



Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. XXIV. Decimarum. Prætensum Jus, non decimum, sed undecimum
Manipulum præstandi, neque in Possessorio, neque in Petitorio satis
fundatum judicatur.

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

tiaverit, jus repetendi adversus quemcunque, etiam fiscum, ad quem res illæ pervenerint, habeat. Weilen dann sie Supplicantin sich ihrer Weibl. Sprüchen mit nichten begeben, auch quæstionirte Summa ohn ihr Wissen und Willen von ihrem Ehewüerth ist hergeschossen worden, mag selbe mit keinem Schein Rechtens gehinderet werden, wann selbe das Ausgelegte widerum an sich begehret. Neque propterea irreverentiæ in patrem commissæ argui potest, si jure sibi concessio utatur.

30.

Ad 3. Ist besag num. 17. der Supplicantin ratione dotis zustehende Hypotheca älter, als jene, welche zu haben ein Löbl. Landschafft-Commissariat hier prætendiret. Aber das ist diese letztere keineswegs inter expressas, sonder tacitas à jure introductas allein zu zehlen, und letztlich, wann auch solche Hypotheca pro expressa passiren solle, ist num. 13. genugsam erwisen worden, quod mulieres ratione dotis illatæ jus prælationis habeant etiam ante creditores hypothecarios alios habentes hypothecam anteriorem expressam.

31.

Ad 4. Wann schon ein Wittib ratione Paraphernalium sich des juris prælationis nit kan bewürcken, so stehet doch selber zu ebenmäßig, wie in dote, das jus hypothecæ tacitæ, ut ratione dictorum bonorum paraphernalium præferatur omnibus creditoribus mariti hypothecam posteriorem habentibus. Weilen dann laut num. præc. & allegati ibidem num. 17. sie Supplicantin hypothecam tacitam vor dem Löbl. Landschafft-Commissariat anteriorem, & antiquiorem hat, wird dero selbe in ihrem Gesuch nichts in dem Weeg stehen, wann man gleich etwelchen Theil aus dem zugebrachten Gut pro paraphernalibus wolte ansehen. Ja weilen das Hergeschossene allein rationem pignoris, & cautionis, nit aber veræ alienationis hat, ist dero selben auch das domi-

nium summæ sic oppignoratæ, wie sie vorhin gehabt, ohne Verletzung geblieben: in quo supposito ante omnes creditores mariti, personalem actionem habentes prælationem habet, utpote quæ paraphernalia sic oppignorata repetendo, quod suum est, sibi vendicat.

Ad 5um. Was letztlich eingewendet wird, samb die Cautions-Gelder zur Vorsorg, und Vorgeschaft von denen Beambten erlegt werden müssen, ohne, daß man frage, wo solche hergenommen werden mögen, und also unter die Prioritäten nit gemischet, sonder zu etwelcher Ersetzung der von ihnen caulirten proprio Rest inbehalten werden; findet seine Beantwortung ex

L. assiduis sapius allegata.

wo der Mann geheissen wird seinen Glaubigen aus eygnen Mitteln, nit aber ex dote uxoris satisfaction zu geben. Welches noch weiters confirmiret wird ex

L. ob maritorum 2. & L. frustra. 1. C. ne uxori pro marito.

durch welche das Weib von denen Schulden, so ihr Mann gemacht, generaliter absolviert wird. Und leuchtet solches vor sich selbst einem jeden die höchste Billigkeit ein, so Ursach gegeben notæ regulæ, juxta quam locupletari nemo debet cum alterius injuria, vel jactura.

Reg. locupletari 48. in 6.

daß also all bißher widerlegte Einwand keineswegs können der Supplicantin die Provocation auf ihre Weibl. Sprüch benemen, darumen dann selbe das aus ihrem Heyrath-Gut hergeschossene billichster massen wider anheim begehren, keineswegs aber zur Bezahlung quæstionirter Reste angehalten, noch minder dessenthalben ihre Mobilien in Arrest genommen mögen werden. Welches Rechtens zu seyn, salvo meliore, allerdings darvor halte.

CONSILIUM XXIV.

Die N. Prætension auf die loco decimarum eysste reichende Garb betreffend.

SUMMARIUM.

1. 2. Facti species.

3. seqq. Rationes, ob quas rustici non ad decimum, sed ad undecimum manipulum præstandum se obligatos putant, petita ex observantia longi temporis, & consuetudine vicinia.

10. Conductor non sibi possidet, sed locatori.

11. Ut jura negativa præscribantur, requiritur unius prohibitio, & alterius acquiescentia.

12. Ut præscribatur immunitas à præstandis decimis, requiritur recusatio interpellati de decimis, & acquiescentia decimatoris interpellantis.

13. Res inter alios acta aliis non præjudicat.

14. Con-

14. Consuetudo odiosa non est extendenda a loco ad locum, praesertim ubi praesumptio in iure communi fundata obssistit.
 15. Transactio de decimis futuris requirit consensum Apostolicum.
 16. Juxta aliquos contra decimas non praescribitur.
 17. 18. Ad omnem praescriptionem requiritur possessio.
 19. Consuetudo Provincia circa decimas est consideranda.

FACTI SPECIES.

1.  hat ein Hochw. Dom-Capitel zu E. in dem unter dem Hochfürstl. Amte E. gelegenen Dorff G. N. samt dem Herrn Baron von R. und der Communität Chori S. W.

jeder pro rata, den grossen Zehend zu erheben, welchen man allerseits jährlich denen dastigen Bauren und Unterthanen, um gewisses Getrayd verstüfftet, also daß gleichwie ex parte der beeden letztern Decimaroren, so auch an Seithen eines Hochw. Dom-Capituls in denen gegen 200. Jahren vorhandenen Zehend-Registern nit zu finden, daß jemahlen gemeldeter Zehend in dem Nahmen eines Hochw. Dom-Capituls von denen hierzu bestellten eygne Leuthen ausgezelt, und eingelegt worden, mithin geschehen ist, daß berührte N. Unterthanen, als beständige Stüffter dieses Zehends für sich (weilen sie ihne gekauffet, oder pro certa quantitate Getrayds gestüfftet) allzeit nur untereinander die eylffte, und nit die zehende Garb genommen, und hiernach unter ihnen Mit-Consorten die Austheilung gemacht haben.

2. Es ware einem Hochw. Dom-Capitul, noch denen andern Mit-Decimaroribus pro rata, hiervon nichts bewußt, und hat auch ihnen von diser Sach nichts bewußt seyn können, indem sie mit der Auszählung nichts zu thun hatten. Auerst aber An. 1719. da die Unterthanen bey der Zehend-Verstüfftung sogar wenig geschlagen, mithin man zum einlegen necessitiret worden, ist in Erfahrung gebracht worden, daß die N. einander nur auf die eylffte Garb ausgezelt. Wordurch man mehreren Anlaß genommen auf der Einlegung zu beharren, und also solches zu vollziehen, da bey dero hierzu bestellten Verwaltern befehlen lassen, auf die zehende Garben, an jenen Orten, wo die drey Zehend-Consortes den Zehend zu leviren haben, die Auszählung zu thun. Weilen aber die Unterthanen sich hierzu nit verstehen wollen, sonder so gleich ihr Amt angelassen, da jedoch selbes Anfangs auf die Remonstracion nicht improbiert, und in diser Materi constituit, auch (wiewohlen nit apdlich) wie Lit. A. weißet, ausgesagt worden, so seynd bis zu

R. P. Schmalzgruber Confilia.

20. Conductores decimarum non praeducant decimarioribus.
 21. Membra communitatis non sunt idonei testes in causa, qua singulos tangit.
 22. Requisita, ut testimonium de auditu alieno probet.
 23. 26. Dat. a instantia, & exemplo contrario non fit bona illatio.
 24. 25. Impugnatur praescriptio ex defectu possessionis.

Austrag der Sachen allzeit die zehende Garben pro interim in sequestrum genommen worden. Entsteht also hauptsächlich

QUÆSTIO

Wie dise Causa wegen Auszählung der eylfften Garb in possessorio & petitorio fundiret seye?

3.  wollen zwar sie N. in allweg behaupten, daß iustitia causæ sozwohl in possessorio, als petitorio für sie stehe, also selbe mit keinem Zug Rechts die zehende Garb zu geben verobligiret können werden. Deren Grundvest, und Fundamenta seynd folgende

1mo. Sussen sich selbige in observantia immemoriali, wordurch sie wenigst in possessorio zu obtiniren gedencken; massen die hierüber abgehörte Zeugen statt der gantzen Gemeinde einhellig aussagen, daß ihr Leben tag, solang sie gedencen, und zu N. wohnhafft seynd, allezeit nur die eylffte Garb gezeltet, auch von ihren Vor-Etteren über 200. Jahr her also gehalten, und in dem Auszählen niemahl die zehende, sonder alle wegen die eylffte Garb am Winter- und Sommerigen genommen worden; daß also dises kein neuer, oder von ihnen N. wegen Einlegung des Zehends eingeschlicher Mißbrauch, sonder ein altes besitzergebrachtes Recht, und Herkommen seye, so darumen ihnen nit werde können entzogen, und benommen werden, sintemahlen sie in der unfürdencklichen Possession stehen, und solches um so vil mehrer, weilen

2do So vil die N. von ihren Vorfahren gehöret, hat ein Hochw. Dom-Capitul disen dero Zehenden einsmahls selbst einlegen, und dach ihre Unterthanen einführen lassen. Allwo dises Dilema zu machen: Entweder hat zu selbiger Zeit hochbesagtes Hochw. Dom-Capitul schon damahl sich mit der eylfften Garb lassen befriedigen, oder es ware selbes annoch die zehende zu nehmen berechtiget, und in der That selbst dero selben habhafft worden. Will man das erste bekennen, ist kein Ursach, warum man von damahligem Brauch abweichen, und etwas mehrers, als damahl, denen Unterthanen auf

aufbürden wolle. Solle man aber auf dem andern wollen beharren, ist die Gerechtigkeit die zehende Garb zu nehmen, per non ulum, ultra 200. annos continuatum, schon längst abgekommen, und würcklich gehoben worden. Und stehet

6. 3tio. Vor die Bauren notoria consuetudo, & praejudicia viciniae; massen, wie obgemeldte Testes aussagen, auch die anliegenden Dorffschaften M. E. und L. welche Acker in ihrem der N. Feld & Fluhr haben, gleichfalls nur auf die eylffte, nit aber auf die zehende Garb sich auszahlen lassen. Ein gleiches geschicht bey des Georg K. eines aus den abgehörten Zeugen, und M. M. Wittib über 30. Jauchart sich erstreckenden Höfen, die alle ins Margel. nacher R. gehörig; nit minder bey dem Hof. des St. Baurens zu N. auf welchem der Prædicant zu E. und das Pfarr. Stüfft zu E. den Zehenden haben; und letztlich viler anderer Orth mehr, besonders auf dem N. zu geschweigen, geschicht solches zu W. Margel. unweit R. allwo das Böbl. Chor. Stüfft S. W. in E. den grossen Getrayd. Zehend genüßet: in welchen Orthten allen durchgehends nit die zehende, sonder allein die eylffte Garb wird ausgezehlet. Und kan man wohl

7. 4to. Allda sich prävaliren der von unvor- dencklichen Jahren her rechtmässig erlassenen Präscription, oder Verjährung, massen, wie P. A. aussaget, selber bey seinem Hof gegen 40. Jauchert Ackers hat, welche man alle in dem Dom. Capitl. und W. Zehenden, a tempore, cujus initii non extat memoria, mit der eylfften, und nit der zehenden Garben auszehlet. Des gleichen erinneret auch M. Sch. daß er, u. sein Schwager L. L. disen N. Zehend, schon über 50. Jahr nie anderst, als um die eylffte Garben gezehlet. Und kan solches uraltes Herkommen um so vilmehr für rechtmässig behauptet werden, weilan

8. 5to. Wie ersagte Testes bekräftigen, so wohl bey dem Hochw. Hochstüfft, als andern Herrschaften niemahl was dargegen eingewendet worden, ausser was jetzt durch de Dom. Capitl. Forst. Meister neuerlich gesucht werde, zu welchem sie aber sich auf keine Weiß einverstehen, oder zulassen könten, daß ihre Acker auf die zehende Garb ausgezehlet werden, sonder sie wolten ihr alte Gerechtigkeit auf die eylffte Garb behaupten. In Conformität dessen, dann die zwey, besagtem P. A. gehörige, und dem Gotts. Haus St. M. zehendbare Acker in der Heiligen Rechnung mit der eylfften Garb ausdrücklich benamset. Ja was noch mehr,

9. 6to. Lasset man anderer Orthten den Lohn ligen, in dem Winterigen von der Jauchart sechs, und in dem Sommerigen sieben Garben, alsdann der Zehend. Herr ererst zu zahlen anfangen darff, so mehr als die eylffte Garb ausmachet, daß also dem Zehenden

Herrn nur die 15te Garb gebühre. Aus welchem allem dann sie die N. sammentlich ihnen die Hoffnung machen, man werde es bey solchem alten, und wohlhergebrachten Recht, und Herkommen beruhen lassen.

Es scheinen zwar bisher angeregte fundamenta von nit geringer Wichtigkeit; wann aber die Sach was genauers betrachte, finde ich causam der N. weder in possessorio, noch in petitorio genugsam fundiret.

Das Possessorium belangend, will es ihnen, denen N. gebrechen an der legitima possessione juris und decimum duntaxat manipulum decimarum nomine porrigendi. Dann imo eben darum, weilan die Hrn. Decimatores den Zehenden quæstionis, wie aus allerseits von 200. Jahren her vorhandenen Zehend. Registern zu erschen, und theils Beklagte selbst geständig seynd, denen dasigen Bauren und Unterthanen, um gewisses Getrayd allzeit verstützt, also gemeldter Zehend niemahls, in dem Rahmen eines Hochw. Dom. Capituls, von denen hierzu bestellten eygnen Leuthen ausgezehlet, und eingelegt worden, haben sie N. disen Zehend allzeit besessen, als Beständner. Nun aber ist in jure ein ausgemachte, und bey allen DD. ungezweifelte Sach, daß ein Beständner nit ihm selbst, sonder dem Locatori besitze, darum auch selber mit nichten ein Possessor genennet mag werden, wie ausdrucktlich versehen ist

1. male agitur 2. C. de præscript. 30. vel 40. ann. ibi: Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem.

Et hanc ob causam conductor, quia breve solum tempus rem sibi locatam tenet (wie in gegenwärtigem casu, wo von Jahr zu Jahr mit dem Beständneren des Bestands halber von neuem contrahiret worden) si ab alio quodam ex re sibi locata per vim dejiciatur, extraordinario solum officio judicis implorato, restituitur, interdictionem autem unde vi non ipsi, sed domino competit, per

L. Prator ait 1. §. denique 10. ff. de vi, & vi armat.

& rationem; quia conductor rem tantum detinere, non autem proprie possidere dicitur, cum is possideat, cujus nomine possidetur.

c. cum venisset 9. in fin. de restit. spol. c. si diligenti 17. de præscription. l. quod meo 18. princ. ff. de acquir. vel amitt. poss.

Wann dann die remedia possessoria nach der Verschiedenheit die gegenwärtige, oder wenigst die vorhin gehabte Possession nothwendiger Ding supponiren, können Beklagte derer keines sich bedienen, noch judicio possessorio agiren wollen, als welche possessionem rei controversæ proprie dictam weder haben, noch jemahl gehabt haben, indem sie jederzeit conductores, con-

sequenter non possessores gewesen. Und wann schon auf ungestandenem Fall die Hrn. Decimatores ein, oder andermahl vorhin die Zehend selbst eingesezt, und also mit der eylfften Garb sich befriedigen hätten lassen, so stehet doch

II. 2d. Denen N. ne agere iudicio possessorio possint, vornemlich in dem Weeg, weil sie in die possessionem juris manipulum undecimum duntaxat solvendi nit haben können gesezt werden, biß man die zehende Garb von ihnen begehret, sie aber als nur ad undecimum obligati dises geweigeret, und auf solche Weigerung Hrn. Decimatores acquiesciren hätten, per ea, quæ notat

Cravett. conf. 27. n. 4. Klock. tom. 4. conf. 1. n. 331.

& paritatem cum vafallo; daß ob schon einer in 100. Jahren die Lehens-Pflicht nit geschworen, wird er doch nit eher in die Possession der Freyheit gesezt, biß solche Pflicht von ihm rechtmäßig begehret, von ihm aber abgeschlagen, und dennoch er auf possession seines Lehens-Guts ohn weitere Widerred gelassen wird.

Cravett. conf. 705. n. 14. conf. 951. n. 11. & conf. 154. n. 2.

III. Der selber lehret, daß jura negativa (der gleichen ist jus non solvendi decimum, sed tantum undecimum manipulum) aus Abgang benötigter Possession nit mögen zu einiger Zeit præscribiret werden, es komme dann hinzu auf Seiten Præscriptentis prohibitio, & contradictio, und auf Seiten dessen, wider den die Præscription laufen solle, patientia, & acquiescentia per tempus legitimum. Nun aber bekennen sie N. von selbst, daß biß auf diese letztere Zeit die zehende Garb niemahls geforderet worden, und ist in facto klar, daß nach beschener nächstzeitlicher Forderung der zehenden Garb das Hochw. Dom. Capitulum conforribus der von ihnen N. hinwider opponirten Contradiction niemahls acquiescirt, sonder alsobald die Sach in einen Streitt erwachsen. Kan also nit behauptet werden, daß selbe jemahl in ruhiger Possession des juris ad undecimum manipulum duntaxat solvendum gestanden seyen. Welches alles noch weiters

12. 3id. Behärret wird per argumentum à toto ad partem; massen, wie cum aliis citt.

Syring. Zehend-Recht c. 11. §. 29. anmercket, zu dem daß die quasi possessio keinen Zehenden zu zahlen vor acquirit zu halten seye, neben andern an Seiten des acquirenten die Denegirung des Zehends, und ex parte des Zehend-Herrns, daß er die Denegir- und Absagung gewußt, und erduldet hat, erforderet wird. Dann ob schon einige der Meynung seynd, daß die Erforderung eines, und die Abschlagung, und Contradiction andern Theils nit nöthig seye, und diß allein vor sufficient achten, daß der Fall

R. P. Schmalzgruber Consilia.

vorhanden gewesen, da man den Zehenden einfordern können (welcher sich alle Jahr ereyget) und doch nit selben exigiret hat, so beharret doch cit. Syringius mit

Gaill. l. 2. obs. 60. n. 3. Klock. conf. 1. cit. n. 414. & seqq. & communiore DD.

allerdings auf seiner Assertion, und schlüßet endlich mit besagtem

Klock. tom. 1. conf. 19. n. 30. & seqq. & Brunnem. conf. 167. n. 16. & conf. 131. n. 254. & seqq.

daß alsdann erst der Anfang der Zehends Befreyungs-Præscription zu rechnen ist, wann der Zehend-Mann dem Zehend-Herrn den Zehend zu reichen contradiciret, und diser dabey zu acquiesciren angefangen, cum antea non fuerit in libertatis possessione. Wann dann ex communi juris axioma, quod jus est in toto, idem etiam est in quavis ejusdem parte, so seynd sie N. bißher nit einmahl in possessione undecimum duntaxat manipulum decimarum loco solvendi gestanden, weilen selbe wegen solang continuirten Bestands de decimo manipulo niemahl haben können interpelliret werden, und nachdem besagter Bestand jüngsthin gehoben worden, die Hrn. Decimatores deren Denegir- und Absagung nit acquiesciren. Und machet

13. 4to. Allhier nichts zur Sach, daß sie N. Zeit wehrenden Bestands-Jahren nit die zehende, sonder allein die eylffte Garb genommen, und unter ihren Mit-Consorten die Austheilung gemacht haben; dann hierdurch sie denen Hrn. Decimatoribus nit schaden können, cum uni per alterum iniqua conditio inferri non debeat, ut habetur

Reg. non debet 74. ff. & reg. 22. in 6.

Et ex hac ratione nec res judicata, quantumvis maxima aliis istius vis sit aliis, quam partibus litigantibus, præjudicium ullum affert, ut clare statuitur

c. quamvis 25. de sent. & re judic. l. sape 63. & ibi Gloss. in casu, & V. petitoribus ff. de re judic. l. res inter alios 2. C. quib. res judic. non nocet, & tor. tit. C. res int. al. art. & c.

Similiter ratione divisio hereditatis, quibusdam cohæredibus absentibus, vel ignorantibus facta, non debet conditionem istorum deteriore facere

l. cohæredibus 17. C. fam. herisc.

Item si quis per dolum, vel desidiam mei procuratoris, aut coloni in fundum meum irreperit, per hoc mihi præjudicium non affertur, ne ex aliena malignitate damnum nobis inferatur.

l. fin. C. de acquir. possess.

Et universim pacta, & transactiones tantum inter illos, qui inter se transegerunt, vel pacta hujusmodi inierunt, obligationem inducunt, aliis autem non præjudicant. Et ex hoc principio, quod æquitati naturali conformissimum est, profluxit

(M m 2)

Regula;

Regula: factum cuique suum, non adversario nocere debet, quæ est 155. ff.
Item axioma comuni DD. calculo receptissimum:

Res inter alios acta aliis non præjudicat.

Es hätten sie N. von dem ihnen verstücketen Zehend noch weniger, als die eylfste Garb nemmen, oder an einander gar schenken können, aus welchem doch nit folget, daß Hrn. Decimatores, nach aufgehobenem Bestand, darmit sich befriedigen lassen müßten. Weilen dann besagte N. die possessionem juris ad undecimum duntaxat manipulum tribuendum weder jüngst per inficiationem suam bekommen, utpote cui DD. decimatores non acquieverunt, sed viâ juris jus suum prosecuti sunt, noch auch in solcher die vorhergegangne 200. Jahr gestanden, utpote non tibi, sed locatoribus, & nomine alieno, consequenter verè non possidentes, so will sich nit zeigen, mit was Zug Rechtsens selbe in judicio possessorio obtiniren können, es seye dann Sach, daß selbe erweisen, daß schon vorhin, ehe und bevor sie den quæstionirten Zehend in Bestand genommen, jederzeit nur die eylfste Garb an statt der zehenden verabsolgen haben lassen, welches aber biß anhero noch nit probirt ist worden. Und wann schon

14.

std. Aus dem facto, per tot annos uniformiter continuato, daß sie N. Zeit wehrendem Bestand sich mit der eylften Garb befriedigen lassen, ex ratione, daß ansonst, wann selbe das Recht gehabt hätten die zehende Garb aufzuheben, sich mit dem wenigeren nit hätten vergnügen, sonder wohl den vollkommenen Zehend ihnen reichen lassen, einige Präsumption gemacht wolte werden, daß auch vorhin, ehe selbe quæstionirten Zehend in den Bestand genommen, dieses eingeführet, und das Zehend. Recht auf denselben in dem Streitt ligenden Gründen auf die eylfste Garb restringiret gewesen seye, so ist solche Präsumption auf keine genügsame Fundament gegründet, dero auch keinen Behilff gibe consuetudo vicinæ, weilen solche, tanquam odiosa, & juris decimarum restrictiva, de casu ad casum nit zu extendiren, sonder mehr zu restringiren ist, wie in responsione ad argumenta opposita num. 23. soll dargethan werden. Kan also solche nit für mehr, als für eine bloße, nit genügsam gegründete Muthmassung gehalten werden. Und wann auch nit alle Krafft, und vis probandi dero selben künfte abgesprochen werden, so stehet doch selber entgegen præsumptio longe fortior, utpote Ecclesiæ favorabilis, in jure communi fundata, Krafft welcher jedweder Decimator solang, und vil das Recht behaltet auf die zehende Garb, als lang und vil demselben nit concludenter probiret wird, daß solches jus ad minorem quantitatem restringiret worden. Nun aber ist regula apud DD. universim recepta, quod concurrentibus pluribus

præsumptionibus, quæ inter se pugnant, fortiores debilibus prævaleant, per textus

c. transmissa 3. qui fil. legit. & l. Divus 7. junct. Gloss. V. existimari. ff. de integ. resit.

Scheinet also hiemit abgefertiget zu seyn der erste Theil vorangesehter Frag, wie dise causa in possessorio fundiret seye? mußte aus bißhero deducitem erhellen, daß die N. in possessorio keineswegs, wohl aber ein Hochw. Dom. Capital cum confortibus, biß zu ferner, und besserer wideriger Prob, in selbigem fundiret seye.

Noch minder seynd besagte N. fundirt in petitorio; dann weilen selbe mit genügsamer, rechtmäßiger Prob nit werden aufkommen, und hierdurch obtentionem Privilegii Apostolici ad undecimum duntaxat manipulum decimarum loco præstandum erweisen können, kommet die ganze Sach endlich an auf die Frag, ob wenigst selbe dieses Recht auf die eylfste Garb einwiders transactio-ne, oder viâ præscriptionis an sich erworben haben. Die Transactio betreffend, weil allda nit de decimis præteritis, sonder de futuris, & quidem in perpetuum gehandelt wird, hat es seine aufgewisene Beantwortung, daß sie N. für ihre causam, wegen Abgang approbationis Pontificæ, aus dero selben einen Behuff nit nemmen können, nam liquida in jure doctrina est, quod ut transactio de decimis futuris in perpetuum, vel ultra vitam transigentis inita, valeat, autoritate Apostolica opus sit, per textum

c. veniens 8. de Transact.

Es werden aber Besagte eben so wenig die auf prætendirende Transactio erfolgte Päpstliche Confirmation, als vorgeschuhtes Privilegium Pontificium de undecimo manipulo probiren können.

Belangend aber die Präscription, wird imo von vilen DD. widersprochen, daß die Zehend. Freyheit vel in parte, vel in toto præscribiret könn werden, wenigstens betreffend den Geld. Zehend, weil denselben Ort zum Zeichen seiner allgemeinen Herrschaft ihme reserviret, und vorbehalten

c. tua nobis 26. & c. cum non sit 33. v. cum autem. de decim. videatur Klock. tom. 4. conf. 1. n. 306. & segg. & apud hunc Rebuff. de decim. q. 13. n. 55.

wo diser post alios lehret, daß kein Laicus, wann er auch 1000. Jahr leben solte, die Zehend. Freyheit præscribiren könne, und solches zwar tum ex defectu possessionis, weilen solcher nach diser Lehr der Possession nit fähig, tum ex defectu bonæ fidei, dann selber, ehe und bevor die Präscription angefangen, gewußt, oder wissen sollen, daß er ohn groffe Straff den Zehenden weder in toto, noch in parte hat vorbehalten können, daß also sie Besagte nit releviren mag, daß sie longissimo tempore nur die eylfste Garb gereichet. Et quamvis

Mos

Moneta. c. 5. n. 135.

existimet etiam laicum compositione, vel transactione, Pontificis accedente suffragio (aut etiam praescriptione) a praestatione Decimarum liberari posse, id tamen procedere solum fatetur, si causa urgens sublit, e. g. si defectus Ecclesiae compensationis aliis rebus: qualis tamen compensatio cum nulla omnino, etiam in minima parte facta, allegatur, bleibet es bey vorger Lehr, so ex defectu capacitatis die laicos von Praescription der Zehende Freyheit vollkommenlich ausschliesst. Und wann auch schon

17. 2do diese Lehr, wie es von vilen, also auch von mir selbst

ad libr. 3. tit. 30. n. 61.

widersprochen wird, in dem iure kein genugfames Fundament sollte haben, so hätte doch in gegenwärtigem casu respectu der N. die vorgeschugte, über 200. Jahr her continuirte Praescription keinen Plag, weilen selbe quæstionirten Zehende diese Zeit her allein als Beständner besessen. Wann dann nach Ausweis dessen, was num. 10. rechtskräftig erwiesen worden, ein Beständner nit thime selbst, sonder dem locatori, also für seine person propriè nit possediret, will allda abgänglich seyn eines aus den vornehmsten Stücken, so zur Praescription erfordert werden, nemlich die Possession; nam sine possessione Praescriptio non procedit, prout habetur

Reg. 3. de R. f. in 6. & supponitur c. Sanctorum 3. c. causam 7. c. si diligenti 17. de Praescript. & l. sine possessione 25. ff. eod.

Und sollten auch die Beklagte, welches doch Kraft

l. possideri 3. §. illud 19. l. qui bona 19. §. quod scriptum est 1. ff. de amit. possess.

sie nit vermöchten, die causam possessionis contra leges conductionis mutiret, und durch Reichung allein der eyssthe Garb denen Herren Decimatoribus ihr auf die Zehende gebührendes Recht zu entreissen sich unterfangen haben, so können doch

18. 3tid. selbige von darum keiner zur Praescription benöthigter Possession sich berühren, weilen besag num. 11. jura negativa keineswegs praescribiret mögen werden, es komme dann hinzu auf Seiten praescribentis prohibitio, & contradictio, und auf Seiten dessen, wider den die Praescription laufen solle, patientia, & acquiescentia per tempus legitimum, von welcher Zeit an erst der Anfang der Zehende Befreyung in toto, vel in parte zu rechnen ist. Weilen dann in Verlauff mehr dann 200. Jahren von denen Herren Decimatoribus die zehende Garb nie begehret, also auch dieses ihr nit beschenes Begehren von ihnen N. bis auf diese letztere Zeit, wo solche ererbt begehret worden, nit hat können abgeschlagen werden, folget nothwendig, daß wider besagte

Herren Decimatores die Praescription dieser zehenden Garb noch niemahls angefangen, also von ihnen Beklagten das in iure communi allerdings fundirte Recht nit hat können geminderet werden, sonder sie Herren Decimatores, non obstante, daß selbe von denen im Streitt versangenen Gütern die zehende Garb nit geforderet, ihr Recht behalten, Kraft dessen sie anjeko, nach vollendeten Bestands Jahren den völligen Zehend begehren können. Es ist zwar

4to. bey denen Doctoribus ein ausgemachte Sach, wie

Syring. Zehende Recht. c. 6. §. 15.

§. obichon die Stüfft Herren 10.

quod si in aliqua Provincia consuetudo invaluerit, ut loco Decimæ decima quinta, vigesima, vel planè quadragesima pars solvatur, talis consuetudo valeat, welches er auch behärtet per textus

c. commissum 4. V. in ea integritate, c. cum sint 18. §. ad consuetudinem duximus recurrendum, c. in aliquibus 32. de Decim. & consentiunt Rebuff. de Decim. q. 13. n. 57. Befold. conf. 20. n. 55.

besonders, si diuturnitas temporis longissimi accesserit, quæ est loco tituli, & praesumptionem juris & de iure inducit, adversus quam probatio in contrarium non recipitur. Und führet besagter Syringius l. cit. zu fernerer Probation dieser seiner assertion an das Prajudicium, da die Gemeinde zu N. welche denen Stüfft Herren zu N. vor mehr dann 70. Jahren vor jedes Jader Wein mehr nicht, als ein Jahrt Eraben zum Zehende gegeben, da besagte Stüfft Herren hernach mit diesem nit sich befriedigen lassen, sonder den völligen Zehend begehren wollten, per sententiam bey dieser alten Gewohnheit gelassen, und ab impetitione Actorum absolviret worden. Aber allein ist zwischen diesem, und gegenwärtigem casu ein grosser, und merckwürdiger Unterschied, massen wie in facti specie bey gemeldtem Syringio wird angemercket, mehrernannte Stüfft Herren solche Liferung ohn Contradiction angenommen, und damit zufrieden gewesen, also folglich ihres Rechts ipso facto sich verziehen. Dergleichen Verzicht aber ist in praesenti casu nit zu finden, noch auch zu praesumiren, weilen so lange Jahr von denen Herren Decimatoribus der Zehende nie von selbst eingeferet, sonder jederzeit denen Unterthanen verstuftet, also selbe mit der Auszahlung des Zehends in dem geringsten nichts zu thun gehabt, darum kein factum unterlossen, aus welchem remissio juris hätte können praesumiret werden. Daß aber

4to. die N. Zeit währenden Bestands Jahren nit die zehende, sonder allein die eyssthe Garb genommen, und unter ihren Mit, Consorten ausgetheilet, gleichwie sie besag num. 13. hierdurch denen Herren Decimatoribus nit praediciiren, und within

(Mm 3)

19.

20.

sich in possessione juris ad undecimum tantum manipulum tribuendum sehen können, also haben auch selbe, ex defectu legitimæ possessionis, durch dieses ihr factum, licet per tot annos uniformiter continuatum, solches Recht via Præscriptionis keineswegs erwerben können, und müßte erst, wie num. 14. gemeldet worden, zu Behauptung einer wahren Possession, und darauf folgender Præscription erwiesen werden, daß schon vorhin, ehe sie quætionirten Zehend in den Bestand genommen, die alte Observanz gewesen die eylfste Garb allein loco Decimarum reichen zu dürfen, so aber noch nicht erwiesen ist, und auch nicht wird jemahls können erwiesen werden, daß also seinen Platz behaltet Præsumptio universalis, Kraft welcher, non probata exemptione quoad totum, vel partem, der vollkommne Zehend abzugeben, und denen Decimatoribus zu reichen ist. Mit welchem dann auch genugsam erörteret worden, daß sie N. neque in Petitório wider das Hochw. Dom. Capitul, und Confortes genugsam fundiret seyen, welches noch mehrer bekräftigen, und bestärcken wird folgende Beantwortung der eingewendeten Argumenten.

21.
Respondetur ad Argumenta opposita.

Ad 1. num. Ist erstlich allegirte consuetudo, und observanz durch vorgeführte Zeugen noch nicht bewiesen worden, weilenselbige alle zu N. wohnhaft, und begütert, also in causa universitatis, wie diese ist, also wo privati ihr proprium interesse haben, oder wenigstens mittlere Zeit haben können, folgbare in causa propria keineswegs tüchtige Zeugen abgeben.

Castrens. 1. conf. 110. n. 7. Cravett. conf. 662. n. 9. & conf. 886. n. 1. & seqq. Farin. q. 6. n. 495. Lælius in append. ad Werndle fol. 546.

Und extendiret solches Cravett. loc. cit. ad casum, wass auch nur secundario den Zeugen daran gelegen; dann auch in solchem casu ein Mitbürger vom testimonio repelliret mag werden. Ita secundum eundem

Cravett. conf. 400. n. 6.

hat dieses seinen Platz, obschon das municipium von denen testibus nicht mehr gebauet wird, massen dannoch die Liebe gegen das Väterliche bleibet. Und ist wohl zu observiren, was

Grammat. conf. crim. 22. n. 8.

lehret, daß auch in denen Fällen, da die Zeugen von der Gemeind in Gemeinds Sachen admittirt werden, doch solchen plena fides nicht zugustehen. Über das sagen diese Zeugen aus nicht de facto, sonder de jure (daß consuetudo ein jus non scriptum) verdienen also keinen Glauben, wann sie auch sagten, es wäre schon vor 1000. Jahren also observiret worden.

Joann. de Amic. conf. 16. n. 15. ubi citat. Bald. Imol. Alex. Capoll. quibus adde Mynsing resp. 13. n. 30. & seqq. Læli. l. cit. fol. 552.

Welches besonders statt findet, wann sie Zeugen kein Ursach, woher sie es wissen, anzeigen.

Cravett. conf. 566. n. 4. conf. 592. n. 14.

Und hinderet in præsentem casu nichts, daß sie Zeugen bekennen, also von ihren Voreltern gehört zu haben, seitemahlen auch diese ihr interesse darbey hatten, also ebenfalls selbigen saltem plena fides nicht bezumessen.

Cravett. conf. 487. n. 2. & conf. 660. n. 1. Bertazol. conf. civil. 1. n. 151.

Gesetzt aber, daß diese Zeugen nicht zu verworffen, so streitet hingegen zdo daß wann berühmte Observanz pro consuetudine, prout hæc à Præscriptione distinguitur, genommen solle werden, selbe in præsentem casu keinen Platz findet; consuetudo enim est lex non scripta, quæ hic ob defectum jurisdictionis in communitate nostra vel introducti non potest.

Mynsing. resp. 32. n. 22. ubi ad eam inducendam requiritur merum, & mixtum imperium.

vel si introduci posset, contra Reverendissimum Capitulum non subditum vires habere non potest, ut

post Cravett. & alios notant Gylman, Symph. tom. 4. p. 1. vol. 11. n. 72. & multis seqq. Hartm. 53. obs. 5. Klock. tom. 4. conf. 1. n. 304.

Müßte also dieses vielmehr Præscriptio, als Observantia, & Consuetudo seyn; quotiescunque enim jus proprietatis aufertur uni, & confertur alteri (ut hic circa decimum manipulum) præscriptio est, non consuetudo, sive deinde à singularibus personis, sive ab universitate (quæ tunc personam privati assumit) istud contingat.

Klock. n. 304. cit. Gonzal. ad c. 20. de Decim.

Nun aber ztid. findet erwiesener massen auch Præscriptio alhier kein Orth, weilens Possessio juris ad undecimum tantum manipulum tribuendum, wie sie N. præten-diren, ermanglet.

Ad zdum geben zwar die N. vor, daß sie von ihren Vorfahrern gehört, ein Hochw. Dom. Capitul habe den Zehend einmahl einlegen lassen, welches testimonium aber widerum zu verwerffen. zmd. weilen solches, tanquam in re propria, für suspect, und null zu erkennen, nach Maas dictorum num. præc. 2. weilen dieses ist testimonium improprium, & de auditu alieno, quod nullum est, nisi ea concurrant, quæ requiruntur

c. licet ex quibusdam 47. de testib.

inter quæ est, ut personæ nominentur, à quibus testes deponentes audiverint: quæ nominatio adeo necessaria est, ut testis simpliciter de auditu deponens, nec exprimens, à quibus audiverit, nihil probet. Hinc

Hinc etiam non interrogatus ipse addere debet, à quo audiverit.

Stryck. de jur. sens. dissert. 3. de audit. alien. n. 32. & 33.

Et insuper non sufficit, ut unus ab hoc, alter ab alio dicat se audivisse, sed deponentes debent ab iisdem hominibus audivisse.

Menoch. de arbitr. q. 2. cas. 475.

Und wann schon auch dieses testimonium (si sit jurato, & legaliter depositum) gültig wäre, so müßte es doch 3tio seyn cum allegatione temporis, & loci, zu was für Jahr, und wohin, oder zu was für einem Bauren allda (inmassen das Hochw. Dom-Capitul keinen Zehend-Stadt zu N. hat) der Zehend gelegt, und eingethan worden; item, wer den Zehenden ausgezehlet, oder eingethan, und ob dieses Fremde, und nit aus der Gemeind, & quidem nomine Decimarum Bestelle gewesen; dann an allen diesen Umständen sehr vil gelegen, gestalten, wann es einige ex communitate gewesen, hätten sie gleichwohl auf die eylffte Garb, als in proprium commodum zehlen, und die Herren Decimatores defraudiret haben können. Gleiche Verwandsnuß hat es circa demonstrationem temporis; nam ubi hæc ad victoriam in causa proficere uni potest, cum tunc tempus de substantia actus, & fundamentum intentionis alicujus sit, adeoque jus in tempore consistat, id in specie, & præcisè per eum, qui desuper fundamentum ponit, probare necesse est.

Mascard. de probat. concl. 994. n. 2.

Crotus de testib. n. 324. Klock. tom.

1. conf. 29. n. 529.

Idem præjudicium est de probatione loci individualis facienda.

Carpz. de Process. tit. 13. art. 3. n. 46.

Et universim certum est, quod testes, non specificè deponentes, nihil probent. Welches destomehr Orth findet, wo wider ihre der N. Auslag, stritten die Dom-Capitel & Consortium von 200. Jahren her vorhandene Rechnungs- und Zehend-Bücher, Krafft welcher diese ganze Zeit der Zehend quæstionis denen N. allzeit verstußet, und das Quantum pactatum einverleibt worden, quorum librorum fidei plus tribuendum, quam rusticorum de actu saltem uno falso, & illegaliter, nec concludenter deponentium.

23. Ad 3. Kan nichts zur Sach dienen, daß in der Nachbarschaft solche diminutiva solutio Decimarum recipiet worden, massen imo eben diese assertio ein testimonium domesticum ist, so darum nit in dem Stand vollkommne Prob zu machen. Zu deme add hat man ex parte der Herren Decimarum gleichfalls contraria, & longe majora exempla vicinæ, wo so wohl ein Hochw. Dom-Capitul, als andere Decimatores die zehende Garb nemmen, entgegen zu sehen, ut proinde instantia cum instantiis tollatur,

& argumentum ab his desumptum reddatur inutile, huic enim satisficit, si exemplo opponatur exemplum aliud dissimile.

Nicol. Evech. loc. à simili.

& est generale, quod data instantiâ, & exemplo contrario, tollatur necessitas illationis.

Cravett. conf. 987. n. 7. cum aliis.

Weiters, und 3tio. gesetzt, daß diesem also, und Präjudicia vicinæ vorhanden seyn, so laßt sich doch von der Gewohnheit eines benachbarten Orths auf die N. Gemeind nicht schlüssen, weilens solche consuetudines locales, die denen gemeinen Rechts-Sagungen resistiren, de loco ad locum, de persona ad personam, de re ad rem, & de casu ad casum, ob strictam interpretationem sich keineswegs extendiren lassen, præsertim cum inter alios Decimatores potuerit intercedere specialis contractus, vel alia ratio urgens.

Ad 4. Erhellet die Antwort ex rationibus decidendi, Krafft welcher sie N. niemahls gestanden in vera possessione præsentis juris sui, also auch solches nit præscribiren können, deme nichts in den Weeg leget die bißher von so vielen Jahren her von ihnen geschehene Auszehlung auf die eylffte Garb, weilens selbe nomine, & mandato der Herren Decimarum nit geschehen, noch geschehen können; ut enim possessionem contra aliquem quis acquisivisse dicatur, requiritur, ut actus illi sint facti illius mandato, vel ejus nomine, aut ratificatione, juxta

Mascard. de Probat. concl. 1196.

Wird also nothwendig seyn, daß sie N. ihre Probation hernemmen a tempore antecedente locationem conductionem, welche Prob um so vil mehr erforderet wird, quod hic versemur in casu, quo præscribenti jus resistit, & ejus adversario assistit. Gleichensfalls

Ad 5. ist juxta hæctenus deducta zur Behauptung legitimæ possessionis, & consequentis ex ea Præscriptionis nit genug, daß wider oft mentionirte Auszehlung auf die eylffte Garb ein Hochw. Dom-Capitul cum Consortibus bißhero nichts eingewendet, massen wegen bißher allzeit geschehener Verstußung an die Unterthanen zu N. da der Zehend von denen Herren Decimatoribus nie selbst eingefeset worden, auch selbe bey der Auszehlung nie gewesen, sonder man per aversionem jederzeit den gangen Zehend denen Conductoribus überlassen hat, also daß selbe mit diesem nach ihrem Belieben schalten und walten kunten, die Herren Decimatores wider solche Auszehlung nichts einwenden haben sollen, noch können. Und wann auch ein Einwand hätte können, oder sollen gemacht werden, cum solo non usu possessio juris negativi non acquiratur, aut ipsum jus præscribatur, hätte sollen hinc kommen interpellatio der Herren Decimarum, recusatio Interpellatorum, und acquies-

24

25

26.

quiescentia interpellantium, so doch nie erfolgt, noch erfolgt zu seyn erwiesen worden.

Ad 6. Widerholte, was ad 3rium gemeldet habe, daß nemlich derley consuetudines particulares sehr richtige illation machen, daß auch anderwärts solches zu observiren seye, besonders wann contrare instantien sich zeigen für das Widerspihl, deren dann vil vorhanden, allwo man ohne Hinterlassung einiger Warb den Zehend vollkommen auszehlet, und solchen entweder durch eygne Pferd, und Wagen einführet, oder den Lohn für

gemüdete Fuhren auf andere Weiß bezahlt. Ist also meine, zwar unvorgreifliche, gänzlich Meynung, daß ein Hochw. Dom. Capitul in seiner Prætenſion auf die zehende Warb, ungehindert der von den N. bisher unter ihnen üblichen so langen Observanz, so wohl in Possessorio, als in Petitorio bestens fundirt, also mit allem Zug Rechts den vollkommenen Zehend ohn einige Schmälerung auf den Gründen quætionis künftige hin ferners begehren könne.

CONSILIUM XXV.

Gewisse hinterlassene Schulden / und hierfür gemachte expromissionem betreffend.

SUMMARIUM.

1. Facti species.
2. seqq. Fundamenta, ex quibus expromissor solutionem facere renuit.
13. In dubio à proprio verborum sensu recedendum non est.
14. Expromissor totam obligationem debitoris in se suscepit.
15. Nec satisfacit, nisi extincto toto debito.
16. Negotiorum gestor agit sine mandato, secus Procurator.
17. Ere alieno gravati iuste ab ingressu religionis prohibentur.
18. Satisfacere creditori, est idem ac debitum solvere.

19. Locum non habet transactio, ubi debitum est liquidum.
20. Scriptura privata omnem fidem meretur, si testes in ea allegati concordent.
21. Propria confessio est optima probatio.
22. Expromissor tenetur etiam pro minore, qui non obligatus fuisse efficitur.
23. Uti etiam fidejussor.
24. seq. Expromissori non competit beneficium excussionis.
26. Refelluntur fundamenta appellantis.

FACTI SPECIES.

I.

S

Err C. als selber in denen studiis sich aufgehalten, ist bey Hand- und Handwercks Leuthen, sowohl am Kost Geld, als anderen Nothwendigkeiten, wie dessen eygne Hand-Schrift bezeuget, 183. Gl. 47. Er schuldig geblieben: die Creditores sollicitirten mehrmahlen die Bezahlung; haben aber zu solcher nit kommen können. Entzwoischen wird Hr. C. ohne Aus-Steuerung in den Noviciat des löbl. Reichs-Gotts Haus N. aufgenommen, wohin dann Creditores ihre habende Prætenſiones berichtet, und Ansuchung gemacht, daß ersagten Schulden halber noch vor abstattender Profession eine Richtigkeit gepflogen wurde. Deme dannzufolg, da allbereit das Probier-Jahr zurück gelegt, und der Tag der Ablegung gewöhnlicher Profession schon angebrochen ware, dessen Stüß-Brudern F. einem wohlthätigen Mann, welcher eben damahls

dem actui Professionis beyzuwohnen allda angekommen, die Frag vorgestellt worden, ob er, weilen sein Stüß-Bruder der Noviz keine andere Mittel hätte, minders in das Kloster gebracht, für ihne gut stehen, und solch hinterlassene Schulden statt selber bezahlen wollte, mit beygefügter Erinnerung, daß es ansonst mit der Profession würde anstehen darffen. Auf welches hin er F. laut von A. R. P. Priore gegebenen attestati, und Hand-Briefs, in Gegenwart des damahligen P. Novizen-Meisters, und anderen Versohnen, in specie einiger Be freunden, ohn alle limitation sich iterato erklärt, und versprochen hat, denen Creditores, welchen besagter sein Stüß-Bruder von denen studiis her noch obligirt ware, behörige Satisfaktion, wann es auch auf 1000. Gl. auslaufen sollte, zu verschaffen. Es vermeynten die Creditores Anforderung halber sich genugsam versichert; darum dann selbe mittler Zeit bey ihm F. die Ansuchung der Bezahlung halber gemacht; Als aber diser hierinn keineswegs sich verstehen wollte, endlich bey Churfürst.