilen; dann 1. Et welche mit

Carpzov. pract. crimi. p. 2. q. 92. n. 68. für Usurariisch halten wollen, wann der jenseige, dem ein Gut Pacto Antichretico verpfändet worden, auf demselben mehr Frucht, und Nutzen ziehet, als er vor sein Anlehens-Zins forderten könne; darum besagter Carpzovius cum alii will, daß der Überfluss 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. 18. C. de Usur. Marta ff. noviss. tom. 3. tit. de Usur. c. 16. Klock. de Ætar. l. 2. c. 19. n. 49.

wann besonders dieses Pactum mit dem Contractu Mutui communicire.

II. Herentgegen seyn andere, so dergleichen stipulirte Gegen-Genuss für ein rechtmäßig, und vernünftiges Negotium halten, welches weder der Gotrs-Frocht, oder Christlichen Liebe entgegen lauffet, und dahero ohne Scrupel sowohl in Italien, und Frankreich, als in Deutschland 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. Myrl. cent. 6. obs. 71. n. 2. Welenbec. conf. 8. n. 44. Cothman. l. 2. Ref. 57. n. 17. Græv. 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. Rittershul. de Differ. Jur. Civil. & Can. lib. 3. cap. 7. Rauchbar. I. q. 20. n. 13. Scheffer. p. 1. q. 17.

III. Der dritte Sentenz halte 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. cod. Eckolt ad ff. dict. tit. §. 8.

wann nur der etwas Usurariisch mit sich führende Excess, und Proventus des Pignoris gegen die antwendende Bau- und andere Kosten, gegen die Gefahr des Crediti, Unge- wissheit der Früchten, und bald auf-bald absteigenden Werth derselben auch gegen dem, was man noch vor Einbringung derselben zu besorgen hat, gesetz, und balan-

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

ciret werden, welches auch ganz klarlich andeutet

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

Nun dann in disem, zwar von dem Hospital ungestandenen Fall, da questionirter Contract nicht anderst, als pro Pacto Antichretico müßte angesehen werden, ehe Concipist der Gegnerischen Replie besagtes Hospital ad fructus ultra Usuras quincunces perceptos, in sortem imputandos, condemnire, hätte er abermahl die hiervon redende AA. ausschlagen sollen, welche hierinn zu distinguiren pflegen, ob die auf der mit der Antichresi beschwerter Sach erhebende Jährliche Früchten gewiß seyn, und ihre gewisse estimation haben, wie bey denen Erb-Zinsen der Canon an Geld, oder Getreyd ic. oder ob selbe entweder an sich selbst, oder an ihrer Ästimation ungewiß, also daß solche zuweilen in dem Prelio steiget, zuweilen aber wegen Wohlfeilheit fasset. In dem ersten Casu gesteht man, und ist der Billigkeit ganz gemäß, daß der Genuss ad legitimum Usuratum modum restringiret werde, damit nicht denen Wucherischen Betrügereyen, und denen, die davon Profession machen, zu deren Exercirung Thür, und Thor aufgethan, und wider die Leges prohibitives Imperii gehandlet werde: wird also folglich in solchem Fall, da Creditor mehr Früchten eingezogen, als er Zins hat fordern können, der Überflüß von dem Capital müssen abgezogen werden.

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

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

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

Wären aber die Fructus ungewiß, und varire deren Ästimation, und Proventus, ist abermahl in Consideration zu ziehen, so wohl quantitas incertitudinis, als auch quantitas excessus ultra Usuras quincunces. Ist diese nicht gar zu unmäßig, und die Unge- wissheit allzugroß, Kraft welcher geschehen kan, daß wegen Märsch, oder wegen allzu grossen Wohlfeilheit die Jährliche Frucht nicht einmal den Zinsen gleich kommen, oder des Creditoris Arbeit, und Kosten ersehen, 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.

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

L. secundum naturam. 10. ff. de R. I. l. se ea lege. 17. C. de Usur. Belich. p. 2. decis. 170. n. 25. Carpz. p. 1. Prast. crim. q. 73. Scheffer. p. 2. q. 17. Hahn. ad Weisenbec. tit. de Pignor. n. 5.

Neque hoc casu Contraictus, 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 eorumdem inconstantia, ac mutabilitas:

L. oleo. 23. C. de Usur.
Ob quam incertitudinem multa alia sustinetur, quæ illâ cessante, nunquam subsisterent, prout in emptione jaetus retis, & aucupii demonstrat Jurisconsultus

L. si jaetus retis. 12. ff. de att. empt. tum verò labor notabilis forte in culturam talis fundi impensus.

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

Und ob schon diese Meynung von einigen auf die Fructus industriaes restringiret, und von denen Naturalibus ein anderes statuere 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.

Überschreitten aber die Fructus percepti den Ertrag der Zinsen allzu übermäßig, und excessiv, so steht man nicht in Abred aller Billigkeit gemäß zu seyn, daß man ein Moderamen vornehme, und ein billige Aluzgleichung mache, massen die Leges nur einen mäßigen Excess tolerirent.

Carpzov. const. 30. cit. def. 41.
doch muß hierinn auch ein Aufnahm gemacht werden, wann der Creditor durch seinen Fleiß, und Kosten das Pfand-Stück melioriret, der Gestalt, daß es hiedurch mehr, als sonst ertraget; dann in solcher Hypothesi der Frucht-Genuß ihme auch allein heimfalle, und ist er nichts zu restituieren schuldig.

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

II5. Ob- und 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. I. §. ait Prator. 1. ff. de Jur. deliberand. Menoch. de arbitr. cas. 145. n. 2. Et cas. 217. fin. Carpzov. defini. 41. cit. Philoparch. §. 9. cit.

welcher aber nicht eben auf das Quantum Fructuum, so der Creditor erbauet Setzmahlen auf dessen besonderen Fleiß, und Kosten, oder auch durch ungewöhnliche Fruchtbarkeit eines Jahrgangs mehr, als an anderen wachsen kan) sehen, oder dem Creditori darüber ein Question moviten soll; sondern er muß auf den gemeinen Ertrag der Früchten seine Reflexion machen, und die Maß nicht auf deme, was sich selten, sondern was öfters, und gemeinglich zuträgt, constituiere, auch weder auf den Miswuchs, noch auf allzu grosse Fruchtbarkeit sehen.

Mevinus Levamen. inop. Debit. c. 4. set. 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 Pignoratus die Fructus Fundi Antichretici selbst genießen, oder jemand anderen (wie er dann hierzu Macht hat) pro certa mercede elociret will; dann in solch anderen Fällen, cum tali modo tollatur fructuum incertitudo, der Excessus, und Überschüß ultra Usuras quincunces in sortem imputiret muß werden, von welcher Imputation, wann sich Überschüß nicht als zu-excessiv, er sonst in Casu, da selber die Einkünften selbst geniesset, enthoben ist, zingleichen da ein Haß dem Creditor sub Pacto Antichretico zuwohnen verpfändet wird, wan schon der Haß, Zins ein weit mehrers, als des Creditoris juroderen-habende Zins austragen importiert, so kan doch Creditor deswegen nicht besprochen werden. Locirte er aber das Haß einem anderen, und zohe er einen grösseren Bestand aus demselben, als sein Capital interessirte, so muß er das überige am Capital abgehen lassen.

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

Auß welchem dann die Application bis her ausgeführter Doctrin auf hier im Streit ligenden Casum, und ad Questionem, ob excessus Fructuum ultra Usuras quincunces in sortem zu imputiret, auch in supposito, daß Pactum Antichreticum revera eingegangen wäre worden, Reponsio negativa von sich selbst ergibet; dann i. bekennen Burgermeister, und Rath einer Löbl. Stadt A. selbst, daß die Fructus des questionirten Fundi ungenüg seynd, massen sie solches in die von Handen gegebne Obligation expreß einschlissen lassen, wie er hellet ex Instrumento desuper concocto ad finem ibi, zumahlen die überlassene Nutzung vor ungewiss / und unbeständig gehalten worden. Und thuet solches von selbst an den Tag geben sowohl die Anglegenheit des Flusses, so manches mahl sich darauf ergießet, und auch schon Zeit wehrender Nutzniessung ergossen hat, als auch die Natur der hierauf erhebenden Fruchten,

CONSILIIUM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM.

435

ten, welche bald von grosser Sonnen-Hitz aufgedürret, und verbrennt, 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 Gegenthil vor spieglet, übermässig, und excessiv, daß hierum eine Moderation vornöthen wäre, massen in all Weeg zu consideriren falle, daß die erstere zwey und drey Jahr, nebst denen auf Zurichtung Fundi Quæstionis aufgewendeten grossen Kosten, hierauf entweder nichts, oder gar wenig genossen worden, daß also, wann gleich andere hernachfolgende Jahr-Gäng was mehrers (von dem doch, damit es nicht gar zu groß seye, eine Stadt A. diese Zeit her, und auch annoch durch per Fundum Quæstionis contra Pacta pauperum breiten Weeg, und Straßen, und auch bis heutigen Tags all-täglich durchgetrieben, und treibende Herd Vieh wohl abgeholfen, und abhelfen thut) an dem Gewinn dem Hospital gereichert, der hierauf sich gebende Überschuss mit fordern Jahren erlittenen Abgang bestem Zug Rechterns compensiret mag werden. Und sollte wohl etwas mehrers, als besagte Compensation erforderet, sich hierum zeigen, so ist doch

119. 3. Diese grössere Neuzung Industriose-Cura des Hospitalis meistens Theils zugeschrieben, darum nach Maßgab dessen, was Num. 114. gemeldet worden, besagter Hospital hierum nicht zu besprechen, sondern selbem billich zu gunnen, als welches durch sonderein Fleiß, und auf die Zurichtung aufgewendeten Kosten, wie auch durch anderwoher verschafften Heu- und Klee-Samen, vilfältige Betzung, und anderes, so vilelleicht jemand anderer, besonders ein Particular-Bürger von der Stadt A. nicht gehabt, oder auch nicht hätte thun können, Fundum Quæstionis zu solch so schönen Ertraglichkeit endlich gebracht hat, daß also besagte Stadt wegen nach geendigten Bestands-Jahren dero selben zugehenden grossen Nutzen dem Hospital vielmehr höchstens danken, als selbes um den vilelleicht wenigen sich findenden Überschuss ansprechen, und hiervon Controversiam machen sollte. Darumb auch von dem, was zwischen Ihero Durchleucht P. eines- und denen Herren Baronen von R. anderen Theils, wegen des um 6000. 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 concession erst mit grosser Mühe und Kosten hat zurichten müssen, auch den Nutzen zu vergroßeren, Extraordinarium

Industriam angewendet, hingegen aber die Herren Barones von R. gleich Anfangs in vollen, und vollständigen Usulfructum eingesetzt, nichts hiervor, als die Ordinari-Expensas, so jederzeit der Bestands-Mass tragen muß, und darum Excessum Fructum in compensationem nicht aufrechnen kan, zu Bereitung 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, danno doch hierauf dem Hospital in dessen führenden Prætension kein Prejudicium zwangset, noch Hochbesagter Hoff-Rath ihm selbst contradicere müste, wann stante hoc ejus Judicio in Causa B. selber dem Hospital die mit gemeiner Stadt A. ventilirende Causam wolte zusprechen, und adjudicieren.

Ad 18. Hätte Concipist der Gegnerschen Replic besser zu Sinnem nemmen sollen Doctrinam

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

jam in Reflexionibus nuperis annotatam, ubi cum communi ceterorum notat, Contractum Emptionis Venditionis Redituum cum Contractu Antichretico, & simplici Pignoratio 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, ejusdemque sit accessio: consequenter in hoc Pacto sit periculum Usurariae pravitatis, quod periculum abest in Contractu Emptionis Venditionis Redituum, quippe cum Usuræ solum nascantur ex Mutuo. Darummen dann billichst Massen das Pactum Antichreticum, wann selbes intra justi, & æqui limites nicht gehalten wird, von denen Doctribus verworffen wird, da hingegen Contractus Emptionis Venditionis Redituum, der Güten-Kauff, per unanimem Doctorum consensem, & passim usitatam observantiam seitne Approbation erhalten hat, wie in ob-allegirten Reflexionibus weithin sich erwiesen worden.

Dessentwegen dann der Hospital nicht in observantia permittente Usuras lucratorias, sondern in dem passim in Deutschland, und anderen Provinzen üblichen Gebrauch Emptionis Venditionis Redituum sein Fundament, und Grundfest sejet. Das Usuræ Lucratoriaæ durch Göttlich- und Naturliches Recht verboten seyen, und darum per nullam ullius Principis, vel Magistratus permissionem, aut consuetudinem, etiam immemorialem können erlaubet werden, ist man schon vorhin sattsam belehret, und ist ersagtem Spital niemahl zu Sinnem kommen, dergleichen Contract für gültig zu halten,

R. P. Schmalzgruber Consil. Tem. I.

iii 2

121.

122.

und

436 CONSILIVM XLIV. EMPTIONIS REDITUUM.

und noch minder solchen mit der Stadt A. einzugehen. Ein andere Beschaffenheit hat es mit dem Contractu Emptionis Venditionis Redituum, welcher an sich selbst, stantibus ceteris ad Emptionem Venditionem requisitus, nichts in sich halter, so entweder wider das Göttliche, und Natürliche, oder andere Rechten streitet, ja durchgehends auch von Gelehrten, und Gottesfürchtigen Männeren, wie ingleichen von ganzen nicht allein Weltlich: sondern auch Geistlichen Communautéten ohne Scrupel celebriret wird. Das zu lezt dises Argumenti bengesetzte Brocardicum, *Quod non sit attendendum, quid fiat, sed quid fieri debeat*, leidet billiche Distinction, wo zu unterscheiden ist, inter quas Personas vigeat Observantia. Improborum illa si sit, Legem non tollit; alias pridem Præcepta Decalogi jam fuissent usu sublata: contrâ in dubio id permisum censemur, quod in observantia timoratorum, doctorumque hominum viget, adeo ut instar Regula istud tam à Theologis quam à Juris-Consultis habeatur.

123. Ad 19. In was Verstand, und mit was Conditionibus das Pactum Antichreticum von etwelchen Doctoris 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 hervorkommen, und ihre gewisse Einkünften 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 anderer 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 daraus erhebenden Früchten zu sprechen seye, gibet das, was Num. 117. & duobus sequentibus erwiesen worden. Es macht zwar Bürgermeister, und Rath der Stadt A. dem Hospital die Rechnung, daß solches über Abzug aller aufgewendeten Spelen, allbereit so vil, wo nicht mehrers genossen, als die vorgeliehene 800. fl. und die aufgerechnete 200. fl. Reparations-Kosten, cum Usuris Quincuncibas, miteinander aufzumachen: allein wird aquissimus Judex auch dem Hospital, so da vil besser wissen kan und soll, was selbes dise Jahr hindurch ab dem Fundo Questionis genossen hat, nach dessen Justiz-Eyfer Hoch-Enädigst vergunnen, seine Gegen-Rechnung zu machen, allwo, annis omnibus, quibus Fundum istum possedit, computatis, sich wenig, oder gar nichts ultra Usuras quincunces heraußwerfen will,

besonders wann periculum perpetuum, so offterlager Massen allda verliret, justo pretio estimaret will werden.

Und wann schon auch auf ungestandenen Fall die aus quæstionirtem Fundo erhobene Fructus quantitatatem Usurarum quincuncium um ein nahmhaftes überschreitteten, so folget doch nicht hieraus, wie in disem Argumento Gegenthil behaupten will, daß der Hospital schon jetzt zu Abtreitung derselben gehalten seye. Ehe man diese Folgerung mache, hätte man lesen sollen, was hiervorn

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

anmerket, nach dessen Meynung in dem Casu, da nach Betrachtung des Werths der Sach, und gemeldt gewöhnlichen, und mittelmäßigen Anschlag der Früchten, auch aufgesetzten Untosten, sich befindete, daß der Excess allzugroß wäre, der Richter zwar solchen auf ein billiches Quantum reducere nicht aber den ganzen Contract umstossen könne, damit das Utile durch das Inutile nicht untüchtig gemacht werde: pro qua sua Doctrina allegat.

L. pecunia. 9. l. usuras. 20. & l. placuit. 29. f. item l. cum alleg. 1. f. & l. constitutionib. 20. C. de Usur. Fabr. in C. 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.

124. Ad 20. Ist die Distinction inter Antichresin tacitam, & expressam nicht also übel in den Rechten fundiret, wie Concipit der Gegnerischen Replic vermeynet. Lese es nun hierüber

Philoparch. tit. 10. cit. §. 8. nach dessen Lehr die Legum dispositio circa hanc materiam, vornehmlich in Antichresi tacita, Statt hat, allwo dahero man den Genuss der verpfändten Sachen nicht weiter, als die Zins aufzutragen, extenderem kan.

L. cum debitor. 8. ff. in quibus causis pignus ratid &c. Ieos qui. 2. 6. §. super Usuram. 1. C. de Usur. Scheffer. p. 2. q. 39. Tabor de altero tanto. p. 3. art. 12. §. 7. Ein anderes will gemeldter Philoparchus, daß observiret solle werden in einer freyen und undeterminirten Geniesung, welche weder vom Gesetz, noch der Contraudenten Convention auf kein gewisse Art restri-giert ist; dann solchen Falls, nach dessen Meynung der Creditor die Antichretische Sach nach freiem Willen nutzen, und gebrauchen, und alle Frucht durch deren Perception sich zueignen kan.

L. s. ea lege. 17. C. de Usur. l. s. 1. qui. 11. §. 6. Antichresi. 1. ff. de Pignor. & Hypoth. Und dises ohne Unterschid, ob es Fructus naturales, oder Industriales Civiles, die in Gefallen stehen, seyen.

CONCILIUM XLIV. EMPTIONIS REDITIUM. 437

126. In eundem sensum, & Sententiam etiam
consentit

Hahnus 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 oppiganatos, 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 proxime accedat ad eam Contractus speciem, qua fieri solet in fraude legitimarum Usurarum, neque poterit valere, nisi ad legitimum earum modum.

Arg. l. 17. C. de Usur.

Hoc tamen cum demum obtinet, si indubitate, & nimium fructus excedant, ideoque fallit, si modicus sit excessus.

Arg. l. 14. C. de Usur.

Si vero fructus incerti sint, Creditorem ad reparationem, vel imputationem fructum non tenet aquius est. I.

Arg. l. 17. cit. C. de Usur.

2. Propter incertitudinem proventuum, & pretium sorundem inconstantiam, & mutabilitatem,

L. 23. C. eod.

ob. quam incertitudinem multa sustinentur

Arg. l. 12. in fin. & l. seqq. C. de act. empt. secundum principia justi extraordinaria. 3. Ob laborem notabilem impensum in cultura agrorum. Ita Hahnus.

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. & F. D. 385. n. 8.

Less. 1. 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. I. &

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 dennen allegirten Constitutionibus Extravagantibus, wie auch in dennen vom Gegenthil. ciuitatis Recessibus Imperii ein gewisse Maß, nemlich 5. pro 100. vorgeschrieben / und ein mehrers zunemmen verbotten; so ist aber dieses allein zuverstehen, wann derley erkauftte Census 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 unterworffen seynd, auch in dem Pretio bald auf bald absteigen; dann so in diesem Fall stante Pacto Antichretico, nach Massgabe dessen, was Num. 125. & 126. wie auch anderen Orthen gegenwärtigen Reflexionum gemeldet worden, als dann der Überschuss der Früchten ultra Usuras quincunces in fortē nicht zu imputiren ist, so wird noch weniger solch Imputation Statt, und Platz finden in Emptione Reditum, 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 einverlebte Wort, da Herr Verwalter und dessen Nachkommen bemächtigt werden, quæstionirten Grund, und Boden an statt des Lands braüchigen Interesse zu besitzen / auch Jährlich / ohne andewärtige Beschwerde an Heu und Emmernugen, niesen / und gebrauchen zu können bis ihme die Summa der vorgelyhenen 800. fl. an guten Reichs-Sorten in einer unzertheilten Summa auf vorherig zugelassene Abkündigung eines Jahrs wider erspartet / abgerichtet / und bezahlet werde; Dann alda billichster massen die Reflexion gemacht muss werden, ob die auf dem versetzten Fundo erhebende Fructus an sich selbst, und an deren Pretio gewiss, oder ungewiss seyden. 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-Recessen determinirte Summa nicht mög überschritten werden, massen alsdann kein Urach obhanden, durch welche ein mehrers möchte Justificiret werden.

Da aber solche Fructus (wie in gegenwärtigen Casu erwiesen worden) ungewiss seynd, streittete wider alle Willigkeit, wann, ohngeachtet der allzeit seyenden Gefahr, so Emptor Juris ad percipiendos fructus auf sich genommen, nicht was mehrers zu geniesen berechtigt wäre, massen besagtes Jus um soviel an seinem Werth verlihret, um soviel mehrer Ungewissheit sich alda befindet; daß wann Antichresis in casu, wo per conventionem, oder certam Legem kein gewisses Quantum determiniret ist, sed annoch bestehet, wann schon die Fructus den Ordinari-Zins überschreiten,

L. si is, qui bona. II. s. si Antichresis. I.
ff. de Pignor. & Hypoth. l. si ea lege. 17.
C. de Usur. Rittershus. ad Nov. p. 3.
c. 10. n. 18. & seqq. Mevius sect. II.
n. 39. Philoparch. §. 9. cit. prop. fin.
wird solches vielmehr Platz finden in Casu prælenti, da auf gut Glück, eo fere modo,
quo jactus aleæ, aut retis, Jus percipiendi

iii 2

129.

130.

fructus incertos erhandlet worden. Und behalten alsdann annoch die Verba an statt des Land-bräuchigen Interesse ihre Kraft, massen hierdurch angedeutet wird, daß in Casu Quæstionis nicht præcise ein blosses Mutuum, utpote in quo nihil ultra sortem, etiam Censum nomine, begehret kan werden, sonder wenigst Pactum Antichreticum gepflogen worden.

131.

Ad 23. Obwohlen de Jure positivo humano allein zugelassen ist Census emptitius redimibilis ex parte Venditoris.

Extr. 1. & 2. int. comm. de Empt. & Vendit. Et Const. S. Pii V. incipit: cùm onus. edita 14. Calend. Febr. 1568.

und Emptio Census redimibilis ex parte utriusque verworfen wird

per Const. citr. & Const. Caroli. V. Imp. editam in Comitiis Augustanis. 1548. & 1550.

So ist doch solch lesterer Contractus dem Göttlich- und Natürlichlichen Recht nicht entgegen, cùm Mutuum, & sic Usurariam labem ex natura sua nequaquam contineat. Darauf dann derley Handlung licite, & valide gepflogen kan werden saltem in eo loco, ubi præfatæ Constitutiones vel non sunt usu recepta, vel per contrariam Consuetudinem legitime præscriptam quoad hoc abrogatae, ut cum aliis notat.

Reiffenstuel ad tit. de Usur. n. 143. ubi ait, ita videri rem te habere in Germania, utpote in qua teste

Laym. l. 3. tratt. 4. c. 18. n. 6. Pirhing. ad tit. cit. num. 72. Engl tit. eod. §. 2. num. 22.

Consuetudine introductum habetur, quod etiam Census ex utraque parte redimibiles emantur, dando pretium 100. s. pro jure percipiendi singulis annis quinque. Das also die vom Gegenthil 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 selbstst fallet in Casu, quo fructus loco Censum percipiendi incerti sunt.

132.

Wegen der schon vor dreyen Jahren beobachteten Aufkündigung haben Bürgermeister, und Rath nicht fast Ursach sich zu bejubmen, massen, wie

Philoparch. p. 4. tit. 10. §. 12. mit

Carpzov. p. 2. const. 18. def. 2. ammerket, oblatio pretii gebührender möglichen 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 nothwendig hierinn distinguiret werden, ob ein gewisse, oder kein gewisse Zahlungs-Zeit unter denen Contrahenten pactaret worden. Ist ein gewisse Zeit in Antichresi, und noch mehr in Emptione Censum abgeredet worden, so ist vor dessen Verlauf der Creditor nicht verbunden, daß offerirte Pretium ans zunehmen.

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 dissem merkwürdigen Aufnam, wann zu solcher Zeit das Geld nicht allein offeriret, sonder auch würcklich abgetragen worden; dann bis dahin, wann auch schon die determinate Zeit verlossen, dannoch das jus Antichreticum, und vilmehr Censiticum mit denen Censibus fortgehet.

Carpz. p. 2. const. 30. def. 5.

Ist aber kein gewisse Zahlungs-Zeit 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 Creditoris Schaden die Frucht-Nutzung zu entziehen; dann, wie besagter Philoparchus mit

Mevio c. 4. sect. 11. n. 36.

bemercket, daß wäre ein unbilliche Sach, und Undank, wann der Creditor auf seine Kosten, und Arbeit den Fundum bestellt hätte, und der Debitor solchen mit denen fructibus pendentibus reliquerit, und mit eines anderen Schaden sich bereichern wolle: welches Undanks, und Unbilligkeit noch vilmehr in Casu præsenti sich eine Stadt A. schuldig machen würde, wann selbe (wie sie doch in denen Gedanken führen) des heurigen Tands sich bemächtigen wollen, nachdem, unter der Hoffnung den überlassenen Fundum auf 20. Jahr zugeniesen, der Hospital selben zu jetziger Fruchtbarkeit mit grosser Mühe und Kosten gebracht, auch für heuriges Jahr betunget hat.

Ad 24. Damit ein Gemeine Stadt A. sich des Privilegii Restitutionis in integrum prævalire möge, ist allerdings vonnothen, daß selbe vor allem anderen Lexionem gravem, in hoc Contractu factam Rechtsvergnugig erweisen thue, so aber annoch nicht beschehen, sondern erst der Calculus des jeder-Jährigen Tands auf denen Hospital-Rechnungen gemacht, das all-Jährliche Pretium so auf- und absteiget, consideriret, auch in Bedencung gezogen werden muß, theils die Unkosten, so auf Bestellung des questionirten Fundi von dem Hospital gemacht worden, theils die Gefahren, so derley Früchten zu jeder Zeit unterworffen seind; nam liquidum est, quod tantum decedat de rei pretio, quantum accedit periculi in ejus fructibus, wie zu sehen in jactu alex, ubi pro denario sepe ex Olla fortuna extrahitur Vas argenteum 50. s. estimatum: nec tamen pretium censetur improprio proportionatum ob periculum, ne nihil repetitis jactibus extra hat fortunam tentans.

Über das, damit eine Stadt des Privilegii Restitutionis in integrum gaudiere könne, muß Querela de lesione in rebus suis fa-

cta

Da intra tempus debitum, h. e. quadriennium institutum werden, quod quadriennium juxta Oddum de Restit. in integr. p. i.

q. 20. n. 31.

incipit currere statim à die perfectæ læsionis; consequenter à die initi Contractus, daß also, wann schon vor dreyen Jahren die Stadt A. ihr Pfand reclamiret haben, dann noch die von denen Legibus, und Canonibus bestimmte Zeit verflossen alsdann gewesen, massen questionirter Contractus schon Anno 1708. geschlossen worden, also bis auf würecliche 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 würeclich begehret werden, so abermahl nicht alsdann, sondern erst vergangenes Jahr geschehen.

36.

Es ist zwar wahr, das derley Communitates perfectæ, so durch Administratores regieret werden, aus gewisen Ursachen, auch lapsi quadriennio, ad restitutionem in integrum provociren können; es findet sich aber kein solche legitima Causa, Krafft welcher dieses Beneficium eine Stadt A. genies-

sen könne. Unter denen Ursachen indulgen-
di Restitutionem post quadriennium wird von denen DD. gezehet, si damnum emi-
nentissimum, & laesio enormissima sit.

C. ad nostram. 11. de reb. Eccl. non alien.
aber solche laesio ist althier nicht findlich, und so es auch findlich wäre, hätte ein Gemeine Stadt dissem Privilegio schon vor längst renunciaret, nicht allein, da selbe vermög Instrumenti Obligationis all ihr zuführenden Privilegiem, und expressæ læsionis ultra di-
midium sich begeben, sondern auch, wann andersi ihr Vorgeben sich also befindet, da gleich nach getroffenen Contract hierwider die Bürgerschaft gemurret, und nicht we-
nig sich hervor gehan, so ein weit mehrers,
ja noch soviel pro pretio Locationis Condu-
ctionis offeriret haben; dann auf solche Of-
feren hätte Bürgermeister und Rath die
beschuhene Læsionem ganz laut vermerken
können; da sie also auf dieses wider den Hos-
pital nichts moviret, noch ad Beneficium
Restitutionis in integrum provociret haben,
kan anderes nicht geschlossen werden, als
daß sie den Contract approbiret, und desz
besagten Beneficii sich haben verzenhen wol-
len.

CONSLIUM XLV.

In Causa Sponsalium.

S U M M A R I U M .

1. seqq. Facti Species.
5. Sponsalia invitis rationabiliter Parentibus illicite ineuntur.
6. Sunt tamen valida, si promittatur Matrimonium pro illis circumstantiis, in quibus hoc licite contrahiri potest.
7. Sponsalia Questionis fuerunt valida, sed im-
plicitè conditionata.
8. 10. Metus magnorum scandalorum est cau-
sa resilendi à Sponsalibus:
9. Si nulla spes sit ejusmodi mala avertendi.
11. seqq. Non tenentur Parentes consensu præstare Matrimonio Filii, quod absque gra-
vi scando lo iniri non potest.
14. seqq. Si tam ex negato, quam ex præstito consensu timeantur mala, eligendum est ma-
lum minus.
17. Sponsus resilire volens, convenientius est co-
ram Episcopo loci Contractus, si ibi invenia-
tur: secus coram Episcopo Domicili.
19. 28. Parentes non debent impediare Filios à
Matrimonio purè promisso: scilicet nisi habeant
rationabilem causam.
20. 29. Defectus Nobilitatis, quo ad pleros
que Canonicatus Cathedrales Germania re-
quiritur, est causa sufficiens resilendi à Spon-
salibus.
21. 30. Licet non inuratur Familia per tales
Nuptias macula positiva: tamen Familia pri-
vatur ornamento valde estimabili.
22. 31. In ejusmodi Nuptiis Res agitur totius
Familia.
23. 32. Et prudenter inde timentur magna
mala.
24. 33. Nuda intentiones in Contractibus non
attenduntur, nisi exprimantur: præsumitur
quis zamen in intentione sua manere, si abs-
que illa licite non potest contrahere.
25. 34. Ex negato consensu Matri sequuntur
aliqua dama, sed tamen respectivè minora.
26. 35. Tenetur Filius obedire Parentibus
etiam quoad Nuptias determinata Personæ,
rationabiliter præcipientibus.
27. 36. In dubio Sponsalium de futuro, stan-
dum est potius contra Sponsalia.
37. seqq. Afferuntur argumenta pro valore &
obligatione Sponsalium.
42. Deciditur contra valorem Sponsalium.
43. Incapacitas ad Canonicatus Cathedrales est
Parentibus causa sufficiens dissentendi.
44. Illicite contrahit Filius Sponsalia, invitis ra-
tionabiliter Parentibus.
45. Promissio Matrimonii illicite contrahendi
est invalida,

46. In