



## **Consilia Seu Responsa Juris**

**Schmalzgrueber, Franz**

**Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL**

Cons. XXI. Tansactionis. fusè ostenditur, contra Transactionem opponi  
posse Exceptionem Erroris, Doli &c. item concedi debere Revisionem  
Rationum ob admissum errorem calculi.

---

[urn:nbn:de:hbz:466:1-72304](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-72304)



nig statt findete, nit zu präsumiren; nemo enim res suas jactare censetur. Wurde also Dominus directus sine causa, & titulo das laudemium nemmen; deficiente autem titulo, deficit bona fides, consequenter etiam conscientia bona. Neque obstat, quod error iste proveniat ex aliqua juris ignorantia; licet enim hac ignorantia cuique noceat acquirere volenti, deque lucro capiendo certanti, tamen non obest retinere suum volenti juxta

l. error facti 8. ff. de J. & F. J. ubi Papinianus, juris autem, inquit, error non faminis in compendiis prodest: ceterum omnibus juris error in damnis amittenda rei non nocet.

Und dices ist, was denen Rechten, und der Billigkeit gemäß zu seyn erachte, hierdurch aber anderer besser begründeter Meynung nichts benennend.

## CONSILIUM XXI.

Puncto eines wegen vorgegangenen Sale, Contracts restituenden *Debiti*, hierauf gepflogenen *Transaction*, und gesprochenen *Sentenz*, wie auch darwider *interponirten Appellation*.

### SUMMARIUM.

1. *seqq. Facti species.*
11. *Quaestiones discutienda.*
13. *seqq. Transactio rescindi non potest, altera parte invita.*
16. *Transactio est stricti juris.*
17. *Transactio facta cum reservatione utendi documentis, rescinditur, si talia documenta repertantur.*
18. *Contra Creditorem, qui nimium distulit petere, datur praesumptio, & exceptio doli.*
19. *Exceptio solutionis semper opponi potest.*
20. *Error tolerabilis obesse non debet ei, qui de damno vitando certat.*
21. 22. *Transactio dolosa, vel ex falsis instrumentis inita, rescindi potest.*
23. *An Transactio generalis, vel specialis sit, ex circumstantiis & mente transigentium judicandum est.*
24. *Ad Transactionem requiritur res dubia, mutua remissio juris, & bona fides.*
25. *In Transactione quaestionis omnes haec tres conditiones deficiunt.*
26. *Bona fides non patitur, idem bis exigi.*
27. *Salva semper manet exceptio solutionis jam factae.*
28. *Dolus dans causam contractui bona fidei, facit eundem irritum.*
29. *Ob errorem calculi retractatur transactio.*
30. *Item ob laesionem enormissimam.*
31. *Item ob dolum.*
32. *Rationibus semel redditis & approbatis, nemo urgendus est ad iterum calculandum.*
33. *seqq. Si error calculi probari possit, revisio rationum concedenda erit.*
37. *seqq. Error calculi etiam in causa appellationis allegari potest, modo clare demonstratur.*
41. *Etiamsi rationum examen Transactione fuerit sopitum, saepe peri potest nova earundem revisio.*
42. *Licet post calculationem intervenerit absolutio, & pactum de non contraveniendo.*
43. *Etiamsi sententia iudicis super rationibus irrita est, si error calculi intervenisse demonstratur.*
45. *Qui Procuratori solvit, liberatur.*
46. *Extraneo recte solvitur, si mandat creditor, vel ratum habeat.*
47. *Casus, in quibus solvens Procuratori existimato, liberatur.*
48. *Utiliter solvitur Procuratori, mandato jam revocato, si revocationem solvens ignorat.*
49. *seqq. Varii modi probandi factam solutionem.*
54. *seqq. Ex facti circumstantiis deciditur, quis moram in casu quaestionis prestare teneatur.*
59. *seq. Recensentur causa praesumendi dolum.*
62. *Advocatus potest esse testis.*
63. *Furamentum suppletorium integrat probationem imperfectam.*
64. *seqq. Alii, quam cui debetur, non recte solvitur.*
67. *Rationes, quae ob stare videntur appellationi.*
68. *Permittitur in loco quaestionis appellatio ad aliud Tribunal.*
69. *Contra Transactionem potest dari remedium appellationis.*
70. *Etiamsi a iudicio summario potest appellari.*
71. *Appellatio habet effectum suspensivum.*
72. *Gravato competit remedium appellationis.*
73. *Decisio totius controversia.*

R. P. Schmalzgrueber Consilia.

(Gg 2)

FACTI



## FACTI SPECIES.

I.



Nno 1702. den 24. Octob. ist zwischen dem Hrn. von K. dann dem Hrn. B. P. ein gewisser Salz-Contract vorgegangen, unter beyderseiths contrahierende Partheys abgeredet, und geschlossen worden, daß imo gedachter Hr. B. P. ihme Herrn von K. an Salz-Lieferung, so vil diser verschleiffen kunte ohne Abgang, und Hindernuß, biß nachher L. ohne Kosten u. Schaden wohl conditionirt, und gebunden, um 11. Gl. 30. fr. liefern, auch alle Fässer in gedachter Salz-Niederlag zu L. da er wann selbe nit voll wären, vollkommen auffüllen, und in jedes 100. Faß dritthalb Faß (hinnach aber drey Faß) in natura pro beneficio, und quasi Eingaab, um 11. Gl. 30. fr. gerechnet, abziehen, und abschreiben lassen. Hingegen aber 2dö Hr. von K. ihme Hr. B. P. die Bezahlung des Salz, innerhalb drey Monathen à die der Ausladung, in guten groben Geld-Sorten, an seinen Factoren, Hr. M. oder wem es angewiesen wurde, nachher L. und nit weiters zu schicken gehalten seyn sollte, welches alles durch Beylag sub num. 1. des mehreren verificiret, und beyderseiths applaciret, auch mit dem Salz-Handel wäretlich der Anfang gemacht, zugleich solcher mit gutem Succels, und beyderseiths Contento eine Zeit lang prosequiret worden.

2.

Es ist aber nach also gepflogenen Contract nit ein Jahr verflossen, da, testantibus compluribus literis, insonderheit vermög Beylagen sub num. 2. & 3. die versprochene genugsame Salz-Lieferung unterbrochen worden, also daß Hr. von K. zu Beybehaltung und Behauptung der erworbenen Rundschaft etlich 100. Faß Salz, wie alle Tag und Stund zu erweisen, und zu belegen, von fremdden um 16. 18. 20. 24. biß 27. fl. erkauffen müssen, da doch Hr. B. P. wie num. prac. gemeldet worden, vermög ob-allegirten Accords schuldig, und verbunden gewesen, so vil Faß, als Hr. von K. wurde verschleiffen können, biß L. um 11. fl. 30. fr. zu stellen. Sonderbar aber hat Hr. B. P. da An. 1703. das Salz angefangen rar und theur zu werden, ihne Hr. von K. mit Salz-Lieferung dergestalten stecken lassen, daß diser nolens volens, damit die Rundschaft behauptet wurde, und die aufgeborgte Salz-Restanten nit verlohren giengen, mit großem Schaden, dergleichen Salz, wie obgedacht, laut noch in Händen habenden Quittung, und Berechnung, so theur von fremdden erhandlen müssen, daß selber hierdurch mehr, als 1500. fl. Schaden gelitten: dessen Ursach man zwar Seithen Hr. B. P. auf die damahls obschwebende Kriegs-Troublen legen wolte; allein zeiget sich aus Beylag sub num. 2. cit. daß obenbesagtes 1702. Jahr genugsam Salz-Provi-

sion von Hrn. B. P. nach andern Orthen abgeführt worden, und also schon damahls ein Salz-Umbt zu L. wunderbarlich zu seyn geschinen, warum nit besagter Hr. B. P. gleichfalls an Hrn. von K. dergleichen Provision durch seine Factor Hr. M. machen lassen.

Nachdem die damahlige Kriegs-Gefahr cessiret, ist zwar erstgemeldter Hr. M. zum Hrn. von K. kommen, und hat eine Abrechnung mit ihme gepflogen, auch vermög derselben nomine seines Principales 3263. fl. gefordert. Es hat auch hierauf Hr. von K. ihme Hr. B. P. eventualiter dessenthalben ein Obligation eingestendet, in der gänlichen Meynung, daß dise Abrechnung gangrichtig sich also befinden werde. Da aber er etwas besseres nachgekonnen, hat er hinach dem Hrn. B. P. einen Gegen-Conto zugesandt und in solchem remonstrieret, daß, wann man auch ab omni damno illato wegen nit beschäner Beyhaltung mit dem Salz abtrahirte, nit über 200. fl. in dem Rest zu bezahlen übrig seyn würden, worüber Hr. B. P. entriset, bey Lands-Gürsil. Regierung Klage gestellet, auch eine Special-Commission ausgebetten, vor welcher zwischen beyden Theilen, wegen der von Hrn. von K. prätendirenden Satisfaction damahldati, auch abgängigen 32. Faß, und bey dem M. angewiesenen 500. fl. nit aber ratione prateni residui, dessen Bezahlung man, ceteris paribus, niemahls denegiret, oder disputiret, wie Beylagen sub num. 4. in specie aber sub num. 5. lauten, wo der Mandatarius des B. P. es mit trucknen Worten selbst bekennet, ein Vergleich und solcher dahin geschehen, daß B. P. an denen 3263. fl. eine Nachlaß biß auf 2500. fl. gethan, und noch weiters die bey seinem Factor M. angewiesene 500. fl. acceptiret, beynebens aber pactiret worden die 2000. fl. inner zweyen Jahren zu bezahlen.

Bei Anlegung dieses Vergleichs hat zwar sowohl Hr. von K. als dessen damahliger Patronus causæ Hr. Sc. expresse mündlich erinnere, und ausgesungen, daß, wann annoch einige Posten, welche bezahlt worden, sich zeigen würden, solche von denen 2000. fl. sollen defalciret werden, so Hr. Sc. auch hinach an Hrn. von K. laut Beylag sub num. 6. schriftlich notificiret. Es wurde auch verlangt dieses ad Protocolum zu nemmen. Aber der Patronus causæ, und Mandatarius des B. P. und dessen Factor M. haben hierauf gemeldet, daß solches in das Protocol einzurucken, weilen es ohne das juris, nit nöthig seye, indem es tantumquam indebitum wiederum repetiret werden könnte, alles nach Beylag des mit signo O. bezeichneten ayd. Attestati, wobey man es auch bona fide bewenden lassen, und solches um so vil mehrer, weilen Hr. von K. die benöthigte, und zu Liquidirung seiner Contra-Prætionen erforderende Schriften damahls nit bey Händen hatte.



5. Als hierauf Hr. von K. die in vorgewesenen Kriegs-Froublen zinnlich distrahirte Schrifften zur Hand bekommen, hat selber gleich in solg angemerkter clausula salu-  
tari, darinnen nachgesuchet, und befunden, daß der Factor M. dem Hr. B. P. vermög Beylag sub num. 7. 315. Gl. dann laut Nebenlag 621. Gl. vergütet, so aber in sei-  
ner Berechnung des Hrn. B. P. zu finden. Item ist vermercket worden, daß auch die durch A. dem Hrn. M. gelifferte, und vi ju-  
rati, etnem Hochöbl. Hofrath schon An. 1710. traditi attestati erlegte 500. Gl. nit per Empfang kommen. Nit weniger seynd auch die von dem Wechsel-Herrn in Li. an Hrn. M. per Wechsel übermachte 1000. Gl., so, wie Beylag sub num. 8. zeigt, empfangen, auch in seiner Rechnung gefunden worden, welche Posten alle eine Summam von 2436. Gl. ausmachen. Verstans hat sich ergeben, daß die erste, und letzte exhibirte Conto so-  
wohl in der Summa, als in Tag und Zeiten, auch in denen Eiferungs-Posten, und ande-  
ren bey Kauffleuthen usitaten vielen Puncten divers, mithin tanquam suspectæ fidei, von keiner legalitat seyn können, wie dann selbe auch von Augspurg Wechsel-Banca vor unrichtig erkannt worden.

6. In welchem Ansehen dann Hr. von K. schon An. 1710. seine Bedencken wider die gemachte transaction bey Hochßöbl. Hofrath eingegeben, und remonstrirt, daß die von dessen Eigenthell prætendirende Posten schon bezahlet. Es seynd auch diese Bedencken von hoch-besagtem Hofrath denen Erben B. P. ad respondendum communiciret worden; worüber aber nit kein Antwort von diesen erfolgt, sonder deren Advocat biß auf gelegner Zeit, in Ruhe zu stehen angewiesen worden, worauf sie ab An. 1711. biß 1721. still geschwiegen, biß unter der Zeit ihr Mandatarius, und Factor gestorben, als welche ratione verificationis hätten attestiren können.

7. Nach so langer Abwartung eines responsi hat Hr. von K. weilen nach all angewendtem Fleiß, u. Mühe keine Hoffnung pro amabili compositione ansehe, auch keine Antwort ausfolgen wolle, den 21. April 1721. laut num. 14. an Hochfürstl. Hofrath eine vollständige speciem facti, und unvorgreifliche kleine Deduction eingegeben, mit angeheuchelter unterthänigster Bitt, man möchte solch offerirte schriftliche Deduction ad melius informandum se circa merita cause in der Raschen herumgehen lassen, auch pro 2do Hen. Hof. Gerichts Procuratorem Sc. über die hierinnen enthaltene Umstände, ob deficientes alias probationes, andlich abhören, und 3tio. weilen in dem von dem angebl. den Cessionario Sa. übergebenen Conto gegen dem eygenhändigen deß B. P. in vielen, und Haupt: Posten ein grosser error calculi enthalte, ihm Hr. K. die unterthänigst ausgebettene reassumption der Verrechnung per remedium restitutionis in in-

tegrum, auch in übrigen unterthänigstern  
Petitis die heylsame jultiz gnädigst anges  
dehen lassen.

- Diesem allen aber ungeachtet semotâ ulterio-  
ri auditione superius petita, ist laut Bey-  
schlag sub *num. 15.* Hr. von K. den 9. May per  
sententiam dahin condemniret worden, daß  
selber ersagtem Sa die mit denen cedent-  
ten sub ratificatione judiciali ehedem vera-  
glichene, und noch restirende 2000. Gl.  
sambt denen à tempore der in transactione  
bestimmten zwey Zahlungs-terminen ad-  
mittirtten morz biß auf die Zeit seiner in  
hac causa eingereichte, und denen Erben  
des B.P. unter dem 24. Jener 1711. com-  
municirten Handlung, wie nit weniger  
von Zeit der durch den Cessionarium Sa.  
den 15. May. 1721. reallumirten instanz  
biß hiehero verfallenen Zinsungen, neben  
denen dem Actor in seiner etlich Monats-  
lichen Anwesenheit verursachten advoca-  
ten; und Tap-Unkosten zu bezahlen schule-  
dig, und gehalten seyn solle.

- Willen aber Condemnatus hierdurch sich höchstens graviret befunden, hat selber laut num. 17. gleich darauf den 11. ersagten Monats, also intra decendium, solenniter in scriptis ad altius tribunal appelliret, und zugleich pro Apostolis reverentia libus gratiosissime impetierendis, auch um attestatation legitimo modo, & tempore interpositæ hujus appellationis unterthänigste Bitt eingelegt. Man hat zwar solche von mehr besagtem Hofrath laut Beyslag sub num. 18. nit abgeschlagen; jedoch aber deroelben nur effectum devolutionis zusprechen wollen: dessentwegen dann ihme Hr. von K. aus Vorgeben, daß sein Gehentheil pro executione sententiæ mehrmahlen unterthänigst bittlich einkommen, per decretam dem 21. prædicti mensis injungiret worden, das judicatum längst inner Zeit 6. Wochen zu erwehntem Fürstl. Hofrath paßs, und unverweigerlich zu deponiren.

- Vorgehen aber den 27. eisdem, besag  
Beylag sub num. 19. Hr. K. abermahl re-  
monstrando eingefommen, und so wohl die  
vermög jultiz- mandat §. 17. befugte ap-  
pellation ju behaupten, als auch pro extraden-  
dis actis primæ instantiæ unterthänigst ge-  
betten; so aber ihme sub dato 29. Maji, wie  
Beylag sub num. 20. weistet, per decretum  
abgeschlagen, und obiger de dato den 22. er-  
gangene Befehl repetiret worden. Wider  
welches Decretum zwar Hr. K. den 3. Junii  
sub num. 21. widerum eingefommen, und  
sich auf das jus appellandi, & huic an-  
nexum effectum non solum devolutivum, sed  
etiam suspensivum erst bezogen, aber nichts  
weilers mehr hierauf erfolget, als daß cau-  
sa appellations bey höchst. preysl. Reichs-  
Hofrath zu Wien von ihme Hrn. von K.  
würcklich anhängig gemacht worden.

- Dies ist nun die in praesenti casu acten- II.  
mäßige facti species, aus welcher pro deci- Quaestiones  
(Gg 3) sione discutienda



sione causæ sich hervorgeben folgende Fragen. 1. Ob und was obligation der zwischen Hrn. von K. und Hrn. B. P. stipulirte Vertrag mit sich bringe? und wann selber de jure gültig, und bündig seyn solle, ob nit pro 2do besagte transaction per restitutionem in integrum könnte, und müste rescindiret werden? besonders, da sich die von Hrn. B. P. eygenhändig, und von dessen Erben Cessionario hervorgebene Conto in villen Stücken divers zeigen, und manifestus error calculi sich hierinn ergibt, fraget sich weiter 3tio ob nit die Berechnung de novo soll vorgenommen werden? 4to ob an Hrn. M. in L. Hr. von K. die solution cum effectu hab thun können? 5to. ob selbem könne aufgebürdet werden, daß er den wegen nit Zuhaltung bey dem gepflogenen Contract erlittenen Schaden selbst tragen, oder ob er mit Zug Rechts begehren könne, daß ihm solcher von denen Erben des B. P. bonificiret, und ersetzt werde? 6to. ob nit diese Erben in dolo seyen, da sie ganzer 11. Jahr zu urgiren unterlassen, auch auf das An. 1710. ihnen communicirte nit geantwortet, und zugewartet, biß diejenige zwey, so der Sachen vollkommne Wissenschaft gehabt, gestorben? 7mo. ob nit ex hoc solo, deficiente alia probatione, Hr. Sc. necessariò aydlich abzuheören; oder ihm Hr. K. das juramentum zu imponiren? 8vo. was zu sagen, daß in dem Vergleich der S. P. pro creditore stehet, pars ad verba aber Erben des B. P. seynd? 9no. ob die appellation ad excelsum judicium imperiale aulicum in præsenti controversia Platz habe, und selber effectus suspensivus könne deneigret werden?

## QUÆSTIO I.

**Ob und was Obligation der zwischen Hrn. von K. und Hrn. B. P. stipulirte Vertrag mit sich bringe?**

12. **S**cheinet zwar Anfangs, daß besagter Vertrag in allweg de jure gültig, und bündig seye, also daß, wann auch Hr. K. per reperta postea instrumenta, & producta in judicio rechtständig weisen sollte, daß selber von denen stipulirten 2000. Gl. zu deren Bezahlung er sich Krafft ermeldter transaction bekennet, einige Posten per solutionem præstitam hätte abgetilget, dann noch zu Erlegung totius summæ conventæ zu verobligiren seye, massen
13. 1mo. eine mit allen zu Recht erfordernten requisitis versehene transaction von solcher Würckung, und Kräften ist, daß selbe allem Streit ein Ende machet.

c. sicut 1. & l. fratris 10. C. de transact.  
ita quidem, ut sic inita revocari, aut re-

scindi, alterâ partium transigentium involtâ, non amplius possit.

l. cum te 5. C. eod.

ne quidem rescripto Principis, aut prætextu novorum, vel de novo repertorum instrumentorum, ad litem ita sopitam pertinentium.

l. causas 16. l. sub prætextu 19. & 29. eod.

Hinc omnes probationes, instrumenta, & alia jura partium in contrarium allata post finitam transactionem sunt irrita, & inania, etiam si de hoc inter partes actum non sit.

c. sicut grave 1. de transact. & ibi Gloss. V. habitorum.

Habent enim vim sententiæ, & rei judicatæ.

l. non minorem 20. C. eod.

contra quam non admittitur probatio in contrarium, etiam per instrumenta de novo reperta.

c. suborta 21. de sent. & re judicat. l. post rem 56. ff. eod.

In qua re consentiunt omnes tam Canonistæ, quam Civilistæ, & nominatim

Wesenbec. ff. ad tit. de transact. n. 7. & ibi Hahn. n. 7. Vinn. tract. de transact. c. 8. n. 2. & seqq. Lauterbach ad tit. cit. §. 27. Mollenbec. ibid. in not. varior. n. 46. Struv. ad ff. exerc. 6. thes. 83. Müller in not. ad Struv. thes. cit. lit. B.

Quin imò potior in quibusdam transactio, quam res judicata esse videtur; nam qui judicio victus est, conqueri potest de iudicibus, quod lapsi, vel decepti fuerint, & quandoque ita læsus auditur: quod in transactione, quæ mutuo consensu fit, & ubi transigens, non nisi de se ipso, conqueri potest, nequaquam obtinet.

Müller ad thes. cit. lit. D.

præstat enim transactio plenam securitatem, ita, ut neque in foro conscientiæ, etiam si evidenter ex instrumentis constet, rem ad alterum verè pertinuisse, is, qui illam transigendo consecutus est, eam alteri, ad quem verè spectaverat, restituere teneatur, cum in ejusmodi transactione intervenerit quodammodo commutatio juris dubii, per ea, quæ tradit

Molin. tract. 2. de J. & J. D. 556. n. 14. & ex eo D. Widmont ad tit. de transact. n. 6.

notat. Und wird die in quæstion versirende transaction um so vil mehr ihne Hr. von K. obligiren müssen, weilten

2do. Wie in facti specie num. 3. gemeldet worden, da nach cessirter damahligen Kriegs-Gefahr Hr. M. zu ihm kommen, und eine Abrechnung mit ihm gepflogen, auch vermög derselben nomine seines Principalen 3263. Gl. geforderet, er Hr. von K. sich hierzu verstanden, und dessentwegen eine obligation von sich gegeben, daß also durch den hernach beschenehen Vergleich, Krafft des



dessen Hr. B. P. von obiger Summa bis auf 2500. fl. einen Nachlaß gethan, auch die bey bedachtem M. angewiesene 500. fl. acceptiret, Hr. von K. seine Sach vilmehr gebesseret, und seine selbst von Handen gebene obligation um ein merckliches hat ringer gemacht. Deme kein Hindernuß machet, daß nach der Hand aus denen Quittungen, und anderen Schrifften sich ergeben, und gezeigt, daß etwelche prärendirende Posten schon bezahlet worden; nam etiam si transactio facta sit de causa, ex qua non erat obligatus is, qui transegit, si postea alleget, nullam causam fuisse, non auditur.

*l. nec intentio 23. C. de transact. & ibi Pérez n. 9. Vinn. de transact. c. ult. n.*

*5. Struv. exerc. 6. cit. thes. 64.*

quia transactionis proprium est, ut poenitentiam omnem respuat.

*l. quamvis 39. & l. si quis 41. C. eod. Müller in not. ad Struv. thes. 64. cit. lit. n.*

Welches noch mehr bestärket wird aus dem, daß

15. 3tio. besagte transaction concipiret worden per verba generalia, & expressa clausula durchaus nit zu contraveniren; nam qui de omnibus negotiis, & litibus generaliter, vel de universitatibus transegit, non potest transactionem retractare hoc prae-textu, quod alia postea res reperta fuerint, de quibus lis non est mota: quia talis transactio omnia complectitur, etiam eas species, de quibus forte cogitatum non fuit, si appareat ex mente, & verbis transigentium, eos, si de iis mentio facta fuisset, voluisse etiam de istis transigere.

*l. sub praetextu 29. C. de transact. l. non est ferendus 12. ff. eod. Vinn. c. ult. cit. n.*

16. Lauterbach ad tit. de transact. §.

7.

In quo sententia à transactione distinguitur; quia sententiam praecise ad acta referre oportet, quod iudicia in invitos redantur: contra generalis transactio extenditur ad omnia, ad quae, servata proprietate recti sermonis, extendi potest, ut post Bartolum, Baldum, Salicetum, & alios notat

Müller ad Struv. thes. 64. cit. lit. y.

sibi enim imputet transigens, quod cautus non fuerit, tamque profuso usus sermone, cum sufficiat de his in genere potuisse cogitari; nec enim illa incogitantia alteri jus sibi quaesitum auferre, vel imminuere debet.

Parif. conf. 20. n. 24. & seqq. vol. 1.

16. Rationes decidendi. Aber dieses alles unangesehen, ist meine, doch unvorgreifliche Meynung, daß obersagte transaction ohne Hr. von K. keineswegs, und in soweit binden könne, daß selber auch dasjenige, was er schon einmahl richtig bezahlet zu haben, per idoneostestes, vel instrumenta erweisen wird, Kraft selber nochmahlen, & secundo zu entrichten ver-

pflichtet seye; Dann imö. seynd aller be- wehrten Rechts-Lehrer Meynung nach die transactiones eingezogenen Rechts, und stricti juris, welches auch bestärket wird per expressa jura, so ausdrückentlich verordnen, quod transactio non habeat vim ultra ea, quae in litem veniunt, & super quibus transigitur, per

*l. qui cum tutoribus 9. §. fin. ff. de transact.*

Desgleichen, quod transactio, de certa causa inita, ad alias non sit extendenda, etiam si indefinitam clausulam, Nihil amplius à te petam, adjectam habeat, aut generalissimam juris omnis renuntiationem contineat, per

*l. si de certa 31. C. de transact. ibique Bartol. Mant. de acit. & ambig. Convent.*

*l. 24. tit. 6. n. 2. Gratian. discept. forens. c. 788. n. 12. Vinn. de transact. c.*

*ult. n. 15. Gilcken, & Brunhem. ad l.*

*31. cit. Mevius p. 4. decis. 136. Müller ad Struv. exerc. 6. thes. 64. lit. n. Linck.*

*tom. 2. conf. altorf. 84. n. 10. & patet ex l. si unus 27. §. pacta 4. §. ante omnia ff. de Pact.*

ubi Paulus JCtus. ante omnia, inquit, animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat. Et ideo in transactionem non veniunt, nisi expressa, & quae verisimiliter expressa fuissent.

Mynsing. conf. 64. n. 11. Schurff. conf. 10. n. 30. Müller. lit. y. cit.

& quae omnia sunt in transactione, pro neglectis habentur

*arg. l. commodissime 10. ff. de liber. & posthum. Zaf. l. 1. conf. 7. n. 19. Linck.*

*tom. 2. Conf. Altorf. 7. n. 38.*

Haben enim transactio rationem ad litem; quae per transactionem deciditur. Quidquid ergo in lite non fuit, ad id transactio extendi nequit: & qui de certa re transigit, seque nihil amplius petiturum promittit, de lite mala id intellexisse creditur.

Brunhem. l. cit.

Nun aber erhellet aus denen Actis, daß in primo litis ingressu die Bezahlung des billichen Rechts niemahl im Streit gewesen, sonder allein principaliter in litem gekommen, daß ein Theil den anderen ex capite non adimpleta conventionis angekommen, und Hr. von K. zwar sich beklaget wegen des nit genugsam gelieferten Salzs, auch wegen der abgängigen 32. Saß, und hieraus ersolgter damnification. Hr. B. P. aber dara gegen excipiret, daß nit der Bezahlung nit seye beygehalten worden, super quo transactum fuit, nit aber wegen der hinc inde jetzt controvertirten Bezahlung, als welche damahls ad 3263. fl. per errorem gestellet, und eo ipso, wann auch hiervon nichts wäre gemeldet worden, in salvo geblieben wäre. Ran also solcher Pactus zu der allegirten



17. girten transaction keineswegs, und um so weniger gezogen werden, indem  
 2do. Dife transaction nit simpliciter, sonder suo modo conditionatè, & cum reservatione seiner ferneren Gerechtsame von Hr. K. amplectiret, und eingegangen worden, nemlich daß, wann sich zeigen sollte, daß an denen 2000. Fl. noch was weiters wäre bezahlet worden, solches an difem Quanto zu defalciren seye. Nun aber ist die von alsen Rechts-Gelehrten einhellig recipirte, und approbirte Lehr, testibus

Caphal. consil. 631. Altimar. tom. 6. de nullit. rubr. 1. p. 4. q. 37. n. 110.

Quod, si transactio facta sit cum reservatione utendi iuribus, & documentis, ea rescindatur, si postea talia documenta reperiuntur, modo per eum, qui reservatione ejusmodi uti vult, probetur, se jura ejusmodi, & scripturas invenisse post transactionem, articulando, & probando talem qualitatem, tanquam fundamentum intentionis suæ. Es soll aber Hrn. von K. dife probation keineswegs schwärz fallen, massen laut Beylag sub num. 6. dife condition, und reservation bey Protocollirung difes Vergleichs expresse erinnert, und solche beyzurucken moviret, auch von dem Mandatario, und Factor des B. P. gutgeheissen, von dem ersteren aber alleinig gemeldet worden, daß, weilens solches schon vorhin juris ist, nit nothwendig seye, sothane condition, und reservation ad Protocollum zu nemmen, weßentwegen auch Hr. von K. facta hac contestatione, es bona fide dabey bewenden lassen. Daß aber difes assertum wahr, hat nach obangeregter Beylag Hr. Sc. allbereit schriftlich attestirt, welche attestation genug seyn sollte, cum scripta vox advocati plus valeat, quam viva.

Mascard. de probat. concl. 66. n. 16.

So man aber solche attestation für insufficient erachten wollte, wurde er wohl sich nit weigern solches auch per juramentum zu bestärcken. Und wird selber um so weniger à testificando zu verwerffen seyn, weilens in jure richtig, quod deficientibus aliis probationibus, & quando veritas aliter haberi non potest, ut cum dicitur, aliquid actum fuisse, præfente ipso Advocato, & partibus, Advocatus testis esse possit

arg. l. consensu 8. C. de repud. Joann. Andr. in addit. ad specul. tit. de testib. §. 1. y. item quod fuit. Lanfr. tract. de testib. n. 67. vel 90. Ant. de Butr. in c. cum à nobis. de testib. Joan. de Amic. cons. 53. col. 4. fin. & col. 5. princ. Cravetta cons. 56. n. 13. Mascard. concl. 66. cit. n. 14.

Welchem nach man dann ad mentem transigentium gehen sollte, aus welcher Krafft dessen, was hier gesagt, sich ereygniet, daß durch solche transaction Hr. von K. sich keineswegs verbinden wollen dasjenige zu be-

zahlen, was er schon vorhin bezahlet hat. Wird also diser Vergleich ad punctum solutionis restantiarum allein zu extendiren seyn, in quantum, & quousque hoc fieri oportet, salva clausula reservante. Und solches um sovil mehrer, weilens

18. 2to. aus eygner Schuld der P. Erben geschehen ist, daß man obige asserta nit mit noch mehreren Gezeugen Aufschlag anjeho behärten kan, so ansonst sich wurden haben finden lassen, wann man nit ihrer Seiths, allem Ansehen nach mit allem Fleiß, auf der jenigen Todt hätte zu gewartet, so von diser Sach Wissenschaft gehabt, massen man dero Advocaten W. biß auf bequemere Zeit (so sich über zehn Jahr erstrecket) in Ruhe zu stehen, und zu zuwarten hat anbefohlen, welches dann nit gar zu Widermännisch, nec extra præsumptionem doli zu seyn scheint; quando enim creditor diu distulit petere extra judicium, vel in jus vocare ipsum debitorem, cum facile ei fuisset petere, & experiri contra illum, de industria hoc egisse sanè præsumitur, ut interim probationes de solutione jam facta perirent debitori, teste

Menoch. l. 3. Præsumpt. 135. n. 19. post Afflict. decis. 13. n. 21. y. nova conjectura.

ea ratione motus, quod judicium subterfugiens præsumatur de jure suo diffidere

c. nullus 4. de Præsumpt. Consentit Paris. l. 1. cons. 83. n. 27.

juxta quem, qui vivo debitore (idem est de testibus) petere poterat, & tamen petere aded diu distulit, donec ille (vel testes) sint mortui, præsumitur hoc fecisse, ut ex post peteret ab hæredibus (vel ipso debitore) minimè instructis: quod præsumptionem doli habet; nam ut

Mevius ad jus Lubec. l. 3. pag. 16.

notat, qui solutionem non exigit longo tempore, nempe 10. annorum, præsumitur fraudulentus.

Vid. thes. pract. Reiger. pag. 536. n. 7. & pag. 538. n. 88.

Daß also billich wider ersagte Erben, und deren Cessionarium exceptio doli opponiret kan werden. Welches um so mehrer bestärcket wird aus deme, das Hr. von K. per idonea instrumenta beweisen kan, daß von ihme schon vorhin etlich merckliche Posten abgetilget worden, deren Bezahlung jetzt widerum begehret wird, so aller æquitat zuswiderlauffet, und exceptioni doli den Ausgang gibet; nam exceptio doli generalis competit omnibus, à quibus aliquid contra æquitatem naturalem petitur, & datur adversus omnes, qui scienter aliquid contra ejusmodi æquitatem petunt, ut bene cum aliis notant

Lauterbach. ad ff. de dol. mal. & met. except. §. 4. Widmont. ibid. n. 5. & seqq. & patet ex l. qui æquitat 12. ff. eod.

ubi



ubi Papinianus. Qui aequitate defensionis, inquit, infringere actionem potest, doli exceptionem tutus est. Concordat

*l. palam 2. ff. tit. cit. ubi §. & generaliter §.*

Ulpianus, Et generaliter, ait, sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus, doli oriri exceptionem; quia dolo facit, quicumque id, quod quaquam exceptione elidi potest, petit. Locumque habet exceptio hæc generalis doli adversus omnes actiones summo jure competentes, quibus exceptio obstat per

*ll. cit.*

sive de in illa ex contradietibus, sive ex ultimis voluntatibus veniant

*l. quo lucidius 1. §. fin. ff. eod.*

imò opponi etiam adversus iudicati agentem potest.

*l. rebus quidem 1. C. de re iudicat.*

& omnibus negotiis per hanc exceptionem consuitur.

Vide Cuiac. *l. 22. obs. 8.*

ideo enim exceptionem istam proposuit prætor, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit.

Widmont *ad tit. de dol. mal. & met. except. n. 8.*

Quod confirmatur etiam eo, quia si reus conventus id, quod ita dolo est ab eo extortum, solvisset, posset ex capite doli in integrum restitui

*tot. tit. de dol. mal.*

igitur multò magis, antequam solvit, poterit se tueri exceptione doli; quia cui damus actionem, eidem & exceptionem competere multò magis quis dixerit, ut habet regula juris notissima

*l. invitus 156. §. cui damus 1. ff. de R. J.*

semper enim facilius conceditor retentio, quam repetitio. Videri alio aliein bonndthen seyn, daß ersagter dolus genugsam erwisen werde; nam dolus non præsumitur, sed perspicuis indiciis probari debet

*l. dolum 6. C. de dol. mal.*

an welcher Probation es aber Hrn. K. keineswegs erwinden wird; nam ad doli probationem etiam conjecturæ, & præsumptiones sufficiunt.

*l. dolum cit. Mascard. de probat. concl.*

*§ 30. n. 1. Menoch. l. 5. præsumpt. 3. n.*

*9. 42. & 43. Klock. tom. 4. conf. 37.*

*n. 383.*

quales inter cæteras complures sunt, & quidem imò. si quis, quod exigere potuit, non exigit, sed tanti temporis lapsus expectat, donec probationes, & testes crediti pereant; nam ille, qui, quod restituere vel exigere potest, non restituit, vel non exigit, dolo facere videtur.

*l. si procuratorem 8. §. dolo 9. ff. mandati.*

*& l. dolum 44. ff. eod.*

præsertim si 2do ex post petendo contra pactum petat; nam ut

*l. palam 2. §. item quaritur 4. ff. de dol. mal. & met. except.*

Ulpianus ait, dolo facere eum, qui contra pactum petit, negari non potest. Aut si 3tio qui petit, Magistratus præcepto non pareat; non enim potest dolo cavere, qui imperio Magistratus non paruit.

*l. non potest. 199. ff. de R. J. Mascard.*

*concl. § 31. n. 89. Menoch. præsumpt. 3.*

*cit. n. 86. Pacian. de Probat. c. 66. n.*

*178. Klock. conf. 37. cit. n. 384.*

Vel si 4to. non utatur remediis opportunis ad actum.

*Bald. conf. 395. libr. 2.*

& hoc maxime, si 5to. constet de læsione enormissima; nam læsio enormissima, quæ fit, quando quis vel in toto, vel quasi totolæditur, arguit dolum ex proposito.

*Surd. conf. 39. n. 49. Mascard. concl.*

*§ 51. n. 28. Gaill. l. 2. obs. 147. n. 8. &*

*11. Grass. except. 22. n. 27. Vult. vol.*

*2. conf. Marpurg. 29. n. 10. Curt. Jun.*

*conf. 145. n. 14. 17. & 18. Kellenbeoz*

*de Renunt. q. 42. n. 9. Hecler p. 2. loc.*

*20. n. 306. Rittershus. tom. 1. resp.*

*Altorf. 48. n. 52.*

Wann dann die P. Erben über 10. Jahr studios, und biß zu Absterben derjenigen, so von der Sach attestiren künden, zugewartet, und inner selbigen Zeit auf das von Hochlöbl. Hofrath ihnen communicirte exhibitum des Hrn. von K. nit geantwortet, sonder hernach erst dasjenige, was erweislich Hr. K. schon bezahlet hat, contra pactum. & additam huic conditionem nach Maßgab num. 17. geforderet, folglich hietz innen ihrem Gegentheil læsionem enormissimam, wie ex quast. seq. erwisen wird werden, zumuthen wollen, wird ersagter Hr. von K. vermög aller Rechten, und Billichkeit wider dieses ihr Begehren exceptionem doli opponiren, und die wider ihne geführte action elidiren können. Aus welcher sie auch keineswegs sich werden herauswinden durch Vorgeben, daß sie die in quæstione versirende transaction mit Hrn. K. Anfangs bona fide celebriret; nam, ut exceptio doli locum habeat, non requiritur, ut ab initio dolus in ipso negotio sit admissus, sed sufficit, si actor postea sciens actionem talem in iudicium deducat, cui obstat exceptio. Ethinc licet quis ab initio ex nulla, vel erronea causa aliquid stipulatus sit cum, & in bona fide, si is deinde, errore comperto, nihilominus ex tali stipulatione quid petat, ex tunc in dolo esse incipit, & dolo agere videtur eo ipso, quod perseveret ex tali stipulatione petere.

*Lauterbach. ad tit. de dol. mal. & met.*

*except. §. 3. Widmont. ibid. n. 4. & patet per expressum textum l. palam 2.*

*§. & eleganter §. ff. eod. ibi: si inter*

*initia nihil dolo malo facit, attamen nunc*

*petendo facit dolo.*

R. P. Schmalzgrueber Consilia,

(Hh)

Wird



Wird also exceptio doli, non obstante bona fide initio habitâ, Hrn. von K. wider die P. Erben, und deren Cessionarium competiren, und zwar auch nach dem wider ihne gefällten Gerichtlichen Ausspruch; nam exceptio dolo petis &c. etiam in executione sententiae ad eam impediendam efficaciter opponitur.

Cyn. in l. incerti. C. de interdict. Afflict. in constitut. Neapol. l. 1. rubr. 25. n. 34.

cum bona fides non patiatur idem bis exigi.

l. bona fides § 7. ff. de R. J.

Aus welchem dann ferner solget, daß ihme Hrn. von K. quoad partes debiti quæstionis jam solutas, non obstante Transactione inter ipsum, & Adversarios ejus initâ, noch weiters zu gutem komme, und contra istorum intentionem opponiret könne werden.

19. 4to. Exceptio solutionis, quæ tam contra cessionarium, quàm contra cedentem competit.

Lenz. de Cession. pag. 394.

& solventem ipso jure liberat, ut cum aliis

Idem Lenz. pag. 379. Reiger. thes. pract. pag. 544. n. 9. Mollenbec. ad tit. de solut. in not. var. n. 37. Widmont. ibid. n. 45.

notant: quod patet ex ipsa definitione solutionis; definitur enim, quod sit modus obligationem dissolvendi per naturalem, & actualem rei debitæ præstationem, animo solvendi factam.

Lauterbach ad tit. de solut. §. 2.

Proin effectus illius proprius est, ut omnis obligatio tam naturalis, quàm civilis ex parte debitoris per eam tollatur.

l. Strichum § 5. §. naturalis 4. & §. dolo 9. ff. de solut. quod confirmat Imperator princ. inst. quib. mod. toll. oblig. Lauterb. tit. cit. §. 31.

Quod ita verum est, ut etiam ignorantem liberet à creditore, cui quis, & non alii nexu obligationis adstrictus est.

l. solutione 23. ff. de solut. Wesenbec. ad tit. eund. n. 6.

Ubi autem per solutionem obligatio debiti est sublata, per consequens etiam actio cessare debet, quæ necessariò obligationem, tanquam fundamentum, supponit: consequenter, ubi solutio facta est, creditor nihil habet, quod amplius exigat, cum eidem nihil amplius debeatur; frustranea enim est actio, ubi nullum est debitum, neque creditor dici potest, nisi qui adversus debitorem actionem ad debitum consequendum habet.

l. is, cui 42. §. creditores 1. ff. de O. & A.

Unde apparet, solutionis exceptionem non veram, seu actionis, sed intentionis duntaxat, & facti exceptionem esse, ut notat

Lauterbach ad tit. de solut. §. 31.

Nam exceptio propriè dicta est depulsio actionis

l. exceptio 2. princ. ff. de Except.

sicut enim privatio supponit habitum, ita exceptio actionem ipso jure competentem. Inficiatio verò abusive, & improprie à DD. dicitur exceptio facti, sive intentionis; quia actioni non jure, sed tantum de facto intentatæ opponitur: sicque verius est negatio, quàm Actionis exclusio, ut pote quæ litis ingressum statim impedit.

Lauterbach ad tit. de Except. §. 4.

Wird also Hrn. von K. diese Exception um so mehr zu gutem kommen, weil hierdurch erwiesen wird, daß dessen Gegentheil so gar kein rechtständige Action competire.

Und kan ihme solches Beneficium juris nit benennen, daß selber besagte Exception Anfangs nit opponiret, sonder ohne Meldung beschehener Solution auf die ihm von seinem Gegentheil vorgewiesene Rechnungen transigiret; dann neben dem, daß er ihme in Aufschreibung dieses Vertrags genugsam caviret per additam conditionem, ut si solutum quid ex post facto reperiretur, liceret de summa conventa detrachere, ist solche Transaction beschehen ex justa ignorantia, gestalten selbiger Zeit wegen der grossen Kriegs- Bewegungen & alias temporum injurias, annoch alles in höchster Unruhe, und wegen einer angedrohten Blindung die beste Sachen, und Schriften bald da, bald dorthin gesehnet werden müssen, auch Hr. K. erweislich Herrschafft. Geschäften halber über ein halb Jahr von Haus gewesen, und den ganzen Saltz- Handel andern überlassen müssen, von denen Bezahlungen aber nit alle Wissenschaft ge- habt, quæ causa ignorantie justissima, & minime rejicienda est, cum sit ignorantia præcisè facti, welche um so mehrer eine in Rechten beständige Excusation gibe, weil auch, da jemand aus Irthum, und Unwissenheit der Rechten & ex ignorantia juris an einen andern etwas zahlet, solches per Conditionem indebiti repetiren kan; dann obwohlen nach gemeinem Bohn der Rechts- Gelehrten, solche Forderung, da die Solutio errore juris geschehen, nit admittiret wird, so ist doch dieses nit anderst zu verstehen, als de errore juris naturalis, oder in so weit de lucro captando. non in damnis amittenda rei die Klage angestrengt wird per

l. juris 7. & seq. ff. de J. & F. J. Gaill. l.

2. obs. 48. n. 22. Berlich. p. 2. concl. 17.

n. 114. Wesenb. ad tit. de J. & F. J. n.

4. & 9. Hahn. ad Wesenbec. ff. tit. de con-

dict. indeb. n. 9. Carpzov. l. 5. resp. 7. n.

14. & 15. Franckenberg Prax. modern.

l. 4. tit. 22.

Es machet auch allda nit die mindiste Zeugung, daß von einem Hochfürstl Hof- Rath schon in Sachen wider ihne Hrn. K. gesprochen worden; nam Exceptio solutionis ex

com-



communione DD. sententia etiam post sententiam ante executionem opponi potest, & admitti debet, admissaque executionem impedit, praesertim si in continenti probari possit, ut notat

Garpz. l. 5. resp. 104. n. 13. post Colerum de Process. Execut. p. 4. c. 2. n. 18. ubi idem Colerus ait, exceptionem solutionis, quam reus objicit executioni, in foro imperii dici probabilem in continenti, quae potest liquidari infra tempus quadrimestre, miserationis gratia indultum condemnatis, priusquam videlicet veniatur ad paratam executionem.

arg. l. fin. C. de usur. rei judic. junct. l. de bitoribus 31. & ibi DD. ff. de rejudic.

Adeoque quantumvis debitor, qui pulsatur processu executivo, citatus ad praesentiam judicis, non habeat de praesenti, & in promptu paratam probationem, tamen si alleget, se in continenti probaturum exceptionem suam, jus dicens suspendit interim executionem: quo casu sufficit, si infra illos quatuor menses producat suas probationes, cum quibus si fidem faciat reus judici de sua exceptione, ab executione in totum cessare debet, eamque denegare petitori. Ita Colerus loc. cit. Nun aber wird es Hrn. von K. an der Prob gang nit erlangen, mit der selber seine Assertion beharrt, daß von ihm schon vorhin ante Transactionem verschiedne Posten von prätendirender Schuld bezahlet, massen solches die bereits vorgelegte Beysagen satz sam verifiziren. Aus welchem die unwider treibliche Folg gehet, daß schon damahls, so weit sich solthane Bezahlung erstreckt, omne debitum cessiret, consequenter die P. Erben kein Action mehr gehabt, also ihm Hrn. K. die Exceptio solutionis nit abzusprechen, cum speciem defensionis habeat, quae juris est naturalis.

Roland. à Vall. vol. 2. conf. 3. n. 3. & vol. 3. conf. 12. n. 44. Menoch. vol. 4. conf. 383. n. 4.

consequenter aequitate nitatur, quae nec diabolo est deneganda.

Wesenbec. conf. 43. n. 177. Cravett. conf. 900. n. 29. Vult. conf. 20. p. 3. n. 67. fol. 161.

Ist also die in gegenwärtigem Stritt verstrittene Transaction keineswegs also bündig, daß selber nit per oppositas exceptiones, & probationes gehoben, oder wenigst limitirt soll werden, besonders da

20. 110. & ultimo auch ein Hochlöbl. Hof Rath selbst per Decretum an Hrn. K. sub dato 16. Jun. 1710. dahin sich declaratet, und vernemen lassen, daß zwar die erste Frist der 1000. fl. Hr. K. bezahlen solle, daß bey aber annectiret, daß, da sich erwant ein oder andere Post disputirlich findete, er sich bey der anderen Bezahlung erhohlet kunte: mithin selbst dse Transaction nit vor absolute bündig erkennet, welches dann R. P. Schmalzgrueber Confilia,

ihme Hrn. K. billich die Hoffnung machet, daß weder hochersagter Fürstl. Hof Rath, noch einig anderer Gerechtigkeit liebender Richter ihm zwingen werde auf solcher Transaction zu beharren, so von dem Judice selbst, so den Spruch wider ihm geführt, nit für allerdings richtig agnosciret worden, und dses billichster massen; quia, ut jam supra dictum est, bona fides non patitur idem bis solvi, & error, qui in Transactione hac contigit, dum partes in summam 2000. fl. convenerunt, est tolerabilis, ut proin infirmet Transactionem, eique obesse non possit, qui de damno vitando, & rebus suis amittendis, wie allhier Hr. von K. cum alio certat; cum apertissimi juris sit, quod semper potior habenda sit ratio ejus, qui certat de damno vitando, quam illius, qui de lucro captando, eoque injusto, wie im gegenwärtigen casu die Erben des Herrn B. P. und deren Cessionarius, pugnat.

Was num. 13. & duobus seqq. in contrarium opponiret ist worden, findet seine richtige Abfertigung in ipsis legibus, & aequitate naturali. Dann ad idum ist zwar wahr, daß die Transaction inter partes celebrata von solchen Kräften seye, daß selber dem Stritt ein Ende machet, und hernach keine Instrumenta de novo reperta, oder andere Probationes, wie in re judicata, admittiret werden. Allein ist solches zu verastehen, wann solche Transaction bona fide, & non ex falsis instrumentis geschlossen worden.

Vinn. de Transact. c. ult. n. 10. Hahn. ad Wesenbec. tit. eod. n. 7. Struv. ad ff. Execr. 6. thes. 67. Müller. ad Struv. thes. cit. lit. e.

Nam si Transaction sit dolosa, mala fide, & ex falsa causa inita, per replicationem doli, vel actionem de dolo rescinditur.

l. sub pratextu 19. & l. si ex falsis 42. C. de Transact. Penna decis. 70. n. 2. & 9. Christin. decis. 131. n. 3. vol. 2. Altmar. tom. 6. de nullit. rubr. 1. p. 4. q. 37. n. 103.

Idem est, si inita sit ex falsis instrumentis, etiam bona fide, quia illa produciens putabat esse legitima; nam bona fide non obstante, postquam falsitas quocunque modo detecta est, illa causa, & negotii pars, quae ex falso instrumento convicta fuit, retractatur, ceteris capitibus in sua firmitate manentibus, ne utile per inutile vitetur.

Vinn. c. ult. cit. n. 10. Menoch. de arbit. l. 2. c. 15. Lauterb. ad tit. de Transact. §. 33. Müller. ad thes. 67. cit. lit. B. Olymp. Prompt. §. Transaction n. 23. & patet ex l. si ex falsis cit.

Ratio est, quia transigens videtur consentire, subintellesta hac conditione, si instrumenta exhibita &c. jus verè dubium reddant ita

21.

Respondetur ad Argumenta opposita



ita dubiū autem non reddunt instrumenta falsa. Unde ad infirmā vīm Transactionis sufficit, si ostendatur, quōd instrumenta exhibita falsa sint, & quōd transigentes illis instrumentis ad transigendum permoti fuerint.

Mollenbec. ad tit. de Transact. in not. varior. n. 55.

Vendes aus disen ergibt sich in gegenwärtigem casu ex specie facti proposita; das letztere zwar, da, wie num. 3. gemeldet worden, auf Vorweisung der Rechnungen, so die Prætenſion auf 3263. fl. geſetzt, diſe Summa vor angeordneter Commission per Transactionem auf 2000. fl. moderirt, und verglichen worden, ſolglich zu ſelber beſagte Rechnungen Urfach, und Anleihtung gegeben: ſo aber in ſich ſelbſt irrig, und unrichtig waren, maſſen, wie aus num. 5. erhellet, verſchiedene groſſe Poſten, ſo allberits bezahlt worden, und auf 2436. fl. ſich erſtrecken, nit gemeldet, noch in das Acceptum referiret worden, welches das erſte aus jezt erſagten Stücken iſt, ſo ad infirmā Transactionem probiret muſſen werden, daß alſo in præſenti casu nichts abgāngig, was ad retractandam Transactionem de jure nöthig.

22.

Ad 2dum. Hätte zwar Hr. von K. ſeine Sach durch den Vergleich, da die wider ihn auf 3263. fl. geführte Prætenſion auf 2000. fl. herunter geſetzt, und moderirt worden, merklicher Dingen gebesseret, wann die reſtantien in der Wahrheit alſo hoch hinauf ſich beworffen hätten. Allein weilen anjezo ſich zeigt, daß die hierüber geführte Rechnung, ſo einzig und allein dem Vergleich Urfach gegeben, gang nit richtig, und remonſtriret wird, daß die Schuld um mehr als zwey drittheil, minder ſeye, kommt heraus, daß beſagte Transaction, wofern ſie Hrn. K. binden ſolte, ihm höchſt ſchädlich, und allein ex errore ſeye eingegangen worden. Ubi autem error committitur in ipſa conventione, & uterque litigantium litem ſub eſſe falſo exiſtimavit, quæ nulla erat, nihil actum intelligitur, cum neuter velit id, quod facit, ſed uterque velirid, quod non facit.

Vid. Donell. l. 12. Comment. 7. Goedd. de contr. ſtipul. c. 3. n. 7. concl. 2. Müller. ad Struv. Exerc. 6. cit. theſ. 64 lit. c.

Unde cum dicitur, quōd etiamſi Transaction facta ſit ex cauſa, ex qua non erat obligatus, qui tranſegit, non audiatur, ſi ille poſtea alleget, nullam cauſam fuiſſe, id intelligendum eſt, ubi nuda ignorantia, & non error intervenit; nam quamvis ignorans, & errans, plerumque æquiparentur, quōd absque ignorantia nullus ſit error, facilius tamen erranti, modō juſtam erroris ſui cauſam alleget, ſuccurritur, quā ignorantia.

l. ſub prætextu 29. C. de Transact.

Ad 3tium. An Transaction generalis, vel ſpecialis ſit, magis ex circumſtantiis, & mente, ſive voluntate tranſigentium, quam ex clauſulis, & verbis instrumenti judicandum eſt.

Lauterbach ad tit. de Transact. §. 7. nam omnis Transaction ex voluntate paciscentium legem accipit.

l. ſemper 34. ff. de R. J. l. in conventionibus 52. ff. de V. O. Linck. tom. 2. reſp.

Altroſſ. 7. n. 14.

In dubio autem Transactionis interpretatione faciendū eſt contra eum, in cujus commodum pactio adjecta eſt, quique ei innititur.

l. cum quaritur 26. ff. de reb. dub. l. ſi in emptione 34. ff. de contrah. empt. Camill. Gallin. de V. S. l. 10. c. 38. n. 9.

Carpz. l. 1. reſp. 46. n. 93.

Præſertim ſi aliā ex Transactione aliter intellecta ſequeretur iniquitas; nunquam enim verborum generalitati, aut intellectui vulgato eſt inharendum, ſi iniquitas aliqua ex tali intellectu inducatur.

Caſtrenſ. l. 2. conf. 258. col. 1. Corn. l. 2. conf. 119. col. 2. in fin. Cravett. conf. 70. Camill. Gallin. tract. cit. l. 1. c. 14. n. 10. Carpz. cit. reſp. 46. n. 9.

Eſ wurde aber in casu præſenti ein groſſe Unbilllichkeit ſich hervorgeben, wann vermög Vergleichs Hr. von K. gezwungen wurde dasjenige zu bezahlen, ſo ſchon vorhin bezahlt zu ſeyn er rechtſchändig beweifen kan, cum, ut iteratō dictum eſt, bona fides non patitur idem bis exigi. Wird alſo die dem Vergleich inſerirte Clauſula durchaus nit zu contraveniren, alſo zu verſtehen ſeyn, daß ſelbe keineswegs dasjenige in ſich begreiffe, was ſchon vorhin durch richtige Bezahlung iſt abgerichtet worden, wie dann ſolches deß Hrn. Tranſigentis eygentliche Meynung, und Intention geweſen zu ſeyn, aus deme ſich weiſet, daß deſſen Patronus cauſe, wie num. 4. gemeldet worden, bey Angebung deß Vergleichs expreſſe erinneret, und andgedungen, daß, wann annoch einige Poſten, welche bezahlt worden, ſich zeigen wurden, ſolche von denen 2000. fl. ſollten deſalciret werden, welches auch Hr. K. approbiret, alſo nit generaliter auf die ganze von deſſen Gegentheil geführte Prætenſion, ſonder ſpecialiter auf das nit Bezahlte tranſigiret hat, wo dann eingreiffet communis doctrina, juxta quam, ſi de certa lite, vel retransactum ſit, ad alia transaction non extenditur.

l. cum Aquiliana 5. ff. de Transact. l. ſi de certa re 31. C. eod. Vid. Borch. de Transact. c. 4. n. 15. Vinn. de Transact. c. ult. n. 17. & ſeqq. Struv. Exerc. 6. theſ. 64.

Und wann ſchon auch Hr. K. die Intention gehabt hätte über die ganze von deſſen Gegentheil prætendirende Summa generaliter, abſolute, & ſine conditione adjecta zu tranſigiren, kunte doch ſolches ihm nit ſchaden.



schaden, wollen hierinnen, wie oben ist an-  
geregt worden, ein mercklicher Error calcu-  
li, und vielleicht auch dolus cum ipso transi-  
gentium ist unterlossen; error autem, si in-  
terveniret in Transactione, nocere transi-  
gentibus nequit.

*l. sub prae-textu 19. C. de Transact. Hahn.  
ad Wesenbec. ff. tit. eod. n. 3. Lauterb.  
ibid. §. 7. Müller. ad Struv. thes. 64. cir.  
lit. e.*

nihil enim magis consensui obstat, quam  
error, qui imperitiam detegit.

*l. si per errorem 15. ff. de jurisdict.*

quidquid verò obstat consensui, obstat  
etiam Transactioni.

*Mollenbec. ad tit. de Transact. in not.  
varior. n. 53.*

Multò adhuc magis Transactionem infir-  
mat interveniens in ea dolus, si per hunc res  
aliquæ occultatae sint.

*l. res fractes 35. ff. de Fact. l. sub prae-textu  
19. C. de Transact.*

Dolus enim in omni negotio exceptus est.  
Barbos. l. 4. c. 44. axiom. 1. Stryck. de  
Caurel. contract. sect. 3. c. 7. §. 19.

Et qui per dolum adversarii transigit, non  
tam paciscitur, quam decipitur.

*l. qui cum Tutoribus 9. §. qui per fallaciam  
2. ff. de Transact.*

Hinc ita celebrata Transactio exceptione,  
replicatione, & aliquando etiam actione  
doli infirmatur, modò dolus in ea commil-  
sus perspicuus sit.

*l. actione 4. & l. sub prae-textu 19. C. de  
Transact. Vid Vinn. de Transact. c.  
ult. n. 14. Guttier. de juram. confirm.  
p. 1. c. 37. & p. 3. c. 2. n. 21. Carpzov.  
p. 2. conf. 35. def. 2. Richter. D. 87.  
n. 14. & 15. Struv. Exerc. 6. cir. thes.  
67. Lauterb. ad tit. de Transact. §. 31.  
Stryck. §. 19. cir.*

Et quidem, si dolus causam Transactioni  
dederit, ipso jure invalida est.

*Surd. conf. 451. n. 11. & conf. 501. n. 9.  
Besold. conf. 239. n. 6. Klock. tom. 1.  
conf. 11. n. 68. Odd. de restit. q.  
66. n. 9. Müller. ad Struv. thes. 67.  
cir. lit. f.*

Neque obest, etsi jurata fuerit; dolus enim  
etiam juramentum vitiat. Unde in

*Auth. Sacramenta puberum. C. de rescind.  
Vendit.*

requiritur, ut sine metu, & dolo præsti-  
tum sit.

*Mollenbec. ad tit. de Transact. in not.  
varior. n. 54.*

## QUÆSTIO II.

Ob, wann quætionirte Trans-  
action ipso jure giltig, und bündig seyn solle,  
selbe doch per restitutionem in integrum  
könnte, und müste rescindiret  
werden.

Ante war mit diesem Zug: Nichtens  
quætionirt zwischen Hrn. von K. und

dessen Gegentheil gepflogene Transaction  
de vitio nullitatis accusiret, und dessentwe-  
gen derò Annullirung begehret werden;  
nam ad formam substantialem Transactio-  
nis tria hæc pertinent. 1. Ut sit de re dubia,  
2. Ut pro remissione litis aliquid præstetur,  
aut fiat. 3. Ut bona fides in ejus celebratio-  
ne interveniret, welche drey Comites ein je-  
de in denen Rechten beständige Transaction  
haben muß, adeò, ut vel unico ex his  
deficiente, ipsa corruat, & pro nulla, ac  
proinde, ac si nihil esset factum, haberi de-  
beat, ut cum aliis advertunt

*Gaill. l. 2. obs. 70. n. 12. Wesenbec.  
conf. 262. n. 76. p. 6. Vult. conf. Mar-  
purg. 32. n. 21. vol. 4. Heig. q. 9.  
n. 21. Cothman. resp. 53. n. 152.  
vol. 2. Berlich. decis. 263. n. 25. &  
seqq. p. 2. Klock. tom. 3. conf. 182.  
n. 667.*

& de primo ex tribus dictis requisitis con-  
stat ex

*l. qui transigit 1. ff. de Transact.*

Habetque hæc nullitas, ex defectu hujus  
primi requisiti inducta, locum in utroque  
foro: in interno quidem; quia qui per  
talem Transactionem acquirit, quod cer-  
tò scit ad alterum pertinere, sine titulo il-  
lud retinet: in externo autem; quia jura  
ejusmodi Transactionem expresse irritant,  
& soluti repetitionem concedunt.

*l. in summa 85. §. & quidem 1. ff. de con-  
dict. indeb. l. præses 12. & l. sub prae-textu  
19. C. de Transact.*

alterum requisitum innuit

*l. transactio 38. c. de Transact.*

ibi: Transactio nullo dato, vel retento, seu pro-  
misso, minime procedit. Et in hoc Transactio  
differt ab amicabili compositione, quæ gra-  
tis fit, nullo dato, vel retento. Tertium  
requisitum colligitur ex

*l. fractis 10. & l. sub prae-textu 19. cir. c.  
eod.*

Nun aber will hervorscheinen, als finde  
sich in quætionirtem Vertrag an allen disen  
Substantial- Stücken ein mercklicher Man-  
gel; dann imò diser Vertrag super re vel  
jure claro, certo, & liquido, nullamque  
probabilem dubitationem recipiente ist  
aufgerichtet worden, sintemahlen mit taug-  
samen Documentis zu belegen, daß verschis-  
dene, und grosse Posten von dem prætendi-  
renden Debito würcklich erlegt worden.  
2do. Ob gleich v. Hrn. M. thme. Hr. von K.  
Anfangs 3263. fl. Restanten seynd angesetzt,  
und solche Summa hernach durch berührten  
Verglich biß auf 2500. fl. moderiret wor-  
den, also das Ansehen hat, als wäre selber  
besagtem Hrn. K. zu nit geringem Nutzen  
gekommen, so hat sich doch hernach auf  
Nachsuchen in denen Quittungen, und an-  
dern Documenten die Sach ganz anders be-  
funden, da sich aus solchen ergeben hat,  
daß in verschiedenen Posten biß 2436. fl. von  
so geführter Prætenzion bezahlet worden:  
(Hh3)

25.

24.  
Conclusio



aus welchem dann erhellet, daß in ermeldtem Vertrag ihme Hr. von K. nichts gegeben, sonder, mit Einrechnung der an Hr. M. erlegten 500. fl. und andern Gegen-Prætenſionen, vielmehr von ihm geforderet worden, als selber in der Sach schuldig gewesen ist. Ermanglet also auch an dem andern Requisito, welches da ist, ut fiat Transactio aliqua re datâ, vel promissâ, aliâ re tentâ, vel remissâ. Ebenmäßig, und 3tio will es gebrechen an dem dritten Comite, und Requisito, so da ist bona fides in Transactione interveniens; weil die Erben des Herrn B. P. wohl wissen können, daß ihnen die verglichene Summa nit gebühret, herents gegen Hr. K. in probabili ignorantia, ob non habita ad manus documenta, & magni temporis absentiam, gewesen ist; nam ignorantia regulariter, maxime autem in eo, qui absuit a loco, ubi scire potuit, præsumitur.

Menoch. de arbitr. c. 186. n. 186. Odd. de reſtit. p. 1. q. 38. art. 6. n. 55. Chemnit. resp. 50. n. 97. 160. & seqq. vol. 3. Klock. tom. 3. conf. 182. n. 670.

Es gibeſt sich auch hervor defectus bonæ fidei ex latione enormissima, ob quam Transactio est ipso jure nulla, juxta

Mazoll. conf. 110. n. 112. ubi testatur esse communem. Thesaur. decis. 165. n. 6. & seq. Ant. Faber cod. libr. 4. tit. 30. def. 3. & 30. & libr. 7. tit. 13. def. 11. Carpz. p. 1. const. 2. def. 8. n. 4. & 5. & p. 2. const. 34. def. 7. & decis. Illuſtr. 56. m. 13. & seq. Klock. conf. 182. cit. n. 675.

26. Wann dann in offte mentionirter Transaction an all besagten drey Substantial-Requisiten ein Abgang sich findet, folget der nothwendige Schluß, daß selbe für null und nichtig billichſter maſſen erkläret könne werden: welcher Nullität auch nit abhilffet Decretum judiciale interpositum, nam hoc Transactionem duntaxat firmat, quando alteri transigentium jus aliquod revera competit, non verò, si ex causa; ex qua fuit facta Transactio, & Decretum interpositum, jus nullum aderat.

Berlich. decis. 263. n. 53. & seqq.

Es kan aber ihme Hr. von K. dessen Gegen-theil auf prætendirende Summa kein Jus beweisen, maſſen solch führende Prætenſion besag dictorum sub num. 19. per exceptionem solutionis jam factæ, quâ omnis obligatio tollitur

princ. Inst. quib. mod. tollit. oblig. elidiret kan werden, cum, ut iteratò dictum est, bona fides non patiatur idem bis exigi; & nemo, quod semper accepit, & solutum ipsi est, petere amplius possit per

l. Srichum 25. §. naturalis 4. ff. de solut.

27. Und irrret allda nichts, wann gleich der transigirende Hr. von K. in dem Instrumento Transactionis coram commissione concepto hat einfließen lassen die Wort durchaus

nit zu contraveniren, maſſen, wie num. 23. angemercket worden, solche also zu verstehen seynd, daß selbe keineswegs dasjenige in sich begreifen, was schon vorhin durch ordentliche Bezahlung ist abgerichtet worden; cum enim nemo censetur velle jactare rem suam, ejusmodi promissio ad id, quod solutum jam est, extendi non potest, & si extenderetur, apertissimam contineret iniquitatem, quippe cum hoc modo is, qui cum tali transigeret, cum jactura istius locupletior fieret: quod juri naturali, divino, & civili contrariatur.

l. nam hoc natura 14. ff. de conduct. indebit. c. locupletari 48. de R. J. in. 6.

Imò dolo facere dicitur, qui ex aliena jactura lucrum quaerit. Ideoque, teste Bartolo, si statutum tolleretur omnia exceptionem, salva tamen foret exceptio solutionis jam factæ, deberetque contra petentem bis sibi solvi succurrere officium judicis per

arg. l. fin. ff. de hered. petit.

quia intentio lic petentis est contra bonos mores, & peccatum involvit. Weilen dann erwieslich Hr. von K. durch verschiedene Solutiones, so er an Hr. M. Factor des Herrn B. P. bereits gemacht, ein merckliche Summa, ja mehr, dann durch den Vergleich pactiret worden, wärcklich abgestossen, also die an die Erben contrahirte Obligation gehoben, ist nothwendig zu schließen, daß dessen Contrapart kein Action gebühret, ubi autem nulla competit actio, ibi nullis, multò minus dubius licis eventus, ex consequenti etiam nulla Transactio, quæ necessariò antecedentem habere debet istam disceptationem. Wird also allein von nothen seyn, daß Hr. von K. die von ihm alferirte Solution mit denen bey Handen habenden Quittungen, und andern Documenten belege, auf welches selber, non obstante Transactione a se inira, & aliis quibuscunque, nimmermehr wird angehalten können werden, daß er bezahle, was er schon vorhin ordentlicher Weiß abgeleget. Und so dessen Gegentheil noch ferners auf seiner also geführten Prætenſion verharren solte, wird selbem billich können opponiret werden Exceptio doli, und Hr. von K. wider ihne sich bedienen des remedii nullitatis, ita, ut electio ipsi competat, an velit Transactionem a se initam declarari ut nullam, an verò ratam eam haberi, & ad supplementum agere.

Hartm. Pistor. 1. q. 23. Morla Empor. jur. tit. 3. in præmiss. n. 39. Brunnem. ad l. 7. ff. de dol. mal. n. 3. & ad l. 5. c. de rescind. vendit. n. 2. Struv. Exerc. 8. thes. 28. Müller. ad eund. thes. cit. lit. a.

Dolus enim, dans causam contractui bonæ fidei, facit eundem nullum, & irritum; quia initium contractus dolum nequit consistere cum pleniore, & exuberantioris ista fide, quam tales contractus requirunt.

lin



*l. in causa 16. §. Eleganter 1. ff. de Minor. l. si dolo 5. C. de rescind. vend. Molin. tract. 2. de §. & J. D. 352. n. 4. & seqq. Dicastill. l. 2. de §. & J. tract. 3. D. 1. dub. 6. n. 64. & seqq. Gaill. l. 2. obs. 2. Vinn. l. 1. select. quast. c. 2. Hunn. Encyclop. jur. p. 3. tit. 1. c. 7. n. 14. Bocer. ad l. 23. de R. J. c. 2. Harppr. ad §. 28. inst. de action. n. 20. & seqq. Carpz. p. 2. const. 34. def. 9. n. 3. Schultes p. 1. q. 7. & 10. Struv. Exerc. 8. cit. thes. 27. Müller. ad eund. thes. cit. lit. 8.*

29.  
conclusio

Seye es aber, daß auf ungestandenem Fall mehrermeldte Transaction mero jure für gültig zu achten, so geben sich doch viele, und wohlbedenckliche Ursachen hervor, wegen welcher selbe per in integrum restitutionem billichster massen könnte, und sollte rescindiret werden; dann imo aus dem von dem annoch sich nit formlich legitimirenden Cessionario letztlich judicialiter exhibirten Conto apertissimus calculi error sich zeigt, indem diese Specification von der eygenhändigen des Herrn B. P. in vilen, besonders aber in diesem divers ist, daß die eygenhändige 3263. fl. diese letztere aber nur 3049. fl. ansetzet. Retractatur autem Transactio ob errorem calculi.

*Menoch. de Arbitr. l. 2. c. 15. Seraph. de Seraphin. decis. 230. & 275. Cels. Grassi decis. 1. Lauterbach. §. 31.*

Nam error calculi, wann man sich verreehnet, parit exceptionem, quæ dirigitur contra eum, qui id, quod errore calculi promissum est, exigit

*arg. §. verbi gratia 1. Inst. de Except. & ibi Ludwell. n. 4. Müller. ad Struv. Exerc. 6. thes. 67. lit. γ. Mollenbec. ad tit. de Transact. in not. var. n. 53.*

Et hæc etiam paratam executionem, quam alias operaretur instrumentum calculationis conclusæ super redditione rationum, impedit.

*Müller. l. cit. & colligitur ex l. un. C. de Error. calculi.*

ubi Imperatores, errorem calculi, inquirunt, sive ex uno contractu, sive ex pluribus emerferit, veritati non asserre præjudicium, sæpe constitutum est, unde rationes etiam sæpe computatas denuo tractari posse, si res judicata non sint, vel Transactio non intervenit, explorati juris est. Neque obstat, quod in hoc textu excipiat casus rei judicatæ, vel Transactionis; nam animadvertendum est, quod ad textum cit. notat

*Müller. thes. 67. cit. lit. 8.*

ubi monet aliud esse transigere, & judicare per errorem, sive quod perinde est, cum, vel ex errore, aliud de, sive super errore. In primo casu Transactio, sive sententia retractari debet, imò ipso jure non valet, adeo, ut appellatione à tali sententia non sit opus

*l. illud meminimus 1. §. item si 1. ff. qua sent. fin. appell. rescind.*

sed mediante remedio nullitatis declaratur nulla. Contra in posteriori casu sententia, & Transactio valet, & ab Impp. approbatur in

*l. un. cit.*

Ratio differentia est, quia illic error est in ipsa Transactione, & sententia, adeoque impedit consensum, i. e. causam, consequenter etiam effectum, h. e. Transactionem, & rem judicatam. Secus est, quando super errore calculi nondum comperito, & liquido, rationumque perplexitate, tanquam de re dubia, amicabiliter tractatur, resque sopitur. Nun aber ist diese transigirenden Hrn. von K. Intention, und Meynung niemahl gewesen de, vel super errore calculi zu transigiren, wie heller Ding sich zeigt, da selber besag dictorum sub num. 4. durch seinen damahligen Patronum causa bey Angebung des Vergleichs expresse sich angedungen, daß, wann annoch einige Posten, welche bezahlet worden, sich zeigen wurden, solche von der verglichenen Summa sollen defalciret werden. Wird also ver-  
mög

*l. un. cit.*

diesermeldte Transaction zu rescindiren seyn. Und solches um so vil mehrer, weil

add. Selbe (da sie generaliter beschehen wäre) in sich haltet enormissimam læsionem, indem hierdurch Hr. von K. nit allein ultra dimidium, sonder wohl in toto sich lædiret befandete; nam propter enormem læsionem rescindi Transactionem posse, defendunt

*Fachin. l. 2. contr. c. 26. Cyriac. contr. 182. n. 83. Ciarlin. contr. 219. n. 11. Urceol. decis. 55. Christin. decis. 67. n. 3. vol. 3. Rota p. 18. decis. 678. Sabell. §. Transactio n. 17.*

Quod multò magis procedit, si (ut hic contingit) læsio sit enormissima, probata, & justificata.

*Decius conf. 60. n. 4. Tusch. lit T. concl. 353. Pinell. in l. 2. C. de rescind. vendit. p. 1. c. 4. n. 14. & seqq. & c. 26. Cagnol. ad l. 2. cit. Cancer. var. l. 1. c. 13. n. 34. Fachin. c. 26. cit. Gratian. discept. 713. n. 82. & seqq. Mantica decis. 102. n. 1. Merlin. decis. 55. & 284. n. 4. Carpz. p. 2. const. 34. def. 1. Stryck. de cautel. contract. sect. 3. c. 7. n. 19. Sabell. l. cit. & §. læsio n. 13. Altimar. de nullit. tom. 6. Rubr. 1. p. 4. q. 37. n. 120. & alii plures ab hoc cit. & ita teste Mollenbec. ad tit. de Transact. in not. var. n. 56. in praxi ubi vis ferè obtinet.*

Ratio est, quia etiam in Transactione bona fides cum æquitate conjuncta esse debet. Cessat autem æquitas, ubi tanta inæqualitas, & læsio subest. Recedit quidem ab hac sententia

*Mevius p. 4. decis. 24. n. 9.*

sed intelligendus est cum limitatione, quam addit

p. 4.

30.



p. 4. cit. decis. 30. n. 9.

ubi fatetur, locum esse rescissioni, si læsio sit certa, quæ certitudo ex repertis instrumentis emergere poterit. Imò Transactio talis, ubi enormissima læsio intervenit, ipso jure pro invalida habenda est, ut Fachinuz, & Doctores num. 25. in fin. allegati, ac plurimi alii maximæ autoritatis Jcti. tenent per

l. in Summa 65. ff. de condict. indeb.

ubi Paulus inter modicam, & immodicam læsionem discrimen facit, quodd propter immodicam læsionem, vel evidentem calumniam contra Transactionem venire concedatur: Et in tali casu ex æquitate transigens impugnare factum proprium potest

arg. l. rem majoris 2. C. de rescind. vend.

Olymp. Prompt. §. Transactio. n. 11.

quia æquitati naturali contrariatur, ut quis locupletetur cum jactura tertii, & contra justitiam commutativam, quæ æqualitatem inter contrahentes desiderat, est, aliquem plus debito accipere. Imò, si læsio enormissima intercessit, Transactio præsumptionem doli, & calumniæ habet. Nus welchem dann weiters

31.

3tio. Bestätet wird, daß quæstionirte Transaction auf Instanz des transigirenden Hrn. von K. könne, und solle rescindiret, oder gar vor null und nichtig erkläret werden; retractatur enim Transactio, & rescinditur, si calumnia, vel dolus causam eidem dederit

l. subprætextu 19. C. de Transact. Cravett.

vol. 1. conf. 294. n. 8. Menoch. conf.

n. 21. Berlich. p. 2. decis. 263. n. 27.

Mevius p. 4. decis. 31. Struv. Exerc. 6.

thes. 67. Müller. ad eund. thes. cit. lit.

e. Mollenbec. ad tit. de Transact. in not.

var. n. 47.

Qui dolus, si non plene probetur, juramento purgatorio locus est.

Brunnem. ad l. 65. ff. de condict. indeb.

quem citat, & sequitur Müller. l.

cit.

Sic qui per calumniam decipit Creditores, & pretiosas merces amovet, & ita transigit cum iisdem, ut ipsi partem remittant, comperto dolo, nulla est remissio. Et quod datum est super re clara, ut vexationem redimat, concurrente calumnia actoris calumniosus, turpitudinem dicitur continere, & potest repeti, tanquam ex turpi causa.

Paul. Castr. ad l. 65. ff. de condict. indeb.

lit. Berlich. p. 2. decis. 263. n. 29. Müller l. cit.

Nec si per decretum judicis confirmata sit Transactio per calumniam extorta, valebit; quia si decretum ex errore est interpositum, imperfecta est Transactio

l. age 3. C. de Transact. Menoch. conf.

508. n. 7. Curt. Sen. ad l. 1. C. de Transact.

lit. Müller. lit. cit. Mollenb. n. 47. cit.

Es wird aber schwerlich im gegenwärtigen Casu die zwischen Hrn. v. K. und dessen Gegentheile gepflogene Transaction von dem ihm imputirenden dolo zu excusiren seyn, massen die hernach gefundene Instrumenta heller Ding zeigen, daß vil Posten würcklich von Hrn. K. bezahlet worden, so in gegen theiligen Rechnungen nit angemerket worden, ut proinde reperta postea instrumenta admitti, & si ex iis ope restitutionis in integrum petatur Transactionis ita initæ rescissio, hæc ex iisdem, attentâ probabili, & justâ ignorantia petentis restitutionem, nec non læsione ex illis immediate probatâ, indulgeri possit, ac debeat.

Honded. conf. 27. n. 638. lib. 2.

Odd. derestit. p. 2. q. 76. art. 5. n. 27.

& seqq. Altimar. tom. 6. de nullis. rubr.

l. p. 4. q. 37. n. 112.

nam propter instrumenta noviter reperta, h. e. quæ quis ignoravit, vel impeditus ab alio habere non potuit, datur restitutio in integrum ex clausula generali.

Odd. tract. cit. p. 1. q. 12. art. 1. & p.

2. q. 73. & trib. seqq. Klock. tom. 2. conf.

182. n. 671.

Unde bene notanda est differentia inter invitum per violentiam, seu quod metu gestum est, & inter invitum per ignorantiam fraude procuratum, seu dolum; nam in primo voluntas adest, licet mixta, & libera electio, licet non simpliciter, & mere libera; in altero autem deficit & scientia, & voluntas, & electio quoad istam simulatam, aut dissimulatam circumstantiam. Igitur per se nullum est, quod ita gestum est, aut in totum, aut in tantum.

Schilter. Manuduct. Philos. Moral. ad veram Jurisprudentiam c. 7. §. 41.

### QUÆSTIO III.

Ob nit, weil die Conto divers seynd, und manifestus error calculi sich zeigt, die Berechnung de novo vorzunehmen seyn dürfte?

**W**ill zwar anscheinen, als kunte Hrn. von K. in diesem seinem Ansinnen keines weegs willfahret werden, da ex

l. semel 2. C. de Apoch. publ.

hellen Rechts ist, daß derjenige, so seine Rechnungen schon einmahl abgelegt, zu neuer Berechnung, oder Untersuchung der schon gegebenen wider dessen Willen nit könne bezwungen werden: welcher Lehr bey stimmen

Socin. vol. 4. conf. 92. n. 1. Paris. vol.

1. conf. 89. n. 1. Natta conf. 40. n. 1.

Riminald. Jun. conf. 338. n. 1. Gratian.

Discept. forens. 71. n. 2. & Discept. 76.

n. 2. Menoch. de Arbitr. cas. 209.

n. 39.

ubi observandum hoc esse dicit, quodd semel



mel rationibus redditis, atque calculatis, denuo nemo siturgendus ad iterum calculandum. Sequitur

Decius *conf.* 110. n. 1. Mascard. *de Prob. concl.* 253. n. 21. 22. & *concl.* 1256. n. 14. Wesebec. *conf.* 143. n. 15. Klock. *tom.* 3. *conf.* 169. n. 12.

Quod præcipue verum est, quando revisionem petens rationes semel approbavit, easque unâ cum inventariis, quietantiis, & instrumentis ad se recepit.

Weseb. *conf.* 226. n. 43. *¶ sed nec error.*

Aut si post calculationem intervenit absolutio, & pactum de non contraveniendo.

Menoch. *conf.* 22. n. 17. & *de arbitr. cas.* 209. n. 37. Mascard. *de Probat. concl.* 253. n. 22. Montan. *de tutel. c.* 38. n. 123. 156. & 179. Riminald. *Jun. conf.* 338. n. 15. Trentacinq. *l.* 3. *tit. de solut. resol.* 7. n. 15.

Vel si rationum examen transactione sopitum est.

*l. un. C. de error. calcul.* Christin. *vol.* 2. *Decis. Cur. Belg.* 98. n. 1. Socin. *vol.* 4. *conf.* 92. n. 4. Decius *conf.* 350. n. 2. Montan. *c.* 38. *cit.* n. 158. Heig. *p.* 1. q. 20. n. 25.

Vel si per sententiam definitivam rationum lites finem acceperint.

*l. un. cit.* Montan. *l. cit.* n. 159. ubi omnes ita sentire testatur.

Et quidem merito; nam quando unâ cum calculatione intervenit absolutio, seu liberatio, quæ ratio, vel pactum de non contraveniendo, vel transactio, vel quid simile, rationes sic redditæ, & approbatæ habent præsumptionem rectæ compositionis, & iusti, verique examinis pro se, ideoque contrarium asserenti incumbit probatio.

Mena *libr.* 1. q. 15. n. 4. Roland. à Vall. *vol.* 1. *conf.* 49. n. 50. & 56. Cyriac. *contr. forens.* 411. n. 30. Escobar *de ratiocin. c.* 41. n. 28.

Et hoc verum est, ut neque prætextu erroris solius rationes semel redditæ iterum reddendæ sint, ut notant

Montan. *c.* 38. *cit.* n. 23. Riminald. *Jun. conf.* 484. n. 51. Menoch. *conf.* 22. n. 17. Ruin. *l.* 5. *conf.* 16. *in fin.*

modò perfectè fuerint redditæ. Perfectè autem tunc redditæ dicitur ratio, quando omnia volumina, cautiones, & instrumenta sunt redditæ, cognita, discussa.

Molin. *ad consuet. Paris. tit.* 1. *f.* 6. *concl.* 6. n. 14. & *seqq.* Wesebec. *conf.* 143. n. 16.

Wann dann in præsentem casu besag dessen, was in specie facti num. 3. gemeldet worden, schon vorhin der Factor Hr. M. mit Hrn. von K. einer Abrechnung sich gepflogen, dieweil letztere aber hierauf Hrn. B. P. ein obligation eingesendet, und nach der Zeit hierüber mit R. P. Schmalzgrueber Confilia.

ihme auf 2000. Gl. transigiret, will sich das Ansehen geben, als kunte nach obiger Rechts-Lehre keine neue revisio rationum mehr statt finden.

Aber dessen ungeachtet, halte gänglich, doch unborgreiflich dafür, daß in præsentem casu Hr. von K. ein neue revision der Rechnungen mit allem Zug Rechtsens anbegehren, und solche billichster massen ihm könne gestattet werden; Nam etsi iudex non debeat esse adeo facilis in concedenda rationum revisione, ut à juris semita deviare præsumat

*princ. inst. de offic. judic.*

non tamen usque adeo difficilem esse illum oportet, ut revisionem petitam denegat, si causa iusta illam concedendam suadeat.

Jason. *vol.* 2. *conf.* 219. n. 1. & 2. Wesebec. *conf.* 120. n. 31. *fin.* Gutier. *de tutel. p.* 3. *c.* 1. n. 1. Balthasar *ad jus Bavar. p.* 1. *tit.* 5. *res.* 8. n. 18. *¶ judicet post.* Heeler. *de ration. reddend. loc.* 15. n. 4.

Talis causa ex communi Doctorum, quam sequuntur

Roland. à Vall. *vol.* 1. *conf.* 49. n. 44. Natta *conf.* 489. n. 2. & *seqq.* Paris. *vol.* 1. *conf.* 89. n. 18. & 34. Mascard. *de Probat. concl.* 1256. n. 10. Schultes *ad Pistor. q.* 126. n. 65. Heig. *p.* 1. q. 20. n. 36. Klock. *tom.* 3. *conf.* 169. n. 11. Heeler. *loc.* 15. *cit.* n. 55. & plures alii ab hoc cit.

est, si probari possit, errorem calculi in talibus rationibus intervenisse: quod ipsum constat ex

*l. un. C. de error. calcul.*

idque non mediocriter nititur æquitate; non enim verè dici potest rationem esse redditam, quæ non plenè redditur, ita, ut fines ejus undequaque constet, ita, ut ex singulis specificatis, & articulatis deductis omnium veritas possit apparere.

*l. qui sub conditione* 111. *ff. de condit. & demonstr.* Wesebec. *conf.* 47. n. 48. Socin. *vol.* 2. *conf.* 190. n. 1. Heeler. *l. cit.* n. 56. & 57.

Nam calculus per se non habet vim definitivæ quoad condemnationem, vel absolutionem.

Christin. *vol.* 2. *decis. Cur. Belg.* 98. n. 8.

sed præsumptionem duntaxat, quæ veritati cedit, quæ si pateat, revidenda est calculatio, & ad rectam compositionem reducenda.

*l. error.* 7. *C. de f. & f. Socin. vol.* 4. *conf.* 25. n. 6. Montan. *de tutel. c.* 38. *cit.* n. 147. Escob. *de ratiocin. c.* 41. n. 30. Heeler. *l. cit.* n. 60.

Et hoc præcipue inter mercatores, ubi ex æquo, & bono procedi debet, locum obtinet, ita, ut inter illos erroris demonstratio calculi repetitionem causet,

(11)

Tren-

33.

Rationes decidendi.

34.



Trentacinq. var. resol. l. 3. tit. de solut. ref. 7. n. 2. Roland. à Vall. vol. 1. conf. 49. n. 49. Escobar. c. 41. cit. n. 22. Christin. decis. 98. cit. n. 14. Rimin. Jun. conf. 338. n. 47.

Neque obstat, licet peritiores, & amici rationum redditioni interfuisent.

Paris. conf. 89. n. 28. & 58. vol. 1. Rimin. Jun. conf. 338. cit. n. 27. Farin. conf. 96. n. 32. Heeser. loc. 15. cit. n. 68.

aut calculatio pluries facta sit; nihil enim hoc impedit, quo minus erroneæ rationes reveideantur, & repetantur.

l. un. C. de error. calcul. Rimin. Jun. conf. 338. cit. n. 48. Felic. de societ. c. 32. n. 64. Heig. p. 1. q. 20. n. 36. Farin. conf. 96. n. 1. ubi dicit, certissimi hoc juris esse.

35. Similiter non obstat, etiamsi stipulatio intercesserit, & cum calculatione intervenit promissio, vel concurrat confessio simplex, vel geminata, aut secuta, vel data sit liberatio, vel quietatio per publicum instrumentum in amplissima forma, cum clausulis solitis, & consuetis; adhuc enim ratio erronea, & non sufficienter reddita, denuo examinari debet.

Trentac. var. resol. l. 3. tit. de solut. ref. 7. n. 3. & 4. Vivius decis. Neap. 400. n. 39. Escob. c. 41. cit. n. 4. Thesaur. decis. 76. n. 7. Heig. q. 20. cit. n. 35. Cothman. vol. 5. resp. 30. n. 108. Hartm. Pistor. obs. 158. n. 4. & per tot. Schurff. cent. 2. conf. 9. & conf. 41. per tot. Schultes ad Modest. Pistor. q. 126. n. 67. Heeser loc. 15. cit. n. 70. & plures alii ab hoc citt.

Nam subscriptio, & approbatio rationum, istamque subsecuta liberatio, & quietatio, siue absolutio ad hoc non proficit, quin iterum ratio reddi debeat, si error intervenierit, isque probari possit.

l. un. C. de error. calcul. l. emptor 47. §. Lucius i. ff. de Pact.

ubi liberatio, facta ratione calculi, non excludit, quo minus conveniri possit ad debitum, quod in calculo comprehensum non fuit.

36. Neque interest, siue error consistat in Mathematicis, ut puta, quando calculatores dixerunt, duo, & tria esse octo, siue erratum sit in jure, e. g. quando per errorem oneratus est aliquis, qui jure onerari non poterat, aut vice versa, qui onerari debuisset, ab onere est absolutus

arg. l. post divisionem 4. C. de J. & F. J. Paris. vol. 1. conf. 80. n. 17. Mascard. de probat. concl. 253. n. 11. 12. & 13. ubi dicit, errorem optime probari, si ea fuerint admitta, quæ nullo pacto erant admittenda, eaque omitta, quæ necessario fuissent inferenda.

Pariter nihil refert, an restitutio reliquorum post calculationem petatur, an vero

jam facta sit; nam etiamsi hæc calculatio nem subsecuta actu sit, adhuc revisio calculi, allegato errore peti potest.

Felicius de societ. c. 38. n. 68. & 69. Heeser. l. cit. n. 92.

37. Hätte also Hrn. von K. in seinem Gesuch, da selber revisionem calculi in prima instantia anbegehret, billich sollen willfahret werden, und stehet ihm solches beneficium, tanquam iusta defensio, noch bevor in causa appellationis; nam etiam in hac error calculi, licet in causa principali deductus non esset, allegari potest.

Paul. de Castro vol. 2. conf. 10. n. 1. Felic. c. 38. cit. n. 6. Trentacinq. var. resol. l. 3. tit. de solut. resol. 7. n. 5. Heeser. l. cit. n. 84.

Wird also Hrn. von K. alleinig obliegen, daß er den allegirten errorem calculi mit genügsamen Argumenten beweise; debet enim, antequam rationum repetitio concedatur ex capite erroris calculi, non solum allegari ille error, sed specificè, & per claras probationes judici demonstrari, nec sufficit solum dicere, in reddendis rationibus fuisse erratum, ut ex communi notant

Socin. vol. 2. conf. 190. n. 31. Cavalc. p. 1. decis. 38. n. 16. Roland. à Vall. vol. 1. conf. 49. n. 50. Escob. de ratioc. c. 41. n. 28. Mevius ad Jus Lubec. libr. 1. tit. 7. art. 2. n. 30. Heeser l. cit. n. 95. & seqq.

quia rationes semel expunctæ habent præsumptionem, quod fuerint rite, & rectè dispositæ.

38. Es wird aber Hr. von K. solch von ihm allegirten errorem unschwat probiren fönnen; nam error calculi præcipue probatus esse dicitur, si ex actis, instrumentis, & aliis documentis ostendatur, in computando fuisse aberratum, & vel omissum aliquid, quod inferendum erat, vel admissum, quod nullo pacto debuisset admitti, sicque rem aliter se habere.

Afflict. Neapol. decis. 44. n. 3. Paris. vol. 1. conf. 89. n. 27. Socin. vol. 4. conf. 25. n. 3. & conf. 33. n. 5. Mascard. de probat. concl. 253. n. 1. & concl. 1256. n. 17. Cyriac. contr. 35. n. 19. Cravett. conf. 188. n. 9. Surd. conf. 27. n. 6. & conf. 202. n. 13. post Bartol. Alex. Jas. Bald. Dec. &c.

tunc enim notoriè dicitur constare de errore.

Cephal. conf. 562. n. 11. Tepatus. compend. decis. tit. 490. c. 4. Heeser. l. cit. n. 103. & seqq.

39. Nun aber zeigt sich aus denen bey den actis sich befindenden Beyslagen, wie num. 5. in specie facti schon angemercket worden, daß in vorgelegten Rechnungen verschiedene, von Hrn. K. schon bezahlte Posten seynd aus und unterlassen worden, wie da seynd imo 315. Gl. item 621. Gl. so laut Beyslag und



Nebenlag num. 7. der Factor M. dem Hrn. B. P. vergütet, aber in keiner Berechnung zu finden. Weiters 220 500. Gl. so A. sel. besagt Hrn. M. gelieferet, und vi jurati einem Hochlöbl. Hofrath schon An. 1710. übergeben attestati gelieferet, und doch nit per Empfang kommen. Und endlich 3tid die von dem Wechsel Herrn in Li. an mehrerennnten Hrn. M. per Wechsel übermachte 1000. Gl. so, wie Veylag sub num. 8. weiset, empfangen, auch in keiner Rechnung gefunden worden. Neben diesem ist erweislich, daß die erste und letzte exhibirte Conto so wohl in der Summa, als im Tag, und Zeiten, auch in denen Liferungs-Posten, und anderen bey denen Kauffleuthen gebräuchlichen vielen Punkten divers, mithin tanquam suspectæ fidei, von keiner legalität seyn können, wie dann selbe auch vom Augspurg. Wechsel-Bank vor unrichtig erkannt worden. Wird also ad probandum allegatum errorem calculi, & impetrandam revisionem rationum von Hrn. K. nichts anderes erforderlich können werden, als daß selber durch die bey Händen habende, unwidersprechliche documenta belege, was in quætionirten Rechnungen mangelhaft zu seyn ist asseriret worden, nach welchem er Hr. von K. in Krafft hactenus deductorum, in seinem Gesuch billich zu hören, und auch in 2da instantia, eine neue Berechnung über prætendirende restanten vorzunehmen.

40. Was in ratione dubitandi num. 32. posita in contrarium ist angemercket worden, hat seine richtige Abfertigung, massen jenes, daß nach einmahl abgestatteten Rechnungen, niemand wider Willen zu neuer Berechnung könne gezogen werden, allein zu verstehen, wann in solchen kein error calculi sich befindet; dann so diser rechtsständig erwisen wird, muß die Præsumption, so die erstattete, und approbirte Rechnungen an sich haben, der erwisenen Wahrheit weichen, und wird eine neue Berechnung ad instantiam partis jetzt erwisen massen gestattet. Hr. von K. hat zwar die zwischen ihm, und Hrn. M. gepflogene Rechnung approbiret, und dessentwegen Hrn. B. P. ein obligation eingesendet, aber nur eventualiter, und in Meynung, daß diese Abrechnung gang richtig sich also befinden werde. Daß aber selber durch solch seine approbation sich von seiner Gerechtsame nichts benennen, und auf ein mehreres, als er schuldig, sich nit einverstehen wollen, hat er gleich hernach satzsam gezeiget, da er auf besseres Nachsinnen, Hrn. B. P. einen Gegen-Conto eingeschicket, und in solchem remonstrirte, daß, wann man auch ab omni damno illato wegen nit beschehener Beyhaltung mit dem Satz abstrahirte, nit über 200. Gl. zu bezahlen in dem Rest verbleiben wurden, wie sub num. 3. in facti specie gemeldet worden.

41. Es hat zwar Hr. von K. nach der Hand über die in besagter Berechnung ihm ausge-

R. P. Schmalzgruber Consilia

worfene Summa der 3263. Gl. auf 2000. Gl. transigiret, und solche in zweyen Tristen zu erlegen eingestanden; aber mit ausdrücklicher beyerinnerter clausula, daß, sofern annoch einige Posten, welche bezahlt worden, sich zeigen wurden, solche von bemeldten 2000. Gl. defalciret sollen werden. Wann sich dann in facto hier richtig zu seyn findet, daß verschiedene Posten oben angemerckter massen von ihm Hrn. K. seyn abgestossen worden, wird selber Krafft solcher transaction auf ein weiteres nit können obligiret werden, als was nach defalcirung ersagter Posten verbleibet, besonders da die ex

l. un. C. de error. calcul.

genommene doctrina, quod in casu, ubi rationum examen transactione fuit sopitum, neque ex prætextu erroris calculi nova revisio rationum sit concedenda, verschiedene bey denen DD. angemerckte Absäg leydet, als da ist imo. si transactio evidenter est iniqua.

Roland. à Vall. vol. 1. conf. 19. n. 66.

Trentacinq. de confess. ref. 1. n. 40. & de solut. resol. 7. n. 14. Heeser. de ration. redd. loc. 15. cit. n. 138.

qualis esset, si vi transactionis sic initæ aliquis obligaretur ad solvendum, quod se jam ante solvisse idoneis argumentis probare potest. 2do. si lis super rationibus examinatis non erat mota, nec moveri sperabatur.

Ruin. conf. 71. n. 4. Cephal. vol. 4. n. 562. n. 18. & 19. Trentacinq. de confess. resol. 1. cit. n. 40. Heig. p. 1. q. 20. n. 27. Heeser. l. cit. n. 142.

wie da in præsentem casu juxta num. 16. beschehen ist. 3. si is, cui rationes redditæ sunt, de remittendo errore, sibi tum adhuc incognito, ne quidem generaliter cogitavit.

Wesenbec. conf. 3. n. 26. Heeser l. cit. n. 143.

welches abermahl allhier wegen besagt beygeruckter clausula, und nit bey Händen habenden Quittungen, und anderen documenten Platz findet.

Es mercket zwar allegatis pluribus aliis 42. DD.

Heeser. loc. 15. cit. n. 118.

an, quod in casu, ubi post calculationem intervenit absolutio, & pactum de non contraveniendo, wie in præsentem wegen der in instrumento transactionis beygeruckten clausula durchaus nit zu contraveniren, neque prætextu solius erroris rationes iterum reddenda sint. Aber es hat solches allein Platz, quando rationes perfecte redditæ, & omnia volumina, cautiones, & instrumenta exhibita, lecta, collata, atque discussa sunt, wie num. 32. prope finem gemeldet worden; so aber in casu præsentem, da Hr. von K. zur Zeit errichteter transaction seine Schrifften noch nit bey Händen

(li 2)

geet



gehabt, nit ist beschehen. Wird also ermeldre Clausula Hrn. von K. nit schädlich seyn, besonders weilen ob allegierter doctrina von verschienen DD. und benantlich von

Parisio vol. 1. *conf.* 89. n. 39. widersprochen wird, ubi hic Doctor concludit, casu, quo quietationi, sive liberationi ab ulteriori rationum redditione accedit pactum de non contraveniendo rationibus jam calculatis, talem conventionem dici fallacem, & ratione fraudis præsumptæ liberationem esse irritam, ideoque, illa non obstante, nihil impedire, quo minus ob errores noviter repertos rationum examen repeti debeat. Consentunt

Mascard. *de Probat. concl.* 253. n. 17. & duob. *segg.* Felicius *de Societ.* c. 38. n. 79. & *segg.* Rolland à Vall. vol. 1. *conf.* 49. n. 65. & 66. Mevius *libr.* 1. *tit.* 7. art. 11. n. 30. & veriore hanc opinionem dicit Gratian. *Discept. for.* 761. & colligitur ex l. *sub prætextu* 29. C. *de Transact.*

ubi dicitur, errorem transigenti nihil nocere, quo minus ab ea recedere liceat. Et ita ex dicta lege concludit

Schultes. *ad Modest. Pistor.* q. 126. n. 67. nihil enim ad rem facit, si pars, cui ratio minus recte est reddita, fateatur, fuisse sibi sufficienter rationes redditas; quia talis confessio ei non nocet.

Rimin. *Jun. conf.* 338. n. 50. & *segg.* Hartm. *Pistor. obs.* 118. *per totam*, Schultes. *ad Modest. Pistor.* q. 126. cit. n. 68.

& eo magis confessio talis admittenda non est, quando pactum de non contraveniendo adjicitur in continenti; eodem enim errore, quo facta est calculatio, censetur etiam pactum appositum.

Rimin. *conf.* 338. cit. n. 65. Sichard. *in l. un. C. de error. calc.* n. 3. Montan. *de tutel.* c. 38. n. 157. *in fin.*

& pacificentes, dum illis de errore non constat, eadem facilitate, quâ calculationem, etiam pactum de non contraveniendo approbaturi præsumuntur.

Felic. *de Societat.* c. 38. n. 80. *7.* & quia.

43.

Von nit grösserer Wirkung wird auch seyn der von Hochlöbl. Hof Rath wider Hrn. K. gefällte Sentenz, dardurch selber zu Bezahlung der in der Transaction verglichenen 2000. *fl.* condemniret worden; dann ob gleich per

*l. un. C. de error. calcul.*

in casu, quo per sententiam definitivam rationum lites finem acceperunt, die Revision der also confirmirten Rechnungen nit mehr gestattet wird, per ea, quæ docent

Heig. p. 1. q. 20. n. 20. & 21. Mevius *ad Jus Lubec. libr.* 1. *tit.* 7. art. 11. n. 33.

Montan. *de tutel.* c. 38. n. 159. ubi omnes ita sentire testatur.

So hat doch solches eine gar merckliche Ausnahm, nisi in ipsa sententia, & confirmatione error intervenerit, nam hic, si expresse deprehendatur, reddit sententiam ipso jure nullam.

*l. illud 1. item si calculi 1. ff. qua sent. fin. appell. rescind.*

sive deinde error ille fuerit facti, sive juris, qualis est sententia contra leges lata. Hinc

Perez *in Cod. libr.* 10. *tit.* 1. n. 16. dicit, rationes sententiæ Judicis confirmatas, retractari posse, si appareat, fraude, & dolo aliquid in illis expunctum, promissum, quantumvis in priore calculatione fuerint additæ renuntiationes, & pænæ statutz adversus contradictores. Welches um so vilmehr in casu præsentis sein Orth findet, weilen ein Hochlöbl. Hof Rath selbst in dem von sich gegebenen Decreto sich dahin declariret, und vernemen lassen, daß zwar die erste *fl.* der 1000. *fl.* Hr. K. bezahlen solle, dabey aber annectiret, daß, da sich etwann ein oder andere Post disputirlich findete, er sich bey der andern Bezahlung erhablen kunte: mithin selbst die in Quæstion versirende Transaction nit vor absolute bündig erkennet.

## QUÆSTIO IV.

Ob Hr. von K. die Solutionem an Hrn. M. cum effectu hab thun können.

Die Beantwortung diser Frag machen zwar dem Schein nach zweiffelhafft verschiedene Rationes dubitandi, als da ist imo. Daß die Solution an den beschehen müsse, deme man schuldig; quia extraneo minus recte solvitur

*arg. l. solvendo 39. ff. de neg. gest.* nec ille, qui non est Creditor, accipiendo, quod alii debetur, creditori præjudicium creare potest

*l. invito 12. C. de solut.*

Es ist aber Hr. M. nit anderst anzusehen, als für einen Extraneum. Sollte man aber zdo ihne halten pro Procuratore, ist zwar nit ohne, daß alsdann an ihne die Solution cum effectu hat können beschehen; nam etiam Procuratori utiliter solvitur: es müste aber ererst probiret werden, daß selber von Hr. B. P. hierzu ein gnugames Mandatum empfangen; regulariter enim alteri, quasi meo mandatario, qui tamen mandatum non habet, solvens non liberatur

*l. qui hominem 34. l. si nullo 4. ff. de solut.*

nec proficit ipsi existimatio, qua ipsum pro vero



vero Procuratore habuit; quia hoc non existimare, sed scire debuisse.

Müller. ad Struv. Exercit. 47. thes. 72. lit. a.

Und wann schon auch ztd erwisen soll werden, daß besagter Hr. M. mit begnügtem Mandato hierzu Anfangs versehen, so kunte man wohl zweiffeln, ob mit etwann selbes von Hrn. B. P. nach der Hand revociret worden; nam, ut

Eckolt ad ff. tit. de solut. §. 6. notat, debitor, qui Procuratori Mandatum habenti, quod postea revocatum est, ignoranter solvit, isque dolo malo, & lucrandi animo accepit, non liberatur, nisi conditionem furtivam, quam adversus ejusmodi Procuratorem habet, Creditori cesserit. Wann aber 4to so wohl von gegebenem Mandato, als von dessen nit Revocierung genugsame Beweissthum bezubringen, so wurde doch allen Rechten nach über das erforderet, daß die beschene Actualis solutio mit rechtsständiger Prob belegt wurde; nullum enim effectum habet solutio, nisi certo constet, eam actu intervenisse, cum in facto consistet, & facta non presumantur, sed probari debeant.

l. fin. C. de solut. Brunnem. ibid. Faber in cod. l. 7. tit. 14. def. 6. n. 1. Mascard. de probat. concl. 318. n. 1. Struv. Exerc. 47. thes. 76. Müller. ad eund. thes. cit. lit. a.

Et quidem probanda est solutio ab eo, qui eam factam esse intendit, i. e. qui se solvisse affirmat.

l. fin. cit. l. verius 21. ff. de Prob. Faber tit. 14. cit. def. 52. & tit. 15. def. 36. & tit. 42. def. 17. & 18. Mascard. concl. 981. n. 1. Carpz. l. 5. resp. 104. n. 1. Merckelb. apud Klock. tom. 2. conf. 50. n. 80. Mevius ad jus Lubec. l. 3. tit. 1. art. 6. n. 1. & resp. 2. q. 1. Müller. ad Struv. lit. a. cit.

45. Verum his non obstantibus, istad questionem praesentem mit allem Zug-Rechtens zu behaupten responsio affirmativa, massen genug an dem Tag liget, und auch aus Beylag sub num. 1. satzjam erhellet, daß besagter Hr. M. Factor des Herrn B. P. gewesen, und Hr. K. der Bezahlung halber an ihne angewisen worden. Hat also Hr. K. cum omni effectum an ihne die Solutio thun können, und mögen: folglich was er an selbigen bezahlet, eben den Effect haben muß, als wann Debitor solches an Hrn. B. P. selbst erleget, mithin diser à debito liberiret worden.

arg. l. solutum 49. ff. de solut.

Nam etiam Procuratori rectè solvitur, si vel sit procurator in rem suam, vel in rem alienam quidem, sed instructus speciali mandato ad recipiendam solutionem, vel omnium negotiorum administrationem habens.

l. verò 12. princ. ff. de solutione.

Nam, ut appositè Julianus Jurisconsultus in

l. qui hominem 34. §. si Titium 3. ff. eod.

advertit, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut Procuratori solvant.

Diser Responzion stehen nit im Weeg die num. 44. beygebrachte Rationes dubitandi. Ad 1. hat die allda angelegte doctrina, tur ad rationes dubitandi, quod extraneo minus rectè solvatur, dissonantes dunterschiedlichen Absatz, und Ausnahm, nisi ita velit, vel mander creditor.

l. solutum cit. Zanger. de Except. p. 3. c.

1. n. 114. Müller. ad Struv. Exerc. 47. thes. 72. lit. a.

Idem est, si ratam solutionem habuerit Creditor, ut expresse Marcianus

l. cit.

Licet enim absque mandato alii solvi nequeat, ratihabitio tamen veri Creditoris solutionem alii factam legitimat, cum effectum mandati operetur.

l. donationes 25. fin. C. de donat. int. vir. & uxor. l. invito 12. C. de solut. Zoef. ad ff. tit. eod. n. 10. Brunnem. ad l. 58. cit. tit. n. 1. Widmont. ibid. n. 9. fin. Müller. lit. a. cit.

Ad 2. Ist hier wegen des gegebenen Mandati ganz nit zu zweiffeln, massen solches, wie oben gemeldet, aus Beylag num. 1. und dem allda enthaltenen Satz-Contract-Instrumento genugsam belegt wird, wo §. 8. enthalten Formalia: Oskayd verspreche mehr wohl ged. Hr. von K. die Bezahlung allweeg Hrn. B. P. Begehren nach, nacher L. ohne sein Kosten und Schaden an Hrn. M. oder wem es angewisen wird, zu liefern, weiters aber nit zu schicken gehalten seyn solle etc. Und wann schon auch besagter Hr. M. in ordine ad solutionem recipiendam nur Procurator existimatus gewesen wäre, so hat doch die in diser ratione dubitandi allegirte Doctrina verschiedene, und bey bewehrten Rechts-Gelehrten approbirte Exceptiones, ubi solvens Procuratori existimato liberatur. Et quidem 1mo si is, cui solutio facta est, se publice gesserit pro Mandatario, & hoc scivit Creditor, nec prohibuit.

l. qui patitur 18. ff. mandat. Mevius p. 5. decis. 174. Widmont n. 9. cit. Müller. lit. a. cit.

Et hoc verum est, etiam si aliquo temporis intervallo Creditor ejusmodi solutionem improbare vellet, cum Procuratori suo eo ipso, quod non contradixerit, cum tamen contradicere potuisset, solutionis acceptionem, vel exactionem mandare censetur.

Brunnem. ad l. 12. n. 1. ff. de solut. Widmont. n. 9. cit.

Item 2. si Creditor dedit Mandatum ad vendendum; nam hoc ipso censetur habere

(13)

re



re iste tacite mandatum ad recipiendam pecuniam.

*l. si soluturus 39. ff. de solut. Mevius p. 5. cit. decis. 175. n. 1.*

Et atd si Dominus partem pecuniae, falso Procuratori solutæ, accepit.

*Mevius p. 5. cit. decis. 176.*

ac denique atd si quis famulo, qui alias credita Domini sui exigere consuevit, solverit: & hinc si famulus Chirographum furripiat, & debitum in fuga exigit, liberari solventem pronuntiaverunt scabini Lipsienses, si antea quoque exegisset idem famulus ab eodem debitum.

*Thoming. Man. p. 57.*

Potest etiam is, qui bona fide solvit alii velut ex Mandato, petere, ut ille, qui negat, suo Mandato solutum esse, jubeatur mediante juramento edere omnes litteras, quæ super hoc negotio ab eo, qui solutionem accepit, sunt perscriptæ; nam si hoc neget, fraus præsumitur, & editio eò magis urgenda.

*Mevius p. 5. cit. decis. 372.*

48.

*Ad 3.* Müste solch beschehene Revocatio Mandati von dem, so darauf seine Intention fundiret, probiret werden; nam revocatio est facti, quod non præsumitur, sed ab allegante probari debet. Und wann schon auch auf ungestandenen Fall einige Revocatio vorgangen wäre, so ist der widerliche Sentenz, scilicet, quod ei, qui habuit mandatum, licet jam revocatum sit, utiliter solvat debitor, si id revocatum esse ignoret, von denen Rechts-Gelehrten insgemein recipiret, und hat sein Fundament in

*l. vero Procuratori 12. §. sed & si quis 2. l. qui hominem 34. §. si Titium 3. l. cum quis 38. §. si debitorem 1. l. dispensatori § 1. ff. de solut.*

nam iusta ignorantia, qualis hæc est, nemini nocere debet.

*Aristot. 3. Eth. 1. Salgad. Labyr. credit. p. 1. c. 36. n. 34. Lauterb. ad tit. de solut. §. 12. Widmont ibid. n. 10.*

Unde etiam solvens ante scientiam revocationis per intimationem sibi factam, in bona fide esse dicitur.

*Carol. de Grassis de except. 25. n. 53. Salgad. loc. cit. n. 36. & seqq.*

& gesta cum Procuratore revocato valent non intimatæ revocatione alteri tertio *c. ex parte 33. de Rescript. c. mandato 13. de Procurat.*

nam ignorantia semper præsumitur, nisi de scientia constet.

*c. præsumitur 47. de R. J. in 6. §. non solum 4. Inst. de Legat. l. verius 21. ff. de Probat. Gaill. l. 2. obs. 58. n. 14. & obs. 84. n. 58.*

& si aliquem quis scire alleget id probare cogitur.

*Grammat. decis. 80. Klock, relat. Cæm. vol. 7. n. 246. & seqq.*

*Ad 4um.* Wird Hrn. von K. die an Hrn. M. gemachte Solution zu probiren keineswegs beschwærtlich fallen; nam variis modis probari solutio potest. Et imò quidem per apocham, vulgò Quittung

*Cod. de apoch. publ.*

Estque hæc solutionis tutissima probatio.

*Carpzov. p. 2. const. 29. def. 13. Lauterb. ad tit. de solut. §. 35. Freyer. c. 11. n. 1. Struv. ad ff. Exerc. 47. thes. 76. Müller. ibid. lit. B.*

quia confessionem ipsius creditoris in se continet.

*l. fin. §. Titius 2. ff. de condit. indebit. l. qui tabulas 27. §. apocha 2. ff. de furt. l. plures 19. C. de fid. Instr. & tot. tit. C. de apoch. publ. junctâ l. pecunia 14. C. de solut.*

modò de manu constet.

*Mascard. de Probat. concl. 109. n. 8. Borell. tom. 2. decis. tit. 23. n. 2. Menoch. conf. 106. n. 1. Müller. ad Struv. thes. 76. cit. lit. y.*

vel saltem constet, scriptam esse de voluntate partium: nam scriptam esse de manu partis, ad substantiam, seu formam non pertinet.

*Carpz. l. 3. resp. 79. n. 9.*

atd. Ex redditione Chirographi, modò Debitor probet, id à Creditore sibi redditum esse.

*l. Labeo 2. §. & ideo 1. ff. de pact. Struv. thes. 76. cit.*

alias enim ad solvendum condemnatur.

*Vigel. in Libell. jud. cas. additor. c. 4. cas. 47. Faber in cod. libr. 8. tit. 30. def. 1. & 28. Gaill. l. 2. obs. 37. n. 7. Hering. ad fidejuss. c. 10. §. 1. n. 41. & 42. Carpzov. l. 5. resp. 104. n. 1. & seqq. Mevius conf. 103. n. 3. & p. 2. decis. 240. n. 2. & decis. 242. item p. 8. decis. 366. & p. 2. decis. 91. n. 5. Müller. thes. 76. cit. lit. e.*

Notandum tamen, quod sola redditio Chirographi, vel potius ejus possessio non inducat solutionem esse factam; nam ex alia causa debitor à creditore recipere Chirographum potuit.

*Müller. ad thes. 76. cit. lit. d.*

ubi tamen addit, si debitor possidens Chirographum sit vir bonæ fidei, & integræ existimationis, haud levem inde pro ipso oriri præsumptionem, quâ id efficiatur, ut vel in creditorem onus probandi transferatur, vel etiam juramentum suppletorium debitori decernatur: quod tamen tunc solum obtinet, quando conditio, ac circumstantia causarum, ac personarum hoc suadet.

*Mascard. concl. 470. Carpzov. p. 2. const. 29. def. 12.*

3. Testibus, quibus tamen non creditur, nisi etiam deponant, & dicant, ex qua causa fuerit solutum.

Ma-



Mascard. *concl.* 1318. n. 16. Lauterbach *ad tit. de solut.* §. 35.

Probari autem per testes potest non solum ipsa solutio, sed & solutionis à creditore facta confessio, in tantum, ut licet hi in loco, & tempore, quo facta est confessio, varient, ipsis tamen fides habeatur.

Rauchb. p. 2. q. 5. n. 5. Carpz. p. 2. *const.* 16. def. 4. n. 7. & 8. Müller. *ad thes.* 76. cit. lit. 5.

52. 4. Interdum etiam probatur solutio per urgentes conjecturas, seu præsumptiones: ad quas pertinet imò si Chirographum reperitur apud debitorem; pro illo enim militat præsumptio, in cujus manibus existit Chirographum

Menoch. l. 3. *presumpt.* 140. n. 26. & *seqq.* Perez *ad tit. de solut.* n. 16. Befold. tom. 2. *conf.* 59. n. 3. Mevius p. 2. *decis.* 91. n. 5. & p. 8. *decis.* 366. n. 3. Struv. *Exerc.* 47. *thes.* 76. Müller. *ad eund. thes.* cit. lit. 1.

Item 2. si reperitur instrumentum cancellatum apud creditorem.

Faber C. l. 8. tit. 29. def. 28. n. 12. Freyer c. 11. n. 18. Lauterb. *ad tit. de solut.* §. 35.

Dixi autem apud creditorem; nam si reperitur cancellatum apud debitorem, exinde solutio in totum præsumi nequit, quia cum possideat illud, in ejus potestate est, an velit cancellare illud, vel non: hinc eo solum casu tacitum pactum de non petendo præsumitur, si debitor probare possit redditum sibi illud esse à Creditore, vel alio ex voluntate, & mandato creditoris.

l. Laber 2. ff. de Pact. l. creditricem 7. C. de remiss. pignor.

Similis conjectura est 3. si creditor per plures annos non petierit debitum.

Menoch. *conf.* 579. n. 6. & *conf.* 437. n. 1.

ubi affirmat, quòd, quando creditor per 10. annos distulit exigere creditum suum, magna exurgat conjectura, quòd ipsi fuerit satisfactum. Concordant

Afflic. *decis.* 13. n. 12. §. nona conjectura. Simon de Præis *conf.* 68. n. 1. & 2.

cent. 1. & *conf.* 102. n. 16. cent. 2.

Pruckman. *conf.* 2. n. 23. & *conf.* 8. n. 278. Cephal. *conf.* 240. n. 9. & *conf.* 287. n. 31. lib. 1. Carpzov. l. 5. *resp.* 104. n. 3.

Debet autem conjunctim adesse temporis diuturnitas, & taciturnitas.

Mevius p. 1. *decis.* 160. n. 5. & 6.

Et procedit præsumptio hæc maximè, si creditor esset homo egenus, & per aliquot annos nihil à debitore exigeret, sed potius pecuniam ab eo mutuam acciperet.

Müller. *ad thes.* 76. cit. lit. 8.

Jam si præsumptiones hujusmodi aliquæ concurrant, aut adminiculis quibusdam adjuvantur, juxta prudentis judicis arbitrium aliquando Juramento suppletorio ratione

debitoris, vel purgatorio ratione creditoris exigentis solutionem locum faciunt.

Struv. *thes.* 76. cit. & alii ab hoc cit.

In gegenwärtigem Casu ermangelt es Hrn. von K. keineswegs an erforderlichen Proben der von ihm offerirten Bezahlung; dann imò kan er solche belegen mit bey Handen habenden, von Hrn. M. eingehändigten Quittungen, quæ cum sint confessio propria creditoris de facta solutione, optima sunt hujus probatio, quâ melior, & efficacior reperiri non potest.

2. Haben die Erben des Herrn B. P. gangen 10. Jahr geschwiegen, und auf das ihnen communicirte nit geantwortet, noch um den Gerichtlichen Ausspruch, und Hilff gebetten, aus welchem dann die rechtliche Præsumption entspringt, daß selbe für längst contentiret, und befriediget worden, besonders da ztid aus dem instrumento contractus selbst erhellet, daß Hr. K. der Bezahlung wegen an Herrn M. angewiesen, also daß mandatum Procuratorium genusam bewiesen worden. Wird also die an ihne beschehene Bezahlung für just und richtig zu erkennen, mehr besagter Hr. K. aber wegen der von ihm bezahlten, durch seinen Gegenthell aber widerum geforderten Posten, und folglich von widriger Klag zu absolviren seyn.

## QUÆSTIO V.

Ob ihme Herrn von K. könne aufgebürdet werden, daß er den wegen Nichtzahlung bey dem gepflogenen Salzcontract erlittenen Schaden so sich auf 1500. fl. laut dessen, was in specie facti sub num. 2. gemeldet worden, erstreckt, selbst trage, oder ob selber mit Zug Rechts begehren könne, daß ihme solcher von denen Erben des Herrn B. P. bonificiret, und ersetzt werde?

54. Es hat zwar Hr. B. P. da ihne Hr. von K. wegen nit genugsam geliefertem Salz angekommen, und sich hierum beklaget imò dubitandi vorgeschuzet, daß er bey damahls gefährlichen Zeiten nit gewillet, mehr so vil Salz ausser gegenbarer Bezahlung, ausfolgen zu lassen. Weiters add vorgegeben, daß auch von Hrn. K. mit Erlegung des schuldigen Gelds nit accuratè war beygehalten worden. Und scheint ztid ihne Hr. B. P. hierin sattfam zu excusiren die damahls in dem Land allenthalben schwebende Kriegs-Unruhe, wo unmöglich dem Contract gemäß allzeit, und punctualiter sovil Salz zu verschaffen, als sonst Contract mässig hätte sollen geliefert werden, welches dann pro casu fortuito zu reputiren, ubi regula est, quòd casus fortuiti in nullo contractu prætentur. Wird also der hieraus von ihme Hr. K. erlittene Schaden Hrn. B. P. nit können imputiret, noch



noch dessen Bonificirung seinen Erben mit Zug-Rechtens aufgebürdet werden.

55. *Solvuntur.* Es werden aber solche Excusen, wann rei, & facti circumstantiæ vor hellem Licht der Wahrheit betrachtet werden, besagten Erben, und deren Cessionario wenig Versang geben, massen im laut instrummenti contractus §. 1. wie Beylag sub num. 1. weist, Hr. P. ihm Hr. K. versprochen, an Salz-Sassen, so vil er verschleissen kan, ohne Abgang und Hindernuß, biß nacher L. ohne Kosten, und Schaden, wohl conditionirt, und gebunden zu liefern 2c. Wozu dann er Hr. B. P. wann es immer möglich, Krafft besagt eingegangenen Contracts verpflichtet, also in dessen Willkur nit mehr gestanden, sine consensu partis zu rescindiren, cum contractus initio quidem sint voluntatis, postea verò, ubi initii sunt, præsertim, quando res non amplius integra est, necessitatis, ita, ut pœnitere, parte alterâ invitâ, non liceat, besonders bey dergleichen höchst-importirlichen Trafiquen, wo beyde Theil sich hiezu obligiret, und sehr vil auf Credit muß elociret werden.

56. Betreffend das andere, brauchte es eine mehrere Probation, indem vilmehr das Widerspihl sich hervorgibet, gestalten die Bezahlung laut oben allegirter Beylag erst nach dreym Monathen beschehen müssen, so auch Hr. K. fleißig observiret, ja mehrmahlen nit ohne Kosten, wo er nur ohne Gefahr solches vermög, auch ante tempus constitutum die Gelder eingesendet zu haben, vorgibet, welches, wann mit genugsamer Prob er Hr. K. belegen wird, er ja de commissa mora keineswegs accusiret mag werden. Und wann auch je zuweilen die Bezahlung etwas späthers geschehen wäre, sollen eben die allegirte damahls schwebende Kriegs-Unruhen, mit welchen Hr. B. P. seine nit Beyhaltung bey dem Contract, und mindere, als der Contract sonst ausweist, beschehene Salz-Lieferung excusiren wollen, auch ihne Hr. K. à mora, & culpa entschuldigen, massen bey hin- und wider vagirenden feindlichen Troupen das über Land schickende Geld vilmehr, als Salz und andere Fuhrten, der Blindung halber Gefahr leydet.

57. Belangend das dritte zeigt sich aus Beylag sub num. 2. daß eben das 1702. Jahr, wo die versprochene erforderende Salz-Lieferung unterbrochen worden, genugsame Salz-Provision von Hr. B. P. nach andern Orthen abgeführt worden, und also schon damahls einem Salz-Ambt zu L. wunderlich zu seyn geschinen, warum nit besagter Hr. B. P. gleichfalls nacher O. ders gleichen Provision durch seinen Factor Hr. M. hab machen lassen. Wird also die nit beschehene genugsame Lieferung mit vorwendender Unmöglichkeit nit können beschönet, und Hr. B. P. derentwegen à mora; & culpa entschuldigt werden. Wann aber besagter Hr. B. P. mit paktirter Lieferung der Ursachen halber hätte ingehalten, daß Hr. K. das ihm zugeschickt, und übermachte Salz nit gleich baar bezahlet, wäre solches ein Beginnen, so dem eingegangenen Contract schnurgerad entgegen, als Krafft welchem er Hr. K. die Bezahlung allein inner halb dreym Monathen, von der Salz-Aufladung angerechnet, zu præstiren verpflichtet wäre, in welchem auch ein löbliches Salz-Ambt zu L. ein mehrers nit verlangt, laut allegirte sub num. 2. beykommender Beylag, ubi Formalia: Und ist weiter so gar nit vonnöthen, daß man allweg gleich das paare Geld anhero überschicken thut, sondern man ist bey dem Salz-Ambt schon content, wann das Salz, id est, die Saß (dann die Scheiben allweg von jedermann gleich bezahlet werden müssen) auf des Herrn B. P. Nahmen, und accordirten Jrisfens Bezahlung aufgeladen, und abgeführt werden.

Wenn dann in jure richtig, und bey Rechts-Gelehrten ein ausgemachte Regula ist, quod mora sua, & culpa suum tantum Authorem teneat, nec præjudicium tertio innocenti afferre debeat, wird Hr. K. bey hierdurch erlittenen Schadens, wann selber dessen Quantität mit genugsamer Prob wird rechtständig beleget haben, Bonificirung mit allem Zug-Rechtens begehren können, zu welchem auch die Erben des Herrn B. P. verpflichtet seyn werden; nam inter alios etiam hic effectus moræ est, ut obligatio perpetuetur, & transeat in hæredes, ita, ut non minus isti, quam defunctus, hac teneantur.

Cujac. in l. 27. rr. 8. ad Afric. Oesten, de Mor. c. 3. n. 54. Donell. de Usur. l. 7. Struv. Exerc. 27. thes. 70. Müller. ad eund. thes. cir. lit. a.

## QUÆSTIO VI.

### Ob nit die Erben des Herrn

B. P. in dolo seyen, daß sie 11. ganzes Jahr zu urgiren unterlassen, auch auf das Anno 1710. ihnen eingereichte nit geantwortet, und zugewarter, biß zwey derjenigen, so der Sachen beste Wissenschaft hatten, gestorben.

Affirmativa responsio erhellet aus dem, was schon oben num. 18. erwiesen worden, ubi dictum, quod doli præsumptio sit adversus illum, 1. qui, quod exigere potuit, non exigit, sed tanti temporis lapsum expectat, donec probationes, & testes crediti pereant. 2. Qui expostulando contractum petit. 3. Qui Magistratus imperio non parer. 4. Qui non utitur remediis opportunis ad actum. Et maxime, si



Si constet de latione enormissima. Welches alles besag dictorum ad num. 18. cit. in gegenwärtigem casu statt findet, dann imd haben besagte Erben die Sach solange Zeit nit getriben, noch die vor Gericht angebrachte Prætenſion geforderet, da sie doch hierzu alle occasion, und Gelegenheit hatten. 2do. Fordern sie die ganze durch den Vergleich ausgemachte Summa der 2000. fl. welches dem beygesetzten Pacto, und Bedingung schnurgerad zuwider lauffet, massen Hr. K. ihme expresse hat ausgedungen, daß wann annoch einige Posten, welche bezahlet worden, sich zeigen wurden, wie solche Hr. K. zeigen will, solche von ermeldter Summa sollen defalciret werden. 3tio. Seynd selbe von Hochlöbl. Hof: Rath befelchet worden, das von deren Herren Gegentheil eingereichte, und ihne communicirte zu beantworteten, welchem Befelch sie doch nit nachgekommen, und also 4to haben sich nit gebraucht der remediorum opportunitatem ad actum. 5to Gibet sich nach Ausweis dictorum ad num. 30. hervor latio enormissima, da nach diermeldter Erben Begehren Hr. K. was selber schon einmahl legitimẽ entrichtet, abermahl, und zwar in grosser Summa bezahlen mußte.

60. Es behärret auch Præsumptionem doli wider ersagte Erben, daß in deren vorgelegten Rechnungen etlich vil grosse Posten, wie mehrmahlen gemeldet worden, so schon bezahlet, vor unbezahlet seynd angesetzt worden; probatus enim censetur dolus, si palam sit, quod in rationibus multa sint omiſſa, quæ erant ponenda, & rationibus inferenda.

Socin. vol. 2. conf. 190. n. 2. §. tertio quia.

ubi manifestum esse dolum scribit, si Administrator non posuit ad introitus multos fructus perceptos, & pecunias a se exactas, vel acceptas. Ex quo confirmatur responsio data ad Quæst. 3. nam si constet rationem esse dolo redditam, illa habetur pro non reddita, ideoque de novo reddenda est, si pars altera sic voluerit.

Jalon vol. 2. conf. 219. & seqq. Hartm. Pistor. obs. 157. n. 10. Schultes. ad Modest. Pistor. q. 126. n. 70. Carpzov. p. 2. conf. 11. def. 8. n. 6. Heeser. de Ration. reddend. Loc. 15. n. 15. & 176.

adde, ut nec impediatur revisio, licet quietatio sit subssecuta.

Heeser l. cit. n. 17.

Idem dicendum, etiam si liberationi iuramentum, vel autoritas prætoris accesserit.

Idem Heeser. n. 19 & 20.

## QUÆSTIO VII.

Ob nit ex hoc solo, daß die Erben des Herrn B. P. solange Zeit ihr führende Prætenſion zu urgiren unterlassen, R. P. Schmalzgruber Consilia.

und cum præsumptione doli zugewartet, biß die zwey, so der Sachen beste Wissenſchaft hatten, gestorben, in Abgang anderer Bezeugen, Hr. Sc. necessario aydelich abzuhören, oder ihme Hrn. K. das Juramentum zu imponiren?

61. Diese Quæſtion kan zweytheilig genommen werden, massen Hr. von K. seine Exception auf zweyen assertis stellet, nemlich imd daß er ihme bey vorgewesener Transaction expresse hab ausdingen lassen, daß, wofern sich finden wurden etwelche schon vorhin bezahlte Posten, solche von denen einvergleichenen 2000. fl. sollen abgerechnet werden. Und dann 2do daß er verschiedene Posten würcklich bezahlet, so aber in der von dessen Gegentheil überreichten Rechnung nit aufgezichnet.

62. Das erste belangend, habe schon sub finem num. 17. angemercket, daß Hr. Sc. a testificatione, also a iuramento præstando nit zu verwerffen, quod deficientibus aliis probationibus, & quando veritas aliter haberi non potest, ut cum dicitur, aliquid actum fuisse, præſente ipso Advocato & partibus, Advocatus testis esse possit. Ja es wird zu Bestärkung dieses Asserti dessen Testification, und Jurament gar nit vonnöthen seyn, weil ohne dem Juris ist, daß niemand zu zweymahliger Bezahlung könne angestrenget werden: und auch ein Hochlöbl. Hof: Rath in dem von sich gegebenen Decreto ihme Hrn. K. selbst zugestanden, daß, da sich etwann ein oder andere Post disputirlich findete, er sich bey der andern Bezahlung erhellen kunte.

63. Betreffend das andere, nemlich die würcklich beschene Bezahlung etlich zu vil ihme Hrn. K. von seinem Gegentheil aufgerechneter Posten, erhellet aus responsione ad quæſtionem 4am daß besagter Hr. K. verschiedene Præsumptiones, und Conjecturas solutionis factæ, und an Hrn. M. erlegten Gelds pro sui defensione an die Hand geben kan, so seine Intention, wo nit plene, doch semiplene probiren sollen, in welch anderem casu iuramentum suppletorium statt findet, welches in solchem Fall dem Beklagten, utpote cuius partes favorabiles, quam actoris sunt, zu defeciren, und von solcher Krafft und Würckung ist, ut probationem imperfectam integret, & perficiat, consequenter faciat, ut sententia ferri pro eo possit, & debeat, qui iuravit.

Vallens. ad tit. de furejur. §. 7. n. 2.  
Haun. tom. 5. de f. & f. tract. 4. n. 103.  
König ad tit. cit. n. 89. Sannig ibid. c. 6. n. 1. cum aliis.

## QUÆSTIO VIII.

Was zu sagen, daß in dem Vergleich der R. P. pro creditore gezeichnet stehet, pars adversa aber des Herrn B. P. Erben seynd.

(Kk)

Wann



64. **W**enn die Erben des R. P. nit zugleich auch Erben des B. P. seynd, oder causam von ihnen empfangen, hat Hr. von K. ihnen nit zu antworten, massen er, laut Beylag sub num. 1. nit mit R. P. sonder mit B. P. gehandelt, auch dessen Erben sich unterschrieben. Seynd also die Erben des R. P. in solchem Fall keine legitimi prætendentes auf die in dem Vergleich eingestandene Summa, und können solche die Bezahlung alsdann nit fordern, cum alii, quam cui debetur, aut qui mandatum ab eo habet, vel solutionis causâ in contractu adjectus est, non recte solvatur.

65. Und irret allda nichts, wann gleich in dem Vergleich die Erben des R. P. benambsset worden, massen solches per errorem muß eingeschlichen seyn, so ihm Hr. K. hierum nit mag in præjudicium ipsius imputiret werden, angesehen, daß ihm Copia des Vergleichs niemahl zu Handen kommen, also selber nit gewußt, daß man einen anderen Namen, und Creditorem, als welcher in der Sach selbst war, dem instrumento transactionis hat inserirt, dardurch dann ihnen Erben des R. P. kein jus, oder Gerechtsame zugewachsen, Krafft welcher sie die Bezahlung der also verglichenen Summa von Hr. K. præzendiren, und fordern künden.

66. Müßten also sie Erben des R. P. erst den titulum weisen, aus welchem die denen Erben des B. P. zustehende Prætension auf sie hinüber kommen, cum ne Procuratori quidem, nisi Procurator in rem suam sit, aut mandatum in ordine ad solutionem accipiendam habeat, recte solvatur; in Entstehung aber dessen müßten sie, als illegitimi Prætendentes à limine judicii repelliret werden.

## QUÆSTIO IX.

**Ob die appellatio ad excelsum judicium Imperiale Aulicum in præsentia controversia Platz habe, und derselben effectus suspensivus könne denegiret werden?**

67. **E**s will zwar, wann man die Sach nur obenhin bedencket, das Ansehen haben, als hätte die appellatio allhier keine statt, oder wenigst müßte derselben effectus suspensivus denegiret werden; massen im Privilegium de non appellando denen Churfürsten mit Ausnahm in Sachen der denegirten Justiz, schon per Bullam auream tit. 11. §. 1. gegeben und hernach mehrmahlen, wie auch novissime in Capitulatione Josephina art. 17. & Carolina art. 18. confirmiret, und bestättiget worden. 2. ist in jure generaliter enthalten, quod contra transactiones, utpote, quæ finem imponunt litibus, & rei judicatæ equiparantur, venire, & obreperta etiam noviter instrumenta eas rescindere non sit permittum. 3.

Rationes dubitandi.

weilen bißhero gegenwärtige Stritt-Sach allein in judicio summario ist abgehandlet worden, müßte vorher das revisorium, oder ordinarium ergriffen, und alsdann erst, wann der gravirte also verlanget, ad altiorum judicem provociret werden. Und wann auch die appellatio à summario judicio statt greiffete, so kunte doch 4to solche Provocation die Vollstreckung des von judice à quo gefällten Urtheils nit sperren. Darum dann Hr. von K. non obstante appellatione à se interposita zu Erlegung des transgirten, und durch Churfürstl. Hofraths Bescheid anbesolchenen Quanti in allweeg anzuhalten seyn scheinet, wie er dann auch auf Instanz dessen Gegentheils per Decretum de dato 22. Maji 1722. hiezü condemniret worden, mit Anhang, das judicatum längst inner Zeit von 6. Wochen zu Churfürstl. Hofrath paars, und unverweigerlich zu deponiren.

Über all diese Ursachen können nit erzwungen, daß in dero Ansehen ihm Hr. von K. das remedium appellationis ad excelsum Consilium imperiale aulicum benommen seye, dann Ad unum. ob zwar das Durchleuchtigste Chur-Haus gleich anderen Churfürsten, Kaysersl. Privilegium hatte de non appellando, so hat doch solches sich einweder nur auf die Churfürstl. Landen, und Unterthanen erstreckt, oder es hat höchst gedachtes Chur-Haus in Betreff anderer dero Landen aus angebörner Generosität, und Liebe so wohl zu der Justiz, als dero Unterthanen, sich dieses Privilegii in soweit begaben, daß, wie in dem de dato den 16. Oct. 1655. erlassenen, und bißhero pro regula, & norma notorie gehaltenen Justiz-Mandat §. 16. & 17. enthalten, dem gravirten die election gelassen worden, einweder ad altius tribunal immediatè zu schreiten, oder aber an statt dessen das revisorium, oder das ordinarium zu ergreifen, wie aus den Formalibus klärllich abzunehmen; dann §. 16. cit. folgende Wort enthalten: damit sich aber diejenige, welche erster Instanz bey unserm Hofrath klagen, oder beklaget werden, im Fall ein beschwärllich Urtheil wider sie ausfallen möchte, nit gar Hilff-los gelassen, oder doch mit ihrer grossen Ungelegenheit NB. gleich an das Kaysersl. Cammer-Gericht (cum quo concurrir judicium imperiale aulicum) verwisen werden (facitur ergo Serenissimus, posse ad hoc judicium appellari) so wollen wir hiemit gnädigst verordnet, und NB. erlaubet haben (ubi conceditur licentia, consequenter specialis favor, quo ut nemo cogitur: atque ita datur electio provocandi vel ad judicium ordinarium à summario, vel ad altius tribunal Cameræ) daß der beschwärlte, oder verlorstigte Theil à summario ad ordinarium inner Jahr und Tag schreiten möge &c. Explicatus hanc rem



rem exprimit §. 17. ibi: demnach wir auch mit Kayserl. Privilegien begabt, daß von unserm Hofrath kein appellation an das Cammer-Gericht statt haben solle, es übertriffe dann die Summa, oder der Werth der Sachen, darumen der Streit ist, sechshundert Gulden (ubi Privilegium de non appellando asseritur limitatum ad summam inferiorem 600. florenis; consequenter appellatio permittitur in summa maiore, qualis hic in controversia est) wollen wir in Sachen, die NB. ein wenigere summam begreifen, die revision gnädigst bewilliget, und hinfüro dergestalten zugelassen haben, daß dieselbe in summario innerhalb drey Monaten (jeden ad 30. Tag gerechnet) in ordinario aber innerhalb 10. Tagen gesucht, und die supplicationes in unsern Hof-Rath eingereicht werden 2c.

69. Ad 2. Ist zwar in iure generaliter enthalten, quod contra transactiones, utpote quæ finem imponunt litibus, & rei iudicatæ equiparantur, venire, illasque etiam ob reperta noviter instrumenta rescindere non sit permillum. So ist aber hinbey zu merken, quod etiam contra rem iudicatam detur appellatio, & contra executionem sententiæ semper opponi exceptio solutionis possit.

Philipp. Decius ad l. bona fides. n. 3. pag. 213. ff. de R. J.

Cum ergo à sententia ad Transactionem sumptum argumentum vel maxime stringat, teste

Nicol. Everh. loc. à sentent. ad transactionem. §. 1. pag. 284.

& non minor Transactionis, quam rei iudicatæ autoritas sit

l. iurjurandum 2. ff. de iurjur. l. non minorem. 20. C. de transactione.

per argumentum à sensu contrario optime inferetur, etiam non esse maiorem vim transactionis, quam rei iudicatæ: consequenter si exceptio solutionis, & remedium appellationis datur contra sententiam, & executionem illius, etiam dabitur contra transactionem.

70. Ad 3. Wird in iure kein Unterschied gemacht inter iudicium summarium, & ordinarium, sonder à sententia, in quovis ex his iudiciis lata, die appellatio vergunnet, und ohne Ausnahm zugelassen. Es wird auch in oben allegirtem Justiz-Mandat nichts anderes verordnet, sonder in casu, da der beschwarte, oder verlorstigte Theil an das Kayserl. Cammer-Gericht nit gehen wollte, in huius favorem erlaubt, daß er à summario ad ordinarium inner Jahr und Tag schreiten, und der ordentliche Weeg Rechts bey Churfürstl. Hof-Gericht offen stehen möge. In §. 17. cit. wird die revision allein bewilliget in casu, da die Sach, um welche der Streit ist, ein wenigere summam, als 600. fl. begreiffet: also per argu-

R. P. Schmalzgruber Consilia.

mentum à sensu contrario, wo die Summa, oder der Werth der Sachen, darumen der Streit geführet wird, 600. fl. übertrifft, muß die appellatio, wann dero sich der beschwarte, oder verlorstigte Theil bedienen will, Plaz finden, five dein summario, five ordinario iudicio agatur, wie dann solch ihme Hrn. von K. würcklich vom Hochlöbl. Churfürstl. Hofrath vergunnet worden.

Ad 4. Ist in iure richtig, daß jede rechtsständig interponirte appellatio, extra casus in iure exceptos, nit allein effectum devolutivum, sonder auch suspensivum habe, vi cuius effectus omnis ulterior iurisdicatio quoad causam controversam in iudice, à quo provocatum est, pendente appellatione, suspenditur, ita, ut sententiam à se latam, dum ea pendet, executioni mandare nequeat, sed in eo statu relinquere omnia debeat, in quo statu fuerunt tempore appellationis interpositæ.

c. directa 39. de appellat. c. venientes 19.

princ. de iurjur. l. un. ff. de iur. innovat. appell. interpos. l. accusatorum 1. §. fin. ff.

ad S. C. Turpill.

Und wird in mehr angezognem Justiz-Mandat nichts anderes, oder widriges versehen, massen in selbem allein in casu, wo post summarium iudicium das ordinarium, oder das revisorium ergriffen wird, verordnet worden, daß solches die execution nit spörrer, sonder die in dem summarischen Process ausgefallte Urtheil dannoch exequirer, und der obfigende Theil caution leisten solle, daß im Fall er in ordinario verlorstiget werden sollte, demselben Urtheil also dann völlige partition leisten, und was er empfangen, wider restituieren, und zuruck geben wolle Wird also in presenti controversia der appellatio halber denen gemeinen Rechten nachzuleben seyn.

Wann dann r. in gegenwärtiger Streit: Sach die Summa, um welche gehandelt wird, 400. Reichs-Thaler, welche Summa ex novissimo

Recess. Imp. de An. 1645. §. vierdtens 112.

appellationem zulasset, weit übertrifft, also die causa ratione Summæ hierzu qualificiret ist. Und wann auch add. erwiesener massen die Privilegia Serenissimæ Domus Electoralis ihme Hrn. von K. keineswegs in dem Weeg stehen, sonder vielmehr in casu presenti durch oft allegirtes Justiz-Mandat die appellatio parti lætæ aperte gestattet wird. Und wann endlich ztid er Hr. von K. durch emanirt Hochlöbl. Churfürstl. Hofraths-Bescheid tam circa formam, utpote non sufficienter auditus, quam circa merita causæ, utpote ex rationibus adversarii apertum errorem calculi in se continentibus condemnatus, sich mercklicher Dingen lädiret, und graviret befindet, wird ihme wohl mit allem Zug Rechts das

(K.k. 2)

heyle

71.

72.



heylsame remedium appellationis zu statten kommen, ut removeatur gravamen, quod per sententiam contra se latam passus est, qui principalis est finis, & causa, ob quam introductum est appellationis remedium.

c. suggestum 15. de appellat.

73.  
Deciditur  
tota con-  
troversia.

Ist also meine gängliche, doch unvoregreifliche Meynung, daß weilen 1mo die zwischen Hrn. von K. und Hrn. B. P. getroffene transaction viler in responsione ad quaestionem 1mam angezogenen Ursachen halber, ihne Hrn. von K. keineswegs, und in so weit binden kan, daß selber auch dasjenige, was er schon einmahl richtig bezahlet zu haben, per idoneos testes, vel instrumenta erweisen wird, Krafft selber nochmalen, und secundò zu entrichten verpflichtet seye; sonder vilmehr 2do besagte transaction juxta dicta ad quaestionem 2dam ipso jure null, und nichtig, oder wenigist per restitutionem in integrum billichster massen rescindiret kan, und muß werden, als welche 3tio wie ad quaestionem 3tiam erweisen worden, ex aperto errore calculi, cum læsione ipsius transigentis enormissima vorgangen ist, da er Hr. von K. etlich zu vil ihme angelegte Posten an den Factor Hrn. M. an welchen secundum dicta ad quaestionem 4tam er die Bezahlung cum effectu Contract-mäßig wohl thun können, würcklich, und erweislich hat abgestossen, welche Bezahlung auch 4to juxta dicta ad eandem quaestionem 4tam ex pluribus indicis, & conjecturis præsumiret kan werden. Und weil über das 5to die Erben des B. P. ganzer 10. Jahr ihre Prä-

tension zu urgiren, und so weit unterlassen, biß diejenige, so der Sachen mehrere Wissenschaft hatten, gestorben, auch auf das ihnen zur Beantwortung von Hochtbl. Hofrath communicirte also lang keine Antwort erstattet, darum 6to juxta deducta ad quaestionem 6tam in grosser Præsumption de dolo seynd, so wird er Hr. von K. in 2da instantia billich zu hören seyn, in welcher vor allem die Erben des B. P. und deren Cessionarius, so sich zur Sach noch nit genugsam berechtiget zu seyn erweisen, sich auf ihre habende Prætension secundum dicta ad quaest. 8. werden legitimiren müssen, ihne Hrn. von K. aber wird zugelassen müssen werden, daß selber eine neue Berechnung über die strittige Posten führe, aus selber, und auch etwa wann per juramentum suppletorium, zu welchem er juxta responsionem ad quaestionem 7mam billich zuzulassen, seine Gegen Prætension behärte, auch den wegen nit Zuhaltung bey dem mit Hrn. B. P. gepflogenen Contract erlittenen Schaden, so er ex dictis ad quaestionem 5tam keineswegs zu tragen schuldig, rechtständig erweise, auf welches dann er Hr. K. allein zu dem condemniret wird müssen werden, was computatis jam solutis, & damnis perpeffis, von der Prætension der Erben noch nit bezahlet zu seyn sich äußern wird. Welches alles juri, & æquitati conform zu seyn, mit Vorbehaltung anderer besser begründeter Meynung, dero hierdurch nichts zu præjudiciren gesinnet, gänglich darvorhalte.

\*\*\*\*\*)

## CONSILIUM XXII.

**Rechtliches Gutachten in causa Herrschaftlicher Schulden eines Beambten / und dessentwegen vorgenommenen Personal-Arrest.**

### SUMMARIUM.

1. *seqq. Facti species.*
7. *Quaestiones discutienda.*
8. 9. *Constitutio salarii competentis pertinet ad justitiam commutativam.*
10. *Testimonium de credulitate fidem non meretur.*
11. *In determinando pretio locationis ad fructuum estimationem respiciendum est.*
12. *Debitor tunc solum detrudi potest in carcerem, quando bona ipsius ad solvenda de-*

*bita non sufficiunt.*

13. 14. *Cessio bonorum, & cautio fidejussoris liberat debitorem à carcere.*
15. *Remedia juris pro impetrando salario congruo.*
16. 17. *Qui habita sufficiente debiti securitate, debitorem à rebus suis agendis per incarcerationem impedit, conveniri potest actione quod interest.*

**FACTI**